

Prof. Dr. Urs Kramer, Universität Passau

Maierhofstraße 18a, 94032 Passau, Tel.: 0851/509-2378, urs.kramer@uni-passau.de

Die Zulässigkeit von Geschwindigkeits- und Durchfahrtbeschränkungen für laute Güterzüge im Mittleren Rheintal aus der Warte des deutschen und europäischen Rechts

– Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten Rheinland-Pfalz

von Universitätsprofessor Dr. Urs Kramer

Lehrprofessur für Öffentliches Recht

Universität Passau

Dezember 2013

Gliederung

- A. Anlass und Inhalt der Untersuchung
- B. Die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit von Betriebsbeschränkungen
 - I. Die Vereinbarkeit von Betriebsbeschränkungen mit dem deutschen Recht
 - 1. Ungleichbehandlung
 - 2. Sachlicher Rechtfertigungsgrund
 - a. Allgemeine Überlegungen
 - b. Der Lärm als Differenzierungs- und Rechtfertigungsgrund
 - 3. Prüfung der Verhältnismäßigkeit
 - II. Die Vereinbarkeit von Betriebsbeschränkungen mit dem Unionsrecht
 - 1. Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten
 - a. Die Dienstleistungsfreiheit
 - b. Die Warenverkehrsfreiheit
 - c. Rechtfertigung der Eingriffe
 - 2. Vereinbarkeit mit den Vorgaben zu den europäischen Güterverkehrskorridoren
- C. Zuständigkeit für die Anordnung von Betriebsbeschränkungen
 - I. Ein Vorgehen der Regulierungsbehörde (der Bundesnetzagentur)
 - II. Ein Vorgehen des EIU/Betreibers der Schienenwege (hier der DB Netz AG)
 - III. Ein Tätigwerden der Eisenbahnaufsichtsbehörden (hier des Eisenbahn-Bundesamtes)
 - IV. Ein Tätigwerden der Immissionsschutzbehörden
- D. Die richtige Ermächtigungsgrundlage für ein Tätigwerden
 - I. Ausreichende Detailschärfe („Wesentlichkeit“) der Generalklausel
 - II. Hinreichende Bestimmtheit der Generalklausel
- E. Der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage
 - I. Vorliegen einer Gefahr
 - II. Einhaltung der Vorgaben des § 5 Abs. 1 AEG
 - 1. Unionsrechtliche Vorgaben und direkte Vorgaben des AEG
 - 2. Analoge Heranziehung von Vorschriften
- F. Rechtsfolge
 - I. Legitimes Ziel
 - II. Geeignetheit
 - III. Erforderlichkeit
 - 1. Alternative: Neue „Rheintalumgehungsstrecke“
 - 2. Alternative: Lärmabhängiges Trassenpreissystem
 - 3. Alternative: Aktiver und passiver Lärmschutz an der Strecke und am Zug
 - IV. Angemessenheit
- G. Gesamtergebnis und Ausblick

A. Anlass und Inhalt der Untersuchung

Die politische Diskussion um mögliche Geschwindigkeits- und Durchfahrtsbeschränkungen für laute Güterzüge im Mittleren Rheintal hat in der letzten Zeit gerade auch wegen des Druckes aus der Bevölkerung an Vehemenz zugenommen. Die Forderungen nach einem Tätigwerden der zuständigen Institutionen werden lauter, bislang aber regelmäßig unter Verweis auf die – zumeist nicht näher begründet – fehlende rechtliche Zulässigkeit solcher Maßnahmen „abgeblockt“. In diesem Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Landwirtschaft, Ernährung, Weinbau und Forsten Rheinland-Pfalz soll daher genauer der Frage nach der Möglichkeit von Geschwindigkeits- und Durchfahrtsbeschränkungen für laute Güterzüge im vom Bahnlärm besonders betroffenen Mittleren Rheintal aus der Warte des deutschen und europäischen Rechts nachgegangen werden. Soweit möglich, soll die Frage auch schon abstrakt beantwortet und dort, wo das nicht der Fall ist, der konkrete weitere „Ermittlungsbedarf“ aufgezeigt werden.

Die Untersuchung geht dabei so vor, dass nach der in der Rechtswissenschaft verbreiteten „Zweistufentheorie“ zunächst die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit von Geschwindigkeits- und Durchfahrtsbeschränkungen für laute Güterzüge (im Folgenden als „Betriebsbeschränkungen“ bezeichnet) aus dem Blickwinkel des deutschen und europäischen Rechts untersucht wird (das so genannte „Ob“; unter B.), bevor dann – im Rahmen sozusagen des „Wie“ – die für derartige Maßnahmen zuständige Stelle (C.), die für sie nutzbare Ermächtigungsgrundlage (D.) sowie deren (Tatbestands-)Voraussetzungen (E.) und schließlich die Rechtsfolge mit Bezug auf das hier in Rede stehende Mittlere Rheintal (F.) näher geprüft werden und am Ende ein Gesamtergebnis (G.) festgehalten wird.

B. Die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit von Betriebsbeschränkungen

Die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit von Betriebsbeschränkungen für den Schienengüterverkehr in Form von Durchfahrtsbeschränkungen und Geschwindigkeitsbeschränkungen berührt sowohl nationale als auch europäische Rechtsvorschriften im Hinblick auf den vom jeweiligen Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU)¹ jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) diskriminierungsfrei zu gewährenden freien Netzzugang zu „seiner“ Eisenbahninfrastruktur. Insoweit kommt es primär auf das nationale Eisenbahnrecht an, das allerdings bei einer Kollision kraft

¹ Zu EIU und EVU vgl. § 3 Abs. 1 AEG; näher *Kramer*, in: *Kunz*, Eisenbahnrecht, Loseblatt, Stand: Oktober 2012, § 3 AEG Rn. 1; hier im konkreten Fall in Person des „Betreibers der Schienenwege“ nach § 2 Abs. 3a AEG; dazu näher *Kramer*, a. a. O., § 2 AEG Rn. 3.

dessen Anwendungsvorranges von der jeweiligen speziellen Vorschrift im Recht der Europäischen Union (im Folgenden Unionsrecht) verdrängt wird.

I. Die Vereinbarkeit von Betriebsbeschränkungen mit dem deutschen Recht

Auf der nationalen Ebene könnten derartige betriebsbeschränkende Anordnungen im Widerspruch zu dem in § 14 Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)² normierten diskriminierungsfreien Netzzugangsrecht des einzelnen Zugangsberechtigten³ stehen, wenn der Zugang für Güterzüge zu bestimmten Strecken zu manchen Zeiten gar nicht oder nur mit einer gegenüber dem Regelbetrieb und der Planfeststellung⁴ reduzierten Höchstgeschwindigkeit gewährt wird.

Gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 AEG sind EIU verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen in dem durch eine auf Grund des § 26 Abs. 1 Nr. 6, 7 und Abs. 4 Nr. 1 AEG ergangene Rechtsverordnung bestimmten Umfang zu gewähren.

Die in § 14 Abs. 1 AEG allgemein geregelte diskriminierungsfreie Netzzugangsgewährungspflicht wird durch die auf § 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7 und Abs. 4 Nr. 1 AEG zurückgehende Verordnung über den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur (Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung; EIBV)⁵ näher ausgestaltet.

Während § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV in Folge der Wortgleichheit für die nähere Bestimmung des diskriminierungsfreien Netzzuganges keine weiteren Anhaltspunkte als § 14 Abs. 1 S. 1 AEG selbst liefert, bestimmt § 9 Abs. 1 S. 2 EIBV, dass ein Betreiber der Schienenwege⁶ über Anträge auf Zuweisung von Zugtrassen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich entscheiden darf.

§ 9 Abs. 1 S. 2 EIBV hat zur Folge, dass sich der Kern des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsbegriffes und der Gleichheitsbegriff des allgemeinen Gleichheitssat-

² Vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439), zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154).

³ Vgl. dazu *Kramer* (Fn. 1), § 14 AEG Rn. 2.

⁴ Maßstab für die Bestimmung der Kapazität einer Eisenbahninfrastruktureinrichtung ist deren planfestgestellter Umfang. Vgl. dazu *Kramer* (Fn. 1), § 18 AEG Rn. 2.

⁵ Vom 03.06.2005 (BGBl. I S. 1566), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.2011 (BGBl. I S. 3044).

⁶ S. oben Fn. 1.

zes in Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) inhaltlich decken,⁷ und führt außerdem – unter Einbeziehung des Unionsrechts (unten II.) – dazu, dass eine Diskriminierung anzunehmen ist, „wenn innerhalb einer Vergleichsgruppe ohne sachlich gerechtfertigten Grund eine unterschiedliche Behandlung erfolgt oder wenn unterschiedliche Vergleichsgruppen ohne sachlich gerechtfertigten Grund gleich behandelt werden. Dabei kann das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot schon Prüfungskriterium sein, wenn sachlich nicht begründete unterschiedliche Behandlungen von Zugangsberechtigten tatsächlich noch nicht gegeben sind, die hinreichende Möglichkeit einer solchen Behandlung aber besteht. Bei greifbarer, wesentlicher Behinderung eines EVU beim angestrebtem Netzzugang reicht auch eine verstreckte Diskriminierung aus, wenn eine Regelung in den Nutzungsbedingungen theoretisch zwar für alle EVU gleich gilt, faktisch aber unterschiedlich wirkt, indem ihre Intransparenz das eine Unternehmen unzumutbar beim Infrastrukturzugang behindert, das andere Unternehmen aber nicht.“⁸

Bei der Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit von Betriebsbeschränkungen im Hinblick auf das Netzzugangsrecht ist daher zunächst der Frage nachzugehen, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt (1.). Anschließend ist bei Bejahung einer Ungleichbehandlung weiter zu prüfen, ob für diese Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund gegeben ist (2.) und gegebenenfalls weitere Vorgaben zu beachten sind (3.).

1. Ungleichbehandlung

Die Feststellung einer Ungleichbehandlung hat auf der Grundlage von Vergleichsgruppen zu erfolgen. Bei der Bildung von solchen Vergleichsgruppen kommt es maßgeblich darauf an, diejenigen Zugangsberechtigten einem Vergleich zu unterziehen, die –unter gleichen Bedingungen – um den Erwerb von Infrastrukturkapazitäten konkurrieren und die letztlich die entsprechende Kapazität im Wege des Abschlusses eines Infrastrukturnutzungsvertrages erhalten.⁹

Bei den hier in Rede stehenden Betriebsbeschränkungen in Form von Durchfahrtsbeschränkungen und Geschwindigkeitsbeschränkungen bestehen zwei mögliche Anknüpfungspunkte für die Bestimmung von Vergleichsgruppen.

⁷ VG Köln, Urteil vom 03.08.2013, Az.: 18 K 116/12.

⁸ VG Köln, Urteil vom 03.08.2013 – Az.: 18 K 116/12. Alle hier zitierten (untergerichtlichen) Gerichtsentscheidungen zum Eisenbahnrecht finden sich auch in der Datenbank auf <http://www.jura.uni-passau.de/eisenbahnrecht-datenbank.html>, zu der freier Netzzugang gewährt wird.

⁹ VG Köln, Urteil vom 19.07.2013 – Az.: 18 K 4277/12.

a. Zum einen kann als Bezugspunkt für die geplanten Betriebsbeschränkungen ein **ganz bestimmter Streckenabschnitt** genommen werden. In diesem Fall sind allerdings alle EVU gleichermaßen von dieser Betriebsbeschränkung betroffen, so dass zwischen den einzelnen EVU keine Ungleichbehandlung erfolgt. Ein bedingungsloser Anspruch auf Netzzugang wird von der Rechtsprechung demgegenüber nämlich nicht anerkannt. Vielmehr wird dem Betreiber der Schienenwege außerhalb jeder Ungleichbehandlung verschiedener Zugangsberechtigter grundsätzlich ein unternehmerisches Ermessen im Hinblick darauf eingeräumt, unter welchen Bedingungen und in welcher Form der Zugang gewährt werden soll.¹⁰ Vergleichbare Fälle in der Vergangenheit betrafen etwa das „Dampflokverbot“ (nur) im Berliner Hauptbahnhof¹¹ oder die in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB)¹² des Infrastrukturbetreibers aufgestellte Pflicht aller EVU, ihre Triebfahrzeuge auf der Neubaustrecke Nürnberg – Ingolstadt – München unabhängig von der tatsächlich gefahrenen Geschwindigkeit – erst ab gefahrenen 160 km/h schreibt die Eisenbahn-Bau und Betriebsordnung (EBO)¹³ solche Sicherungseinrichtungen vor – mit der so genannten Linienzugbeeinflussung auszurüsten.¹⁴

Die Anordnung von Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen auf den Bahnstrecken im Mittelrheintal ist demgemäß nicht als eine Ungleichbehandlung zu qualifizieren, sofern sie sich auf alle Schienenverkehre – unabhängig davon, ob es sich um Personen- oder Güterschienenverkehr handelt – gleichermaßen erstreckt. Ein Widerspruch zu § 14 Abs. 1 S. 1 AEG ist bei einer solchen streckenbezogenen Anknüpfung mithin nicht gegeben.

b. Ein weiterer Bezugspunkt für die Betriebsbeschränkungen kann unabhängig von dem betroffenen Streckenabschnitt **der auf der Schiene einzusetzende Verkehr**, das heißt etwa der Personen- oder der Güterverkehr, sein. Zu denken ist zum einen an eine Durchfahrtsbeschränkung oder eine Geschwindigkeitsbegrenzung zur Nachtzeit nur für den Güterverkehr, während der Personenverkehr ungehindert weiterfahren kann. In diesem Fall wäre eine Ungleichbehandlung zwischen der Vergleichsgruppe „Güterverkehr“ und der Vergleichsgruppe „Personenverkehr“ anzu-

¹⁰ *LG Berlin*, Urteil vom 12.10.2004 – Az.: 16 O 465/04.

¹¹ *VG Köln*, Beschluss vom 03.04.2007 – Az.: 18 L 543/07; *OVG Münster*, Beschluss vom 14.05.2007 – Az.: 13 B 706/07.

¹² Vgl. § 4 Abs. 2 EIBV i. V. mit Anlage 2 zur EIBV.

¹³ Vom 08.05.1967 (BGBl. 1967 II S. 1563), zuletzt geändert durch Verordnung vom 25.06.2012 (BGBl. I S. 1703).

¹⁴ *VG Köln*, Beschluss vom 15.02.2012 – Az.: 18 L 73/12, unter Verweis auf § 28 Abs. 1 Nr. 5 EBO; *OVG Münster*, Beschluss vom 06.06.2012 – Az.: 13 B 291/12.

nehmen, denn das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur steht allen Zugangsberechtigten grundsätzlich in gleichem Umfang zu,¹⁵ so dass sich insoweit anschließend die Frage nach der Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung stellt.

2. Sachlicher Rechtfertigungsgrund

a. Allgemeine Überlegungen

Trotz des Umstandes, dass der Gesetzgeber mit dem Prinzip der diskriminierungsfreien Gewährung des Zuganges zur Eisenbahninfrastruktur letztlich auf kartellrechtliche Grundsätze zurückgegriffen hat, wird in ständiger Rechtsprechung von einem eigenständigen eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsbegriff ausgegangen.¹⁶ Eine Diskriminierung im eisenbahnrechtlichen Sinn ist nicht erst, wie im Kartellrecht, bei Willkür oder wirtschaftsfremden unternehmerischen Entscheidungen anzunehmen, sondern bereits dann, wenn, wie in § 9 Abs. 1 S. 2 EIBV niedergelegt, die Ungleichbehandlung nicht auf einen sachlich gerechtfertigten Grund gestützt werden kann.¹⁷

Sowohl der Gesetzgeber im AEG als auch der Verordnungsgeber in der EIBV haben sachliche Gründe, die eine Rechtfertigung tragen können, ausdrücklich in den genannten Regelwerken aufgeführt.

So ist in § 14 Abs. 1 S. 2 AEG beim diskriminierungsfreien Netzzugang der vertakte oder ins Netz eingebundene Verkehr angemessen zu berücksichtigen. Ebenso Berücksichtigung zu erfahren hat die Vorhaltung von Schienenwegen für Instandhaltungszwecke im Rahmen der Netzfahrplanerstellung (§ 9 Abs. 2 S. 1 EIBV).¹⁸ Weiter wird im Rahmen des Koordinierungsverfahrens nach § 9 Abs. 4 S. 1 EIBV zunächst den Rahmenverträgen im Sinn von § 13 EIBV der Vorrang vor „normalen“ Trassenbestellungen eingeräumt. Gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 EIBV können ein Betreiber der Schienenwege und ein Zugangsberechtigter einen Rahmenvertrag über die Benutzung von Schienenwegkapazität in dem betreffenden Netz schließen, der eine Laufzeit von mehr als einer Netzfahrplanperiode hat.¹⁹ Der Vorrang der rahmenvertraglich gesicherten Verkehre wird unter anderem damit begründet, dass nur eine längere Vertragsbindung die optimale Netzauslastung und die nach Art. 87e Abs. 4 GG zu

¹⁵ *VG Köln*, Urteil vom 19.07.2013 – Az.: 18 K 4277/12.

¹⁶ *OVG Münster*, Beschluss vom 22.07.2009 – Az.: 13 B 830/09.

¹⁷ *VG Köln*, Beschluss vom 26.05.2009 – Az.: 18 L 542/09.

¹⁸ Dabei sind die Betreiber der Schienenwege allerdings verpflichtet, die Instandhaltung der Schienenwege derart durchzuführen, dass die Interessen der Zugangsberechtigten nicht mehr als notwendig beeinträchtigt werden (§ 9 Abs. 2 S. 2 EIBV).

¹⁹ Näher dazu *Serong*, in: *Kunz* (Fn. 1), § 3 EIBV Rn. 2.

gewährleistete Grundversorgung sicherstellt, weil ohne Planungssicherheit ein leistungsfähiger Eisenbahnverkehr auch unter Wettbewerbsbedingungen nicht denkbar ist.²⁰ Ebenso wird diese Vorrangstellung in § 9 Abs. 1 S. 1 EIBV den besonderen Schienenwegen im Sinn von § 19 EIBV zugesprochen. Gemäß dieser Vorschrift kann der Betreiber der Schienenwege in den SNB bestimmte Schienenwege für die Nutzung durch bestimmte Arten von Verkehrsleistungen ausweisen und diesen darin bei der Zuweisung von Zugtrassen Vorrang einräumen, wenn mehrere geeignete Schienenwege vorhanden sind. Eine derartige Nutzungsbeschränkung darf andere Verkehrsleistungen allerdings nicht von der Nutzung der betreffenden Schienenwege ausschließen, sofern Schienenwegkapazität verfügbar ist und die betreffenden Fahrzeuge den technischen Betriebsmerkmalen des Schienenweges entsprechen. Eine ähnliche Vorrangregelung gilt im Übrigen nach dem Unionsrecht für die europäischen Güterverkehrskorridore (unten II. 2.).

Abschließend soll der Betreiber der Schienenwege in Koordinierungsverfahren gemäß § 9 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 bis 3 EIBV über die Anträge auf Zuweisung von Zugtrassen nach Maßgabe folgender Reihenfolge entscheiden: vertakteter oder ins Netz eingebundener Verkehr, grenzüberschreitende Zugtrassen und Zugtrassen für den Güterverkehr.

Allen diesen eben aufgezählten Kriterien, die als sachliche Gründe für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung in Betracht kommen, ist gemeinsam, dass sie einen besonderen Eisenbahnbezug aufweisen. Das bedeutet aber nicht, dass nur eisenbahnspezifische Kriterien für die Beurteilung bzw. Rechtfertigung einer Diskriminierung im Sinn von § 14 Abs. 1 S. 1 AEG in Betracht kommen.

Neben dem bereits erwähnten § 19 EIBV als vorrangigem Kriterium im Koordinierungsverfahren ist nämlich ferner § 13 EIBV zu betrachten, bevor auf die in § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 EIBV genannten Kriterien eingegangen werden soll. Zu den bereits oben erwähnten sachlichen Gründen für die Einräumung des Vorranges für rahmenvertraglich gesicherte Verkehre ist ein weiterer hinzuzufügen: die Investitionssicherheit des Zugangsberechtigten. Durch die dem Betreiber der Schienenwege und den Zugangsberechtigten an die Hand gegebene Möglichkeit des Abschlusses eines Rahmenvertrages soll dem Zugangsberechtigten Investitionssicherheit gewährt werden, der im Koordinierungsverfahren Rechnung getragen wird, denn das EVU, das

²⁰ VG Köln, Beschluss vom 29.04.2004 – Az.: 11 L 2563/03 und 2564/03.

eine Investitionsentscheidung getroffen hat, ist zur Erzielung der für die Amortisation notwendigen Umsätze auf die zugesagte Nutzung der Schienenwege angewiesen.²¹

Neben der Investitionssicherheit wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit²² der Zugangsberechtigten als sachlicher Grund normativ festgesetzt, indem im Rahmen des Höchstpreisverfahrens nach § 9 Abs. 6 EIBV, bei dem die Zugangsberechtigten vom Betreiber der Schienenwege aufgefordert werden, innerhalb von fünf Tagen ein Entgelt anzubieten, das über dem Entgelt liegt, das auf der Grundlage der SNB zu zahlen wäre, demjenigen Zugangsberechtigten ein Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG zu unterbreiten ist, der insoweit bereit ist, das höchste Entgelt zu zahlen.

Bei dieser Darstellung der bereits im AEG und der EIBV genannten sachlichen Gründe für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zeigt sich zwar, dass der Lärm normativ nicht als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung vorgesehen ist. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Lärm als tauglicher Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung ausscheidet, denn dieses normativ vorgegebene Konfliktlösungsprogramm ist weder ausschließlich noch abschließend.²³ Dafür spricht § 14 Abs. 1 S. 3 AEG, nach dem der vertaktete oder ins Netz eingebundene Verkehr angemessen zu berücksichtigen ist, ohne dabei klarzustellen, neben und gegenüber welchen sonst anzuerkennenden Aspekten diese Berücksichtigung erfolgen soll.²⁴ Auch die durch § 14 AEG und die EIBV konkretisierte Richtlinie 2001/14/EG zeichnet kein anderes Bild, denn in Art. 14 Abs.1 dieser Richtlinie wird dem nationalen Gesetzgeber lediglich die Pflicht auferlegt, Fahrwegkapazitäten „auf gerechte und nicht diskriminierende Weise unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zuzuweisen“. Fälle, in denen bereits die besagte Richtlinie einen Vorrang einräumt, sind nur punktuell benannt, so dass ein abschließendes Konfliktlösungsprogramm bei kollidierenden Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen schon auf der europarechtlichen Ebene nicht bezweckt wurde.²⁵ Diese Annahme des nicht abschließenden Konfliktlösungsprogrammes wird zudem durch § 9 Abs. 3 S. 1 EIBV getragen, der den Betreibern der Schienenwege die Aufgabe überträgt, durch Verhandlungen mit den Zugangsberechtigten auf einvernehmliche Lösungen hinzuwirken.

²¹ Gerstner, in: *Hermes/Sellner*, Allgemeines Eisenbahngesetz, 2006, § 14 Rn. 115;

²² OVG Münster, Beschluss vom 05.06.2003 – Az.: 20 B 113/03; Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 115;

²³ VG Köln, Beschlüsse vom 29.04.2004 – Az.: 11 L 2563/03 und 2564/03; OVG Münster, Beschluss vom 05.06.2003 – Az.: 20 B 113/03; VG Köln, Beschluss vom 20.06.2005 – Az.: 11 L 882/05.

²⁴ OVG Münster, Beschluss vom 05.06.2003 – Az.: 20 B 113/03.

²⁵ Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 108.

Die Bestimmung des sachlichen Grundes hat vor dem Hintergrund zu erfolgen, dass das AEG nicht die gleiche Ausgangslage wie das kartellrechtliche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterstellt. Während das GWB die Marktteilnehmer vor einer Vielzahl von Wettbewerbsnachteilen zu schützen beabsichtigt, stehen im AEG nicht die Zugangsberechtigten selbst im Mittelpunkt, sondern allein der Schutz des Wettbewerbes vor seiner Beeinträchtigung, wozu das Diskriminierungsverbot und die dieses Verbot speziell ausgestaltenden Normen dienen. Deshalb berücksichtigt zwar „das gesetzlich so ausgestaltete Diskriminierungsverbot das gesetzliche Ziel des Wettbewerbes, ist aber weder mit dem Letzteren gleichzusetzen noch durch Letzteres determiniert.“²⁶ Den in § 1 Abs. 1 S. 1 AEG niedergelegten Gesetzeszielen, nämlich der Gewährleistung eines sicheren Betriebes der Eisenbahn und eines attraktiven Verkehrsangebotes auf der Schiene sowie der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbes auf der Schiene beim Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen, muss nicht bereits bei der Bestimmung des sachlichen Grundes Beachtung geschenkt werden. Diese Ziele sind vielmehr bei der Frage nach der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung lediglich zu berücksichtigen²⁷ – mit der Folge, dass ihnen gegenüber anderen nicht ausdrücklich in § 1 Abs. 1 S. 1 AEG als Gesetzesziel genannten Kriterien auch ein geringeres Gewicht eingeräumt werden kann und darf. Die bloße Berücksichtigung von Gesetzeszielen kann bei der Bestimmung des sachlichen Grundes zur Folge haben, dass beispielsweise Entgelte sachlich gerechtfertigt sein können, die das EIU auch bei Bestehen wesentlichen Wettbewerbes, mithin ohne seine Marktbeherrschung, verlangen könnte.²⁸ Dass verschiedene Kriterien im Rahmen einer Abwägung berücksichtigt werden sollen, wird auch durch den bereits erwähnten § 14 Abs. 1 S. 2 AEG bestätigt, der ausdrücklich bestimmt, dass der vertaktete oder ins Netz eingebundene Verkehr „angemessen zu berücksichtigen“ ist. „Angemessene Berücksichtigung“ im Sinn des § 14 Abs. 1 S. 2 AEG bedeutet „keinen allgemeinen Vorrang, sondern eine planerische Entscheidung, bei der die verschiedenen Belange angemessen zu würdigen und mit dem richtigen Gewicht in die Gesamtabwägung einzustellen sind.“ Allen planerischen Entscheidungen ist dabei immanent, dass es nicht „die“ richtige Lösung gibt, sondern mehrere vertretbare Ent-

²⁶ *VG Köln*, Urteil vom 19.07.2013 – Az.: 18 K 4277/12.

²⁷ *OVG Münster*, Urteil von 23.03.2010 – Az.: 13 B 247/10; *VG Köln*, Urteil vom 08.03.2013 – Az.: 18 K 116/12; *VG Köln*, Urteil vom 19.07.2013 – Az.: 18 K 4277/12.

²⁸ *OVG Münster*, Urteil von 23.03.2010 – Az.: 13 B 247/10; *VG Köln*, Urteil vom 08.03.2013 – Az.: 18 K 116/12.

scheidungen in Betracht kommen, weil Verschiebungen in einem Punkt oft Auswirkungen an anderer Stelle haben.²⁹

Der dem Betreiber von Schienenwegen durch die planerische Entscheidung eingeräumte Gestaltungsspielraum wird jedoch dann von ihm überschritten, wenn er nicht berücksichtigungswürdige Interessen in seine Überlegungen eingestellt hat oder die Interessengewichtung offensichtlich zu einem Missverhältnis führt.³⁰ Im Rahmen der Interessenabwägung ist mit Rücksicht auf die Zielrichtung des AEG nicht die im Kartellrecht als ausreichend erachtete Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten und die auf die Freiheit des Wettbewerbes gerichtete Zielsetzung des Gesetzes als ausreichend anzusehen. Erforderlich ist vielmehr eine weitergehende Prüfung, die den vom AEG verfolgten öffentlichen Interessen gerecht wird.³¹ Gegen eine zu schnelle Einschränkung der möglichen sachlichen Gründe spricht nämlich zum einen die Spannweite der mit der Nutzung der Eisenbahninfrastruktur verfolgten Ziele und zum anderen die Vertragsautonomie des EIU, die nur durch das Diskriminierungsverbot ihre Grenze erfährt.³²

Die Vielfalt der mit der Nutzung der Eisenbahninfrastruktur verbundenen Ziele spiegelt sich im Übrigen auch in den bereits durch die Rechtsprechung anerkannten Differenzierungsgründen, die nicht schon normativ festgelegt wurden und sich im Rahmen der planerischen Entscheidung des Infrastrukturunternehmens rechtsfehlerfrei durchgesetzt haben. So kann ein „sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung im zu betrachtenden Bereich des Zuganges von EVU zur Eisenbahninfrastruktur unter anderem vorliegen, wenn auf der Strecke nach ihrer Funktion und technischen Ausgestaltung, die sich aus rechtlichen und technischen Regeln und Entscheidungen oder aus politischen Vorgaben ergeben, nur ein bestimmter Verkehr beabsichtigt ist.“³³ Es können auch betriebliche Besonderheiten, die für einen sicheren Betrieb erforderlich sind, als sachlicher Grund in Betracht kommen.³⁴ Ebenso nicht auszuschließen ist die Berücksichtigung von baulichen Gegebenheiten.³⁵ Zu Recht dürfte ein EIU im Rahmen des Gestaltungsspielraumes bei seiner Entscheidung schließlich auch auf verkehrliche Kriterien, nämlich die Reisendenzahlen des

²⁹ So insgesamt zutreffend *VG Köln*, Beschluss vom 20.06.2005 – Az.: 11 L 882/05.

³⁰ *Gerstner* (Fn. 21), § 14 Rn. 112.

³¹ *VG Köln*, Urteil vom 08.03.2013 – Az.: 18 K 116/12.

³² *OVG Münster*, Beschluss vom 05.06.2003 – Az.: 20 B 113/03.

³³ *OVG Münster*, Beschluss vom 26.03.2007 – Az.: 13 B 2592/06.

³⁴ *VG Köln*, Beschlüsse vom 29.04.2004 – Az.: 11 L 2563/03 und 2564/03.

³⁵ *OVG Münster*, Beschluss vom 23.03.2012 – Az.: 13 B 291/12.

jeweiligen Bahnhofes, die Anzahl der Zughalte sowie die Verknüpfungsfunktion des Bahnhofes, abstellen.³⁶

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Rechtsprechung für die Bestimmung des sachlichen Grundes jedes Kriterium ausreichen lässt. Sonst wäre auch die Befürchtung gerechtfertigt, dass der gesetzlichen Zugangsanspruch aus § 14 Abs. 1 AEG völlig ins Leere laufen und jegliche Bedeutung verlieren würde.³⁷ Aus diesem Grund haben die Gerichte beispielsweise die Finanzkraft von Zugangsberechtigten nicht als Differenzierungskriterium genügen lassen.³⁸ Ebenso wurde zum Ausdruck gebracht, dass der Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit einer Insel als möglicher sachlicher Grund für eine Verweigerung des Netzzuganges für ein EVU kritisch gesehen wird. In der Sache musste darüber dann aber nicht endgültig entschieden werden.³⁹

b. Der Lärm als Differenzierungs- und Rechtfertigungsgrund

Der Eisenbahnverkehr wurde schon immer mit Lärm in Verbindung gebracht. An dieser Wahrnehmung hat sich auch bis heute nichts geändert. Es ist daher die Frage von großer Bedeutung, ob der Lärm als mögliches Differenzierungskriterium in die Abwägung des EIU bei der Frage, ob es Netzzugang gewährt, Eingang finden kann (oder gar muss), mit der Folge, dass in Einzelfällen eine Ungleichbehandlung auf den Lärm als sachlichen Grund gestützt werden kann.

Eine ausdrückliche normative Verankerung des Lärmes als sachlichen Grund für eine Differenzierung beim Netzzugang gibt es bis jetzt, wie erwähnt, nicht. Umweltbezogene Auswirkungen sind jedoch auch dem Eisenbahnrecht nicht fremd. So ist in § 21 Abs. 2 S. 1 EIBV geregelt, dass das Wegentgelt einen Entgeltbestandteil umfassen kann, der den Kosten umweltbezogener Auswirkungen des Zugbetriebes Rechnung trägt, wobei nach der Größenordnung der verursachten Auswirkungen zu differenzieren ist. Die Höhe des Gesamterlöses des Betreibers der Schienenwege darf dadurch aber nicht verändert werden (§ 21 Abs. 2 S. 2 EIBV). In § 21 Abs. 2 S. 2 EIBV kommt zum Ausdruck, dass die umweltbezogenen Auswirkungen als eine Differenzierungsmöglichkeit zu verstehen sind, da sie im Ergebnis jedoch nicht zu einem Gesamtaufschlag führen dürfen. Der Betreiber der Schienenwege kann entsprechend der Größenordnung der verursachten Umweltauswirkungen bestimmte Zugangsberechtigte stärker mit den entsprechenden Kosten belasten.⁴⁰

³⁶ OVG Münster, Beschluss vom 23.03.2010 – Az.: 13 B 247/10.

³⁷ Uhlenhut, IR 2005, 65 (66).

³⁸ VG Köln, Beschluss vom 26.05.2009 – Az.: 18 L 542/09.

³⁹ VG Köln, Urteil vom 08.03.2013 – Az.: 18 K 116/12.

⁴⁰ Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 200.

Der Lärm ist als eine umweltbezogene Auswirkung des Zugbetriebes einzuordnen. Damit kann auf der zweiten Ebene, nämlich der des „Wie“ des Netzzuganges (etwa gerade beim für die Netznutzung zu zahlenden Entgelt), nicht bestritten werden, dass der Lärm als Differenzierungskriterium anzusehen ist. Aber auch auf der ersten Ebene des „Ob“ (überhaupt Zugang gewährt wird) ist der Lärm als sachlicher Grund zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung anzusehen. Gestützt wird diese Annahme vor allem auf den schon erwähnten § 9 Abs. 5 S. 1 EIBV. Gemäß dieser Vorschrift hat der Betreiber der Schienenwege bei der Entscheidung zwischen gleichrangigen Verkehren nach § 9 Abs. 4 EIBV die Entgelte für die streitigen Zugtrassen gegenüberzustellen und bei einem Konflikt zwischen zwei Zugtrassen der Zugtrasse den Vorrang einzuräumen, bei der das höchste Regelentgelt zu erzielen ist (Nr. 1). Bei einem Konflikt zwischen mehr als zwei Zugtrassen ist den Zugtrassen der Vorrang einzuräumen, bei denen in der Summe das höchste Regelentgelt zu erzielen ist (Nr. 2). Indem bei diesen Entscheidungsverfahren nach § 9 Abs. 5 EIBV auf das Regelentgelt abgestellt wird, bei dem auch die Kosten für umweltbezogene Auswirkungen nach § 21 Abs. 2 EIBV von Bedeutung sein können, wird mittelbar auf den Lärm als Umweltauswirkung auf der ersten Ebene des Netzzuganges, also bereits beim „Ob“, Bezug genommen. Aus diesem Grund ist der Lärm grundsätzlich geeignet, als mögliches Differenzierungskriterium im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle zu spielen. Getragen wird diese Annahme ferner dadurch, dass den umweltbezogenen Auswirkungen durch ihre ausdrückliche Erwähnung in § 21 Abs. 2 EIBV die Stellung eines öffentlichen Interesses auch im Bereich des AEG zugesprochen wird. Wie bereits oben ausgeführt, ist eine weiter gehende Prüfung gerade vor dem Hintergrund der öffentlichen Interessen des AEG und auch der lediglich durch das Diskriminierungsverbot eingeschränkten Vertragsautonomie des EIU erforderlich.

3. Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Ob die nach der „Neuen Formel“ des *Bundesverfassungsgerichts* beim Allgemeinen Gleichheitssatz⁴¹ noch erforderliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit auch hier angezeigt ist, kann offen bleiben; sie wird hier auf jeden Fall im Kontext des Unionsrechts unter Punkt II. 1. c. cc. (und am Ende für den konkreten Fall) vorgenommen.

Als Zwischenergebnis zum deutschen (Eisenbahn-)Recht lässt sich damit festhalten, dass danach der von einem Zug verursachte Lärm als sachlicher Rechtfertigungs-

⁴¹ Vgl. nur *BVerfGE* 55, 72 (88).

grund für eine Ungleichbehandlung bei der Trassenzuweisung bzw. deren Modalitäten grundsätzlich herangezogen werden kann, so dass Betriebsbeschränkungen wie Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen unter diesem Blickwinkel prinzipiell rechtlich möglich und damit mit dem insoweit maßgebenden § 14 Abs. 1 S. 1 AEG vereinbar sind.

Eine Auswahl zwischen beiden hier erwogenen Typen von Maßnahmen erfolgt dabei wieder nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit und hier daher am Ende der Prüfung, bezogen auf den Einzelfall (unten F.).

II. Die Vereinbarkeit von Betriebsbeschränkungen mit dem Unionsrecht

Die festgestellte grundsätzliche Vereinbarkeit von Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen mit nationalen Vorschriften muss aber auch einer unionsrechtlichen Prüfung standhalten, die insbesondere konkret die Vereinbarkeit solcher Betriebsbeschränkungen mit den europäischen Grundfreiheiten als Inhalt des Primärrechts sowie mit speziellem (eisenbahnrechtlichem) Sekundärrecht zum Gegenstand hat. Sollte diese zu verneinen sein, würde das Unionsrecht kraft seines Anwendungsvorranges das anders lautende nationale Recht verdrängen.

1. Vereinbarkeit mit den europäischen Grundfreiheiten

Durch die Anordnung von Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen werden in Bezug auf die transportierten Güter die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28–37 AEUV) und hinsichtlich der betroffenen EVU die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56–62 i. V. mit Art. 54 AEUV) tangiert.

a. Die Dienstleistungsfreiheit

Bezüglich der Dienstleistungsfreiheit ist zu beachten, dass die Art. 56 ff. AEUV auf Grund von Art. 58 Abs. 1 AEUV keine unmittelbare Anwendung finden. Gemäß dieser Vorschrift gelten nämlich für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen des Titels über den Verkehr. Der Anwendungsbereich der Verkehrsvorschrift(en) umfasst gemäß Art. 100 Abs. 1 AEUV auch den Eisenbahnverkehr. Die im Eisenbahnverkehr ebenso zu beachtende Dienstleistungs- („Verkehrs-“)-freiheit findet ihre Verwirklichung in sekundärrechtlichen Maßnahmen, wobei zur Auslegung und Konkretisierung solcher sekundärrechtlicher Maßnahmen der *Europäische Gerichtshof (EuGH)* die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit gel-

tenden Grundsätze heranzieht.⁴² Die Richtlinie 2001/14/EG vom 26. Februar 2001, geändert durch die Richtlinie 2012/34, die bis 2015 in nationales Recht umzusetzen ist,⁴³ regelt die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigungen bzw. -genehmigungen. Mit Blick auf den Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2001/14 sowie den Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2012/34 sollen Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen ermöglichen. Gemäß ihres Art. 1 Abs. 2 gilt die Richtlinie 2001/14/EG für die Nutzung von Fahrwegen für den inländischen und grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr. Ebenso bezieht sich die Richtlinie 2012/34 auf Unternehmen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat. Die Dienstleistungsfreiheit kommt damit in der Richtlinie 2001/14/EG sowie noch deutlicher in Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2012/34 zum Ausdruck, die jedoch keine Regelung darüber trifft, ob der Zugang zu Zugtrassen auf Grund von Lärm beschränkt werden kann. Um die Betroffenen in diesem Bereich jedoch nicht schutzlos zu stellen und auf diese Frage sozusagen eine unionsrechtliche Antwort zu erhalten, ist folglich doch auf die Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit abzustellen.

Als eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ist unter anderem jede allgemeine unterschiedslos wirkende Beschränkung zu sehen, die geeignet ist, die Tätigkeit eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden, der regelmäßig Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern oder auch nur weniger attraktiv zu machen.⁴⁴ Vergleichbar zur Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit durch Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen ist auch bei der Dienstleistungsfreiheit davon auszugehen, dass solche Betriebsbeschränkungen, wie sie hier in Rede stehen, zumindest den Marktzutritt von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten behindern und damit auch den Handel innerhalb der Union, statt ihn zu fördern, schwächen. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit liegt mithin vor.

⁴² *Randelzhofer/Fortshoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 2013, Art. 58 Rn. 1.

⁴³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:075:0029:0046:DE:PDF>; vgl. auch: <http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fges%2FEWG%5FRL%5F2012%5F34%2Fcont%2FEWG%5FRL%5F2012%5F34%2Ehtm>.

⁴⁴ *EuGH*, Rs. C-279/00, Slg. 2002, I-1425 Rz. 31; Rs. C-165/98, Slg. 2001, I-2189 Rz. 23.

b. Die Warenverkehrsfreiheit

Eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit kommt in Form von „Maßnahmen gleicher Wirkung“ im Sinn von Art. 34, 35 AEUV in Betracht. Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist in jeder Handelsregelung eines Mitgliedstaates anzusehen, die geeignet ist, den unionsinternen Handel unmittelbar oder mittelbar, aktuell oder potenziell zu behindern.⁴⁵ Eine Behinderung des unionsinternen Handelns ist jede negative Beeinflussung der Einfuhr oder Ausfuhr unabhängig von ihrer Art, Zielsetzung, Wirkungstechnik und ihrem Ausmaß.⁴⁶ Eine negative Beeinflussung der Einfuhr ist gegeben, wenn die Einfuhr ohne die betreffende Maßnahme stattfinden könnte oder durch sie erschwert oder verteuert wird.⁴⁷ Es ist ausreichend, dass die nationale Maßnahme objektiv auf den Warenverkehr einwirkt. Damit genügt es, dass von den staatlichen Maßnahmen eine behindernde Wirkung für den Warenverkehr innerhalb der Union ausgeht.⁴⁸ Die Anordnung von Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen für Güterzüge ist als eine unmittelbare Behinderung des Warenverkehrs zu sehen, die ohne Hinzutreten weiterer Kausalfaktoren bereits von sich aus eingreift. Solche Maßnahmen wirken zumindest erschwerend bereits bei der Abwicklung von Warenverkehr zum Zwecke des Marktzuganges. Sie können dazu führen, dass auf die Warenbeförderung auf der Schiene verzichtet und auf andere Transportmöglichkeiten gewechselt oder gar von der Warenbeförderung von bzw. nach Deutschland Abstand genommen wird, so dass diesen Maßnahmen nicht ihre Eignung abgesprochen werden kann, zu einer Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit zu führen, und sie damit einen Eingriff in diese Grundfreiheit darstellen.

c. Rechtfertigung der Eingriffe

Die Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit weist dadurch Parallelen auf, dass neben den ausdrücklich genannten⁴⁹ auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen. Die explizit genannten Rechtfertigungsgründe sind vor dem Hintergrund der grundsätzlich weit konzipierten Grundfreiheiten des Waren- und des Dienstleistungsverkehrs

⁴⁵ EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 Rz. 5.

⁴⁶ Frenz, Handbuch Europarecht, Band I, 2012, Rn. 890.

⁴⁷ EuGH, Rs. 12/74, Slg. 1975, 181 Rz. 14.

⁴⁸ Frenz (Fn. 46), Rn. 891.

⁴⁹ Da die Vorschriften der Art. 56 ff. AEUV nicht unmittelbar Anwendung finden, sind im Fall der Dienstleistungsfreiheit nur die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe von Bedeutung, während auf Art. 62 i. V. mit 52 AEUV nicht abgestellt werden darf. Zudem wäre dieser Rechtfertigungsgrund auch sachlich nicht einschlägig. Siehe dazu Frenz (Fn. 46), Rn. 2584–2590.

als Ausnahmeregelungen zu verstehen und in der Folge eng auszulegen, um Einschränkungen der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit auf das erforderliche Maß zu beschränken.⁵⁰

aa. Die für die Warenverkehrsfreiheit in Art. 36 S. 1 AEUV **explizit genannten Rechtfertigungsgründe** finden auch in Fällen von Maßnahmen gleicher Wirkung Anwendung.⁵¹ Als möglicher Rechtfertigungsgrund für die Anordnung von Betriebsbeschränkungen bei der Eisenbahn aus Lärmgründen kommt der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen gemäß Art. 36 AEUV in Betracht. Um sich aber auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen zu können, ist es erforderlich, dass die entsprechende Gesundheitsgefährdung unmittelbar auf der betreffenden Ware beruht.⁵² Diese Voraussetzung kann jedoch in Fällen des „lauten Güterverkehrs“ nicht angenommen werden, denn das auf den Lärm zurückgehende Gefährdungspotenzial geht nicht von der zu transportierenden Ware, sondern vielmehr von dem eingesetzten Transportmittel aus. Mangels dieses Zusammenhanges liegt kein Rechtfertigungsgrund im Sinn des Art. 36 AEUV vor. Im Ergebnis sind damit hier keine explizit gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgründe einschlägig.

bb. Neben den ausdrücklich im Gesetz aufgeführten Rechtfertigungsgründen des Art. 36 AEUV sind als **ungeschriebene Rechtfertigungsgründe** zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt. Voraussetzung für die Annahme ungeschriebener Rechtfertigungsgründe ist allerdings, dass die zur Beeinträchtigung einer Grundfreiheit führende nationale Maßnahme unterschiedslos auf alle Beteiligten angewendet wird, auf zwingenden Gründen des Allgemeinwohls beruht, geeignet und erforderlich ist.⁵³ Die zwingenden Gründe des Allgemeinwohls sind dabei nicht abschließend und können folglich beliebig sein; sie müssen aber im Unionsrecht selbst oder in auf das Unionsrecht zurückgehenden nationalen Vorschriften verankert sein.⁵⁴

In Fällen von Betriebsbeschränkungen aus Lärmgründen, die alle Züge des Güterverkehrs erfassen würden, ist eine unterschiedslos angewandte Maßnahme zu sehen. Neben dem Gesundheitsaspekt zieht der Lärm ebenfalls im Rahmen des Umweltschutzes Maßnahmen nach sich. In der Rechtsprechung des *EuGH* ist anerkannt, dass der Umweltschutz ein zwingendes Interesse darstellt, das zur Beschrän-

⁵⁰ *EuGH*, Rs. 113/80, Slg. 1981, 1625 Rz. 7; Rs. 46/76, Slg. 1977, 5 Rz. 12/15.

⁵¹ *Frenz* (Fn. 46), Rn. 1066.

⁵² *Frenz* (Fn. 46), Rn. 1112.

⁵³ *Frenz* (Fn. 46), Rn. 539.

⁵⁴ *Frenz* (Fn. 46), Rn. 559.

kung der Warenverkehrsfreiheit geeignet ist.⁵⁵ Die Figur der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe wurde zwar im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit entwickelt, ist mittlerweile jedoch auf alle Grundfreiheiten übertragbar,⁵⁶ so dass der Umweltschutz auf der Rechtfertigungsebene auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit von Bedeutung sein kann. Insoweit ist hier also ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund für die Beeinträchtigung sowohl der Warenverkehrs- als auch der Dienstleistungsfreiheit gegeben.

cc. Die nationalen Maßnahmen, nämlich die Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen, müssen trotz des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes aber auch noch der **Verhältnismäßigkeit** entsprechen (im deutschen Grundrechtsverständnis also dieser „Schranken-Schranke“ genügen). Neben der Frage nach der Geeignetheit und der Erforderlichkeit solcher nationaler Maßnahmen zur Zweckerreichung muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden, bei der die betroffenen Positionen – also die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit auf der einen Seite und der Umweltschutz sowie Leben und Gesundheit der Anwohner auf der anderen Seite – gegeneinander abgewogen werden, wobei keines der Rechtsgüter seine Bedeutung vollständig verlieren darf.⁵⁷ Im Ergebnis geht es bei der Abwägung um die Betrachtung und die Beurteilung eines jeden Einzelfalles, so dass grundsätzliche Aussagen, die auf jeden Fall angewendet werden können, nicht möglich sind. Vielmehr sind nur Einzelfallbeurteilungen bei der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit möglich. Im Rahmen der Abwägung kann gegebenenfalls im konkreten Einzelfall der Umwelt- und Anwohnerschutz die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit überwiegen, so dass – vergleichbar zur nationalen Ebene im Hinblick auf den sachlichen Grund (s. oben I. 2. b.) – Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen für die Eisenbahn im Einzelfall mit dem europäischen Recht vereinbar sein können und nicht per se zum Unionsrecht im Widerspruch stehen.⁵⁸

2. Vereinbarkeit mit den Vorgaben zu den europäischen Güterverkehrskorridoren

Die durch die EU in der Verordnung 913/2010 festgesetzten Güterverkehrskorridore schützen schon nicht den Güterverkehr auf einer einzelnen Strecke, sondern ledig-

⁵⁵ *EuGH*, Rs. C-302/86, Slg. 1988, 4607 Rz. 9; Rs. C-2/90, Slg. 1992, I-4431 Rz. 32.

⁵⁶ *Frenz* (Fn. 46), Rn. 536.

⁵⁷ *Frenz* (Fn. 46), Rn. 564.

⁵⁸ So im Übrigen auch die EU-Kommission in ihrer Antwort auf eine Anfrage E-011384/2013.

lich die großräumige Verbindung zwischen zwei Orten. Die Ausgestaltung der genauen Fahrstrecke zwischen dem Anfangs- und Endpunkt liegt vielmehr weiterhin in der Verantwortung der insoweit nach wie vor souveränen nationalen Behörden. Außerdem legen die Vorgaben nur einen sozusagen „relativen“ Vorrang des Schienengüterverkehrs vor anderen Zügen vor; sie bestimmen aber nicht, dass dieser ungeachtet aller Folgen für Mensch und Umwelt rollen können muss. Allenfalls bei einem völligen rund um die Uhr geltenden Fahrverbot für Güterzüge auf ihnen wäre die Sinnhaftigkeit der Güterverkehrskorridore in Frage gestellt.

Dieser Befund wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass die Schweiz, die sich als Nicht-EU-Mitgliedstaat, aber wichtiges Transitland, freiwillig der Geltung des europäischen Eisenbahnrechts unterworfen hat, trotz über ihr Territorium führender europäischer Güterverkehrskorridore mit Billigung der EU-Kommission ein komplettes Fahrverbot für „laute“ Güterzüge ab 2020 beschlossen hat. Auch daraus wird deutlich, dass Unionsrecht solchen Schritten nicht entgegensteht.

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass Betriebsbeschränkungen prinzipiell sowohl mit deutschem als auch europäischem Recht vereinbar und damit grundsätzlich (zum Einzelfall noch unten insbesondere bei F.) rechtlich möglich sind.

C. Zuständigkeit für die Anordnung von Betriebsbeschränkungen

Nachdem geklärt wurde, dass Betriebsbeschränkungen in Form von Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich rechtlich zulässig sein können, stellt sich anschließend die Frage, wer derartige Betriebsbeschränkungen in Deutschland verfügen könnte. In Betracht kämen dafür neben dem EIU als Betreiber der Strecke – ungeachtet der Frage, ob es im konkreten Fall überhaupt ein Interesse daran hat, diese Möglichkeit zu nutzen –, der jährlich seine SNB aufzustellen hat,⁵⁹ noch die Aufsichts- oder die Regulierungsbehörde, die insoweit allerdings auch das Netzzugangsrecht Dritter beachten müssen.⁶⁰

I. Ein Vorgehen der Regulierungsbehörde (der Bundesnetzagentur)

Gemäß § 14b Abs. 1 AEG obliegt der Regulierungsbehörde die Aufgabe, die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen, vor allem nach Nr. 1 hinsichtlich der Erstellung des Netz-

⁵⁹ Dazu schon oben im Text mit Fn. 12.

⁶⁰ *Kramer* (Fn. 1), § 14 AEG Rn. 7.

fahrplanes. Das gilt insbesondere für Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen für den Netzfahrplan einschließlich der Pflichtleistungen und nach Nr. 4 bezüglich der Benutzungsbedingungen, der Entgeltgrundsätze und der Entgelthöhen. In Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegenüber öffentlichen EIU kann die Regulierungsbehörde die Maßnahmen treffen, die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und zur Verhütung künftiger Verstöße gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur erforderlich sind. Diese in § 14c Abs. 1 AEG normierte allgemeine Befugnis der Regulierungsbehörde erfährt in § 14e und § 14f AEG eine Konkretisierung. So steht der Bundesnetzagentur ein präventives Widerspruchsrecht bezüglich der Entscheidungen der öffentlichen EIU im Sinn des § 14d AEG zu, das bei seiner Ausübung dazu führen kann, dass das EIU unter Beachtung der Vorgaben der Regulierungsbehörde in den Fällen des § 14e Abs. 1 Nr. 1 AEG neu zu entscheiden hat oder im Fall des § 14e Abs. 1 Nr. 2 die SNB oder die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen einschließlich der vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen nicht in Kraft treten. Repressiv kann die Regulierungsbehörde mit Wirkung für die Zukunft die EIU zur Änderung unter anderem der SNB nach eigenen Maßgaben verpflichten oder diese für ungültig erklären (§ 14f Abs. 1 AEG).

Sowohl die präventiven als auch die repressiven Maßnahmen haben ebenso wie die allgemeinen Befugnisse der Regulierungsbehörde allerdings zur Voraussetzung, dass die Entscheidungen des EIU nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der Tätigkeitsbereich der Regulierungsbehörde auf die Kontrolle der Diskriminierungsfreiheit der Zugangsentscheidung des EIU beschränkt ist. Dagegen ist es mit der reinen Kontrolltätigkeit der Regulierungsbehörde nicht vereinbar, und es kann daher auch nicht zugleich zum Aufgabenbereich der Regulierungsbehörde gehören, aus eigener Initiative mittels einer Verfügung selbst eine Netzzugangsentscheidung zu treffen. Bestätigt wird diese Annahme auch durch die § 14b und § 14c AEG, die zwar eine Vorabprüfungsbefugnis, aber eben keine Genehmigungspflicht seitens der Regulierungsbehörde für die Entscheidungen des EIU vorsehen.⁶¹ Das Fehlen einer Genehmigungspflicht ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass seit der Eisenbahnneuordnung im Jahr 1994 („Bahnreform“) die Eisenbahnen – auch die

⁶¹ Im unlängst gescheiterten „Eisenbahnregulierungsgesetz“ war zwar eine Vorabgenehmigung für die Netznutzungsentgelte vorgesehen; sie wäre im hiesigen Kontext aber ebenfalls nicht relevant.

ehemalige(n) Staatsbahn(en);⁶² – in Form von privatrechtlich organisierten Gesellschaften geführt werden, mit der notwendigen Folge, dass den Unternehmen zumindest ein Kernbereich an eigenen Entscheidungsbefugnissen zu belassen ist. Zu diesem wesentlichen unternehmerischen Kernbereich der EIU sind gerade auch die Entscheidungen über die Gewährung des Netzzuganges zu zählen. Dieser Kernbereich wird durch § 14 Abs. 1 AEG und die ihn konkretisierenden Vorschriften eingeschränkt, aber auch nur, soweit diese Vorschriften ausdrücklich Einschränkungen vorsehen.⁶³ Der unternehmerische Kernbereich spiegelt sich zum einen darin wieder, dass bei kollidierenden Anträgen auf Netzzugang im Rahmen des Koordinierungsverfahrens nach § 9 EIBV eine Interessenabwägung vorgenommen wird und damit dem EIU ein Gestaltungsspielraum zusteht (s.oben). Zum anderen findet er in § 14 Abs. 6 AEG seinen Niederschlag, der bestimmt, dass die Einzelheiten des Netzzuganges zwischen dem Zugangsberechtigten und dem EIU zu vereinbaren sind. Durch § 14 Abs. 6 AEG bringt der Gesetzgeber damit zum Ausdruck, dass das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zunächst ohne Einschaltung einer staatlichen Behörde durch eine Vereinbarung zwischen dem Zugangsberechtigten und dem EIU verwirklicht werden soll.⁶⁴ Eine durch die Regulierungsbehörde getroffene Anordnung von Betriebsbeschränkungen aus Lärmgründen wäre demzufolge nicht mit der dem EIU eingeräumten planerischen Entscheidung im Rahmen des Koordinierungsverfahrens und der durch § 14 Abs. 6 AEG zum Ausdruck gebrachten Vertragsautonomie in Einklang zu bringen. Aus der Vertragsautonomie, die zudem auch bei den Rahmenverträgen gemäß § 13 EIBV vorausgesetzt wird,⁶⁵ ist vielmehr der Schluss zu ziehen, dass das Verfahren auf Zuweisung von Eisenbahninfrastruktur in erster Linie zwischen zwei Zivilrechtssubjekten angesiedelt ist, nämlich den Zugangsberechtigten aus § 14 Abs. 2 AEG und dem EIU. In diesem Zusammenhang ist auch nochmals⁶⁶ § 4 Abs. 1 S. 1 EIBV anzusprechen, der den Betreibern der Schienenwege die Verpflichtung auferlegt, in bestimmten Fällen SNB aufzustellen. Da in ihnen Kriterien für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der angemeldeten Verkehre und die anschließend bei einer Ungleichbehandlung erforderliche sachliche Rechtfertigung dafür festgelegt werden können, ist den SNB besonderes

⁶² Vgl. dazu Art. 87e Abs. 3 GG.

⁶³ Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 46.

⁶⁴ Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 220.

⁶⁵ Dazu schon im Text nach Fußn. 18 m. w. N. und Erläuterungen zu den aus den Rahmenverträgen fließenden Vorrechten.

⁶⁶ Dazu schon Fn. 12 m. w. N.

Gewicht beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuzusprechen.⁶⁷ Damit ist gleichzeitig vom Gesetzgeber gerade dem EIU und eben nicht der Regulierungsbehörde eine zentrale Rolle bei der Netzzugangsentscheidung eingeräumt worden. Dafür spricht schließlich auch die Tatsache, dass weder der Verstoß gegen die Vorschriften zum diskriminierungsfreien Netzzugang noch gegen eine nach § 14c, § 14e und § 14f AEG ergangene Anordnung der Regulierungsbehörde eine Ordnungswidrigkeit darstellt. Mit ihren allgemeinen und konkreten Befugnissen ahndet die Regulierungsbehörde also nicht per se einen Verstoß, sondern sie führt durch ihre Anordnung (nur) den diskriminierungsfreien Netzzugang herbei.⁶⁸ Sie ist demzufolge nur die „Wächterin“ über die Gewährung von Netzzugang und hat insoweit selbst keine eigenen Eingriffs- bzw. Entscheidungskompetenzen. Die Kontrolltätigkeit der Regulierungsbehörde hat daher auch zur Folge, dass das Vorgehen des EIU bis zu ihrem Tätigwerden in Form einer entsprechenden Maßnahme als eisenbahnrechtskonform anzusehen ist.⁶⁹

Die Stellung der Regulierungsbehörde ist im System der Zuweisung von Eisenbahninfrastruktur demgemäß nicht darauf ausgelegt, Verfügungen mit Betriebsbeschränkungen in Form von Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen zu erlassen.

II. Ein Vorgehen des EIU/Betreibers der Schienenwege (hier der DB Netz AG)

Vor diesem Hintergrund läge es am nächsten und erschiene es am sinnvollsten, wenn die EIU selbst die hier im Raum stehenden Betriebsbeschränkungen in ihren regulierten SNB (mit dem nötigen zeitlichen Vorlauf⁷⁰) treffen würden. In diesem Fall müssten aber die EIU aus eigenem Willen und eigener Initiative handeln, was sich mehr als schwierig erweisen dürfte, da sich solche Betriebsbeschränkungen häufig als nicht unternehmensfreundlich bzw. im Interesse des EIU (oder gegebenenfalls auch mit ihm verbundener EVU) erweisen dürften.⁷¹

⁶⁷ Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 117.

⁶⁸ Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 53.

⁶⁹ Gerstner (Fn. 21), § 14 Rn. 54.

⁷⁰ Vgl. dazu §§ 14d S. 1 Nr. 6, 14e AEG, 4 Abs. 4 EIBV.

⁷¹ Sozusagen den „Gegenbeweis“ hat nun allerdings der österreichische Netzbetreiber „ÖBB Infrastruktur“ angetreten, der zum 15.12.2013 auf der eingleisigen Strecke Tulln – St. Pölten zwischen 20.30 und 6.00 Uhr zum Schutz der protestierenden Anwohner durch einen entsprechenden Passus in seinen SNB den Güterzugverkehr komplett ausgeschlossen hat. Dazu RailBusiness 49/13, S. 1.

Sollte sich diese Annahme als unzutreffend erweisen, ist das EIU nach dem oben Festgestellten grundsätzlich nicht gehindert, derartige Regelungen zu treffen; erzwingen kann man sie von ihm jedoch jedenfalls nicht.⁷²

III. Ein Tätigwerden der Eisenbahnaufsichtsbehörden (hier des Eisenbahn-Bundesamtes)

Dieses Ergebnis bedeutet aber nicht, dass nicht doch auf eine staatliche Behörde für den Erlass von Betriebsbeschränkungen zurückgegriffen werden kann. Im Gegensatz zur Regulierungsbehörde ist die klassische Eisenbahnaufsichtsbehörde – im Fall der DB Netz AG also nach §§ 5 Abs. 1a Nr. 1a, Abs. 2 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 (Nr. 2) Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz das Eisenbahn-Bundesamt – nicht in das Regulierungssystem eingebunden. Den Aufsichtsbehörden kommt vielmehr die Aufgabe zu, die Einhaltung der in § 5 Abs. 1 AEG genannten Vorschriften zu überwachen, soweit in diesem Gesetz nichts Besonderes bestimmt ist (§ 5a Abs. 1 S. 1 AEG). Zu den in § 5 Abs. 1 AEG abschließend genannten Vorschriften zählen unter anderen die Regelungen des AEG und alle darauf beruhenden Rechtsverordnungen. Der Überwachungsbereich der Aufsichtsbehörde ist damit auf das ganze AEG und alle dieses Gesetz ausgestaltenden Rechtsverordnungen erstreckt, soweit nicht die Regulierungsbehörde zuständig ist (vgl. oben I. und § 14b und § 14c AEG), ohne dabei bestimmte Ausnahmen oder Beschränkungen vorzusehen, wie im Fall der Regulierungsbehörde, wo das Gesetz ausdrücklich immer nur auf die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur abstellt. Im Vergleich zur Regulierungsbehörde ist die Aufsichtsbehörde auch nicht nur auf eine Kontrolltätigkeit beschränkt und es würde auch kein Konflikt mit den Regelungen bzw. Zuständigkeiten im Bereich des Netzzugangsrechts⁷³ entstehen, denn die Aufsichtsbehörde würde ihre Anordnungen außerhalb eines Verfahrens zur Zuweisung von Eisenbahninfrastruktur und ohne Rücksicht auf die Identität der Zugangsberechtigten treffen. Bei ihrem Handeln wird die Aufsichtsbehörde auf der einen Seite nicht erst durch den zu gewährleistenden diskriminierungsfreien Zugang berechtigt und auf der anderen Seite aber auch nicht durch selbigen eingeengt. Die Anordnungen der Aufsichtsbehörde könnten zum Beispiel auch erst nach dem Abschluss des Verfahrens zum

⁷² Zu Ansprüchen etwa der Anwohner auf ein Tätigwerden des EIU oder der Behörden näher *Kramer*, Zum Spannungsfeld zwischen Lärmschutz und Zugangsanspruch, in: *Ronellenfitsch/Schweinsberg/Hensele-Unger*, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVIII, 2013, S. 87 ff. Zum „Sonderfall“ in Österreich bereits in Fn. 71.

⁷³ Vgl. zu der Aufgabenabgrenzung näher *Kramer* (Fn. 1), § 4 BEVVG Rn. 3.

Netzzugang, also zu dem Zeitpunkt, zu dem die begünstigten Zugangsberechtigten bereits feststehen, erforderlich erscheinen und dementsprechend auch erst dann ergehen. Für die Anordnungen nach §§ 14c, 14 e und 14f AEG würde weiterhin die Regulierungsbehörde zuständig bleiben, da diese Anordnungen an die Zuweisung von Nutzungsrechten an der Eisenbahninfrastruktur anknüpfen. Auch insoweit würden also keine neuen Zuständigkeitsprobleme und damit Konfliktfelder geschaffen.

IV. Ein Tätigwerden der Immissionsschutzbehörden

Die zentrale Aufgabe der für die Ausführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG)⁷⁴ zuständigen Behörden besteht in der Genehmigungserteilung gemäß §§ 4, 6 BImSchG für genehmigungsbedürftige Anlagen im Sinn der Neunten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verordnung über das Genehmigungsverfahren – 9. BImSchV)⁷⁵ und dem Erlass von Einzelfallanordnungen gemäß § 24 BImSchG für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen. Eisenbahnfahrzeuge unterfallen gemäß §§ 3 Abs. 5 i. V. mit § 38 BImSchG allerdings nicht dem Anlagenbegriff des BImSchG, so dass für laute Güterzüge die für den Immissionsschutz zuständigen Behörden die Zuständigkeit nicht für sich beanspruchen können. Das ist insoweit auch konsequent, als sich die Zulassung von Eisenbahnfahrzeugen mittlerweile regelmäßig nach der Verordnung über die Interoperabilität des transeuropäischen Eisenbahnsystems (Transeuropäische-Eisenbahn-Interoperabilitätsverordnung – TEIV)⁷⁶ richtet. Dem von den Eisenbahnfahrzeugen ausgehenden Lärm ist daher nicht mit den im Rahmen des BImSchG vorgesehenen Maßnahmen, sondern bei der eisenbahnrechtlichen Zulassung zu begegnen. § 38 Abs. 1 S. 1 BImSchG bestimmt lediglich, dass Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger, Schienen-, Luft-, und Wasserfahrzeuge sowie Schwimmkörper und schwimmende Anlagen so beschaffen sein müssen, dass ihre durch die Teilnahme am Verkehr verursachten Emissionen bei bestimmungsgemäßen Betrieb die zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen einzuhaltenden Grenzwerte nicht überschreiten dürfen. Sie müssen dazu so betrieben werden, dass vermeidbare Emissionen verhindert und unvermeidbare Emissionen auf das Mindestmaß beschränkt bleiben (§ 38 Abs. 1 S. 2 BImSchG). Die für die Ausführung des BImSchG zuständigen Behörden können auf der

⁷⁴ In der Fassung der Bekanntmachung vom 17.05.2013 (BGBl. I S. 1274), geändert durch Gesetz vom 02.07.2013 (BGBl. I S. 1943).

⁷⁵ Vom 29.05.1992 (BGBl. I S. 1001), zuletzt geändert durch Verordnung vom 02.05.2013 (BGBl. I S. 973).

⁷⁶ Vom 05.07.2007 (BGBl. I S. 1305), zuletzt geändert durch Verordnung vom 22.11.2013 (BGBl. I S. 4008).

Grundlage des § 38 Abs. 1 BImSchG aber keine auf das BImSchG gestützten Anordnungen aus Lärmgründen treffen.

Da der Schienenverkehrslärm aber nicht immer nur auf die Eisenbahnfahrzeuge selbst zurückgeführt werden kann, sondern es sich häufig um ein Zusammenspiel von Eisenbahnfahrzeug und Eisenbahninfrastruktur handelt, erscheint es konsequent, auch den von der vorhandenen Eisenbahninfrastruktur verursachten Lärm dem gleichen Rechtsrahmen zu unterstellen. Dafür spricht zunächst, dass für den Bau oder die Änderung der Betriebsanlagen einer Eisenbahn einschließlich der Bahnfernstromleitungen in § 18 AEG das Erfordernis der Planfeststellung aufgestellt und eben nicht auf das BImSchG abgestellt wurde. Getragen wird diese Annahme zusätzlich auch durch den Umstand, dass in der 9. BImSchV die Eisenbahninfrastruktur nicht als genehmigungsbedürftige Anlage aufgeführt ist. In den §§ 38 bis 43 BImSchG finden sich zudem Vorschriften für die Beschaffenheit und den Betrieb von Fahrzeugen, den Bau und die Änderung von Straßen und Schienenwegen. Die Zuständigkeit für die Anordnung von Verboten oder Beschränkungen des Kraftfahrzeugverkehrs weist § 40 Abs. 1 S. 1 BImSchG der Straßenverkehrsbehörde zu. Da § 41 BImSchG von einer Gleichbehandlung der Straßen und Schienenwege ausgeht, kann aus diesem Umstand der Schluss gezogen werden, dass vergleichbar zu § 40 Abs. 1 S. 1 BImSchG für die Anordnung von Betriebsbeschränkungen im Schienenverkehr nicht die für den Immissionsschutz zuständige Behörde berufen ist, sondern die Eisenbahnaufsichtsbehörde. Dass dem BImSchG in Lärmangelegenheiten die Zuständigkeit von Eisenbahnaufsichtsbehörden nicht fremd ist, zeigt sich im Übrigen in § 47e Abs. 3 BImSchG. Gemäß dieser Vorschrift wird dem Eisenbahn-Bundesamt neuerdings die Zuständigkeit für die Ausarbeitung der Lärmkarten für Schienenwege von Eisenbahnen des Bundes nach § 47c BImSchG sowie diesbezüglich auch für die Mitteilung der Haupteisenbahnstrecken nach § 47c Abs. 5 BImSchG, für die Mitteilung der Informationen nach § 47c Abs. 6 BImSchG und für die Information der Öffentlichkeit über Lärmkarten nach § 47f Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BImSchG zugewiesen. Da davon auszugehen ist, dass die Zuständigkeit des Eisenbahn-Bundesamtes nach § 47e Abs. 3 BImSchG in Zusammenhang mit der Stellung des Eisenbahn-Bundesamtes als sachnähere Behörde im Eisenbahnwesen zu sehen ist, erscheint es naheliegend, auch bei Betriebsbeschränkungen im Eisenbahnverkehr infolge der Sachnähe die Zuständigkeit bei den Eisenbahnaufsichtsbehörden statt bei den für den Immissionsschutz zuständigen Behörden zu verorten.

Als weiteres Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die allgemeinen Eisenbahnaufsichtsbehörden als die zuständigen Behörden für Betriebsbeschränkungen aus Lärmgründen anzusehen sind. Die konkrete Zuständigkeit beurteilt sich dabei nach der Grundregel des § 5 Abs. 1 AEG (s. schon oben zur Zuständigkeit des Eisenbahn-Bundesamtes bei Beteiligung einer Eisenbahn des Bundes als EIU nach Abs. 1a Nr. 1a). Daneben kommt aber – gerade im Hinblick auf die im Rheintal auf der DB-Infrastruktur verkehrenden nichtbundeseigenen EVU – auch noch die so genannte netzbezogene Zuständigkeit des Eisenbahn-Bundesamtes nach § 5 Abs. 1c AEG⁷⁷ für alle EVU zum Tragen.

Die im politischen Raum mehrfach getätigte Aussage, dass die Geschwindigkeit auf der Eisenbahninfrastruktur allein durch ihren Betreiber festgelegt werden könne, ist damit rechtlich so nicht haltbar.

D. Die richtige Ermächtigungsgrundlage für ein Tätigwerden

Geht man von der Zuständigkeit des Eisenbahn-Bundesamtes aus (s. oben C.), so kommt als Ermächtigungsgrundlage mangels spezieller Regelungen für den hier interessierenden Kontext der Geschwindigkeits- oder Durchfahrtsbeschränkungen lediglich die Generalklausel des § 5a Abs. 1 S. 1 i. V. mit S. 2 Nr. 1 und Abs. 2 AEG in Betracht.

Der Rückgriff auf diese Generalklausel erscheint allerdings mit Blick auf die so genannte Wesentlichkeitstheorie des *Bundesverfassungsgerichts* nicht unproblematisch. Danach hat der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere bezüglich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst...zu treffen“; derart weitreichende Entscheidungen sollen nicht allein der Verwaltung übertragen werden.⁷⁸ Vor dem Hintergrund, dass vorliegend nicht nur die Grundrechte der betroffenen Anwohner, insbesondere die auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1) sowie Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), sondern möglicherweise⁷⁹ auch die Grundrechte auf Berufs-, Eigentums- und Handlungsfreiheit (Art. 12, 14, 2 Abs. 1 GG) und die europäischen Grundfreiheiten der EIU und EVU im Raum stehen, ist daher zu prüfen, ob die Gene-

⁷⁷ Dazu näher *Kramer*, in: *Kunz* (Fn. 1), § 5 AEG Rn. 15.

⁷⁸ *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 29. Aufl., Rn. 274.

⁷⁹ Nicht entschieden werden muss hier, ob die Eisenbahnen des Bundes sich trotz ihrer „Zugehörigkeit“ zum Bund ihm gegenüber auf Grundrechte berufen können; jedenfalls stehen ihnen durch die verfassungskräftige Festlegung ihres Status als unabhängiges Wirtschaftsunternehmen nach Art. 87e Abs. 3 GG eigene Rechte zu. Dazu *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 6. Aufl., 2013, Rn. 595 ff.; vgl. ferner *Kramer* (Fn. 1) § 5 AEG Rn. 5.

ralklausel überhaupt eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für derartige Maßnahmen darstellt. Hierfür ist auch zu untersuchen, ob sie hinreichend bestimmt gefasst ist.

I. Ausreichende Detailschärfe („Wesentlichkeit“) der Generalklausel

Anhaltspunkte zu der vorstehend zunächst aufgeworfenen Rechtsfrage liefert die „Laserdrome-Entscheidung“ des *Bundesverwaltungsgerichts*.⁸⁰ Danach ist die polizeiliche Generalklausel auf Grund der unvorhersehbaren Vielgestaltigkeit aller Lebenssachverhalte selbst bei einem Eingriff in die Berufsausübung als taugliche Ermächtigungsgrundlage für das Verbot solcher „Kampfspiele“ trotz fehlender (aber möglicher) besonderer gesetzlicher Ermächtigung anzusehen. Dieser Aspekt des Schutzbereiches des Art. 12 GG ist auch vorliegend mit Blick darauf tangiert, dass Geschwindigkeits- und Durchfahrtsbeschränkungen dem Betreiber der Infrastruktur das „Wie“ der Ausübung seines Berufes vorschreiben.⁸¹ Ob derartige Maßnahmen mit Blick auf ihre Eingriffstiefe sogar das „Ob“ der Berufsausübung betreffen können, das heißt: den Beruf als solchen so unattraktiv machen, dass er faktisch nicht mehr ausgeübt und damit im Sinn der „Dreistufentheorie“ auch nicht mehr gewählt werden kann, vermag nur im konkreten Einzelfall entschieden werden. Die Generalklausel kann jedoch unter Berücksichtigung des Gesetzesvorbehaltes und wegen der Wesentlichkeit der berührten Grundrechte und Grundfreiheiten nicht schlechthin als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden. Abzulehnen ist eine Anwendung etwa in den Fällen, in denen eine komplexe Abwägung einer Vielzahl unterschiedlicher Schutzinteressen durch den Gesetzgeber (und nicht erst durch die Verwaltung) erforderlich ist.⁸² Im Gegensatz dazu wird die Generalklausel aber als ausreichend erachtet, wenn die zu untersagenden Maßnahmen (im Fall der Laserdrome eben diese) noch keine derartige Verbreitung erfahren haben, dass die „Leistungsfähigkeit“ der Generalklausel nicht mehr gewährleistet ist. Auch wenn sich der Gesetzgeber der neuen rechtlichen Thematik durchaus bewusst ist, soll ihm, jedenfalls aus der Sicht des *Bundesverwaltungsgerichts*, ein gewisser Beobachtungszeitraum zuerkannt werden,⁸³ dessen Dauer auch nach gut zehn Jahren von der Rechtsprechung bislang noch nicht als überschritten erachtet worden ist.⁸⁴

⁸⁰ *BVerwGE* 115, 189 ff.; dazu: *Frenz*, NVwZ 2005, 48 ff.; vgl. auch: *Kramer*, NVwz 2004, 1083 ff.

⁸¹ Das gilt naturgemäß nur, sofern die EIU des Bundes grundrechtsberechtigt sind (dazu oben Fn. 79).

⁸² *BVerwGE* 10, 164 (165).

⁸³ Vgl. bereits Fn. 80 m. w. N.

⁸⁴ Ein anderes Beispiel hierfür mit noch stärkerer Eingriffstiefe und sogar „sperrender“ (nicht erfüllter) Standardmaßnahmen ist im Bereich des Polizeirechts die Dauerobservation rückfallgefährdeter, nunmehr aber trotzdem gezwungenermaßen aus der Sicherungsverwahrung entlassener Sexualstraftäter. Hier haben die Gerichte einen Rückgriff auf die (polizeiliche) Generalklausel für mindestens ein Jahr (*OVG Saarlouis*, Beschluss vom 16.12.2010 – Az.: 3 B 284/10) oder gar zwei Jahre (*OVG Münster*, Beschluss vom 05.07.2013 – Az.: 5 A 607/11) zugelassen.

Ähnlich gestaltet sich die Lage im vorliegenden Fall: Wenn auch Lärmbelästigungen von jeher mit dem Eisenbahnverkehr eng verbunden waren, so sind erst in letzter Zeit das Bewusstsein und die Sensibilität der Anwohner für diese Umwelteinwirkung gewachsen. Es handelt sich damit um eine neuartige rechtliche Problemkonstellation, in der die Interessen aller Beteiligten zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden müssen. Auf diese neue Konfliktlage hat der Gesetzgeber noch nicht reagiert und musste das, gesteht man ihm mit dem *Bundesverwaltungsgericht* eine (längere) „Beobachtungsphase“ zu, auch noch nicht. Zudem stehen sich bei der Frage nach der Zulässigkeit von Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbegrenzungen nicht zahlreiche verschiedene Schutzinteressen gegenüber, die zu einer „Überforderung“ der anzuwendenden Generalklausel führen würden. Die Generalklausel erscheint damit unter diesem Aspekt vorliegend als taugliche und einzig mögliche Ermächtigungsgrundlage.

II. Hinreichende Bestimmtheit der Generalklausel

Im Anschluss ist sodann der Wortlaut des § 5a Abs. 1 S. 1 i. V. mit S. 2 und Abs. 2 AEG hinsichtlich seiner Bestimmtheit zu untersuchen und beispielsweise mit der Vorschrift des § 14 Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen (OBG NW),⁸⁵ der in Rahmen der erwähnten „Laserdrome-Entscheidung“ herangezogen wurde, zu vergleichen. Dabei zeigt sich, dass § 5a Abs. 1 AEG die zu schützenden Vorschriften und den Ausgangspunkt der Gefahr konkret benennt, während § 14 OBG NW lediglich eine – in diesem Sinn – allgemeine Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraussetzt. Kann damit § 14 OBG NW unter Berücksichtigung seiner Konkretisierung durch die Rechtsprechung als hinreichend bestimmt angesehen werden,⁸⁶ so muss das erst recht für § 5a Abs. 1 und 2 AEG bejaht werden. Das gilt auch und gerade im Hinblick auf die unter I. angeführten Gründe, die für eine „Beobachtungszeit“ des Gesetzgebers sprechen.

Als weiteres Zwischenergebnis stellt § 5a Abs. 1 und 2 AEG damit selbst unter Beachtung der Wesentlichkeitstheorie des *Bundesverfassungsgerichts* und im Hinblick auf das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für die hier in Rede stehenden Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen dar.

⁸⁵ Vgl. http://www.bezreg-koeln.nrw.de/brk_internet/organisation/abteilung05/dezernat_54/obg.pdf.

⁸⁶ So das *BVerwG* (oben Fn. 80).

E. Der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage

Steht § 5a Abs. 1 S. 1 i. V. mit S. 2 Nr. 1 und Abs. 2 AEG damit als Ermächtigungsgrundlage fest, sind im Anschluss daran nun dessen Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen. Dazu bedarf es einer Gefahr, die von der Behörde zur Einhaltung der Vorgaben des § 5 Abs. 1 AEG abzuwehren ist.

I. Vorliegen einer Gefahr

Es müsste damit zunächst eine Gefahr vorliegen, die von den Betriebsanlagen ausgeht. Unter einer Gefahr ist „eine Sachlage, die im Einzelfall tatsächlich oder jedenfalls aus (ex-ante) Sicht des (...) handelnden Amtswalters bei verständiger Würdigung der Sachlage in naher Zukunft die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes in sich birgt,“⁸⁷ zu verstehen. Die Situation, dass insbesondere nachts starke Lärmbelästigungen etwa durch den Schienengüterverkehr auftreten, kann nicht nur in Ausnahmefällen zu Beeinträchtigungen der körperlichen und psychischen Gesundheit der Anwohner führen. Für den vorliegenden Fall ist das mangels genauer Zahlen für die weitere Untersuchung in diesem Stadium zu unterstellen.⁸⁸ Es besteht damit die Möglichkeit einer Verletzung ihres Grundrechts auf Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und somit die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes. Demnach liegt eine Gefahrenlage vor. Diese Gefährdung müsste zudem auf eine Betriebsanlage zurückzuführen sein. Im AEG selbst findet sich, auch in § 2 AEG, keine Definition der Betriebsanlage. Anzuwenden ist jedoch folgende Definition, die ausgehend von § 4 Abs. 1 EBO auf die Eisenbahnbetriebsbezogenheit abstellt: Bahnanlagen sind alle Grundstücke, Bauwerke und sonstige Einrichtungen einer Eisenbahn, die unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse zur Abwicklung oder Sicherung des Reise- oder Güterverkehrs auf der Schiene erforderlich sind, indem ihnen eine Verkehrsfunktion zukommt und sie einen räumlichen Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb aufweisen.⁸⁹ Darunter lassen sich ohne Weiteres die hier in Rede stehenden Bahnstrecken und die auf ihnen verkehrenden Züge subsumieren, so dass auch diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllt ist.

⁸⁷ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl., Rn. 69.

⁸⁸ Detailfragen nach der richtigen „Eingriffsschwelle“ etc. müssen einer genaueren Untersuchung auf der Grundlage konkreter Daten vorbehalten bleiben.

⁸⁹ Kramer (Fn. 1), § 2 AEG Rn. 10 und 11.

II. Einhaltung der Vorgaben des § 5 Abs. 1 AEG

Problematischer gestaltet sich dagegen die Prüfung der in § 5a Abs. 1 S. 1 AEG aufgestellten Anforderung, dass die Einhaltung der Vorschriften im Sinn des § 5 Abs. 1 AEG sicherzustellen ist.

1. Unionsrechtliche Vorgaben und direkte Vorgaben des AEG

Einen Ansatzpunkt könnten nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AEG unionsrechtliche Normen darstellen. In Betracht kommt vor allem Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie (RL) 2001/14/EG. Hiernach sind aber lediglich „umweltbezogene Auswirkungen“ auf die Benutzer übertragbar. Eine ausdrückliche Vorschrift zur Lärmbelästigung durch den Schienenverkehr findet sich damit im Unionsrecht nicht.

Jedoch würde es ausreichen, wenn die Lärmbelästigung im Sinn des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEG gegen eine Vorschrift des AEG oder einer darauf beruhenden Rechtsverordnung verstieße. Die EIBV stellt als auf § 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7 AEG basierende Verordnung eine derartige Vorschrift dar.⁹⁰ Fraglich ist jedoch, ob sie Regelungen zu Benutzungsbeschränkungen bzw. zu Lärmemissionen enthält und ob sie vom Eisenbahn-Bundesamt durchgesetzt werden kann.⁹¹ Ungeachtet der zuletzt genannten „Hürde“ finden sich Immissionsschutzvorschriften grundsätzlich im BImSchG. Konsequenterweise enthält § 21 EIBV erneut nur eine indirekte Bezugnahme auf Umweltauswirkungen. Dass dagegen verstoßen werden soll, wenn die Lärmbelästigung durch den Schienenverkehr stark zunimmt, erscheint hingegen doch sehr weit hergeholt.

Schlüssiger mutet daher eine Heranziehung von § 4 Abs. 1 Nr. 2 AEG an. Danach muss die Eisenbahninfrastruktur den Anforderungen an die öffentliche Sicherheit auch hinsichtlich des Betriebes genügen. Der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ erfasst wie im gesamten allgemeinen und (wie hier) besonderen Polizeirecht neben den Normen der geschriebenen Rechtsordnung sowie dem Schutz des Staates und seiner Einrichtungen auch Rechte Dritter.⁹² Folglich ist die öffentliche Sicherheit auch dann tangiert, wenn die Anwohner der Bahnstrecke in ihrem Grundrecht auf Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG betroffen sind. In diesem Fall genügt die Infrastruktur nicht mehr den Anforderungen der öffentlichen Sicherheit an ihren Be-

⁹⁰ *LG Frankfurt*, Urteil vom 21.09.2005 – Az.: 3-8 O 16/05, S. 47.

⁹¹ Dazu bereits (negativ) oben im Text mit Fn. 72.

⁹² *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, 5. Aufl., Rn. 101–109.

trieb (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 AEG), und das Eisenbahn-Bundesamt kann auf der Basis von § 5a Abs. 1 AEG die Einhaltung dieser eisenbahnrechtlichen Vorgaben durchsetzen.

2. Analoge Heranziehung von Vorschriften

Als weiteren Begründungsansatz könnte man eine analoge Anwendung des § 5a Abs. 1 AEG in Betracht ziehen. Hierzu müsste eine planwidrige Regelungslücke vorliegen und die Interessenlage bei Lärmbelästigungen mit der bei Verstößen gegen eisenbahnrechtliche Vorschriften vergleichbar sein.⁹³ Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber weder im AEG noch im BImSchG eine Norm geschaffen hat, die Maßnahmen im Fall von Lärmbelästigungen durch Eisenbahnverkehr ermöglicht, ist von einer Regelungslücke auszugehen. Für deren Planwidrigkeit spricht, dass sich in §§ 40 f. BImSchG sowie § 43 BImSchG i. V. mit § 7 Verordnung über den Bau und Betrieb der *Magnetschwebebahnen* (Magnetschwebebahn-Bau- und Betriebsordnung, MbBO)⁹⁴ durchaus Vorschriften finden, welche die Abwehr schädlicher, durch Verkehr hervorgerufener Umwelteinwirkungen betreffen. Es fehlt eben nur eine Rechtsgrundlage für ein Einschreiten der *Eisenbahnaufsicht*. Weshalb sie gerade für den Eisenbahnverkehr nicht explizit vorgesehen wurde, ist nicht ersichtlich.⁹⁵ Damit kann nicht von einem bewussten „Schweigen“ des Gesetzgebers ausgegangen, sondern auf eine versehentliche Gesetzeslücke geschlossen werden. In der Zusammenschau mit den Wertungen des § 4 AEG (s. oben 1.) erscheint dieses Ergebnis letztlich auch allein schlüssig.

Zwischenergebnis: Der Tatbestand der Generalklausel des § 5a Abs. 1 S. 1 i. V. mit S. 2 Nr. 1 und Abs. 2 AEG ist damit erfüllt.

F. Rechtsfolge

Der handelnden Behörde, vorliegend damit dem Eisenbahn-Bundesamt, kommt im Rahmen des § 5a Abs. 1 und 2 AEG Ermessen zu. Damit steht ihr ein gewisser Entscheidungsspielraum zu (vgl. § 40 Verwaltungsverfahrensgesetz), und ihr Handeln ist nur in beschränktem Umfang gerichtlich nachprüfbar (§ 114 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung). Das bedeutet, dass die Maßnahme nur bei entsprechenden Ermessensfehlern als rechtswidrig anzusehen (und gegebenenfalls bei einer Rechtsverlet-

⁹³ Zu den Analogievoraussetzungen allgemein Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 13. Aufl., Rn. 1276 ff.

⁹⁴ <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fges%2FMbBO%2Fcont%2FMbBO%2EP7%2Ehtm>.

⁹⁵ Das gilt gerade auch im Hinblick auf die neue geschaffene Zuständigkeit des Eisenbahn-Bundesamtes (lediglich) für die Lärmkartierung (s. oben C. IV.).

zung dann auch auf einen Rechtsbehelf des Betroffenen hin von den Gerichten zu „kassieren“) ist. Für die Feststellung eines Ermessensausfalles oder eines Ermessens Fehlgebrauches fehlt es an einem konkreten Anhaltspunkt, der nur im konkreten Fall gesucht und gefunden werden könnte. Lediglich bezüglich der Ermessenüberschreitung kann eine abstrakte Prüfung durchgeführt und können allgemeine Abwägungskriterien aufgestellt werden. Eine Ermessensüberschreitung ist dann anzunehmen, wenn die (rechtlichen) Grenzen des Ermessenspielraumes nicht beachtet wurden, zu denen insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips zählt.⁹⁶

Im Raum stehen hier wiederum neben den Grundrechten der betroffenen Anwohner aus Art. 2 Abs. 2 S. 1, 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG (gegebenenfalls zivilrechtlich „unterfüttert“ mit eigentumsrechtlichen Abwehransprüchen aus § 906 BGB unter Berücksichtigung von § 14 BImSchG) sowie dem Umweltschutz als Staatsziel nach Art. 20a GG vor allem die (soweit sie anwendbar sind⁹⁷) Grundrechte und Grundfreiheiten der Betreiber und EIU aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG sowie ihre unionsrechtliche Waren- und Dienstleistungsfreiheit. Diese Rechte sind im Rahmen der Entscheidung der Behörde zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Dazu bedarf es der Verfolgung eines legitimen Zieles, zu dessen Erreichung die getroffene Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen ist.

I. Legitimes Ziel

Als vorrangiges Ziel des behördlichen Einschreitens sind der Gesundheits-, der Eigentums- und der Umweltschutz (Art. 2 Abs. 2 S. 1, 14 Abs. 1, 20a GG) anzuführen, was mit Blick auf deren verfassungsrechtliche Fundierung auch als legitim anzusehen ist.

II. Geeignetheit

Dass sowohl Durchfahrts- als auch Geschwindigkeitsbeschränkungen zur Förderung dieses Zieles geeignet sind, steht nicht in Frage. Zwar wird die faktische Umsetzbarkeit dieser Maßnahmen insbesondere im Hinblick auf die europäischen Güterverkehrskorridore immer wieder in Zweifel gezogen, doch kann dieser Ansicht in ihrer Pauschalität so nicht gefolgt werden. Dass die europäischen Vorgaben zu den Güterverkehrskorridoren Betriebsbeschränkungen nicht hindern, wurde bereits oben

⁹⁶ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Rn. 229 f.

⁹⁷ S. oben Fn. 79.

(unter B. II. 2.) dargelegt. Ferner ist in diesem Kontext hervorzuheben, dass CDU/CSU und SPD im Rahmen der Koalitionsverhandlungen sogar über ein Komplettfahrverbot für laute Züge diskutiert haben und es befürworten.⁹⁸ Weshalb dann weniger einschneidende Maßnahmen wie Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen faktisch unmöglich sein sollen, erschließt sich nicht.

III. Erforderlichkeit

Nach der Geeignetheit des eingesetzten Mittels ist sodann seine Erforderlichkeit zu untersuchen. Das bedeutet, es ist zu prüfen, ob keine für die Zielerreichung gleich wirksamen, für das EIU und die EVU aber weniger belastenden Maßnahmen getroffen werden können.⁹⁹ Zu betrachten sind mithin mögliche Alternativen.

1. Alternative: Neue „Rheintalumgehungsstrecke“

Die mehrfach in der Diskussion getätigte Ankündigung der Bundesregierung, mangels geeigneter Verkehrskonzepte, eine Studie für eine neue „Rheintalumgehungsstrecke“ in Auftrag zu geben und deren Ergebnisse im Bundesverkehrswegeplan zu berücksichtigen, erscheint mit Blick auf die geographischen Verhältnisse in der betreffenden Region lediglich als eine Art „Wählerberuhigung“. Vor dem Hintergrund der zu überwindenden landschaftlichen Hindernisse ist die Finanzierung dieser Neubaustrecke zumindest als problematisch anzusehen, zumal der Bundesverkehrswegeplan unstreitig klassisch unterfinanziert ist. Ein solcher Neubau bietet damit wohl keine realistische und vor allem keine in absehbarer Zeit zu realisierende Alternative zu den hier erwogenen Maßnahmen.

2. Alternative: Lärmabhängiges Trassenpreissystem

Als weitere möglicherweise mildere Maßnahme ist das Trassenpreissystem mit lärmabhängiger Komponente anzusehen.¹⁰⁰ Das müsste jedoch bezüglich der Lärmbekämpfung auch gleich effektiv sein. Betrachtet man die Fakten, ist allerdings festzustellen, dass es für den Wagenhalter trotz der dann niedrigeren Trassenpreise (die zudem oft das befördernde EVU trägt) oftmals kostengünstiger ist, das höhere Entgelt für „laute“ Wagen zu zahlen, als seine Fahrzeuge auf leisere Bremssysteme („LL-Sohle“) umzurüsten und die danach schneller auftretenden Verschleißerscheinungen zu vermeiden.

⁹⁸ <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, S. 41.

⁹⁹ Vgl. allgemein zur Erforderlichkeit Detterbeck (Fn. 96), Rn. 232–245.

¹⁰⁰ Vgl. zum lärmabhängigen Trassenpreissystem und dessen Funktionsweise auch: <http://www.bmvbs.de/cae/servlet/contentblob/108340/publicationFile/74254/laermschutz-im-schieneverkehr-broschuere.pdf>, S. 43 ff.; http://www.deutschebahn.com/de/nachhaltigkeit/oekologie/laerm-minderung/trassenpreis_bonus.html.

nungen, vor allem den Abrieb an den Rädern, zu tragen.¹⁰¹ Die Anreizwirkung der Regelung geht damit nach derzeitiger Einschätzung¹⁰² ins Leere, und von gleicher Effektivität beider Maßnahmen bezüglich der Verhinderung von Eisenbahnlärm kann nicht gesprochen werden.

3. Alternative: Aktiver und passiver Lärmschutz an der Strecke und am Zug

Schließlich ist noch an aktive und passive Lärmschutzmaßnahmen zu denken. Soweit sie am Zug selbst ansetzen, wird auf die obigen Ausführungen unter 2. verwiesen. Lärmschutzmaßnahmen an der Strecke können eine tragfähige Alternative darstellen, jedoch auch nur an bestimmten dafür geeigneten Stellen. In anderen Streckenabschnitten sind sie mangels ausreichenden Platzes oder auf Grund des Weltkulturerbe-Status des Mittleren Rheintales schlicht nicht realisierbar oder finanzierbar. Sie bringen damit zumindest – so sie denn überhaupt möglich sind – ebenfalls nicht die sofort nötige Lärminderung in den besonders belasteten Bereichen.

Als weiteres Zwischenergebnis ist somit zu konstatieren, dass zumindest auf bestimmten Streckenabschnitten und kurzfristig – bei unterstellter Notwendigkeit der schnellen Reaktion auf Grund der erheblichen Rechtsbeeinträchtigungen durch den Bahnbetrieb – keine mildereren Mittel als die nunmehr erwogenen Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen zur Bekämpfung des Eisenbahnlärms zur Verfügung stehen und diese damit auch erforderlich sind.

IV. Angemessenheit

Abschließend ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn eine gerechte Abwägung der beteiligten Interessen durchzuführen.¹⁰³ Hierbei müssen die Gesundheit der Anwohner und der Umweltschutz, der aus Gründen des Unionsrechts (s. oben B. II. 1 c. bb.) ebenfalls zu beachten ist, einerseits sowie das unternehmerische Interesse und Recht und das allgemeine Bedürfnis nach einem reibungslosen Waren- und Gütertransport auf der Schiene andererseits gleichermaßen Berücksichtigung finden.

Daraus ergibt sich bereits, dass ein Tempolimit für „leise“ Züge nicht in Frage kommt, denn damit würde den Interessen der Anwohner ein unangemessener Vorrang ein-

¹⁰¹ Vgl. <http://www.vpi-positionspapier-nr6-vom-21-11-2011.pdf>, S. 3; vgl. auch: Weidmann/Moll/Schmidt, Ein Trassenpreissystem aus Umweltsicht, S. 20; ferner <http://www.privatbahn-magazin.de/blog/?tag=larmabhängiges-trassenpreissystem>.

¹⁰² Vgl. dazu schon die Anmerkung in Fn. 88.

¹⁰³ Detterbeck (Fn. 96), Rn. 239.

geräumt. Wie aber zu bestimmen ist, wann ein Zug leise ist, das heißt, wie viel Prozent der Wagen bereits auf die leisen Bremsen umgerüstet sein müssen und wer das wie kontrollieren soll, erfordert eine allgemeingültige Festlegung (gegebenenfalls kann allerdings für eine Übergangszeit auf die Fördermaßstäbe im Rahmen des erwähnten lärmabhängigen Trassenpreissystems¹⁰⁴ zurückgegriffen werden).

Dass das Unionsrecht derartigen Maßnahmen nicht entgegensteht, wurde bereits oben unter B. II. erörtert. In diesem Kontext zeigt die Haltung der EU-Kommission zum kompletten Fahrverbot für „laute“ Züge, das die Schweiz plant,¹⁰⁵ aber noch mehr: Billigt sie nämlich mit Blick auf die europäischen Grundfreiheiten bereits eine derart einschneidende Maßnahme, können bloß partielle Durchfahrts- und Geschwindigkeitsbeschränkungen im Einzelfall erst recht vor dem Unionsrecht bestehen. Allerdings ist bei der Ausgestaltung der einzelnen Maßnahme immer zu beachten, dass sie nicht diskriminierend ist und die Verhältnismäßigkeit wahrt.¹⁰⁶

Vor dem Hintergrund der Angemessenheit, unter nationalen wie unionsrechtlichem Blickwinkel, können bei der Bewertung konkreter Maßnahmen im betreffenden Streckenabschnitt des Mittelrheintals vor allem folgende Kriterien eine Rolle spielen:

- Wie viele („laute“) Güterzüge verkehren insgesamt auf diesen Streckenabschnitt innerhalb von 24 Stunden? Wie hoch ist deren Lärmbelastung?
- In welchen Abständen zueinander fahren die Güterzüge, und wie verteilen sie sich über den Tag und die Nacht?
- Welche Lautstärke erreichen die einzelnen Güterzüge? Sofern sich die Ermittlung der konkret eingesetzten Güterzüge als schwierig erweist, könnte man diesbezüglich auf einen zu ermittelnden Durchschnittswert abstellen.
- Wie ist das Verhältnis der erreichten Lautstärke der Güterzüge zu der erreichten Lautstärke der Personenzüge?
- In welchem baulichen Zustand ist der konkrete Streckenabschnitt? Bestehen hier kurzfristig andere Abhilfemöglichkeiten (dann stellt sich schon die Frage nach der Erforderlichkeit der Maßnahme unter III.)?

¹⁰⁴ Dazu schon unter F. III. 2.; vgl. auch <http://www.bmvbs.de/cae/servlet/contentblob/108340/publicationFile/74254/laermschutz-im-schienerverkehr-broschuere.pdf>, S. 43 ff.

¹⁰⁵ EU-Kommission, PE 521.027.

¹⁰⁶ So auch die EU-Kommission, E-011384/2013.

- Seit wann wird überhaupt Güterverkehr auf dieser Strecke in diesem Ausmaß durchgeführt? Haben betroffene Anwohner möglicherweise den in dieser Form abwickelnden Güterverkehr bereits so vorgefunden und damit bei ihrem Zuzug einen gewissen Lärmpegel in Kauf genommen?
- Wie ist der räumliche Abstand der betroffenen Anwohner zum konkreten Streckenabschnitt?
- Wie sind die konkreten Auswirkungen des lauten Güterverkehrs auf die Umwelt der Region insgesamt zu bewerten?
- Gibt es Ausweichstrecken für den Güterverkehr?
- Was wären die Folgen einer Sperrung oder Geschwindigkeitsreduzierung für die Kapazität des Schienengüterverkehrs auf der jeweiligen Gesamtrelation bzw. dem jeweiligen Korridor?

Im Rahmen dieser Abwägung ist zu gewährleisten, dass sowohl die Nachtruhe der Anwohner in weitest möglichem Umfang sichergestellt wird, als auch der Güterverkehr auf der Schiene attraktiv bleiben muss. Ist Letzteres nämlich nicht mehr gewährleistet, kommt es zu einer Verlagerung des Transportes auf den Straßenverkehr, die ebenfalls nicht erstrebenswert ist.¹⁰⁷ Insoweit würden dann auch der Zweck des § 1 AEG und die verkehrspolitischen Ziele des Deutschen Bundestages unterlaufen, der darum langfristig zu einer abwägenden Entscheidung dieser Frage im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative kommen sollte. Bis zu dieser gesetzlichen Festlegung, aber gerade auch zu ihrer „Vorbereitung“ im Rahmen einer „Beobachtungsphase“¹⁰⁸ bleibt ein „Ausprobieren“ am Einzelfall durch die Behörden nicht nur sinnvoll, sondern sogar nötig.

G. Gesamtergebnis und Ausblick

Die nunmehr im Mittleren Rheintal erwogenen Betriebsbeschränkungen sind grundsätzlich als solche sowohl mit dem deutschen als auch dem europäischen (Eisenbahn-)Recht vereinbar. Zuständig für ihren Erlass ist (sofern nicht das EIU von sich aus tätig wird, was es kann) im Fall einer Strecke der DB Netz AG das Eisenbahn-Bundesamt, das sich dabei in rechtmäßiger Weise auch im Hinblick auf die „Wesentlichkeitstheorie“ und das Bestimmtheitsgebot auf § 5a Abs. 1 S. 1 i. V. mit S. 2 Nr. 1 und Abs. 2 AEG stützen kann. Die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift

¹⁰⁷ So auch die *EU-Kommission*, E-011384/2013.

¹⁰⁸ Dazu schon oben D. I.

lassen sich – bei unterstellter Gesundheitsgefahr durch den Zuglärm – bejahen. Als Rechtsfolge sieht die Vorschrift ein behördliches Ermessen vor, das insbesondere durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit begrenzt wird. Mangels anderer gleich effektiver, aber milderer Alternativen kommt es dabei vor allem auf die Angemessenheit der getroffenen Maßnahme an. Zu deren Beurteilung bedarf es insbesondere einer Abwägung der von ihr berührten Interessen der Anwohner sowie der EVU und der EIU. Die hierfür vorstehend im Gutachten aufgelisteten Kriterien bedürfen vor ihrer Anwendung auf den konkreten Fall noch einer „Unterfütterung“ mit konkreten Daten zum Lärm und den kapazitativen Folgen der erwogenen Betriebsbeschränkungen. Sobald diese Daten vorliegen, sollte eine vertiefte Untersuchung zum konkreten Einzelfall erfolgen.



Passau, den 04.12.2013

Prof. Dr. Urs Kramer