

Unionsrechtliche Zulässigkeit des Deutschlandtaktes

Rechtsgutachten

**im Auftrag
des**

**Verkehrsclub Deutschland e.V.
Bundesverband**

**vorgelegt
von**

Prof. Dr. Urs Kramer (Universität Passau)

unter Mitarbeit von:

**Wiss. Mitarb. Monika Bauer (Ref. jur.)
Wiss. Mitarb. Manuel Baumgärtel (Ref. jur.),
Wiss. Mitarb. Katharina Lechner (Ref. jur.),
Wiss. Mitarb. Katharina Naumann (Ref. jur.),**

Prof. Dr. Georg Hermes (Goethe-Universität Frankfurt am Main)

unter Mitarbeit von:

**Wiss. Mitarb. Matthias Gegenwart (Ref. jur.),
Wiss. Mitarb. Tobias Kloidt (Ref. jur.),**

27.01.2022

Inhalt

A.	DIE ZULÄSSIGKEIT DES DEUTSCHLANDTAKTES ALS FRAGE DES UNIONSRECHTS	3
I.	Verfassungsrecht	3
II.	Unionsrecht	4
B.	DIE RICHTLINIE 2012/34/EU UND IHRE DURCHFÜHRUNGSRECHTSAKTE	6
I.	Funktion und Wirkung einer Richtlinie allgemein und im konkreten Fall	6
II.	Das „Schweigen“ der Richtlinie zu den Systemtrassen	7
III.	Ziele und Zwecke der Richtlinie	8
IV.	Die Kernfrage: „open access“ als Recht auf „absolut freien“ Netzzugang?	9
1.	Art. 10 Richtlinie 2012/34/EU	10
2.	Weitere Richtlinienbestimmungen	11
3.	Zwischenergebnis	12
V.	Einschränkungen des Rechts auf Netzzugang	12
VI.	Das Recht der EIU auf eine „staatsferne“ Vergabe von Schienenwegekapaazität und ihre sonstige Stellung	16
VII.	Das Phänomen der Rahmenverträge	17
VIII.	Das Zuweisungs- und Koordinierungsverfahren	19
1.	Allgemeine Regelungen zum Zuweisungs- und Koordinierungsverfahren	19
2.	Ad-hoc-Verkehre	22
3.	Flexibilität	22
C.	DIE VERORDNUNG (EU) 913/2010	23
D.	FAZIT	25

A. Die Zulässigkeit des Deutschlandtaktes als Frage des Unionsrechts

Der Verkehrsclub Deutschland e.V. (VCD) hat den Regelungsvorschlag für ein Bundesmobilitätsgesetz (BuMoG) erarbeitet, das die Rahmenbedingungen für die Entwicklung von Mobilität und Verkehr in Deutschland auf eine neue rechtliche Grundlage stellen und an den Zielen der Verkehrssicherheit und des Gesundheits-, Umwelt- und Klimaschutzes ausrichten soll.

In diesem Rahmen nimmt die Neugestaltung des Eisenbahnverkehrs eine zentrale Rolle ein, deren Konzept zentral durch den sog. „Deutschlandtakt (D-Takt)“ geprägt ist. Der D-Takt stellt einen deutschlandweit abgestimmten Taktfahrplan dar, mit dem ein Zielfahrplan für den Schienenpersonennah- und -fernverkehr unter angemessener Berücksichtigung der Bedürfnisse des Schienengüterverkehrs als weiterer „Netznutzungsart“ mit hoher Umwelt- und Klimarelevanz aufgestellt wird. Der D-Takt basiert auf vorkonstruierten Trassen, die nicht wie bisher für jede Netzfahrplanperiode auf Bestellung der Eisenbahnverkehrsunternehmen erstellt werden. Stattdessen soll ein neues zweistufiges Verfahren eingeführt werden, bei dem zuerst die D-Takt-Trassen erstellt werden und ihre Vergabe dann in einer zweiten Stufe erfolgt¹. Netzzugangsberechtigte können also nicht mehr „ihre“ Trasse „frei“ wählen, sondern können nur die Nutzung vordefinierter Systemtrassen beantragen. Wesentlicher Inhalt ist dabei ein Halbstundentakt auf den wichtigsten Personenfernverkehrsstrecken. Weiterhin wird aber auch ein vertakteter Regionalzug- und -busverkehr angestrebt.

Vor diesem Hintergrund war für die Umsetzung des Regelungsvorschlags in einen Gesetzentwurf zunächst zu klären, ob die bundesgesetzliche Etablierung eines Deutschlandtaktes mit höherrangigem Recht (Verfassungsrecht und Unionsrecht) vereinbar ist.

I. Verfassungsrecht

Was das nationale Verfassungsrecht angeht, so wirft diese Frage keine gravierenden Probleme auf.

Bisher erfolgt die Vergabe von Trassen und deren Regulierung maßgeblich nach dem ERegG, also durch ein Bundesgesetz. Dessen Regelungsgehalt fällt unter das „Betreiben“ von Schienenwegen der Eisenbahn als Gegenstand der *Bundesgesetzgebungskompetenz* nach Art. 73 I Nr. 6a GG. Soweit es sich dabei nicht um bundeseigene Eisenbahnen handelt, beruht die gesetzliche Regelung der Trassenvergabe auf dem Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 23 GG, der bezüglich der erfassten Verhaltensweisen ähnlich wie Art. 73 I Nr. 6a GG ausgelegt wird.

Was das materielle Eisenbahnverfassungsrecht des Art. 87e GG angeht, so wird dieser Norm größtenteils keine Entscheidung zu Gunsten eines Wettbewerbes auf der Schiene entnommen². Im Gegensatz zu Art. 87f II 1 GG konzentriert sich Art. 87e GG nur auf die Eisenbahnen des Bundes, lässt andere Anbieter außer Acht und klammert das Thema „Wettbewerb und Netzzugang“ weitgehend aus³ oder lässt es vollkommen unberücksichtigt⁴. Im Gegensatz zu Art. 87f II 1 GG enthält Art. 87e GG nach dieser Sichtweise schon

¹ Wewers, Sicherung des Deutschlandtakts im Eisenbahnregulierungsgesetz, S. 3.

² Gersdorf in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 87e Rn. 51; Uerpmann-Wittzack in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Auflage 2012, Art. 87e Rn. 10.

³ Möstl in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2020, Art. 87e GG Rn. 54.

⁴ Brosius-Gersdorf, DÖV 2002, 275 (283).

gar keine Entscheidung für oder gegen ein Wettbewerbsmodell auf der Schiene⁵. Nach anderer Ansicht kann Art. 87e III im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und den Schienenwegevorbereitung aber möglicherweise dennoch die eingeschränkte Befürwortung einer wettbewerblichen Marktöffnung entnommen werden⁶. Dafür könnten die Entstehungsgeschichte der Verfassungsnorm und das Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 GG⁷ sprechen. Jedoch wird auch insoweit nicht vertreten, dass „gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen, die nicht von alleine erbracht werden, in wettbewerblicher Manier auszusprechen“ seien⁸. Das ist insofern relevant, als es sich bei den Trassen (jedenfalls denen des Personenverkehrs) für den D-Takt mutmaßlich häufig um defizitäre Verkehrsdienste handelt. Art. 87e GG lässt dem Gesetzgeber Spielraum, seiner Gewährleistungsverantwortung durch wettbewerbliche (Ausschreibungs-) oder eher durch Modelle nachzukommen, die stärker auf eine Inpflichtnahme der Eisenbahnen des Bundes setzen. Insgesamt lassen sich also Art. 87e GG keine ausreichenden Anhaltspunkte entnehmen, die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines Deutschlandtaktes begründen könnten.

II. Unionsrecht

Spezifischere Vorgaben zum Wettbewerb auf der Schiene findet man aber im Eisenbahnrecht der Europäischen Union.

Zunächst erfolgte dort eine Trennung von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach Art. 6, 7 RL (EU) 2012/34. Dadurch wurden die Voraussetzungen für den Wettbewerb auf der Schiene geschaffen, weil parallele Schienennetze aus verschiedensten Gründen ausgeschlossen sind. Die Eisenbahnunternehmen sollten als unabhängige am Markt ausgerichtete Betreiber anerkannt werden, auf die prinzipiell die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV anwendbar ist⁹. Zentrale Regelung für den Netzzugang und damit für den Wettbewerb im Eisenbahnverkehr ist heute Art. 10 RL (EU) 2012/34, der seine Umsetzung in § 10 ERegG findet. Er statuiert ein Recht auf angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Zugang zur Eisenbahninfrastruktur für Schienengüterverkehrs- und Schienenpersonenverkehrsdienste. Es darf bei der Gewährung von Zugangsrechten zu keiner Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem bzw. zu keiner Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem jeweils ohne sachlichen Grund kommen¹⁰.

Das in Art. 10 Richtlinie 2012/34/EU vorgegebene und in § 10 ERegG umgesetzte Recht in Deutschland kennt also einen Anspruch auf „freien“ Netzzugang, bei dem die konkrete „Fahrlage“ eines Zuges samt Geschwindigkeit und Halteorten etc. grundsätzlich vom Besteller gewählt werden kann. Dazu passen vom Netzbetreiber „vorkonstruierte Systemtrassen“ zumindest auf den ersten Blick nicht. Ohne Zweifel bedürfte also die Einführung des Deutschlandtaktes maßgeblicher Änderungen im ERegG, etwa bei §§ 1, 44 und 52 VII ERegG¹¹.

⁵ *Gersdorf* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 2018, Art. 87e Rn. 37.

⁶ *Möstl* in: in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 92. Ergänzungslieferung 2020, Art. 87e Rn. 65 ff., 123 ff.; s. auch BVerwG, NVwZ 2012, 307 Rn. 21.

⁷ *Möstl* in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2020, Art. 87e GG Rn. 67, 70.

⁸ *Möstl* in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2020, Art. 87e GG Rn. 76.

⁹ *Windhorst* in Sachs, Grundgesetz, 2014, Art. 87e Rn. 7b.

¹⁰ Vgl. *Kramer* in Kunz/Kramer, Eisenbahnrecht, 2009, § 14 AEG Rn. 9 m.w.N.

¹¹ *Wewers*, Sicherung des Deutschlandtaktes im Eisenbahnregulierungsgesetz, S. 15 ff.

Zu klären bleibt also die Vereinbarkeit dieses „Systemwechsels“ mit dem Unionsrecht. Insbesondere die Einrichtung von sog. „Systemtrassen“ durch einen Deutschlandtakt könnte diesem vorrangigen EU-Recht widersprechen. Mangels einer klaren Aussage im Eisenbahnrecht der Union (die angesichts der „Entstehungszeit“ der Normen fehlt, als von Vorhaben wie einem „D-Takt“ noch gar nicht die Rede war und sein konnte) genügt es dabei für die unionsrechtliche Zulässigkeit des D-Taktes zu belegen, dass den einschlägigen europäischen Normen keine Aussage dahingehend entnommen werden kann, dass sie der Vorkonstruktion von Systemtrassen entgegenstehen bzw. diese verhindern wollen. Ein positives „Bekenntnis“ in dem Sinn, dass das Unionsrecht die Vorkonstruktion von Systemtrassen billigt oder gar fordert, ist aus den genannten Gründen hingegen weder nötig noch zu erwarten.

Im Folgenden soll diese Frage zum europäischen Recht nun anhand der einschlägigen unionsrechtlichen Normen, namentlich der Richtlinie 2012/34/EU und ihrer Durchführungsrechtsakte (B.) sowie der Verordnung (EU) 913/2010 (C.), geklärt werden.

B. Die Richtlinie 2012/34/EU¹² und ihre Durchführungsrechtsakte

Zentrale Normquelle für die Beantwortung der Frage nach der Unionsrechtskonformität des D-Taktes ist die Richtlinie 2012/34/EU. Aus ihren Normen ergeben sich dabei die folgenden Argumentationsansätze.

I. Funktion und Wirkung einer Richtlinie allgemein und im konkreten Fall

Nach **Art. 288 Abs. 3 AEUV** sind Richtlinien für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet werden, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich, überlassen dabei jedoch den mitgliedstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Im Gegensatz dazu beanspruchen Verordnungen nach Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung; sie sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Die Entscheidung des Unionsrechtsgebers für die Handlungsform einer Richtlinie beinhaltet demnach bereits einen gewissen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten.

Dabei wird zwischen mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien unterschieden. Erstere setzen lediglich verbindliche Mindeststandards fest, von denen die Mitgliedstaaten zu Gunsten strengerer Anforderungen abweichen dürfen. Eine vollharmonisierende Richtlinie versagt den Mitgliedstaaten hingegen die Möglichkeit, den Richtlinienzweck mit strengeren Regelungen zu verfolgen; ihre Normen bilden vielmehr ein in sich abgeschlossenes Regelungssystem.¹³ Der **Erwägungsgrund (EW) 83** der Richtlinie 2012/34/EU äußert sich zu diesem Aspekt wie folgt:

„Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich die Förderung der Entwicklung des Eisenbahnsektors der Union, die Festlegung allgemeiner Grundsätze für die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen und die Koordinierung von Regelungen in den Mitgliedstaaten über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die für deren Nutzung erhobenen Entgelte, angesichts der eindeutig grenzüberschreitenden Dimension der Erteilung derartiger Genehmigungen sowie des Betriebs wichtiger Teilkomponenten des Eisenbahnnetzes und der Erforderlichkeit, gerechte und nichtdiskriminierende Bedingungen für den Zugang zur Infrastruktur festzulegen, auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihrer grenzüberschreitenden Aspekte besser auf Unionsebene zu verwirklichen sind, kann die Union im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrages über die Europäische Union niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Richtlinie nicht über das für die Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.“

Insbesondere aus dem letzten Satz lässt sich damit schließen, dass die Richtlinie nicht vollharmonisierend angelegt ist: Sie erkennt, dass weitergehende rechtliche Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele möglich sind, nicht aber Regelungsinhalt der Richtlinie sein sollen. Ein abgeschlossenes Regelungssystem soll die Richtlinie danach nicht darstellen.

Dass es sich bei der Richtlinie um eine mindestharmonisierende handelt, stützt weiter ihr **Art. 1 Abs. 1 lit. c)**, der normiert, dass sie sich schon ihrem Ansatz nach nur den „Grundsätzen und Verfahren für die Festlegung und Erhebung von Wegeentgelten im Eisenbahnverkehr und die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn“ (Kursivsetzung nicht im

¹² Normen ohne Quellen-Nennung sind solche der Richtlinie 2012/34/EU in ihrer konsolidierten Fassung.

¹³ Vgl. dazu nur W. Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 54.

Original) widmet. Sie zielt demnach auch im Hinblick auf den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 lit. c) erkennbar nicht darauf ab, ein detailliertes und in sich abgeschlossenes System zu normieren.

II. Das „Schweigen“ der Richtlinie zu den Systemtrassen

Angesichts des Raumes, den die Diskussion um das Für und Wider der Vorkonstruktion von (System-)Trassen seit vielen Jahren einnimmt, erstaunt es, dass die Richtlinie 2012/34/EU nicht explizit bzw. wörtlich dazu Stellung nimmt.

Bei der Einführung der Richtlinie war nämlich zwar in der deutschen Fassung in **Anhang VI Nr. 1 lit. g)** im Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraumes tatsächlich der Begriff „Taktverkehr“ verwendet worden.¹⁴ Letztlich entschied sich der Richtliniengeber jedoch für den Begriff „Netzfahrplan“, jeweils in Abgrenzung zum Terminus des „Gelegenheitsverkehrs“.¹⁵ Diese Entscheidung kann allerdings kaum als generelle Absage des Richtliniengebers an den Taktverkehr bzw. an die Vorkonstruktion von Systemtrassen gewertet werden; vielmehr ist sie offensichtlich der Übersetzung geschuldet. So heißt es in der englischen Fassung sowohl im zitierten Vorschlag als auch in der konsolidierten Fassung „regular versus occasional train services“.¹⁶

Trotz dieser fehlenden expliziten Nennung des „Taktes“ kann an manchen Stellen der Richtlinie dennoch der Eindruck entstehen, dass der Richtliniengeber sich jedenfalls der Möglichkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen bewusst war. So heißt es etwa in **Art. 41 Abs. 2 S. 1–3**:

„Der Infrastrukturbetreiber kann mit Rücksicht auf legitime Erwartungen hinsichtlich seiner künftigen Erlöse und hinsichtlich der Fahrwegnutzung Anforderungen an Antragsteller festlegen. Die Anforderungen müssen angemessen, transparent und nichtdiskriminierend sein. Sie werden in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen gemäß Anhang IV Nummer 3 Buchstabe b angegeben.“

Es fragt sich unwillkürlich, ob vorkonstruierte Systemtrassen solche „Anforderungen“ sein könnten. S. 3 der Norm „zerstört“ jedoch sogleich eine solche Vermutung:

„Sie dürfen nur die Stellung einer Finanzgarantie in angemessener Höhe im Verhältnis zum geplanten Umfang der Tätigkeit des Antragstellers sowie die Fähigkeit zur Abgabe konformer Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität vorsehen.“

Der Wortlaut des **EW 72** lässt demgegenüber mehr Raum für Deutungen:

¹⁴ Vgl. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010PC0475&from=DE> (zuletzt aufgerufen am 23.11.2021) zur Formulierung „Taktverkehr/Gelegenheitsverkehr“ in Anhang VIII Nr. 3 lit. g) des Vorschlages, wobei Anhang VIII Nr. 3 lit. g) des Vorschlages inhaltlich dem jetzigen Anhang VI der konsolidierten Fassung der Richtlinie entspricht.

¹⁵ Die Vorschrift lautet aktuell: „Die Paare, die von den Infrastrukturbetreibern zu berücksichtigen sind, wenn sie eine Liste von Marktsegmenten im Hinblick auf die Einführung von Aufschlägen in der Entgeltregelung gemäß Artikel 32 Absatz 1 festlegen, umfassen mindestens die folgende: [...] g) Netzfahrplan/Gelegenheitsverkehr.“

¹⁶ S. die englische Fassung des Anhangs VIII Nr. 3 lit. g) des Vorschlages: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010PC0475&from=DE> (zuletzt aufgerufen am 23.11.2021) sowie die englische Fassung des Anhangs VI Nr. 1 lit. g) der konsolidierten Fassung: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0034&from=DE#d1e32-68-1> (zuletzt aufgerufen am 23.11.2021). Anhang VIII Nr. 3 lit. g) des Vorschlages entspricht inhaltlich wiederum Anhang VI der konsolidierten Fassung der Richtlinie.

„Bei der Entwicklung des Schienenverkehrs sollten unter anderem die zur Verfügung stehenden Instrumente der Union genutzt werden, unbeschadet der bereits festgelegten Prioritäten.“

Dieser Erwägungsgrund der Richtlinie geht demnach davon aus, dass es neben den im Unionsrecht verankerten weitere taugliche (nationale) Instrumente gibt, die zudem ebenso zulässig sind. Ihre unterbliebene Normierung geht demnach ausdrücklich nicht mit ihrer unionsrechtlichen Unzulässigkeit einher. Die Vorkonstruktion von Systemtrassen dient gerade der „Entwicklung des Schienenverkehrs“ i. S. des EW 72. Die Norm kann demnach als Indiz für ihre unionsrechtliche Zulässigkeit gewertet werden.

In ihrem **Anhang VII Abs. 4** befasst sich die Richtlinie sogar ausdrücklich mit vorkonstruierten Trassen:

„Die Infrastrukturbetreiber tragen dafür Sorge, dass spätestens elf Monate vor dem Netzfahrplanwechsel vorläufige grenzüberschreitende Zugtrassen in Zusammenarbeit mit den anderen betroffenen Infrastrukturbetreibern festgelegt sind. Die Infrastrukturbetreiber gewährleisten so weit wie möglich, dass diese Zugtrassen in den nachfolgenden Verfahrensschritten beibehalten werden.“

Die Vorkonstruktion von Trassen ist der Richtlinie demnach gar nicht fremd; sie äußert sich explizit zum „Ob“ und „Wie“ der Festlegung von Systemtrassen für den grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr. Den „Systembruch“, als den ihn manche ansehen,¹⁷ stellen Systemtrassen demnach nicht dar. Allerdings verwundert das weitere „Schweigen“ der Richtlinie angesichts des offenkundigen Bewusstseins des Richtliniengebers für den Regelungsbedarf der vorkonstruierten Systemtrassen umso mehr. Um ein Versehen handelt es sich dabei auch hinsichtlich des bereits vorgestellten EW 72 wohl kaum. Die fehlende Regelung bestimmter Maßnahmen und Instrumente, wie der Vorkonstruktion von Systemtrassen, bedeutet demnach jedenfalls nicht automatisch ihr unionsrechtliches Verbot. Vielmehr ist es auch denkbar, dass der Richtliniengeber eine Aussage zu deren Zulässigkeit (etwa wegen Offensichtlichkeit) für gar nicht nötig hielt und daher unterließ.

III. Ziele und Zwecke der Richtlinie

Neben der Bezugnahme auf die bloßen „Grundsätze und Verfahren für die Festlegung und Erhebung von Wegeentgelten im Eisenbahnverkehr und die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn“ (Art. 1 Abs. 1 lit. c); dazu oben I.) definieren die Richtlinie und weitere thematisch verwandte unionsrechtliche Rechtsnormen zugleich vielfach in verschiedenen Kontexten die Steigerung der Effizienz und Leistungsfähigkeit des Netzes als ein ganz gewichtiges Regelungsziel. So statuiert **EW 3** grundsätzlich:

„Die Leistungsfähigkeit des Eisenbahnsystems sollte unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten verbessert werden, damit es sich in einen Wettbewerbsmarkt einfügt.“¹⁸

Zudem heißt es in **Art. 26**:

¹⁷ Vgl. etwa den Redebeitrag von Prof. Dr. Karsten Otte, Leiter der Abteilung Eisenbahnregulierung der BNetzA, im Rahmen der Anhörung des Verkehrsausschusses am 14.04.2021.

¹⁸ Weitere Beispiele ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind: EW 5, EW 35, EW 38, EW 43, EW 50, EW 60, EW 73 S. 2, Art. 7c Abs. 4, Art. 7f Abs. 1 lit. b), Art. 7f Abs. 1 lit. f), Art. 8 Abs. 2, 3, Art. 13 Abs. 6, Art. 26, Art. 33 Abs. 3, Art. 35 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1, Art. 37, Art. 40, Art. 42 Abs. 3, Art. 43 Abs. 2 S. 2, Art. 50, Art. 51, Art. 52; EW 1 S. 1 Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 und weitere Normen der Durchführungsverordnung: EW 4, EW 5, EW 8, EW 14, Art. 6 Nr. 1 lit. a), i), Art. 10 Nr. 1 UAbs. 2, Art. 11 Nr. 2; Art. 11 Nr. 3 UAbs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007; s. auch EW 4 Verordnung (EU) 913/2010.

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass die Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen für die betreffenden Fahrwege den in dieser Richtlinie festgelegten Grundsätzen entsprechen und es dem Infrastrukturbetreiber so ermöglichen, die verfügbare Fahrwegkapazität zu vermarkten und so effektiv wie möglich zu nutzen.“

Das entspricht dem Zweck des D-Taktes.

Weiter hat die Richtlinie auch die Verbesserung der Qualität der Verkehrsleistung zu Gunsten der Fahrgäste im Blick,¹⁹ was eine weitere Übereinstimmung mit den Zielen des D-Taktes bedeutet. Ebenso ist sich die Richtlinie der finanziellen Risiken der Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) bewusst, die das Eingehen langfristiger Investitionen bergen. So erklärt etwa ihr **EW 24**:

„Um in Dienstleistungen zu investieren, die spezialisierte Infrastrukturen wie etwa Hochgeschwindigkeitsstrecken nutzen, brauchen die Antragsteller in Anbetracht der umfangreichen langfristigen Investitionen Rechtssicherheit.“

Auch diesbezüglich kommt die Vorkonstruktion von Systemtrassen im Rahmen des D-Taktes damit den in der Richtlinie geäußerten Belangen in besonderer Weise nach.

Ebenso zielt sie auf die Gewährleistung eines fairen und wirksamen Wettbewerbes der Eisenbahnunternehmen ab.²⁰ Es stellt sich demnach die Frage, ob die bereits von einem Akteur geäußerte Sorge, dass die Vorkonstruktion von Systemtrassen durch den jeweiligen Betreiber der Schienenwege (BdS) dessen zumindest faktische Monopolstellung verstärke, berechtigt ist und darüber hinaus unionsrechtliche Bedenken hervorruft.²¹ Bei der Entwicklung des D-Taktes, voraussichtlich in Kapazitätsnutzungskonzepten (KNK) und Kapazitätsnutzungsplänen (KNP) durch die BdS, muss jedenfalls sichergestellt werden, dass der befürchteten ausbleibenden Transparenz hinsichtlich der Gründe und Motive, die zur Konstruktion der konkreten Trassen führen, wirksam begegnet und der Missbrauch der faktischen Machtposition, insbesondere der DB Netz AG, verhindert werden kann, z. B. mittels Vorgaben für das Verfahren bei der Erarbeitung von KNK und KNP²² bzw. mittels ihrer Prüfung durch die staatlichen Behörden²³.

IV. Die Kernfrage: „open access“ als Recht auf „absolut freien“ Netzzugang?

Kernpunkt der Beantwortung der Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit des D-Taktes und damit der Vorkonstruktion von Systemtrassen stellt die Klärung des Umfangs des Rechts auf freien Zugang insbesondere²⁴ zu den Schienenwegen dar.

¹⁹ S. EW 8, EW 27, EW 49, Art. 13a; EW 18 S. 2 und Art. 11 Abs. 2 lit. b) Durchführungsverordnung (EU) 2018/1795.

²⁰ Vgl. EW 4, EW 24, Art. 17 Abs. 5 S. 1.

²¹ So etwa Fabian Stenger (FlixTrain): „Man muss aufpassen, dass aus dem Deutschlandtakt kein DB-Takt wird.“ Vgl. <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bahn-flixbus-flixtrain-deutschlandtakt-fernverkehr-1.4445845> (zuletzt abgerufen am 23.11.2021).

²² Dazu § 52a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 ERegG.

²³ Vgl. § 52a Abs. 3 ERegG.

²⁴ Die für ein funktionierendes Schienenverkehrsangebot etwa im Güterbereich (Stichwort: Zugang zu Terminals etc.), aber nicht nur dort (auch Reisezüge brauchen Abstell- und Reinigungsanlagen) wichtigen Serviceeinrichtungen bleiben an dieser Stelle zwar außen vor. Sie hängen aber, was den Netzzugang anbetrifft, sozusagen „an der Trasse dran“ und sollen beim D-Takt auch so behandelt werden.

1. Art. 10 Richtlinie 2012/34/EU

Im Zentrum der Prüfung steht hier **Art. 10**. In seinem **Abs. 1 S. 1** heißt es:

„Eisenbahnunternehmen erhalten für alle Arten von Schienengüterverkehrsdiensten zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur in allen Mitgliedstaaten.“

Hinsichtlich des Umfanges des Netzzugangsrechts bietet die Norm dabei verschiedene Deutungsmöglichkeiten bzw. Sichtweisen:

Zum einen könnte aus ihrem Wortlaut hervorgehen, dass das Netzzugangsrecht an sich unbeschränkt angelegt ist, dass dieses Recht aber (nur) anhand angemessener, nichtdiskriminierender und transparenter Bedingungen eingeschränkt werden darf. Die verbindliche Vorkonstruktion von Systemtrassen wäre demnach (zunächst) nicht zulässig, evtl. aber rechtfertigungsfähig als Einschränkung des Netzzugangsrechts.

Zum anderen könnte Art. 10 Abs. 1 S. 1 jedoch auch dahingehend ausgelegt werden, dass die Vorkonstruktion von Systemtrassen dem Recht auf freien Netzzugang gleichsam vorgelagert ist; der Anwendungsbereich des „open access“ wäre hier also schon gar nicht eröffnet, weil das Recht auf Zugang nur „zu“ den bestimmten „Bedingungen“ im Sinne von „nur nach Maßgabe“ der zuvor festgelegten Bedingungen besteht. Aus den unionsrechtlichen Normen zum Zuweisungsverfahren könnten nach dieser Auslegung keinerlei (Umkehr-)Schlüsse hinsichtlich der Zulässigkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen gezogen werden. Zwar ergibt eine Wortlautanalyse, dass der Regelungsgehalt der Norm nicht auf das Zuweisungsverfahren beschränkt ist. Denn jedenfalls müsste die Vorkonstruktion der Systemtrassen angemessen, nichtdiskriminierend und transparent erfolgen. Dies entspricht aber durchaus der dargestellten zweiten Sichtweise.

Obwohl sich die dargestellten Deutungen der Norm widersprechen und die letztgenannte Möglichkeit am plausibelsten erscheint, kann allein anhand des Wortlautes des Art. 10 Abs. 1 S. 1 nicht eindeutig geklärt werden, welche der beiden als unzutreffend auszuschließen ist bzw. argumentativ am meisten überzeugt. Daher muss weiter **Art. 10 Abs. 2**, der das Netzzugangsrecht der Schienenpersonenverkehr erbringenden EVU behandelt, in die Prüfung einbezogen werden. Art. 10 Abs. 2 normiert:

„Unbeschadet der Verordnung (EG) Nr. 1370/ 2007 erhalten Eisenbahnunternehmen für Schienenpersonenverkehrsdienste zu angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten Bedingungen das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur in allen Mitgliedstaaten. Eisenbahnunternehmen haben das Recht, Fahrgäste an jedem beliebigen Bahnhof aufzunehmen und an einem anderen Bahnhof abzusetzen. Dieses Recht schließt den Zugang zu Infrastrukturen ein, durch die Serviceeinrichtungen gemäß Anhang II Nummer 2 dieser Richtlinie angebunden werden.“

Auch diese Norm bietet mehrere Deutungsmöglichkeiten. So könnte sich aus ihr ergeben, dass die Trassenbildung ein Teil des Netzzugangsrechts der EVU ist, jedenfalls hinsichtlich der Wahl der Haltestellen (nicht nur hinsichtlich der technisch notwendigen Haltestellen; s. S. 3). Solange kein Konflikt mit weiteren Trassenanmeldungen vorliegt, würde demnach das Recht auf freien Netzzugang in Form der freien Trassenbildung gelten. Der für eine solche Deutung durchaus offene Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 muss jedoch in Verhältnis zu seinem Telos gesetzt werden. Dieser liegt darin, explizit festzuhalten, dass Kabotage möglich sein muss. Der Norm ist daher keine Aussage über die Vorkonstruktion von Systemtrassen zu entnehmen, da diese dem Trassenzuweisungsverfahren vorgeschaltet ist.

Die Gesamtschau der dargestellten Normen ergibt somit letztlich, dass Art. 10 keine eindeutige Aussage dahingehend entnommen werden kann, dass die Richtlinie von einem grundsätzlich unbeschränkten Netzzugangsrecht der EVU ausgeht. Das reicht hier auch aus (s. zum maßgeblichen „Prüfungsumfang“ bereits unter A.).

2. Weitere Richtlinienbestimmungen

Art. 10 ist jedoch nicht der einzige Anknüpfungspunkt für die Beantwortung der Frage nach dem Umfang des Anspruches auf „open access“. So äußert sich **Art. 41 Abs. 1** zum Antragserfordernis für die Zuweisung von Fahrwegkapazität; namentlich heißt es dort:

„Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität dürfen von den Antragstellern gestellt werden.“

Das Antragserfordernis zeugt bereits davon, dass das Netzzugangsrecht (natürlich) nicht voraussetzungs- oder grenzenlos angelegt ist. Das unterstreicht **Art. 17 Abs. 4 S. 2**, wonach die Erteilung der Unternehmensgenehmigung nicht zum Zugang zur Infrastruktur berechtigt. Weiter ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 41 Abs. 1, dass sich die Anträge der EVU auf die „Zuweisung von Fahrwegkapazität“ und nicht auf „Trassen“ beziehen. Die Richtlinie unterscheidet an anderer Stelle zwischen beiden Begriffen.²⁵ „Fahrwegkapazität“ wird dort jedoch als Oberbegriff verwendet, unter den auch die „Trasse“ fällt, so dass auch hieraus keine „Absage“ der Richtlinie an die Vorkonstruktion von Systemtrassen entnommen werden kann.

Dieselben Begriffe werden des Weiteren auch in **Art. 38 Abs. 2** verwendet, in dessen **UAbs. 1** es heißt:

„Das Recht, spezifische Fahrwegkapazität in Form einer Zugtrasse in Anspruch zu nehmen, kann Antragstellern längstens für die Dauer einer Netzfahrplanperiode zuerkannt werden.“

Der erste Teil des zitierten Satzes („Das Recht, spezifische Fahrwegkapazität in Form einer Zugtrasse in Anspruch zu nehmen [...]“) lässt die Deutung zu, dass der Anspruch der EVU auf freien Netzzugang das Recht umfasst, die gewünschte Fahrwegkapazität selbst zu spezifizieren. Eine solche Deutung würde der Zulässigkeit des D-Taktes widersprechen. Andererseits könnte der Wortlaut („in Form einer Zugtrasse“) auch dahingehend ausgelegt werden, dass die Norm lediglich auf den Anspruch auf eine wie auch immer zu Stande gekommene Zugtrasse abstellt. Insbesondere ergibt die systematische Auslegung mit **UAbs. 2** derselben Norm, dass sie lediglich die „spezifische Fahrwegkapazität“ zu den Rahmenverträgen abgrenzen möchte. Eine weiter gehende Äußerung der Norm kann hier nicht ohne Zweifel festgestellt werden.

Der Wortlaut des **Art. 41 Abs. 1** hingegen könnte auch dahingehend verstanden werden, dass die Antragsstellung durch die EVU von der Richtlinie lediglich als optional bzw. als eine der möglichen Arten der Kapazitätszuweisung angesehen wird („Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität *dürfen* von den Antragstellern gestellt werden.“). Das Verfahren müsste dann lediglich den in Art 10 normierten Dreiklang „angemessen, nichtdiskriminierend und transparent“ entsprechen. Dass die EVU im Fall der Vorkonstruktion der

²⁵ S. Art. 3 Nr. 24: „Fahrwegkapazität“ als die Möglichkeit, für einen Teil des Fahrwegs für einen bestimmten Zeitraum beantragte Zugtrassen einzuplanen;“ und Nr. 27: „Zugtrasse“ als die Fahrwegkapazität, die erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten verkehren kann;“.

Systemtrassen im Rahmen des D-Taktes diese nicht mehr selbst in den Anträgen bestimmen, wäre folglich unschädlich.²⁶ Obwohl diesem Befund im Ergebnis zuzustimmen ist, überzeugt seine Herleitung aus dem insoweit doch eher „dünnen“ Wortlautes („dürfen“) nicht. Stattdessen liegt es näher, dass mit diesem durchaus etwas „kurios“ formulierten Satz lediglich festgehalten werden sollte, dass seine Beteiligung am Zuweisungsverfahren den Antrag des interessierten EVU voraussetzt.

Auch in **EW 42** äußert sich die Richtlinie zum Umfang des „open access“:

„Bei den Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen sollte allen Unternehmen ein gleicher und nichtdiskriminierender Zugang geboten werden und so weit wie möglich angestrebt werden, den Bedürfnissen aller Nutzer und Verkehrsarten gerecht und ohne Diskriminierung zu entsprechen. Diese Regelungen sollten einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsdiensten ermöglichen.“

Wiederum bietet die Norm mehrere Deutungsmöglichkeiten, insbesondere hinsichtlich des Terminus „so weit wie möglich“: Zum einen könnte die Norm damit lediglich auf die faktische Einschränkung des Zugangsrechts durch kollidierende Anträge abstellen. Andererseits erscheint es als fragwürdig, dass eine solche offenkundige Banalität der Klarstellung bedarf. Die Vermutung, dass aus derselben Stelle des Wortlautes ein Verweis auf die Vorkonstruktion von Systemtrassen zu entnehmen ist, ist zwar ebenso wenig zwingend; die Norm verschließt sich einer dahingehenden Deutung jedoch nicht von vornherein.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis muss daher festgehalten werden, dass der Richtlinie keine eindeutige Aussage zum Umfang des Anspruches auf freien Netzzugang entnommen werden kann. Jedenfalls enthält sie keine explizite Absage an ein Verständnis des „open access“, das mit der Realisierung des D-Taktes korreliert (zu Art. 12 noch unter VIII.).

V. Einschränkungen des Rechts auf Netzzugang

Die Richtlinie sieht an mehreren Stellen die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vor, das Netzzugangsrecht einzuschränken. Diese Entscheidung des Richtliniengebers lässt verschiedene Deutungsmöglichkeiten zu.

Zum einen könnte hieraus der Umkehrschluss gezogen werden, dass folglich im Grundsatz das Netzzugangsrecht uneingeschränkt angelegt sein müsse; lediglich in den in der Richtlinie normierten Ausnahmefällen dürfe es eingeschränkt werden. Gegen den Umkehrschluss spricht jedoch, dass die normierten Einschränkungsmöglichkeiten lediglich einen Teil der Fälle vorsehen, in denen das Netzzugangsrecht eingeschränkt werden kann, solange die Ziele der Richtlinie gewahrt werden (s. dazu bereits B. III.). Die Einschränkungsmöglichkeiten zeugen demnach sogar davon, dass das Netzzugangsrecht schon gar nicht grenzenlos angelegt ist. Im Folgenden soll an Beispielen diese grundsätzliche Wertung näher dargestellt und überprüft werden.

So normiert **Art. 11 Abs. 1** (s. auch die **EW 20 und 21**):

²⁶ S. BMVI (Hrsg.), Bericht Z20/SeV/288.3/1324/LA15 - Machbarkeitsstudie zur Prüfung eines Deutschland-Takts im Schienenverkehr, 2015 (deutschland-takt-machbarkeitsstudie-schienenverkehr-bericht.pdf), S. 89 f.

„Die Mitgliedstaaten können das in Artikel 10 Absatz 2 festgelegte Recht auf Zugang zu Personenverkehrsdiensten zwischen einem Abfahrts- und einem Bestimmungsort einschränken, wenn dieselbe Strecke oder eine Alternativstrecke Gegenstand eines oder mehrerer öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist, sofern die Ausübung dieses Rechts das wirtschaftliche Gleichgewicht des bzw. der betreffenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags bzw. Dienstleistungsaufträge gefährden würde.“

Zieht man aus der Norm einen Umkehrschluss, würde das bedeuten, dass das Netzzugangsrecht die freie Wahl des Abfahrts- und Bestimmungsortes und die Wahl der Haltestellen beinhaltet; lediglich im normierten Ausnahmefall des Art. 11 Abs. 1 dürfte es eingeschränkt werden. Andererseits kann Art. 11 Abs. 1 aber auch als Regelung für einen mutmaßlich in der Praxis besonders häufig auftretenden und wichtigen Fall zwanglos dahingehend interpretiert werden, dass er lediglich eine Möglichkeit schafft, um das Netzzugangsrecht zu beschränken. Den Mitgliedstaaten stünde es demnach weiter offen, auch andere Beschränkungen des Netzzugangsrechts vorzunehmen, welche die Richtlinie nicht explizit vorsieht, die aber dennoch ihrem Telos entsprechen. Das würde die umfangreiche Tactsicherung im Rahmen des D-Taktes ermöglichen.

Im Übrigen bestimmt **Art. 11 Abs. 2** zur Konkretisierung des insoweit maßgeblichen wirtschaftlichen Gleichgewichtes:

„Die Frage, ob das wirtschaftliche Gleichgewicht eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gefährdet würde, wird von der/den in Artikel 55 genannten Regulierungsstelle(n) auf der Grundlage einer objektiven wirtschaftlichen Analyse und vorab festgelegter Kriterien auf Antrag eines der folgenden Beteiligten beurteilt:

- a) der zuständigen Behörde(n), die den öffentlichen Dienstleistungsauftrag erteilt hat/haben;*
- b) anderer betroffener zuständiger Behörden, die zur Einschränkung des Zugangsrechts nach Maßgabe dieses Artikels befugt sind;*
- c) der Infrastrukturbetreiber;*
- d) des den öffentlichen Dienstleistungsauftrag erfüllenden Eisenbahnunternehmens.*

Die zuständigen Behörden und die den öffentlichen Dienstleistungsauftrag erfüllenden Eisenbahnunternehmen stellen der/den zuständigen Regulierungsstelle(n) die Informationen zur Verfügung, die diese nach vernünftigem Ermessen für die Entscheidungsfindung benötigt/benötigen. Die Regulierungsstelle prüft die von diesen Parteien zur Verfügung gestellten Informationen, fordert gegebenenfalls von allen Betroffenen entsprechende Informationen an und leitet innerhalb eines Monats ab Eingang des Antrags Gespräche mit allen Betroffenen ein. Die Regulierungsstelle hört gegebenenfalls alle Betroffenen an und unterrichtet diese von ihrer mit einer Begründung versehenen Entscheidung innerhalb einer vorher festgelegten angemessenen Frist, auf jeden Fall jedoch spätestens sechs Wochen nach Eingang aller entscheidungserheblichen Informationen.

Daraus lässt sich deutlich der gewollte erhöhte Schutz von Verkehrsverträgen des SPNV im Vergleich zu „normalen“ Trassennutzungsverträgen ableiten, was erneut davon zeugt, dass das Recht auf freien Netzzugang nicht unbeschränkt und unbeschränkbar besteht.

Art. 38 Abs. 4 knüpft dann ebenfalls an Art. 11 an:

„Beabsichtigt ein Antragsteller, Fahrwegkapazität mit dem Ziel zu beantragen, einen Personenverkehrsdienst in einem Mitgliedstaat zu betreiben, in dem das Recht auf Zugang

zur Eisenbahninfrastruktur gemäß Artikel 11 eingeschränkt ist, so unterrichtet er die betreffenden Infrastrukturbetreiber und Regulierungsstellen darüber mindestens 18 Monate vor Inkrafttreten des Netzfahrplans, auf den sich der Antrag auf Fahrwegkapazität bezieht. Damit die betreffenden Regulierungsstellen die möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen auf bestehende öffentliche Dienstleistungsaufträge bewerten können, sorgen die Regulierungsstellen dafür, dass die zuständigen Behörden, die durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag geregelte Schienenverkehrsdienste auf dieser Strecke vergeben haben, und andere betroffene zuständige Behörden, die zur Einschränkung des Zugangsrechts nach Artikel 11 befugt sind, sowie die Eisenbahnunternehmen, die auf der Strecke dieses Personenverkehrsdienstes den öffentlichen Dienstleistungsauftrag erfüllen, darüber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von zehn Tagen, unterrichtet werden.“

Diese Norm verdeutlicht auf der anderen Seite, dass die Einschränkungsmöglichkeit in Art. 11 an weitere strenge Anforderungen geknüpft wird, insbesondere an die Prüfung im Einzelfall. Das macht deutlich, dass der Argumentationsaufwand, der zur Begründung von Ausnahmen vom Anspruch auf freien Netzzugang erforderlich ist, in bestimmten Fällen schon durchaus hoch ist.

Der näheren Ausgestaltung des Art. 11 widmet sich die **Durchführungsverordnung (EU) 2018/1795**, namentlich der Festlegung des Verfahrens und der Kriterien für die Durchführung der Prüfung des wirtschaftlichen Gleichgewichts. Der Verordnungsgeber stellt gleich zu Beginn im dortigen **EW 1 S. 3** dazu fest:

„Die Mitgliedstaaten können in ihren Rechtsvorschriften die Möglichkeit vorsehen, den Zugang zur Infrastruktur zu verweigern, wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht dieser öffentlichen Dienstleistungsaufträge durch neue, im Rahmen des freien Marktzugangs erbrachte Schienenpersonenverkehrsdienste gefährdet würde.“

Und in **EW 5**:

„Diese ausschließlichen Rechte [Anmerkung: Gemeint sind solche, die Betreiber öffentlicher Dienste als Ausgleichsleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen bei der Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) 1370/2007 erhalten.] sollten das Zugangsrecht anderer Eisenbahnunternehmen nicht berühren, außer wenn die Prüfung des wirtschaftlichen Gleichgewichts unter Berücksichtigung des Werts der ausschließlichen Rechte zeigt, dass der neue Schienenpersonenverkehrsdienst erhebliche negative Auswirkungen auf die Profitabilität der Dienstleistungen im Rahmen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags und/oder die Nettokosten der zuständigen Behörde für deren Erbringung hätte, was von den Regelungen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags über die Risikoteilung abhängt.“

Im Fall der Einführung des D-Taktes mit durchweg bestellten Personenverkehren wäre Art. 11 der Richtlinie damit mutmaßlich regelmäßig bei Trassenkonflikten mit anderen Verkehren einschlägig. Die Norm und ihre Durchführungsregelungen könnten dadurch ihren Ausnahmecharakter verlieren und stattdessen fast zum Regelfall werden. Die Richtlinie statuiert jedoch in ihrem Art. 10 den Grundsatz des freien Netzzuganges, von dem in Art. 11 abgewichen wird. Die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses könnte demnach gegen die Zulässigkeit des D-Taktes mit durchweg bestellten (und über Art. 11 bevorrechtigten) Personenverkehrsleistungen sprechen. Allerdings ist der Ausnahmevorschrift andererseits keine Beschränkung auf wenige Konfliktfälle zu entnehmen. Wenn die Mitgliedstaaten ihre Freiheit bei der Umsetzung der Richtlinie dahingehend nutzen, dass ihr Art. 11 „dauernd“ Anwendung findet, deckt er das ab.

Art. 10 Abs. 1a sieht daneben weitere Einschränkungsmöglichkeiten für das Recht auf einen freien Netzzugang vor:

„Unbeschadet der internationalen Verpflichtungen der Union und der Mitgliedstaaten können die Mitgliedstaaten, die über eine gemeinsame Grenze mit einem Drittland verfügen, das Recht auf Zugang gemäß diesem Artikel in Bezug auf Dienste einschränken, die aus diesem Drittland heraus bzw. in dieses Drittland hinein auf einem Schienennetz erbracht werden, dessen Spurweite sich von der des Haupteisenbahnnetzes in der Union unterscheidet, sofern im grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und diesem Drittland Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Diese Wettbewerbsverzerrungen können unter anderem darauf zurückzuführen sein, dass in dem betreffenden Drittland ein diskriminierungsfreier Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und damit zusammenhängenden Diensten nicht gewährleistet ist.“

Diese Norm wiederum deutet darauf hin, dass die in ihr normierte Möglichkeit der Einschränkung des Netzzugangsrechts durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden muss. Lediglich dadurch wäre eine Einschränkung nichtdiskriminierend und daher zulässig. Verallgemeinert man diese Aussage und setzt sie in Kontext zu den bereits herausgearbeiteten Erkenntnissen, würde das bedeuten, dass weitere Einschränkungsmöglichkeiten, die über die in der Richtlinie normierten hinausgehen, realisierbar sind, wenn sie sich erfolgreich am Dreiklang „angemessen, nichtdiskriminierend und transparent“ messen lassen. Die Vorkonstruktion von Systemtrassen wäre demnach ebenso zulässig, wenn sie im konkreten Fall diese Voraussetzungen erfüllen würde. Absolut zwingend ist auch dieser Schluss angesichts der doch recht vagen Aussagen der Richtlinie allerdings nicht.

Eine andere Art der Einschränkung des Netzzuganges sieht **Art. 49 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1** vor:

„Sind geeignete Alternativstrecken vorhanden, so kann der Infrastrukturbetreiber nach Konsultation der Beteiligten bestimmte Fahrwege für die Nutzung durch bestimmte Arten von Verkehrsdiensten ausweisen.“

Anders als in den bereits vorgestellten Fällen eröffnet die Norm hier nicht den Mitgliedstaaten, sondern den Infrastrukturbetreibern bzw. Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) die Möglichkeit, sich im Rahmen des Zuweisungsverfahrens die Zuweisung von Kapazität auf ausgewählten Fahrwegen zu Gunsten bestimmter Verkehrsdienste vorzubehalten. Zieht man aus der Norm abermals den Umkehrschluss, dass das dann eben nur in dem in Art. 49 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 normierten Fall möglich sein darf, würde die Zulässigkeit des D-Taktes, der eine solche Reservierung in Form von Systemtrassen gerade vorsieht, vom Vorhandensein von Alternativstrecken abhängen. Jedoch muss hier berücksichtigt werden, dass die Vorkonstruktion von Systemtrassen, wie sie der D-Takt erfordert, dem Zuweisungsverfahren, auf das Art. 49 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 abzielt, vorgeschaltet ist. Die Norm hat demnach einen anderen Anwendungsbereich, der zudem auch nach der Einführung des D-Taktes erhalten bleiben würde: Auch danach werden Alternativstrecken noch gebraucht werden, jedenfalls während einer Übergangsphase. Langfristig zielt die Einführung des D-Taktes jedoch darauf ab, ausreichend Fahrwegkapazität zur Verfügung zu stellen. Die Norm wird demnach einen großen Teil ihres Anwendungsbereiches einbüßen. Das stellt jedoch kein juristisches Problem dar: Das Koordinierungsverfahren besteht nicht um seiner selbst willen. Das Ausbleiben der Überlastung stellt daher (natürlich) kein unionsrechtliches Problem dar.

Aus demselben Grund kann auch **Art. 49 Abs. 2 UAbs. 2** („Eine derartige Nutzungsbeschränkung darf andere Verkehrsarten nicht von der Nutzung der betreffenden Fahrwege

ausschließen, sofern Fahrwegkapazität verfügbar ist.“) nicht als Beleg gegen die Zulässigkeit des D-Taktes gewertet werden. Die Möglichkeit des Ausschlusses bestimmter Verkehrsarten bei begrenzter Fahrwegkapazität wird zudem mit der Einführung des D-Taktes an Bedeutung verlieren, da dieser gerade darauf abzielt, ausreichend Fahrwegkapazität zur Verfügung zu stellen. Der Bedeutungsverlust der Norm spricht dabei jedoch ebenso wenig wie zuvor UAbs. 1 gegen die Zulässigkeit des D-Taktes: Das Koordinierungsverfahren existiert nicht um seiner selbst willen; gibt es keine oder weniger Zuweisungskonflikte, ist das aus rechtlicher Sicht (natürlich) ebenfalls kein Problem.

VI. Das Recht der EIU auf eine „staatsferne“ Vergabe von Schienenwegkapazität und ihre sonstige Stellung

Die Vorkonstruktion der Systemtrassen soll nach den Planungen zum D-Takt durch die EIU geschehen. Dennoch wird der Staat durch den Zielfahrplan sowie die KNK und KNP erheblichen Einfluss auf die konkrete Gestaltung der Systemtrassen nehmen. Das könnte den Vorgaben der Richtlinie zur Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege entgegenstehen, die bereits die EW 53 und 54 betonen.

EW 53 lautet dabei:

„Es ist wichtig, den Infrastrukturbetreibern bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität größtmögliche Flexibilität zu bieten, doch sollte dies mit der Erfüllung der angemessenen Anforderungen der Antragsteller vereinbar sein.“

EW 54 ergänzt dann noch:

„Bei der Zuweisung von Fahrwegkapazitäten sollte vermieden werden, dass die Entwicklung der Geschäftstätigkeit anderer Unternehmen, die über Rechte zur Fahrwegnutzung verfügen oder solche Rechte erwerben wollen, unnötigen Zwängen unterworfen wird.“

Im Endeffekt stehen beide EW insoweit aber nicht entgegen, da die Konstruktion der Systemtrassen der Trassenvergabe vorgeschaltet ist und das EIU bzw. der Betreiber der Schienenwege auch weiterhin flexibel bei der Zuweisung der einzelnen Trassen an die jeweiligen Zugangsberechtigten ist.

Art. 39 Abs. 1 stellt dazu darüber hinaus konkretisierend fest:

„Die Mitgliedstaaten können eine Rahmenregelung für die Zuweisung von Fahrwegkapazität schaffen, sofern dabei die Unabhängigkeit der Geschäftsführung gemäß Artikel 4 gewahrt wird. Es werden spezifische Regeln für die Zuweisung von Fahrwegkapazität aufgestellt. Der Infrastrukturbetreiber führt die Verfahren zur Zuweisung von Fahrwegkapazität durch. Insbesondere gewährleistet der Infrastrukturbetreiber, dass die Fahrwegkapazität gerecht und nichtdiskriminierend unter Einhaltung des Unionsrechts zugewiesen wird.“

Diese Norm bestätigt, dass nach dem Willen des Richtliniengebers allein die Zuweisung der Trassen, d. h. ihre „Vergabe“ im nichtjuristischen Sinn, staatsfern erfolgen muss. Die Vorkonstruktion von Systemtrassen ist ihrer Zuweisung jedoch vorgeschaltet. Hierzu äußert sich Art. 39 Abs. 1 demzufolge gar nicht.

In **EW 61** befasst sich die Richtlinie weiter mit der besonderen Stellung der EIU:

„Angesichts ihrer Monopolstellung sollten die Infrastrukturbetreiber verpflichtet werden, die verfügbare Fahrwegkapazität und Methoden zu ihrer Erhöhung zu prüfen, wenn die

Anforderungen der Nutzer im Rahmen des Kapazitätszuweisungsverfahrens nicht erfüllt werden können.“

Zwar nennt die Richtlinie die Vorkonstruktion von Systemtrassen nicht ausdrücklich; jedoch ist sie eben eine Methode zur Erhöhung der verfügbaren Fahrwegkapazität und daher auch insoweit mit dem Unionsrecht vereinbar.

VII. Das Phänomen der Rahmenverträge

Bereits an mehreren Stellen des Gutachtens wurde darauf eingegangen, dass das „Schweigen“ der Richtlinie zur Vorkonstruktion von Systemtrassen nicht ihre unionsrechtliche Unzulässigkeit zur Folge hat. Im Folgenden soll nun geprüft werden, ob die Rahmenverträge als normiertes unionsrechtliches Regelungsregime die Vorkonstruktion von Systemtrassen als weiteres Instrument der Trassenplanung ausschließen oder verdrängen.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass beide Instrumente – Rahmenverträge und die Vorkonstruktion von Systemtrassen – unterschiedliche Ziele verfolgen (hierzu sogleich im Einzelnen). Zugleich zeugt die Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenverträgen von einem für die EU aner kennenswerten Bedürfnis der EVU nach Planungssicherheit.

So lautet **Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2**:

„Der Rahmenvertrag darf keine Zugtrassen im Einzelnen regeln, muss aber so gestaltet sein, dass er den legitimen kommerziellen Erfordernissen des Antragstellers entspricht.“²⁷

Anders als die Vorkonstruktion von Systemtrassen haben die Rahmenverträge demnach nicht einzelne Trassen im Blick; ihr Regelungsgegenstand unterscheidet sich also. Daher kann aus der unionsrechtlichen Anerkennung und Regelung von Rahmenverträgen keine allgemeine Aussage gegen die Zulässigkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen hergeleitet werden. Eine „Verdrängung“ findet schon auf Grund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche nicht statt. Dennoch weisen beide eine gewisse inhaltliche Nähe auf. Hierzu finden sich Hinweise in **Art. 40 Abs. 1 UAbs. 1**:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Infrastrukturbetreiber im Interesse einer effizienten Schaffung und Zuweisung von netzübergreifender Fahrwegkapazität im Eisenbahnsystem in der Union zusammenarbeiten, auch bei Rahmenverträgen gemäß Artikel 42. Die Infrastrukturbetreiber schaffen die dafür erforderlichen Verfahren gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie und richten die entsprechenden netzübergreifenden Zugtrassen ein.“

Auch im Kontext der Rahmenverträge kennt die Richtlinie folglich eine gewisse Art von „Vorkonstruktion“ von Trassen („richten die entsprechenden netzübergreifenden Zugtrassen ein“). Die Schlussfolgerung, dass der freie Netzzugang i. S. der Richtlinie keine vorgefertigten Trassen zulasse, da diese ausschließlich Gegenstand von Rahmenverträgen sein können und in diesen Rahmenverträgen lediglich die Reservierung von Zeitrahmen hinsichtlich der Trassen unionsrechtlich zulässig sei, ist daher nicht zutreffend, jedenfalls aber nicht zwingend. Art. 40 Abs. 1 UAbs. 1 legt eher den umgekehrten Schluss nahe, dass

²⁷ S. auch EW 6 zur Durchführungsverordnung (EU) 2016/545: „In Rahmenverträgen sollte keine bestimmte Zugtrasse geregelt, sondern ein Zeitrahmen vorgegeben werden, der eine hinreichende Flexibilität bis zur jährlichen Planung der Zugtrassen ermöglicht. Ebenso können bei Schienenverkehrsdiensten unterschiedliche Anforderungen in Bezug auf den genauen Zeitpunkt des Dienstes bestehen, was sich in der Dimensionierung der Zeitrahmen widerspiegeln sollte.“

vorgefertigte Trassen als geeignete Vorstufe für die Praktikabilität von Rahmenverträgen anerkannt werden.

Weiter normiert **Art. 42 Abs. 2**:

„Rahmenverträge dürfen die Nutzung des betreffenden Schienennetzes durch andere Antragsteller oder Verkehrsdienste nicht ausschließen.“

Ebenso wenig kann hieraus auf eine allgemeine „Absage“ der Richtlinie an den der Vorkonstruktion von Systemtrassen eigenen Zuschnitt von Trassen auf spezifische Verkehrsdienste geschlossen werden.²⁸

In **EW 2 zur Durchführungsverordnung (EU) 2016/545** über Verfahren und Kriterien in Bezug auf Rahmenverträge für die Zuweisung von Fahrwegkapazität, der das Vorfeld des Abschlusses von Rahmenverträgen im Blick hat, wird allerdings auf den potenziellen Konflikt zwischen vorkonstruierten Trassen und den Rahmenverträgen ausdrücklich eingegangen. Dort heißt es:

„Die Infrastrukturbetreiber haben Kapazitätsreserven für das jährliche Verfahren zur Netzfahrplanerstellung vorzuhalten, um gemäß Artikel 14 Absatz 3 und Absatz 5 der Verordnung (EU) Nr. 913/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates im Voraus vereinbarte Zugtrassen zu organisieren. Darüber hinaus müssen sie gegebenenfalls Kapazitätsreserven für Ad-hoc-Anträge gemäß Artikel 48 Absatz 2 der Richtlinie 2012/34/EU vorhalten. Ferner sollten Rahmenverträge der jährlichen Netzfahrplanerstellung gemäß Artikel 42 der Richtlinie 2012/34/EU nicht entgegenstehen. Deshalb sollten die Infrastrukturbetreiber diese Kapazitätsreserven zumindest einplanen und diese Beschränkungen berücksichtigen, bevor sie einen Teil der verbleibenden Kapazität durch Rahmenverträge zuweisen.“

Die „im Voraus vereinbarten Zugtrassen“, auf welche die Norm abstellt, sind solche der Güterverkehrskorridore i. S. der Verordnung (EU) Nr. 913/2010. Welche Schlüsse können daraus aber für die generelle Vorkonstruktion von Systemtrassen gezogen werden? Zum einen könnte abermals gefolgert werden, dass die Normierung in diesem konkreten Fall bedeutet, dass die Richtlinie die Vorkonstruktion von Trassen ausschließlich in der normierten speziellen Konstellation zulässt. Ein ähnlich gelagerter Sachverhalt – wie etwa die Vorkonstruktion von Systemtrassen im Rahmen des D-Taktes – wäre demnach unzulässig, da sie vom Richtlinien- bzw. Ordnungsgeber nicht vorgesehen worden ist. Dass dieser Umkehrschluss wenig überzeugt, wurde jedoch bereits an mehreren anderen Stellen des Gutachtens dargelegt. Diese Ausführungen gelten auch für den vorliegenden Aspekt. Dennoch unterscheidet sich die Aussage im EW 2 zur Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 von den bereits vorgestellten Fällen: In ihm kommt nämlich der potenzielle Konflikt zwischen den vorkonstruierten Trassen der Güterverkehrskorridore mit den durch Rahmenverträge gesicherten Kapazitätsbandbreiten zum Ausdruck. Der Ordnungsgeber sah sich dort offenbar genötigt, drohende Zuweisungskonflikte zu lösen. Fraglich ist demnach, ob auch im Fall des D-Taktes vergleichbare Konflikte zu erwarten sind, die einer Lösung durch den Richtlinien- bzw. Ordnungsgeber bedürfen. Obwohl es in beiden Fällen um die Vorkonstruktion von Trassen geht, unterscheiden sie sich dennoch in einem erheblichen Punkt: Im Fall der Einführung des D-Taktes und damit der Vorkonstruktion von Systemtrassen ist noch unklar, ob es überhaupt weiter Raum bzw. Bedarf für den Abschluss von Rahmenverträgen geben wird, während der Konflikt im geregelten

²⁸ Bereits vorgestellt wurde die Argumentation zu Art. 38 Abs. 2 UAbs. 1 und UAbs. 2; s. dazu unter A. IV.

Fall offen zutage tritt.²⁹ Das ist aus rechtlicher Sicht aber nicht weiter relevant: Bei den Rahmenverträgen handelt es sich um eines der unionsrechtlich vorgesehenen Instrumente, deren Inanspruchnahme den Akteuren freigestellt ist. Besteht mangels Konfliktes kein Bedarf, bzw. gibt einer der Akteure, wie etwa die DB Netz AG, seine Bereitschaft zum Abschluss von Rahmenverträgen auf, ist das aus der Sicht des Unionsrechts (natürlich) kein Problem.

Weiter könnte jedoch **Art. 12 Nr. 1 lit. b) Durchführungsverordnung (EU) 2016/545** Auskunft über die Vergleichbarkeit beider Fälle geben:

„Bei netzübergreifenden Verkehrsdiensten im Eisenbahnsystem der Union stellen die betroffenen Infrastrukturbetreiber so weit wie möglich sicher, [...] dass bei der Trassenplanung die einzelnen Zugtrassen aufeinander abgestimmt werden.“

Die Formulierung lässt zunächst aufhorchen. Auch bei der Vorkonstruktion von Systemtrassen werden schließlich „Zugtrassen aufeinander abgestimmt“. Jedoch bezieht sich die Norm nicht auf die dem Zuweisungsverfahren vorgeschaltete Vorkonstruktion von Systemtrassen, sondern eben auf die Koordinierung von Konflikten bei der Trassenanmeldung im Zuge des Zuweisungsverfahrens. Der Norm kann demnach keine Aussage über die Zulässigkeit vorkonstruierter Systemtrassen entnommen werden.

VIII. Das Zuweisungs- und Koordinierungsverfahren

Bereits an mehreren Stellen dieses Gutachtens, zuletzt im vorherigen Absatz, kam die Frage auf, inwiefern aus den unionsrechtlichen Normen zum Zuweisungsverfahren (Umkehr-)Schlüsse hinsichtlich der Zulässigkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen gezogen werden können. Jedenfalls ist diesbezüglich festzuhalten: Auch nach der Einführung des D-Taktes wird es ein Zuweisungs- und Koordinierungsverfahren geben; nicht alle Konflikte werden durch die Vorkonstruktion von Systemtrassen gelöst werden können.

1. Allgemeine Regelungen zum Zuweisungs- und Koordinierungsverfahren

Am Beispiel des **Art. 45 Abs. 2** soll (noch einmal) dargestellt werden, warum aus der bloßen unionsrechtlichen Normierung des Zuweisungs- und Koordinierungsverfahrens nicht auf die Unzulässigkeit einer „vorgeschalteten“ Trassenkonstruktion, wie sie auch der D-Takt vorsieht, geschlossen werden kann. Die betreffende Norm lautet:

„Der Infrastrukturbetreiber darf lediglich in den in Artikel 47 und Artikel 49 geregelten Fällen speziellen Verkehrsarten im Netzfahrplanerstellungs- und Koordinierungsverfahren Vorrang einräumen.“

Aus dieser Vorschrift folgt jedoch nicht, dass *generell* Trassen für bestimmte Verkehrsarten nur dann reservierbar sind, wenn Fahrwege für überlastet erklärt sind oder es sich um

²⁹ So gibt es seit der letzten Gesetzesnovelle den neuen § 49 Abs. 4a ERegG gerade zu den Rahmenverträgen im Kontext der D-Takt-Erprobungsklausel in § 52a ERegG. Ungewiss ist, ob das Instrument nur für eine Übergangsphase relevant bzw. gedacht ist. Die DB AG hat im Vorfeld dieses Gutachtens geäußert, es werde aus ihrer Sicht bei der Einführung des D-Taktes so genannte Kapazitätsrahmenverträge geben, also Rahmenverträge i. S. des § 49 ERegG, die als zentrale Instrumente des D-Taktes verwendet würden. Diese Kapazitätsrahmenverträge wären nach der Vorstellung der DB zeitlich bereits zwischen dem Netznutzungskonzept und dem Netznutzungsplan angesiedelt und nicht erst zwischen Letzterem und den tatsächlichen Trassenbestellungen. Aus dem Netznutzungskonzept und den Kapazitätsrahmenverträgen würde dann der Netznutzungsplan entwickelt, aus dem sich dann wiederum zuletzt der Netzfahrplan inklusive Reserven ergäbe.

besondere Fahrwege handelt. Stattdessen *beschränkt* die Norm ihren Anwendungsbereich ausdrücklich *auf das Netzfahrplanerstellungs- und Koordinierungsverfahren* und damit in zeitlicher Hinsicht auf die der Vorkonstruktion von Systemtrassen nachgelagerten Phase des Zuweisungsverfahrens. Eine darüberhinausgehende Aussage ist der Norm demgegenüber gerade nicht zu entnehmen.

Auch aus **Art. 45 Abs. 1** kann keine „Absage“ der Richtlinie an die Vorkonstruktion von Systemtrassen gefolgert werden:³⁰

„Der Infrastrukturbetreiber bemüht sich, so weit wie möglich allen Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität, einschließlich Anträgen auf netzübergreifenden Zugtrassen, stattzugeben und allen Sachzwängen, denen die Antragsteller unterliegen, einschließlich der wirtschaftlichen Auswirkungen auf ihr Geschäft, so weit wie möglich Rechnung zu tragen.“

Auch an dieser Stelle äußert sich die Richtlinie ausschließlich zum Zuweisungsverfahren und nicht zu der ihm vorgeschalteten Vorkonstruktion von Systemtrassen. Zudem sollen bzw. können sich die EIU auch nach der Einführung des D-Taktes i. S. des Art. 45 Abs. 1 „bemühen“, soweit wie möglich allen Anträgen stattzugeben; die Norm wird also keineswegs ihren Anwendungsbereich völlig verlieren.

Manche Normen in diesem Kontext, die ebenso das Zuweisungs- und Koordinierungsverfahren betreffen, könnten jedoch einen Aussagegehalt aufweisen, der über die bereits bekannte Diskussion hinausgeht. So normiert insbesondere **Art. 45 Abs. 4**:

„Die Vorrangkriterien haben dem gesellschaftlichen Nutzen eines Verkehrsdienstes gegenüber anderen Verkehrsdiensten, die hierdurch von der Fahrwegnutzung ausgeschlossen werden, Rechnung zu tragen. Die Mitgliedstaaten können in diesem Rahmen zur Sicherstellung angemessener Verkehrsdienste, insbesondere um gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gerecht zu werden oder um die Entwicklung des inländischen und grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs zu fördern, unter nichtdiskriminierenden Bedingungen die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass diese Dienste bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität Vorrang erhalten.“

Der gesellschaftliche Nutzen des D-Taktes ist unbestritten; seine Sicherung durch entsprechende Vorrangkriterien zu Gunsten „D-Takt-konformer“ Verkehre wäre daher möglich.³¹ Jedoch kann daraus nicht auch schon gleichsam „automatisch“ und umgekehrt auf die Zulässigkeit der vorgelagerten Vorkonstruktion von Systemtrassen geschlossen werden.

Neben den Vorrangkriterien gibt es im Unionsrecht ausdrücklich weitere Instrumente, um einen „vorkonstruierten“ Takt zu sichern. Ein solches könnte auch **Art. 12** vorsehen. In seinem **Abs. 1 UAbs. 1** heißt es diesbezüglich:

„Unbeschadet des Artikels 11 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten gemäß den Bedingungen dieses Artikels die für den Personenverkehr auf der Schiene zuständige Behörde ermächtigen, bei den Eisenbahnunternehmen, die Personenverkehrsdienste anbieten, auf den Betrieb von Strecken, die in den Zuständigkeitsbereich dieser Behörde fallen und zwischen zwei Bahnhöfen in diesem Mitgliedstaat liegen, eine Abgabe zu erheben.“

In Abs. 2 wird dazu weiter ausgeführt:

³⁰ So jedoch ohne weitere Begründung Herr Péter Rónai von Railnet Europe bei einer Tagung der Bundesnetzagentur am 26.10.2021 in Berlin. Auch auf Nachfrage gab es allerdings keine Erläuterung dazu.

³¹ Vgl. dazu auch die neu geschaffene „Erprobungsklausel“ für den D-Takt in § 52a ERegG.

„Die Abgabe dient der Behörde als Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, die in gemäß Unionsrecht erteilten öffentlichen Dienstleistungsaufträgen festgelegt sind. Die Einnahmen aus solchen Abgaben, die als Ausgleichsleistung gezahlt werden, dürfen einen Betrag nicht übersteigen, der erforderlich ist, um die bei der Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen angefallenen Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Gewinnmarge für die Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder zum Teil zu decken.“

Die Richtlinie ermöglicht es den Mitgliedstaaten daher, Regelungen zu schaffen, welche die Bestellung von Trassen, die dem vorkonstruierten D-Takt widersprechen, finanziell pönalisieren.³² Die hieraus entstandenen Mehreinnahmen werden dabei sozusagen an das den gemeinwirtschaftlichen Verkehr erbringende EVU „weitergereicht“, das durch die Trassenbestellung ge- bzw. behindert wurde. Zudem zeugt die Norm auch nochmals davon (dazu im Übrigen schon unter IV.), dass ein unbeschränkter Netzzugangsanspruch der EVU nach dem Unionsrecht schon gar nicht besteht.

Die Nutzung von Fahrwegen durch spezifische Verkehrsdienste hat überdies auch noch **EW 55** im Blick:

„Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen müssen gegebenenfalls der Tatsache Rechnung tragen, dass verschiedene Teile des Schienennetzes möglicherweise im Hinblick auf unterschiedliche Hauptnutzer ausgelegt wurden.“

Hier könnte die Richtlinie durchaus den Bezug der Fahrplanentwicklung ausgehend von der Infrastruktur hergestellt haben. Diese Vorstellung entspricht der Idee der Vorkonstruktion der Systemtrassen im Rahmen des D-Taktes: Die Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen finden die vorkonstruierten Trassen vor und „arbeiten“ mit ihnen.

Obwohl, wie eingangs festgehalten wurde, auch nach der Einführung des D-Taktes das Koordinierungs- und Zuweisungsverfahren an sich notwendig bleiben werden, werden dennoch andere Instrumente des Unionsrecht im Kontext der Verfahren an Bedeutung verlieren bzw. sogar ihren Anwendungsbereich völlig einbüßen. Das gilt etwa für die Kapazitätsanalyse in **Art. 50**.³³ Der D-Takt zielt nach seiner „Philosophie“ gerade darauf ab, genügend Fahrwegkapazität bereitzustellen, so dass bei seinem Funktionieren keine Fahrwege mehr für überlastet erklärt werden müssen. Auch an dieser Stelle muss demnach die bereits bekannte Argumentation wiederholt werden, wonach das Koordinierungsverfahren und die Instrumente zum Umgang mit für überlastet erklärten Schienenwegen nicht um ihrer selbst willen existieren und das Ausbleiben der Überlastung von Schienenwegen (natürlich) kein unionsrechtliches Problem darstellt.

³² Die zur näheren Ausgestaltung in Art. 12 Abs. 5 vorgesehene Durchführungsverordnung gibt es bislang allerdings nicht. Nur Ungarn und Slowenien haben Art. 12 in ihr jeweiliges nationales Recht umgesetzt; die anderen Mitgliedstaaten nutzen diese Möglichkeit nicht. In diesem Kontext wäre dann auch noch die Antwort auf die Frage interessant, ob man eigentlich den Verkehr auf einer Strecke sozusagen „gemeinwirtschaftlich machen“ kann, indem man die Trassenpreise so erhöht, so dass die Bedienung der Strecke unwirtschaftlich wird.

³³ S. Art. 50 Abs. 1: „Zweck einer Kapazitätsanalyse ist die Ermittlung der Engpässe bei der Fahrwegkapazität, die verhindern, dass Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität in angemessener Weise stattgegeben werden kann, und die Darlegung von Möglichkeiten, wie zusätzlichen Anträgen stattgegeben werden kann. In der Kapazitätsanalyse werden die Gründe für Überlastungen ermittelt und mögliche kurz- und mittelfristige Abhilfemaßnahmen dargelegt.“ Überlastungen sollten bei einer immer nach dem Bedarf ausgebauten Infrastruktur (jedenfalls nach einer Anfangszeit) doch die Ausnahme sein.

2. Ad-hoc-Verkehre

Anders ist jedoch der Fall der Ad-hoc-Anträge i. S. des **Art. 48** gelagert.³⁴ Die Möglichkeit, Ad-hoc-Verkehre durchzuführen, muss auch nach der Einführung des D-Taktes weiterbestehen, wovon jedoch auch auszugehen ist.

Weiter normiert **Anhang VII Abs. 6 S. 2 Delegierter Beschluss (EU) 2017/2075** im Kontext der Ad-hoc-Verkehre:

„Der Infrastrukturbetreiber kann nur dann Änderungen hinsichtlich zugewiesener Zugtrassen vornehmen, wenn dies erforderlich ist, um alle Trassenanträge bestmöglich in Einklang zu bringen, und wenn der Antragsteller, dem die Trasse zugewiesen worden war, zustimmt.“

Es stellt sich folglich die Frage, welche Änderungen im Fall von vorkonstruierten Systemtrassen noch möglich sind. Jedoch beschäftigen sich die Umsetzungspläne zum D-Takt eingehend mit den Ad-hoc-Verkehren, so dass von deren weiterer Ermöglichung auszugehen ist. Das entspricht dann auch **EW 59** zur Richtlinie:

„Wegen der unterschiedlichen Planungszeiträume der Verkehrsarten sollte gewährleistet werden, dass Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität, die nach Abschluss der Netzfahrplanerstellung gestellt werden, stattgegeben werden kann.“

3. Flexibilität

Allgemein stellt zuletzt der schon einmal (unter VI.) erwähnte **EW 53** fest, dass es wichtig sei, *„den Infrastrukturbetreibern bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität größtmögliche Flexibilität zu bieten, doch sollte dies mit der Erfüllung der angemessenen Anforderungen der Antragsteller vereinbar sein.“* Die Richtlinie sieht demnach hier gerade die EIU und nicht die EVU gleichsam in der Pflicht, flexibel zu sein. Zwar bezieht sich der EW 53 wörtlich lediglich auf das Zuweisungsverfahren, dem die im Rahmen dieses Gutachtens zu prüfende Vorkonstruktion von Systemtrassen vorgeschaltet ist. Der Grundgedanke des EW kann jedoch auch in sinnvoller Weise auf den D-Takt übertragen werden: In seinem Rahmen konstruieren die EIU „ihre“ Trassen selbst vor, wodurch sich ihre Flexibilität erhöht; das Bedürfnis der antragstellenden EVU nach Planungssicherheit muss dabei berücksichtigt werden, was jedoch schon durch die optimale Ausnutzung der Fahrwegkapazität und damit ihre Vergrößerung zumindest teilweise erreicht wird.

³⁴ S. Art. 48: *„Der Infrastrukturbetreiber bescheidet Ad-hoc-Anträge auf Zuweisung einzelner Zugtrassen so schnell wie möglich und auf jeden Fall binnen fünf Arbeitstagen. Informationen über verfügbare Kapazitätsreserven werden allen Antragstellern, die diese Kapazität eventuell in Anspruch nehmen wollen, zur Verfügung gestellt. Die Infrastrukturbetreiber prüfen gegebenenfalls, ob es erforderlich ist, Kapazitätsreserven innerhalb des fertig erstellten Netzfahrplans vorzuhalten, um auf vorhersehbare Ad-hoc-Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität schnell reagieren zu können. Dies gilt auch bei überlasteten Fahrwegen.“*

C. Die Verordnung (EU) 913/2010³⁵

Die Einrichtung grenzüberschreitender Güterverkehrskorridore und die Vorkonstruktion von Systemtrassen weisen eine gewisse inhaltliche Nähe auf: Insbesondere erfolgen beide zeitlich vor dem Trassenzuweisungsverfahren. Das belegt **Art. 14 Abs. 3** der Verordnung:

„Auf der Grundlage der Bewertung nach Absatz 2 des vorliegenden Artikels werden durch die Betreiber der Infrastruktur des Güterverkehrskorridors im Voraus vereinbarte grenzüberschreitende Zugtrassen für Güterzüge nach dem Verfahren gemäß Artikel 15 der Richtlinie 2001/14/EG gemeinsam festgelegt und organisiert, wobei der Kapazitätsbedarf anderer Verkehrsarten – einschließlich des Personenverkehrs – anzuerkennen ist. Sie erleichtern die Reisezeiten, die Häufigkeit, die Abfahrtzeiten und die Ziele und Strecken, die für Güterverkehrsleistungen geeignet sind, mit dem Ziel, die Beförderung von Gütern durch Güterzüge in dem Güterverkehrskorridor zu fördern. Diese vorab vereinbarten Zugtrassen sind spätestens drei Monate vor Ablauf der in Anhang III der Richtlinie 2001/14/EG genannten Frist für den Eingang von Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität bekanntzugeben. Die Betreiber der Infrastruktur mehrerer Güterverkehrskorridore können sich erforderlichenfalls im Hinblick auf vorab vereinbarte grenzüberschreitende Zugtrassen, die Kapazitäten in den betreffenden Güterverkehrskorridoren bieten, untereinander abstimmen.“

Auch an dieser Stelle bieten sich zunächst wieder verschiedene Deutungsmöglichkeiten an: Zum einen könnte darin die bewusste Entscheidung des Ordnungsgebers für die Möglichkeit der Einrichtung grenzüberschreitender Güterverkehrskorridore und damit gegen die Zulässigkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen liegen. Dieser Umkehrschluss ist jedoch abermals nicht zwingend, denn aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich nicht, dass die Einrichtung grenzüberschreitender Güterverkehrskorridore die einzige zulässige Möglichkeit der vorgelagerten Trassenkonstruktion sein soll oder darf. Stattdessen hat der EU-Normgeber auf Grund des grenzüberschreitenden Sachverhaltes Regelungsbedarf gesehen.³⁶ Aus demselben Grund würde die Verordnung durch die Einführung des D-Taktes auch nicht ihren Anwendungsbereich verlieren. Sie zeugt darüber hinaus davon, dass die Vorkonstruktion von Trassen dem Unionsrecht keineswegs fremd ist und auch keinen Systembruch darstellt.

Auch aus **EW 6** könnte derselbe Umkehrschluss gezogen werden:

„Im Hinblick auf die Einrichtung grenzübergreifender Güterverkehrskorridore für ein europäisches Schienennetz für einen wettbewerbsfähigen Güterverkehr haben die im Bereich der Schieneninfrastruktur bereits unternommenen Maßnahmen gezeigt, dass die Einrichtung grenzübergreifender Korridore, die den konkreten Erfordernissen eines oder mehrerer klar definierter Segmente des Güterverkehrsmarktes entsprechen, die am besten geeignete Methode darstellt.“

Statt des Umkehrschlusses, dass daher allein die Einrichtung von Güterverkehrskorridoren unionsrechtlich zulässig sei und weitere vergleichbare Maßnahmen wie die Vorkonstruktion von Systemtrassen folglich ausgeschlossen seien, überzeugt es aus den bereits

³⁵ Normen ohne Quellen-Nennung sind auch hier solche der Verordnung (EU) 913/2010 in ihrer konsolidierten Fassung.

³⁶ Der vom Ordnungsgeber erkannte Regelungsbedarf zu Gunsten des Schutzes des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs spiegelt zudem die dem Schienengüterverkehr in der Richtlinie 2012/34/EU zugewiesene herausragende Stellung im Gesamtkontext aller Schienenverkehrsleistungen wider. So beginnt Art. 10 der Richtlinie, die zentrale Norm des Netzzugangsrechts, mit dem Anspruch der Schienengüterverkehr erbringenden EVU auf Netzzugang.

vorgestellten Gründen mehr, aus den Parallelen zwischen den normierten Güterverkehrskorridoren und der zu untersuchenden Vorkonstruktion der Systemtrassen insbesondere auch hinsichtlich ihrer positiven Effekte auf die Effektivität der Kapazitätsnutzung die grundsätzliche „Offenheit“ des Unionsrecht für weitere, seine Ziele verfolgende Instrumente zu folgern. Dafür spricht im Übrigen auch **EW 30 S. 1**:

„Ziel dieser Verordnung ist es, die Effizienz des Schienengüterverkehrs im Vergleich zu anderen Verkehrsträgern zu verbessern. Die Koordinierung zwischen den Mitgliedstaaten und den Betreibern der Infrastruktur sollte gewährleistet sein, um einen möglichst effizienten Betrieb der Güterverkehrskorridore sicherzustellen.“

In dieselbe Richtung weist sodann **EW 27 S. 2**:

„Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht diese Verordnung nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus.“

Die Verordnung trifft demnach gerade keine Aussage über die Zulässigkeit sonstiger vergleichbarer Maßnahmen wie etwa der Vorkonstruktion von Systemtrassen. Mit anderen Worten: Aus der bloßen Entscheidung des Ordnungsgebers für die Normierung der Güterverkehrskorridore ergibt sich nicht die Unzulässigkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen.

Auf Grund der Ähnlichkeiten zwischen den Güterverkehrskorridoren und den vorkonstruierten Systemtrassen lässt der Wortlaut des **EW 25** aufhorchen:

„Um einen diskriminierungsfreien Zugang zum grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr zu gewährleisten, bedarf es hinsichtlich der verschiedenen Netzabschnitte des Güterverkehrskorridors einer wirksamen Koordinierung der Kontrollorgane.“

Der Wortlaut der Norm deutet darauf hin, dass auch bei vorab zugewiesenen Trassen das Recht auf freien Netzzugang weiterhin besteht. Die Einrichtung der Güterverkehrskorridore muss sich (lediglich) im Rahmen des Trassenzuweisungsverfahrens am bekannten Dreiklang „angemessenen, nichtdiskriminierend und transparent“ aus Art. 10 Abs. 1 S. 1 Richtlinie 2012/34/EU messen lassen. Hinsichtlich der Errichtung der Güterverkehrskorridore selbst stellt die Verordnung jedoch keinen Bezug zu den drei bekannten Voraussetzungen her (s. dazu Art. 3 ff.). Gleiches könnte und sollte demnach dann auch für die Anforderungen an die Vorkonstruktion von Systemtrassen gelten.

D. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Eisenbahnrecht der Europäischen Union der Einführung eines Deutschlandtaktes nicht entgegensteht.

- Die Richtlinie 2012/34/EU ist nicht vollharmonisierend. Die von ihr zur Gewährleistung des Wettbewerbes vorgesehenen Maßnahmen sind demnach nicht die einzig zulässigen Instrumente zur Erreichung der Ziele der Richtlinie. Aus der Normierung bestimmter Maßnahmen lässt sich folglich nicht der Umkehrschluss „zu Gunsten“ der Unzulässigkeit weiterer – unionsrechtlich nicht explizit normierter – Instrumente ziehen.
- Für die Annahme der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen müssen keine positiven Belege im Unionsrecht gefunden werden. Lediglich das Vorliegen von Widersprüchen mit Normen des Unionsrecht würde ihrer Zulässigkeit entgegenstehen. Das bloße „Schweigen“ unionsrechtlicher Normen zur Vorkonstruktion von Systemtrassen rechtfertigt daher keine Zweifel an ihrer Zulässigkeit. Zwar deutet die inhaltliche Ähnlichkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen im Rahmen der Einführung des D-Taktes mit den Güterverkehrskorridoren i. S. der Verordnung (EU) 913/2010 darauf hin, dass der D-Takt hinsichtlich zu lösender (regulierungs-)rechtlicher Konflikte durchaus einen gewissen Regelungsbedarf aufweist. Ebenso zeugt davon die Diskussion um einen Europa-Takt und das angestoßene TTR-Projekt. Dieser Regelungsbedarf ist aber wegen des lediglich mindestharmonisierenden Charakters der Richtlinie bis auf weiteres von den Mitgliedstaaten zu befriedigen. Die bislang ausgebliebenen Normierung durch den Unionsrechtsgeber führt zur Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Lückenfüllung in ihren jeweiligen nationalen Rechtsquellen.³⁷
- Die Ziele der Richtlinie 2012/34/EU, ihrer Durchführungsverordnungen und der Verordnung (EU) 913/2010 entsprechen den Zielen des D-Taktes, namentlich dem Ziel der effektiven Nutzung der Fahrwegkapazität.
- Der Umfang des Anspruches der EVU auf einen „open access“ geht nicht eindeutig aus dem Unionsrecht hervor. Es enthält insofern jedenfalls keine explizite „Absage“ an die Vereinbarkeit des „open access“ mit der Vorkonstruktion von Trassen.
- Unschädlich für die unionsrechtliche Zulässigkeit des D-Taktes ist, dass manche unionsrechtlichen Normen im Fall seiner Realisierung ihren Anwendungsbereich einbüßen könnten. Das Entfallen eines faktischen Problems, namentlich desjenigen der Knappheit der Fahrwegkapazität, stellt (natürlich) keine unionsrechtswidrige Lage dar.
- Die Normen des Zuweisungs- und Koordinierungsverfahrens haben einen nur sehr eingeschränkten Aussagegehalt für die Zulässigkeit der Vorkonstruktion von Systemtrassen, da Letztere dem Zuweisungs- und Koordinierungsverfahren zeitlich und funktional vorgeschaltet ist und beide unterschiedlichen rechtlichen Regimen unterliegen.

³⁷ Für dieses Ergebnis könnten im Übrigen in einer Art „Gesamtwürdigung“ auch noch die Art. 90 ff. AEUV i. V. mit Art. 2 Abs. 2 AEUV sprechen, wonach sich die EU und die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für die Eisenbahn teilen (so Schäfer, in: Streinz [Fn. 3], Art. 90 AEUV Rn. 51) und die Mitgliedstaaten die unionsrechtlichen Normierungslücken daher selbst füllen dürfen (s. Streinz, a. a. O., Art. 2 EUV Rn. 8).

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Umwelt, Naturschutz
und nukleare Sicherheit

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages