



## Beschlusskammer 10

BK10-19-0212\_Z

### Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
aufgrund der Unterrichtung durch

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

Betroffene zu 1.,

und

die DB RegioNetz Infrastruktur GmbH, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt (Main),  
vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene zu 2.,

vom 02.10.2019 über die beabsichtigten Änderungen und Neufassungen der Schienennetz-  
Nutzungsbedingungen der Betroffenen mit Wirkung ab dem 13.12.2020 (SNB 2021),

Hinzugezogene:

1. agilis Verkehrsgesellschaft mbH&Co. KG, Galgenbergstraße 2a, 93053 Regensburg,  
vertreten durch die agilis Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch die Ge-  
schäftsführung,
2. BAG-SPNV e.V., Wilmersdorfer Straße 50/51, 10627 Berlin,  
vertreten durch den Vorstand,
3. Bayerische Eisenbahngesellschaft mbH, Boschetsrieder Straße 69, 81379 München,  
vertreten durch die Geschäftsführung,
4. BeNEX GmbH, Burchardstraße 21, 20095 Hamburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,
5. CFL cargo Deutschland GmbH, Lise-Meitner-Straße 15, 24941 Flensburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,
6. DB Cargo AG, Rheinstraße 2, 55116 Mainz,  
vertreten durch den Vorstand,
7. DB Fernverkehr AG, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main,  
vertreten durch den Vorstand,
8. DB Regio AG, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main,  
vertreten durch den Vorstand,

9. DB Station&Service AG, Europaplatz 1, 10557 Berlin, vertreten durch den Vorstand
10. FlixTrain GmbH, Birketweg 33, 80639 München, vertreten durch die Geschäftsführung,
11. KombiRail Europe B.V., Oudelandseweg 33, 3194 AR Hoogvliet-Rotterdam, NL, vertreten durch den Vorstand,
12. Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt, Am Köllnischen Park 3, 10179 Berlin,
13. Land Brandenburg, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung, Henning-von-Tresckow-Straße 2 – 8, 14467 Potsdam,
14. Land Thüringen, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft, Werner-Seelenbinder-Straße 8, 99096 Erfurt,
15. Mofair e.V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
16. NBE nordbahn Eisenbahngesellschaft mbH &Co. KG, Grüner Deich 15, 20097 Hamburg, vertreten durch die NBE nordbahn Eisenbahn-Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
17. NETINERA Deutschland GmbH, Bahnhofplatz 1, 94234 Viechtach, vertreten durch die Geschäftsführung,
18. NEE Netzwerk Europäischer Eisenbahnen e.V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
19. NRS Nordic Rail Service GmbH, Einsiedelstraße 6, 23554 Lübeck, vertreten durch die Geschäftsführung,
20. Ostdeutsche Eisenbahn GmbH, Möllendorffstraße 49, 10367 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
21. RDC Deutschland GmbH, Altonaer Poststraße 9, 22767 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
22. Schienenverkehrsgesellschaft mbH, Marienbader Straße 48, 70372 Stuttgart, vertreten durch die Geschäftsführung,
23. Transdev GmbH, Georgenstraße 22, 10117 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
24. Zweckverband für den Nahverkehrsraum Leipzig, Emilienstraße 15, 04107 Leipzig, vertreten durch den Vorstandsvorsteher,
25. Zweckverband Nahverkehr Westfalen-Lippe, Friedrich-Ebert-Straße 19, 59425 Unna, vertreten durch den Vorstandsvorsteher,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen zu 2.:

Betroffene zu 1.,

der Hinzugezogenen zu 6., 7. und 8.:

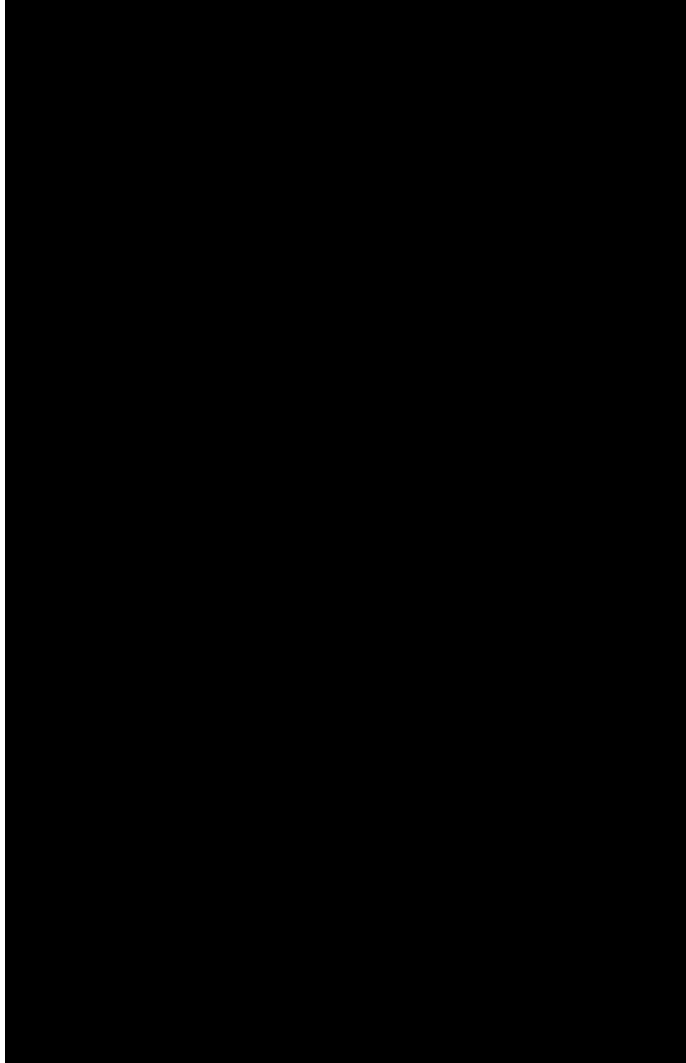
der Hinzugezogenen zu 9.:

der Hinzugezogenen zu 10. und 21.:

der Hinzugezogenen zu 11.:

der Hinzugezogenen zu 12. und 13.:

des Hinzugezogenen zu 25.:



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

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,

den Beisitzer Jan Kirchhartz,

den Beisitzer Wolfram Krick,

auf die mündliche Verhandlung vom 22.10.2019

am 12.11.2019

beschlossen:

1. Die mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigte Änderung von Ziffer 2.10 der SNB zu Pilotierungen und Betriebsversuchen wird abgelehnt.

Die Ablehnung tritt aufschiebend bedingt zum 24.01.2020 in Kraft für den Fall, dass die Betroffenen die Bundesnetzagentur bis zu diesem Zeitpunkt nicht über eine beabsichtigte Ergänzung der Regelung unterrichtet haben, die entweder

- a. klarstellt, dass mit der beabsichtigten Änderung in Ziffer 2.10 der SNB *keine* Abweichungen von geltenden SNB-Regelungen erlaubt werden, oder
  - b. klarstellt, dass mit der beabsichtigten Änderung in Ziffer 2.10 der SNB *auch* Abweichungen von geltenden SNB-Regelungen erlaubt werden, wobei hierzu unter Beachtung der in den Gründen dieses Beschlusses dargestellten Angemessenheitserfordernisse jedenfalls das grundsätzliche Verfahren zur Einführung von Pilotierungen und / oder Betriebsversuchen einschließlich der Beteiligung der Zugangsberechtigten im SNB-Haupttext zu beschreiben wäre.
2. In Zusammenhang mit der Umsetzung des Gesetzes zum Verbot lauter Güterwagen (Schienenlärmschutzgesetz – SchlärmschG) werden folgende mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigte Änderungen abgelehnt:

- Die Neufassung von Absatz 2 Satz 2 der Ziffer 2.12 der SNB zur Gleichsetzung von Autoreisezugwagen und Güterwagen,
- die Neufassung der Ziffer 2.12.1 der SNB sowie des § 4 S. 4 und der Anlage 1 des Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrages (Anlage 2.2.1 der SNB) zur Einführung einer Kundenselbstauskunft,
- die Neufassung der Ziffer 2.12.3 b) der SNB zur Trassenkonstruktion im Gelegenheitsverkehr,
- die Neufassung von Ziffer 2.12.4 der SNB zur Überprüfung von Wagenlisten,
- die Neufassung von Ziffer 2.12.6 der SNB zur Freistellung von Ordnungswidrigkeiten.

Die Ablehnung wird mit der Vorgabe verbunden, eine Regelung in Ziffer 2.12.3 b) der SNB aufzunehmen, die die Trassenkonstruktion im Gelegenheitsverkehr zum Gegenstand hat und neben der Konstruktion von befreiten Güterwagen und langsam fahrenden Güterwagen auch die Konstruktion von Zugtrassen regelt, die die Ausnahme nach § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG nutzen sollen. Die beabsichtigte Anpassung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen zur Umsetzung des § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG haben die Betroffenen bis zum 24.01.2020 der Bundesnetzagentur vorzulegen. Zuvor ist das Stellungnahmeverfahren gemäß § 19 Abs. 2 ERegG durchzuführen.

3. In Zusammenhang mit der mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigten Ausweitung von Konstruktionsspielräumen für Trassen, die zumindest teilweise über überlastete Schienenwege führen, werden folgende Änderungen abgelehnt:

- Die beabsichtigten Änderungen in Zeilen 2 und 3 der Tabelle in Ziffer 4.2.1.3 der SNB,
  - die beabsichtigten Änderungen im Regelungstext der Ziffer 4.2.1.6 der SNB,
  - die beabsichtigten Änderungen in den Absätzen 2 bis 4 der Ziffer 4.3.5 der SNB,
  - die beabsichtigten Änderungen in Abschnitt 3 Abs. 2 der Richtlinie 402.0203 mit Ausnahme der Streichung des letzten Absatzes,
  - die beabsichtigten Änderungen in Abschnitt 4 Abs. 4 der Richtlinie 402.0203 und
  - die beabsichtigten Änderungen im Regelungstext des Abschnitts 5 Abs. 7 der Richtlinie 402.0203.
4. In Zusammenhang mit der mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigten Einführung einer Aktualisierung des Netzfahrplans („zweite Netzfahrplanbearbeitungsphase“) wird die Neufassung des zweiten Anstrichs von Ziffer 4.2.1.17.2 in folgendem Umfang abgelehnt:
- In Satz 2 wird der Satzteil: „,welche beim NFP-Trassenangebot ihre Bereitschaft zur Koordinierung abgegeben haben“ abgelehnt.
  - Sätze 3 und 4 werden vollständig abgelehnt.

In der Richtlinie 402.0203 wird die Neufassung von Abschnitt 9 Abs. 2 im folgenden Umfang abgelehnt:

- In Satz 2 wird der Satzteil: „,welche beim NFP-Trassenangebot ihre Bereitschaft zur Koordinierung abgegeben haben“ abgelehnt.
  - Sätze 3 und 4 werden vollständig abgelehnt.
5. Die zum Datenaustausch bei ETCS-Störungen mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigten Änderungen in Anlage 3.3.1 werden abgelehnt, soweit sie nicht lediglich redaktionelle Änderungen betreffen.

Die Ablehnung tritt aufschiebend bedingt zum 24.01.2020 in Kraft für den Fall, dass die Betroffenen die Bundesnetzagentur bis zu diesem Zeitpunkt nicht über eine beabsichtigte Ergänzung der Regelung unterrichtet haben, mit der die Reziprozität der Regelung gewährleistet wird.

6. Die zur Erweiterung von Konstruktionsspielräumen mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigte Aufnahme des Absatzes 8 in Abschnitt 3 der Richtlinie 402.0305 wird abgelehnt.
7. In Zusammenhang mit der Einführung des sogenannten „Kooperationsverfahrens zur verbesserten Ausnutzung von baubedingt eingeschränkter Kapazität“ wird die mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigte Neufassung von Abschnitt 11 Abs. 3 der Richtlinie 402.0305 abgelehnt.
8. In Zusammenhang mit der Einführung des sogenannten „Kooperationsverfahrens zur verbesserten Ausnutzung von baubedingt eingeschränkter Kapazität“ wird die

mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigte Neufassung von Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 5 der Richtlinie 402.0305 abgelehnt.

9. Die mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2020 / 2021 beabsichtigte Neufassung von Regelungen im Abschnitt B.4.4 der TNB wird abgelehnt.
10. Für den Fall, dass die Betroffenen die unter Ziffer 2 genannte Verpflichtung zur Umsetzung des § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG in den SNB nicht fristgerecht einhalten, wird den Betroffenen ein Zwangsgeld in Höhe von 100.000 Euro angedroht.

## Inhaltsverzeichnis

I. Sachverhalt.....	9
II. Gründe .....	10
II. 1 Zuständigkeit, Verfahren, Frist .....	10
II. 2 Prüfungsgegenstand .....	12
II. 3 Ablehnung.....	12
II. 3.1 Ziffer 1 des Tenors: Pilotverfahrensklausel (Ziffer 2.10 der SNB) .....	12
II. 3.1.1 Beabsichtigte Änderung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen.....	12
II. 3.1.2 Verstoß der beabsichtigten Änderung gegen Eisenbahnrecht.....	13
II. 3.1.3 Ermessenserwägungen .....	15
II. 3.2 Ziffer 2 des Tenors: Umsetzung Schienenlärmschutzgesetz (Ziffer 2.12 der SNB) .....	18
II. 3.2.1 Autoreisezüge in Ziffer 2.12 der SNB .....	19
II. 3.2.1.1 Beabsichtigte Neufassung .....	19
II. 3.2.1.2 Verstoß der beabsichtigten Änderung gegen Eisenbahnrecht .....	19
II. 3.2.1.3 Ermessenserwägungen .....	21
II. 3.2.2 Einführung einer Kundenselbstauskunft in Ziffer 2.12.1 der SNB sowie § 4 des Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrages.....	22
II. 3.2.2.1 Beabsichtigte Neufassung .....	22
II. 3.2.2.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht.....	23
II. 3.2.2.3 Ermessenserwägungen .....	26
II. 3.2.3 Fehlende Umsetzung des § 4 Satz 1 Nr. 2 SchlärmschG in Ziffer 2.12.3 lit. b der SNB sowie Vorgabe zur Aufnahme einer entsprechenden Regelung ....	28
II. 3.2.3.1 Beabsichtigte Neufassung .....	28
II. 3.2.3.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht .....	29
II. 3.2.3.3 Ermessenserwägungen .....	31
II. 3.2.4 Überprüfung von Wagenlisten nach Ziffer 2.12.4 der SNB .....	32
II. 3.2.4.1 Beabsichtigte Neufassung .....	33
II. 3.2.4.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht .....	35

II. 3.2.4.3 Ermessenserwägungen .....	38
II. 3.2.5 Freistellung von Ordnungswidrigkeiten gemäß Ziffer 2.12.6 der SNB .....	40
II. 3.2.5.1 Beabsichtigte Neufassung .....	40
II. 3.2.5.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht .....	40
II. 3.2.5.3 Ermessenserwägungen .....	41
II. 3.3 Ziffer 3 des Tenors: Konstruktionsspielräume bei ÜLS und Fahrlagenberatung (Ziffern 4.2.1.3, 4.2.1.6 sowie 4.3.5 des SNB-Haupttextes und der Richtlinie 402.0203, Abschnitte 3, 4 und 5).....	42
II. 3.3.1 Beabsichtigte Änderungen .....	43
II. 3.3.2 Verstoß gegen § 52 Abs. 4 ERegG .....	47
II. 3.3.2.1 Nutzung von Konstruktionsspielräumen ist an § 52 Abs. 4 ERegG zu messen.....	47
II. 3.3.2.1.1 § 52 Abs. 4 ERegG als Teil des Koordinierungsverfahrens .....	48
II. 3.3.2.1.2 Ziffer 4.2.1.6 der SNB ist Teil des Koordinierungsverfahrens .....	49
II. 3.3.2.1.3 Keine Verdrängung von § 52 Abs. 4 ERegG durch speziellere Regelungen .....	49
II. 3.3.2.2 Überschreiten der Grenzen möglicher Konstruktionsspielräume.....	51
II. 3.3.2.2.1 Möglichkeit zur Regelung von Konstruktionsspielräumen.....	51
II. 3.3.2.2.2 Unangemessenheit der beabsichtigten Konstruktionsspielräume.....	52
II. 3.3.3 Verstoß gegen das Transparenzgebot .....	58
II. 3.3.4 Ermessenserwägungen .....	59
II. 3.4 Ziffer 4 des Tenors: Zweite Netzfahrplanbearbeitungsphase (Ziffer 4.2.1.17.2 der SNB sowie Ziffer 9 Absatz 2 der Richtlinie 402.0203).....	62
II. 3.4.1 Beabsichtigte Änderung .....	62
II. 3.4.2 Verstoß der beabsichtigten Änderung gegen Eisenbahnrecht.....	63
II. 3.4.3 Ermessenserwägungen .....	67
II. 3.5 Ziffer 5 des Tenors: Datenaustausch bei ETCS-Störung (Anlage 3.3.1 der SNB).....	68
II. 3.5.1 Beabsichtigte Änderung .....	69
II. 3.5.2 Verstoß gegen §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG.....	69
II. 3.5.3 Ermessenserwägungen .....	72
II. 3.6 Ziffer 6 des Tenors: Konstruktionsspielräume bei Baumaßnahmen (Richtlinie 402.0305, Abschnitt 3 Abs. 8) .....	74
II. 3.6.1 Beabsichtigte Änderung .....	74
II. 3.6.2 Verstoß gegen § 52 Abs. 4 ERegG .....	74
II. 3.6.3 Ermessenserwägungen .....	76
II. 3.7 Ziffer 7 des Tenors: Planungsphase Kooperationsverfahren Bau (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 3) .....	78
II. 3.7.1 Beabsichtigte Neufassung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen .....	78
II. 3.7.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht .....	79
II. 3.7.3 Ermessenserwägungen .....	81

II. 3.8 Ziffer 8 des Tenors: Trassenentzug bei Nichtnutzung (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 5)) .....	82
II. 3.8.1 Beabsichtigte Neufassung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen .....	82
II. 3.8.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht .....	83
II. 3.8.3 Ermessenserwägungen .....	84
II. 3.9 Ziffer 9 des Tenors: technische Zugangsbeschränkung (Abschnitt B.4.4 der Technischen Nutzungsbedingungen (TNB)).....	85
II. 3.9.1 Beabsichtigte Änderung .....	86
II. 3.9.2 Verstoß gegen §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG.....	86
II. 3.9.3 Ermessenserwägungen .....	91
II. 3.10 Ziffer 10 des Tenors: Zwangsgeldandrohung.....	92
II. 3.11 Keine Ablehnung / Hinweise.....	93
II. 3.11.1 Nachweis Trassennutzung (Ziffer 4.2.1.9 c) der SNB).....	93
II. 3.11.2 Zweite Netzfahrplanbearbeitungsphase (Ziffer 4.2.1.17 der SNB).....	94
II. 3.11.3 Bearbeitungsfrist von maximal 5 Arbeitstagen für Trassenanmeldungen im Gelegenheitsverkehr (Ziffer 4.2.2.4 der SNB).....	94
II. 3.11.4 Nutzungsvorgaben für ÜLS Venlo – Kaldenkirchen (Anlage 4.3.2 der SNB) .....	95
II. 3.11.5 Bestätigung Koordinierungsgespräch (Ril 402.0203 Abschnitt 6, Abs. 7) ....	95
II. 3.11.6 Auswahl Maßnahmen für Kooperationsverfahren (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 1 Nr. 1).....	95
II. 3.11.7 Konstruktionsspielraum bei Kooperationsverfahren (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 6 .....	96
II. 3.11.8 Teilnahme am Kooperationsverfahren (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 5) ..	96
II. 3.11.9 Technische Anforderungen (Abschnitt B.4.2 der Technischen Nutzungsbedingungen) .....	96
II. 3.11.10 Außergewöhnliche Transporte (E.4.4 und E.4.7 der Technischen Nutzungsbedingungen) .....	97

## Tabellenverzeichnis

Tabelle 1 – Matrix der Veröffentlichung von Regelungen für Pilotverfahren.....	18
Tabelle 2 – Auszug aus der DIN EN 14363 .....	88

## I. Sachverhalt

Die Betroffenen gehören beide zum Konzern der Deutsche Bahn AG. Sie betreiben die beiden mit Abstand größten Schienennetze in der Bundesrepublik Deutschland.

Mit Schreiben vom 02.10.2019 haben die Betroffenen die Regulierungsbehörde darüber unterrichtet, mit Wirkung ab dem 13.12.2020 bestimmte Änderungen an den Schienennetz-Nutzungsbedingungen (von ihnen als „SNB 2021“ bezeichnet) inklusive der zugehörigen Anlagen und des netzzugangsrelevanten und des betrieblich-technischen Regelwerks vornehmen zu wollen. Die Unterrichtung ist durch die Einreichung weiterer Unterlagen am 29.10.2019 sowie am 08.11.2019 ergänzt bzw. in Form geänderter Formulierungen zum Teil im Laufe des Verfahrens angepasst worden. Den Zugangsberechtigten war zuvor zwischen dem 23.08.2019 und dem 23.09.2019 Gelegenheit gegeben worden, zu dem Entwurf der „SNB 2021“ Stellung zu nehmen.

Die angezeigten Neufassungen und Änderungen berühren eine Vielzahl von Regelungen sowohl im Bereich des Haupttextes und der zugehörigen Anlagen als auch im Bereich der betrieblich-technischen bzw. netzzugangsrelevanten Richtlinien der Betroffenen. Wesentliche Änderungen betreffen u.a. die Erhöhung von Konstruktionsspielräumen, die Durchführung einer Fahrlagenberatung, die Einführung einer Klausel zur Durchführung von Pilotierungen und Betriebsversuchen, die Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes, die Einführung einer Aktualisierung des Netzfahrplanentwurfes, Änderungen zur Mitwirkungspflicht bei ETCS-Störfällen, Vorgaben von Geschwindigkeitsbegrenzungen für Fahrzeuge mit erhöhtem Lasteintrag in die Infrastruktur sowie die Einführung eines Kooperationsverfahrens auf Strecken, die erheblich durch Baumaßnahmen eingeschränkt sind.

Darüber hinaus beantragen die Betroffenen die Hinzuziehung einer Vielzahl namentlich benannter Zugangsberechtigter zum Verfahren.

Mit Schreiben vom 10.10.2019 hat die Beschlusskammer den Betroffenen einige Fragen und Anmerkungen zu den beabsichtigten Änderungen bzw. Neufassungen übersandt. Die Antworten hierzu sind am 17.10.2019 bei der Beschlusskammer eingegangen.

Wesentliche Aspekte aus der schriftlichen Anhörung sind anschließend im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 22.10.2019 erörtert worden. Hierzu gehörten u.a. die Pilotverfahrensklausel (Ziffer 2.10), die Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes (Ziffern 2.12.2 bis 2.12.6, Richtlinie 402.0202 Abschnitt 2 Abs. 10 ff., Anhänge 01, 02 und 04), die Aktualisierung des Netzfahrplans durch Einführung einer zweiten Anmeldeperiode (Ziffern 4.2.1.3, 4.2.1.14 ff., Richtlinie 402.0203 Abschnitt 11) und die Fahrlagenberatung (Ziffern 4.2.1.3, 4.2.1.6, 4.3.5, Richtlinie 402.0203 Abschnitte 3, 4 und 5).

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung sind noch weitere Stellungnahmen am 29.10.2019, 30.10.2019, 01.11.2019 sowie 08.11.2019 seitens der Betroffenen abgegeben worden.

Insgesamt haben sich 25 Unternehmen, Personen oder Personenvereinigungen zum Verfahren hinzuziehen lassen und zum Teil auch weitere Stellungnahmen zu den beabsichtigten Änderungen bzw. Neufassungen der SNB abgegeben.

Der Eisenbahninfrastrukturbeirat wurde vor Erlass der Entscheidung angehört. Ein Mitglied des Beirates hat am 08.11.2019 eine Stellungnahme betreffend die Ausweitung von Kon-

struktionsspielräumen in Zusammenhang mit der Fahrlagenberatung und zur Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes abgegeben.

Mit Schreiben vom 11.11.2019 hat das Eisenbahn-Bundesamt zur beabsichtigten Entscheidung Stellung genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. sowie auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

## **II. Gründe**

Die beabsichtigten Änderungen bzw. Neufassungen der SNB werden im tenorierten Umfang abgelehnt. Teilweise werden die Ablehnungen mit bestimmten Vorgaben verbunden.

Die Rechtsgrundlage für die Überprüfung der angezeigten Änderungen bzw. Neufassungen findet sich in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG.

Gemäß dieser Norm kann die Regulierungsbehörde nach Eingang einer Unterrichtung nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG innerhalb von sechs Wochen die beabsichtigte Neufassung oder Änderung ablehnen und die Ablehnung mit Vorgaben verbinden, soweit die beabsichtigten Neufassungen und Änderungen nicht den gesetzlichen Voraussetzungen genügen.

§ 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG bestimmt seinerseits u.a., dass alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Regulierungsbehörde unter Angabe der maßgeblichen Gründe über die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu unterrichten haben.

### **II. 1 Zuständigkeit, Verfahren, Frist**

Zuständig für die Überprüfung ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BE-VVG) i.V.m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG eine Beschlusskammer der Bundesnetzagentur.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 2 ERegG). Eine öffentliche mündliche Verhandlung hat am 22.10.2019 stattgefunden (§ 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG).

Die Hinzuziehungen sind ordnungsgemäß auf der Grundlage des § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG erfolgt. Auf entsprechenden Antrag sind 25 Unternehmen, Personen oder Personenvereinigungen zum Verfahren hinzugezogen worden.

Mit ihrer Unterrichtung haben die Betroffenen zugleich die förmliche Beteiligung einer Vielzahl von Zugangsberechtigten sowie aller Aufgabenträger im Schienenpersonennahverkehr gemäß § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG beantragt. Zur näheren Bezeichnung der hinzuzuziehenden Unternehmen haben die Betroffenen eine Liste aller vom Eisenbahn-Bundesamt veröffentlichten Eisenbahnverkehrsunternehmen und Fahrzeughalter als Anlage A zur Unterrichtung eingereicht.

Soweit die Betroffenen die förmliche Beteiligung der in Anlage A genannten Zugangsberechtigten nach § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG beantragt haben, könnte der Antrag dahingehend auszulegen sein, dass die Betroffenen bereits von einer Beteiligung der in Anlage A genannten Zugangsberechtigten von Gesetzes wegen ausgehen. Dies ist unzutreffend. Nach § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG sind lediglich „der Zugangsberechtigte“ bzw. „der beschwerdeführende Verband“ beteiligt. Angesprochen sind damit nur solche Zugangsberechtigten, die selbst

einen Antrag oder eine Beschwerde bei der Bundesnetzagentur eingereicht haben bzw. in einen Zugangskonflikt verwickelt sind, nicht jedoch auch Dritte. Davon geht insbesondere auch § 46 Abs. 3 ERegG aus, wenn dort geregelt ist, dass eine Frist für Hinzuziehungsanträge nach § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG zu setzen ist. Einer solchen Frist bedürfte es nicht, wenn die überwiegende Mehrzahl aller Betroffenen bereits aus der Sache heraus Verfahrensbeteiligte wären.

Dagegen könnte der Antrag auch dahingehend auszulegen sein, dass eine Hinzuziehung der genannten Zugangsberechtigten zum Verfahren gemäß § 77 Abs. 1 Nr. 3 ERegG begehrt wird. Auch der so verstandene Antrag ist abzulehnen.

Nach § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG sind nur solche Personen oder Personenvereinigungen beteiligt, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die die Regulierungsbehörde auf „deren“ Antrag hinzugezogen hat. Danach ist der Hinzuziehungsantrag im Interesse der jeweiligen Zugangsberechtigten und durch diese selbst zu stellen. Dies folgt auch aus der Begründung des Regierungsentwurfs für § 77 ERegG. Danach erfolgt die Hinzuziehung in den Fällen des § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG nur auf Antrag, weil der Kreis der "Personen oder Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden", nicht bestimmt genug ist, um als Behörde selbst (abschließend) entscheiden zu können, wer zu diesem Kreis gehört (vgl. BT Drs. 18/8334, S. 227). Dass die Zahl der Zugangsberechtigten unbestimmt ist, lässt sich auch anhand der eingereichten Unterlagen erkennen. So beinhaltet die von den Betroffenen eingereichte Liste nur Eisenbahnverkehrsunternehmen, Fahrzeughalter und Aufgabenträger. Nicht abschließend benannt sind dagegen z.B. Zugangsberechtigte nach § 1 Abs. 12 Nr. 2 lit. b) ERegG.

Schließlich besteht auch kein Raum für eine notwendige Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG. Nach dieser Norm ist – sofern der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für einen Dritten hat – dieser auf Antrag als Beteiligter zu dem Verfahren hinzuzuziehen. Soweit er der Behörde bekannt ist, hat diese ihn über die Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen. Dabei kann offen bleiben, ob § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG vorliegend überhaupt anwendbar ist (vgl. zur Parallelvorschrift des § 134 TKG die Ausführungen des BVerwG, Beschluss 6 B 50.13 vom 22.07.2014, Rn. 6, und des VG Köln, Urteil 21 K 5400/14 vom 10.06.2015, Rn. 22f. (juris)). Denn jedenfalls setzt eine notwendige Hinzuziehung einen Antrag des hinzuzuziehenden Dritten voraus (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019, § 13 Rn. 45). Der „Antrag“ der Betroffenen ist kein solcher Antrag. Soweit dagegen Dritte – die analog § 46 Abs. 3 Satz 1 ERegG per Veröffentlichung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur über die Einleitung des vorliegenden Verfahrens benachrichtigt worden sind – Hinzuziehungsanträge gestellt haben, sind diese Anträge positiv beschieden worden.

Eine weitere förmliche Beteiligung der in Anlage A genannten Zugangsberechtigten sowie der für die Lastfahrten SPNV zuständigen Aufgabenträger gemäß § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG war daher nicht notwendig.

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

Sowohl die Eisenbahnaufsichtsbehörde als auch die Kartellbehörde wurden über das Verfahren informiert. Beiden Behörden wurde Gelegenheit zur Stellungnahme i.S.d. § 9 Abs. 3 BE-VVG gegeben.

Der Eisenbahninfrastrukturbeirat wurde vor Erlass der Entscheidung gemäß § 79 Abs. 2 S. 4 ERegG angehört.

Die in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG vorgegebene Frist von sechs Wochen ist mit dem Erlass des Beschlusses am heutigen Tage eingehalten worden.

## **II. 2 Prüfungsgegenstand**

Die vorliegende Prüfung erstreckt sich (allein) auf die beabsichtigte Änderung bzw. Neufassung von leistungsseitigen Komponenten der SNB sowie von Entgelten und Entgeltgrundsätzen für Zusatz- und Nebenleistungen. Der vorliegenden Prüfung unterfallen damit weder SNB-Regelungen, die bereits in gleicher Form in den SNB 2020 enthalten waren, noch Regelungen bezüglich der Entgelte und Entgeltgrundsätze betreffend das Mindestzugangspaket.

Bezüglich der Entgelte und der Entgeltgrundsätze betreffend das Mindestzugangspaket wird das Überprüfungsverfahren nach § 73 ERegG durch das Genehmigungsverfahren nach den §§ 45 und 46 ERegG verdrängt (vgl. das Verfahren BK 10-19-0178\_E). Dementsprechend bestimmt § 72 Satz 4 ERegG, dass die Unterrichtungspflicht hinsichtlich der SNB bei zu genehmigenden Entgelten und Entgeltgrundsätzen entfällt.

Klarstellungshalber wird darauf hingewiesen, dass bezüglich unverändert gebliebener leistungsbezogener Regelungen eine ex post-Überprüfung nach § 68 Abs. 3 i.V.m. § 66 Abs. 4 Nr. 1 ERegG möglich bleibt. Gleiches gilt letztlich für solche Änderungen der SNB, die im hiesigen Verfahren nicht beanstandet werden, vgl. § 73 Abs. 2 Satz 2 ERegG.

## **II. 3 Ablehnung**

Die Beschlusskammer lehnt gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG die von den Betroffenen am 02.10.2019 gemäß § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG mitgeteilten sowie im Nachgang zur mündlichen Verhandlung zum Teil modifizierten beabsichtigten Änderungen bzw. Neufassungen ihrer SNB in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab und verbindet diese zum Teil mit bestimmten Vorgaben.

### **II. 3.1 Ziffer 1 des Tenors: Pilotverfahrensklausel (Ziffer 2.10 der SNB)**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Änderung von Ziffer 2.10 der SNB ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Änderung der Ziffer 2.10 (hierzu unter Ziffer 3.1.1) nicht dem Gebot der Transparenz gemäß §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG genügt (hierzu unter Ziffer 3.1.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer 3.1.3).

#### **II. 3.1.1 Beabsichtigte Änderung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen**

Die Betroffenen beabsichtigen, in Ziffer 2.10 neue Regelungen zu Pilotierungen und Betriebsversuchen einzuführen. Darin heißt es (neuer Text wird kursiv und Streichungen werden gestrichen dargestellt):

**„Besondere Zugangs- und Nutzungsbedingungen; Pilotierungen und Betriebsversuche**

Besondere Zugangsbedingungen sind im netzzugangsrelevanten Regelwerk enthalten (vgl. die technischen Netzzugangsbedingungen Ziffer F.2, Anlage 2.4.2 der SNB).

*Die DB Netz AG führt zur Verbesserung und Weiterentwicklung von Produkten und Prozessen Pilotierungen und Betriebsversuche durch oder beteiligt sich an solchen. Einzelheiten und Ansprechpartner werden im Internet zur Verfügung gestellt:*

<https://www.dbnetze.com/pilotierungen>

*Weiterhin erfolgt eine Vorabinformation der Zugangsberechtigten über die regelmäßigen Kundeninformationen der DB Netz AG.*

Regelungen zur Abwicklung des Bahnbetriebs auf den Schienenwegen der DB Netz AG enthält das betrieblich-technische Regelwerk (vgl. Ziffer 2.4.3 der SNB).“

Unter dem angegebenen Link waren bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens noch keine Informationen eingestellt.

### **II. 3.1.2 Verstoß der beabsichtigten Änderung gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Änderung verstößt gegen das Gebot der Transparenz gemäß §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG. Nach der Rechtsprechung des VG Köln erfordert das Transparenzgebot, dass alle Regelungen, die im Zusammenhang mit den Bedingungen des Rechts auf Zugang zu Eisenbahnanlagen und Leistungen i.S.d. §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1, 14 Abs. 1 bis 2 ERegG stehen, neben der Pflicht zur Veröffentlichung auch klar und verständlich formuliert sein müssen (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn. 94 ff.). Für den Zugangsberechtigten muss wegen der Vorwirkung und Informationsfunktion der Nutzungsbedingungen nachvollziehbar und bestimmbar sein, welche Rechte und Pflichten gelten, und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen dürfen keine ungerechtfertigten Auslegungsspielräume verbleiben (vgl. BVerwG, Urteil vom 13.05.2012, 6 C 42/10, juris Rn. 30, vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18K 11831/16, juris Rn. 94 ff.).

Diesen Anforderungen wird die beabsichtigte Änderung nicht gerecht. Es ist nicht erkennbar, inwieweit mit der Regelung auch eine Abweichung von geltenden SNB-Regelungen eröffnet werden soll. Auch seitens der Zugangsberechtigten wird angeführt, dass die beabsichtigte Änderung ihrem Wortlaut nach ausgesprochen unbestimmt sei. Die Zugangsberechtigten vermuten eine Intention der Betroffenen, mit der Formulierung potenziell sämtliche SNB-Regelungen außer Kraft setzen zu können.

Nach dem bisherigen Vortrag der Betroffenen ist davon auszugehen, dass mit der Durchführung von Pilotverfahren und Betriebsversuchen Abweichungen von geltenden SNB-Regelungen verbunden sein können. Ohne diese Intention hätte eine „Öffnungsklausel“ in den SNB keine eigenständige Bedeutung. Die Betroffenen haben in ihrer Stellungnahme vom 17.10.2019 erläutert, dass bei den dort erwähnten Projekten unklar sei, ob und inwieweit sie umgesetzt werden und dauerhafte Auswirkungen auf die Zugangsberechtigten entfalten. Insbesondere für das beispielhaft erwähnte Projekt „TTR“ (Timetable Redesign) gilt, dass hiermit durch die beabsichtigte Reservierung von Kapazität für das Rolling Planning von bestehenden Regelungen der SNB abgewichen würde. Letztendlich ist es auch üblich, dass mit Pilotverfahren oder Betriebsversuchen neue Verfahren erprobt werden sollen. Damit muss nicht zwangsläufig eine Abweichung von SNB-Regeln verbunden sein. Das dürfte z.B. für interne betriebliche Regelungen gelten, die keinerlei Auswirkungen auf die Zugangsberechtigten haben. Sobald aber von geltenden Regelungen abgewichen werden soll – sei es auch nur vorübergehend – bedarf es hierfür einer entsprechenden Grundlage in den SNB.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die SNB neben der Informationsfunktion eine Vereinheitlichungsfunktion sowie eine Rechtsgewährleistungsfunktion aufweisen. Sie versetzen die Zu-

gangsberechtigten in die Lage, sich ein vollständiges, verlässliches Bild über den Inhalt der Zugangsbedingungen zu machen, um sinnvolle Entscheidungen über die Wirtschaftlichkeit der Nutzung treffen zu können (BVerwG, Urt. v. 13.6.2012, 6 C 42/10, juris, Rn. 22). Die Regelungen sind einer individuellen Vereinbarung entzogen und sind allen Zugangsberechtigten gegenüber in gleicher Weise anzuwenden (vgl. § 19 Abs. 6 Satz 2f. ERegG). Die Regulierungsbehörde soll im Rahmen der Vorabprüfung sicherstellen, dass die Nutzungsbedingungen inhaltlich auf den Maßstab der eisenbahnrechtlichen Vorgaben ausgerichtet werden (BVerwG, Beschl. v. 29.10.2014, 6 B 47/14, juris, Rn. 7). Die SNB bilden die Grundlage einer Zugangsvereinbarung. Es soll sichergestellt werden, dass der Zugang i.S.d. § 10 Abs. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen erfolgt. Die Nutzungsbedingungen sollen in erster Linie die Transparenz, die Planbarkeit und die Kalkulationssicherheit der Zugangsberechtigten sichern (BVerwG, Beschl. v. 29.10.2014, 6 B 47/14, juris, Rn. 8). Solange sie nicht im Rahmen des formell vorgegebenen Verfahrens geändert werden, können sich die Zugangsberechtigten auf den Inhalt sowie die Verpflichtung zur gleichen Anwendung dieses Inhalts gegenüber allen Zugangsberechtigten verlassen.

Sollte mit den Pilotverfahren und den Betriebsversuchen eine Abweichung von bestehenden SNB-Regelungen beabsichtigt sein, müsste diese Intention eindeutig aus der Formulierung hervorgehen. Bislang ist allerdings lediglich vorgesehen, dass die Betroffenen Pilotierungen und Betriebsversuche durchführen und sich an solchen beteiligen können. Sollten die Betroffenen eine Abweichung von bestehenden SNB-Regelungen beabsichtigen, würde es sich hierbei um eine einseitige Leistungsbestimmung zugunsten der Betroffenen handeln. Die Regelung einer solchen einseitigen Leistungsbestimmung in den AGB bzw. SNB ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Zunächst bedarf es hierfür eines gewichtigen Sachgrundes, welcher das Interesse an einer einseitigen Festlegung rechtfertigt. Darüber hinaus müssen die Voraussetzungen und der Umfang des Leistungsbestimmungsrechts tatbestandlich hinreichend konkretisiert werden. In jedem Fall müssen die berechtigten Belange des anderen Teils hinreichend gewahrt werden (BGH, Urt. v. 18.1.2017, VIII ZR 263/15, juris, Rn. 27). Aus den SNB müsste demgemäß wenigstens hervorgehen, aus welchem konkreten Anlass von geltenden Regelungen der SNB im Rahmen der Pilotverfahren und Betriebsversuche abgewichen werden soll. Darüber hinaus wären Umfang und Rahmen der Abweichungen zu beschreiben. Das bedeutet, dass wenigstens abgebildet werden müsste, von welchen Regelungen der SNB abgewichen werden soll und wie – auch über welchen Zeitraum und ggf. mit welchem räumlichen Geltungsbereich – das jeweilige Pilotverfahren bzw. der Betriebsversuch grundsätzlich eingeführt werden soll. Da die Änderung von SNB gemäß § 19 Abs. 2 ERegG grundsätzlich die vorherige Durchführung eines Stellungnahmeverfahrens erfordert und die Belange der Zugangsberechtigten hinreichend zu wahren sind, wäre ebenfalls zu beschreiben, wie die Zugangsberechtigten vor der Einführung von Pilotverfahren und Betriebsversuchen bzw. während der Durchführung beteiligt werden (ggf. über Verbände oder elektronisch). Darüber hinaus ist zu erläutern, anhand welcher Bewertungskriterien der Erfolg des Pilotverfahrens bzw. des Betriebsversuchs beurteilt werden soll.

Sollten die Betroffenen mit den Pilotverfahren und Betriebsversuchen bzw. mit der Beteiligung an solchen nicht von bestehenden SNB-Regelungen abweichen wollen, wäre auch diese Absicht eindeutig zu formulieren.

Es handelt sich um eine entscheidende Information, die bislang nicht aus dem beabsichtigten Text der Ziffer 2.10 hervorgeht. In Anbetracht der zuvor zitierten wesentlichen Funktionen der SNB ist es zwingend erforderlich, die Auswirkungen einer Regelung in den SNB unmiss-

verständlich zu beschreiben. Die beabsichtigte Änderung genügt diesen Anforderungen bislang nicht.

### **II. 3.1.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Diesem Ziel dient die Transparenz der Nutzungsbedingungen. Die Zugangsberechtigten sind auf transparente Regelungen angewiesen, damit sie das Schienennetz der Betroffenen im Wettbewerb nutzen können. Die behördliche Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Die Ablehnung der beabsichtigten Änderung führt dazu, dass die intransparente Regelung nicht in Kraft treten kann.

Die behördliche Maßnahme ist auch erforderlich. Mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für das dargelegte Ziel sind nicht ersichtlich. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Ablehnung aufschiebend bedingt ist. Sie tritt nur in Kraft für den Fall, dass die Betroffenen die Bundesnetzagentur bis zum 24.01.2020 nicht über eine beabsichtigte Ergänzung der Regelung unterrichtet haben, die entweder klarstellt, dass mit der beabsichtigten Änderung in Ziffer 2.10 der SNB keine Abweichungen von geltenden SNB-Regelungen erlaubt werden, oder dass mit der beabsichtigten Änderung in Ziffer 2.10 der SNB auch Abweichungen von geltenden SNB-Regelungen erlaubt werden, wobei hierzu unter Beachtung der oben dargestellten Angemessenheitserfordernisse jedenfalls das grundsätzliche Verfahren zur Einführung von Pilotierungen und / oder Betriebsversuchen einschließlich der Beteiligung der Zugangsberechtigten im SNB-Haupttext zu beschreiben wäre. Damit haben die Betroffenen die Möglichkeit, die Ablehnung abzuwenden. Sollten sie keine Abweichungen von bestehenden SNB-Regelungen bezwecken, könnten sie dies durch eine entsprechende Ergänzung der Ziffer 2.10 klarstellen. Wäre eine Abweichungsmöglichkeit von bestehenden SNB-Regelungen intendiert, hätten die Betroffenen auch in dem Fall die Möglichkeit, durch eine entsprechend rechtskonforme Ausgestaltung die Ablehnung abzuwenden. Aus Sicht der Bundesnetzagentur sind diese Anforderungen dergestalt umsetzbar, dass in dem SNB-Haupttext selbst die Verfahrensregelung für die Festlegung von Pilotverfahren und Betriebsversuchen niedergelegt wird. Insbesondere wäre darin auch vorzusehen, wie die Zugangsberechtigten im Vorfeld beteiligt werden. Daneben könnte ein eigener Anhang für Pilotverfah-

ren und Betriebsversuche erstellt werden. In diesen Anhang könnte für jedes Pilotverfahren und jeden Betriebsversuch ein „Steckbrief“ eingestellt werden. In diesem „Steckbrief“ müssten die grundlegenden Charakteristika des jeweiligen Pilotverfahrens bzw. Betriebsversuchs niedergelegt sein. Abzubilden wären demnach das verfolgte Ziel, die zeitliche und räumliche Begrenzung, die wesentlichen Inhalte des Pilotverfahrens bzw. Betriebsversuchs sowie ein ausdrücklicher Ausweis, von welchen Regelungen innerhalb der SNB abgewichen wird. Sollte entsprechender Bedarf seitens der Betroffenen bestehen, könnten darüber hinaus zusätzliche Informationen (z.B. Karten, bildliche Darstellungen) im Internet ausgewiesen werden. Handelt es sich um zusätzliche Informationen, wären diese bei entsprechender Ausgestaltung kein SNB-Bestandteil.

Die Ablehnung tritt aufschiebend bedingt zum 24.01.2020 in Kraft. Im Rahmen einer Ermessensentscheidung kann durch eine Bedingung sichergestellt werden, dass die Belastung für den Adressaten nur wirksam wird, wenn der Sachverhalt auch wirklich gegeben ist, an den die Behörde die in dem Verwaltungsakt festgelegte Rechtsfolge knüpfen will. (vgl. *Bader/Ronellenfitsch*, in: BeckOK VwVfG, § 36, Rn. 46). Bei isolierter Betrachtung des von den Betroffenen beabsichtigten Satzes stellt sich dieser als nicht unrichtig dar. Er ist aber aus den genannten Gründen intransparent. Wird die Intransparenz durch eine klarstellende Ergänzung in die ein oder andere Richtung aufgehoben, kann der beabsichtigte Satz in den SNB stehen bleiben. Würden die Betroffenen aber bis zum 24.01.2020 klarstellen, dass sie mit der Klausel keine Abweichungen von geltenden SNB beabsichtigen, wäre kein Verstoß gegen Eisenbahnrecht gegeben, so dass in dem Fall kein Bedarf für eine Ablehnung bestehen würde. Würden die Betroffenen aber doch Abweichungen von geltenden SNB intendieren, hätten sie die Möglichkeit, bis zum 24.01.2020 eine Anpassung der Regelungen unter Berücksichtigung der oben dargestellten Anforderungen einzuleiten. Auch für diesen Fall kann die hier beabsichtigte Regelung stehen bleiben. Die Betroffenen haben dementsprechend die Möglichkeit, mit ihrer Entscheidung die Ablehnung der Klausel abzuwenden. Die Frist bis zum 24.01.2020 wurde in Anbetracht der sechswöchigen Prüfungsfrist gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG sowie des Beginns der Trassenbestellphase am 14.03.2020 gewählt. Sie lässt hinreichend Zeit für die Durchführung des obligatorischen Stellungnahmeverfahrens nach § 19 Abs. 2 ERegG. Der Bundesnetzagentur sind keine umfangreichen Pilotverfahren bzw. Betriebsversuche bekannt, die unmittelbar bevorstehen und in die SNB aufgenommen werden müssten. Vor dem Hintergrund des überschaubaren Änderungsbedarfs ist die gewählte Frist angemessen.

Die Maßnahme ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der Ablehnung auf private oder öffentliche Belange zu entdecken, die in der Abwägung deren Vornahme unzulässig erscheinen ließe.

Aus Sicht der Betroffenen besteht zwar die Notwendigkeit, die Zugangsberechtigten laufend über Bestrebungen zur Weiterentwicklung vor allem von Prozessen zu informieren. Es bestehe aber keine Notwendigkeit, permanent über Einzelheiten in den SNB zu informieren. Flexible Informationen über wöchentliche Kundeninformationen würden aus Sicht der Betroffenen ausreichen. Für die Betroffenen besteht ein Bedarf, auch wenn solche Betriebsversuche oder Pilotverfahren nach ihrem eigenen Vortrag durchaus längere Vorlaufzeiten haben können, diese relativ flexibel handhaben zu können.

Nach Ansicht der Bundesnetzagentur ist dem praktischen Bedürfnis nach Regelungen zu Pilotverfahren und Betriebsversuchen durchaus Rechnung zu tragen, weil dadurch eine Weiterentwicklung der Nutzungsbedingungen und des Betriebsverfahrens angestoßen und in

begrenztem Umfang erprobt werden kann. Dadurch kann unter anderem dem technischen Fortschritt Rechnung getragen werden. Dabei dürfen aber die Interessen der Zugangsberechtigten nicht unterlaufen werden. Den SNB kommt – wie oben bereits dargestellt – eine ganz erhebliche Bedeutung für den Zugang zur Infrastruktur zu. Die SNB bilden die Grundlage einer Zugangsvereinbarung. Es soll sichergestellt werden, dass der Zugang i.S.d. § 10 Abs. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen erfolgt. Die Nutzungsbedingungen sollen in erster Linie die Transparenz, die Planbarkeit und die Kalkulationssicherheit der Zugangsberechtigten sichern. Solange sie nicht im Rahmen des formell vorgegebenen Verfahrens geändert werden, können sich die Zugangsberechtigten auf den Inhalt sowie die Verpflichtung zur gleichen Anwendung dieses Inhalts gegenüber allen Zugangsberechtigten verlassen. Dieser gewichtigen Funktion der SNB stünde eine Möglichkeit, jederzeit vollumfänglich von SNB-Regelungen abzuweichen, entgegen. Vor dem Hintergrund sind die beschriebenen Anforderungen einzuhalten, um unter den jeweiligen Voraussetzungen und in dem jeweiligen Umfang von den SNB-Regelungen abweichen zu können. Bei Einhaltung dieser Vorgaben, könnte aus Sicht der Bundesnetzagentur zu erwägen sein, von der Möglichkeit des Verzichts auf Unterrichtungen zur beabsichtigten Änderung von SNB (§ 73 Abs. 4 ERegG) Gebrauch zu machen. Ein Verzicht würde insbesondere in den Fällen in Betracht kommen, in denen Bedarf für die kurzfristige Einführung von Pilotverfahren oder Betriebsversuchen besteht. Das Interesse der Betroffenen an einer flexiblen Handhabung wäre mit der Ausgestaltungsform von „Steckbriefen“ im Anhang des SNB-Haupttextes gewahrt. Die allgemeinen Verfahrensregeln für die Pilotverfahren und Betriebsversuche müssten in dem Fall nicht mehr geändert werden, da sie allgemeingültig gelten. Die Beschreibung des jeweiligen Pilotverfahrens bzw. Betriebsversuchs ist grundsätzlich erforderlich und wird offenbar auch von den Betroffenen nicht in Frage gestellt. Grundsätzlich müsste auch den Betroffenen selbst daran gelegen sein, über eine rechtssichere Grundlage für die Durchführung von Pilotverfahren und Betriebsversuchen zu verfügen. Ansonsten könnten die Zugangsberechtigten jede Mitwirkung an Pilotverfahren und Betriebsversuchen verweigern und sich auf geltende SNB-Regelungen berufen.

Die Überlegungen der Beschlusskammer folgen dabei folgender Matrix:

Tabelle 1 – Matrix der Veröffentlichung von Regelungen für Pilotverfahren

	SNB-Haupttext	SNB-Anlage	Ergänzende Regelungen (z.B. im Internet)
Inhalt nach Auffassung BK	Grundregel:  Darstellung des Verfahrens mit dem bestimmt wird, wie von Regelungen der SNB abgewichen werden kann.	Steckbrief:  Für jedes Pilotverfahren eine Darstellung des Ziels des Piloten und der konkreten Regelungen der SNB, von denen abgewichen werden soll, einschließlich einer Darstellung des räumlichen und zeitlichen Umfangs der Abweichung. Verweis auf Regelungen im Internet.	Details:  Darstellung der Regelungen, die für den Piloten tatsächlich gelten, und ggf. ergänzende Informationen.
Charakter der Regelung	SNB	SNB	SNB und sonstige Informationen
Bedürfnis nach Flexibilität der Betroffenen	Keine Flexibilität erforderlich, weil Grundregel nicht für jedes Pilotverfahren geändert werden muss.	Einmalige Einführung für jedes Pilotverfahren; keine hohe Flexibilität erforderlich.	Betroffene hat Bedürfnis an hoher Flexibilität vorgetragen.
prozessualer Hinweis		Verzicht auf Unterrichtung grds. denkbar.	Verzicht auf Unterrichtung grds. denkbar, soweit SNB betroffen sind. Im Übrigen keine Unterrichtungspflicht.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass das Thema „Pilotverfahren und Betriebsversuche“ bereits seit längerem Gegenstand von Diskussionen zwischen den Betroffenen und der Bundesnetzagentur ist. Den Betroffenen ist dementsprechend die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur zur rechtskonformen Ausgestaltung einer entsprechenden Regelung in den SNB bekannt. Angesichts des Vortrags der Betroffenen, dass oftmals ein Bedarf dafür bestehe, Pilotverfahren bzw. Betriebsversuche mit sehr kurzem Vorlauf einzuführen, wurden bereits mehrfach – letztmals im Rahmen der Anhörung des vorliegenden Verfahrens – entsprechende Nachweise über die Vorlaufzeiten der Pilotverfahren und Betriebsversuche angefordert. Die Betroffenen haben bislang keine Nachweise vorgelegt.

## II. 3.2 Ziffer 2 des Tenors: Umsetzung Schienenlärmschutzgesetz (Ziffer 2.12 der SNB)

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Neufassung von Ziffer 2.12 der SNB in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab. Die Ablehnung wird mit der Vorgabe verbunden, in Ziffer 2.12.3 lit. b eine Formulierung aufzunehmen, wonach die Betroffenen Regelungen zur Umsetzung des § 4 S. 1 Nr. 2 ERegG in die SNB aufzunehmen haben. Abzulehnen sind eine Definition des Begriffs Güterwagen, die auch mit Kraftfahrzeugen beladene Wagen in Autoreisezügen umfasst (dazu unter II.3.2.1), die Einführung einer Kundenselbstauskunft (dazu unter II.3.2.2), die Regelungen über die Trassenkonstruktion im Gelegenheitsverkehr, bei denen die gesetzliche Ausnahme des § 4 S. 1 Nr. 2 Schienenlärmschutzgesetzes nicht um-

gesetzt wurde (dazu unter II.3.2.3), Regelungen zu einer Stichprobe durch die Betroffenen (dazu unter II.3.2.4) sowie eine Klausel, nach der die Betroffenen Bußgelder auf die Zugangsberechtigten abwälzen (dazu unter II.3.2.5).

### **II. 3.2.1 Autoreisezüge in Ziffer 2.12 der SNB**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Neufassung zu Autoreisezügen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab. Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Neufassung (hierzu unter Ziffer II.3.2.1.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.2.1.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.2.1.3).

#### **II. 3.2.1.1 Beabsichtigte Neufassung**

Die Betroffenen beabsichtigen in Ziffer 2.12 Absatz 2 Satz 2 eine Regelung einzuführen, nach der mit Kraftfahrzeugen beladene Wagen in Autoreisezügen Güterwagen sind, auch wenn sie zugleich Personen befördern. Der betreffende Absatz lautet:

*„Ein Güterwagen im Sinne des SchienenlärmschG dient der Beförderung von Gütern. Mit Kraftfahrzeugen beladene Wagen in Autoreisezügen sind, auch wenn sie zugleich Personen befördern, Güterwagen.“*

#### **II. 3.2.1.2 Verstoß der beabsichtigten Änderung gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Neufassung verstößt gegen das eisenbahnrechtliche Gebot der Angemessenheit gemäß §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG. Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Zugangsbedingungen in SNB sind nicht angemessen, wenn sie die Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 ERegG unangemessen benachteiligen, sodass sie in der Ausübung ihres Zugangsrechtes behindert werden. Eine angemessene SNB-Klausel ist in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Schienenwege dann gegeben, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist. Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit vorliegt, ist zu klären, ob eine Klausel eine Vertragspartei unbillig benachteiligt (vgl. Urteil des VG Köln v. 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris Rn. 124 ff.). Auf der anderen Seite bedeutet es aber, dass die Zugangsberechtigten nicht bessere Bedingungen als in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen können. Einerseits sind die legitimen Geschäftsinteressen der Betreiber der Infrastruktur zu berücksichtigen. Andererseits ist ein Missbrauch des strukturellen Ungleichgewichts zu vermeiden (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn. 126).

Die beabsichtigte Neufassung ist unangemessen, weil sie eine Einschränkung des Zugangsrechts beinhaltet, die bei einer strikten Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes vermeidbar wäre. Die Einschränkung des Zugangsrechts ist daher nicht gerechtfertigt. Zwar ist derzeit noch unklar, welche Fahrzeuge nach der zukünftigen Verwaltungspraxis der zuständigen Aufsichtsbehörden als „Güterwagen“ im Sinne von § 1ff. SchlärmschG zu gelten ha-

ben. Diesem Umstand können die Betroffenen jedoch nicht dadurch begegnen, dass sie eine eigene (weite) Definition zu Lasten der Zugangsberechtigten vornehmen.

Die Regelung bewirkt, dass alle Autotransportwagen in Autoreisezügen (Autoreisezugwagen) als Güterwagen eingeordnet werden und daher aufgrund der Regelung in den SNB dem Schienenlärmschutzgesetz unterfallen. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur sind jedoch nicht alle Autotransportwagen in Autoreisezügen Güterwagen im Sinne des Schienenlärmschutzgesetzes. In den Anwendungsbereich der Klausel fallen einerseits Autotransportwagen für den Einsatz in Autoreisezügen der Gattung DDm, bei deren Einsatz die Insassen nicht im Fahrzeug verbleiben, sondern in zusätzlichen Reisezugwagen befördert werden. Andererseits erfasst die Klausel auch Spezialwagen für den Autotransport über den Hindenburgdamm, bei denen die Insassen in den Fahrzeugen verbleiben.

Voraussetzung für die Anwendung des Schienenlärmschutzgesetzes ist, dass es sich um Güterwagen handelt. Der Gesetzgeber hat nur im Zusammenhang mit Güterwagen einen entsprechenden Handlungsbedarf gesehen. Bei den Autotransportwagen der Gattung DDm handelt es sich bahnbetrieblich jedoch um Reisezugwagen in Form von Gepäckwagen einer besonderen Bauart. Das ergibt sich zum einen aus § 18 Abs. 5 der Eisenbahnbau- und Betriebsordnung (EBO). Er lautet:

*„Die Wagen werden eingeteilt in Reisezugwagen und Güterwagen. Zu den Reisezugwagen zählen Personen-, Reisezuggepäck-, Autoreisezug- und Postwagen. Zu den Güterwagen zählen auch die Güterzuggepäckwagen.“*

Zum anderen ergibt sich dies auch aus der Gattungsbezeichnung DDm. Diese ist nach dem UIC-Regelwerk dem Bereich der Reisezugwagen zuzuordnen. Auch technisch sind Autotransportwagen für den Einsatz in Autoreisezügen deutlich von Autotransportwagen der Güterwagen-Bauarten (Kennbuchstaben L oder S) zu unterscheiden: Sie weisen beispielsweise durchgehende Heizleitungen sowie eine höhere Höchstgeschwindigkeit von bis zu 160 km/h und damit einhergehend eine andere Bremsausrüstung auf. In der Regel sind diese Wagen mit Scheibenbremsen ausgestattet, so dass auch vor diesem Hintergrund kein Bedürfnis für die Anwendung des Schienenlärmschutzgesetzes besteht. Davon abweichend können die Autotransportwagen für den Transport von Fahrzeugen mitsamt Insassen über den Hindenburgdamm sich als Güterwagen darstellen, so dass sie sowohl in den Anwendungsbereich des SchlärmschG als auch der Ziffer 2.12. der SNB fallen können.

Die Bundesnetzagentur hat die beabsichtigte Entscheidung mit dem Eisenbahn-Bundesamt abgestimmt. Das Eisenbahn-Bundesamt hat zu der Frage, welche Fahrzeuge Güterwagen im Sinne des Schienenlärmschutzgesetzes sind, mit Schreiben vom 08.10.2019 ausgeführt, dass die Eigenschaft eines Fahrzeugs als Güterwagen anhand der Fahrzeugzulassung zu bestimmen sei. Diese lasse sich in der Regel anhand der Wagenummer eindeutig feststellen. Das weitere Vorgehen wurde in einem weiteren Termin am 31.10.2019 wie folgt abgestimmt: Demnach fällt die Frage, welche Fahrzeuge in den Anwendungsbereich des Schienenlärmschutzgesetzes fallen, in die Zuständigkeit des Eisenbahn-Bundesamtes. Das Eisenbahn-Bundesamt wird dazu konkretisierende Hinweise oder Ausführungsbestimmungen veröffentlichen. Da dies bis zum Abschluss des vorliegenden Verfahrens am 13.11.2019 nicht mehr möglich sein wird und gleichzeitig noch ein ausreichender zeitlicher Vorlauf bis zum Inkrafttreten des Schienenlärmschutzgesetzes besteht, ist eine Ablehnung der beabsichtigten Änderung auch aus Sicht des Eisenbahn-Bundesamtes sachgerecht.

### II. 3.2.1.3 Ermessenserwägungen

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Autotransportwagen zum Einsatz in Autoreisezügen werden von mehreren Zugangsberechtigten eingesetzt, die ein Interesse daran haben, dass sie nicht unnötig mit dem aus der Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes folgenden Aufwand belastet werden. Dabei handelt es sich zum Teil um sehr kleine Unternehmen. Die behördliche Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Durch die Ablehnung der beabsichtigten Änderung wird sichergestellt, dass die Regelung nicht in die SNB aufgenommen wird und damit Verbindlichkeit für die Zugangsberechtigten erlangt. Gleichzeitig bleibt noch ausreichend Zeit für eine gesetzeskonforme Regelung in den SNB, die die noch zu veröffentlichenden Vorgaben des Eisenbahn-Bundesamtes umsetzt.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Die Bundesnetzagentur hat den Betroffenen im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ihre Rechtsauffassung mitgeteilt und Gelegenheit zur freiwilligen Änderung der Unterrichtung gegeben. Da die Betroffenen hinsichtlich der Autotransportwagen an der beabsichtigten Änderung festhalten, ist die Ablehnung durch die Bundesnetzagentur das mildeste Mittel zur Beseitigung der zuvor dargestellten Einschränkungen des Zugangsrechts.

Die Maßnahme ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Angesichts der gesetzlichen Regelung, dass nur Güterwagen in den Anwendungsbereich des Schienenlärmschutzgesetzes fallen, kann die beabsichtigte Änderung den gesetzlichen Rahmen nicht in zulässiger Weise ausfüllen. Daher ist auch dem Interesse der Zugangsberechtigten, mit Autotransportwagen der Reisezugwagenbauarten nicht in den Anwendungsbereich der Ziffer 2.12 der SNB und damit des Schienenlärmschutzgesetzes zu fallen, ein hohes Gewicht beizumessen. Demgegenüber ist das Interesse der Betroffenen an einer möglichst einfachen Regelung, bei der alle Autotransportwagen für den Einsatz in Reisezügen gleich behandelt werden, nicht anzuerkennen. Auch die gesamthafte Ablehnung der beabsichtigten Änderung ist für die Betroffenen nicht unverhältnismäßig, weil noch ausreichend Zeit für eine Neuregelung ist, die durch eine unterjährige Änderung in die SNB aufgenommen werden kann.

## **II. 3.2.2 Einführung einer Kundenselbstauskunft in Ziffer 2.12.1 der SNB sowie § 4 des Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrages**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Einführung einer Kundenselbstauskunft in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab. Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Neufassung (hierzu unter Ziffer II.3.2.2.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.2.2.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.2.2.3).

### **II. 3.2.2.1 Beabsichtigte Neufassung**

Die Betroffenen beabsichtigen, in Ziffer 2.12.1 eine Regelung in die SNB aufzunehmen, nach der Zugangsberechtigte ihr gegenüber erklären müssen, wie sie die Regelungen des Schienenlärmschutzgesetzes einhalten wollen.

Die beabsichtigte Regelung lautet:

#### *„2.12.1 Kundenselbstauskunft*

*Zur Umsetzung des Verbots des Einsatzes von Zügen auf dem deutschen Schienennetz, in die laute Güterwagen eingestellt sind, haben ZB sicherzustellen, dass sie nur leise, laute mit Befreiung oder mit reduzierter Höchstgeschwindigkeit zur Erreichung der zulässigen Schallleistungspegel Züge anmelden und fahren bzw. fahren lassen werden.*

*Um leise oder laute Züge mit Befreiung zum Netzfahrplan oder Gelegenheitsverkehr anzumelden, ist erforderlich, dass der ZB in Anlage 1 des G-INV Anlage 2.2.1 der SNB seine Prozesse und Einzelmaßnahmen in einer Kundenselbstauskunft darstellt, die die Einhaltung dieses Verbots gewährleisten.*

*Sofern ZB keine Kundenselbstauskunft einreichen oder dieser kein nachvollziehbarer Prozess zur Sicherstellung, dass nur zulässige Züge im Sinne des SchlärmschG angemeldet und gefahren werden, zu entnehmen ist, dürfen nur Trassenanmeldungen zum Gelegenheitsverkehr für laute Züge erfolgen. Eine Anmeldung zum Netzfahrplan ist in diesem Fall ausgeschlossen.“*

Der § 4 des Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrages lautet:

#### **ANFORDERUNGEN FÜR EVU AUS DEM SCHIENENLÄRMSCHUTZGESETZ**

*Mit Beginn des Netzfahrplans 2020/21 am 13. Dezember 2020 ist gemäß § 3 Abs. 1 i.V.m. § 1 Schienenlärmschutzgesetz das Fahren oder Fahrenlassen von Güterzügen, in die laute Güterwagen eingestellt sind, auf dem deutschen Schienennetz auf der regelspurigen öffentlichen Eisenbahninfrastruktur verboten. Ein Personenzug, in dem ein oder mehrere Güterwagen eingestellt sind, ist einem Güterzug gleichgestellt. Zur Umsetzung dieses gesetzlichen Verbots haben ZB sicherzustellen, dass sie nur leise oder laute mit Befreiung Züge anmelden und fahren bzw. fahren lassen werden. Hierfür ist erforderlich, dass der ZB in der Anlage 1 seine Prozesse und Einzelmaßnahmen darstellt, die die Einhaltung dieses Verbots gewährleisten.*

Die Anlage 1 zum Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrag lautet:

*„Im Folgenden ist nachvollziehbar darzulegen, dass der ZB durch einen internen Prozess mittels bestimmter Maßnahmen sicherstellt, dass er nur leise, laute mit Befreiung oder mit reduzierter Höchstgeschwindigkeit zur Erreichung der zulässigen Schall-*

*leistungspegel Züge anmelden und fahren bzw. fahren lassen wird. Diesem Prozess ist insbesondere Folgendes zu entnehmen:*

- *Welche Informationen zum einzelnen Güterwagen und in welcher Weise erlangt der ZB vom Wagenhalter oder anderen Güterwagen zur Verfügung stellenden oder einsetzenden Organisationen.*
- *Die Ausgestaltung seiner Einstellungsverträge zum Zwecke der Gewährleistung der Vorgaben des Schienenlärmschutzgesetzes. Als ein vertragliches Mittel kann unter anderem die Vertragsstrafe angesehen werden.*
- *Sofern ein ZB Güterwagen aus dem Ausland einsetzt bzw. einsetzen lässt, sind Maßnahmen aufzuzeigen, die sicherstellen, dass nur leise Wagen innerhalb Deutschlands verkehren.*

### **II. 3.2.2.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Neufassung verstößt gegen das eisenbahnrechtliche Gebot der Angemessenheit gemäß §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG. Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Die beabsichtigte Pflicht zur Abgabe einer Selbstauskunft findet keine Stütze im Schienenlärmschutzgesetz und stellt damit eine unangemessene Belastung der Zugangsberechtigten dar.

Die beabsichtigte Regelung hat zur Folge, dass die Zugangsberechtigten in der Anlage 1 zum Grundsatzinfrastrukturnutzungsvertrag darlegen müssen, wie sie die aus dem Schienenlärmschutzgesetz folgenden Pflichten einhalten und sicherstellen, dass bei einer Anmeldung eines „leisen“ Zuges auch tatsächlich nur „leise“ Wagen in den Zug eingestellt werden. Sofern die Zugangsberechtigten keine Selbstauskunft einreichen oder dieser kein nachvollziehbarer Prozess zur Sicherstellung einer gesetzeskonformen Anmeldung zu entnehmen ist, dürfen nur Trassenanmeldungen zum Gelegenheitsverkehr für laute Züge erfolgen.

Die Betroffenen haben dazu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass sie mit der Einführung der Kundenselbstauskunft einer Forderung des Eisenbahn-Bundesamtes nachgekommen seien. Das Eisenbahn-Bundesamt sehe in § 7 Abs. 3 SchlärmschG eine eigenständige Verpflichtung der Betroffenen, präventiv auf eine Einhaltung des Schienenlärmschutzgesetzes durch die Zugangsberechtigten hinzuwirken. Bei der geforderten Selbstauskunft handele es sich letztlich um eine Art „Besinnungsaufsatz“. Die Betroffenen beabsichtigten, die Kundenselbstauskünfte zu sammeln, ohne dass sich daraus unmittelbare Konsequenzen für die Zugangsberechtigten ergäben.

Vertreter des Eisenbahn-Bundesamtes haben gegenüber der Bundesnetzagentur ihre Rechtsauffassung erläutert. Es sei eisenbahnbetrieblich erforderlich, dass die Zugangsberechtigten im Vorwege Konzepte zur Einhaltung des Schienenlärmschutzgesetzes erarbeiteten, weil sie häufig vor Antritt der Fahrt keine Kenntnis von der genauen Zusammensetzung eines Güterzuges hätten. Ansonsten drohten massive Verstöße gegen das Schienenlärmschutzgesetz, die das Eisenbahn-Bundesamt als Aufsichtsbehörde zu sanktionieren hätte.

Dabei seien die Handlungsoptionen nach dem Schienenlärmschutzgesetz begrenzt und setzten zum Teil wiederholte Verstöße voraus. In der abschließenden Stellungnahme vom 11.11.2019 hat das Eisenbahn-Bundesamt sich dafür ausgesprochen, eine Pflicht zu Angaben der Zugangsberechtigten über ihre Prozesse in den SNB zu verankern. Allerdings fehlten Maßstäbe für die Bewertung der Prozesse durch die Betreiberin. Die Stellungnahme enthält den folgenden Vorschlag:

*„Weil Zugangsberechtigte gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 SchlärmschG Regeltrassen nur beantragen dürfen, wenn sie ausschließen können, dass bei späterer Fahrt im Güterzug laute Güterwagen im Güterzug enthalten sein werden, ist erforderlich, dass der Zugangsberechtigte in der Trassenbestellung erklärt (ankreuzt), ob er geeignete Prozesse eingeführt hat, die ausschließen, dass auf einer Trasse für leise Züge tatsächlich laute Güterwagen eingesetzt werden. Ausschließen kann er den Einsatz beispielsweise, wenn er ausschließlich neue oder vollständig umgerüstete Wägel nutzt, solche von lauten Güterwagen durch technische oder betriebliche Verfahren trennt oder durch entsprechende vertragliche Regelungen mit zuverlässigen Partnern trennen lässt.“*

Nach Auffassung der Bundesnetzagentur enthält das Schienenlärmschutzgesetz in den §§ 7 ff. einen differenzierten Pflichtenkatalog zur Einhaltung des Schienenlärmschutzgesetzes. Das Gesetz differenziert dabei zwischen den Pflichten der Zugangsberechtigten, den Pflichten der Betreiber der Schienenwege sowie der Überwachung durch die zuständigen Behörden.

Eine Verpflichtung der Zugangsberechtigten im Vorfeld der Fahrt findet sich nur in § 8 Abs. 1 SchlärmschG, nach der die Zugangsberechtigten dem Betreiber der Schienenwege mitzuteilen haben, „ob“ (= ja/nein) laute Güterwagen in den Zug eingestellt werden. Befreiungen nach § 5 SchlärmschG sind bei der Antragstellung anzugeben und vor der Nutzung der Schienenwegkapazität nachzuweisen.

Die Überprüfung durch die zuständigen Behörden wird dagegen in den §§ 10 f. als eine nachgelagerte Überprüfung ausgestaltet. In § 11 Abs. 1 des Schienenlärmschutzgesetzes sind (nachgelagerte) Maßnahmen geregelt, die die zuständige Behörde ergreifen kann, wenn auf einem bestimmten Streckenabschnitt wiederholt gegen die gesetzlichen Vorgaben verstoßen wird. Unter den dort genannten Voraussetzungen kann die Aufsichtsbehörde auch präventive Maßnahme anordnen: nächtliche Fahrverbote, Höchstgeschwindigkeiten oder präventive Prüfungen der jeweiligen Zugzusammensetzung durch den Betreiber der Schienenwege. Die Anordnung ist jedoch an Voraussetzungen geknüpft: Es bedarf auf einem bestimmten Streckenabschnitt wiederholter Verstöße. Ohne diese Voraussetzung kann die Aufsichtsbehörde keine präventiven Maßnahmen anordnen. Eine präventive Überwachung durch den Betreiber der Schienenwege und entsprechende, über den § 8 Abs. 1 SchlärmschG hinausgehende Pflichten der Zugangsberechtigten sind im Gesetz nur an dieser Stelle geregelt worden. Unabhängig von der Frage, wie weit § 7 Abs. 3 SchlärmschG überhaupt reicht, sind auch dort Prüfungen für den Betreiber der Schienenwege nur „bei der Nutzung“ vorgesehen und nicht (weit) vor der Nutzung. Nach dem Gesamtbild der gesetzlichen Regelungen spricht einiges dafür, dass eine präventive Überwachung praeter legem eingeführt werden soll.

Unabhängig davon, welche Auffassung zur Reichweite des § 7 Abs. 3 SchlärmschG zutreffend ist, stellt die Norm keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die beabsichtigte SNB-Änderung dar, so dass sie gegen das eisenbahnrechtliche Gebot der Angemessenheit ver-

stößt. Bei den Betroffenen handelt es sich um ein privatwirtschaftlich geführtes Unternehmen, das grundsätzlich keine hoheitlichen Aufgaben wahrnimmt. Die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben obliegt seit der Privatisierung dem Eisenbahn-Bundesamt (vgl. dazu § 3 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes). Dementsprechend haben die Betroffenen nicht die Aufgabe, neben der ihnen obliegenden Sicherheitsverantwortung die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch die Zugangsberechtigten zu überwachen. Es spricht einiges dafür, dass eine von den Grundsätzen abweichende Aufgabenübertragung eine Beleihung darstellen würde, die eine konkrete gesetzliche Regelung erfordern würde (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 26.08.2010, Az. 3 C 35.09, Rn. 25).

Daneben ist die beabsichtigte Neufassung aus weiteren Gründen abzulehnen. Sie eröffnet den Betroffenen einen ungerechtfertigten Entscheidungsspielraum bei der Prüfung und Behandlung der von den Zugangsberechtigten einzureichenden Selbstauskünfte (vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 17.06.2010, Az. 13 A 2557/09, Rn. 96 f.). Die Annahme eines Diskriminierungspotenzials verlangt dabei die konkrete Möglichkeit relevanter Ungleichbehandlungen. Die Regelung sieht vor, dass bei fehlenden oder nicht nachvollziehbaren Angaben nur Trassen im Gelegenheitsverkehr angemeldet werden dürfen. Nach welchen Gesichtspunkten die Betroffenen diese Prüfung vornehmen wollen, bleibt dabei unklar. Wie bereits erwähnt, hat ein Vertreter der Betroffenen in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass die Betroffenen keine Prüfung beabsichtigten und die Regelung daher auch keine Konsequenzen nach sich ziehen werde. Dies unterstreicht, dass den Betroffenen aufgrund der Regelung ein ungerechtfertigter Entscheidungsspielraum verbleibt, der in der Anwendung zu Ungleichbehandlungen führen würde.

Sollten die Betroffenen die Regelung gemäß ihrem Wortlaut anwenden, wozu sie eisenbahnrechtlich verpflichtet sind, würde die Sanktion in Form der Anmeldung zum Gelegenheitsverkehr für laute Züge eine Verletzung des gesetzlichen Zugangsrechts darstellen. Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben kann sich die alleinige Anmeldung von lauten Zügen als ein faktischer wirtschaftlicher Ausschluss von der Nutzung des Schienennetzes der Betroffenen darstellen. Dem Schienenlärmschutzgesetz lässt sich dabei wiederum nicht entnehmen, dass derjenige, der im Vorwege nicht nachvollziehbar beschreiben kann, wie er die gesetzlichen Vorgaben einhalten wird, nur Anmeldungen im Gelegenheitsverkehr für laute Züge vornehmen darf. Nach § 7 Abs. 4 SchlärmschG besteht dagegen die Möglichkeit, dass Güterzüge, in die „laute“ Güterwagen eingestellt sind, mit abgesenkter Geschwindigkeit gemäß einem vom Betreiber der Schienenwege vorgegebenen Geschwindigkeitsprofil zu fahren sind. Das spricht dafür, dass der Gesetzgeber sehr wohl den Fall erkannt hat, dass erst kurzfristig feststeht, dass „laute“ Güterwagen in einen Zug eingestellt sind. Dabei hat der Gesetzgeber keine Regelung getroffen, die in diesen Konstellationen verlangt, dass von vornherein nur Trassen mit verringerter Geschwindigkeit beantragt werden dürfen, sondern, dass auch noch ad hoc eine Fahrt mit verringerter Geschwindigkeit möglich ist. Dabei ist auch denkbar, dass Zugangsberechtigte nach der Beantragung von „leisen“ Trassen feststellen, dass wider Erwarten „laute“ Güterwagen verkehren sollen und sich gesetzentreu verhalten, indem sie die bereits beantragten Trassen stornieren.

Gegen die Annahme, dass sich die von den Betroffenen verlangten Selbstauskünfte auf das Schienenlärmschutzgesetz stützen können, spricht ferner, dass sich die von den Betroffenen vorgesehen Folgen unterbliebener oder unzureichender Selbstverpflichtungserklärungen massiver darstellen als die Reichweite der hoheitlichen Befugnisse, die dem Eisenbahn-Bundesamt eingeräumt sind. Für den Fall, dass – selbst große – SGV-Unternehmen keine oder keine hinreichend plausible Erklärung dazu abgeben können, wie sie über ein halbes

Jahr später sicherstellen werden, dass in den von ihnen angemeldeten Zügen keine lauten Züge eingestellt sind, können diese keine Trassen im Netzfahrplan anmelden. Die Maßnahmen der Eisenbahnaufsicht sind dagegen streckenbezogen und greifen nach mehrfachen Verstößen. Auch die Ermächtigung der Betreiber der Schienenwege zu präventiven Kontrollen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 SchlärmschG knüpft an diese Voraussetzungen an.

Nach Auffassung der Bundesnetzagentur sind auch die nach dem Gesetz vorgesehenen Geldbußen ein geeignetes Instrument, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Einhaltung der ihnen obliegenden Pflichten anhält. Das Eisenbahn-Bundesamt ist dagegen der Auffassung, dass der Aufsichtsbehörde keine Eingriffsmöglichkeiten zur Verhinderung des lauten Verkehrs zur Verfügung stehen. Eine stärkere präventive Überwachung durch den Betreiber der Schienenwege hätte nach Auffassung der Bundesnetzagentur aber entsprechende gesetzliche Regelungen erfordert.

### **II. 3.2.2.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Die Zugangsberechtigten haben ein Interesse daran, dass die Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes in den SNB den gesetzlichen Rahmen einhält und keine über das Gesetz hinausgehenden Nachweise gegenüber den Betroffenen eingeführt werden. Darauf haben eine Reihe von Zugangsberechtigten hingewiesen. Die behördliche Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Durch die Ablehnung der beabsichtigten Neufassung wird sichergestellt, dass die beabsichtigte Selbstauskunft nicht Bestandteil der Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge für den Netzfahrplan 2020/2021 wird.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Die Ablehnung der beabsichtigten Neufassung ist das mildeste geeignete Mittel, das den angestrebten Zweck erreichen kann. Da die Betroffenen an der beabsichtigten Änderung festhalten, besteht keine Alternative zu einer behördlichen Ablehnung, weil die Regelungen ansonsten in Kraft treten würden.

Die Maßnahme ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Einführung einer Selbstauskunft über die Regelungen des Schienenlärmschutzgesetzes hinausgeht. Die damit einhergehende Überwachung der

Zugangsberechtigten durch die Betroffenen kann ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung nicht im öffentlichen Interesse liegen. Die Zugangsberechtigten haben zudem ein hohes Interesse daran, dass die beabsichtigte Neufassung nicht Bestandteil der Nutzungsbedingungen wird. Dafür spricht der damit verbundene Aufwand sowie die sich möglicherweise aus der Anwendung der Regelung ergebende Rechtsunsicherheit. Das Interesse der Betroffenen an der Einführung der Selbstauskunft ist dagegen mit deutlich geringerem Gewicht in die Abwägung einzustellen. Die Vertreter der Betroffenen haben gegenüber der Bundesnetzagentur ausgeführt, dass sie die beabsichtigte Neufassung vor allem aufgrund von Hinweisen des Eisenbahn-Bundesamtes in die Nutzungsbedingungen aufnehmen wollen. Das Interesse, dass durch die Selbstauskunft Verstöße gegen das Schienenlärmschutzgesetz möglichst präventiv ausgeschlossen werden sollen, ist dagegen nicht in die Abwägung einzustellen, weil es dafür einer entsprechenden gesetzlichen Regelung bedürft hätte.

Auch soweit die Betroffenen vorgetragen haben, dass die beabsichtigte Neufassung erforderlich sei, um die Verhängung von Bußgeldern wegen einer Verletzung von § 3 Abs. 1 und § 7 Abs. 3 SchlärmschG abzuwenden, ist die Ablehnung der Klausel angemessen. Zwar hat auch das Eisenbahn-Bundesamt gegenüber der Bundesnetzagentur angegeben, dass es wegen einer fehlenden ex-ante-Kontrolle Bußgelder gegen die Betroffenen verhängen werde. Die Ablehnung ist jedoch angemessen, weil die fehlende ex-ante-Kontrolle, wie bereits dargelegt, keinen Gesetzesverstoß darstellt. Dieser Umstand wäre auch im Rahmen eines Bußgeldverfahrens zu berücksichtigen. Zudem liegt mit der Ablehnung durch die Bundesnetzagentur eine behördliche Maßnahme vor, die einen entsprechenden Schuldvorwurf an die Betroffenen ausschließt.

Den am 11.11.2019 eingegangenen Vorschlag des Eisenbahn-Bundesamtes hat die Bundesnetzagentur nach pflichtgemäßer Ermessensausübung nicht umgesetzt. Gegen eine Vorgabe zur Aufnahme dieses Vorschlags spricht einerseits formal, dass die Adressaten der Regelung hierzu nicht mehr gehört werden konnten. Der Vorschlag statuiert im Wesentlichen Regelungen, die im Kern von den Zugangsberechtigten zu befolgen wären, da Vorgaben für die Beantragung „leiser“ Trassen gemacht werden. Eine Beteiligung der Zugangsberechtigten war zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht mehr möglich, weil der Ablauf der Prüffrist unmittelbar bevorstand. Angesichts des nach § 19 Abs. 2 S. 3 ERegG regelmäßig erforderlichen Stellungnahmeverfahrens war eine Vorgabe, die zu einer verbindlichen Regelung in den Nutzungsbedingungen geführt hätte, nicht möglich. Auch die Betroffenen konnten hierzu nicht mehr gehört werden und insbesondere nicht mehr geklärt werden, ob sie sich den Vorschlag des Eisenbahn-Bundesamtes zu Eigen machen und hierdurch den Verfahrensgegenstand modifizieren.

Zudem hilft der Vorschlag den rechtlichen Bedenken der Beschlusskammer nicht ab. Zwar wird der Prüfungsumfang reduziert (die Betroffenen müssen keine Selbstverpflichtungserklärung entgegennehmen und prüfen), jedoch bleibt es dabei, dass die Betroffenen kontrollieren müssten, ob die Zugangsberechtigten zusichern, dass sie geeignete Prozesse eingeführt haben. Hierzu sind die Betroffenen aus den zuvor dargestellten Gründen weder berechtigt noch verpflichtet.

Zudem ist aus Sicht der Bundesnetzagentur zweifelhaft, ob die vorgeschlagene Regelung wesentlich über die bereits in Ziffer 2.12.2 der SNB vorgesehene Angabe der Zugangsberechtigten bei der Trassenanmeldung hinausgeht, ob laute Güterwagen zum Einsatz kommen sollen. Da die Zugangsberechtigten hinsichtlich der für die Führung der Geschäfte bestellten Personen und des Unternehmens gemäß §§ 6, 6b AEG zuverlässig sein müssen, ist

davon auszugehen, dass sie grundsätzlich das Eisenbahnrecht einhalten und für die Einhaltung hinreichende Vorkehrungen treffen. Soweit das Eisenbahn-Bundesamt als zuständige Behörde konkretisierende Hinweise für erforderlich hält, kann es die Zugangsberechtigten direkt anschreiben oder anderweitig informieren.

### **II. 3.2.3 Fehlende Umsetzung des § 4 Satz 1 Nr. 2 SchlärmschG in Ziffer 2.12.3 lit. b der SNB sowie Vorgabe zur Aufnahme einer entsprechenden Regelung**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Regelung zu Trassenanmeldungen im Gelegenheitsverkehr in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab und verpflichtet die Betroffenen, eine Regelung in Ziffer 2.12.3 b) der SNB aufzunehmen, die die Trassenkonstruktion im Gelegenheitsverkehr zum Gegenstand hat und neben der Konstruktion von befreiten Güterwagen und langsam fahrenden Güterwagen auch die Konstruktion von Zugtrassen regelt, die die Ausnahme nach § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG nutzen sollen. Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Neufassung (hierzu unter Ziffer II.3.2.3.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.2.3.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen und die entsprechende Vorgabe für eine Neuregelung zu treffen (hierzu unter Ziffer II.3.2.3.3).

#### **II. 3.2.3.1 Beabsichtigte Neufassung**

Die Betroffenen beabsichtigen in Ziffer 2.12.3 lit. b der SNB die Aufnahme von Regelungen zur Umsetzung der §§ 4 und 5 SchlärmschG. Ziffer 2.12.3 lit. b der SNB lautet:

*„Gelegenheitsverkehr  
Trassenanmeldungen für laute Güterwagen im Gelegenheitsverkehr werden abgelehnt, es sei denn, dass eine Befreiung vom Verbot gemäß § 5 SchlärmschG vorliegt und der Befreiungsnachweis der DB Netz AG in der vorgeschriebenen Form übersandt wurde, oder durch die Reduzierung der Höchstgeschwindigkeit die zulässigen Schalleistungspegel beim Fahren des Zuges eingehalten werden.“*

Dabei haben die Betroffenen die Ausnahme in § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG nicht umgesetzt. Er lautet:

*„Abweichend von § 3 ist der Betrieb lauter Güterwagen zulässig, (...)*

*(2) auf Schienenwegen, an denen die Außenpegel der Immissionsgrenzwerte der Verkehrslärmschutzverordnung wegen folgender Merkmale auch dann durchgehend eingehalten werden, wenn die dort verkehrenden Güterzüge laute Güterwagen umfassen.*

*a) Art und Umfang des Eisenbahnbetriebs,*

*b) Schallschutzmaßnahmen,*

*c) lärmabschirmende Bebauung,*

*d) Topografie*

*e) Abstand zwischen Schienenwegen und schutzbedürftigen Nutzungen.“*

Zur Begründung haben sie vorgetragen, dass ihnen eine prozessuale Umsetzung der Ausnahme nach § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG nicht möglich sei. Im Konstruktionssystem Rut-K seien Informationen wie Schallschutzmaßnahmen nicht hinterlegt. Es wäre daher eine aufwändige Fortentwicklung dieses Konstruktionssystems erforderlich, um den Konstrukteuren diese Informationen mitzuteilen. Die Betroffenen verfügten nicht über Informationen zur Topografie oder zum Abstand zwischen Schienenweg und schutzbedürftigen Nutzungen. Es gebe im Schienennetz der Betroffenen keine durchgängigen Neu- und Ausbaustrecken, sondern einen Wechsel von nach der Verkehrslärmschutzverordnung ertüchtigten Strecken und

Bestandsstrecken. Dies würde dazu führen, dass ein lauter Zug unentwegt abbremsten und wieder beschleunigen müsste.

### **II. 3.2.3.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Neufassung ohne Umsetzung des § 4 S. 1 Nr. 2 ERegG verstößt gegen das Gebot der Angemessenheit, §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG. Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Zugangsbedingungen in SNB sind nicht angemessen, wenn sie die Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 ERegG unangemessen benachteiligen, sodass sie in der Ausübung ihres Zugangsrechtes behindert werden. Eine angemessene SNB-Klausel ist in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Schienenwege dann gegeben, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist. Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit vorliegt, ist zu klären, ob eine Klausel eine Vertragspartei unbillig benachteiligt (vgl. Urteil des VG Köln v. 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris Rn. 124 ff.). Auf der anderen Seite bedeutet es aber, dass die Zugangsberechtigten nicht bessere Bedingungen als in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen können. Einerseits sind die legitimen Geschäftsinteressen der Betreiber der Infrastruktur zu berücksichtigen. Andererseits ist ein Missbrauch des strukturellen Ungleichgewichts zu vermeiden (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris, Rn. 126).

Mit dem Gebot der Angemessenheit ist es nicht zu vereinbaren, dass ein Betreiber der Schienenwege frei entscheidet, ob er gesetzliche Vorgaben umsetzen möchte. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein entsprechender Umsetzungsspielraum nicht im Gesetz angelegt ist. Ein Umsetzungsspielraum ist § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG nicht zu entnehmen. Der Gesetzeswortlaut sieht eindeutig vor, dass ein Betrieb lauter Güterwagen unter den näher genannten Voraussetzungen zulässig ist. Aus dem gesetzlichen Zugangsrecht in Verbindung mit dem Gebot der Angemessenheit folgt, dass Zugangsberechtigte einen Anspruch darauf haben, die Schienenwege der Betroffenen im gesetzlich zulässigen Rahmen zu nutzen. Dabei enthält das Schienenlärmschutzgesetz keine Angaben dazu, wer den Nachweis zu führen hat. Insoweit könnte – was ggf. detaillierter zu prüfen wäre – ein Umsetzungsspielraum bei den Betroffenen verbleiben, den durch den Nachweis entstehenden Aufwand oder die Nachweisführung selbst auf die jeweiligen Zugangspetenten zu verlagern.

Für die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in die SNB besteht auf Seiten der Zugangsberechtigten auch ein eisenbahnbetriebliches Erfordernis. Vertreter von Zugangsberechtigten haben in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass sie große Anstrengungen zur Einhaltung des Schienenlärmschutzgesetzes unternähmen. Es sei aber nicht auszuschließen, dass aus dem europäischen Ausland weiterhin Güterwagen nach Deutschland gelangten, die nicht auf geräuscharme Bremsen umgerüstet sind. Dabei sei zu berücksichtigen, dass rund zwei Drittel der Verkehre einer Hinzugezogenen internationale Verkehre seien. Da eine Kontrolle an der Grenze derzeit nicht erfolge, stelle sich gegebenenfalls das Problem, dass man diese Wagen unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben wieder an den Ausgangsort zurückbringen müsse. Dabei sei es bei den von den Betroffenen

ausgewiesenen Geschwindigkeiten für nicht lärmsanierte Wagen nahezu ausgeschlossen, auf Hauptstrecken geeignete Trassen zu erhalten.

Die dabei nach den gesetzlichen Vorgaben noch zulässigen Geschwindigkeiten liegen je nach der zulässigen Höchstgeschwindigkeit und der Ausrüstung des Fahrzeugs größtenteils im Bereich von unter 30 km/h. Beispielsweise kann ein nicht umgerüsteter Güterwagen nach der von den Betroffenen in Anhang 4 der Richtlinie 402.0202 veröffentlichten Tabelle bei einer ansonsten zulässigen Geschwindigkeit von 100 km/h nur mit 31 km/h verkehren, um den gleichen Schalleistungspegel einzuhalten. Mit diesen Geschwindigkeiten ist nach Einschätzung der Bundesnetzagentur ein wirtschaftlicher Güterverkehr kaum möglich. Daneben würden entsprechende Trassen einen größeren Anteil an der verfügbaren Streckenkapazität beanspruchen. Hinzu kommt, dass bei den Betroffenen nach der Richtlinie 402.0202 Abschnitt 2 Ziffer 9 Geschwindigkeiten von unter 20 km/h nicht umsetzbar sind.

Ebenso ist nach Einschätzung der Bundesnetzagentur denkbar, dass Wagenhalter und Zugangsberechtigte aus dem Ausland übergangsweise oder dauerhaft nicht lärmsanierte Wagen nach Deutschland oder im Transit durch Deutschland verkehren lassen wollen. Die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union spricht dafür, dass ein im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben möglichst unbeeinträchtigter Verkehr möglich sein muss. Dazu können Regelungen in den SNB der Betroffenen beitragen, die eine Umsetzung des § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG ermöglichen.

Die Bundesnetzagentur kann den möglichen Anwendungsbereich des § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG nicht abschließend bewerten. Nach ihrer Kenntnis waren bei der Planfeststellung und dem anschließenden Bau der sog. Neubaustrecken die Grenzwerte der 16. BlmschV einzuhalten. Zudem hat die Bundesrepublik Deutschland ein Programm zur Lärmsanierung an bestehenden Schienenwegen des Bundes durchgeführt, das zwar nicht auf eine Einhaltung der 16. BlmschV gerichtet war, aber eine Absenkung der Lärmbelastung durch Schallschutzmaßnahmen beinhaltete. In diesen Fällen liegt es nach Einschätzung der Bundesnetzagentur nahe, dass auch nicht lärmsanierte Güterwagen mit einer höheren Geschwindigkeit verkehren können, als die Betroffenen sie bisher in der Richtlinie 402.0202 ausweisen. Gleiches gilt für die weiteren Voraussetzungen des § 4 Nr. 2 lit. a) – e) SchlärmschG. Das Eisenbahn-Bundesamt hat in seiner Stellungnahme vom 11.11.2019 bestätigt, dass § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG Schienenwege betrifft, auf denen die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte aufgrund besonderer Eigenschaften der Schienenwege oder ihres Verkehrsvolumens gewährleistet wird. Eine weitergehende Stellungnahme zur Umsetzung des § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG hat das Eisenbahn-Bundesamt nicht abgegeben.

Die generelle Geschwindigkeitsreduzierung ohne eine Berücksichtigung bereits erfolgter Lärmschutzmaßnahmen oder der anderen im Gesetz genannten Umstände trägt den Interessen der Zugangsberechtigten nicht hinreichend Rechnung. Sie verstößt daher gegen das eisenbahnrechtliche Angemessenheitsgebot. Vertreter der Betroffenen haben in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG sei nur in das Gesetz aufgenommen worden, damit das Gesetz unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit Bestand habe. Gerade diese Erwägung spricht dafür, dass eine Umsetzung auch in den SNB der Betroffenen erforderlich ist.

### II. 3.2.3.3 Ermessenserwägungen

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Wie bereits dargestellt, dient die Maßnahme dem Interesse der Zugangsberechtigten, das Schienennetz der Betroffenen im rechtlich zulässigen Rahmen nutzen zu können. Die behördliche Maßnahme dient damit auch einem legitimen Zweck.

Sie ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Die Bundesnetzagentur verpflichtet die Betroffenen dazu, Regelungen zur Umsetzung des § 4 Nr. 2 SchlärmschG in die SNB aufzunehmen. Dadurch wird sichergestellt, dass die Zugangsberechtigten von der gesetzlichen Ausnahme Gebrauch machen können.

Die Verpflichtung ist auch erforderlich. Es handelt sich um das mildeste Mittel, das geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Betroffenen sich bewusst gegen eine Umsetzung des § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG entschieden haben. Auch nachdem die Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung ihre Rechtsansicht dargelegt hat, haben die Betroffenen von einer freiwilligen Umsetzung abgesehen. Daher besteht keine Alternative zu einer hoheitlichen Verpflichtung.

Die Maßnahme ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Bundesnetzagentur hat sich dazu entschlossen, die Ziffer 2.12.3 lit. b insgesamt abzulehnen, weil eine Umsetzung der §§ 4 und 5 des SchlärmschG nur gesamthaft erfolgen kann. Durch die Ablehnung in Verbindung mit der Vorgabe, entsprechende Regelungen in die SNB aufzunehmen, wird erreicht, dass eine schnelle Ergänzung durch die Betroffenen erfolgt und die Zugangsberechtigten den gesetzlichen Rahmen des SchlärmschG vollumfänglich nutzen können. Hinsichtlich der grundsätzlichen Umsetzung der in § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG enthaltenen Ausnahme ist dabei auf die bereits durch den Gesetzgeber getroffene Grundentscheidung zu verweisen, die einen Ausgleich zwischen den Interessen der Zugangsberechtigten am weiteren Einsatz nicht lärmsanierter Güterwagen und dem Schutz der Öffentlichkeit vor Schienenlärm bietet. Daneben ist auch die tenorierte Verpflichtung zur Aufnahme von Regelungen in die Nutzungsbedingungen und deren Ausgestaltung verhältnismäßig. Die Zugangsberechtigten haben ein grundsätzliches Interesse, dass sie den gesetzlichen Rahmen vollumfänglich nutzen können und nicht lärmsanierte Güterwagen wirtschaftlich sinnvoll

nutzen können. Das gilt insbesondere für Güterwagen, die aus dem Ausland nach Deutschland gelangen.

Die Betroffenen haben dagegen ein Interesse daran, dass sie ihre internen Prozesse nicht umstellen müssen und der aus der Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes resultierende Aufwand begrenzt bleibt. Die Verpflichtung im tenorierten Umfang trägt dieser Interessenlage Rechnung und bietet einen angemessenen Ausgleich. Der Betroffenen wird nicht aufgegeben, von sich aus Trassen unter Ausnutzung des § 4 Nr. 2 SchlärmschG zu konstruieren. Es ist aber zumutbar und angesichts der Verpflichtung zur Unterstützung der Zugangsberechtigten bei der sachgerechten Beantragung der Schienenwegkapazität gemäß § 7 Abs. 2 Satz 4 im Gesetz angelegt, dass die Betroffenen Regelungen zur Nutzung des § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG in die SNB aufnehmen. Die Bundesnetzagentur hat sich entschieden, den Betroffenen keine weiteren Vorgaben zur Ausgestaltung der Regelung zu machen. Da den Betroffenen insoweit ein Ausgestaltungsspielraum zukommt, ist ihnen die Durchführung eines Stellungnahmeverfahrens aufzuerlegen, um die Interessen der Zugangsberechtigten angemessen zu berücksichtigen. Dies entspricht dem gesetzlichen Regelbild eines Unterrichtsverfahrens, § 19 Abs. 2 S. 3 ERegG. Die Fristsetzung trägt der dafür erforderlichen Zeitspanne Rechnung und stellt sicher, dass die Regelung – unter Berücksichtigung der für die Durchführung des Unterrichtsverfahrens erforderlichen Zeitspanne von sechs Wochen – noch vor Beginn der Trassenbestellfrist in Kraft treten kann. Zum Zeitpunkt des Beginns der Trassenbestellungen sollte daher ein insoweit einheitliches, vollständiges und richtiges Regelwerk vorliegen.

Die Entscheidung der Beschlusskammer trägt den Hinweisen aus der Anhörung des Eisenbahninfrastrukturbeirates (Herr Staatssekretär Dr. Schulte, NRW) Rechnung. Von dort erfolgte der Hinweis, dass die Lärmsanierung im Rahmen eines freiwilligen Prioritätenprogramms des Bundes erfolge. Hierbei würden lärmindernde Maßnahmen streckenabschnittsbezogen durchgeführt. Damit sei der Lärmsanierungsstatus entlang ganzer Trassen in der Regel nicht einheitlich. Eine (generelle) Zulassung lauter Fahrzeuge dürfte daher das Schutzziel unterlaufen, Bürgerinnen und Bürger auch entlang der Bestandsstrecken von Schienenlärm zu entlasten. Es bedürfe insofern einer differenzierteren Betrachtung, die es dem Betreiber des Schienenweges mit einem vertretbaren Aufwand ermögliche, laute Güterwagen dort verkehren zu lassen, wo Grenzwerte der Lärmvorsorge auf zusammenhängenden Trassenabschnitten (z.B. Neubaustrecken) kontrolliert eingehalten würden. Die von der Beschlusskammer getroffene Vorgabe geht hierüber nicht hinaus. Die konkrete Umsetzung obliegt zugleich den Betroffenen.

Im Rahmen der Umsetzung der Vorgabe kann auch der Einwand aus der Stellungnahme des Eisenbahn-Bundesamtes vom 11.11.2019 (S. 3 des Schreibens) Berücksichtigung finden und die Nachweispflichten für befreite Güterwagen deutlicher herausgestellt bzw. – wo nötig – ergänzt werden.

#### **II. 3.2.4 Überprüfung von Wagenlisten nach Ziffer 2.12.4 der SNB**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Regelung zur Überprüfung von Wagenlisten in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab. Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Neufassung (hierzu unter Ziffer II.3.2.4.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.2.4.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.2.4.3).

### II. 3.2.4.1 Beabsichtigte Neufassung

Die Betroffenen beabsichtigen in Ziffer 2.12.4 der SNB eine Neufassung, nach der die Zugangsberechtigten verpflichtet werden, im Anschluss an eine Zugfahrt Wagenlisten an die Betroffenen zu übermitteln. Dies soll die Verpflichtung der Betroffenen gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 SchlärmschG zur Prüfung von Stichproben umsetzen. Dabei hatten die Betroffenen ursprünglich vorgesehen, dass die Zugangsberechtigten die Wagenlisten für alle von ihnen gefahrenen Güterzüge einreichen sollten, aus denen die Betroffenen selbst eine Stichprobe ziehen würde. Nach Kritik von Zugangsberechtigten an dem damit verbundenen Aufwand und Hinweisen der Bundesnetzagentur zur Erforderlichkeit haben die Betroffenen in der mündlichen Verhandlung angekündigt, darauf zu verzichten und nur Wagenlisten im Rahmen einer Stichprobe von den Zugangsberechtigten zu verlangen. Die daraufhin aktualisierte Änderung lautet auszugsweise:

*„Die DB Netz AG ist nach § 7 Abs. 3 Satz 2 SchlärmschG verpflichtet, regelmäßig und in Stichproben zu prüfen, dass Zügen mit lauten Güterwagen nur solche Schienenwegkapazität zugewiesen und solche Nutzungen zugelassen wurden, die im Einklang mit dem SchlärmschG stehen. Deshalb führt die DB Netz AG eine stichprobenartige Überprüfung von 5% der zugewiesenen Trassen durch.*

*Für die Durchführung der Stichprobenprüfung fordert die DB Netz AG die ZB auf, die vollständige Wagenliste des von der Stichprobenprüfung erfassten Zuges innerhalb von drei Wochen zu übermitteln. Die Daten aus den Wagenlisten werden dabei mit den Daten aus Datenbanken der DB Netz AG verglichen.*

*Um eine maschinelle Auswertung der Daten zu ermöglichen, ist der von der DB Netz AG unter*

*<http://www.dbnetze.com/xxx>*

*zur Verfügung gestellte Vordruck vollständig ausgefüllt an die E-Mailadresse xxx.@deutschebahn.com zu senden oder über eine IT-Schnittstelle zur Verfügung zu stellen. Um eine Zuordnung zum ENV zu ermöglichen, sind in der Betreffzeile dieser E-Mail die Zugnummer und der Verkehrstag anzugeben. Sämtliche Wagenlisten sind durch das EVU mindestens 12 Monate aufzubewahren. Sofern keine Zugfahrt stattfindet, ist anstelle der Zusendung der Wagenlisten der DB Netz AG mitzuteilen, dass der Zug ausgefallen ist.*

*Sofern der ZB innerhalb von 3 Wochen nach der Zugfahrt die Wagenliste nicht übermittelt oder keine Mitteilung erfolgt, dass der Zug ausgefallen ist, wird der ZB einmalig aufgefordert, die Wagenliste innerhalb einer angemessenen Frist nachzureichen oder die Mitteilung bezüglich der ausgefallenen Züge vorzunehmen. Erfolgt keine fristwahrende Übersendung der Wagenliste wird der durchgeführte Zug nachträglich als laut geführt.*

*Die zur Netzfahrplanperiode 2020/21 bereits in der Datenbank enthaltenen Daten über Wagen werden als leise im Sinne des SchlärmschG behandelt. Die Datenbank wird ab der Netzfahrplanperiode 2020/21 stetig um Wagen ergänzt, welche nachweislich den Lärmgrenzwerten gem. SchlärmschG entsprechen. Zu diesem Zweck fordert die DB Netz AG bei den EVU entsprechende Nachweise zu einzelnen Wagen an. Die Erbringung der Nachweise hat im Rahmen der Stichprobenprüfung zu erfolgen. Eine Ausnahme stellen Befreiungsdokumente gemäß § 5 SchlärmschG dar, die unmittel-*

bar im Nachgang der Trassenanmeldung einzureichen sind. Die ZB haben den Nachweis wie folgt zu führen:

1. Für einen Wagen, der bei der Inbetriebnahme den Anforderungen der Verordnung (EU) 1304/2014 der Kommission vom 26. November 2014 über die technische Spezifikation für die Interoperabilität des Teilsystems „Fahrzeuge – Lärm“, dem Beschluss 2011/229/EU oder der Entscheidung 2008/232/EG (siehe hierzu Artikel 8 der Verordnung (EU) 1304/2014) entsprochen hat, ist der Nachweis durch die Inbetriebnahmebescheinigung oder ein anderes vergleichbares Dokument, dem der Zeitpunkt der Inbetriebnahme zu entnehmen ist, zu führen.
2. Für einen Wagen, der vor dem Inkrafttreten der Verordnung (EU) 1304/2014 der Kommission vom 26. November 2014 über die technische Spezifikation für die Interoperabilität des Teilsystems „Fahrzeuge – Lärm“ in Betrieb genommen wurde oder für die er keine Genehmigungen nach dem Beschluss 2011/229/EU oder der Entscheidung 2008/232/EG (siehe hierzu Artikel 8 der Verordnung (EU) 1304/2014) besitzt, hat der ZB dadurch den Nachweis zu führen, dass er schriftlich versichert, dass der von ihm eingesetzte Wagen den Vorgaben des SchlärmschG entspricht. Dabei hat der ZB auszuführen, welche internen Prozesse im Unternehmen implementiert sind, damit sichergestellt ist, dass die von ihm als leise deklarierten Wagen tatsächlich die Vorgaben des SchlärmschG erfüllen.

ZB können den Nachweis auch durch andere geeignete Dokumente erbringen wie beispielsweise Werkstattprotokolle.

Wagen, welche aufgrund der Stichprobenprüfung in der Datenbank geführt werden und nachweislich die Lärmgrenzwerte gem. SchlärmschG einhalten, gelten dauerhaft als geprüft. Die EVU sind verpflichtet, der DB Netz AG jede Änderung der relevanten Daten, insbesondere des Bremssystems, eines in der Datenbank enthaltenen Wagens unverzüglich mitzuteilen.

Sofern die stichprobenartige Prüfung dazu führt, dass der Einsatz eines lauten Güterwagens ermittelt wird, ist für diesen Güterwagen anschließend zu prüfen, ob eine Befreiung nach § 5 SchlärmschG vorliegt. Führt die Prüfung dazu, dass keine korrekte Befreiung für den lauten Güterwagen vorliegt, wird diese Information dem Eisenbahn-Bundesamt mitgeteilt.

Der ZB wird über den Befund eines gemäß § 5 SchlärmschG nicht befreiten eingesetzten lauten Güterwagens in Kenntnis gesetzt und über die weiteren Konsequenzen (hierzu sogleich im Folgenden) informiert.

Wird im Rahmen der Überprüfung festgestellt, dass es sich bei mehr als 1% der Trassenanmeldungen eines ZB, jedoch bei mindestens 5 Zügen, um Falschanmeldungen im Sinne des SchlärmschG handelt, wird dieser ZB aufgefordert, ein Audit bezüglich der internen Prozesse zur Sicherstellung, dass zukünftig nur leise Züge bestellt und durchgeführt werden, in Auftrag zu geben. Der Bezugspunkt für die Berechnung von 1% bildet die Anzahl der Trassenanmeldungen aus der letzten Fahrplanperiode (Netzfahrplan und Gelegenheitsverkehr). Bei Neuverkehren ist die Anzahl der Trassenanmeldungen aus der aktuellen Fahrplanperiode heranzuziehen und es hat eine Hochrechnung auf die ganze Fahrplanperiode zu erfolgen. Innerhalb von 3 Monaten nach der Aufforderung zur Durchführung eines Audits hat der ZB der DB Netz AG nachzuweisen, dass er einen Auditor beauftragt hat. Innerhalb von weiteren 6

*Monaten ist vom ZB der Nachweis zu erbringen, dass das Audit fristgerecht und korrekt durchgeführt wurde.*

*Werden die Nachweise über die Beauftragung eines Auditors und die Durchführung des Audits nicht fristgerecht eingereicht, kann der ZB nur im Gelegenheitsverkehr laute Züge bestellen. Eine Anmeldung zum Netzfahrplan ist ausgeschlossen. Sobald der ZB den Nachweis erbringt, dass das Audit erfolgreich durchgeführt wurde, ist eine Anmeldung zum Netzfahrplan und von leisen Zügen wieder möglich.“*

#### **II. 3.2.4.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Neufassung verstößt gegen das Gebot der Angemessenheit, §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG. Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Zugangsbedingungen in SNB sind nicht angemessen, wenn sie die Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 ERegG unangemessen benachteiligen, sodass sie in der Ausübung ihres Zugangsrechtes behindert werden. Eine angemessene SNB-Klausel ist in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Schienenwege dann gegeben, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist. Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit vorliegt, ist zu klären, ob eine Klausel eine Vertragspartei unbillig benachteiligt (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris Rn. 124 ff.). Auf der anderen Seite bedeutet es aber, dass die Zugangsberechtigten nicht bessere Bedingungen als in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen können. Einerseits sind die legitimen Geschäftsinteressen der Betreiber der Infrastruktur zu berücksichtigen. Andererseits ist ein Missbrauch des strukturellen Ungleichgewichts zu vermeiden (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn. 126).

Mit dem Gebot der Angemessenheit ist es nicht zu vereinbaren, dass die Betroffenen den Zugangsberechtigten über den gesetzlichen Rahmen des SchlärmschG hinausgehende Nachweispflichten auferlegen. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur ist dies hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Stichprobe, der nachgelagerten Überprüfung sowie der Einführung eines Audits der Fall.

Das Eisenbahn-Bundesamt hat dagegen in der abschließenden Stellungnahme vom 11.11.2019 darauf hingewiesen, dass es der Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur zum Teil nicht folge. Dabei sei in § 7 Abs.3 SchlärmschG der Begriff „laute Güterwagen“ als „tatsächlich laute Güterwagen“ zu verstehen und nicht als „dem Betreiber der Schienenwege als laut gemeldeten Güterwagen“. Eine Konkretisierung der stichprobenartigen Kontrollpflicht sei in den SNB für die Transparenz und die Umsetzung der Regelungen des SchlärmschG in der Praxis erforderlich, für die Nutzer hilfreich und angemessen. Eine enge Auslegung des Begriffes „lauter Güterwagen“ könne dazu führen, dass niemand die Fahrt von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit lauten Güterwagen, die in der Trassenbestellung als leise Güterwagen angegeben waren, verhindern könne. Zudem weist das Eisenbahn-Bundesamt darauf hin, dass sich aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 3 SchlärmschG („bei der Nutzung“) schließen

lasse, dass die Überprüfungen auch vor und während und nicht lediglich im Anschluss an die Zugfahrt stattzufinden haben. Eine Ablehnung jedweder Vorabkontrolle und jeder regelmäßigen stichprobenartigen Kontrolle der Betroffenen, ob laute Züge ohne Befreiung oder Ausnahme fahren, sei rechtswidrig.

Die Stellungnahme enthält folgenden Vorschlag:

*„Zusammenfassend ist das EBA daher der Meinung, dass die Betreiber von Schienenwegen nach § 7 Abs. 3 SchlärmschG verpflichtet sind, regelmäßig und in Stichproben bei sämtlichen auf ihren Trassen verkehrenden Güterzügen sowohl bei der Trassenzuweisung als auch bei der tatsächlichen Nutzung durch Kontrollen zu prüfen, ob die Züge tatsächlich laute, nicht befreite Wagen enthalten und trotzdem weder geschwindigkeitsreduziert noch über besonders geeignete Strecken i. S. d. § 4 verkehren. Diese Verpflichtung sollte in den SNB angeführt werden.“*

Hinsichtlich der nachgelagerten Überprüfung durch die beabsichtigte Stichprobe stimmen Bundesnetzagentur und Eisenbahn-Bundesamt überein: Insoweit ist hervorzuheben, dass die Prüfung durch den Betreiber der Schienenwege gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 SchlärmschG „bei der Nutzung der Schienenwegkapazität“ zu erfolgen hat. Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel, ob die beabsichtigte Überprüfung von Wagenlisten im Anschluss an die Zugfahrt der gesetzlichen Vorgabe entspricht. Bei der behördlichen Überprüfung wird dagegen in § 10 Abs. 2 S. 3 SchlärmschG ausdrücklich klargestellt, dass die Überwachung nachträglich zu erfolgen hat. Das Eisenbahn-Bundesamt hat dazu weiter ausgeführt, dass Überprüfungen im Anschluss an die Fahrt lauten Verkehr nicht verhinderten. Aus Sicht der Bundesnetzagentur bleibt dabei unklar, wie sich zusätzliche Überprüfungen vor und nach der Zugfahrt aus dem Gesetzeswortlaut ableiten lassen. Die beabsichtigte Neufassung einer nachgelagerten Stichprobenprüfung entspricht jedenfalls nicht dem Wortlaut des § 7 Abs. 3 SchlärmschG. Zudem zweifelt auch das Eisenbahn-Bundesamt offenbar an der Eignung der nachträglichen Kontrolle.

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Stichprobe ist zudem aus Sicht der Bundesnetzagentur § 7 Abs. 3 SchlärmschG so zu verstehen, dass dabei nur die Anwendung der §§ 4 und 5 des Gesetzes durch die Betroffenen und die Zugangsberechtigten geregelt wird. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorgabe zur Durchführung von Stichproben. § 7 Abs. 3 Satz SchlärmschG gibt vor, dass das Vorliegen der Voraussetzungen von Satz 1 stichprobenweise zu prüfen ist. Die Voraussetzungen nach Satz 1 sind das Vorliegen von Ausnahmen oder Befreiungen zum Zeitpunkt der Nutzung. Das ergibt sich aus dem Satzteil „bei denen eine Ausnahme gemäß § 4 oder eine Befreiung gemäß § 5 Absatz 1 vorliegen.“ Hingegen sind die zu prüfenden Voraussetzungen nicht, dass es sich um einen leisen Zug oder einen ausgenommenen oder befreiten Zug handelt. Hierzu hätte Satz 1 lauten müssen, dass Betreiber der Schienenwege nur solche Schienenwegkapazität zuweisen und solche Nutzungen der Schienenwegkapazität zulassen dürfen, bei denen entweder alle Wagen leise sind oder eine Ausnahme gemäß § 4 oder eine Befreiung gemäß § 5 Absatz 1 vorliegen. In diesem Fall wären alle drei Eigenschaften als Voraussetzungen zu prüfen gewesen. Der Gesetzgeber hat aber eine Formulierung gewählt, die erkennen lässt, dass in dem Fall, in dem laute Züge gefahren werden, die Voraussetzungen „Ausnahme“ und „Befreiung“ zu prüfen sind. Diese Verpflichtung korrespondiert mit der Informationspflicht der Zugangsberechtigten gemäß § 8 Abs. 1 SchlärmschG, wonach die Zugangsberechtigten mitzuteilen haben, ob laute Güterwagen in einen Zug eingestellt sind und ob Befreiungen vorliegen. Liegen Befreiungen vor, sind diese vor der Nutzung nachzuweisen. Das versetzt den Betreiber der

Schienenwege in die Lage, das Vorliegen von Befreiungstatbeständen bei der Nutzung stichprobenhaft zu prüfen. Die Prüfung bei der Nutzung macht auch in der Sache Sinn, weil Befreiungstatbestände entfallen können und deswegen eine Prüfung zum Zeitpunkt der Anmeldung veraltet sein kann. Die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände kann der Betreiber der Schienenwege ohnehin prüfen.

Dabei knüpft § 7 Abs. 3 S. 1 SchlärmschG nicht an die Definition des lauten Güterwagens in § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 SchlärmschG an, die auf die tatsächliche Einhaltung der Lärmgrenzwerte abstellt. Der § 7 Abs. 3 S. 1 ist dagegen so zu lesen, dass laute Güterwagen die von den Zugangsberechtigten gemäß § 8 Abs. 1 als laut mitgeteilten Güterwagen sind. Nur so ergibt die Verpflichtung der Betreiber der Schienenwege Sinn, dass sie bei lauten Güterwagen nur solche Schienenwegkapazität zuweisen dürfen, bei denen eine Ausnahme gemäß § 4 oder eine Befreiung gemäß § 5 SchlärmschG vorliegen. Würde man die Verpflichtung der Betreiber der Schienenwege an die tatsächliche Einhaltung der Lärmgrenzwerte knüpfen, könnten die Betreiber der Schienenwege die gesetzliche Pflicht nicht erfüllen, weil sie bei der Trassenkonstruktion keine Kenntnis von der Zugzusammensetzung haben und diese auch im Folgenden nicht mehr beeinflussen können. Gleiches muss auch bei der Nutzung der Schienenwegkapazität gelten, weil der Begriff des lauten Güterwagens in beiden Alternativen die gleiche Bedeutung aufweisen muss.

Daraus ergibt sich, dass auch § 7 Abs. 3 S. 2 SchlärmschG nur an den Umgang des Betreibers der Schienenwege mit den ihnen als laut mitgeteilten Güterwagen anknüpft. Die Bezugnahme des § 7 Abs. 3 S. 2 auf den vorangehenden Satz ergibt sich dabei unmittelbar aus dem Wortlaut. Dementsprechend kann sich auch die vom Betreiber der Schienenwege vorzunehmende Stichprobe nur auf die ihm gegenüber gestellten Anträge beziehen, die Ausnahmen oder Befreiungen nach den §§ 4 oder 5 ERegG nutzen.

Gegen dieses Verständnis spricht dabei nicht, dass eine effektive Prüfung gerade die Einbeziehung aller Trassenanmeldungen erfordert, weil im Rahmen der Stichprobe gerade die Verstöße durch die Zugangsberechtigten aufgedeckt werden sollen. Die Ausnahmen und Befreiungen nach §§ 4 und 5 SchlärmschG weisen einen besonderen Bezug zu den Aufgaben des Betreibers der Schienenwege auf, so dass eine stichprobenartige Überprüfung sachgerecht und angemessen ist. Die Ausnahme nach § 4 S. 1 Nr. 2 SchlärmschG, bei der es auf die tatsächliche Einhaltung der 16. BlmschV ankommt, ist beispielsweise abhängig von der Zusammenstellung eines Zuges und der Frage, für wie viele Züge diese Ausnahme genutzt werden soll. Sofern Zugangsberechtigte Ausnahmen gemäß § 4 S. 1 Nr. 2 beim Betreiber der Schienenwege beantragen, liegt es daher auch nahe, dass der Betreiber prüft, ob die Angaben zutreffend sind. Ähnlich verhält es sich mit den Befreiungen nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SchlärmschG. In diesen Fällen verlangt § 7 Abs. 3 SchlärmschG, dass der Betreiber der Schienenwege prüft, ob die Güterwagen tatsächlich ausschließlich im Vor- oder Nachlauf auf Steilstrecken verkehren oder ausschließlich aus Gründen des historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden. Diese Angaben kann der Betreiber der Schienenwege aufgrund seiner betrieblichen Kenntnisse mit angemessenem Aufwand überprüfen.

Gegen die Lesart, dass dem Betreiber der Schienenwege eine Stichprobenprüfung hinsichtlich aller Trassenanmeldungen obliegt, spricht, dass die Überwachung des gesamten § 7 in § 10 Abs. 2 den zuständigen Behörden auferlegt wird. Es erschiene sehr ungewöhnlich, dass diese Aufgabe daneben auch noch dem Betreiber der Schienenwege obliegen sollte. Dagegen spricht auch, dass die Überwachung durch den Betreiber der Schienenwege im Gesetz

nur eine wenig bestimmte Regelung und auch in der Begründung zum Gesetzentwurf keinen Niederschlag gefunden hat. Das gilt umso mehr, als das Gesetz für den Betreiber der Schienenwege keine Sanktionsmöglichkeiten vorsieht, die im Falle einer Nichteinhaltung des § 7 Abs. 3 SchlärmschG zu verhängen wären.

Auch den Materialien aus dem Gesetzgebungsprozess ist nicht zu entnehmen, dass eine umfassende Überwachung durch die Betroffenen neben der behördlichen Zuständigkeit erfolgen sollte. Im Gesetzgebungsverfahren ist diskutiert worden, wer für die Kontrolle des SchlärmschG zuständig ist. Dabei ist nur auf das EBA Bezug genommen worden (BT-PIPr 18/228, S. 22866). Dabei ist auch die Verhältnismäßigkeit der Sanktionen diskutiert worden, wobei immer nur Bußgelder eine Rolle spielten (BT-PIPr 18/228, S. 22869C). Ausnahmen spielten im Gesetzgebungsprozess ebenso eine große Rolle (BT-PIPr 18/228, S. 22866). Es ist daher naheliegend, dass der Gesetzgeber diese genauer kontrolliert wissen wollte. Bei der Beschreibung des Erfüllungsaufwands spielen Kontrollen des Betreibers der Schienenwege keine Rolle. Das Kontroll- und Sanktionsprinzip ist auch in der Zusammenfassung der wesentlichen Inhalte des Gesetzgebungsverfahrens deutlich dargestellt (BT-Drs. 18/11769 S. 6)

Die jeweils relevante Stichprobe ist nicht nur von den Betroffenen, sondern von allen Betreibern der Schienenwege zu erheben. Wenn es den gesetzlichen Vorgaben entspräche, dass der Betreiber der Schienenwege von allen angemeldeten / gefahrenen Güterzügen Stichproben vornehmen müsste, würde sich die Zahl der tatsächlich gezogenen Stichproben – mit der entsprechenden Belastung des Sektors – deutlich erhöhen. Bei den Erwägungen des Gesetzgebers zur Kontrolldichte des EBA spielte die Vorabkontrolle durch die Betreiber der Schienenwege keine Rolle (BT-Drs- 18/11287, S. 23). Sie hätte aber berücksichtigt werden müssen, wenn dort bereits eine signifikante Vorkontrolle durchgeführt worden wäre.

Nach der Vorstellung der Betroffenen sollen die Stichproben im Wesentlichen gleicher Natur sein: Sowohl EBA als auch die Betroffenen kontrollieren Wagenlisten. Deutliche Abweichungen bestehen allerdings bei den Folgen, die sich an einen Verstoß knüpfen: Die Betroffenen sehen ein Audit vor, an das sich die Definition aller bestellten Züge als laut anschließen kann. Dies kann sich unter wirtschaftlichen und betrieblichen Erfordernissen als ein Ausschluss des Netzzugangs darstellen. Diese Konsequenzen sind härter als die Folgen eines behördlichen Einschreitens, also als die Folgen, die der Gesetzgeber als angemessen erachtet hat. Mit dem eisenbahnrechtlichen Gebot der Angemessenheit ist die Vorgabe eines Audits in der gewählten Ausgestaltung nicht vereinbar, weil es an einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage fehlt.

Demnach sprechen in einer Gesamtschau die besseren Argumente dafür, dass der Betreiber der Schienenwege durch die Stichprobe die Einhaltung der ihm selbst obliegenden Pflichten aus § 7 Abs. 3 S. 1 SchlärmschG überprüfen soll, bei denen er auf die Angaben der Zugangsberechtigten angewiesen ist. Dass er dabei auch umfassend die Angaben der Zugangsberechtigten prüfen muss, hätte eine deutlichere gesetzliche Regelung erfordert. Letztlich wäre dies auch eine deutliche Abkehr von der im Gesetz verankerten Überwachung durch die zuständigen Behörden nach § 10f. SchlärmschG.

#### **II. 3.2.4.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Die Zugangsberechtigten haben ein Interesse daran, dass die Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes in den SNB den gesetzlichen Rahmen einhält und keine über das Gesetz hinausgehenden Pflichten durch die Betroffenen eingeführt werden. Die behördliche Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Durch die Ablehnung der beabsichtigten Neufassung wird sichergestellt, dass die beabsichtigten Nachweispflichten nicht Bestandteil der SNB für den Netzfahrplan 2020/2021 werden.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Die Ablehnung der beabsichtigten Neufassung ist das mildeste geeignete Mittel, das den angestrebten Zweck erreichen kann. Da die Betroffenen an der beabsichtigten Neufassung festhalten, besteht keine Alternative zu einer behördlichen Ablehnung, weil die Regelungen ansonsten in Kraft treten würden.

Die Maßnahme ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Dabei hat die Bundesnetzagentur den Umstand berücksichtigt, dass die Überwachung der Einhaltung des Schienenlärmschutzgesetzes nicht in ihre Zuständigkeit fällt. Sie hat daher die Abstimmung mit dem Eisenbahn-Bundesamt gesucht und dessen Stellungnahme berücksichtigt. An einer weitergehenden Berücksichtigung der Stellungnahme des Eisenbahn-Bundesamtes sieht sich die Bundesnetzagentur aus den bereits genannten Rechtsgründen gehindert. Die Umsetzung von gesetzlichen Regelungen durch die Betroffenen sowie die Ausnutzung eines diesbezüglichen Gestaltungsspielraums fallen in die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur und sind am Maßstab der Angemessenheit zu messen. Soweit sich die Umsetzung durch die Betroffenen innerhalb vertretbarer Grenzen bewegt hätte, hätte die Bundesnetzagentur von einer Ablehnung abgesehen. Bei der Entscheidungsfindung hat die Bundesnetzagentur den Umstand berücksichtigt, dass zur Auslegung des Schienenlärmschutzgesetzes keine weiteren Erkenntnisquellen in Form von Urteilen oder Bescheiden des Eisenbahn-Bundesamtes zur Verfügung stehen. Insgesamt ist daher auf die bereits dargelegte Interessenlage zu verweisen. Es liegt im öffentlichen Interesse sowie im Interesse der Zugangsberechtigten, dass die Umsetzung des Schienenlärmschutzgesetzes in den SNB nicht über den gesetzlichen Rahmen hinausgeht. Demgegenüber ist das Interesse an einer zusätzlichen, umfassenden Überwachung der Einhaltung des Gesetzes durch die Betroffenen nicht in die Abwägung einzustellen, weil es dafür an einer konkreten gesetzlichen Regelung fehlt.

Auch soweit die Betroffenen vorgetragen haben, dass die beabsichtigte Neufassung erforderlich sei, um die Verhängung von Bußgeldern wegen einer Verletzung von § 3 Abs. 1 und § 7 Abs. 3 SchlärmschG abzuwenden, ist die Ablehnung der Klausel angemessen. Zwar hat auch das Eisenbahn-Bundesamt gegenüber der Bundesnetzagentur angegeben, dass es wegen einer fehlenden ex-ante-Kontrolle Bußgelder gegen die Betroffenen verhängen werde. Die Ablehnung ist jedoch angemessen, weil die fehlende ex-ante-Kontrolle, wie bereits dargelegt, keinen Gesetzesverstoß darstellt. Dieser Umstand wäre auch im Rahmen eines Bußgeldverfahrens zu berücksichtigen. Zudem liegt mit der Ablehnung durch die Bundesnetzagentur eine behördliche Maßnahme vor, die einen entsprechenden Schuldvorwurf an die Betroffenen ausschließt.

## **II. 3.2.5 Freistellung von Ordnungswidrigkeiten gemäß Ziffer 2.12.6 der SNB**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Regelung zur Freistellung von Ordnungswidrigkeiten in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab. Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Neufassung (hierzu unter Ziffer II.3.2.5.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.2.5.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.2.5.3).

### **II. 3.2.5.1 Beabsichtigte Neufassung**

Die Betroffenen beabsichtigen die Einführung der Ziffer 2.12.6 zur Freistellung von Ordnungswidrigkeiten in die SNB. Sie lautet:

#### *„2.12.6 Freistellung von Ordnungswidrigkeiten*

*ZB stellen die DB Netz AG von Bußgeldzahlungen nach dem SchlärmschG frei, wenn das Bußgeld aufgrund einer falschen Angabe durch den ZB oder aufgrund der Nichteinhaltung der vorgegebenen Geschwindigkeit erhoben wird. Der ZB hat dabei nachzuweisen, dass er die eingesetzten Wagen ordnungsgemäß für die Fahrplanbearbeitung angemeldet hat oder er nicht schneller gefahren ist als die Fahrplanordnung bestimmt.“*

Die Betroffenen haben dazu ausgeführt, dass das Eisenbahn-Bundesamt als zuständige Behörde ihnen gegenüber die Auffassung vertreten habe, sie seien nach § 7 Abs. 3 SchlärmschG verpflichtet, die Antragstellung durch die Zugangsberechtigten zu überwachen und Gesetzesverstöße im Rahmen ihrer Möglichkeiten zu verhindern. Insofern könnte auch bei Verstößen von Zugangsberechtigten gegen das SchlärmschG eine Ordnungswidrigkeit der Betroffenen nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 SchlärmschG vorliegen, die zu einem Bußgeld führe. Um dieses Risiko abzuwenden, hätten die Betroffenen die Klausel 2.12.6 in die Nutzungsbedingungen aufgenommen.

Die Zugangsberechtigten haben sich gegen die Aufnahme der Freistellungsklausel in die Nutzungsbedingungen ausgesprochen. Sie seien in diesem Fall selbst ordnungspflichtig, daher könnten die Betroffenen Bußgelder nicht auf sie abwälzen.

### **II. 3.2.5.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Neufassung verstößt gegen das Gebot der Angemessenheit gemäß §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG. Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach

Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Neben der bereits dargelegten Definition ist nach der Rechtsprechung des VG Köln von einer angemessenen Klausel auszugehen, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn.129).

Diesen Maßstäben wird die Klausel 2.12.6 nicht gerecht. Die beabsichtigte Freistellung von Ordnungswidrigkeiten stellt einen Verstoß gegen das im Ordnungswidrigkeitenrecht geltende Prinzip dar, dass der Ordnungspflichtige nur für Umstände einzustehen hat, die ihm selbst vorwerfbar sind (vgl. § 1 Abs. 1 OWiG). Das Ordnungswidrigkeitenrecht gründet auf den Prinzipien des Strafrechts (vgl. § 46 OWiG). Mit diesen Prinzipien ist es nicht vereinbar, dass die Betroffenen Bußgelder für ein ihnen vorwerfbares Verhalten auf die Zugangsberechtigten abwälzen wollen. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur kann die zuständige Behörde nur dann Bußgelder gegen die Betroffenen verhängen, wenn sie eine den Betroffenen vorwerfbare Ordnungswidrigkeit sanktionieren will. In der von den Betroffenen beabsichtigten Klausel, die an falsche Angaben der Zugangsberechtigten oder eine sonstige Nichteinhaltung des SchlärmschG durch die Zugangsberechtigten anknüpft, wird die zuständige Behörde vorrangig Bußgelder gegen die Zugangsberechtigten verhängen müssen. Umgekehrt besteht dann, wenn die zuständige Behörde zutreffend ein Bußgeld gegen die Betroffenen festsetzt, ein öffentliches Interesse daran, dass diese Sanktion auch gegenüber den Betroffenen wirksam wird. Dies kann durch die beabsichtigte Freistellungsregelung vereitelt werden. Diese Auffassung hat auch das Eisenbahn-Bundesamt als zuständige Behörde vertreten und in der abschließenden Stellungnahme vom 11.11.2019 bestätigt. Dieser Umstand war für die Ablehnung ausschlaggebend. Daneben ist in diesem Zusammenhang erneut darauf hinzuweisen, dass § 7 Abs. 3 SchlärmschG nach dem Gesetzeswortlaut keine umfassende Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch die Betroffenen zu entnehmen ist. Die Regelung hat vielmehr die Einhaltung des Verfahrens bei der Beantragung von Schienenwegkapazität nach dem SchlärmschG zum Gegenstand, wenn Ausnahmen nach § 4 oder Befreiungen nach § 5 dieses Gesetzes Anwendung finden. Nur in diesen Fällen sind die Betroffenen nach § 7 Abs. 3 S. 2 SchlärmschG zu einer regelmäßigen Prüfung anhand von Stichproben verpflichtet, ob die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 3 S. 1 SchlärmschG erfüllt sind. Gegen die Ablehnung der Klausel zur Freistellung von Ordnungswidrigkeiten spricht nicht, dass diese Klausel bei einem engen Verständnis des § 7 Abs. 3 S. 1 SchlärmschG keinen Anwendungsbereich hätte. Es wäre denkbar, dass Vertreter der Betroffenen Kenntnis von Gesetzesverstößen auf Seiten der Zugangsberechtigten erlangen. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur kann die zuständige Behörde nur dann Bußgelder gegen die Betroffenen verhängen, wenn die Betroffenen vorwerfbar gegen die ihr obliegende Verpflichtung verstoßen. In diesem Fall wäre es unbillig, wenn sich die Betroffenen von den von ihr zu zahlenden Bußgeldern freistellen lassen.

### **II. 3.2.5.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden

muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Die Zugangsberechtigten haben ein Interesse daran, dass sie die Betroffenen nicht ungerechtfertigt von Bußgeldern freistellen müssen. Die Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Durch die behördliche Ablehnung wird sichergestellt, dass die beabsichtigte Neufassung nicht in Kraft treten kann und eine Anwendung der eisenbahnrechtswidrigen Klausel gegenüber den Zugangsberechtigten unterbleibt.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Die Bundesnetzagentur hat ihre Rechtsauffassung den Betroffenen in der mündlichen Verhandlung am 22.10.2019 mitgeteilt und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Da die Betroffenen von einer Streichung der Klausel abgesehen haben, ist die behördliche Ablehnung das mildeste Mittel.

Die Ablehnung der Klausel ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Das ergibt sich aus einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Die Betroffenen wollen mit der beabsichtigten Änderung eine ordnungsrechtliche Heranziehung für Gesetzesverstöße vermeiden und auf die Zugangsberechtigten abwälzen, für deren Einhaltung sie die Zugangsberechtigten für verantwortlich hält. Die Zugangsberechtigten haben ein Interesse daran, dass die Klausel gar nicht erst in Kraft tritt, weil sie neben der eigenen ordnungsrechtlichen Verantwortung noch eine Abwälzung von Bußgeldern durch die Betroffenen befürchten müssen. Nach Ansicht der Bundesnetzagentur kann eine ordnungsrechtliche Heranziehung der Betroffenen in dieser Fallgestaltung aber ohnehin nicht erfolgen, weil die Betroffenen nur für die ihnen nach dem SchlärmschG obliegenden Pflichten einzustehen haben. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, dass die Klausel keine Geltung erlangt, weil damit ein Zustand der Rechtsunsicherheit vermieden wird. Bei einer zutreffenden Auslegung des § 7 Abs. 3 SchlärmschG besteht für die beabsichtigte Klausel kein Anwendungsbereich, so dass die Interessen der Zugangsberechtigten und der Betroffenen letztlich gleichgelagert sind. An der Aufnahme einer Regelung in die Nutzungsbedingungen, für die kein Erfordernis besteht, kann auf beiden Seiten kein Interesse bestehen.

### **II. 3.3 Ziffer 3 des Tenors: Konstruktionsspielräume bei ÜLS und Fahrlagenberatung (Ziffern 4.2.1.3, 4.2.1.6 sowie 4.3.5 des SNB-Haupttextes und der Richtlinie 402.0203, Abschnitte 3, 4 und 5)**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigten Änderungen in den Ziffern 4.2.1.3, 4.2.1.6 sowie 4.3.5 des SNB-Haupttextes und die entsprechenden beabsichtigten Änderungen in der Richtlinie 402.0203, Abschnitt 3, Abs. 2, Abschnitt 4 Abs. 4 sowie Abschnitt 5 Abs. 7 in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigten Änderungen (hierzu unter Ziffer II.3.3.1) in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zum Teil nicht mit § 52 Abs. 4 ERegG vereinbar sind (hierzu unter Ziffer II.3.3.2) und im Übrigen gegen das Transparenzgebot aus § 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG verstoßen (hierzu unter Ziffer II.3.3.3). Nach Abwägung des Für und Wider waren sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.3.4).

### **II. 3.3.1 Beabsichtigte Änderungen**

Die Betroffenen beabsichtigen eine Änderung der Regelungen zur Netzfahrplanerstellung. Sie beabsichtigen, das nach § 52 Abs. 4 ERegG bestehende Recht des Betreibers der Schienenwege, innerhalb vertretbarer Grenzen Schienenwegkapazität anzubieten, die von der beantragten Kapazität abweicht, für den Fall neu zu regeln, dass die beantragte Trasse überlastete Schienenwege berührt. Sofern dies der Fall ist, soll die vertretbare Grenze, innerhalb derer abweichende Kapazität angeboten werden darf, auf +/- 30 Minuten im SPV und +/- 60 Minuten im SGV festgelegt werden (bisläng: +/- 3 Minuten im SPV und +/- 30 Minuten für übrige Zugtrassen).

Vertaktete und ins Netz eingebundene Verkehre sollen die Möglichkeit erhalten, über ein „Testat“ engere Konstruktionsspielräume zu erzielen. Das „Testat“ sollen Zugangsberechtigte für Trassen erhalten, die sie in einer dem Netzfahrplanstellungsprozess vorgelagerten „Fahrlagenberatung“ der Betroffenen angezeigt haben und die nicht in Konflikt zu anderen Trassen stehen, die von anderen Zugangsberechtigten dort angezeigt wurden. Regelungen, nach denen die Fahrlagenberatung durchgeführt werden soll, beabsichtigen die Betroffenen nicht. Insbesondere beabsichtigen sie keine Darstellung des Umgangs mit konfligierenden Trassen, die in der Fahrlagenberatung angezeigt wurden. Insofern steht lediglich fest, dass im Falle konfligierender Trassen, bei denen der Konflikt nicht ausgeräumt werden kann, keine der Trassen ein „Testat“ erhält.

Nicht vertaktete oder ins Netz eingebundene Verkehre haben keine Möglichkeit, engere Konstruktionsspielräume zu erzielen.

Bei Trassen, die keinen überlasteten Schienenweg berühren, verbleibt es bei Konstruktionsspielräumen von grundsätzlich +/- 3 Minuten im SPV und +/- 30 Minuten für übrige Zugtrassen.

Dabei bezeichnet der Begriff „Konstruktionsspielraum“ den Zeitraum, innerhalb dessen der Bearbeiter des Fahrplans bei der Konstruktion der Trasse von der Bestellung abweichen kann, ohne mit dem Besteller der Trasse Rücksprache zu nehmen. Liegen Unvereinbarkeiten zwischen zwei oder mehr angemeldeten Trassen vor, nutzt der Konstrukteur zunächst diese Konstruktionsspielräume, um eine konfliktfreie Trassierung zu erreichen. Gelingt dies nicht, werden Gespräche mit den betroffenen Bestellern durchgeführt, um dennoch eine Lösung zu erreichen. In diesen Gesprächen kann die Zustimmung zu einem größeren Konstruktionsspielraum gegeben oder andere Zugparameter geändert werden.

Lassen sich auch nach Ausnutzen der Konstruktionsspielräume und nach Durchführung der Gespräche keine konfliktfreien Trassen konstruieren, wird das Entscheidungsverfahren durchgeführt, an dessen Ende eine oder mehrere Trassen abgelehnt werden. Über die Trassenablehnung wird die Bundesnetzagentur unterrichtet und kann das Vorgehen der Fahrlagenbearbeitung prüfen. Unterliegende Antragsteller erhalten kein Angebot und zahlen kein Entgelt für die Angebotserstellung (weil kein Angebot erstellt wurde).

Gelingt eine Trassierung (beispielsweise nach Inanspruchnahme der Konstruktionsspielräume), erhält der Besteller ein Angebot. Nimmt er dies an, kommt ein Trassennutzungsvertrag

zustande. Lehnt er ab, kommt kein Vertrag zustande, der Besteller muss aber ein Entgelt für die Angebotserstellung entrichten.

Kann bereits unter Inanspruchnahme der Konstruktionsspielräume eine konfliktfreie Trasse konstruiert werden, erhält der Besteller einer Trasse erst mit dem Angebot der Betroffenen eine Information zur genauen Lage seiner Trasse.

Konkret werden folgende Änderungen der SNB im Zusammenhang mit der Ausweitung von Konstruktionsspielräumen auf überlasteten Schienenwegen und der Fahrlagenberatung beabsichtigt (Änderungen als Streichungen und kursiv dargestellt):

### **„Ziffer 4.2.1.3 Fristen für die Netzfahrplanerstellung**

Aus dem Rahmenterminplan gem. Richtlinienmodul 402.0203 ergeben sich für den Netzfahrplan 2020/1 nachfolgende konkrete Fristen:

<b>Netzfahrplanerstellung</b>	<b>Termin</b>
<i>Fahrlagenberatung gemäß Ziffer 4.3.5 ohne Inanspruchnahme der Testierung</i>	<i>bis 13.03.2020</i>
<i>Fahrlagenberatung gemäß Ziffer 4.3.5 mit Inanspruchnahme der Testierung</i>	<i>bis 10.01.2020</i>
<i>Trassenanmeldefrist erste Phase der Netzfahrplanerstellung</i>	<del>08.14.03.2019</del> <i>bis 08.14.04.2019</i>
<i>Vorläufiger Netzfahrplanentwurf erste Phase der Netzfahrplanerstellung</i>	<del>bis 04.06.07.2019</del>
<i>Stellungnahmen der ZB oder des einbezogenen EVU zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf erste Phase der Netzfahrplanerstellung</i>	<del>bis 04.06.08.2019</del>
<i>Endgültiger Netzfahrplanentwurf erste Phase der Netzfahrplanerstellung</i>	<del>bis 08.13.08.2019</del> *
<i>Netzfahrplan erste Phase der Netzfahrplanerstellung</i>	<del>bis 15.20.08.2019</del> *
<i>Trassenanmeldefrist zweite Phase der Netzfahrplanerstellung</i>	<i>15.04.2020 – 30.09.2020</i>
<i>Endgültiger Netzfahrplanentwurf zweite Phase der Netzfahrplanerstellung</i>	<i>bis 06.11.2020</i>
<i>Beginn Netzfahrplan</i>	<del>15.13.12.2019</del> <i>um 00:00 Uhr</i>

\*Sollte die DB Netz AG aus der Netzfahrplanerstellung heraus Trassenablehnungen beabsichtigen, können sich die genannten Termine infolge der Unterrichtung nach § 72 Satz 1 Nr. 1 ERegG und der Vorabprüfung durch die DB Netz AG nach § 73 Abs. 1 Nr. 1 ERegG verschieben.“

### **„Ziffer 4.2.1.6 Konstruktionsspielräume (erste Phase der Netzfahrplanerstellung)**

*Die DB Netz AG macht die Berücksichtigung bestimmter Konstruktionsspielräume von der vorherigen Durchführung einer Fahrlagenberatung nach Ziffer 4.3.5 abhängig.*

Soweit nicht im SPFV das Marktsegment Punkt-zu-Punkt-Verkehre (vgl. 6.2.1.2.8) oder im SGV das Marktsegment mit dem Zusatz „Z-Flex“ oder „R-Flex“ (vgl. 6.2.1.4.8 und 6.2.1.4.9) bestellt werden, versucht die DB Netz AG innerhalb folgender Spiel-

räume ein Trassenangebot für Trassen, die mindestens einen überlasteten Schienenweg nach Ziffer 4.3. der SNB tangieren, zu erstellen:

- Schienenpersonenverkehr mit erfolgreicher Fahrlagenberatung (Testat): +/- 3 Minuten,
- Schienengüterverkehr mit erfolgreicher Fahrlagenberatung (Testat): +/- 30 Minuten,
- Übrige Zugtrassen (z.B. Schienenpersonenverkehr ohne Fahrlagenberatung oder ohne Testat): +/- 30 Minuten
- Übrige Zugtrassen (z.B. Güterzüge, Triebfahrzeugfahrten ohne Fahrlagenberatung oder ohne Testat): +/- 360 Minuten.

Soweit nicht im SPFV das Marktsegment Punkt-zu-Punkt-Verkehre (vgl. 6.2.1.2.8) oder im SGV Marktsegmente mit dem Zusatz „Z-Flex“ oder „R-Flex“ (vgl. 6.2.1.4.8 und 6.2.1.4.9) bestellt werden und kein überlasteter Schienenweg nach Ziffer 4.3 der SNB tangiert wird, versucht die DB Netz AG innerhalb folgender Spielräume ein Trassenangebot zu erstellen:

- Schienenpersonenverkehr: +/- 3 Minuten
- Übrige Zugtrassen (z.B. Güterzüge, Triebfahrzeugfahrten): +/- 30 Minuten.

Für das Marktsegment Punkt-zu-Punkt-Verkehre im SPFV gilt immer ein Konstruktionsspielraum von +/- 30 Minuten, für die Marktsegmente mit dem Zusatz Z-Flex und R-Flex immer ein Konstruktionsspielraum von +/- 120 min.

Die Konstruktion innerhalb dieser Spielräume erfolgt ohne Rücksprache mit dem Antragsteller.“

#### **Richtlinie 402.0203, Abschnitt 5 Abs.7**

„Das Trassenangebot soll der Trassenanmeldung entsprechen. Ist dies wegen konkurrierender Trassenanmeldungen nicht möglich, gilt Folgendes:

*Die DB Netz AG macht die Berücksichtigung bestimmter Konstruktionsspielräume von der vorherigen Durchführung einer Fahrlagenberatung nach Ziffer 4.3.5 abhängig.*

Soweit nicht im SPFV das Marktsegment Punkt-zu-Punkt-Verkehre (vgl. 6.2.1.2.8) oder im SGV das Marktsegment mit dem Zusatz „Z-Flex“ oder „R-Flex“ (vgl. 6.2.1.4.8 und 6.2.1.4.9) bestellt werden, versucht die DB Netz AG innerhalb folgender Spielräume ein Trassenangebot für Trassen, die mindestens einen überlasteten Schienenweg nach Ziffer 4.3. der SNB tangieren, zu erstellen

- Schienenpersonenverkehr mit erfolgreicher Fahrlagenberatung (Testat): +/- 3 Minuten,
- Schienengüterverkehr mit erfolgreicher Fahrlagenberatung (Testat): +/- 30 Minuten,
- Übrige Zugtrassen (z.B. Schienenpersonenverkehr ohne Fahrlagenberatung oder ohne Testat): +/- 30 Minuten

- Übrige Zugtrassen (z.B. Güterzüge, Triebfahrzeugfahrten ohne Fahrlagenberatung oder ohne Testat): +/- 360 Minuten.

*Soweit nicht im SPFV das Marktsegment Punkt-zu-Punkt-Verkehre (vgl. 6.2.1.2.8) oder im SGV Marktsegmente mit dem Zusatz „Z-Flex“ oder „R-Flex“ (vgl. 6.2.1.4.8 und 6.2.1.4.9) bestellt werden und kein überlasteter Schienenweg nach Ziffer 4.3 der SNB tangiert wird, versucht die DB Netz AG innerhalb folgender Spielräume ein Trassenangebot zu erstellen:*

- *Schienerpersonenverkehr: +/- 3 Minuten*
- *Übrige Zugtrassen (z.B. Güterzüge, Triebfahrzeugfahrten): +/- 30 Minuten.*

Für das Marktsegment Punkt-zu-Punkt-Verkehre im SPFV gilt *immer* ein Konstruktionspielraum von +/- 30 Minuten, für die Marktsegmente mit dem Zusatz Z-Flex und R-Flex *immer* ein Konstruktionspielraum von +/- 120 min.

Die Konstruktion innerhalb dieser Spielräume erfolgt ohne Rücksprache mit dem Antragsteller.“

Beabsichtigte Änderungen in Ziffer 4.3.5 sowie in Richtlinie 402.0203, Abschnitt 3 Abs. 2 (Änderungen als Streichungen und kursiv dargestellt)

#### **Ziffer 4.3.5 ~~Trassenberatung~~ für ZB ~~Fahrlagenberatung~~**

„Zur Unterstützung der Trassenplanung und -anmeldung von vorgenannten Nutzungsvorgaben betroffener Strecken, bietet die DB Netz AG dem ZB die Möglichkeit einer unentgeltlichen ~~Trassenberatung~~ *Fahrlagenberatung*.

*Mit der Fahrlagenberatung bietet DB Netz AG ab 8 Monate vor der Trassenanmeldung zum Netzfahrplan jedem ZB die Möglichkeit, sich individuell und vertraulich zu konkreten Trassenwünschen beraten zu lassen. Für die Trassenwünsche, die vertaktete oder ins Netz eingebundene Verkehrskonzepte (Vgl. Ziffer 4.2.1.9 der SNB) sind und die auf ihrem Laufweg mindestens einen Überlasteten Schienenweg (Vgl. Ziffer 4.3 der SNB) tangieren, besteht die Möglichkeit, ein Testat zu erhalten. Diese Verkehre für die Testierung müssen vollständig bis spätestens 10.01.2020 bei der DB Netz AG für das Fahrplanjahr 2021 eingebracht werden.*

*Das Testat beinhaltet eine Vorprüfung des angemeldeten Konzepts des ZB auf Widerspruchsfreiheit zu allen zum Anmeldezeitpunkt bekannten Verkehrskonzepten anderer ZB und bestätigt damit eine grundsätzliche Fahrbarkeit zum Zeitpunkt x. Ein Rechtsanspruch auf eine Trassenzuweisung im Netzfahrplan besteht nicht.*

*Das Vorliegen des Testates und die Anmeldung dem Testat gemäß sind Voraussetzungen für die Anwendung der engeren Konstruktionspielräume im Rahmen der Trassenkonstruktion (Vgl. Ziffer 4.2.1. 6 der SNB).*

Nähere Informationen über die Möglichkeit einer ~~Fahrlagenberatung~~ *Trassenberatung* sind bei den Regionalbereichen erhältlich:

[www.dbnetze.com/kontakte](http://www.dbnetze.com/kontakte)“

**Richtlinie 402.0203, Abschnitt 3, Abs. 2**

*„(2) Mit der Fahrlagenberatung bietet DB Netz AG bis 8 Monate vor der Trassenanmeldung zum Netzfahrplan jedem ZB die Möglichkeit, sich individuell und vertraulich zu konkreten Trassenwünschen beraten zu lassen. Für die Trassenwünsche, die vertaktete oder ins Netz eingebundene Verkehrskonzepte (Vgl. Ziffer 4.2.1.10 der SNB) sind und die auf ihrem Laufweg mindestens einen Überlasteten Schienenweg (Vgl. Ziffer 4.3 der SNB) tangieren, besteht die Möglichkeit, ein Testat zu erhalten.*

*Das Testat beinhaltet eine Vorprüfung des angemeldeten Konzepts des ZB auf Widerspruchsfreiheit zu allen zum Anmeldezeitpunkt bekannten Verkehrskonzepten Dritter und bestätigt damit eine grundsätzliche Fahrbarkeit zum Zeitpunkt x. Ein Rechtsanspruch auf eine Trassenzuweisung im Netzfahrplan besteht nicht.*

*Das Vorliegen des Testates und die Anmeldung dem Testat gemäß sind Voraussetzungen für die Anwendung der engeren Konstruktionsspielräume im Rahmen der Trassenkonstruktion (vgl. Abschnitt 5 (7)).*

~~Die DB Netz AG berät alle EVU/ZB auf Wunsch im Rahmen der Fahrlagenplanungen. Auf Basis der vorhandenen Daten wird die Machbarkeit der Konzepte bzw. Fahrlagen unverbindlich geprüft.“~~

**Richtlinie 402.0203, Abschnitt 4 Abs. 4**

*„(4) Sofern ein Testat für die angemeldete Trasse vorliegt, wird dies im Rahmen der Trassenanmeldung vom EVU/ZB mitgeteilt.“*

**II. 3.3.2 Verstoß gegen § 52 Abs. 4 ERegG**

Die beabsichtigten Änderungen sind mit Blick auf die beabsichtigte Änderung der Konstruktionsspielräume in der Netzfahrplankonstruktion nicht mit § 52 Abs. 4 ERegG vereinbar.

Nach dieser Vorschrift hat der Betreiber der Schienenwege das Recht, innerhalb vertretbarer Grenzen Schienenwegkapazität anzubieten, die von der beantragten Kapazität abweicht.

Die von den Betroffenen beabsichtigte Regelung ist an § 52 Abs. 4 ERegG zu messen (hierzu unter Ziffer II.3.3.2.1), die Gestaltungsmöglichkeiten des Betreibers der Schienenwege werden jedoch überschritten (hierzu unter Ziffer II.3.3.2.2).

**II. 3.3.2.1 Nutzung von Konstruktionsspielräumen ist an § 52 Abs. 4 ERegG zu messen**

Die von den Betroffenen beabsichtigten Konstruktionsspielräume sind als Teil des Koordinierungsverfahrens an § 52 Abs. 4 ERegG zu messen.

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass § 52 Abs. 4 ERegG einen Teilprozess des Koordinierungsverfahrens beschreibt (hierzu unter Ziffer II.3.3.2.1.1). Die Anwendung der Konstruktionsspielräume ist Teil des Koordinierungsverfahrens (hierzu unter Ziffer II.3.3.2.1.2). § 52 Abs. 4 ERegG wird nicht durch speziellere Regelungen verdrängt (hierzu unter Ziffer II.3.3.2.1.3).

### II. 3.3.2.1.1 § 52 Abs. 4 ERegG als Teil des Koordinierungsverfahrens

§ 52 Abs. 4 ERegG ermöglicht es dem Betreiber der Schienenwege, innerhalb des Koordinierungsverfahrens dem Zugangsberechtigten vom Antrag abweichende Kapazität anzubieten.

Zwar stellt die Kommentarliteratur zum Teil dar, dass § 52 Abs. 4 ERegG dem Betreiber der Schienenwege gestatte, bei Entscheidungen über die Anträge der Zugangsberechtigten geringfügige Abweichungen „einplanen“ zu können. Auf diese Weise könnten im Rahmen der für die Zugangsberechtigten von vorneherein hinnehmbaren Zeiträume „unkompliziert Zuweisungen vorgenommen werden“ (vgl. *Ernert*, in *Staebe*, ERegG, § 52 Rn. 11).

Die Darstellung ist jedoch zurückzuweisen, weil sie bedeuten würde, dass der Betreiber der Schienenwege kein Angebot unterbreitet, sondern unmittelbar eine Kapazitätszuweisung vornähme. Der Wortlaut der Regelung stellt hingegen darauf ab, dass dem Betreiber der Schienenwege das Recht zustehe, innerhalb vertretbarer Grenzen Schienenwegkapazität „anzubieten“, die von der beantragten Kapazität abweicht.

Der systematische Zusammenhang legt nahe, dass das Angebot im Rahmen des Koordinierungsverfahrens erfolgt, da die § 52 Abs. 4 ERegG umgebenden Absätze bereits das Koordinierungsverfahren beschreiben, innerhalb dessen durch Verhandlungen mit den Zugangsberechtigten auf einvernehmliche Lösungen hinzuwirken ist (vgl. § 52 Abs. 5 Satz 1 ERegG). Systematisch kaum schlüssig erklärbar erschiene, dass § 52 Abs. 4 ERegG einen Prozess beschreibe, der dem Koordinierungsverfahren bereits vorgelagert wäre.

In die gleiche Richtung deutet auch der Wortlaut der Begründung zum Gesetzesentwurf, wonach durch das Angebot alternativer Kapazität „der Aufwand eines weiteren Koordinierungsverfahrens vermieden werden“ kann (vgl. BT Drs. 18/8334, S. 211). Der Wortlaut legt nahe, dass das Koordinierungsverfahren bereits läuft und nur auf das weitere Verfahren verzichtet werden kann, wenn das alternative Angebot zur Einigung führt.

Die Norm geht auf Art. 46 Abs. 2 der RL 2012/34/EU zurück (vgl. BT-Drs. 18/8224, S. 96). Die dortige Regelung lautet:

*„Ergibt sich eine Situation, in der eine Koordination erforderlich ist, so hat der Infrastrukturbetreiber das Recht, innerhalb vertretbarer Grenzen Fahrwegkapazität anzubieten, die von der beantragten Kapazität abweicht.“*

Auch Art. 46 Abs. 2 RL 2012/34/EU ist in einen Kontext eingebettet, der ein Koordinierungsverfahren beschreibt, bei dem in Absprache mit den betroffenen Zugangsberechtigten eine Lösung für Unvereinbarkeiten gesucht wird (Abs. 3), und als eine Methodik dieser Suche der Betreiber der Schienenwege innerhalb vertretbarer Grenzen alternative Kapazität anbieten kann (Abs. 2).

Historisch findet sich mit § 9 Abs. 3 der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) eine Vorgängerregelung zu § 52 Abs. 4 ERegG. Diese lautete:

*Liegen bei der Netzfahrplanerstellung Anträge über zeitgleiche, miteinander nicht zu vereinbarende Zuweisungen vor, hat der Betreiber der Schienenwege durch Verhandlungen mit den Zugangsberechtigten auf einvernehmliche Lösungen hinzuwirken. Er kann dazu Zugtrassen anbieten, die von den beantragten Zugtrassen abweichen. Die Grundsätze dieses Koordinierungsverfahrens sind in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen festzulegen.*

§ 9 Abs. 3 EIBV ging dabei seinerseits auf Art. 21 Abs. 2 der RL 2091/14/EG zurück, der – wortgleich zur späteren Regelung in Art. 46 Abs. 2 der RL 2012/34/EU – im Koordinierungsverfahren das Recht des Betreibers der Schienenwege zum Angebot alternativer Kapazität vorgesehen hat.

Entsprechend ordnete auch die bisherige Kommentarliteratur die Möglichkeit, alternative Kapazität anbieten zu können, dem Koordinierungsverfahren zu (vgl. *Schwecke*, in Kunz, Eisenbahnrecht, 30. Ergänzungslieferung 2011, § 9 Rn. 11; *Gerstner*, in Hermes/Sellner, AEG, 2. Auflage, § 14 Rn. 257).

§ 52 Abs. 4 ERegG ist daher so zu verstehen, dass im Rahmen des Koordinierungsverfahrens vom Antrag abweichende Kapazität angeboten werden kann.

#### **II. 3.3.2.1.2 Ziffer 4.2.1.6 der SNB ist Teil des Koordinierungsverfahrens**

Ziffer 4.2.1.6 der SNB ist Teil des Koordinierungsverfahrens.

Die Ziffern 4.2.1.6 und 4.2.1.7 der SNB legen zunächst nahe, dass die Anwendung der Konstruktionsspielräume einen dem Koordinierungsverfahren nach § 52 ERegG vorgelagerten Sachverhalt darstellt. Insbesondere Ziffer 4.2.1.7 der SNB regelt, dass das Koordinierungsverfahren nach § 52 ERegG eingeleitet wird, wenn die Anwendung der Konstruktionsspielräume zu keiner Lösung geführt hat.

Bei zutreffender Betrachtung stellt die Nutzung von Konstruktionsspielräumen jedoch einen Teil des Koordinierungsverfahrens dar.

Hintergrund von § 52 Abs. 4 ERegG ist ausweislich der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des ERegG (BT Drs. 18/8334, S. 211), dass geringfügige Abweichungen von Anträgen der Zugangsberechtigten für diese in einer Vielzahl von Fällen akzeptabel sein dürften. Daher kann den Betreibern der Schienenwege eine angemessene Flexibilität bei der Zuweisung von Kapazitäten zugestanden werden, wenn hierfür Bedarf besteht. Hierdurch kann ggf. der Aufwand eines weiteren Koordinierungsverfahrens vermieden werden. Die Interessen der Zugangsberechtigten sind zu berücksichtigen.

Damit regelt § 52 Abs. 4 ERegG abschließend den Fall, dass der Betreiber der Schienenwege Zugangsberechtigten vom Antrag abweichende Kapazität anbieten kann. Die Regelung eines dem Koordinierungsverfahren vorgelagerten – und damit der Kontrolle von § 52 Abs. 4 ERegG entzogenen – Konstruktionsspielraums würde eine unzulässige Normumgehung darstellen.

#### **II. 3.3.2.1.3 Keine Verdrängung von § 52 Abs. 4 ERegG durch speziellere Regelungen**

§ 52 Abs. 4 ERegG wird nicht durch speziellere Regelungen verdrängt.

Die Betroffenen haben u.a. §§ 55 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 ERegG als Rechtsgrundlage angeführt. Danach kann der Betreiber der Schienenwege im Fall von überlasteten Schienenwegen bei der Zuweisung von Schienenwegkapazität Vorrangkriterien nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 des § 55 ERegG anwenden. Die Vorrangkriterien haben dem gesellschaftlichen Nutzen eines Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten, die hierdurch von der Schienenwegnutzung ausgeschlossen werden, Rechnung zu tragen.

Zum einen ist für überlastete Strecken ein formales Verfahren vorgesehen. Nachdem eine Strecke als überlastet erklärt wurde, ist gemäß § 55 Abs. 2 ERegG vorgesehen, dass der Betreiber der Schienenwege eine Kapazitätsanalyse gemäß § 58 ERegG durchführt. Zweck einer Kapazitätsanalyse ist u.a. die Darlegung von Möglichkeiten, wie zusätzlichen, die der-

zeitige Kapazität übersteigenden Anträgen stattgegeben werden kann. Zu den prüfungsbedürftigen Maßnahmen gehören gemäß § 58 Abs. 2 ERegG insbesondere die Umleitung und zeitliche Verlagerung von Verkehrsdiensten, Änderungen der Fahrgeschwindigkeit und Verbesserungen des Schienenwegs. Nach Abschluss der Kapazitätsanalyse hat der Betreiber der Schienenwege gemäß § 59 ERegG (nach Konsultation der Nutzer) einen Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität vorzulegen. In diesem sind u.a. die Maßnahmen darzustellen, die ergriffen werden sollen, um eine Erhöhung der Kapazität zu erreichen. Eine Erweiterung von Konstruktionsspielräumen ist in den in § 58 Abs. 2 ERegG aufgeführten prüfungsbedürftigen Maßnahmen nicht enthalten und würde sich auch sinnvoll nicht in den Katalog einfügen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass § 58 ERegG die Kapazität der Strecke in den Blick nimmt und nicht die Anzahl der im Netzfahrplan geplanten Trassen. Das ist jedoch ein erheblicher Unterschied: Die von den Betroffenen vorgesehenen Konstruktionsspielräume greifen nur im Konfliktfall. Abgesehen von Konfliktfällen können die Trassen auf überlasteten Schienenwegen – soweit es nach den Konstruktionsspielräumen geht – unreglementiert bleiben. Hierdurch kann die Zahl der noch verbleibenden Freiräume reduziert werden. Zur Verbesserung der Kapazität wird es aber ggf. sinnvoll sein, Trassen unabhängig von einer konkreten Konfliktsituation zeitlich so zu verlagern (Optimierung), dass nicht nutzbare Lücken zwischen den Trassen (Kapazitätsfresser) möglichst vermieden werden. Aus der Blickrichtung der Optimierung des Engpasses kommt daher der zeitlichen Verlagerung von Verkehren eine andere Bedeutung zu als im Koordinierungsverfahren in Konfliktsituationen. Welche Optionen und welche Ausprägung der Optionen dabei für den jeweils überlasteten Schienenweg in Betracht kommt, ist auf Grundlage der in § 58 ERegG vorgesehenen Analyse zu ermitteln.

Unabhängig davon, dass die Erweiterung von Konstruktionsspielräumen nicht im Rahmen der jeweiligen Überlastungsverfahren von den Betroffenen als mögliche Maßnahme eingebracht worden ist, wäre sie dementsprechend von § 58 Abs. 2 ERegG nicht erfasst.

Auch auf § 55 Abs. 4 ERegG können die erweiterten Konstruktionsspielräume nicht gestützt werden. Zum einen hätte auch in dem Fall das soeben beschriebene Verfahren eingehalten werden müssen. Zum anderen sieht § 55 Abs. 4 ERegG die Möglichkeit einer Bevorzugung des öffentlichen Schienenpersonennahverkehrs vor. Die vorgesehenen Regelungen der Betroffenen sehen keinen Vorrang des Schienenpersonennahverkehrs vor. Dass § 55 Abs. 3 i.V.m. § 55 Abs. 4 ERegG nicht die Möglichkeit eröffnet, erweiterte Konstruktionsspielräume festzulegen, ergibt sich auch aus der Begründung des Regierungsentwurfs für das ERegG. Danach geht es im Verfahren zu den überlasteten Schienenwegen darum, ob überhaupt eine Trasse zur Verfügung steht. Bei der Frage, ob ein Verkehr generell nicht durchgeführt werden kann, können auch übergeordnete Gründe eine Rolle spielen. Sofern Anträge nur im geringen Maße nicht berücksichtigt werden können, ist noch nicht von einem überlasteten Schienenweg auszugehen (vgl. BT Drs. 18/8334, S. 214). Stellt man die Begründung zu § 52 Abs. 4 ERegG hierzu in den Kontext, wird deutlich, dass der Gesetzgeber nicht die Erweiterung von Konstruktionsspielräumen im Sinn hatte. Gemäß § 52 Abs. 4 ERegG sollen lediglich geringfügige Abweichungen von der Trassenanmeldung vertretbar sein. Daran wird deutlich, dass der Sachverhalt der Überlastung nicht mit dem der „geringfügigen Abweichung von Trassenanmeldungen“ in Verbindung steht.

Es besteht auch kein Vorrang der Regelung aus § 44 Satz 2ff. ERegG, wonach der Betreiber der Schienenwege in den dort genannten Fällen ein besonderes Zuweisungsverfahren anwenden kann. § 44 ERegG betrifft den Fall vorübergehender durch Baumaßnahmen eingeschränkter Kapazität und regelt damit einen Spezialfall. Auf die allgemeine (also von baube-

dingten Einschränkungen losgelöste) Kapazitätszuweisung und die Kapazitätszuweisung auf überlasteten Schienenwegen ist diese Regelung nicht anzuwenden. Für letzteren Fall wären die Vorgaben des § 55 ERegG ohnehin spezieller.

Die Betroffenen sehen außerdem in § 18 ERegG eine Genehmigungsgrundlage für die Einführung der beabsichtigten Regelungen. § 18 ERegG eignet sich nicht als Rechtsgrundlage für die Einführung der erweiterten Konstruktionsspielräume im Falle eines nicht vorliegenden Testats. Bei § 18 ERegG handelt es sich um eine allgemeine Auslegungsregel. Die Anwendung der nachfolgenden Regelungen hat stets nach der Maßgabe zu erfolgen, dass sie nicht zu einer ineffizienten Zuteilung von Schienenwegkapazitäten führen darf. Gleichzeitig ist die Qualität der angebotenen Dienstleistungen zu berücksichtigen (vgl. BT Drs. 18/8334, S. 185). § 18 ERegG ist somit zwar bei der Anwendung der Zuweisungsregelungen zu berücksichtigen, enthält aber selbst keine Grundlage für die Anwendung großer Konstruktionsspielräume.

### **II. 3.3.2.2 Überschreiten der Grenzen möglicher Konstruktionsspielräume**

Mit der beabsichtigten Regelung werden die Grenzen der grundsätzlich möglichen (hierzu unter II.3.3.2.2.1) Konstruktionsspielräume überschritten (hierzu unter II.3.3.2.2.2).

#### **II. 3.3.2.2.1 Möglichkeit zur Regelung von Konstruktionsspielräumen**

Betreiber der Schienenwege haben die Möglichkeit, die Grundsätze des Koordinierungsverfahrens in den SNB zu beschreiben. Dazu zählt auch die Möglichkeit, in einem angemessenen, transparenten und diskriminierungsfreien Umfang den Prozess des Angebots und der Annahme von Schienenwegkapazität zu regeln, die vom Antrag abweicht.

Grundsätzlich ist im Koordinierungsverfahren eine Verhandlung der Beteiligten vorgesehen. Der Infrastrukturbetreiber muss sich „in Absprache mit den betreffenden Antragstellern“ um eine Lösung für Unvereinbarkeiten bemühen (vgl. Art. 46 Abs. 3 RL 2012/34/EU).

Das schließt jedoch nicht aus, dass in Fällen, in denen eine Zustimmung des Zugangsberechtigten zu der beabsichtigten Abweichung vom Antrag unterstellt werden kann, eine Vorabzustimmung erteilt wird. Eine solche Vorabzustimmung erleichtert grundsätzlich nicht nur den Prozess der Fahrplanerstellung, sondern dient auch den Interessen der Zugangsberechtigten, die ansonsten zu jeder unwesentlichen Abweichung ihre Zustimmung erteilen müssten.

Entsprechende Vorabzustimmungen sind zunächst unproblematisch im Rahmen einer individuellen Willenserklärung möglich. Jeder Zugangsberechtigte kann – auch für einzelne Trassen – erklären, dass er alternativen Angeboten des Betreibers der Schienenwege in einem bestimmten Umfang zustimmt.

Es bestehen auch keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, dass entsprechende Vorabzustimmungen – in angemessenem Umfang – auch in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen geregelt werden können. Dem Schutz der Interessen der Zugangsberechtigten kommt in diesem Zusammenhang wesentliches Gewicht zu. Das ergibt sich nicht nur aus der Motivation des Gesetzgebers (vgl. die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des ERegG, BT-Drs. 18/8334, S. 211, „Die Interessen der Zugangsberechtigten sind zu berücksichtigen.“). Es entspricht auch allgemeinen Anforderungen an vorformulierte Geschäftsbedingungen (vgl. beispielsweise § 308 Ziffern 4 und 5 BGB). Zudem ist § 52 ERegG vor dem Hintergrund der unterbliebenen Umsetzung von Art. 45 der RL 2012/34/EU so auszulegen, dass die Interessen der Zugangsberechtigten besonders gewürdigt werden. Art. 45

der RL 2012/34/EU besagt, dass der Betreiber der Schienenwege allen Sachzwängen, denen die Antragsteller unterliegen, einschließlich der wirtschaftlichen Auswirkungen auf ihr Geschäft, so weit wie möglich Rechnung zu tragen hat.

Im Ergebnis ist es erforderlich, dass die Vorabzustimmung auf Sachverhalte begrenzt ist, in denen von der Zustimmung der Zugangsberechtigten ausgegangen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist die Regelung von Konstruktionsspielräumen nach dem Verständnis der Beschlusskammer so zu verstehen, dass die Zugangsberechtigten im Vorhinein erklären, dass sie sich im dargestellten Umfang mit dem Angebot abweichender Kapazität einverstanden erklären.

#### **II. 3.3.2.2 Unangemessenheit der beabsichtigten Konstruktionsspielräume**

Die beabsichtigten Konstruktionsspielräume sind unangemessen groß. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die vorgesehenen Konstruktionsspielräume so geringfügig sind, dass die Zugangsberechtigten entsprechend abweichenden Trassierungen von vorneherein zustimmen würden.

Grundsätzlich sehen die SNB bislang in Ziffer 4.2.1.6 vor, dass für die Konstruktion von Trassen im Netzfahrplan im Schienenpersonenverkehr ein Konstruktionsspielraum von +/- 3 Minuten und im Schienengüterverkehr sowie auch für übrige Zugtrassen (z.B. Triebfahrzeugfahrten) von +/-30 Minuten vertretbar ist. Für das Marktsegment Punkt-zu-Punkt im Schienenpersonenfernverkehr wurde bislang ein Konstruktionsspielraum von +/- 30 Minuten für vertretbar gehalten. Für die Marktsegmente mit dem Zusatz Z-Flex und R-Flex gilt ein Konstruktionsspielraum von +/- 120 Minuten für vertretbar. Gemäß der Richtlinie 402.0305, Abschnitt 2 Abs. 3 gelten im Rahmen der verbindlichen Verkehrsartenmixe Konstruktionsspielräume von +/- 30 Minuten im Schienenpersonenverkehr sowie von +/- 90 Minuten im Schienengüterverkehr.

Im Hinblick auf die Marktsegmente „Punkt-zu-Punkt“ sowie „Z-Flex“ und „R-Flex“ ist zu berücksichtigen, dass die größeren Konstruktionsspielräume in Korrelation mit den damit verbundenen Entgeltnachlässen stehen. Im Zusammenhang mit dem verbindlichen Verkehrsartenmix ist in § 44 Abs. 1 S. 2 ff. ERegG die Möglichkeit vorgesehen, ein besonderes Zuweisungsverfahren anzuwenden für den Fall, dass die Schienenwegkapazität aufgrund von Baumaßnahmen im Netzfahrplan vorübergehend nur eingeschränkt zur Verfügung steht. Ein Bestandteil dieses besonderen Zuweisungsverfahrens ist die Festlegung abweichender Konstruktionsspielräume.

Die bislang geregelten Konstruktionsspielräume scheinen angemessen. Insbesondere im vertakteten Schienenpersonenverkehr ist zwar zu berücksichtigen, dass grundsätzlich jegliche Abweichung vom angestrebten Takt eine Auswirkung auf das Angebot für den Endkunden aufweist. Auf der anderen Seite sind die möglichen Abweichungen so eng, dass die Auswirkungen in engen Grenzen verbleiben und nicht von nachhaltig negativen Folgen zu reden ist. Insbesondere spricht vieles dafür, dass die mögliche Varianz so klein ist, dass sie innerhalb der Toleranzgrenzen von Taktfahrplänen verbleiben, also Anschlüsse grundsätzlich möglich bleiben dürften. Dabei ist mit zu berücksichtigen, dass Zugangsberechtigte auch die Möglichkeit haben, Verknüpfungen von Linien bei der Trassenbestellung anzugeben.

Es ist auch zu berücksichtigen, dass der Schienengüterverkehr in aller Regel deutlich flexibler ist als der Schienenpersonenverkehr. Es erscheint daher naheliegend, diesbezüglich größere Konstruktionsspielräume vorzusehen.

Zu den künftig beabsichtigten Konstruktionsspielräumen haben sich im Stellungnahmeverfahren der Betroffenen eine Vielzahl von Zugangsberechtigten geäußert. Nach ihrem Vortrag würde bereits die Nutzung von mehr als 10% der beabsichtigten Spielräume den Integralen Taktfahrplan (ITF) sowie Anschlüsse in Knoten und Umläufe verhindern. Der Schienenpersonennahverkehr sei insgesamt auf „Minutengenauigkeit“ ausgerichtet. Leerfahrten und Triebfahrzeugfahrten würden grundsätzlich einen größeren Konstruktionsspielraum erhalten, was eine betrieblich sinnvolle Zu- und Abführung unmöglich mache.

Die Zugangsberechtigten haben weiterhin vorgetragen, dass die erweiterten Konstruktionsspielräume weder die Umsetzbarkeit des mit der Trassenanmeldung verfolgten Verkehrskonzeptes noch die wirtschaftliche Tragfähigkeit des angemeldeten Verkehrs sicherstellen könnten. Das Ergebnis der Trassenkonstruktion sei nicht vorhersehbar und könne erheblich von der Anmeldung abweichen.

Nach Einschätzung der Beschlusskammer sind diese Einwendungen nachvollziehbar. Die von den Betroffenen künftig beabsichtigten Konstruktionsspielräume überschreiten die Grenze, innerhalb derer davon ausgegangen werden kann, dass die Zugangsberechtigten sich vorab mit einer Abweichung einverstanden erklären. Eine Ausnutzung der Konstruktionsspielräume führt in allen betroffenen Verkehrsdiensten dazu, dass die Trasse für die Zugangsberechtigten erheblich an Wert verliert oder verlieren kann.

Dabei ist die Regelung an der maximal zulässigen Abweichung zu messen, da diese der maximal zulässigen Belastung der Zugangsberechtigten entspricht. Soweit die Betroffenen vortragen, die maximale Bandbreite würde in der Regel nicht genutzt (Schreiben vom 17.10.2019, S. 11 f.), ist dieser Vortrag unbeachtlich, weil die Prüfung des Einhalts des gesetzlichen Maßstabs nicht darauf abstellen kann, ob dieser „in der Regel“ eingehalten wird, auch wenn das Recht besteht, ihn zu überschreiten. Geprüft wird das Recht, dass sich die Betroffenen einräumen, nicht ihre – durchaus positiv hervorzuhebende – Absicht, dieses Recht nicht auszunutzen (wobei auch grundsätzlich die Frage bliebe, warum ein Recht einzuräumen sein sollte, von dem kein Gebrauch gemacht werden sollte).

Im Schienenpersonenverkehr kann die beabsichtigte Regelung zu einem Trassenangebot führen, das zu Beginn einer Trasse um 30 Minuten vor dem im Antrag angegebenen Zeitpunkt liegt und am Ende einer Trasse 30 Minuten nach dem angemeldeten Zeitpunkt. Die Fahrzeit wäre insgesamt eine Stunde länger als beantragt (beispielsweise durch verlängerte Halte). Nach den Vorstellungen der Betroffenen müssten die Bearbeiter im Netzfahrplan im Falle einer solchen Änderung den betroffenen Zugangsberechtigten erst mit Veröffentlichung des vorläufigen Netzfahrplanentwurfs gem. § 53 Abs. 1 ERegG über die Änderung im Vergleich zum Antrag informieren (die Betroffenen streben „möglichst“ eine vorherige Information an, vgl. Schreiben vom 17.10.2019, S. 12, diese ist aber nicht verbindlich). Da die Trasse ordnungsgemäß konstruiert wurde, sind die Möglichkeiten des Zugangsberechtigten darauf beschränkt, die Trasse anzunehmen oder sie kostenpflichtig (Angebotserstellungsentgelt) abzulehnen.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> In diesem Kontext ist auch ein Nebeneffekt auf Ziffer 4.2.1.9 Buchstabe c der SNB relevant. Danach wird der Zugangsberechtigte aufgefordert, den Nachweis zu erbringen, dass er tatsächlich die Absicht hat und in der Lage

Eine Trasse, die eine Stunde verlängert ist, ist selbst auf längeren Strecken im Schienenpersonenverkehr offensichtlich nicht ohne weiteres am Markt zu platzieren. Auch bereits deutlich geringere Abweichungen – insbesondere bei der Verlängerung von Fahrzeiten oder eingeschränkten Konnektivitäten – führen bereits dazu, dass die Trasse für den Zugangsberechtigten nicht mehr die volle Wertigkeit aufweist.

Gleiches gilt auch für den Schienengüterverkehr. Die dort beabsichtigten Konstruktionsspielräume von +/- 60 Minuten können in der Kumulation zu Fahrzeitverlängerungen von bis zu 2 Stunden führen. Solch erhebliche Fahrzeitverlängerungen (und selbst Anteile davon) beeinträchtigen nicht zuletzt ganz unmittelbar die Verfügbarkeit von Personal und Material und damit die Wirtschaftlichkeit eines Verkehrs.

Aus Sicht der Beschlusskammer haben auch die Stellungnahmen der Zugangsberechtigten eindrücklich gezeigt, dass nicht von einer Zustimmung im Vorhinein ausgegangen werden kann.

Nicht zuletzt auch zu berücksichtigen ist der Umstand, dass die Betroffenen im Beschlusskammerverfahren nichts dazu vorgetragen haben, aus welchen Gründen die vorgelegten Konstruktionsspielräume aus Sicht der Zugangsberechtigten vertretbar wären.

Allenfalls könnte eine Rolle spielen, dass, worauf die Betroffenen zutreffend verweisen, die erweiterten Konstruktionsspielräume nur auf überlasteten Schienenwegen eine Rolle spielen. Insbesondere im Rahmen des Stellungnahmeverfahrens haben die Betroffenen behauptet, dass durch die Anwendung der Konstruktionsspielräume auf überlasteten Schienenwegen ein Kapazitätsoptimum auf dem überlasteten Schienenweg erreicht werden können soll. Bei wohlwollender Betrachtung könnte diesen Ausführungen der Gedanke innewohnen, dass die Zugangsberechtigten im Wissen darum, dass die Kapazität auf überlasteten Schienenwegen gering wäre, lieber den sprichwörtlichen „Spatz in der Hand“ in Gestalt einer vom Antrag abweichenden Trasse in Kauf nähmen, als sich dem Risiko ausgesetzt zu sehen, ansonsten keine Trasse erhalten zu können. Um die beabsichtigten Konstruktionsspielräume zu stützen, müsste diese Abwägung dazu führen, dass die Zugangsberechtigten jeder Abweichung vom Trassenantrag innerhalb der definierten Konstruktionsspielräume im Vorhinein zustimmen würden.

---

ist, die angemeldeten Trassen zu nutzen, wenn er innerhalb der letzten beiden Netzfahrplanperioden nicht jeweils mindestens 70 % der auf seine Anmeldung hin angebotenen Trassen im Netzfahrplan in Anspruch genommen hat. Sollte er den Nachweis nicht erbringen, werden die Vorrangkriterien nach Buchstabe a) von ihm als nicht erfüllt angesehen. Gemäß dieser Regelung hat ein Zugangsberechtigter eine Trasse u. a. nicht in Anspruch genommen, wenn er ein Trassenangebot ablehnt. Wenn aus Sicht der Zugangsberechtigten die Ergebnisse der Trassenkonstruktion bei den oben in Rede stehenden größeren Konstruktionsspielräumen nicht mehr kalkulierbar sind, steigt damit das Risiko, dass Zugangsberechtigte Trassenangebote ablehnen, weil sie wirtschaftlich nicht tragfähig bzw. nicht realisierbar sind. Lehnen die Zugangsberechtigten mehr Trassenangebote ab, laufen sie jedoch wiederum Gefahr, die 70 %-Schwelle der Ziffer 4.2.1.9 Buchstabe c) zu unterschreiten und dadurch in einem Trassenkonflikt nachweisspflichtig hinsichtlich ihrer tatsächlichen Absicht und Lage der Trassennutzung zu werden.

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass § 60 ERegG allein „vereinbarte“ und nicht bloß „angemeldete“ Zugtrassen betrifft. Die Überprüfung von Ziffer 4.2.1.9 SNB ist jedoch insoweit nicht Gegenstand dieses Verfahrens (vgl. Ziffer II.3.11.1).

Dieser Gedanke erscheint indes abwegig. Es ist nicht erkennbar, warum die Zugangsberechtigten in diesen Fällen eine Vorabzusage zu entsprechenden Änderungen abgeben wollen würden. Sie könnten auch auf eine Anfrage der Betroffenen reagieren und im Einzelfall ihre Zustimmung erteilen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Rahmen des Prozesses für überlastete Schienenwege Vorgaben für die betroffenen Strecken mit den Zugangsberechtigten erörtert werden, ist nicht ersichtlich, warum über die dort deklarierten Maßnahmen hinaus Zustimmungen erteilt werden sollten.

Die Konstruktionsspielräume sind auch nicht auf eine Beseitigung von Konflikten innerhalb des überlasteten Schienenwegs begrenzt, sondern können an jeder beliebigen anderen Stelle der Trasse zur Beseitigung von Konfliktsituationen genutzt werden – ohne, dass sie Auswirkungen auf den überlasteten Schienenweg hätten.

Im Ergebnis erscheint das Argument eines Zusammenhangs mit überlasteten Schienenwegen wenig überzeugend.

Auch die Berücksichtigung von § 18 ERegG führt zu keiner anderen Auslegung. Nach dieser Regelung sind die Vorgaben des ERegG über u.a. Kapazitätszuweisungen für Schienenwege so auszulegen, dass es den Betreibern der Schienenwege ermöglicht wird, die verfügbare Schienenwegkapazität zu vermarkten und so effektiv wie möglich zu nutzen. Hierdurch sollen die gesamtgesellschaftlichen Kosten von Verkehrsdiensten verringert und ein marktwirtschaftliches Verhalten von Betreibern der Schienenwege gefördert werden (vgl. BT-Drs. 19/8334, S. 185). Die Anwendung der Zuweisungsregelungen hat daher stets nach der Maßgabe zu erfolgen, dass sie nicht zu einer ineffizienten Zuteilung von Schienenwegkapazitäten führen darf. Der zuvor dargestellte Regelungsinhalt von § 52 Abs. 4 ERegG führt nicht zu einer ineffizienten Kapazitätsausnutzung. Die Anwendung führt im Gegenteil dazu, dass bei der Einplanung von Verkehren sichergestellt wird, dass Antrag und Angebot im Ergebnis zueinander passen. Das Gebot einer Rücksprache vor Einplanung der Kapazität führt nicht zu einer ineffizienten Kapazitätszuweisung.

Auch eine Berücksichtigung der engen Verknüpfung der beabsichtigten Konstruktionsspielräume mit der ebenfalls beabsichtigten Fahrlagenberatung führt zu keiner anderen Bewertung.

Die in Ziffer 4.2.1.6 der SNB beabsichtigten Änderungen führen dazu, dass Kunden, die die Fahrlagenberatung in Anspruch nehmen und ein „Testat“ erhalten, in der späteren Netzfahrlagenplanung geringere Konstruktionsspielräume erhalten (die den aktuellen Spielräumen entsprechen).

Diese Einschränkung der Konstruktionsspielräume bei erfolgreich durchlaufender Fahrlagenberatung führt jedoch nicht dazu, dass sich deren generelle Ausweitung in einem anderen Licht darstellt.

Einerseits haben nicht alle Verkehre die Möglichkeit, eine Fahrlagenberatung in Anspruch zu nehmen. Das betrifft insbesondere die von den Betroffenen in Ziffer 4.2.1.6 unter der Bezeichnung „übrige Zugtrassen“ geführten Verkehre (alle nicht vertakteten oder ins Netz eingebundenen Verkehre in SPV und SGV). Auch führt die Teilnahme an der Fahrlagenberatung, worauf verschiedene Zugangsberechtigte zutreffend hingewiesen haben, nicht zwangsläufig dazu, dass die geringeren Konstruktionsspielräume anzuwenden wären. Denn im Fall eines „nicht lösbaren Konfliktes“ von Trassenwünschen während der Fahrlagenberatung soll keiner der Beteiligten ein Testat erhalten.

Bereits aus dieser Erwägung heraus kann die Fahrlagenberatung die Bewertung der Konstruktionsspielräume nicht erschüttern: Sie kommt für diverse Verkehre überhaupt nicht in Betracht, so dass sie für diese Verkehre auch kein Argument für insgesamt angemessene Spielräume darstellen kann. Für Verkehre, deren Konflikte in der Fahrlagenberatung nicht aufgelöst wurden, führt die Fahrlagenberatung ebenfalls nicht zu einer Reduzierung der Konstruktionsspielräume und damit auch nicht zu einer zu relativierenden Betrachtung.

Hinzu kommt, dass die Regelungen der Fahrlagenberatung nicht transparent sind und auch aus diesem Grund nicht geeignet sind, höhere Konstruktionsspielräume als üblich angemessenen erscheinen zu lassen.

Das Transparenzgebot erfordert u.a., dass alle Regelungen, die im Zusammenhang mit den Bedingungen des Rechts auf Zugang zu Eisenbahnanlagen und Leistungen stehen, neben der Pflicht zur Veröffentlichung auch klar und verständlich formuliert sein müssen. Für den Zugangsberechtigten muss wegen der Vorwirkung und Informationsfunktion der Nutzungsbedingungen nachvollziehbar und bestimmbar sein, welche Rechte und Pflichten gelten und dem Betreiber der Schienenwege dürfen keine ungerechtfertigten Auslegungsspielräume verbleiben (vgl. Urteil des VG Köln v. 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris Rn. 94 ff.).

Die beabsichtigten Regelungen wirken sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen aus. Die Anwendung der erweiterten Konstruktionsspielräume für alle Trassenanmeldungen ohne Testat hätte zur Konsequenz, dass die Betroffenen dem jeweiligen Zugangsberechtigten ein Trassenangebot übermitteln könnten, das im Schienenpersonenverkehr bis zu 60 Minuten und im Schienengüterverkehr bis zu 120 Minuten von der Trassenanmeldung abweichen könnte. Bewegen sich die Betroffenen innerhalb dieses Rahmens, wäre keine Unterrichtung der Bundesnetzagentur gemäß § 72 Satz 1 Nr. 1 ERegG notwendig. Die Bedingungen, unter denen die erweiterten Konstruktionsspielräume zur Anwendung kommen können, müssten klar und verständlich formuliert sein. Es dürften keine ungerechtfertigten Auslegungsspielräume verbleiben.

Von Seiten der Zugangsberechtigten wurden zahlreiche Stellungnahmen hinsichtlich der bislang nicht hinreichend transparenten Ausgestaltung der Regelungen abgegeben.

Die in den Stellungnahmen vorgetragenen Bedenken greifen durch. So wird in den beabsichtigten Regelungen z. B. nicht beschrieben, unter welchen Voraussetzungen der Zugangsberechtigte ein positives Testat erhält. Auch die Grundlage und die Ausgestaltung des Testats werden nicht erläutert. Es ist nicht geregelt, nach welchen Kriterien ggf. eine „Koordination“ bzw. Vereinbarung konfligierender Trassenwünsche innerhalb des Prozesses der Testat-Vergabe stattfindet. Nicht hinreichend beschrieben ist insgesamt das Verfahren der Testierung. Es wird nicht dargestellt, welche Informationen den Zugangsberechtigten jeweils zur Verfügung gestellt werden. Aus den beabsichtigten Regelungen geht nicht hervor, bis wann der Zugangsberechtigte eine Rückmeldung dazu erhält, ob ihm ein Testat ausgestellt wird.

Darüber hinaus ist nicht beschrieben, was passiert, wenn eine Trassenanmeldung mit Testat (im SPV Konstruktionsspielraum von +/- 3 Minuten) auf eine Trassenanmeldung ohne Testat (im SPV Konstruktionsspielraum von +/- 30 Minuten) trifft und sich der Konflikt beider Trassenanmeldungen trotz Ausnutzen der Konstruktionsspielräume nicht auflösen lässt.

In der Auswertung der Stellungnahmen wurde seitens der Betroffenen ausgeführt, dass sich das Testat auf die gesamte Trasse beziehe, außerhalb der ÜLS-Abschnitte jedoch die „allgemeinen Konstruktionsspielräume“ gelten. Auch dieser Umstand geht bislang nicht aus den beabsichtigten Regelungen hervor.

Die Betroffenen hatten im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 17.10.2019 zu diversen Punkten vorgetragen, dass sie ggf. bereit seien, weitere Informationen in die SNB aufzunehmen. Es wurde aber weder mit der ersten noch mit der zweiten Stellungnahme eine neue Textfassung übersandt, so dass nicht abschätzbar ist, welche Informationen in welcher Form hätten aufgenommen werden sollen.

Vor dem Hintergrund, dass die beabsichtigte Erweiterung der Konstruktionsspielräume aber ohnehin nicht im Einklang mit den rechtlichen Vorgaben steht, kommt es letztendlich nicht darauf an, zu welchen Anpassungen die Betroffenen noch bereit gewesen wären.

In der beabsichtigten Ausgestaltung hätten die Regelungen jedenfalls den Anforderungen an die Transparenz nicht genügt.

Auch generell ist fraglich, ob die Einführung einer Fahrlagenberatung mit dämpfender Wirkung auf Konstruktionsspielräume geeignet sein kann, erweiterte Konstruktionsspielräume zu begründen.

Die Betroffenen haben ursprünglich vorgetragen, dass die beabsichtigten Regelungen einen Ersatz für den Wegfall der Rahmenverträge darstellen sollten. Im Rahmen des Verfahrens haben sie diese Aussage insofern relativiert, als dass die Regelungen keinen volladäquaten „Ersatz“ für die bisher rahmenvertraglich gesicherten Trassen schaffen sollen. Vielmehr sollen Konflikte frühzeitig erkannt werden und im Rahmen der Fahrlagenberatung bereits zu lösen versucht werden, um insbesondere in Engpässen die Kapazitäten effizienter zu nutzen und die Netzfahrplanerstellung qualitativ und quantitativ zu entlasten.

Einen – wie auch immer gearteten – Ersatz für die auslaufenden Rahmenverträge können die beabsichtigten Regelungen nicht bieten. Sie dienen weder der Sicherung von Trassen in definierten Bandbreiten noch bieten sie eine Planungssicherheit über mehrere Netzfahrplanperioden. Seitens der Zugangsberechtigten wird die erneute Einführung von Rahmenverträgen gefordert. Den Betroffenen wäre die Beibehaltung von Rahmenverträgen möglich gewesen. Unter Anwendung der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 der EU-Kommission vom 07.04.2016 besteht weiterhin die Möglichkeit für Betreiber der Schienenwege, Rahmenverträge anzubieten. Die Betroffenen haben sich in Anbetracht der in der Durchführungsverordnung geregelten Rahmenbedingungen dagegen entschieden, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen.

Als weiteres Argument für die beabsichtigten Konstruktionsspielräume wurde die Entlastung des Netzfahrplanstellungsprozesses vorgetragen. Zu berücksichtigen ist, dass die Betroffenen nach den Regelungen des Gesetzes grundsätzlich mehr Zeit für die Erstellung des Netzfahrplanentwurfs in Anspruch nehmen könnten. § 53 Abs. 1 Satz 1 ERegG gibt dem Betreiber der Schienenwege die Möglichkeit, spätestens vier Monate nach Ablauf der Trassenbestellfrist einen vorläufigen Netzfahrplanentwurf zu erstellen. Das wäre bis ca. Mitte August. Derzeit erstellen die Betroffenen den vorläufigen Netzfahrplanentwurf bis Anfang Juli. Im Rahmen der schriftlichen Anhörung wurde die Frage gestellt, ob eine Verlängerung der Netzfahrplanstellungsphase vorstellbar wäre. Diese Frage wurde von den Betroffenen nicht beantwortet. Auch wenn die Beschlusskammer sieht, dass die Möglichkeiten für Verlängerungen der Netzfahrplanstellungsfrist durch die Bedürfnisse auf Seiten der Nachfrager an früherer Planungssicherheit (insbesondere im SPV) möglicherweise limitiert sind, hätte die Diskussion im Beschlusskammerverfahren seitens der Betroffenen geführt werden müssen.

Die Entlastung des Netzfahrplanerstellungsprozesses soll dadurch erreicht werden, dass bereits in der Fahrlagenberatung Konflikte erkannt und vermieden werden können.

Tatsächlich führt das frühzeitige Erkennen von unvereinbaren Trassenwünschen bereits vor der Phase der Netzfahrplanerstellung dazu, dass bereits im Vorfeld gemeinsam Lösungsmöglichkeiten für sich überlagernde Trassenwünsche erarbeitet werden können. Hierdurch würde der Netzfahrplanerstellungsprozess in der Tendenz entlastet. Vor diesem Hintergrund wird das Instrument der Fahrlagenberatung seitens der Beschlusskammer auch grundsätzlich positiv bewertet. Um die Zugangsberechtigten für eine Teilnahme an der Fahrlagenberatung zu gewinnen, sollte diese näher in den SNB beschrieben werden. Bislang war in Ziffer 4.3.5 lediglich in einem Satz auf die Möglichkeit einer „Trassenberatung“ hingewiesen worden. Es fehlen Ausführungen dazu, wie die Fahrlagenberatung insgesamt ausgestaltet ist, welchen Prüfungsgegenstand die Fahrlagenberatung hat, wie das Ergebnis einer Fahrlagenberatung ausgestaltet ist und in welcher Form dieses dem Zugangsberechtigten kommuniziert wird. Darüber hinaus fehlen Ausführungen dazu, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen den Zugangsberechtigten Informationen zur Kapazitätsauslastung im Rahmen der Fahrlagenberatung zur Verfügung gestellt werden.

Es ist davon auszugehen, dass die Zugangsberechtigten die Möglichkeit der Fahrlagenberatung vielfach in Anspruch nehmen werden. Dies gilt umso mehr, je transparenter und umfangreicher sie beschrieben wird.

Es ist jedoch nicht erkennbar, welche Auswirkungen die Einführung der Fahrlagenberatung auf die Angemessenheit der Konstruktionsspielräume im Netzfahrplanerstellungsprozess haben sollte. Es ist kein Grund erkennbar, warum Zugangsberechtigte, die die Fahrlagenberatung nicht in Anspruch genommen haben, im Vorhinein ihre Zustimmung zu größeren Konstruktionsspielräumen abgeben würden oder abgeben müssten.

Dabei sind auch noch einmal die gegenseitigen Vor- und Nachteile in den Blick zu nehmen: Der Vorteil der Betroffenen an erweiterten Konstruktionsspielräumen bestünde insbesondere darin, im Umfang der Erweiterung bei der Netzfahrplanerstellung kein Einverständnis des jeweiligen Kunden einholen zu müssen. Diesem Vorteil steht jedoch ein deutlicher Nachteil entgegen: Es könnten demnach Angebote unterbreitet werden, für welche die Zugangsberechtigten bereits vorgetragen haben, dass sie bei erheblichen Abweichungen von der Anmeldung gezwungen wären, die Angebote abzulehnen. In dem Fall würde auf keiner Seite Planungssicherheit bestehen. Der von den Betroffenen erarbeitete Netzfahrplanentwurf würde im Zweifel – bezogen auf die jeweiligen Trassen – keinen Bestand haben.

Nach ihrem eigenen Vortrag haben die Betroffenen für die Erstellung des Netzfahrplans 2020 die Kunden im Schienengüterverkehr (konkret individuell) um größere Konstruktionsspielräume gebeten. Diese seien weit überwiegend von den Kunden gewährt worden. Von dieser Möglichkeit könnten die Betroffenen auch für die Erstellung künftiger Netzfahrpläne Gebrauch machen und eine solche Abfrage standardisieren oder gar trassenscharf individualisieren.

### **II. 3.3.3 Verstoß gegen das Transparenzgebot**

Die Regelungen zur Einführung der Fahrlagenberatung verstoßen gegen das Transparenzgebot aus § 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG.

Vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziffer II.3.3.2.2.2.

### II. 3.3.4 Ermessenserwägungen

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden.

Die beabsichtigten Regelungen würden in der vorgesehenen Ausprägung dazu führen, dass die Betroffenen innerhalb weitgehender Spielräume von der Trassenanmeldung abweichen könnten und somit eine Planungssicherheit sowie die Durchführbarkeit von wirtschaftlich tragfähigen Verkehren nicht mehr gewährleistet wäre. Grundsätzlich sind die Betreiber der Schienenwege gemäß §§ 44 Abs. 3, 52 Abs. 1 ERegG verpflichtet, allen Anträgen soweit wie möglich stattzugeben. § 52 Abs. 4 ERegG gestattet ein Abweichen von den Anträgen innerhalb vertretbarer Grenzen. Diese Grenzen würden durch die beabsichtigten Regelungen überschritten, so dass den Interessen der Zugangsberechtigten nicht mehr gerecht werden würde.

Die im Tenor ausgesprochene Ablehnung der beabsichtigten Regelungen ist geeignet, diese Zugangseinschränkungen zu verhindern.

Mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für das dargelegte Ziel sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Instrument der Fahrlagenberatung nicht an sich abgelehnt, sondern den Betroffenen vielmehr nahegelegt wird, diesem Instrument künftig eine gewichtigere Bedeutung zukommen zu lassen. Die Betroffenen haben in ihrer zweiten Stellungnahme vom 29.10.2019 um einen Hinweis gebeten für den Fall, dass die Beschlusskammer die größeren Konstruktionsspielräume als zu hoch erachte. In dem Fall würde seitens der Betroffenen erwogen, die Konstruktionsspielräume auf einen abweichenden, zugleich aber handhabbaren Wert zu reduzieren. Diese Vorgehensweise war nicht umsetzbar. Einerseits würde nach dem Vortrag der Zugangsberechtigten bereits die Nutzung von mehr als 10% der beabsichtigten Spielräume den Integralen Taktfahrplan (ITF) sowie Anschlüsse in Knoten und Umläufe vollkommen zerstören. Das bedeutet, dass eine Überschreitung der bisher geltenden +/- 3 Minuten im Schienenpersonenverkehr bereits zu nicht hinnehmbaren Beeinträchtigungen führen könnte. Vor diesem Hintergrund hat die Beschlusskammer keinen Spielraum für eine abweichende Festlegung von Konstruktionsspielräumen gesehen. Darüber hinaus wäre – selbst für den Fall, dass eine Herabsetzung der Spielräume als möglich erachtet worden wäre – die Festlegung neuer Werte im Rahmen dieses Verfahrens nicht mehr möglich gewesen. Die Höhe der Konstruktionsspielräume ist von wesentli-

cher Bedeutung für die beabsichtigten Regelungen. Eine Festlegung neuer Werte ohne vorherige Beteiligung des Marktes wäre nicht sachgerecht. Vor dem Hintergrund der bereits weit fortgeschrittenen Verfahrenslaufzeit hätte eine angemessene Beteiligung der Zugangsberechtigten aber nicht mehr erfolgen können.

Eine Ablehnung nur bezogen auf Teilbereiche der beabsichtigten Regelungen kam nicht in Betracht. Die Regelungen der im Tenor aufgeführten Ziffern im SNB-Haupttext bzw. in den entsprechenden Richtlinien waren als „Gesamtpaket“ zu betrachten. Die Regelungen waren aufeinander abgestimmt. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Testats ergibt nur Sinn im Zusammenhang mit der Abhängigkeit von der Höhe der Konstruktionsspielräume. Daher hätte das Testat bei Nichtanwendbarkeit der höheren Konstruktionsspielräume keine Regelungswirkung mehr.

Die Ablehnung der beabsichtigten Regelung ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der Ablehnung auf private oder öffentliche Belange zu entdecken, die in der Abwägung deren Vornahme unzulässig erscheinen ließe.

Die Betroffenen haben vorgetragen, dass die Fahrlagenberatung ausschließlich der optimierten Kapazitätsauslastung dienen soll. Im Zusammenhang mit dem Auslaufen der Rahmenverträge sei zu berücksichtigen, dass jedes Koordinierungsverfahren einen vorgelagerten Prozess mit dem Einverständnis zur Offenlegung und der Zusendung der Konfliktunterlagen habe, während des Koordinierungsverfahrens die Konstruktion ruhe und im Nachgang des Koordinierungsverfahrens die Ergebnisse der Konfliktlösung zu bestätigen seien. Eine „Vorsortierung“ der anstehenden Konflikte sei erforderlich, um die Fahrplanerstellung innerhalb des engen Zeitrahmens abschließen zu können. Letztendlich dienen die beschriebenen Rahmenbedingungen des Koordinierungsverfahrens der Interessenwahrung aller Beteiligten. Eine zeitliche Vorverlagerung des Koordinierungsverfahrens ohne Einhaltung von gesetzlichen Vorgaben bzw. Regelungen der SNB kann die Wahrung der Interessen der Beteiligten nicht gewährleisten. Dennoch ist eine Vorbesprechung und Beratung in Form der Fahrlagenberatung sinnvoll und kann dazu beitragen, Engpässe herauszuarbeiten und über mögliche Lösungsansätze zu informieren und deren mögliche Umsetzung abzusprechen. Vor diesem Hintergrund sollte das Instrument der Fahrlagenberatung entsprechend den obigen Ausführungen transparent in den SNB beschrieben werden.

Der von den Betroffenen im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 29.10.2019 vorgetragene Hinweis darauf, dass die Zugangsberechtigten, die sich durch die hohen Konstruktionsspielräume auf überlasteten Schienenwegen unverhältnismäßig benachteiligt fühlen, einen Antrag gemäß § 55 Abs. 7 ERegG stellen könnten, ist nicht geeignet, die Interessen der Betroffenen über die der Zugangsberechtigten zu stellen. Zum einen ist Voraussetzung für die Anwendung der Vorrangkriterien, dass diese „zur Beseitigung der Überlastung erforderlich sind“. Die Anforderungen an die Tatbestandsvoraussetzungen sind dementsprechend denkbar hoch. Inwieweit die Benachteiligung eines Verkehrsdienstes die Anwendung von Vorrangkriterien i.S.d. § 55 Abs. 7 ERegG rechtfertigen kann, ist zumindest nicht eindeutig geklärt (vgl. *Ernert*, in: *Staebe*, Eisenbahnregulierungsgesetz, § 55, Rn. 14). Darüber hinaus dürfte die Anwendung des Verfahrens den Interessen der Betroffenen zuwiderlaufen, da das Verfahren die Erstellung des Netzfahrplans verzögern würde. Den Betroffenen ist hingegen an einer Beschleunigung des Verfahrens gelegen. Zum anderen ist die im letzten Satz des Absatzes 7 erwähnte Dringlichkeit nicht gegeben. Das Auslaufen der Rahmenverträge ist seit mehreren Jahren bekannt. Die Betroffenen hätten ausreichend Zeit gehabt, Maßnahmen einzuleiten, mit Hilfe derer den Auswirkungen entsprechend begegnet hätte werden können.

Darüber hinaus hätte auch für die Betroffenen die Möglichkeit bestanden, die Einführung von Vorrangkriterien gemäß § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG zu initiieren.

Demgegenüber stehen die Interessen der Zugangsberechtigten. Die erweiterten Konstruktionsspielräume sollen grundsätzlich für alle Trassenanmeldungen mit Berührung von überlasteten Schienenwegen zur Anwendung kommen. Die Anwendung der erweiterten Konstruktionsspielräume für alle Trassenanmeldungen ohne Testat hat zur Konsequenz, dass die Betroffenen dem jeweiligen Zugangsberechtigten ein Trassenangebot übermitteln könnten, das im Schienenpersonenverkehr im Extremfall bis zu 60 Minuten und im Schienengüterverkehr im Extremfall bis zu 120 Minuten von der Trassenanmeldung abweichen könnte. Bewegen sich die Betroffenen innerhalb dieses Rahmens, wäre keine Unterrichtung der Bundesnetzagentur gemäß § 72 Satz 1 Nr. 1 ERegG notwendig. Nur in den Fällen, in denen ein überlasteter Schienenweg tangiert wird und es sich um einen vertakteten oder ins Netz eingebundenen Verkehr handelt, soll ein positives Testat die Anwendung der erweiterten Konstruktionsspielräume verhindern können. Nach dem Vortrag der Zugangsberechtigten würde bereits die Nutzung von mehr als 10% der beabsichtigten Konstruktionsspielräume den Integralen Taktfahrplan (ITF) sowie Anschlüsse in Knoten und Umläufe vollkommen zerstören. Der Schienenpersonennahverkehr sei insgesamt auf „Minutengenauigkeit“ ausgerichtet. Leerfahrten und Triebfahrzeugfahrten würden grundsätzlich einen größeren Konstruktionsspielraum erhalten, was eine betrieblich sinnvolle Zu- und Abführung unmöglich mache. Die Zugangsberechtigten haben weiterhin vorgetragen, dass die erweiterten Konstruktionsspielräume weder die Umsetzbarkeit des mit der Trassenanmeldung verfolgten Verkehrskonzeptes noch die wirtschaftliche Tragfähigkeit des angemeldeten Verkehrs sicherstellen könnten. Das Ergebnis der Trassenkonstruktion sei nicht vorhersehbar und könne erheblich von der Anmeldung abweichen.

Vor dem Hintergrund, dass die gesetzlichen Vorschriften keine Grundlage für die beabsichtigte Erweiterung der Konstruktionsspielräume bieten, können die beabsichtigten Regelungen nicht in die SNB eingeführt werden. Den Interessen der Betroffenen hinsichtlich einer „Vorsortierung“ von möglichen Konfliktsituationen ist mit der Durchführung einer Fahrlagenberatung entsprechend Rechnung getragen.

Die Entscheidung der Beschlusskammer trägt den Hinweisen aus der Anhörung des Eisenbahninfrastrukturbeirates (Staatssekretär Dr. Schulte, Land NRW) Rechnung. Es wurde angeregt, dass die Beschlusskammer zu der von ihr beabsichtigten Ablehnung der Ausweitung der Konstruktionsspielräume für Trassen auf überlasteten Schienenwegen den Gesprächsfaden zu den Betroffenen nochmals aufnehme. Hintergrund dieser Anregung sei die Frage, ob eine geplante Ausweitung der Spielräume auf überlasteten Schienenwegen zumindest für den SGV nicht doch zugunsten einer insgesamt höheren Fahrplanstabilität gerechtfertigt erscheinen und davon letztlich auch vertaktete Verkehre profitieren könnten.

Zwar lässt sich der „Gesprächsfaden“ aufgrund des Ablaufs der Prüfungsfrist im vorliegenden Verfahren nicht aufrechterhalten. Gleichwohl hat die Beschlusskammer insbesondere in Ziffer II.3.3.2.1.3 darauf hingewiesen, dass die Verfahren für überlastete Schienenwege Möglichkeiten dafür bieten Vorrangkriterien für einzelne Verkehrsdienste zu etablieren und weitere kapazitätssteigernde Maßnahmen zu treffen. Unter diesen Gesichtspunkt fallen insbesondere die in der Stellungnahme angeregten Maßnahmen zur höheren Fahrplanstabilität. Das Eisenbahn-Bundesamt und die Bundesnetzagentur sind und bleiben hierzu in regelmäßigem Austausch mit den Betroffenen.

## **II. 3.4 Ziffer 4 des Tenors: Zweite Netzfahrplanbearbeitungsphase (Ziffer 4.2.1.17.2 der SNB sowie Ziffer 9 Absatz 2 der Richtlinie 402.0203)**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigten Änderungen in Ziffer 4.2.1.17.2 der SNB sowie in Abschnitt 9 Absatz 2 der Richtlinie 402.0203 in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab. Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Änderung (hierzu unter Ziffer II.3.4.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.4.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.4.3).

### **II. 3.4.1 Beabsichtigte Änderung**

Die Betroffenen beabsichtigen in Ziffer 4.2.1.17 der SNB die Einführung einer zweiten Anmeldeperiode zum Netzfahrplan. Damit setzen die Betroffenen Vorgaben aus dem Delegierten Beschluss (EU) 2017/2075 der EU-Kommission, Ziffer 3 und 6, sowie aus dem Beschlusskammerverfahren BK10-18-0164\_Z, Beschluss vom 23.04.2019, um. Abzulehnen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ist dabei nur die Regelung, mit der die Betroffenen das nach dem Delegierten Beschluss vorgesehene Zustimmungserfordernis für eine Koordination mit bereits zugewiesenen Kapazitäten in den SNB ausgestaltet haben.

Die Regelung in Ziffer 4.2.1.17f. der SNB lautet:

#### **„4.2.1.17 Spätere Netzfahrplananmeldung (Zweite Netzfahrplanbearbeitungsphase)**

*Nach Ende der Trassenanmeldefrist für den Netzfahrplan gem. Ziffer 4.2.1.3 der SNB besteht die Möglichkeit weitere Netzfahrplantrassen (spätere Netzfahrplantrassen) zu bestellen.*

*Die DB Netz AG konstruiert spätere Netzfahrplantrassen mit der Maßgabe, allen Anträgen auf Zuweisungen von Zugtrassen und Änderungen von Trassenverträgen der ersten Phase der Netzfahrplanerstellung so weit wie möglich stattzugeben, bei gleichzeitig bestmöglicher Ausnutzung der verfügbaren Infrastrukturkapazität unter Berücksichtigung des netzzugangsrelevanten Regelwerks gem. Ziffer 2.4.2 der SNB.*

*Sofern den Anträgen aufgrund bereits vergebener Zugtrassen oder konkurrierender späterer Netzfahrplananmeldungen nicht stattgegeben werden können, wird im Rahmen der nachfolgend aufgeführten Schritte eine Lösung herbeigeführt.*

#### **4.2.1.17.1 Konstruktionsspielräume**

*Für spätere Netzfahrplantrassen, soweit sie nicht für die SGV Marktsegmente mit dem Zusatz „Z-Flex“ oder „R-Flex“ (vgl. 6.2.1.4.8 und 6.2.1.4.9) bestellt wurden, gelten folgende Konstruktionsspielräume:*

- *Schienenpersonenverkehr: +/-30 Minuten,*
- *Übrige Zugtrassen (z.B. Güterzüge, Triebfahrzeugfahrten): +/- 60 Minuten.*

*Für die Marktsegmente mit dem Zusatz Z-Flex und R-Flex ein Konstruktionsspielraum von +/- 120 min.*

*Die Konstruktion innerhalb dieser Spielräume erfolgt ohne Rücksprache mit dem Antragsteller.*

#### **4.2.1.17.2 Koordinierungsverfahren**

*Ist eine Konstruktion der beantragten späteren Netzfahrplantrasse oder der Änderung von Trassenverträgen der ersten Phase der Netzfahrplanerstellung nicht im Rahmen der Konstruktionsspielräume möglich, führt die DB Netz AG in folgender Reihenfolge ein Koordinierungsverfahren durch:*

- *Die DB Netz AG fragt beim antragstellenden ZB nach erweiterten Spielräumen. Werden keine erweiterten Spielräume eingeräumt,*
- *versucht die DB Netz AG eine Lösung der Gestalt zu erarbeiten, wonach alle vertraglich gebundenen Zugtrassen, Änderungen von Trassenverträgen und die beantragten späteren Netzfahrplantrassen entsprechende Kapazität erhalten. Soweit vertraglich gebundene Zugtrassen hierfür geändert werden müssten, führt die DB Netz AG mit den Konfliktpartnern ein Koordinierungsverfahren durch, welche beim NFP-Trassenangebot ihre Bereitschaft zur Koordinierung abgegeben haben. Dafür wird jeder NFP-Trasseninhaber bereits zur NFP-Trassenannahme gebeten, seine Zustimmung für eine Koordinierung abzugeben. Wird die Zustimmung durch den betroffenen ZB nicht innerhalb von einem Arbeitstag erteilt, gilt die Zustimmung als abgelehnt.“*

Eine im Wesentlichen gleichlautende Regelung findet sich in der Richtlinie 402.0203 Abschnitt 9

Abs. 2:

*„Nach Erstellung des vorläufigen Netzfahrplanentwurfs übergibt die DB Netz AG den EVU/ZB die beabsichtigten Trassenangebote. Soweit vertraglich gebundene Zugtrassen hierfür geändert werden müssten, führt die DB Netz AG mit den Konfliktpartnern ein Koordinierungsverfahren durch, welche beim NFP-Trassenangebot ihre Bereitschaft zur Koordinierung abgegeben haben. Dafür wird jeder NFP-Trasseninhaber bereits zur NFP-Trassenannahme gebeten, seine Zustimmung für eine Koordinierung abzugeben. Wird die Zustimmung nicht innerhalb von einem Arbeitstag erteilt, gilt die Zustimmung als abgelehnt.“*

#### **II. 3.4.2 Verstoß der beabsichtigten Änderung gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses in Ziffer 4.2.1.17.2 der SNB sowie der Richtlinie 402.0203 verstößt gegen das eisenbahnrechtliche Gebot der Angemessenheit gemäß §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG sowie gegen Anhang VII Ziffer 6 der RL 2012/34/EU in der Fassung des Delegierten Beschlusses (EU) 2017/2075. Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Neben der bereits dargelegten Definition ist nach der Rechtsprechung des VG Köln von einer angemessenen Klausel auszugehen, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn.129). Zudem

ist zu berücksichtigen, dass es vorliegend um die Umsetzung eines europäischen Rechtsaktes geht, nämlich der Artikel 45 Abs. 1 und 46 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU sowie des Delegierten Beschlusses (EU) 2017/2075 der EU-Kommission. Ziffer 3 und 6. Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU verlangt, dass der Infrastrukturbetreiber sich bemüht, so weit wie möglich allen Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität stattzugeben und allen Sachzwängen, denen die Antragsteller unterliegen, einschließlich der wirtschaftlichen Auswirkungen auf ihr Geschäft, so weit wie möglich Rechnung zu tragen. Nach Art. 46 Abs. 1 der Richtlinie hat der Infrastrukturbetreiber durch Koordinierung der Anträge um eine bestmögliche Erfüllung aller Erfordernisse, wenn sich bei der Netzfahrplanerstellung gemäß Art. 45 Unvereinbarkeiten zwischen verschiedenen Anträgen ergeben. Darauf bauen die Ziffern 3 und 6 des Delegierten Beschlusses auf, die lediglich die Behandlung der sog. „late requests“ vorgeben. Der sog. Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass bei der Auslegung des Unionsrechts die Auslegung vorzuziehen ist, bei der sich das Unionsrecht am besten und wirkungsvollsten durchsetzt (vgl. zum Grundsatz der Effektivität (effet utile) EuGH, Urteil C-349/17 vom 05.03.2019, zu einer Beihilferückforderung):

Rn. 138: „Zum Grundsatz der Effektivität hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Unionsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen ist [Nachweis].“

Rn. 139: „In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass das nationale Recht nicht zur Folge haben darf, die Anwendung des Unionsrechts insofern zu verhindern, als sie es den nationalen Gerichten oder den nationalen Stellen unmöglich machen, ihrer Verpflichtung nachzukommen, die Beachtung von Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu gewährleisten [Nachweis].“

Rn. 140: „Eine nationale Rechtsvorschrift, die die nationalen Gerichte oder eine nationale Stelle daran hinderte, sämtliche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu ziehen, ist nämlich als mit dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar anzusehen [Nachweis].“

Diesen Anforderungen wird die beabsichtigte Änderung nicht gerecht. Die beabsichtigte Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses weist die folgenden Merkmale auf: Die Zugangsberechtigten werden bereits bei der Annahme des Trassenangebots gebeten zu erklären, ob sie einer späteren Koordinierung mit Anträgen aus der zweiten Anmeldeperiode zustimmen. Die Zustimmung erfolgt zu diesem Zeitpunkt abstrakt und ohne eine Kenntnis der sich erst später abzeichnenden Konflikte. Wird die Zustimmung nicht binnen eines Arbeitstages erklärt, gilt die Zustimmung als abgelehnt. Aus Sicht der Bundesnetzagentur werden die meisten Zugangsberechtigten bei einer abstrakten Abfrage die Zustimmung verweigern, weil sie ein generelles Interesse an der Beständigkeit der erfolgten Zuweisung haben und ohne eine Kenntnis des konkreten Konflikts auch keine Abschätzung der konkreten Folgen vornehmen können. Dafür spricht auch, dass die Frist von einem Arbeitstag kurz gewählt ist und die Zugangsberechtigten in dieser Phase der Netzfahrplanerstellung vor allem mit den eigenen betrieblichen Abläufen beschäftigt sind. Die Einschätzung der Bundesnetzagentur wird durch die beabsichtigte Fiktion einer verweigeren Zustimmung belegt.

Soweit die Hinzugezogene zu 7. in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, dass sie grundsätzlich zu einer weiteren Koordinierung bereit sei und daher ihre Zustimmung erklären wür-

de, kann diese Einschätzung nicht entkräften. Die Hinzugezogene hat zugleich erklärt, dass für sie eine möglichst frühzeitige Planungssicherheit entscheidend sei, damit die Reisenden mit möglichst geringem Vorlauf Buchungen vornehmen können. In ihrer schriftlichen Stellungnahme hat die Hinzugezogene ausgeführt, ihre Zustimmung zu Koordinierungen ihrer Trassen aus der ersten Anmeldephase setze voraus, dass geschlossene Trassenverträge nicht mehr angetastet werden könnten.<sup>2</sup>

Insofern geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass die Hinzugezogene wie folgt zu verstehen ist: Sie hat eine grundsätzliche Bereitschaft, im Falle konfligierender Trassen angesprochen zu werden. Ob sie bereit ist, eine Veränderung an einer vertraglich bereits vereinbarten Trasse vorzunehmen, kommt auf den jeweiligen Einzelfall an. Aus einer grundsätzlichen Zustimmung zur Koordinierung folgt also keine Bereitschaft zum „Rücken“ und erst recht keine Bereitschaft zum „gerückt werden“.

Aus Sicht der Beschlusskammer ist diese Einlassung nachvollziehbar: Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Betroffenen die grundsätzliche Bereitschaft zur Koordinierung abfragen möchte, ist noch nicht bekannt, welche Auswirkungen die Koordinierung haben wird. Wer zu diesem Zeitpunkt bereits eine Koordinierung ablehnt, gibt im Grunde nur zu erkennen, dass er – ohne Abwägung der Folgen im Einzelfall – unter keinen Umständen bereit ist, eine vertraglich vereinbarte Trasse zu modifizieren.

Im konkreten Einzelfall ergibt sich aus Anhang VII Ziffer 6 in der Fassung des Delegierten Beschlusses (EU) 2017/2075 der EU-Kommission, dass eine Anpassung bestehender Verträge nur mit Zustimmung des betroffenen Zugangsberechtigten möglich ist.

Die Erteilung der Zustimmung wird mit der Erheblichkeit von Auswirkungen auf die bereits vereinbarte Trasse abnehmen. Es wird insoweit vom Einzelfall abhängen müssen, ob eine Zustimmung erteilt werden kann.

Die von den Betroffenen beabsichtigte Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses genügt nach diesem Verständnis nicht den Anforderungen an eine effektive Umsetzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, weil sie eine Entscheidung über eine Koordinierungsbereitschaft zu einem Zeitpunkt abfordert, zu dem die Auswirkungen einer möglichen Koordinierung noch nicht erkennbar sind und hierdurch den Zweck der Koordinierungsvorgabe zur optimalen Kapazitätsvorgabe unterläuft.

Im Rahmen der Netzfahrplanerstellung ist nach Art. 46 der Richtlinie 2012/34/EU grundsätzlich eine Koordinierung vorzunehmen, sofern sich Unvereinbarkeiten zwischen verschiedenen Anträgen ergeben. Der Anwendung dieser Norm steht dabei nicht entgegen, dass in der vorliegenden Konstellation Anträge aus der zweiten Anmeldeperiode mit bereits zugewiesenen Kapazitäten konfligieren. Insoweit ergibt sich aus Absatz 6 Satz 2 des Delegierten Beschlusses 2017/2075 der Kommission, dass auch in diesem Fall eine Koordinierung erfolgen sollte und dabei die bereits zugewiesenen Zugtrassen nur mit Zustimmung geändert werden können. Auch die Betroffenen gehen davon aus, dass eine Koordinierung auch im Falle von

---

<sup>2</sup> Die Beschlusskammer versteht die Aussage im Kontext einiger Beschwerdeverfahren nach Art. 13 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission, in deren Kontext ein nachträglicher Entzug bereits zugewiesener Kapazitäten in Serviceeinrichtungen diskutiert und von der Hinzugezogenen abgelehnt wird.

Konflikten zwischen bereits zugewiesenen Kapazitäten und späteren Anträgen zu erfolgen hat. Eine effektive Umsetzung des Zustimmungserfordernisses kann aber nicht dadurch erfolgen, dass die Zugangsberechtigten mit größter Wahrscheinlichkeit eine spätere Koordinierung ablehnen, sofern sie nicht bereits durch Eintritt der Fiktionswirkung zu unterbleiben hat.

Die Regelung ist zudem unangemessen, weil sie die Interessen der Betroffenen an dem Umstand, dass eine Koordinierung mit bereits zugewiesenen Kapazitäten wegen des damit verbundenen Aufwands unterbleiben sollte, in den Vordergrund stellt und dabei eine durch weitere Koordinierung bessere Auslastung des Schienennetzes sowie das Interesse der späteren Antragsteller an einer gewissen Flexibilität, um trotz der bereits zugewiesenen Kapazitäten noch möglichst attraktive Trassen zu erhalten, vernachlässigt.

Im Rahmen der ersten Phase der Netzfahrplanerstellung wird aufgrund der steigenden Nachfrage bereits ein hoher Anteil der verfügbaren Schienenwegkapazität vergeben. In der Regel können der Schienenpersonennah- und Schienenpersonenfernverkehr Kapazitäten frühzeitig anmelden. Die dabei in Anspruch genommene Schienenwegkapazität bemisst sich durch die Fahrzeit eines Zuges innerhalb eines Blockabschnittes sowie die daraus resultierenden Sperrzeiten, bis der Streckenabschnitt für eine weitere Zugfahrt genutzt werden kann. Sofern die Kapazitäten aus der ersten Anmeldephase vergeben sind und infolge der Zustimmungsregelung nicht mehr angepasst werden können, verringert sich bei einer mittleren oder hohen Streckenauslastung die noch zur Verfügung stehende Kapazität drastisch. Dabei können im Einzelfall bereits kleinere Anpassungen, die die Betroffenen an den Trassen aus der ersten Phase der Netzfahrplanerstellung vornehmen, zu weiteren fahrbaren Trassen führen. Sofern infolge der gewählten Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses eine Änderung der zugewiesenen Kapazitäten nicht mehr möglich ist, kann dieses Optimierungspotential für die Anmeldungen aus der zweiten Phase der Netzfahrplanerstellung nicht mehr genutzt werden. Im Rahmen des Stellungnahmeverfahrens hat eine Hinzugezogene mit hoher Marktrelevanz darauf hingewiesen, dass alle Zugangsberechtigten im Interesse einer bestmöglichen Auslastung des Schienennetzes die Bereitschaft zur Koordinierung haben sollten.

Die Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass bei der gewählten Ausgestaltung die Zugangsberechtigten die Zustimmung verweigern oder die Fiktionswirkung greift, wird auch durch den Umstand gestützt, dass ohne eine Kenntnis des tatsächlichen Konflikts eine sachgerechte Zustimmung nicht möglich ist. Bei einer abstrakten Abfrage spricht vieles dafür, dass Zugangsberechtigte sich in der Regel gegen eine Zustimmung entscheiden werden, weil sie die Entscheidung auf die gesamte bereits zugewiesene Trasse beziehen müssen. Die Zuweisung der gesamten Trasse entspricht dabei ihrem Antrag und ist möglicherweise bereits den Zwängen einer Koordinierung mit Anträgen aus der ersten Anmeldephase unterworfen gewesen. Dagegen können Zugangsberechtigte bei einer Abfrage, die den tatsächlichen auftretenden Konflikt nennt, eine bessere Entscheidung treffen, die auf den tatsächlichen Umständen beruht. Es ist beispielsweise denkbar, dass die konkreten Konflikte am Anfang oder am Ende der beantragten Trasse auftreten und dabei die Trasse an sich und die verkehrlichen Belange des Zugangsberechtigten nur geringfügig beeinflussen. Dabei könnte etwa schon durch eine geringfügig spätere Ankunft am letzten Haltebahnhof eine weitere Trasse möglich werden. Gleiches gilt für die bereits genannte Konstellation, dass geringfügige Änderungen im Hauptlauf einer Zugfahrt die Sperrzeiten so beeinflussen, dass ebenfalls eine weitere Trasse zugewiesen werden kann. Zudem können bei einer Kenntnis des konkreten Konflikts auch die verkehrlichen Belange des Antragstellers eingeschätzt werden, so dass im Zuge eines kooperativen Branchenverständnisses Zugeständnisse möglich

sind. In diesem Sinne ist eine Zustimmungsregel, die nur aus Anlass von tatsächlichen Konflikten erfolgt, geeignet, eine bessere Nutzung des Schienennetzes der Betroffenen zu ermöglichen. Dies entspricht dem in § 52 Abs. 1 ERegG festgelegten Grundsatz, dass der Betreiber der Schienenwege allen Anträgen auf Schienenwegkapazität stattgeben muss, soweit ihm dies möglich ist.

Die von der Betroffenen gewählte Ausgestaltung kann dagegen zur Folge haben, dass Optimierungspotential ungenutzt bleibt. Damit wird sie den Interessen der Zugangsberechtigten nicht gerecht. Insofern ist auch die von den Betroffenen für die beabsichtigte Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses vorgetragene Begründung zutreffend, aber nicht ausreichend. Die Betroffenen haben vorgetragen, dass die von Ihnen beabsichtigte abstrakte Zustimmung sachgerecht sei, weil es für die Beantwortung nur auf die betriebliche Flexibilität des Zugangsberechtigten ankomme. Sofern Zugangsberechtigte in dieser Hinsicht flexibel seien, könnten sie auch abstrakt die Zustimmung erklären. Eine Abfrage aus Anlass von tatsächlichen Konflikten ändere daran nichts und bringe auch keinen zusätzlichen Nutzen. Dem ist entgegenzuhalten, dass, wie bereits dargestellt, auch bei einer geringen Flexibilität auf Seiten der Zugangsberechtigten, wie sie die Bundesnetzagentur und wohl auch die Betroffenen unterstellen, im Einzelfall noch Optimierungspotential bestehen kann. Diesem Umstand trägt die Ablehnung im tenorisierten Umfang Rechnung.

### **II. 3.4.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 1 und 2 ERegG. Danach sollen der Anteil des schienengebundenen Verkehrs gesteigert und die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Wie bereits dargelegt kann die Maßnahme zu einer besseren Auslastung des Schienennetzes sowie zu zusätzlichen oder attraktiveren Trassen für die Zugangsberechtigten führen. Die Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Durch die Ablehnung im tenorisierten Umfang wird erreicht, dass das Zustimmungserfordernis nicht abstrakt und im Vorwege abgefragt wird.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Ein milderes Mittel, das zum Erreichen des angestrebten Ziels gleich geeignet ist, ist nicht ersichtlich. Die Betroffenen haben die Gelegenheit zu einer Anpassung der beabsichtigten SNB-Änderung ungenutzt gelassen.

Die Maßnahme ist angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der Maßnahme auf öffentliche oder private Belange zu erkennen, die die Maßnahme als unzulässig erscheinen ließen. Die Interessen der Zugangsberechtigten sprechen für die Ablehnung im tenorierten Umfang, weil dadurch eine Koordinierung erreicht werden kann, die sich an den tatsächlichen Erfordernissen orientiert. Dies kann zu qualitativ besseren Trassen führen. Zudem liegt es im öffentlichen Interesse, dass die verfügbare Schienewegkapazität möglichst effektiv genutzt wird. Gegenläufig dazu ist das Interesse der Betroffenen an einer möglichst einfachen Koordinierung. Die Komplexität der Fahrplanerstellung ist dabei nicht zu unterschätzen. Dadurch, dass die zugewiesenen Zugtrassen infolge der behördlichen Maßnahme grundsätzlich als flexibel anzusehen sind, bis der Zugangsberechtigte auf eine konkrete Nachfrage die Zustimmung verweigert, steigt die Komplexität bei der Konstruktion der Anmeldungen aus der zweiten Phase der Netzfahrplanerstellung. Dabei kann sich eine mittlere Zahl von Konflikten ergeben, bei denen im Einzelfall eine Zustimmung abzufragen ist. Genauere Zahlen haben die Betroffenen dazu auf Nachfrage der Bundesnetzagentur nicht vorgetragen. Die Zahl der möglichen Konflikte wird allerdings durch die erweiterten Konstruktionsspielräume spürbar verringert, da die Rücksprache zur Koordinierung erst erfolgt, wenn auch nach Anwendung der Konstruktionsspielräume keine konfliktfreie Trasse konstruiert werden konnte. Die Maßnahme ist auch deshalb nicht unverhältnismäßig, weil die Betroffenen über eine langjährige Erfahrung bei der Trassenkonstruktion verfügen. Sie haben es auch in der Hand, den Aufwand für Koordinierungen zu reduzieren, indem im Rahmen der Vorgabe aus § 56 Abs. 2 ERegG möglichst umfassende Informationen über verfügbare Kapazitätsreserven zur Verfügung gestellt werden, an denen sich Zugangsberechtigte bei der Bestellung orientieren und Konflikte vermeiden können. Der erhöhte Aufwand ist den Betroffenen zumutbar, weil er zu einer erhöhten Auslastung des Schienennetzes führen kann. Eine erfolgreiche Koordinierung kann weitere Trassenvergaben und damit zusätzliche Trassenentgelte zur Folge haben. Er ist auch zeitlich leistbar, weil die (relativ) engen Fristen für die Zuweisung von Trassen im Gelegenheitsverkehr (5 Arbeitstage) für die zweite Netzfahrplanbearbeitungsphase nicht gelten. Nach den Regelungen der SNB werden die Anträge „zeitlich gestaffelt“ abgearbeitet, es ist jedoch keine „harte“ Frist geregelt (ob ggf. zukünftig eine Frist zu regeln sein wird, muss ggf. zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal geprüft werden). Daneben sind die den Betroffenen entstehenden Kosten ohnehin auf die Trassenentgelte umzulegen.

Im Übrigen hat sich die Bundesnetzagentur dazu entschieden, die weitere Ausgestaltung der zweiten Netzfahrplanbearbeitungsphase nicht abzulehnen (vgl. dazu den Hinweis unter II.3.11.2).

### **II. 3.5 Ziffer 5 des Tenors: Datenaustausch bei ETCS-Störung (Anlage 3.3.1 der SNB)**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigten Änderungen in Anlage 3.3.1 in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Änderung (hierzu unter Ziffer II.3.5.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.5.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.5.3).

### II. 3.5.1 Beabsichtigte Änderung

Die Betroffenen beabsichtigen die Einführung einer Regelung zur Datenlieferung durch Zugangsberechtigte, die von ETCS-Störfällen betroffen sind.

„(1) Einleitung

„(...) Damit die DB Netz AG ETCS-Störfälle analysieren und bewerten kann, sind neben den streckenseitigen technischen Daten ggf. auch Fahrzeugdaten notwendig. Die Mitwirkung der EVU ist in solchen Fällen unbedingt erforderlich. Die entsprechende Verfahrensweise wird ebenfalls in diesem Anhang geregelt.

(12) Allgemeine Mitwirkungsverpflichtung des EVU (gültig für alle ETCS-Level)

ETCS als Zugbeeinflussungssystem besteht aus verschiedenen Komponenten, deren komplexes Zusammenwirken erst den Eisenbahnbetrieb ermöglicht. Hierzu ist auch die korrekte Funktion von Komponenten erforderlich, auf die die DB Netz AG als Infrastrukturbetreiber keinen direkten Einfluss hat. Hierbei sind im Wesentlichen alle ETCS-Anteile auf den Fahrzeugen der Eisenbahnverkehrsunternehmen gemeint.

Treten Beeinflussungen im Bahnbetrieb (z. B. Störungen auf den Tfz) auf, so ist das EVU verpflichtet deren Ursache zu analysieren, deren Sicherheitsrelevanz für den Eisenbahnbetrieb zu bewerten und ggf. alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um Gefahren abzuwenden und den sicheren Eisenbahnbetrieb weiter zu gewährleisten.

Werden zur Analyse Informationen der beteiligten EVU oder technische Daten aus den beteiligten Fahrzeugen (insbesondere JRU-Daten oder andere fahrzeugspezifische Fehleranalysedaten) benötigt, so sind die EVU verpflichtet, diese an die DB Netz AG zu übergeben, damit die Analyse der Störung erfolgen kann.

Die Daten müssen in elektronisch lesbarer Form innerhalb von 15 Werktagen nach der Anforderung durch die zuständige Bauartbetreuung ETCS unter Angabe des entsprechenden Störfalles bereitgestellt werden. Sofern erforderlich, muss auch eine Hilfestellung bei der Interpretation der Daten durch das EVU bzw. den Fahrzeughersteller erfolgen. Alle Informationen sind an folgende Adresse zu übermitteln:

*ETCS-Monitoring@deutschebahn.com*

Die DB Netz AG verpflichtet sich, alle Informationen vertraulich zu behandeln und diese nur im Rahmen der Störungsanalyse zu verwenden. Müssen Informationen an Dritte (z. B. Infrastrukturhersteller) weitergegeben werden, so wird zuvor das EVU informiert und für den jeweiligen Störfall dessen Einwilligung eingeholt.

Den genauen Verfahrensablauf kann dem Ablaufdiagramm unter (15) entnommen werden.“

Unter (15) soll darüber hinaus ein Ablaufdiagramm zur Mitwirkung der EVU aufgenommen werden.

### II. 3.5.2 Verstoß gegen §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG

Die beabsichtigte Regelung verstößt gegen §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG.

Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsbe-

rechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Zugangsbedingungen in SNB sind nicht angemessen, wenn sie die Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 ERegG unangemessen benachteiligen, sodass sie in der Ausübung ihres Zugangsrechtes behindert werden. Eine angemessene SNB-Klausel ist in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Schienenwege dann gegeben, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist. Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit vorliegt, ist zu klären, ob eine Klausel eine Vertragspartei unbillig benachteiligt (vgl. Urteil des VG Köln v. 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris, Rn. 124 ff.). Auf der anderen Seite bedeutet es aber, dass die Zugangsberechtigten nicht bessere Bedingungen als in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen können. Einerseits sind die legitimen Geschäftsinteressen der Betreiber der Infrastruktur zu berücksichtigen. Andererseits ist ein Missbrauch des strukturellen Ungleichgewichts zu vermeiden (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn. 126).

Eine grundsätzliche Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen dem EIU und dem EVU ist in der Richtlinie (EU) 2016/798 des Europäischen Parlaments und des Rates über Eisenbahnsicherheit vom 11. Mai 2016 vorgesehen. Wann immer dies zweckmäßig ist, sollten die EIU und die EVU bei der Umsetzung von Maßnahmen zur Risikokontrolle zusammenarbeiten (Erwägungsgrund Nr. 7). Aus Art. 4 Abs. 1 lit. d) Nr. i) sowie Abs. 3 lit a) und b) geht hervor, dass die Maßnahmen zur Risikobegrenzung ggf. in gegenseitiger Zusammenarbeit durchgeführt werden sollten. Auch gemäß Kapitel 4.4 der Delegierten Verordnung (EU) 2018/762 der Kommission vom 8. März 2018 über gemeinsame Sicherheitsmethoden bezüglich der Anforderungen an Sicherheitsmanagementsysteme gemäß der Richtlinie (EU) 2016/798 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) Nr. 1158/2010 und (EU) Nr. 1169/2010 haben die Organisationen angemessene Kommunikationskanäle festzulegen, um sicherzustellen, dass sicherheitsrelevante Informationen zwischen den verschiedenen Ebenen der Organisation sowie mit externen Beteiligten einschließlich Auftragnehmern, Partnern und Zulieferern, ausgetauscht werden. Gegen diese Pflichten zur gegenseitigen Ausgestaltung von sicherheitsrelevanten Informationen verstößt die beabsichtigte Regelung der Betroffenen und stellt damit eine unangemessene Regelung dar.

Nach diesen Maßstäben ist die beabsichtigte Regelung unangemessen, weil die fehlende Reziprozität gegen Art. 4 Abs. 1 lit. d) Nr. i) sowie Abs. 3 lit a) und b) der Richtlinie (EU) 2016/798 verstößt.

Von Seiten der Zugangsberechtigten wurde vorgetragen, dass eine Auswertung von ETCS-Störungen (Strecke und Fahrzeug) sinnvollerweise gemeinsam durchgeführt werden sollte. Dafür würden die Zugangsberechtigten im Störfall auch die netzseitigen Diagnosedaten benötigen. Der Zugang zu diesen Daten sei wesentlich, um mehr Informationen zur Datenanalyse zu erhalten (z.B. über den Diagnoserechner zu Wegmessung und Funk). Nur über die Analyse dieser Daten sei eine aktive Störungsbeseitigung seitens des EVU möglich. Es fehle aber eine Regelung dazu, dass auch die EVU einen Anspruch auf Herausgabe der Netz-Diagnosedaten sowie der Analyseergebnisse hätten.

Aus Sicht der Betroffenen sei es nicht notwendig, netzseitig Daten zur Verfügung zu stellen. Die Fahrzeuge würden alle Daten der benutzten Streckenelemente aufzeichnen bzw. es könne der Triebfahrzeugführer seitens der EVU zum Ablauf des Störfalls befragt werden. In

ihrer Stellungnahme vom 06.11.2019 haben die Betroffenen einen Sachverhalt dargestellt, in welchem das betroffene EVU allein durch Analyse der Fahrzeugdaten nicht in der Lage war, die Ursache der Nutzungsstörung zu ermitteln. Das EVU habe die Betroffenen um weitergehende Informationen gebeten und entsprechende Angaben zum Bereich der fehlerhaften Funktion erhalten. Mit diesen Informationen sei das EVU in der Lage gewesen, den Fehler zu ermitteln und zu beheben.

Eine Befragung des jeweiligen Triebfahrzeugführers (subjektiv) ist nicht vergleichbar mit einer Analyse eines elektronisch vorhandenen Datenbestandes (objektiv). Eine vollständige Übertragung von streckenrelevanten Daten an die Fahrzeuge liegt nicht vor. Von Relevanz sein können grundsätzlich alle Daten von Infrastrukturelementen des "European Rail Traffic Management System" (ERTMS) gemäß Technischer Spezifikation für die Interoperabilität "Zugsteuerung, Zugsicherung und Signalgebung" (TSI ZZS). Davon umfasst sind u.a. die Daten von Eurobalisen sowie, falls vorhanden, von ETCS-Zentralen (Radio Block Centre) in Form von Projektierungsdaten, Prozessdaten und Fehler- bzw. Störungsdaten. Es wird auch Sachverhalte geben, in denen beiden Parteien anhand ihrer eigenen Daten ausreichende Informationen zur Fehleranalyse vorliegen. Dies gilt ebenso für Informationen, die das EIU zur Fehleranalyse benötigt wie für Informationen, die das EVU zur Fehleranalyse benötigt. Ebenso sind aber Sachverhaltsgestaltungen denkbar, in denen die den Beteiligten jeweils isoliert vorliegenden Informationen nicht ausreichen, um die Störungsursache umfangreich aufklären zu können. Die Betroffenen haben selbst einen Sachverhalt benannt, in welchem das EVU auf weitere Daten der Betroffenen angewiesen war, um den Fehler ermitteln und beheben zu können.

Die Pflichten zur gegenseitigen Zusammenarbeit ergeben sich aus der o.g. Richtlinie (EU) 2016/798 sowie der Delegierten Verordnung (EU) 2018/762.

Die Verantwortung für den sicheren Betrieb des Eisenbahnsystems der Union und die Begrenzung der damit verbundenen Risiken wird den EIU und den EVU gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. d) der Richtlinie (EU) 2016/798 jeweils für ihren Teil des Systems auferlegt. Auch das AEG sieht in § 4 Abs. 1 und 3 vor, dass die EVU verpflichtet sind, ihren Betrieb sicher zu führen. Die Fahrzeuge haben die Anforderungen an die öffentliche Sicherheit einzuhalten.

Die EVU tragen dementsprechend eine Verantwortung für die Risikobegrenzung ihres Teilsystems Fahrzeuge. Insbesondere weil ETCS als Zugbeeinflussungssystem aus verschiedenen Komponenten besteht, die sich gegenseitig beeinflussen und zusammenwirken, ist es sinnvoll und notwendig, aufgetretene Störfälle im Zusammenwirken von Strecke und Fahrzeug zu betrachten und zu analysieren. Dazu ist ein gegenseitiger Datenaustausch notwendig. Nach dem Vortrag der Zugangsberechtigten gab es bis vor kurzem noch ein „Gremium Fehlerboard“, in welchem Störfälle gemeinsam analysiert worden sein. Das Gremium existiere aber zwischenzeitlich nicht mehr.

Um die Störfälle vollumfänglich analysieren zu können, sind die Zugangsberechtigten auf eine Versorgung auch mit streckenseitigen Daten angewiesen. Es reicht nicht aus, wenn die Zugangsberechtigten die Analyseergebnisse seitens der Betroffenen erhalten, wenn sich Anhaltspunkte für eine Fehlfunktion oder Unzulänglichkeit des betroffenen Fahrzeugs oder der Baureihe ergeben. Die Zugangsberechtigten können sich nicht ausschließlich auf eine Einschätzung der Betroffenen verlassen. Damit würden sie ihrer eigenen Sicherheitsverantwortung nicht gerecht werden. Außerdem könnte den Zugangsberechtigten letztlich der Zugang zur Infrastruktur verweigert werden, wenn sie nicht in der Lage sind, Störungen im Zusammenhang mit ihren Fahrzeugen dauerhaft zu beseitigen.

Die Betroffenen haben die Aufnahme einer gegenseitigen Ausgestaltung der Regelung abgelehnt. Sie sehen keinen Bedarf für eine Datenübertragung an die EVU. Allerdings sehen sie Bedarf dafür, die EVU zur Überlassung der betreffenden Daten innerhalb eines festgelegten Zeitraumes zu verpflichten.

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs für das ERegG ist die Sicherheit des Transportes von Personen und Gütern ein übergeordneter Belang: Die Einhaltung eines hohen Sicherheitsniveaus ist Aufgabe für alle Unternehmen und Behörden (vgl. BT Drs. 18/8334, S. 174). Um diesem Ziel gerecht zu werden, ist ein gegenseitiges Zusammenwirken bei der Analyse von Störfällen und bei der Erarbeitung von risikobegrenzenden Maßnahmen erforderlich. Den Interessen der Zugangsberechtigten kann daher nur durch eine gegenseitige Ausgestaltung der Regelung zur Mitwirkungspflicht bei der Analyse von Störfällen Rechnung getragen werden.

### **II. 3.5.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 sowie Nr. 5 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Darüber hinaus ist ein sicherer, leistungsfähiger und zuverlässiger Betrieb der Eisenbahninfrastruktur zu gewährleisten. Die Sicherheit des Transportes von Personen und Gütern als übergeordneter Belang erfordert die Einhaltung eines hohen Sicherheitsniveaus durch alle Unternehmen und Behörden.

Die beabsichtigten Regelungen würden dazu führen, dass die Betroffenen zwar vollumfänglich von den EVU alle notwendigen Daten anfordern könnten und die EVU zur Mitwirkung an der Analyse von Störfällen verpflichten könnten. Die EVU könnten aber ihrerseits keine Forderungen gegenüber den Betroffenen durchsetzen.

Die im Tenor ausgesprochene Ablehnung der beabsichtigten Regelungen ist geeignet, diese Zugangseinschränkungen zu verhindern.

Mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für das dargelegte Ziel sind nicht ersichtlich. Eine teilweise Ablehnung nur bestimmter Passagen kam nicht in Betracht. Die Intention der Betroffenen ging dahin, eine Mitwirkungspflicht der EVU hinsichtlich der fahrzeugspezifischen Daten zu etablieren. Die beabsichtigten Änderungen in den Absätzen 1, 12 und 15 sind dementsprechend als Gesamtkomplex zu verstehen. So ergibt beispielsweise die beabsichtigte Verpflichtung, mit den Informationen vertraulich umzugehen, nur im Zusammenhang mit den

zuvor beschriebenen Informationen Sinn. Ausgenommen von der Ablehnung sind allerdings die beabsichtigten redaktionellen Änderungen (Datumsangaben, Seitenzahlen, orthographische Anpassungen sowie die Ergänzung der Überschrift von Abs. 10). Entgegen der Darstellung der Betroffenen in ihrer Stellungnahme vom 06.11.2019 wird keine generelle Bereitstellung von Daten gefordert. Die Betroffenen beabsichtigten eine Formulierung, nach der die EVU verpflichtet werden sollten, Informationen oder technische Daten aus den beteiligten Fahrzeugen an die Betroffenen zu übermitteln, sofern diese für die Fehleranalyse benötigt werden. Eine dementsprechende Formulierung für die Verpflichtung der Betroffenen, Daten an die EVU zu übermitteln, soweit diese für die Fehleranalyse erforderlich sind, wäre ausreichend.

Darüber hinaus tritt die Ablehnung aufschiebend bedingt zum 24.01.2020 in Kraft für den Fall, dass die Betroffenen die Bundesnetzagentur bis zu diesem Zeitpunkt nicht über eine beabsichtigte Ergänzung der Regelung unterrichtet haben, mit der die Reziprozität der Regelung gewährleistet wird. Im Rahmen einer Ermessensentscheidung kann durch eine Bedingung sichergestellt werden, dass die Belastung für den Adressaten nur wirksam wird, wenn der Sachverhalt auch wirklich gegeben ist, an den die Behörde die in dem Verwaltungsakt festgelegte Rechtsfolge knüpfen will. (vgl. *Bader/Ronellenfitsch*, in: BeckOK VwVfG, § 36, Rn. 46). Würden die Betroffenen die Regelung bis zum 24.01.2020 reziprok ausgestalten, wäre kein Verstoß gegen Eisenbahnrecht gegeben, so dass in dem Fall kein Bedarf für eine Ablehnung bestehen würde. Es handelt sich vorliegend um eine geringfügige Anpassung. Der Text in der bisherigen Ausgestaltung wäre lediglich zu ergänzen. Die Betroffenen haben dementsprechend die Möglichkeit, mit ihrer Entscheidung die Ablehnung der Klausel abzuwenden. Die Frist bis zum 24.01.2020 wurde in Anbetracht der sechswöchigen Prüfungsfrist gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG sowie des Beginns der Trassenbestellphase am 14.03.2020 gewählt. Vor dem Hintergrund des überschaubaren Änderungsbedarfs ist die gewählte Frist angemessen und erlaubt auch die vorherige Durchführung des obligatorischen Stellungnahmeverfahrens nach § 19 Abs. 2 ERegG.

Die vom Eisenbahn-Bundesamt vorgeschlagene Variante, den Betroffenen aufzuerlegen, den Informationsaustausch auch in die andere Richtung zu gewährleisten, würde voraussetzen, dass es sich bei der betreffenden Regelung um eine solche handelt, die zwingend in die SNB aufzunehmen wäre, dass es also den Betroffenen nicht auch möglich wäre, gar keine Regelung zu treffen. Da sich die grundsätzliche Verpflichtung zum gegenseitigen Austausch sicherheitsrelevanter Informationen aus der o.g. Richtlinie und Delegierten Verordnung ergibt, ist nach derzeitiger Einschätzung nicht davon auszugehen, dass es sich um einen Sachverhalt handelt, der zwingend in den SNB zu regeln ist. Dennoch haben Regelungen zur Ausgestaltung der gesetzlichen Vorgaben selbstverständlich den Anforderungen an Diskriminierungsfreiheit, Angemessenheit und Transparenz zu genügen.

Die Ablehnung der beabsichtigten Regelung ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der Ablehnung auf private oder öffentliche Belange zu entdecken, die in der Abwägung deren Vornahme unzulässig erscheinen ließe.

Den Betroffenen steht es frei, die beabsichtigte Änderung in entsprechend angepasster Form erneut vorzulegen. Hierbei sollten sie berücksichtigen, dass sie die Interessen der Zugangsberechtigten hinreichend wahren und die Regelung entsprechend wechselseitig ausgestalten. Die Betroffenen haben lediglich vorgetragen, dass sie keinen Bedarf dafür sehen, ihrerseits dem EVU Daten zur Verfügung zu stellen. Aus ihrer Sicht dürfte demnach der Anwendungsbereich für eine notwendige Übermittlung von Daten an die Zugangsberechtigten sehr

eng sein. Daher ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die Betroffenen die wechselseitige Ausgestaltung abgelehnt haben.

Insbesondere vor dem Hintergrund der gesetzlich vorgesehenen Zusammenarbeit zwischen EIU und EVU bei der Risikoanalyse sowie bei der Erarbeitung von risikobegrenzenden Maßnahmen ist eine wechselseitige Ausgestaltung von Mitwirkungspflichten erforderlich und sinnvoll. Auf diese Weise können beide Beteiligten ihrer jeweiligen Sicherheitsverantwortung gerecht werden.

## **II. 3.6 Ziffer 6 des Tenors: Konstruktionsspielräume bei Baumaßnahmen (Richtlinie 402.0305, Abschnitt 3 Abs. 8)**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Aufnahme des Absatzes 8 in Abschnitt 3 der Richtlinie 402.0305 ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Änderung (hierzu unter Ziffer II.3.6.1) nicht mit §§ 52 Abs. 4 ERegG vereinbar ist (hierzu unter Ziffer II.3.6.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.6.3).

### **II. 3.6.1 Beabsichtigte Änderung**

Die Betroffenen beabsichtigen die Aufnahme des folgenden Absatzes als Absatz 8 in Abschnitt 3 der Richtlinie 402.0305:

*„Bei baubedingten Einschränkungen der Infrastruktur mit Berücksichtigung im Netzfahrplan, für die keine verbindlichen Verkehrsartenmixe im Rahmen der aktualisierten Planungsparameter kommuniziert worden sind, wendet die DB Netz AG abweichend von Ziffer 4.2.1.6 der SNB Konstruktionsspielräume von +/- 30 Minuten im Schienenpersonenverkehr und +/- 90 Minuten im Schienengüterverkehr im Rahmen der Trassenkonstruktion an.“*

### **II. 3.6.2 Verstoß gegen § 52 Abs. 4 ERegG**

Die beabsichtigte Änderung ist nicht mit den Vorgaben von § 52 Abs. 4 ERegG vereinbar.

Nach dieser Vorschrift hat der Betreiber der Schienenwege das Recht, innerhalb vertretbarer Grenzen Schienenwegkapazität anzubieten, die von der beantragten Kapazität abweicht. Zu den Grundsätzen der Regelung vgl. Ziffer II.3.3.2.

Grundsätzlich sehen die SNB bislang in Ziffer 4.2.1.6 vor, dass für die Konstruktion von Trassen im Netzfahrplan im Schienenpersonenverkehr ein Spielraum von +/- 3 Minuten und im Schienengüterverkehr sowie auch für übrige Zugtrassen (z.B. Triebfahrzeugfahrten) von +/- 30 Minuten vertretbar ist. Für das Marktsegment Punkt-zu-Punkt im Schienenpersonenfernverkehr wurde bislang ein Konstruktionsspielraum von +/- 30 Minuten für vertretbar gehalten. Für die Marktsegmente mit dem Zusatz Z-Flex und R-Flex gilt ein Konstruktionsspielraum von +/- 120 Minuten für vertretbar. Gemäß der Richtlinie 402.0305, Abschnitt 2 Abs. 3 gelten im Rahmen der verbindlichen Verkehrsartenmixe Konstruktionsspielräume von +/- 30 Minuten im Schienenpersonenverkehr sowie von +/- 90 Minuten im Schienengüterverkehr.

Bislang ist davon auszugehen, dass diese Abweichungen von der Anmeldung noch als vertretbar angesehen werden können und die Interessen der Zugangsberechtigten hinreichend berücksichtigt sind (vgl. Ziffer II.3.3.2.2). Bewegen sich die Betroffenen innerhalb dieser vor-

gesehenen Grenzen, muss dementsprechend keine Rücksprache mit dem betreffenden Zugangsberechtigten erfolgen.

Im Hinblick auf die Marktsegmente „Punkt-zu-Punkt“ sowie „Z-Flex“ und „R-Flex“ ist zu berücksichtigen, dass die größeren Konstruktionsspielräume in Korrelation mit den damit verbundenen Entgeltnachlässen stehen. Im Zusammenhang mit dem verbindlichen Verkehrsartenmix ist in § 44 Abs. 1 S. 2 ff. ERegG die Möglichkeit vorgesehen, ein besonderes Zuweisungsverfahren anzuwenden, für den Fall, dass die Schienenwegkapazität aufgrund von Baumaßnahmen im Netzfahrplan vorübergehend nur eingeschränkt zur Verfügung steht. Ein Bestandteil dieses besonderen Zuweisungsverfahrens ist die Festlegung abweichender Konstruktionsspielräume.

Auf den letztgenannten Sachverhalt nehmen die Betroffenen Bezug. Sie erkennen keinen Unterschied zur Sachlage bei verbindlichen Verkehrsartenmischen.

Innerhalb des in § 44 Abs. 1 S. 2 bis 6 ERegG geregelten „besonderen Zuweisungsverfahrens bei eingeschränkter Infrastruktur im Netzfahrplan“ besteht die Möglichkeit, besondere Regelungen in den SNB zu beschreiben. Diese können aber nur für die gesetzlich beschriebene Festlegung verbindlicher Verkehrsartenmische Anwendung finden. In diesem Fall möchten die Betroffenen aber außerhalb des besonderen Zuweisungsverfahrens Regelungen festlegen, die nicht auf § 44 Abs. 1 S. 2 bis 6 ERegG beruhen können. Sie begründen dies damit, dass die Sachlage bei Baumaßnahmen mit verbindlichem Verkehrsartenmix sich nicht von der Sachlage bei Baumaßnahmen im Netzfahrplan ohne verbindlichen Verkehrsartenmix unterscheidet. Grundsätzlich sei die noch zur Verfügung stehende Kapazität bei Baumaßnahmen stark eingeschränkt.

Für die gemäß Richtlinie 402.0305, Abschnitt 2 Abs. 3 im Rahmen der verbindlichen Verkehrsartenmische geltenden Konstruktionsspielräume von +/- 30 Minuten im Schienenpersonenverkehr sowie von +/- 90 Minuten im Schienengüterverkehr wurde u.a. die Überlegung der Betroffenen zu Grunde gelegt, dass sich die Taktdichte des Schienenpersonenverkehrs bei Anwendung eines Konstruktionsspielraumes von +/- 30 Minuten mit dem System der stündlichen Betrachtungsweise des Verkehrsartenmische vereinbaren lasse. Für den Schienengüterverkehr gilt allgemein, dass er zeitlich flexibler ist als der Schienenpersonenverkehr. Der Güterverkehr ist nicht zwangsläufig auf die Einhaltung eines Taktes angewiesen. Die Betroffenen waren davon ausgegangen, dass sie innerhalb eines Konstruktionsspielraumes in Höhe von +/- 90 Minuten eine zeitliche Lage für Trassen des Güterverkehrs durch die die Baumaßnahme finden könnten.

Die verbindlichen Verkehrsartenmische finden für solche Baumaßnahmen keine Anwendung, bei denen die baubedingte Kapazitätseinschränkung voraussichtlich nicht das unterstellte Betriebsprogramm hinsichtlich der Anzahl der durchzuführenden Zugtrassen beeinträchtigt. Für derartige Baumaßnahmen gelten die Regelungen des besonderen Zuweisungsverfahrens dementsprechend nicht. Es besteht kein Bedarf, Verkehrsartenmische pro Stunde festzulegen, weil die im bisherigen Netzfahrplan zu Grunde gelegte Anzahl von Trassen trotz der Einschränkungen gefahren werden kann. Ggf. besteht Bedarf dafür, den geltenden Konstruktionsspielraum von +/- 3 Minuten im Schienenpersonenverkehr zu überschreiten. Dies ist allerdings nach Rücksprache mit dem betreffenden Zugangsberechtigten auch ohne weiteres möglich. Inwiefern bei dem für die übrigen Zugtrassen geltenden Konstruktionsspielraum von +/- 30 Minuten ebenfalls erhöhter Bedarf besteht, diesen Spielraum zu überschreiten, ist nicht einschätzbar. Hierzu liegt auch kein Vortrag seitens der Betroffenen vor. Aber auch in

dem Fall ist nach Rücksprache mit dem betreffenden Zugangsberechtigten ein Abweichen vom grundsätzlich geltenden Spielraum möglich.

Die Zugangsberechtigten des Schienenpersonenverkehrs und die des Schienengüterverkehrs haben vorgetragen, dass die beabsichtigten hohen Konstruktionsspielräume nicht realisierbar seien. Das Ergebnis der Trassenkonstruktion sei bei derart großen Spielräumen nicht mehr kalkulierbar.<sup>3</sup> Soweit für den betroffenen Zugangsberechtigten im konkreten Fall eine über den herkömmlichen Konstruktionsspielraum hinausgehende Abweichung vertretbar ist, werde er den Betroffenen entsprechend erweiterte Konstruktionsspielräume einräumen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Zugangsberechtigten bereits heute von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Betroffenen größere Konstruktionsspielräume einzuräumen. Wählen die Zugangsberechtigten im Güterverkehr das Marktsegment mit dem Zusatz „Z-Flex“ (zeitliche Flexibilität) oder „R-Flex“ (räumliche Flexibilität), räumen sie hiermit dem Konstrukteur einen Konstruktionsspielraum von +/- 120 Minuten ein. Diese Möglichkeit besteht auch im Fall von Baumaßnahmen.

### II. 3.6.3 Ermessenserwägungen

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungs-

---

<sup>3</sup> In diesem Kontext ist auch ein Nebeneffekt auf Ziffer 4.2.1.9 Buchstabe c der SNB relevant. Danach wird der Zugangsberechtigte aufgefordert, den Nachweis zu erbringen, dass er tatsächlich die Absicht hat und in der Lage ist, die angemeldeten Trassen zu nutzen, wenn er innerhalb der letzten beiden Netzfahrplanperioden nicht jeweils mindestens 70 % der auf seine Anmeldung hin angebotenen Trassen im Netzfahrplan in Anspruch genommen hat. Sollte er den Nachweis nicht erbringen, werden die Vorrangkriterien nach Buchstabe a) von ihm als nicht erfüllt angesehen. Gemäß dieser Regelung hat ein Zugangsberechtigter eine Trasse u. a. nicht in Anspruch genommen, wenn er ein Trassenangebot ablehnt. Wenn aus Sicht der Zugangsberechtigten die Ergebnisse der Trassenkonstruktion bei den oben in Rede stehenden größeren Konstruktionsspielräumen nicht mehr kalkulierbar sind, steigt damit das Risiko, dass Zugangsberechtigte Trassenangebote ablehnen, weil sie wirtschaftlich nicht tragfähig bzw. nicht realisierbar sind. Lehnen die Zugangsberechtigten mehr Trassenangebote ab, laufen sie jedoch wiederum Gefahr, die 70 %-Schwelle der Ziffer 4.2.1.9 Buchstabe c) zu unterschreiten und dadurch in einem Trassenkonflikt nachweisspflichtig hinsichtlich ihrer tatsächlichen Absicht und Lage der Trassennutzung zu werden.

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass § 60 ERegG allein „vereinbarte“ und nicht bloß „angemeldete“ Zugtrassen betrifft. Die Überprüfung von Ziffer 4.2.1.9 SNB ist jedoch insoweit nicht Gegenstand dieses Verfahrens (vgl. Ziffer II.3.11.1).

ziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden.

Die beabsichtigten Regelungen würden in der vorgesehenen Ausprägung dazu führen, dass die Betroffenen innerhalb weitgehender Spielräume von der Trassenanmeldung abweichen könnten und somit eine Planungssicherheit sowie die Durchführbarkeit von wirtschaftlich tragfähigen Verkehren nicht mehr gewährleistet wäre. Grundsätzlich sind die Betreiber der Schienenwege gemäß §§ 44 Abs. 3, 52 Abs. 1 ERegG verpflichtet, allen Anträgen soweit wie möglich stattzugeben. § 52 Abs. 4 ERegG gestattet ein Abweichen von den Anträgen innerhalb vertretbarer Grenzen. Diese Grenzen würden durch die beabsichtigten Regelungen überschritten, so dass den Interessen der Zugangsberechtigten nicht mehr gerecht werden würde.

Die im Tenor ausgesprochene Ablehnung der beabsichtigten Regelungen ist geeignet, diese Zugangseinschränkungen zu verhindern.

Mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für das dargelegte Ziel sind nicht ersichtlich.

Die Ablehnung der beabsichtigten Regelung ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der Ablehnung auf private oder öffentliche Belange zu entdecken, die in der Abwägung deren Vornahme unzulässig erscheinen ließe.

Die Betroffenen sehen insbesondere eine Ungleichbehandlung und damit eine Beeinträchtigung von Belangen der Zugangsberechtigten, wenn für Trassen, die von einer Baumaßnahme ohne verbindlichen Verkehrsartenmix tangiert sind, geringere Spielräume gelten sollen als für den Fall, dass für die Baumaßnahme ein verbindlicher Verkehrsartenmix gelten würde. Es wurde bereits dargelegt, dass die Sachverhalte für Baumaßnahmen mit verbindlichem Verkehrsartenmix sich von denen für Baumaßnahmen ohne verbindlichen Verkehrsartenmix unterscheiden. Vor diesem Hintergrund ist eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Sachverhalte gerechtfertigt.

Darüber hinaus haben die Betroffenen vorgetragen, dass jede Baumaßnahme mit Einschränkungen der Kapazität verbunden sei und es dementsprechend nahezu unmöglich sei, innerhalb eines Spielraumes von +/- 3 Minuten eine Trasse zu finden. Vorgetragen wurde allerdings nicht, dass jede Baumaßnahme Kapazitätseinschränkungen verursache, die dazu führen, dass das unterstellte Betriebsprogramm hinsichtlich der Anzahl der durchzuführenden Zugtrassen nicht mehr fahrbar ist. Sollte sich innerhalb des geltenden Spielraumes keine Trasse finden, besteht die Möglichkeit, sich vom betreffenden Zugangsberechtigten einen größeren Konstruktionsspielraum einräumen zu lassen. Bezogen auf den Güterverkehr haben die Betroffenen vorgetragen, dass die jeweiligen Zugangsberechtigten für die Erstellung des Netzfahrplans 2020 (konkret individuell) vorab einem erweiterten Konstruktionsspielraum zugestimmt hätten. Von dieser Möglichkeit können die Betroffenen bei Bedarf auch weiterhin Gebrauch machen. Da die Unternehmen des Güterverkehrs diese Vorgehensweise nach Darstellung der Betroffenen ausdrücklich gelobt hätten, ist davon auszugehen, dass die Zugangsberechtigten einer einvernehmlichen Absprache im Vorfeld auch weiterhin gegenüber aufgeschlossen wären.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Zugangsberechtigten bereits heute von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Betroffenen größere Konstruktionsspielräume einzuräumen. Wählen die Zugangsberechtigten im Güterverkehr das Marktsegment mit dem Zusatz „Z-Flex“ (zeitliche Flexibilität) oder „R-Flex“ (räumliche Flexibilität), räumen sie hiermit dem

Konstrukteur einen Konstruktionsspielraum von +/- 120 Minuten ein. Diese Möglichkeit besteht auch im Fall von Baumaßnahmen.

Demgegenüber stehen die Interessen der Zugangsberechtigten. Die erweiterten Konstruktionsspielräume sollen grundsätzlich bei allen baubedingten Einschränkungen der Infrastruktur mit Berücksichtigung im Netzfahrplan zur Anwendung kommen, für die keine verbindlichen Verkehrsartenmixe im Rahmen der aktualisierten Planungsparameter kommuniziert worden sind. Die Anwendung der erweiterten Konstruktionsspielräume hat zur Konsequenz, dass die Betroffenen dem jeweiligen Zugangsberechtigten ein Trassenangebot übermitteln könnten, das im Schienenpersonenverkehr im Extremfall bis zu 60 Minuten und im Schienengüterverkehr im Extremfall bis zu 180 Minuten von der Trassenanmeldung abweichen könnte. Bewegen sich die Betroffenen innerhalb dieses Rahmens, wäre keine Unterrichtung der Bundesnetzagentur gemäß § 72 Satz 1 Nr. 1 ERegG notwendig.

Die Zugangsberechtigten des Schienenpersonenverkehrs und die des Schienengüterverkehrs haben vorgetragen, dass die beabsichtigten hohen Konstruktionsspielräume nicht realisierbar seien. Das Ergebnis der Trassenkonstruktion sei bei derart großen Spielräumen nicht mehr kalkulierbar. Soweit für den betroffenen Zugangsberechtigten im konkreten Fall eine über den herkömmlichen Konstruktionsspielraum hinausgehende Abweichung vertretbar ist, werde er den Betroffenen entsprechend erweiterte Konstruktionsspielräume einräumen.

Vor dem Hintergrund, dass die gesetzlichen Vorschriften keine Grundlage für die beabsichtigte Erweiterung der Konstruktionsspielräume bieten, können die beabsichtigten Regelungen nicht in die SNB eingeführt werden. Sollte sich innerhalb der geltenden Spielräume keine Trasse finden, besteht die Möglichkeit, sich vom betreffenden Zugangsberechtigten einen größeren Konstruktionsspielraum einräumen zu lassen.

## **II. 3.7 Ziffer 7 des Tenors: Planungsphase Kooperationsverfahren Bau (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 3)**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Aufnahme der in Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 3 der SNB getroffenen Regelung ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Regelung (hierzu unter Ziffer II.3.7.1) nicht dem Gebot der Angemessenheit gemäß §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 ERegG genügt. (hierzu unter Ziffer II.3.7.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.7.3).

### **II. 3.7.1 Beabsichtigte Neufassung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen**

Die Betroffenen beabsichtigen in Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 3 im Rahmen der Verfahrensbeschreibung des Kooperationsverfahrens zur verbesserten Ausnutzung von baubedingt eingeschränkter Kapazität eine Regelung, wonach die Betroffenen nach einem bestimmten Berechnungsverfahren die baubedingt eingeschränkte Kapazität auf die von der Baumaßnahme betroffenen Zugangsberechtigten verteilen. Diese Regelung lautet im Absatz 3 zur „Planungsphase“:

*„Im Rahmen der Zusammenstellung vertrieblicher Folgen werden für die Erarbeitung des Fahrplankonzeptes die tatsächlich gefahrenen Züge jedes betroffenen EVU auf der baubetroffenen Strecke zugrunde gelegt, die im Zeitraum der vorhergehenden*

*Netzfahrplanperiode verkehrten. Weiterhin berücksichtigt die DB Netz die bereits gefahrenen Verkehre der laufenden Netzfahrplanperiode. Die Anzahl der tatsächlich gefahrenen Züge eines EVU wird in Relation zu den insgesamt tatsächlich gefahrenen Zügen dieser Verkehrsart gesetzt. Der sich daraus ergebende Anteil an den Verkehren der jeweiligen Verkehrsart wird anschließend in Relation zu der verfügbaren Kapazität durch die Baustelle gesetzt. Hieraus ergibt sich der Anteil der für das betroffene EVU von der DB Netz AG bereitgestellten Kapazität im Bauabschnitt. Eine Änderung des Verkehrsvolumens eines EVU durch Neuverkehre und/oder Verkehre, die durch einen Mengentausch zwischen den EVU bzw. ZB erfolgen, werden bei Anzeige durch das EVU bzw. den ZB berücksichtigt. Die DB Netz AG übersendet in dem ZvF-Entwurf jedem betroffenen EVU eine Auflistung seiner angemeldeten Züge (welche von der Baumaßnahme betroffen sind) sowie die Anzahl der ihm maximal bereitgestellten Kapazität für Fahrten durch die Baumaßnahme bis 24 Wochen vor Baubeginn. Die EVU markieren unter Berücksichtigung der ihnen maximal zur Verfügung stehenden Kapazität in dem ZvF-Entwurf die Züge, welche aus ihrer Sicht durch die Baumaßnahme verkehren sollen. Die EVU übersenden den ZvF-Entwurf inkl. der darin markierten Züge an die DB Netz AG bis 21 Wochen vor Baubeginn. Die an die DB Netz AG übersandte Auflistung ist anschließend Basis für die Erarbeitung des ZvF-Endstücks.“*

### **II. 3.7.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Regelung verstößt gegen das Gebot der Angemessenheit von Zugangsbedingungen (§§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG). Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Zugangsbedingungen in SNB sind nicht angemessen, wenn sie die Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 ERegG unangemessen benachteiligen, sodass sie in der Ausübung ihres Zugangsrechtes behindert werden. Eine angemessene SNB-Klausel ist in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Schienenwege dann gegeben, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist. Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit vorliegt, ist zu klären, ob eine Klausel eine Vertragspartei unbillig benachteiligt (vgl. Urteil des VG Köln v. 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris Rn. 124 ff.). Auf der anderen Seite bedeutet es aber, dass die Zugangsberechtigten nicht bessere Bedingungen als in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen können. Einerseits sind die legitimen Geschäftsinteressen der Betreiber der Infrastruktur zu berücksichtigen. Andererseits ist ein Missbrauch des strukturellen Ungleichgewichts zu vermeiden (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn. 126).

Nach der beabsichtigten Regelung würden die Zugangsberechtigten zwar generell-abstrakt darüber informiert werden, nach welcher Methodik die Betroffenen den ihnen bereitgestellten Anteil der Kapazität im Allgemeinen berechnen. Die Zugangsberechtigten würden aber nicht in die Lage versetzt, im konkreten Einzelfall das Berechnungsergebnis nachzuvollziehen,

weil das für eine individuelle Berechnung nötige Zahlenmaterial von den Betroffenen nicht zur Verfügung gestellt wird.

Die Betroffenen haben erläutert, dass sie gezwungen wären, konkrete Daten aller betroffenen EVU/ZB gegenüber allen betroffenen EVU/ZB offenzulegen, wenn individuell nachvollziehbar sein müsse, inwiefern die Anzahl der einem Zugangsberechtigten maximal bereitgestellten Kapazität tatsächlich anteilmäßig richtig errechnet wurde. Aus der Stellungnahme der Betroffenen lässt sich implizit entnehmen, dass sie mit der Regelung, den Zugangsberechtigten nur das individuelle Berechnungsergebnis zur Verfügung zu stellen (nicht jedoch auch das für eine Prüfung der Berechnung nötige gesamte Datenmaterial), das Ziel verfolgen, schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der betroffenen ZB/EVU nicht bekannt zu geben, da sie die Informationen über die Mengen der gefahrenen Züge der anderen betroffenen ZB/EVU offensichtlich als schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse qualifizieren.

Das Interesse eines jeden Zugangsberechtigten daran, den auf ihn entfallenden Anteil der Kapazität auch nachprüfen zu können, ist von hohem Gewicht. Sollte die Berechnung fehlerhaft gewesen sein, kann dies für den Zugangsberechtigten im ungünstigsten Fall bedeuten, dass er für den Zeitraum der Baumaßnahme von den Betroffenen weniger Kapazitäten zur Verfügung gestellt bekommt, als ihm eigentlich zustünde. Der Zugangsberechtigte wird dann zusätzliche Kosten haben, sei es durch die Organisation von Umleitungsverkehren oder durch den Ausfall von Verkehrsleistungen. Die Zugangsberechtigten haben also ein wirtschaftliches Interesse daran, das Berechnungsergebnis nachvollziehen zu können. Eine Nachprüfung ist für den einzelnen Zugangsberechtigten allein auf Basis des ihm bekannten Kapazitätsanteils nicht möglich. Er benötigt vielmehr Angaben über die Summe aller gefahrenen Züge pro Verkehrsart (SPFV, SPNV, SVG), weil diese Zahlen die Basis für die nachfolgenden Berechnungen der Betroffenen sind. Er muss zudem wissen, wie sich die Anzahl der gefahrenen Züge in „seiner“ Verkehrsart unter den übrigen EVU/ZB, die in dieser Verkehrsart ebenfalls Verkehre erbringen, aufteilt, damit er prüfen kann, ob sein Anteil an gefahrenen Zügen innerhalb dieser Verkehrsart richtig ermittelt wurde. Schließlich muss er die Anzahl der insgesamt verfügbaren Kapazitäten während der Baumaßnahme kennen, um nachvollziehen zu können, ob die Betroffenen die Kapazitäten für die Verkehrsarten und EVU/ZB anteilmäßig richtig umgelegt haben.

Demgegenüber haben die Zugangsberechtigten auch ein Interesse daran, dass Informationen über ihre Verkehrsanteile nicht bekannt gegeben werden, und die Betroffenen haben schließlich ein Interesse daran, dieses Interesse nicht zu verletzen.

Wenn jedoch viele Zugangsberechtigte in ihren Stellungnahmen einfordern, dass ihnen Daten zur Nachvollziehbarkeit der Berechnung bekannt gegeben werden sollen, wird ihnen bewusst gewesen sein, dass die Offenlegung der Berechnungsdaten nicht nur jeweils ihnen gegenüber, sondern richtigerweise gegenüber allen betroffenen Zugangsberechtigten erfolgt. Sie haben damit zum Ausdruck gebracht, dass sie in diesem Fall ihr Interesse an der Nicht-Bekanntgabe ihrer Verkehrsanteile geringer bewerten als ihr Interesse an der Nachvollziehbarkeit der Berechnung des individuellen Kapazitätsanteils im Einzelfall. Anzumerken ist hierbei, dass es in den Verkehrsarten SPNV und SPFV praktisch keinen intramodalen Wettbewerb gibt und die Stellungnahmen, die eine Offenlegung der konkreten Berechnungsdaten forderten, vor allem von im Güterverkehr tätigen Unternehmen kamen, d.h. aus einem Bereich, in dem durchaus Wettbewerbsverhältnisse bestehen. Dennoch erscheint es den Betroffenen in diesem Bereich wichtiger, die Berechnung nachvollziehen zu können als gegen-

über konkurrierenden Unternehmen die Information über die Menge der von ihnen gefahrenen Züge geheimzuhalten.

Dass die Betroffenen dennoch keine Regelung zur Bekanntgabe der berechnungsrelevanten Daten aufgenommen haben, führt dazu, dass die Regelung in Absatz 3 insgesamt nicht verhältnismäßig ist und folglich nicht das Gebot der Angemessenheit von Zugangsbedingungen i. S. d. §§ 10, 11 ERegG wahrt.

### **II. 3.7.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Die Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Durch die behördliche Ablehnung wird sichergestellt, dass die beabsichtigte Neufassung nicht in Kraft treten kann und eine Anwendung der eisenbahnrechtswidrigen Klausel gegenüber den Zugangsberechtigten unterbleibt.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Die Bundesnetzagentur hat ihre Zweifel an der Vereinbarkeit der beabsichtigten Regelung im Anhörungsschreiben vom 10.10.2019 aufgezeigt und den Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Betroffenen haben diese Zweifel mit Ihrer Stellungnahme vom 17.10.2019 nicht zerstreuen können. Da die Betroffenen von sich aus keine Erweiterung der Regelung in der Gestalt, dass sie den Zugangsberechtigten Datenmaterial zur Nachvollziehung des individuellen Berechnungsergebnisses zur Verfügung stellen, beabsichtigen, ist die behördliche Ablehnung das einzige und mildeste geeignete Mittel.

Die Ablehnung der Klausel ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Das ergibt sich aus einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Die Betroffenen möchten in der Richtlinie 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 3 in der sog. Planungsphase unter Anwendung einer bestimmten Berechnungsmethode ermitteln, wie viel Kapazität den betroffenen Zugangsberechtigten während der Bauphase jeweils zusteht. Das grundsätzliche Berechnungsverfahren haben die Betroffenen beschrieben, sie möchten den einzelnen Zugangsberechtigten jeweils aber nur das Berechnungsergebnis hinsichtlich des individuellen Kapazitätsanteils mitteilen, nicht aber das Zahlenmaterial, aus dem das Berechnungsergebnis im Einzelfall resultiert. Die Betroffenen berufen sich auf schützenswerte Betriebs- und

Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Zugangsberechtigten. Mangels entsprechender Daten können die Zugangsberechtigten nicht durch das Anstellen eigener Berechnungen das Berechnungsergebnis überprüfen. Aus ihrer Sicht stellt sich die Herleitung ihres konkreten Berechnungsergebnisses somit als intransparent dar („blackbox“). Die Zugangsberechtigten haben ein Interesse daran, dass die Klausel insgesamt gar nicht erst in Kraft tritt, weil sie andernfalls mit nicht überprüfbaren Kapazitätsberechnungen konfrontiert würden. Auf Seiten der Betroffenen ist demgegenüber nicht erkennbar, welche Interessen gegen eine Offenlegung der Daten sprächen, insbesondere wenn gerade die Zugangsberechtigten, in deren Marktfeld ein gewisser Wettbewerb herrscht, sich positiv für eine Offenlegung des Zahlenmaterials aussprechen. Aus diesem Grund war eine nur teilweise Ablehnung der beabsichtigten Regelung der Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 3 nicht angezeigt. Durch die Ablehnung der Regelung in Absatz 3 werden die übrigen Regelungen zum Kooperationsverfahren nicht in Frage gestellt, weil das eigentliche Kooperationsverfahren, wie es in der sog. „Steuerungsphase“ des Absatz 4 beschrieben ist, losgelöst von den Regelungen der Planungsphase funktioniert. Dies zeigt die Erfahrung aus der Vergangenheit, in der die Betroffenen – allerdings noch ohne eine Beschreibung in den SNB – eine weitestgehend analoge Verfahrensweise wie in der sog. „Steuerungsphase“ geregelt bereits praktizierten, ohne dass hierfür die (vorherige) Durchführung der sog. „Planungsphase“ erforderlich war.

Damit die Zugangsberechtigten das Berechnungsergebnis nachvollziehen können, ist es nach Einschätzung der Beschlusskammer allerdings nicht zwingend notwendig, dass die Betroffenen gegenüber jedem betroffenen EVU/ZB die Berechnungsergebnisse der anderen betroffenen EVU/ZB unter Nennung der Unternehmensnamen darstellen; eine pseudonymisierte Darstellung („EVU A“, „EVU B“ u. s. w.) unter Angabe der Anzahl der gefahrenen Züge und dem auf dieses EVU entfallenden Kapazitätsanteil während der Baumaßnahme erscheint für die Offenlegung der Berechnungsdaten ausreichend zu sein.

### **II. 3.8 Ziffer 8 des Tenors: Trassenentzug bei Nichtnutzung (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 5))**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Aufnahme der in Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 5 der SNB getroffenen Regelung ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Regelung (hierzu unter Ziffer II.3.8.1) nicht dem Gebot der Angemessenheit gemäß §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 ERegG genügt. (hierzu unter Ziffer II.3.8.2). Nach Abwägung des Für und Wider war sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.8.3).

#### **II. 3.8.1 Beabsichtigte Neufassung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen**

Die Betroffenen beabsichtigen in Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 5 im Rahmen der Verfahrensbeschreibung des Kooperationsverfahrens zur verbesserten Ausnutzung von baubedingt eingeschränkter Kapazität eine Regelung, die die Betroffenen zum Entzug von bereits zugewiesenen und einzelvertraglich vereinbarten Zugtrassen berechtigt. Diese Regelung lautet:

*„Die DB Netz AG ist berechtigt bei Nichtnutzung der zugewiesenen Trassen, diese dem Zugangsberechtigten für den restlichen Zeitraum der Bauarbeiten zu entziehen, wenn die Nichtnutzung einen Zeitraum von zwei Verkehrstagen ab Beginn der Bau-*

*maßnahme betrifft und ein Verschulden eines Anderen nicht nachgewiesen werden kann.“*

Die Bundesnetzagentur äußerte in ihrem Anhörungsschreiben vom 10.10.2019 (S. 29) Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Eisenbahnregulierungsrecht, da die Betroffenen auf Tatbestandsseite lediglich auf einen absoluten Wert (Nichtnutzung von Zugtrassen über einen Zeitraum von zwei Verkehrstagen ab Beginn der Baumaßnahme) abstellen, nicht jedoch – ergänzend – auf einen relativen Wert (Nichtnutzung eines bestimmten Anteils der Zugtrassen ab Beginn der Baumaßnahme). Die Bundesnetzagentur stellte heraus, dass das Abstellen allein auf einen absoluten Wert zu einer unverhältnismäßigen Belastung von Zugangsberechtigten führe, die eher kleine Verkehrsmengen und damit Zugtrassen über insgesamt wenige Verkehrstage abschließen.

Die Betroffenen haben die Argumentation der Bundesnetzagentur in ihrer Stellungnahme vom 17.10.2019 nicht vertieft aufgegriffen. Sie erklärten lediglich, bei der Formulierung der Regelung die Vorgabe aus § 60 Abs. 2 ERegG übernommen zu haben. Es sei aber eine Konkretisierung der Regelung dahingehend denkbar, dass eine zweimalige Nichtnutzung einer Trasse dazu führe, dass die Betroffenen dem betroffenen Zugangsberechtigten diese Trasse für den restlichen Bauzeitraum entziehen. Auf diesen Aspekt in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 22.10.2019 angesprochen, erklärten die Betroffenen schlicht, „diesen Punkt mitzunehmen“, d. h., sie haben in der Verhandlung keine neuen Argumente für ihre Sichtweise vorgetragen. Auch im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung äußerten sich die Betroffenen nicht mehr zu diesem Aspekt.

### **II. 3.8.2 Verstoß der beabsichtigten Neufassung gegen Eisenbahnrecht**

Die beabsichtigte Regelung verstößt gegen das Gebot der Angemessenheit von Zugangsbedingungen (§§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 ERegG). Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Zugangsbedingungen in SNB sind nicht angemessen, wenn sie die Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 ERegG unangemessen benachteiligen, sodass sie in der Ausübung ihres Zugangsrechtes behindert werden. Eine angemessene SNB-Klausel ist in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Schienenwege dann gegeben, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechts als gerecht und billig erweist. Bei der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit vorliegt, ist zu klären, ob eine Klausel eine Vertragspartei unbillig benachteiligt (vgl. Urteil des VG Köln v. 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris Rn. 124 ff.). Auf der anderen Seite bedeutet es aber, dass die Zugangsberechtigten nicht bessere Bedingungen als in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen können. Einerseits sind die legitimen Geschäftsinteressen der Betreiber der Infrastruktur zu berücksichtigen. Andererseits ist ein Missbrauch des strukturellen Ungleichgewichts zu vermeiden (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn. 126).

Mit der beabsichtigten Regelung möchten die Betroffenen für den Sonderfall der baubedingten Kapazitätseinschränkung den in § 60 Abs. 2 ERegG verankerten Grundgedanken heran-

ziehen, wonach zugewiesene, aber ganz oder teilweise nicht genutzte Kapazität unter bestimmten Voraussetzungen dem Zugangsberechtigten entzogen und dem Markt wieder verfügbar gemacht werden kann. Vor diesem Hintergrund verfolgen die Betroffenen ein vom Eisenbahnregulierungsrecht gestütztes Ziel.

Gemäß § 60 Abs. 2 ERegG kann der Betreiber der Schienenwege insoweit die Vereinbarung nach § 20 Abs. 1 ERegG mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn das Recht auf Nutzung von Zugtrassen aus der Vereinbarung innerhalb eines Monats ab Beginn einer Netzfahrplanperiode oder dem vereinbarten Benutzungszeitpunkt ganz oder teilweise nicht wahrgenommen wird. Gemäß der Entwurfsbegründung zu § 60 Abs. 2 ERegG soll mit dieser Norm sichergestellt werden, dass eine „sachgerechte und angemessene Kündigungsmöglichkeit für den Fall nicht genutzter Kapazität“ besteht. Zur Frage der Auslegung des Begriffs der „teilweisen Nichtnutzung“ finden sich jedoch keine Hinweise in der Entwurfsbegründung. Es erscheint jedoch nicht unmittelbar naheliegend, dass § 60 Abs. 2 ERegG so verstanden werden könnte, dass bei jeglicher teilweisen Nichtnutzung – so geringfügig sie auch ausfallen mag – so gleich die „volle Härte“ der Kündigung des Nutzungsrechts im Übrigen folgte. Hat ein Zugangsberechtigter beispielsweise das Nutzungsrecht, an jedem Tag im Jahr eine bestimmte Zugfahrt durchzuführen, und im ersten Monat der Verkehrsdurchführung nimmt er das Nutzungsrecht an 2 Tagen nicht wahr, entspricht dies zwar einer „teilweisen Nichtnutzung“, diese hat aber nur einen Anteil von  $\frac{1}{15}$  im Betrachtungszeitraum von einem Monat. Anders gelagert ist der Fall, wenn ein Zugangsberechtigter das Nutzungsrecht nur für die Wochenenden hat und binnen eines Monats an einem Wochenende (ebenfalls 2 Tage) das Nutzungsrecht nicht wahrnimmt; hier hat die Nichtnutzung einen Anteil von  $\frac{1}{4}$  des Betrachtungszeitraums. Diese Beispiele zeigen auf, dass es ohne weitere Argumentation nicht zwingend sachgerecht erscheint, das Merkmal der „teilweisen Nichtnutzung“ allein auf einen absoluten Zahlenwert (Anzahl nicht genutzter Verkehrstage) zu beschränken, sondern diese zugleich in Relation zum Volumen der Verkehrstage des Nutzungsrechts zu setzen sind. Die Betroffenen haben jedoch nicht dargelegt, aus welchen Gründen sie ausschließlich einen absoluten Wert als angemessen ansehen. Die schriftliche Stellungnahme ist in diesem Punkt unergiebig geblieben, ebenso wie die Einlassung in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, wonach die Betroffenen lediglich in Aussicht gestellt hatten, diesen Punkt nochmals zu prüfen. Im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung haben die Betroffenen jedoch keine Modifikation der Regelung im Hinblick auf den relevanten Wert vorgenommen (Die Betroffenen haben in diesem Kontext präzisiert, auf welchen Betrachtungszeitraum abzustellen ist. Das lässt jedoch die Frage der Bemessung unberührt). Der Bundesnetzagentur sind im Übrigen keine Argumente ersichtlich, die für die Beibehaltung der beabsichtigten Regelung mit dem absoluten Wert sprechen, so dass die regulierungsrechtliche Unvereinbarkeit der beabsichtigten Regelung nicht ausgeräumt werden kann.

### **II. 3.8.3 Ermessenserwägungen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen

Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden. Die Maßnahme dient damit einem legitimen Zweck.

Die Maßnahme ist geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Durch die behördliche Ablehnung wird sichergestellt, dass die beabsichtigte Neufassung nicht in Kraft treten kann und eine Anwendung der eisenbahnrechtswidrigen Klausel gegenüber den Zugangsberechtigten unterbleibt.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Die Bundesnetzagentur hat ihre Zweifel an der Vereinbarkeit der beabsichtigten Regelung im Anhörungsschreiben vom 10.10.2019 aufgezeigt und den Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Betroffenen haben diese Zweifel mit Ihrer Stellungnahme vom 17.10.2019 und auch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 22.10.2019 nicht zerstreuen können. Da die Betroffenen von sich aus keine Anpassung der Regelung in der Gestalt beabsichtigen, dass sie ergänzend zu dem absoluten Wert einen relativen Wert zur Bemessung der nicht in Anspruch genommenen Zugtrassen aufnehmen, ist die behördliche Ablehnung das einzige und mildeste geeignete Mittel.

Die Ablehnung der Klausel ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Das ergibt sich aus einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Die Betroffenen haben ein Interesse daran, die Kapazität im (verbleibenden) Bauzeitraum nur für Zugangsberechtigte vorzuhalten, die diese Kapazität mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch tatsächlich in Anspruch nehmen. Diese Vorgehensweise findet grundsätzlich eine Stütze in der Regelung des § 60 Abs. 2 ERegG und der zugehörigen Entwurfsbegründung. Letztlich profitieren die Zugangsberechtigten als Gesamtheit davon, wenn Kapazitäten, die während der Durchführung von Baumaßnahmen ohnehin schon reduziert sind, nicht für einzelne Zugangsberechtigte vorgehalten werden, die diese mutmaßlich während des Bauzeitraums nicht weiterhin in Anspruch nehmen werden. Andererseits ist eine entsprechende Regelung so auszugestalten, dass sie den einzelnen Zugangsberechtigten nicht übermäßig belastet. Die vorliegende Regelung führt jedoch zu einer unverhältnismäßigen Benachteiligung derjenigen Zugangsberechtigten, die viele Zugtrassen zugewiesen bekommen haben, da bei diesen die Nichtinanspruchnahme von zwei Verkehrstagen während des ggf. mehrere Wochen andauernden Bauzeitraums nur einem verhältnismäßig geringen Anteil an ihrem gesamten Verkehrsvolumen während der Bauzeit entspricht (siehe auch Beispiel oben).

### **II. 3.9 Ziffer 9 des Tenors: technische Zugangsbeschränkung (Abschnitt B.4.4 der Technischen Nutzungsbedingungen (TNB))**

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Aufnahme von Regelungen im Abschnitt B.4.4 der TNB ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigten Regelungen im Abschnitt B.4.4 (hierzu unter Ziffer II.3.9.1) nicht mit §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar sind (hierzu unter Ziffer II.3.9.2). Nach Abwägung des Für und Wider waren sie abzulehnen (hierzu unter Ziffer II.3.9.3).

### II. 3.9.1 Beabsichtigte Änderung

Die Betroffenen beabsichtigen die Aufnahme von Regelungen im Abschnitt B.4.4 der TNB. Der übergeordnete Abschnitt B.4 thematisiert die mechanische Wechselwirkung zwischen Fahrzeug und Fahrbahn. Der bislang ohne Inhalt vorhandene Abschnitt B.4.4 behandelt zu beachtende betriebliche Regelungen und soll um folgenden Text ergänzt werden:

*„Ab Beginn des Jahresfahrplans 2023 gilt für alle erstmals im Netz der DB AG zum Einsatz kommende Fahrzeuge, die in Bezug auf die hier relevanten Parameter nicht baugleich mit einem bereits im Einsatz befindlichen Fahrzeugtyp oder einer Fahrzeugserie sind, folgende Regelung:*

*Bei Überschreitung eines Beurteilungsparameters für die Fahrwegbeanspruchung ( $Y_{qst,lim}$ ,  $Q_{qst,lim}$ ,  $Q_{max,lim}$ ) gilt auf allen Strecken der DB Netz AG für das Fahrzeug folgende maximale Geschwindigkeit  $v_{max}$ :*

a) *Quasistatische Führungskraft  $Y_{qst,lim}$ :*

$$60 \text{ kN} < Y_{qst,max} \leq 70 \text{ kN}: v_{max} = 100 \text{ km/h}$$

$$Y_{qst,max} > 70 \text{ kN}: v_{max} = 80 \text{ km/h}$$

b) *Quasistatische Radaufstandskraft  $Q_{qst,lim}$ :*

$$145 \text{ kN} < Q_{qst,max} \leq 155 \text{ kN}: v_{max} = 100 \text{ km/h}$$

$$Q_{qst,max} > 155 \text{ kN}: v_{max} = 80 \text{ km/h}$$

c) *Dynamische Radaufstandskraft  $Q_{max,lim}$ :*

$$Q_{max,lim} < Q_{max} \leq (Q_{max,lim} + 10 \text{ kN}): v_{max} = 100 \text{ km/h}$$

$$Q_{max} > (Q_{max,lim} + 10 \text{ kN}): v_{max} = 80 \text{ km/h}“$$

### II. 3.9.2 Verstoß gegen §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG

Die beabsichtigte Änderung ist nicht mit den Vorgaben der §§ 10 Abs. 1 bis 3, 11 Abs. 1 ERegG vereinbar.

Nach diesen Vorschriften haben die Zugangsberechtigten das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten sowie für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber der Schienenwege für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestpakets nach Anlage 2 Nr. 1 ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

Zugangsbedingungen in SNB sind nicht angemessen, wenn sie die Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des § 3 ERegG unangemessen benachteiligen, sodass sie in der Ausübung ihres Zugangsrechtes behindert werden. Eine angemessene SNB-Klausel ist in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Schienenwege dann gegeben, wenn sie sich vor dem Hintergrund der Regulierungsziele und einer möglichst guten Gewährleistung des Zugangsrechtes als gerecht und billig erweist. Bei der Frage, ob ein Ver-

stoß gegen das Gebot der Angemessenheit vorliegt, ist zu klären, ob eine Klausel eine Vertragspartei unbillig benachteiligt (vgl. Urteil des VG Köln v. 22.02.2019, Az.: 18 K 11831/16, juris Rn. 124 ff.). Auf der anderen Seite bedeutet es aber, dass die Zugangsberechtigten nicht bessere Bedingungen als in einem wettbewerblichen Umfeld beanspruchen können. Einerseits sind die legitimen Geschäftsinteressen der Betreiber der Infrastruktur zu berücksichtigen. Andererseits ist ein Missbrauch des strukturellen Ungleichgewichts zu vermeiden (vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, juris Rn. 126).

Grundsätzlich regelt die nach Maßgabe der Richtlinie 2008/57/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über die Interoperabilität des Eisenbahnsystems in der Gemeinschaft erlassene Verordnung für die Inbetriebnahme von Bestandteilen des Eisenbahnsystems (EIGV), welche Parameter Eisenbahnfahrzeuge zu erfüllen haben, die Schienenwege in der Bundesrepublik Deutschland befahren möchten. Fahrzeuge mit einer Inbetriebnahmegenehmigung bedürfen keiner weiteren Abnahme oder sonstigen eisenbahnrechtlichen Genehmigung (§ 17 Abs. 1 EIGV).

§ 9 Abs. 1 EIGV sieht vor, dass eine Inbetriebnahmegenehmigung (= "Zulassung") zu erteilen ist, wenn die Anforderungen der jeweiligen Technischen Spezifikationen für Interoperabilität (TSI) erfüllt werden. Vorliegend finden sich Regelungen bezüglich der Grenzwerte für Fahr-sicherheit und Fahrwegbeanspruchung in der TSI LOC&PAS. In deren Ziffern 4.2.3.4.2.1 und 4.2.3.4.2.2 wird auf die Anlage J-1 mit Ziffern 17 und 19 Bezug genommen. In der Anlage J-1 findet sich wiederum ein Verweis auf die DIN EN 14363, Abschnitt 7.5. In der DIN EN 14363 sind die Grenzwerte in Tabelle 4 zusammengefasst.

Die Tabelle weist folgende Grenzwerte auf (soweit hier relevant):

Tabelle 2 – Auszug aus der DIN EN 14363

DIN EN 14363:2016-10  
EN 14363:2016 (D)

Beurteilungsgröße L = mit dem Grenzwert zu vergleichen D = zu dokumentieren, aber nicht mit dem Grenzwert zu vergleichen	Prüfverfahren			Grenzwerte		
	Normal	Vereinfacht, mit H-Kraft	Vereinfacht, nur Beschleunigung	Lokomotiven, Triebwagen / Triebzüge, Reisezugwagen	Güterwagen mit Drehgestellen	Güterwagen mit Einzelradsätzen
<b>Fahrwegbeanspruchung</b>						
Quasistatische Führungskraft	$Y_{j,a,qst}$	(L) <sup>e</sup>	—	—	60 kN	
Quasistatische Radaufstandskraft	$Q_{j,a,qst}$	L	—	—	$P_{F0} \leq 225$ kN: 145 kN $225$ kN < $P_{F0} \leq 250$ kN: 155 kN	
Maximale Radaufstandskraft	$Q_{j,a,max}$	L	—	—	Prüfbereiche 1 und 2: $V_{adm} \leq 160$ km/h: min(90 kN + $Q_0$ ; 200 kN) 160 km/h < $V_{adm} \leq 200$ km/h: min(90 kN + $Q_0$ ; 190 kN) 200 km/h < $V_{adm} \leq 250$ km/h: min(90 kN + $Q_0$ ; 180 kN) 250 km/h < $V_{adm} \leq 300$ km/h: min(90 kN + $Q_0$ ; 170 kN) $V_{adm} > 300$ km/h: min(90 kN + $Q_0$ ; 160 kN) Prüfbereiche 3 und 4: min(90 kN + $Q_0$ ; 200 kN) Für alle Prüfbereiche mit $V_{adm} \leq 100$ km/h und $225$ kN < $P_{F0} \leq 250$ kN: min(90 kN + $Q_0$ ; 210 kN)	
Parameter für die quasistatische Schienenbelastung <sup>f</sup> $ Y_{a,qst}  + 0,83 Q_{a,qst}$	$B_{j,a,qst}$	D	—	—	—	
Max. Führungskraft <sup>f</sup>	$Y_{j,a,max}$	D	—	—	—	
Parameter für die maximale Schienenbelastung <sup>f</sup> $( Y  + 0,91 \cdot Q)_{max}$	$B_{j,a,max}$	D	—	—	—	
Parameter für die Beschädigung der Schienenoberfläche (siehe J.3)	$T_{qst}$	(D) <sup>g</sup>	—	—	—	

Quelle: DIN EN 14363 „Bahnanwendungen – Versuche und Simulationen für die Zulassung der fahrtechnischen Eigenschaften von Eisenbahnfahrzeugen – Fahrverhalten und stationäre Versuche“; Auszug aus Tabelle 4 – Zusammenfassung der Beurteilungsgrößen und Messwerte – für die Beurteilungsgröße „Fahrwegbeanspruchung“

Die Betroffenen möchten im Abschnitt B.4.4 der TNB betriebliche Regelungen einführen, nach denen bei Überschreitung eines Beurteilungsparameters für die Fahrwegbeanspruchung ( $Y_{qst,lim}$ ,  $Q_{qst,lim}$ ,  $Q_{max,lim}$ ) die Höchstgeschwindigkeit von Fahrzeugen auf 80 bzw. 100 km/h begrenzt werden soll. Dies soll für alle Fahrzeuge gelten, welche ab Beginn des Jahresfahrplans 2023 erstmals im Netz der Betroffenen zum Einsatz kommen.

Die DIN EN 14363 sieht nur für die Parameter  $Y_{qst,lim}$  und  $Q_{qst,lim}$  Grenzwerte vor. Für den Parameter  $Q_{max,lim}$  („Dynamische Radaufstandskraft“) ist laut Norm lediglich eine Dokumentation vorgeschrieben.

Die Beschlusskammer lässt im vorliegenden Fall dahinstehen, ob die Betroffenen generell betriebliche Regelungen aufstellen können, die einzelne zugelassene Fahrzeuge abweichend vom Regelfall behandeln, weil besondere Umstände sie hierzu berechtigen. Es liegt jedenfalls dann ein Verstoß gegen §§ 10 Abs. 1 bis 3 und 11 Abs. 1 ERegG vor, wenn eine betriebliche Regelung eine faktische Zugangsverweigerung darstellt und keine sachliche Begründung der gesetzten Grenzwerte erkennbar ist.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Regelung, die zwar im Gewand einer betrieblichen Regelung erscheint, gleichwohl aber faktisch eine Zugangsverweigerung darstellt. Die Betroffenen tragen selbst vor, dass eine „prohibitive“ Wirkung erzielt werden sollte und niemand sich entscheiden würde, Fahrzeuge mit einer eingeschränkten Höchstgeschwindigkeit zu erwerben bzw. einzusetzen (Schreiben vom 01.11.2019, S. 3 am Ende).

Die Betroffenen machen daher den Zugang zu ihren Schienenwegen faktisch von der Einhaltung des Parameter  $Q_{\max, \lim}$  („Dynamische Radaufstandskraft“) abhängig, obschon dieser Parameter für die Inbetriebnahme eines Fahrzeugs in der Bundesrepublik Deutschland und damit auch auf dem Netz der Betroffenen nicht erheblich ist.

Hinzu kommt, dass die gesetzten Grenzwerte tatsächlich nicht bzw. nicht maßgeblich zur Erzielung des beabsichtigten Zweckes beitragen können bzw. die Betroffenen einen entsprechenden Vortrag schuldig geblieben sind.

Die Betroffenen tragen vor, dass die Regelungen erforderlich seien, um die Dauerfestigkeit von Weichenzungen zu gewährleisten. Weichenzungen sind die verstellbaren, horizontal biegbaren, Schienenstücke einer Weiche, die die Fahrrichtung bestimmen. Aufgrund dieser Zweckbestimmung sind Weichenzungen in Teilen sehr dünn ausgestaltet und verschleifen – verglichen mit anderen Teilen der Weiche – schnell.

Weichen sind in unterschiedlichen Bauformen (abhängig von Schienenform, Zweiggleisradius, Hersteller usw.) verfügbar. Welche Weichenzunge (also einer bestimmten Bauform) gemeint ist oder ob der geschilderte Bedarf bei allen Weichenzungen (jedweder Bauform) gleichermaßen notwendig sein soll, wurde bislang durch die Betroffenen nicht konkretisiert. Es wird davon ausgegangen, dass die im Anhang F zur DIN EN 14363 benannte Bauform einer DKW 54 maßgeblich ist; diese besitzt bei der dort genannten Fahrgeschwindigkeit von 40 km/h einen Zweiggleisradius von 190 m.

Für den Fall der oben genannten DKW 54 kann die beabsichtigte Regelung ersichtlich keine Auswirkung haben und insbesondere keine Verbesserung der Verschleißsituation eintreten, da diese Weiche im Bogen ohnehin nur mit maximal 40 km/h befahren wird. Die von den Betroffenen beabsichtigten Geschwindigkeitsbegrenzungen liegen über diesem Wert und finden keine Anwendung.

Wenn auch andere Bauformen von Weichen betroffen sein sollten, ist zu berücksichtigen, dass in Deutschland eingesetzte Weichen, welche abzweigend mit Geschwindigkeiten größer bzw. gleich 80 km/h befahren werden, mindestens einen Zweiggleisradius von 760 m aufweisen und somit weder in den Prüfbereich der „kleinen“ noch „sehr kleinen“ Bogenradien gemäß Tabelle 2 der DIN EN 14363 fallen. Methodisch würden also mit den Verfahren für kleine sowie sehr kleine Radien gemäß Tabelle 2 der DIN EN 14363 Werte ermittelt und diese dann – obschon dazu nicht aussagekräftig – auch für die Bewertung von Fahrten in großen Radien herangezogen.

Insbesondere die Hinzugezogene zu 7. hat vorgetragen, dass die größten Werte von Querkraft am Rad ( $Y$ ) oder Radaufstandskraft ( $Q$ ) in Bereichen von sehr kleinen Bogenradien auftreten. In diesen Bereichen werde bereits auf Grund der maximal zulässigen Querschleunigungen und der maximal zulässigen Überhöhung mit geringen Geschwindigkeiten bis maximal 100 km/h gefahren.<sup>4</sup> Das Eisenbahn-Bundesamt hat in einer Stellungnahme

---

<sup>4</sup> Hinweis: Die zulässige Geschwindigkeit im Gleisbogen ist abhängig vom Radius  $r$ , von der vorhandenen Überhöhung  $u$  sowie dem zulässigen Überhöhungsfehlbetrag  $u_f$ . Daher kommt es – je nach Annahme – zu unterschiedlichen Angaben zu Höchstgeschwindigkeiten. Eine beispielhafte Betrachtung gemäß § 40 Abs. 7 EBO für  $r=400$ ,  $u=160$ ,  $u_f=150$  ergibt etwa 102 km/h als zulässige Geschwindigkeit. Erfahrungsgemäß liegen übliche

ebenfalls darauf hingewiesen, dass die genannten Einschränkungen nicht dem Ziel einer Verringerung der Vertikal- und Querkräfte dienlich seien, sondern stattdessen zusätzliche Belastungen in Form von Verringerung der Streckenkapazität durch abgesenkte Höchstgeschwindigkeit sowie zukünftig erforderliche zusätzliche Bewertungen von bislang von Fahrversuchen befreiten Güterwagen entstehen würden.

Weichen mit sehr kleinen Zweiggleisradien werden also ohnehin bereits mit niedrigen Geschwindigkeiten befahren, sodass die Werte von 80 bzw. 100 km/h aus der beabsichtigten Regelung hier nur in Ausnahmefällen zu einer Verringerung der auftretenden Kräfte  $Y$  bzw.  $Q$  beitragen könnten.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass noch nicht einmal die Befahrung von Weichen in jedem Fall den Bedarf für Verschleißverringerung erzeugt, da einfache Weichen einen geraden Gleisstrang und einen abzweigenden Gleisstrang besitzen.

Die Parameter  $Y_{qst,lim}$ ,  $Q_{qst,lim}$  und  $Q_{max,lim}$  werden nach DIN EN 14363 jeweils für die bogenäußeren Räder ermittelt. Zwischen bogenäußeren Rädern und bogenäußerer Schiene eines Gleises entsteht beim Befahren eines Gleisbogens ein Großteil des Verschleißes; vergleichbares gilt für die Befahrung einer Weiche und die im abzweigenden Gleisstrang befahrene Weichenzunge. Bei Befahrung einer einfachen Weiche im geraden Gleisstrang findet keine Bogenfahrt statt, und es ist kein bogenäußeres Rad identifizierbar.

Die beabsichtigte Regelung soll aber grundsätzlich im gesamten Netz gelten.

Das Ausmaß einer theoretisch möglichen Verschleißverringerung durch die beabsichtigte Regelung wurde bislang nicht mit praktischen Messwerten oder Untersuchungen belegt. Es kann sich allerdings nur um Weichen mit niedrigen zulässigen Geschwindigkeiten im Zweiggleis handeln, für welche die Regelung mit 80 bzw. 100 km/h keinen nennenswerten Beitrag zur Verschleißminimierung erwarten lassen.

In jedem Fall sollen die Einsatzmöglichkeiten von Fahrzeugen mit bauartbezogener Höchstgeschwindigkeit größer 100 km/h deutlich eingeschränkt werden – und zwar unabhängig von der befahrenden Strecke und ob sich dort tatsächlich Weichen und/oder kleine bzw. sehr kleine Gleisbögen befinden, also insbesondere auch außerhalb von Weichenbereichen.

Die grundsätzliche Bewertung, dass die beabsichtigte Geschwindigkeitsreduzierung weitgehend wirkungslos ist, was den tatsächlichen Verschleiß angeht, teilen wohl auch die Betroffenen. Sie teilen diesbezüglich mit, eine an die konkrete Örtlichkeit unter Berücksichtigung tatsächlicher Fahrzeugparameter angepasste Geschwindigkeit (z.B. 20 km/h) sei fahrplantechnisch nicht umsetzbar und würde zu erheblichen Kapazitätseinschränkungen in den Gleisvorfeldern der Knoten führen. Es bliebe daher nur der Weg einer allgemeinen Geschwindigkeitsbegrenzung mit insgesamt prohibitiver Wirkung (Schreiben vom 01.11.2019, S. 3).

Da die beabsichtigte Regelung die Zugangsberechtigten deutlich belastet, der Nutzen für den von den Betroffenen benannten Zweck aber sehr gering ausfallen oder gar nicht eintreten wird, ist sie nicht angemessen.

### II. 3.9.3 Ermessenserwägungen

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Zweck der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenwirken kann. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG. Danach sollen die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Verbraucherinteressen gewahrt werden.

Ebenso ist im vorliegenden Fall die Interoperabilität des Eisenbahnmarktes in den Blick zu nehmen, die sich in den Regulierungszielen des § 3 Nr. 1, 2, 3 und insbesondere 4 ERegG niedergeschlagen hat. Ziel der Harmonisierung der Anforderungen an alle Teilsysteme der Eisenbahn ist ersichtlich die Förderung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnmarktes. Zu diesem Zweck werden in den Interoperabilitätsregelungen die Anforderungen an die einzelnen Teilsysteme der Eisenbahn festgelegt. Legt jeder Mitgliedstaat eigene Anforderungen an die Fahrzeuge fest, die nicht mit den europäischen Regelungen harmonisieren, kann eine europäische Vereinheitlichung nicht erreicht werden (zu den engen Ausnahmemöglichkeiten sind Notifizierungsverfahren erforderlich). Die Einführung pauschaler Einschränkungen ohne sachliche Legitimation durch nationale Alleingänge konterkariert das Ziel der Schaffung von Wettbewerb auf der Schiene, da insbesondere der Wettbewerb auf der europäischen Ebene hierdurch beeinträchtigt wird.

Die beabsichtigten Regelungen würden dazu führen, dass die Einsatzmöglichkeiten von Fahrzeugen mit bauartbezogener Höchstgeschwindigkeit größer 100 km/h deutlich eingeschränkt werden – und zwar unabhängig von der befahrenden Strecke und ob sich dort tatsächlich Weichen und/oder kleine bzw. sehr kleine Gleisbögen befinden, also insbesondere auch außerhalb von Weichenbereichen.

Die im Tenor ausgesprochene Ablehnung der beabsichtigten Regelungen ist geeignet, diese Zugangseinschränkungen zu verhindern.

Mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für das dargelegte Ziel sind nicht ersichtlich.

Die Ablehnung der beabsichtigten Regelung ist schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne. Es sind keine Einwirkungen der Ablehnung auf private oder öffentliche Belange zu entdecken, die in der Abwägung deren Vornahme unzulässig erscheinen ließe.

Die Betroffenen haben grundsätzlich vorgetragen, mit der Einführung der Regelungen in B.4.2 und B.4.4 den Verschleiß der Weichenzungen reduzieren zu wollen. Gleichzeitig haben sie aber auch vorgetragen, dass es sich um eine prohibitive Regelung handele. Die

größte Fahrwegbeanspruchung trete tatsächlich in engen Gleisbögen auf, die sich üblicherweise in Knoten befänden. Eine an die konkrete Örtlichkeit unter Berücksichtigung tatsächlicher Fahrzeugparameter angepasste Geschwindigkeit sei aber fahrplantechnisch nicht umsetzbar. Daher bleibe nur der Weg einer allgemeinen Geschwindigkeitsbegrenzung.

Wie oben bereits ausgeführt, kann die beabsichtigte Regelung für die DKW 54 ersichtlich keine Auswirkung haben und insbesondere keine Verbesserung der Verschleißsituation eintreten, da diese Weiche abzweigend ohnehin nur mit maximal 40 km/h befahren wird. Der Nachweis für einen tatsächlichen Nutzen in Bezug auf andere Bauformen von Weichen wurde nicht geführt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die DIN EN 14363 für den Parameter  $Q_{\max,lim}$  („Dynamische Radaufstandskraft“) keinen Grenzwert vorgibt und sich Fahrzeuge im Rahmen der Zulassung nicht an diesem Grenzwert messen lassen müssen.

Demgegenüber stehen die erheblichen Einschränkungen hinsichtlich der Einsatzmöglichkeiten von Fahrzeugen mit bauartbezogener Höchstgeschwindigkeit größer 100 km/h. Diese Einschränkungen sollen unabhängig von der befahrenden Strecke gelten und unabhängig davon, ob sich dort tatsächlich Weichen und/oder kleine bzw. sehr kleine Gleisbögen befinden, also insbesondere auch außerhalb von Weichenbereichen.

Das Interesse der Zugangsberechtigten überwiegt gegenüber den Interessen der Betroffenen an einer „prohibitiven“ Wirkung der beabsichtigten Regelung, deren Nutzen für eine Reduzierung des Verschleißes in Weichenzungen fraglich ist und nicht nachgewiesen wurde.

Die Beschlusskammer hat insbesondere erwogen, ob die Ablehnung nur auf den Parameter  $Q_{\max,lim}$  bezogen werden sollte. Dafür sprach, dass dieser Parameter in der DIN EN 14363 überhaupt nicht genannt wird und insoweit den Einsatz von zugelassenen Fahrzeugen einschränkt. Bezüglich der anderen Grenzwerte könnte die Auffassung vertreten werden, dass nur Fahrzeuge betroffen wären, die im Übrigen auch nicht zulassungsfähig wären, weil die Grenzwerte, die auch in der DIN EN 14363 genannt werden, nicht eingehalten werden. Die Beschlusskammer hat sich dafür entschieden, der gesamten Regelung zu widersprechen, weil die Begründung des Sachzusammenhangs zwischen Geschwindigkeitsreduzierung und Verschleißreduzierung aus den zuvor dargestellten Gründen insgesamt nicht tragfähig und auf der Tatsachenebene nicht hinreichend begründet war.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Abschnitt B.4.4 im Zusammenhang mit B.4.2 der TNB steht. Für B.4.2 gilt, dass der dort beabsichtigte Grenzwert nur zur Anwendung kommen kann, wenn zuvor das dafür relevante Notifizierungsverfahren erfolgreich durchlaufen wurde. Mit Blick hierauf hat die Beschlusskammer nicht geprüft, ob die dort beabsichtigte Regelung angemessen ist (vgl. Ziffer II.3.11.9). Da jedoch die Regelung in Ziffer B.4.4 nicht unter diesem Vorbehalt stand, war diesbezüglich die Prüfung vorzunehmen.

### **II. 3.10 Ziffer 10 des Tenors: Zwangsgeldandrohung**

Für den Fall der Nichteinhaltung der unter Ziffer 2 des Tenors genannten Vorgabe wird ein Zwangsgeld in Höhe von 100.000 Euro angedroht.

Die Androhung stützt sich auf § 13 Abs. 1 S. 1 Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz (VwVG), wonach Zwangsmittel schriftlich angedroht werden müssen. Die Androhung bezieht sich nach § 13 Abs. 3 S. 1 VwVG auf ein bestimmtes Zwangsmittel, nämlich auf ein Zwangsgeld. Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 VwVG kann die Betroffenen vorliegend zur Vornahme der aufgege-

benen Handlung durch ein Zwangsgeld angehalten werden. Die verlangte Handlung kann nicht durch einen anderen vorgenommen werden und hängt nur vom Willen der Betroffenen ab. Der Betrag wird schließlich gemäß § 13 Abs. 5 VwVG in bestimmter Höhe angedroht.

Durch die Androhung des Zwangsgeldes werden die Betroffenen angehalten, die Vorgaben aus Ziffer 2 des Tenors zu beachten. Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ist angemessen. Gemäß § 67 Abs. 1 S. 2 ERegG kann die Bundesnetzagentur im Fall der Vollstreckung ihrer Anordnungen ein Zwangsgeld von bis zu 500.000 Euro festsetzen. Das angeordnete Zwangsgeld bewegt sich unterhalb dieser Höchstgrenze. Die Höhe des Zwangsgeldes orientiert sich an der Bedeutung der gesetzlichen Vorgaben. Dabei hat die Beschlusskammer insbesondere die Bedeutung der Einführung von Ausnahmemöglichkeiten zur Nutzung lauter Güterwagen für den Schienengüterverkehr berücksichtigt.

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG wurde der Beschwerdegegnerin zur Erfüllung ihrer Pflicht eine angemessene Frist bis zum 24.01.2020 gesetzt. Sie trägt dem Zeitbedarf, eine entsprechende Regelung zu erarbeiten und daran anschließend ein Stellungsverfahren durchzuführen, Rechnung. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass vor Beginn der Anmeldephase zum Netzfahrplan das Unterrichtungsverfahren nach §§ 72 S.1 Nr. 5, 73 Abs. 1 Nr. 4 abgeschlossen werden kann.

## **II. 3.11 Keine Ablehnung / Hinweise**

Darüber hinaus gibt die Bundesnetzagentur folgende Hinweise bezüglich nachstehender beabsichtigter – und vorliegend nicht abgelehnter – Änderungen.

Hinweis: Die Hinweise stellen keinen Verwaltungsakt dar, weil sie keinen Regelungsgehalt aufweisen. Sie dienen den Betroffenen und übrigen Verfahrensbeteiligten als (unverbindliche) Hinweise für zukünftige Verfahren.

### **II. 3.11.1 Nachweis Trassennutzung (Ziffer 4.2.1.9 c) der SNB)**

Die beabsichtigte Änderung des in Ziffer 4.2.1.9 c) benannten Wertes von 70 % auf 80 % haben die Betroffenen mit Schreiben vom 29.10.2019 zurückgenommen und mitgeteilt, dass auch weiterhin der Wert von 70 % zur Anwendung kommen soll. Die (ursprünglich) beabsichtigte Änderung des entsprechenden Wertes ist daher nicht mehr Gegenstand dieses Verfahrens. In diesem Zusammenhang weist die Beschlusskammer allerdings darauf hin, dass für den Fall, dass die Betroffenen in Zukunft erneut eine Änderung bzw. Verschärfung des in Ziffer 4.2.1.9 Buchstabe c) benannten Wertes beabsichtigen sollten, sodann darzulegen wäre, wie der entsprechende Wert ermittelt und berechnet worden ist und wie sich der dann beabsichtigte Wert für die Trassennutzung bezogen auf die betroffenen Verkehrsdienste tatsächlich auswirken wird (hierzu ist erforderlich aufzuzeigen, welcher Nichtnutzungsanteil in den einzelnen Verkehrsdiensten tatsächlich vorliegt).

Ausweislich Ziffer 4.2.1.9 c) gilt im Übrigen eine Trasse als nicht in Anspruch genommen, wenn ein *Trassenangebot* vom Zugangsberechtigten abgelehnt oder angenommen und später zumindest teilweise storniert wird. § 60 Abs. 1 ERegG, zu dessen Umsetzung in den SNB Ziffer 4.2.1.9 c) dient, stellt jedoch bzgl. des Grades der bisherigen Inanspruchnahme nicht auf lediglich *angebotene*, sondern auf *vereinbarte* Zugtrassen ab. Die Beschlusskammer behält sich in diesem Zusammenhang bzgl. der Frage, ob das Abstellen auf die Ablehnung

eines Trassenangebots in Ziff. 4.2.1.9 c) gegen Eisenbahnrecht verstößt, die Einleitung eines ex-post Verfahrens gem. § 66 Abs. 4 ERegG ausdrücklich vor.

### **II. 3.11.2 Zweite Netzfahrplanbearbeitungsphase (Ziffer 4.2.1.17 der SNB)**

Die Bundesnetzagentur hat sich im Übrigen entschieden, den beabsichtigten Änderungen zur Einführung einer zweiten Anmeldeperiode zum Netzfahrplan nicht zu widersprechen. Zwar sprechen die rechtlichen Vorgaben in Art. 46 der Richtlinie 2012/34/EU sowie im Delegierten Beschluss 2017/2075 aus behördlicher Sicht grundsätzlich dafür, dass bei den Anmeldungen innerhalb der zweiten Anmeldeperiode zum Netzfahrplan eine Koordinierung vorzunehmen ist, die über das Prinzip „first come, first served“ hinausgeht. Dafür spricht allein schon der Umstand, dass dies bisher allein im Gelegenheitsverkehr Anwendung fand, während bei Anmeldungen zum Netzfahrplan eine umfassende Koordinierung erfolgt. Die Bundesnetzagentur hat sich jedoch aufgrund der Stellungnahmen der Zugangsberechtigten im Wege der Ermessensausübung zunächst gegen eine Ablehnung und behördliche Vorgaben zu einer weitergehenden Koordinierung entschieden. Eine umfassende Koordinierung der Anmeldungen aus der zweiten Anmeldeperiode würde bewirken, dass eine Anmeldeperiode bis etwa Anfang August vorzusehen wäre, weil danach die Koordinierung erfolgen müsste. Die Zugangsberechtigten aus dem Bereich des Güterverkehrs haben jedoch dargelegt, dass für sie vor allem eine möglichst späte Antragstellung entscheidend ist, weil die Transportaufträge zum Teil frühestens ab Ende August erteilt werden. Diese späten Anmeldungen könnten bei einer Anmeldeperiode bis Anfang August nicht mehr berücksichtigt werden. Gleiches gilt auch für das Interesse des Schienenpersonenfernverkehrs an einer möglichst frühzeitigen Buchungsfreigabe, für die der Netzfahrplan fertiggestellt sein muss. Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist daher die tatsächliche Annahme der zweiten Anmeldeperiode durch die Zugangsberechtigten abzuwarten und zu beobachten. Dabei wird auszuwerten sein, ob die zweite Anmeldeperiode für die Zugangsberechtigten hinreichend attraktiv ist und zu einem Rückgang der Stornierungen und Änderungsbestellungen aus der ersten Phase der Netzfahrplanerstellung führt.

Ebenso hat sich die Bundesnetzagentur entschieden, die Konstruktionsspielräume von +/- 30 Minuten im Schienenpersonenverkehr und +/- 60 Minuten im Güterverkehr nicht zu beanstanden. Dafür war der Umstand maßgebend, dass aus der ersten Phase der Netzfahrplanerstellung bereits ein relevanter Anteil der Schienenwegkapazität vergeben ist. Die Trassenanmeldungen erfordern aus diesem Grund bei der Konstruktion eine höhere Flexibilität und führen dazu, dass es jedenfalls nicht von vorneherein unvertretbar erscheint, in diesem Zusammenhang auch von einem generellen Einverständnis der Zugangsberechtigten mit entsprechenden Abweichungen auszugehen. Gleichzeitig liegen die Konstruktionsspielräume im Rahmen der zweiten Anmeldeperiode unter den im Rahmen des Gelegenheitsverkehrs geltenden „erheblichen Abweichungen“ von einer Stunde für Reisezüge und zwei Stunden bei Güterzügen gemäß Ziffer 4.2.2.6.2 der SNB. Vor diesem Hintergrund sieht die Bundesnetzagentur von einer abschließenden Prüfung der Konstruktionsspielräume gemäß Ziffer 4.2.1.17.1 ab und behält sich eine spätere Prüfung aufgrund weiterer Erkenntnisse vor.

### **II. 3.11.3 Bearbeitungsfrist von maximal 5 Arbeitstagen für Trassenanmeldungen im Gelegenheitsverkehr (Ziffer 4.2.2.4 der SNB)**

Die Betroffenen beabsichtigen zudem eine Änderung der Bearbeitungsfrist für Trassenanmeldungen im Gelegenheitsverkehr in Ziffer 4.2.2.4 der SNB. Betrug die Frist zuvor „48 Stunden“, wird sie in Zukunft „unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 5 Arbeitstagen“ lauten. Die beabsichtigte Änderung übernimmt den Wortlaut des § 56 Abs. 1 S. 1 ERegG in

die SNB. Eine Ablehnung der beabsichtigten Änderung ist der Bundesnetzagentur daher nicht möglich. Aus behördlicher Sicht wird jedoch in Zukunft bei Beschwerden von Zugangsberechtigten zu prüfen sein, dass die Bearbeitung tatsächlich unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgt.

#### **II. 3.11.4 Nutzungsvorgaben für ÜLS Venlo – Kaldenkirchen (Anlage 4.3.2 der SNB)**

Die Betroffenen haben die Bundesnetzagentur über die beabsichtigten betrieblichen Nutzungsvorgaben für den als überlastet erklärten Schienenweg Venlo – Kaldenkirchen zu einem Zeitpunkt unterrichtet, zu dem der Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität (PEK) nach Abschluss des Stellungnahmeverfahrens gemäß § 59 Abs. 2 ERegG noch nicht von den Betroffenen finalisiert und den Behörden gemäß § 59 Abs. 1 Satz 1 ERegG vorgelegt worden ist. Hierdurch kommt es zu Überlappungen des Verfahrens nach § 73 Abs. ERegG einerseits und § 59 Abs. 1 Satz 1 ERegG andererseits. Im vorliegenden Fall waren diese Überlappungen ohne materielle Konsequenzen; dies kann aber nicht für zukünftige Fälle ausgeschlossen werden. Die Bundesnetzagentur regt daher an, künftig eine Unterrichtung über beabsichtigte betriebliche Nutzungsvorgaben erst dann vorzunehmen, wenn das Verfahren zur Erstellung eines PEK abgeschlossen ist.

#### **II. 3.11.5 Bestätigung Koordinierungsgespräch (Ril 402.0203 Abschnitt 6, Abs. 7)**

In der Ril 402.0203 Abschnitt 6, Abs. 7 soll die Frist, innerhalb derer die im Koordinierungsgespräch erarbeiteten Ergebnisse bestätigt werden müssen, von drei Arbeitstagen auf einen Arbeitstag verkürzt werden. Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde seitens der Betroffenen ausdrücklich klargestellt, dass sich die Bestätigung innerhalb eines Arbeitstages ausschließlich auf das gemeinsam im Rahmen des Koordinierungsgesprächs festgelegte Vorgehen bezieht. Sollte im Rahmen des protokollierten Gesprächs festgehalten worden sein, dass das betreffende Unternehmen innerhalb von drei Arbeitstagen prüft, ob z.B. eine frühere Abfahrt möglich ist, gelten für die Rückmeldung zu dieser Prüfung die drei Arbeitstage. Hinsichtlich der Nachweisführung, ob es sich um einen vertakteten oder ins Netz eingebundenen Verkehr handelt, erfolgte seitens der Betroffenen eine Klarstellung im Richtlinienentwurf.

#### **II. 3.11.6 Auswahl Maßnahmen für Kooperationsverfahren (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 1 Nr. 1)**

Gemäß Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 1 Nr. 1 findet das Kooperationsverfahren zur verbesserten Ausnutzung von baubedingt eingeschränkter Kapazität Anwendung, wenn eine Baumaßnahme mindestens 7 Tage dauert und eine signifikante Kapazitätseinschränkung (mind. 30 % des vsl. Betriebsprogramms betroffen) bedeutet. Die Betroffenen hatten in ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 17.10.2019 (S. 21 f.) erklärt, sie könnten derzeit mangels Verfügbarkeit einer entsprechenden EDV-Lösung keine EDV-gestützte Auswertung des betroffenen geschätzten Verkehrsaufkommens durchführen. Die Bundesnetzagentur geht daher davon aus, dass die Betroffenen analog der Umsetzung der Vorgaben des geänderten Anhangs VII der Richtlinie 2012/34 EU, wo ebenfalls eine Betroffenheits-Schwelle von 30 % des voraussichtlichen Betriebsprogramms vorgesehen ist, verfahren, d.h. bis zur Verfügbarkeit einer EDV-Lösung allein auf das Tatbestandsmerkmal „Dauer einer Baumaßnahme von mindestens 7 Tagen“ abstellen werden.

### **II. 3.11.7 Konstruktionsspielraum bei Kooperationsverfahren (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 6)**

Gemäß Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 4 Spiegelstrich 6 gelten für die Zuweisung der Trassen ergänzend zu den Vorgaben aus Ziffer 4.2.2.6.2 des SNB-Haupttextes größere Konstruktionsspielräume hinsichtlich einer späteren zeitlichen Lage. Die Konstruktionsspielräume betragen bei Anwendung des Verfahrens + 6 Stunden. Die Bundesnetzagentur hat diese Regelung nicht abgelehnt. Zu berücksichtigen ist hierbei u.a. die Tatsache, dass die Grundsätze des § 52 Abs. 4 ERegG in diesem Zusammenhang keine Anwendung finden, da das Kooperationsverfahren ausschließlich den Gelegenheitsverkehr betrifft. Die Bundesnetzagentur behält sich aber vor, die Notwendigkeit von Konstruktionsspielräumen in diesem Umfang durch eine Evaluierung der ersten Anwendungsphase ex-post zu bewerten. Hierfür wird sie die Betroffenen auffordern, die relevanten Daten zu erfassen und der Bundesnetzagentur bereitzustellen.

### **II. 3.11.8 Teilnahme am Kooperationsverfahren (Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 5)**

Die Betroffenen beabsichtigen gemäß Ril 402.0305 Abschnitt 11 Abs. 5 nur diejenigen Zugangsberechtigten über im Rahmen des sog. Kooperationsverfahrens freiwerdende Kapazitäten zu informieren, die ihren Teilnahmewillen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt angezeigt haben; gegenüber den übrigen Zugangsberechtigten erfolgt keine Kommunikation der Übersicht aktuell verfügbarer Kapazitäten. Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass gemäß § 56 Abs. 2 ERegG Informationen über verfügbare Kapazitäten allen Zugangsberechtigten zur Verfügung zu stellen sind. Andererseits vermag sie sich nicht der Argumentation zu verschließen, wonach die kurzfristige Stornierung und damit Freigabe von Kapazitäten auf Bauabschnitten mutmaßlich dann eher von Zugangsberechtigten vorgenommen wird, wenn sie den Eindruck haben, sie würden anderen von der Baumaßnahme betroffenen Unternehmen damit einen gewissen Gefallen erweisen und dementsprechend die Hoffnung entwickeln, in einer anderen Situation von kurzfristig freiwerdenden Kapazitäten zu profitieren. Die Betroffenen haben indes klargestellt – und dies geht auch aus der Regelung in Ril 402.0205 Abschnitt 11 Abs. 5 hervor –, dass bei der Bearbeitung von Trassenanmeldungen keine Bevorzugung der Verfahrensteilnehmer stattfindet, sondern wie im übrigen Gelegenheitsverkehr eine Bearbeitung nach dem Eingangszeitpunkt der Trassenanmeldung („first come, first served“) erfolgt. Da sich der Anwendungsbereich des neuen Kooperationsverfahrens derzeit auf nur zwei Streckenabschnitte bezieht und der Bundesnetzagentur keine negativen Eingaben von Zugangsberechtigten aus der Anwendung des Verfahrens in der Vergangenheit bekannt sind, hat die Bundesnetzagentur in diesem Punkt aus Ermessensgründen von einer Ablehnung abgesehen. Eine erneute Bewertung erscheint jedoch angezeigt, wenn der Anwendungsbereich des Kooperationsverfahrens ausgedehnt wird.

### **II. 3.11.9 Technische Anforderungen (Abschnitt B.4.2 der Technischen Nutzungsbedingungen)**

Zu der neu aufzunehmenden Anforderung, dass ab Beginn des Netzfahrplans 2023 erstmals im Netz der DB AG zum Einsatz kommende Fahrzeuge in Bezug auf die laterale Führungskraft  $Y$  und die Radaufstandskraft  $Q$  am bogenäußeren Rad zusätzlich die Anforderung „ $|Y| + 0,5Q \leq 150 \text{ kN}$ “ einhalten müssen und der Ergänzung, dass der Grenzwert nur zur Anwendung komme, wenn zuvor das relevante Notifizierungsverfahren erfolgreich durchlaufen wurde, wird auf folgende Punkte hingewiesen:

- Eine vertiefte inhaltliche Prüfung der in Abschnitts B.4.2 neu aufgenommenen Regelung wurde nicht durchgeführt, da im Rahmen des Verfahrens keine Unterlagen be-

züglich der verursachenden Fahrzeuge, der grundsätzlichen Bemessung und Instandhaltung des Fahrwegs bzw. Oberbaus sowie zum Vortrag des gestiegenen Instandhaltungsaufwands vorgelegt wurden.

- Ziel des Notifizierungsverfahrens gemäß Richtlinie (EU) 2016/797 Artikel 14 ist, dass bestimmte nationale Anforderungen vor der Erteilung einer Genehmigung zum Inverkehrbringen von Fahrzeugen geprüft werden. Für diesen Zweck erscheint die Notifizierung eines Abschnitts der TNB nicht geeignet. Zweckmäßig erscheint vielmehr die Formulierung der technischen Anforderung einschließlich Herleitung und Begründung in einem separaten Dokument, beispielsweise einer durch den Lenkungskreis Fahrzeuge erstellten und verabschiedeten Regelung.
- Über das Ergebnis des Notifizierungsverfahrens sollten die Zugangsberechtigten sowie die Bundesnetzagentur unmittelbar nach Abschluss des Verfahrens durch die Betroffenen informiert werden. Sollte das Notifizierungsverfahren nicht spätestens bis zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der SNB 2023 zur Stellungnahme (Herbst 2021) abgeschlossen sein, wäre zu prüfen, ob der Zeitpunkt der geplanten Anwendung des Abschnitts 4.2 entsprechend angepasst werden müsste. Bei ausbleibender Notifizierung wäre die Regelung aus den TNB zu entfernen.

#### **II. 3.11.10 Außergewöhnliche Transporte (E.4.4 und E.4.7 der Technischen Nutzungsbedingungen)**

Die Betroffenen beabsichtigten ursprünglich Änderungen zu den Abschnitten E.4.4 „Beförderungsbedingungen ermitteln“ und E.4.7 „Außergewöhnliche Transporte begleiten“. Parallel zum vorliegenden Unterrichtsverfahren hatten die Betroffenen zu den betreffenden Abschnitten in den TNB beabsichtigte Änderungen der SNB 2020 zur Stellungnahme veröffentlicht (Ende der Stellungnahmefrist am 28.10.2019).

Auf Nachfrage bestätigten die Betroffenen in der öffentlich mündlichen Verhandlung die vollständige Rücknahme der für die SNB 2021 beabsichtigten Änderungen. Die beabsichtigten Änderungen werden in einem gesonderten Unterrichtsverfahren zur Prüfung durch die Bundesnetzagentur eingereicht.

**Hinweis zu den Gebühren**

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

**Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Bonn, den 12.11.2019

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Kirchhartz

Krick