

## 5. Zwischenergebnis

In den Ländern wird der (grundlegende) Konnexitätsanspruch nicht ausgelöst, weil mit dem OZG nur Organisationsvorgaben einhergehen. Nicht unerwähnt bleiben soll, dass dieses Ergebnis von dem Verständnis über den Begriff der »Aufgabe« in der Konnexität abhängig ist und eine abweichende Begriffsauffassung vertretbar erscheint. Bei den Ländern Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern offenbarten sich, soweit ersichtlich, anhand des OZG deutliche und akute Schutzlücken zum Nachteil der Kommunen.<sup>112</sup> In den übrigen Ländern fallen die Vorgaben des OZG unter den Tatbestand der erweiterten Konnexitätsansprüche.<sup>113</sup> Nach hier vertretener Auffassung sind auch die tatbestandlichen Anforderungen an den Akt des Landesgesetzgebers erfüllt. Das Konnexitätsprinzip findet sodann, selbstredend unter Beachtung seiner landesrechtlichen Besonderheiten, Anwendung.

## VIII. Zusammenfassung

Nach eingehender Befassung mit den Gesetzgebungsverfahren zu Art. 91c Abs. 5 GG und dem OZG sowie dem Abgleich anhand der verfassungsrechtlichen Maßstäbe, zeigt sich, dass der Bundesgesetzgeber die Kommunen auf einem verfassungskonformen Weg mit den Verpflichtungen aus dem OZG in Anspruch nimmt: Die Kommunen werden trotz der Außerachtlassung im Wortlaut vom OZG erfasst. Ein womöglich anderlautendes Ergebnis, das einer »Besprechung der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 8. Dezember 2016«<sup>114</sup> entnommen wurde, vermag hieran nicht zu rütteln. Es hat keinen Niederschlag im Gesetzgebungsverfahren gefunden. Aufgaben-

übertragungsverbot und Selbstverwaltungsgarantie stehen der Verpflichtung der Kommunen nicht entgegen.

Die Beantwortung der Finanzierungsfrage im Verhältnis der Länder zu ihren Kommunen ist weitaus diffiziler. Das Durchdeklinieren anhand jeder einzelnen Tatbestandsvoraussetzung des Konnexitätsprinzips ist erforderlich. Damit die als wertvoll zu erachtenden Ziele und der ganzheitliche Ansatz des OZG verwirklicht werden, erscheint eine Vereinbarung von Ländern und Kommunen über die Bewältigung der auf der kommunalen Ebene entstehenden Kosten angezeigt. Als Vorbild für die zu treffende Vereinbarung kann der »eGovernment Pakt« zwischen dem Freistaat Bayern und den Kommunalen Spitzenverbänden gelten. Die zentralen Dienste des »BayernPortals« stehen den Kommunen kostenlos und dauerhaft zur Verfügung,<sup>115</sup> wodurch die Kostenfrage für die Kommunen offenbar zufriedenstellend beantwortet wurde. Einen Ausgleich für die anfallenden Kosten hat der Deutsche Landkreistag bereits gefordert.<sup>116</sup>

112 S. hierzu Fußn. 72.

113 Ebenso für Schleswig-Holstein S. Schulz (Fußn. 3), 194.

114 BR-Drucks. 814/16 (Beschluss), S. 26.

115 Vereinbarung zwischen dem Freistaat Bayern und den Kommunalen Spitzenverbänden, »eGovernment Pakt, Präambel. Einen ähnlichen Weg schlägt Schleswig-Holstein ein (s. die Medien-Information vom 19.07.2018 des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung). Zu Letzterem s. S. Schulz (Fußn. 3), 195 u. 196 f.

116 Beschluss des Präsidiums des Deutschen Landkreistages vom 09./10.01.2018, Digitalisierung der Verwaltung – jetzt!, S. 2: »Sofern die Verpflichtungen und Standards auch die Kommunen betreffen, müssen die daraus resultierenden Kosten ausgeglichen werden.«

# Regulatorische Kontrollansätze bei der Kapazitätsbewirtschaftung, bei Störungen und Nutzungsentgelten

## Bericht über die 24. Eisenbahnrechtliche Fachtagung vom 25. bis 26.09.2018 in Bonn\*

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

Die eisenbahnrechtlichen Fachtagungen haben eine lange Tradition. Was einst von den Eisenbahnrechtlern Prof. Dr. Willi Blümel (Speyer/Wilhelmsfeld) und Prof. Dr. Hans-Jürgen Kühlwetter (Köln) an der Verwaltungshochschule in Speyer vor 25 Jahren gegründet wurde und sich unter der Leitung von Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch in Tübingen fortsetzte, ist nach einem dreijährigen Aufenthalt in Regensburg nunmehr unter Leitung des Regulierungs-, Infrastruktur- und Planungsrechtlers Prof. Dr. Jürgen Kühling (Regensburg) und der BNetzA in Bonn angekommen. So trafen sich auch in diesem Jahr die Eisenbahnrechtler, um vor allem Regulatori-

sche Kontrollansätze bei der Kapazitätsbewirtschaftung, bei Störungen und Nutzungsentgelten zu erörtern.

\* 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; DVBl 2017, 1474. Zur Geschichte der Fachtagungen Stüer/Berka, DVBl 2004, 1326.

Vizepräsident der BNetzA *Dr. Wilhelm Eschweiler* (Bonn) konnte in seiner Begrüßungsansprache einen großen Bogen von Regensburg nach Bonn schlagen, indem er an die Worte von *Papst Benedikt XVI.*, dem ehemaligen Bischof von Regensburg, erinnerte, der seine Zeit an der Universität Bonn immer als sehr beglückend empfunden hat. Auch in diesem Jahr waren die Themen breit angelegt. Wie ein roter Faden stand dabei das Regulierungsrecht im Mittelpunkt der Debatte. Regulatorische Kontrollansätze bei der Kapazitätsbewirtschaftung, bei Störungen und Nutzungsentgelten waren dabei die Themenfelder, die für die fachkundigen Eisenbahnrechtler das Begreifen weckten. Die BNetzA hat in diesen Bereichen vor allem die Aufgabe, einen diskriminierungsfreien Wettbewerb und damit zugleich chancengleiche Marktbedingungen zu gewährleisten. Das schließt Vergabeverfahren und ein sachgerechtes Zusammenwirken von Güter- und Personenverkehr mit entsprechendem Ortsbezug im nationalen und internationalen Rahmen mit ein. Große Aufgaben ergeben sich nach den Worten des Vizepräsidenten etwa beim Bürokratieabbau sowie der Sicherung chancengerechter Wettbewerbsbedingungen, die zugleich durch stärkere Entflechtung zum Wohle der Bahnkunden ausgebaut werden müssten.

Auch *Jürgen Kühling* (Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht, Universität Regensburg) erinnerte an die Tradition der eisenbahnrechtlichen Fachtagungen und an die langjährige gute Zusammenarbeit auch mit der DB Netz AG und dem EBA. Zugleich versprach er für die Veranstalter, auch bei der Herbsttagung im kommenden Jahr wie gewohnt aktuelle eisenbahnrechtliche Themen aufzugreifen.

## I. Regulatorische Kontrollansätze bei der Kapazitätsbewirtschaftung

Mit einem interessengerechten Management der Verkehrsdienstleistungen bei Überlastung, Kapazitätsreserven bei Überlastung und der Schnittstelle von Schiene und Häfen wandten sich die Beratungen regulatorischen Ansätzen bei der Kapazitätsbewirtschaftung zu.

### 1. Interessengerechtes Management der Verkehrsdienste bei Überlastung?

Bei überlasteten Schienenwegen kann es durchaus zwischen verschiedenen Trassennutzern zu Konflikten kommen. Das gilt vor allem dann, wenn die Infrastruktur kaum verbessert wird, die Beteiligung nicht stark ausgeprägt ist und die Entscheidungen nicht transparent sind, erläuterte *Karl-Heinz Rochlitz* (Referat für Netzzugang) die Ausgangsprobleme. Konflikte können auch zwischen dem Personenverkehr und dem Güterverkehr auftreten, der von beteiligten Gemeinden durchaus als kritisch angesehen wird, wie etwa eine Petition des Kreises Ahrweiler zur Ahrtalbahn zeige. Nach § 55 Abs. 4 ERegG sind bei Trassenkonflikten der »gesellschaftliche Nutzen eines Verkehrsdienstes« (Art. 47 RL) und eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung im Nahverkehr« bedeutsam. Zugleich sind die Belange des Fernverkehrs aber auch die der Güterverkehrsdienste angemessen zu berücksichtigen.

Wenn die Nachfrage nach Trassen das mögliche Angebot übersteigt, gibt es allerdings wohl kaum befriedigende Lösungen, fügte der Referent der BNetzA hinzu – vor allem,

weil eine positive Entscheidung sich zugleich zulasten eines anderen Verkehrsdienstes auswirke. Hier könne wohl nur der verstärkte Ausbau der Infrastruktur eine wirksame Abhilfe schaffen. Zugleich sei die Politik gefordert, der Schiene vor allem durch eine stärkere finanzielle Förderung als gleichberechtigtem Verkehrsträger eine größere Bedeutung beizumessen und sie nicht nur als Nischen-Verkehrsträger ein Schattendasein fristen zu lassen.

### 2. Kapazitätsreserven für den Gelegenheitsverkehr

Neben dem Netzfahrplan sind auch einzelne Zugtrassen für einen Gelegenheitsverkehr/Ad-hoc-Verkehr zur Verfügung zu stellen. Formelle Voraussetzung für die Zuweisung von Schienenwegkapazität ist ein Antrag auf Zulassung von Kapazitäten bei dem betroffenen Betreiber der Schienenwege unter Angabe der begehrten Abfahrtszeit, der anzufahrenden Haltestellen sowie der Start- und Zielhaltestellen (§ 51 Abs. 1 Satz 1 ERegG). Schienenwegkapazität ist die Möglichkeit, für einen Teil des Schienenwegs für einen bestimmten Zeitraum Zugtrassen einzuplanen, wobei die praktische Leistungsfähigkeit des Schienenweges zu Grunde zu legen ist (§ 1 Abs. 17 ERegG). Eine Zugtrasse ist derjenige Teil der Schienenwegkapazität, der erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten verkehren kann (§ 1 Abs. 20 ERegG). Jeder Zugangsberechtigte hat das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanlagen für alle Arten von Schienengüterverkehrsdienstleistungen zu angemessenen, nicht-diskriminierenden und transparenten Bedingungen. Damit ist eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem und eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem unzulässig, erläuterte *Prof. Dr. Urs Kramer* (Universität Passau). Ein Betreiber der Schienenwege muss über Anträge außerhalb des Netzfahrplans auf Zuweisung einzelner Zugtrassen unverzüglich entscheiden, spätestens jedoch innerhalb von fünf Arbeitstagen. Ist die Bearbeitung besonders aufwändig, kann der Betreiber der Schienenwege von der vorgenannten Frist abweichen. Diese Fälle und abweichende Fristen muss er in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlichen (§ 56 Abs. 1 ERegG). Die europarechtlichen Vorgaben in Art. 48 RL 2012/34/EU beziehen sich auf Ad-hoc-Anträge und sind daher vom Wortlaut vielleicht sogar noch etwas enger. Der Betreiber der Schienenwege hat eine entsprechende Prüfungspflicht, ohne bereits auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt zu sein. Auch muss er nicht alle Kapazitätsreserven in Echtzeit darstellen. Allerdings soll er ggf. bestimmte Kapazitäten im Netzplan freihalten, um Engpässen vorzubeugen.

Im Vergleich mit den Nachbarländern verwies der Eisenbahnrechtler vor allem auf eine progressive Ausgestaltung der Stornierungsgebühren, um zu erreichen, dass nicht genutzte Trassen möglichst frühzeitig wieder freigegeben werden.

### 3. Schiene und Hafen – Lösungen für reibungsfreie Transporte zwischen Hafen und Hinterland

Die deutschen Häfen sind die führenden europäischen Eisenbahnhäfen, beschrieb *Dr. Iven Krämer* vom Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen der Freien Hansestadt Bremen die aus seiner Sicht erfreuliche Ausgangslage. Der seeseitige Containerumschlag in der Hamburg-Le Havre-Range zeige eine steigende Tendenz auf (2017: Hamburg 8,8 Mio. TEU, Bremerhaven 5,5 Mio. TEU). Angeführt werde die

Range durch Rotterdam (13,7 Mio. TEU) und Antwerpen (10,5 Mio. TEU) gefolgt von HAROPA (3,0 Mio. TEU) und Zeebrugge (1,5 Mio. TEU). Die Bremischen Häfen (Bremen/Bremerhaven) sind Teil der TEN-Korridore (North-Sea – Baltik; Orient-East – Mediterranean: Scandinavian, Mediterranean). Die auf das Jahr 1827 zurückreichende Hafentwicklung in Bremerhaven wird heute vor allem durch einen intensiven Containerumschlag (5,5 Mio. TEU), 2,2 Mio. Automobile vor allem der deutschen Automobilkonzerne und durch bedeutende Industrie-Cluster mit Produktionsstätten und Forschungseinrichtungen geprägt.

An einem reibungsfreien Transport müssten auf der Strecke die DB Netz AG als Betreiber von Schienenwegen, die BHE als Betreiber von Serviceeinrichtungen an der Schnittstelle von Hafen und Bahnhof sowie Eurogate, NTB und BLG als Betreiber von Serviceeinrichtungen im Bereich der Hafenterminals mitwirken. Der Zusammenarbeit zwischen diesen unterschiedlichen Playern stellte der Bremische Hafenschaftler vor dem Hintergrund des § 47 ERegG ein gutes Zeugnis aus. § 47 Abs. 9 ERegG legt dafür die Grundlage:

»Betreiber der Schienenwege und Betreiber von Serviceeinrichtungen sind verpflichtet, im Interesse einer wirksamen, aufeinander abgestimmten Nutzung der Kapazitäten bei der Zuweisung und Nutzung von Schienenwegkapazitäten und Kapazitäten in Serviceeinrichtungen zusammenzuarbeiten; dies gilt auch für Betreiber von einander angrenzenden Serviceeinrichtungen.«

## II. Regulatorische Kontrollansätze bei Störungen

Die Bahn ist zwar deutlich besser als ihr Ruf. Aber auch im Eisenbahnverkehr läuft natürlich nicht immer alles glatt und reibungslos. Der Schienenverkehr mit Baustellen sowie die Tauglichkeit des Anreizsystems der DB Netz AG 2019 bildeten die Schwerpunkte der Beratungen zu regulatorischen Kontrollansätzen bei Störungen.

### 1. Schienenverkehr mit Baustellen

Um das Baustellenmanagement zu verbessern, haben die Teilnehmer eines Runden Tisches am 28.02.2018 eine gemeinsame Erklärung mit vier Bausteinen verabschiedet. Sie bestehen aus einer Vereinbarung zwischen Bund und DB Netz zum kundenorientierten Bauen, einem Anreizsystem, einer Risikoverteilung zwischen dem Aufgabenträger und den Schienenpersonenverkehrsunternehmen und einer Verbesserung der Bauprozesse und der Kommunikation, erläuterte *Ludolf Kerkeeling* vom Netzwerk Europäische Eisenbahnen e.V. (NEE) (Berlin).

Dazu ist im Abschlussdokument festgehalten: »Die LK-Mitglieder stimmen darin überein, dass eine Lösung des Dissenses voraussichtlich nur im Genehmigungsverfahren bei der BNetzA gelingen kann. Gleichwohl sind sich alle Beteiligten einig, dass die Umsetzung der Vorschläge des Runden Tisches ohne weiteren Aufschub angegangen werden muss. Es wurde daher vereinbart, dass DB Netz mit dem vorgeschlagenen Modell das Genehmigungsverfahren bei der BNetzA anstößt.«

Die Entscheidung der BNetzA vom 31.08.2018 war allerdings negativ: Das Anreizsystem entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen, es sei eine Abstimmung mit den

Marktteilnehmern erforderlich. Allerdings seien Zahlungen der DB Netz aufgrund von Baumaßnahmen möglich.

Eine Lösung sieht *Kerkeeling* wohl nur in einer besseren Beteiligung und Kommunikation aller Beteiligten. Es müssten ausreichende Fahrplankapazitäten auch für den flexiblen Güterverkehr und nicht nur »Restkapazitäten« bereitgestellt werden. Die vorhandenen Netzkapazitäten seien auszunutzen. Auch im Störfall muss ein Minimum an Kapazität vorhanden sein, wie das Beispiel der 20 km langen Bahnstrecke zwischen Rastatt und Baden-Baden zeige. Hier war es im Zusammenhang mit Bauarbeiten an einem Tunnel zu Schienenverformungen und infolgedessen zu erheblichen technischen Störungen gekommen. Der ICE-Brand neben der A 3 auf der Hochgeschwindigkeitsstrecke Köln-Frankfurt im Westerwald bei Dierdorf hat zu einer immerhin fast einwöchigen Streckensperrung geführt. Auch für kurzfristige Trassenbestellungen müsse vorgesorgt werden.

### 2. Tauglichkeit des Anreizsystems der DB Netz AG 2019

Entgeltregulierungen sollen Anreize zur Minimierung von Störungen und zugleich zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten, erläuterte RA *Dr. Daniel Scholz* (Bremen) die Grundlagen des Anreizsystems. § 39 ERegG bestimmt dazu: Ein Betreiber der Schienenwege ist verpflichtet, den Zugangsberechtigten den Zugang zu Eisenbahnanlagen zu angemessenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Entgelten und Entgeltregelungen zu gestatten (1). Die Entgeltregelungen für die Schienenwegnutzung müssen durch leistungsabhängige Bestandteile den Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem jeweiligen Betreiber der Schienenwege Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten. Diese Regelungen können Vertragsstrafen für Störungen des Netzbetriebs, eine Entschädigung für von Störungen betroffene Unternehmen und eine Bonusregelung für Leistungen, die das geplante Leistungsniveau übersteigen, umfassen (2). Die Grundsätze der leistungsabhängigen Entgeltregelung nach Anlage 7 Nr. 2 gelten für das gesamte Netz eines Betreibers der Schienenwege (3). Abs. 2 gilt für Betreiber von Serviceeinrichtungen entsprechend (4). Diese Bindungen können allerdings bei Befreiungen entfallen (§ 2 Abs. 5 bis 7 ERegG).

*Scholz* sprach sich für die rasche Einführung eines kompletten Anreizsystems aus. Das Trassenpreissystem 2020 der DB Netz AG auf ihrem rd. 34.000 km langen Streckennetz könne nur genehmigt werden, wenn sichergestellt sei, dass das Anreizsystem bereits zum Beginn des Netzfahrplans 2020 vorhanden sei. Vorzugswürdig sei ein strukturierter Verhandlungsprozess der Beteiligten unter Aufsicht der BNetzA.

### III. Regulatorische Kontrollansätze bei Nutzungsentgelten

Die Nutzungsentgelte standen schon häufig im Zentrum der eisenbahnrechtlichen Fachtagungen. Man erinnere sich nur an verschiedene Beiträge von *Prof. Dr. Karsten Otte*, Leiter Abteilung Eisenbahnregulierung und komm. Vorsitzender der Beschlusskammer 10 (Eisenbahnen) der BNetzA (Bonn), aus den vergangenen Jahren (*Stüer*, DVBl 2015, 1502; *ders.*, DVBl 2017, 295). Aus aktuellem Anlass bestimmte zunächst

das EuGH-Urteil zu § 315 BGB die Debatte. Sodann folgte die Frage, in welcher Reichweite Rechtsschutz gegen Entgeltgenehmigungen besteht.

### 1. Folgen des EuGH-Urteils zu § 315 BGB – Rechtsschutz gegen alte Entgelte?

Auch im Eisenbahnrecht ist es schon seit langem eine Binsenweisheit, dass das Europarecht vor allem durch das Richtlinienrecht tiefgreifend in die nationalen Regelungen einwirkt. Das gilt auch für die Billigkeitsregelung in § 315 BGB. Die Regelung besagt: Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist (Abs. 1). Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht (Abs. 3 Satz 1). Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen (Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1). Die Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Infrastruktur in der Fassung der RL 2004/49/EG sieht jedoch nach Auffassung des EuGH eine solche Billigkeitsregelung nicht vor. Vielmehr sind ausschließlich die Ziele der Richtlinie verbindlich (EuGH, Urt. v. 09.11.2017 – C-489/15 – N&R 2018, 50 – CTL Logistics GmbH/DB Netz AG).

Vor diesem Hintergrund sah der EuGH eine zusätzliche Billigkeitsregelung, die sich nicht nur an den in der Richtlinie dargestellten Allgemeininteressen, sondern an den Interessen des jeweiligen einzelnen betroffenen Verkehrsunternehmens ausrichten konnte, mit dem Europarecht als nicht vereinbar an. Auch die frühere Rechtsprechung des BVerwG, wonach der gebotene umfassende Rechtsschutz durch staatliche Gerichte es von Verfassungs wegen im Grundsatz nicht gestattet, bei staatlich regulierten Entgelten sowohl eine verwaltungsgerichtliche als auch eine zivilgerichtliche Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit der Entgelte zugunsten derjenigen zu versagen, die diese zu entrichten haben, ist dadurch wohl in eine kleine Schiefelage geraten (BVerwG, Urt. v. 10.10.2002 – 6 C 8.01 – BVerwGE 117, 93 = DVBl 2003, 403 Rdnr. 39), erläuterte RA *Carl Friedrich Keding* (Magdeburg) die Rechtslage. Die zivilrechtliche Rechtsprechung hatte daher bisher die Auffassung vertreten, dass die Anwendung des § 315 BGB durch die Regelung des Richtlinienrechts nicht ausgeschlossen sei (OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 23.04.2013 – 11 U 84/11 [Kart] –). Zugleich wurde durch die EuGH-Entscheidung die Aufsicht der Regulierungsstelle bei Verhandlungen über die Entgelthöhe gestärkt.

Das EuGH-Urteil kann wegen der unmittelbaren Wirkung der RL auch Auswirkungen auf bereits gezahlte Entgelte haben, beschrieb *Keding* die Reichweite der Entscheidung und zeigte eine Reihe weiterer Problemfelder auf, in denen sich für die Praxis erhebliche Vollzugsprobleme stellen.

### 2. Reichweite des Rechtsschutzes gegen Entgeltgenehmigungen?

Gegen den Beschluss der BNetzA ist bei entsprechender Rechtsbetroffenheit Rechtsschutz zu den Verwaltungsgerichten möglich, erläuterte Dr. *Ruben Diemo Etzold* LL.M (Frankfurt am Main). Ist das Klageziel die Erteilung einer dem Antrag des

Schienenwegebetreibers entsprechenden, zuvor nicht antragsgemäß erteilten Genehmigung der Entgelte und Entgeltgrundsätze für die Erbringung des Mindestzugangspakets, ist hierfür die Verpflichtungsklage in Gestalt der Versagungsgegenklage die statthafte Klageart, mit der Folge, dass einstweiliger Rechtsschutz über § 123 Abs. 1 VwGO zu gewähren ist. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Regelung des § 46 Abs. 5 ERegG.

Das Verwaltungsgericht kann im Rahmen einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO nicht selbst vorläufige Entgelte und Entgeltgrundsätze für die Erbringung des Mindestzugangspakets festlegen. Es kann der Antragsgegnerin als Rechtsträgerin der Regulierungsbehörde nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO nur aufgeben, für die Zeit bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens eine vorläufige Entgeltgenehmigung zu erteilen bzw. – in Ermangelung einer Entscheidungsreife – über den nach § 46 Abs. 1 ERegG gestellten Antrag erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

Die im Rahmen des § 123 Abs. 1 VwGO vorzunehmende Folgenabwägung ergibt nicht, dass die den Schienenwegebetreibern bei Unterbleiben einer einstweiligen Anordnung drohenden Nachteile für den Fall, dass sie mit ihrer in der Hauptsache erhobenen Klage später ganz oder jedenfalls teilweise Erfolg hätten, die Nachteile – insbesondere für die betroffenen Zugangsberechtigten – überwiegen, die im umgekehrten Fall mit einer ihrem Antrag entsprechenden einstweiligen Anordnung einhergingen (OVG Münster, Beschl. v. 01.12.2017 – 13 B 676/17 – N&R 2018, 59).

Anders ist die prozessuale Lage, wenn ein Konkurrent sich gegen einen Entgeltbescheid wendet. Die richtige Klageart ist hier in der Hauptsache die Anfechtungsklage. Vorläufiger Rechtsschutz kann hier nur durch einen Antrag auf Anordnung der nach § 68 Abs. 4 Satz 1 ERegG gesetzlich ausgeschlossenen aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 1 VwGO erreicht werden. Das Konkurrenzverhältnis zu dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO wird im Ausgangspunkt durch § 123 Abs. 5 VwGO bestimmt. Hiernach finden die Vorschriften über den Erlass der einstweiligen Anordnung – subsidiär – nur dann Anwendung, wenn vorläufiger Rechtsschutz nicht nach §§ 80, 80a VwGO erreicht werden kann (BVerwG, Beschl. v. 01.04.1998 – 11 VR 13.97 – NVwZ 1998, 1070). Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des in der Hauptsache erhobenen Rechtsbehelfs nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 1 VwGO korrespondiert dabei mit der Regelung des § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO, wonach nur ein gegen einen belastenden Verwaltungsakt erhobener Anfechtungswiderspruch bzw. eine gegen ihn erhobene Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung entfalten.

Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist der Eilrechtsschutz allerdings nur erfolgreich, wenn die Interessen des Antragstellers als Drittbetroffener den Interessen des Bescheidempfangers vorgehen (OVG Münster, Beschl. v. 01.12.2017 – 13 B 721/17 –). Soweit ein Dritter am Verfahren nicht beteiligt worden ist, kann er innerhalb eines Jahres Anfechtungsklage erheben. Der Bescheidempfangers ist notwendig zu beteiligen.

Auch angesichts eines erheblichen Streitvolumens über mehrere Netzfahrplanperioden, was zu Marktverunsicherungen führen

könne, sprach sich der Leiter Zugangsrecht der DB Netz AG für zügige Rechtsschutzmöglichkeiten aus. Auch könne durch eine öffentliche Bekanntmachung mit Rechtsmittelbelehrung von einem Monat eine bessere Rechtssicherheit erreicht werden.

§§ 66 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 68 Abs. 3 ERegG sieht Beschwerden u.a. gegen Höhe und Struktur der Weegeentgelte sowie Nutzungsbedingungen vor. Eine nachträgliche Beschwerde ist allerdings unzulässig (BK 10-17-0288\_E).

Die Entgelte können von Amts wegen überprüft werden, wenn neue Tatsachen nach der Entgeltgenehmigung bekannt werden. Änderungen sind allerdings nur für die Zukunft möglich.

#### IV. 25. Eisenbahnrechtliche Fachtagung steht schon in den Startlöchern

Zum Abschluss der Fachtagung war klar: Die Eisenbahnrechtler Deutschlands, die sich bereits am Vortage zu einem

Meinungsaustausch beim Abendessen auf dem Rheinschiff »Moby Dick« getroffen hatten, freuen sich bereits jetzt auf ihr Treffen im Herbst 2019, um im Sinne ihrer unvergessenen Gründer *Blümel* und *Kühlwetter* sowie den ihnen nachfolgenden Eisenbahnrechtlern *Ronellenfitsch* und *Kübling* wie gewohnt aktuelle eisenbahnrechtliche Fragen zu besprechen. Bereits im Frühjahr 2019 lädt auch das Eisenbahnbundesamt (EBA) zu einer weiteren eisenbahnrechtlichen Fachtagung ein, die dann aber Schnittstellen zu technischen Fragen fokussieren soll. Die nächsten Eisenbahnrechtlichen Forschungstage, so wurde am Ende der Veranstaltung das Geheimnis »gelüftet«, sollen – voraussichtlich am 12. und 13.11.2019 – dann in Berlin stattfinden, und auch politische Aspekte (Stichwort: Verlagerung des Verkehrs auf die Schiene) adressieren. Im Jahr 2020 soll dann wieder die oberpfälzische Domstadt an der Donau der Veranstaltungsort sein. Diese »Standortrotation« soll gleichsam auch unterschiedliche Akzente in der thematischen Ausrichtung ermöglichen.

**Dieter Grimm, Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert.** Die Formationsphase. Jus Publicum Band 269. 2017. IX, 244 S. Euro 89,00. Mohr Siebeck, Tübingen. ISBN 978-3-16-155557-2.

Der Titel ist reizvoll. Er signalisiert einen Konflikt. Aber der Titel kann den flüchtigen Leser in zweifacher Hinsicht in die Irre führen. Wer sich an Fragen der Drittwirkung der Grundrechte, etwa an das Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198), erinnert sieht und sich vielleicht verwundert fragt, wie es um derartige Probleme in vorkonstitutioneller Zeit stand, wird enttäuscht sein. Um eine historische Grundrechtsdogmatik geht es bestenfalls am Rande. *Grimm* schreibt kein verfassungsdogmatisches Buch. Er interessiert sich allein für eine verfassungshistorische und insoweit auch verfassungspolitische Problem- und Entwicklungsgeschichte, deren Gegenstand das Verhältnis von Verfassung und Privatrecht ist. Den Themenbereich fasst er allerdings recht weit. Das Privatrecht ist für ihn das Recht der »Privaten« untereinander. Die zweite Irreführung besteht im gewählten Titel in der zeitlichen Dimension. Nicht das 19. Jahrhundert in seiner zeitlichen Gesamtheit wird betrachtet, sondern nur dessen erste zwei Jahrzehnte und – soweit die Auswirkungen der französischen Revolution einbezogen werden – geht der Blick auch in das ausgehende 18. Jahrhundert zurück. Der Zeitrahmen sind dreißig Jahre. Erfährt der Leser schließlich, dass das angezeigte Werk den Forschungsstand von 1979 hat, kann er geneigt sein, es zur Seite zu legen. Das soll er indes nicht tun, wenn er an einer künftigen Entschlüsselung der Frühzeit der Konstituierung des Verfassungsgedankens interessiert ist. *Grimm*, um dessen Habilitationsschrift es sich hier handelt, unter-

sucht den Zeitraum von der Französischen Revolution bis zum Beginn der deutschen Restauration, den man etwa auf 1820 datieren kann. Eingangs erklärt der Autor, aus welchen Gründen die 1979 fertig gestellte Schrift nicht alsbald veröffentlicht wurde. Ursprünglich war ein zweiter Band geplant. Dazu kam es nicht. Es ist das »bewegte« Leben dieses *public intellectual*, nachzulesen in dem »Wissenschaftsbiographischen Interview«, geführt und herausgegeben von *Christian Waldhoff*, *Oliver Lepsius* und *Matthias Roßbach* (Ich bin ein Freund der Verfassung, Verlag Mohr Siebeck, 2017). *Grimm* hat mit dem entschuldigenden Satz wohl Recht, die Arbeit sei nicht überholt. Nicht etwa, dass Geschichte per se zeitlos ist, aber die Perspektive habe sich – nach vorgenommener Selbstprüfung – nicht geändert, meint der Verfasser. Ist das aber wirklich so? Man mag es nicht so recht glauben. Der Rezensent beurteilt *Grimm* jedenfalls anders. Indes, darauf kommt es gar nicht an. Das Buch steht in seiner Analysekraft für sich selbst. Das ist entscheidend.

Die Grundrechte besaßen im 19. Jahrhundert »keine privat- oder strafrechtliche, sondern ausschließlich staats- und verwaltungsrechtliche Bedeutung«, schrieb *Gerhard Anschütz* 1912. *Grimm* wirft in seinen einleitenden Bemerkungen die Frage auf, wie dieses »Trennungsdenken« zu erklären ist und – vor allem – ob es auch inhaltlich zutrifft (S. 1 bis 37). Dazu skizziert er zunächst kurz die französische Ausgangslage in Umsetzung revolutionärer Zielsetzungen der Jahre 1789 ff., um sie den deutschen, vor allem den preußischen Reformanstrengungen des frühen 19. Jahrhunderts gegenüberzustellen. Zugleich betont *Grimm* die zentrale Gemeinsamkeit im Negativen, nämlich in der napoleonischen und der deutschen