

Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts: 25. Jahrestagung 2019 in Berlin

Bericht über die 25. Eisenbahnrechtliche Fachtagung vom 12. bis 13.11.2019 in Berlin*

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück

Die 25. Eisenbahnrechtlichen Forschungstage wurden in der Zeit vom 12. und 13.11.2019 von der Bundesnetzagentur und der Universität Regensburg (Prof. Dr. Jürgen Kühling) in Berlin ausgerichtet. Auch in diesem Jahr bot das Treffen der Experten aus Wissenschaft und gewerblicher sowie behördlicher Praxis Gelegenheit, einen Blick in die aktuelle planungs- und regulierungsrechtliche Entwicklung im Eisenbahnsektor zu nehmen und sich darüber auszutauschen. Für das geltende Eisenbahnrecht steht die Prüfungstrias Angemessenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit im Mittelpunkt. Auch das Sondergutachten der Monopolkommission bildet einen wichtigen Baustein. Im Themenblock »Umgang mit dem neuen Eisenbahnrecht« wurde die Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen betrachtet und die nationale Umsetzung des 4. Eisenbahnpakets erörtert. Das Themenfeld »Perspektiven zur zukünftigen Kapazitätsbewirtschaftung« befasste sich mit Fragen der Fahrplanerstellung, mit dem Gelegenheitsverkehr im Taktfahrplan und mit der Vergabe von Systemtrassen.

1. Angemessenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit – Die neue Prüftrias als Paradigmenwechsel?

Die Angemessenheit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit haben sich für das Regulierungsrecht geradezu als Schlüsselbegriffe entwickelt, erläuterte Prof. Dr. Karsten Otte (BNetzA) und verwies dabei auch auf historische Wurzeln des europäischen und deutschen Regulierungsrechts. Die etwa im Zivilrecht vorhandenen Begriffe müssten allerdings mit ihren speziellen eisenbahnrechtlichen Bezügen ausgeformt werden.

Der Kontrollgegenstand ist bestimmt durch seinen Bezug, d.h. seine Wirkung auf Zugang oder Nutzungsentgelte. Der Angemessenheitsmaßstab in § 307 BGB und § 19 GWB ist zwischen Unternehmen ähnlich; seine Verletzung hat jedenfalls Indizwirkung für die eisenbahnrechtliche Angemessenheit. Die eisenbahnrechtliche Angemessenheit kann durch die Bewertung einer zivilrechtlichen Gestaltung beeinflusst werden. Allerdings werden die eisenbahnrechtlichen Bewertungsmaßstäbe durch die Regulierungsziele eigenständig geprägt. Bei gegenläufigen Regulierungszielen wird nach dem Modell der praktischen Konkordanz zu vermitteln sein. Das Regulierungsziel des intramodalen Wettbewerbs (§ 3 Ziff. 2) hat dabei aufgrund des Regelungsgegenstandes Zugang (§ 1 Abs. 1) aber ein starkes Gewicht.

Den Eisenbahninfrastrukturunternehmen kommt dabei zwar eine Entscheidungsprärogative zu. Die Regulierungsbehörde hat hier aber eine Abwägungs- und Korrekturfunktion, auch im Hinblick auf betroffene Belange anderer Beteiligter. Der Tatbestand und die behördlichen Maßnahmen unterliegen grundsätzlich der vollen gerichtlichen Kontrolle. Es besteht daher kein kontrollfreier Beurteilungsspielraum der Behörde; bei

Unangemessenheit könne das behördliche Ermessen freilich wohl reduziert sein, erläuterte der Abteilungsleiter Eisenbahn.

2. Die Befugnisse der Regulierungsbehörden bei Pflichtverletzungen im Zugangsverhältnis

Das ERegG stattet die Zugangsberechtigten mit Ansprüchen auf Prüfung des Verdachtes eines pflichtwidrigen Verhaltens der Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die BNetzA als Regulierungsbehörde aus. Ist ein Zugangsberechtigter der Auffassung, durch Entscheidungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein, so hat er das Recht, die Regulierungsbehörde anzurufen (§ 66 Abs. 1 ERegG). Als Beispiel für derartige Rügen nannte Dr. Ulrich Geers (BNetzA) etwa die Weitergabe vertraulicher Informationen des Zugangsberechtigten an Dritte, die Überschreitung von Bearbeitungsfristen bei der Trassenzuweisung im Gelegenheitsverkehr oder der Machbarkeitsstudie oder auch die Mitteilung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, dass dem Zugangsberechtigten im Rahmen eines Piloten ein Vor-Plan-Fahren nicht erlaubt werde.

In der Praxis stelle sich allerdings das Problem, dass sich ein solchermaßen gerügtes Verhalten häufig bereits vor einer etwaigen Abhilfeentscheidung der Bundesnetzagentur erledige. Für die Feststellung bzw. Ahndung bereits beendeter Vorgänge halte das ERegG jedoch nur ein rudimentäres regulatorisches Instrumentarium bereit.

Tatsächlich sollte die Verfügbarkeit zivilrechtlicher Klagemöglichkeiten zur »Einhegung« des Verhaltens der Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Grundsatz ausreichen. Mit der Geltung angemessener, nichtdiskriminierender und transparenter Schienenbenutzungsregelungen ist das zu Lasten der Zugangsberechtigten anfänglich bestehende asymmetrische Machtverhältnis zum (vertikal integrierten) Monopolisten in eine neue Balance gebracht worden. Die Beteiligten stehen sich in der Folge prinzipiell auf Augenhöhe gegenüber. Dies erlaubt grundsätzlich eine Zurückhaltung bei der regulatorischen Kontrolle. Die Befugnisse der BNetzA als Regulierungsbehörde können sich daher auf die Fälle begrenzen, in denen das Zivilrecht etwa aufgrund fehlender Nachweismöglichkeiten oder Verfolgungsinteressen der Zugangsberechtigten unzureichend ist, fügte der Vorsitzende der Beschlusskammer 10 der BNetzA. In dieser Hinsicht schmerze indes das Fehlen von Bußgeldtatbeständen. Hier müsse der Gesetzgeber dringend nachbessern.

* Zu den vorangegangenen Tagungen Stüer/Hermanns, DVBl 1999, 27; DVBl 1999, 1570; DVBl 2001, 179; DVBl 2001, 1653; Stüer, DVBl 2003, 381; Berka, DVBl 2004, 103; Stüer/Berka, DVBl 2004, 1326; DVBl 2005, 1365; DVBl 2006, 1360; Stüer, DVBl 2007, 1349; DVBl 2008, 1368; DVBl 2009, 1498; DVBl 2010, 1220; Stüer/Berka, DVBl 2011, 1342; Stüer/Urban, DVBl 2012, 1484; Stüer/Berka, DVBl 2013, 1507; Stüer, DVBl 2014, 1377; DVBl 2015, 1502; DVBl 2017, 295; DVBl 2017, 1474; DVBl 2018, 1542. Zur Geschichte der Fachtagungen Stüer/Berka, DVBl 2004, 1326.

3. Wettbewerbsprobleme in den Eisenbahnmärkten – Das Sondergutachten der Monopolkommission

Der deutsche Schienenverkehr leidet unter schlechten Pünktlichkeitswerten sowie einer Sanierungsbedürftigen und überlasteten Infrastruktur. Prof. Dr. *Jürgen Kühling*, Universität Regensburg, berichtete über das 7. Sektorgutachten der Bahn »Mehr Qualität und Wettbewerb auf der Schiene«. Die Monopolkommission ist ein unabhängiges Beratungsgremium, das die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik und der Regierung berät. Das Gutachten gibt u.a. folgende Handlungsempfehlungen, die *Kühling* als Mitglied der Monopolkommission erläuterte:

(Infrastruktur- und Transportunternehmen trennen). Nach Auffassung der Monopolkommission entstehen Wettbewerbshindernisse aus dem Organisationsmodell der DB-Gruppe. Aus ordnungspolitischen Erwägungen sollte eine eigentumsrechtliche, vertikale Trennung der Infrastruktur- von den Transportunternehmen der DB-Gruppe erfolgen. In diesem Zuge sollte der Bund alle in Wettbewerbsmärkten aktive Unternehmensteile veräußern (356).

(Verbesserungen von Anreizen zur Qualitätserhöhung erforderlich). Die DB Netz AG hat als natürliches Monopol im Vergleich zu einer hypothetischen Wettbewerbssituation geringere Anreize, die Qualität der Schieneninfrastruktur zu verbessern. Die Monopolkommission empfiehlt eine stärkere Anreizsetzung für mehr Qualität im Eisenbahnbereich. Zu den wesentlichen Qualitätskriterien, die der Infrastrukturbetreiber beeinflussen kann, zählen die Erneuerung und Instandhaltung der Infrastruktur wie auch die Pünktlichkeit. Eine Stärkung beider Kriterien ist zudem relevant, um das System Schiene aus der Sicht der Fahrgäste bzw. Kunden attraktiver zu gestalten und somit eine Erhöhung des Anteils der Schiene am gesamten Verkehrsaufkommen zu bewirken (357). Aus der Sicht der Monopolkommission setzt die Ausgestaltung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II (LuFV II) den Infrastrukturbetreibern des Bundes keine ausreichenden Anreize für qualitätsorientiertes und effizientes Handeln. Daher sollte im Hinblick auf die Nachfolgevereinbarung der LuFV II die pauschale Übertragung aller Finanzmittel an die Infrastrukturbetreiber zur eigenverantwortlichen Verwendung eingeschränkt werden. Ebenso sollte die Anreizsetzung zur Qualitätssteigerung über eine Konkretisierung, bzw. Ausweitung der Zielvereinbarungen effektiver gestaltet werden (358). Die Pünktlichkeit im Schienenverkehr könnte verbessert werden, wenn jeder am Verkehr Beteiligte für die von ihm verursachten Störungen und den daraus entstehenden Kosten der Geschädigten in einem hohen Maße aufkommen würde (359).

(Potenzielle Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung der Entgeltregulierung ausschöpfen). Die Monopolkommission bewertet die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) zur Anreizsetzung zur Kostensenkung in der Regulierung der Zugangsentgelte prinzipiell positiv. Die der DB Netz AG gewährte und kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung stellt allerdings nicht auf deren tatsächliches Risiko ab. Dadurch kann es zu einer Überschätzung der Kapitalkosten kommen (360).

(Intermodalen Wettbewerb stärken). Unabhängig von der gegenwärtigen Regulierung führt das System der Vollkosten-

anlastung zu hohen Zugangsentgelten, die nach Auffassung der Monopolkommission einer wettbewerblichen Entwicklung insbesondere im eigenwirtschaftlich zu erbringenden Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) entgegenstehen. Eine Absenkung der Zugangsentgelte auf die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs könnte dort einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung effektiven Wettbewerbs leisten (361). Zur Herstellung einer schnelleren Rechtssicherheit befürwortet die Monopolkommission eine Verkürzung des Instanzenzugs bei Klagen gegen Beschlusskammerentscheidungen der Bundesnetzagentur (362). Das gegenwärtige Verfahren zur Vergabe von Schienenwegkapazität durch die DB Netz AG birgt Diskriminierungspotenziale. Insgesamt sollte der Prozess der Trassenkonstruktion und -vergabe transparenter gestaltet werden (363). Ein diskriminierungsfreier und effektiver Zugang zum Zugmaterial ist eine essenzielle Voraussetzung für die Schaffung von Wettbewerb im SPFV. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte dazu eine Etablierung von Leasingmodellen angestrebt werden (364).

(Ordnungspolitische Planungen für den Deutschlandtakt vorantreiben). Bei der Entwicklung des Deutschland-Takts sollten ordnungspolitische Aspekte einschließlich der Konsequenzen für die rechtliche Ausgestaltung der technischen Konzeption nicht nachgestellt werden. Die Vergabe eines vorkonzipierten Trassenangebots ist mit dem gegenwärtigen Open-Access-Marktmodell im Schienenpersonenfernverkehr und Schienengüterverkehr nicht vereinbar, wodurch die Einführung des Deutschland-Takts regulierungsrechtliche Änderungen erforderlich macht (365). Worum geht es dabei? Züge fahren jede Stunde, in jede Richtung, zur selben Minute – das schafft mehr Mobilität für mehr Menschen. So kommen Fahrgäste mit dem Deutschlandtakt einfacher, bequemer und schneller an ihr Ziel. Und das nicht nur zwischen den Metropolen, sondern in ganz Deutschland. Das geht mit einem Integralen Taktfahrplan – jede Stunde zur selben Minute: Alle Fernzüge fahren in einem Takt von 60 oder 30 Minuten. Der Fahrplan lässt sich so leicht merken, ist zuverlässig und planbar. Integral: Fahrpläne aller Linien sind aufeinander abgestimmt: In Knotenbahnhöfen treffen sich die Züge jede Stunde zur selben Minute. Die Züge halten gemeinsam einige Minuten und ermöglichen einen bequemen Umstieg. Lange Wartezeiten gehören der Vergangenheit an. Jede Stunde – jede Richtung – nicht nur auf der Schiene: Steht einmal der Fahrplan auf der Schiene fest, lassen sich selbst die entferntesten Regionalbuslinien mit dem Bahnverkehr abstimmen. So wächst der gesamte öffentliche Verkehr zu einem System zusammen.

(Tarif- und Verkehrssysteme reformieren). Der Markt für den Vertrieb von Bahnfahrkarten hat sich in den vergangenen Jahren weiterentwickelt. Potenzielle Wettbewerbsprobleme bestehen allerdings in dem wachsenden Online-Vertriebsmarkt. Es ist nicht auszuschließen, dass die DB AG ihre marktbeherrschende Stellung gegenüber Drittanbietern im Online-Vertriebsmarkt missbräuchlich ausnutzt. Die Monopolkommission empfiehlt eine kartellrechtliche Überprüfung der Vereinbarungen der DB AG mit Vertriebsplattformen für Verkehrsleistungen (366). Weiterer Reformbedarf besteht hinsichtlich gemeinsamer Tarife der Eisenbahnverkehrsunternehmen bzw. entsprechender Kooperationen (367). Die Entwicklung des Deutschland-Tarifverbundes sollte nach Auffassung der Monopolkommission weiter vorangetrieben werden.

(*Markttransparenz schaffen*). Durch Digitalisierungsprozesse können auch im Eisenbahnsektor mehr Informationen erhoben sowie ausgewertet werden, wodurch eine Verbesserung der Leistungen zu erwarten ist (368), erläuterte Kühling weitere Kernelemente.

(*Einhaltung beihilferechtlicher Vorgaben gewährleisten*). Soweit der Bund und die Länder den Bahnbetrieb mit staatlichen Mitteln finanzieren, sind außerdem das grundsätzliche Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und die Notifizierungspflicht für Beihilfen nach Art. 108 Abs. 3 AEUV zu beachten. Der Bund sollte staatliche finanzielle Unterstützungen nur zweckgebunden unmittelbar an die Teile der DB-Gruppe leisten, bei denen sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV von einer beihilferechtlichen Kontrolle nachweisbar freigestellt sind (369).

4. Die Durchführungsverordnung 2017/2177 – wesentliche Inhalte und das Verhältnis zu nationalem Recht

Wer Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen möchte, benötigt neben dem Zugang zu den Schienenwegen auch den Zugang zu weiterer Eisenbahninfrastruktur und zu Dienstleistungen. Vor und nach jeder Zugfahrt nutzen Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) in aller Regel eine oder mehrere Serviceeinrichtungen. Serviceeinrichtungen sind nach der Definition in § 10 Abs. 1 i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) Personenbahnhöfe, Güterterminals, Rangierbahnhöfe und Zugbildungseinrichtungen, Abstellgleise, Wartungseinrichtungen, andere technische Einrichtungen, Hilfeinrichtungen, Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme (Tankstellen) sowie Serviceeinrichtungen in See- oder Binnenhäfen.

Die BNetzA sorgt dafür, dass alle Zugangsberechtigten einen diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Serviceeinrichtungen und den mit dem Zugang verbundenen Dienstleistungen (z.B. Be- und Entladung von Güterwagen, Wartung von Schienenfahrzeugen) erhalten. Mehrere Hundert Eisenbahninfrastrukturunternehmen unterliegen dieser Regulierung.

Eisenbahninfrastrukturunternehmen müssen für die von ihnen betriebenen Serviceeinrichtungen Nutzungsbedingungen aufstellen und veröffentlichen. Veröffentlichte Nutzungsbedingungen sind wesentlich für die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur. Indem sie Transparenz hinsichtlich der juristischen, ökonomischen, technischen oder sonstigen Bedingungen einer Nutzung herstellen (Informationsfunktion), machen sie zugleich Ungleichbehandlungen häufig erst erkennbar (Kontroll- oder Vergleichsfunktion). Da das Eisenbahninfrastrukturunternehmen sich mit der Veröffentlichung der Nutzungsbedingungen für deren Geltungsdauer (in der Regel mindestens ein Jahr) auch an diese bindet, gewährleisten die Nutzungsbedingungen zugleich auch notwendige Planungssicherheit für die Zugangsberechtigten. Die Prüfung und Überwachung der Nutzungsbedingungen ist daher ein wesentlicher Baustein der Regulierung der Eisenbahninfrastruktur.

Prof. Dr. Urs Kramer (Universität Passau) befasste sich auf dieser Grundlage mit den inhaltlichen Konflikten zwischen der DVO (EU) 2017/2177 und dem ERegG. Dabei sind die Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 in einigen Teilen inhaltsgleich mit

den entsprechenden Regelungen im ERegG, jedoch vielfach nicht identisch – weder im Hinblick auf ihren Wortlaut noch auf ihre Systematik. An einigen Stellen – etwa im Verhältnis von § 13 ERegG zu Art. 10 und 12 DVO (EU) 2017/2177 – sind auch offene Widersprüche festzustellen. Daraus ergeben sich Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten sowie Probleme beim »Vorrangverhältnis« der europäischen gegenüber der nationalen Regelung bzw. dessen Rechtsfolgen, die der Passauer Eisenbahnrechtler erläuterte.

5. Die nationale Umsetzung des 4. Eisenbahnpakets

In einem dichten und facettenreichen Vortrag zur Umsetzung des Vierten Eisenbahnpakets in 2019 beschrieb Prof. Dr. Markus Ludwigs (Universität Würzburg) zur Orientierung zunächst noch einmal die Komponenten der unionsrechtlichen Vorgaben (technische und politische Säule) und sodann speziell die Struktur der gesetzlichen Umsetzung der RL 2016/2370 in Deutschland. Er stellte fest, dass der Gesetzgeber seinem Anspruch einer 1:1 Umsetzung durch Gesetz vom 08.07.2019 bei den Art. 2 Abs. 4, Artt. 7a-c, 10, 11 und 13a Abs. 1 der revidierten RL 2012/34/EU nicht vollumfänglich nachgekommen ist. Die speziell die im Unionsrecht angelegte Qualifikation von Personenbahnsteigen (und Rampen) als Teil der Eisenbahninfrastruktur und des Mindestzugangspakets sei im ERegG nicht umgesetzt, was ein EuGH-Urteil (C-210/18) auf Vorlage aus Österreich der Sache nach bestätigte. Für den Rechtsanwender ergebe sich hieraus zum einen die speziell im Kontext staatlicher Infrastrukturbetreiber komplexe Folgeproblematik einer *unmittelbaren* Anwendung der revidierten RL 2012/34/EU, zum anderen die Frage, ob bei Änderung der Zuordnung das Mindestzugangspaket auch von *mehreren* Infrastrukturbetreibern geleistet werden könne. Es spreche daher viel dafür, den dies erlaubenden Art. 7c Abs. 2 der RL nachträglich umzusetzen, der bisherige Verzicht hierauf sei jedenfalls nicht schlüssig begründet.

Umsetzungsbedingte Neuerungen des ERegG finden sich im Entflechtungs-, Zugangs- und Entgeltrecht. Als Herzstück machte Ludwigs die verschärften bzw. präzisierten Entflechtungsvorgaben für den Betreiber der Schienenwege aus. Er nahm dies zunächst zum Ausgangspunkt für eine gesamthafte Betrachtung der unionsrechtlichen Entwicklungslinien der Entflechtung im Bahnsektor, dem fortgesetzten Bemühen der Kommission, vertikal integrierte Strukturen aufzubrechen, dem aber weder in den Vertragsverletzungsverfahren zur unterlassenen Entflechtung sowie zur verbotenen Quersubventionierung noch mit dem Entwurf des Vierten Eisenbahnpakets durchschlagender Erfolg beschieden war. Die neu umgesetzten Entflechtungsbestimmungen der §§ 8, 8a-d ERegG wurden sodann einer genaueren Betrachtung unterzogen. Sie sind themenbezogen neu geordnet (§ 8: allgemeine Bestimmungen; § 8a: Unabhängigkeit in Bezug auf wesentliche Funktion; § 8b: Unparteilichkeit bei Verkehrsmanagement, Instandhaltungsplanung und baulicher Planung; § 8c: Auslagerung und Aufteilung von Funktionen und § 8d: finanzielle Transparenz), stärker untergliedert, inhaltlich verschärft, einem eigenen behördlichen Überwachungsrecht (§ 70) und nun dem Beschwerderecht (§ 66 Abs. 4 Nr. 11) zugänglich. Die neuen Entflechtungsregeln in Umsetzung des Vierten Eisenbahnpakets stärken die Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege (BdS) und führen in Teilen zu mehr Rechtsklarheit.

Eingehend befasste sich *Ludwigs* mit kritischen Stimmen gegen die Neuregelung. Der These vom mangelnden Regelungsbedarf (weil schon geregelt) und der Empfehlung, unionsrechtlich geforderte Regelungen der Gewinnabführung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu treffen, erteilt er als nicht unionsrechtskonform eine Absage.

Die von der Monopolkommission wegen drohender »Unterregulierung« geforderte eigentumsrechtliche Trennung der Infrastrukturbetreiber von den übrigen Einheiten der DB-Gruppe durch Privatisierung der Transportunternehmen, den geforderten Ausschluss der Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten des Infrastrukturbetreibers durch Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte einer anderen Einheit des vertikal integrierten Konzerns und die Erweiterung der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers seien als strengere nationale Umsetzung der Richtlinienvorgaben denkbar. Grundrechtsschutz für Unternehmen in öffentlicher Hand bestehe nicht. Ein in Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG geprägter Bereich unternehmerischer Selbstbestimmung sei freilich als objektiv-rechtliche Schranke zu diskutieren. Die Option der eigentumsrechtlichen Entflechtung durch Privatisierung der Transportunternehmen folge bereits aus dem Umkehrschluss zu Art. 87e III GG, bedinge aber insbesondere eine aus Art. 87e IV GG resultierende Prüfpflicht des Bundes, ob ein hinreichendes Verkehrsangebot gewährleistet bleiben wird (str.).

Beiden Thesen setzte *Ludwigs* eine eigene vermittelnde These entgegen: Der neue Rechtsrahmen im ERegG führe den Kompromisscharakter des Vierten Eisenbahnpakets fort. Einerseits würden die RL korrekt umgesetzt (mit dem skizzierten Nachsteuerungsbedarf zu Art. 7c Abs. 2) und insbesondere die Vorgaben zur finanziellen Transparenz forciert. Der Verzicht auf eine eigentumsrechtliche Trennung sei angesichts divergenter Studienlage auch ordnungspolitisch nicht unvertretbar. Andererseits blieben einige Auslegungsprobleme ungelöst, die zu neuen Rechtsstreitigkeiten führen dürften.

6. Individualismus oder Vorkonstruktion – Wohin entwickelt sich die Fahrplanerstellung?

Dr. *Karl-Heinz Rochlitz* (BNetzA) stellte zunächst dar, dass die Trassen des Netzfahrplans nicht von Jahr zu Jahr neu »auf einem weißen Blatt« konstruiert, sondern hinübergezogen werden. Schon heute seien faktisch 80 % aller Netzfahrplantrassen »vorkonstruiert« und aufgrund der Integralen Taktfahrpläne der Länder »Systemtrassen«. Das müsse in eine Novelle des ERegG, das in seiner gegenwärtigen Fassung nicht der Realität entspreche, eingepflegt werden – zumal dann, wenn die Fahrplanerstellung zu einem Deutschlandtakt fortentwickelt werde. Vor allem der Fahrgast habe durch die deutschlandweite Abstimmung von Takt und Anschlüssen erhebliche Vorteile. Der Deutschlandtakt erfordere vorkonstruierte Systemtrassen, die einen optimierten und passgenauen Infrastrukturausbau, mehr Trassen für Mehr- und Neuverkehre, mehr inter- und intramodalen Wettbewerb und mehr bzw. alle Trassen in hoher Qualität für stabile und dynamische Verkehre ermöglichen. Dieser sektorübergreifende Ansatz müsse von einer Diskussion

zum Bedarf der einzelnen Verkehrsarten und eine durchgängige Transparenz begleitet werden.

7. Gleichberechtigung des Gelegenheitsverkehrs im Taktfahrplan

Außerhalb des Netzfahrplans können Gelegenheitsverkehre zugelassen werden, erläuterte *Wolfgang Groß*, Netzwerk Europäischer Eisenbahnen e.V. Der Infrastrukturbetreiber bescheidet Ad-hoc-Anträge auf Zuweisung einzelner Zugtrassen so schnell wie möglich und auf jeden Fall binnen fünf Arbeitstagen. Informationen über verfügbare Kapazitätsreserven werden allen Antragstellern, die diese Kapazität eventuell in Anspruch nehmen wollen, zur Verfügung gestellt. Die Infrastrukturbetreiber prüfen gegebenenfalls, ob es erforderlich ist, Kapazitätsreserven innerhalb des fertig erstellten Netzfahrplans vorzuhalten, um auf vorhersehbare Ad-hoc-Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität schnell reagieren zu können. Dies gilt auch bei überlasteten Fahrwegen (Art. 48 EU 34/2012, RIL 2016/2370 § 56 ERegG). Allerdings wird das EIU nach dieser Prüfung gesetzlich nicht verpflichtet, die ermittelte und notwendige Kapazität für den Gelegenheitsverkehr auch anzubieten. Der Beauftragte für Wettbewerb von NEE sprach sich dafür aus, neben den Taktfahrplänen für den SPV dabei auch den Schienengüterverkehr vor allem im flexiblen kurzfristigen Bereich gleichberechtigt zu berücksichtigen, wobei auch die EVU mit technischen Harmonisierungen einen Beitrag zu einer guten Betriebsqualität bei der Nutzung von Systemtrassen leisten müssen....

8. Überlegungen zur Vergabe von Systemtrassen

Auch Dr. *Jan Werner*, KCW GmbH (Berlin), sprach sich dafür aus, für einen volkswirtschaftlichen Nutzen des Schienennetzes durch die systematische Absatzplanung zugunsten eines Trassenmaximums zu sorgen. Bei allen Verkehrsträgern geht es statt um maximale Erlöse um die bestmögliche Nutzung der Kapazitäten. Die Absatzmaximierung bedarf einer Trassenplanung mittels Vergabe von Systemtrassen. Der Trassenzugangsanspruch des EU-Rechts sei grundsätzlich ein vorstrukturierter, nicht ein »freier« Anspruch; Ziel sei die »effektive Nutzung der Fahrwegkapazität«. Deshalb solle im ERegG auf der Grundlage des EU-Rechts die Systemtrasse als präferiertes, verbindliches und rechtssicheres Trassenzuweisungsverfahren eingerichtet werden, wobei der Deutschlandtakt Systemtrassen zwingend erfordere. Alle Marktsegmente (Personen- und Güter- bzw. Takt- und Gelegenheitsverkehr) sollten angemessen berücksichtigt und abweichende Nutzerpräferenzen nur dann berücksichtigt werden, wenn sie nicht die Systematik des Fahrplans zerstören. Vorrang- und Konfliktbeilegungsregeln sollten entsprechende Anreize für die Trassenanmelder setzen.

9. Die zukünftige Kapazitätsbewirtschaftung aus Sicht der DB Netz AG

Dr. *Johannes Berg* (DB Netz AG) sprach sich dafür aus, durch ein intelligentes Kapazitätsmanagement einen Beitrag zur Steigerung der Pünktlichkeit der Bahn zu leisten. Die Kapazität soll dabei durch eine Erhöhung des nutzbaren Kapazitätsangebots und eine verbesserte Auslastung der Ka-

pazität entlang von vier Hebeln optimiert werden: Das Kapazitätsangebot soll durch eine Erhöhung der Kapazität von Knoten und Strecken, zusätzliche Strecken sowie die Stilllegung und den Rückbau von Strecken, für die kein Bedarf mehr besteht, erfolgen. Die Bautätigkeit soll durch höhere Sperrpauseneffizienz und Fahrplanhomogenität (Taktung) effektiver gestaltet werden. Durch angepasste Zuweisungsregelungen, eine Digitalisierung von Fahrplanerstellung und Vertrieb sowie eine intelligente Nachfragesteuerung soll eine Übernutzung nutzbarer Kapazitäten vermieden werden.

Ebenso sollen netzverursachte, durch Eisenbahnverkehrsunternehmen oder durch Dritte verursachte Störungen vermieden werden.

10. Von Bonn und Berlin zurück nach Regensburg

Die 26. Eisenbahnrechtliche Fachtagung, zu der *Kühling* am Ende der Beratungen einlud, wird am 15. und 16.09.2020 wieder an schon früher gewohnter Stelle in Regensburg stattfinden.

Buchbesprechungen

Michael Limanowski, Die Haftung des Staates für Verletzungen der Berufsfreiheit. Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Bd. 1397. 2019. 405 S. geb. Euro 89,90. Duncker & Humblot, Berlin. ISBN 978-3-428-15480-7.

Die Lage ist nicht erfreulich. Das Staatshaftungsrecht ist seit langem dringend reformbedürftig. Die historischen Entwicklungen sind bekannt. Reformbemühungen des Bundesjustizministeriums sind versandet. Vereinbarungen in Koalitionsverträgen haben sich als »leere Versprechungen« erwiesen. Die rechtspolitische Kraft des BGH ist längst erlahmt. Seine Rechtsprechung ist nur noch als drittrangig wahrnehmbar. Ihr scheint die Intellektualität abhandengekommen zu sein. Sie wird als »Geheimwissenschaft mit esoterischem Charakter« (*Fritz Ossenbühl*) beschrieben (1984). *Martin Morlok* formuliert es drastischer, wenn er im Staatshaftungsrecht ein »altes, in einem verschlissenen, vielfach geflickten und ausgebesserten Kleid daherkommendes Rechtsgebiet« (2009) sieht. Seit Jahrzehnten ist Substantielles nicht geschehen. Auch beim BVerwG scheint eine Fortentwicklung des Rechts auf Folgenbeseitigung abgebrochen zu sein. So ist es mutig, diesen Zustand in einer Dissertation energisch anzugehen. Das hat *Michael Limanowski* in seiner von Bernd Grzeszick (Heidelberg) betreuten Dissertation getan. Dazu hatte er auch den richtigen Doktorvater gefunden. Grzeszick hatte sich 2001 mit »Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten« habilitiert. Man durfte also gespannt sein. *Limanowski* hat die strategisch kluge Idee, das generelle Problem des Stillstandes des Staatshaftungsrechts gleichsam von der Seite her und zugleich exemplarisch anzugehen. Dazu hat er eine grundrechtlich berechtigte Frage aufgeworfen: Was geschieht eigentlich, wenn nach Jahren des Streites sich rechtskräftig herausstellt, dass ein staatlicher Eingriff in die Berufsfreiheit von Anfang an rechtswidrig war, nachdem der Betroffene das von den Gerichten durchgesetzte Prinzip des Primärrechtsschutzes beachtet hatte (vgl. BVerfG [K] NJW 2003, 125). Sein Befund ist, dass der Betroffene weitgehend mit leeren Händen da steht. Der BGH hat die Ausdehnung des Anspruchs auf die

eignungsgleichem Eingriff auf den Schutzbereich des Art. 12 GG verneint (vgl. BGHZ 111, 349 = DVBl 1990, 1348 [KakaoV]; erneut BGHZ 132, 181 Rdnr. 20 = DVBl 1996, 797 [Kassenarzt]; BGH NZS 2012, 261 Rdnr. 9; BGH GesR 2012, 79 Rdnr. 6, 8). Der Autor sieht in dieser Unterschiedlichkeit – betrachtet man die Gewährleistungen des Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG als eine »ökonomische« und freiheitliche Einheit im Sinne einer individuellen »Selbstverwirklichung« – einen eklatanten Wertungswiderspruch. Um diesen aufzulösen, hat er sich den Gesetzgeber und die Judikative angriffslustig als »Gegner« ausgesucht, die es argumentativ in die Knie zu zwingen gilt. Der Rezensent verhehlt nicht, dass er diesen Versuch mit gewisser Sympathie verfolgt. Denn sollte man nicht die individuelle Betätigung geistiger und körperlicher Kräfte, die persönliche Identität und den Zugang zu Lebenschancen im Vergleich zu einem garantierten Vermögensbestand als rechtsethisch höherwertig ansehen? Und ist Art. 14 GG nicht aus dieser Sicht eher nur instrumentell und dienend zu verstehen, von einer ideengeschichtlichen Grundlage des Besitzindividualismus einmal ganz abgesehen? *Limanowski* entscheidet sich, die Problemstellung in drei wesentlichen Schritten zu entfalten.

In einem ersten Schritt beschreibt der Autor genauer als hier zuvor angedeutet, den gegenwärtigen Zustand. Dazu sollen die derzeitige rechtstheoretische und rechtspraktische Leistungsfähigkeit des Staatshaftungsrechtes in ihrem Umfang und ihren bislang wahrgenommenen Entwicklungspotentialen nachgezeichnet werden (S. 31 bis 120). Nach einigen Präliminarien zum Schutzbereich des Art. 12 GG, zum Primär- und Sekundärschutz und – schön gesehen – zu einer »Schadensneigung« des Art. 12 GG wendet sich der Autor dem herkömmlichen Arsenal sekundärer Sanktionsfolgen zu, wie sich dieses in den letzten 30 Jahren entwickelt hat. Dieser Teil ist berichtend, zugleich rechtspolitisch bewertend. Das geschieht kundig und stoffbeherrschend. Vor allem wird neben dem Blick auf die Judikatur des BGH zum enteignungsgleichen Eingriff die Reichweite des Anspruchs auf Folgenbeseitigung ausgelotet. Wird dieser Anspruch auf die