

Frage, ob und unter welchen Umständen der sog. Schwellenwert überschritten sei. Hierbei wurden die maßgeblichen Schwellenwerte erläutert und Methoden zur Bestimmung des Auftragswertes thematisiert. Zusammenfassend gelangte *Stolz* zu der Einschätzung, dass bei Bohrungen nach *oberflächennaher Geothermie* eine Pflicht zur Ausschreibung regelmäßig nur dann bestehe, wenn der Auftraggeber eine Gebietskörperschaft sei. Diese Ausschreibungspflicht resultiere regelmäßig aus dem Haushaltsrecht und sei auf die Durchführung eines nationalen Verfahrens beschränkt. Eine Pflicht zu europaweiter Ausschreibung bestehe hingegen regelmäßig nicht, weil der maßgebliche Schwellenwert von 5.150.000 € in aller Regel nicht überschritten werde. Bei Bohrungen nach *tiefer Geothermie* sei eine Ausschreibungspflicht nicht auf Gebietskörperschaften beschränkt. Auch Private, die über eine Berechtigung nach §§ 7, 8 BBergG verfügten, und Projektgesellschaften, an denen Gebietskörperschaften beteiligt seien, würden als öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB angesehen. In sachlicher Hinsicht ergebe sich eine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung, wenn der Auftragswert der Bohrung unter Berücksichtigung der Komplettierung und der Förderpumpen den Betrag von 5.150.000 € übersteige. Unterhalb dieses Schwellenwertes bestehe keine Pflicht zur europaweiten Vergabe. Allerdings könne der Bohrauftrag unterhalb der Schwellenwerte national ausgeschrieben sein. Eine entsprechende Verpflichtung bestehe für Gebietskörperschaften wiederum nach dem einschlägigen Haushaltsrecht. Für Projektgesellschaften und Private sei hingegen bei Unterschreitung der Schwellenwerte grundsätzlich keine Ausschreibungsver-

pflichtung gegeben. Nach Erläuterung der Modalitäten der Auftragsvergabe schloss das Referat von *Stolz* mit einem Hinweis auf die Rechtsschutzmöglichkeiten nach den §§ 102 ff. GWB. Ein erfolgloser Bieter könne sich hiernach über einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer bzw. in zweiter Instanz bei dem zuständigen OLG die Chance auf den Zuschlag erhalten, indem er etwaige Verstöße gegen das Vergaberecht rüge und deren Beseitigung verlange (sog. Primärrechtsschutz). Sei der Auftrag bereits erteilt, könne er im Wege des sog. Sekundärrechtsschutzes Schadensersatz bei den Zivilgerichten geltend machen und seinen entgangenen Gewinn oder zumindest den Ersatz der Angebotskosten verlangen. Bei nationalen Vergabeverfahren stehe dem Bieter hingegen kein spezifischer Rechtsschutz offen. Um Primärrechtsschutz könne er unter den allgemeinen Voraussetzungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes bei den Zivilgerichten nachsuchen. Sei der Auftrag bereits erteilt, könne der Bieter unter bestimmten Voraussetzungen noch Sekundärrechtsschutz erreichen.

Auch das diesjährige 11. ABK war wieder gut besucht und ausgezeichnet organisiert. Im Anschluss an die Vorträge und in den Pausen kam es unter den Teilnehmern zu vertiefenden Diskussionen. Die Referate sind in Heft 119 der Schriftenreihe der GDMB Gesellschaft für Bergbau, Metallurgie, Rohstoff- und Umwelttechnik e. V. bereits veröffentlicht. Eine wesentliche Erleichterung für die Teilnehmer war wie immer der Umstand, dass der Tagungsband bereits während der Veranstaltung vorlag. Das 12. ABK wird voraussichtlich am 22. 6. 2010 wieder in Aachen stattfinden.

Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XV

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. *Bernhard Stüer*, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Richter am BGH-Anwaltssenat, Münster/Osnabrück

Die Eisenbahnjuristen Deutschlands konnten in diesem Jahr ein kleines Jubiläum feiern. Seit nunmehr 15 Jahren treffen sie sich alljährlich zu einem 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 Köhlwetter* (Köln) begonnen hatte, setzt sich seit vielen Jahren unter der fachkundigen juristischen Leitung von Prof. Dr. *Michael Ronellenfisch* an der traditionsreichen Eberhard Karls Universität Tübingen fort. Bei dem Treffen am 2. und 3. 9. 2009 stand neben dem aktuellen Thema des Datenschutzes bei der Bahn die Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben, das Regulierungsrecht und eine Fülle eisenbahnspezifischer Fragestellungen auf dem Programm, die teilweise auf der Grundlage eines umfangreichen Insiderwissens in Referaten vorgetragen und von den Teilnehmern vielfach auch durchaus kontrovers erörtert wurden.¹

Entwicklungstendenzen

Die Wirtschaftskrise hat auch die Eisenbahn erfasst, eröffnete die Vizepräsidentin der Bundesnetzagentur (BNetzA Bonn) Dr. *Iris Henseler-Unger* die Beratungen. Die Verkehrsleistungen liegen vor allem im Güterverkehr hinter den Erwartungen zurück. Auch der Börsengang der Bahn liegt vorerst auf Eis. Die Bundesnetzagentur hat nach den Worten der Vizepräsidentin darauf hingewirkt, dass durch eine moderate Tarifgestaltung die Nutzung der Trassen diskriminierungsfrei erfolgen kann. Auch sei der Gesetzgeber etwa in den Bereichen Missbrauchskontrolle, Bahnstrom oder Entgeltregulierung gefragt.

Der Anteil der privaten Dienstleister auf der Schiene ist auf knapp 20 % gestiegen. Auch die Zahl der Eisenbahnverkehrsunternehmen und der Infrastrukturbetreiber hat sich erhöht, beschrieb *Ralf Schweinsberg* vom Eisenbahnbundesamt (EBA Bonn) die Entwicklung der letzten Jahre. Nun stehe eine einheitliche europäische Liberalisierung und Umsetzung in das nationale Recht an. Das EBA habe seine Bauaufsicht von einer präventiven hin zu einer repressiven Aufsicht umgestellt (§ 4 AEG). Das in Vorbereitung befindliche 5. Eisenbahnpaket, das *Schweinsberg* in einigen Kernpunkten vorstellte, wird stärker durch Verordnungen geprägt sein und in insgesamt 42 Staaten in ganz Europa gelten. Gemeinsame Sicherheitsmethoden und Aufsichtsmaßnahmen sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollen nach einem einheitlichen europäischen Standard definiert werden. Wo die technische Harmonisierung fehlt, soll durch verfahrensrechtliche Regelungen eine entsprechende Sicherheit erreicht werden. Deutschland unterstützt diesen Ansatz. Eine einmalige Zulassung reicht dann für einen europaweiten Einsatz. Zugleich rief *Schweinsberg* dazu auf, den Schienenverkehr durch Attraktivität und entsprechende Finanzmittel zugleich auch gegenüber dem Straßenverkehr zu stärken.

Datenschutz bei der Bahn

Zum Auftakt der folgenden Beratungen griff *Ronellenfisch* das tagessaktuelle Thema des Datenschutzes bei der Bahn auf². Die Deutsche Bahn hat sich dabei in eine längere Reihe von Datenskandalen eingereiht, die von Lidl über die Deutsche Bank und andere Kreditinstitute, die Post bis zum »Datenmissbrauch« von Patienten, Flugreisenden oder Schülern reichen. Das Volkszählungsurteil³ hat das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung kreiert. Zwischen den beiden Polen der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem unan-

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; DVBl 2008, 1368.

2 *Ronellenfisch*, Datenschutz bei der Bahn, DVBl 2010 (im Druck).
3 BVerfG, Urt. v. 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83 –, BVerfGE 65, 1 – DVBl 1984, 385 – Volkszählung.

astbaren Kernbereich der Menschenwürde gibt es gleitende Übergänge, bei denen jeweils zwischen den Individualinteressen und den Informationsinteressen abzuwägen ist. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommt dabei eine Schlüsselstellung zu, machte *Ronellenfitsch* deutlich.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund gibt es noch viel zu tun. Da waren sich die Teilnehmer in der Diskussion einig. Und auch der Hinweis von *Ronellenfitsch*, dass weitere Gesetze allein nicht ausreichen, sondern es vor allem um die Einhaltung des Datenschutzes in der Praxis gehe, stieß auf uneingeschränkte Zustimmung.

Grundlagen des Diskriminierungs- und Entgeltregulierungsrechts

Der diskriminierungsfreie Zugangs- und Benutzungsanspruch der Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber den Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist in § 14 AEG und in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) geregelt. Die Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind danach verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen in dem durch die EIBV bestimmten Umfang zu gewähren. Der diskriminierungsfreie Zugangs- und Nutzungsanspruch umfasst auch die Serviceeinrichtungen (§ 3 Abs. 1 EIBV) – wohl mit der Einschränkung, dass sie für die Ausübung der vorgenannten Ansprüche erforderlich sind (»essential facilities«).⁴ Nach § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG haben Betreiber von Schienenwegen ihre Entgelte nach Maßgabe der EIBV so zu bemessen, dass die ihnen insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, ausgeglichen werden (Entgeltregulierung). Hierbei können nach Maßgabe des § 14 Abs. 4 Satz 2 und 3 AEG Aufschläge erhoben werden. »Entgelt« bedeutet »Gegenleistung für die Nutzung von Leistungen eines Unternehmens« oder auch »Preis der Leistung«⁵, woraus sich ein vergleichsweise weites Verständnis des Entgeltbegriffs ergibt. Es gilt die Gleichung: Vollkosten + Rendite = Preis × Menge (Umsatzerlöse). Dabei muss nicht stets ein synallagmatisches Verhältnis zur Hauptleistung des jeweiligen Eisenbahninfrastrukturunternehmens vorliegen. Auch können bloße Nebenleistungen in die Entgeltbestimmung eingehen.

Entgeltregulierung in der zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kontrolle

Die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen an das Diskriminierungsverbot wird nach § 14 b Abs. 1 AEG von der BNetzA als Regulierungsbehörde überwacht. Zugleich kann ein benachteiligtes Eisenbahnverkehrsunternehmen Rechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg suchen. Entscheidet etwa das Zivilgericht zugunsten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens und weist die Klage eines Eisenbahnverkehrsunternehmens mit der Begründung ab, die rechtlichen Anforderungen an das Diskriminierungsverbot und an die Entgeltregulierung seien eingehalten, stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn später die BNetzA als Regulierungsbehörde genau umgekehrt entscheidet und dem Eisenbahnverkehrsunternehmen nachträglich Recht gibt. So hatte etwa die Kartellkammer des LG Berlin die Klage eines Eisenbahnverkehrsunternehmens gegen ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit der Begründung abgewiesen, dass die von diesem vorgenommene Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Teilmärkten sachlich gerechtfertigt sei.⁶ Die BNetzA sah das anders.⁷ Soll dann die inzwischen rechtskräftige Entscheidung des Kartellgerichts wegen veränderter Umstände im Nachhinein wieder aufgegriffen werden können oder verbleibt es trotz der gegenteiligen Entscheidung der Regulierungsbehörde bei dem einmal getroffenen Richterspruch? Die Entscheidung der BNetzA

wirkt nur für jetzt und die Zukunft (ex nunc), nicht jedoch rückwirkend auch für die Vergangenheit (ex tunc), machte *Prof. Dr. Karsten Otte* (BNetzA) klar. Ein zuvor rechtskräftiges Urteil des Kartellgerichts werde daher durch die spätere gegenteilige Entscheidung der Regulierungsbehörde nicht in Frage gestellt. Etwas anderes könne allerdings gelten, wenn das Eisenbahnverkehrsunternehmen seine Zahlungen unter Vorbehalt geleistet habe und daher kein rechtskräftiges Urteil dem Rückforderungsbegehren entgegenstehe.

In der *Diskussion* wurde auf Möglichkeiten hingewiesen, auch rechtskräftige Urteile im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu Fall zu bringen, wenn Einwendungen gegen den Anspruch selbst geltend gemacht werden könnten, die erst nach dem Urteilspruch entstanden seien.⁸ Das könne vielleicht auch eine nachträglich ergangene gegenteilige Entscheidung der BNetzA sein.

Interoperabilität in Europa

Die unterschiedlichen Eisenbahnsysteme in Europa sollen im Sinne einer stärkeren Zusammenarbeit angeglichen werden, um einen grenzübergreifenden, durchgehenden Zugverkehr zu ermöglichen (Interoperabilität). Die Richtlinie 2008/57 EG vom 17. 6. 2008 will diese Zusammenarbeit im Eisenbahnverkehr in Europa und mit Drittländern dadurch erreichen, dass die grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehrsdienste erleichtert, verbessert und entwickelt werden. Die Schiene soll im intermodalen Wettbewerb gestärkt und die systembedingten Nachteile des Schienenverkehrs gegenüber der Straße schrittweise abgebaut werden. Zugleich sollen Systemvorteile im Bereich von Umwelt und Sicherheit durch verbesserte Rahmenbedingungen nutzbar gemacht werden. Dieses Programm – so *Stefan Remmert* (Deutsche Bahn AG Berlin) – soll durch eine rechtliche Marktöffnung und den Abbau technischer und administrativer Marktzugangschancen erreicht werden. Das Konzept wird durch Technische Spezifikationen Interoperabilität (TSI) etwa für den Bereich Güterverkehr (TAF TSI) flankiert. Interoperabilität ist allerdings – so *Remmert* – kein Selbstzweck. Im scharfen intermodalen Wettbewerb von Schiene, Straße und Luftverkehr sind Kosten und Nutzen gesetzlicher Interoperabilitätsvorgaben sorgfältig zu prüfen.

Minderungsanspruch bei Leistungsstörungen

Werden vertraglich vereinbarte Leistungen nicht ordnungsgemäß erbracht, kann das Entgelt gemindert werden. Das gilt auch im Verhältnis von Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen. So sind nach § 21 Abs. 6 Satz 2 EIBV die Entgelte bei nicht vertragsgemäßem Zustand des Schienenweges, der zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme sowie der zugehörigen Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zu mindern. Die Trassennutzungsverträge haben – so erläuterte *Dr. Stefan Remmert* (Deutsche Bahn AG Berlin) – im Mietrecht ihren Schwerpunkt, sodass vom Grundsatz her die mietrechtlichen Regelungen anzuwenden sind.⁹ Die Minderung ist ohne ein Minderungsverlangen zu gewähren. Eine Pflicht zur Minderung kann sich auch aus dem Diskriminierungsverbot ergeben. Die Minderung für infrastrukturbedingte Mängel knüpft nicht an ein Verschulden an.¹⁰ Das Leistungssoll lässt sich immer nur in einer Gesamtschau aller Regelungen nach dem zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen erkennen.

In der *Diskussion* wurde allerdings die vorrangige Anwendung der miet- oder pachtrechtlichen Vorschriften durchaus in Frage gestellt und stattdessen das Werkvertragsrecht als geeignete Rechtsgrundlage bezeichnet. Auch das Verhältnis zwischen Zivilrecht und Regulierungsrecht könne bedeutsam sein.

4 *Ernert/Lerche*, N&R 2009, 166.

5 OVG Münster, B. v. 19. 11. 2008 – 13 B 1543/08 –, N&R 2009, 68.

6 LG Berlin, Urt. v. 21. 8. 2009 – 91 O 95/06 (Kart) –, N&R 2009, 70.

7 *Neumann*, N&R 2009, 176.

8 Zur Vollstreckungsgegenklage im öffentlichen Recht BVerwGE 117, 44 – Wangerland.

9 KG, Urt. v. 9. 4. 2009 – 19 U 21/08 –.

10 OVG Münster, B. v. 20. 8. 2009 – 13 B 922/09 –.

Rechtliche Schranken der Stationsentgelte

Die Eisenbahninfrastrukturunternehmen berechnen für die einzelnen Haltepunkte Stationsentgelte, über deren rechtliche Grundlagen RA Dr. *Bernd Uhlenbut* (Dortmund) berichtete. Nach § 14 Abs. 5 AEG haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen ihre Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen einschließlich der damit verbundenen Leistungen so zu bemessen, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten nicht missbräuchlich beeinträchtigt werden. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn (1) Entgelte gefordert werden, welche die entstandenen Kosten für das Erbringen der Leistungen in unangemessener Weise überschreiten oder (2) einzelnen Zugangsberechtigten Vorteile gegenüber anderen Zugangsberechtigten eingeräumt werden, soweit hierfür nicht ein sachlicher Grund vorliegt. Neben diesen eisenbahnrechtlichen Vorgaben sind auch kartellrechtliche und allgemeine zivilrechtliche Regelungen zu beachten. Die Überwachung der rechtlichen Vorgaben obliegt den Eisenbahnaufsichtsbehörden, den Kartellbehörden und den Zivilgerichten, erläuterte der Anwalt.

Eisenbahnregulierungsrecht

Das deutsche Eisenbahnregulierungsrecht hat die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2001/14 EG¹¹ im Hinblick auf die Streit-schlichtungserfordernisse nicht ausreichend umgesetzt, erklärte Dr. *Erick Staabe* (Deutsche Bahn AG Berlin). Nach Art. 30 Abs. 3 der Richtlinie gewährleistet die Regulierungsstelle, dass die vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzten Entgelte dem Kapitel II entsprechen und nicht diskriminierend sind. Verhandlungen zwischen Antragstellern und einem Betreiber der Infrastruktur über die Höhe von Wegeentgelten sind nur zulässig, sofern sie unter Aufsicht der Regulierungsstelle erfolgen. Die Regulierungsstelle hat einzugreifen, wenn bei den Verhandlungen ein Verstoß gegen die Bestimmungen dieser Richtlinie droht.

Die deutschen Regelungen sind in diesem Bereich durchweg eher auf eine nachträgliche Kontrolle angelegt. So kann die Regulierungsbehörde nach § 14 f. Abs. 1 AEG von Amts wegen (1) Schienennetz-Benutzungsbedingungen und die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen und (2) Regelungen über die Höhe oder Struktur der Wegeentgelte und sonstiger Entgelte eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens überprüfen und Regelungen mit Wirkung für die Zukunft treffen. Diese nachträgliche Kontrolle ist für *Staabe* allerdings nicht ausreichend. Wegen der bindenden Vorgaben des Europarechts müsse § 14 f. AEG daher im Sinne begleitender Kontrollmöglichkeiten ergänzend ausgelegt werden. Nach dem 46. Erwägungsgrund der Richtlinie habe die Regulierungsstelle eine Streitschlichtungs- und Friedensfunktion, der durch eine entsprechende Auslegung des AEG Rechnung getragen werden müsse.

In der *Diskussion*, die hier durchaus einige Fahrt aufnahm, wurden auch andere Auffassungen deutlich. Von einem gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsdefizit könne überhaupt keine Rede sein, unterstrich *Horst-Peter Heinrichs* (BNetzA). Die BNetzA werde ihrer Aufgabe in der Streitschlichtung durchaus gerecht, wofür es zahlreiche Beispiele gebe. In welcher Form die europarechtlich vorgegebenen Aufgaben in Deutschland wahrgenommen würden, sei nicht Sache der EU. Denn diese könne nur Kompetenzen ausüben, die ihr das europäische Vertragswerk einräume. Vor allem sei der Gesetzgeber nicht daran gehindert, der Regulierungsbehörde weitere Kompetenzen zu übertragen. Der Rechtsschutz sei in Deutschland schon wegen der Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG im europäischen Vergleich weit ausgebaut. Eine außergerichtliche Streitschlichtung sei da weder aus der Sicht des Europarechts noch nach deutschem Verfassungsrecht geboten. Dem schloss sich auch *Henseler-Unger* an. Es dürfe dabei nicht um Wortklauberei gehen; vielmehr müsse der Sinn der europarechtlichen Vorgaben im Vordergrund stehen.

11 Richtlinie über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung vom 26. 2. 2001 (ABl. L 75/29).

Staabe ließ sich allerdings nicht umstimmen. Gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeit einerseits und Streitschlichtung andererseits könnten schon wegen der langen Dauer der Gerichtsverfahren und der im Streitschlichtungsverfahren zu erzielenden kurzen Verfahrensfristen nicht gleichgesetzt werden.

Kapazitätsüberwachung

Beabsichtigt ein öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen die dauernde Einstellung des Betriebes einer Strecke, eines für die Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhofs oder die mehr als geringfügige Verringerung der Kapazität einer Strecke, so hat es dies bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu beantragen. Dabei hat es darzulegen, dass ihm der Betrieb der Infrastruktureinrichtung nicht mehr zugemutet werden kann und Verhandlungen mit Dritten, denen ein Angebot für die Übernahme der Infrastruktureinrichtung durch Verkauf oder Verpachtung zu in diesem Bereich üblichen Bedingungen gemacht wurde, erfolglos geblieben sind. Bei den Übernahmeangeboten an Dritte sind Vorleistungen angemessen zu berücksichtigen. Mit diesen Worten beschreibt § 11 Abs. 1 AEG die Voraussetzungen, die an die Stilllegung von Strecken zu stellen sind. Gegenüber der früheren Fassung des AEG ist damit jede mehr als geringfügige Verringerung der Kapazität einer Strecke genehmigungspflichtig. Die zuständige Aufsichtsbehörde hat über den Antrag unter Berücksichtigung verkehrlicher und wirtschaftlicher Kriterien innerhalb von drei Monaten zu entscheiden. Im Bereich der Eisenbahnen des Bundes entscheidet das Eisenbahn-Bundesamt im Benehmen mit der zuständigen Landesbehörde. Bis zur Entscheidung hat das Unternehmen den Betrieb der Schieneninfrastruktur aufrecht zu halten (§ 11 Abs. 2 AEG).

Die rechtlichen Anforderungen sind gegenüber der früheren gesetzlichen Fassung nicht unerheblich gesteigert, erläuterte *Astrid Schmitz* (EBA Bonn) die aktuelle Rechtslage. Sie berichtete zugleich über das beim EBA eingerichtete, von ihr geleitete Projekt der »aktiven Kapazitätsüberwachung«. Das EBA habe hier eine wichtige Kontrollfunktion, die wesentlich weiter gehe als eine bloße Gefahrenabwehr, wie dies das Urteil des BVerwG zur Hunsrückbahn bestätigt habe.¹² Es bedürfe dabei nach § 18 AEG einer Abwägung zwischen den verkehrlichen Belangen einerseits und den Rückbauinteressen andererseits, wobei auch betriebliche Interessen und die wirtschaftlichen Folgen im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen seien. Bei einem steigenden Verkehrsaufkommen werde in Zukunft wohl eher der Aus- und Neubau von Schienenwegen und weniger die Stilllegung von Eisenbahngleisen anstehen, vermutete *Schmitz*.

Grenzabkommen und Infrastrukturverknüpfungsverträge

Die Kontrolle der Regulierungsbehörde findet grundsätzlich ex post in dem Sinne statt, dass bereits durchgeführte Maßnahmen einer nachträglichen Kontrolle unterliegen. Zu diesem Zweck hat die Regulierungsbehörde entsprechende Aufsichtsinstrumente (§ 14 c AEG). Die vorhergehende Kontrolle ist demgegenüber eher die Ausnahme und in ein strenges Fristenkorsett gepresst (§ 14 d und 14 e AEG). Bei grenzüberschreitenden Abkommen ist eine Präventivkontrolle nicht vorgesehen. *Swenja Bartkowski* (BNetzA) wies auf hierdurch entstehende erhebliche Rechtsunsicherheiten hin und setzte sich dafür ein, die gesetzlichen Regelungen mit dem Ziel einer Vorabkontrolle zu novellieren. Im Anschluss an die bereits bestehenden Regelungen in §§ 14 d und 14 e AEG brachte sie einen eigenen Gesetzgebungsvorschlag ein:

»Die Eisenbahninfrastrukturunternehmen legen der zuständigen Regulierungsbehörde die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Infrastrukturverknüpfungsverträgen zur Überprüfung der Einhaltung des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur vor.«

12 BVerwG, Urt. v. 25. 10. 2007 – 3 C 51.06 –, BVerwGE 129, 381 = DVBl 2008, 380 – Hunsrückbahn.

Vergabe von Leistungen im Schienenpersonennahverkehr

Seit mehr als 10 Jahren sind im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) private Anbieter auf den Plan getreten. Sie konkurrieren mit den Nahverkehrsunternehmen der DB AG (insbesondere der DB Regio AG) in Ausschreibungsverfahren zur Vergabe von Verkehrsverträgen. Die DB AG bleibt zwar weiterhin Marktführer, neue Anbieter etablieren sich allerdings mit wachsenden Marktanteilen, die im Jahre 2008 bereits auf mehr als 17 % der Zugkilometer gewachsen sind, erläuterte RA *Dr. Thomas Schmitt* (Berlin). Da die Verkehrsleistungen regelmäßig nicht kostendeckend erbracht werden können, werden sie gegenwärtig mit ca. 7 Mrd. Euro aus dem Mineralölsteueraufkommen subventioniert. Beihilfen sind im Schienenpersonennahverkehr jedoch nach dem »Altmark Trans«-Urteil des EuGH¹³ nur zulässig, wenn der Zuwendungsempfänger tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Aufgaben betraut ist, zuvor Parameter zur Ausgleichsberechnung in objektiver und transparenter Weise aufgestellt worden sind, der Ausgleich nicht über das hinaus geht, was zur Deckung der Kosten der Verkehrsbedienung erforderlich ist und die Ausgleichshöhe aufgrund einer Analyse der Kosten eines durchschnittlich geführten Vergleichsunternehmens bestimmt worden ist (Altmark-Trans-Kriterien). Eine überkompensierende Beihilfe ist demgegenüber nach Art. 87 EG-Vertrag verboten.

Eine allgemeine Ausschreibungspflicht für Schienenverkehrsdienste besteht nach § 15 Abs. 2 AEG nicht.¹⁴ Vielmehr steht die Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen im Ermessen der zuständigen Behörden. Ein Vertrag über Verkehrsleistungen im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr unterfällt auch nicht einer Notifizierungspflicht.¹⁵

Durch die EG-Verordnung 1370/2007 v. 23. 10. 2007 (ABl L 315/1 v. 3. 12. 2007), die am 3. 12. 2009 in Kraft getreten ist, treten einige Änderungen ein. Zwar bleiben Direktvergaben von Verkehrsverträgen zulässig. Durch eine Kodifikation der »Altmark Trans«-Kriterien, insbesondere dem Verbot der Überkompensation, sollen Wettbewerbsverfälschungen vermieden werden (Art. 4 VO EG 1370/2007). Zudem wird klargestellt, dass auch Verkehrsverträge, die grundsätzlich auf 10 bzw. 15 Jahre befristet sind (Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 6 EG-Verordnung 1370/2007), keiner Notifizierungspflicht unterliegen. Durch diese und weitere Regelungen soll ein angemessener Ausgleich zwischen Wettbewerb und Daseinsvorsorge hergestellt werden.

Innovative Fahrzeugfinanzierung

In Zeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise bereitet die Finanzierung von Eisenbahnfahrzeugen nicht selten große Schwierigkeiten. Das gilt vor allem, wenn nicht entsprechende Sicherheiten geleistet werden können. Traditionell kauft das Eisenbahnverkehrsunternehmen die Fahrzeuge beim Hersteller und bezahlt sie, berichtete RAin *Dr. Ute Jasper* (Düsseldorf), die sich zuvor ebenfalls mit der Vergabe von SPNV-Leistungen befasst hatte, über die herkömmliche Fahrzeugbeschaffung. Beim Leasing-Geschäft ist eine Leasing-Gesellschaft zwischengeschaltet, die mit den finanzierenden Banken zusammenarbeitet. Auch bei Modellen von Pacht oder Miete bildet die Kreditwürdigkeit des Eisenbahnverkehrsunternehmens den Rahmen für die Kreditvergabe. Sind nicht ausreichende Sicherheiten vorhanden oder ist die Bonität des Unternehmens schlecht, verschlechtern sich nach den Basel II-Kriterien zugleich die Konditionen für die Kreditvergabe.

Vor diesem Hintergrund sind Modelle einer innovativen Fahrzeugfinanzierung entwickelt worden, bei denen die öffentliche Hand als Aufgabenträger mit einbezogen wird. Wegen deren bes-

serer Bonität können durchschnittlich 1 % günstigere Konditionen für die Kreditfinanzierung erzielt werden. Allerdings hat diese Methode auch einen kleinen Haken, wie am Rande der Tagung hervorgehoben wurde. Denn die öffentlichen Auftraggeber geraten hierdurch (zumindest mittelbar) in die Haftung, sodass sie bei einem Nichteintritt der erwarteten Einnahmen oder bei Fehlspekulationen auf den Schienenfahrzeugen sitzen bleiben.

Eisenbahninfrastrukturunternehmen ohne Gleis?

Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang bezieht sich nicht nur auf die Schiene, sondern auch auf die Serviceeinrichtungen, soweit sie für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur erforderlich sind, machte *Ulrike Weyers* (BNetzA) klar. Eine betriebliche Trennung von Schiene und Serviceeinrichtungen lasse daher den Anspruch des Eisenbahnverkehrsunternehmens auf Nutzung auch der Serviceeinrichtungen nicht automatisch entfallen.

In der *Diskussion* standen vor allem Abgrenzungsfragen im Mittelpunkt, bei denen wohl auf den Funktionsschwerpunkt abgestellt werden müsse (Schwerpunkttheorie). Serviceeinrichtungen, die mit der eigentlichen Eisenbahn überhaupt nichts zu tun haben, dürften nicht den Benutzungsrechten der Eisenbahnverkehrsunternehmen unterliegen.

Rahmenverträge

Die Eisenbahnverkehrswirtschaft ist vielfach an langfristigen vertraglichen Grundlagen interessiert. Dies erhöht die Planungs- und Investitionssicherheit. § 14 a AEG, § 13 EIBV sehen hierzu Rahmenverträge vor, die zwischen Eisenbahninfrastrukturunternehmen und den Zugangsberechtigten über die Nutzung von Zugtrassen für einen längeren Zeitraum als eine Netzfahrplanperiode geschlossen werden können. Für den Bereich der DB Netz AG sind Grundlage die Schienennetz-Benutzungsbedingungen 2010. *Christoph Döbber* (BNetzA) beschrieb das weitere Verfahren für die bis zum Jahre 2015 geltenden Rahmenverträge. Hierdurch werden in Form sogenannter »Bandbreiten« Zeitfenster vereinbart, innerhalb derer in jedem Fall eine Trasse dem den Rahmenvertrag schließenden Zugangsberechtigten zur Verfügung zu stellen ist.

Da in Rahmenverträgen gemäß § 13 Abs. 1 EIBV keine konkreten Trassen vereinbart werden dürfen, werden durch die Vereinbarung von Bandbreiten keine konkreten Abfahrt- bzw. Ankunftszeiten festgelegt, sondern ein Zeitraum, innerhalb dessen zwingend eine Trasse auch ohne Durchführung des Höchstpreisverfahrens nach § 9 Abs. 6 EIBV dem Zugangsberechtigten anzubieten ist. Die Zugangsberechtigten benötigen aus Sicht der Bundesnetzagentur insbesondere Informationen über die Auslastung der Eisenbahninfrastruktur durch Rahmenverträge. Daher sind insbesondere die Eisenbahnstrecken (Relation) sowie die vereinbarten Bandbreiten und deren zeitliche Lagen als wesentliche Merkmale eines Rahmenvertrages anzusehen. Darüber hinaus sind nach Auffassung der BNetzA die Laufzeit und der Beendigungszeitpunkt der Rahmenverträge auf Nachfrage eines Zugangsberechtigten offenzulegen.

Der Anspruch auf Netzzugang nach § 14 AEG, § 13 EIBV ist allerdings begrenzt, machte VRiOVG *Dr. Ulrich Lau* (Münster) unter Hinweis auf eine neuere Entscheidung seines Senates¹⁶ in der Diskussion deutlich. Der Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zur Netzinfrastruktur verlangt nicht, dass noch nicht marktfähigen Markteinsteigern über den Abschluss eines Rahmenvertrags der Marktzutritt ermöglicht wird. Sie haben keinen Anspruch darauf, dass mit dem Rahmenvertrag die weiteren sächlichen und personellen Voraussetzungen erst in der Zukunft geschaffen werden. Ein derartiges eisenbahnrechtliches Programm wäre vom Gesetzgeber selbst zu beschließen und kann nicht von dem Rechtsanwender des Eisenbahnrechts geschaffen werden, hielt *Lau* anderen Auffassungen engagiert entgegen.

13 EuGH, Urt. v. 24. 7. 2003 – Rs. C 280/00 –, DVBl 2003, 1206 = NVwZ 2003, 1101 – Altmark Trans.

14 OLG Brandenburg, B. v. 2. 9. 2003 – Verg W 3/03 –, bestätigt durch BVerfG, B. v. 6. 12. 2006 – 1 BvR 2085/03 –, NVwZ 2007, 197 = BauR 2007, 1291 – Connex.

15 VG Gelsenkirchen, Urt. v. 19. 12. 2008 – 14 K 2147/07 – und 14 K 3814/08 –, DVBl 2009, 469 – DB Regio – VRR; *Koenig, N&R* 2009, 3.

16 OVG Münster, B. v. 22. 7. 2009 – 13 B 830/09 –, DVBl 2009, 1315.

Kriterien für die Akzeptanz von Risiken

Eine 100 %ige Sicherheit gibt es nicht. Gefahren und Risiken müssen zwar minimiert werden. Ganz zu verbannen sind sie aber nicht. Auch im täglichen Leben werden Risiken in Kauf genommen. Das lässt sich in einem bestimmten Umfang auch nicht vermeiden, erläuterte *Dr. Bernd Zirkler* (DB AG) und setzte sich für einen verantwortungsvollen Umgang mit der Technik ein. Zugleich warnte er davor, aus Verunsicherung und einer Angst vor Fehlentscheidungen erst gar nicht zu handeln. Neben der Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik gehe es aber auch darum, neue Erkenntnisse zu gewinnen und diese in neuen technischen Regelwerken und Handlungsempfehlungen umzusetzen. Das sei die ureigene Aufgabe der Ingenieure. Gefahren müssten vermieden werden. Restrisiken könnten und müssten demgegenüber bei entsprechend niedriger Eintrittswahrscheinlichkeit in Kauf genommen werden. Die Schwelle liege dort, wo eine ausreichende Vorsorge getroffen sei und weitere Maßnahmen jenseits praktischer Vernunft lägen.¹⁷

Umsetzung der EU-Sicherheitsrichtlinie

Sicherheit muss gerade auch im Eisenbahnverkehr großgeschrieben werden. Denn nicht erst seit dem katastrophalen Zugangsglück von Eschede wissen wir, dass relativ kleine Ursachen große Wirkungen haben können. Einer Vereinheitlichung des Sicherheitsniveaus in ganz Europa trägt die Sicherheitsrichtlinie 2004/49 EG vom 29. 4. 2004 Rechnung. Die EU-Verordnung (EG) Nr. 352/2009¹⁸ setzt auf der Ebene des Europarechts Teile dieser Sicherheitsrichtlinie (Art. 6 Abs. 3 a) um. Zweck der Sicherheitsmethode (CSM) für die Evaluierung und Bewertung von Risiken ist es, das Sicherheitsniveau im Schienenverkehr in der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten oder – soweit erforderlich und nach vernünftigem Ermessen durchführbar – zu verbessern. Die CSM erleichtert den Zugang zum Markt für Schienenverkehrsdienste durch eine Harmonisierung der Risikomanagementverfahren, des Austauschs sicherheitsrelevanter Informationen zwischen den verschiedenen Akteuren des Eisenbahnsektors und der aus der Anwendung eines Risikomanagementverfahrens folgenden Ergebnisse.

Caroline Fischer (EBA Bonn) berichtete über die sich für die Mitgliedstaaten ergebenden Auswirkungen. Dabei wird teilweise mit Wahrscheinlichkeiten von 10^{-9} gerechnet – wohl wissend, dass auch solche Ereignisse nicht zuletzt im Hinblick auf den Faktor Mensch durchaus eintreten können. Denn auch der Lottospieler hat eine Chance auf »6 Richtige mit Superzahl« von 1:139.838.160, also in einem vergleichbaren Bereich von 10^{-9} .¹⁹

Rechtsprechungsbericht

Den für den schmunzelnden Juristen traditionell heimlichen Höhepunkt der Veranstaltung bildete wieder einmal der Rechtsprechungsbericht von *Prof. Dr. Urs Kramer* (Universität Passau).

17 BVerwG, Urt. v. 19. 12. 1985 – 7 C 65.82 –, BVerwGE 72, 300 = DVBl 1986, 265 – Wyhl; B. v. 8. 8. 1978 – 2 BvL 8/88 –, BVerfGE 49, 89 = DVBl 1979, 45 – Schneller Brüter Kalkar.

18 EU-Verordnung der Kommission über die Festlegung einer gemeinsamen Sicherheitsmethode für die Evaluierung und Bewertung von Risiken v. 24. 4. 2009 (Abl. L 108/4).

19 Wer ganz sicher einen Lottogewinn haben will, der muss schon etwa 140 Millionen Spielscheine ausfüllen und weit über 100 Millionen Euro einsetzen. Und wenn andere ebenfalls Glück haben, was nicht unwahrscheinlich ist, muss der Gewinn dann auch noch mit anderen Spielern geteilt werden. Trotz der danach rechnerisch geringen Wahrscheinlichkeit eines Lottohöchstgewinns ist die Spielleidenschaft der Bevölkerung ungebrochen. Etwa 40 % der erwachsenen Bevölkerung spielen mindestens einmal im Jahr Lotto und hoffen dabei auf den ganz großen Gewinn, mit dessen Eintritt die eigentlichen Probleme allerdings regelmäßig wohl erst anfangen.

Für Lokführer gibt es im Gegensatz zu Autofahrern keinen Alkoholgrenzwert, wurde in einem Ermittlungsverfahren gegen einen betrunkenen Lokführer eines Rettungszuges der DB festgestellt.

Monatskarten beinhalten das Recht, am Wochenende andere mitzunehmen. Das ist weder Betrug noch Schwarzfahrt²⁰. Geiz ist eben geil, Dummheit dagegen gefährlich. Wer ein Schrottauto aus einem Autozug verlädt, begeht eine Ordnungswidrigkeit schon wegen des unbefugten Betretens der Gleise, befand das AG Steinfurt. Eine Castorgegnerin, die sich als »Eichhörnchen« oberhalb der Oberleitungen verschanzte, machte sich nicht strafbar, weil der räumliche Geltungsbereich der Schienenwege bei den Oberleitungen in 4,80 m Höhe endet.

Amtspersonen können nicht immer nur nach ihren Kleidern beurteilt werden. Das wissen wir nicht erst seit dem uniformierten Hauptmann von Köpenick – von dem umgekehrten Fall des Kaisers neuer Kleider ganz zu schweigen. Auch eine akkurate Polizistenuniform half einem 16-jährigen nicht über die Runde. Vielleicht hätte er vor der Fahrscheinkontrolle in einem Schülerzug doch etwas weniger trinken sollen. Und auch ein vermeintlicher Hauptfeldwebel konnte trotz einer schicken Uniform nicht eine Freifahrt für sich herauschlagen. Auch das Übernachten in der Nordwestbahn kann da leicht als Schwarzfahren ausgelegt werden.²¹

Ein Lokführer sollte mit seinem Zug auch nach Schichtende für private Zwecke kein Holz transportieren, selbst wenn ihm das aufgesammelte Holz geschenkt worden ist. Denn die Fahrt mit dem Zug ist eine Gebrauchsanmaßung (§ 248 b StGB) und zugleich Diebstahl von Benzin, allerdings wegen der geringwertigen Sache in einem minderschweren Fall (§ 248 b StGB).²²

Wer bei »rot« über die Gleisanlagen fährt, sollte sich zuvor versichern, dass er nicht – wie in Würzburg von 24 Staatsanwälten bei einem Betriebsausflug – von der Obrigkeit beobachtet wird. Hat er nicht zuvor sein Auto-Nummernschild abgebaut, hat er gegenüber der geballten Staatsmacht kaum eine Chance.

Liebeszenen auf Bahnhöfen sind trotz der »kiss and ride-Stationen« nur eingeschränkt gestattet. Fällt etwa ein Liebespaar auf das Gleis, dann ist Gefahr im Verzug und größte Vorsicht am Platz. Auch ein Junggesellenabschied im Zug muss Regeln des Anstands wahren. Stringtanger können vor allem im katholischen Trier leicht als exhibitionistische Handlungen ausgelegt werden.

Weil er zwei Koffer auf dem Bahnsteig in Essen vergessen hatte, betätigte ein Fahrgast die Notbremse, sodass der Zug erst mit 17 Minuten Verspätung weiterfahren konnte. Das ist ein Missbrauch des Notrufs, befand das AG Dortmund. Ein Zugreiniger darf trotz eines Verlustes der Vergütungszuschläge versetzt werden²³. DB-Bediens-tete dürfen nur in ihren Pausen leere Pfandflaschen einsammeln. Auch bei der Benutzung einer Absaugtoilette ist Vorsicht geboten, wie ein Fahrgast in Frankreich leidvoll erfahren musste. Sucht man in der Toilette nach einem verlorenen Gegenstand, so ist der Weg ins Krankenhaus nicht selten vorprogrammiert.

Eisenbahnrechtstagung 2010

Die Eisenbahnrechtler, die in Tübingen wiederum ein ansprechendes Ambiente in der traditionsreichen Universitätsstadt vorgefunden haben und sich am Rande der Tagung und bei dem abendlichen Empfang über ihre jeweiligen Arbeitsschwerpunkte hinaus austauschen konnten, rüsten sich derweil bereits zu ihrem 16. Tübinger Treffen im Herbst 2010. Wer die diesjährige Tagung verpasst hat oder die Beratungen aus anderen Gründen nachlesen will, kann sich über die Ergebnisse in dem schon bald erscheinenden Tagungsband 2010 informieren.²⁴

20 *Eidam*, NJW 2009, 1052.

21 So LG Oldenburg.

22 AG Rosenheim. Urt. v. – 7 Cs 450 JS 16852/07 –.

23 LAG Köln, – 5 Sa 1289/08 –.

24 *Ronellenfutsch*, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XV, Hamburg 2010.