



BK10-23-0399_Z

Teilbeschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund der Unterrichtung durch

die DB Netz AG, Adam-Riese-Straße 11-13, 60327 Frankfurt am Main,
vertreten durch den Vorstand,

Betroffene zu 1.,

und

die DB RegioNetz Infrastruktur GmbH, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene zu 2.,

vom 06.10.2023 über die beabsichtigten Änderungen der Nutzungsbedingungen Netz für die
Netzfahrplanperiode 2024/2025 (NBN 2025),

Hinzugezogene:

1. BeNEX GmbH, Burchardstraße 21, 20095 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Bundesverband SchienenNahverkehr e. V., Wilmersdorfer Straße 50/51, 10627 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
3. DB Cargo AG, Rheinstraße 2, 55116 Mainz, vertreten durch den Vorstand,

4. DB Fernverkehr AG, Europa-Allee 78-84, 60486 Frankfurt am Main, vertreten durch den Vorstand,
5. DB Regio AG, Europa-Allee 70-76, 60486 Frankfurt am Main, vertreten durch den Vorstand,
6. Eisenbahnen und Verkehrsbetriebe Elbe-Weser GmbH, Bahnhofstraße 67, 27404 Zeven, vertreten durch die Geschäftsführung,
7. FlixTrain GmbH, Warschauer Platz 11-13, 10245 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
8. Freistaat Thüringen, Schmidtstedter Straße 34, 99084 Erfurt, vertreten durch das Thüringer Landesamt für Bau und Verkehr, dieses vertreten durch den Präsidenten,
9. Go.Rheinland GmbH, Deutzer Allee 4, 50679 Köln, vertreten durch die Geschäftsführung,
10. KombiRail Europe B.V., Oudelandseweg 33, 3194 AR Hoogvliet – Rotterdam, Königreich der Niederlande, vertreten durch die Geschäftsführung,
11. KombiRail Europe GmbH, Alte Ruhrorter Straße 11, 47119 Duisburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
12. mofair e. V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
13. Nahverkehrsservice Sachsen-Anhalt GmbH, Am Alten Theater 4, 39104 Magdeburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
14. Netzwerk Europäischer Eisenbahnen (NEE) e. V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
15. ÖBB-Personenverkehr AG, Am Hauptbahnhof 2, 1100 Wien, Republik Österreich, vertreten durch den Vorstand,
16. ODEG – Ostdeutsche Eisenbahn GmbH, Bahnhof 1, 19370 Parchim, vertreten durch die Geschäftsführung,
17. Rail Cargo Austria AG, Am Hauptbahnhof 2, 1100 Wien, Republik Österreich, vertreten durch den Vorstand,
18. RDC Deutschland GmbH, Altonaer Poststraße 9, 22767 Hamburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
19. SNCF Voyages Deutschland GmbH, Georgenstraße 22, 10117 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
20. Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Mobilität, Verkehr, Klimaschutz und Umwelt, Am Köllnischen Park 3, 10179 Berlin, diese vertreten durch den Senator,
21. Land Brandenburg, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung, Henning-von-Tresckow-Str. 2-8, 14467 Potsdam, dieses vertreten durch den Minister,
22. Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e. V., Kamekestraße 37-39, 50672 Köln, vertreten durch den Vorstand,

23. VMV - Verkehrsgesellschaft Mecklenburg-Vorpommern mbH, Schloßstraße 37,
19053 Schwerin, vertreten durch die Geschäftsführung,

24. Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR, Augustastraße 1, 45879 Gelsenkirchen, vertreten
durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Betroffenen zu 2.:

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 3., 4., 5.:

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 7.:

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 10.

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 20., 21.:

[REDACTED]

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 Dr. Johannes Arnade und
den Beisitzer Jan Kirchhartz

auf die öffentliche mündliche Verhandlung vom 19.10.2023

am 17.11.2023

beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Betroffenen folgende, von ihnen beabsichtigte Änderungen ihrer Nutzungsbedingungen Netz (NBN) nicht wirksam nach § 72 Satz 1 Nr. 5 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) unterrichtet haben:

- a) Ergänzung in Abschnitt 4.2.1.9 lit. a) (1) der NBN (entsprechend der Begründung unter lfd. Nr. A in Anlage 5 Anhang 1 zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023)
 - b) Ergänzung in Abschnitt 4.2.1.10 Abs. 1 Nr. 3 des Haupttextes der NBN (Lfd. Nr. B in Anlage 5 Anhang 1 zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023) und in Abschnitt 7 Abs. 3 Nr. 3 der Richtlinie 402.0203 (entsprechend der Begründung unter lfd. Nr. 7 der Anlage 5 Anhang 2 [netzzugangsrelevantes Regelwerk] zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023)
 - c) Ergänzungen in Abschnitt 5.5.10 (entsprechend der Begründung unter lfd. Nr. D in Anlage 5 Anhang 1 zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023, dort versehentlich als Abschnitt 5.5.11 bezeichnet)
 - d) Änderungen in Abschnitten 1.3.2.3, 3.3.2.1, 3.3.4.4.2, 4.2.2.9.2, 5.2.6.1, 5.4.9.5.3, 5.9.1, 7.3.1.4.8, 7.3.1.4.9 sowie in §§ 3 und 9 und Anlage 1 des als Anlage 3.2.1.1 zu den NBN geführten Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrages (entsprechend der Begründung unter lfd. Nr. F in Anlage 5 Anhang 1 zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023).
2. Mit Ausnahme der Überprüfung der Abschnitte 3.3.4.4.3, 4.2.1.9 lit. c) bis e) und 4.4.2 des Haupttextes der NBN 2025 sowie des Abschnitts 5 Abs. 14 Nr. 4 der Richtlinie 402.0305 in der Fassung der NBN 2025 wird das Verfahren im Übrigen eingestellt.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	5
I. Sachverhalt.....	6
II. Gründe	8
II.1 Prüfungsgegenstand.....	8
II.2 Formelle Rechtmäßigkeit	9
II.3 Materielle Rechtmäßigkeit.....	9
II.3.1 Ziffer 1 des Tenors: Feststellung der Unwirksamkeit der Unterrichtung.....	9
II.3.1.1 Feststellungsbefugnis.....	10
II.3.1.2 Unwirksamkeit der Unterrichtung.....	11
II.3.1.3 Ermessensausübung.....	15
II.3.2 Ziffer 2 des Tenors: Teilweise Fortführung des Verfahrens und Einstellung im Übrigen	16
Gebührenhinweis	18
Rechtsbehelfsbelehrung.....	19

I. Sachverhalt

Die Betroffene zu 1. ist eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG, die Betroffene zu 2. ist eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der Betroffenen zu 1. Sie betreiben die beiden mit Abstand größten Schienennetze in der Bundesrepublik Deutschland.

Mit Schreiben vom 06.10.2023 unterrichteten die Betroffenen die Regulierungsbehörde über die beabsichtigten Änderungen der Nutzungsbedingungen Netz mit Gültigkeit ab dem 15.12.2024 (NBN 2025), die sowohl die Schienennetz-Nutzungsbedingungen (SNB) als auch die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (NBS) enthalten, sowie über die vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen des Anlagenpreissystems mit Wirkung ab 15.12.2024 (APS 2025). Den Zugangsberechtigten war zuvor zwischen dem 22.08.2023 und dem 22.09.2023 Gelegenheit gegeben worden, zu dem Entwurf der „NBN 2025“ Stellung zu nehmen.

Die angezeigten Änderungen berühren eine Vielzahl von Regelungen sowohl im Bereich des Haupttextes und der zugehörigen Anlagen als auch im Bereich des betrieblich-technischen bzw. netzzugangsrelevanten Regelwerks der Betroffenen. Wesentliche Änderungen betreffen u.a. Regelungen im Zusammenhang mit der Durchführung von Baumaßnahmen, Regelungen zur Kündigung von Trassenverträgen, Anpassungen zur Umsetzung von gesetzlichen Regelungen zum Lärmschutz, Anpassungen in Bezug auf einzelne Elemente der Netzfahrplanerstellung – hier u.a. Vorrangregeln im Streitbeilegungsverfahren sowie Regelungen im Hinblick auf den Umgang mit Rahmenverträgen bzw. dem mittelfristigen Konzept für eine optimierte Kapazitätsnutzung (mKoK). Darüber hinaus haben die Betroffenen weitere – in Tenorziffer 1 benannte – Änderungen beabsichtigt, die nicht Gegenstand des Stellungnahmeverfahrens vom 22.08.2023 bis zum 22.09.2023 gewesen sind.

Mit Schreiben vom 09.10.2023 hat die Beschlusskammer das vorliegende Verfahren eingeleitet und dabei den Verfahrensgegenstand von Amts wegen vorsorglich dahingehend erweitert, dass die beabsichtigten Änderungen auch gemäß §§ 66 Abs. 4 i. V. m. 68 Abs. 3 ERegG, hilfsweise §§ 67 Abs. 1 und 68 Abs. 1 ERegG, geprüft werden.

Mit Schreiben vom 13.10.2023 hat die Beschlusskammer den Betroffenen Fragen und Anmerkungen zu den beabsichtigten Änderungen übersandt. Die beabsichtigten Änderungen sind am 19.10.2023 im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung erörtert worden.

Am 24.10.2023 haben die Betroffenen diejenigen Änderungen, die bis dahin nicht einem Konsultationsverfahren unterzogen worden waren, auf ihrer Internetseite veröffentlicht und Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 24.11.2023 gegeben. Die Betroffenen haben bei der Veröffentlichung zur Stellungnahme darauf hingewiesen, dass hilfsweise eine Veröffentlichung gemäß § 19 Abs. 6 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) erfolge.

Die Antworten auf das Anhörungsschreiben vom 13.10.2023 sind am 25.10.2023 bei der Beschlusskammer eingegangen. In Bezug auf die beabsichtigten Änderungen, die nicht Gegenstand des Stellungnahmeverfahrens gewesen sind, haben die Betroffenen darauf hingewiesen, dass zumindest eine Nachholung der Stellungnahme möglich sei, solange das Verwaltungsverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist beabsichtigten die Betroffenen, die betreffenden Änderungen nicht separat zu unterrichten, sondern in das Verfahren nach § 68 Abs. 3 ERegG einzubringen, um die finale Inkraftsetzung dieser Regelungen zum Fahrplanwechsel 2024/2025 zu ermöglichen. Eine unterjährige Änderung gemäß § 19 Abs. 6 ERegG sei nur hilfsweise vorgesehen.

Darüber hinaus haben die Betroffenen mitgeteilt, dass sie ihre Unterrichtung anpassten. Dabei haben sie einige der bereits unterrichteten Regelungen ergänzt oder geändert. Zudem haben die Betroffenen – einer Anregung der Beschlusskammer folgend – die Unterrichtung um eine Änderung des Abschnitts 7.3.1.6.3.1.2 lit. c) erweitert. Ursprünglich hatten die Betroffenen vor, diese Änderung unterjährig vorzunehmen. Die beabsichtigten Änderungen in Abschnitt 2.5, mit Ausnahme der redaktionellen Änderung in Abschnitt 2.5.3.3, haben die Betroffenen ebenso zurückgenommen wie die Unterrichtung der beabsichtigten Änderungen in den Abschnitten 4.2.1.7 und 4.2.1.8.

Insbesondere in Bezug auf einige Anpassungsvorschläge im Bereich der Kündigungsregelungen sowie der Regelungen zur Netzfahrplanerstellung, aber auch in Bezug auf weitere erforderliche Ergänzungen von Regelungen, hat die Beschlusskammer den Betroffenen am 02.11.2023 ein weiteres Anhörungsschreiben übersandt. In ihrer Stellungnahme vom 07.11.2023 haben die Betroffenen daraufhin noch einige Konkretisierungen in Bezug auf die beabsichtigten Änderungen vorgenommen.

Am 08.11.2023 hat die Beschlusskammer ein drittes Anhörungsschreiben versandt, das an alle Verfahrensbeteiligten gerichtet war und sich mit den geplanten Vorrangregelungen im Streitbeilegungsverfahren für den Fall befasst, dass Zugangsberechtigte in der Vergangenheit zugewiesene Zugtrassen nach vorgegebenen Maßstäben übermäßig storniert oder angebotene Zugtrassen zu häufig nicht angenommen haben. Die Betroffenen haben in ihrer Antwort vom 09.11.2023 mitgeteilt, dass sie ihre Regelungen nochmals anpassen werden, die Änderungen aber zunächst nur beschrieben und noch keine konkreten Regelungstexte vorgelegt. Mit Schreiben vom 10.11.2023 haben die Betroffenen der Beschlusskammer dann die ausformulierten Regelungen übermittelt.

Mit E-Mail vom 16.11.2023 haben die Betroffenen Änderungen der beabsichtigten Regelungen in Abschnitt 3.4.7 des Haupttextes der NBN sowie in der beabsichtigten Fassung des Abschnitts 2 Abs. 10 bis 12 der Richtlinie 402.0202 mitgeteilt. Die Änderungen dienen der Vereinfachung der dort vorgesehenen Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 1304/2014 zum Schutz vor Schienenlärm.

Mit weiterem Schreiben vom 16.11.2023 haben die Betroffenen die Unterrichtung hinsichtlich der beabsichtigten Änderungen in Abschnitt 7 Abs. 4 und 5 sowie Abschnitt 8 Abs. 6 und 7 der Richtlinie 402.0203 betreffend das Ruhen der Trassenkonstruktion und Konflikten im weiteren Konstruktionsverlauf im Streitbeilegungs- und Höchstpreisverfahren zurückgenommen.

Die Hinzugezogenen haben ihrerseits Stellungnahmen zu den beabsichtigten Änderungen abgegeben. Zum Anhörungsschreiben der Beschlusskammer vom 08.11.2023 haben die Hinzugezogenen zu 3., 4., 7., 10. und 19. Stellung genommen und Vorschläge zur Ausgestaltung der Vorrangregelungen im Streitbeilegungsverfahren gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. sowie auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

II. Gründe

Die Beschlusskammer stellt per Teilbeschluss fest, dass die Betroffenen die beabsichtigten Änderungen in dem in Tenorziffer 1 tenorierten Umfang nicht wirksam unterrichtet haben. Im Übrigen wird das Verfahren im tenorierten Umfang teils eingestellt und teils von Amts wegen fortgeführt.

Die Rechtsgrundlage für die mit Tenorziffer 1 getroffene Feststellung findet sich in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG.

Gemäß dieser Norm kann die Regulierungsbehörde nach Eingang einer Unterrichtung nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG innerhalb von sechs Wochen die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von SNB und NBS ablehnen, soweit die beabsichtigten Neufassungen oder Änderungen nicht den gesetzlichen Voraussetzungen genügen.

§ 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG bestimmt seinerseits u. a., dass alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Regulierungsbehörde unter Angabe der maßgeblichen Gründe über die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von SNB und von NBS zu unterrichten haben.

Die Entscheidung zum vorliegenden Prüfungsgegenstand (hierzu unter II.1) ergeht formell (hierzu unter II.2) und materiell (hierzu unter II.3) rechtmäßig.

II.1 Prüfungsgegenstand

Die vorliegende Prüfung erstreckt sich gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG auf die beabsichtigte Änderung von leistungsseitigen Komponenten der NBN sowie von Entgelten und Entgeltgrundsätzen für in Serviceeinrichtungen erbrachte Leistungen sowie für Zusatz- und Nebenleistungen der Überprüfung durch die Beschlusskammer.

Der vorliegenden Prüfung unterfallen nicht die Regelungen bezüglich der Entgelte und Entgeltgrundsätze betreffend das Mindestzugangspaket gemäß Anlage 2 Nr. 1 zu den §§ 10 bis 14 ERegG. Diesbezüglich wird das Überprüfungsverfahren nach § 73 ERegG durch das Genehmigungsverfahren nach den §§ 45 und 46 ERegG verdrängt (vgl. das Verfahren BK10-23-0400_E). Dementsprechend bestimmt § 72 Satz 4 ERegG, dass die Unterrichtungspflicht hinsichtlich der SNB und der NBS bei zu genehmigenden Entgelten entfällt.

Aufgrund der von Amts wegen erfolgten Erweiterung des Verfahrensgegenstands erstreckt sich die Prüfung gemäß § 66 Abs. 4 i.V.m. § 58 Abs. 3 ERegG, hilfsweise §§ 67 Abs. 1 und 68 Abs. 1 ERegG, auch darauf, Vorgaben für Änderungen der Nutzungsbedingungen zu treffen, soweit die der Vorabprüfung unterliegenden beabsichtigten Änderungen oder Neufassungen der Nutzungsbedingungen nicht mit den Vorgaben des ERegG oder unmittelbar geltenden Rechtsakten der Europäischen Union im Anwendungsbereich des ERegG in Einklang stehen. Die Erweiterung des Verfahrens bietet darüber hinaus die Möglichkeit, die wirksam unterrichteten beabsichtigten Änderungen über den Ablauf der Prüffrist nach § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG hinaus zu prüfen. Zwar treten die beabsichtigten Änderungen formal in Kraft, wenn die Beschlusskammer sie nicht innerhalb der Vorabprüfungsfrist ablehnt. Über § 68 Abs. 3 ERegG hat die Beschlusskammer aber die Möglichkeit, die Betroffenen zur Änderung ihrer so in Kraft getretenen SNB zu verpflichten oder diese für ungültig zu erklären, soweit diese nicht mit den Vorschriften des ERegG oder unmittelbar geltenden Rechtsakten der Europäischen Union im Anwendungsbereich des ERegG in Einklang stehen.

Klarstellungshalber wird darauf hingewiesen, dass bezüglich unverändert gebliebener leistungsbezogener Regelungen eine ex-post-Überprüfung nach § 68 Abs. 3 i.V.m. § 66 Abs. 4 Nr. 1 ERegG möglich bleibt.

II.2 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

Die Beschlusskammer ist für die Durchführung des hiesigen Verfahrens zuständig. Die Zuständigkeit liegt gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 bei einer Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur ist für derartige Entscheidungen die Beschlusskammer 10, Eisenbahnen, zuständig.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 09.10.2023 auf ihrer Internetseite veröffentlicht und auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zum Verfahren hingewiesen. Auf entsprechenden Antrag sind 24 Unternehmen, Personen oder Personenvereinigungen zum Verfahren hinzugezogen worden.

Soweit die Betroffenen die förmliche Beteiligung der in dem Unterrichtungsschreiben genannten in Anlage A aufgeführten Aufgabenträger und weiteren Zugangsberechtigten nach § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG beantragt haben, ist der Antrag abzulehnen. Die Beschlusskammer hält insofern an ihrer in vorherigen Beschlüssen vertretenen Auffassung fest, dass eine Hinzuziehung nur auf Antrag der Berechtigten nach § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG erfolgt. Die genannten Zugangsberechtigten sind auch nicht von Gesetzes wegen am Verfahren beteiligt,

vgl. Beschluss vom 17.11.2021, Gz. BK10-21-0299_Z, S. 9 ff.; Beschluss vom 12.11.2019, Gz. BK10-19-0212_Z, S. 10 f.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 1 ERegG). Die Beschlusskammer hat am 19.10.2023 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte und zur Sicherstellung, dass Regulierungsmaßnahmen aufeinander abgestimmt sind, ist die Entscheidung gemäß § 77 Abs. 5 ERegG mit der für Eisenbahnregulierung zuständigen Abteilung der Bundesnetzagentur abgestimmt worden.

Die in § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG vorgegebene Frist von sechs Wochen ist mit dem Erlass des Beschlusses am heutigen Tage eingehalten worden.

II.3 Materielle Rechtmäßigkeit

Die Beschlusskammer stellt fest, dass die Betroffenen die von ihnen beabsichtigten Änderungen in dem in Ziffer 1 tenorierten Umfang nicht wirksam nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG unterrichtet haben (hierzu unter II.3.1). Im Übrigen wird das Verfahren in dem in Ziffer 2 tenorierten Umfang teils eingestellt und teils von Amts wegen fortgeführt (hierzu unter II.3.2).

II.3.1 Ziffer 1 des Tenors: Feststellung der Unwirksamkeit der Unterrichtung

Die Beschlusskammer stellt fest, dass die Betroffenen die von ihnen beabsichtigten Änderungen in dem in Ziffer 1 tenorierten Umfang nicht wirksam nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG unterrichtet haben. Eine solche Feststellungsbefugnis steht der Beschlusskammer nach § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG zu (hierzu unter II.3.1.1). Die Voraussetzungen für eine solche Feststellung liegen vor (hierzu unter II.3.1.2). Die Entscheidung der Beschlusskammer erfolgt nach pflichtgemäßer Ermessensausübung (hierzu unter II.3.1.3).

II.3.1.1 Feststellungsbefugnis

Der Beschlusskammer steht die Befugnis zu festzustellen, dass ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen von ihm beabsichtigte Änderungen seiner Nutzungsbedingungen nicht wirksam nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG unterrichtet hat. Das hat zur Folge, dass die bei einem ereignislosen Verstreichen der Prüffrist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG die in einem Umkehrschluss aus § 73 Abs. 3 Nr. 2 ERegG zu entnehmenden Rechtsfolgen, dass die Änderungen in Kraft treten und angewendet werden dürfen, nicht eintreten können. Diese Festlegungsbefugnis ist als Minus von der Befugnis des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG zur Ablehnung beabsichtigter Änderungen von Schienennetz-Nutzungsbedingungen umfasst.

Die Rechtsprechung verlangt auch für feststellende Verwaltungsakte das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage,

BVerwG, Urteil vom 29.11.1985, Az. 8 C 105.83, Rn. 12 (juris).

Dabei kann sich eine Ermächtigung zum Erlass feststellender Verwaltungsakte auch aus der Auslegung einer Befugnisnorm ergeben,

BVerwG, Urteil vom 07.12.2011, Az. 6 C 39.10, Rn. 14 (juris) .

Nach diesen Maßstäben stellt § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG eine ausreichende Rechtsgrundlage zum Erlass feststellender Verwaltungsakte dar. Nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG haben alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Regulierungsbehörde unter Angabe der maßgeblichen Gründe unverzüglich über die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von SNB und von NBS einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen zu unterrichten. § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG bestimmt, dass die Regulierungsbehörde nach Eingang einer Unterrichtung nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG innerhalb von sechs Wochen die beabsichtigte Neufassung oder Änderung nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG ablehnen kann, soweit diese nicht den gesetzlichen Voraussetzungen genügt. Gemäß § 73 Abs. 3 Nr. 2 ERegG treten die beabsichtigten Neufassungen oder Änderungen sowie die Entgeltgrundsätze und die Entgelthöhen nicht in Kraft und dürfen nicht angewendet werden, wenn die Bundesnetzagentur ihr Ablehnungsrecht ausübt.

Hauptanwendungsbereich des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG ist damit die Ablehnung von beabsichtigten Neufassungen und Änderungen von Nutzungsbedingungen, wenn diese wirksam unterrichtet wurden und sich ihr Inhalt bei einer Prüfung durch die Regulierungsbehörde als rechtswidrig herausgestellt hat. Sinn und Zweck der Ausübung des Ablehnungsrechtes ist es, das ansonsten aus einem Umkehrschluss aus § 73 Abs. 3 Nr. 2 ERegG zu entnehmende Inkrafttreten neugefasster oder geänderter Nutzungsbedingungen und deren Anwendung zu verhindern. Bei der Feststellung der Unwirksamkeit der Unterrichtung beabsichtigter Neufassungen oder Änderungen von Nutzungsbedingungen handelt es sich verglichen mit der Ablehnung einer beabsichtigten Neufassung oder Änderung von Nutzungsbedingungen um ein Minus im Rechtsfolgenausspruch. Sofern die Regulierungsbehörde die beabsichtigt Neufassung oder Änderung von Nutzungsbedingungen mit der rechtsgestaltenden Wirkung, dass sie nicht wie beabsichtigt in Kraft treten können und angewendet werden dürfen, ablehnen kann, ist sie erst recht zu bloßen Feststellungen befugt, wenn ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen die beabsichtigte Neufassung oder Änderung schon nicht wirksam unterrichtet hat. Dies hat zur Folge, dass die Prüffrist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG nicht zu laufen beginnt und die beabsichtigte Neufassung oder Änderung nicht in Kraft treten kann und nicht angewendet werden darf.

Der vorliegende Fall liegt anders als derjenige, mit dem die Beschlusskammer im Verfahren BK10-23-0055_Z befasst war. Diesem Verfahren lag eine Unterrichtung von beabsichtigten Änderungen der NBN zugrunde, welche die Betroffenen zuvor nach § 19 Abs. 6 ERegG (zu dieser Vorschrift siehe auch sogleich unter II.3.1.2) vorläufig in Kraft gesetzt, anschließend ein Stellungnahmeverfahren durchgeführt und wiederum im Anschluss daran die Bundesnetzagentur über die beabsichtigten Änderungen unterrichtet haben. Die Beschlusskammer ist deshalb seinerzeit davon ausgegangen, dass ein tauglicher Ablehnungsgegenstand gegeben ist, wenn lediglich die speziellen materiellen Voraussetzungen des § 19 Abs. 6 ERegG für eine unterjährige Änderung nicht vorliegen. Überlegungen zu einer Feststellung erfolgten nur hilfsweise.

II.3.1.2 Unwirksamkeit der Unterrichtung

In dem in Ziffer 1 tenorierten Umfang haben die Betroffenen die von ihnen beabsichtigten Änderungen nicht wirksam nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG unterrichtet.

Nicht wirksam unterrichtet haben die Betroffenen die von ihnen beabsichtigten Änderungen ihrer SNB, zu denen sie vor der Unterrichtung am 06.10.2023 kein Stellungnahmeverfahren nach § 19 Abs. 2 Satz 3 ERegG durchgeführt haben und die über eine rein redaktionelle Änderung hinausgehen. Dies trifft auf die in Ziffer 1 tenorierten beabsichtigten Änderungen zu. Rein redaktionell sind dagegen die folgenden beabsichtigten Änderungen, die als Berichtigungen (analog § 42 Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) nicht der Unterrichtungspflicht unterliegen:

- Änderung in Abschnitt 4.2.1.10 Abs. 2 (entsprechend der Begründung unter lfd. Nr. B in Anlage 5 Anhang 1 zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023)
- Änderungen in Abschnitt 5.2.6.3 (entsprechend der Begründung unter lfd. Nr. C in Anlage 5 Anhang 1 zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023)
- Änderung in Abschnitt 6.4.3 (entsprechend der Begründung unter lfd. Nr. E in Anlage 5 Anhang 1 zum Unterrichtungsschreiben vom 06.10.2023).

Eine Unterrichtung kann gemäß § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG erst erfolgen, wenn der Betreiber der Schienenwege für die beabsichtigten Änderungen ein Stellungnahmeverfahren gemäß § 19 Abs. 2 Satz 3 ERegG durchgeführt hat. Erst wenn der Betreiber der Schienenwege ein Stellungnahmeverfahren durchgeführt hat, ist davon auszugehen, dass er eine endgültige Entscheidung zur Neufassung oder Änderung seiner SNB getroffen hat, da erst dann von einer hinreichenden Konkretisierung der Änderungsabsicht auszugehen ist. Vor Abschluss des Stellungnahmeverfahrens ist dagegen eine abschließende Unterrichtung nicht möglich, weil der Entscheidungsprozess des Betreibers der Schienenwege noch nicht abgeschlossen ist.

vgl. VG Köln, Beschluss vom 22.11.2005, Az. 11 L 1860/05, Rn. 5 f. (juris).

Das gilt sogar dann, wenn es dem Betreiber der Schienenwege nicht möglich ist, die Fristvorgaben des § 19 Abs. 2 oder Abs. 5 ERegG einzuhalten und er auf der Grundlage von § 19 Abs. 6 ausnahmsweise gleichwohl eine Änderung seiner SNB vornimmt. Auch dann bestimmt nämlich § 19 Abs. 6 Satz 5 ERegG, dass die Unterrichtung der Regulierungsbehörde gemäß § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG erst im Anschluss an das Stellungnahmeverfahren zu erfolgen hat. Nach § 19 Abs. 6 Satz 6 ERegG sind die eingegangenen Stellungnahmen mit zu übersenden.

Die Betroffenen gehen von einer wirksamen Unterrichtung auch hinsichtlich derjenigen beabsichtigten Änderungen aus, zu denen sie zuvor kein Stellungnahmeverfahren durchgeführt haben und die über eine rein redaktionelle Änderung hinausgehen. Es liege in der Natur der

Sache, dass Regeln, die unterrichtet würden, nicht zwangsläufig in dieser Art im Stellungnahmeverfahren gewesen seien. Denn es sollten gerade auch Änderungen aufgrund des Stellungnahmeverfahrens erfolgen, die dann zu unterrichten seien. Auf das Stellungnahmeverfahren seien die Grundgedanken des § 28 VwVfG zu übertragen. Das bedeute, dass es bei Änderungen, die nur zugunsten eines Zugangsberechtigten erfolgten, unschädlich sei, wenn ein Stellungnahmeverfahren nicht durchgeführt worden sei. Es bedeute zudem, dass eine Änderung ohne Stellungnahmeverfahren möglich sei, wenn die Frist des Unterrichtsverfahrens noch nicht abgelaufen sei und die Anhörung der Zugangsberechtigten noch nachgeholt werden könne. Dies gelte insbesondere, weil die Anforderungen an die unterjährige Änderung gemäß § 19 Abs. 6 ERegG so hoch seien. Durch die parallele Eröffnung des Verfahrens nach § 68 ERegG sei es möglich, bis zu dessen Abschluss das Stellungnahmeverfahren nachzuholen.

Die Argumente, die die Betroffenen vorgebracht haben, führen nicht dazu, von einer wirksamen Unterrichtung auszugehen. Die hier in Rede stehenden Änderungen haben die Betroffenen nicht aufgrund eines zuvor durchgeführten Stellungnahmeverfahrens angepasst. Eine solche Anpassung ist zulässig und bei den wirksam unterrichteten Änderungen zum Teil auch erfolgt. Vielmehr haben die Betroffenen zu diesen Änderungen gar kein Stellungnahmeverfahren durchgeführt, bevor sie diese mit ihrem Schreiben vom 06.10.2023 zum Gegenstand ihrer Unterrichtung machen wollten. Der Gesetzgeber hat mit § 19 Abs. 6 ERegG ein Verfahren vorgesehen, das eigens dafür geschaffen wurde, Änderungen an SNB auch dann zu ermöglichen, wenn es dem Betreiber der Schienenwege nicht möglich ist, die Fristvorgaben des § 19 Abs. 2 und Abs. 5 ERegG einzuhalten, also auch dann, wenn das Stellungnahmeverfahren nicht so rechtzeitig durchgeführt werden kann, dass eine Berücksichtigung der beabsichtigten Änderungen im regulären Verfahren möglich ist. Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber auch in diesem Fall die Durchführung eines Stellungnahmeverfahrens vorgesehen. Dieses besondere Verfahren unterliegt eigens dafür normierten Anforderungen, die unterlaufen würden, würde man den Grundgedanken aus § 28 VwVfG auf das Stellungnahmeverfahren anwenden.

Die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung belegt eindrücklich, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 6 ERegG bewusst eng gehalten hat, obwohl er erkannt hat, dass es vielfältige Bedürfnisse für eine Anpassung der SNB außerhalb der gesetzlichen Fristen geben kann:

„Ein Bedürfnis zur Erstellung und Änderung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen außerhalb der gesetzlich festgelegten Fristen besteht z. B. in dem Fall der erstmaligen Aufstellung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen oder für den Fall, dass die Schienennetz-Nutzungsbedingungen nicht vollständig sind oder fehlerhafte Inhalte aufweisen. Einen weiteren Anwendungsfall für Änderungen außerhalb der gesetzlich vorgegebenen Fristen stellen behördliche Entscheidungen dar. Sollte z. B. das Eisenbahn-Bundesamt einen Verwaltungsakt im Hinblick auf sofort umzusetzende Sicherheitsmaßnahmen erlassen, der sich auf den Inhalt der Schienennetz-Nutzungsbedingungen auswirkt, kann mit einer Anpassung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen nicht auf den regulären Änderungsstermin gewartet werden.

Vor dem Hintergrund der Informations- und Planungsfunktion der Schienennetz-Nutzungsbedingungen werden die Ausnahmefälle aber auf die absolut notwendigen Sachverhalte beschränkt. Ansonsten wäre die mit den in Kraft getretenen Schienennetz-Nutzungsbedingungen verbundene Planungssicherheit nicht mehr

gewährleistet. Daher wird ein Abweichen von den Fristvorgaben davon abhängig gemacht, dass ein Einhalten der Fristvorgaben eine wesentliche Beeinträchtigung der Regulierungsziele insbesondere nach § 3 Nummer 5, welcher auch die Ziele des § 1 Absatz 1 AEG abbildet, darstellen würde.“

BT-Drs. 19/27656, S. 85 (Unterstreichung durch die Beschlusskammer)

Selbst bei Übertragung der Grundgedanken aus § 28 VwVfG wäre die Durchführung des Stellungnahmeverfahrens vorliegend jedoch nicht verzichtbar. Die Betroffenen wollen zum einen auf den Gedanken des § 28 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG abstellen. Danach kann im Verwaltungsverfahren von einer Anhörung der Beteiligten abgesehen werden, wenn durch die Anhörung die Einhaltung einer für die Entscheidung maßgeblichen Frist in Frage gestellt würde. Die Vorschrift zielt auf gesetzliche Handlungsfristen, deren Ablauf kraft Gesetzes zur Folge hat, dass eine Genehmigung oder Befreiung als erteilt gilt, wenn die Behörde nicht innerhalb der Frist tätig wird,

Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage 2023, § 28 Rn. 54.

Eine derartige, positiv materiell rechtsgestaltende Folge ist mit dem Versäumen des rechtzeitigen Durchführens eines Stellungnahmeverfahrens nicht verbunden. Die Folgen sind vielmehr rein prozedural, dem Betreiber der Schienenwege verbleibt der Weg einer unterjährigen Änderung im Verfahren nach § 19 Abs. 6 ERegG. Hinzu kommt, dass bei § 28 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG stets ein strenger Maßstab anzulegen ist. Hat die Behörde durch eigenes Verschulden den Zeitdruck herbeigeführt, kann sie sich nicht auf die Vorschrift berufen.

Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Auflage 2023, § 28 Rn. 54.

Vorliegend haben die Betroffenen den Zeitdruck selbst herbeigeführt. Einige der beabsichtigten Änderungen betreffen solche, deren Notwendigkeit sich den Betroffenen zufolge erst während der Erstellung des Netzfahrplans für die Netzfahrplanperiode 2023/2024 ergeben hat. Abschnitt 4.2.3 der NBN 2024 führt Fristen auf, die sich aus dem Rahmenterminplan gemäß Richtlinie 402.0203 ergeben. Der Versand der Angebote war für den 14.08.2023 vorgesehen, wobei die Betroffenen in einem Sternchen-Zusatz darauf hinweisen, dass sich der Termin aufgrund einer Vorabprüfung der Beschlusskammer nach § 73 Abs. 1 Nr. 1 ERegG verschieben kann. Hinsichtlich der Netzfahrplanerstellung für die Netzfahrplanperiode 2023/2024 erfolgten die Unterrichtungen über beabsichtigte Ablehnungen nach Durchführung der ersten Phase der Netzfahrplanerstellung ab dem 06.09.2023. Das Stellungnahmeverfahren begann dagegen bereits am 22.08.2023. Hätten sich die Betroffenen an die von ihnen vorgesehenen Fristen der Netzfahrplanerstellung gehalten, wäre es ihnen möglich gewesen, die Erkenntnisse noch rechtzeitig vor Beginn des Stellungnahmeverfahrens in ihren beabsichtigten Änderungen zu berücksichtigen. Bei den übrigen Änderungen haben die Betroffenen nicht dargetan, weshalb sie sie nicht zum Gegenstand des Stellungnahmeverfahrens gemacht haben.

Auch die Heranziehung des Grundgedankens aus § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG rechtfertigt es jedenfalls nach der Einführung der Vorschrift des § 19 Abs. 6 ERegG, die spezialgesetzlich alle anderen nicht im Verfahren nach § 19 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1 ERegG erfolgenden Änderungen umfasst, nicht, das unterbliebene Stellungnahmeverfahren als unbeachtlich anzusehen. Nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG kann von einer Anhörung abgesehen werden, wenn von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten, die dieser in einem Antrag oder einer Erklärung gemacht hat, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen wird. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass ein Stellungnahmeverfahren entbehrlich ist, wenn die Änderungen nur zugunsten der

Zugangsberechtigten erfolgen. § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG betrifft das Verhältnis zwischen einer Behörde und dem Antragstellenden, der ein Tätigwerden der Behörde verlangt. Zwischen den zur Stellungnahme berechtigten Zugangsberechtigten und den Betroffenen besteht kein vergleichbares Verhältnis. Während sich der Antragstellende im Verwaltungsverfahren mit seinem Antrag äußern kann, fehlt es seitens der Zugangsberechtigten ohne die Durchführung eines Stellungnahmeverfahrens an jeglicher Äußerung, von der nur zu ihren Gunsten abgewichen werden könnte. Außerdem betrifft § 28 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ausdrücklich nur tatsächliche Angaben, nicht dagegen rechtliche Würdigungen. Gerade solche sind aber häufig Gegenstand von Stellungnahmen der Zugangsberechtigten.

Das fehlende Stellungnahmeverfahren ist auch nicht unter Heranziehung des Gedankens des § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG unbeachtlich. Nach dieser Vorschrift ist im Verwaltungsverfahren eine Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften, die nicht den Verwaltungsakt nach § 44 VwVfG nichtig macht, unbeachtlich, wenn die erforderliche Anhörung eines Beteiligten nachgeholt wird. Es ist bislang nicht abschließend geklärt, ob eine auf diese Weise mögliche Heilung eines Verfahrensmangels ex tunc- oder lediglich ex nunc-Wirkung entfaltet,

Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 3. EL August 2022, § 45 VwVfG Rn. 70 mit Nachweisen zum Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur.

Beide Sichtweisen würden hier dazu führen, dass die unterbliebene Stellungnahme nicht als unbeachtlich anzusehen sein kann. Bei einer ex tunc-Wirkung würde die Heilung auf den Zeitpunkt des Unterrichtungsschreibens vom 06.10.2023 zurückwirken. Die sechswöchige Vorabprüfungsfrist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG endete dann ebenfalls am 17.11.2023. Dieser Zeitpunkt läge allerdings vor Abschluss des zur Heilung nachträglich eingeleiteten Stellungnahmeverfahrens. Sinn und Zweck dieses Verfahrens ist es, dass Zugangsberechtigte noch Einfluss auf die Gestaltung der SNB nehmen können, bevor sie der Betreiber der Schienenwege der Regulierungsbehörde die letztlich beabsichtigten Änderungen unterrichtet. Bei einer rückwirkenden Heilung hätte die Beschlusskammer im vorliegenden keine Chance, die letztlich unterrichteten Änderungen vorab zu überprüfen. Nähme man eine ex nunc-Wirkung an, müssten die Betroffenen eine weitere Unterrichtung vornehmen. Diese könnte frühestens am 25.11.2023 (ein Samstag) erfolgen, wobei davon auszugehen ist, dass die Betroffenen auch noch eine gewisse Zeit brauchen, um etwaig eingehende Stellungnahmen zu berücksichtigen. Wann immer die Unterrichtung letztlich erfolgt, können die Betroffenen in Ansehung der sechswöchigen Prüffrist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG die Frist des § 19 Abs. 5 Satz 1 ERegG nicht mehr einhalten. Nach § 19 Abs. 5 Satz 1 ERegG sind die endgültigen SNB vor dem Netzfahrplanwechsel, mindestens jedoch vier Monate vor Ablauf der Frist für einen Antrag auf Zuteilung von Schienenwegkapazität, zu veröffentlichen. Ausweislich der Fristenübersicht in Abschnitt 4.2.1.3 der beabsichtigten NBN 2025 beginnt die Trassenanmeldefrist für die erste Phase der Netzfahrplanerstellung am 11.03.2024. Mithin sind die endgültigen SNB nach § 19 Abs. 5 Satz 1 ERegG bis spätestens 11.12.2023 zu veröffentlichen.

An den vorstehenden Überlegungen ändert es auch nichts, dass die Betroffenen nicht vorhaben, die beabsichtigten Änderungen zu unterrichten, sondern sie in das Verfahren nach § 68 Abs. 3 ERegG einbringen wollen. Das Verfahren nach § 68 Abs. 3 ERegG ist nicht dazu gedacht, dass die regulierten Unternehmen aus eigener Initiative Änderungen an SNB einbringen. Es dient vielmehr der nachträglichen Kontrolle von SNB, wobei auch SNB im Entwurfsstadium geprüft werden können,

VG Köln, Urteil vom 17.05.2022, Az. 18 K 259/22, Rn. 117 ff. (juris).

Das Verfahren nach § 68 Abs. 3 ERegG ist aber deshalb nicht für das Ansinnen der Betroffenen geeignet, weil es keinen Mechanismus dergestalt vorsieht, dass die beabsichtigten Änderungen letztlich auch in Kraft treten. Dies ist nur durch eine Unterrichtung gewährleistet, weil nur für unterrichtete Änderungen die Rechtsfolgen des § 73 Abs. 2 ERegG gelten. Außerdem ist das Verfahren nach § 66 Abs. 4 i. V. m. § 68 Abs. 3 ERegG eines, das auf Antrag oder von Amts wegen durchgeführt werden kann. Der regulierte Betreiber der Schienenwege zählt allerdings nicht zum Kreis der Antragsberechtigten. Denn § 66 Abs. 4 ERegG ist Teil einer Gesamtregelung, die sich insgesamt mit den Beschwerdemöglichkeiten der Zugangsberechtigten und von Verbänden befasst. Auch die Rechtsfolgen des § 68 Abs. 3 ERegG bekräftigen dies. Sie ermöglichen es der Regulierungsbehörde, das Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit Wirkung für die Zukunft zu verpflichten, Maßnahmen im Sinne des § 66 Abs. 4 ERegG zu ändern oder diese für unwirksam zu erklären. Die Betroffenen zielen auf keine dieser beiden Rechtsfolgen ab.

Damit verbleiben den Betroffenen nun zwei Möglichkeiten, die von ihnen beabsichtigten Änderungen in ihre SNB aufzunehmen. Zum einen können sie die Beschlusskammer über eine unterjährige Änderung ihrer Nutzungsbedingungen nach § 19 Abs. 6 ERegG unterrichten. Eine solche unterjährige Änderung ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 6 ERegG auch dann möglich, wenn sie Änderungen zuvor nicht vorläufig in Kraft gesetzt wurden,

Beschluss vom 04.05.2023, Gz. BK10-23-0055_Z, S. 10.

Zum anderen können die Betroffenen die Beschlusskammer über die beabsichtigten Änderungen im Rahmen der nächsten Regeländerung der NBN unter Einhaltung der Fristen aus § 19 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1 ERegG unterrichten.

II.3.1.3 Ermessensausübung

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Die Feststellung verfolgt zunächst einen legitimen Zweck. Ziel einer auf § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG gestützten Ablehnung von beabsichtigten Neufassungen oder Änderungen ist es, einer drohenden Verletzung der in § 3 ERegG genannten Regulierungsziele entgegenzuwirken. Für eine Feststellung als Minus zu diesem Rechtsfolgenausspruch gilt dasselbe. Im vorliegenden Fall von besonderer Relevanz sind die Regulierungsziele des § 3 Nr. 2 ERegG, namentlich die Wahrung der Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten. Da die Bundesnetzagentur und die Betroffenen über die Wirksamkeit der Unterrichtung streiten und bei wirksam unterrichteten beabsichtigten Änderungen ein ereignisloses Verstreichen der Prüffrist aus § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG dazu führt, dass in einem Umkehrschluss aus § 73 Abs. 3 Nr. 2 ERegG die Änderungen in Kraft treten und angewendet

werden dürfen, bedarf es eines fest- und klarstellenden Ausspruches dazu, dass die Unterrichtung nicht wirksam erfolgt ist. Dies gebietet die Informationsfunktion der SNB, die Transparenz, Planbarkeit und Kalkulationssicherheit sichern sollen,

vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.01.2018, Az. 6 B 21.17, Rn. 11 (juris) m. w. N.

Die Feststellung überschreitet auch nicht die gesetzlichen Grenzen; sie ist insbesondere verhältnismäßig.

Die Feststellung ist geeignet, das oben genannte Ziel zu erreichen. Durch die Feststellung ist für alle Zugangsberechtigten klar erkennbar, dass die Betroffenen die von der Tenorziffer 1 umfassten beabsichtigten Änderungen nicht wirksam unterrichtet haben und diese deshalb nicht in Kraft treten können und nicht angewendet werden dürfen. Denn alle Entscheidungen der Beschlusskammer sind gemäß § 77 Abs. 8 ERegG auf der Internetseite der Bundesnetzagentur zu veröffentlichen.

Mildere und gleich geeignete Mittel zur Zielerreichung sind nicht erkennbar. Es wäre zwar denkbar gewesen, den Betroffenen die unter II.3.1.2 geäußerte Rechtsauffassung in einem Abschlusschreiben mitzuteilen und ansonsten abzuwarten, ob sie die von Tenorziffer 1 umfassten Änderungen gemäß § 19 Abs. 5 Satz 1 ERegG in den endgültigen SNB veröffentlichen. Erst wenn dies gedroht hätte oder geschehen wäre, hätte die Beschlusskammer dann die passenden Gegenmaßnahmen ergreifen können. Ein solches Vorgehen ist aber nicht gleich geeignet. Es erweist sich auch nicht als milder. An der gleichen Eignung fehlt es, weil die Beschlusskammer einfache Abschlusschreiben nicht veröffentlicht und somit nur die Hinzugezogenen ohne Weiteres Kenntnis von der Rechtsauffassung der Beschlusskammer erlangt hätten. Ein derartiges Vorgehen wäre aber auch kein milderer Mittel. Die Gegenmaßnahmen müsste entweder in einer Verpflichtung zur Unterlassung der Veröffentlichung der betroffenen Änderungen nach § 19 Abs. 5 Satz 1 ERegG in den endgültigen SNB bestehen, so die Beschlusskammer frühzeitig Kenntnis davon hätte, dass die Betroffenen an ihrer im vorliegenden Verfahren geäußerten Rechtsauffassung festhalten wollen und deshalb von einem Inkrafttreten der Änderungen ausgehen. Alternativ müsste die Beschlusskammer im Anschluss an eine erfolgte Veröffentlichung nach § 19 Abs. 5 Satz 1 ERegG die Unwirksamkeit der Unterrichtung feststellen und die Betroffenen dazu verpflichten, die Veröffentlichung anzupassen. Nicht in Betracht käme eine Maßnahme nach § 68 Abs. 3 ERegG, weil die Verpflichtung zur Änderung von SNB oder deren Ungültigerklärung zwingend wirksame SNB voraussetzt. Damit wären die Alternativmaßnahmen entweder eingriffsintensiver oder gleich streng. Der unterschiedliche Zeitpunkt der Feststellung hat keine Auswirkungen auf die Schwere der Maßnahme.

Die Feststellung ist zudem angemessen. Das mit der Feststellung verfolgte Ziel, die Interessen der Zugangsberechtigten zu wahren, steht nicht außer Verhältnis zu den Belastungen, die namentlich den Betroffenen durch die Feststellung entstehen. Eine eigenständige Belastung ist mit der Feststellung schon nicht verbunden, weil sie nicht rechtsgestaltend wirkt.

II.3.2 Ziffer 2 des Tenors: Teilweise Fortführung des Verfahrens und Einstellung im Übrigen

Mit Tenorziffer 2 stellt die Beschlusskammer das Verfahren überwiegend ein. In dem tenorierten Umfang wird das Verfahren jedoch auf der Grundlage des § 66 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. § 68 Abs. 3 ERegG fortgeführt.

Bis zum Ablauf der Prüffrist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG am heutigen Tage war die Überprüfung der Kündigungsregelungen in Abschnitt 3.3.4.4.3 der NBN 2025 noch nicht abgeschlossen. Bereits in ihrem ersten Anhörungsschreiben vom 13.10.2023 hat die Beschlusskammer angekündigt, die Prüfung dieser Regelung im Verfahren nach § 66 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. § 68 Abs. 3 ERegG über den heutigen Tag hinaus fortsetzen zu wollen. Die Betroffenen haben hierzu sowohl in der mündlichen Verhandlung am 19.10.2023 als auch in ihrem Antwortschreiben vom 25.10.2023 auf das erste Anhörungsschreiben ihre Zustimmung geäußert.

Maßgeblicher Grund für die Fortführung der Überprüfung ist, dass die Regelung inhaltlich mit der Regelung zum Kapazitätsbereitstellungsentgelt in Abschnitt 5.6.8, welche die Betroffenen im Verfahren BK10-23-0400_E zur Genehmigung gestellt haben, verknüpft ist. Da mit dem heutigen Ablauf der Prüffrist nach § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG noch nicht feststeht, ob die Beschlusskammer die in Abschnitt 5.6.8 vorgesehene Regelung zum Kapazitätsbereitstellungsentgelt genehmigen wird, lässt die Beschlusskammer die Prüffrist verstreichen, um zu einem einheitlichen Zeitpunkt über das Gesamtkonzept zu entscheiden. Für die hier relevanten leistungsseitigen Regelungen bedeutet dies, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Entgeltgenehmigungsantrag im Verfahren BK10-23-0400_E auch darüber zu entscheiden sein wird, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Tätigwerden der Beschlusskammer nach § 66 Abs. 4 Nr. 1 i. V. m. § 68 Abs. 3 ERegG vorliegen und wie die Beschlusskammer gegebenenfalls das ihr nach § 68 Abs. 3 ERegG eingeräumte Ermessen ausübt. Ein solches Vorgehen stellt sich auch als verfahrenswirtschaftlich dar. Es bietet den Betroffenen die Gelegenheit, das von ihnen angedachte Gesamtkonzept in Reaktion auf das sich im Entgeltgenehmigungsverfahren abzeichnende Ergebnis der Prüfung ggf. nochmals zu überarbeiten.

Ebenfalls noch nicht abgeschlossen ist die Prüfung der Regelungen in Abschnitt 4.2.1.9 lit. c) bis e) des Haupttextes der NBN 2025 sowie in Abschnitt 5 Abs. 14 Nr. 4 der Richtlinie 402.0305 in der ab 15.12.2024 geltenden Fassung betreffend den Vorrang im Streitbeilegungsverfahren. Zwar hatte die Beschlusskammer hier ursprünglich vor, über eine (Nicht-)Ablehnung der beabsichtigten Änderungen bis zum Ablauf der Prüffrist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG zu entscheiden. In Reaktion auf das dritte Anhörungsschreiben der Beschlusskammer vom 08.11.2023 haben die Betroffenen die von ihnen beabsichtigten Regelungen allerdings nochmals angepasst und dabei auch hier für eine – nach vorläufiger Einschätzung der Beschlusskammer – sinnvolle inhaltliche Überschneidung zu der Entgeltgenehmigung unterliegenden Fragen gesorgt. Deswegen gelten die vorstehenden Ausführungen zu den Kündigungsregelungen für die Regelungen betreffend den Vorrang im Streitbeilegungsverfahren entsprechend.

Schließlich führt die Beschlusskammer das Verfahren auch insoweit weiter, als es um die Überprüfung der Regelung in Abschnitt 4.4.2 der NBN 2025 betreffend das mKoK geht. Bezüglich dieser Regelungen hat die Beschlusskammer im Verlauf des Verfahrens zu erkennen gegeben, dass sie eine weitere Konkretisierung der Regelung für erforderlich erachtet. Die öffentliche mündliche Verhandlung und die anschließenden Stellungnahmen der Hinzugezogenen haben gezeigt, dass auch die Zugangsberechtigten einen Konkretisierungsbedarf sehen. Da die Betroffenen den Abschluss neuer Rahmenverträge frühestens mit Wirkung zur Netzfahrplanperiode 2027/2028 anbieten wollen, besteht aus Sicht der Beschlusskammer kein ganz akuter Handlungsbedarf. Die Betroffenen müssen die erforderlichen Präzisierungen allerdings so rechtzeitig vornehmen, dass sich die Zugangsberechtigten in den Entstehungsprozess eines neuen mKoK auf informierter Grundlage einbringen können. Die Fortführung des Verfahrens bietet die Gelegenheit zu klären, welcher Konkretisierungsbedarf im Einzelnen besteht und die erforderlichen Änderungen inhaltlich zu diskutieren. Für den Moment bleibt es

bei den wenigen Informationen in Abschnitt 4.4.2 der NBN 2025, welche sich für die Zugangsberechtigten nach Einschätzung der Beschlusskammer jedenfalls nicht als derartig nachteilig erweisen, dass ein Einschreiten innerhalb der Prüffrist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG geboten erscheint.

Soweit die Beschlusskammer den Verfahrensgegenstand im Übrigen amtswegig erweitert hat, wird das insoweit teilbare Verfahren eingestellt. Es haben sich für diese – mit den vorgenannten drei Regelungskomplexen nicht zusammenhängenden – Änderungen keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass vorliegend ein zusätzliches Einschreiten von Amts wegen geboten wäre. Tenorziffer 2 erfasst auch die Einstellung des Verfahrens, soweit es um die Überprüfung der beabsichtigten Änderung in Abschnitt 7.3.1.6.3.1.2 lit. c) geht. Mit dieser Einstellung geht einher, dass die Beschlusskammer diese erst später unterrichtete beabsichtigte Änderung nicht ablehnen wird. Die Einstellung ist daher als Mitteilung im Sinne des § 73 Abs. 2 Satz 2 ERegG und insoweit auch als Verwaltungsakt zu verstehen. Die Vorschrift bestimmt, dass die Regulierungsbehörde dem betreffenden Eisenbahninfrastrukturunternehmen vor Ablauf der Frist des § 73 Abs. 1 Nr. 4 ERegG von Amts wegen mitteilen kann, dass sie ihr Ablehnungsrecht nicht ausüben wird. Die entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen liegen vor, und das Ermessen ist, wie gezeigt, ordnungsgemäß ausgeübt worden. Insgesamt schließt die Einstellung allerdings nicht aus, dass die unterrichteten Regelungen ggf. nachträglich nochmal aufgegriffen werden (siehe auch bereits unter II.1).

Gebührenhinweis

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Gebühren werden gemäß der am 15.05.2021 in Kraft getretenen Besonderen Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Bundesnetzagentur im Bereich der Eisenbahnregulierung (EReg-BGebV) festgesetzt. Sollten für diesen Beschluss Gebühren oder Auslagen anfallen, erfolgt deren Geltendmachung gemäß § 77 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ERegG in einem gesonderten Bescheid. Rückfragen im Zusammenhang mit einer möglichen Gebührenerhebung können per E-Mail an das Postfach GebuehrenEisenbahn@BNetzA.de gerichtet werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Dr. Arnade

Kirchhartz

Der Beisitzer Dr. Arnade war zum Zeitpunkt der Unterzeichnung abwesend. Er hat an der Entwurfsfassung mitgewirkt.