

Dies stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs, der davon ausgehe, dass es in einem rechtsstaatlichen Verfahren keine geheimen Akten geben dürfe. Die Position des EuGH, der eine Abwägung zwischen Art. 6 und Art. 8 EMRK vornehme, sei dabei wohl überzeugender.

In Österreich werde von der Rechtsprechung vor allem der Gleichheitsgrundsatz als vergaberechtliche Fundamentalnorm herangezogen. Eine Teilhabekomponente beinhalte dies nicht. Daher gebe es grundsätzlich auch keinen Schadensersatz bei rechtswidriger Vergabe. Diese Rechtsprechung sei allerdings unter dem Einfluss europäischer Vorgaben teilweise im Wandel begriffen.

Im Schlussreferat erläuterte *Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, LL.M.* (Universität Lausanne) die bisherige Bedeutung der EMRK im schweizerischen Beschaffungswesen. Er wies auf die Sonderstellung der Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat hin und erklärte, dass das Submissionsrecht in der Schweiz bis 1996 weitgehend rechtsfreier Raum gewesen sei, woran sich erst durch die Umsetzung des WTO-Übereinkommens⁹ über das öffentliche Beschaffungswesen etwas geändert habe. Im Verhältnis zur EU gebe es bilaterale Abkommen, die eine Gleichbehandlung sicherten. Insgesamt zeichne sich die Schweiz durch eine starke Rechtszersplitterung im Beschaffungswesen aus.

⁹ Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, abgeschlossen in Marrakesch am 15. 4. 1994.

So gelte das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen nur für die Beschaffungen, die dem WTO-Abkommen unterfielen; daneben gebe es noch kantonale Gesetze und Erlasse auf Bezirks- und Gemeindeebene. Die EMRK spiele kaum eine Rolle. Zwar gelte sie aufgrund des monistischen Systems in der Schweiz unmittelbar, sie werde aber weder in Rechtsprechung noch Schrifttum herangezogen. Allenfalls Art. 6 EMRK spiele eine Rolle, weil das Verwaltungsgerichtsgesetz auf ihn Bezug nehme. Jedoch sei früher in einer Vergabeentscheidung kein materielles »Recht« i. S. der EMRK gesehen worden und diese damit auch nicht anwendbar gewesen. Dies habe sich im Bereich der vom WTO-Übereinkommen erfassten Beschaffungen geändert, allerdings sei im unterschwelligem und nicht vom Übereinkommen erfassten Bereich nach wie vor keine Anwendbarkeit der EMRK gegeben.

In den Diskussionen im Anschluss an die Vorträge kam zum Ausdruck, dass das Vergaberecht sich in einem Umbruch befindet, der sich sowohl auf europäischer Ebene in den Vertragstexten widerspiegelt als auch in Rechtsprechung und Literatur. In welche Richtung die Entwicklung läuft, ist derzeit schwer abzuschätzen. Einiges spricht dafür, dass zumindest im Bereich der Daseinsvorsorge die Grenzen des Wettbewerbs enger gezogen werden.

Den Organisatoren, Rednern und Diskutanten ist für eine rundum gelungene Veranstaltung zu danken. Es ist davon auszugehen, dass das Vergaberecht auch im kommenden Jahr wieder Anlass zu einem weiteren Kolloquium mit spannenden Vorträgen und Diskussionen geben wird.

Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XIV

Von Rechtsanwalt und Notar *Prof. Dr. Bernhard Stüer*, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Richter am BGH-Anwaltssenat, Münster/Osnabrück, und Regierungsdirektor *Frank Berka*, Eisenbahn-Bundesamt Hamburg/Hannover

Seit fast 15 Jahren treffen sich die Eisenbahnrechtler Deutschlands Jahr für Jahr zu einem intensiven Meinungsaustausch über aktuelle Fragen des Eisenbahnrechts. Was zunächst im Jahre 1995 an der Deutschen Verwaltungshochschule in Speyer unter der Leitung von *Prof. Dr. Willi Blümel* (Speyer) und *Prof. Dr. Hans-Jürgen Kühlwetter* (Köln) mit einer verwaltungswissenschaftlichen Initialzündung begonnen hatte, setzt sich seit vielen Jahren nunmehr unter der fachkundigen juristischen Leitung von *Prof. Dr. Michael Ronellenfisch* an der traditionsreichen Eberhard Karls Universität Tübingen fort. Die Tagungsteilnehmer hatten sich auch bei ihrem 14. Treffen am 3. und 4. 9. 2008 am Rande der malerischen Altstadt am Neckar bei frühherbstlichem Sonnenschein viel vorgenommen: Neben der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durch nationale Gesetzgebung stand ein bunter Strauß eisenbahnrechtlicher Tagesaktualitäten auf dem Programm.¹

1. Aktuelle Stunde

Armin Keppel, der Präsident des Eisenbahn-Bundesamtes (EBA), der die weit mehr als 150 Teilnehmer aus Bundesnetzagentur (BNetzA), EBA, DB Netz AG, Verwaltung, Wissenschaft und Anwaltschaft aus ganz Deutschland herzlich willkommen hieß, stieg erwartungsgemäß gleich mit dem aktuellen eisenbahnrechtlichen Tagesgeschäft ein. Er erinnerte an die großen Ausbauaufgaben, vor denen die Bahn etwa in der Anbindung des neuen Tiefwasserhafens Wilhelmshaven und des Hamburger Hafens oder der Flughafenbindung von Berlin/Brandenburg International oder München stehe. Mit der

¹ 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. Vgl. auch den demnächst erscheinenden Tagungsband *Ronellenfisch*, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XIV, Hamburg 2008. Zur Geschichte der Fachtagungen *Stüer/Berka*, DVBl 2004, 1326.

Westanbindung des neuen Flughafens werde die schnellste Schienenverbindung in die Innenstadt Berlins geschaffen. Das EBA ist die alleinige deutsche Eisenbahn-Sicherheitsbehörde und damit Aufsichtsbehörde über 300 Eisenbahnunternehmen. Zur Wahrung der durch das Europarecht vorgegebenen hohen Sicherheitsstandard ist seitens des Ordnungsgebers angedacht, das Bauaufsichtsverfahren neu zu gestalten und dabei eine Eisenbahn-Baudurchführungsverordnung und eine Eisenbahn-Sachverständigenverordnung einzuführen. Künftig soll in bauaufsichtlichen Verfahren stärker auf Beliehe zurückgegriffen werden. Für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten dieser Verordnungen soll ein sog. modifiziertes Bauaufsichtsverfahren erfolgen. Dabei wird differenziert nach anzeigefreien, anzeigepflichtigen und solchen Maßnahmen, die stets einer Nutzungsgenehmigung bedürfen. Das bereits für Neufahrzeuge eingerichtete Fahrzeugeinstellungsregister wird auf die insgesamt im Einsatz befindlichen 170 000 Eisenbahnfahrzeuge erweitert. Für Triebfahrzeugführer wird aufgrund der europäischen Vorgaben im 3. Eisenbahnpaket bis Ende 2009 ein Zertifizierungsverfahren eingeführt. In der ersten Phase wird es neue Führerscheine für international eingesetzte Triebfahrzeugführer geben. Im Zuge der weiteren Marktöffnung in Europa erhalten ab 2010 alle Eisenbahnunternehmen einen Zugang zu grenzüberschreitendem Schienenpersonenverkehr einschließlich der Kabotage.

Die Finanzierung des Eisenbahnnetzes wird voraussichtlich zum Jahresbeginn 2009 jenseits der bisherigen Regelungen in der Bundeshaushaltsordnung mit einer Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung neu ausgerichtet. Im Gegenzug zu der angekündigten Finanzierungshilfe von 2,5 Mrd. Euro durch Bundesmittel verpflichten sich die Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) des Bundes, ihre Schienenwege in einem uneingeschränkt nutzbaren Zustand zu erhalten.

2. Mobilität zwischen Bezahlbarkeit und Rentabilität

Prof. Dr. Michael Ronellenfisch trat ganz im Sinne der Romanfigur von *Erich Kästner* als »doppeltes Lottchen« auf, indem er neben der Begrüßung gleich zwei einführende juristische Grundlagenreferate

übernommen hatte. Die Bahnkunden haben ein grundrechtlich abgesichertes Recht auf Mobilität, ließ der Eisenbahnrechtler seine Zuhörer wissen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bewertung zog der Staatsrechtslehrer mit den Autofahrern gleich, denen er bekanntlich schon vor Jahr und Tag trotz nicht unerheblicher Widerstände aus Politik und rechtswissenschaftlicher Literatur ein »Grundrecht auf Mobilität« zugesprochen hatte, als dessen Erfinder er sich nicht ganz ohne Stolz seit jener Zeit bezeichnen kann. Mit dieser im Grundrechtskatalog nicht ausdrücklich benannten Rechtsfigur hatte sich *Ronellenfötsch* schon vor vielen Jahren mit dem BVerfG auf Augenhöhe gestellt, das mit ähnlichen Kunstgriffen ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder den besonderen Schutz der Wohnung und der Intimsphäre in das GG hineininterpretiert hatte. Kunstfiguren, die der Tübinger Verfassungsrechtler als »intellektuelle Delikatessen« bezeichnete.

Der beabsichtigte Börsengang der Deutschen Bahn AG ändert an ihrer Grundrechtsverpflichtetheit nichts, beschied *Ronellenfötsch* skeptische Zweifler. Auch wenn die Bahn als juristische Person nicht Grundrechtsträgerin sein, könne sie doch grundrechtlichen Ansprüchen der Menschen verpflichtet sein. Das überzeugt.

Aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 87 e GG leitet der *Blümel*-Schüler zugleich auch eine Begrenzung der Nutzungsansprüche des Bahnkunden durch die wirtschaftliche Machbarkeit ab. Die Versorgung des Kunden beziehe sich in erster Linie auf die Gewährleistung des Nahverkehrs und sei durch die Wirtschaftlichkeit begrenzt. Der Netzbetreiber sei nicht verpflichtet, unwirtschaftliche Fahrstrecken zu bedienen. Zugleich habe der Staat die ihm in Art. 87 e GG übertragenen Gewährleistungspflichten zu erfüllen und sich in der Sorge um eine ausreichende Mobilität des Bahnkunden (»cura mobilitatis«) einen entsprechenden Einfluss auf das Eisenbahnwesen zu sichern.

3. Gemeinsame Bauwerke – Entflechtung nach Realisierung der Planfeststellung

In seinem zweiten Vortrag machte der Tübinger Ordinarius klar, dass die Konzentrationswirkung des § 78 VwVfG, die mit der Zusammenführung mehrerer Planfeststellungsverfahren verbunden ist, mit dem Abschluss dieses Verfahrens ende. Auf anschließende Änderungen erstreckt sich die Konzentrationswirkung nicht. Hier ist vielmehr Dekonzentration in dem Sinne angesagt, dass die einzelnen Fachrechte nach Realisierung des Vorhabens wieder vollumfänglich ihre eigenständigen verfahrensrechtlichen und natürlich auch materiellen Wirkungen entfalten – Aussagen, die für die Praxis in der Abgrenzung fachrechtlicher Kompetenzen durchaus nicht zu unterschätzende praktische Auswirkungen haben.

4. Plangenehmigung

Betriebsanlagen einer Eisenbahn einschließlich der Bahnfernstromleitungen dürfen nur gebaut oder geändert werden, wenn der Plan vorher festgestellt ist. Bei der Planfeststellung sind die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Für das Planfeststellungsverfahren gelten die §§ 72 bis 78 VwVfG, wird in § 18 AEG angeordnet. An die Stelle einer Planfeststellung kann allerdings eine Plangenehmigung treten, wenn (1) Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden oder die Betroffenen sich mit der Inanspruchnahme ihres Eigentums oder eines anderen Rechts schriftlich einverstanden erklärt haben und (2) mit den Trägern öffentlicher Belange, deren Aufgabenbereich berührt wird, das Benehmen hergestellt worden ist. Die Plangenehmigung hat die Rechtswirkungen der Planfeststellung mit Ausnahme der enteignungsrechtlichen Vorwirkung. Eine eisenbahnrechtliche Plangenehmigung kann auch dann erteilt werden, wenn Rechte anderer nur unwesentlich beeinträchtigt werden (§ 18 b Nr. 2 AEG).

Regierungsdirektor *Bertram Walter* vom EBA (Außenstellen Erfurt und Halle) machte in seinem mit Praxisfällen anschaulich unterlegten Beitrag deutlich, dass die Plangenehmigung wegen der dann erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligung bei UVP-pflichtigen Vor-

haben aus europarechtlichen Gründen nicht möglich sei und daher nur einen beschränkten Wirkungskreis für sich in Anspruch nehmen könne. Vor allem müsse auch bei der Plangenehmigung das Abwägungsgebot beachtet werden, das sich nicht selten als Fallstrick für einen zu weiten Anwendungsbereich darstelle. In der Praxis lauern etwa bei der erforderlichen Benehmensherstellung mit den Trägern öffentlicher Belange oder bei der Beschränkung der Plangenehmigung auf unwesentliche Rechtsbeeinträchtigungen genügend Stolperschwellen, die eine Plangenehmigung zu Fall bringen können. Nur wenn es wirklich gut gehe, erweise sich daher die Plangenehmigung als »Blindflug mit Punktlandung«.

5. Private und öffentliche Interessen beim Rückbau von Schienenwegen

Beim Rückbau von Schienenwegen können private Nutzer- und verkehrliche Interessen nicht einfach weggewogen werden, erläuterte Prof. Dr. *Hans-Peter Michler* gleich zu Beginn sein klares juristisches Konzept. Vielmehr bedürfe es einer Abwägung, in die zugleich auch berechnete Privatinteressen bei einem entsprechenden Gewicht als öffentliche Interessen in die Ausgleichsentscheidung eingehen müssten. Der Rückbau eines Schienenweges müsse auf einer geeigneten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen und durch Gemeinwohlbelange legitimiert sowie verhältnismäßig sein, machte der Hochschullehrer am Umwelt-Campus Birkenfeld deutlich und fügte hinzu: Je schwerwiegender der Rückbau in grundrechtlich verbürgte Freiheitsrechte oder die kommunale Planungshoheit eingreift, umso gewichtiger müssen die für einen Rückbau streitenden Belange sein. Das kann – bei schutzwürdigen Vertrauen in den Bestand einer Eisenbahninfrastruktur – dazu führen, dass der Eingriff nur durch schonende Überleitungsregelungen oder die Gewährung von Ausgleichsleistungen verhältnismäßig ist. Eine zentrale Rolle wies der Verwaltungswissenschaftler dabei dem Abwägungsgebot zu. Es könne diese Aufgabe durchaus leisen, wenn »in dem großen Abwägungstopf, in dem sich alle Belange wiederfinden, den Fleischstücken besondere Aufmerksamkeit gewidmet« werde.

In der *Diskussion* wurde auf die unterschiedlichen Nutzerinteressen verwiesen, die in dem Vorschriftenbündel der §§ 11, 18, 23 AEG zum Ausdruck kommen. Die Stilllegung einer Bahn sei an die Voraussetzungen des § 11 Absatz 1 AEG gebunden. Betriebsanlagen der Eisenbahn dürfen grundsätzlich nur aufgrund einer Planfeststellung nach § 18 AEG gebaut oder geändert werden. Wenn kein Verkehrsbedürfnis mehr besteht und langfristig eine Nutzung der Infrastruktur im Rahmen der Zweckbestimmung nicht mehr zu erwarten ist, stellt die zuständige Planfeststellungsbehörde die Freistellung der Betriebsanlagen fest (§ 23 Absatz 1 AEG). Ob diese Vorschriften mit ihren unterschiedlichen Voraussetzungen harmonisiert werden könnten, was sich in der Sache durchaus empfehle, blieb dabei allerdings offen.

6. Serviceeinrichtungen

Die Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind nach § 4 Absatz 1 AEG verpflichtet, ihren Betrieb sicher zu führen und die Eisenbahninfrastruktur, Fahrzeuge und Zubehör sicher zu bauen und in betriebs sicherem Zustand zu halten. Auch haben sie ihre Strecken in einem betriebssicheren Zustand für den Eisenbahnverkehr vorzuhalten und nicht betriebssichere Strecken wieder in einen betriebssicheren Zustand zu versetzen.

Die Infrastrukturunternehmen können sich von dieser Pflicht nicht durch eine betriebliche Sperrung der Strecke befreien. Eine genehmigungsbedürftige dauerhafte Einstellung des Betriebes einer Eisenbahnstrecke im Sinne des § 11 AEG liegt auch dann vor, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen sich vorbehält, die Strecke möglicherweise wieder in Betrieb zu nehmen. Ist einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen der weitere Betrieb einer Strecke wirtschaftlich nicht mehr zumutbar, ist es darauf verwiesen, dies in dem nach § 11 AEG vorgeschriebenen Stilllegungsverfahren geltend zu machen. Der Einwand der Unwirtschaftlichkeit kann grundsätzlich nicht gegen die Durchsetzung einer bestehenden Betriebspflicht gel-

tend gemacht werden. Mit diesen Leitsätzen entschied das BVerwG² einen jahrelangen Streit zugunsten der Betriebspflicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen und damit in der Sache gegen dieselben.

Die Reichweite der Betriebspflicht ist aber trotz dieser Grundsatzentscheidung nach wie vor offen, machte Prof. Dr. Jutta Stender-Vorwachs von der Universität Hannover klar. Das BVerwG leitet die Betriebspflicht aus einer Zusammenschau verschiedener eisenbahnrechtlicher Vorschriften ab (§ 2 Absatz 1 und Absatz 3a, § 4 Absatz 1 Satz 1, § 11 Absatz 2 Satz 3 und § 14 Absatz 1 Satz 1 AEG). In welchem Umfang sich die Betriebspflicht auch auf Serviceeinrichtungen bezieht, ist allerdings weiterhin offen. Für die Reichweite der Betriebspflicht müsse ergänzend das europarechtliche Richtlinienrecht herangezogen werden, erläuterte Stender-Vorwachs. Danach bezieht sich die Betriebspflicht auf die in § 2 Absatz 3 c AEG genannten Serviceeinrichtungen Güterbahnhöfe und -terminals (Nr. 3), Rangierbahnhöfe (Nr. 4), Zugbildungseinrichtungen (Nr. 5) und Abstellgleise (Nr. 6), wie sich aus Art. 3/3 RL 91/440/EWG ergibt, nicht jedoch an Bahnhofsgebäude, die an Gewerbetreibende vermietet werden. So bestehe eine Betriebspflicht für Personenbahnsteige und Zugangseinrichtungen auf Personenbahnhöfen, Güterbahnhöfe und Güterterminals, Rangierbahnhöfe, Zugbildungseinrichtungen, Abstellgleise und Schienen-Tankstellen. Keine Betriebspflicht ist demgegenüber nach den Worten der Rechtswissenschaftlerin für vermietete oder verpachtete Personenbahnhofgebäude, Wartungseinrichtungen und Außenreinigungsanlagen anzuerkennen. Für Häfen bestehe eine Betriebspflicht abhängig von den vorhandenen Serviceeinrichtungen der Nrn. 1 bis 7. Bei Wartungseinrichtungen und anderen technischen Einrichtungen bestehe eine Betriebspflicht in der Regel nicht, wenn Marktalternativen genutzt werden können.

In der Diskussion wurden allerdings im Lichte des Europarechts auch Vorbehalte gegen diese differenzierte Betrachtung laut. Die Praxis sei vielmehr auf klare und einfache Abgrenzungskriterien angewiesen. Es spreche einiges dafür, die Betriebspflichten generell auf Serviceeinrichtungen zu beziehen – und nicht nur dann, wenn hierfür keine Marktalternativen bestünden. Die juristische Herleitung bereitet allerdings einige Probleme, da § 11 AEG auf einen Großteil der Serviceeinrichtungen nicht anwendbar ist.

Die Begriffsbildung bei den Serviceeinrichtungen der Bahn in § 2 Absatz 3 c AEG ist dabei alles andere als klar, hob Prof. Dr. Hans-Jürgen Küblwetter von der Kölner Forschungsstelle Eisenbahnrecht hervor. Für den eisenbahnrechtlichen Netzzugang und die entsprechende wettbewerbsrechtliche Regulierung ist dabei entscheidend, ob es sich funktional um eine Anlage der Eisenbahninfrastruktur handelt. Dazu gehören auch Anlagen, die wegen der formellen Konzentrationswirkung im Rahmen eines anderen Verfahrens nach § 78 VwVfG nach bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften planfestgestellt worden seien. Der wettbewerbsfreie Zugang und damit die Regulierung sind allerdings für Eisenbahninfrastrukturen eingeschränkt, die ausschließlich dem eigenen Güterverkehr dienen oder Terminals und Häfen mit nicht mehr als einem Endnutzer betroffen sind. Die Reichweite dieser Sonderregelung ist allerdings etwa bei einem Chemiepark problematisch, der aus gesellschaftsrechtlichen, betriebswirtschaftlichen oder steuerlichen Gründen in mehrere Einzelunternehmen aufgliedert ist. Hier könne es entsprechend einer Stellungnahme der Bundesnetzagentur zweckmäßig sein, ein Nutzerkonsortium zu gründen, um eine allgemeine Zugangsberechtigung durch Dritte zu vermeiden, erklärte einer der führenden Altmeister des Eisenbahnrechts.

7. Eisenbahnrecht im Spiegel der Rechtsprechung

Auch in diesem Jahr wartete Dr. Urs Kramer (Marburg) in seinem wie immer mit Spannung erwarteten Rechtsprechungsbericht mit handfesten Kuriositäten auf. Das Zugpersonal ist auch vor tätlichen Angriffen einer jung gebliebenen 82-jährigen alten Dame nicht immer gefeit. Schwierig ist auch die Rechtslage, wenn sich ein Güter-

wagen einfach selbstständig macht. Trotz der Privatisierung der Bahntreten Busfahrer und Eisenbahner zwar gelegentlich noch als Amtspersonen auf, bei Körperverletzungen sind sie es allerdings zu ihrem eigenen Vorteil nicht. Auch Zivilfahnder im Einsatz benötigen grundsätzlich eine Fahrkarte der ersten Klasse, wenn sie auf den sonst gewohnten Komfort auch bei Zugreisen nicht verzichten wollen. Handgranaten im Zug stellen ein Problem dar – vielleicht erst recht, wenn sie es eigentlich gar nicht sind.

8. Regulierung im Eisenbahnwesen

Die Rentabilität des Eisenbahnwesens muss sowohl mit seiner Sicherheit als auch mit seiner Bezahlbarkeit und seiner Funktion im Rahmen der Daseinsvorsorge in Einklang gebracht werden, erklärte die Vizepräsidentin der BNetzA Dr. Iris Henseler-Unger (Bonn) zur Eröffnung ihres Abrisses über die Tätigkeit der BNetzA während der letzten 12 Monate im Sektor Eisenbahn. Wo die Rentabilität im Einzelfall fehle, müsse in erhöhtem Maße Transparenz über die Ursachen hergestellt werden. Der aktuelle Tätigkeitsbericht der BNetzA ist in Bezug auf die Eisenbahnregulierung insbesondere von der Diskussion um die Bahnprivatisierung geprägt. Ohne eine wirksame Regulierung könne es keine funktionierende Marktöffnung und Pluralisierung auf der Anbieterseite geben. Dabei seien die europäischen und nationalen Rechtsvorgaben genau zu beachten. Auch die IT-Lösungen im Bahnwesen müssten diskriminierungsfrei sein.

9. Regulierungsrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung

Wenn der Staat sich aus der Erfüllungsverantwortung für Gemeinwohldienstleistungen zurückzieht, muss er zur Kompensation eine Auffangverantwortung übernehmen, erklärte Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Franz-Jürgen Säcker (Berlin). Der Staat übernehme dabei eine Mitverantwortung für die Privaten, die diese Leistungen möglicherweise effizienter erbringen könnten, z. B. bei PPP-Projekten (public private partnership). Der Rollenwandel des Staates führe zu einer veränderten Architektur des Staates. Dieser bleibe einerseits sozialstaatlich verpflichtet und schaffe andererseits ein »after privatisation law«. Das Problem liege dabei in der Macht von Monopolisten – insbesondere der Netzmonopolisten. Diese seien »vom Staat durch Regelungen zu domestizieren«, forderte Säcker. Im Mittelpunkt des staatlichen Wirkens und der Aufgabenerfüllung durch Private stehe nach wie vor der Bahnkunde. Das Wettbewerbs- und Regulierungsrecht sei entsprechend den Zielvorgaben in den Regulierungsgesetzen Privatrecht. Das gegenwärtige Nebeneinander von privatrechtlichem und hoheitsrechtlichem Rechtsschutz für den Bürger sei allerdings noch nicht befriedigend gelöst, fügte der Berliner Hochschullehrer hinzu.

10. Entgeltgrundsätze: eine Besonderheit des Eisenbahnsektors – eine ökonomische Analyse

Bei den eisenbahnrechtlichen Fachtagungen ist es gute Tradition, neben der rechtswissenschaftlichen auch andere Fakultäten in das Programm einzubinden. Nach mehreren Beiträgen über technische Aspekte des Netzzugangs erläuterte Prof. Dr. Justus Haucap, Inhaber eines Lehrstuhls für Ökonomie an der Universität Erlangen-Nürnberg, in diesem Jahr den versammelten Eisenbahnjuristen ökonomische Fragen aus der Sicht der Wirtschaftswissenschaften. Im Mittelpunkt stand dabei der diskriminierungsfreie Zugang zu den wesentlichen Einrichtungen des Bahnbereichs. Entgeltgrundsätze kommen in der sonstigen Netzwirtschaft nicht vor, beschrieb Haucap die Besonderheiten des Bahnbetriebes. Derartige Grundsätze enthalten normative Vorgaben für die Verteilung der Kosten auf verschiedene Dienste und Nutzungsentgelte und sind vom Entgeltmaßstab zu unterscheiden. Dieser sei ein Kontrollmaßstab für die berechnete Entgelthöhe, z. B. die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im TKG oder die Kosten der energiewirtschaftlich rationellen Betriebsführung.

² BVerwG, Urteil vom 25. 10. 2007 – 3 C 51.06 –, BVerwGE 129, 381 = DVBL 2008, 380. – Hunsrückquerbahn.

11. Rechtsprobleme beim grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr

Der grenzüberschreitende Eisenbahnverkehr stößt auf vielfältige technische, betriebliche, sprachliche und rechtliche Probleme, erläuterte Regierungsdirektor *Horst-Peter Heinrichs* (Bonn), Referatsleiter bei der BNetzA, und erinnerte an unterschiedliche Strom- und Zugsicherungssysteme, aber auch an unterschiedliche rechtliche Bestimmungen sowie – was sich also besonders hinderlich erweise – stark unterschiedliche »network statements«. Anders als im Luftverkehr ist auch die Eisenbahnersprache international nicht einheitlich. Die Eisenbahninfrastrukturbetreiber sind mit den Problemen an den Grenzen der Mitgliedsstaaten selbstverständlich vertraut und schließen hierzu Infrastrukturverknüpfungsverträge (früher »Grenzbetriebsabkommen«). Die Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) machen bei den beiden die Grenze berührenden Netzbetreibern Zugangsrechte geltend. Dabei können die Inhalte der Infrastrukturverknüpfungsverträge auf den Zugangsanspruch der Eisenbahnverkehrsunternehmen Einfluss nehmen. Das stelle ein bisher wenig beachtetes Diskriminierungspotenzial dar. Angesichts der zaghaften Umsetzung durch die Eisenbahnen und der bislang sehr überschaubaren Umsetzungserfolge müsse man die Frage aufwerfen, ob die europäischen Normen hinreichend differenziert seien. Nach den Worten von *Heinrichs* sind sie es im einschlägigen Bereich nicht. Demgegenüber enthielten §§ 7 und 8 Absatz 1 EIBV³ Grundsätze und notwendige Konkretisierungen, die eine durch das Europarecht von den Netzbetreibern verlangten Zusammenarbeit regelten. Um bei grenzüberschreitenden Verkehren zügiger zu Erfolgen zu kommen, forderte der Verwaltungsjurist klare europäische Regelungen mit Zielvorgaben, Zwischenschritten und einem Bonussystem – nicht ohne zugleich als Beispiel einen eigenen Textvorschlag vorzulegen. Eine Grenze der möglichen Zusammenarbeit der Netzbetreiber liege aber auch in der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. In der Praxis würde jedoch häufig als Geschäftsgeheimnis bezeichnet, was in Wahrheit ein solches gar nicht sei. Zur Abgrenzung hilfreich sei die Definition des BVerfG.⁴ Im Sinne der Transparenz und Förderung grenzüberschreitender Verkehre riet *Heinrichs* den EIU, in diesem Bereich bei einer Weitergabe übliche Standards einzuhalten und die Transparenz deutlich zu steigern. So müssten die EVU als Rechtsinhabern wissen, mit welchen Stellen die EIU Geschäftsgeheimnisse der EVU austauschen. Zudem müssten die EVU – um den gemeinschaftsrechtlichen und den innerstaatlichen Regelungen Rechnung zu tragen – die Weitergabe zuvor autorisieren.

12. Gibt es eine »anlasslose« Eisenbahnaufsicht?

Dem EBA obliegt die technische Eisenbahnaufsicht über Infrastruktur und Fahrzeuge und die Bauaufsicht für die Betriebsanlagen der Eisenbahnen des Bundes. In diesen Bereichen war es für alle Beteiligten bislang selbstverständliche Praxis, dass ein auf § 5 a Absatz 5 AEG gestütztes Auskunftersuchen des EBA keines besonderen Anlasses wie einer Betriebsstörung oder gar eines Unfalles bedurft hätte, erläuterte Regierungsrätin z. A. *Ulrike Steiner* vom Eisenbahn-Bundesamt (Bonn). Nun ist dem EBA jedoch auch der Vollzug der Unbundlingvorschriften der §§ 9, 9 a AEG zugewiesen, wodurch erweiterte Aufklärungserfordernisse hervorgerufen werden. Im Rahmen seines Verwaltungshandelns war das Amt auf die Auskunft eines Bahnunternehmens angewiesen, um dessen Handeln sachgerecht zu beaufsichtigen. Ohne einem beim VG Köln anhängigen Verfahren

3 Verordnung über den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur (Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung).

4 BVerfG, Entscheidung vom 14. 3. 2006 – 1 BvR 2087/03 – Rdnr. 87: Geschäftsgeheimnisse sind danach auf Unternehmen bezogene Tatsachen, die nicht offenkundig sind, und bei denen der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse an der Nichtverbreitung hat.

vorgreifen zu wollen, sprach sich die Eisenbahnjuristin für eine entsprechende Ausweitung der Informationsrechte des EBA aus.

13. Reichweite der allgemeinen Auskunftsbefugnis der BNetzA

Die Bundesnetzagentur führt seit einigen Jahren eine Marktbeobachtung im Wege der jährlichen Erhebung von Daten bei Eisenbahninfrastruktur- und -verkehrsunternehmen durch, erläuterte *Christina Kaufmann* von der BNetzA (Bonn). Das diene der Markttransparenz, der Identifizierung von Diskriminierungspotentialen, der Gewinnung von Basisdaten für Regulierungsentscheidungen und der wirksamen Ergebniskontrolle. Nach dem Motto »wo ein Kläger, da ein Richter« wurde nun die Frage nach der Befugnisnorm für die Befragungen bei den Unternehmen zum aktuellen eisenbahnrechtlichen Problem.

Während das VG Köln die Einschätzung der Behörde in Bezug auf § 14 c Absatz 1 AEG mitgetragen und zu § 14 c Absatz 3 AEG offen gelassen hat⁵, folgte das OVG Münster⁶ der Ansicht des Rechtsschutz suchenden Eisenbahnunternehmens: § 14 c Absatz 3 AEG stelle schon keine Ermächtigungsgrundlage dar. § 14 c Absatz 1 AEG sei zwar eine solche, aber für die umfangreichen Befragungen nicht einschlägig. Vielmehr sei nach der gegenwärtigen Gesetzeslage eine Auskunftspflicht von EIU nur im Rahmen von Zugangskonflikten zu bejahen. *Kaufmann* erklärte, dass die Bundesnetzagentur weiterhin an ihrer Ansicht festhalte.

14. Gibt es eine betreiberlose Infrastruktur?

In Zeiten, in denen die EIU Teile der Eisenbahninfrastruktur aus betriebswirtschaftlichen Gründen aufgeben wollen, rücken Fragen der Betriebspflicht, der Stilllegung (§ 11 AEG) und der Abwehr von Gefahren von nicht mehr für den Betrieb unterhaltenden Anlagen vor Rückbau oder Freistellung von Bahnbetriebszwecken (§ 23 AEG) vermehrt in den Vordergrund, beschrieb *Stefan Karnop* vom Ministerium für Landesentwicklung und Verkehr Sachsen-Anhalt (Magdeburg) die Lage.⁷ Dabei will er zwischen Betreiberstellung und Betriebspflicht differenzieren. Das Eisenbahnrecht verfolge in § 1 Absatz 1 AEG drei Ziele: Gefahrenabwehr, Förderung des Wettbewerbs und sichere Betriebsführung. Das EIU sei als Rechtssubjekt und Unternehmer mit Betreibereigenschaften der Adressat eisenbahnrechtlicher Pflichten. Für eine betreiberlose Infrastruktur sei kein Handlungs- und kein Zustandsstörer auszumachen. Eine Inanspruchnahme von Nichtstörern sei im Eisenbahnrecht nicht geregelt. Die Betreiberfunktion ende mit der Betriebsübernahme durch einen Dritten oder der Freistellung nach § 23 AEG. Die Stilllegung nach § 11 AEG beende nur die Betriebspflicht, nicht dagegen die Betreibereigenschaft. Nach einer Stilllegung entfallen Zugangsansprüche Dritter, während die Zustandsstörerhaftung unberührt bleibe. In der *Diskussion* wurde die Differenzierung zwischen Betriebspflicht und Betreiberstellung von einigen Teilnehmern allerdings kritisch gesehen.⁸

15. Fahrplan versus Dispositionsmanagement – wonach richtet sich die Störungsdisposition?

Der Fahrplan ist Grundlage der Disposition der Züge im Regelfall. Den Begriff der Störungsdisposition definierte Dr. *Jessika Schwecke*

5 Beschluss vom 9. 1. 2008 – 18 L 1874/07, vgl. dazu Grün, N&R 2008, 154.

6 Beschluss vom 22. 2. 2008 – 13 B 68/08 –, N&R 2008, 152 mit kritischer Anm. *Grün*, N&R 2008, 154.

7 Vgl. auch *Kühlwetter*, Die »betreiberlose« Eisenbahninfrastruktur – Eine neue Methode, Eisenbahninfrastruktur »loszuwerden«, Eisenbahn-Revue international Heft 3/2006.

8 Zum Verhältnis von Betriebspflicht, Stilllegung und Freistellung vgl. *Kramer* in *Kunz*, Eisenbahnrecht, Kommentierung zu § 4 AEG, Anm. 1 ff. und zu § 23 AEG, Anm. 2.

von der Bundesnetzagentur (Bonn), aus regulierungsrechtlicher Sicht wie folgt: Hierbei handele es sich um die Betriebsabwicklung der Züge bei unvorhersehbaren Ereignissen, die das Zugangsrecht beeinträchtigten. Es gehe letztlich um die Maßnahmen der Disponenten des Betreibers der Schienenwege, die bei Verspätungen der Züge ergriffen würden. Hierbei müssten Entscheidungen darüber getroffen werden, welcher verspätete Zug zuerst fahre und sein Ziel vielleicht doch noch pünktlich erreiche. Das Eisenbahnrecht enthalte zwar mannigfaltige Regelungen über die Erstellung des Netzfahrplans und der Bestellung von Zugtrassen, jedoch keine über die Störungdisposition. Der Gesetzgeber mache keine Vorgaben dazu, welchem Zug bei Verspätungen der Vorrang eingeräumt werden müsse. Wegen der heutzutage hohen Verspätungen im Netz und der Vielzahl von betroffenen Zügen forderte *Schwecke* die Aufnahme von Regelungen in die Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB).

16. Vom Schwarzkittel zum juristischen Wegbegleiter

Advokaten als Vertreter des Juristenstandes hatten es schon zu allen Zeiten nicht gerade leicht. Unter dem Schlachtruf »The first thing we do, let's kill all the lawyers«, hatte bereits *William Shakespeare König Henry VII* gleich zu einem Befreiungsschlag gegen alle Juristen in den Mund gelegt. Und auch die Kabinettsorder des Preußenkönigs *Friedrich-Wilhelm I* aus dem Jahre 1726 ordnete und befahl »allen Ernstes, die Advokaten wollen schwarze Mäntel, welche bis unter das Knie gehen, unserer Verordnung gemäß zu tragen haben, damit man die Spitzbuben schon von Weitem erkennt«. Schön, dass we-

nigstens noch die Eisenbahnrechtler in einem sich ständig wandelnden Markt von Verkehrsleistungen ein – wenn auch über Schienen vagabundierendes – halbwegs auskömmliches Zuhause haben. Die XV. eisenbahnrechtliche Fachtagung wird gewiss zugleich als kleines Jubiläum am 2. und 3. 9. 2009 wiederum in Tübingen ausgerichtet.⁹

Der eine oder andere Teilnehmer wird am Ende der zweitägigen intensiven Beratungen die gastfreundliche Universitätsstadt am Neckar, in der bereits der Astronom und Naturwissenschaftler *Johannes Kepler*, das »Dreigestirn« von Philosophen und Lyrikern *Georg-Friedrich-Wilhelm Hegel*, *Friedrich-Wilhelm Schelling* und *Friedrich Hölderlin* sowie die Literaten *Gustav Schwab* und *Eduard Möricke* ihre Studienjahre verbracht haben, vielleicht etwas nachdenklich verlassen haben. Denn in heutigen Zeiten muss man nach den Worten von Tagungsleiter *Ronellenfitsch* wohl schon ganz zufrieden sein, wenn man in Öffentlichkeit, Gesellschaft, Unternehmen und Verwaltung nicht nur als lästiger Jurist und als Bedenkenträger empfunden wird, der permanent juristische Nebelkerzen anzündet und mit Geschick noch größere Stolpersteine in den Weg legt. Nur der Begnadete unter ihnen wird wohl die Chance haben, sich an interdisziplinären Beratungs- und Entscheidungsvorgängen mit noch einigermaßen als nützlich empfundenen Vorschlägen zu beteiligen. Mehr kann man – und das ist nicht erst seit der Eisenbahnrechtstagung in Tübingen klar – wohl heute als Jurist nicht erwarten.

⁹ Vgl. auch den demnächst erscheinenden Tagungsband *Ronellenfitsch*, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XIV, Hamburg 2008.

Buchbesprechungen

■ *Bruno Schmidt-Bleibtreu / Hans Hofmann / Axel Hopfauf* (Hrsg.), **GG – Grundgesetz**, Kommentar. 11. Aufl. 2008. 2 688 S. Geb. Euro 135,00. Carl Heymanns Verlag, Köln u. a. ISBN 978-3-472-06739-9.

Der Kommentar nimmt mittlerweile einen sicheren Spitzenplatz unter den Erläuterungswerken zum Grundgesetz ein. Der hohe Anspruch, den die beiden aktiven Herausgeber – *Hans Hofmann* und *Axel Hopfauf* – im Vorwort zur 11. Aufl. formulieren, wird zum größten Teil eingelöst. Die personelle Zusammensetzung gewinnt Format. Der Kommentar steuert auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Theoretikern und Praktikern als Kommentatoren zu. Die Herausforderungen sind beträchtlich. Eine Reihe von Verfassungsänderungen, darunter namentlich der erste Teil der kompakten Föderalismus-Reform, machte die Neuauflage unumgänglich und wurde respektabel berücksichtigt. Den Kommentar dominieren freilich eindeutig die Staatsstrukturbestimmungen und der staatsorganisationsrechtliche Komplex. Selbst wenn man die Justizgrundrechte (Art. 101, 103, 104 GG) sowie die zum Teil auch grundrechtlich strukturierten Art. 33 und 38 GG zum eigentlichen Grundrechtskatalog (Art. 2 bis 19 GG) hinzunimmt, widmet sich nur ein Drittel des Kommentars den Grundrechten (im weitesten Sinne). Die Qualität leidet etwas darunter. Dass die Erläuterungen z. B. zu

Art. 5 GG etwas dürftig ausfallen, weil wichtige Punkte nicht berücksichtigt werden (können), ist da nur zwangsläufig. Die ohnehin recht schmale Kommentierung des Art. 17 GG besteht zur Hälfte aus einem Adressenverzeichnis. Eine behutsame Personalplanung sollte auf die Nutzung der rechtswissenschaftlichen Ressourcen der jungen Generation bedacht sein. Hingegen entspricht die Kommentierung z. B. der Wirtschaftsgrundrechte und des Art. 19 GG vollauf den Erwartungen. Eine Grundrechtskommentierung muß auch in der Zukunft beileibe nicht sämtliche Verästelungen einer Grundrechtsinterpretation berücksichtigen, deren zwischenzeitlich erreichte Komplexität nachhaltig auf Reduktion drängt.

Das Staatsorganisationsrecht ist ausgiebig berücksichtigt. Die Würdigung der Verfassungsorgane hat durch die Gewinnung »fachkundiger Neuaufgaben« (so eine Formulierung in der Einleitung) aus der Wissenschaft deutlich gewonnen. Die Art. 70 ff. GG, die naturgemäß vor allem wegen der bundesstaatsrechtlichen Strukturänderungen interessieren, sind in den besten Händen. Im IX. Abschnitt imponieren besonders die Ausführungen zu den Art. 92 bis 94, die ein abgerundetes, in sich stimmiges und von stupender Sachkenntnis getragenes Gesamtkonzept repräsentieren. Vor allem die Behandlung des Komplexes Verfassungsgerichtsbarkeit kann Studenten als Begleittext für ein Schwerpunktfach Verfassungsgerichtsbarkeit (oder