

Primärbaustoffsteuern sollten auch auf Importe erhoben werden (Grenzausgleich), um ein steuerbedingtes Ausweichen auf die Auslandseinfuhr von Kiesen, Sanden und Steinen auszuschließen. Die Steuer kann als Verbrauchssteuer so ausgestaltet werden kann, dass sie mit dem Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht vereinbar sind. Insbesondere darf ihr keine erdrosselnde Wirkung zukommen, da sonst ein Verstoß gegen Art. 12 GG vorliegt. Der Grenzausgleich muss so konzipiert werden, dass er den Anforderungen des Art. 1 Abs. 3 Satz 2 VStSystRL, dass die Erhebung solcher Steuern im grenzüberschreitenden Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten keine mit dem Grenzübertritt verbundenen Formalitäten nach sich zieht, genügt. Dies ist möglich, wie das KaffeesteuerG zeigt. Damit den Diskriminierungsverboten nach Art. 110 AEUV und Art. 3 Abs. 2 GATT Genüge getan wird, muss ausgeschlossen sein, dass importierte Ware höher besteuert wird als gleichartige inländische Ware. Dies müsste bei der Einführung einer Primärbaustoffsteuer beachtet werden. Außerdem müsste geprüft werden, ob diese auf alle Kiese, Sande und Steine erhoben werden soll, oder nur auf die als Beton-, Mörtel- oder Asphaltzuschlagstoff eingesetzten Gesteinskörnungen.

Abschließend ist zu unterstreichen, dass Primärbaustoffsteuern nur Teil eines zugunsten des Umwelt- und Ressour-

censchutzes beim Einsatz von Baumineralien ausgestalteten Policymix' sein sollten. Im Rahmen dessen kommt der Primärbaustoffsteuer die Aufgabe zu, Eingriffe in die Umwelt sowie den Ressourcenverbrauch, die durch die Förderung von Baumineralien entstehen, global und mit Hilfe ökonomischer Anreize effizient zu reduzieren. Zum Schutz von besonders sensiblen Bereichen vor dem Abbau dienen standortspezifische Instrumente, vor allem des Raumordnungs- und Naturschutzrechts. So hat z.B. die Regionalplanung die Möglichkeit, Abgrabungskonzentrations- und -ausschlussgebiete für Kiese, Sande und Steine ausweisen, deren Grundlage eine Planung des Bedarfs in der Region für den jeweiligen Planungszeitraum ist. Im Hinblick auf das Zulassungsinstrumentarium für den Abbau von Bodenschätzen, die dem BBergG unterliegen – darunter auch ein Teil der Kiese, Sande und Steine – ist es ferner dringend nötig, auch das BBergG zu reformieren. Insbesondere muss die richterrechtliche Modernisierung des Bergrechts über dreieinhalb Jahrzehnte im Gesetzestext verankert werden, um dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden. Ein weiterer wichtiger Punkt ist, das Bergrecht aus wirtschaftsrechtlichen Zusammenhängen zu lösen und in das Umweltrecht einzugliedern, um der Bedeutung umweltrechtlicher Vorschriften bei der Bodenschätzegewinnung angemessen Rechnung zu tragen und dem Vorsorgeprinzip zur Geltung zu verhelfen.

Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XXIII

Bericht über die Tagung der Eisenbahnrechtler vom 27. bis 28.09.2017 in Regensburg

von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Münster/Osnabrück*

Die Eisenbahnrechtlichen Forschungstage fanden unter Leitung des Regulierungs-, Infrastruktur- und Planungsrechtlers Prof. Dr. Jürgen Kühling zugleich als Gemeinschaftsveranstaltung von BNetzA und EBA nun schon zum dritten Mal an der Universität in Regensburg statt. Nach einführenden Begrüßungen durch den Vizepräsidenten der BNetzA Dr. Wilhelm Eschweiler (Bonn) und den Vizepräsidenten des EBA Dr. Andreas Thomasch (Bonn) folgte ein bunter Strauß eisenbahnrechtlicher Themen. Das Sondergutachten der Monopolkommission »Wettbewerbsprobleme in den Eisenbahnmärkten«, die Trassenpreise in der ersten Regulierungsperiode 2019–2013, die Serviceeinrichtungen, der Jahresrückblick auf die Rechtsentwicklung im Eisenbahnrecht, die Planungsbeschleunigung, Pünktlichkeitskomponenten, das Schienenlärmminderungsgesetz und die neuen Entflechtungsregelungen im 4. Eisenbahnpaket standen auf dem Programm.

1. Sondergutachten der Monopolkommission

Am 03.08.2017 hat die Monopolkommission ihr Sondergutachten »Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen« veröffentlicht (Sondergutachten 76, Bahn 2017, Nomos-Verlag 2017), über das *Kühling* – zugleich Mitglied der Monopolkommission – berichtete. In dem Gutachten wer-

* 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/ Urbisch, DVBl 2012, 1484; Stüer/Berka, DVBl 2013, 1507; Stüer, DVBl 2014, 1377; DVBl 2015, 1502; DVBl 2017, 295. Vgl. auch den demnächst erscheinenden Tagungsband Kühling, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XXIII, 2018. Zur Geschichte der Fachtagungen Stüer/Berka, DVBl 2004, 1326.

den die Wettbewerbsentwicklung im Eisenbahnsektor und zwischen den Verkehrsträgern analysiert sowie Handlungsempfehlungen für eine Stärkung des Wettbewerbs abgegeben. Die Kommission hat den Auftrag, alle zwei Jahre ein solches Gutachten zu erstellen. Diesjährige Untersuchungsgegenstände waren die neuen Regelungen durch das Eisenbahnregulierungsgesetz, der Deutschland-Takt – ein integraler Taktfahrplan für das gesamte Bundesgebiet – sowie die intermodalen Wettbewerbsverhältnisse zwischen Verkehrsträgern, insbesondere der Wettbewerb zwischen Schienen Personen Fernverkehr und Fernbus.

Die Monopolkommission ist ein ständiges, unabhängiges Beratungsgremium, das die deutsche Bundesregierung, die gesetzgebenden Körperschaften sowie die Öffentlichkeit auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät. Die rechtliche Stellung der Monopolkommission ist gesetzlich nicht geregelt. Die Aufgaben der Monopolkommission ergeben sich aus §§ 44 bis 47 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Kommission wurde mit der zweiten GWB-Novelle parallel zur Einführung der Fusionskontrolle eingerichtet und nahm ihre Arbeit im Januar 1974 auf.

Mit Blick auf die Wettbewerbsentwicklung stellt die Monopolkommission fest, dass die DB AG nach wie vor auf allen Märkten marktbeherrschend ist. Während im Fernverkehrsmarkt der Marktanteil auf einem Quasi-Monopol von 99 % verharrt, sind im Schienenpersonennahverkehrsmarkt durch die Ausschreibungen ebenso Fortschritte zu verzeichnen wie bei der Entwicklung des Wettbewerbs auf den Schienengüterverkehrsmarkt. Nach wie vor spricht sich die Monopolkommission für eine klare organisatorische Trennung für vertikal integrierte Eisenbahnunternehmen aus, auf die dann auch eine eigentumsrechtliche Trennung folgen sollte. Als ersten Schritt schlägt die Kommission vor, die Unternehmen DB Cargo und die DB Schenker Logistics aus dem DB-Konzern auszugliedern und zu privatisieren. Um Diskriminierungspotenziale bei der DB Station & Service AG zu reduzieren, sollte der Gesetzgeber auch klare Vorgaben für den Inhalt von Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen machen. Als Vorbild könnten die bereits gesetzlich normierten Nutzungsbedingungen von Schienenwegen dienen. Die Monopolkommission empfiehlt unter anderem eine umfangliche und neutrale Kosten-Nutzen-Analyse für den Schienen-, Straßen-, Luft- und Schifffahrtsverkehr. Auf dieser Basis sollte eine finanzielle Belastung der Verkehrsträger mit Abgaben und Steuern möglichst gleichmäßig zwischen ihnen erfolgen, um Wettbewerbsverzerrungen auszuschließen. Im liberalisierten Fernbusverkehr, von dem nach Ansicht der Monopolkommission positive wettbewerbliche Impulse auf den Schienenverkehr ausgehen, rät diese von einer Ausweitung des Bedienverbots, wie von den Eisenbahnverkehrsverbänden gefordert, auf 100 km ab.

Die Monopolkommission rät zudem zu Nachbesserungen des Eisenbahnregulierungsgesetzes. So sollte bspw. die neu eingeführte Anreizregulierung weiterentwickelt und auf Stationsentgelte ausgeweitet werden. Kosten aus der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung sollten nach Ansicht der Kommission ebenfalls der Anreizregulierung unterliegen. Es sollten auch unternehmensspezifische Ineffizienzen berücksichtigt werden. Im Hinblick auf die Zugangsregulierung

sollten Mindestinhalte für Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen gesetzlich normiert werden, während für Betreiber von Serviceeinrichtungen mit geringen Umsätzen ggf. Freistellungen vorgesehen werden könnten.

Die Monopolkommission plädiert zudem dafür, beim Vorliegen entsprechender Voraussetzungen Serviceeinrichtungen aus der Regulierung zu entlassen. Darüber hinaus spricht sich die Monopolkommission für eine umfassende Prüfung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen durch die Bundesnetzagentur aus. Weiterhin empfiehlt die Monopolkommission, bei einer Einführung des Deutschland-Takts das Schienenverkehrskonzept möglichst wettbewerblich auszugestalten. Dabei sollen Zugverbindungen in regelmäßigen Abständen wiederholt und aufeinander angepasst stattfinden, sodass Umsteigezeiten für Fahrgäste möglichst kurz ausfallen. Der Bund hat die Machbarkeit eines solchen Systems überprüft und die Planung der Schieneninfrastruktur an diesem Ziel ausgerichtet.

2. Independent Regulators' Group-Rail

Im Jahr 2010 startete die BNetzA zusammen mit den Regulierungsbehörden aus Großbritannien, den Niederlanden, Österreich und der Schweiz eine Initiative zur verstärkten Zusammenarbeit der unabhängigen Regulierungsbehörden im Eisenbahnsektor. Ein erster formaler Schritt zur Gründung der IRG-Rail war die Unterzeichnung eines »Memorandum of Understanding« am 09.06.2011 in Den Haag durch die Vertreter von 15 unabhängigen Regulierungsbehörden im Bahnbereich. *Anne Yvrande-Billon*, die Vizepräsidentin der französischen Regulierungsbehörde ARAFER und die Präsidentin der IRG-Rail für das Jahr 2017, gab einen Überblick über das Wirken der Gruppe, in der mittlerweile Regulierungsbehörden aus 30 europäischen Staaten vertreten sind.

Die IRG-Rail bietet ein Forum für den Erfahrungsaustausch zwischen den Behörden und stellt eine konsistente Eisenbahnregulierung in Europa sicher. Sie ist eine Plattform für eine enge Zusammenarbeit und fördert einen nachhaltigen und effektiven Wettbewerb in den Bereichen Fracht und Passagiere. Zugleich sollen die Interessen der Bahnkunden gefördert und die europäische Öffentlichkeit ein Forum zur Mitwirkung erhalten. Die nationalen Märkte sollen liberalisiert und wettbewerbsfähig gestaltet werden. Neue Herausforderungen sind im Rahmen des vierten Eisenbahnpakets zu erwarten. Verbleibende Engpässe sollen beseitigt und ein fairer diskriminierungsfreier Zugang und Wettbewerb zur Eisenbahninfrastruktur gewährleistet werden. Hierzu sind eine Reihe von europäischen Rahmenbedingungen in Vorbereitung, die zugleich die Interessen der Endverbraucher stärken sollen.

Die enge Zusammenarbeit zwischen den nationalen Eisenbahnregulierungsbehörden ist ein wichtiger Schritt hin zu einem wettbewerblichen Binnenmarkt. Themenfelder der IRG-Rail sind auch praktische Fragen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der neuen Schienengüterverkehrsverordnung und damit zusammenhängende Aspekte des wirtschaftlichen Gleichgewichts sowie die Marktbeobachtung. Hierzu wurden schon im Vorfeld der formalen Gründung in Arbeitsgruppen erste Beratungen und Untersuchungen

durchgeführt. Die fachliche Arbeit ist im Jahr 2017 auf vier Arbeitsgruppen und zwei Unterarbeitsgruppen verteilt: Access (Vorsitz durch die Bundesnetzagentur) (Unterarbeitsgruppe Access to Service Facilities, Co-Vorsitz durch die Bundesnetzagentur), Emerging Legislative Proposals in the Rail Sector (Co-Vorsitz durch die Bundesnetzagentur), Market Monitoring und Charges (Unterarbeitsgruppe Charges for Service Facilities). Die Arbeitsgruppen verfassen Stellungnahmen zu aktuellen europäischen Eisenbahnthemen, wie etwa einen Bericht zur Kooperation auf Schienengüterverkehrskorridoren, zur Überarbeitung der EU-Verordnung zur Schaffung eines europäischen Schienennetzes für einen wettbewerbsfähigen Güterverkehr oder zum Vierten Eisenbahnpaket.

Nach außen hin wird die IRG-Rail von der Vorsitzenden bzw. ihrem Stellvertreter repräsentiert. Im Rahmen ihrer Kommunikationsstrategie wurde außerdem ein Advisory Steering Committee eingerichtet, das sich jeweils aus dem derzeitigen Vorsitz und Vize-Vorsitz sowie dem Vorsitz des vorhergehenden Jahres zusammensetzt. Zusätzlich können auch weitere Mitglieder aus der IRG-Rail daran teilnehmen. Aufgaben des Advisory Committee sind bspw. das Monitoring der EU-Agenda, das Identifizieren zukünftig relevanter Themen für die IRG-Rail sowie die Funktion als zentrale Kontaktstelle.

3. Eisenbahnregulierung

Die Regulierung der Eisenbahn in Deutschland ist mit dem Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt worden (zu den Beratungen des Vorjahres *Stüer*, DVBl 2017, 295). Es hat die bisherige Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung und die Regelungen im AEG ersetzt. Das im September 2016 in Kraft getretene Gesetz, das die Richtlinie 2012/34/EU in nationales Recht umsetzt, soll die Grundlage für mehr Wettbewerb auf der Schiene bilden. Durch das Gesetz wurden unter anderem die Kompetenzen der Bundesnetzagentur erweitert und die Aufgaben der Monopolkommission hinsichtlich der Eisenbahnmärkte neu gefasst.

Zu den Zielen des Gesetzes zählen eine Verbesserung des Wettbewerbs auf den Eisenbahnmärkten sowie eine Stärkung der Bahn gegenüber anderen Verkehrsträgern. Mit der Neuregelung wurde insbesondere eine Preisobergrenzenregulierung für Trassenpreise eingeführt. Grundsätzlich ist eine solche Anreizregulierung ein geeignetes Instrument, um die Preissetzungsspielräume eines regulierten Unternehmens sinnvoll zu begrenzen. Verschiedene Aspekte der Ausgestaltung der neuen Anreizregulierung sprechen jedoch gegen eine kostendämpfende Wirkung auf die Eisenbahnmärkte. Erstens werden unternehmensspezifische Potenziale zur Produktivitätssteigerung, die individuell höher ausfallen kann als die gesamtwirtschaftliche Produktivitätssteigerung, nicht berücksichtigt. Zweitens können Kosten durch eine sogenannte qualifizierte Regulierungsvereinbarung der Anreizregulierung entzogen werden. Von dieser Regelung wird voraussichtlich nur die DB Netz AG profitieren. Drittens zeigt die Entwicklung der Stationsentgelte in den vergangenen Jahren, dass nicht nur die Trassenpreise, sondern auch die Stationsentgelte der Anreizregulierung unterworfen sein sollten, kommentierte die Monopolkommission die Neuregelungen.

Besitzer von Schienenwegen sollen daran gehindert werden, Trassenpreise willkürlich festzulegen, erläuterte *Wolfgang Krick* von der Beschlusskammer 10 der BNetzA (Bonn). Mit dem Gesetz wird die Entwicklung der Stationspreise an jene der Regionalisierungsmittel gekoppelt. Die bisherige Doppelkontrolle durch Gerichte wird durch eine Genehmigung der Preise durch die Bundesnetzagentur ersetzt. Daneben wird eine umfassende Anreizsetzung im Gesetz integriert. Die Trassenpreise können auch nach der Fahrzeugausrüstung mit dem Europäischen Zugbeeinflussungssystem ETCS differenziert werden. Von der Regelung werden aber regionale Infrastrukturbetreiber ausgenommen. Hinzu kommen Vorschriften bezüglich der Segmentierung des Marktes. Alle öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen müssen zukünftig Rahmenfahrpläne beschließen, das Trassenpreissystem ist der Bundesnetzagentur zur Genehmigung vorzulegen.

Das Verfahren zur Anreizsetzung der ersten Regulierungsperiode (2019–2023) lässt sich in drei Schritte gliedern: Bestimmung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten, Bestimmung der Obergrenze der Gesamtkosten und die Entgeltgenehmigung. Das Ausgangsniveau wird durch das Basisjahr und ggf. einer Kostenfortschreibung ermittelt. Die von der DB Netz AG mitgeteilten 6,1 Mrd. € sind von der BNetzA um 779 Mio. € auf 5,3 Mrd. € gekürzt worden. Die Kürzungen bezogen sich vor allem auf die Kapitalkosten (305 Mio. €) und die Fortschreibung (410 Mio. €). Die Obergrenze wird zunächst wesentlich durch Preisindex und Produktivitätsfaktor bestimmt. Die Entgeltgenehmigung für 2019 steht in den nächsten Monaten an. Die bisherigen Regelungen des AEG werden hierdurch konkretisiert, Anreize zur Kostensenkung und Mengenausweitung gegeben, der Aufwand bei der Kostenprüfung vermindert und Befreiungs- und Ausnahmemöglichkeiten erweitert, benannte *Krick* die Vorteile der Neuregelung. Zugleich stelle das ERegG aber auch neue Herausforderungen an die Beteiligten. Neben den verstärkt eröffneten neuen Diskussionsfeldern sei die Anreizsetzung für kleinere Betreiber und viele Ausnahmen mit einer sinkenden Vorhersehbarkeit nicht unproblematisch.

Aus der Sicht der DB Netz AG als dem regulierten Unternehmen ist diese Entwicklung nicht nur positiv zu bewerten. Denn mit der neuen Preisregulierung sind erhebliche Kürzungen verbunden, erläuterte *Dr. Ruben Diemo Etzold*, LL.M., von der DB Netz AG Frankfurt a.M. Im Rahmen der ersten Regulierungsperiode 2019–2023 würden die Inflations- und Produktionsfaktoren voraussichtlich immer negativ sein. Eine Anpassung der Obergrenze der Gesamtkosten könne durch eine qualifizierte Vereinbarung oder durch die Verfahren nach §§ 26, 27 ERegG erfolgen. Entsprechendes wurde bei der Festlegung der Obergrenze der Gesamtkosten für das Jahr 2019 allerdings nicht eingebracht.

4. Serviceeinrichtungen

Seit vielen Jahren sind die Serviceeinrichtungen ein Schlüsselbegriff für aufsichts-, zugangs- und entgeltrechtliche Fragestellungen. Man versteht darunter die Anlagen, unter Einschluss von Grundstück, Gebäude und Ausrüstung, um eine oder mehrere der in Anlage 2 Nr. 2 bis 4 des Eisenbahnregulierungsgesetzes genannten Serviceeinrichtungen erbringen zu können. Es fallen darunter Personenbahnhöfe, deren

Gebäude und sonstige Einrichtungen, einschließlich der Personenbahnsteige, der Zugangswege für Passagiere, der Zufahrtstraßen und des Zugangs für Fußgänger, Einrichtungen für die Anzeige von Reiseauskünften sowie geeigneter Örtlichkeiten für den Fahrscheinverkauf, Güterterminals einschließlich der Laderampen sowie der Zugangswege für Güte, einschließlich der Zufahrtstraßen, Rangierbahnhöfe und Zugbildungseinrichtungen einschließlich Rangiereinheiten, Abstellgleise, Wartungseinrichtungen mit Ausnahme von Leistungen im Rahmen der schweren Instandhaltung, die für Hochgeschwindigkeitszüge oder andere Arten von Fahrzeugen erbracht werden, die besonderer Einrichtungen bedürfen, andere technische Einrichtungen einschließlich Reinigungs- und Wascheinrichtungen, Hilfseinrichtungen, zu denen auch Zuführungsgleise und Verladeeinrichtungen für Autozugverkehre gehören, Einrichtungen für Brennstoffaufnahme sowie Bereitstellung von Brennstoffen in diesen Einrichtungen, deren Preis auf der Rechnung getrennt auszuweisen ist. Das gilt auch für Serviceeinrichtungen in See- oder Binnenhäfen. Die Aufzählung ist abschließend (OVG Münster, Beschl. v. 13.01.2011 – 13 B 1818/10 – DVBl 2011, 423), wie RA *Alexander W. Kirfel* (Dortmund) erläuterte.

Zusatzleistungen müssen erbracht werden, wenn sie zum Geschäftsbereich des Eisenbahninfrastrukturbetreibers gehören. Nebenleistungen wie etwa der Zugang zu Telekommunikationsnetzen, die Bereitstellung zusätzlicher Informationen, die technische Inspektion der Fahrzeuge, der Fahrscheinverkauf in Personenbahnhöfen sowie Leistungen im Rahmen der schweren Instandhaltung können erbracht werden. Seit dem Inkrafttreten des ERegG gehören auch die Serviceeinrichtungen zum Betrieb der Eisenbahninfrastruktur (§ 11 Abs. 1 AEG). Aus aufsichtsrechtlicher Sicht ist der Begriff der Serviceeinrichtungen nicht unbedingt identisch. Serviceeinrichtung könnte hier jede Eisenbahninfrastruktur sein, die nicht Strecke ist und in Anlage 2 Nr. 2–4 ERegG genannt ist oder dem Schutzzweck des § 11 AEG unterfällt und durch einen Dritten betrieben werden kann. Für die Entgeltbemessung für Serviceeinrichtungen gilt § 32 ERegG. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen haben die Möglichkeit, die Regulierungsbehörde anzurufen, wenn sie der Auffassung sind, durch Entscheidungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens diskriminiert oder auf andere Weise in ihren Rechten verletzt zu sein (§ 66 ERegG).

5. Planungsbeschleunigung

Die Zulassungsverfahren für Infrastrukturprojekte in Deutschland sind zu kompliziert und dauern zu lange, ist eine vielstimmig erhobene Klage nicht nur aus Politik und Wirtschaft. Dem nationalen Gesetzgeber sind allerdings vielfach die Hände gebunden, weil europarechtliche Vorgaben besonders einer UVP mit Öffentlichkeitsbeteiligung und die zum Teil hohen naturschutzrechtlichen Anforderungen aus dem europäischen Gebiets- und Artenschutz gelegentlich auch in Verbindung mit den wasserrechtlichen Anforderungen den Vorhabenträgern das Leben ganz schön schwer machen. Da bedarf es schon intelligenter Konzepte, die Planungen zu beschleunigen und in vergleichsweise kurzer Zeit belastbare Entscheidungsgrundlagen für den Ausbau der Verkehrsinfrastruktur zu schaffen. Die Eisenbahn ist hier kein Sonderfall,

sondern reiht sich in einen bunten Strauß vergleichbarer Probleme bei anderen Verkehrsprojekten ein.

Besonders greifbar sind die Probleme bei vielen beschädigten Brücken, die dringend durch Abriss und Neuaufbau instandgesetzt werden müssen. Das gilt nicht nur für die ca. 1.100 Eisenbahnbrücken, sondern auch für Autobahnbrücken wie die Leverkusener Rheinbrücke bei Köln, deren Bau inzwischen grünes Licht vom BVerwG erhalten hat (BVerwG, Urt. vom 11.10.2017 – 9 A 14.16 und 17.16 –) oder die Schiersteiner Brücke über den Rhein bei Mainz-Wiesbaden. Vielleicht kann hier die Plangenehmigung weiterhelfen, überlegten RAin *Lina Hantelmann* und RA *Dr. David Stadelmann* (Hamburg). Denn nur eine Änderung oder ein Neubau lösen eine Planfeststellungspflicht aus. Die Rechtsprechung ist durchaus instandsetzungsfreundlich, berichteten die Planungsrechtler mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung (OVG Berlin, Beschl. v. 08.02.1991 – 2 S 18.90 – DöV 1991, 700 – Berliner Mauer; VGH München, Urt. v. 09.12.2015 – 22 A 15.40025 – UPR 2016, 239: vollständige Erneuerung einer Eisenbahnstrecke; BVerwG, Urt. v. 24.09.1997 – 11 C 10.96 – NVwZ 1998, 1075: identischer Ersatzbau einer Brücke ohne Verbesserung der Tragkraft; OVG Bautzen, Urt. v. 05.03.2014 – 1 C 28/11 – DVBl 2014, 1416: Auswechslung von Anlagenteilen Schienen; OVG Münster, Urt. v. 29.09.2011 – 11 D 93/09.Ak – DVBl 2012, 36: Erweiterung des Fahrbahnquerschnitts durch Freigabe des Standstreifens).

Die Sache hat allerdings einen kleinen Haken: Eine Plangenehmigung kann nur erfolgen, wenn das jeweilige Vorhaben nicht UVP-pflichtig ist. Die Referenten setzten sich daher dafür ein, den Katalog der Vorhaben mit der Möglichkeit einer Plangenehmigung durch eine Änderung des § 18 AEG und einer Anlage 3 im Hinblick auf Instandhaltungsvorhaben zu erweitern. Die Gesetzesänderung könnte etwa lauten: »Betriebsanlagen einer Eisenbahn ... dürfen nur gebaut oder geändert werden, wenn der Plan vorher festgestellt worden ist; Vorhaben der Anlage 3 stellen keine Änderung im Sinne des Satzes 1 dar«. Zugleich wird vorgeschlagen, durch eine Änderung des UVPG die Plangenehmigung auch auf UVP-pflichtige Planungen zu erstrecken. Ob ein solcher Vorschlag allerdings wirklich zu einer erheblichen Verfahrensverkürzung führt, steht wohl noch dahin. Auch eine Planung von Eisenbahntrassen durch den Gesetzgeber (BVerfG, Beschl. v. 17.07.1996 – 1 BvF 2/93 – BVerfGE 95, 1 = DVBl 1997, 42 – Stendal; zu Investitionsmaßnahmengesetzen Stüer, DVBl 1991, 1333) steht vor erheblichen verfassungsrechtlichen Problemen.

6. Schienenlärmschutzgesetz

Nicht nur bei den Diskussionen um den »Eisernen Rhein« haben sich in der lärm betroffenen Bevölkerung erhebliche Widerstände vor allem gegen zu laute Güterwagen formiert. Dem hat der Gesetzgeber durch das SchlärmschG (vom 20.07.2017 BGBl I 2804) Rechnung getragen. Das Gesetz ist auf laute Güterwagen anzuwenden. »Laut« ist ein Güterwagen, der bei der Inbetriebnahme nicht den Anforderungen der EG-Verordnung Nr. 1304/2014 der Kommission vom 26.11.2014 über die technische Spezifikation für die Interoperabilität des Teilsystems »Fahrzeuge – Lärm« und weiterer

EU-Vorgaben entsprochen hat. Mit Beginn des Netzfahrplans 2020/2021 ist das Fahren oder Fahrenlassen von Güterzügen, in die laute Güterwagen eingestellt sind, auf dem deutschen Schienennetz verboten. Das Gesetz begrenzt hierdurch den zulässigerweise beim Betrieb von Güterwagen auf Gleisen entstehenden Schall auf das Maß von Güterwagen mit Komposit-Bremssohlen oder Scheibenbremsen. Das Gesetz dient dem Zweck der Lärmvermeidung an der Quelle statt einer Lärmbekämpfung. Umgerüstete Güterwagen sind bis zu 10 dB(A) leiser, was vom menschlichen Gehör als Halbierung des Lärms empfunden wird.

Burkhard Nette vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (Berlin) bezeichnete das Gesetz als wichtigen Schritt, den Schienenverkehrslärm gerade im Bereich der kritischen Gütertransporte zu begrenzen und den lärmbeeinträchtigten Bahnanliegern einen besseren Schutz zu gewähren. Zugleich hob *Nette* die flächendeckende Wirkung hervor und verwies darauf, dass keine Lärmschutzbauwerke mit nachteiliger gestalterischer Wirkung erforderlich seien. Zudem sei der finanzielle Aufwand wahrscheinlich geringer als baulicher Lärmschutz an allen lärmbelasteten Eisenbahnstrecken mit einer vermutlich besseren Kosten-Nutzen-Bilanz. Das neue Gesetz zeigt bereits seine Wirkungen: Der Anteil leiser Güterwagen als Folge von Neubeschaffung und Umrüstung hat sich deutlich erhöht und im Sommer 2017 die 50 %-Marke bereits überschritten.

7. Pünktlichkeitskomponenten

Die Bahn wird von vielen Bahnkunden als unpünktlich empfunden. Das ist, wenn überhaupt, allenfalls bedingt richtig. Denn das Auto als Konkurrenz kann mit genauen Pünktlichkeitsangaben jedenfalls auf längeren Strecken nicht dienen. Wer etwa mit dem Auto von Hamburg nach München unterwegs ist, kann die Fahrtdauer in der Regel wohl nur grob abschätzen. Geschwindigkeitsbegrenzungen, Baustellen und Verkehrsstatus oder Fahrtunterbrechungen sind nur einige der Ursachen, die eine Prognose der Reisedauer zu einem Glücksspiel werden lassen. Die Bahn schneidet in diesem Vergleich daher mit recht vorzeigbaren Werten ab. Etwas zeitaufwändiger kann es sich allerdings gestalten, wenn Anschlusszüge nicht erreicht werden. Hier sind gelegentlich auch schon einmal Verspätungen im Stundentakt vorprogrammiert. Aber das ist keinesfalls der Regelfall. Natürlich haben die Bahnkunden aber auch die Bahn ein Interesse daran, die Pünktlichkeit der Züge zu verbessern.

Die Pünktlichkeit lässt sich auf verschiedene Weise ermitteln und ist landesspezifisch definiert. Der Begriff der Verspätung des Fahrgastes ist hingegen europarechtlich festgelegt. Aus Verspätungen folgen für das Eisenbahnverkehrsunternehmen rechtliche Konsequenzen in Form von Ansprüchen der Fahrgäste auf Entschädigungen, Schadensersatz und tatsächliche Hilfeleistungen. Letztlich müssen solche Entschädigungen allerdings über den Fahrpreis vom Bahnkunden selbst bezahlt werden. Die Steigerung der Pünktlichkeit stellt allerdings ein wesentliches Ziel der Eisenbahnverkehrsunternehmen dar. Es bieten sich hierzu verschiedene Möglichkeiten zur Qualitätsverbesserung an: Urverspätungen sollten – begleitet von robusten Fahrpläne – vermeiden werden. Zugleich sollte die Betriebsführung optimiert werden, skizzierte *Prof. Dr. Nils*

Nießén (RWTH Aachen) die aus seiner Sicht bestehenden Lösungsmöglichkeiten.

8. Jahresrückblick Rechtsentwicklung im Eisenbahnrecht

Wie immer war einer der Glanzpunkte der Tagung der Jahresrückblick auf Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie das nicht zu überbietende Kuriositätenkabinett, das *Prof. Dr. Urs Kramer* (Universität Passau) präsentierte. Ein Lokführer erhält von einem psychisch kranken Menschen, dem er durch eine Notbremsung vor dem Suizid bewahrte, kein Schmerzensgeld – auch dann nicht, wenn er nach ähnlichen Vorfällen post-traumatische Belastungsstörungen erlitten hat (BGH, Urt. v. 29.11.2016 – VI ZR 606/15 – juris). Ein Lokführer, der zwei Haltesignale überfährt, die daraufhin ausgelöste Zwangsbremse aufhebt und dann mit seinem Güterzug mit einem anderen Güterzug kollidiert, unterläuft nur ein fahrlässiges »Augenblicksversagen«, das eine Bewährungsstrafe zulässt.

Auch Privatbahnen und private Kraftwerke sind »öffentliche Betriebe« i.S.d. § 316b Abs. 1 Nr. 2 StGB (OLG Köln, Urt. v. 26.08.2016 – 61 RVs 186/16 –). Das Anketten an die Gleise der Anschlussstrecke vom Braunkohletagebau zum Kraftwerk erfüllt so den Tatbestand der »Störung öffentlicher Betriebe«, selbst wenn die Kohlevorräte des Kraftwerkes während des Ankettenens noch gar nicht zur Neige gingen. Denn auch die Gleise, deren Nutzung gestört wurde, gehören zum Betrieb.

Das EBA hat für alle Güterwagen einer bestimmten Bauart ein Beladeverbot verhängt (sie dürfen nur unbeladen verkehren). Vor sechs Jahren war, wie erst jetzt entdeckt wurde, bei der Zulassung der Bauart ein Rechenfehler übersehen worden, wodurch die Längsträger der beladenen Flachwagen einige Zentimeter zu weit ins Gleis ragten. Der Halter meldete den Fehler selbst an das EBA, unterlag aber in dem von ihm angestregten Eilverfahren gegen das Verbot vor dem VG Köln.

Der Eigentümer der Transrapid-Versuchsanlage muss sich die Verwertungserlöse und Versicherungsleistungen vom Bundeszuschuss für die (niedrigeren) Rückbaukosten abziehen lassen (OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 22.02.2017 – 6 B 18/16 – juris).

Der Eilantrag eines Eisenbahnerlandwirtschaftsvereines auf die vorläufige Beibehaltung des Dienstpostens seines verbeamteten Geschäftsführers blieb erfolglos. Der Fortbestand dieser Sozialeinrichtungen für die früheren Staatsbahn-Beamten ist zwar seit der »Bahnreform« sogar gesetzlich garantiert. Es muss dabei aber nicht auf Dauer (und Kosten der DB AG) einen verbeamteten Geschäftsführer des Vereines geben. Die DB AG hat insofern vielmehr (wie bisher) ein weites Gestaltungsrecht (VG Köln, Beschl. v. 17.11.2016 – 18 L 1957/16 – juris). Die neuen Entflechtungsregeln im 4. Eisenbahnpaket - Was ändert sich für deutsche Unternehmen?, fragte *Prof. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker*, der Leiter des Instituts für Energie- und Regulierungsrecht, Berlin, zum Abschluss der Beratungen.

9. Von Regensburg nach Berlin und zurück

Die oberpfälzische Domstadt zeigte sich auch in diesem Jahr von ihrer besten Seite und bot wie in den beiden Vorjahren in

der Traditionsgaststätte »Leerer Beutel«, einem im Jahre 1598 errichteten Kornspeicher, im östlichen Teil der Altstadt zwei Gehminuten von der Kathedrale St. Peter entfernt, in der der spätere Papst Benedikt XVI. als Bischof residierte, alles auf, was Küche und Keller zu bieten hatten.

Die großen Herausforderungen für das EBA im technischen Bereich und für die BNetzA im Bereich der Marktkonsultation wird im kommenden Jahr zu einer spannenden Weiter-

entwicklung der Veranstaltung führen, auf die sich der Kreis der ERFT-Teilnehmer freuen kann. So wird der Veranstaltungsort jährlich wechseln und neben Regensburg insbesondere auch in Berlin stattfinden. Die Teilnehmer dürfen sich darauf freuen, gab *Kübling* doch einen Ausblick auf die weiteren Aktivitäten. Bereits bei seiner Begrüßungsansprache hatte er zugleich auf die neue vom BMVI beauftragte Datenbank zur Eisenbahnforschung verwiesen, die Ende Oktober online gehen soll (www.bmvi.de/eisenbahnforschung).

Buchbesprechungen

Thomas Wischmeyer, Überwachung ohne Grenzen. Zu den rechtlichen Grundlagen nachrichtendienstlicher Tätigkeit in den USA. 2017. 260 S. kt. Euro 68,00. Nomos, Baden-Baden. ISBN 978-3-8487-4025-3.

Eine nach Publikation der vorliegenden Schrift von der National Security Agency (NSA) vorgenommene Änderung ihres Überwachungsregimes scheint der vorliegenden Schrift in die Quere gekommen zu sein, weswegen ihr Autor in einem von ihm mit herausgegebenen »Verfassungsblog« dagegen anspricht und diese Reform zu relativieren sucht (Eintrag v. 29.04.2017). Das wäre jedoch gar nicht nötig gewesen, weil die Schrift von *Wischmeyer* auch unabhängig davon einen Mehrwert aufweist. 100 Seiten Text und 150 Seiten Dokumente vermitteln dem deutschen Leser einen komprimierten Eindruck von der (zumeist unter-verfassungsgesetzlichen) Rechtsstruktur der Tätigkeit der NSA. Das ist bitter notwendig, weil sich gerade die deutsche öffentliche und veröffentlichte Debatte durch einen recht überheblichen Ton gegenüber einer vermeintlich unterentwickelten amerikanischen Rechtskultur mit Blick auf nachrichtendienstliche Tätigkeiten auszeichnete. Die Ausführungen des Verfassers konnten von einem Aufenthalt an der New York University School of Law profitieren, der ihre Aussagekraft nur noch erhöht. In insgesamt vier Schritten eröffnet sich ein tiefer Blick in die rechtlichen Grundlagen nachrichtendienstlicher Tätigkeiten in den USA: »Die rechtliche Architektur der Massenüberwachung in den USA« (S. 21 ff.), »Das Schweigen der Justiz nach Snowdon« (S. 68 ff.), »Gesetzgeber und Verwaltung im verfassungsfreien Raum« (S. 86 ff.) und schließlich »Ausblick« (S. 99 ff.). Wichtig ist vor allem der erste Teil mit seinen sehr scharfen, dem deutschen System so nicht geläufigen Unterscheidungen von Strafverfolgung und nachrichtendienstlicher Tätigkeit, Daten und Metadaten, gezielter und ungezielter Überwachung, US-Staatsangehörigen und Nicht-Staatsangehörigen sowie Überwachung im Inland und im Ausland. Nach Lektüre des Buches von *Wischmeyer* stehen dem Leser nicht nur die mehr als unterschiedlichen Geheimdienstphilosophien plastisch vor Augen, dem Leser erschließen sich auch die engen Wechselwirkungen zwischen diesen Philosophien und ihren unterschiedlichen rechtlichen Grundierungen, verfassungsrechtliche Orientierung und

Dominierung im Falle Deutschlands, einfach- und untergesetzliche Normierung im Falle der USA. Fazit: Ein notwendiges, hoffentlich noch nicht zu spätes Buch!

Ministerialrat Dr. Michael Fuchs, M.A. Magister rer. publ., Berlin

Torben Westerhoff, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen. Zur Berücksichtigung einzelfallbezogener Gerechtigkeits- und Billigkeitserwägungen bei gesetzlich gebundenem Verwaltungshandeln. 2016. br. Euro 54,95. Verlag Peter Lang, Frankfurt. ISBN 978-3-631-67443-7.

Ein Rechtssatz besteht aus Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolg; es gibt gebundene Entscheidungen und es gibt Ermessensentscheidungen. Bei den Ermessensentscheidungen gehört zur sachgerechten Rechtsanwendung im Sinne einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung auch die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Bei gebundenen Entscheidungen dagegen ist die Rechtsfolge zwingend, Verhältnismäßigkeitsaspekte spielen bei der Rechtsanwendung keine Rolle; diese hat bereits der Gesetzgeber berücksichtigt: die Exekutive und die Judikative haben die vorgesehene Rechtsfolge hinzunehmen, ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann allenfalls – aber dann in scharfer Konsequenz – zur Nichtigkeit des Gesetzes führen.

Diese ehernen Grundsätze wurden und werden den Anwendern von Verwaltungsrecht von der ersten Stunde an eintrichtert und sie begleitet(en) sie ein Leben lang.

Inzwischen scheint aber die Rechtsprechung in bestimmten Fällen von diesen Grundsätzen abzurücken:

Einen Vorreiter spielt hier eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, GewArch 1991, 224) zur Gewerbeuntersagung. Diese ist – nach den Worten des Gerichts – dann, wenn sie zur Verhinderung der gewerblichen Tätigkeit eines unzuverlässigen Gewerbetreibenden erforderlich ist, generell nicht unverhältnismäßig (unangemessen). Nur in ganz extremen Fällen könne trotz der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden und der Notwendigkeit, ihm die