



Beschlusskammer 10

BK10-21-0299_Z

öffentliche Fassung

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund der Unterrichtung durch

die DB Netz AG, Adam-Riese-Straße 11-13, 60327 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 06.10.2021 über die beabsichtigten Änderungen der Nutzungsbedingungen Netz (NBN 2023),

Hinzugezogene:

- 1) BeNEX GmbH, Burchardstraße 21, 20095 Hamburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- 2) DB Cargo AG, Rheinstraße 2, 55116 Mainz,
vertreten durch den Vorstand,
- 3) DB Fernverkehr AG, Europa-Allee 78-84, 60486 Frankfurt am Main,
vertreten durch den Vorstand,
- 4) DB Regio AG, Europa-Allee 70-76, 60486 Frankfurt am Main,
vertreten durch den Vorstand,
- 5) Flex Bahndienstleistungen GmbH, Hainstraße 6, 04109 Leipzig,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- 6) FlixTrain GmbH, Birketweg 33, 80639 München,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- 7) KombiRail Europe B.V., Oudelandseweg 33, 3194 AR Hoogvliet – Rotterdam, König-
reich der Niederlande
vertreten durch die Geschäftsführung,
- 8) Land Thüringen,
vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft, Werner-Seelenbin-
der-Straße 8, 99096 Erfurt,

- 9) Land Berlin,
vertreten durch die Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz, Am Köllnischen Park 3, 10179 Berlin,
- 10) Land Brandenburg,
vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung, Henning-von-Tresckow-Straße 2-8, 14467 Potsdam,
- 11) Mofair e.V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin,
vertreten durch den Vorstand,
- 12) Netzwerk Europäischer Eisenbahnen (NEE) e.V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin,
vertreten durch den Vorstand,
- 13) NBE nordbahn Eisenbahngesellschaft mbH & Co. KG, Grüner Deich 15, 20097 Hamburg, vertreten durch die NBE nordbahn Eisenbahn-Verwaltungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,
- 14) ÖBB-Personenverkehr AG, Am Hauptbahnhof 2, 1100 Wien, Republik Österreich,
vertreten durch den Vorstand,
- 15) RDC Deutschland GmbH, Altonaer Poststraße 9, 22767 Hamburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- 16) Schweizerische Bundesbahnen AG, Hilfikerstraße 1, 3000 Bern 65, Schweizerische Eidgenossenschaft,
vertreten durch den Vorstand,
- 17) SNCF Voyages Deutschland GmbH, Georgenstraße 22, 10117 Berlin,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- 18) Transdev GmbH, Georgenstraße 22, 10117 Berlin,
vertreten durch die Geschäftsführung,
- 19) Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e. V. (VDV), Kamekestraße 37-39, 50672 Köln,
vertreten durch den Vorstand,
- 20) Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR, Augustastraße 1, 45879 Gelsenkirchen,
vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen zu 2):

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 2), 3) und 4):

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 6):

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 7):

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 8):

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 9) und 10):

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

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 und
den Beisitzer Dr. Johannes Arnade

am 17.11.2021

beschlossen:

1. Die beabsichtigte Neufassung von Abschnitt 4.4.1 h) Satz 2 des NBN-Haupttexts wird abgelehnt.

Die beabsichtigte Neufassung von § 5 Abs. 1 Satz 1 des Muster-Rahmenvertrags (Anlage 4.4.1 der NBN 2023) wird insoweit abgelehnt, als diese die Offenlegung (nur) der „wesentlichen“ Merkmale eines Rahmenvertrags und die Offenlegung zudem (nur) „auf Verlangen“ vorsieht.

Ferner wird die beabsichtigte Neufassung von § 5 Abs. 1 Satz 4 des Muster-Rahmenvertrags abgelehnt.

Die Ablehnungen werden mit der Vorgabe verbunden, dass die Betroffenen folgende Regelung in Ziffer 4.4.1. lit. h) des NBN-Haupttexts (am Ende) aufnehmen:

„Die DB Netz AG legt jeden abgeschlossenen Rahmenvertrag gegenüber allen Zugangsberechtigten offen. Die Offenlegung erfolgt zur Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in anonymisierter Form, d. h. ohne Benennung des Zugangsberechtigten.“

2. Die beabsichtigte Neufassung des Abschnitts 4.4.1 lit. f) des NBN-Haupttexts wird insoweit abgelehnt, als danach auf Schienengüterverkehrskorridoren im Sinne von Abschnitt 1.7.1 des NBN-Haupttexts durch rahmenvertraglich gebundene Schienenwegkapazitäten eine Höchstkapazität von 60 Prozent pro Strecke im Kontrollzeitraum von 2 Stunden gemäß Artikel 8 Absatz 2 Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 überschritten werden darf.
3. Die beabsichtigte Neufassung von Ziffer 4.4.3 lit. c) des NBN-Haupttexts wird insoweit abgelehnt, als die Zuteilungsspielräume über den Umfang der Konstruktionsspielräume in Ziffer 4.2.1.6 des NBN-Haupttexts hinausgehen.

4. Die beabsichtigte Neufassung der Abschnitte 1, 2 und 3 der Anlage 4.6.2 der NBN zu Nutzungsvorgaben für die überlasteten Strecken 6107 Berlin Hbf (tief) – Berlin-Spandau Ost, 6132 Berlin Südkreuz – Großbeeren Süd, 6134 Berlin Hbf (tief) – Berlin Südkreuz, 6170 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin-Gesundbrunnen, 6171 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin Südkreuz wird abgelehnt.
5. Die beabsichtigte Neufassung der Abschnitte 2 und 3 der Anlage 4.6.2 der NBN zu Nutzungsvorgaben für den als überlastet erklärten Schienenweg Hamburg Hbf sowie für die überlastet erklärten Strecken 2200 Hamburg-Harburg – Hamburg Hbf und 6100 Hamburg Hbf – Hamburg Rainweg wird abgelehnt.
6. Die beabsichtigte Neufassung der Abschnitte 3, 4 und 5 der Anlage 4.6.2 der NBN zu Nutzungsvorgaben für die überlastet erklärten Strecken 2600 Stolberg Hbf – Aachen Hbf und 2550 Aachen Hbf - Aachen West wird abgelehnt.
7. Die beabsichtigte Änderung in Abschnitt 7.3.1.2.4.5 des NBN-Haupttexts wird insoweit abgelehnt, als folgender Satz eingeführt werden soll:

„Aus Sicherheitsgründen ist das Anbringen zusätzlicher Verteiler an den Elektranten als unsachgemäße Nutzung untersagt.“
8. Die beabsichtigten Änderungen in den Abschnitten C.5.2 und C.6.2 der Technischen Nutzungsbedingungen zur verpflichtenden Ausrüstung von Fahrzeugen mit störfesten GSM-R-Funkmodulen werden insoweit abgelehnt, als diese Änderungen im Zeitraum bis zum Netzfahrplanwechsel 2024/2025 auch für die Nutzung der im Folgenden aufgeführten Streckenabschnitte gelten sollen:
 - 5420 Lindau-Reutin Grenze – Lindau-Reutin
 - 5421 Lindau-Reutin – Lindau-Aeschach
 - 5362 Lindau-Aeschach – Hergatz
 - 4560 Hergatz – Kißlegg
 - 4550 Kißlegg – Leutkirch
 - 4570 Leutkirch – Memmingen Streckenübergang
 - 5400 Memmingen Streckenübergang – Memmingen
 - 5360 Memmingen – Buchloe
 - 5520 Buchloe – München-Pasing
 - 5580 München Pasing West – München Pasing
 - 5504 München Pasing – München Hbf
 - 5500, 5501, 5503 (inkl. der Verbindungsstrecken 5519, 7931, 5524) zwischen München Pasing und München Hbf

Die Ablehnung wird mit der Vorgabe verbunden, folgende Regelung in die NBN aufzunehmen:

„Die DB Netz AG wird frühestens ab dem 15.08.2022 eine Kundenabfrage durchführen. Diese wird sie über eine Kundeninformation einleiten. Die Zugangsberechtigten haben die Möglichkeit darzulegen, dass und weshalb die nach Abschnitten C.5.2 und C.6.2 geforderte Umrüstung bis zum 11.12.2022 objektiv nicht möglich sei, wie viele Fahrzeuge bzw. welche Strecken betroffen seien und welche Auswirkungen dies auf ihre wirtschaftliche Tätigkeit bzw. ihre Existenz habe. Die DB Netz AG und die BNetzA sind berechtigt, zur Nachprüfung der Darlegungen weitere Anforderungen zu stellen und Dokumente zur Plausibilisierung der Aussagen zu verlangen.“

Den Betroffenen wird auferlegt, der Bundesnetzagentur die Ergebnisse der vorgenannten Kundenabfrage mitsamt etwaig eingereichter Unterlagen bis spätestens zum 30.09.2022 vorzulegen.

Inhaltsverzeichnis

I Sachverhalt.....	7
II Gründe	8
II.1 Prüfungsgegenstand	8
II.2 Formelle Rechtmäßigkeit	8
II.3 Materielle Rechtmäßigkeit.....	11
II.3.1 Ziffer 1 des Tenors: Offenlegung von Rahmenverträgen.....	11
II.3.1.1 Beabsichtigte Änderung	11
II.3.1.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht	12
II.3.1.2.1 Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 DVO (EU) 2016/545	12
II.3.1.2.1.1 Informationen im ISR keine ausreichende Rahmenkapazitätserklärung.....	13
II.3.1.2.1.2 Allgemeine Art jedes geschlossenen Rahmenvertrags nicht veröffentlicht	15
II.3.1.2.2 Verstoß gegen § 49 Abs. 8 ERegG.....	15
II.3.1.3 Ermessensausübung.....	18
II.3.2 Ziffer 2 des Tenors: Höchstgrenze für Rahmenverträge (Abschnitt 4.4.1 lit. f) der NBN).....	20
II.3.2.1 Beabsichtigte Änderung	20
II.3.2.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht	20
II.3.2.2.1 Rechtliche Vorgaben zur Kapazitätsvorhaltung.....	21
II.3.2.2.2 Bedarf nach nicht rahmenvertraglich gebundenen Kapazitäten auf Schienengüterverkehrskorridoren	24
II.3.2.2.3 60 Prozent als zulässige Höchstgrenze auf Schienengüterverkehrskorridoren	29
II.3.2.3 Ermessensausübung.....	30
II.3.3 Ziffer 3 des Tenors: Zuteilungsspielräume bei der Vergabe von Rahmenverträgen (Ziffer 4.4.3 lit. c) der NBN).....	32
II.3.3.1 Beabsichtigte Änderung	32
II.3.3.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht	32
II.3.3.3 Ermessensausübung.....	37
II.3.4 Ziffer 4 des Tenors: Vorrangkriterien Berlin (Anlage 4.6.2 der NBN)	38
II.3.4.1 Beabsichtigte Änderung	39
II.3.4.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht	40
II.3.4.3 Ermessensausübung.....	44
II.3.5 Ziffern 5 und 6 des Tenors: Nutzungsvorgaben Aachen, Berlin, Hamburg (Anlage 4.6.2 der NBN).....	46
II.3.5.1 Beabsichtigte Neufassung.....	46
II.3.5.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht	48
II.3.5.2.1 Keine Maßnahme zur Erhöhung der Kapazität gemäß §§ 58, 59 ERegG	

II.3.5.2.2 Keine Vorrangregel gemäß § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG	51
II.3.5.3 Ermessensausübung.....	53
II.3.6 Ziffer 7 des Tenors: Elektranten (Abschnitt 7.3.1.2.4.5 der NBN)	54
II.3.6.1 Beabsichtigte Änderungen	54
II.3.6.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht	55
II.3.6.3 Ermessensausübung.....	58
II.3.7 Ziffer 8 des Tenors: Abschnitte C.5.2 und C.6.2 der TNB	59
II.3.7.1 Beabsichtigte Änderungen	59
II.3.7.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht	60
II.3.7.3 Ermessensausübung.....	61
III Keine Ablehnung / Hinweise	65
III.1 B.2.3 Ergänzende Anforderungen – hier: OLIA	65
III.2 Hinweis zur Unzulässigkeit eines gesonderten Entgeltes für die Einsichtnahme in Rahmenverträge	66
III.3 Hinweis zur Kündigung und Stornierung von Rahmenverträgen.....	67
III.4 Hinweis zu den Gebühren	67

I Sachverhalt

Die Betroffenen zu 1. ist eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG, die Betroffene zu 2. Ist eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der Betroffenen zu 1. Sie betreiben die beiden mit Abstand größten Schienennetze in der Bundesrepublik Deutschland.

Mit Schreiben vom 06.10.2021 haben die Betroffenen die Regulierungsbehörde über die beabsichtigten Änderungen der Nutzungsbedingungen Netz (NBN 2023) unterrichtet, in denen die Schienennetz-Nutzungsbedingungen und die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen enthalten sind. Den Zugangsberechtigten war zuvor zwischen dem 20.08.2021 und dem 20.09.2021 Gelegenheit gegeben worden, zu dem Entwurf der „NBN 2023“ Stellung zu nehmen.

Die angezeigten Änderungen berühren eine Vielzahl von Regelungen sowohl im Bereich des Haupttextes und der zugehörigen Anlagen als auch im Bereich des betrieblich-technischen bzw. netzzugangsrelevanten Regelwerks der Betroffenen. Wesentliche Änderungen betreffen u. a. die Einführung von Rahmenverträgen zur Absicherung von Kapazitäten über zwei Netzfahrplanperioden, die Einführung von Nutzungsvorgaben auf den überlasteten Schienenwegen (ÜLS) in Hamburg, Berlin und Aachen sowie die Einführung einer Vorgabe, nach der die Nutzung des Schienennetzes der Betroffenen ausschließlich mit sog. gehärteten Funkgeräten erfolgen darf.

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

Mit Schreiben vom 15.10.2021 hat die Beschlusskammer den Betroffenen Fragen und Anmerkungen zu den beabsichtigten Änderungen übersandt. Die Antworten hierzu sind am 26.10.2021 bei der Beschlusskammer eingegangen.

Wesentliche Aspekte aus der schriftlichen Anhörung sind am 04.11.2021 auch im Rahmen eines per Videokonferenz durchgeführten Erörterungstermins erörtert worden. Hierzu gehörten insbesondere die Regelungen zu Rahmenverträgen, die Nutzungsvorgaben für überlastete Schienenwege, die verpflichtende Einführung gehärteter Zugfunkgeräte und Änderungen im Bereich der Serviceeinrichtungen.

Im Nachgang zur Videokonferenz haben die Betroffenen am 10.11.2021 weitere Stellungnahmen abgegeben und im Rahmen dessen noch einige Anpassungen ihrer beabsichtigten Änderungen vorgenommen.

Die Hinzugezogenen haben ihrerseits Stellungnahmen zu den beabsichtigten Änderungen der NBN abgegeben.

Mit Schreiben vom 15.10.2021 und 21.10.2021 sowie per E-Mail vom 15.11.2021 hat das Eisenbahn-Bundesamt zu beabsichtigten Änderungen Stellung genommen.

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

II Gründe

Die beabsichtigten Änderungen der NBN werden im tenorierten Umfang abgelehnt, wobei die Ablehnung zum Teil mit Vorgaben verbunden wird.

Die Rechtsgrundlage für die Ablehnung angezeigter Änderungen 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 von Schienennetz-Nutzungsbedingungen (SNB) und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (NBS) 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 SNB und von NBS zu unterrichten haben.

Die Entscheidung zum vorliegenden Prüfungsgegenstand (hierzu unter II.1) ergeht formell (hierzu unter II.2) und materiell (hierzu unter II.3) rechtmäßig.

II.1 Prüfungsgegenstand

Die vorliegende Prüfung erstreckt sich gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG (allein) auf die beabsichtigte Änderung von leistungsseitigen Komponenten der NBN sowie von Entgelten und Entgeltgrundsätzen für in Serviceeinrichtungen erbrachte Leistungen sowie für Zusatz- und Nebenleistungen. Der vorliegenden Prüfung unterfallen damit weder Regelungen, die bereits in gleicher Form in den NBN 2022 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 BK10-21-0300_E). Dementsprechend bestimmt § 72 Satz 4 ERegG, dass die Unterrichtungspflicht hinsichtlich der Schienennetz-Nutzungsbedingungen (SNB) und der Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (NBS) 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 NBN, die im hiesigen Verfahren nicht beanstandet werden, vgl. § 73 Abs. 2 Satz 4 ERegG.

II.2 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) dafür zuständig, die Einhaltung der Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen. Dazu gehört gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 BEVVG u. a. die Überwachung der Einhaltung des Eisenbahnregulierungsgesetzes.

Gemäß § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG entscheidet die Bundesnetzagentur durch Beschlusskammern. Für Maßnahmen nach § 73 ERegG ist nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur die Beschlusskammer 10, Eisenbahnen, zuständig.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 07.10.2021 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 21.10.2021 festgelegt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten. Die Hinzuziehungen sind ordnungsgemäß auf der Grundlage des § 77 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 ERegG erfolgt. Auf entsprechenden Antrag sind 20 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 zum Genehmigungsantrag 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 von diesen 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, Seite 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 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (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 vom 22.07.2014, Az. 6 B 50.13, Rn. 6 (juris), und des VG Köln, Urteil vom 10.06.2015, Az. 21 K 5400/14, Rn. 22 f. (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 im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) zuständigen Aufgabenträger gemäß § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG war daher nicht notwendig.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Sätze 1 und 2 ERegG). Auf die nach § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG in ihrem Ermessen stehende Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (in Präsenz) hat die Beschlusskammer verzichtet. Sie hat stattdessen einen Erörterungstermin per Videokonferenz durchgeführt. Bei der Ermessensabwägung können gemäß § 5 Abs. 1 des Gesetzes zur Sicherstellung ordnungsgemäßer Planungs- und Genehmigungsverfahren während der COVID-19-Pandemie (Plansicherstellungsgesetz) auch geltende Beschränkungen aufgrund der COVID-19-Pandemie und das Risiko der weiteren Ausbreitung des Virus einbezogen werden. Die Beschlusskammer hat sich vor dem Hintergrund der weiterhin bestehenden Pandemielage und in dem Bestreben nach einer Verhinderung der Ausbreitung (insbesondere der sogenannten Delta-Variante) des Coronavirus sowie aufgrund der hohen Anzahl an Beteiligten in diesem Verfahren dazu entschlossen, auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu verzichten. In die Ermessensabwägung wurde auch mit eingestellt, dass es aufgrund des umfassenden schriftlichen Austausches im Rahmen dieses Verfahrens nicht erforderlich erschien, über die Abhaltung einer Videokonferenz hinaus auch eine Präsenzveranstaltung durchzuführen. Die für die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sprechenden Vorteile einer direkten Rede und Gegenrede von Angesicht zu Angesicht werden durch die ersatzweise erfolgte Durchführung eines Erörterungstermins per Videokonferenz nach den bisherigen Erfahrungen kaum merklich geschmälert. Auch eine rein telefonische Teilnahme an der Videokonferenz stört den Verhandlungsablauf grundsätzlich nicht. Aufgrund des gesteigerten Interesses der Öffentlichkeit hat die Beschlusskammer eine Teilnahme der Öffentlichkeit ohne Rederecht ermöglicht.

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. Die Beschlusskammer hat zudem dem Eisenbahn-Bundesamt gemäß § 9 BEVVG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

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.3 Materielle Rechtmäßigkeit

Die Beschlusskammer lehnt gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG die von den Betroffenen am 06.10.2021 gemäß § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG mitgeteilten sowie im Nachgang zur Videokonferenz zum Teil modifizierten beabsichtigten Neufassungen zur Offenlegung von Rahmenverträgen (hierzu unter II.3.1), zur Höchstgrenze für die Vergaben von Rahmenverträgen (hierzu unter II.3.2) sowie zu den Zuteilungsspielräumen bei der Vergabe von Rahmenverträgen (hierzu unter II.3.3) jeweils in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ab und verbindet die Ablehnungen zum Teil mit Vorgaben. Weitere Ablehnungen betreffen die Einführung von Vorkriterien und betrieblichen Nutzungsvorgaben für überlastete Schienenwege in Berlin, Hamburg und Aachen (hierzu unter II.3.4 und II.3.5) sowie die Regelungen zur Nutzung von Elektranten (hierzu unter II.3.6) und die verpflichtende Einführung gehärteter Zugfunkgeräte (hierzu unter II.3.7).

II.3.1 Ziffer 1 des Tenors: Offenlegung von Rahmenverträgen

Die Beschlusskammer lehnt die Neufassung von Abschnitt 4.4.1 h) Satz 2 ab. Zudem lehnt die Beschlusskammer die Neufassung von § 5 Abs. 1 Satz 1 des Muster-Rahmenvertrags insofern ab, als dieser die Offenlegung der wesentlichen Merkmale eines Rahmenvertrags (nur „auf Verlangen“ vorsieht. Die Beschlusskammer lehnt ferner § 5 Abs. 1 Satz 4 des Muster-Rahmenvertrags („Soweit die einzelne Belegung von einem Zugang abgefragt wird, stellt die DB Netz AG die konkreten Zeitrahmen zur Verfügung.“) ab.

Die Beschlusskammer ordnet gegenüber den Betroffenen an, eine Regelung in die beabsichtigte Ziffer 4.4.1 lit. h) der NBN 2023 aufzunehmen, wonach sie die abgeschlossenen Rahmenverträge ohne Benennung der Rahmenvertragsinhaber offenlegt.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigten Regelungen (hierzu unter II.3.1.1) nicht den gesetzlichen Vorgaben genügen (hierzu unter II.3.1.2). Die Entscheidung der Beschlusskammer erfolgt nach pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu unter II.3.1.3).

II.3.1.1 Beabsichtigte Änderung

Bezüglich der Offenlegung von Inhalten der geschlossenen Rahmenverträge beabsichtigten die Betroffenen mit der ursprünglichen Unterrichtung folgende Regelungen aufzunehmen:

Ziffer 4.4.1 lit. h) NBN 2023:

„Die Rahmenkapazitätserklärung iSv Art. 3 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 inklusive einer Übersicht der durch Rahmenverträge gebundenen Kapazitäten pro Strecke und Kontrollzeitraum von 2 Stunden findet sich im veröffentlichten Infrastrukturregister der DB Netz (www.dbnetze.com/isr). Hiermit wird auch der Anspruch auf Offenlegung gemäß § 49 Absatz 8 ERegG abgedeckt.“

§ 5 des Muster-Rahmenvertrags:

„§ 5 Umgang mit Vertragsinformationen

(1) Die DB Netz AG ist als Betreiberin der Schienenwege verpflichtet, die wesentlichen Merkmale jedes Rahmenvertrages – unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – anderen Zugangsberechtigten auf Verlangen offen zu legen. Es gilt die Ziffer 4.4.1 h) der NBN.

[...]

Im Nachgang zum Erörterungstermin erklärten die Betroffenen in ihrer Stellungnahme vom 10.11.2021 (Seite 2), die Formulierung in § 5 des Muster-Rahmenvertrags nunmehr wie folgt abfassen zu wollen:

„§ 5 Umgang mit Vertragsinformationen

- (1) *Die DB Netz AG ist als Betreiberin der Schienenwege verpflichtet, die wesentlichen Merkmale jedes Rahmenvertrages – unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – anderen Zugangsberechtigten auf Verlangen offen zu legen. Im ISR stellt die DB Netz AG die kapazitive prozentuale Belastung des Streckenabschnittes mit Rahmenverträgen im Kontrollzeitraum von zwei Stunden zur Verfügung. Die Betrachtung wird vierteljährlich erneuert. Soweit die einzelne Belegung von einem Zugang abgefragt wird, stellt die DB Netz AG die konkreten Zeitrahmen zur Verfügung. Hiermit werden die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Rahmenvertragspartner gewahrt. Es gilt die Ziffer 4.4.1 h) der NBN.*

[...]

Mutmaßlich soll im vorletzten Satz anstelle des Wortes „Zugang“ das Wort „Zugangsberechtigter“ stehen.

Soweit aus der Stellungnahme ersichtlich ist, beabsichtigen die Betroffenen nicht, Ziffer 4.4.1 lit. h) des NBN-Haupttextes nachträglich zu ändern.

II.3.1.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht

Die beabsichtigten Regelungen des Muster-Rahmenvertrags verstoßen – auch in der zuletzt vorgelegten Fassung – gegen Art. 3 Abs. 3 der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 (DVO (EU) 2016/545, hierzu unter II.3.1.2.1). Die beabsichtigte Neufassung von Satz 2 des Abschnitts 4.4.1 h) der NBN und die beabsichtigten Regelungen des Muster-Rahmenvertrags verstoßen zudem gegen § 49 Abs. 8 ERegG (hierzu unter II.3.1.2.2).

II.3.1.2.1 Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 DVO (EU) 2016/545

Die beabsichtigten Regelungen der Betroffenen verstoßen gegen Art. 3 Abs. 3 der DVO (EU) 2016/545, weil die erforderlichen Angaben der Rahmenkapazitätserklärung oder zur allgemeinen Art geschlossener Rahmenverträge nicht vollumfänglich erbracht werden.

Gemäß Art. 3 Abs. 3 DVO (EU) 2016/545 nimmt der Infrastrukturbetreiber eine Rahmenkapazitätserklärung [nach Art. 3 Abs. 1] in die SNB auf oder verweist darin auf eine öffentliche Website, auf der diese Rahmenkapazitätserklärung oder zumindest die allgemeine Art jedes geschlossenen Rahmenvertrags einsehbar ist. Artikel 27 Absatz 1 der Richtlinie 2012/34/EU (RL 2012/34/EU) zu Gebühren und Sprachen der SNB gilt auch für die Rahmenkapazitätserklärung.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 DVO (EU) 2016/545 ist der Infrastrukturbetreiber verpflichtet, eine Rahmenkapazitätserklärung mit bestimmten Detail-Angaben zu erstellen.

Art. 3 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 lautet:

Der Infrastrukturbetreiber erstellt eine Rahmenkapazitätserklärung, die für jeden Streckenabschnitt pro Kontrollzeitraum und gegebenenfalls nach Art des Dienstes aufgeschlüsselt folgende Angaben enthält:

- a) *Die bereits zugewiesene Rahmenkapazität und die Anzahl der Zugtrassen;*

- b) Für Infrastruktur, für die bereits Rahmenverträge bestehen, die voraussichtlich noch verfügbare Kapazität für den Abschluss von Rahmenverträgen;
- c) Die für jeden Streckenabschnitt für Rahmenverträge verfügbare Höchstkapazität, falls anwendbar.

Dem Infrastrukturbetreiber stehen nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 DVO (EU) 2016/545 folgende Modalitäten zur Verfügung:

- Eine Aufnahme der Rahmenkapazitätserklärung unmittelbar in die SNB selbst oder
- eine Aufnahme eines Verweises in die SNB auf eine öffentliche Internetseite, auf der einsehbar ist
 - die Rahmenkapazitätserklärung oder
 - zumindest die allgemeine Art jedes geschlossenen Rahmenvertrags.

Aus dem 3. Erwägungsgrund der DVO (EU) 2016/545 wird deutlich, dass der Verordnungsgeber der Transparenz einen hohen Stellenwert beimisst:

„Potenzielle Antragsteller sind in Bezug auf die zugewiesene Rahmenkapazität und die voraussichtliche Restkapazität auf einer Strecke auf Transparenz angewiesen. Um einen hohen Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit Rahmenverträgen zu vermeiden, sollten potenzielle Antragsteller sich einen ersten Eindruck darüber verschaffen, wie wahrscheinlich es ist, dass ihre Anträge genehmigt werden. Deshalb sollten Infrastrukturbetreiber Rahmenkapazitätserklärungen in ihren Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlichen. In den Rahmenkapazitätserklärungen sollte, soweit dies relevant ist, differenziert werden, ob die Rahmenverträge für Güterzüge, Personenzüge oder beides gelten.“

Die beabsichtigte Regelung der Betroffenen in § 5 des Muster-Rahmenvertrags verstößt gegen die Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 DVO (EU) 2016/545, weil die Betroffenen weder eine Rahmenvertragserklärung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 in ihre SNB aufnehmen bzw. in ihren SNB auf eine öffentliche Internetseite verweisen, auf der die Rahmenkapazitätserklärung abrufbar ist (hierzu unter II.3.1.2.1.1), noch in ihren SNB auf eine öffentliche Internetseite verweisen, auf der zumindest die allgemeine Art jedes abgeschlossenen Rahmenvertrags abrufbar ist (siehe II.3.1.2.1.2).

II.3.1.2.1.1 Informationen im ISR keine ausreichende Rahmenkapazitätserklärung

Die von den Betroffenen derzeit beabsichtigten Informationen in ihrem Infrastrukturregister (ISR) genügen nicht den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 an eine Rahmenkapazitätserklärung, weil dieses jedenfalls die Angaben nach lit. a) und b) nicht in einer Detailtiefe enthält, die es potentiellen Antragstellern – seien es solche, die Rahmenverträge anmelden wollen, oder solche, die Zugtrassen zum jährlichen Netzfahrplan anmelden wollen – erlaubt, sich einen ersten Eindruck über die Wahrscheinlichkeit zu verschaffen, dass ihre Anträge genehmigt werden.

Zu Art. 3 Abs. 1 lit. a): Die Betroffenen beabsichtigen, lediglich die „kapazitative prozentuale Belastung des Streckenabschnitts mit Rahmenverträgen“ im Kontrollzeitraum von zwei Stunden zur Verfügung zu stellen. D. h. der Informationsgehalt würde sich darin erschöpfen, dass der Zugangsberechtigte erkennt: „Auf dem Streckenabschnitt zwischen Ort A und Ort B ist (beispielsweise) 65,7% der Kapazität bereits mit Rahmenverträgen belegt“. Zur Illustration kann auf den nachfolgend abgedruckten Screenshot „Bild 2 – ISR Viewer aktuell“ aus der

Stellungnahme der Betroffenen vom 26.10.2021, Seite 12, verwiesen werden mit dem Hinweis, dass gemäß Stellungnahme vom 10.11.2021 in der Spalte „Kapazitätsbindung (RV)“ anstelle eines Wertebereichs (z. B. „0 bis 25 %“) ein konkreter Wert stünde (z. B. „65,7 %“).

Abbildung 1 - beabsichtigte Darstellung im ISR

Sachdatenanzeige										
TEN Klassifizierung (Anzahl Objekte: 2)		Allgemein	Infrastruktur	Betrieb	ZZS	Energie				
Streckennummer	Streckenabschnitt	Von-Kilometer	Bis-Kilometer	Gleis	Länge Abschnittes [km]	Kapazitätsbindung (RV)	Betriebsverfahren	Notbrem		
<input type="checkbox"/>	1710	Großburgwedel - StrUeb_1710_1720_3	21,8 + 35	40,8 + 16	Gegengleis	19,0	über 25% bis 50%	FV-DB RII 408	nein	
<input type="checkbox"/>	1710	Großburgwedel - StrUeb_1710_1720_3	21,8 + 35	40,8 + 16	Richtungsgleis	19,0	über 25% bis 50%	FV-DB RII 408	nein	

Bild 2 - ISR Viewer „aktuell“

Sachdatenanzeige									
TEN Klassifizierung (Anzahl Objekte: 7)		Allgemein	Infrastruktur	Betrieb	ZZS	Energie			
Streckennummer	Streckenabschnitt	Von-Kilometer	Bis-Kilometer	Gleis	Länge Abschnittes [km]	Kapazitätsbindung (RV)	Betriebsverfahren		
<input type="checkbox"/>	3730	Hachenburg - Hattest	50,5 + 85	54,4 + 2	eingleisig	3,8	Details...	FV-DB RII 408	

Zeitraum	Kapazitätsbindung (RV)	Zuzahlen
<input type="checkbox"/>	0 bis 25%	6
<input type="checkbox"/>	25 bis 50%	2

Die schlichte Angabe eines Prozentwertes ist nicht geeignet, die Anforderung von Art. 3 Abs. 1 lit. a) der DVO (EU) 2016/545 zu erfüllen. Gemäß dieser Vorschrift ist die zugewiesene Rahmenkapazität anzugeben. Rahmenkapazität ist gemäß Art. 2 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 legaldefiniert als „die aufgrund eines Rahmenvertrags zugewiesene Fahrwegkapazität“. Der Begriff „Fahrwegkapazität“ „bezeichnet die Möglichkeit, für einen Teil des Fahrwegs für einen bestimmten Zeitraum beantragte Zugtrassen einzuplanen“ (Art. 2 erster Halbsatz DVO (EU) 2016/545 i. V. m. Art. 3 Nr. 24 RL 2012/34/EU), wobei der Begriff „Zugtrasse“ „die Fahrwegkapazität, die erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten verkehren kann“, bezeichnet (Art. 3 Nr. 27 RL 2012/34/EU). Aus dieser Begriffsdefinition-Verweiskette wird klar, dass eine Rahmenkapazität letztlich einen konkreten Zeit-Ort-Bezug haben muss. Diese Erkenntnis wird durch die Vereinbarung des Zeitrahmens gemäß Art. 7 Abs. 1 DVO (EU) 2016/545 gestützt, da der Begriff „Zeitraum“ „die in einem Rahmenvertrag festgelegte Periode, in der eine oder mehrere Zugtrassen im Rahmen des Verfahrens der Netzfahrplanerstellung zugewiesen werden sollen“, bezeichnet (Art. 2 Abs. 3 DVO (EU) 2016/545). Das Wort „Periode“ lehnt sich offenbar an die englischsprachige Fassung des Richtlinienartikels an, hätte aber auch „Zeitraum“ oder „Zeitspanne“ lauten können (passend zum Kontext der Regelung).

Vor diesem Hintergrund ist im Zusammenhang des Art. 3 Abs. 1 lit. a) DVO (EU) 2016/545 der konkrete Ort-Zeit-Bezug der bereits rahmenvertraglich gebundenen Kapazität bekanntzugeben. Eine prozentuale Angabe genügt nicht.

Darüber hinaus würde eine schlicht prozentuale Ausweisung der rahmenvertraglich gesicherten Kapazität es dem Zugangsberechtigten nicht ermöglichen zu erkennen, wo im Zeit-Wege-Diagramm konkret die Rahmenkapazitäten liegen. Er kann folglich nicht abschätzen, ob sich seine Wunsch-Rahmenvertragslage mit den Rahmenvertragskapazitäten überschneiden, d. h. mit ihnen konfliktieren würde, ob also ggf. die Gefahr besteht, dass sein Rahmenvertragsantrag in einem möglichen Streitentscheidungsverfahren gegen die bestehende Rahmenvertragskapazität verlieren würde. Somit würde eine Angabe der zugewiesenen Rahmenkapazitäten in

Form eines Prozentsatzes auch mit Erwägungsgrund Nr. 3 der DVO (EU) 2016/545 in Konflikt stehen.

Zu Art. 3 Abs. 1 lit. b): Spiegelbildlich zu der Vorgabe aus lit. a) fordert lit. b), dass die Rahmenkapazitätserklärung für Infrastrukturen, für die bereits Rahmenverträge bestehen, die voraussichtlich noch verfügbare Kapazität für den Abschluss von Rahmenverträgen enthält. Die Ausführungen der Beschlusskammer zu lit. a) gelten hier entsprechend, auf eine Wiederholung der Argumentation zu lit. a) wird daher verzichtet.

Vor diesem Hintergrund stellen die Informationen, die die Betroffenen über das ISR zu veröffentlichen beabsichtigen, keine Rahmenkapazitätserklärung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 dar.

II.3.1.2.1.2 Allgemeine Art jedes geschlossenen Rahmenvertrags nicht veröffentlicht

Die beabsichtigte Regelung erfüllt zudem auch nicht die Vorgabe des Art. 3 Abs. 3 zweite Alternative, zweiter Fall der DVO (EU) 2016/545, da die allgemeine Art der geschlossenen Rahmenverträge ebenfalls nicht veröffentlicht wird.

Die allgemeine Art eines jeden Rahmenvertrags bezeichnet Angaben zu den konkret abgeschlossenen Rahmenvertragskapazitäten. Art. 3 Abs. 3 zweite Alternative, zweiter Fall DVO (EU) 2016/545 regelt zunächst nicht ausdrücklich, welche Angaben konkret unter die allgemeine Art eines jeden Rahmenvertrags zu subsumieren sind. In einer Negativabgrenzung kann rückgeschlossen werden, dass die Veröffentlichung des Muster-Rahmenvertrages insoweit nicht ausreichend ist, weil dieser bereits nach Art. 27 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. Anhang IV Nr. 7 der RL 2012/34/EU (bzw. § 19 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Anlage 3 Nr. 7 ERegG) Bestandteil der SNB zu sein hat. Zudem enthielte der Muster-Rahmenvertrag keine Angaben zu „jedem geschlossenen Rahmenvertrag“. Die Veröffentlichung der Rahmenverträge nach Art. 3 Abs. 3 der DVO (EU) 2016/545 muss demgegenüber einen Mehrwert erzeugen. Dieser besteht darin, den Zugangsberechtigten über die konkret vereinbarten Rahmenkapazitäten zu informieren. Die allgemeine Art eines jeden Rahmenvertrags wird mithin durch seinen Gegenstand (Bezugslinie, Zeitrahmen, Laufzeit) charakterisiert. Der gemäß Art. 3 Abs. 1 DVO (EU) 2016/545 unter Verweis auf Art. 42 Abs. 7 der RL 2012/34/EU zu gewährleistende Schutz der Geschäftsgeheimnisse wird dadurch sichergestellt, dass die Namen der Rahmenvertragsinhaber nicht veröffentlicht werden, d. h. ausgelassen oder geschwärzt werden. Der Unterschied zur Rahmenkapazitätserklärung nach Art. 3 Abs. 1 DVO (EU) 2016/545 ist darin zu sehen, dass die geschlossenen Rahmenverträge nach Art. 3 Abs. 3 zweite Alternative, zweiter Fall DVO 2016/545 nicht auf die betroffenen Strecken zu beziehen sind.

II.3.1.2.2 Verstoß gegen § 49 Abs. 8 ERegG

Die Regelung in Satz 2 des Abschnitts 4.4.1 h) der NBN und § 5 des Muster-Rahmenvertrages verstoßen zudem gegen § 49 Abs. 8 ERegG, weil erstens nur die wesentlichen Inhalte von Rahmenverträgen offengelegt werden sollen und zweitens die Offenlegung nur auf besondere Anfrage gegenüber einzelnen Zugangsberechtigten erfolgt. Drittens erfüllt die Veröffentlichung der Rahmenkapazitätserklärung nicht die Vorgaben von § 49 Abs. 8 ERegG.

Dabei ist § 49 Abs. 8 ERegG zunächst grundsätzlich anwendbar.

Deklaratorisch erinnert § 49 Abs. 9 ERegG daran, dass § 49 Abs. 1 bis 8 nicht anzuwenden sind, insoweit die DVO (EU) 2016/545 eine inhaltsgleiche oder entgegenstehende Regelung trifft. § 49 Abs. 8 ERegG betrifft die Offenlegung von Rahmenvertragsinhalten unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Art. 3 Abs. 1 bis 3 der DVO (EU) 2016/545 betrifft ebenfalls dieses Thema und könnte daher als vorrangig anwendbares Recht anzusehen sein.

Art. 3 Abs. 1 bis 3 DVO (EU) 2016/545 regelt die Veröffentlichung von Inhalten von Rahmenverträgen. Je nachdem, ob eine Rahmenkapazitätserklärung erstellt oder die allgemeine Art eines jeden Rahmenvertrags veröffentlicht wird, sind die Inhalte mehr oder weniger stark aufbereitet und detailliert zur Verfügung zu stellen.

§ 49 Abs. 8 ERegG regelt hingegen nicht die Veröffentlichung von Vertragsinhalten, sondern der Verträge selbst, und trifft damit eine eigenständige Regelung, die den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 bis 3 DVO (EU) 2016/545 auch nicht entgegensteht. Denn: Die Varianten der Veröffentlichung von Rahmenkapazitätserklärungen oder Inhalten von Rahmenverträgen, die Art. 3 Abs. 1 bis 3 DVO (EU) 2016/545 vorgeben, bleiben hinter den Anforderungen von § 49 Abs. 8 ERegG zurück oder betreffen eine anders aufzubereitende Veröffentlichung.

Dies gilt zunächst mit Blick auf die Veröffentlichung von Rahmenkapazitätserklärungen. Rahmenkapazitätserklärungen sind streckenspezifisch aufbereitete Informationen zur rahmenvertraglichen Bindung von Kapazität. Hierzu ist die Veröffentlichung der Rahmenverträge wesensverschieden und stellt lediglich eine weitere Transparenzvorgabe dar. Die weitere Transparenz steht auch den Zielen der europarechtlichen Vorgabe nicht entgegen.

Dies gilt aber auch mit Blick auf die Veröffentlichung der allgemeinen Art eines jeden Rahmenvertrags. Wenn und soweit nur die allgemeine Art eines jeden Rahmenvertrags zu veröffentlichten ist, sind jeweils nur Vertragsinhalte bereit zu stellen. Hierzu stellt § 49 Abs. 8 ERegG ebenfalls eine – die Ziele der europäischen Vorgabe stützende – strengere Vorgabe dar, da die vollständigen Verträge bereitzustellen sind.

Diese strengeren Anforderungen des § 49 Abs. 8 ERegG erfüllen die Betroffenen nicht.

Gemäß § 49 Abs. 8 ERegG ist jeder Rahmenvertrag allen Zugangsberechtigten offenzulegen.

§ 49 Abs. 8 ERegG lautet im Wortlaut:

„Unter Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist jeder Rahmenvertrag allen Zugangsberechtigten offenzulegen; § 4 gilt entsprechend. Dies kann auch durch die Einstellung auf die Internetseite des Betreibers der Schienenwege erfolgen.“

Ausweislich der Begründung zum Entwurf des § 49 Abs. 8 ERegG (BT-Drs. 18/8334, Seite 210) stand der Transparenzgedanke dabei ganz zentral im Fokus:

„Zur Herstellung von Transparenz für die Zugangsberechtigten sollen Rahmenverträge offengelegt werden. Die Offenlegung soll die Belegung einzelner Bandbreiten für die Zugangsberechtigten darstellen, um ihnen eine bessere Planung zukünftiger Anträge zu ermöglichen. Eine Offenlegung der konkreten Geschäftspartner des Betreibers der Schienenwege ist nicht erforderlich (z. B. Anbieter (anonymisiert) belegt Bandbreite von X nach Y mit Abfahrt 8:10 und Ankunft 9:30 Uhr). Zur Vermeidung von Bürokratiekosten kann die Veröffentlichung durch die Einstellung in das Internet erfolgen.“

Der Entwurfsverfasser sprach noch von „Bandbreiten“; dieser Begriff ist durch die letzte Änderung des ERegG in „Zeitrahmen“ geändert worden. Gemäß der Begründung ist es nicht entscheidend, den konkreten Zugangsberechtigten – den Rahmenvertragsinhaber – zu erkennen, wohl aber die mit Zeitrahmen belegte Kapazität.

§ 49 Abs. 8 ERegG sieht weder vor, dass nur die „wesentlichen Merkmale jedes Rahmenvertrags“ (welche immer das sein mögen) offengelegt werden noch, dass die Offenlegung nur „auf Verlangen“ von Zugangsberechtigten erfolgt. Die Norm kennt derlei Einengungen nicht.

Im Grundsatz sind sämtliche Rahmenverträge – und damit sämtliche Vertragsinhalte (Vertragspartner, konkrete Rahmenkapazitäten, Laufzeit etc.) – allen Zugangsberechtigten offenzulegen. Begrenzt wird der Grundsatz nur von der Vorgabe, bei der Offenlegung die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Dieser Vorgabe wird Genüge getan, indem der Name des Rahmenvertragsinhabers geschwärzt wird, der Rahmenvertrag im Übrigen aber vollständig veröffentlicht wird, insbesondere die kapazitätsbezogenen Informationen wie konkrete Rahmenkapazitäten und die Vertragslaufzeit

Den Betroffenen ist nicht zu folgen, soweit sie im Erörterungstermin angegeben hat, dass aus ihrer Sicht auch die konkrete Bezugslinie ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen darstelle. Gegen diese Auffassung spricht zum einen die bereits zitierte Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung. Zum anderen finden sich vergleichbare Transparenzregelungen in §§ 52 Abs. 4 und 53 Abs. 1 ERegG, wobei auch dort jeweils konkrete Trassen – ggf. anonymisiert – offenzulegen sind. So spricht § 52 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 ERegG ausdrücklich davon, dass den Konfliktparteien die von den übrigen Zugangsberechtigten auf denselben Strecken beantragten Zugtrassen offenzulegen sind. § 53 Abs. 1 ERegG regelt sogar, dass der vorläufige Netzfahrplanentwurf auch Dritten offenzulegen ist, die zu etwaigen Auswirkungen des Netzfahrplans auf ihre Möglichkeiten zur Inanspruchnahme von Eisenbahnverkehrsdiensten in der betreffenden Netzfahrplanperiode Stellung nehmen möchten. In beiden Fällen erfolgt eine Offenlegung konkreter Trassen ohne Preisgabe der Identität der antragstellenden Partei (vgl. ausdrücklich: § 52 Abs. 4 Satz 3 ERegG). Dabei ist unerheblich, dass im Einzelfall aufgrund der Charakteristik einer Zugtrasse bzw. eines Rahmenvertrags mehr oder minder sichere Rückschlüsse auf die Identität der jeweiligen Partei gezogen werden können. Denn bei einer zu restriktiven Auslegung wird der Gesetzeszweck nicht erreicht, den Zugangsberechtigten eine bessere Planung ihrer künftigen Anträge zu ermöglichen. Hinzu kommt auch, dass die Schutzwürdigkeit der betreffenden Informationen eher gering ist. Die Notwendigkeit zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ergibt sich aus deren Relevanz im Wettbewerb mit anderen Unternehmen. Insoweit ist zutreffend, dass – insbesondere im Schienengüterverkehr – Rückschlüsse darauf möglich sind, welche Kunden mit einem Rahmenvertrag bedient werden sollen. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Information veröffentlicht würde (nach Abschluss des Rahmenvertrags) hat der Zugangsberechtigte, der den Vertrag abgeschlossen hat, seine Kapazität auf dem Eisenbahnnetz aber bereits gesichert und kann nicht durch den Verkehr eines anderen Unternehmens verdrängt werden, das den gleichen Service anbieten möchte. Ganz allgemein ist die Bedienung von Eisenbahnanschlüssen auch durch Inaugenscheinnahme möglich. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 13 Abs. 5 der Verordnung (EU) 913/2010 (VO (EU) 913/2010) hinzuweisen, wonach für die Tätigkeit der einzigen Anlaufstelle auf Schienengüterverkehrskorridoren ein Register zu führen ist, das allen Beteiligten zur freien Verfügung steht. In diesem Register sind die Daten der Antragstellung, die Namen der Antragsteller, die von ihnen eingereichten Unterlagen und zwischenzeitlich eingetretene Ereignisse aufzuführen. Das Register legt mithin die konkrete Verbindung zwischen Kapazitätszuweisung und Zugangsberechtigten offen. Auch insoweit hat der Gesetzgeber die Wertung getroffen, dass keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse vorliegen.

Indem die Betroffenen beabsichtigen, die konkreten rahmenvertraglich gesicherten Zeitrahmen nur mit ihren – nicht weiter beschriebenen – „wesentlichen“ Merkmalen und zudem nur auf Anfrage eines Zugangsberechtigten diesem zur Verfügung zu stellen, verstoßen sie gegen

die Vorgabe des § 49 Abs. 8 ERegG, weil dieser die Zurverfügungstellung aller Informationen ohne besondere Anfrage vorsieht. Indem sie in Abschnitt 4.4.1 h) regeln, dass durch die Veröffentlichung der (zudem unvollständigen) Rahmenkapazitätserklärung auch die Anforderungen des § 49 Abs. 8 erfüllt seien, liegt ein Verstoß gegen die Veröffentlichungspflicht von Rahmenverträgen vor.

II.3.1.3 Ermessensausübung

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. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. 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.

Die Ablehnung verfolgt zunächst einen legitimen Zweck. Ziel der in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ausgesprochenen gesetzlichen Ermächtigung ist es, dass die Bundesnetzagentur mit der Ablehnung beabsichtigter eisenbahnrechtswidriger Maßnahmen und der Verbindung der Ablehnung mit Vorgaben 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 Ablehnung der in § 5 des Muster-Rahmenvertrags beabsichtigten Regelungen, die eine Offenlegung bestimmter Rahmenvertrags-Informationen nur auf Verlangen von Zugangsberechtigten vorsehen, in Verbindung mit der Vorgabe gegenüber den Betroffenen, in ihren NBN eine Regelung aufzunehmen, wonach sie (zumindest) eine öffentliche Internetseite benennen, auf der sie die geschlossenen Rahmenverträge – mit Ausnahme der Nennung der Unternehmensnamen der Rahmenvertragsinhaber – veröffentlichen. Denn zur Unterstützung des Wettbewerbs auf der Schiene ist es geboten, dass sich Zugangsberechtigte vor Beantragung von Rahmenkapazitäten einen Eindruck darüber verschaffen können, wie wahrscheinlich es ist, dass ihr Antrag erfolgreich ist (vgl. bereits oben). Andernfalls entstünden vermeidbare Abstimmungsschleifen zwischen dem antragsstellenden Zugangsberechtigten, dem Betreiber der Schienenwege und ggf. den rahmenvertragsinhabenden Zugangsberechtigten.

Die Ablehnung ist zudem geeignet, um dieses Ziel durchzusetzen, weil sichergestellt wird, dass die in den Nutzungsbedingungen verkürzt dargestellten Informationspflichten nicht in Kraft treten.

Mildere Mittel zur Zielerreichung sind nicht erkennbar.

Die Ablehnung ist zudem auch verhältnismäßig. Es sind keine durchgreifenden Interessen der Betroffenen erkennbar, die gegen die Ablehnung der beabsichtigten Regelung sprechen würden. Insbesondere besteht kein Interesse an der Beibehaltung der beabsichtigten Regelung. Gleichwohl besteht sowohl aus Sicht der Betroffenen als auch aus Sicht der Nutzer ein durchgreifendes Regelungsinteresse. Aus diesem Grund hat sich die Beschlusskammer dazu entschieden, die Ablehnung mit der Vorgabe einer Regelung für die Nutzungsbedingungen zu verbinden.

Die Vorgabe ist ihrerseits ermessensgerecht.

Sie verfolgt zunächst ebenfalls das legitime Ziel der Förderung eines wirksamen Wettbewerbs. Die Offenlegung von geschlossenen Rahmenverträgen in dem o. g. Detailgrad – unabhängig von einer ausdrücklichen Anfrage von Zugangsberechtigten – ist zur Erreichung des genannten Ziels geeignet.

Die Vorgabe, geschlossene Rahmenverträge offenzulegen, erscheint zudem erforderlich, da andere Maßnahmen mit geringerer Eingriffsintensität nicht ersichtlich sind, um das Ziel zu erreichen. Die genannte Anordnung hätte entfallen können, wenn die Betroffenen von sich aus eine den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 entsprechende Rahmenkapazitätserklärung zu erstellen und in ihren SNB (bzw. auf einer in den SNB benannten öffentlichen Internetseite) aufzunehmen oder anderweitig offenzulegen beabsichtigt hätten. Ausweislich ihrer letzten Stellungnahme vom 10.11.2021, Satz 2, beharren sie jedoch darauf, die zugewiesenen Rahmenkapazitäten (und spiegelbildlich die nicht bereits mit Rahmenkapazitäten belegte Kapazität) lediglich als Prozentsatz der insgesamt verfügbaren Kapazität auszuweisen. Sie bleiben damit hinter den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 zurück. Solange die Betroffenen nicht über eine ordnungsgemäße Rahmenkapazitätserklärung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 verfügen, erscheint es der Beschlusskammer zielführend, die Betroffenen zu dem Mindestmaß an Veröffentlichung anzuhalten, das Art. 3 Abs. 3 der DVO (EU) 2016/545 und § 49 Abs. 8 ERegG beschreiben: die Offenlegung der Rahmenverträge unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, d. h. unter Nicht-Nennung der Namen der Rahmenvertragsinhaber. Auch wenn es für die Zugangsberechtigten mutmaßlich gegenüber der Darstellung in einer Rahmenkapazitätserklärung mühsamer sein mag, sich die für sie relevanten Informationen aus den veröffentlichten Rahmenverträgen herauszuziehen, so wird auf diese Weise immerhin ein Mindestmaß an Transparenz über die mit Rahmenverträgen belegte Kapazität ermöglicht.

Schließlich bestärkt auch eine sowohl die Interessen der Betroffenen als auch der Zugangsberechtigten berücksichtigende Abwägung der Zweck-Mittel-Relation die von der Bundesnetzagentur getroffene Entscheidung. Der Aufwand, der den Betroffenen zur Veröffentlichung der Rahmenverträge entsteht, ist recht überschaubar: Sie müssen nur alle Rahmenverträge – bereinigt um die Namen der Rahmenvertragsinhaber – zur Verfügung stellen (beispielsweise als PDF-Dateien zum Download, per E-Mail gegenüber jedem Zugangsberechtigte oder auf andere zielführende Art und Weise). Geringfügiger administrativer Aufwand entsteht zudem immer dann, wenn die bestehenden Rahmenverträge geändert wurden und eine veraltete Version durch eine neue Version zu ersetzen ist. Gegenüber diesem Aufwand steht das Interesse der Zugangsberechtigten an Einblick in die bestehenden Rahmenverträge, um sich einen Eindruck über die Kapazitätsbelegung bestimmter Strecken, auf denen sie das Erbringen von Verkehrsleistungen beabsichtigen, zu verschaffen. Gerade mit Blick auf die Intention der DVO (EU) 2016/545, Transparenz über die Kapazitätsbelegung zu erzeugen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 der DVO (EU) 2016/545), überwiegen die Interessen der Zugangsberechtigten gegenüber dem Interesse der Betroffenen.

Die Beschlusskammer hat sich zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit aber dagegen entschieden, (auch) eine Verbesserung der Rahmenkapazitätserklärung vorzugeben. Dabei hat die Beschlusskammer insbesondere berücksichtigt, dass zur Umsetzung einer entsprechenden Vorgabe erhebliche Umstellungen in der IT-Darstellung durch die Betroffenen vorzunehmen wären. Insbesondere mit Blick darauf, dass zunächst nur Rahmenverträge für eine Periode von zwei Jahren angeboten werden sollen und im Jahr zwei wegen des in § 49 Abs. 1 Satz 2 ERegG enthaltenen Verbots nur einjähriger Laufzeiten auch keine Rahmenverträge neu hin-

zukommen können, steht den Aufwänden bei den Betroffenen ein eher geringer Nutzen entgegen. Die Beschlusskammer weist jedoch darauf hin, dass die Veröffentlichung einer rechtmäßigen Rahmenkapazitätserklärung für künftige Nutzungsbedingungen an Relevanz gewinnen und dadurch eine andere Bewertung des Sachverhalts maßgeblich werden kann.

Die Regelung über die Offenlegung von Rahmenvertragsinformationen nur im Muster-Rahmenvertrag zu verorten, erscheint nicht naheliegend. Die Hauptregelungen zu den Rahmenverträgen finden sich im NBN-Haupttext; der Muster-Rahmenvertrag stellt dagegen nur eine Anlage zu letzterem dar. Entsprechend der grundsätzlichen Bedeutung dieser Transparenzbestimmungen für alle Zugangsberechtigten erscheint eine Verortung im NBN-Haupttext angemessen.

II.3.2 Ziffer 2 des Tenors: Höchstgrenze für Rahmenverträge (Abschnitt 4.4.1 lit. f) der NBN)

Die beabsichtigte Neufassung des Abschnitts 4.4.1 lit. f) des NBN-Haupttexts wird insoweit abgelehnt, als danach auf Schienengüterverkehrskorridoren im Sinne von Abschnitt 1.7.1 des NBN-Haupttexts durch rahmenvertraglich gebundene Schienenwegkapazitäten eine Höchstkapazität von 60 Prozent pro Strecke im Kontrollzeitraum von zwei Stunden gemäß Artikel 8 Abs. 2 DVO (EU) 2016/545 überschritten werden darf.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Neufassung des Abschnitts 4.4.1 lit. f) (hierzu unter II.3.2.1) teilweise nicht den gesetzlichen Vorgaben genügt (hierzu unter II.3.2.2). Die Entscheidung der Beschlusskammer ergeht im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu unter II.3.2.3).

II.3.2.1 Beabsichtigte Änderung

Die Betroffenen beabsichtigen, in Abschnitt 4.4.1 lit. f) eine Regelung aufzunehmen, nach der sie Rahmenverträge bis zu einer Höchstgrenze von 70 Prozent der Streckenkapazität vergeben.

„Der Rahmenvertrag darf die Nutzung des betreffenden Schienennetzes durch andere Zugangsberechtigte nicht ausschließen.

Die DB Netz AG lehnt daher den Abschluss von Rahmenverträgen ab, insofern durch deren rahmenvertraglich gebundene Schienenwegkapazitäten eine Höchstkapazität von 70 Prozent pro Strecke im Kontrollzeitraum von 2 Stunden gemäß Artikel 8 Absatz 2 Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 überschritten würde. Bei Überschreitungen der Höchstobergrenze findet das Entscheidungsverfahren nach Ziffer 4.4.3 e) entsprechend Anwendung. Auf Strecken, auf denen in den beiden zum Zeitpunkt der Rahmenvertragsanmeldung vorgelagerten Netzfahrplanperioden jeweils nur ZB der Verkehrsart SPNV Trassen genutzt haben, kann der o.g. Wert der Höchstkapazität bis zu 90 % betragen.

Die Methode zur Kapazitätsberechnung basiert auf den Festlegungen des UIC-Merkblatts 406 (siehe Anlage 4.4.1). Abweichungen sind in Einzelfällen zulässig, insofern eine starre Obergrenze eine markt- und kundengerechte Sicherung von Taktsystemen des SPNV verhindern könnte (z.B. auf eingleisigen Strecken).“

II.3.2.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht

Die beabsichtigte Änderung verstößt teilweise gegen § 49 Abs. 3 ERegG sowie gegen Art. 6 Abs. 1 lit. c), d) und g) der DVO (EU) 2016/545.

§ 49 Abs. 3 ERegG lautet:

„Der Rahmenvertrag darf die Nutzung des betreffenden Schienennetzes durch andere Zugangsberechtigte nicht ausschließen.“

Art. 6 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 lautet auszugsweise:

„1. Vor dem Abschluss eines neuen Rahmenvertrags oder der Ausweitung oder wesentlichen Erhöhung der Rahmenkapazität eines bestehenden Rahmenvertrags berücksichtigt der Infrastrukturbetreiber unter anderem die folgenden Punkte:

(...)

c) die Bedürfnisse der Fahrgäste, des Güterverkehrssektors und der Investoren, einschließlich staatlicher Stellen und anderer öffentlicher und privater Einrichtungen;

d) die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Infrastruktur unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit der entsprechenden Einrichtungen und der in diesen Einrichtungen erbrachten Leistungen, soweit dem Infrastrukturbetreiber diese Informationen mitgeteilt wurden;

(...)

g) die Kapazitätsanforderungen der internationalen Schienengüterverkehrskorridore gemäß Artikel 14 der Verordnung (EU) Nr. 913/2010;“

Die Betroffenen beabsichtigen gemäß Abschnitt 4.4.1 lit. f) der NBN, Rahmenverträge bis zu einer Höchstgrenze von 70 Prozent pro Strecke und pro Kontrollzeitraum von zwei Stunden zu vergeben, wobei die Berechnung nach einer in der Anlage 4.4.1 geregelten Methode in Anlehnung an das UIC-Merkblatt 406 erfolgen soll.

Die beabsichtigte Regelung verstößt teilweise gegen die genannten Rechtsvorschriften (hierzu unter II.3.2.2.1), weil der Kapazitätsbedarf nicht rahmenvertraglich gebundener (flexibler) Verkehre, insbesondere des Schienengüterverkehrs (SGV), auf den Schienengüterverkehrskorridoren 30 Prozent teils deutlich übersteigt (hierzu unter II.3.2.2.2) und daher auf diesen Korridoren die Vergabe von Rahmenverträgen nur bis zu einer Höchstgrenze von 60 Prozent pro Strecke und pro Kontrollzeitraum von zwei Stunden rechtlich erlaubt sind (hierzu unter II.3.2.2.3).

II.3.2.2.1 Rechtliche Vorgaben zur Kapazitätsvorhaltung

Gemäß § 49 Abs. 3 ERegG sowie Art. 6 Abs. 1 lit. c), d) und g) der DVO (EU) 2016/545 sind Betreiber der Schienenwege verpflichtet, einen ausreichenden Anteil der Kapazität für Zugangsberechtigte vorzuhalten, die keine Rahmenverträge beantragen. Dieses Gebot lässt sich zum einen dem § 49 Abs. 3 ERegG entnehmen. Die Begründung des Gesetzentwurfs zum damaligen § 49 Abs. 2 ERegG lautet:

„Absatz 2

Durch Rahmenverträge darf die Nutzung des Schienennetzes durch Dritte nicht ausgeschlossen werden, da sonst das Konzept des grundsätzlichen, diskriminierungsfreien Netzzugangs insgesamt gefährdet wäre. Nach bisher geltender Rechtslage (§ 13 Absatz 2 EIBV) können höchstens 75 Prozent der Schienewegkapazität eines Schienenweges für Rahmenverträge genutzt werden. Diese

Höchstgrenze wird im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU aufgehoben, um auch hier eine einheitliche Regelungsdichte innerhalb der EU zu erreichen. Konkretere Regelungen zu Rahmenverträgen können in einem Durchführungsrechtsakt nach Artikel 42 Absatz 8 der Richtlinie getroffen werden.“

Es wird deutlich, dass die Höchstgrenze für die Vergabe von Rahmenverträgen nach Ansicht des Gesetzgebers dem Ziel dient, für diejenigen Zugangsberechtigte, die keine Rahmenverträge nutzen, weiterhin den freien Netzzugang zu sichern. Diesen Rechtssatz haben auch die Betroffenen der beabsichtigten Neufassung des Abschnitts 4.4.1 lit. f) der NBN vorangestellt. Zudem wird aus der Begründung des Gesetzentwurfs deutlich, dass § 49 Abs. 3 ERegG bereits auf der abstrakten Regelungsebene, die dem Abschluss von Rahmenverträgen vorgelagert ist, Anwendung findet. Diesem Zweck diene ursprünglich die Höchstgrenze von 75 Prozent nach § 13 Abs. 2 der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV). Die Gegenauffassung würde nicht überzeugen, weil sie den freien Netzzugang als tragendes Prinzip der Eisenbahnregulierung in Frage stellen würde, wenn sie Rahmenverträge in nahezu beliebiger Größenordnung zuließe und spätere Anmeldungen auf die bereits erschöpften Kapazitäten verweisen würde. Der Gedanke einer Kapazitätsvorhaltung findet sich zudem auch in § 56 Abs. 3 ERegG. Dabei wird deutlich, dass der Gesetzgeber kurzfristigen Nutzungsbedürfnissen einen hohen Wert beimisst. Diese Wertung lässt sich auf die Vergabe von Rahmenverträgen übertragen, wie auch die Regelungen der DVO (EU) 2016/545 zeigen.

Das gleiche Ergebnis ergibt sich aus der Anwendung des Art. 6 Abs. 1 lit. c), d) und g) der DVO (EU) 2016/545. Der Betreiber der Schienenwege hat vor dem Abschluss eines Rahmenvertrages verschiedenen, in den einzelnen Buchstaben des Art. 6 Abs. 1 der DVO (EU) 2016/545 genannten Gesichtspunkten Rechnung zu tragen. Auch dabei gilt, dass diese Gesichtspunkte nicht nur für den Abschluss des einzelnen Rahmenvertrages gelten, sondern umso mehr dann zu berücksichtigen sind, wenn der Infrastrukturbetreiber abstrakte Regelungen in seine Nutzungsbedingungen aufnimmt. Eine andere Sichtweise würde gegen das Prinzip des *effet utile* verstoßen, weil der Infrastrukturbetreiber an seine Nutzungsbedingungen gebunden ist und Einzelverträge nur in Übereinstimmung mit den Nutzungsbedingungen ablehnen kann.

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. c) der DVO (EU) 2016/545 hat der Infrastrukturbetreiber unter anderem die Bedürfnisse des Güterverkehrssektors zu berücksichtigen. Dabei hat der Güterverkehrssektor oder zumindest der überwiegende Teil ein Interesse an möglichst kurzen Planungsvorläufen, um möglichst kurzfristig auf Marktbedürfnisse reagieren zu können und im intermodalen Wettbewerb gegenüber dem Straßenverkehr bestehen zu können. In geringerem Umfang hat der Güterverkehrssektor zudem ein Interesse an einer längerfristigen Kapazitätsabsicherung, wie sie durch Rahmenverträge ermöglicht werden kann. Die Regulierungspraxis zeigt jedoch, dass das Interesse an kurzen Planungsvorläufen deutlich überwiegt (dazu unter II.3.2.2.2).

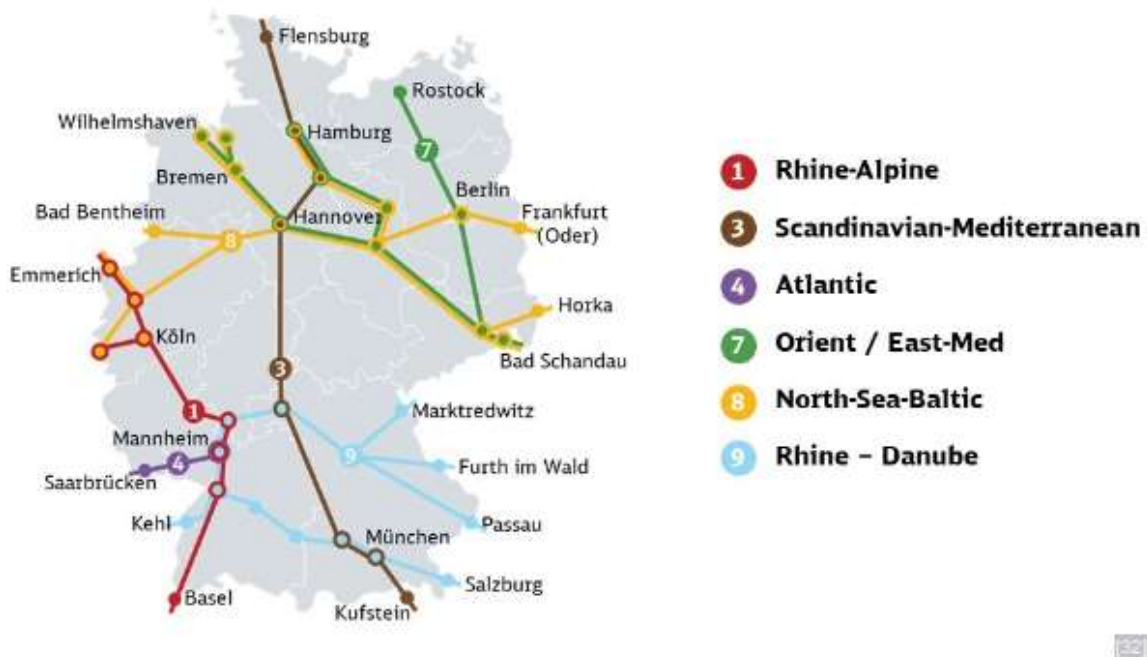
Gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. d) DVO (EU) 2016/545 ist zudem auch die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs bei der Vergabe von Rahmenverträgen zu berücksichtigen. Dazu gilt das bereits zu § 49 Abs. 3 ERegG Ausgeführte entsprechend.

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. g) DVO (EU) 2016/545 sind zudem die Kapazitätsanforderungen der internationalen Schienengüterverkehrskorridore nach Art. 14 der VO (EU) 913/2010 zu berücksichtigen. Der Begriff Kapazitätsanforderungen wird weder in der DVO (EU) 2016/545 noch in der VO (EU) 913/2010 definiert. Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass darunter nicht nur die konkreten, unter den beteiligten Betreibern der Schienenwege vereinbarten Korridortrassen zu verstehen sind, sondern der Kapazitätsbedarf des SGV im weiteren Sinne.

Dafür spricht wiederum der effet utile. Über die Schienengüterverkehrskorridore (siehe dazu die nachfolgende Abbildung, abgerufen unter https://fahrweg.dbnetze.com/fahrweg-de/kunden/international/europ_korridore/europ_korridore_allg-1393158) wird ein beachtlicher Anteil des europäischen Schienengüterverkehrs abgewickelt.

Abbildung 2 – SGV-Korridore in Deutschland

Von den 11 europäischen SGV-Korridoren verlaufen 6 durch Deutschland



Das Erfordernis einer Kapazitätsvorhaltung wird zudem im 2. Erwägungsgrund der DVO (EU) 2016/545 festgeschrieben. Er lautet:

„Die Infrastrukturbetreiber haben Kapazitätsreserven für das jährliche Verfahren zur Netzfahrplanerstellung vorzuhalten, um gemäß Artikel 14 Absatz 3 und Absatz 5 der Verordnung (EU) Nr. 913/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates [...] im Voraus vereinbarte Zugtrassen zu organisieren. Darüber hinaus müssen sie gegebenenfalls Kapazitätsreserven für Ad-hoc-Anträge gemäß Artikel 48 Absatz 2 der Richtlinie 2012/34/EU vorhalten. Ferner sollten Rahmenverträge der jährlichen Netzfahrplanerstellung gemäß Artikel 42 der Richtlinie 2012/34/EU nicht entgegenstehen. Deshalb sollten die Infrastrukturbetreiber diese Kapazitätsreserven zumindest einplanen und diese Beschränkungen berücksichtigen, bevor sie einen Teil der verbleibenden Kapazität durch Rahmenverträge zuweisen.“

Dies bestätigt das Ergebnis, dass Infrastrukturbetreiber Kapazitätsreserven bei der Vergabe von Rahmenverträgen für die späteren Anmeldungen berücksichtigen müssen. Der letzte Satz des Erwägungsgrundes spricht deutlich davon, dass Infrastrukturbetreiber die späteren Kapazitätsanforderungen bedenken und ggf. beziffern müssen, bevor sie für „einen Teil der verbleibenden Kapazität“ Rahmenverträge vergeben.

Demnach stehen § 49 Abs. 3 ERegG sowie Art. 6 Abs. 1 der DVO einer Höchstkapazitätsregelung in den NBN entgegen, soweit Zugangsberechtigten, die nicht rahmenvertraglich gebundene Trassen nachfragen, aufgrund dieser Höchstgrenze Kapazitäten in spürbarem Umfang vorenthalten werden.

Darüber hinaus ist Art. 8 Abs. 2 der DVO (EU) 2016/545 nicht zu entnehmen, dass eine Höchstgrenze von 70 Prozent in jedem Fall den Vorgaben der DVO (EU) 2016/545 entspricht. Deren Art. 8 Abs. 2 lautet:

„Weist der Infrastrukturbetreiber Rahmenkapazität von bis zu 70 % der Höchstkapazität innerhalb eines beliebigen Kontrollzeitraums auf einer Strecke zu, so kann er sich gegen die Anwendung von Artikel 9 Absätze 3 bis 6, Artikel 10 und Artikel 11 Absatz 1 in Bezug auf diese Kontrollzeiträume entscheiden. Die Höchstkapazität wird auf der Grundlage der bestehenden und geplanten Zugfolgen und der geschätzten Anzahl der Züge auf der betreffenden Strecke berechnet.“

Der Infrastrukturbetreiber veröffentlicht für die Zwecke dieses Absatzes seine Methode zur Berechnung der Höchstkapazität in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen.“

Ausweislich des Wortlauts der Durchführungsverordnung ist die Höchstgrenze von 70 Prozent lediglich Voraussetzung dafür, dass die im Einzelnen genannten Regelungen der DVO (EU) 2016/545 keine Anwendung finden. Diese Regelung steht wiederum unter dem Vorbehalt des Art. 8 Abs. 3 der DVO (EU) 2016/545. Danach können die Mitgliedsstaaten dann, wenn sie sich für eine Genehmigungspflicht der abzuschließenden Rahmenverträge entscheiden, von der Anwendung des Art. 8 Abs. 2 der DVO (EU) 2016/545 absehen. Von dieser Möglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland durch §§ 49 Abs. 2, Abs. 3 und 49a ERegG Gebrauch gemacht. Aus diesem Grund entspricht eine Höchstgrenze von 70 Prozent für die Vergabe von rahmenvertraglichen Kapazitäten nicht per se der DVO (EU) 2016/545. Es liegt vielmehr der Schluss nahe, dass im Falle der Genehmigung von Rahmenverträgen durch die Regulierungsbehörde die Höchstgrenze und deren Anwendung durch die Regulierungsbehörde zu überwachen sind. Selbst wenn man das anders sehen würde, wäre der Infrastrukturbetreiber in jedem Fall an die Berücksichtigung der in Art. 6 der DVO (EU) 2016/545 genannten Punkte gebunden. Aus dem Grund würde es auch nicht überzeugen, wenn die Europäische Kommission eine einheitliche Höchstgrenze für die gesamte Europäische Union vorgeben würde. Die Schienennetze der Mitgliedsstaaten weisen in ihrem Ausbaustandard und der Nutzungsintensität gravierende Unterschiede auf, die von einer einheitlichen Höchstgrenze zwangsweise negiert würden.

II.3.2.2.2 Bedarf nach nicht rahmenvertraglich gebundenen Kapazitäten auf Schienengüterverkehrskorridoren

Der Bedarf nach nicht rahmenvertraglich gesicherten Kapazitäten auf Schienengüterverkehrskorridoren übersteigt teils deutlich die Schwelle der bei Geltung der beabsichtigten Höchstkapazitätsgrenze rechtlich gesicherten Restkapazität von 30 Prozent.

Dabei ist die Höchstgrenze von 70 Prozent nicht eins zu eins mit einer verbleibenden Kapazität von 30 Prozent gleichzusetzen, weil das Berechnungsverfahren einerseits die Trassennachfrage „verdichtet“ und andererseits Qualitätspuffer vorsieht. Selbst bei Berücksichtigung dieser Umstände übersteigt der Bedarf nach nicht rahmenvertraglich gebundenen Kapazitäten auf den Schienengüterverkehrskorridoren jedoch die von den Betroffenen vorgesehene Höchstgrenze deutlich.

Im Gegensatz zu den Betroffenen liegen der Bundesnetzagentur – trotz Aufforderung an die Betroffenen, entsprechendes Zahlenmaterial vorzulegen (s. u.) – keine umfassenden Angaben zur Kapazitätsauslastung auf dem Schienennetz der Betroffenen sowie deren Verteilung auf die Verkehrsarten vor. Die Bundesnetzagentur geht jedoch davon aus, dass insbesondere auf den Schienengüterverkehrskorridoren deutlich mehr als 30 Prozent der Kapazität durch den Schienengüterverkehr in Anspruch genommen werden können. Dazu hat die Bundesnetzagentur die ihr vorliegenden Auswertungen herangezogen, die die Betroffenen im Rahmen von Plänen zur Erhöhung der Schienenwegkapazität erstellt haben.

Für die überlasteten Streckenabschnitte Offenburg-Gundelfingen und Leutersberg-Weil am Rhein haben die Betroffenen einen Entwurf des Plans zur Erhöhung der Schienenwegkapazität veröffentlicht. Die Strecke wird auch als Rheintalbahn bezeichnet und weist eine hohe Belegung mit Zügen des SGV auf. Sie ist Teil des SGV-Korridors Rhine-Alpine. Seite 17 des Dokuments enthält eine Auswertung der gegenwärtigen Streckenbelegung:

Abbildung 3 – Darstellung der Betroffenen zur gegenwärtigen Streckenbelegung Offenburg - Weil

3.1 Gegenwärtige Verkehre

In der folgenden Tabelle sind die Zugzahlen aus dem Kapitel 2.3.3 dargestellt. Sie enthält Zugzahlen vom Donnerstag, 18.06.2020 mit Zugfahrten des Netzfahrplans und des Gelegenheitsverkehrs.

Streckenabschnitt	Anzahl Züge (Summe beider Richtungen) ¹				Gesamt
	SPFV	SPNV	SGV	Sonstige ²	
4000 Offenburg - Denzlingen	62	90	201	5	358
4000 Denzlingen - Gundelfingen	62	162	201	5	430
4000 Leutersberg - Müllheim	60	87	222	1	370
4000 Müllheim - Schliengen Nord	60	71	215	1	347
4000 Schliengen Nord - Haltingen ³	0	71	40	0	111
4000 Haltingen - Weil am Rhein	60	71	197	2	330

¹) Quelle: DB Netz AG, Die Angaben berücksichtigen Verkehre des Netzfahrplans sowie des Gelegenheitsverkehrs im Jahr 2020 (Stand KW25/2020)

²) z.B. Triebfahrzeugfahrten und Leerreisezüge

³) Die Mehrzahl der Züge befährt den Katzenbergtunnel

Die Tabelle verdeutlicht, dass der SGV den größten Teil der Kapazität in Anspruch nimmt. Rechnerisch entfallen je nach Abschnitt zwischen 46 und 62 Prozent der Nutzungen auf den SGV, wenn man die „Sonstigen Nutzungen“ unberücksichtigt lässt. Lediglich der Abschnitt zwischen Schliengen Nord und Haltingen weist einen geringeren Anteil auf, was allerdings auf den bereits abgeschlossenen viergleisigen Ausbau durch den Katzenbergtunnel zurückzuführen ist.

Auch auf der Strecke Wunstorf-Minden zeigt sich ein ähnliches Bild: Die Strecke ist Teil des SGV-Korridors North Sea-Baltic. Der Plan zur Erhöhung der Fahrwegkapazität vom 13.08.2020 enthält auf Seite 17 die folgenden Angaben zur Streckenbelegung:

Abbildung 4 – Darstellung der Betroffenen zur gegenwärtigen Streckenbelegung Wunstorf - Minden

3.1 Gegenwärtige Verkehre

In der Fahrplanperiode 2020 wurden an einem verkehrsstarken Wochentag (Freitag, 14.02.2020) im Tageszeitraum (6-22 Uhr) folgende Verkehrsmengen auf den als überlastet erklärten Streckenabschnitten ermittelt (Netzfahrplan- und Gelegenheitsverkehr).

Streckenabschnitt	Anzahl Züge (6-22 Uhr) in Summe beider Richtungen ¹			
	SPFV	SPNV	SGV ²	Gesamt
1700 Wunstorf - Haste	83	78	86	247
1700 Haste - Stadthagen	83	78	85	246
1700 Stadthagen - Minden Gbf	84	78	90	252
1700 Minden Gbf - Minden Pbf	84	58	43	185

¹⁾ Quelle: DB Netz AG, Stand Februar 2020

²⁾ In den Zahlen des SGV sind bereits Triebfahrzeugfahrten enthalten

Auch hier liegt der Anteil des SGV in den Abschnitten zwischen Wunstorf und Minden bei jeweils ca. 35 Prozent. Lediglich in dem kurzen Abschnitt Minden Gbf – Minden Pbf beträgt der Anteil des SGV nur 23 Prozent.

Ein ähnliches Bild ergibt sich für den überlasteten Abschnitt Viersen-Kaldenkirchen. Die Strecke weist zwei eingleisige Abschnitte auf, die die verfügbare Kapazität begrenzen. Sie ist nicht Bestandteil eines SGV-Korridors, liegt jedoch zwischen den Strecken des Rhine-Alpine-Korridors und weist eine erhebliche Bedeutung für Umleiterverkehre auf. Der Plan zur Erhöhung der Fahrwegkapazität vom 15.11.2019 enthält die folgenden Angaben:

Abbildung 5 – Darstellung der Betroffenen zur gegenwärtigen Streckenbelegung Viersen - Kaldenkirchen

3.1 Gegenwärtige Verkehre

Bei den Zugzahlen für die gegenwärtigen Verkehre wird zwischen Zeiträumen mit und ohne SGV-Umleitungsverkehre unterschieden.

Für den Zeitraum mit Umleitungsverkehren wurde an dem Referenztag (Donnerstag, 01.08.2019) in der Fahrplanperiode 2019 folgende Verkehrsmenge für den als überlastet erklärten Schienenweg ermittelt:

Abschnitt	Anzahl Züge (Summe beider Richtungen)			
	SPFV	SPNV	SGV	Gesamt
Viersen - Kaldenkirchen Gr	0	41	107	148

Für Zeiträume ohne Umleitungsverkehre wurde folgende Verkehrsmenge ermittelt:

Abschnitt	Anzahl Züge (Summe beider Richtungen)			
	SPFV	SPNV	SGV	Gesamt
Viersen - Kaldenkirchen Gr	0	41	47	88

In Zeiträumen ohne Umleiterverkehre beträgt der Anteil des SGV rund 53 Prozent. Sofern Umleiterverkehre durchgeführt werden, steigt der Anteil auf bis zu 72 Prozent.

Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass die dargestellten Streckenabschnitte mit einer hohen Nutzung durch den SGV keine Einzelfälle sind. Beispielsweise wird der Streckenabschnitt Gemünden-Würzburg als Bestandteil des SGV-Korridors Scandinavian – Mediterranean ebenfalls eine sehr hohe Auslastung durch den SGV aufweisen, weil sich dort mehrere Güterverkehrsströme überlagern. Die Bundesnetzagentur kann dafür nur deshalb keine konkreten Zugzahlen angeben, weil sie durch die Betroffenen trotz der Überlastungssituation nicht veröffentlicht worden sind.

Es ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit absehbar, dass allein der SGV keine oder nur in geringem Umfang Rahmenverträge beantragen wird. Dies entspricht zum Einen den Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten im vorliegenden Verfahren. Die Hinzugezogene zu 12), die Zugangsberechtigte aus dem SGV vertritt, hat erklärt, dass bei einer Abfrage unter ihren Mitgliedsunternehmen kein oder ein nur geringes Interesse an Rahmenverträgen signalisiert worden sei. Auf Nachfrage hat die Hinzugezogene zu 2) als Zugangsberechtigte mit dem höchsten Marktanteil im SGV im Erörterungstermin erklärt, dass eine Aussage zur künftigen Nutzung von Rahmenverträgen schwierig sei. Es gebe einige Regelverkehre, für die der Abschluss eines Rahmenvertrages möglich wäre. Daraus ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur nicht zu schließen, dass die Hinzugezogene zu 2) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Rahmenverträge in nennenswerter Zahl beantragen wird.

Die Bundesnetzagentur hat zudem die Anmeldungen von Rahmenverträgen aus der letzten Rahmenvertragsperiode der Betroffenen ausgewertet. Dabei hatten aus dem Schienengüterverkehr nur wenige Zugangsberechtigte Rahmenverträge angemeldet. Dies waren vor allem die Augsburger Localbahn GmbH, die Metrans Rail Deutschland GmbH, die OHE Cargo AG und die SBB Cargo Deutschland GmbH. Auf diese Zugangsberechtigten entfielen zudem le-

diglich ca. 50 rahmenvertraglich abgesicherte Kapazitäten. Insgesamt wurden in der Rahmenvertragsperiode mehr als 20.000 Kapazitäten rahmenvertraglich abgesichert. Insofern hatte der SGV nur einen sehr geringen Anteil an der Absicherung von rahmenvertraglichen Kapazitäten. Sollten die Betroffenen dazu noch über ein genaueres Zahlenwerk verfügen, haben sie dieses nicht in das vorliegende Verfahren eingebracht.

Die Betroffenen konnten dagegen gegenüber der Bundesnetzagentur nicht darlegen, dass die gem. Abschnitt 4.4.1 lit. f) beabsichtigte Höchstgrenze von 70 Prozent für die Vergabe von Rahmenverträgen eine ausreichende Kapazitätsvorhaltung für die Zugangsberechtigten bewirkt, die keine Rahmenverträge beantragen und auf den Schienengüterverkehrskorridoren unterwegs sind.

Die Betroffenen haben im Wesentlichen ausgeführt, dass sie in der Vergangenheit Rahmenverträge bis zu einer Höchstgrenze von 75 Prozent der verfügbaren Kapazität vergeben haben. Die Absenkung auf 70 Prozent bewirke eine ausreichende Kapazitätsvorhaltung. Die Bundesnetzagentur hat die Betroffenen zur Frage der Bemessung der Höchstgrenze mit Schreiben vom 15.10.2021 angehört. Dabei hat die Bundesnetzagentur die Betroffenen unter anderem aufgefordert, für den Abschnitt Offenburg-Weil am Rhein der Rheintalbahn eine Auswertung dazu vorzulegen, welche Anteile der Kapazität auf Korridortrassen, den Gelegenheitsverkehr und Anmeldungen zum Netzfahrplan ohne rahmenvertragliche Absicherung entfallen. Die Betroffenen haben dazu mit Schreiben vom 26.10.2021 ausgeführt, dass 0,46% der Kapazität auf Korridortrassen, 4,03% der Kapazität auf den Gelegenheitsverkehr und 95,51% auf Anmeldungen zum Netzfahrplan ohne rahmenvertragliche Absicherung entfielen. Diese Angaben bewirken aus Sicht der Bundesnetzagentur keine ausreichende Darlegung. Zum einen beziehen sie sich auf eine Netzfahrplanperiode, in der die DB Netz AG keine Rahmenverträge angeboten hat. Sie ermöglichen daher keine Aussage dazu, welcher Anteil der Kapazität durch Zugangsberechtigte in Anspruch genommen wurde, die über keine rahmenvertragliche Absicherung verfügen. Zum anderen hatte die Bundesnetzagentur aus diesem Grund ausdrücklich um eine Darlegung gebeten, welcher Anteil der Kapazität auf den Schienengüterverkehr entfällt. Auch dazu haben die Betroffenen keine Angaben gemacht. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Betroffenen hinsichtlich des Gelegenheitsverkehrs nur darauf verwiesen haben, dass aufgrund von Stornierungen eine ausreichende Kapazität zur Verfügung stehe. Diese pauschale Aussage steht nicht im Einklang mit den Vorgaben des § 56 Abs. 3 ERegG.

In dem Erörterungstermin vom 04.11.2021 haben Vertreter aus dem SGV die Höchstgrenze von 70 Prozent kritisiert und ihre Herleitung hinterfragt. Die Bundesnetzagentur hat die Betroffenen daraufhin am 05.11.2021 aufgefordert, für alle Streckenabschnitte, die Teil eines Schienengüterverkehrskorridors sind, eine Aufschlüsselung der Kapazitäten zu liefern. Die Betroffenen haben daraufhin ausgeführt, dass sie im Zuge des mittelfristigen Konzepts für optimierte Kapazitätsnutzung (mKoK) eine optimierte Kapazitätsvergabe beabsichtigten, bei der 30 Prozent der Kapazität für den Schienengüterverkehr zur Verfügung stünden. Eine Auswertung der Kapazitätsverteilung auf die Verkehrsarten sei in dem angeforderten Umfang nicht möglich.

Die Betroffenen können auch nicht mit Erfolg einwenden, dass sie mit der Absenkung von 75 auf 70 Prozent bereits eine ausreichende Vorsorge für die den Rahmenverträgen nachfolgenden Kapazitätsbedarfe getroffen haben. Das ergibt sich bei einem Vergleich der jeweils zugrunde liegenden Trassenanmeldungen: Im Jahr 2016 haben die Betroffenen angegeben, dass sie 63.523 Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan bearbeitet haben. Für das Jahr 2022 sprechen die Betroffenen von 83.000 Trassenanmeldungen. Selbst wenn man unterstellt, dass die Zunahme um rund 20.000 Anmeldungen nicht eins zu eins einer Zunahme um 20.000

tägliche Zugfahrten entspricht, wird der allgemeine Befund einer zunehmenden Nachfrage nach Schienenwegkapazität deutlich. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Absenkung um 5 Prozent nicht per se ausreichend zu sein, um den zunehmenden Kapazitätsbedarfen Rechnung zu tragen. Sofern die Betroffenen über genauere Zahlen verfügen sollten, haben sie diese nicht in das vorliegende Verfahren eingebracht.

II.3.2.2.3 60 Prozent als zulässige Höchstgrenze auf Schienengüterverkehrskorridoren

Unter Berücksichtigung der rechtlichen Anforderungen (II.3.2.2.1) einerseits und der tatsächlichen Bedarfe (II.3.2.2.2) andererseits verstößt eine rahmenvertragliche Bindung von Kapazitäten auf Schienengüterverkehrskorridoren, die über 60 Prozent pro Strecke im Kontrollzeitraum von 2 Stunden gemäß Artikel 8 Absatz 2 DVO (EU) 2016/545 hinausgeht, gegen § 49 Abs. 3 ERegG sowie Art. 6 Abs. 1 lit. c), d) und g) der DVO (EU) 2016/545.

Die vorgenannte Begrenzung trägt sowohl den Interessen der Zugangsberechtigten insbesondere aus dem Schienenpersonenverkehr an einer längerfristigen Absicherung von Kapazitäten als auch den Interesse der Zugangsberechtigten insbesondere aus dem SGV an ausreichenden Kapazitäten für jährliche und unterjährige Verkehre ausreichend Rechnung. Eine etwas geringere Höchstgrenze wäre zwar voraussichtlich auch noch zulässig, entspräche aber nicht dem im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Regelungsinteresse der Betroffenen.

Bei der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Schienengüterverkehrskorridoren um eine Art Grundnetz handelt, das für den SGV eine ausreichende Kapazitätsvorhaltung sichert. Damit kann auch eine ausreichende Berücksichtigung von Engpassbereichen sichergestellt werden, wie die bereits erwähnten Beispiele zeigen. Die Höchstgrenze von 60 Prozent der Kapazität ist mit Blick auf die unter II.3.2.2.2 gefundenen Ergebnisse insoweit geboten, um eine hinreichende Flexibilität zu wahren.

Gleichzeitig führt die Abwägung nicht dazu, dass auch auf anderen Streckenabschnitten als denen der Schienengüterverkehrskorridore nur eine geringere als die von den Betroffenen beabsichtigte Höchstgrenze rechtmäßig wäre. Der überwiegende Teil des europäischen Schienengüterverkehrs findet auf den Güterverkehrskorridoren statt. Das ist zugleich der Grund, warum auch die Europäische Kommission diesen Streckenabschnitten eine besondere Bedeutung beigemessen hat. Auch wenn Verkehre mit dem Bedürfnis nach einer kurzfristigen Bindung nicht ausschließlich Güterverkehre sind, prägt der Güterverkehr das Bild dieser Verkehre. Dies führt auch dazu, dass bei der Interessensabwägung eine wesentliche Rolle spielt, auf welchen Strecken die Bedeutung des Güterverkehrs besonders hervorzuheben ist.

Gegen diese Interessenabwägung lässt sich nicht einwenden, dass dort, wo der SGV mehr als 30 Prozent der Streckenkapazität nutzt, kein Bedürfnis für eine Absenkung der Höchstgrenze bestünde, weil die Anmeldung von Rahmenverträgen nicht wesentlich über den bisherigen Anteil des Schienenpersonenverkehrs hinausgehen könne. Es liegt im Wesen des freien Zugangs zum Schienennetz der Betroffenen, dass die Nachfrage nach Schienenwegkapazität in allen Segmenten steigen kann. Hinsichtlich einer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit rahmenvertraglich abgesicherten Kapazität wäre dabei etwa an Taktverdichtungen im SPNV oder neue Anbieter im Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) zu denken. Konkret scheint es beispielsweise auf der Rheintalbahn nahezuliegen, dass Zugangsberechtigte über das bisherige Maß hinaus rahmenvertragliche Kapazitäten anmelden. Im SPNV scheitern dort Angebotsausweitungen seit Jahren an der begrenzten Streckenkapazität. Im SPFV ist die Rheintalbahn bisher noch nicht von Drittanbietern bedient worden. Dabei stellt sich die Situation auf dem Abschnitt Wunstorf-Minden ähnlich dar. Zudem hat sich in der Vergangenheit bei der Vergabe von Rahmenverträgen auf der Strecke Niebüll-Westerland gezeigt, dass Zugangsberechtigte

die Anmeldung von Rahmenverträgen nutzen können, um sich einen möglichst großen Anteil der begrenzten Kapazität zu sichern.

Auch der Umstand, dass die Interessenabwägung zu dem Ergebnis führt, dass auf dem Netz der Betroffenen zwei verschiedene Höchstgrenzen anzuwenden sind, spricht nicht gegen die Erwägungen. Die Beschränkung der teilweisen Ablehnung auf die Schienengüterverkehrskorridore ist aufgrund der höheren Bedeutung dieser Strecken für den Schienengüterverkehr erforderlich und gerechtfertigt. Sollte die Anwendung von zwei verschiedenen Höchstgrenzen aus Sicht der Betroffenen nicht praktikabel sein, steht es den Betroffenen frei, die Höchstgrenze von 60 Prozent nach einer Abwägung der Belange der Zugangsberechtigten und Durchführung eines Unterrichtsverfahrens ggf. für das gesamte von ihnen betriebene Schienennetz anzuwenden. Rechtlich zwingend geboten ist es nur auf den Strecken der Schienengüterverkehrskorridore.

II.3.2.3 Ermessensausübung

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. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. 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.

Die teilweise Ablehnung der NBN-Regelung, die auf Schienengüterverkehrskorridoren eine Vergabe von rahmenvertraglich abgesicherten Kapazitäten über 60 Prozent der Kapazität hinaus zulässt, bewirkt unmittelbar, dass die Betroffenen auf SGV-Korridoren an die Obergrenze von 60 Prozent gebunden sind. Zur Umsetzung der tenorierten Ablehnung bedarf es lediglich einer deklaratorischen Klarstellung im NBN-Text. Die Bundesnetzagentur hat sich für diese punktuelle Ablehnung, die auf den rechtswidrigen Teil der beabsichtigten Regelung beschränkt ist, entschieden, weil die Regelung insoweit teilbar ist und die unmittelbare Geltung des Beschlusses der Verfahrensökonomie dient. Die Betroffenen können sich nicht mit Erfolg gegen die isolierte Ablehnung wenden, weil sie etwa die differenzierte Regelung nicht beabsichtigt hätten. Die Bundesnetzagentur hätte die gleiche Rechtswirkung auch mit einer auf die Korridore und die Höchstgrenze von 60 Prozent beschränkten Vorgabe zur Änderung der NBN erreichen können.

Die teilweise Ablehnung verfolgt auch einen legitimen Zweck. 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. Dabei hat die Bundesnetzagentur berücksichtigt, dass die Zugangsberechtigten beispielsweise aus dem Schienenpersonenverkehr ein Interesse an einer möglichst weitgehenden Absicherung von rahmenvertraglichen Kapazitäten haben. Die Zugangsberechtigten insbesondere aus dem SGV haben dagegen – wie bereits dargestellt – ein Interesse an einer kurzfristigen Kapazitätsanmeldung, was Anmeldungen zum Netzfahrplan und im Gelegenheitsverkehr einschließt. Die behördliche Maßnahme trägt diesen gegenläufigen Interessen im Wege der praktischen Konkordanz Rechnung.

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

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Es handelt sich um das mildeste gleich geeignete Mittel. Die Betroffenen halten trotz der Stellungnahmen der Zugangsberechtigten und der Bedenken der Beschlusskammer gegen die Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Änderung an dieser fest. Insofern sind keine gleichwertigen Alternativen zur teilweisen Ablehnung der beabsichtigten Änderung durch die Beschlusskammer ersichtlich.

Die teilweise Ablehnung war auch erforderlich, obwohl die Laufzeit der Rahmenverträge zunächst auf zwei Jahre begrenzt ist. Die Betroffenen können weder einwenden, dass bei dieser Laufzeit Zugangsberechtigte aus dem SGV ebenfalls Rahmenverträge beantragen könnten, noch, dass es sich insoweit um eine Erprobung mit begrenzter Geltungsdauer handelt. Hinsichtlich der Marktbedürfnisse des SGV gilt, dass die Zugangsberechtigten sich in Kenntnis der konkreten Regelung gegen die Nutzung von Rahmenverträgen ausgesprochen haben. Zudem ist zu bedenken, dass die Regelung aller Voraussicht nach dauerhaft in den Nutzungsbedingungen verbleiben würde und bei einer späteren fünfjährigen Geltungsdauer der Rahmenverträge eine sehr viel stärkere schädliche Wirkung entfalten könnte.

Überdies war die Teilablehnung erforderlich, weil die Betroffenen in der Vergangenheit bereits Rahmenverträge in einem Maße vergeben haben, das über die geltenden Höchstgrenzen hinausging,

vgl. Bescheid der Bundesnetzagentur vom 20.02.2015, Az. 10.030-F-15-304.

Vor dem Hintergrund, dass die Höchstgrenze durch die Betroffenen nur geringfügig abgesenkt wurde, während gleichzeitig die Nachfrage nach Schienenwegkapazität erheblich zunimmt, besteht keine Alternative zur Teilablehnung der beabsichtigten Höchstgrenze.

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.

Die Betroffenen werden durch die teilweise Ablehnung der beabsichtigten Änderung nicht unangemessen belastet. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Ablehnung lediglich zu einer höheren Zahl von abzulehnenden Rahmenverträgen führen kann. Ob diese Folge eintritt, ist jedoch zum jetzigen Zeitpunkt nicht konkret absehbar, weil sie stark vom Anmeldeverhalten der Zugangsberechtigten abhängt. Dass damit ein höherer, den Betroffenen nicht zumutbarer Aufwand verbunden wäre, haben sie gegenüber der Beschlusskammer nicht dargelegt. Die Zugangsberechtigten werden durch die Vorgabe einer Höchstgrenze von 60 Prozent ebenfalls nicht unzumutbar belastet. Die Höchstgrenze von 60 Prozent auf SGV-Korridoren bewirkt lediglich, dass über 40 Prozent der Kapazität erst zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden kann. Sofern die Betroffenen Anträge auf Rahmenverträge aufgrund der 60-Prozent-Höchstgrenze ablehnen müssen, ist damit nicht ausgemacht, dass die Verkehre nicht durchgeführt werden können. Namentlich Schienenpersonenverkehre, die aufgrund der Höchstkapazitätsgrenzen bei der Vergabe von Rahmenkapazitäten nicht zum Zuge gekommen sind, können gleichwohl Netzfahrplantrassen beantragen. Letzteres gilt aber auch für die Zugangsberechtigten, die darauf angewiesen sind, dass hinreichend durch Rahmenverträge ungebundene Kapazitäten für die Trassenvergabe verbleiben.

II.3.3 Ziffer 3 des Tenors: Zuteilungsspielräume bei der Vergabe von Rahmenverträgen (Ziffer 4.4.3 lit. c) der NBN)

Die Beschlusskammer lehnt die von den Betroffenen beabsichtigte Einführung von Zuteilungsspielräumen bei der Vergabe von Rahmenverträgen in Ziffer 4.4.3 lit. c) der NBN ab, soweit diese über die Konstruktionsspielräume gemäß Ziffer 4.2.1.6 der NBN hinausgehen.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Regelung in Abschnitt 4.4.3 lit. c) der NBN (hierzu unter II.3.3.1) teilweise nicht den gesetzlichen Vorgaben genügt (hierzu unter II.3.3.2). Die Entscheidung der Beschlusskammer ergeht im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu unter II.3.3.3).

II.3.3.1 Beabsichtigte Änderung

Die Betroffenen beabsichtigen, bei der Vergabe von Rahmenverträgen einen sog. Zuteilungsspielraum vorzusehen. Der Zuteilungsspielraum ermöglicht der Betroffenen, in der Bearbeitung eines Antrags auf Abschluss eines Rahmenvertrags die zeitliche Verschiebung der beantragten rahmenvertraglich zu sichernden Kapazität. Wie die Betroffene auf Nachfrage erläuterte, ist die Verschiebung voraussetzungslos möglich, insbesondere müssen keine Konflikte zu anderen Anträgen auf Abschluss von Rahmenverträgen aufgetreten sein. Die beabsichtigte Regelung lautet (vollständige Neufassung):

„Zur Gewährleistung einer möglichst optimalen Nutzung der verfügbaren Kapazität iSv Artikel 6 Absatz 1 lit. a) der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 wird die DB Netz AG zunächst versuchen, innerhalb von folgenden Zuteilungsspielräumen ein Angebot auf den Abschluss eines Rahmenvertrages zu erstellen:

- *für den Schienenpersonenverkehr: +/-10 Minuten*
- *für die übrigen Verkehre: +/-60 Minuten*
- *Für das Marktsegment Punkt-zu-Punkt Verkehre im SPFV gilt ein Zuteilungsspielraum von +/- 60 Minuten.“*

II.3.3.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht

Die beabsichtigte Regelung verstößt teilweise gegen das Gebot der Angemessenheit von Zugangsbedingungen gemäß §§ 10 Abs. 1 Satz 1, 11 Abs. 1 ERegG.

Zum Gebot der Angemessenheit hat das VG Köln grundlegend entschieden:

„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 Zugangsrechts behindert werden. An den Regulierungszielen des § 3 ERegG ist die ‚gesamte Regulierung auszurichten‘.

BT-Drs. 18/8334, Seite 174.

Die Beklagte geht daher zu Recht davon aus, dass das Gebot der Angemessenheit erfordert, dass die Leistungen zu Bedingungen angeboten werden, die eine möglichst gute Erfüllung der Regulierungsziele gewährleisten. Die jeweilige Klausel ist deshalb auf ihre Auswirkungen im Hinblick auf das Erreichen dieser Ziele zu beurteilen. Dies bedeutet insbesondere die Gewährleistung eines möglichst leichten Zugangs der Zugangsberechtigten zur Infrastruktur und zu den Leistun-

gen auf der einen Seite. 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.

[...]

Eine angemessene SNB-Klausel ist damit in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Infrastruktur 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.

[...]

Bei der Bewertung, ob der Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu angemessenen Bedingungen gewährt wird, können auch die Wertungen der §§ 307 ff. BGB herangezogen werden. [...] Dies gilt erst recht im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des EuGH,

vgl. EuGH, Urteil vom 09.11.2017 – C-489/15 –, juris.

Die vom EuGH insoweit angeführten institutionellen und materiellen Argumente sind auch auf andere Fälle übertragbar, in denen es in zivilrechtlichen Streitigkeiten zur Nichtanwendung vertraglicher Klauseln kommen kann. Die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur alten Rechtslage vertretene Beschränkung der Regulierungsbehörde bei der Prüfung von Nutzungsbedingungen anhand von zivilrechtlichen Maßstäben,

vgl. BVerwG, Urteil vom 11.11.2015 – 6 C 58/14 –, juris Rnrn. 49 f.; BVerwG, Urteil vom 29.09.2011 – 6 C 17/10 –, juris Rn. 29,

kann unter der Geltung des ERegG und erst recht unter Beachtung der vorgenannten Rechtsprechung des EuGH nicht weiter aufrechterhalten werden. Dies gilt jedenfalls, soweit das Zivilrecht die Unwirksamkeit einer Regelung als Rechtsfolge eines Verstoßes vorsieht. [...]“

VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, Rn. 124 ff. (juris).

Nach diesen Maßstäben ist die Regelung insofern unangemessen, als sie den Erklärungsgehalt der Anmeldung einer Rahmenvertragsanmeldung so weit fasst, dass ein Angebot auf Abschluss eines Rahmenvertrages auch dann noch als zulässiges Angebot gilt, wenn es aus Sicht des Zugangsberechtigten bereits ein aliud darstellt. Hierdurch entstehen zudem Rechtsschutzlücken zu Lasten der Zugangsberechtigten.

Rechtsfolge von Zuteilungsspielräumen ist, dass die Betroffenen innerhalb der Zuteilungsspielräume ein taugliches Angebot auf Abschluss eines Rahmenvertrages abgeben dürfen.

Der Abschluss von Rahmenverträgen ist wie folgt gesetzlich vorstrukturiert:

- Der Infrastrukturbetreiber fordert die Zugangsberechtigten (ggf. unter Fristsetzung, jedenfalls aber durch geeignete Informationen) auf, „Anträge“ für Rahmenverträge einzureichen, Art. 5 Abs. 1 und 2 DVO (EU) 2016/545.
- Die Zugangsberechtigten beantragen den Abschluss eines Rahmenvertrages.

- Der Infrastrukturbetreiber und der Zugangsberechtigte vereinbaren gemäß Art. 7 DVO (EU) 2016/545 auf Einzelfallbasis einen Zeitrahmen, auf dessen Basis die Rahmenkapazität zugewiesen werden kann. Dabei prüft der Infrastrukturbetreiber, ob der Rahmenvertrag grundsätzlich angeboten werden kann, vgl. Art. 6 und 8 DVO (EU) 2016/545, und führt erforderliche Koordinierungsverfahren durch, vgl. Art. 9 DVO (EU) 2016/545.
- Der Vereinbarungsprozess kann mit zwei unterschiedlichen Ergebnissen enden:
 - Der Betreiber der Schienenwege unterbreitet dem Zugangsberechtigten ein Angebot auf Abschluss eines Rahmenvertrages. Wenn sich der Betreiber der Schienenwege und der Zugangsberechtigte inhaltlich über den Abschluss eines Rahmenvertrages geeinigt haben, legt der Betreiber der Schienenwege den ausgehandelten, sozusagen unterschriftsreifen, Rahmenvertrag der Regulierungsbehörde zur Genehmigung vor,

vgl. BR-Drs. 70/21, Seite 98.
 - Der Betreiber der Schienenwege kann dem Zugangsberechtigten kein Angebot auf Abschluss eines Rahmenvertrages unterbreiten und beabsichtigt die Ablehnung des Rahmenvertrages. Er lehnt den Rahmenvertrag nach Durchführung eines Unterrichtsverfahrens bei der Bundesnetzagentur ab, § 72 Satz 1 Nr. 4 i. V. m. § 73 Abs. 1 Nr. 3 ERegG.

Innerhalb dieses Ablaufs greift die Definition der Zuteilungsspielräume dort ein, wo ein vom Infrastrukturbetreiber unterbreiteter Vorschlag für einen Rahmenvertrag entweder als Angebot auf die Anmeldung des Zugangsberechtigten erfolgt oder als Ablehnung unter gleichzeitigem Angebot eines aliud.

An die unterschiedliche Wertung des Angebots knüpfen sich grds. unterschiedliche Rechtsfolgen. Unterbreitet der Betreiber der Schienenwege ein zur Anmeldung „passendes“ Angebot auf Abschluss eines Rahmenvertrages, beabsichtigt er, der Anmeldung stattzugeben. Nimmt der Zugangsberechtigte das Angebot nicht an, ist der Vorgang abgeschlossen. Es bedarf weder einer Unterrichtung der Regulierungsbehörde nach § 72 Satz 1 Nr. 4 ERegG noch eines Genehmigungsantrages.

Unterbreitet der Betreiber der Schienenwege kein Angebot, das zum Antrag passt, lehnt er den Antrag ab. Hieran ändert sich auch nichts, wenn er anstelle des passenden Angebots dem Zugangsberechtigten ein aliud unterbreitet.

Zuteilungsspielräume definieren, bis zu welcher Abweichung von der Anmeldung ein Angebot noch als „passend“ zu werten ist. Werden die Zuteilungsspielräume zu weit gewählt, besteht die Gefahr, dass Zugangsberechtigten Angebote auf Abschluss von Rahmenverträgen unterbreitet werden, die nicht zu ihren Verkehrsbedürfnissen passen und die sie deswegen nicht annehmen können. Gleichwohl würde der Vorgang nicht vorab regulierungsbehördlich überprüft, weil es – nach den Regelungen der NBN – an einer Ablehnung mangeln würde.

Konstruktions- oder Zuteilungsspielräume drücken mithin aus, welche Abweichungen – ohne Rücksprache – aus Sicht der Zugangsberechtigten noch als vereinbar mit der Charakteristik ihrer Anmeldung angesehen werden können. Demnach dürfen derartige Spielräume nur so-

weit bemessen sein, dass allgemein davon ausgegangen werden kann, dass der Zugangsberechtigte eine den betrieblich-technischen Regelungen entsprechende Konstruktion trotz Anwendung dieser Spielräume noch als Angebot auf seine Anmeldung versteht,

vgl. hierzu: VG Köln, Beschluss vom 07.02.2020, Az. 18 L 2501/19, Rn. 26 ff. (juris).

Dieser ursprünglich für die Bewertung von Konstruktionsspielräumen bei der Bearbeitung von Anmeldungen von Zugtrassen zum Netzfahrplan entwickelten Maßstab gilt auch bei der Bearbeitung von Anträgen auf Abschluss eines Rahmenvertrags. Zwar gilt § 52 Abs. 4 ERegG originär nur für die Zuweisung von Zugtrassen zum Netzfahrplan. Außerdem verweist § 49 ERegG nicht auf § 52 Abs. 4 ERegG. Daher stützt die Beschlusskammer ihre Entscheidung auch nicht auf einen Verstoß gegen § 52 Abs. 4 ERegG. Aber die dem § 52 Abs. 4 ERegG innewohnenden Grundsätze erscheinen aufgrund der vergleichbaren Interessenlage im Kontext der Rahmenvertragsbearbeitung auf diese übertragbar und insofern im Rahmen des Gebots der Angemessenheit von Nutzungsbedingungen i. S. d. §§ 10 Abs. 1 Satz 1 und 11 ERegG verankert werden zu können. Hierauf deutet auch der Erwägungsgrund 11 Satz 4 der DVO (EU) 2016/545 hin, der bei Konflikten zwischen verschiedenen Rahmenvertragsanmeldungen auf die Vorbildfunktion der Regelungen zu Trassenkonflikten verweist.

Auch wenn die Rahmenvertragszuweisung deutlich frühzeitiger erfolgt, sind die Interessen ähnlich:

Bei Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan melden die Zugangsberechtigten zwar rechtlich betrachtet mehrere verschiedene Zugtrassen an. In der Gesamtschau der angemeldeten Zugtrassen, ggf. auch unter Einbeziehung der Trassenanmeldungen von Partner-EVU oder abgestimmter, verknüpfter Verkehrskonzepte des SPNV bzw. SPFV, zeigt sich jedoch häufig ein aufeinander abgestimmter Beförderungsprozess bzw. Kreislauf. Der SGV hat umfangreiche Umläufe und stellt u. a. ein Bindeglied in der Logistikkette zwischen dem Seeverkehr und den auf just-in-time-Produktion ausgerichteten Industriebetrieben im Hinterland. Der SPNV ist in einen regionalen oder bundeslandweiten integralen Taktfahrplan des ÖPNV eingebunden, bei dem den Reisenden und Berufspendlern attraktive Verbindungen – auch verkehrsartübergreifend zwischen z. B. Busverkehren aus dem ländlichen Raum und Anschlussverbindungen in den nächstgrößeren regionalen Zentren – angeboten werden sollen. Selbstverständlich bestehen auch entsprechende Beziehungen zwischen Linien des SPNV und des SPFV. Für die Realisierung derartiger Verkehrsbeziehungen erscheinen die Konstruktionsspielräume gemäß Ziffer 4.2.1.6 der NBN 2023 das Maß darzustellen, was für die Zugangsberechtigten an Abweichung von beantragten Zugtrassen tolerabel ist, um die hierauf von der Betroffenen erstellten Trassenangebote als im Wesenskern identisch mit ihrer Trassenanmeldung zu akzeptieren, weil diese Abweichung die Zugangsberechtigten anscheinend nicht nennenswert bei der Vermarktung des Verkehrsangebots im Endkundenmarkt beeinträchtigt.

Bei Rahmenverträgen kommen die genannten Erwägungen nicht erst auf Ebene der jeweiligen Netzfahrplanerstellung zum Tragen, sondern schon zu einem früheren Punkt, nämlich beim Abschluss der Rahmenverträge. Mit Rahmenverträgen sichern sich Zugangsberechtigte sog. Zeitrahmen, d. h. Zeitspannen innerhalb der Kapazität, die zwar keine konkrete Zugtrasse darstellen, aber andererseits so gestaltet sein sollen, dass sie den berechtigten kommerziellen Erfordernissen der Zugangsberechtigten entsprechen (vgl. Art. 2 Abs. 3 DVO (EU) 2016/545 i. V. m. § 49 Abs. 1 Satz 3 ERegG). Der Abschluss von Rahmenverträgen wird – insbesondere im Schienenpersonenverkehr – ganz wesentlich dazu genutzt, eben jene Produktionskonzepte

abzusichern, die den Taktfahrplan der jeweiligen Aufgabenträger ausmachen. Auch Rahmenverträge werden mithin aufeinander abgestimmt, um Anschlussbeziehungen herstellen und Umläufe sicherstellen zu können. Die Frage, ob ein Rahmenvertrag für einen Zugangsberechtigten ein akzeptables Angebot darstellt, ist mithin von der Frage abhängig, ob eben diese Anschlussbeziehungen und Umläufe gesichert werden (können).

Die zuvor beschriebene Grenze dessen, was aus Sicht der Zugangsberechtigten noch als Angebot auf ihre Rahmenvertragsanmeldung verstanden wird, ist mit der beabsichtigten Bemessung der Zuteilungsspielräume überschritten. Denn aus den Stellungnahmen der Zugangsberechtigten wird ersichtlich, dass diese Abweichungen im Rahmen der beabsichtigten Zuteilungsspielräume nicht tolerieren. Seitens des Personenverkehrs wird vorgetragen, dass Rahmenvertragsangebote mit +/- 10-minütiger Abweichung Taktverbindungen bzw. Anschlussbeziehungen deutlich gefährden. Taktverbindungen werden üblicherweise unterhalb von zehn Minuten geplant und von den Endkunden so nachgefragt.

Dieser Befund ist auch plausibel. Taktfahrpläne sind entscheidend für die Zukunft des Eisenbahnsektors. Der Abstand, den Übergänge im Taktfahrplan einhalten können, ist stark von den Nutzerinteressen abhängig. Viele Taktverbindungen sind kürzer, teils deutlich kürzer als zehn Minuten und bedienen damit das Interesse von Nutzern an kurzen Übergängen ohne langen Aufenthalt in Bahnhöfen. Eine Volatilität, die über das Maß hinausgeht, das auch bei Trassierungen im Netzfahrplan angewendet wird, ist geeignet, aufeinander abgestimmte Verbindungen nachhaltig zu stören. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen auch zu berücksichtigen, dass sich wegen der Hintereinanderschaltung von Rahmenvertrag und späterem Trassenvertrag die Zuteilungs- und Konstruktionsspielräume sowohl überlagern als auch derart ergänzen können, dass zumindest bei eher eng gewählten Zeitrahmen die am Ende tatsächlich zugewiesene Trasse im Ergebnis deutlich von der ursprünglich beantragten Bezugslinie des vorgelagerten Rahmenvertrags abweichen kann.

Für das Marktsegment der Punkt-zu-Punkt-Verkehre im SPFV sieht die Betroffene einen Zuteilungsspielraum von +/- 60 Minuten vor. Auch wenn zu unterstellen ist, dass Zugangsberechtigte, die das Marktsegment des Punkt-zu-Punkt-Verkehrs nachfragen, eine größere Toleranz bezüglich der möglichen Abweichungen eines Trassenangebots von der Trassenanmeldung zum Netzfahrplan haben (vgl. die Konstruktionsspielräume für Punkt-zu-Punkt-Verkehre im Netzfahrplan von +/- 30 Minuten in Ziffer 5.3.2.8 der NBN), kann aus diesem Umstand nicht gefolgert werden, dass diese auch mit einer Verschiebung der rahmenvertraglichen Bezugslinie von +/- eine Stunde einverstanden sind. Denn auch diese Zugangsberechtigten haben Vorplanungsüberlegungen angestellt, die sich wohl gerade noch mit einem Konstruktionsspielraum von +/- 30 Minuten vertragen, aber ihre Vorplanungen dürften nicht derart beliebig sein, dass sie auch bei der Lage der Bezugslinie des Rahmenvertrags derart variabel in ihrer Planung sind. Um das Kriterium „Punkt-zu-Punkt“ zu erfüllen, dürfen die Verkehre maximal viermal im Zeitraum zwischen 06 und 23 Uhr auf der relevanten Relation verkehren. Auch wenn das Kriterium Anschlussbeziehungen ausschließt, besteht dennoch ein Planungsinteresse der Zugangsberechtigten an der Lage der Punkt-zu-Punkt-Verkehre, etwa, dass sie die Bedienfrequenz auf einen bestimmten Mindestabstand (+/- der zur Netzfahrplankonstruktion erlaubten 30 Minuten) planen. Zudem ist festzuhalten, dass ein Zug, der um 06:00 Uhr eingeplant wird, eine andere Nachfrage erwarten darf als ein Zug, der um 05:00 Uhr eingeplant wird. Auch insoweit ist eine Verschiebung um +/- eine Stunde für den Kunden regelmäßig kein wesensgleiches Angebot zur angemeldeten Kapazität.

Auch der Güterverkehr betreibt – wie oben aufgezeigt – ein aufeinander abgestimmtes Trassenkonzept, das anfällig gegenüber allzu großen Abweichungen ist.

Demgegenüber kann die Beschlusskammer mangels gegenteiliger Erkenntnisse unterstellen, dass die gegenwärtig in Ziffer 4.2.1.6 der beabsichtigten NBN 2023 im Kontext der Netzfahrplanerstellung geregelten Konstruktionsspielräume und die vergleichbar bis zu ihrer Streichung in Ziffer 4.4.4.1 lit. a) der SNB 2016 im Kontext der Rahmenvertragsbearbeitung geregelten Spielräume sich innerhalb der Grenze des Vertretbaren bewegen bzw. bewegten.

Die Betroffenen haben im Wesentlichen mit der Notwendigkeit argumentiert, die Zuweisung von Rahmenverträgen so vorzunehmen, dass die Kapazität optimal genutzt wird. Dies ist aber keine Frage von Zuteilungsspielräumen. Wenn die Betroffenen zu der Einschätzung gelangen, eine Rahmenvertragsanmeldung sei nicht mit dem Aspekt der optimierten Kapazitätsnutzung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 lit. a) der DVO (EU) 2016/545 vereinbar, können sie den begehrten Rahmenvertrag nicht anbieten. Anstatt der Verwendung von Zuteilungsspielräumen, die dazu führen, dass der Zugangsberechtigte scheinbar ein passendes Angebot erhält und folgende Ablehnungen nicht regulatorisch überprüft werden, haben die Betroffenen im Rahmen der Vereinbarung des Zeitrahmens auf kapazitätsschonende Lagen zu achten. Gelingt dies nicht, ist der begehrte Abschluss eines Rahmenvertrages abzulehnen.

II.3.3.3 Ermessensausübung

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. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. 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.

Die teilweise Ablehnung verfolgt zunächst ein legitimes Ziel. Mit der Ablehnung verfolgt die Beschlusskammer das Ziel, die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten (vgl. § 3 Nr. 2 ERegG) zu wahren. Deren Interessen würden geschädigt, wenn sie Rahmenvertragsangebote erhalten, die in nicht-vertretbarem Ausmaß von ihren Rahmenvertragsanmeldungen abweichen.

Die Ablehnung der Ziffer 4.4.3. lit. c) im genannten Umfang ist zur Zielerreichung förderlich und mangels gegenteiliger Erkenntnisse der Beschlusskammer auch erforderlich, da anderweitige Maßnahmen mit gleicher Schutzwirkung für die Zugangsberechtigten nicht erkennbar sind.

Schließlich ist die Ablehnung der Ziffer 4.4.3 lit. c) im genannten Umfang auch angemessen im engeren Sinne. Dies zeigt die Abwägung sowohl der Interessen der Zugangsberechtigten als auch der Betroffenen.

Die Betroffenen haben ein legitimes Interesse an der Optimierung der Kapazitätsnutzung; zu diesem Zweck haben sie die Regelung in Ziffer 4.4.3 lit. c) getroffen (siehe bereits oben). Vorliegend möchten sie dieses Ziel damit erreichen, dass sie sich einen Bearbeitungsspielraum einräumen, innerhalb dessen sie unabhängig von einer Rücksprache mit Zugangsberechtigten tätig werden können. Infolgedessen könnten sie Rahmenvertragsangebote erstellen, die von dem abweichen, was Zugangsberechtigte im Allgemeinen noch als vertretbares Ausmaß tolerieren, ohne dass die Betroffenen eine beabsichtigte Ablehnung gegenüber der Bundesnetzagentur unterrichten müssten (siehe bereits oben).

Um sowohl dem Interesse der Betroffenen nach einer Kapazitätsoptimierung als auch dem Interesse der Zugangsberechtigten daran, keine aliud-Angebote zu erhalten, gerecht zu werden, existiert ein vom Gesetz vorgezeichneter Weg: Stellt der Betreiber der Schienenwege fest, dass ein beantragter Rahmenvertrag nicht kapazitätsoptimiert bestellt ist und er die Lage der Rahmenvertragskapazitäten deshalb um ein größeres Ausmaß als die üblichen Konstruktionsspielräume verschieben möchte, muss er mit dem betroffenen Zugangsberechtigten in Abstimmung treten (vgl. auch Art. 7 UAbs. 1 DVO (EU) 2016/545, wonach die rahmenvertraglich gesicherten Zeitrahmen auf Einzelfallbasis zwischen dem Infrastrukturbetreiber und dem Zugangsberechtigten vereinbart werden). Möglicherweise zeigt sich der Zugangsberechtigte mit der Bitte des Betreibers der Schienenwege, ihm größere Spielräume einzuräumen, einverstanden bzw. zeigt zudem bestimmte Aspekte auf, die bei der Ausnutzung der gewährten größeren Spielräume zu beachten sind. Der Zugangsberechtigte bringt dabei zum Ausdruck, dass für ihn in diesem Einzelfall seine „vertretbare Grenze“ für ein Alternativangebot weiter bemessen ist als im Normalfall. Erstellt der Betreiber der Schienenwege auf Basis dieser Abstimmung ein Rahmenvertragsangebot, das von dem ursprünglichen Rahmenvertragsantrag abweicht, so findet diese Abweichung ihre Rechtfertigung in der zuvor erfolgten Abstimmung mit dem Zugangsberechtigten. Wenn der Zugangsberechtigte seine Zustimmung zur Anwendung erweiterter Zuteilungsspielräume hingegen verneint, der Betreiber der Schienenwege aber dennoch an seinem Konzept der Kapazitätsoptimierung festhalten möchte, dann bleibt ihm nur die Möglichkeit, den beantragten Rahmenvertrag als nicht mit Art. 6 Abs. 1 lit. a) der DVO 2016/545 vereinbar zu qualifizieren und (ggf. unter Berücksichtigung der weiteren Aspekte des Art. 6 Abs. 1 der DVO 2016/545) abzulehnen. Über seine beabsichtigte Ablehnung des Rahmenvertrags hat er indes die Regulierungsbehörde gemäß § 72 Satz 1 Nr. 4 ERegG zu unterrichten. Dieser wird damit die Möglichkeit gegeben, die Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Ablehnung zu überprüfen und bei Bedarf steuernd einzuschreiten.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Ablehnung auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Dafür spricht auch, dass die Betroffenen bis zur Abschaffung des Angebots von Rahmenverträgen zuletzt in den SNB 2017 selbst entsprechende Grenzen geregelt hatten. Dort lautete die Regelung (noch ohne Punkt-zu-Punkt-Verkehre):

„4.4.4.1 Periodische Rahmenverträge

a) Liegen konkurrierende Anmeldungen auf den Abschluss periodischer Rahmenverträge vor, wird zunächst ohne Rücksprache mit dem Antragsteller versucht, innerhalb von folgenden Spielräumen ein Angebot auf den Abschluss eines periodischen Rahmenvertrages zu erstellen:

- Für den Schienenpersonenverkehr: +/-3 Minuten,*
- Für die übrigen Verkehre: +/-30 Minuten.*

[...]“

II.3.4 Ziffer 4 des Tenors: Vorrangkriterien Berlin (Anlage 4.6.2 der NBN)

Die Beschlusskammer lehnt die von den Betroffenen beabsichtigte Neufassung der Vorrangkriterien für die ÜLS 6107 Berlin Hbf (tief) – Berlin-Spandau Ost, 6132 Berlin Südkreuz – Großbeeren Süd, 6134 Berlin Hbf (tief) – Berlin Südkreuz, 6170 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin-Gesundbrunnen und 6171 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin Südkreuz in der Anlage 4.6.2 der NBN ab.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Änderung der Anlage 4.6.2 der NBN (hierzu unter II.3.4.1) nicht den gesetzlichen Vorgaben genügt (hierzu unter II.3.4.2).

Die Entscheidung der Beschlusskammer ergeht im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu unter II.3.4.3).

II.3.4.1 Beabsichtigte Änderung

Die Betroffenen beabsichtigen, für die ÜLS 6107 Berlin Hbf (tief) – Berlin-Spandau Ost, 6132 Berlin Südkreuz – Großbeeren Süd, 6134 Berlin Hbf (tief) – Berlin Südkreuz, 6170 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin-Gesundbrunnen und 6171 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin Südkreuz besondere Vorrangkriterien in die Nutzungsbedingungen aufzunehmen. Die Nutzungsvorgaben betreffen einerseits das Stärken und Schwächen und andererseits eine Haltezeit von mehr als zehn Minuten in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs. Die beabsichtigten Regelungen lauten (vollständige Neufassung):

„2. Keine Änderung der Zugkonfiguration (Stärken/ Schwächen) in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs

Kommt es zu Nutzungskonflikten aufgrund Änderungen der Zugkonfiguration (Stärken/Schwächen, FlügelN/Vereinigen), so ist die Trasse, die die Änderung der Zugkonfiguration vornimmt, nachrangig gegenüber anderen Trassen zu behandeln.

Dies gilt für die Bahnhöfe Berlin-Gesundbrunnen, Berlin Hbf (tief) und Berlin Südkreuz.

Diese Vorgabe gilt zwischen von 5 bis 23 Uhr.

Sie ist eine präventive Maßnahme zur Erhaltung und optimalen Nutzung der vorhandenen Kapazität.

3. Nachrangigkeit von Zügen mit Haltezeiten von mehr als 10 Minuten in Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs

Trassenanmeldungen, deren Haltezeit in Bahnhöfen Berlin-Gesundbrunnen, Berlin Hbf (tief) oder Berlin Südkreuz mehr als 10 Minuten beträgt, werden bei der Netzfahrplanerstellung im Konfliktfall nachrangig gegenüber Trassenanmeldungen behandelt, deren Haltezeit geringer ist.

Die Regelung gilt nicht, wenn eine längere Haltezeit als 10 Minuten das Ergebnis der Fahrlagenberatung im Vorfeld der Netzfahrplanerstellung ist.

Sie ist eine präventive Maßnahme zur Erhaltung und optimalen Nutzung der vorhandenen Kapazität.“

Die Vorrangkriterien beruhen auf dem Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität vom 08.12.2020 (Abschnitte 5.2.2 und 5.2.3). Die Betroffenen begründen die im Rahmen des Plans zur Erhöhung der Schienenwegkapazität beabsichtigte Nachrangigkeit von Trassenanmeldungen, die ein Stärken und Schwächen in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs vorsehen, mit einem erhöhten Kapazitätsverbrauch dieser Zugfahrten. Dieser ergebe sich vor allem aufgrund der zusätzlichen Zug- und Rangierfahrten zwischen Bahnsteiggleis und Abstellung. Ein FlügelN oder Vereinigen sei dagegen weiterhin zulässig, wenn die Zugfahrten unterschiedliche Start- oder Zielbahnhöfe hätten und keine der Fahrten der Abstellung diene.

Auch für Trassenanmeldungen mit einer Haltezeit von mehr als zehn Minuten in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs wird die Regelung mit einem erhöhten Kapazitätsverbrauch begründet. Dies soll allerdings nur gelten, wenn die Trassenanmeldungen nicht Gegenstand und Ergebnis einer sog. Fahrlagenberatung waren. Die Betroffenen begründen dies damit, dass längere

Haltezeiten oftmals aufgrund von überregionalen Zwängen bei der Fahrplankonstruktion resultieren. Wenn diese Bedürfnisse oder Wünsche frühzeitig bekannt würden, sei es für die Betroffenen einfacher, sie bei der Erstellung des Netzfahrplans zu berücksichtigen. Hingegen sei es dann, wenn die Betroffenen erst nach der Fahrlagenberatung von den verlängerten Haltezeiten Kenntnis erlangten, nur unter erschwerten Bedingungen möglich, diese im Netzfahrplan zu berücksichtigen. Dies könne zu einer erschwerten Koordinierung im Rahmen der Netzfahrplanerstellung führen und Nachteile für eine Vielzahl von Zugangsberechtigten mit sich bringen.

II.3.4.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht

Die beabsichtigte Änderung in Form von Vorrangkriterien, die an ein Unterbleiben des Stärkens und Schwächens sowie an Haltezeiten von mehr als zehn Minuten im ÜLS-Bereich anknüpfen, wenn letztere außerhalb der Fahrlagenberatung angemeldet werden, verstößt gegen § 52 Abs. 2 i. V. m. § 55 Abs. 3 und 4 ERegG.

§ 52 Abs. 2 ERegG ist wie folgt formuliert:

„Ein Betreiber der Schienenwege darf lediglich in den in § 55 und § 57 bestimmten Fällen besonderen Verkehrsarten im Netzfahrplanerstellungs- und Koordinierungsverfahren Vorrang einräumen.“

§ 55 Abs. 3 und 4 ERegG lauten:

„(3) Wurden Entgelte nach § 35 Absatz 1 nicht erhoben oder hat das Erheben von Entgelten zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt und wurde der Schienenweg für überlastet erklärt, so kann der Betreiber der Schienenwege bei der Zuweisung von Schienenwegkapazität zusätzlich Vorrangkriterien nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 anwenden.“

(4) Die Vorrangkriterien haben dem gesellschaftlichen Nutzen eines Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten, die hierdurch von der Schienenwegnutzung ausgeschlossen werden, Rechnung zu tragen. Der Betreiber der Schienenwege kann dazu Verkehrsdiensten im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr den Vorrang geben, sofern dies zur Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsdiensten im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr zwingend erforderlich ist. Bei Maßnahmen nach Satz 2 sind auch die Auswirkungen eines Ausschlusses auf die Betreiber der Schienenwege in anderen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.“

Die beabsichtigten Vorrangregeln genügen nicht den Vorgaben des Eisenbahnrechts.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass es sich um Vorrangkriterien im Sinne der gesetzlichen Vorgaben handelt. Vorrangkriterien sind Rangordnungen, die bei der Entscheidung über miteinander konfligierende Kapazitätsbedarfe zur Anwendung gebracht werden, um über die Rangfolge der Kapazitätsbedarfe zu entscheiden. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt: Bei den beabsichtigten Kriterien handelt es sich um Rangfolgen, die im Falle von Konflikten zwischen verschiedenen Trassenanmeldungen Anwendung finden sollen. Sie stellen eine Abweichung von den in § 52 Abs. 7 und 8 ERegG normierten Vorrangkriterien dar. Gemäß § 52 Abs. 2 ERegG sind Abweichungen, die besonderen Verkehrsarten Vorrang einräumen, nur in den in § 55 und § 57 ERegG bestimmten Fällen möglich.

Die Regelung ist dabei nicht bereits nach § 52 Abs. 7 ERegG zulässig. Sie stellt eine Abweichung von den Vorrangkriterien des § 52 Abs. 7 Satz 2 ERegG dar, die nicht von § 52 Abs. 7 Satz 3 ERegG umfasst ist. Danach sind Abweichungen von der in § 52 Abs. 7 Satz 2 ERegG genannten Reihenfolge insbesondere aus Gründen der sicheren Durchführung von Zugfahrten möglich. Ermöglicht wird dadurch eine geänderte Reihenfolge der in § 52 Abs. 7 Satz 2 ERegG genannten Kriterien, nicht jedoch das Einfügen eines zusätzlichen Kriteriums.

Eine Vorrangregel gemäß § 57 ERegG zur Berücksichtigung eines „Besonderen Schienenwegs“ haben die Betroffenen ebenfalls nicht beabsichtigt. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Begriff „Besonderer Schienenweg“ im Zusammenhang mit der beabsichtigten Änderung nicht verwendet wird. Die Betroffenen haben bisher in Abschnitt 2.4.1 der NBN 2022 mehrere Streckenabschnitte als Besondere Schienenwege ausgewiesen. Dabei handelt es sich überwiegend um Schnellfahrstrecken, die primär für den Schienenpersonenfernverkehr konzipiert wurden. Im Falle der Strecken 6107 Berlin Hbf (tief) – Berlin-Spandau Ost, 6132 Berlin Südkreuz – Großbeeren Süd, 6134 Berlin Hbf (tief) – Berlin Südkreuz, 6170 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin-Gesundbrunnen und 6171 Berlin-Wedding Abzw. – Berlin Südkreuz handelt es sich dagegen um Bestandsstrecken, die zum Teil durch alle drei Verkehrsarten genutzt werden. Lediglich der Nord-Süd-Tunnel sowie dessen unmittelbare Zulaufstrecken dürfen aus Sicherheitsgründen nur von Zügen des Schienenpersonenverkehrs befahren werden,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.03.2007, Az. 13 B 2592/06, Rn. 5 f. (juris).

Auch die Voraussetzungen des § 55 ERegG liegen hinsichtlich der Vorrangkriterien nicht vor. Zwar handelt es sich um einen überlasteten Schienenweg gemäß § 55 Abs. 1 ERegG, für den die Betroffenen eine Kapazitätsanalyse und einen Plan zur Erhöhung der Fahrwegkapazität erstellt haben. Die Vorrangkriterien entsprechen jedoch nicht den Vorgaben des § 55 Abs. 3 und 4 ERegG.

Gemäß § 55 Abs. 3 ERegG kann der Betreiber der Schienenwege auf überlasteten Schienenwegen Vorrangkriterien nach Maßgabe des § 55 Abs. 4 und 5 ERegG anwenden, sofern keine Entgelte nach § 35 Abs. 1 erhoben wurden oder das Erheben dieser Entgelte zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt hat. Die Voraussetzung, dass keine Entgelte gemäß § 35 Abs. 1 ERegG erhoben wurden, ist vorliegend gegeben. Allerdings entsprechen die Vorrangkriterien nicht den Vorgaben des § 55 Abs. 4 Satz 1 ERegG.

Gemäß § 55 Abs. 4 Satz 1 ERegG haben die Vorrangkriterien dem gesellschaftlichen Nutzen eines Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten, die hierdurch von der Schienenwegnutzung ausgeschlossen werden, Rechnung zu tragen.

Die Beschlusskammer lässt dabei zunächst offen, ob die beabsichtigten Vorrangkriterien bereits deshalb unzulässig sind, weil sie nicht einer bestimmten Verkehrsart gegenüber anderen Vorrang gewähren. Verkehrsdienste werden in § 2 Abs. 2 Satz 1 AEG als Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr definiert. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 AEG können innerhalb der Verkehrsdienste Marktsegmente gebildet werden. Diese Definitionen sind nach § 1 Abs. 4 ERegG auch für die Anwendung des ERegG maßgeblich. Sie legen ein Verständnis nahe, nach dem ein Vorrang nur für die auch als Verkehrsarten bezeichneten Verkehrsdienste Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr gegenüber jeweils anderen aus dieser Gruppe möglich ist. Für dieses Verständnis spricht insbesondere auch, dass § 52 Abs. 2 ERegG vorgibt, dass in den in §§ 55 und 57 bestimmten Fällen „besonderen Verkehrsarten“ Vorrang eingeräumt werden darf. Dagegen könnte man aus Sicht der Beschlusskammer allerdings auch die Auffas-

sung vertreten, dass die gesetzliche Definition auch Fälle erfasst, bei denen bestimmten Verkehren innerhalb einer Verkehrsart Vorrang eingeräumt werden soll. Dafür spricht, dass der Gesetzgeber in § 55 Abs. 4 ERegG auch Vorrangkriterien für „Verkehrsdienste im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr“ in den Blick nimmt, also gerade nicht den „Verkehrsdienst öffentlicher Schienenpersonennahverkehr“ in seiner Gesamtheit. Auch hinsichtlich der Vorgabe für Vorrangkriterien im Schienengüterverkehr adressiert der Gesetzgeber mit dem Kriterium „grenzüberschreitende Güterverkehrsdienste“ nicht die Gesamtheit der Güterverkehrsdienste, sondern einen Teil des Verkehrsdienstes. In diesem Kontext spielt auch eine Rolle, dass Richtlinien und Gesetzgeber den Begriff Verkehrsdienst in unterschiedlichen Zusammenhängen uneinheitlich verwenden,

vgl. dazu *Otte*, in Kühling/Otte, AEG/ERegG, 1. Auflage 2020, § 2 AEG, Rn. 14 f.,

und ein praktisches Bedürfnis für Vorrangregeln innerhalb einer bestimmten Verkehrsart bestehen kann. Letztlich wird dies auch durch die beabsichtigte Änderung belegt.

Die Frage, ob gemäß § 55 Abs. 4 ERegG auch Vorrangkriterien innerhalb eines Verkehrsdienstes zulässig sind, kann jedoch dahinstehen, weil das Vorrangkriterium jedenfalls nicht dem gesellschaftlichen Nutzen eines Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten Rechnung trägt.

Die Betroffenen haben den gesellschaftlichen Nutzen eines Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten nicht, jedenfalls nicht hinreichend, geprüft und dargelegt. Im konkreten Fall hätte dies Abwägungen dazu erfordert, ob die den Trassenanmeldungen zugrundeliegenden Zugfahrten, die ein Stärken oder Schwächen im ÜLS-Bereich vorsehen oder Haltezeiten von mehr als zehn Minuten, einen geringeren gesellschaftlichen Nutzen aufweisen als andere Trassenanmeldungen.

Die Unterrichtung, die gemäß § 72 Satz 1 ERegG unter Angabe der maßgeblichen Gründe zu erfolgen hat, gibt keinen Aufschluss darüber, dass bei der Festlegung des Vorrangkriteriums der gesellschaftliche Nutzen eine Rolle gespielt hätte. Unmittelbare Angaben zur Berücksichtigung des gesellschaftlichen Nutzens fehlen zudem sowohl im Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität als auch im Zusammenhang mit der Nutzungsvorgabe in der Anlage 4.6.2 der NBN. Im Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität heißt es lediglich, dass die Nutzung der begrenzt vorhandenen Kapazität auf dem ÜLS für die bestehenden und künftigen Anforderungen optimiert werden solle,

Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität der Betroffenen vom 08.12.2020,
Seite 44.

Explizite Aussagen zum gesellschaftlichen Nutzen der jeweiligen Züge fehlen jedoch. Das gilt auch für die Ausführungen der Betroffenen gegenüber der Beschlusskammer im Rahmen des vorliegenden Verfahrens:

Die Betroffenen haben mit Schreiben vom 26.10.2021 in Bezug auf sämtliche Nutzungsvorgaben ausgeführt, dass dadurch eine möglichst optimale Nutzung der in nicht ausreichendem Maße vorhandenen Streckenkapazität ermöglicht werden solle. Es würden verkehrliche Nutzungen gegenüber verkehrlich nicht zwingend erforderlichen Nutzungen bevorzugt. Im Sinne des gesellschaftlichen Nutzens sei dabei vor allem eine pünktliche Verkehrsleistung anzustreben. In Bezug auf die Nachrangigkeit von Trassenanmeldungen mit einer Haltezeit von mehr als zehn Minuten im ÜLS-Bereich haben die Betroffenen zudem ausgeführt, dass diese die Kapazität an Bahnsteiggleisen verknäpften und möglicherweise zu Trassenablehnungen führten.

Die Ausführungen der Betroffenen sind größtenteils pauschal und beziehen sich auf die insgesamt acht von der Beschlusskammer aufgegriffenen Nutzungsvorgaben. Umgekehrt ist nicht erkennbar, ob und wie die Betroffenen den gesellschaftlichen Nutzen der von den Vorkriterien betroffenen Zugfahrten bewertet haben. Es ist auch nicht erkennbar, dass der gesellschaftliche Nutzen der nach den Nutzungsvorgaben vorrangigen Zugfahrten denjenigen der nachrangigen Zugfahrten überwiegt.

Gegen die Nachrangigkeit von Trassenanmeldungen, die ein Stärken und Schwächen in den Bahnhöfen des ÜLS Bereichs vorsehen, haben sich die Hinzugezogenen zu 3), 9) und 10) ausgesprochen. Die Hinzugezogene zu 3) hat darauf hingewiesen, dass bei ihren Fahrten im SPFV nördlich und südlich von Berlin eine abweichende Nachfrage bestehe, die die Möglichkeit eines Stärkens und Schwächens erfordere. Die beabsichtigte Nachrangigkeit der entsprechenden Trassenanmeldungen könne dazu führen, dass nicht die optimale, der Nachfrage entsprechende Zugkonfiguration eingesetzt werde. Dadurch könnten zudem Durchbindungen etwa von Zügen aus München oder Frankfurt über Berlin hinaus an die Ostseeküste gefährdet werden. Diese Ausführungen haben die Hinzugezogenen zu 9) und 10) aufgegriffen und unterstützt. Sie verweisen darauf, dass die Nachrangigkeit der entsprechenden Trassenanmeldungen sogar zu einem höheren Kapazitätsverbrauch führen könnte, wenn Züge nicht mehr vereinigt, sondern doppelt geführt würden. Auch sei der gesellschaftliche Nutzen beim Entfall von Direktverbindungen nicht höher, sondern geringer zu veranschlagen. Die Hinzugezogenen zu 9) und 10) haben zudem im Stellungnahmeverfahren gegenüber den Betroffenen ausgeführt, dass konkrete Zugfahrten der Linie RE 66 betroffen wären, die bisher im Bahnhof Berlin Gesundbrunnen am Morgen geschwächt und am Nachmittag gestärkt wird. Zudem sei im Verkehrsvertrag ab 2026 das Stärken und Schwächen einzelner Züge im Bahnhof Berlin Südkreuz vorgesehen.

Diese Ausführungen sind aus Sicht der Beschlusskammer nachvollziehbar. Sie zeigen, dass die Nachrangigkeit von Trassenanmeldungen, die ein Stärken oder Schwächen vorsehen, komplexe Fallkonstellationen betrifft. Sie erfasst sowohl den SPNV als auch den SPFV. Sie könnte sowohl zu Zugfahrten mit einer zu geringen Kapazität des Fahrzeugs als auch zu Zugfahrten, bei denen eine aus Sicht der Nachfrage zu hohe Kapazität mitgeführt wird, führen. Daneben wäre es auch vorstellbar, dass Zugangsberechtigte statt einer in Berlin vereinigten Zugfahrt zweier Zugteile zwei getrennte Zugfahrten anmelden. Dadurch würde die angestrebte optimierte Kapazitätsnutzung konterkariert. Dabei wird deutlich, dass die Betroffenen die Auswirkungen in Form des gesellschaftlichen Nutzens nicht im Einzelfall ermittelt haben. Den Ausführungen der Hinzugezogenen zu 3), 9) und 10) sind sie nicht substantiiert entgegen getreten.

Hinzu kommt, dass die Aussage der Betroffenen, dass der gesellschaftliche Nutzen umso höher sei, je mehr Trassen konstruiert werden könnten, und es deswegen immer von höherem gesellschaftlichen Nutzen sei, stark kapazitätsbelastende Verkehre nachrangig zu behandeln, in ihrer Pauschalität unzutreffend ist. Der gesellschaftliche Nutzen von Verkehren ist abhängig von den konkret durchgeführten Transporten. So dürfte beispielsweise der gesellschaftliche Nutzen von der Anzahl der erwarteten Reisenden und der Reiseweite abhängig sein. Im SGV wird es auf die Art des Verkehrs und ggf. auch auf die Art der transportierten Güter ankommen. Hier wird der Zulauf eines Kohletransports zu einem Kraftwerk möglicherweise einen anderen Nutzen aufweisen als der Zulauf weniger Wagen im Einzelwagenverkehr. Wie die Stellungnahmen der Zugangsberechtigten zeigen, ist der gesellschaftliche Nutzen auch abhängig von denkbaren Alternativhandlungen, weil hierdurch der zusätzliche Nutzen des vor- oder nachrangig zu behandelnden Verkehrs bestimmt wird. So ist der Nutzen eines Haltes dann begrenzt, wenn ein gleichwertiger Alternativhalt zur Verfügung steht. Die Bestimmung des ge-

sellschaftlichen Nutzens ist vor diesem Hintergrund eine vergleichsweise aufwändige Bemessung, der ein umfangreicher Austausch mit den Zugangsberechtigten über deren Bedürfnisse im Rahmen der Kapazitätsanalyse und im Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität vorangeht.

Zudem weist die Beschlusskammer auf die folgenden Gesichtspunkte betreffend die grundsätzliche Eignung des Vorrangkriteriums hin: Die beabsichtigte Vorrangregel könnte nur dann Wirkungen entfalten, wenn im Rahmen der Trassenkonstruktion Trassenkonflikte auftreten. Bisher liegen der Beschlusskammer jedoch keine Unterrichtungen gemäß § 72 Satz 1 Nr. 1 ERegG für die betroffenen Streckenabschnitte vor, die explizit im Zusammenhang mit den Betriebsverfahren begründet werden. Die Beschlusskammer geht jedoch davon aus, dass die Zugangsberechtigten aufgrund der Nachrangigkeit entsprechende Trassenanmeldungen erst gar nicht mehr abgeben würden.

Die Ausführungen gelten für die Nachrangigkeit von Trassenanmeldungen, die eine Haltezeit von mehr als zehn Minuten im ÜLS-Bereich aufweisen, entsprechend. Die Betroffenen haben nicht dargelegt, dass sie den gesellschaftlichen Nutzen in ausreichendem Maße berücksichtigt haben. Die Hinzugezogenen zu 9) und 10) haben darauf hingewiesen, dass mehrere Linien im SPFV und SPNV derzeit längere Haltezeiten als zehn Minuten nutzen, um bei einem Übergang von einer Linie auf eine andere die Taktzeiten zu synchronisieren. Sofern diese Trassenanmeldungen nachrangig behandelt würden, könnten Zugangsberechtigte statt einer Zugfahrt, die von einer Linie auf eine andere wechselt, zwei Zugfahrten anmelden, die mit zusätzlichen Zu- und Abbringer-Fahrten verbunden wären. Zudem wäre es denkbar, dass Zugangsberechtigte Haltezeiten von mehr als zehn Minuten dadurch vermeiden, dass sie diese Haltezeit auf mehrere Bahnhöfe und Haltepunkte im überlasteten Abschnitt aufteilen, so dass insgesamt keine entlastende Wirkung erreicht würde. Die Hinzugezogenen zu 9) und 10) haben zudem die Frage aufgeworfen, ob die Nachrangigkeit im Fall von Haltezeiten von mehr als zehn Minuten auch für wendende Züge gelte. Dies haben die Betroffenen bei der Auswertung der Stellungnahmen indirekt bestätigt. Dabei kann die Nachrangigkeit von Trassenanmeldungen mit einer Haltezeit von mehr als zehn Minuten an Bahnhöfen im ÜLS-Bereich aus zwei Gründen zu nachteiligen Effekten führen, wie die Hinzugezogenen zu 9) und 10) aus Sicht der Beschlusskammer nachvollziehbar ausgeführt haben: Einerseits können Zugwenden an den betroffenen Bahnhöfen erforderlich werden, damit die Züge gar nicht erst in den überlasteten Bereich des Nord-Süd-Tunnels hineinfahren, sondern beispielsweise in Berlin-Gesundbrunnen aus Richtung Norden kommend wenden. Andererseits besteht südlich des Bahnhofs Berlin Südkreuz bis zur Fertigstellung der Dresdner Bahn ein Engpass, weil aus Richtung Norden kommend zwei zweigleisige Strecken bestehen, während südlich nur die zweigleisige sog. Anhalter Bahn zur Verfügung steht. Dies führt dazu, dass Züge des SPNV und des SPFV in der Vergangenheit in Berlin Südkreuz wendeten, wo immerhin sechs Bahnsteigkanten zur Verfügung stehen. In beiden Fällen wären die Wenden in Folge der Haltezeitvorgaben ggf. nicht mehr durchführbar, weil vielfach längere Wendezeiten als zehn Minuten erforderlich sind.

Insofern wird deutlich, dass die Betroffenen auch im Falle der Nachrangigkeit bei Haltezeiten von mehr als zehn Minuten den gesellschaftlichen Nutzen der jeweils konkret betroffenen Verkehrsdienste nicht im erforderlichen Umfang bewertet haben.

II.3.4.3 Ermessensausübung

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. Die zu

treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. 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.

Die Ablehnung verfolgt zunächst einen legitimen Zweck. 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 dient die behördliche Maßnahme vor allem dem Regulierungsziel 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. Vor diesem Hintergrund haben die Zugangsberechtigten ein Interesse daran, bei einer Trassenanmeldung, die eine Stärken- oder Schwächen- oder Haltezeiten von mehr als zehn Minuten im ÜLS-Bereich vorsieht, nicht die Unsicherheit einer möglichen nachrangigen Behandlung im Falle von Trassenkonflikten in Kauf nehmen zu müssen. Das gilt jedenfalls solange, wie die Betroffenen nicht die gemäß § 55 Abs. 4 ERegG erforderliche Abwägung des jeweiligen gesellschaftlichen Nutzens vorgenommen haben. Daneben kann die behördliche Maßnahme auch dem Ziel einer effektiven Nutzung der Fahrwegkapazität gemäß § 18 ERegG Rechnung tragen.

Die Maßnahme ist auch geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen. Durch die behördliche Ablehnung der beabsichtigten Änderung wird erreicht, dass die Vorrangkriterien nicht Bestandteil der NBN 2023 werden.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Es handelt sich um das mildeste gleich geeignete Mittel, da die Betroffenen in der Sache an der beabsichtigten Änderung festhalten. Die Betroffenen haben an den beabsichtigten Nutzungsvorgaben festgehalten, obwohl ihnen Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur aus vorangegangenen Verfahren bekannt ist. Nachdem sie auch im vorliegenden Verfahren von einer Rücknahme der Nutzungsbedingungen abgesehen haben, war eine behördliche Ablehnung geboten.

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.

Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Betroffenen durch die Ablehnung der Vorrangkriterien mit einem bezifferbaren Mehraufwand belastet würden. Die Betroffenen haben gegenüber der Bundesnetzagentur keinen konkreten Handlungsbedarf dargelegt, weil Zugangsberechtigte in erheblichem Umfang Trassen entgegen der beabsichtigten Nutzungsvorgaben anmeldeten. Der Bundesnetzagentur liegen auch keine eigenen Erkenntnisse darüber vor, dass die Zugangsberechtigten Trassenanmeldungen abgeben, die Gegenstand der beabsichtigten Nutzungsvorgaben wären. Zudem ist dabei im Blick zu behalten, dass die Nutzungsvorgaben lediglich im Falle von Konflikten zur Anwendung kämen, soweit sie nicht darüber hinaus eine Vorwirkung entfalten. Die Ablehnung der Nutzungsvorgaben hat daher nur zur Folge, dass die Betroffenen ggf. entstehende Trassenkonflikte nach den gesetzlichen Vorgaben koordinieren und notwendigenfalls entscheiden. Vor dem Hintergrund, dass dies den gesetzlichen Vorgaben entspricht und die Anzahl der Anwendungsfälle nicht konkret greifbar ist, erscheint dies zumutbar.

Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass, sofern die Betroffenen bei näherer Betrachtung tatsächlich nachweisen könnten, dass (was derzeit nicht erkennbar ist) eine vergleichbare Regelung

eines Vorrangkriteriums den gesellschaftlichen Nutzen berücksichtigt, sie ein solches Kriterium in der nächsten Netzfahrplanperiode einbringen können. Da derzeit der Anwendungsbereich der Regelung gering ist, ergeben sich hieraus für die Betroffenen keine erkennbaren Nachteile.

Demgegenüber ist dem Umstand ein höheres Gewicht beizumessen, dass es sich bei den §§ 52 Abs. 2 sowie 55 Abs. 3, 4 ERegG um zwingende rechtliche Vorgaben handelt, die die Betroffenen zu beachten haben. Die Vorschriften schützen die Rechte der Zugangsberechtigten, die darauf vertrauen dürfen, dass ihre Trassenanmeldungen nur nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben behandelt werden. Die beabsichtigte Änderung stellt eine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben dar, die den Zugangsberechtigten ihre wirtschaftliche Betätigung auf dem Schienennetz der Betroffenen erschwert. Die Zugangsberechtigten wären mittelbar gezwungen, entgegen einer aus ihrer Sicht optimalen betrieblichen Planung den Nutzungsvorgaben Rechnung zu tragen.

Dagegen wird den Betroffenen durch die behördliche Ablehnung der beabsichtigten Änderung nicht jegliche Möglichkeit genommen, den Betrieb auf dem überlasteten Schienenweg im Sinne aller Nutzer zu optimieren. Die Einführung betrieblicher Nutzungsvorgaben im Sinne von § 58 Abs. 2 Satz 2 ERegG, die keine Abweichungen von den gesetzlichen Vorrangkriterien enthalten, bleibt den Betroffenen unbenommen. Auch die Einführung von Vorrangkriterien ist möglich, muss aber entsprechend begründet sein. Hierzu dürfte in der Regel eine vorherige Analyse im Rahmen der nach §§ 58, 59 ERegG vorgesehenen Prozesse zur Erstellung einer Kapazitätsanalyse und eines Plans zur Erhöhung der Schienenwegkapazität erforderlich sein, in der der gesellschaftliche Nutzen der betrachteten Verkehre betrachtet wird. Ebenso steht es den Betroffenen frei, im Vorfeld der Trassenanmeldung bereits auf eine Abstimmung oder Beratung hinzuwirken, um Nutzungskonflikte frühzeitig zu erkennen, wie es im Falle der Haltezeiten auch Gegenstand der Nutzungsvorgabe war.

II.3.5 Ziffern 5 und 6 des Tenors: Nutzungsvorgaben Aachen, Berlin, Hamburg (Anlage 4.6.2 der NBN)

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Neufassung der Anlage 4.6.2 Nutzungsvorgaben für die überlastet erklärten Strecken im aus dem Tenor ersichtlichem Umfang ab.

Die Entscheidung basiert darauf, dass die beabsichtigte Neufassung der genannten Ziffern der Anlage 4.6.2 Nutzungsvorgaben für die überlastet erklärten Strecken (hierzu unter Ziffer II.3.5.1) nicht den gesetzlichen Vorgaben genügt (hierzu unter Ziffer II.3.5.2) und nach Abwägung des Für und Wider abzulehnen war (hierzu unter Ziffer II.3.5.3).

II.3.5.1 Beabsichtigte Neufassung

Die Betroffenen beabsichtigen die Einführung von Nutzungsvorgaben für die im Einzelnen genannten für überlastet erklärte Strecken.

Hierzu sollen neue Nutzungsbedingungen in die Anlage „4.6.2 Nutzungsvorgaben“ hinzugefügt werden, die ein Verbot von Triebfahrzeugumläufen, von einer Änderung der Zugkonfiguration sowie ein Verbot des Triebfahrzeugwechsels in den Bahnhöfen der ÜLS-Abschnitte vorsehen. Der Wortlaut soll folgendermaßen lauten:

ÜLS-Hamburg:

„2. Keine Triebfahrzeugumläufe aufgrund von Nichtwendezügen in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs

Nichtwendezüge des SPFV und SPNV, die in den Bahnhöfen Hamburg Hbf und Hamburg-Harburg enden und anschließend in der Gegenrichtung wieder beginnen, sind nicht zulässig. Nichtwendezüge des SPFV und SPNV, die in den Bahnhöfen Hamburg Hbf und Hamburg-Harburg (Personenbahnhofsteil) innerhalb ihres angemeldeten Laufwegs die Fahrtrichtung wechseln, sind ebenso nicht zulässig.

Trassenanmeldungen, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, werden als nicht plausibel behandelt.

Diese Vorgabe gilt Montag bis Freitag zwischen von 5 bis 9 Uhr und von 15 bis 20 Uhr.

Sie ist eine präventive Maßnahme zur Erhaltung und optimalen Nutzung der vorhandenen Kapazität.

3. Keine Änderung der Zugkonfiguration (Stärken/ Schwächen) in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs

Änderungen der Zugkonfiguration (Stärken/Schwächen) sind bei Zügen des SPFV und des SPNV in den Bahnhöfen Hamburg Hbf und Hamburg-Harburg (Personenbahnhofsteil) nicht zulässig.

Das Stärken und Schwächen ist auch beim Übergang zwischen zwei Zugfahrten (Zugwende) nicht zulässig.

Trassenanmeldungen, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, werden als nicht plausibel behandelt.

Diese Vorgabe gilt Montag bis Freitag zwischen von 5 bis 9 Uhr und von 15 bis 20 Uhr.

Sie ist eine präventive Maßnahme zur Erhaltung und optimalen Nutzung der vorhandenen Kapazität.“

ÜLS Berlin:

„1. Keine Triebfahrzeugumläufe aufgrund von Nichtwendezügen in den Bahnhöfen des ÜLS- Bereichs

Nichtwendezüge des SPFV und SPNV, die in den Bahnhöfen Berlin-Gesundbrunnen, Berlin Hbf (tief) und Berlin Südkreuz enden und anschließend in der Gegenrichtung wieder beginnen, sind nicht zulässig.

Nichtwendezüge des SPFV und SPNV, die in den Bahnhöfen Berlin-Gesundbrunnen, Berlin Hbf (tief) und Berlin Südkreuz innerhalb ihres angemeldeten Laufwegs die Fahrtrichtung wechseln, sind ebenso nicht zulässig.

Alternative Bahnhöfe, an denen der Triebfahrzeugumlauf durchgeführt werden kann, sind z.B. Berlin-Lichtenberg, Berlin-Grünau und Michendorf.

Trassenanmeldungen, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, werden als nicht plausibel behandelt.

Diese Vorgabe gilt zwischen von 5 bis 23 Uhr.

Sie ist eine präventive Maßnahme zur Erhaltung und optimalen Nutzung der vorhandenen Kapazität.“

ÜLS Aachen:

„3. Keine Triebfahrzeugwechsel in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs

Triebfahrzeugwechsel sind bei Zügen des SPFV und SPNV in den Aachen Hbf, Aachen West,

Aachen-Rothe Erde und Stolberg Hbf (DB-Teil) nicht zulässig.

Trassenanmeldungen, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, werden als nicht plausibel behandelt.

Diese Vorgabe gilt Montag bis Freitag im Zeitraum von 5 bis 23 Uhr.

4. Keine Triebfahrzeugumläufe aufgrund von Nichtwendezügen des SPV in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs

Nichtwendezüge des SPFV und SPNV, die in den Bahnhöfen Aachen Hbf, Aachen West, Aachen-Rothe Erde und Stolberg Hbf (DB-Teil) enden und anschließend in der Gegenrichtung wieder beginnen, sind nicht zulässig.

Trassenanmeldungen, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, werden als nicht plausibel behandelt.

Diese Vorgabe gilt Montag bis Freitag im Zeitraum von 5 bis 23 Uhr.

5. Beschränkung der Änderung der Zugkonfiguration (Stärken/Schwächen) in den Bahnhöfen des ÜLS-Bereichs

Änderungen der Zugkonfiguration (Stärken/Schwächen) sind bei Zügen des SPFV und des SPNV in den Bahnhöfen Aachen West, Aachen-Rothe Erde und Stolberg Hbf (DB-Teil) nicht zulässig.

Das Stärken von Zügen bzw. das Vereinigen von Zugteilen ist bei Zügen des SPFV und des SPNV in Aachen Hbf nicht zulässig.

Weiterhin zulässig sind Änderungen der Zugkonfiguration (Stärken/Schwächen) bei Zügen des SPFV und des SPNV, die in Aachen Hbf beginnen oder enden.

Trassenanmeldungen, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, werden als nicht plausibel behandelt.

Diese Vorgabe gilt Montag bis Freitag im Zeitraum von 5 bis 23 Uhr.“

II.3.5.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht

Der in den Regelungen vorgesehene Ausschluss von bestimmten betrieblichen Handlungen verstößt gegen §§ 10 Abs. 2 und 3, 11 Abs. 1 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 55 Abs. 3, 56 Abs. 3, 58 und 59 Abs. 1 ERegG.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um Regelungen, die zwar Ähnlichkeiten zu betrieblichen Maßnahme im Sinne von § 58 Abs. 2 ERegG aufweisen, jedoch keine Homogenisierung von bestehenden Verkehren bewirken, sondern bestimmte Verkehre vom Netzzugang ausschließen. Die Regelung erfüllt damit die tatbestandlichen Voraussetzung einer Nutzungsvorgabe nach §§ 10 Abs. 2 und 3 i.V.m. § 58 Abs. 2 ERegG nicht (hierzu unter (II.3.5.2.1).

Regelungen, die bestimmte Verkehre von der Nutzung des Schienennetzes ausschließen und hierfür anderen Verkehren die Nutzung gestatten, könnten jedoch u. U. als spezielle Vorrangskriterien begriffen werden und insofern zulässig sein. Allerdings stellen die beabsichtigten Regelungen weder Vorrangskriterien dar noch erfüllen sie die hilfsweise geprüften Voraussetzungen des § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG (hierzu unter II.3.5.2.2).

II.3.5.2.1 Keine Maßnahme zur Erhöhung der Kapazität gemäß §§ 58, 59 ERegG

Die Betroffenen haben gegenüber der Bundesnetzagentur ausgeführt, dass es sich um Nutzungsvorgaben im Sinne der §§ 58, 59 ERegG handle. Die in den Nutzungsvorgaben genannten betrieblichen Handlungen erforderten in den überlasteten Betriebsstellen zusätzliche Zeit- und Kapazitätsbedarfe, die anderen Verkehren nicht zur Verfügung stünden. Daher könne die Infrastruktur nicht sinnvoll genutzt werden. Die Betroffenen vertreten die Auffassung, dass die Nutzungsbedingungen nicht zum Ausfall von Verkehren führten, sondern eine optimale Kapazitätsnutzung bewirkten. Die Nutzungsvorgaben entsprächen damit den im Beschluss BK10-18-0201_Z aufgeführten Grundsätzen in Form der optimierten Betriebssteuerung gemäß § 58 Abs. 1 ERegG. Die Betroffenen sehen in der beabsichtigten Regelung angemessene Maßnahmen zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit.

Das ist nicht der Fall.

§ 58 ERegG schreibt vor, dass Betreiber der Schienenwege im Rahmen der Kapazitätsanalyse den Schienenweg, die Betriebsverfahren, die Art der verschiedenen durchgeführten Verkehrsdienste und die Auswirkungen all dieser Faktoren auf die Schienenwegkapazität untersuchen müssen. Ziel der Untersuchung ist die Darlegung von Möglichkeiten, wie zusätzlichen, die derzeitige Kapazität übersteigenden Anträgen stattgegeben werden kann. Zu den prüfungsbedürftigen Maßnahmen gehören insbesondere die Umleitung und zeitliche Verlagerung von Verkehrsdiensten, Änderungen der Fahrgeschwindigkeit und Verbesserungen des Schienenwegs.

§ 59 Abs. 1 ERegG gibt vor, dass zu entscheiden ist, welche der nach § 58 ERegG ermittelten Möglichkeiten ergriffen wird. Eine Berücksichtigung in den SNB kann dann nach Maßgabe von § 10 ERegG erfolgen. Die zu treffende Maßnahme muss also angemessen, transparent und diskriminierungsfrei sein.

Im vorliegenden Fall ist zunächst festzustellen, dass keine Maßnahme vorliegt, die die Möglichkeit schaffen würde, zusätzlichen, die aktuelle Kapazität übersteigenden Anträgen stattzugeben. Vielmehr geht es darum, bestimmte betriebliche Handlungen bei der Nutzung auszuschließen.

Soweit die Betroffenen vortragen, es handele sich um eine Maßnahme, die die bestehende Betriebsqualität schützen solle, ist zunächst festzustellen, dass der Schutz der bestehenden Betriebsqualität hinter den Anforderungen der §§ 58, 59 ERegG zurückbleibt, weil die Ausweitung von Kapazität unterbleibt.

Auch das mögliche Argument, es handele sich bei dem Schutz der bestehenden Betriebsqualität um ein wesensgleiches Minus zur Ausweitung von Kapazität, verfängt nicht. Durch die beabsichtigte Regelung wird keine Kapazität in dem Sinne geschützt, dass sie den Zugangsberechtigten als ein „Mehr“ zur Verfügung stünde. Die Kapazität wird allenfalls davor geschützt, durch den SPV in Anspruch genommen zu werden. Die veränderte Zuweisung von Kapazität – also die Bevorzugung der einen Nutzung vor einer anderen Nutzung – ist aber an den spezielleren Regelungen von § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG zu messen.

Maßnahmen zur Erhöhung der Kapazität gemäß §§ 58, 59 ERegG basieren auf dem Gedanken einer optimierten Betriebssteuerung. Das lässt sich einmal an den aufgeführten Untersuchungsgegenständen erkennen. Zu untersuchen sind der Schienenweg, die Betriebsverfahren, die Art der verschiedenen durchgeführten Verkehrsdienste und die Auswirkungen all dieser Faktoren auf die Schienenwegkapazität. Auch die beispielhaft aufgeführten Maßnahmen lassen erkennen, dass es um eine optimierte Betriebssteuerung geht: Beispielhaft sind die

Umleitung und zeitliche Verlagerung von Verkehrsdiensten, Änderungen der Fahrgeschwindigkeit und Verbesserungen des Schienenwegs genannt. Alle diese Maßnahmen befassen sich mit der Frage, wie der Verkehrszweck optimiert erreicht werden kann. Geändert wird die betriebliche Abwicklung, aber es findet keine Verdrängung eines Verkehrsdienstes durch einen anderen statt. Umleitungen oder zeitliche Verlagerungen von Verkehren kommen immer nur in Betracht, wenn das Verkehrsbedürfnis entsprechend variabel ist. Das Verbot der in den Nutzungsvorgaben genannten betrieblichen Handlungen führt nach Einschätzung der Beschlusskammer zum Ausschluss derjenigen Verkehre, die auf diese Handlungen angewiesen sind:

Im Schienenpersonenverkehr verkehrten in der Vergangenheit überwiegend lokbespannte Züge. Sobald diese Züge ihren Zielbahnhof erreichten, musste die Lokomotive in der Regel an das andere Ende des Zuges umgesetzt werden (sog. Triebfahrzeugumlauf). Dafür wird ein weiteres freies Gleis im Bahnhof benötigt, auf dem die Lokomotive den Zug umfährt. Zudem ist damit eine längere Aufenthaltszeit des Zuges in dem betreffenden Bahnhof verbunden. Aufgrund des damit verbundenen Aufwands setzten sich seit der Mitte des 20. Jahrhunderts zunehmend sog. Wendezüge durch. Wendezüge verfügen über einen Steuerwagen an dem der Lokomotive entgegengesetzten Ende des Zuges, von dem aus die Lokomotive ferngesteuert werden kann. Alternativ kann ein Wendezug auch dadurch gebildet werden, dass an beiden Enden des Zuges Lokomotiven eingereiht werden. Erreicht ein Wendezug seinen Zielbahnhof, ist vor der Rückfahrt kein Triebfahrzeugumlauf erforderlich. Gegenüber einem Nicht-Wendezug kann die Rückfahrt nach vergleichsweise kurzer Zeit erfolgen, die sich nach der Zeitspanne für einen Wechsel des Triebfahrzeugführers von der Spitze an das Ende des Zuges sowie den erforderlichen betrieblichen Handlungen bemisst.

Derzeit verkehren nach Einschätzung der Beschlusskammer im SPFV und SPNV die meisten Züge als Wendezüge. Mangels vorhandener Steuerwagen verkehrt jedoch eine gewisse Anzahl von Zügen nach wie vor als Nicht-Wendezüge (z.B. Nachtzüge, Sonderzüge, einzelne sonstige Fernzüge). Bei den Zugangsberechtigten, die in diesen Segmenten tätig sind, werden in der Regel sämtliche Zugfahrten als Nichtwendezüge erbracht. Für sie sind Steuerwagen in der Regel nicht verfügbar, so dass sie ihr Betriebsprogramm nicht kurzfristig an die Nutzungsvorgabe anpassen können. Der Einsatz von zwei Triebfahrzeugen an einem Zug wäre mit wirtschaftlichen Mehraufwendungen verbunden, die schlimmstenfalls zur Verdrängung der Verkehrsdienste führen könnte.

Die Hinzugezogene zu 6) hat sich gegenüber den Betroffenen und der Beschlusskammer gegen die Einführung der Nutzungsvorgaben in den genannten Bahnhöfen ausgesprochen. Sie hat ausgeführt, dass ein Verbot von Lokumläufen nur dann gerechtfertigt sein könne, wenn die Lokumläufe an einem Alternativstandort durchgeführt werden könnten und die Durchführbarkeit der Fahrt zur Befriedigung des vom Zugangsberechtigten erkannten Verkehrsbedürfnis dadurch nicht ausgeschlossen werde. Soweit das Verbot dagegen zum Ausfall der geplanten Fahrt führen könne, könne es allenfalls als zusätzliches Vorrangkriterium für den Fall von Trassenkonflikten aufgestellt werden.

Aus Sicht der Beschlusskammer bewirken die Nutzungsvorgaben mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Ausfall von geplanten Zugfahrten. Insgesamt bestehen keine alternativen Betriebsstellen in hinreichender Nähe. Nur im Falle von Berlin werden als alternative Bahnhöfe Berlin Lichtenberg, Berlin-Grünau oder Michendorf genannt. Diese Betriebsstellen sind beispielsweise von Berlin Südkreuz nur mit längeren Zu- und Abbringerfahrten erreichbar. Dadurch können die angestrebten Wendezeiten unter Umständen nicht erreicht werden. Im Übrigen hat auch die Hinzugezogene zu 3) in der Vergangenheit Triebfahrzeugumläufe im

ÜLS-Abschnitt mit möglichst kurzen Wendezeiten durchgeführt. Im Falle von Hamburg und Aachen werden keine alternativen Betriebsstellen benannt. Für die Beschlusskammer ist auch nicht erkennbar, dass geeignete Alternativen in unmittelbarer Umgebung bestehen.

Auch das Verbot des Stärkens und Schwächens kann in den ÜLS-Bereichen Hamburg und Aachen zum Ausfall von Verkehren führen. Dazu gelten die Ausführungen unter II.3.4.2 grundsätzlich entsprechend. Auch in Hamburg und Aachen kann für die Zugangsberechtigten die Notwendigkeit bestehen, Zugfahrten zu stärken oder zu schwächen, um der verkehrlichen Nachfrage optimal entsprechen zu können. Dabei wirkt das Verbot gegenüber dem auf dem ÜLS-Abschnitt Berlin geltenden Vorrangkriterium per se noch rigider. Die Hinzugezogene zu 13) hat ausgeführt, dass sie seit mehreren Jahren im Hamburger Hbf jeweils einen der von ihr betriebenen Züge stärkt bzw. schwächt. Das Verbot hätte die bereits dargestellten negativen Auswirkungen. Gleiches gilt auch für den ÜLS-Bereich Aachen. Aachen ist aufgrund der Lage an der Grenze zu den Niederlanden und zu Belgien Endpunkt von mindestens drei SPNV-Linien, die aufgrund der entsprechenden Nachfrage überwiegend mit zwei Zugteilen verkehren. Dabei kann am Tagesrand ein Bedürfnis dafür bestehen, dass die Züge verstärkt oder geschwächt werden.

Auch das Verbot des Triebfahrzeugwechsel kann im ÜLS-Bereich Aachen zum Ausschluss von Verkehren führen. Abweichend von den anderen ÜLS-Bereichen besteht in Aachen aufgrund der in den Nachbarländern abweichenden Bahnstromsysteme ein Bedürfnis für Triebfahrzeugwechsel, wenn keine Mehrsystem-Triebfahrzeuge eingesetzt werden. Im Aachener Hauptbahnhof können mehrere Bahnsteiggleise mit dem deutschen und dem belgischen Stromsystem gespeist werden, um Triebfahrzeugen, die auf das jeweilige Stromsystem beschränkt sind, den Wechsel zu ermöglichen. Entsprechende Nutzungen werden durch das Verbot von der Nutzung ausgeschlossen. Ein Ausweichen auf anderer Betriebsstellen ist nach Einschätzung der Beschlusskammer nicht ohne weiteres möglich, weil auch die angrenzenden Betriebsstellen von dem Verbot erfasst werden.

II.3.5.2.2 Keine Vorrangregel gemäß § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG

Es liegt kein Vorrangkriterium gemäß § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG vor.

Gemäß § 55 ERegG kann der Betreiber der Schienenwege bei der Zuweisung von Schienenwegkapazität zusätzlich Vorrangkriterien nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 anwenden, wenn Entgelte nach § 35 Abs. 1 ERegG nicht erhoben wurden oder das Erheben von Entgelten zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt hat und der Schienenweg für überlastet erklärt wurde.

Bei der beabsichtigten Regelung handelt es sich indes nicht um ein Vorrangkriterium.

Vorrang einzuräumen bedeutet, jemandem oder etwas im Vergleich zu jemand oder etwas anderem höheren Stellenwert einzuräumen (vgl. Abschnitt II.3.4.2).

Der vorgelegten Regelung fehlt es hierzu an einer Konfliktsituation, in der Vorrang eingeräumt werden könnte. Die Regelung gilt unabhängig davon, ob bei der Fahrplanerstellung tatsächlich eine Konfliktsituation zwischen Trassenanmeldungen entsteht, die letztendlich durch ein Vorrangkriterium zu entscheiden wäre. Es wird also dem SPFV oder dem SGV kein Vorrang eingeräumt. Selbst wenn kein einziger Zug im SGV und SPFV Trassen anmelden würde, dürfte der SPNV keine zusätzlichen Betriebshalte vorsehen. Damit unterscheidet sich die Regelung auch sprachlich von Kriterien, wie sie die Betroffenen zum Beispiel in Ziffer 2.1 der Nutzungsvorgaben für die für überlastet erklärten Strecken 2650 Köln-Mülheim – Duisburg (Fernbahn) usw. festgelegt haben. Dort heißt es:

„Bei auftretenden Trassierungskonflikten zwischen dem Schienenpersonenverkehr und dem Schienengüterverkehr auf dem als überlastet erklärten Schienenweg zwischen Köln-Mülheim und Düsseldorf Hbf wird die DB Netz AG Trassen des Schienengüterverkehrs, im Zeitraum von 5:00 bis 23:00 Uhr, nachrangig gegenüber den Trassen des Schienenpersonenverkehrs behandeln.“

Die dortige Regelung – die im Übrigen bislang nicht näher von der Beschlusskammer überprüft worden ist – setzt klar eine Konfliktsituation voraus und trifft entsprechende Regelungen. Mit der hier streitgegenständlichen Regelung ist offenbar eine andere Regelung beabsichtigt.

Selbst wenn die Regelung entgegen dem klaren gesetzlichen Wortlaut dennoch als Vorrangkriterium nach § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG verstanden würde, sind vorliegend die Anforderungen an das Aufstellen entsprechender Kriterien nicht erfüllt.

Erstens haben Vorrangkriterien gemäß § 55 Abs. 4 Satz 1 ERegG dem gesellschaftlichen Nutzen eines Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten, die hierdurch von der Schienenwegnutzung ausgeschlossen werden, Rechnung zu tragen. Hierzu haben die Betroffenen nichts vorgetragen. Weder haben sie hierzu im Rahmen der Unterrichtung noch im Rahmen des Anhörungsverfahrens Angaben gemacht. Im Erörterungstermin haben sich die Betroffenen – bis auf Randthemen – nicht eingelassen. Auch im Nachgang zum Erörterungstermin, in dem die rechtlichen Bedenken der Beschlusskammer diskutiert wurden, haben die Betroffenen ihren Vortrag nicht ergänzt. Selbst dem Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität sind keine entsprechenden Ausführungen zu entnehmen. Die einzige Stelle, an der sich die Betroffene zu 1. im Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität zur Bedeutung der jeweiligen Verkehre äußert, ist Kapitel 5.1.2 „Strategische Überlegungen zur künftigen Kapazitätsaufteilung“. Auch diese Überlegungen bleiben jedoch ganz erheblich hinter den Anforderungen an einen Abwägungsprozess zurück. Zudem stellt die Betroffene zu 1. auch klar, dass die an dieser Stelle beschriebenen Möglichkeiten zunächst nicht in Vorrangkriterien nach § 55 Abs. 3 bis 5 ERegG überführt werden sollten.

Zweitens werden durch die geplante Klausel vorhersehbare Verkehre außerhalb des Netzfahrplans ohne eine Prüfung entlang der Vorgaben des § 56 Abs. 3 ERegG berücksichtigt. Diese Bewertung basiert auf folgendem Zusammenhang: Grund für das Verbot zusätzlicher Bestellungen im SPNV ist nämlich unter anderem der Gedanke, Kapazität für den Schienengüterverkehr außerhalb des Netzfahrplans frei zu halten. Entsprechend betrachtet die Betroffene zu 1. im Rahmen des Planes zur Erhöhung der Schienenwegkapazität gleichermaßen Verkehre des Netzfahrplans und solche des Gelegenheitsverkehrs. Durch das Verbot zusätzlicher Bestellungen wird mithin Kapazität für Anträge außerhalb des Netzfahrplans freigehalten.

Das ist grundsätzlich der zutreffende Betrachtungswinkel: Gemäß § 56 Abs. 3 ERegG hat der Betreiber der Schienenwege nämlich zu prüfen, ob es erforderlich ist, Kapazitätsreserven innerhalb des fertig erstellten Netzfahrplans vorzuhalten, um auf vorhersehbare Anträge auf Zuweisung von Schienenwegkapazität außerhalb des Netzfahrplans schnell reagieren zu können. Dies gilt ausdrücklich auch für Fälle des § 55 ERegG.

Jedoch sind Maßnahmen, die der Betreiber der Schienenwege im Einzelnen getroffen hat, um eine angemessene Behandlung von Anträgen außerhalb des Netzfahrplans sicherzustellen, gemäß § 19 i. V. m. Anlage 3 Nr. 3 Satz 5 ERegG in den SNB zu veröffentlichen. Das haben die Betroffenen bislang nicht gemacht. Zudem sind in diese Prüfung mindestens die Anträge einzubeziehen, die innerhalb der letzten zwei Netzfahrplanperioden außerhalb des Netzfahrplans gestellt worden sind. Auch das haben die Betroffenen nicht gemacht. Weder ergeben sich hierzu aus der Unterrichtung Anhaltspunkte, noch aus den SNB. Auch aus dem Plan zur

Erhöhung der Schienenwegkapazität ergeben sich keine entsprechenden Anhaltspunkte, weil die dortigen Bemessungen im Wesentlichen auf einer Stichtagsbetrachtung aufsetzen.

Soweit die Betroffenen – ohne weitergehende Subsumtion – vortragen, bei der Auslegung sei § 18 ERegG zu berücksichtigen, besteht dafür vorliegend kein hinreichender Spielraum. Die Auslegung einer Norm ist nur innerhalb der durch ihren Wortlaut definierten Grenzen möglich. Auslegungsspielräume dahingehend, dass zusätzliche Anträge eines Verkehrsdienstes verboten werden könnten, sind nicht erkennbar.

II.3.5.3 Ermessensausübung

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. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. 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.

Die Ablehnung erfüllt auch einen legitimen Zweck. 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 beabsichtigte Neuregelung würde in der vorgesehenen Ausprägung das gesetzlich vorgeschriebene Zugangsrecht zu Leistungen des Mindestzugangspakets einschränken. Die Betroffenen könnten eine Anmeldung mit dem Argument zurückweisen, dass die betrieblichen Handlungen auf den überlasteten Schienenwegen nicht zulässig sind. Gleichzeitig wird das Ziel von § 55 ERegG unterlaufen, bei knappen Ressourcen eine Zuweisung unter Berücksichtigung des Gemeinwohls vorzunehmen.

Die im Tenor ausgesprochene Ablehnung der beabsichtigten Regelung ist geeignet, diese Einschränkung des Zugangs zu Leistungen des Mindestzugangspaketes zu verhindern.

Mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für das dargelegte Ziel sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nicht alle Nutzungsvorgaben abgelehnt werden. Die Bundesnetzagentur hat weitere Nutzungsvorgaben nicht beanstandet, soweit diese nicht dazu führen, dass Zugangsberechtigte von der Nutzung der Schienenwege ausgeschlossen werden.

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 es in der Hand, die erforderlichen Maßnahmen zum Umgang mit der Überlastungssituation zu treffen. Sie können dies in rechtmäßiger Form durch Vorrangkriterien und durch Maßnahmen zur Kapazitätserhöhung erreichen. Dadurch, dass sie die gesetzlich vorgegebenen Verfahren nicht korrekt angewendet haben, haben sie selbst die Situation hervorgerufen, die nunmehr zur Ablehnung führt. Die Vorgaben der §§ 55 ff. ERegG dienen dem Schutz der Zugangsberechtigten, aber auch dem Gemeinwohlinteresse. Die Zugangsberechtigten haben sich zum

Teil gegen die beabsichtigten Nutzungsvorgaben ausgesprochen und dargelegt, dass sie konkret betroffen wären. Solange die Interessen nicht hinreichend abgewogen sind, besteht kein schützenswertes Interesse der Betroffenen an der Einführung der Regelungen.

Die Ablehnung durch die Beschlusskammer ist zudem auch nicht dadurch präkludiert, dass eine vergleichbare Regelung in dem durch die Betroffene zu 1. veröffentlichten Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität veröffentlicht wurde und hierzu vorab Gespräche zwischen dem Eisenbahn-Bundesamt, der Betroffenen zu 1. und der Bundesnetzagentur stattgefunden haben. Der Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität für den Schienenwegabschnitt Hamburg-Rainweg – Hamburg-Harburg (mit Stand 08.12.2020) weist diesbezüglich auf Seite 3 auf das Prüfungsverfahren bei der Bundesnetzagentur hin und stellt die Realisierung der Nutzungsvorgaben unter den Prüfvorbehalt der Beschlusskammer. Wörtlich heißt es:

„Die Umsetzung der im PEK enthaltenen Nutzungsvorgaben unterliegt der Vorabprüfung durch die Bundesnetzagentur (BNetzA). Die Realisierung von genannten Infrastrukturmaßnahmen durch die DB Netz AG ergibt sich nicht zwingend auf Grund ihrer Aufnahme in den PEK. Voraussetzung dafür ist vielmehr, neben der Durchführung gesetzlich vorgegebener Planungsprozedere, die Sicherstellung der Maßnahmenfinanzierung.“

Es war daher der Betroffenen zu 1. klar, dass die beabsichtigten Regelungen durch die Beschlusskammer noch zu prüfen wären.

II.3.6 Ziffer 7 des Tenors: Elektranten (Abschnitt 7.3.1.2.4.5 der NBN)

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigte Änderung ab, soweit die Betroffenen ein Verbot zur Anbringung zusätzlicher Verteiler an Elektranten beabsichtigen.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigte Änderung (hierzu unter II.3.6.1) nicht den gesetzlichen Vorgaben genügt (hierzu unter II.3.6.2). Die Entscheidung der Beschlusskammer ergeht im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu unter II.3.6.3).

II.3.6.1 Beabsichtigte Änderungen

Die Betroffenen beabsichtigen folgende Änderungen in Abschnitt 7.3.1.2.4.5 – Elektranten – der NBN:

~~Elektranten mit einer Spannung von 230 V oder 400 V dienen der externen Stromversorgung für den Warmhaltebetrieb von Schienenfahrzeugen. Die Anlage besteht aus Versorgungskabel zwischen Verteiler und Elektrant sowie dem Elektranten (Gehäuse, ggf. Zähler, Steckvorrichtung, Sicherungen).~~

Zum Einsatz kommen derzeit zwei Ausführungen:

- Elektranten Typ 1 sind ältere Bauarten, bei denen mit Einstecken des Steckers unmittelbar die Versorgung mit Strom erfolgen kann.
- Elektranten Typ 2 sind neuere Bauarten (Elektrant smart ID), die mit einer Kundenidentifikation mittels Kundenkarte, welche von DB Energie ausschließlich zum Zweck des Strombezugs zur Verfügung gestellt wird, ausgestattet sind. Die Stromentnahme erfolgt erst nach Einstecken der Verbindungskabel und der erfolgreichen Identifikation durch die Kundenkarte.

Für die Vorhaltung und den sicheren Einsatz des Versorgungskabels zwischen Elektrant und Schienenfahrzeug ist der ZB oder das einbezogene EVU verantwortlich. Der Energieverbrauch wird im Rahmen der Neben- und Verbrauchskosten direkt durch DB Energie GmbH abgerechnet (vgl. Ziffer 7.3.1.4.1.4). Aus Sicherheitsgründen ist das Anbringen zusätzlicher Verteiler an den Elektranten als unsachgemäße Nutzung untersagt. Im Übrigen wird auf Ziffer 7.3.1.1.1.4 lit. b) verwiesen, wonach die Nutzung von Nutzungsobjekten nur zu dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck im betriebsüblichen Maß zulässig ist.

Für die Anmeldung bei DB Energie sowie zum Erhalt der Kundenkarte für den Strombezug an Elektranten des Typs 2 ist die folgende E-Mail-Adresse zu verwenden:

elektranten.dbenergie@deutschebahn.com

II.3.6.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht

Die beabsichtigten geänderten Regelungen verstoßen teilweise, nämlich soweit sie das Verbot der Anbringung zusätzlicher Verteiler an Elektranten statuieren, gegen §§ 10 Abs. 1 und 2 und 11 Abs. 1 ERegG und das darin enthaltene Angemessenheitsgebot.

Gemäß § 10 Abs. 1 und 2 ERegG haben Zugangsberechtigte das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten und Schienenpersonenverkehrsdiensten zu u.a. angemessenen Bedingungen. Ein Betreiber der Schienenwege hat die Leistungen des Mindestzugangspaketes gemäß 11 Abs. 1 ERegG für alle Zugangsberechtigten u.a. zu angemessenen Bedingungen zu erbringen.

Zum Gebot der Angemessenheit hat das Verwaltungsgericht (VG) Köln grundlegend entschieden:

Eine angemessene SNB-Klausel ist damit in Anbetracht der Vertragsgestaltungsfreiheit des Betreibers der Infrastruktur 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.

VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, Rn. 126 (juris).

Der Begriff der Billigkeit zielt dabei auf eine Austauschgerechtigkeit im Einzelfall ab, so dass die Interessen beider Vertragsparteien unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände abzuwägen sind,

vgl. zur vergleichbaren Lage bei § 315 BGB: *Würdinger*, in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 315 BGB Rn. 32.

Dabei sind die Ziele des Eisenbahnregulierungsgesetzes zu berücksichtigen,

vgl. VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, Rn. 124. (juris).

Das beabsichtigte ausnahmslose Verbot des Einsatzes von Stromverteilern an Elektranten gewichtet die Interessen der Betroffenen einseitig hoch und vernachlässigt die Interessen der Nutzer. Das ergibt sich aus den jeweils vorgetragenen Interessen der Betroffenen und der Zugangsberechtigten unter Berücksichtigung der Ziele des Eisenbahnregulierungsrechts. Auch das Eisenbahn-Bundesamt erachtet das pauschale Verbot als nicht sachgerecht.

Zu den Interessen der Betroffenen:

Die Betroffenen machen zusammenfassend geltend, das Anbringen von Verteilern an Elektranten stelle sich als unsachgemäße Nutzung des Elektranten dar. Im Kern sei die beabsichtigte Regelung, wonach keine zusätzlichen Verteiler an Elektranten angeschlossen werden dürften, aus Sicherheitsgründen erforderlich. Es könne ansonsten nicht sichergestellt werden, dass die Elektranten die zusätzlichen Lasten vertragen könnten. Es bestehe eine Absicherung in Höhe von 32 Ampere, die das Anbringen von Stromabnehmern begrenze. Eine Überlastung führe zu einem Auslösen der Hauptsicherung und lege die gesamte Anlage still. Bereits an anderer Stelle der NBN sei geregelt, dass Nutzungsobjekte nur im betriebsüblichen Umfang genutzt werden dürften (Abschnitt 7.3.1.1.1.4), die Nutzung mit zusätzlichen Verteilern sei nicht betriebsüblich. Die Fragestellung sei bei einer Parallelbewertung in der Laiensphäre vergleichbar mit dem Verbot eines Eingriffs in den Sicherungskasten in einer Mietwohnung. Dort könne unbefugter Eingriff ebenfalls zu erheblichen Folgen führen. Es liege zudem ein ausreichendes Angebot an Elektranten vor, so dass keine zusätzlichen Verteiler angeschlossen werden müssten.

Zu den Interessen der Zugangsberechtigten:

Die Hinzugezogene zu 13) hat in ihrer Stellungnahme betont, dass das Verbot des Anbringens zusätzlicher Verteiler – jedenfalls für den Altbestand – nicht zielführend sei, da nicht immer ausreichend Anschlüsse vorgehalten würden. Sie plädiere daher für eine Öffnungsklausel, etwa über eine Abstimmungsmöglichkeit mit dem Anlagenverantwortlichen.

Abwägung:

Bei der Abwägung der Interessen war zunächst zu gewichten, dass die Betroffenen trotz vermeintlich bestehender Sicherheitsrisiken auch auf mehrfache Nachfragen der Beschlusskammer keine durchgreifende Begründung ihres Anliegens zur Verfügung gestellt haben.

Ein Elektrant ist nichts anderes als ein Stromanschluss (230/400 V), mit dem Triebfahrzeuge/Triebwagen/Triebzüge während einer Abstellung in einen betriebsbereiten Zustand versetzt und gehalten werden („Standby“),

vgl. Internetauftritt der Betroffenen: <https://fahrweg.dbnetze.com/fahrweg-de/kunden/leistungen/anlagen/anlagenprodukte/zusatzausstattungen-1392304>, aufgerufen am 12.11.21.

Die Beschlusskammer hat bereits im schriftlichen Anhörungsverfahren um Darlegung der Begründung für das Verbot von zusätzlichen Verteilern gebeten. Hierauf haben die Betroffenen lediglich auf die Absicherung mit 32 Ampere hingewiesen, jedoch keine Verbindung zwischen dieser Größe und zusätzlichen Verteilern dargestellt. Die Beschlusskammer hat daher im Erörterungstermin die Thematik dargestellt und insbesondere den möglichen Einsatz von abgesicherten zusätzlichen Verteilern angesprochen. Abgesicherte Verteiler gewährleisten bei zutreffender Auswahl der Absicherung, dass die vom Verteiler aufgenommene Strommenge nicht die Strommenge übersteigt, für die der bestehende Elektrant abgesichert ist. Die Beschlusskammer hat dabei auch in den Raum gestellt, dass eine vorherige Information des Anlagenverantwortlichen geregelt werden könne. Die Beschlusskammer hat sodann im Nachgang zum Erörterungstermin um Darstellung gebeten, warum ein Anschluss von (mit eigener Vorsicherung versehenen) Stromabnehmern aus Sicherheitsgründen zu untersagen wäre und welches Risiko bestehe. Sie hat auch gefragt, inwieweit es durch die Anbringung von Verteilern tatsächlich zu einem (unsachgemäßen) Eingriff in die Stromversorgung komme, der etwa demjenigen eines Eingriffs in den „Schaltschrank“ (Sicherungskasten) entspreche. Sie hat

hierbei auch zu bedenken gegeben, dass das Anbringen von Verteilern an einen mit Hauptsicherung versehenen Elektranten auf den ersten Blick eher an das Anschließen eines Mehrfachsteckers im Haushalt erinnere. Auf diese Nachfragen haben die Betroffenen lediglich allgemeine Zusammenhänge für Stromanschlüsse wiedergegeben: Der Stromanschluss müsse für die Versorgung ausreichend leistungsfähig sein. Ein angeschlossenes Elektrogerät dürfe keine höhere Anschlussleistung haben, als die Absicherung erlaube. Würden mehrere Geräte gleichzeitig betrieben, dürfe die Summe der Anschlussleistung nicht höher sein, als die Absicherung erlaube.

Im Ergebnis haben die Betroffenen keine Gründe vorgetragen, die grundsätzlich gegen den Anschluss von Verteilern an Elektranten sprechen. Dabei ist selbstverständlich und auch bereits durch die Nutzungsbedingungen der Betroffenen vorgegeben, dass die Stromabnahme nur im betriebsüblichen Umfang erfolgen darf. Wenn und soweit Zugangsberechtigte aber Verteiler anschließen und Verbraucher verwenden, deren aufsummierte Stromabnahme unterhalb der abgesicherten Strommenge bleibt, ist nichts gegen einen Einsatz von Verteilern einzuwenden. Der Vorgang des Anbringens von Verteilern erinnert auch nach den zuletzt von den Betroffenen vorgetragenen Gesichtspunkten weiterhin eher an den Anschluss eines Mehrfachsteckers, ohne dass zu erkennen wäre, dass damit gleichzeitig ein „Eingriff in den Schaltschrank“ erfolge.

Gleichwohl besteht ein für die Beschlusskammer im Kern nachvollziehbares Interesse der Betroffenen daran, dass Elektranten nicht über Gebühr beansprucht werden. Dieses Interesse ist jedoch bereits über die Regelung in Abschnitt 7.3.1.1.4 der NBN rechtlich abgesichert.

Auf der anderen Seite besteht ein Interesse der Zugangsberechtigten an einer möglichst flexiblen Nutzung der Infrastruktur – u. A. von Elektranten. Das gilt insbesondere in Serviceeinrichtungen, in denen wenige Elektranten vorhanden sind. In der Betriebsstelle Niebüll etwa sind für 10 Abstell- bzw. Ladegleise nur 10 Elektranten verfügbar. Wenn und soweit an einem Zug mehrere elektronische Geräte eingesetzt werden müssen, besteht daher wenig andere Möglichkeit als der Einsatz von Verteilern. Hiergegen ist im Grundsatz auch nichts einzuwenden, wenn die maximale Leistungsaufnahme die Absicherung nicht übersteigt.

Auch mit Blick auf die Ziele des Eisenbahnregulierungsrechts erscheint ein pauschales Verbot des Anbringens von Verteilern an Elektranten unbillig. Gemäß § 3 Nr. 5 ERegG ist Ziel der Regulierung u. a. die Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs der Eisenbahninfrastruktur. Dabei steht nicht in Frage, dass die Leistungsfähigkeit des Betriebs nicht die Sicherheit desselben gefährden darf. Bezüglich des Aspekts der Sicherheit wurde indes in keiner Weise durch den Vortrag der Betroffenen belegt, dass diese nur ein pauschales Verbot des Anbringens von Verteilern hergestellt werden kann. Demgegenüber bewirkt das pauschale Verbot indes letztlich eine Minderung der Leistungsfähigkeit des Betriebs der Eisenbahninfrastruktur. Das Verbot gewichtet die Interessen der Betroffenen einseitig hoch und vernachlässigt die Interessen der Nutzer.

Zur Auffassung des Eisenbahn-Bundesamtes:

Das Eisenbahn Bundesamt hat auf eine Rückfrage der Beschlusskammer, in welcher diese ihre Bedenken bezüglich der Sicherheitsrelevanz geäußert hatte, inhaltlich zu der Problematik per E-Mail vom 15.11.2021 wie folgt Stellung genommen:

Die DB Netz AG beabsichtigt die Einführung einer Regelung, die grundsätzlich den Anschluss von "Verteilern" an Elektranten in Serviceeinrichtungen der DB Netz AG untersagt.

Durch unsachgemäße Nutzung der Verteileranlagen seitens der Kunden kam es in der Vergangenheit zu wiederholten Ausfällen der Elektranten. Diese Störungen im Bahnverkehr möchte die DB Netz AG mit dem Verbot ausschließen.

Eine allgemeine Begründung aus Gründen der Sicherheit für das Verbot gibt es aus Sicht des Eisenbahn-Bundesamtes nicht. Die Einhaltung der Schutzmaßnahmen beim Einsatz von Verteilern an Elektranten ist im Einzelfall zu führen.

Insofern schließen wir uns Ihrer Auffassung an.

Demnach besteht auch aus Sicht der zuständigen Sicherheitsbehörde kein Sicherheitsrisiko bei der Anbringung von Verteilern an Elektranten, welches ein pauschales Verbot einer solchen Handlung rechtfertigen würde.

II.3.6.3 Ermessensausübung

Die Beschlusskammer hat sich entschieden, die beabsichtigte Änderung abzulehnen.

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. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. 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.

Die Ablehnung dient einem legitimen Zweck. 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. 5 ERegG, namentlich eines leistungsfähigen Betriebs der Eisenbahninfrastruktur.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Die Ablehnung der beabsichtigten Änderung führt dazu, dass die beabsichtigte Änderung nicht in Kraft treten kann. Das Fehlen eines pauschalen Verbotes des Anbringens von Verteilern an Elektranten gewährleistet letztlich den Erhalt der derzeitigen Leistungsfähigkeit des Betriebs der Infrastruktur.

Die Maßnahme ist auch erforderlich. Gleichwertige mildere Alternativen zur Ablehnung der beabsichtigten Änderung durch die Beschlusskammer sind nicht ersichtlich.

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. Die Betroffenen haben keine Belange vorgetragen, die ein vollständiges Verbot des Anschlusses von Verteilern an Elektranten rechtfertigen würden. Insoweit wird auf die Darstellungen unter II.3.6.2 verwiesen. Die Betroffenen können freilich, erforderlichenfalls auch unterjährig, die NBN um Regelungen ergänzen, die eine Anzeige an den Anlagenverantwortlichen vorsehen, wenn Verteiler eingesetzt werden sollen. Sie können auch den Einsatz von entsprechend abgesicherten Verteilern vorgeben, wenn sie entsprechenden Bedarf nachweisen. Die Beschlusskammer hat auch abgewogen, ob mit der Entscheidung möglicherweise Partikularinteressen einer Hinzugezogenen geschützt würden. Diesbezüglich ist aber festzustellen, dass die grundsätzliche Problematik

vielfach auftreten dürfte. Dies hat auch der Vertreter der Hinzugezogenen zu 13) im Erörterungstermin bestätigt. Zwar hat diese Hinzugezogene – die offenbar die Serviceeinrichtung langfristig nutzt – die Betroffenen erfolgreich um Installation eines zusätzlichen Elektranten ersucht (Investition auf Kundenwunsch), jedoch ist dies jedenfalls Zugangsberechtigten nicht zumutbar, die eine Anlage kurzfristig nutzen. Zudem besteht auch kein Rechtsanspruch auf Erweiterung des Angebots an Elektranten. Auch das Eisenbahn-Bundesamt hat durch seine Stellungnahme bestätigt, dass die vorliegende Ablehnung angemessen ist.

II.3.7 Ziffer 8 des Tenors: Abschnitte C.5.2 und C.6.2 der TNB

Die Beschlusskammer lehnt die beabsichtigten Änderungen zur Einführung gehärteter Zug- und Rangierfunkgeräte in den Abschnitten C.5.2 und C.6.2 der Technischen Nutzungsbedingungen (TNB 2023) teilweise ab und verbindet die Ablehnung mit Vorgaben. Zudem erlegt sie den Betroffenen auf, der Bundesnetzagentur die Ergebnisse einer Kundenabfrage vorzulegen.

Die Entscheidung basiert auf dem Umstand, dass die beabsichtigten Änderungen der Abschnitte C.5.2 und C.6.2 der TNB (hierzu unter II.3.7.1) nicht den gesetzlichen Vorgaben genügen (hierzu unter II.3.7.2). Die Entscheidung der Beschlusskammer ergeht im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu unter II.3.7.3).

II.3.7.1 Beabsichtigte Änderungen

Die Betroffenen beabsichtigen Änderungen zu GSM-R-Zug- und -Rangierfunk in Abschnitten C.5 und C.6 der TNB. Es geht darum, den Einsatz von Fahrzeugen dahingehend zu beschränken, dass alle auf Strecken mit GSM-R-Zugfunk eingesetzten Fahrzeuge zwingend mit störfesten GSM-R-Funkmodulen entsprechend der ETSI-Spezifikation TS 102 933-1, mindestens in der Version 1.3.1 (2014) oder neuer, ausgerüstet sein müssen:

Abschnitt C.5 – Zugfunk – der TNB

„[...]“

Fahrzeuge für den Einsatz auf Strecken/-abschnitten mit dem europaweit standardisierten Zugleit- und Zugsicherungssystem ETCS müssen für den ETCS-Datenfunk mit störfesten GSM-R-Funkmodulen entsprechend ETSI-Spezifikation TS 102 933-1, ~~in der jeweils anzuwendenden~~ mindestens in der Version 1.3.1 (2014) oder neuer, ausgerüstet sein.

Fahrzeuge für den Einsatz auf Strecken/-abschnitten mit GSM-R müssen für Sprachfunk mit störfesten GSM-R-Funkmodulen entsprechend ETSI-Spezifikation TS 102 933-1, mindestens in der Version 1.3.1. (2014) oder neuer, ausgerüstet sein.

[...]“

Abschnitt C.6 – Rangierfunk – der TNB

„[...]“

Fahrzeuge mit GSM-R-Bordgeräten, die auf Strecken/-abschnitten mit GSM-R und/oder in GSM-R-Rangierfunkbereichen eingesetzt werden, müssen für Sprachfunk mit störfesten GSM-R-Funkmodulen entsprechend ETSI-Spezifikation TS 102 933-1, mindestens in der Version 1.3.1. (2014) oder neuer, ausgerüstet sein.

[...]"

II.3.7.2 Verstoß gegen Eisenbahnrecht

Die beabsichtigten geänderten Regelungen entsprechen nicht den gesetzlichen Vorgaben, weil sie gegen die §§ 10 Abs. 1 und 2 und 11 Abs. 1 ERegG und das darin enthaltene Angemessenheitsgebot verstoßen.

Gemäß § 10 Abs. 1 und 2 ERegG haben Zugangsberechtigte das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten und Schienenpersonenverkehrsdiensten zu u.a. angemessenen Bedingungen. Ein Betreiber der Schienenwege hat die Leistungen des Mindestzugangspaketes gemäß 11 Abs. 1 ERegG für alle Zugangsberechtigten zu u.a. angemessenen Bedingungen zu erbringen.

Zum Gebot der Angemessenheit hat das VG Köln grundlegend entschieden, dass u. a. Vertragsklauseln, die gegen zwingendes Recht verstoßen, nicht den Anforderungen der Angemessenheit genügen,

VG Köln, Urteil vom 22.02.2019, Az. 18 K 11831/16, Rn. 124 ff. (juris).

Nach diesem Maßstab indes sind die beabsichtigten geänderten Regelungen unangemessen, weil sie gegen zwingende Vorgaben des – europäisch begründeten – Interoperabilitätsrechts verstoßen.

Die beabsichtigten Regelungen verstoßen gegen die Interoperabilitätsvorgaben, weil sie regeln, dass alle Fahrzeuge, die auf Strecken/-abschnitten mit ETCS, GSM-R und/oder in GSM-R-Rangierfunkbereichen eingesetzt werden, die TSI ZZS-Vorgaben zu Zugfunk- und ETCS-Fahrzeuggeräten in der Version von 2014 oder neuer erfüllen müssen. Sie schließen damit Fahrzeuge vom Netzzugang aus, die diese Anforderungen aufgrund einer früheren Zulassung nicht erfüllen und – in Übereinstimmung mit den Interoperabilitätsvorgaben – auch nicht erfüllen müssen.

Die Verpflichtung zum Einbau von störungsfesten Zugfunk- und ETCS-Fahrzeuggeräten ergibt sich abschließend aus der TSI ZZS (Verordnung (EU) 2016/919), nämlich aus Anhang A – Tabelle A 2.1 - Ziffern 32 und 33. Danach werden die Versionen SRS 16.0.0 (Kapitel 4.2 "Radio interface aspects", Technische Spezifikation 102 933 - V2.1.1) und FRS 8.0.0 des European Integrated Railway Radio Enhanced Network (EIRENE) als verbindlich anzuwendende Spezifikationen gefordert.

Die Anforderungen der TSI gelten wegen Art. 2 TSI ZZS allerdings nur für neue, umgerüstete und erneuerte, nicht aber für bestehende, betriebene Teilsysteme der strecken- und fahrzeugseitigen Zugsteuerung/Zugsicherung und Signalgebung. Bestandsfahrzeuge dürfen dagegen gemäß § 4 Abs. 5 Satz 1 und 2 der Verordnung über die Erteilung von Inbetriebnahmegenehmigungen für das Eisenbahnsystem (EIGV), der seinerseits Art. 54 Abs. 2 RL 2016/797/EU umsetzt, keiner Nachrüstungsverpflichtung unterworfen werden. Denn nach § 4 Abs. 5 Satz 1 und 2 EIGV müssen u. a. bestehende Fahrzeuge nicht den neuen Technischen Spezifikationen für die Interoperabilität oder deren Änderungen genügen. Diese sind erst bei einer Ausrüstung oder Erneuerung anzuwenden. Die zitierten Vorgaben treffen im Übrigen nicht nur die Genehmigungsbehörden, sondern auch die Betreiber von Eisenbahninfrastrukturen: Beiden ist es grundsätzlich verwehrt, den Betreibern einmal zugelassener Fahrzeuge die Nutzung von Eisenbahninfrastrukturen unter Verweis auf zwischenzeitliche Änderungen der Zulassungsbedingungen zu verweigern. Selbiges galt auch schon für die Vorgängervorschrift des § 4 Abs. 5 Satz 1 und 2 EIGV, nämlich für § 4 Abs. 2 Satz 1 der Transeuropäischen Eisenbahn Interoperabilitätsverordnung (TEIV).

Ausnahmetatbestände im Sinne von § 4 Abs. 5 Satz 3 und 4 oder Abs. 6 EIGV liegen nicht vor. Auch der Umstand, dass die vorgeschlagenen Änderungen letztlich in vertragliche Vereinbarungen einfließen sollen, verhindert nicht, dass die Betroffenen mit der gesetzesähnlichen Festschreibung allgemeiner Zugangsbedingungen (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 Satz 2 und 3 ERegG) gegen die Vorgaben der EIGV verstoßen.

Mit Blick auf die Ziele der Regulierung führt der festgestellte Verstoß zur Bewertung der beabsichtigten Regelungen als unangemessen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere auch die Ziele der Wahrung der Interessen der Zugangsberechtigten und der Förderung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnmarktes in den Blick zu nehmen. Die Vorgaben der TSI ZZS dienen dazu, den Wirtschaftsteilnehmern sowie den zuständigen Behörden in vollem Umfang die Vorteile zugutekommen zu lassen, die sich aus der Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums ergeben. Das Ziel der Interoperabilität des Eisenbahnsystems der Union sollte zur Bestimmung eines optimalen Niveaus der technischen Harmonisierung führen und es ermöglichen, grenzüberschreitende Eisenbahnverkehrsdienste in der Union und mit Drittländern zu erleichtern, zu verbessern und auszubauen sowie zur schrittweisen Verwirklichung des Binnenmarkts für Ausrüstungen und Dienstleistungen für den Bau, die Erneuerung, die Aufrüstung und den Betrieb des Eisenbahnsystems der Union beizutragen,

vgl. RL (EU) 2016/797 Erwägungsgrund 1 und 2.

II.3.7.3 Ermessensausübung

Die Beschlusskammer hat gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 ERegG entschieden, die beabsichtigte Änderung teilweise – nämlich mit Blick auf die Strecke Lindau-Grenze bis München Hbf – abzulehnen und die Ablehnung mit Vorgaben zur Durchführung einer Kundenabfrage zu verbinden. Zudem erlegt sie den Betroffenen gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG auf, der Bundesnetzagentur die Ergebnisse der Kundenabfrage vorzulegen.

Das der Bundesnetzagentur nach § 73 Abs. 1 Satz 1 ERegG 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. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. 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.

Allerdings ist vorweg für den ganz überwiegenden Teil der beabsichtigten Änderungen festzuhalten, dass diesbezüglich eine Ablehnung nicht angemessen und damit nicht verhältnismäßig im engeren Sinne wäre. Denn das mit dem Verbot einer Nutzung nicht hinreichend störfester Funkanlagen verfolgte Ziel, nämlich eine Versorgung der Bahnstrecken mit breitbandigem Mobilfunk zu ermöglichen, stellt sich in der Abwägung als so vorteilhaft heraus, dass die unter Interoperabilitätsgesichtspunkten verbleibenden Nachteile grundsätzlich hinzunehmen sind.

Ausgangspunkt dieser Beurteilung ist der Befund, dass – wie sonst auch im Bundesgebiet – auch entlang der Bahnstrecken drei – je nach Betreiber mehr oder weniger – dichte GSM900-Mobilfunknetze existieren. Diese Netze erlauben allerdings keine breitbandigen Anwendungen. Breitbandige Anwendungen, die den Fahrgästen und generell allen Personen nahe der Strecken zugutekämen, ließen sich etwa mit der LTE-Technologie realisieren. Mit Blick auf die bereits frequenzoptimierten Standorte und auch auf die im Markt verbreiteten Endkundenge-

räte ist es unter ökonomischen Gesichtspunkten am Sinnvollsten, die bisherigen GSM-Ausstrahlungen in den 900 MHz-Bändern durch LTE-Ausstrahlungen in denselben Bändern zu ersetzen.

Problematisch hieran ist allerdings, dass unmittelbar angrenzend an die Bänder für den öffentlichen Mobilfunk die Frequenzbänder für den Bahnfunk, also GSM-R, liegen. Der Bahnfunk wird von den Betroffenen betrieben. Traditionell sind die Empfangsgeräte für den Bahnfunk nicht mit besonders hochwertigen Filtern ausgestattet. Bei Aussendung von Diensten des öffentlichen Mobilfunks besteht daher die Gefahr, dass es Interferenzen zu den Bahnbändern gibt, die wiederum zu Störungen des – sicherheitsrelevanten – Bahnfunks führen könnten.

Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Konferenz der Verwaltungen für Post und Telekommunikation bereits im Jahr 2010 festgelegt, dass innerhalb eines jeweils vier Kilometer breiten Streifens rechts und links der Bahnstrecken grundsätzlich keine Ausstrahlungen von Signalen in den 900MHz-Bändern des öffentlichen Mobilfunks erfolgen dürfen. Aufgrund sogenannter Betreiberabsprachen zwischen den Betroffenen und den Mobilfunknetzbetreibern über eine gegenseitige Koordinierung ihrer Anlagen – die ihrerseits der Bundesnetzagentur vorgelegt wurden – konnten die beidseitigen Schutzkorridore auf bis zu 500m eingekürzt werden, jeweils abhängig vom Frequenzbereich innerhalb des 900 MHz-Frequenzbandes.

Das volle Potenzial der LTE-Technologie in den 900 MHz-Bändern lässt sich allerdings erst ausspielen, wenn die Bahnfunk-Empfangsgeräte mit Filtern gemäß der ETSI-Spezifikation TS 102 933-1, mindestens in der Version 1.3.1. (2014) oder neuer, ausgestattet und so gegen Interferenzen „gehärtet“ werden. Nach einer solchen Härtung könnten bis zu 51.000 LTE-Basisstationen mit voller Leistung angeschaltet werden. Nutzern in Zügen stünden dann in Summe ca. 250 Mbit/s zusätzliche Bandbreite zur Verfügung. Dies wäre eine massive Verbesserung gegenüber den gegenwärtigen Bedingungen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass aufgrund der Versorgungsaufgaben in den Präsidentenkommissionenentscheidung zu der Frequenzaktion 2019 (Gz.: BK1-18/001) seitens der Frequenzzuteilungsinhaber bis Ende 2022 fahrgaststarke Strecken mit mehr als 2.000 Reisenden pro Tag und bis Ende 2024 alle weiteren Bahnstrecken mit breitbandigem Mobilfunk zu versorgen sind.

Es stand bzw. steht eine Zahl von ca. 13.600 Fahrzeugen im Raum, die mit entsprechend gehärteten Endgeräten ausgestattet werden müssen. Das BMVI fördert seit 2019 die entsprechende Umrüstung. Zwischenzeitlich ist die Förderung auf eine 90-100 prozentige Förderung erweitert und zeitlich bis Ende 2022 verlängert worden. Die allermeisten Umrüstungen scheinen auch in diesem Zeitrahmen – und damit bis zum Inkrafttreten des vorliegend zu überprüfenden Verbots – erfolgen zu können. Allerdings gibt es hier und dort noch Unsicherheiten wegen der Dauer von Genehmigungsverfahren, der Lieferkettenproblematik (Stichwort: Mikrochips) und Kapazitätsengpässen in den Werkstätten.

Im Rahmen der Abwägung war auf der anderen Seite allerdings auch zu berücksichtigen, dass die Zugangsberechtigten im Einzelfall nicht überfordert werden dürfen.

Hierzu hat insbesondere die Hinzugezogene zu 16) vorgetragen, dass das von ihr auf der Strecke von München nach Lindau eingesetzte Rollmaterial aktuell die von den Betroffenen vorgesehenen Anforderungen nicht erfüllt. Hiervon betroffen sind sechs Zugpaare/Tag, die mit ETR610-Zügen bedient werden und die Strecke München – Zürich auf der erst Ende 2020 in Betrieb genommenen Ausbaustrecke 48 und dem neu ausgebauten Knoten Lindau bedienen. Die Hinzugezogene hat dabei unter Beibringung eines Umrüstungsangebotes des Fahrzeug-

herstellers, dem ein aufgeschlüsselter Projektplan beigelegt war, dargelegt, dass ihr eine Umrüstung der Fahrzeuge, obschon sie unmittelbar nach Kenntnis des drohenden Zugangsverbots Schritte zur Umrüstung der Fahrzeuge eingeleitet hatte, nicht bis zum Beginn der Netzfahrplanperiode 2023 erreichen kann. Diese Züge können erst bis 2024 (das exakte Enddatum in 2024 ist noch unklar) umgerüstet werden. Erschwerend kommt hinzu, dass keine Ersatzfahrzeuge verfügbar sind, die bogenschnell fahren können und in den Ländern Deutschland, Österreich und Schweiz zugelassen wären. Die Einführung der von den Betroffenen beabsichtigten Regelungen würde dazu führen, dass die Züge nicht verkehren könnten. Die Einführung der beabsichtigten Regelungen hätte damit erhebliche negative Auswirkungen auf das Verkehrsangebot in der weiteren Region und auch auf die wirtschaftliche Betätigung der Hinzugezogenen.

Darüber hinaus gibt es von den hinzugezogenen Verbänden NEE und VDV den Hinweis, dass sich die EVU entsprechend des Positionspapiers aus 2020 um eine Umrüstung bemühen würden, aber wegen knapper Personal- und Materialressourcen und langer Genehmigungsverfahren die Gefahr bestehe, dass am Ende Fahrzeuge im Depot stehen bleiben müssten. Auch wenn der Vortrag vergleichsweise abstrakt erfolgte, ist in der Gesamtschau tatsächlich gut denkbar, dass die gestörten globalen Produktions- und Lieferketten dazu führen, dass die Erreichung der Umrüstungsziele für einzelne Unternehmen oder Unternehmensgruppen nicht erreichbar sind. Bleibt es bei einem Zugangsverbot, können die betroffenen Unternehmen ihr Rollmaterial nicht einsetzen und sind ebenfalls in ihrer wirtschaftlichen Betätigung eingeschränkt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Eisenbahnmarkt – insbesondere im SGV-Bereich – mittelständisch und zudem von geringen Gewinnmargen geprägt ist. Ein Verbot, Lokomotiven fahren zu lassen, kann ganze Betriebe bedrohen. Könnten Güter oder Fahrgäste in signifikantem Umfang für einen längeren Zeitraum nicht transportiert werden, wäre das für den Eisenbahnmarkt fatal.

Angesichts der massiven Vorteile des Einsatzes hinreichend störfester Endgeräte im Bahnfunkbereich für die Versorgung von Fahrgästen und Bevölkerung mit breitbandigem öffentlichen Mobilfunk und die damit einhergehende Steigerung der Attraktivität der Schiene bei gleichzeitig großzügiger finanzieller Förderung der Umrüstung durch das BMVI erscheint eine grundsätzliche Ablehnung der beabsichtigten Änderungen in der Abwägung mit den derzeit noch verbliebenen Restunsicherheiten hinsichtlich einer rechtzeitigen Umrüstung als nicht interessengerecht und damit unverhältnismäßig.

Eine Ausnahme ist allerdings für die Strecke Lindau-Grenze bis München Hbf zu machen, soweit der Zeitraum bis zum Ende der Fahrplanperiode 2023/2024 betroffen ist.

Die insoweit ausgesprochene teilweise Ablehnung der beabsichtigten Änderungen dient einem legitimen Zweck. 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. 4 ERegG. Danach sollen ein einheitlicher europäischer Eisenbahnmarkt gefördert werden. Diesem Ziel dient, wie bereits beschrieben, die Einhaltung der eisenbahnbezogenen Interoperabilitätsvorgaben, hier der TSI ZSS. Mittelbar dient die Einhaltung der Interoperabilitätsvorgaben auch den Interessen der Verbraucher, die ein Interesse an einer durchgehenden Bedienung und möglichst verlässlichen Angeboten haben.

Die Maßnahme ist auch geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen. Die Ablehnung der beabsichtigten Änderung mit Blick auf die Strecke Lindau-Grenze bis München Hbf führt dazu, dass die beabsichtigte Änderung insofern nicht in Kraft treten kann. Ebenso ist die Maßnahme

auch erforderlich. Es handelt sich um das mildeste gleich geeignete Mittel. Insofern sind keine gleichwertigen Alternativen zur teilweisen Ablehnung der beabsichtigten Änderung durch die Beschlusskammer ersichtlich.

Die Maßnahme ist auch angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne. Denn ohne die Ablehnung drohte auf der genannten Strecke ein Ausfall von Verkehren, die erst Ende 2020 mit hochwertigem Zugmaterial und nach jahrelangem Ausbau der entsprechenden Strecke aufgenommen worden waren. Der entsprechende Vortrag der Hinzugezogenen zu 16) ist plausibel und für die Beschlusskammer überzeugend. Das Ausbauinteresse für den Mobilfunk muss insofern zurücktreten. Aufgrund der engen räumlichen Begrenzungen sind allerdings auch die nachteiligen Auswirkungen dieser Ausnahme auf die angestrebte bundesweite Versorgung mit breitbandigem Mobilfunk beschränkt.

Die vorgenannte Ablehnung gibt zugleich Anlass, Schutzmaßnahmen nicht nur für die Hinzugezogene zu 16), sondern in Form einer Vorgabe zur Kundenabfrage auch zugunsten sonstiger Zugangsberechtigter vorzusehen.

Die Betroffenen werden insofern verpflichtet, ab Mitte August 2022 eine Abfrage bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen durchzuführen, die das Netz der Betroffenen nutzen. Die Abfrage dient der Absicherung dahingehend, dass durch die weiteren Entwicklungen auf dem globalen Produktionsmarkt und in den globalen Lieferketten keine gravierenden Beeinträchtigungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen eintreten. Wenn und soweit die Abfrage greifbar ergibt, dass Unternehmen, ohne dass sie dies zu vertreten hätten, die Umrüstungsziele bis Ende 2022 nicht erreichen können und hierdurch der Ausfall von Verkehren in erheblichem Umfang bis hin zur Existenzgefährdung einzelner Eisenbahnverkehrsunternehmen droht, würde die Bundesnetzagentur die dann bereits eingeführten Regelungen einer abermaligen Überprüfung unterziehen und den Betroffenen gegebenenfalls eine zeitlich und eventuell örtlich begrenzte Verschiebung des Inkrafttretens dieser Regelungen aufgeben. In einer solchen Entscheidung müssten allerdings auch die Anstrengungen gewürdigt werden, welche die Mobilfunknetzbetreiber bis dahin unternommen haben, um Ausstrahlungen gemäß dem LTE900-Standard kurzfristig nach Inkrafttreten der NBN 2023 aufnehmen zu können. Je intensiver die entsprechenden Anstrengungen sind, desto stärker können die entsprechenden Belange in eine etwaige Verschiebungsabwägung einfließen. Die konkret vorgegebenen Fragestellungen sind wichtig, um – kurzfristig vor dem Wirkungszeitraum der beabsichtigten Regelungen – die erforderliche Kenntnis der Sachlage zu erreichen. Dabei erscheint es auch nicht unbillig, die Betroffenen mit der Durchführung der Abfrage zu belasten, weil sie erstens ohnehin in Kundenkontakt stehen und zweitens die beabsichtigte Regelung durch die Verbesserung der Attraktivität der Schiene auch ihnen zu Gute kommt. Die Darstellung in den NBN dient einem transparenten Vorgehen.

Schließlich wird den Betroffenen auferlegt, der Bundesnetzagentur die Ergebnisse der vorgenannten Kundenabfrage mitsamt etwaig eingereichter Unterlagen bis spätestens zum 30.09.2022 vorzulegen.

Diese Auflage beruht auf der Vorschrift des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Danach darf ein Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen werden mit einer Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (Auflage). Im vorliegenden Fall einer nicht gebundenen Entscheidung erfolgt die tenorierte Auflage in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens. Die Vorlageverpflichtung soll sicherstellen, dass die Bundesnetzagentur rechtzeitig Kenntnis von etwaigen gravierenden Fehlentwicklungen erlangt, um so ggf. in eine Überprüfung der Vorgaben zu störfesten Endgeräten eintreten zu können. Gleichzeitig

stellt die Form der Auflage sicher, dass die Bundesnetzagentur die Vorlageverpflichtung eigenständig vollziehen kann.

III 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.

III.1 B.2.3 Ergänzende Anforderungen – hier: OLIA

Zu den neu aufzunehmenden Anforderungen zu den bei der Energieaufnahme aus einer Oberleitungsinselanlage einzuhaltenden Bedingungen wird auf folgende Punkte hingewiesen:

Eine vertiefte inhaltliche Prüfung der in Abschnitts B.2.3 neu aufgenommenen Regelungen wurde aufgrund der Komplexität der Angelegenheit mit Blick auf den begrenzten Prüfungszeitraum nicht durchgeführt.

Die Beschlusskammer hat zur Kenntnis genommen, dass aus Sicht der Betroffenen zusätzliche Regelungen zur Nutzung von Oberleitungsinselanlagen zwingend erforderlich sind. Die Betroffenen haben auch vorgetragen, dass aktuell beim Europäischen Komitee für elektrotechnische Normung (CENELEC) Arbeitsgruppen zur Überarbeitung der EN 50388, Kompatibilität Triebfahrzeug/Netz, und zur Erstellung einer neuen EN für Anforderungen an Ladeinfrastrukturen eingerichtet seien. Auf dieser Grundlage soll anschließend eine Übernahme spezieller Anforderungen für Oberleitungsinseln als Ladeinfrastruktur in die TSI erfolgen.

In diesem Kontext hat das Eisenbahn-Bundesamt bestätigt, dass die bestehenden Anforderungen der TSI ENE (2015) die speziellen Anforderungen an Triebfahrzeuge mit Akkumulatortechnik nicht hinreichend abbilde. Dies sei dadurch erklärlich, dass bei der Erarbeitung der TSI ENE seit 2010 diese Aufgabenstellung nicht im Fokus gestanden habe. Insbesondere werde die Strombelastbarkeit von Zügen im Stillstand in der TSI ENE 2015 nur für Gleichstromfahrzeuge definiert. Gleiches gelte für die statische Kontaktkraft und Temperaturgrenzen für die Oberleitung. Um die Benutzung von Oberleitungsinselanlagen mit Wechselstrom abzubilden, seien zusätzliche Regelungen erforderlich.

Ob und inwieweit die bestehenden Regelungen tatsächlich Lücken aufweisen und die beabsichtigten Regelungen zur angemessenen Füllung dieser Lücken erforderlich sind, war im vorliegenden Verfahren nicht zu klären. Zweifel könnten dabei insbesondere deswegen erwachsen, weil Oberleitungsinselanlagen nicht nur durch stehende Fahrzeuge genutzt werden sollen, sondern auch durch fahrende Fahrzeuge. Diesbezüglich erscheint unklar, inwieweit sich dennoch berücksichtigungsfähige Besonderheiten zu den Vorgaben zur Benutzung der allgemeinen Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom ergeben. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass sich eine Klärung auch aus dem Normierungsprozess ergeben wird.

Weisen TSI Lücken auf, so dass sie nicht in vollem Umfang den grundlegenden Anforderungen genügen, können grundsätzlich – sei es durch den Staat oder durch andere Stellen – nationale Vorschriften eingeführt werden, die diese Lücke füllen. Entsprechende nationale Vorschriften sind gemäß § 7 Abs. 4 EIGV, der Art. 14 der Richtlinie (EU) 2016/797 umsetzt, einem Notifizierungsverfahren bei der Europäischen Eisenbahnagentur unterworfen. Ziel des Notifizierungsverfahrens ist, dass bestimmte nationale Anforderungen vor der Erteilung einer Genehmigung zum Inverkehrbringen von Fahrzeugen geprüft werden.

Die Beschlusskammer geht daher davon aus, dass die Betroffenen, wenn und soweit die beabsichtigten Regelungen dazu gedacht sind, eine grundlegende Lücke der TSI ENE auszufüllen, alsbald mit ausreichendem Vorlauf vor dem Inkrafttreten der Regelungen über die zuständigen Behörden den Notifizierungsprozess der beabsichtigten nationalen Vorgaben einleiten werden.

Über das Ergebnis eines eventuellen 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 des Inkrafttretens der TNB 2023 zum Netzfahrplanwechsel 2022/2023 abgeschlossen sein, wäre zu prüfen, ob der Zeitpunkt der geplanten Anwendung der Regelungen in Abschnitts B.2.3 der TNB entsprechend angepasst werden müsste. Bei ausbleibender Notifizierung wäre die Regelung wohl aus den TNB zu entfernen, soweit sie Lücken der TSI füllen soll.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die beabsichtigten Regelungen mit Blick auf die bereits laufenden Normierungsprozesse als „vorläufige Regelungen“ zu verstehen sind, die – soweit es in den entsprechenden Normen vorgesehen sein wird – erforderlichenfalls an die Vorgaben der Normierung angepasst werden.

Mit Blick auf die Zugangsrelevanz der Thematik wird die Bundesnetzagentur die weitere Entwicklung der Normierung und der Einführung von Oberleitungsinselanlagen beobachten.

III.2 Hinweis zur Unzulässigkeit eines gesonderten Entgeltes für die Einsichtnahme in Rahmenverträge

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass die im mündlichen Erörterungstermin seitens der Betroffenen aufgeworfene Frage, ob die Betroffenen ein gesondertes Entgelt für die Einsichtnahme in die Rahmenverträge verlangen dürfe, aus folgenden Gründen abschlägig zu beantworten sein dürfte:

Gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der DVO (EU) 2016/545 nimmt der Infrastrukturbetreiber die Rahmenkapazitätserklärung in seine SNB auf oder verweist in den SNB auf eine öffentliche Website, auf der diese Rahmenkapazitätserklärung einsehbar ist (...). In diesen Fällen macht der Infrastrukturbetreiber die Rahmenkapazitätserklärung gemäß DVO (EU) 2016/545 also zum Bestandteil seiner SNB. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der DVO (EU) 2016/545 erweitert somit die SNB-Bestandteile, die in RL 2012/34/EU – und insbesondere in Anhang IV aufgeführt sind – um den Bestandteil der Rahmenkapazitätserklärung bzw. den Verweis auf die öffentliche Website mit der Rahmenkapazitätserklärung.

Gemäß Art. 27 Abs. 1 Satz 3 RL 2012/34/EU wird der „*Inhalt [der SNB] ... unentgeltlich in elektronischer Form in dem Internetportal des Infrastrukturbetreibers bereitgestellt ...*“. § 19 Abs. 1 Satz 3 ERegG setzt diese Vorgabe in nationales Recht um.

Nimmt ein Betreiber der Schienenwege gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der DVO (EU) 2016/545 die Rahmenkapazitätserklärung in seine SNB auf, so dürfte die Rahmenkapazitätserklärung – die zu einem ganz erheblichen Teil aus einer Aufbereitung der in den geschlossenen Rahmenverträgen enthaltenen Informationen besteht – mithin als Bestandteil der SNB gemäß Art. 27 Abs. 1 Satz 3 der RL 2012/34/EU unentgeltlich bereitzustellen sein. Es erschließt sich hingegen derzeit nicht, mit welcher Argumentation ein Betreiber der Schienenwege, der – aus welchen Gründen auch immer – von einer Aufnahme der Rahmenkapazitätserklärung in seine SNB absieht, sich gegenüber Betreibern der Schienenwege, die die Rahmenkapazitätserklärung in ihre SNB aufnehmen, derart besser stellen dürfte, dass er von Zugangsberechtigten gesonderte Entgelte für die Zurverfügungstellung von Rahmenvertragsinformationen verlangen dürfte.

III.3 Hinweis zur Kündigung und Stornierung von Rahmenverträgen

Die Beschlusskammer hat im Erörterungstermin am 04.11.2021 darauf hingewiesen, dass für den Fall der Durchführung von Pilotprojekten zur Erprobung neuer Modelle der Kapazitätsnutzung und der Fahrplannerstellung sowie des Deutschlandtaktes die Kündigung von Rahmenverträgen gemäß § 49 Abs. 4a ERegG erforderlich werden kann. Zugangsberechtigte haben auf Überarbeitungsbedarf der Stornierungsregelungen hingewiesen.

Die Betroffenen haben hierzu im Erörterungstermin angegeben, dass sie für den Fall der Festlegung entsprechender Erprobungsstrecken durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Regelungen zur Kündigung / Stornierung von Rahmenverträgen umfassend prüfen und anpassen werden. Im vorliegenden Verfahren konnte daher eine vertiefte Befassung unterbleiben.

III.4 Hinweis zu den Gebühren

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Gebühren werden gemäß der am 15.05.2021 in Kraft getretenen Besonderen Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Bundesnetzagentur im Bereich der Eisenbahnregulierung (EReg-BGebV) festgesetzt. Sollten für diesen Beschluss Gebühren oder Auslagen anfallen, erfolgt deren Geltendmachung gemäß § 77 Abs. 1 Satz 2 ERegG in einem gesonderten Bescheid. Rückfragen im Zusammenhang mit einer möglichen Gebührenerhebung können per E-Mail an das Postfach GebuehrenEisenbahn@bnetza.de gerichtet werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Kirchhartz

Dr. Arnade