



Beschlusskammer 10

BK10-19-0245_Z

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund der Beschwerde

der FlixTrain GmbH, Birketweg 33, 80639 München,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Beschwerdeführerin,

g e g e n

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

Beschwerdegegnerin,

vom 26.09.2019 über die Ablehnung von Kapazität in der Serviceeinrichtung Hamburg-Lan-
genfelde,

Betroffene:

DB Fernverkehr AG, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main,
vertreten durch den Vorstand,

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

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,
den Beisitzer Jan Kirchhartz und
den Beisitzer Wolfram Krick

auf die mündliche Verhandlung vom 30.10.2019

am 12.12.2019

beschlossen:

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuweisung eines angemessenen Teils der Kapazität auf Gleis 4 in der Betriebsstelle Hamburg-Langenhofe für den Zeitraum vom 01.05.2020 bis zum 12.12.2020 wird abgelehnt.

I. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist ein in München ansässiges privates Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches größtenteils Schienenpersonenfernverkehrsleistungen erbringt.

Die Beschwerdegegnerin gehört zum Konzern der Deutsche Bahn AG. Sie betreibt das mit Abstand größte Schienennetz und eine Vielzahl von Serviceeinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland. Unter anderem betreibt sie Abstell- und Zugbildungsgleise in der Betriebsstelle Hamburg-Langenhofe Betriebsbahnhof (Hamburg-Langenhofe) und in der Umgebung.

Die Betroffene ist ein in Frankfurt am Main ansässiges Eisenbahnverkehrsunternehmen, das ebenfalls zum Konzern der Deutsche Bahn AG gehört, Schienenpersonenfernverkehre auf dem Netz der Beschwerdegegnerin erbringt und Abstellgleise der Beschwerdegegnerin in Hamburg-Langenhofe und der Umgebung nutzt.

Die Betriebsstelle Hamburg-Langenhofe besteht aus rund 100 Abstell- und Zugbildungsgleisen mit unterschiedlichen Nutzlängen, wovon rund die Hälfte mit diversen Zusatzausstattungen (Elektranten, Druckluftständer zur Druckluftbereitstellung usw.) ausgerüstet sind. An bzw. innerhalb der Anlage Hamburg-Langenhofe schließt sich eine Werkstatt (ICE Werk Hamburg Eidelstedt) der Betroffenen an. Dabei handelt es sich um eines der beiden ersten ICE-Werke der Betroffenen (Inbetriebnahme am 26.04.1991). Hamburg-Langenhofe wird vor allem von der Betroffenen genutzt. In der benachbarten Betriebsstelle Hamburg-Eidelstedt befindet sich eine Unterflurdrehbank, die von der Betroffenen für die ICE-Triebwagen benutzt wird. In beiden Betriebsstellen sind für das Jahr 2020 von der Beschwerdegegnerin umfangreiche Baumaßnahmen geplant. Ein detaillierter Zeitplan über Ablauf und Abschluss der Bauarbeiten wurde von der Beschwerdegegnerin nicht vorgelegt.

Gegenstand des Verfahrens ist die Möglichkeit der Regulierungsbehörde, der Beschwerdeführerin einen angemessenen Teil der Kapazität zuzuweisen, nachdem der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nutzung einer Serviceeinrichtung der Beschwerdegegnerin abgelehnt wurde.

Gemäß Ziffer 3.1.5 lit. b) der Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen Besonderer Teil 2019 (NBS-BT) der Beschwerdegegnerin müssen Anmeldungen von Kapazitäten in einer Serviceeinrichtung für die Netzfahrplanperiode 2019/2020 zwischen dem 01.07.2019 und dem 15.08.2019 erfolgen. Stehen zwei oder mehrere Zugangsanträge in Konflikt, führt die Beschwerdegegnerin ein Konfliktlösungsverfahren gemäß Ziffer 3.3.1. NBS-BT durch, das sich in ein Koordinierungsverfahren und ein ggf. anschließendes Entscheidungsverfahren gliedert. Nach Durchführung eines Unterrichtsverfahrens gemäß § 72 Satz 1 Nr. 3 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) kann die Beschwerdegegnerin den Antrag des im Entscheidungsverfahren unterlegenen Zugangsberechtigten wirksam ablehnen und dem obsiegenden Zugangsberechtigten ein Angebot zum Vertragsabschluss gemäß Ziffer 3.3. lit. f) der NBS-BT unterbreiten.

Die Betroffene hat mit der Beschwerdegegnerin im Jahr 2017 einen langlaufenden Einzelnutzungsvertrag für Gleis 4 in Hamburg-Langenhofe geschlossen. Dieser gilt auch während der Netzfahrplanperiode 2019/2020. Darüber hinaus haben die Betroffene und die Beschwerdegegnerin zahlreiche weitere langlaufenden Einzelnutzungsverträge über Gleise in der Betriebsstelle Hamburg-Langenhofe geschlossen.

Über die internetbasierte Bestellplattform Anlagenportal-Netze (APN) der Beschwerdegegnerin stellte die Beschwerdeführerin insgesamt vier Nutzungsanträge für vier verschiedene

Gleise in der Betriebsstelle Hamburg-Langenhofe. Den beschwerdegegenständlichen Nutzungsantrag für Gleis 4 in Hamburg-Langenhofe für den Zeitraum vom 01.05.2020 bis zum 12.12.2020 stellte sie am 15.08.2019. Sie beantragte parallel dazu die Nutzung von zwei Druckluftständern und zwei elektronische Zugvorheizanlagen (EZVA) als Zusatzausstattung. Hintergrund der Nutzungsanfrage der Beschwerdeführerin sind die von ihr geplanten Personenfernverkehre, die in Hamburg beginnen und enden sollen. Hinsichtlich dieser wurden Trassenverträge vorgelegt.

Die Beschwerdegegnerin führte insgesamt drei Koordinierungsgespräche (am 12., 17. und 22.09.2019) mit der Beschwerdeführerin, der Betroffenen und weiteren Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Zugansprüche für die oben genannte Betriebsstelle gestellt hatten. Das Ziel der Koordinierungsgespräche, im gegenseitigen Einverständnis eine Nutzungsmöglichkeit für alle Beteiligten zu schaffen und so Nutzungskonflikte zu lösen, wurde nicht erreicht. Gegenstand der vorbenannten Koordinierungsgespräche waren sämtliche konfliktbehaftete Gleise in Hamburg-Langenhofe, nämlich Gleis 2, 3, 4, 5, 7, 10, 19, 31, 34, 35, 46, 49, 54, 55 und 121.

Einer Mitnutzung von Gleis 4 durch die Beschwerdeführerin stimmte die Betroffene nicht zu. Die Betroffene hat aber einer Mitnutzung des Gleises 31 in Hamburg-Langenhofe für die Netzfahrplanperiode 2019/2020 durch die Beschwerdeführerin zugestimmt.

Mit E-Mail vom 25.09.2019 unterrichtete die Beschwerdegegnerin die Beschlusskammer 10 über die beabsichtigte Ablehnung des Zuganspruchs der Beschwerdeführerin. Sie begründete die geplante Ablehnung damit, dass zwischen der Betroffenen und der Beschwerdeführerin ein langlaufender Einzelnutzungsvertrag zu Gleis 4 besteht, welcher gegenüber einem neu gestellten Antrag auf Nutzung derselben Kapazität immer vorrangig zu bedienen sei.

Daraufhin eröffnete die die Beschlusskammer 10 ein Beschlusskammerverfahren mit dem Geschäftszeichen BK10-19-0233_Z.

Am 10.10.2019 entschied die Beschlusskammer, die beabsichtigte Entscheidung der Beschwerdegegnerin nicht abzulehnen. Zur Begründung führte die Beschlusskammer das Bestehen des zwischen der Beschwerdeführerin und der Betroffenen langlaufenden Einzelnutzungsvertrages zu Gleis 4 an, daher war die Konfliktentscheidung hier im Ergebnis zu Gunsten der Betroffenen zu treffen.

Daraufhin lehnte die Beschwerdegegnerin den Antrag der Beschwerdeführerin am 11.10.2019 ab.

Auf den Antrag der Beschwerdeführerin vom 26.09.2019 hin hat die Beschlusskammer 10 das vorliegende Beschlusskammerverfahren unter dem Aktenzeichen BK 10-19-0245_Z eingeleitet.

In ihren Stellungnahmen vom 01.10.2019, 08.10.2019, 24.10.2019 und 04.11.2019 trägt die Beschwerdeführerin vor, für die von ihr geplanten Verkehre bestünden keine sogenannten tragfähigen Alternativen. Auf Grund der Mitnutzung auf Gleis 31 benötige sie zum jetzigen Zeitpunkt insgesamt noch drei Gleise von mindestens 284m Länge, mit Oberleitung, zweiseitig angebunden und der Zusatzausstattung Zugvorheizanlage Tragfähige Alternativen zur Nutzung für die Beschwerdeführerin seien sowohl in der Betriebsstätte Hamburg-Langenhofe als auch in umliegenden Betriebsstätten und auf Trassengleisen geprüft worden.

Zudem trägt sie vor, bei der Abwägungsentscheidung auf Zuweisung eines angemessenen Teils der Kapazität durch die Beschlusskammer sei eine gesamthafte Betrachtung aller in der Betriebsstelle vorhandenen Gleise vorzunehmen.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

ihr das Gleis 4 in Hamburg-Langenhofe im beantragten Umfang zuzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt sinngemäß,

die Beschwerde abzulehnen.

Die Beschwerdegegnerin führt an, eine im Konfliktentscheidungsverfahren rechtmäßig getroffene Entscheidung und darauffolgende Ablehnung des Nutzungsantrags des unterlegenen Zugangsberechtigten könne wegen der daraufhin abgeschlossenen Verträge nicht im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nach Art. 13, 14 Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Europäischen Kommission vom 22. November 2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO) wieder aufgehoben werden. Im Unterrichtsverfahren sei bereits abschließend geprüft worden, ob eine Ablehnung erfolgen könne, so dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht erneut überprüfbar sei. Art. 14 DVO sei vor dem Hintergrund zu betrachten, dass in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union das Recht des Zugangs zu Serviceeinrichtungen weniger detailliert geregelt sei. In Deutschland seien daher nach wie vor die Regelungen des Eisenbahnregulierungsgesetzes anwendbar.

Die Betroffene betont, sie gehe davon aus, die Beschlusskammer habe angesichts des bestehenden Nutzungsvertrages mit der Beschwerdegegnerin, keine Befugnis in diesen einzugreifen. Einer Nebennutzung von Gleis 4 könne sie aufgrund eigenen Bedarfs nicht zustimmen. Sie nennt insgesamt acht Verkehre deren Züge auf Gleis 4 abgestellt werden. Zudem legt sie einen Belegungsplan für die Betriebsstelle Hamburg-Langenhofe vor.

Grundsätzlich trägt sie vor, eine rechtmäßige und wirksame Entscheidung im Koordinierungs-Konfliktentscheidungsverfahren, die anhand transparenter, angemessener und diskriminierungsfreier NBS getroffen worden sei, könne nicht durch einer „Abwägungsentscheidung“ im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ersetzt werden. Darüber hinaus sprechen auch die in Art. 14 DVO aufgeführten Kriterien gegen eine Zuweisung von Kapazität an die Beschwerdeführerin.

Die Einleitung des Verfahrens hat die Beschlusskammer auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur (www.bundesnetzagentur.de) veröffentlicht.

Hinzuziehungsanträge sind bei der Beschlusskammer nicht eingegangen. Die Betroffene ist gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 ERegG an dem Verfahren beteiligt.

Eine öffentliche mündliche Verhandlung hat am 30.10.2019 stattgefunden.

Die Akten der die gleiche Betriebsstelle und Beschwerdeführerin betreffenden Beschlusskammerverfahren mit den Geschäftszeichen BK10-19-0244_Z, BK10-19-0246_Z und BK10-19-0247_Z sind zum vorliegenden Verfahren beigezogen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte und auf die Ausführungen unter Ziffer II. Bezug genommen.

II. Gründe

Die Beschlusskammer hat entschieden, den Antrag der Beschwerdeführerin auf Zuweisung eines angemessenen Teils der Kapazität auf Gleis 4 in der Betriebsstelle Hamburg-Langenhofe für den Zeitraum vom 15.12.2019 bis zum 12.12.2020 abzulehnen.

Die Rechtsgrundlage für die Entscheidung findet sich in Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Europäischen Kommission vom 22. November 2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrs-bezogenen Leistungen (DVO) i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (RL 2012/34/EU). Der Beschluss ist formell (unter Ziffer II.1.) und materiell (unter Ziffer II.2) rechtmäßig.

II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ist formell rechtmäßig.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 77 Abs. 1 ERegG i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundes-eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG).

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Die Betroffene war gemäß § 77 Abs. 3 Satz 2 ERegG vor dem Hintergrund der durch sie zu duldenen Zuweisung am Verwaltungs-verfahren zu beteiligen.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 1 ERegG). Eine öffentliche mündliche Verhandlung hat am 30.10.2019 stattgefunden. Zudem haben die Beteiligten umfangreich schriftlich Stellung genommen.

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

Von einer Beteiligung der Eisenbahnaufsichtsbehörde sowie der Kartellbehörde i. S. d. § 9 Abs. 3 BEVVG wurde abgesehen, da die Entscheidung keine Bedeutung für die Erfüllung ihrer Aufgaben hat. Zugleich musste der Eisenbahninfrastrukturbeirat nicht zu der Entscheidung angehört werden. Es handelt sich bei der Entscheidung nicht um eine „grundlegende Entscheidung der Regulierungsbehörde mit erheblichen Auswirkungen auf den Eisenbahn-markt“ i. S. v. § 79 S. 4 ERegG.

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ist materiell rechtmäßig.

Gemäß Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 DVO i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU kann die Regulierungsbehörde dem Steller eines Antrags auf Zugang zu einer Serviceein-richtung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens einen angemessenen Teil der Kapazität der Ser-viceeinrichtung zuweisen, wenn keine tragfähige Alternative besteht und nicht allen auf nach-gewiesenem Bedarf beruhenden Anträgen auf Zugang zu Kapazitäten der betreffenden Ser-viceeinrichtung stattgegeben werden kann.

Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 DVO i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU stellt grundsätzlich eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Kapazitätszuweisung dar (hierzu unter II.2.1). Obwohl der abgelehnte Nutzungsantrag der Beschwerdeführerin ein bereits gewährtes Zugangsrecht der Betroffenen betrifft, besteht grundsätzlich eine Eingriffsbefugnis der Regulierungsbehörde auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 DVO i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU Art. 14 DVO (hierzu unter II.2.1.2).

II.2.1 Ermächtigungsgrundlage

Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 DVO i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU ist die für die Zuweisung zutreffende Ermächtigungsgrundlage.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber ursprünglich im Rahmen des Eisenbahnregulierungsgesetzes im Jahr 2016 mit § 13 Abs. 5 ERegG eine Umsetzung von Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU vorgenommen hatte. Seit dem 01.06.2019 gelten jedoch die Vorschriften der DVO. Die DVO gilt in Deutschland unmittelbar (vgl. Art. 288 S. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV). Demnach ist § 13 ERegG insoweit nicht anzuwenden, als die DVO eine inhaltsgleiche oder entgegenstehende Regelung trifft. § 16 ERegG ist insoweit deklaratorisch. Damit haben sich unter anderem gesetzliche Vorgaben im Rahmen des Koordinierungs- und Entscheidungsverfahrens sowie des Beschwerderechts verändert und – im Vergleich zu den bisherigen Verfahren nach dem Eisenbahnregulierungsgesetz – zum Teil auch zeitlich verlagert.

Zur Anwendung der DVO in Deutschland ist kein weiterer Rechtsakt erforderlich. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 der DVO i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU ist so zu verstehen, dass durch die Bezugnahme von Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 und Art. 14 der DVO auf Art. 13 der RL 2012/34/EU eine unmittelbar wirksame und anwendbare Ermächtigungsgrundlage geschaffen wurde. Die Bezugnahme auf Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU ersetzt die ansonsten notwendige Wiederholung des Textes der Richtlinie in der Verordnung. Ein anderes Verständnis der Wirkung von Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 der DVO dergestalt, dass es weiterhin erforderlich wäre, dass die Mitgliedstaaten Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU umsetzen und Art. 14 der DVO dann eine Konkretisierung des im Rahmen der umsetzenden nationalen Norm anzuwendenden Ermessens wäre, kommt nicht in Betracht. In diesem Fall fehlte es Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 und Art. 14 der DVO an einer unmittelbaren Geltung. Es ist gleichwohl darauf hinzuweisen, dass in diesem Verfahren auch bei Anwendung von § 13 Abs. 5 ERegG i. V. m. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 DVO als Ermächtigungsgrundlage kein abweichendes Ergebnis entstanden wäre, weil die Ermächtigungsgrundlagen inhaltlich deckungsgleich sind.

II.2.1.1 Verhältnis Konfliktlösungsverfahren zu Beschwerdeverfahren

Der Umfang der Abwägungsentscheidung der Beschlusskammer im Beschwerdeverfahren ist nicht vom Ergebnis des vorangegangenen Unterrichtungsverfahrens nach §§ 72, 73 ERegG abhängig. Es handelt sich um zwei selbständige Verfahren mit unterschiedlichen Verfahrensgegenständen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin und der Betroffenen kann daher die Interessenabwägung gemäß Art. 14 DVO im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ergeben, dass das Ergebnis eines regelkonformen Konfliktentscheidungsverfahrens und die damit einhergehende Ablehnung des Beschwerdeführers im konkreten Fall unbillig ist und deshalb einer Korrektur bedarf. Die Beschlusskammer kann dann zu der Entscheidung gelangen, dem

Beschwerdeführer, der nach Durchführung des Unterrichtsverfahrens nach §§ 72, 73 ERegG abgelehnt werden konnte, einen angemessenen Teil der Kapazität zuzuweisen.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, Art. 14 DVO sei unter dem Aspekt zu sehen, dass Zugangsrechte in anderen Mitgliedstaaten weniger detailliert geregelt seien, während in Deutschland nach nationalem Recht ein Unterrichtsverfahren durchgeführt werden muss, im Rahmen dessen bereits die Konfliktentscheidung durch die Regulierungsbehörde überprüft werde. Die Art. 13, 14 DVO seien daher bereits im Unterrichtsverfahren zu prüfen.

Diese Auffassung kann auf Grund der im Gesetz vorgesehenen verschiedenen Verfahren nicht überzeugen. Es bestehen insgesamt drei Verfahren mit jeweils anderen Prüfungsgegenständen und Rechtsfolgen in denen die Verwirklichung von Zugangsrechten durch die Regulierungsbehörde überprüft wird. In dem Unterrichtsverfahren nach § 72, 73 ERegG wird die Regelkonformität der Ablehnung und das durchgeführte Konfliktverfahren überprüft. Als Maßstab dienen dabei die NBS-BT der Beschwerdegegnerin. Im Ergebnis entscheidet die Regulierungsbehörde hier, ob der Antrag auf Zugang durch den Betreiber der Serviceeinrichtung abgelehnt werden darf oder ob sie die beabsichtigte Ablehnung beanstandet. Liegt eine Ablehnung eines Antrages eines Zugangsberechtigten vor, gibt es für ihn dann die Möglichkeit gemäß § 66 Abs. 3 ERegG Beschwerde einzulegen, die auf die Überprüfung der ordnungsgemäßen Durchführung des Koordinierungs- und Konfliktentscheidungsverfahrens gerichtet ist. Im Rahmen einer Beschwerde nach Art. 13, 14 DVO wird dagegen die Angemessenheit des Ergebnisses der Konfliktentscheidung anhand der Kriterien des Art. 14 DVO überprüft. Hierbei handelt es sich um eine Abwägungsentscheidung nach Billigkeitsgesichtspunkten im Einzelfall. Eine Zuweisung eines angemessenen Teils der Kapazität stellt in diesem Verfahren die ultima ratio im Sinne einer Härtefallentscheidung dar: Die Vermutung, dass die per Durchführung des in den NBS geregelten Konfliktentscheidungsverfahrens ermittelte Zuweisung grundsätzlich billig ist, kann im Einzelfall anhand der Kriterien des Art. 14 DVO widerlegt werden.

Diese Struktur findet sich auch in den Regelungen der DVO wieder. Denn diese enthält bereits Anknüpfungspunkte für Verfahren, die dem Unterrichtsverfahren nach §§ 72, 73 ERegG entsprechen. So können die Mitgliedsstaaten nach Art. 12 Abs. 1 DVO letzter Satz verlangen, dass die Regulierungsstelle auch unaufgefordert unterrichtet wird, wenn einem Antrag auf Zugang nicht entsprochen werden kann. Dem steht auch nicht entgegen, dass tragfähige Alternativen nach den NBS-BT der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Konfliktentscheidungsverfahrens geprüft werden. Nach der Systematik der DVO, ist das Unterrichtsverfahren der Suche nach tragfähigen Alternativen vorgelagert.

In der Systematik der DVO ist ein abgestuftes Verfahren zur Zuweisung von Kapazität vorgesehen. Zunächst soll der Betreiber der Serviceeinrichtung nach Art. 10 der DVO auf gütlichem Weg einen Ausgleich zwischen allen Zugangsberechtigten, die eine Nutzung begehren, herstellen, um so die vorhandene Kapazität bestmöglich zu verteilen. Gelingt dies nicht, kann er entsprechend seiner Konfliktentscheidungsregelungen nach Art. 11 DVO entscheiden, welchem Zugangsberechtigten die begehrte Kapazität vorrangig gewährt werden soll. Gegenüber den abgelehnten Zugangsberechtigten besteht dann noch die Verpflichtung, gemeinsam mit diesem nach tragfähigen Alternativen zur Nutzung zu suchen. Erst wenn diese Versuche nicht zum Ziel führen, soll die Regulierungsstelle nach Art 13, 14 der DVO i.V.m. Art. 13 Abs. 5 der 2012/34/EU eingreifen. Dieser Eingriff ist aber nicht auf die Überprüfung des Verhaltens des Betreibers der Serviceeinrichtung gerichtet, sondern nach dem Wortlaut eindeutig auf eine eigenständige Zuweisungsentscheidung der Regulierungsbehörde.

II.2.1.2 Keine Eingriffsbefugnis Abgelehnter Antrag betrifft bereits zugewiesene Kapazität

Die Beschlusskammer kann der Beschwerdeführerin die beantragte Kapazität nicht zuweisen.

Einer Zuweisung von Kapazität auf der Rechtsgrundlage von Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 DVO i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU steht der zwischen der Betroffenen und der Beschwerdegegnerin geschlossene Vertrag über die Nutzung von Gleis 4 in Hamburg-Langenhofen entgegen. Diesen haben die Vertragsparteien für mehrere Netzfahrplanperioden geschlossen (sog. langlaufender Vertrag). Auf Grund der Beschlüsse des Obergerichtes Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) vom 19.09.2019 – Az. 13 B 1261/19 und 13 B 1262/19 – und des hier vergleichbaren Sachverhalts geht die Beschlusskammer davon aus, dass eine Eingriffsbefugnis der Regulierungsbehörde vorliegend nicht besteht. Denn auch im vorliegenden Fall begehrt die Beschwerdeführerin die Zuweisung von Kapazität eines Gleises, hinsichtlich dessen bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung im Sinne des Art. 8 DVO ein vertragliches Nutzungsrecht eines Dritten bestand (vgl. Beschluss der Beschlusskammer 10 v. 06.09.2019, Az.: BK10-19-0198_Z).

Für diesen Fall hat das OVG NRW entschieden, die Beschlusskammer könne ihre Entscheidung, Kapazität zuzuweisen, voraussichtlich nicht auf Art. 13 Abs. 1 UAbs. 3 i. V. m. Art. 14 DVO i. V. m. Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU stützen. Insofern hielt das Gericht für zweifelhaft, ob diese Vorschriften die Beschlusskammer zu einem Eingriff in privatautonom geschlossene Verträge Dritter ermächtigen. Zur Begründung führte es an, bereits dem Wortlaut der Vorschrift sei keine ausdrückliche Befugnis zur Änderung bestehender Verträge zu entnehmen. Im Hinblick auf die das Koordinierungsverfahren betreffende Regelung in Art. 10 Abs. 1 Satz 3 DVO, wonach jede Änderung bereits gewährter Zugangsrechte stets der Zustimmung des jeweiligen Antragstellers bedarf, wäre regelungssystematisch die ausdrückliche Normierung einer insoweit weitergehenden Befugnis der Regulierungsbehörde zu erwarten. Zudem bestünde die Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 Abs. 5 der RL 2012/34/EU nach Wortlaut und Systematik der Richtlinie nur bei Konflikten zwischen nicht miteinander vereinbarten Zugangsansprüchen um eine noch nicht zugewiesene Kapazität, was auch für die auf der Richtlinie beruhende Durchführungsverordnung gelten müsse. Folgt man – wie vorliegend aus Gründen der Prozessökonomie die Beschlusskammer - der im Eilverfahren vertretenen Auffassung des OVG NRW, ergibt sich daraus, dass eine Kapazitätszuweisung gemäß Art. 14 DVO in den Fällen unzulässig ist, in denen zum Zeitpunkt der Antragstellung ein bereits gewährtes Zugangsrecht eines Dritten bestand. Diese bestehende vertragliche Zusicherung kann zum einen darin begründet sein, dass ein über eine Netzfahrplanperiode hinausgehender Vertrag zwischen dem Betreiber einer Serviceeinrichtung und einem Zugangsberechtigten besteht. Zum anderen kann es sich um eine erfolgte Zuweisung von Kapazität für eine Netzfahrplanperiode handeln, die einem Zugangsanspruch im Gelegenheitsverkehr entgegensteht. Schließlich kann es sich auch um eine aufgrund eines Zugangsanspruchs im Gelegenheitsverkehr zugewiesene Kapazität handeln, die zeitlich vor einem weiteren Zugangsanspruch im Gelegenheitsverkehr gesichert worden ist.

Zwischen der Betroffenen und der Beschwerdeführerin besteht ein langlaufender Vertrag über die Nutzung von Gleis 4 in Hamburg-Langenhofen, der bereits zur Netzfahrplanperiode 2017/2018 geschlossen wurde, so dass bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung durch die Beschwerdeführerin ein vertragliches Nutzungsrecht der Betroffenen bestand. Eine Eingriffsbefugnis der Beschlusskammer in dieses bereits bestehende vertragliche Nutzungsrecht über Art. 14 DVO besteht damit nicht.

II.3 Hinweis zu den Gebühren

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Geltendmachung der Gebühren erfolgt nach § 77 Abs. 1 S. 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 dieses 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 12.12.2019

Dr. Geers
Vorsitzender

Kirchhartz
Beisitzer

Krick
Beisitzer