



## Beschlusskammer 10

BK10-19-0057\_Z

### Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
von Amts wegen

betreffend die Betreiber und Eigentümer von Serviceeinrichtungen im Bundesgebiet,

Betroffene,

wegen der Gewährung einer Ausnahme gemäß Art. 15 Abs. 10 der Durchführungsvorordnung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen,

Hinzugezogene:

1. Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e. V. (VDV), Kamekestraße 37-39, 50672 Köln, vertreten durch den Vorstand,
2. Freistaat Thüringen, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft, Werner-Seelenbinder-Straße 8, 99096 Erfurt,
3. FlixTrain GmbH, Birketweg 33, 80639 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Hinzugezogenen zu 2.: Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr  
Schmidtstedter Straße 34  
99084 Erfurt

der Hinzugezogenen zu 3.: FlixMobility GmbH  
Birketweg 33  
80639 München  
vertreten durch die Geschäftsführung –

hat die Beschlusskammer 10 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,  
den Beisitzer Tobias Bühlmeier und  
den Beisitzer Wolfram Krick

auf die öffentliche mündliche Verhandlung vom 23.05.2019

am 07.06.2019

folgende **Allgemeinverfügung** beschlossen:

1. Es wird mit Wirkung ab dem 13.06.2019 eine Ausnahme von der Anwendung des Art. 15 der DVO (EU) 2017/2177 gewährt mit der Folge, dass zur behördlichen Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen auf bestehende Verfahren (derzeit: das Verfahren nach § 11 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes – AEG –) zurückzugreifen ist.
2. Die Gewährung der Ausnahme gemäß Ziffer 1. ist bis zum 30.09.2024 befristet.

### **Sachverhalt**

Die Europäische Kommission hat am 22.11.2017 die Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177, veröffentlicht am 23.11.2017 im Amtsblatt Nr. L 307/1 der Europäischen Union) erlassen. Art. 15 der DVO (EU) 2017/2177 regelt die behördliche Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen. Die vorgenannte Vorschrift gilt gemäß Art. 17 Satz 2 DVO (EU) 2017/2177 seit dem 01.06.2019 unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Bislang war die behördliche Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen in Deutschland in § 11 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes – AEG – geregelt. Serviceeinrichtungen, wie z.B. Rangierbahnhöfe, Güterterminals und Abstellgleise, werden für alle Verkehrsarten im Eisenbahnbereich benötigt; die verfügbaren Kapazitäten können bei bestimmten Serviceeinrichtungen knapp sein.

Die inhaltlichen Regelungen in der DVO (EU) 2017/2177 einerseits und in § 11 AEG andererseits unterscheiden sich deutlich. Ebenso gibt es Unterschiede bei der Frage der Behördenzuständigkeit. Nach Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 sind die darin enthaltenen Regelungen von der Regulierungsstelle – in Deutschland ist dies die Bundesnetzagentur, vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG – zu überwachen. Demgegenüber fallen Stilllegungen nach § 11 AEG in die Zuständigkeit der Eisenbahnaufsichtsbehörden, d.h. des Eisenbahn-Bundesamtes sowie der Eisenbahnaufsichtsbehörden der Länder, vgl. § 5 AEG.

Die Mitgliedstaaten sind allerdings nicht gezwungen, die Vorschriften des Art. 15 Abs. 1 bis 9 DVO (EU) 2017/2177 anzuwenden. Vielmehr können sie zur behördlichen Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen auf bestehende Verfahren zurückgreifen. In diesem Fall kann die Regulierungsstelle nach Art. 15 Abs. 10 Satz 2 DVO (EU) 2017/2177 Ausnahmen von der Anwendung des Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 gewähren.

Die Beschlusskammer hat am 29.04.2019 von Amts wegen ein Verfahren betreffend die Betreiber und Eigentümer von Serviceeinrichtungen im Bundesgebiet eröffnet, um die mögliche Gewährung einer Ausnahme im Sinne von Art. 15 Abs. 10 DVO (EU) 2017/2177 im Wege einer Allgemeinverfügung zu prüfen. Über die Verfahrenseröffnung hat die Beschlusskammer seit dem 29.04.2019 auf ihrer Internetseite und zusätzlich durch die Mitteilung Nr. 279/2019 in ihrem Amtsblatt Nr. 9/2019 vom 15.05.2019 informiert.

Die Beschlusskammer hat am 23.05.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung unter Teilnahme der betroffenen DB Netz AG, des Hinzugezogenen zu 1. und des Eisenbahn-Bundesamtes (EBA) durchgeführt. Wegen der Einzelheiten wird auf das diesbezügliche Protokoll verwiesen.

Bei der Beschlusskammer sind insgesamt drei schriftliche Stellungnahmen eingegangen.

Die betroffene Hamburg Port Authority AöR (HPA) trägt vor, bei Hafenbahninfrastrukturen handele es sich nach ihrem Verständnis um eine einheitliche, übergeordnete Serviceeinrichtung mit der Folge, dass Stilllegungsverfahren nur durchzuführen seien, wenn die Hafenbahn insgesamt ihren Betrieb einstelle. Rangierbahnhöfe, Zugbildungsanlagen, Abstellgleise, Wartungseinrichtungen sowie andere technische Einrichtungen, welche in der Regel ebenfalls zu Hafenbahninfrastrukturen zählten, würden durch den Begriff der Seehafenanlagen mit Schienenverkehr i.S.v. Anhang II Nr. 2 lit. g) der RL 2012/34/EU konsumiert. Dies gelte trotz des Umstands, dass diese Regelung nicht wortgleich in das ERegG übernommen worden sei.

Das Eisenbahn-Bundesamt (EBA) hebt hervor, es teile die in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 23.05.2019 geäußerte Auffassung der Beschlusskammer, dass mit dem Verfahren nach § 11 AEG zur Stilllegung von Serviceeinrichtungen ein nationales Verfahren bestehe, welches den Zielen des Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 Rechnung trage und zu einer effektiven behördlichen Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen führe. Das Verfahren regle ein infrastrukturen genaues Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und gewährleiste daher einen weitergehenden Schutz des Bestandes von Serviceeinrichtungen als das Verfahren zur Interessenbekundung nach Art. 15 Abs. 3 DVO (EU) 2017/2177. Deshalb begrüße das Eisenbahn-Bundesamt ausdrücklich die angekündigte Entscheidung der Beschlusskammer, das Verfahren nach § 11 AEG gegenüber dem in der Durchführungsverordnung vorgesehenen Stilllegungsverfahren für anwendbar zu erklären.

Das Eisenbahn-Bundesamt weise ergänzend darauf hin, dass sich das Verfahren nach § 11 AEG für die Stilllegung von Strecken, für die Stilllegung von zur Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhöfen und bei der mehr als nur geringfügigen Reduzierung der Streckenkapazität bereits bewährt und sich diesbezüglich eine gut funktionierende und durch die hierzu ergangene Rechtsprechung gefestigte Verwaltungspraxis etabliert habe. Insoweit befürworte das Eisenbahn-Bundesamt, dass diese Verwaltungspraxis auch auf Serviceeinrichtungen Anwendung findet und nicht ein zweites, bei einer anderen Behörde – nämlich der Regulierungsbehörde – anzustrebendes Verfahren mit anderen Maßstäben und Grenzen gesondert für Serviceeinrichtungen durchzuführen ist. Die Anwendung von § 11 AEG anstelle des Verfahrens nach der DVO (EU) 2017/2177 diene damit der Rechtssicherheit für die am Verfahren beteiligten Antragsteller und auch für die vollziehende Behörde. Es bleibe bei der Zuständigkeit einer Behörde, die seit langem mit der Durchführung von Stilllegungsverfahren und der Anwendung von § 11 AEG betraut sei. Ein einheitliches Verwaltungshandeln im Bereich der Stilllegung von Infrastruktur könne insoweit sichergestellt werden.

Die Beschlusskammer habe in der öffentlichen mündlichen Verhandlung in Aussicht gestellt, ihre Entscheidung in Form einer Allgemeinverfügung zu erlassen und diese bis zur Durchführung der Überprüfung nach Art. 16 der DVO (EU) 2017/2177 zu befristen.

Einer solchen Befristung stehe das Eisenbahn-Bundesamt kritisch gegenüber, da mit Ablauf der Frist erneut eine Unsicherheit über das anzuwendende Verfahren zur Stilllegung von Serviceeinrichtungen entstehen würde. Selbst wenn die Bewertung der Anwendung der Verordnung nach Art. 16 der DVO (EU) 2017/2177 zukünftig ergeben sollte, dass das nach Art.

15 vorgesehene europäische Interessenbekundungsverfahren zur Stilllegung von Serviceeinrichtungen in den Mitgliedstaaten, die dieses Verfahren anwenden, gut funktionere, so bestünden die materiellen Vorteile des § 11 AEG in Deutschland gegenüber dem europäischen Verfahren fort. Insbesondere bliebe es bei einer behördlichen Zuständigkeit und einem einheitlichen Verwaltungshandeln für Strecken und Serviceeinrichtungen nach den Regelungen des § 11 AEG. Insoweit erachte das Eisenbahn-Bundesamt eine Befristung der Allgemeinverfügung nicht für angezeigt.

Aus Sicht des Eisenbahn-Bundesamtes sei auch zu hinterfragen, ob für eine Entscheidung nach Art. 15 Abs. 10 DVO (EU) 2017/2177 über Ausnahmen von der Anwendung des Art. 15 eine Entscheidung durch die Bundesnetzagentur im Beschlusskammerverfahren die richtige Art und Weise sei.

Art. 15 Abs. 10 Satz 2 DVO (EU) 2017/2177 sehe zwar vor, dass die Regulierungsstelle Ausnahmen von der Anwendung dieses Verfahrens gewähren könne, allerdings werde dabei wohl nicht der Umstand berücksichtigt, dass die Aufgabe der Stilllegung in Deutschland bei einer anderen Behörde angesiedelt sei. Mit der Entscheidung der Bundesnetzagentur darüber, welches Verfahren zur Anwendung komme, komme es damit zwingend auch zu einer Entscheidung der Behördenzuständigkeit, welche aus Sicht des Eisenbahn-Bundesamtes vom BMVI getroffen werden sollte. Art. 15 Abs. 10 Satz 2 DVO (EU) 2017/2177 habe dieses nationale Problem nach der Auffassung des Eisenbahn-Bundesamtes hier nicht berücksichtigt und stelle allein auf die inhaltliche Frage „europäisches oder nationales Verfahren“ ab unter der Prämisse, dass jeweils die Regulierungsstelle zuständig wäre.

Als Vorsitzland im Länderausschuss Eisenbahnen und Bergbahnen (LAEB), welches die Stellungnahmen der Ländereisenbahnaufsichtsbehörden koordiniert, betont das Land Niedersachsen, die Anwendung der Durchführungsverordnung – insbesondere des Art. 15 DVO – berge eine Vielzahl von Problemen vor allem für die nichtbundeseigene Eisenbahninfrastrukturbetreiber (NE EIU), die neben ihren Schienenwegen auch Unterwegsbahnhöfe betrieben, die alle als Serviceeinrichtungen im Sinne des § 2 Abs. 9 AEG anzusehen seien. Das Verfahren nach § 11 AEG werde von der überwiegenden Mehrheit der Ländervertreter als wesentlich geeigneter angesehen, die Stilllegungsverfahren abzuwickeln als die Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177. Daher sei aus Sicht der Länder anstreben, dass zumindest für die o.g. Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) weiterhin die Regelungen des § 11 AEG Anwendung fänden. Gegen die Zulassung einer Ausnahme nach Art. 15 Abs. 10 DVO bestünden daher aus der Sicht der Mehrheit der Ländervertreter keine Bedenken.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

## Gründe

Es wird mit Wirkung ab dem 13.06.2019 eine Ausnahme von der Anwendung des Art. 15 der DVO (EU) 2017/2177 gewährt mit der Folge, dass zur behördlichen Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen auf bestehende Verfahren (derzeit: das Verfahren nach § 11 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes – AEG –) zurückzugreifen ist. Die Gewährung der Ausnahme ist bis zum 30.09.2024 befristet.

Die Entscheidung beruht auf Art. 15 Abs. 10 DVO (EU) 2017/2177. Nach dieser Vorschrift können die Mitgliedstaaten zur behördlichen Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen auf bestehende Verfahren zurückgreifen. In diesem Fall kann die Regulierungsstelle Ausnahmen von der Anwendung des Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 gewähren.

## **1 Handlungsform**

Die vorliegende Entscheidung ergeht in Form einer Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 Var. 1 VwVfG. Denn die Adressaten der Ausnahmegewährung sind – als nach Art. 15 Abs. 1 bis 9 DVO (EU) 2017/2177 Verpflichtete – die Betreiber und Eigentümer von Serviceeinrichtungen im Bundesgebiet. Es handelt sich hierbei um einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis im Sinne von § 35 Satz 2 Var. 1 VwVfG. Die Entscheidung betrifft gleichzeitig einen konkreten Sachverhalt, indem zwischen der Anwendbarkeit von § 11 AEG einerseits und Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 andererseits ausgewählt wird. Dies entspricht der Vorgabe des Art. 15 Abs. 10 Satz 2 DVO (EU) 2017/2177. Die Norm zielt dagegen nicht auf eine individuelle Ausnahmegewährung pro Serviceeinrichtung. Gegen ein solches Verständnis spricht bereits der Umstand, dass – unter Zugrundelegung der Vorgaben aus Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 – die Regulierungsstelle in Fällen, in denen kein Nutzungsinteresse von Seiten eines Antragstellers bekundet wird, keine Kenntnis von der beabsichtigten Stilllegung erhalten wird und derart ihr Gewährungsermessen praktisch gar nicht ausüben könnte.

## **2 Zuständigkeit, Verfahren und Bekanntmachung**

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus Art. 15 Abs. 10 Satz 2 DVO (EU) 2017/2177, § 77 Abs. 1 des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BEVVG. Der Gesetzeswortlaut ist diesbezüglich eindeutig; der Erwägung des Eisenbahn-Bundesamtes, dass die Frage der zuständigen Behörde vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur entschieden werden solle, ist deshalb vorliegend nicht weiter nachzugehen. Organisatorisch ist die Zuständigkeit behördenintern der Beschlusskammer 10 zugeordnet.

Die öffentliche mündliche Verhandlung im Sinne von § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG hat am 23.05.2019 stattgefunden.

Die Entscheidung ist mit der im Eisenbahnbereich tätigen Abteilung der Bundesnetzagentur abgestimmt worden.

Die vorliegende Allgemeinverfügung wird gemäß § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG öffentlich bekannt gegeben, da eine Bekanntgabe an die Betroffenen untunlich ist. Der Beschluss wird dazu mit seinem verfügenden Teil im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom 12.06.2019 öffentlich bekannt gemacht. Gemäß § 41 Abs. 4 Satz 2 VwVfG wird darin angegeben, dass der Verwaltungsakt auf der Internetseite der Bundesnetzagentur und im Original bei der Beschlusskammer eingesehen werden kann.

Zudem wird im Rahmen der Veröffentlichung gemäß § 41 Abs. 4 Satz 4 VwVfG bestimmt, dass der Beschluss an dem auf die öffentliche Bekanntmachung folgenden Tag, also am 13.06.2019, als bekannt gegeben gilt. Die geringe Länge der Frist zwischen öffentlicher Bekanntmachung und Geltung der Bekanntgabe beruht auf dem von den Marktteilnehmern einheitlich geäußerten Bedürfnis nach rascher Rückkehr zum bewährten nationalen Verfahren. Vor dem Hintergrund des transparent geführten Beschlusskammerverfahrens sieht die Kammer nicht, dass betroffene Unternehmen mit dieser Fristbestimmung „überrumpelt“ würden.

## **3 Gewährung einer Ausnahme**

Die Bundesnetzagentur gewährt eine Ausnahme von der Anwendung des Art. 15 der DVO (EU) 2017/2177.

### 3.1 Tatbestand

Spezielle tatbestandliche Voraussetzungen für die Ausnahmegewährung durch die Regulierungsstelle sind dem Art. 15 Abs. 10 DVO (EU) 2017/2177 nicht zu entnehmen.

So ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die Bundesnetzagentur als Regulierungsstelle erst nach vorgängigen Maßnahmen des Mitgliedstaates tätig werden dürfte. Soweit in Art. 15 Abs. 10 Satz 1 DVO (EU) 2017/2177 die Rede davon ist, dass die Mitgliedstaaten zur behördlichen Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen auf bestehende Verfahren zurückgreifen können, erläutert dies in klarstellender Weise den Sinn und Zweck sowie die Rechtsfolge einer Ausnahmegewährung durch die Regulierungsbehörde nach Satz 2 der Vorschrift, begründet aber keine eigenständige Handlungsermächtigung für sonstige Organe des Mitgliedstaates. Es ist namentlich nicht zu erkennen, welches Organ dies sein sollte bzw. weshalb es einer zusätzlichen Maßnahme neben derjenigen der Regulierungsstelle bedürfte.

Die für die Entscheidung der Regulierungsstelle maßgeblichen Erwägungen sind im Rahmen der pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens anzustellen.

### 3.2 Ermessenserwägungen

Nach Art. 15 Abs. 10 Satz 2 DVO (EU) 2017/2177 kann die Regulierungsstelle Ausnahmen von der Anwendung des Artikels gewähren. Die Gewährung der Ausnahme liegt daher im Ermessen der Bundesnetzagentur. Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie es gemäß § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

#### 3.2.1 Zweck der Ermächtigung

Art. 15 Abs. 10 DVO (EU) 2017/2177 entspringt – so das Verständnis der Beschlusskammer – dem Gedanken der Subsidiarität und stellt dementsprechend den Mitgliedstaaten anheim, an eingeführten und bewährten nationalen Verfahren zur behördlichen Kontrolle der Stilllegung von Serviceeinrichtungen festzuhalten.

#### 3.2.2 Eignung und Erforderlichkeit

Die Gewährung einer Ausnahme nach Art. 15 Abs. 10 Satz 2 DVO ist geeignet und erforderlich, um diesen Zweck zu erreichen. Insbesondere ist ein milderes Mittel mit gleicher Wirksamkeit nicht zu erkennen.

#### 3.2.3 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Ausnahmegewährung ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie hat keine unangemessenen Folgen für sonstige öffentliche oder private Belange. Dies gilt namentlich sowohl für die von der DVO (EU) 2017/2177 verfolgten öffentlichen Interessen als auch für den Schutz von Berufsausübungsfreiheit und privatem Eigentum.

##### 3.2.3.1 Öffentlicher Belang: Nutzung optimieren und Funktionserhalt

Hinsichtlich der Ziele, welche die DVO (EU) 2017/2177 mit der Etablierung des unionsrechtlichen Stilllegungsverfahrens verfolgt, ist insbesondere deren Erwägungsgrund 18 von Interesse:

*„Um die vorhandenen Einrichtungen optimal zu nutzen, sollte der Betrieb von Einrichtungen, die für mindestens zwei Jahre nicht genutzt wurden, zur Vermietung oder zum*

*Leasing ausgeschrieben werden, wenn ein Eisenbahnunternehmen ein auf nachgewiesenem Bedarf beruhendes Interesse an der Nutzung einer solchen Einrichtung bekundet. [...]“*

Über das Ausschreibungs- und Verhandlungserfordernis als der zentralen Komponente des Stilllegungsverfahrens soll also die Nutzung vorhandener Einrichtungen optimiert werden. Das Prinzip einer möglichst effizienten Kapazitätsbewirtschaftung liegt im Übrigen auch den Bestimmungen über die Antragstellung und das Verfahren zur Kapazitätszuweisung nebst den damit zusammenhängenden Rechtsbehelfen in den Art. 8 bis 14 DVO (EU) 2017/2177 zugrunde.

Letzten Endes zielt das Stilllegungsverfahren allerdings nicht nur auf eine Nutzungsoptimierung, sondern auch und insbesondere auf den damit einhergehenden Nutzungserhalt ab. Dementsprechend besteht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch das Ziel des Stilllegungsverfahrens nach § 11 AEG darin, die Verkehrsfunktionen einer bestehenden Eisenbahninfrastruktur – insbesondere auch in der Fläche – zu erhalten (vgl. BVerwG, Urteil 3 C 2/15 v. 25.05.2016, Rz. 16f. und 21 – Sulingen, und BVerwG, Urteil 3 C 21/16 v. 05.07.2018, Rz. 30 – Stuttgart; siehe ferner BT-Drs. 14/8176, S. 4).

Bei der vorliegenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist deshalb zu fragen, ob ein möglicher Verzicht auf die Anwendbarkeit des DVO-Stilllegungsverfahrens und die damit wieder in Kraft tretende Anwendbarkeit des AEG-Stilllegungsverfahrens negative Auswirkungen auf das vorgenannte Ziel eines Funktionserhalts hätte. Dazu sind die Charakteristika der beiden Verfahren gegenüberzustellen.

### **3.2.3.1.1 Stilllegungsverfahren nach § 11 AEG**

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 AEG sind Betreiber von Schienenwegen und Betreiber von Serviceeinrichtungen zum Betrieb ihrer Eisenbahninfrastruktur verpflichtet. Der Einbezug der Betreiber von Serviceeinrichtungen in die Regelung erfolgte in Umsetzung des Art. 13 Abs. 6 RL 2012/34/EU zum 02.09.2016.

Die Einstellung des Betriebs von Serviceeinrichtungen ist damit ebenfalls seit dem 02.09.2016 genehmigungspflichtig. Genehmigungsbehörden sind die Aufsichtsbehörden, also das EBA oder die jeweilige Landeseisenbahnaufsicht (vgl. § 5 AEG).

Die beantragte Stilllegungsgenehmigung ist zu versagen, wenn dem Betreiber der Betrieb der Serviceeinrichtung weiterhin zugemutet werden kann und/oder Verkaufs- bzw. Verpachtungsverhandlungen nicht als gescheitert anzusehen sind (§ 11 Abs. 4 i. V.m. Abs. 1 Satz 3 AEG).

Ist dem Betreiber der Weiterbetrieb der Serviceeinrichtung unzumutbar und sind zudem Verkaufs- bzw. Verpachtungsverhandlungen gescheitert, kann die beantragte Stilllegungsgenehmigung gleichwohl unter Berücksichtigung verkehrlicher und wirtschaftlicher Kriterien versagt werden (§ 11 Abs. 2 und 3 AEG). Eine solche Versagung ist allerdings höchstens für die Dauer von einem Jahr möglich (§ 11 Abs. 5 AEG) und löst eine Kostenersatzpflicht aus (§ 11 Abs. 3 Satz 2 AEG). Andernfalls ist die beabsichtigte Stilllegung zu genehmigen. Bei Untätigkeit der Behörde binnen einer Frist von drei Monaten ab Antragstellung gilt die Genehmigung als erteilt (§ 11 Abs. 3 Satz 1 AEG).

Die Stilllegungsabsicht ist vom Betreiber der Serviceeinrichtung vorab in gesetzlich näher bestimmten Informationsmedien zu veröffentlichen (§ 11 Abs. 1a) AEG). Im Falle von Serviceeinrichtungen kann die zuständige Aufsichtsbehörde bei einem Antrag auf dauernde Einstellung des Betriebes entscheiden, dass eine Bekanntgabe entbehrlich ist, wenn die Serviceeinrichtung in den letzten 24 Monaten vor der geplanten Betriebseinstellung nicht zweckentsprechend genutzt wurde und kein Antrag auf Nutzung gestellt oder eine entsprechende Absicht dem Betreiber bekannt ist (§ 11 Abs. 1 Satz 5 AEG).

Der vom Gesetzgeber angestrebte Funktionserhalt soll also dadurch erreicht werden, dass der Betreiber zum Weiterbetrieb gezwungen werden kann bzw. – sollte ihm dies unzumutbar sein – zumindest Dritten die Möglichkeit eröffnet wird, den Betrieb der betroffenen Serviceeinrichtung zu übernehmen. Im letztgenannten Fall kann eine Versagungsentscheidung Übernahmeabsichten Dritter dadurch unterstützen, dass begrenzt zusätzliche Zeit etwa zur Klärung von Finanzierungsfragen gewonnen wird. Mit der bis zur Genehmigung andauernden Betriebspflicht wird namentlich verhindert, dass – wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil 3 C 51/06 v. 25.10.2007, Rz. 21ff., Hunsrückbahn, ausgeführt hat – die Zugangsrechte Dritter ausgehöhlt werden. Eine Sperrung der Einrichtung aus Betriebsgründen außerhalb eines Genehmigungsverfahrens ist dem Betreiber damit nicht erlaubt.

### **3.2.3.1.2 Stilllegungsverfahren nach Art. 15 DVO (EU) 2017/2177**

Auch die Regelungskonzeption in Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 beruht darauf, dass interessierten Marktteilnehmern die Möglichkeit gegeben werden soll, eine Serviceeinrichtung, an deren Weiterbetrieb der bisherige Betreiber kein Interesse mehr hat, selbst zu übernehmen.

Zentrale Vorschrift der EU-Konzeption ist Art. 15 Abs. 1 DVO (EU) 2017/2177. Danach werden Serviceeinrichtungen, die für mindestens zwei aufeinanderfolgende Jahre nicht genutzt wurden, für Interessenbekundungen freigegeben und zum Leasing oder zur Vermietung ausgeschrieben. Der Zweijahreszeitraum beginnt an dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem in der betreffenden Serviceeinrichtung zum letzten Mal eine schienenverkehrsbezogene Leistung erbracht wurde (Art. 15 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177).

Antragsteller, die ein Interesse an der Nutzung der Serviceeinrichtung haben, teilen ihr Interesse dem Betreiber der Serviceeinrichtung mit und setzen die Regulierungsstelle unverzüglich davon in Kenntnis (Art. 15 Abs. 3 S. 1 DVO (EU) 2017/2177).

Soweit sich der Betreiber weder zum Weiterbetrieb bereiterklärt noch das Andauern eines Umstellungsprozesses (also ein Entwidmungsverfahren nach § 23 AEG, vgl. Art. 3 Nr. 9 DVO (EU) 2017/2177 i. V. m. Erwägungsgrund 18 DVO (EU) 2017/2177) geltend gemacht hat, macht der Eigentümer der Serviceeinrichtung ein Leasing- oder Vermietungsangebot bekannt. Interessierte Marktteilnehmer haben mindestens 30 Tage Zeit, ein Angebot zu unterbreiten (Art. 15 Abs. 7 Satz 3 lit. d DVO (EU) 2017/2177).

Der Eigentümer wählt einen Bewerber aus und unterbreitet ihm unverzüglich ein angemessenes Angebot zum Leasing oder zur Vermietung (Art. 15 Abs. 9 DVO (EU) 2017/2177).

Die Regulierungsstelle ist an dem Verfahren in der Weise beteiligt, dass ihre Mitteilungen über das Nutzungsinteresse von Antragstellern (Art. 15 Abs. 3 DVO (EU) 2017/2177), über die Geltendmachung eines Umstellungsprozesses (Art. 15 Abs. 6 DVO (EU) 2017/2177) und über die Bekanntmachung des Leasing- oder Vermietungsangebots (Art. 15 Abs. 7 DVO (EU) 2017/2177) zu machen sind. Zudem hat sie besondere Prüfungsrechte in Bezug auf einen geltend gemachten Umstellungsprozess. Schließlich wird die Regulierungsbehörde darauf hinwirken können (etwa per Maßnahmen nach § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG), dass die vorgenannten Verfahrensvorschriften eingehalten werden. Materiell begründete Genehmigungs- bzw. Versagungsbefugnisse stehen der Regulierungsbehörde allerdings nicht zu.

### **3.2.3.1.3 Gegenüberstellung § 11 AEG und Art. 15 DVO (EU) 2017/2177**

Bei einem Vergleich der Regelungen in § 11 AEG einerseits und Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 andererseits zeigen sich eine Reihe von Gesichtspunkten, bei denen das AEG-Verfahren im Hinblick auf das von den gesetzlichen Regelungen beabsichtigte Ziel besser als das DVO-Verfahren abschneidet.

Während das Ziel "Transparenz für den Markt" vom AEG-Verfahren und vom DVO-Verfahren gleichermaßen gut erfüllt wird, weist das AEG-Verfahren deutliche Vorteile bei den Punkten



"Fortbestehen einer Betriebspflicht", "Transparenz für den Staat", "Überprüfung der Zumutbarkeit eines Weiterbetriebs", „Erhöhung der Chance zum Weiterbetrieb durch Zeitgewinn“, "Rechtssicherheit" und "Konsistenz mit den Verfahren für Streckenstilllegungen" auf. Hierzu im Einzelnen:

#### Bestehen einer dauerhaften Betriebspflicht bis zum Abschluss eines Stilllegungsverfahrens

Für die praktische Ausübbarkeit von Zugangsrechten ist es bedeutsam, dass der Betrieb einer Serviceeinrichtung erst nach Abschluss eines Stilllegungsverfahrens eingestellt werden kann. Dies wird durch die im AEG enthaltenen Regelungen gewährleistet, denn nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AEG sind die Betreiber von Serviceeinrichtungen zum Betrieb ihrer Eisenbahninfrastruktur verpflichtet.

Dagegen enthält Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 keine dem § 11 Abs. 1 Satz 1 AEG vergleichbare Bestimmung, wonach der Betreiber einer Serviceeinrichtung zu deren Betrieb verpflichtet ist. Auch in den übrigen Bestimmungen des europäischen Eisenbahnrechts, insbesondere in den sonstigen Teilen der DVO (EU) 2017/2177 und der RL 2012/34 (EU), ist die Normierung einer Betriebspflicht für Serviceeinrichtungen nicht erkennbar.

Ob den DVO-Vorschriften eine Betriebspflicht durch Auslegung zu entnehmen ist, erscheint zweifelhaft:

Auf der einen Seite kann in Anlehnung an das Hunsrückbahn-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, a. a. O.) argumentiert werden, dass zum Schutz der Zugangsrechte Dritter Serviceeinrichtungen bis zu einer etwaigen Stilllegung im betriebsfähigen Zustand zu halten sind. Auch würde die Verpflichtung zur Durchführung von Bekanntmachung und ggf. Ausschreibung nach zweijähriger Nichtnutzung ansonsten ohne weiteres durch vorherige Stilllegungen oder durch Einmalnutzungen, die einen erneuten Fristenlauf auslösen würden, unterlaufen werden können. Der Erhalt der Verkehrsfunktion würde damit gerade nicht gewährleistet.

Auf der anderen Seite spricht Art. 15 Abs. 3 Satz 3 DVO (EU) 2107/2177 von der „Wiederaufnahme“ des Betriebs. Zudem geht das BVerwG im Stuttgart-Urteil davon aus, dass die zugrunde liegende Richtlinienorm des Art. 13 Abs. 6 es dem Eigentümer erlaube, innerhalb der Zweijahresfrist die Einrichtung anderweitig zu verwerten und zu beseitigen (BVerwG, Urteil 3 C 21/16 v. 05.07.2018, Rz. 46).

Nicht angängig erscheint es jedenfalls, bei Geltung der DVO-Vorschriften eine Betriebspflicht aus § 11 Abs. 1 Satz 1 AEG herzuleiten. Es spricht viel dafür, dass diese Norm, solange nach Art. 15 Abs. 10 DVO (EU) 2017/2177 keine Ausnahme gewährt worden ist, aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts nicht anwendbar ist. Denn Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 regelt die Frage nach der Stilllegung von Serviceeinrichtungen sehr detailliert, so dass die Regelung als abschließend zu verstehen ist.

Insgesamt kann damit nur die Anwendung des AEG-Verfahrens eine Betriebspflicht mit hinreichender Klarheit begründen.

#### Transparenz für Marktteilnehmer

Für die Teilnehmer des Eisenbahnverkehrsmarktes ist es bedeutsam, dass sie von der Absicht eine Serviceeinrichtung stillzulegen, erfahren. Denn dann besteht sowohl nach der AEG-Konzeption als auch derjenigen der DVO (EU) 2017/2177 die Möglichkeit, den Betrieb von Serviceeinrichtungen in Eigenregie fortzuführen.

Die hierzu notwendige Transparenz wird durch beide Regelungen gewährleistet. Selbst im Falle von § 11 Abs. 1 Satz 5 AEG, in dem die zuständige Aufsichtsbehörde bei einem Antrag auf dauernde Einstellung des Betriebes einer Serviceeinrichtung unter bestimmten Voraussetzungen entscheiden kann, dass eine Bekanntgabe nach Absatz 1a entbehrlich ist, informiert in der Verwaltungspraxis das EBA auf seiner Internetseite über die Stilllegungsabsicht.

Die DVO (EU) 2017/2177 gewährleistet die notwendige Transparenz durch verschiedene Veröffentlichungs- und Informationspflichten, enthalten in Art. 15 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 Satz 2 und Abs. 7 DVO. Eine entsprechende Verwaltungspraxis müsste sich noch herausbilden.

#### Transparenz für die zuständigen Behörden

Das Stilllegungsverfahren nach § 11 AEG ist als Genehmigungsverfahren konzipiert. Es stellt damit ohne weiteres hinreichende Transparenz für die zuständigen Aufsichtsbehörden sicher.

Dieses Ergebnis kann auch durch die Regelungen der DVO (EU) 2017/2177 erreicht werden, denn nach Art. 15 Abs. 7 DVO (EU) 2017/2177 veröffentlicht der Eigentümer einer Serviceeinrichtung in seinem Webportal eine Bekanntmachung über das Leasing oder die Vermietung der betreffenden Serviceeinrichtung und setzt insbesondere die Regulierungsstelle davon in Kenntnis. Dies gilt allerdings nur, sofern vorgängig ein Antragsteller ein Nutzungsinteresse bekundet hat. Liegt keine Bekundung vor, erfährt auch die Regulierungsstelle nicht von der beabsichtigten Stilllegung. Insoweit fällt die Regelung in der DVO (EU) 2017/2177 hinter diejenige im AEG zurück.

#### Überprüfung, ob dem Betreiber der Weiterbetrieb zugemutet werden kann

In dem Stilllegungsverfahren nach § 11 AEG wird geprüft, ob dem Betreiber der Serviceeinrichtung der Betrieb weiter zugemutet werden kann. Eine derartige Prüfung ist in dem entsprechenden Verfahren nach Art. 15 DVO nicht angelegt. Folge der behördlichen Kontrolle im DVO-Verfahren kann somit auch nicht – wie es bei dem AEG-Verfahren der Fall ist – die Verpflichtung des Betreibers der Serviceeinrichtung zum Weiterbetrieb bei entsprechender Zumutbarkeit sein. Bei der Gegenüberstellung von § 11 AEG und Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 zeigt sich insofern ein Vorteil der AEG-Regelungen.

#### Erhöhung der Chance zum Weiterbetrieb durch Zeitgewinn

Bei einer Versagung der Stilllegungsgenehmigung nach § 11 Abs. 2 und 3 AEG wird zusätzliche Zeit dafür gewonnen, den Betrieb der Serviceeinrichtung auf ein anderes Unternehmen zu übertragen und dadurch ihren Weiterbetrieb sicherzustellen. Die Versagung ist gem. § 11 Abs. 5 Hs. 1 AEG für einen Zeitraum von einem Jahr möglich; danach gilt die Genehmigung als erteilt. Nach der Versagungsentscheidung gibt es damit Zeit, die etwa zur Sicherstellung der Finanzierung durch das an der Übernahme der Serviceeinrichtung interessierte Unternehmen genutzt werden kann.

Eine derartige Möglichkeit besteht nach den Regelungen der DVO (EU) 2017/2177 nicht. Insofern liegt hier ein vorzugswürdiger Punkt bei § 11 AEG, denn durch den zusätzlichen Zeitgewinn können die Chancen zum Weiterbetrieb der Serviceeinrichtung erhöht werden.

#### Rechtssicherheit

Zur Anwendung von § 11 AEG existiert inzwischen erste höchstrichterliche Rechtsprechung (vgl. BVerwG, Urteil 3 C 2/15 v. 25.05.2016 – Sulingen; BVerwG, Urteil 3 C 21/16 v. 05.07.2018, Stuttgart-Urteil), außerdem bildet sich in der Verwaltungspraxis des EBA ein Fallrecht aus, dass bislang – soweit ersichtlich – nicht auf grundsätzliche Ablehnung durch Marktbeteiligte gestoßen ist.

Zugleich besteht allerdings eine gewisse Unsicherheit aufgrund der möglichen Interpretation des Stuttgart-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil 3 C 21/16 v. 05.07.2018, Rz. 48), wonach die Stilllegung von Serviceeinrichtungen gleichsam als Stilllegungen zweiter Klasse zu betrachten sein könnte, weil in § 11 Abs. 1 AEG weiterhin das – an sich redundante Merkmal – „eines für die Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhofs“ verwendet wird. Dies könnte implizieren, dass andere Serviceeinrichtungen hierfür weniger „wichtig“ und im Hinblick auf eine Stilllegung weniger schützenswert sind.

Jedenfalls existiert zu Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 naturgemäß keine gesicherte Rechtsprechung, weil es sich um eine Neuregelung handelt. Im Vergleich wird eine größere Rechtssicherheit derzeit daher durch eine weitere Anwendung von § 11 AEG gewährleistet.

### Konsistenz

Die Regelungen des § 11 AEG gewährleisten eine konsistente Verfahrensführung bei der Stilllegung von öffentlicher Eisenbahninfrastruktur. Bei Beibehaltung dieses Stilllegungsregimes werden die Verfahren zur Stilllegung von Serviceeinrichtungen und diejenigen zur Stilllegung von Schienenwegen einheitlich bei den Eisenbahnaufsichtsbehörden geführt. Demgegenüber käme es zu einer gespaltenen Behördenzuständigkeit, wenn zukünftig die Regelungen aus Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 angewendet würden. Denn dann läge die Zuständigkeit für die Stilllegung von Serviceeinrichtungen bei der Bundesnetzagentur, diejenige für die Stilllegung von Schienenwegen aber weiterhin bei den Eisenbahnaufsichtsbehörden.

Zudem fänden bei einer Beibehaltung von § 11 AEG für die Stilllegung von Serviceeinrichtungen und für die Stilllegung von Schienenwegen einheitliche Rechtsvorschriften Anwendung. Dies wäre nicht der Fall, wenn der Teilbereich der Stilllegung von Serviceeinrichtungen nach den Regelungen aus Art. 15 DVO (EU) 2017/2177 beurteilt würde. Schließlich kann die Stilllegung von Bahnsteigen als *actus-contrarius* zur infrastrukturbezogenen Unternehmensgenehmigung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 AEG verstanden werden. Daher erscheint es grundsätzlich sinnvoll, wenn die gleiche Behörde, die über die Genehmigung entschieden hat, aufgrund des gleichen Regelungsregimes für die beabsichtigte Stilllegung der Serviceeinrichtung zuständig wäre.

Insgesamt spricht der Gesichtspunkt der Konsistenz daher für die Anwendung der AEG-Regelungen.

### **3.2.3.2 Private Belange: Berufsausübungsfreiheit und Eigentumsschutz**

Eine weitere Fortgeltung des AEG-Stilllegungsverfahrens dürfte sich – insbesondere auch mit Blick auf die staatliche Kostentragungspflicht gem. § 11 Abs. 3 Satz 2 AEG im Falle der temporären Versagung einer Stilllegungsgenehmigung – nicht als unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit und die Eigentumsrechte Privater darstellen. In der Rechtsprechung sind jedenfalls keine diesbezüglichen Tendenzen ersichtlich. Ebenso wenig wurde im vorliegenden Verfahren von Seiten der Verfahrensbeteiligten eine in dieser Hinsicht bestehende Unverhältnismäßigkeit des AEG-Verfahrens geltend gemacht.

## **4 Nebenbestimmung**

Die Gewährung der Ausnahme wird bis zum 30.09.2024 befristet.

Diese Nebenbestimmung beruht auf § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

Nach dieser Bestimmung darf ein Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen werden mit einer Bestimmung, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnt, endet oder für einen bestimmten Zeitraum gilt (Befristung).

Angesichts der oben genannten Rechtsprechung im Stuttgart-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil 3 C 21/16 v. 05.07.2018, Rz. 48) erscheint es nicht ausgeschlossen zu sein, dass Stilllegungen von Serviceeinrichtungen von den Gerichten lediglich als eine Art „Formalie“ betrachtet werden könnten. In diese Frage spielt auch hinein, ob – hierauf ist namentlich die HPA in ihrer Stellungnahme eingegangen – nur Gesamtstilllegungen oder auch Teilstilllegungen von Betriebsstätten genehmigungspflichtig sind. Die Beschlusskammer wird die diesbezüglichen Entwicklungen beobachten. Hierzu soll weiterhin eine enge Zusammenarbeit zwischen dem EBA, den Landeseisenbahnaufsichtsbehörden und der Bundesnetzagentur stattfinden.

Zudem ist auch im Blick zu behalten, dass die Regelungen der DVO 2017/2177 (EU) durch Anwendung in den anderen Mitgliedstaaten an Konturen gewinnen werden. Gemäß Art. 16 DVO wird die Kommission bis zum 01.06.2024 eine Bewertung der Anwendung der Verordnung vornehmen und sie ggf. einer Überprüfung unterziehen.

Aus Sicht der Beschlusskammer erscheint es daher zweckmäßig, die vorgenannte Bewertung und deren Veröffentlichung abzuwarten und auf dieser Grundlage und in Auseinandersetzung mit den nationalen Entwicklungen mit Wirkung ab dem 01.10.2024 erneut zu entscheiden, inwieweit an der Ausnahmegewährung nach Ziffer 1 des Beschlusstextes festzuhalten ist. Den Bedenken des Eisenbahn-Bundesamtes, durch eine Befristung werde Rechtsunsicherheit geschaffen, sollte durch die rechtzeitige Einleitung eines Verfahrens zur Entscheidung über eine Ausnahmegewährung ab dem 01.10.2024 Rechnung getragen werden können. Im Rahmen des Verfahrens wird sich dann erweisen, ob sich die vorliegend gestellte Prognose des Eisenbahn-Bundesamtes bestätigt, dass nämlich die Vorteile des nationalen Verfahrens auch diejenigen eines eingespielten unionsrechtlichen Stilllegungsverfahrens deutlich überwiegen würden.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz 1, 50667 Köln erhoben werden.

Bonn, den 07.06.2019

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Bühlmeier

Krick