

Dr. Friedrich Wichert
Dr. Stefan Rude¹
Katja Gnittke²
Franziska Hansmann³
Dr. Natalie Hildebrandt²

Chausseestraße 5
10115 Berlin

Tel. +49 (0) 30 288 84 83 -0
Fax +49 (0) 30 288 84 83 -10

info@wmrc.de | www.wmrc.de

¹ zugleich Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

² zugleich Fachanwältin für Vergaberecht

³ zugleich Fachanwältin für
Verwaltungsrecht

Gutachten
zur
Betriebspflicht an der „Panoramastrecke“
in der Landeshauptstadt Stuttgart
von Rechtsanwalt Dr. Stefan Rude
November 2020

Inhaltsverzeichnis

A.	Sachverhalt.....	4
I.	Ausgangspunkte.....	4
II.	Grundstückskaufvertrag	5
III.	Planfeststellungsbeschlüsse	5
1.	PFA 1.5.....	5
a)	Allgemeine Regelungen	5
b)	Zur künftigen Flughafenbindung der Gäubahn	7
c)	Zum vorübergehender Ersatzschienenverkehr.....	8
d)	Zum Status der Panoramastrecke	8
e)	Etwaige Änderungen des PFB 1.5	9
2.	PFA 1.3b	9
3.	Plangenehmigung Bahnhof Stuttgart-Vaihingen	10
4.	Weitere PFB.....	11
5.	Weitere Entwicklungen	11
B.	Fragestellungen der LHS	11
C.	Zur Rechtslage.....	11
I.	Rechtliche Rahmenbedingungen	12
1.	Eisenbahninfrastruktur	13
a)	Betriebsanlagen der Eisenbahn	13
b)	Schienenweg	13
c)	Strecke.....	13
2.	EIU und Betreiber der Schienenwege	14
3.	Unternehmensgenehmigung	15
a)	Erforderlichkeit	15
b)	Gegenstand.....	15
c)	Rücknahme, Widerruf und Einschränkung.....	15
4.	Betriebspflicht.....	16
a)	Rechtsgrundlage	16
aa)	Ausdrückliche Regelung	17
bb)	Frühere Begründung der Betriebspflicht.....	17
cc)	Betriebspflicht und Unternehmensgenehmigung.....	19
b)	Betriebspflicht und Bereitstellungspflicht	22
c)	Ende der Betriebspflicht	23
aa)	Übersicht.....	23
bb)	Befristung der Genehmigung.....	24
cc)	Stilllegung gemäß § 11 AEG.....	24
dd)	Übernahme durch Dritte	25
ee)	Sonstige Fälle	26
5.	Planfeststellung von Betriebsanlagen der Eisenbahn	26
a)	Betriebserlaubnis und -pflicht und Planfeststellung	26
b)	Rückbau und Planfeststellung	26
c)	Betriebseinstellung und Planfeststellung	27
6.	Widmung und Freistellung	28
a)	Widmung	29
b)	Freistellung	29

	c)	Funktionslosigkeit	29
II.		Zur Frage 1: Betriebspflicht an der „Panoramastrecke“	30
	1.	Eisenbahninfrastruktur „Panoramastrecke“	30
	2.	Bestehen der Betriebspflicht für die DB Netz	31
	3.	Ende der Betriebspflicht an der Panoramastrecke	31
	a)	Regelungen in der Unternehmensgenehmigung	32
	b)	Erledigung der Unternehmensgenehmigung mit Erteilung einer Unternehmensgenehmigung an einen Dritten	32
	c)	Mögliche Änderung der Unternehmensgenehmigung	33
	d)	Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung gemäß § 11 AEG	33
	e)	Entbehrlichkeit der Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung?	35
	aa)	Maßgebliche Aussagen des BVerwG	35
	bb)	Einordnung der Entscheidung für die Fragestellung	37
	cc)	Exkurs: Keine Entbehrlichkeit des Stilllegungsverfahrens	41
	f)	Planfeststellung des Rückbaus	43
	g)	Kappung der Gäubahn	43
	h)	Verkauf der Grundstücke der Panoramastrecke	44
	4.	Ergebnis zur Frage 1	44
III.		Zur Frage 2: Verpflichtungen aus der Betriebspflicht	45
	1.	Umfang der Betriebspflicht	46
	2.	Insbesondere: Bereitstellungspflicht	47
	3.	Insbesondere: Wirtschaftlichkeit des Betriebes	48
	a)	Materielle Betriebspflicht	48
	b)	Behördliche Durchsetzung der Betriebspflicht	49
	4.	Grenzen der Betriebspflicht	51
	5.	Hinweis: Erhaltungspflichten gemäß §§ 14, 14a EKrG	51
IV.		Zur Frage 3: Zur Änderungsbefugnis des Eisenbahn-Bundesamtes	52
	1.	Problematik des PFB 1.5 wegen der Kappung der Gäubahn	52
	a)	Problemstellung	52
	b)	Gebot der Problembewältigung	53
	c)	Problembewältigung im PFB 1.5	54
	d)	Ersatz als Voraussetzung für Entbehrlichkeit des Stilllegungsverfahrens	55
	2.	Änderungsbefugnis des EBA	56
	a)	Auf Antrag des Vorhabenträgers	56
	b)	Auf Antrag eines Betroffenen	56
	c)	Von Amts wegen	57
	aa)	Vorab: Vollzugskontrolle des EBA	57
	bb)	Planänderung gemäß § 76 VwVfG	58
	3.	Hinweis: Tätigkeit des EBA als Aufsichtsbehörde nach AEG	59
	a)	Aufgaben und Befugnisse des EBA (§ 5a AEG)	59
	b)	Widerruf der Unternehmensgenehmigung (§ 6g AEG)	59
D.		Literaturverzeichnis	60

A. Sachverhalt

I. Ausgangspunkte

Die Panoramastrecke ist Teil der „Gäubahn“, die als Fern- und Regionalverkehrsverbindung von der Schweiz zum Stuttgarter Hauptbahnhof („Stuttgart Hbf“) führt. Sie wird derzeit von der DB Netz AG („DB Netz“) als Eisenbahninfrastrukturunternehmen („EIU“) betrieben (DB Streckennummer 4860).

Im Zuge der Baumaßnahmen des Projekts „Stuttgart 21“ werden die Gleise der Panoramastrecke im Stuttgarter Norden dauerhaft gekappt, so dass die Züge der Gäubahn über diese Gleise keine direkte Verbindung mehr zum Hauptbahnhof haben.

Die Anbindung der Gäubahn an den Hauptbahnhof soll im Rahmen des Projekts Stuttgart 21 künftig über den Flughafen und den neuen Fildertunnel sichergestellt werden. Ursprünglich war geplant, diese Flughafenanbindung gleichzeitig mit der Inbetriebnahme des neuen Hauptbahnhofs zu realisieren. Die Unterbrechung der Gäubahn durch die Kappung der Gleise der Panoramastrecke hätte daher nur ein halbes Jahr gedauert. Für diesen Zeitraum war von der DB Netz ein Ersatzschienenweg vorgesehen.

Aus verschiedenen Gründen wird sich jedoch die Realisierung der Flughafenanbindung um mehrere Jahre verzögern. Ein Planfeststellungsbeschluss für den betreffenden Planfeststellungsabschnitt liegt bis heute nicht vor. Mit einer Fertigstellung ist voraussichtlich zwischen 2027 und 2030 zu rechnen. Diese Verzögerung führt dazu, dass die Gäubahn ebenfalls mehrere Jahre unterbrochen sein wird.

Der im Verkehrskonzept der DB Netz vorgesehene Ersatzschienenweg ist zudem nicht realisierbar. Dies bedeutet, dass die Fern- und Regionalzüge der Gäubahn bis zur Realisierung der Flughafenanbindung keine direkte Verbindung zum Stuttgarter Hbf mehr haben werden. Außerdem kann die Panoramastrecke ihre wichtige Funktion als Ausweichstrecke für die S-Bahn nicht mehr erfüllen.

Die derzeitigen Planungen der DB Netz als Betreiberin der Gäubahn gehen - soweit bekannt - dahin, die Züge aus Richtung Böblingen am neu ausgebauten Regionalhalt Vaihingen im Süden Stuttgarts enden bzw. beginnen zu lassen. Als Schienenersatzverkehr wird derzeit kommuniziert, dass die Fahrgäste (auch des Fernverkehrs) auf S-Bahnen, U-Bahnen und Busse umsteigen sollen, um zum Hauptbahnhof zu gelangen.

Um die Folgen der Unterbrechung abzumildern, will die Landeshauptstadt Stuttgart („LHS“) gemeinsam mit dem Land Baden-Württemberg und dem Verband Region Stuttgart einen weiteren Haltepunkt für die Gäubahnzüge im Bereich des Nordbahnhofs errichten. Die Gäubahnzüge sollen vom Regionalhalt

Vaihingen aus über die Panoramastrecke bis zu diesem Haltepunkt im Stuttgarter Norden weiterfahren. Derzeit wird das Ausschreibungsverfahren für die ingenieurtechnische Planung des Haltepunkts vorbereitet.

II. Grundstückskaufvertrag

Die LHS schloss bereits am 21.12.2001 mit der DB AG und der DB Netz einen Kaufvertrag („KV“) über Grundstücke ab. Davon sind auch Grundstücke der Panoramabahn betroffen, die im Kaufvertrag dem Teilgebiet D zugeordnet sind.

Ungeachtet des vereinbarten Besitzübergangs an den Grundstücken einigten sich die Beteiligten auf die weitere Nutzbarkeit der Grundstücke für den Eisenbahnbetrieb (§ 4 Abs. 2 KV i. V. m. der Nutzungsvereinbarung). Das Recht soll spätestens mit der Entwidmung der Flächen enden (§ 5 Abs. 1 KV).

In § 7 Abs. 2.6 KV ist die Freimachung der Flächen des Teilgebiets D geregelt und festgehalten, dass die Stilllegung des Bahnbetriebs der Zustimmung des EBA bedarf (§ 11 AEG).

Nach § 4 Abs. 2 der Nutzungsvereinbarung soll das Nutzungsrecht an den Flächen des Teilgebiets D (Gäubahn) enden, sobald die neuen Verkehrsanlagen im Rahmen des Verkehrsprojekts Stuttgart 21 in Betrieb genommen sind.

III. Planfeststellungsbeschlüsse

Das Projekt Stuttgart 21 wird in mehreren Abschnitten planfestgestellt (Planfeststellungsabschnitte – „PFA“). Für das Rechtsgutachten sollen nach der Aufgabenstellung nur der PFB zum PFA 1.5 sowie die Plangenehmigung zum Umbau des Bahnhofs Vaihingen von Bedeutung sein. Der PFA 1.3b ist noch nicht planfestgestellt.

Der PFB 1.5 ging noch von folgenden PFA als Teilbereiche für den Knoten Stuttgart aus:

PFA 1.1: Talquerung mit Hauptbahnhof

PFA 1.2: Fildertunnel

PFA 1.3: Flughafenbereich, Filderbahnhof und Rohrer Kurve

PFA 1.4: Filderbereich bis Wendlingen

PFA 1.5: Zuführung Feuerbach und Bad Cannstatt mit S-Bahn-Anbindung,

PFA 1.6: Zuführung Ober-/ Untertürkheim mit Abstellbahnhof (PFA 1.6a und 1.6b)

1. PFA 1.5

a) Allgemeine Regelungen

Das EBA stellte im Tenor des PFB unter A.I den Plan der DB Netz (Vorhabenträgerin) für den Umbau des Bahnknotens Stuttgart „Projekt Stuttgart

21", PFA 1.5 (Zuführung Feuerbach und Bad Cannstatt), in Stuttgart mit den in den Planunterlagen eingetragenen Änderungen nach Maßgabe der in diesem Beschluss angeführten Zusagen, Erlaubnisse und Nebenbestimmungen fest.

Gemäß § 75 Abs. 1 VwVfG, so heißt es weiter, beinhaltet die Planfeststellung auch die notwendigen Folgemaßnahmen an anderen Anlagen; neben der Planfeststellung sind andere behördliche Entscheidungen, insbesondere öffentliche rechtliche Genehmigungen, Verleihungen, Erlaubnisse, Bewilligungen, Zustimmungen und Planfeststellungen nicht erforderlich.

Das Vorhaben umfasst gemäß A.II des PFB auch die Zuführung der S-Bahn von Stuttgart Nord - Stuttgart Hbf-tief (Strecke 4805) einschließlich der für den Eisenbahnbetrieb erforderlichen Anlagen. In diesem Abschnitt entsteht ein neuer Bahnhof Mittnachtstraße.

Nach dem PFB 1.5 ist vorgesehen, zum Anschluss der neuen S-Bahnstrecke an das Bestandsnetz die Führung der Panoramastrecke im Bereich des Gleisvorfeldes zu unterbrechen. Bei Baumaßnahmen an der S-Bahnstrecke wird der Bahndamm der Panoramastrecke teilweise abgetragen, wodurch die Weiternutzung dieser Strecke unmöglich wird.

Der festgestellte Plan besteht gemäß A.III des PFB aus dieser Entscheidung, 25 Bänden Planunterlagen sowie 13 Bänden (nachrichtlich) geologischer, hydrogeologischer, geotechnischer und wasserwirtschaftlicher Fachgutachten und Stellungnahmen sowie dem Handlungskonzept Problemszenarien Wasserwirtschaft (Band 14 aus den geologischen, hydrogeologischen, geotechnischen und wasserwirtschaftlichen Fachgutachten und Stellungnahmen).

Dazu gehören u. a. die Anlage 1 (Erläuterungsbericht), die Anlage 3 (Bauwerksverzeichnis) und die Anlage 14 (Baudurchführung Verkehrsumlegung). Zur Anlage 14 heißt es in der Tabelle unter A.III „Unterlage dient nur der Information“.

Im Erläuterungsbericht der DB Netz heißt es unter 1.3.7 (Aufrechterhaltung des Bahnbetriebs während der Bauzeit):

„Es ist selbstverständlich unverzichtbar, den Betrieb von Fernbahn und S-Bahn während der Bauzeit und bis zur Inbetriebnahme von Stuttgart 21 aufrecht zu erhalten. Bei der Planung ist deshalb darauf zu achten, daß die einzelnen Bauschritte mit flankierenden, temporären Maßnahmen so unterstützt werden, daß der Bahnbetrieb nicht wesentlich gestört wird.“

Im Erläuterungsbericht (Teil III, S. 124) wird zur weitergehenden Information über den Bauablauf auf Anlage 14 verwiesen.

Im Bauwerksverzeichnis zum PFB 1.5 (Anlage 3) ist unter der lfd. Nr. 5.1206 der Rückbau vorhandener Gleisanlagen zum Baufeldfreimachung vermerkt (*Gleise der Gäubahnstrecke 4860 Stuttgart Vaihingen bis Stuttgart Hauptbahnhof und Gleise der S-Bahnstrecke 4801 Stuttgart Nord bis Stuttgart Hauptbahnhof ab ca. Stadt 2.7 + 50.0 bis Stadt 2.3 + 50.0 inklusive der Weichen*).

Als bisheriger Eigentümer und Unterhaltungspflichtiger ist dort die DB Netz vermerkt. Eine künftige Unterhaltungspflicht ist insoweit nicht benannt.

b) Zur künftigen Flughafenanbindung der Gäubahn

Soweit ersichtlich, ist die künftige Flughafenanbindung im verfügenden Teil des PFB 1.5 nicht ausdrücklich berücksichtigt bzw. nicht Gegenstand einer besonderen Regelung.

In der Begründung zum PFB 1.5 wird auf S. 152 zum Bahnprojekt Stuttgart dargestellt:

„In die Planung einbezogen ist die Anbindung des Stuttgarter Flughafens an das Fernverkehrsnetz der DB Netz AG. Die bestehende unterirdische S-Bahnstation „Flughafen“ wird umgebaut. An dieser Station werden dann künftig neben den S-Bahnen auch die Regional- und Fernzüge der Gäubahn von und nach Horb - Singen - Zürich halten. Als „Station Terminalbereich“ ist sie Teil des „Filderbahnhofs/Flughafen“. Zwischen Oberaichen und Dürrelewang werden die Gäubahn und die Filderbahn durch die „Rohrer Kurve“ miteinander verbunden (Bestandteil des PFA 1.3). Züge aus Richtung Singen können so unmittelbar den Flughafen Stuttgart anfahren.“

Die Bildung einzelner PFA zur Problembewältigung im Gesamtprojekt wird u. a. auf S. 194 ff. gerechtfertigt.

Unter anderem wird der PFA 1.3 beschrieben:

„PFA 1.3 – Flughafenbereich, Filderbahnhof (NBS), Flughafentunnel, Rohrer Kurve. Dieser Abschnitt umfasst die autobahnparallele Trassenführung der Neubaustrecke vom Echterdinger Ei bis zum Bereich Plieningen/Scharnhausen und den gesamten Bereich des neu entstehenden Filderbahnhofs/Flughafen einschließlich der Verbindung zwischen Gäubahn und Filderbahn (Rohrer Kurve).“

Weiter heißt es:

„Durch die geplante unmittelbare zeitliche Folge der einzelnen Planfeststellungsabschnitte ist eine Gesamtbeurteilung des komplexen Vorhabens gewährleistet und der Zusammenhang gewahrt.“

Auf S. 233 wird ausgeführt:

„Da die Gäubahn nach dem der Planung zugrunde liegenden Verkehrskonzept zwischen Stuttgart-Vaihingen und Stuttgart-Hauptbahnhof nicht mehr erforderlich ist, wäre es unwirtschaftlich, sie nur für den Störfall mit hohem Unterhaltungsaufwand weiter betriebsfähig zu halten.

Die Vorhabenträgerin hat ihre Überlegungen zur Gäubahnführung im Erläuterungsbericht Teil II, S. 146 bis S. 151 dargestellt und begründet. Hierauf wird verwiesen. Die Planfeststellungsbehörde schließt sich den Überlegungen der Vorhabenträgerin an.“

c) Zum vorübergehender Ersatzschienenverkehr

Auch der vorübergehende Ersatzschienenverkehr ist nicht Gegenstand einer besonderen Regelung im verfügenden Teil des PFB 1.5. Der Bauablauf wird im Erläuterungsbericht dargestellt, der wiederum auf Anlage 14 verweist.

Die Unterbrechung der Gäubahn soll gemäß Anlage 14.1 (Ziff. 14.1.2.3.5) zum PFB wie folgt überbrückt werden:

„Voraussetzung für diesen Bauablauf ist, dass die Gäubahnstrecke stillgelegt werden muss, d. h.:

- dass die Regional Expresszüge während der Baudurchführung für den S-Bahn-Anschluss der Gäubahn bereits in Stuttgart-Vaihingen enden, mit optimalen Umsteigemöglichkeiten zur S-Bahn,*
- die Fernzüge (ICE/D) ab Böblingen über Renningen zum Bahnhof Stuttgart Hbf geführt werden.*

Diese Betriebsweise muss mindestens vier Monate vor Inbetriebnahme des neuen Bahnhof Stuttgart Hauptbahnhof eingerichtet werden.“

d) Zum Status der Panoramastrecke

Ausdrückliche Regelungen zur Betriebspflicht der DB Netz oder zum eisenbahnrechtlichen Status der Panoramastrecke sind dem PFB 1.5 nicht zu entnehmen. Die Panoramastrecke wird aber in der Begründung des PFB erwähnt:

„Auch der Einwand, dass die Gäubahngleise mit der Antragslösung nicht weiterhin für den S-Bahn-Ersatzverkehr nutzbar seien, kann hier nicht durchgreifen. Zwar werden diese Gleise nicht mehr für den Fernverkehr benötigt. Die Landeshauptstadt Stuttgart hat die Freihaltung der Trasse deshalb dem Rahmenplan für das Städtebauprojekt Stuttgart 21 zugrunde gelegt und die Trasse unter dieser Prämisse bereits erworben. Sollte sich jedoch ein Bedarf für den

Erhalt der Gleise ergeben, können diese dennoch auch weiterhin erhalten und betrieben werden. Dies ist im Verfahren für den Rückbau der Gleise zu prüfen und nicht Gegenstand des vorliegenden Planfeststellungsverfahrens. Für den S-Bahn-Ersatzverkehr sind sie nicht erforderlich (siehe oben).“ (S. 234)

Auf S. 268 heißt es:

„Vom Verband Region Stuttgart (EW-Nr. 02) wurde gefordert, die Gäubahntrasse nach ihrer im Bereich der S-Bahn-Anbindung Nord bauzeitlich geplanten Nutzung für eine provisorische S-Bahntrasse und als Baustraße wieder in einen betriebsfähigen Zustand zu versetzen. Um die S-Bahn-Anbindung Stuttgart Nord bauen zu können, muss die Gäubahnstrecke stillgelegt und der Bahndamm der Gäubahn im Bereich des S-Bahn-Baufelds zum Teil abgetragen werden. Dies ist nötig, um während der Bauzeit provisorische S-Bahngleise zur Aufrechterhaltung des S-Bahn-Verkehrs einrichten zu können. Das Verkehrskonzept von Stuttgart 21 sieht für die Gäubahntrasse von Stuttgart-Hauptbahnhof bis Stuttgart-Vaihingen keinen Eisenbahnverkehr mehr vor. Eine Anbindung der Gäubahntrasse an die neuen S-Bahngleise ist daher nicht erforderlich und auch nicht geplant. Der Plansatz 4.1.2.13 (Z) des Regionalplans sichert den Erhalt der Gäubahntrasse. Ein Rückbau der Gäubahntrasse ist nicht Gegenstand der Planfeststellung und von der Vorhabenträgerin nicht vorgesehen. Allerdings wird durch den S-Bahn-Umbau die bisherige Verbindung abgetrennt. Eine Anbindung an die neuen S-Bahngleise zwischen Stuttgart-Hauptbahnhof und Stuttgart-Nord bleibt möglich. Auch die im Regionalplan im selben Plansatz geforderten Optionen Nordkreuz Stuttgart einschließlich T-Spange bleiben weiterhin möglich. Sollte ggf. ein anderer Verkehrsträger den (S-Bahn-)Verkehr auf der Gäubahntrasse wieder aufnehmen oder das Nordkreuz verwirklichen wollen, so wäre vor dem Bau einer neuen Anbindung des Gäubahnviadukts an die S-Bahn auf jeden Fall ein entsprechendes Genehmigungsverfahren durchzuführen.“

e) Etwaige Änderungen des PFB 1.5

Für das Gutachten legen wir zu Grunde, dass zur Kappung der „Gäubahn“ im Bereich des PFA 1.5 ausschließlich Regelungen im Beschluss vom 13.06.2006 (inklusive Anlagen) getroffen wurden. Es wird unterstellt, dass sich durch die weiteren Planänderungen im PFA 1.5 keine für die Prüfung relevanten Abweichungen ergeben haben.

2. PFA 1.3b

Die DB Netz beantragte am 04.10.2002 beim EBA das Planfeststellungsverfahren für den zum damaligen Zeitpunkt noch ungeteilten PFA 1.3, betreffend den

„Filderbereich mit Flughafenbindung unter Einbeziehung der Verlegung der L 1204 (Südumgehung Plieningen)“.

Mit Schreiben vom 03.06.2015 beantragte die DB Netz beim EBA die Änderung des PFA 1.3 dahingehend, dass das anhängige Planfeststellungsverfahren zum PFA 1.3 in zwei Teilabschnitte, den PFA 1.3a und einen PFA 1.3b, geteilt werden und zunächst nur hinsichtlich des PFA 1.3a fortgesetzt werden, während der Teilabschnitt PFA 1.3b zurückgestellt werden soll. Blicke der PFA 1.3 ungeteilt, so die Begründung, würde dies zu nicht vertretbaren Verzögerungen beim Lückenschluss der NBS zwischen dem Fildertunnel und der Fortführung in Richtung Wendlingen führen, obwohl die neuen planerischen Überlegungen allein die Gäubahnführung betreffen. Die neuen Teilbereiche des bisherigen PFA 1.3 stellten taugliche Abschnitte im Sinne der fachplanerischen Abschnittsbildung dar, die Abschnittsbildung beruhe nicht auf willkürlichen oder ansonsten nicht tragfähigen Überlegungen. Zugleich reichte die DB Netz angepasste Antragsunterlagen ein. Das EBA teilte mit Schreiben vom 04.08.2015 mit, dass keine Bedenken gegen die Aufspaltung bestünden und das Verfahren bezogen auf den PFA 1.3a fortgesetzt werde. Den Antrag auf Planfeststellung zum PFA 1.3b nahm die DB Netz mit Schreiben vom 29.07.2015 zunächst zurück.

Das Planfeststellungsverfahren zum PFA 1.3b wurde mit verändertem Planungsstand vom 15.03.2017 wieder aufgenommen.

Im Erläuterungsbericht (Planungsstand 15.03.2017) wird in Teil II im Rahmen der Variantenprüfung im Regionalbereich Filder (Nr. 4.4 S. 124 ff) die künftige Führung der "Gäubahn" beschrieben. Zum Umstand der frühen Unterbrechung im Rahmen der Herstellung der S-Bahn wird auf Seite 125 ausgeführt:

„Gleichzeitig wird die Rampe im Bereich des Gäubahnviadukts abgebaut, um Platz für die neuen S-Bahn-Gleise vom Nordbahnhof zum Bahnhof Mittnachstraße zu schaffen (Abbildung 35). Die direkte Anbindung der Gäubahn an die Strecke Richtung Feuerbach und Zuffenhausen bleibt erhalten.“

3. Plangenehmigung Bahnhof Stuttgart-Vaihingen

Ein weiterer Beschluss des EBA (Plangenehmigung vom 22.01.2019) betrifft den Ausbau des Bahnhofs Vaihingen. Vorhabenträgerin ist die DB Station & Service AG (nachfolgend „DB StuS“).

Im Rahmen der Planrechtfertigung (B.4.1 S. 17 ff) wird ausgeführt, welche Rolle der Bahnhof Vaihingen während der Kappung der „Gäubahn“ spielen soll:

„2. Betrieb des erweiterten Bahnhof Stuttgart-Vaihingen und Kappung der Gäubahn im Bereich Stuttgart-Nord/Mittnachstraße:

Für die Herstellung der S-Bahnanbindung im Bereich Mitnachtstraße (Teilprojekt von Stuttgart 21) ist die Kappung der Gäubahn in diesem Bereich erforderlich. Aus betrieblicher Sicht besteht unter Beachtung der weiteren Verkehre keine Möglichkeit, die Züge der Gäubahn während dieser Bauphase auf einem anderen Weg von/nach Stuttgart Hbf. umzuleiten. Es liegt im Interesse des Landes, aber auch der DB Fernverkehr AG, dass die Züge der Gäubahn im Sinne der Fahrgäste zumindest bis Stuttgart-Vaihingen befahren und dort enden/beginnen und nicht z. B. bereits in Böblingen. ..."

4. Weitere PFB

Mit Ausnahme der oben genannten Antragsunterlagen zum PFA 1.3b und dem Beschluss zum Bahnhof Vaihingen sind keine weiteren Planfeststellungsunterlagen im Rahmen des Gutachtens zu berücksichtigen.

5. Weitere Entwicklungen

Es ist nach Ansicht der LHS zu erwarten, dass sich die Fertigstellung des PFA 1.3b um mehrere Jahre verzögert. Der Zeitraum zwischen der Unterbrechung des Streckenabschnitts zwischen Stuttgart und Böblingen und dessen Ersatz über den Flughafen und den Fildertunnel verlängert sich dadurch von ca. sechs Monate auf mehrere Jahre. Es ist davon auszugehen, dass die Verbindung über den PFA 1.3b erst Jahre nach der Inbetriebnahme des Tiefbahnhofs Stuttgart erfolgt.

Die DB Netz gab bekannt, dass eine Ersatzführung der Gäubahnstrecke über die S-60 Strecke (Böblingen-Renningen-Stuttgart) wohl generell nicht möglich sei.

B. Fragestellungen der LHS

Das Rechtsgutachten soll folgende Fragen der LHS beantworten:

1. Entfällt die Betriebspflicht der DB Netz für die Panoramastrecke in dem Abschnitt zwischen Böblingen – Goldberg und Streckenübergang 4803/4860 im mehrjährigen Zeitraum zwischen Kappung der Gleise der Panoramabahn (vsl. Sommer 2025) und Fertigstellung der Flughafenbindung (vsl. 2027 bis 2030)?
2. Falls nein: Welche Verpflichtungen ergeben sich für die DB Netz aus der fortbestehenden Betriebspflicht (insbesondere hinsichtlich der Zur-Verfügung-Stellung der Trasse für Eisenbahnverkehrsunternehmen)?
3. Ist das Eisenbahnbundesamt berechtigt, den die Kappung der Gleise betreffenden Planfeststellungsbeschluss angesichts der Verzögerung der Flughafenbindung und dem Wegfall des Ersatzschienenwegs von Amts wegen abzuändern?

C. Zur Rechtslage

Bevor auf die Betriebspflicht an der Panoramastrecke und damit zuhängende Fragen eingegangen wird (II.-IV.), sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen und wichtige Begriffe geklärt werden (I.).

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

Den weiteren Ausführungen liegt – soweit nicht anders gekennzeichnet – das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439) zu Grunde, das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 08.08.2020 (BGBl. I S. 1795) geändert worden ist.

Von Bedeutung ist ferner das Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) vom 29.08.2016 (BGBl. I S. 2082), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 29.06.2020 (BGBl. I S. 1531) geändert worden ist.

Die Bundesregierung hat am 04.09.2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Investitionen in den Bundestag eingebracht, das auch Änderungen im AEG vorsieht (BT-Drs. 19/22139; siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 18.09.2020 BR-Drs. 456/20(B)). Damit soll u. a. der Begriff der Unterhaltung gesetzlich definiert werden (§ 2 Abs. 7f neu AEG).

Das BMVI hat überdies den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften im Eisenbahnbereich mit Stand vom 14.06.2019 vorgelegt. Das Gesetz dient überwiegend der Rechtsbereinigung in eisenbahnrechtlichen Gesetzen (deshalb Eisenbahnrechtsbereinigungsgesetz – EbRBerG).

Da ungewiss ist, ob und wann diese Änderungsgesetze in Kraft treten, werden sie nicht weiter berücksichtigt, es sei denn, die Entwürfe können beim Verständnis der geltenden Vorschriften helfen.

Bei den Begrifflichkeiten ist zu beachten, dass selbst im AEG die Begriffe nicht vollständig konsistent verwendet werden und zudem das aus dem AEG herausgelöste Regulierungsrecht im ERegG wiederum andere Bedeutungen kennt (vgl. etwa Otte, in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, § 2 Rn. 35 ff., zum Begriff der Eisenbahninfrastruktur; vgl. zur Betriebspflicht bereits Kramer IR 2004, 106).

Da sich das Rechtsgutachten vorwiegend mit Rechtsfragen des AEG befasst, wird dessen Begrifflichkeit verwendet (siehe auch Verweis in § 1 Abs. 4 ERegG).

Im vorliegenden Zusammenhang ist zunächst die Eisenbahninfrastruktur begrifflich zu klären (dazu unter 1.), hinsichtlich derer eine Betriebspflicht (4.) besteht. Die Betriebspflicht hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) (2.).

Die Betriebspflicht ist mit der Unternehmensgenehmigung (3.) des EIU verbunden.

Im Hinblick auf das Ende der Betriebspflicht und die weiteren Fragestellungen der LHS sind noch die Planfeststellung von Betriebsanlagen der Eisenbahn (5.) und die Widmung und Freistellung von Grundstücken für Bahnbetriebszwecke (6.) zu erläutern.

1. Eisenbahninfrastruktur

Gegenstand des Rechtsgutachtens ist die „Panoramastrecke“, die verschiedenen Begriffen im Eisenbahnrecht zugeordnet werden kann.

Der Oberbegriff ist die Eisenbahninfrastruktur, die nach der Definition in § 2 Abs. 6 AEG die Betriebsanlagen der Eisenbahnen einschließlich der Bahnstromfernleitungen umfasst.

a) Betriebsanlagen der Eisenbahn

Die Betriebsanlagen der Eisenbahn (einschließlich der Bahnstromfernleitungen) sind Anknüpfungspunkt für das Erfordernis einer Planfeststellung gemäß § 18 AEG.

Entsprechend dem planfeststellungsrechtlichen funktionsbezogenen Verständnis der Betriebsanlagen gehören zur Eisenbahninfrastruktur neben den Schienenwegen alle Grundstücke, Bauwerke und sonstige Einrichtungen einer Eisenbahn, die unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse zur Abwicklung oder Sicherung der Personen oder des Güterverkehrs auf der Schiene erforderlich sind (Eisenbahnbetriebsbezogenheit) (Hermes, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 2019, § 26 Eisenbahnrecht, Rn. 17).

b) Schienenweg

Im Rechtsgutachten soll es gemäß den Fragestellungen nicht allgemein um Eisenbahninfrastruktur, sondern um die konkreten Schienenwege der Panoramabahn gehen. Die Schienenwege sind ein Teil der Betriebsanlagen der Eisenbahn und damit wiederum ein Teil der Eisenbahninfrastruktur.

Der Begriff der Schienenwege (§ 2 Abs. 7 AEG) bezeichnet die Gleisanlagen, auf denen der Zugbetrieb abgewickelt wird, einschließlich der wesentlichen Bestandteile wie Signaltechnik, Steuerungs-, Sicherungs- und Energieversorgungseinrichtungen (Hermes, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 2019, § 26 Eisenbahnrecht, Rn. 17).

Der Schienenweg ist Anknüpfungspunkt für die Unternehmensgenehmigung (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 AEG), der darin auch konkret zu bestimmen ist (§ 6 Abs. 2 S. 2 AEG). Der konkret bestimmte Schienenweg ist damit, aber auch gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 AEG Gegenstand der Betriebspflicht des EIU.

c) Strecke

Der Begriff der Strecke wird im AEG verschiedentlich und im vorliegenden Zusammenhang vor allem in § 11, also zur Beschreibung des Anwendungsbereichs für ein Stilllegungsverfahren verwendet.

Eine „Strecke“ i. S. dieser Vorschrift wird nach der Rechtsprechung des BVerwG durch einen Schienenweg gebildet, der zwei Orte mittels Eisenbahn miteinander verbinden soll. Abzustellen ist danach auf die Orte, die über den Schienenweg durch einen Halt der Eisenbahn zum Zwecke des Personenverkehrs oder Güterumschlags erreichbar sein sollen. Die darin zum Ausdruck kommende Verkehrsfunktion ist wesentliches Merkmal einer Strecke (BVerwG, Urteil vom 05. Juli 2018 – 3 C 21/16 –, Rn. 30, juris). Die bahninterne Streckenummerierung spielt hierbei keine Rolle (Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 15. August 2018 – 1 Es 1/18.P –, Rn. 85, juris).

Der Begriff der Strecke soll sich damit nicht anlagenbezogen auf eine konkrete Gleisanlage, sondern in einem funktionalen Sinne auf die Verbindung zwischen einem Abfahrts- und einem Bestimmungsort beziehen.

Damit kann sich die Strecke i. S. d. § 11 AEG vom konkreten Schienenweg unterscheiden, der Gegenstand der Unternehmensgenehmigung und der Betriebspflicht ist.

Das BVerwG (Urteil vom 05. Juli 2018 – 3 C 21/16 –, Rn. 31, juris) sieht darin keinen Widerspruch. Die gegen die funktionale Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG herangezogenen Vorschriften zur Unternehmensgenehmigung seien unergiebig. Zwar treffe es zu, dass sich die Unternehmensgenehmigung auf eine konkrete Eisenbahninfrastruktur beziehe (§ 6 Abs. 2 Satz 2 AEG). Die Vorschriften über die Unternehmensgenehmigung besagten jedoch nichts darüber, in welchen Fällen Dritten im Rahmen von § 11 AEG die Möglichkeit der Übernahme der Eisenbahninfrastruktur gegeben werden muss. Der Streckenbegriff muss nach Auffassung des BVerwG also vom Interesse Dritter an der Übernahme der Eisenbahninfrastruktur definiert werden.

2. EIU und Betreiber der Schienenwege

Eisenbahninfrastrukturunternehmen sind gemäß 2 Abs. 1 AEG öffentliche Einrichtungen oder privatrechtlich organisierte Unternehmen, die eine Eisenbahninfrastruktur betreiben. Sie gehören neben den Eisenbahnverkehrsunternehmen zu den Eisenbahnen.

Zu den EIU gehören wiederum die Betreiber von Schienenwegen und die Betreiber von Serviceeinrichtungen. Serviceeinrichtungen sind die Anlagen, unter Einschluss von Grundstück, Gebäude und Ausrüstung, um eine oder mehrere der in Anlage 2 Nummer 2 bis 4 des ERegG genannten Serviceleistungen erbringen zu können. Das sind im Wesentlichen Bahnhöfe, aber etwa auch Abstellgleise und Wartungseinrichtungen. Den Betrieb von Serviceeinrichtungen werden wir hier im Hinblick auf die Betriebspflicht an der Panoramastrecke nicht weiter behandeln.

Ein Betreiber der Schienenwege ist gemäß § 2 Abs. 7 AEG jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das für den Bau, den Betrieb, die Unterhaltung, die Instandhaltung und die Erneuerung der Eisenbahnanlagen, einschließlich Verkehrsmanagement, Zugsteuerung, Zugsicherung und Signalgebung zuständig ist, mit Ausnahme der Schienenwege in Serviceeinrichtungen.

Der Betreiber der Schienenwege ist Adressat sowohl der Betriebspflicht gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 AEG als auch der Bereitstellungspflicht gegenüber Zugangsberechtigten gemäß § 11 ERegG.

3. Unternehmensgenehmigung

Das AEG kennt verschiedene Genehmigungen, die sich auf die Eisenbahninfrastruktur oder auf Unternehmen bzw. Personen beziehen können. Von Bedeutung ist hier vor allem die Unternehmensgenehmigung, weil mit ihr die Betriebspflicht verbunden ist.

Eine Unternehmensgenehmigung ist nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 19 AEG eine Genehmigung, die eine Genehmigungsbehörde einem Unternehmen erteilt und damit dessen Befähigung anerkennt, u. a. Schienenwege, Steuerungs- und Sicherungssysteme oder Bahnsteige zu betreiben.

a) Erforderlichkeit

Nicht alle Tätigkeiten, aber die wesentlichen Tätigkeiten eines EIU unterliegen der Genehmigungspflicht. Der Betrieb bestimmter Eisenbahninfrastrukturen erfordert nach § 6 Abs. 1 AEG eine Unternehmensgenehmigung (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Ohne Unternehmensgenehmigung darf niemand Schienenwege, Steuerungs- und Sicherungssysteme oder Bahnsteige betreiben (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AEG).

b) Gegenstand

Die Genehmigung wird für eine bestimmte Eisenbahninfrastruktur erteilt (§ 6 Abs. 2 S. 2 AEG). Der Betreiber darf seine Tätigkeit somit nur auf der in der Genehmigung bezeichneten Infrastruktur betreiben (Wachinger, Hermes/Sellner, AEG Kommentar, § 6 Rn. 47; s. a. BVerwG, Urteil vom 05. Juli 2018 – 3 C 21/16 –, Rn. 31, juris). Das ist hier deshalb von Bedeutung, weil sich der Gegenstand der Unternehmensgenehmigung damit von der „Strecke“ als Anwendungsvoraussetzung für ein Stilllegungsverfahren i. S. d. § 11 AEG in der Auslegung des BVerwG (Urteil vom 05. Juli 2018 – 3 C 21/16 –, Rn. 31, juris) unterscheiden kann.

Der Gegenstand der Unternehmensgenehmigung erweist sich ferner von Bedeutung für die Geltendmachung grundstücksbezogener Rechte. Der BGH (Urteil vom 19. Juni 2020 – V ZR 83/18 –, Rn. 32, juris) hat aktuell entschieden, dass eine Unternehmensgenehmigung zum Betrieb einer Eisenbahnstrecke eine entsprechende Anwendung von § 1004 Abs. 1 BGB rechtfertigt. Der Inhaber einer Unternehmensgenehmigung kann daher schon vor dem Erwerb von

Grundstücken verlangen, dass die Eisenbahninfrastruktur der Strecke, auf die sich seine Genehmigung bezieht, weder entfernt noch beschädigt wird.

c) Rücknahme, Widerruf und Einschränkung

Die Unternehmensgenehmigung kann als Verwaltungsakt nach den allgemeinen Regelungen des VwVfG und den besonderen Regelungen des AEG zurückgenommen, widerrufen oder eingeschränkt werden (vgl. § 6 Abs. 5 AEG). Will der Betreiber den Anlagenbestand aus der Unternehmensgenehmigung ändern oder einen Teil stilllegen, muss die Genehmigung entsprechend durch Bescheid der Genehmigungsbehörde angepasst werden (Wachinger, in: Hermes/Sellner, AEG Kommentar, § 6 Rn. 91).

Einschränkungen des Anlagenbestands sind nicht genehmigungsfrei möglich. Dem steht die eisenbahnrechtliche Betriebspflicht entgegen. Nur für die von § 11 Abs. 1 AEG erfassten Fälle kann die Stilllegungsgenehmigung als „actus contrarius“ zur Genehmigung nach § 6 angesehen werden (Wachinger, in: Hermes/Sellner, AEG Kommentar, § 6 Rn. 91).

Im vorliegenden Zusammenhang kann § 6g AEG von Bedeutung sein, nach dessen Abs. 1 die Genehmigungsbehörde bei begründetem Zweifel daran, dass ein Unternehmen, dem sie eine Unternehmensgenehmigung erteilt hat, die Anforderungen der §§ 6a bis 6e AEG erfüllt, jederzeit prüfen kann, ob es diesen Anforderungen tatsächlich nachkommt. Die Genehmigungsbehörde hat die Unternehmensgenehmigung zu widerrufen, wenn sie feststellt, dass das Unternehmen diesen Anforderungen nicht nachkommt.

Die Betriebseinstellung ist konkreter geregelt: Hat ein Unternehmen den Betrieb sechs Monate lang eingestellt oder innerhalb von sechs Monaten nach Erteilung einer Unternehmensgenehmigung den Betrieb nicht aufgenommen, hat die Genehmigungsbehörde zu überprüfen, ob das Unternehmen die Anforderungen der §§ 6a bis 6e AEG noch erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juni 2020 – V ZR 83/18 –, Rn. 39, juris).

Für den Fall einer Einstellung des Betriebes über sechs Monate muss die Genehmigungsbehörde die Genehmigungsvoraussetzungen also überprüfen und ggf. Konsequenzen ziehen.

4. Betriebspflicht

a) Rechtsgrundlage

Mit der Unternehmensgenehmigung wird die Erlaubnis zum Betrieb u. a. von Schienenwegen erteilt. Auf welcher Grundlage die Betriebspflicht besteht, wann sie beginnt und wann sie endet, und welcher Zusammenhang mit der Unternehmensgenehmigung besteht, wird unterschiedlich beurteilt und ist bereits Gegenstand mehrerer Rechtsstreitigkeiten gewesen (siehe etwa BVerwG, 11.04.2019, 3 C 8/16).

Die Meinungsverschiedenheiten dürften darauf beruhen, dass das AEG keine ebenso klare Regelung zur Betriebspflicht enthält wie sie mit § 21 Abs. 1 PBefG u. a. für Straßenbahnen besteht. Dort heißt es: *„Der Unternehmer ist verpflichtet, den ihm genehmigten Betrieb aufzunehmen und während der Geltungsdauer der Genehmigung den öffentlichen Verkehrsinteressen und dem Stand der Technik entsprechend aufrechtzuerhalten. Gegenstand der Betriebspflicht sind alle Bestandteile der Genehmigung und die nach § 12 Absatz 1a zugesicherten Bestandteile des Genehmigungsantrages.“*

aa) Ausdrückliche Regelung

Die Betriebspflicht ist zunächst einmal keine selbstverständliche Pflicht eines Unternehmens. Es geht dabei wohl gemerkt nicht um die Pflicht, den Betrieb der Eisenbahn sicher zu führen. Das ist selbstverständlich und trifft grundsätzlich jeden Gewerbetreibenden. Es geht um die Pflicht, den Betrieb auch dann noch führen zu müssen, wenn das Unternehmen selbst, etwa aus wirtschaftlichen Gründen, den Betrieb nicht mehr führen würde. Die Betriebspflicht schränkt somit die Freiheit des Unternehmens ein, über den Betrieb – hier eines Schienenweges – selbst zu entscheiden.

Der Gesetzgeber hat eine ausdrückliche Betriebspflicht u. a. für Betreiber von Schienenwegen zumindest mit der Neuregelung des § 11 Abs. 1 S. 1 AEG in 2016 geregelt. Betreiber von Schienenwegen und Betreiber von Serviceeinrichtungen sind danach zum Betrieb ihrer Eisenbahninfrastruktur verpflichtet.

Der § 4 AEG regelt gemäß seiner Überschrift hingegen „Sicherheitspflichten“, wonach u. a. die Eisenbahnen gemäß Abs. 3 verpflichtet sind, 1. ihren Betrieb sicher zu führen und 2. an Maßnahmen des Brandschutzes und der Technischen Hilfeleistung mitzuwirken. Eisenbahnen sind zudem verpflichtet, die Eisenbahninfrastruktur sicher zu bauen und in betriebs sicherem Zustand zu halten.

Aus dieser Regelung muss nicht zwingend auf eine Betriebspflicht geschlossen werden (zur früheren Fassung des § 4 Abs. 1 AEG Ruge, IR 2004, 248, 250: *„Die Norm begründet demnach nicht eine Pflicht zum Betrieb, sondern eine Pflicht zum sicheren Betrieb, d. h. Gegenstand der Norm ist nicht eine Betriebspflicht, sondern eine Sicherheitspflicht.“*; siehe zur gesamten Diskussion auch Schmitt/Leitzke, IR 2007, 58 ff.). Das kann hier aber im Hinblick auf die Neuregelung dahin gestellt bleiben.

bb) Frühere Begründung der Betriebspflicht

Das BVerwG sieht in der Einfügung des § 11 Abs. 1 S. 1 AEG keine neue Regelung der Betriebspflicht. In den Gesetzgebungsmaterialien fände sich, so das BVerwG (Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 19/16 –, Rn. 24, juris) kein Hinweis, dass dadurch die sich bereits zuvor aus § 11 AEG ergebenden Pflichten erweitert werden sollten (unter Hinweis auf BT-Drs. 18/8334 S. 254, BT-Drs. 18/9099).

Die Betriebspflicht hatte die Rechtsprechung vor der Regelung in § 11 Abs. 1 S. 1 AEG verschiedenen Vorschriften des AEG entnommen, auch dem § 4 AEG. Maßgeblich war das Urteil des BVerwG zur Hunsrückbahn (25. Oktober 2007 – 3 C 51/06 –, BVerwGE 129, 381-393, Rn. 14 – 18; zur Bedeutung der Entscheidung siehe nur Wilmsen, IR 2008, 129). Bis dahin war umstritten, ob die Aufsichtsbehörden die EIU zur Wiederherstellung der Befahrbarkeit technisch unzulänglicher Strecken verbindlich auffordern können. Das Gericht führte aus:

„Der Betrieb von Eisenbahninfrastruktur im Sinne des Allgemeinen Eisenbahngesetzes umfasst neben der Bereitstellung der Strecken für Eisenbahnverkehrsunternehmen, denen im Rahmen von § 14 Abs. 1 AEG diskriminierungsfreier Zugang zu gewähren ist, insbesondere die Verpflichtung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ihre Strecken in einem betriebssicheren Zustand zu halten. Dies war § 2 Abs. 3 AEG in der hier maßgeblichen zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides geltenden Fassung zweifelsfrei zu entnehmen; daran hat sich auch durch die späteren Änderungen der Regelung nichts geändert.

§ 2 Abs. 3 AEG i.d.F. von Art. 5 des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27. Dezember 1993 (BGBl I S. 2378, 2396; berichtigt in BGBl 1994 I S. 2439) enthielt noch eine Legaldefinition des Begriffs "Betreiben einer Eisenbahninfrastruktur". Nach Satz 1 dieser Regelung umfasst das Betreiben einer Eisenbahninfrastruktur den Bau und die Unterhaltung von Schienenwegen sowie die Führung von Betriebsleit- und Sicherheitssystemen. Unterhaltung im Sinne dieser Regelung aber bedeutet nichts anderes, als dass die Strecke in einem betriebssicheren Zustand vorzuhalten ist.

Daran hat sich durch das Dritte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. April 2005 (BGBl I S. 1138) nichts geändert. Zwar zählt die Neufassung des § 2 Abs. 3 AEG die Betreiberpflichten nicht mehr auf. Diese sollten damit aber sachlich nicht verändert, namentlich sollte die Unterhaltungspflicht damit nicht beseitigt werden. Vielmehr rechnet das Gesetz ausweislich des neu eingefügten § 2 Abs. 3a AEG zum Betreiben von Schienenwegen weiterhin deren Unterhaltung. Dass die Vorschrift neben Bau und Unterhaltung den Betrieb noch eigens nennt, erklärt sich daraus, dass dem Betreiber auch obliegt, seine Infrastruktur nachfragenden Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellen (vgl. § 14 Abs. 1 AEG). Die Fortdauer der Unterhaltungspflicht wird schließlich durch die in § 8 BSchwAG getroffene Kostenregelung bestätigt. Danach finanziert der Bund Investitionen in die Schienenwege des Bundes - dies umfasst Bau, Ausbau sowie Ersatzinvestitionen -; dagegen tragen gemäß § 8 Abs. 4 BSchwAG die Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung ihrer Schienenwege die Eisenbahnen des Bundes selbst.

b) Eine zusätzliche rechtliche Grundlage hat die Unterhaltungspflicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen in § 4 Abs. 1 Satz 1 AEG. Nach dieser Regelung sind die Eisenbahnen verpflichtet, ihren Betrieb sicher zu führen und u.a. die Eisenbahninfrastruktur in betriebs sicherem Zustand zu erhalten.

Aus dieser Bestimmung hat das Verwaltungsgericht eine grundsätzliche Pflicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Aufrechterhaltung eines betriebs sicheren Zustandes ihrer Infrastruktur ohne Rücksicht darauf hergeleitet, wie hoch eventuelle Unterhaltungskosten sind und wie rentabel eine Strecke ist. Mit der Herleitung dieser Pflicht aus § 4 Abs. 1 Satz 1 AEG hat es sich einer auch in Teilen der Literatur vertretenen Auffassung angeschlossen (vgl. insbesondere Kramer in: Kunz <Hrsg.>, Eisenbahnrecht, Bd. 1, Stand Juni 2007, § 4 Abs. 1 AEG Anm. 2 und 3, ders. in: IR 2004, 106, <106 f.> sowie in: Staat - Wirtschaft - Gemeinde, Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag, 2007, S. 529 <539 f.>; Frotscher/Kramer, NVwZ 2001, 24 <25>; Werner, Nach der Regionalisierung - der Nahverkehr im Wettbewerb, 1998 S. 120; Kühl, Übernahme von Schieneninfrastruktur der DB AG durch Dritte, 1999, S. 194; offen gelassen ebenso wie vom Berufungsgericht auch vom OVG Hamburg, Beschluss vom 28. August 2006 - 2 Bs 80/06 - NVwZ 2007, 964)."

Dass eine Betriebspflicht für Betreiber von Schienenwegen besteht, war also höchstrichterlich bereits vor der Einfügung des § 11 Abs. 1 S. 1 AEG geklärt.

cc) Betriebspflicht und Unternehmensgenehmigung

Klärungsbedürftig bleibt jedoch der Zusammenhang zwischen Unternehmensgenehmigung und Betriebspflicht, insbesondere im Hinblick auf Beginn und Ende der Betriebspflicht (dazu ausführlicher Hellriegel/Brukwicki, in: Kühling/Otte, § 11 Rn. 21 ff., allerdings noch ohne Berücksichtigung der nachfolgend dargestellten Rechtsprechung). Dieser Zusammenhang kann gerade für den vorliegenden Fall von Bedeutung sein, in dem es um das Ende der Betriebspflicht an der Panoramastrecke geht.

Das OVG Schleswig-Holstein (Urteil vom 28. Januar 2016 – 4 LB 2/15 –, Rn. 59, juris) fasst die Frage (mit Nachweisen zum Streitstand) wie folgt zusammen:

„Diese allgemeine Betriebspflicht ergibt sich nach der Rechtsprechung des BVerwG, der der Senat folgt, aus einer Zusammenschau der §§ 4, 14 und 11 AEG (BVerwG, Ur. v. 25.10.2007 - 3 C 51/06 - DVBl. 2008, 380). Allerdings beantwortet diese Rechtsprechung nicht die Frage, ob die allgemeine Betriebspflicht des öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmens auch im Falle einer zuvor stillgelegten Bahnstrecke bereits aus der Erteilung einer Genehmigung

gemäß § 6 AEG folgt (so Wachinger, a.a.O. § 6 Rn. 53; Kramer, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), Staat-Wirtschaft-Gemeinde, Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag, 2007, S. 529, 543 f.; Hildebrand, zur Bedeutung der Streckenstilllegung nach § 11 AEG bei der Privatisierung von Bahnstrecken, LKV 2001, 300, 302; wohl auch VG Magdeburg, Beschl. v. 17.03.2015 - 3 A 250/12 -, Juris) oder diese Betriebspflicht erst mit der Aufnahme der tatsächlichen Betriebsausübung entsteht (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 07.07.2008 - 20 A 802/07 -, Juris)." (Hervorhebung nicht im Original)

In der beim OVG Schleswig-Holstein zitierten Rechtsprechung des OVG Münster wird im Hinblick auf den Beginn der Betriebspflicht vertreten, dass die von einem Eisenbahnunternehmen zu erfüllenden Pflichten ausschlaggebend nicht durch die Genehmigung ausgelöst werden, sondern erst durch die der Genehmigung nachfolgende unternehmerische Tätigkeit als Eisenbahnunternehmen. Auch Karnop (in: Kühling/Otte, § 6 Rn. 22, 70, § 6h Rn. 57; wohl auch Hafner, N&R 2015, 96) vertritt aktuell die Auffassung, dass weder das Betreiben einer Eisenbahninfrastruktur von einer Unternehmensgenehmigung abhängt noch die Betriebspflicht aus der Unternehmensgenehmigung folgt noch mit deren Widerruf die Betriebspflicht endet. Wilmsen (IR 2008, 133) meint ähnlich, dass sich die Betriebspflicht unmittelbar aus dem Gesetz und nicht erst aus der „Konzession“ ergeben soll.

Die Betriebspflicht ist u. E. jedoch die Kehrseite der mit der Unternehmensgenehmigung verbundenen Betriebserlaubnis. Das Recht, eine bestimmte Eisenbahninfrastruktur (ausschließlich selbst) betreiben zu dürfen, geht mit der Pflicht zum Betrieb einher (Kramer, N&R 2016, 94). Die vereinzelt bestrittene Exklusivität der Betriebserlaubnis für eine Eisenbahninfrastruktur soll nach dem Entwurf des EbRBERG des BMVI künftig ausdrücklich geregelt werden.

Die Betriebspflicht entsteht somit aus der Erteilung der Unternehmensgenehmigung (so auch Kramer, IR 2004, 106; ders., VerWA 2013, 31; Hermes, in: Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 14; Metzler, UPR 2018, 457; Wachinger, N&R 2019, 313; Hellriegel/Brukwicki, in: Kühling/Otte, § 11 Rn. 21 ff. auch zum Streitstand vor der Entscheidung des BVerwG vom 11.04.2019 – 3 C 8/16).

Das OVG Schleswig-Holstein (a. a. O.) hatte weiter überzeugend begründet:

„Nach Auffassung des Senats folgt bereits aus der Erteilung einer Genehmigung gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 3 AEG für den Genehmigungsinhaber auch im Falle einer stillgelegten Strecke die Pflicht, innerhalb angemessener Zeit den Eisenbahnbetrieb aufzunehmen und zunächst den hierfür erforderlichen prüffähigen Antrag gemäß § 7 f Abs.1 Nr. 1 AEG zu stellen. Bereits der Wortlaut der Genehmigung weist darauf hin, dass die Genehmigung Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur für das Betreiben einer

bestimmten Eisenbahninfrastruktur erteilt wird. Bereits dies spricht dafür, dass die Betriebspflicht für ihren Beginn an das Wirksamwerden der Genehmigung als „Startsignal“ anknüpft (Kramer, Festschrift für Werner Frotscher a.a.O. S. 543) und die Verpflichtung, in angemessener Zeit den Betrieb aufzunehmen, nicht etwa von der erstmaligen tatsächlichen Betriebsaufnahme abhängt. Die Auffassung des OVG Nordrhein-Westfalen (Beschl. v. 07.07.2008, a.a.O.), wonach die von einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu erfüllenden Pflichten ausschlaggebend nicht durch die Genehmigung nach § 6 AEG ausgelöst werden, sondern erst durch die der Genehmigung nachfolgende unternehmerische Tätigkeit, vermag nicht zu überzeugen. Ein Abstellen auf die tatsächliche Betriebsaufnahme führt nicht zu einer hinreichend bestimmten Konturierung des Beginns der Betriebspflicht, weil Beginn, Dauer und Umfang der Betriebspflicht im Belieben des Unternehmens stünden, da sie ja davon abhingen, ob und was das Unternehmen tatsächlich betreibt. Die Betriebspflicht bestünde faktisch nur insoweit wie sie erfüllt würde (Wachinger, a.a.O. § 6 Rn. 53).“

Die Streitfrage zum Beginn der Betriebspflicht dürfte aber nunmehr höchststrichterlich geklärt sein, weil sowohl das BVerwG (im Anschluss an das OVG Schleswig-Holstein) als auch der BGH dementsprechend entschieden haben.

Nach der Entscheidung des BVerwG (11.04.2019, 3 C 8/16) wird ein Unternehmen kraft der Genehmigung zu einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 AEG und erlangt dadurch die Eigenschaft einer Eisenbahn. Zu den Pflichten eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Eisenbahninfrastrukturunternehmens gehört es, Zugang zu der genehmigten Eisenbahninfrastruktur zu gewähren. Die Pflicht, Dritten die Benutzung der öffentlichen Eisenbahninfrastruktur zu ermöglichen, setzt voraus, dass das EIU die Infrastruktur, deren Betrieb ihm genehmigt wurde, in angemessener Zeit so herzurichten hat, dass sie von Dritten in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Anforderungen insbesondere an die Betriebssicherheit zweckgemäß benutzt werden kann.

Das BVerwG verknüpft die Betriebspflicht deutlich mit der Unternehmensgenehmigung, wenn es ausführt, dass die Betreibenspflichten in der Person eines Übernehmers oder Erwerbers stillgelegter Strecken nach Maßgabe der ihm erteilten Genehmigung gemäß § 6 AEG neu entstehen. Weiter heißt es:

„Die Genehmigung für eine öffentliche Eisenbahn wird (auch) im öffentlichen Interesse an der Durchführung des genehmigten Verkehrs erteilt. Dies rechtfertigt die mit der Erteilung korrespondierende Pflicht zur Zugangsgewährung.“ (BVerwG, Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 8/16 –, Rn. 27, juris)

Auch der BGH (Urteil vom 19. Juni 2020 – V ZR 83/18 –, Rn. 25; 37, juris) geht in einer aktuellen Entscheidung im Anschluss an das BVerwG davon aus, dass die Betriebspflicht mit der Unternehmensgenehmigung verbunden ist:

„Ausgangspunkt der Regelungen ist § 11 Abs. 1 Satz 1 AEG, wonach das Eisenbahninfrastrukturunternehmen aufgrund der ihm erteilten Unternehmensgenehmigung nicht nur die exklusive Berechtigung, sondern auch die Pflicht hat, die Eisenbahninfrastruktur zu betreiben, auf die sich die Genehmigung bezieht. Dieser Betriebspflicht soll sich das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht dadurch entledigen können, dass es den Betrieb aufgibt, wenn dies aus seiner unternehmerischen Sicht angezeigt ist. Vielmehr bedarf es für die Aufgabe des Betriebs der Eisenbahninfrastruktur der Genehmigung der zuständigen Eisenbahnbehörde. ...

Mit der Erteilung der Unternehmensgenehmigung und der Übernahme der Strecke entsteht die Betriebspflicht nämlich neu (BVerwG, NVwZ 2019, 1683 Rn. 20). Das gilt erst recht, wenn - wie teilweise hier - die Strecke, für deren Betrieb ein anderes Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine Genehmigung erhalten hat, ohne Einhaltung des in § 11 AEG vorgeschriebenen Verfahrens „auf kaltem Wege“ stillgelegt worden ist.“ (Hervorhebung nicht im Original)

Mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann somit nachfolgend zu Grunde gelegt werden, dass die Betriebspflicht mit der Unternehmensgenehmigung verbunden ist und nach ihrer Maßgabe besteht.

b) Betriebspflicht und Bereitstellungspflicht

Im Rechtsgutachten geht es nur um die Betriebspflicht an einer Eisenbahninfrastruktur (der Panoramastrecke). Davon zu unterscheiden ist die bereits mehrfache erwähnte Bereitstellungspflicht des EIU oder das Zugangsrecht Dritter zu der Eisenbahninfrastruktur, das bis 2016 in § 14 Abs. 1 AEG a. F. geregelt war und nunmehr in §§ 10, 11 Abs. 1 ERegG geregelt ist. Ein Betreiber der Schienenwege hat danach für alle Berechtigten auf Zugang zu Eisenbahnanlagen die Leistungen des Mindestzugangspakets nach Anlage 2 Nummer 1 zum ERegG zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen. Das Mindestzugangspaket umfasst Folgendes:

- a) die Bearbeitung von Anträgen auf Zuweisung von Schienenwegkapazität der Eisenbahn;
- b) das Recht zur Nutzung zugewiesener Schienenwegkapazität;
- c) die Nutzung der Eisenbahnanlagen einschließlich Weichen und Abzweigungen;

- d) die Zugsteuerung einschließlich der Signalisierung, Regelung, Abfertigung und der Übermittlung und Bereitstellung von Informationen über Zugbewegungen;
- e) die Nutzung von Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom, sofern vorhanden;
- f) alle anderen Informationen, die zur Durchführung oder zum Betrieb des Verkehrsdienstes, für den Kapazität zugewiesen wurde, erforderlich sind.

Damit werden gesetzliche Pflichtleistungen eines EIU geregelt, die gemäß § 14 ERegG durch freiwillige Leistungen eines EIU ergänzt werden können.

Die Pflichtleistungen des ERegG prägen die Betriebspflicht des EIU aus dem AEG mit, können aber auch über die Betriebspflicht hinausgehen. Wie verschiedentliche Fälle bereits gezeigt haben, kann dann fraglich sein, auf welcher Grundlage welche Behörde die EIU im Falle der Verletzung der Betriebspflicht oder des Zugangsrecht in Anspruch nehmen können.

Im Fall des unterbesetzten Stellwerkes in Mainz hat das BVerwG (Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 19/16 –, Rn. 14, juris) etwa entschieden, dass EIU nur nach den Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur verpflichtet sind, Stellwerke in dem für die Durchführung des bestellten Verkehrs erforderlichen Umfang zu betreiben; eine entsprechende, vom EBA durchzusetzende Pflicht ergibt sich nach dieser Rechtsprechung weder aus § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AEG noch aus § 11 AEG.

Zugangsrechte bestehen gegenüber EIU bzw. Betreibern der Schienenwege, die den Betrieb der jeweiligen Infrastruktur nicht in zulässiger Weise eingestellt haben (BVerwG, Beschluss vom 21. März 2014 – 6 B 55/13 –, Rn. 14, juris).

c) Ende der Betriebspflicht

Für die Fragestellungen des Rechtsgutachtens ist maßgeblich, wann die Betriebspflicht eines EIU für seine Eisenbahninfrastruktur enden kann.

aa) Übersicht

Die Frage von Beginn und Ende der Betriebspflicht gilt verschiedentlich als noch nicht vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung geklärt (Hellriegel/Brukwicki, in: Kühling/Otte, § 11 AEG Rn. 21). Hinsichtlich des Beginns der Betriebspflicht haben BVerwG und BGH - wie bereits ausgeführt - die Frage geklärt.

Das Ende der Betriebspflicht wird im AEG ausdrücklich mit der Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung gemäß § 11 AEG angesprochen. Das lässt verschiedentlich den Eindruck entstehen, dass damit die einzige Möglichkeit eines Endes der Betriebspflicht geregelt sei (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 07. November 2019 – 3 C 13/18 –, Rn. 11, juris).

Es mag tatsächlich der regelmäßige Fall sein, dass eine Betriebspflicht im Stilllegungsverfahren nach § 11 AEG beendet wird. § 11 AEG hat jedoch gerade

in seiner Auslegung durch das BVerwG keinen die Betriebspflicht umfassenden Anwendungsbereich. Die Betriebspflicht teilt weiterhin auch das Schicksal der Betriebserlaubnis, also der Unternehmensgenehmigung, denn ohne Betriebserlaubnis kann es keine Betriebspflicht geben. Deshalb sind bei der Prüfung des Endes einer Betriebspflicht auch die sonstigen Möglichkeiten der Aufhebung oder Einschränkung der Unternehmensgenehmigung zu berücksichtigen. Die Betriebspflicht beginnt mit der Erteilung der Betriebsgenehmigung und kann entsprechend erst mit deren Beseitigung oder Änderung enden.

Nach allgemeinem Verwaltungsrecht bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Das gilt auch für die Unternehmensgenehmigung gemäß § 6 AEG.

bb) Befristung der Genehmigung

In der Unternehmensgenehmigung selbst kann ihr Ende und damit das Ende der Betriebspflicht geregelt sein. So war in § 6 Abs. 6 AEG a. F. vorgesehen, dass die Geltungsdauer der Genehmigung für EIU in der Regel höchstens 50 Jahre betragen soll. Eine entsprechende Festsetzung kann eine Unternehmensgenehmigung enthalten.

cc) Stilllegung gemäß § 11 AEG

Der wichtigste Fall der Beendigung der Betriebspflicht ist die Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung gemäß § 11 AEG. Ausweislich ihrer Überschrift enthält die Vorschrift Regelungen zur „Stilllegung“ und Abgabe von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen. Von einer allgemeinen Stilllegung ist in der Vorschrift selbst jedoch keine Rede mehr. Vielmehr geht es um konkrete Tatbestände, von denen hier nur die dauernde Einstellung des Betriebes einer Strecke von Interesse ist (nach Wysk, UPR 2019, 440, ist § 11 AEG eine Vorschrift, deren Auslegung angesichts sich überschneidender und unklarer Tatbestände in Abs. 1 S. 2 n. F. (Abs. 1 S. 1 a. F.) kaum in ein schlüssiges Konzept zu bringen ist und die in der praktischen Anwendung ungemaine Schwierigkeiten aufwirft)

(1) Ablauf

Beabsichtigt ein öffentliches EIU die dauernde Einstellung des Betriebes einer Strecke oder einer Serviceeinrichtung, eines für die Betriebsabwicklung wichtigen Bahnhofs oder die mehr als geringfügige Verringerung der Kapazität einer Strecke, so hat es dies bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu beantragen. Voraussetzungen sind die Unzumutbarkeit des Betriebs der Infrastruktureinrichtung und erfolglose Übernahmeverhandlungen mit Dritten.

Öffentliche EIU haben ihre Absicht zu veröffentlichen. Nach der Veröffentlichung können Dritte das öffentliche EIU binnen einer Frist von drei Monaten zur Abgabe eines Angebotes auffordern. Die zuständige Aufsichtsbehörde hat über den

Antrag unter Berücksichtigung verkehrlicher und wirtschaftlicher Kriterien innerhalb von drei Monaten zu entscheiden.

(2) Betriebspflicht vor und nach der Entscheidung

§ 11 AEG regelt neben der Betriebspflicht in Abs. 1 S. 1 für die Eisenbahninfrastruktur in Abs. 2 S. 3 noch ausdrücklich, dass das Unternehmen bis zur Entscheidung den Betrieb der Schieneninfrastruktur aufrecht zu halten hat. Da es hier bei der Panoramastrecke um die Schienenwege geht, muss der unklaren Begrifflichkeit nicht weiter nachgegangen werden.

Aus der Vorschrift kann für das Ende der Betriebspflicht gefolgert werden, dass die Entscheidung nach § 11 AEG jedenfalls eine Variante ist, die Betriebspflicht an der Eisenbahninfrastruktur zu beenden. Nach der Rechtsprechung hebt die Stilllegungsgenehmigung nach § 11 AEG für die in der Vorschrift genannte Schieneninfrastruktur die Betriebspflicht auf (Urteil vom 12. März 2008 - BVerwG 9 A 3.06 - BVerwGE 130, 299; Beschluss vom 21. März 2014 – 6 B 55/13 –, Rn. 12, juris; vgl. auch Urteil vom 25. Oktober 2007 - BVerwG 3 C 51.06 - BVerwGE 129, 381).

(3) Unternehmensgenehmigung und Stilllegungsgenehmigung

Die Stilllegungsgenehmigung nach § 11 AEG stellt nach überwiegender Auffassung den Gegenakt zur Erteilung der Genehmigung nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AEG dar (Kramer, AEG, § 11 Rn. 1; ders. NVwZ 2019, 74 mwN; Hellriegel/Brukwicki, in: Kühling/Otte, § 11 Rn. 21, 26; a. A. Karnop, in: Kühling/Otte, § 6 Rn. 25). Die Unternehmensgenehmigung kann jedoch einen anderen Gegenstand haben als der Stilllegungstatbestand gemäß § 11 AEG voraussetzt (insoweit zutreffend Leitzke, IR 2019, 178). Deshalb kann die Auffassung vom Gegenakt nur zutreffen, soweit der Anwendungsbereich des § 11 AEG überhaupt eröffnet ist (vgl. Kramer, VerwA 2013, 32). Sofern das nicht der Fall ist, muss es zur Beendigung der Betriebspflicht einen anderen Gegenakt zur Genehmigung geben, vorausgesetzt, dass die Betriebspflicht mit und nach Maßgabe der Genehmigung besteht. Die Stilllegungsgenehmigung kann somit ein Gegenakt zur Unternehmensgenehmigung sein. Sie ist aber nicht der einzige Gegenakt.

Die Stilllegungsgenehmigung muss auch kein umfassender Gegenakt zur Unternehmensgenehmigung sein. Die Stilllegungsgenehmigung kann etwa nur den Umfang der Betriebspflicht aus der Unternehmensgenehmigung reduzieren, statt sie vollständig zu beseitigen (so Wachinger, Hermes/Sellner, AEG Kommentar, § 6 Rn. 36). Und außerdem kann die Unternehmensgenehmigung noch Regelungsinhalte haben, die mit der allein auf die Betriebspflicht bezogene Stilllegungsgenehmigung nicht erfasst werden.

Insgesamt ist aber fest zu halten, dass die zulässige Stilllegung von Eisenbahninfrastruktur gemäß § 11 AEG die Betriebspflicht des EIU beendet.

Soweit der Anwendungsbereich des § 11 AEG nicht eröffnet ist, muss die Betriebspflicht durch Aufhebung oder Änderung der Unternehmensgenehmigung mit einem Verwaltungsverfahren beendet werden.

dd) Übernahme durch Dritte

Wenn das EIU eine erfolgreiche Verhandlung mit Dritten über die Übernahme der Eisenbahninfrastruktur geführt hat, wird keine Genehmigung nach § 11 AEG erteilt, weil das Verfahren die Erfolglosigkeit der Verhandlungen voraussetzt. Vielmehr regelt § 6 Abs. 5 AEG, dass bei der Übernahme des Betriebes einer Eisenbahninfrastruktur die Unternehmensgenehmigung für das übernehmende EIU erst zu dem Zeitpunkt wirksam werden darf, zu dem die Genehmigung des abgebenden EIU zurückgenommen, widerrufen oder eingeschränkt wird.

Der Entwurf des EbRBerG sieht im Übrigen eine Anpassung des § 6 Abs. 5 AEG vor, u.a. weil das abgebende EIU bisher nicht die Möglichkeit habe, die erteilte Unternehmensgenehmigung zurückzugeben.

ee) Sonstige Fälle

Da die Genehmigung nach § 11 AEG nicht alle Fälle der Aufhebung der Unternehmensgenehmigung bzw. der mit der Unternehmensgenehmigung verbundenen Betriebspflicht erfasst, muss die Unternehmensgenehmigung in den übrigen Fällen nach den allgemeinen Regelungen des Eisenbahn- und Verwaltungsrechts aufgehoben oder geändert werden.

Das kann insbesondere durch Rücknahme oder Widerruf der Unternehmensgenehmigung geschehen.

5. Planfeststellung von Betriebsanlagen der Eisenbahn

Betriebsanlagen einer Eisenbahn einschließlich der Bahnfernstromleitungen dürfen nur gebaut oder geändert werden, wenn der Plan vorher festgestellt ist (§ 18 Abs. 1 AEG). Die Planfeststellung schafft das Baurecht für den Bau und die Änderung von Betriebsanlagen der Eisenbahn.

Für das Gutachten ist u. a. der planfestgestellte Rückbau des Teils der Panoramastrecke von Bedeutung, der Gegenstand des PFB 1.5 ist.

a) Betriebserlaubnis und -pflicht und Planfeststellung

Mit der Planfeststellung wird einem Unternehmen nicht die Betriebserlaubnis als EIU erteilt. Ein Eisenbahnbetrieb darf aber nur auf planfestgestellten Betriebsanlagen durchgeführt werden. Sind bereits im Planfeststellungsbeschluss betriebliche Einschränkungen vorgesehen bzw. nachträglich in diesen aufzunehmen, kann ein Schienenweg von vornherein nur in diesem - eingeschränkten - Umfang betrieben werden (Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 29. November 2016 – 5 S 2137/16 –, Rn. 6, juris; siehe zu Betriebsregelungen im PFB Krappel, DVBl. 2012, 674).

Für die derzeit bestehende Betriebspflicht an der Panoramastrecke ist deshalb auch der Planfeststellungsbeschluss bzw. das Baurecht maßgeblich, das für die Errichtung der Strecke bzw. für spätere Änderungen erteilt wurde. Das gilt auch für den Sollzustand der Betriebsanlagen.

b) Rückbau und Planfeststellung

Das BVerwG hat es in der Entscheidung von 2018 offen gelassen, ob und in welchen Fällen der Rückbau von Gleisanlagen überhaupt planfeststellungsfähig ist. Es stehe nicht im Belieben der Behörde, ein Planfeststellungsverfahren durchzuführen; dies sei ihr vielmehr nur gestattet, soweit ein Planfeststellungsverfahren durch Rechtsvorschrift angeordnet sei (§ 72 Abs. 1 VwVfG; vgl. dazu Ramsauer/Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 72 Rn. 2 m.w.N.). Ob der Planfeststellungsvorbehalt des § 18 Satz 1 AEG den Rückbau von Betriebsanlagen der Eisenbahn umfasst, sei nicht unzweifelhaft (BVerwG, Urteil vom 05. Juli 2018 – 3 C 21/16 –, Rn. 22, juris).

Das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht (Beschluss vom 15. August 2018 – 1 Es 1/18.P –, Rn. 82, juris) entschied kurz darauf:

„Auch dürfte der Annahme nicht zu folgen sein, für den späteren Abbau dieser Anlagen bedürfe es einer weiteren Planfeststellung. Diese Auffassung hat zwar bei der insoweit vergleichbaren Konstellation beim Hauptbahnhof Stuttgart ("Stuttgart 21") das VG Stuttgart vertreten (Urt. v. 9.8.2016, 13 K 2947/12, juris Rn. 64 ff., 104), doch dürfte dies unzutreffend sein. Nach § 18 Satz 1 AEG ist für den Bau und die Änderung von Eisenbahnbetriebsanlagen ein Planfeststellungsverfahren erforderlich, nicht aber für deren Beseitigung. Hierfür wird nach einem Verfahren nach § 23 AEG (Freistellung von Bahnbetriebszwecken; vgl. BVerwG, Beschl. v. 21.3.2014, 6 B 55.13, Buchholz 442.09 § 23 AEG Nr. 3, juris Rn. 12 f.) eine bauordnungsrechtliche Baugenehmigung erforderlich, aber auch ausreichend sein (vgl. Hermes in: Hermes/Sellner, AEG, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 97; Vallendar im selben Werk, § 18 Rn. 79).“

c) Betriebseinstellung und Planfeststellung

Durch die Planfeststellung wird die Zulässigkeit eines Vorhabens einschließlich der notwendigen Folgemaßnahmen an anderen Anlagen im Hinblick auf alle von ihm berührten öffentlichen Belange festgestellt. Neben der Planfeststellung sind andere behördliche Entscheidungen, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Verleihungen, Erlaubnisse, Bewilligungen, Zustimmungen und Planfeststellungen nicht erforderlich (§ 75 Abs. S. 1 VwVfG).

Wegen dieser Konzentrationswirkung eines Planfeststellungsbeschluss kann fraglich sein, ob mit der Planfeststellung auch die Genehmigung einer dauernden Betriebseinstellung bzw. eine Änderung der Betriebspflicht verbunden sein kann.

Das BVerwG (Urteil vom 05. Juli 2018 – 3 C 21/16 –, Rn. 27, juris) hält es zunächst einmal im Gegensatz zum VG Stuttgart (Urteil vom 09. August 2016, 13 K 2947/12) nicht für ausgeschlossen, aber auch nicht für zwingend, dass mit einer planfeststellungsbedürftigen Änderung einer Betriebsanlage zugleich eine Stilllegung im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG verbunden ist. Ob dies der Fall ist, soll jeweils im Einzelfall nach dem Gegenstand des Vorhabens zu beurteilen sein. Diese Aussage des BVerwG bezieht sich allerdings nur auf die Tatbestände von Änderung und Stilllegung und besagt noch nichts über die Möglichkeit, ob ein PFB auch eine Stilllegungsgenehmigung umfassen kann. Das VG Stuttgart hatte als Vorinstanz noch angenommen, dass im Falle einer planfeststellungsbedürftigen Änderung schon der Tatbestand der Stilllegung nicht vorliegen könne und eine Stilllegungsgenehmigung schon deswegen nicht erforderlich sei.

Nach den aktuellen Richtlinien über den Erlass von Planrechtsentscheidungen für Betriebsanlagen der Eisenbahnen des Bundes nach § 18 Abs. 1 AEG sowie der Magnetschwebebahnen nach § 1 MBPIG (Planfeststellungsrichtlinien, Stand: 2/2019, S. 62) des EBA heißt es, dass Entscheidungen nach § 11 AEG im Beschluss nicht getroffen werden dürfen. Sie sind ggf. als Voraussetzung für die Zulassungsentscheidung zu prüfen (unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 25.05.2016, Az. 3 C 2.15, Rn. 15 ff., juris, für Stilllegungsverfahren nach § 11 AEG).

Das BVerwG hat ferner entschieden, dass das Stilllegungsverfahren gegenüber der etwaigen Planfeststellung eines Rückbaus selbstständig zu betrachten ist. Seine speziellen Anforderungen und seine absoluten Verfahrensrechte bleiben gegenüber einem Planfeststellungsverfahren bestehen. Die im Stilllegungsverfahren zu klärende Frage der Betriebseinstellung und damit der Möglichkeit einer Übernahme der Infrastruktureinrichtung durch einen Dritten ist einem gegenläufigen Rückbau-Planfeststellungsverfahren logisch und sachlich vorgelagert. In diesem Sinne hat der Senat schon im zitierten Urteil vom 25. Mai 2016 – 3 C 2.15 – BVerwGE 155, 218 Rn. 25 hervorgehoben, dass die Verfahrensanforderungen des § 11 Abs. 1a Satz 1 bis 3 AEG durch die Vorschriften über die Öffentlichkeitsbeteiligung im eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsverfahren (§ 18a AEG i.V.m. § 73 VwVfG) nicht unterlaufen werden dürfen (BVerwG, Urteil vom 05. Juli 2018 – 3 C 21/16 –, Rn. 22, juris).

Diese Ausführungen betreffen das Nebeneinander von Planfeststellungsverfahren und Stilllegungsverfahren, die idealerweise unabhängig voneinander zu betrachten bzw. zu führen sind.

Da aber nicht jede Betriebseinstellung oder –einschränkung eines Stilllegungsverfahrens nach § 11 AEG bedarf (jedenfalls in der Auslegung der Vorschrift des BVerwG), ist es denkbar, dass ein Planfeststellungsbeschluss auch ohne vorheriges Stilllegungsverfahren die Betriebspflicht für eine Eisenbahninfrastruktur festlegt oder einschränkt.

So wird etwa vertreten, dass eine „Rückbauplanfeststellung nach § 18 AEG die Anlage ändere und damit „natürlich“ indirekt auch den Inhalt der Vorhaltepflcht (Wilmsen, IR 2008, 129; so wohl auch Leitzke, IR 2019, 178).

6. Widmung und Freistellung

Während es bei der Betriebspflicht für eine Eisenbahninfrastruktur um die Pflicht eines Unternehmens geht, betreffen Widmung (a.) und Freistellung (b.) den planungsrechtlichen Status eines Grundstücks. Obwohl die Freistellung mit § 23 AEG mittlerweile gesetzlich geregelt ist, wird es daneben weiterhin für möglich gehalten, dass der Verlust der planungsrechtlichen Zweckbestimmung auch durch Funktionslosigkeit (c.) eintreten kann.

a) Widmung

Die Widmung ist anders als die spätere Freistellung von Bahnbetriebszwecken nicht gesetzlich geregelt (siehe zu den Zusammenhängen Dietrich, DVBl. 2007, 657). Der BGH (Urteil vom 19. Juni 2020 – V ZR 83/18 –, Rn. 17, juris) hat erst kürzlich ausgeführt:

„Das Eisenbahnrecht sieht zwar, anders als z.B. das Straßenrecht (vgl. etwa § 2 FStrG), keine ausdifferenzierten Vorschriften für die Widmung von Eisenbahnvermögen für Bahnbetriebszwecke vor. Die Widmung erfolgte vielmehr durch die Errichtung der Eisenbahnstrecken und die Aufnahme des Betriebs der Eisenbahninfrastruktur auf den genehmigten Trassen, mithin durch tatsächliche Indienstnahme der Grundstücke für Bahnbetriebszwecke. Deshalb kann bei Strecken, die länger in Betrieb gewesen sind, regelmäßig von einer Widmung für Bahnbetriebszwecke ausgegangen werden (vgl. BVerwGE 99, 166, 169; BVerwG, NVwZ-RR 1999, 720; Urteile vom 23. Oktober 2002 - 9 A 12L.02, juris Rn. 40 und vom 23. Oktober 2002 - 9 A 22L.01, juris Rn. 53).“

Wir setzen nachfolgend voraus, dass die Grundstücke der Panoramastrecke für Bahnbetriebszwecke gewidmet sind (siehe dazu auch Kramer, VerwA 2013, 31).

b) Freistellung

Nach der Konzeption des AEG entfällt die Zweckbindung des bahnnotwendigen Eisenbahnvermögens (Widmung) nicht durch tatsächliche Betriebsaufgabe. Die Stilllegungsgenehmigung nach § 11 AEG lässt nur die unternehmensbezogene Betriebspflicht entfallen, ändert aber nichts an dem planungsrechtlichen Status als Bahnanlage (BVerwG, Beschluss vom 28. Dezember 2017 – 3 B 15/16 –, Rn. 10, juris; zur Situation vor Einführung des § 23 AEG Spoerr, DVBl. 1997, 1309). Die eisenbahnrechtliche Zweckbindung soll nur in einemungsverfahren gemäß § 23 AEG aufgehoben werden können. Die Zweckbindung der Grundstücke entfällt somit auch nicht ihren Verkauf. Auch ein Erwerber wird von den Beschränkungen erst und nur dadurch frei, dass die Freistellung von Bahnbetriebszwecken im Verfahren nach § 23 Abs. 1 AEG festgestellt wird (BGH, Urteil vom 19. Juni 2020 – V ZR 83/18 –, Rn. 29, juris). Eine Freistellung darf

nur bewilligt werden, wenn kein Verkehrsbedürfnis mehr besteht und langfristig eine Nutzung der Infrastruktur im Rahmen der Zweckbestimmung nicht mehr zu erwarten ist (BGH, Urteil vom 19. Juni 2020 – V ZR 83/18 –, Rn. 24 - 25, juris).

c) Funktionslosigkeit

Nach der Rechtsprechung des BVerwG (siehe zuletzt Beschluss vom 28. Dezember 2017 – 3 B 15/16 –, Rn. 11, juris) kann eine Eisenbahnbetriebsanlage ihre planungsrechtliche Zweckbestimmung außer durch rechtsgestaltenden Verwaltungsakt weiterhin auch dadurch verlieren, dass die bestehende Fachplanung einer Fläche als Bahnanlage infolge der tatsächlichen Entwicklung funktionslos und damit rechtlich obsolet wird (siehe auch Ramsauer, DVBl. 2019, 463). Eine solche Funktionslosigkeit setzt danach einen Zustand der Bahnanlage voraus, der die Verwirklichung der bestehenden Planung auf unabsehbare Zeit ausschließt. Das kommt etwa in Betracht, wenn hinsichtlich der betreffenden Fläche ein Rechtsträgerwechsel stattgefunden hat oder eine dauerhafte anderweitige Nutzung zugelassen worden ist. Hingegen können ein bloßer Zeitablauf seit Stilllegung des Streckenbetriebs und eine dadurch bedingte, durch Sanierung aber ohne weiteres behebbare Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Betriebsanlagen nicht die Annahme rechtfertigen, die Wiederaufnahme der ursprünglichen Nutzung sei durch die vorgegebene tatsächliche Situation ausgeschlossen und daher planungsrechtlich nicht mehr gedeckt. Auch die vollständige oder teilweise Demontage der Gleise, der Verfall der Bahnanlagen und ihre Überwucherung durch Vegetation begründen keine Funktionslosigkeit, wenn sie rückgängig gemacht werden können. Das Gleiche gilt für die Unterbrechung der Trasse durch eine Straße durch eine Straße (BVerwG, Urteil vom 3. März 1999 - 11 A 9.97).

II. Zur Frage 1: Betriebspflicht an der „Panoramastrecke“

Die LHS stellt die Frage, ob die Betriebspflicht der DB Netz für die Panoramastrecke zwischen Böblingen – Goldberg und Streckenübergang 4803/4860 im mehrjährigen Zeitraum zwischen Kappung der Gleise der Panoramabahn (vgl. Sommer 2025) und Fertigstellung der Flughafenanbindung (vgl. 2027 bis 2030) entfällt?

Für die Beantwortung ist zunächst zu klären, ob und hinsichtlich welcher Eisenbahninfrastruktur die DB Netz gegenwärtig eine Betriebspflicht hat, die mit Kappung der Gäubahn entfallen könnte.

Im Anschluss werden die Voraussetzungen dargestellt, unter denen eine bestehende Betriebspflicht enden könnte, und jeweils geprüft, ob die Kappung der Gäubahn bzw. die Erlaubnis dieser Kappung diese Voraussetzungen erfüllen würde.

1. Eisenbahninfrastruktur „Panoramastrecke“

Das Rechtsgutachten soll die Betriebspflicht an der Panoramastrecke im Zeitraum zwischen Kappung der Gäubahn und Fertigstellung der Flughafenanbindung klären.

Mit „Panoramastrecke“ ist nach der Aufgabenstellung die Strecke auf der Gäubahn zwischen den Haltestellen Böblingen-Goldberg und dem Streckenübergang 4803/4860 vor dem Stuttgarter Hbf gemeint und zwar die konkreten Anlagen der Strecke. Dem folgt das Rechtsgutachten bei der Verwendung der Bezeichnung „Panoramastrecke“. Die Bezeichnung „Panoramastrecke“ wird somit anlagenbezogen verwendet.

Die Panoramastrecke ist insgesamt eine Eisenbahninfrastruktur i. S. d. §§ 2 Abs. 6, 6 Abs. 2 S. 2, 11 Abs. 1 S. 1 AEG.

Für die weitere Betrachtung soll die Panoramastrecke, soweit erforderlich, differenzierter nach folgenden Abschnitten beurteilt werden:

- Abschnitt zwischen Böblingen-Goldberg und Stuttgart-Vaihingen
- Abschnitt zwischen Stuttgart-Vaihingen und Streckenübergang 4803/4860

Den Abschnitt zwischen Streckenübergang 4803/4860 und Stuttgart Hbf betrachten wir in diesem Gutachten nicht.

2. Bestehen der Betriebspflicht für die DB Netz

Für die gesamte Panoramastrecke kann derzeit vom Bestehen einer Betriebspflicht für die DB Netz sowie vom Bestehen einer Unternehmensgenehmigung für die DB Netz als EIU ausgegangen werden (so auch Kramer, VerwA 2013, 31, mit Hinweis auf die historische Herleitung). Die bis zum 02.09.2016 erteilten Genehmigungen nach § 6 AEG gelten gemäß § 38 Abs. 3 AEG ab 02.09.2016 als Unternehmensgenehmigungen nach den §§ 6 bis 6g AEG. Die Genehmigung der DB Netz, aus der die konkrete Infrastruktur und ggf. konkrete Regelungen zur Betriebspflicht hervorgehen, liegt uns allerdings nicht vor.

Uns sind auch ansonsten keine behördlichen Regelungen (des EBA) zur Betriebspflicht an der Panoramastrecke bekannt. Deshalb stellen wir allein auf die gesetzlichen Regelungen ab. Wir unterstellen, dass die Genehmigung keine gegenüber dem (derzeitigen) Gesetz abweichenden Regelungen zur Betriebspflicht enthält. Wir berücksichtigen somit auch keine Besonderheiten, die sich daraus ergeben können, dass die Genehmigung zum Betrieb der Panoramastrecke nach früheren Fassungen des AEG erteilt wurde.

Somit bleibt nochmals festzuhalten, dass die DB Netz an der in der Unternehmensgenehmigung bestimmten Eisenbahninfrastruktur, die wir als Panoramastrecke bezeichnen, die Betriebserlaubnis und Betriebspflicht innehat.

Die Betriebspflicht bezieht sich somit nicht auf die Strecke in einem funktionalen Sinn, sondern auf die konkreten Anlagen, die in der Unternehmensgenehmigung bezeichnet sind.

3. Ende der Betriebspflicht an der Panoramastrecke

Die Unternehmensgenehmigung der DB Netz, mit der die Betriebserlaubnis und Betriebspflicht verbunden ist, bleibt als Verwaltungsakt gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG wirksam, solange und soweit sie nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.

Die bestehende Betriebspflicht an der Panoramastrecke könnte zunächst nach Maßgabe der derzeitigen Unternehmensgenehmigung enden (a.).

Die Unternehmensgenehmigung und damit die Betriebspflicht kann sich für die DB Netz erledigen, indem für die Eisenbahninfrastruktur ein anderes Unternehmen eine Genehmigung nach § 6 AEG erhält (b.).

Die Betriebspflicht könnte enden oder eingeschränkt werden durch eine Änderung der Unternehmensgenehmigung bzw. durch die Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung der Strecke gemäß § 11 AEG (dazu unter c. und d.).

Die Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung gemäß § 11 AEG könnte nach dem Urteil des BVerwG (05.07.2018, 3 C 21/16) entbehrlich sein (e.). Es ist zu prüfen, welche Auswirkungen auf die Betriebspflicht damit verbunden sind.

Ferner ist zu prüfen, welche Bedeutung die Planfeststellung des Rückbaus von Anlagen der Panoramastrecke durch den PFB 1.5 bzw. die Kappung der Gäubahn auf die Betriebspflicht hat (f. und g.).

Abschließend ist noch zu klären, ob sich der Verkauf der Grundstücke der Panoramastrecke an die LHS auf die Betriebspflicht der DB Netz AG auswirkt (h.)

a) Regelungen in der Unternehmensgenehmigung

Die Unternehmensgenehmigung für die DB Netz, die sich auf die konkrete Infrastruktur der Panoramastrecke bezieht, kann bereits selbst Regelungen (Nebenbestimmungen) zur Aufhebbarkeit der Genehmigung oder zum Ende bzw. zur Einschränkung der Betriebspflicht an der Eisenbahninfrastruktur enthalten (z. B. eine Befristung oder eine mit der Kappung der Gäubahn verbundene Bedingung).

Dazu ist uns nichts bekannt. Wir gehen davon aus, dass solche Regelungen nicht bestehen. Demzufolge würde die mit der Unternehmensgenehmigung verbundene Betriebspflicht für die Panoramastrecke fortbestehen bis die Unternehmensgenehmigung auf Antrag der DB Netz oder von Amts wegen aufgehoben oder geändert wird oder sich in sonstiger Weise erledigt (§ 43 Abs. 2 VwVfG).

b) Erledigung der Unternehmensgenehmigung mit Erteilung einer Unternehmensgenehmigung an einen Dritten

Die Panoramastrecke kann auch von einem Dritten übernommen werden und die DB Netz sich damit von der Betriebspflicht befreien.

Wird eine Eisenbahninfrastruktur im Verfahren nach § 11 Abs. 1, 1a AEG von einem Dritten oder auf sonstige Weise übernommen, entstehen die Betreibenspflichten in der Person eines Übernehmers oder Erwerbers nach Maßgabe der ihm erteilten Genehmigung gemäß § 6 AEG neu. Mit deren Erteilung erledigt sich eine etwa fortbestehende Unternehmensgenehmigung des früheren Betreibers, soweit diese nicht schon durch eine zuvor genehmigte Stilllegung erledigt ist (BVerwG, Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 8/16 –, Rn. 20, juris).

Die Unternehmensgenehmigung der DB Netz für den Betrieb der Panoramastrecke kann sich danach auch erledigen, wenn einem Unternehmer der Eisenbahninfrastruktur eine Unternehmensgenehmigung erteilt wird. Wir gehen davon aus, dass das für die Panoramastrecke (noch) nicht der Fall ist (zur Bedeutung des Verkaufs der Grundstücke an die LHS, s. u.).

c) Mögliche Änderung der Unternehmensgenehmigung

Es ist möglich, dass die DB Netz bis zur Kappung der Gäubahn noch einen Antrag bei dem EBA zur Änderung ihrer Unternehmensgenehmigung bzw. zur Einschränkung oder Beseitigung ihrer Betriebspflicht an der konkreten Eisenbahninfrastruktur stellt.

Das EBA wird dann zu prüfen haben, ob die Durchführung eines Verfahrens gemäß § 11 AEG erforderlich oder ein einfaches Verwaltungsverfahren ausreichend ist. Will ein EIU den Betrieb von Schienenwegen einstellen, ist eine Einschränkung der Unternehmensgenehmigung durch Bescheid des EBA erforderlich (so auch Schmitt/Leitzke, IR 2007, 88).

Jedenfalls kann die DB Netz auf die Genehmigung nicht einseitig verzichten und sich damit von der Betriebspflicht für die Panoramastrecke befreien (vgl. Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Juli 2012 – 1 L 67/11 –, Rn. 56, juris). Das gilt auch, soweit der Anwendungsbereich für das Stilllegungsverfahren des § 11 AEG nicht eröffnet ist. Allerdings besteht insoweit eine Regelungslücke, denn materielle Maßstäbe für eine Entscheidung des EBA über eine Beendigung der Betriebspflicht fehlen im AEG außerhalb des § 11 AEG (siehe bereits Schmitt/Leitzke, IR 2007, 58 ff.). Deshalb wurde etwa bei Bahnsteigen, soweit sie von § 11 AEG nicht erfasst waren, diskutiert, ob die Betriebsaufgabe frei erfolgen könne (vgl. Leitzke/Schreppel, DVBl 2010, 890). In der Praxis soll das EBA mit der DB StUS die Durchführung eines Quasi-Stilllegungsverfahrens vereinbart haben (siehe Kramer, VerWA 2013, 44). Die Möglichkeit einer „freien“ Betriebsaufgabe besteht aber für Eisenbahninfrastrukturen spätestens mit der Einfügung des Satzes 1 in § 11 Abs. 1 AEG nicht mehr. Die Betriebspflicht gilt danach für alle Betreiber von

Schienenwegen und Serviceeinrichtungen und zwar unabhängig davon, ob nach Satz 2 für die Beendigung der Betriebspflicht das Stilllegungsverfahren durchzuführen ist. Zur Schließung der Regelungslücke bietet es sich an, bei der Änderung oder Aufhebung der Betriebspflicht in den übrigen Fällen die Kriterien des § 11 Abs. 2 AEG entsprechend anzuwenden.

d) Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung gemäß § 11 AEG

Für die Genehmigung einer dauernden Einstellung des Betriebes einer Strecke ist regelmäßig das besondere besonderes Verwaltungsverfahren gemäß § 11 AEG durchzuführen, sofern die Eisenbahninfrastruktur nicht zuvor durch einen Dritten übernommen wird (zur Einordnung der Vorschrift Spoerr, DVBl. 1997, 1309).

Die Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung führt zum Ende der Betriebspflicht, wie sich bereits im Umkehrschluss aus § 11 Abs. 2 S. 3 AEG ergibt. Danach hat das Unternehmen den Betrieb der Schieneninfrastruktur bis zur Entscheidung über den Stilllegungsantrag aufrecht zu halten.

Bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages waren sich DB Netz und LHS gemäß § 7 Abs. 2.6 KV einig, dass die Stilllegung des Bahnbetriebs der Zustimmung des EBA bedarf (§ 11 AEG). Auch das BMVI geht in einem Schreiben vom 18.06.2016 offenbar davon aus, dass ein Stilllegungsverfahren für den Abschnitt Stuttgart-Nord bis Stuttgart-Vaihingen noch erfolgen wird bzw. erfolgen muss.

Bislang wurde für die Panoramastrecke unseres Wissens gleichwohl weder eine Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung beantragt noch erteilt. Deshalb kann die Betriebspflicht an der Panoramastrecke bislang nicht durch eine Genehmigung nach § 11 AEG beseitigt oder eingeschränkt worden sein.

Es kann deshalb allenfalls fraglich sein, ob die dauernde Betriebseinstellung der Panoramastrecke bereits mit dem PFB 1.5 (oder anderen PFB) genehmigt wurde.

Soweit ersichtlich wird bislang jedoch nicht vertreten, dass bereits mit der Planfeststellung zum PFA 1.5 über die Betriebseinstellung der Panoramastrecke i. S. d. § 11 AEG entschieden wurde. Eine Genehmigung der Stilllegung von Eisenbahninfrastruktur wurde durch den PFB 1.5 jedenfalls ausdrücklich auch nicht geregelt (zur Genehmigung des Rückbaus von Anlagen der Strecke sogleich).

Dementsprechend hat die Bundesregierung im Bundestag folgende Auskunft gegeben (BT-Drs. 17/6658, S. 72):

Abgeordneter Dr. Anton Hofreiter (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): „*Welche Verfahren der Abgabe und Stilllegung von Eisenbahninfrastruktur nach § 11 AEG, und welche eisenbahnrechtliche Freistellung von Bahnbetriebszwecken nach § 23 AEG hat es im Zusammenhang mit „Stuttgart 21“ gegeben?*“

Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Enak Ferlemann vom 20. Juli 2011: „In den Planrechtsentscheidungen, die zum „Projekt Stuttgart 21“ ergangen sind, hat es keine Stilllegungsentscheidungen nach § 11 AEG und keine eisenbahnrechtlichen Freistellungen von Bahnbetriebszwecken nach § 23 AEG gegeben.“

Das BVerwG hatte zudem in seiner Entscheidung vom 05.07.2018 (3 C 21/16) über die Erforderlichkeit eines Stilllegungsverfahrens auch für wesentliche Teile der Panoramastrecke (bis km 14, 717) zu entscheiden (dazu sogleich). Das wurde für die konkrete Fallsituation verneint, aber nicht, weil darüber bereits in den Planfeststellungsbeschlüssen (u. a. PFB 1.5) entschieden worden war.

Vor diesem Hintergrund kann es dahin gestellt bleiben, ob es überhaupt zulässig gewesen wäre, bereits mit dem PFB 1.5 eine Stilllegungsgenehmigung für die Panoramastrecke zu verbinden oder zu erteilen. Das BVerwG (Urteil vom 07. November 2019 – 3 C 13/18 –, Rn. 11, juris) hat zwischenzeitlich klargestellt, dass das eisenbahnrechtliche Regime, dem eine Eisenbahn unterliegt, erst durch ein Stilllegungsverfahren nach § 11 AEG bzw. eine Entwidmung nach § 23 AEG enden kann. Ohne diese rechtlichen Schritte, die von der Planfeststellung weder verdrängt werden noch (stillschweigend) ersetzt werden können, so das BVerwG, gilt die Betriebspflicht des Betreibers des Schienenweges fort.

e) Entbehrlichkeit der Genehmigung der dauernden Betriebseinstellung?

Weiter ist fraglich, ob die im Urteil des BVerwG (05.07.2018, 3 C 21/16) angenommene Entbehrlichkeit eines Stilllegungsverfahrens für wesentliche Teile der Panoramastrecke (bis km 14,717) Auswirkungen auf die fortbestehende Betriebspflicht der DB Netz an der Panoramastrecke hätte bzw. ob ein Stilllegungsverfahren unter den Annahmen der Fragestellung tatsächlich entbehrlich ist.

aa) Maßgebliche Aussagen des BVerwG

Die Kläger in dem Verfahren hatten u. a. für weite Abschnitte der Panoramastrecke die Verpflichtung der DB Netz begehrt, vor dem Rückbau von Anlagen ein Stilllegungsverfahren durchführen zu müssen (zu den besonderen Umständen der Entscheidung des BVerwG siehe Wysk, UPR 2019, 440).

Das BVerwG entschied jedoch, dass der Rückbau der streitgegenständlichen Betriebsanlagen keinen Stilllegungstatbestand im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG erfüllt. Eines Stilllegungsverfahrens bedarf es daher, so das BVerwG, nicht. Der Rückbau der oberirdischen Gleisanlagen des Kopfbahnhofs und seiner Zulaufstrecken bewirkt nach dem BVerwG keine Einstellung des Betriebes einer Strecke im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG.

Das BVerwG schloss sich damit dem VG Stuttgart an, das davon ausgegangen ist, dass sich der Begriff der Strecke und deren Einstellung nicht anlagenbezogen auf eine konkrete Gleisanlage bezieht, sondern in einem funktionalen Sinne auf die Verbindung zwischen einem Abfahrts- und einem Bestimmungsort.

Entsprechend hat das Gericht zugrunde gelegt, dass keine Streckenstilllegung, sondern nur eine Änderung der Streckenführung gegeben ist, wenn ein Teilstück einer Strecke durch ein anders verlaufendes Teilstück ersetzt werde.

Das BVerwG führt weiter aus:

„Der Senat hat hierauf aufbauend ausgeführt, dass eine Strecke durch einen Schienenweg gebildet werde, der zwei Orte mittels Eisenbahn miteinander verbinden solle. Abzustellen sei auf die Orte, die über den Schienenweg durch einen Halt der Eisenbahn zum Zwecke des Personenverkehrs oder Güterumschlags erreichbar sein sollen. Die darin zum Ausdruck kommende Verkehrsfunktion ist wesentliches Merkmal einer Strecke. Dem Gesetzgeber ging es bei der Genehmigungsbedürftigkeit von Stilllegungsmaßnahmen nach § 11 AEG im Ausgangspunkt nicht um den Erhalt von Eisenbahninfrastruktur schlechthin, sondern um die Aufrechterhaltung der mit ihr verbundenen Verkehrsmöglichkeiten (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Mai 2016 - 3 C 2.15 - BVerwGE 155, 218 Rn. 16 f., 21). Eine rein anlagenbezogene Sicht würde über diesen Gesetzeszweck hinaus die Möglichkeit von Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Anpassung von Betriebsanlagen an neue Verkehrsbedürfnisse erschweren. Der Abbau von Gleisen oder die Verlegung der Streckenführung im Zuge einer planfeststellungsbedürftigen Änderung von Betriebsanlagen (§ 18 Satz 1 AEG) ist daher unerheblich, solange die bisherigen Orte erreichbar bleiben.

Die gegen diese funktionale Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG herangezogenen Vorschriften zur Unternehmensgenehmigung sind demgegenüber unergiebig. Zwar trifft es zu, dass sich die Unternehmensgenehmigung auf eine konkrete Eisenbahninfrastruktur bezieht (§ 6 Abs. 2 Satz 2 AEG). Die Vorschriften über die Unternehmensgenehmigung besagen jedoch nichts darüber, in welchen Fällen Dritten im Rahmen von § 11 AEG die Möglichkeit der Übernahme der Eisenbahninfrastruktur gegeben werden muss. § 11 AEG setzt vielmehr voraus, dass der jeweilige Unternehmer über die jeweilige Eisenbahninfrastruktur verfügt. Ebenso wenig hilft der Gedanke des Wettbewerbs weiter. Ungeachtet des Umstandes, dass der Wettbewerbsgedanke in § 1 Abs. 1 AEG nicht mehr enthalten ist (Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich vom 29. August 2016 <BGBl. I S. 2082>), ist zwar richtig, dass § 11 AEG den Wettbewerb im Interesse der Erhaltung bestehender Eisenbahninfrastruktur fruchtbar macht (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Mai 2016 - 3 C 2.15 - BVerwGE 155, 218 Rn. 24). Er ist aber kein Selbstzweck, sondern wird durch die genannte, sich aus Sinn und Zweck ergebende Reichweite von § 11 AEG begrenzt.

bb) Danach hat das Verwaltungsgericht eine Streckenstilllegung zutreffend verneint. Nach seinen bindenden tatsächlichen Feststellungen (§ 137 Abs. 2, § 134 Abs. 4 VwGO) bleiben unter veränderter Streckenführung sämtliche Bahnverbindungen von und zum Stuttgarter Hauptbahnhof erhalten. Soweit die Klägerin die Tieflage des künftigen Hauptbahnhofs und damit geltend macht, es handele sich wegen eines anderen angebundenen Ortes um eine andere Strecke, trifft dies nicht zu. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass von der Einstellung des Betriebs einer Strecke nicht ohne weiteres gesprochen werden kann, wenn ein Bahnhof verlegt wird (BVerwG, Urteil vom 25. Mai 2016 - 3 C 2.15 - BVerwGE 155, 218 Rn. 21). Entscheidend ist dabei die fortbestehende Anbindung des Ortes im Sinne des Gebietes, das durch den Schienenweg erschlossen werden soll. Sie ist bei der Verlegung eines Bahnhofs erst dann in Frage gestellt, wenn sich das durch ihn erschlossene Gebiet, sein Einzugsbereich, wesentlich ändert. Dass dies hier bezogen auf den künftigen Tiefbahnhof der Fall sei, behauptet die Klägerin nicht und ist auch sonst in keiner Weise ersichtlich. Auch eine mögliche Beschränkung einzelner Schienenwege auf einen S-Bahn-Verkehr ist ohne Bedeutung, solange die Erreichbarkeit der bislang verbundenen Orte nicht eingeschränkt ist. Hierfür geben die Ausführungen der Klägerin nichts her."

bb) Einordnung der Entscheidung für die Fragestellung

Das BVerwG hat im konkreten Fall lediglich entschieden, dass vor dem Rückbau der streitgegenständlichen Eisenbahnanlagen kein Stilllegungsverfahren gemäß § 11 AEG durchzuführen sei, weil hier keine Streckenstilllegung, sondern nur eine Änderung der Streckenführung gegeben sei und nur ein Teilstück einer Strecke durch ein anders verlaufendes Teilstück ersetzt werde.

(1) Betriebspflicht bei Änderung der Streckenführung

Das Urteil des BVerwG könnte zunächst die Frage aufwerfen, ob darin lediglich die Voraussetzungen eines Stilllegungsverfahrens behandelt oder ob auch Aussagen zur Betriebspflicht an der ersetzten Eisenbahninfrastruktur getroffen werden. Wenn es heißt, dass der Rückbau der oberirdischen Gleisanlagen des Kopfbahnhofs und seiner Zulaufstrecken keine Einstellung des Betriebes einer Strecke im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG bewirkt, könnte das weitergehend so verstanden werden, dass in diesem Fall auch keine Verletzung der Betriebspflicht anzunehmen ist bzw. dass an der ersetzten Strecke keine Betriebspflicht mehr besteht.

Das BVerwG hat sich jedoch nicht zu der hier maßgeblichen Frage der Betriebspflicht an der Panoramastrecke geäußert. Das BVerwG hat lediglich auf Antrag eines möglichen Interessenten an der Eisenbahninfrastruktur der Panoramastrecke entschieden, dass die

Voraussetzungen für die Erforderlichkeit eines Verfahrens nach § 11 AEG nicht vorlägen.

Die Betriebspflicht ergibt sich hingegen aus der Erlaubnis (Unternehmensgenehmigung) der DB Netz zum Betrieb einer bestimmten Eisenbahninfrastruktur bzw. aus § 11 Abs. 1 S. 1 AEG. Sowohl die Erlaubnis als auch die Betriebspflicht können sich auch bei einer Streckenänderung erst durch Anpassung der Unternehmensgenehmigung auf eine andere Eisenbahninfrastruktur erstrecken. Dafür ist ein Verwaltungsverfahren durchzuführen, selbst wenn es kein besonderes Stilllegungsverfahren wäre.

Das BVerwG stellt in seiner Entscheidung selbst einen Unterschied zwischen dem Gegenstand der Unternehmensgenehmigung und den Anwendungsvoraussetzungen des § 11 AEG her. Während es in der Unternehmensgenehmigung um eine bestimmte Eisenbahninfrastruktur geht, geht es in § 11 Abs. 1 S. 2 AEG um die dauernde Einstellung des Betriebes einer Strecke. Mit diesem Verständnis des BVerwG muss nicht immer im Verfahren nach § 11 AEG über die Betriebseinstellung auf der in der Unternehmensgenehmigung bestimmten Eisenbahninfrastruktur entschieden werden, denn § 11 AEG soll nicht vom Interesse an der Erhaltung dieser bestimmten Eisenbahninfrastruktur zu verstehen sein, sondern vom Erfordernis, ob Dritten die Möglichkeit der Übernahme der Eisenbahninfrastruktur gegeben werden muss.

Es hätte nahe gelegen, bei dieser Gelegenheit das Verhältnis der Betriebspflicht nach dem neuen Satz 1 in § 11 Abs. 1 AEG zu dem Anwendungsbereich für das Stilllegungsverfahren zu bestimmen, insbesondere ob dieser Anwendungsbereich für das Stilllegungsverfahren die Betriebspflicht definiert (das wird etwa für nicht-öffentliche EIU argumentiert, die zwar vom Wortlaut des Satzes 1 erfasst sind, die aber nach Satz 2 kein Stilllegungsverfahren durchführen müssen, siehe Hellriegel/Brukwicki, § 11 AEG, Rn. 27) oder ob es vielmehr umgekehrt sein muss. Das hat für das BVerwG aber offenbar keine Bedeutung gehabt. Das Gericht beschränkt sich auf den Hinweis, dass mit der Einfügung des § 11 Abs. 1 S. 1 AEG keine neue Regelung der Betriebspflicht verbunden sei (Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 19/16 –, Rn. 24, juris).

Solange also die Unternehmensgenehmigung der DB Netz für die Panoramastrecke nicht aufgehoben oder geändert wird, gleich in welchem Verwaltungsverfahren, besteht die Betriebspflicht an der Strecke auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG fort.

(2) Keine dauernde Betriebseinstellung bei Änderung der Streckenführung

Die Auffassung des BVerwG, ein Stilllegungsverfahren sei im Falle der Panoramastrecke nicht erforderlich, weil bei bloßer Änderung der

Streckenführung nicht der Betrieb einer Strecke im funktionalen Sinne als Verbindung von zwei Orten eingestellt werde, kann im Übrigen mit guten Gründen kritisiert werden (siehe etwa Kramer, NVwZ 2019, 74). Der Erhalt der konkreten Eisenbahninfrastruktur und die Netzfunktion auch kleinteiliger Abschnitte und Einrichtungen wäre gefährdet, wenn die Verfahrensvoraussetzungen nach § 11 AEG lediglich aus der Sicht übernahmewilliger Dritter verstanden wird. Damit würde § 11 AEG nicht der Gewährleistungsverantwortung des Bundes für die Eisenbahninfrastruktur gerecht. Bei Kramer, N&R 2017, 211 (FN 12), heißt es deshalb zutreffend, dass § 11 AEG gerade die einzelnen Betriebsanlagen und Gleise in ihrem nur schwer „reproduzierbaren“ Bestand schützt.

In der späteren Entscheidung zum Stellwerk Mainz heißt es beim BVerwG dann auch, dass die Stilllegungstatbestände des § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG verhindern sollen, dass die EIU jederzeit unwirtschaftliche Infrastruktureinrichtungen schließen können und betonte: *„...es geht um den Erhalt der physischen Infrastruktur“* (BVerwG, Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 19/16 –, Rn. 23, juris). Der Bezug auf die „physische Infrastruktur“ spricht wieder für ein anlagenbezogenes Verständnis der Vorschrift.

Es muss deshalb nicht ausgeschlossen sein, dass das BVerwG seinen Streckenbegriff noch einmal überprüft und stärker anlagenbezogen ausrichtet. Vorerst muss jedoch das funktionale Verständnis von der Strecke für den Anwendungsbereich des Stilllegungsverfahrens gemäß § 11 AEG zu Grunde gelegt werden.

(3) Kein Ersatz für Panoramastrecke

Für die Beantwortung der Fragestellung kommt es aber im Ergebnis nicht darauf an, ob die vom BVerwG in seinem Fall angenommene Entbehrlichkeit des Stilllegungsverfahrens für die Betriebspflicht an der Panoramastrecke von Bedeutung ist. Denn unter den Annahmen der Fragestellung ist auch nach dieser Rechtsprechung das Stilllegungsverfahren nicht entbehrlich. Die maßgebliche Voraussetzung für die Verneinung der Betriebseinstellung wird dann nicht erfüllt, wenn im Falle der Kappung der Gäubahn weder ein Ersatzschienenweg noch die Flughafenanbindung als Ersatz zur Verfügung stehen. Der Ersatz eines Teilstücks einer Strecke durch eine andere Strecke, den das BVerwG voraussetzt, findet nicht bzw. erst in ungewisser Zukunft statt. Die Erreichbarkeit des Hauptbahnhofs bzw. der Orte, die über den Streckenübergang 4803/4860 auf der Panoramastrecke erreicht werden, wird nicht mehr gewährleistet, wenn die Züge der Gäubahn in Vaihingen enden sollen oder müssen.

Der gleichwertige Ersatz einer Eisenbahninfrastruktur ist maßgeblicher Grund, um die Betriebseinstellung auf der ersetzten Infrastruktur keinem Verfahren nach § 11 AEG zu unterwerfen.

Bereits das VG Stuttgart (Urteil vom 09. August 2016 – 13 K 2947/12 –, Rn. 82 - 83, juris) hatte als Vorinstanz angenommen:

„Zwar kann auch die dauernde Einstellung des Betriebes eines einzelnen Teilstücks einer Strecke einer Stilllegungsgenehmigung bedürfen. Nach dem oben dargelegten räumlich-funktionalen Verständnis des Begriffes „Strecke“ jedoch nur dann, wenn die Aufgabe des Teilstücks der Strecke zugleich zur Folge hat, dass auch die bislang bestehende (Bahn-)Verbindung zwischen den früheren Abfahrts- und Bestimmungsorten auf Dauer unterbrochen wird.

Letzteres ist aber nicht der Fall, wenn das aufgegebene Teilstück der Strecke an derselben oder an anderer Stelle durch ein neues Teilstück ersetzt wird, mit dem die frühere (Bahn-)Verbindung zwischen den betreffenden Abfahrts- und Bestimmungsorten wieder hergestellt wird.“

Das BVerwG hat bei der insoweit maßgeblichen Aussage in seiner Entscheidung, ob ein Ersatz tatsächlich gegeben ist, auf seine revisionsrechtliche Bindung verwiesen, wenn es heißt: *„Danach hat das Verwaltungsgericht eine Streckenstilllegung zutreffend verneint. Nach seinen bindenden tatsächlichen Feststellungen (§ 137 Abs. 2, § 134 Abs. 4 VwGO) bleiben unter veränderter Streckenführung sämtliche Bahnverbindungen von und zum Stuttgarter Hauptbahnhof erhalten.“*

Das BVerwG hat also nicht eigenständig untersucht, ob tatsächlich sämtliche Verbindungen erhalten bleiben. Nach derzeitiger Sachlage bzw. nach den Annahmen der Fragestellung ist das nicht (mehr) der Fall.

Auch das OVG Hamburg (Beschluss vom 15. August 2018 – 1 Es 1/18.P–, Rn. 108, juris) macht im Fall der Verlegung des Bahnhofs Altona die Einordnung der Verlegung als Tatbestand i. S. d. § 11 AEG vom Vorhandensein eines (gleichwertigen) Ersatzes abhängig:

„... die Genehmigung der Stilllegung ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses (BVerwG, Urt. v. 25.5.2016, 3 C 2.15, BVerwGE 155, 218, juris Rn. 27). Etwas anderes kann nur gelten, wenn durch die Planfeststellung ein gleichwertiger Ersatz für die entfallende Verladeeinrichtung vorgesehen oder jedenfalls hinreichend sichergestellt wird; denn in einem solchen Fall würde keine Stilllegung der Verladeeinrichtung vorliegen, sondern lediglich deren Verlegung.

Entsprechend zum funktionalen Verständnis der Begriffe "Strecke" bzw. "Bahnhof" in § 11 Abs. 1 Satz 2 AEG (siehe oben bei a)) erscheint es sachgerecht, die Regelungen des § 11 AEG auch bei Serviceeinrichtungen nur dann eingreifen zu lassen, wenn es um einen ersatzlosen Wegfall geht oder wenn eine Ersatzanlage nicht annähernd gleichwertig mit der bestehenden Anlage ist." (Hervorhebung nicht im Original)

Ob ein gleichwertiger Ersatz für eine verlegte Strecke oder eine verlegte Serviceeinrichtung besteht, ist damit sowohl für die Rechtmäßigkeit der Planfeststellung der Verlegung als auch für den Anwendungsbereich des Stilllegungsverfahrens von Bedeutung.

Das BVerwG hätte in Folge seiner Sulingen-Entscheidung (Urteil vom 25. Mai 2016 – 3 C 2/15 –, BVerwGE 155, 218-229) möglicherweise auch der Frage nachgehen können, ob der Ersatz für die Panoramastrecke vom VG Stuttgart überhaupt vorausgesetzt werden durfte. Dort hieß es noch:

„Wird lediglich die Anbindung eines Ortes an das Schienennetz verändert, indem etwa ein Bahnhof verlegt wird, so wird zwar nach Sinn und Zweck der Regelungen über die Stilllegung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen nicht ohne Weiteres von der Einstellung des Betriebs einer Strecke gesprochen werden können (vgl. Kramer, VerwArch 2013, 26, 36 f.). Der festgestellte Plan sieht jedoch keine weitere Anbindung Sulingens vor. Damit steht fest, dass mit dem planfestgestellten Vorhaben eine Streckenstilllegung verbunden ist und ein Stilllegungsverfahren nach § 11 AEG durchzuführen ist.“

Das BVerwG hat hier die Beurteilung der Stilllegungsvoraussetzungen davon abhängig gemacht, ob die Planfeststellung der Kappung der Anbindung Sulingens eine Ersatzlösung vorsieht. Diese Prüfung ist vom VG Stuttgart hinsichtlich der Ersatzlösung für die Kappung der Gäubahn (wohl) nicht erfolgt. Das BVerwG hat dann lediglich revisionsrechtlich vorausgesetzt, dass unter veränderter Streckenführung sämtliche Bahnverbindungen von und zum Stuttgarter Hauptbahnhof erhalten bleiben.

Soweit es um die Erforderlichkeit einer Stilllegungsgenehmigung geht, ist der Rechtsprechung des Weiteren nicht zu entnehmen, dass ein gleichwertiger Ersatz nicht unmittelbar zur Verfügung stehen müsste. Vielmehr sprechen die Sulingen-Entscheidung und die Entscheidung zum Bahnhof Altona dafür, dass der Ersatz bereits mit der Planfeststellung des Rückbaus einer Bahnanlage gesichert sein muss. Für eine großzügige Auslegung des § 11 AEG, nach der selbst bei einer nur beabsichtigten und zeitlichen ungewissen Verlegung einer Strecke keine Genehmigung für die Betriebseinstellung auf der ersetzten Strecke erforderlich wäre, besteht kein Raum. Wenn im Falle der Gäubahn die Verlegung der Strecke also tatsächlich nicht stattfindet bzw. ungewiss ist, muss auch nach der

Entscheidung des BVerwG die Erforderlichkeit einer Stilllegungsgenehmigung neu beurteilt werden.

cc) Exkurs: Keine Entbehrlichkeit des Stilllegungsverfahrens

Die Verzögerungen bei der Flughafenbindung der Gäubahn und die Unterbrechung des Betriebs ab Vaihingen führen somit dazu, dass gerade auf Grundlage der Entscheidung des BVerwG die Erforderlichkeit eines Stilllegungsverfahrens wegen dauernder Einstellung des Betriebes geprüft werden müsste und zwar bevor die Gäubahn gekappt wird. Für die hier zu beurteilende Betriebspflicht an der Panoramastrecke ändert sich insoweit gleichwohl nichts. Die Betriebspflicht endet ohnehin erst mit der Änderung der Unternehmensgenehmigung, entweder durch ein einfaches Verwaltungsverfahren oder durch ein besonderes Stilllegungsverfahren.

Die Erforderlichkeit eines Stilllegungsverfahrens im Falle der Unterbrechung der Gäubahn im Falle der Verzögerung einer Ersatzverbindung kann allerdings für den Vollzug des PFB 1.5 von Bedeutung sein. Das wird bei der Frage 3 zur Änderungsbefugnis des EBA zu berücksichtigen sein.

Dennoch soll die Entbehrlichkeit des Stilllegungsverfahrens bereits hier im Zusammenhang mit dem Urteil des BVerwG angesprochen werden.

Die Kappung der Gäubahn gemäß PFB 1.5 würde für sich genommen den Tatbestand der Betriebseinstellung auf der Panoramastrecke erfüllen. Eine Strecke wird im Sinne von § 11 AEG stillgelegt, wenn ihr Betrieb dauernd eingestellt werden soll, sie also dem Eisenbahnverkehr nicht nur vorübergehend nicht mehr zur Verfügung steht. Das setzt nicht die Absicht voraus, den Schienenweg einer Strecke als Ganzes nicht mehr in einem betriebsfähigen und -sicheren Zustand zu unterhalten. Vielmehr genügt, wenn die Strecke von Ort zu Ort nicht mehr befahrbar ist, weil sie an einer Stelle nicht mehr betriebsbereit ist (BVerwG, Urteil vom 25. Mai 2016 – 3 C 2/15 –, BVerwGE 155, 218-229, Rn. 20). Bei dem Rückbau der Anlagen (Kappung der Gäubahn) handelt es sich nicht um eine nur vorübergehende Maßnahme. Eine kurzfristige Wiederinbetriebnahme ist an dieser Stelle nicht beabsichtigt und damit auch nicht zu erwarten (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 2007 - 3 C 51.06 - BVerwGE 129, 381 Rn. 34).

Wie bereits ausgeführt, ist unter der Annahme der Fragstellung (aber auch in Kenntnis des PFB 1.5) nicht gesichert, dass die Gäubahn nur verlegt wird, also mit dem Rückbau von Anlagen der Panoramastrecke eine veränderte Strecke zur Verfügung steht. Vielmehr endet die Gäubahn bis auf Weiteres in Vaihingen.

Es kann dann fraglich sein, ob nur eine vorübergehende oder eine dauernde Betriebseinstellung i. S. d. § 11 AEG vorliegt.

Die Fragestellung geht davon aus, dass zwischen der Kappung der Gäubahn und der Herstellung der Flughafenbindung drei bis fünf Jahre liegen könnten. Damit könnte nur eine vorübergehende Betriebseinstellung auf der Strecke zwischen

Böblingen/Vaihingen und Stuttgart Hbf bzw. der Orte, die über den Streckenübergang 4803/4860 auf der Panoramastrecke erreicht werden, vorliegen, die nicht gemäß § 11 AEG genehmigungspflichtig wäre.

Eine dauernde Betriebseinstellung einer Strecke liegt jedoch nicht erst dann vor, wenn sie endgültig ist. In dem Hunsrück-Urteil grenzte das BVerwG (Urteil vom 25. Oktober 2007 – 3 C 51/06 –, BVerwGE 129, 381-393, Rn. 34) die dauernde von der vorübergehenden Betriebseinstellung wie folgt ab:

„Eine Streckensperrung ist nicht bereits dann als lediglich vorübergehend einzustufen, wenn sich das Infrastrukturunternehmen die Entscheidung über die weitere Verwendung der Strecke noch vorbehalten will. Eine nur vorübergehende Betriebseinstellung kann nur dann angenommen werden, wenn eine Wiederinbetriebnahme in kurzer Frist wieder zu erwarten ist; zudem muss die Unterbrechung des Betriebes regelmäßig dazu dienen, die sichere Befahrbarkeit der Strecke wiederherzustellen. Das Gesetz hat damit Reparaturen nach einer technischen Störung, einem Unfall oder nach Unwetterschäden vor Augen. Die Suspendierung des Stilllegungsverfahrens darüber hinaus auch von künftigen Investitionsentscheidungen des Infrastrukturunternehmens selbst abhängig zu machen, würde demgegenüber einer Umgehung Tür und Tor öffnen.“

Einen weiteren zeitlichen Maßstab für eine noch zulässige bzw. vorübergehende Betriebseinstellung kann das Aufsichtsrecht liefern. Eine sechsmonatige Betriebseinstellung veranlasst die Aufsichtsbehörde nach § 6g Abs. 4 AEG zur Überprüfung der Unternehmensgenehmigung.

Nach diesen Maßstäben ist die mehrjährige und zeitlich ungewisse Unterbrechung der Gäubahn bzw. der Verbindung zwischen Böblingen/Vaihingen und der Orte, die über den Streckenübergang 4803/4860 auf der Panoramastrecke erreicht werden, keine kurzfristige, sondern eine dauernde Betriebseinstellung i. S. d. § 11 AEG. Das gilt zum einen bei einem anlagenbezogenen Verständnis der „Strecke“, denn die Panoramastrecke wird mit Kappung der Gäubahn dauerhaft unterbrochen. Das gilt aber auch bei einem funktionalen Verständnis der „Strecke“, wenn die mit der Panoramastrecke verbundene Verkehrsbeziehung zwar ersetzt werden soll, aber ein Ersatz zur Aufrechterhaltung der Verkehrsverbindung kurzfristig nicht zur Verfügung steht.

f) Planfeststellung des Rückbaus

Wenn auch mit dem PFB 1.5 keine Entscheidung über die dauerhafte Betriebseinstellung der gesamten Panoramastrecke getroffen wurde, so hat der PFB 1.5 zumindest einen Rückbau von Anlagen der Panoramastrecke erlaubt, bei deren Umsetzung der durchgehende Verkehr auf der Strecke zunächst unmöglich wird. Das betrifft allerdings nur den Abschnitt zwischen dem Streckenübergang 4803/4860 und Stuttgart Hbf, weil die übrigen Abschnitte der Panoramabahn

weiterhin befahrbar bleiben und wegen des Streckenübergangs auch Verkehrsfunktionen haben können.

Für den hier allein interessierenden Abschnitt zwischen Böblingen-Goldberg und dem Streckenübergang ist festzuhalten, dass der PFB 1.5 die mit der Unternehmensgenehmigung verbundene Betriebspflicht weder ausdrücklich regelt noch einschränkt. Auch eine Stilllegungsgenehmigung i. S. d. § 11 AEG ist jedenfalls ausdrücklich nicht erteilt worden.

Wenn vertreten wird, dass eine Planfeststellung des Rückbaus einer Eisenbahnanlage die Unternehmensgenehmigung und die Betriebspflicht für diese Eisenbahnanlage konkludent ändern bzw. beseitigen kann (vgl. Hermes, in: Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 99), kann dies allenfalls für die konkret betroffene Eisenbahninfrastruktur gelten, also hier allenfalls für den Abschnitt zwischen Stuttgart Hbf und dem Streckenübergang. Die Beseitigung der Betriebspflicht oder die Einschränkung der Unternehmensgenehmigung für die übrigen Abschnitte der Panoramabahn wäre nicht erforderlich, um das beantragte Bauvorhaben durchzuführen und kann schon deshalb nicht (konkludent) von der Konzentrationswirkung des PFB 1.5 erfasst sein.

g) Kappung der Gäubahn

Nur zur Klarstellung ist noch anzumerken, dass die in der Fragestellung erwähnte Kappung der Gäubahn als bloßer baulicher Akt nichts an der Betriebspflicht an der Panoramastrecke ändern würde. Die Betriebspflicht muss durch einen Rechtsakt beendet werden. Der bauliche Akt kann dann allenfalls eine Bedingung erfüllen, an die der Rechtsakt eine Rechtsfolge knüpft.

Die Kappung der Gäubahn als bloßer baulicher Akt würde nicht die Betriebspflicht beenden, sondern vielmehr die Erforderlichkeit eines Stilllegungsverfahrens begründen. Ein Stilllegungsverfahren wird jedenfalls nicht dadurch entbehrlich, dass eine Strecke auf Grund einer Baumaßnahme nicht mehr durchgängig befahrbar ist, selbst wenn das EIU dafür nicht verantwortlich ist (vgl. Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Juli 2012 – 1 L 67/11–, Rn. 60, juris: *„Der Anordnung der Durchführung eines Stilllegungsverfahrens im Sinne des § 11 AEG steht auch nicht entgegen, dass die streitgegenständliche Strecke in der Ortslage N. aufgrund einer Vereinbarung zwischen der (...) AG und dem Landesbetrieb Bau des Beklagten vom 26. Juni/5. Juli 2007 durch Beseitigung des Schienenweges im Kreuzungsbereich nicht mehr durchgängig befahrbar ist. Auch wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, dass die Entfernung des Schienenstücks noch vor dem (maßgeblichen Zeitpunkt am) 17. Dezember 2008 erfolgt ist und die Maßnahme ohne sein Wissen und seinen Willen stattgefunden hat, macht dies ein Stilllegungsverfahren nicht entbehrlich, sondern erfordert es geradezu, so lange sich niemand bereitfindet, die unterbrochene Verbindung der Strecke wieder herzustellen. Denn in diesem Fall läuft die Streckenunterbrechung auf eine, wenn auch vom Betreiber nicht verursachte, faktische dauerhafte Einstellung des*

Streckenbetriebes hinaus, die nach den Modalitäten des § 11 AEG abzuwickeln ist.").

h) Verkauf der Grundstücke der Panoramastrecke

Nur ergänzend ist nochmals zu erwähnen, dass auch etwaige Übertragungen des Eigentums an den Grundstücken der Panoramastrecke an die LHS nicht zur Beseitigung der Betriebspflicht der DB Netz führen.

Selbst das Entfallen der zivilrechtlichen Berechtigung zur Nutzung der Eisenbahninfrastruktur steht der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zum Betrieb nicht entgegen (vgl. Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Juli 2012 – 1 L 67/11 –, Rn. 73, juris).

Aus der bereits zitierten Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 8/16) lässt sich zudem schließen, dass die Unternehmensgenehmigung und damit die Betriebspflicht nicht allein durch den Verkauf von Grundstücken der Panoramastrecke an die LHS beendet oder eingeschränkt ist. Die Erledigung der Unternehmensgenehmigung der DB Netz wäre an die Erteilung einer neuen Unternehmensgenehmigung für die LHS bzw. Dritte geknüpft, was hier nicht geschehen ist und unseres Wissens auch nicht beabsichtigt ist. Damit kann hier dahinstehen, wie lange nach dem Grundstückskaufvertrag die DB Netz noch das Nutzungsrecht an den Grundstücken der Panoramastrecke behält. Das kann von der Auslegung der Bedingung in der Nutzungsvereinbarung „Inbetriebnahme des Verkehrsprojektes Stuttgart 21“ abhängen und damit von der Frage, ob dazu etwa auch die Flughafenbindung der Gäubahn gehört.

4. Ergebnis zur Frage 1

Die Betriebspflicht der DB Netz für die Panoramastrecke (Abschnitt zwischen Böblingen-Goldberg und Streckenübergang 4803/4860) entfällt nicht im mehrjährigen Zeitraum zwischen Kappung der Gleise der Panoramabahn und Fertigstellung der Flughafenbindung, es sei denn, die Unternehmensgenehmigung wird (noch) durch eine Stilllegungsgenehmigung oder in sonstiger Weise geändert. Unter der Annahme der Fragestellung, dass bei Kappung der Gäubahn keine Ersatzverbindung zur Verfügung steht, ist insoweit ein Stilllegungsverfahren gemäß § 11 AEG erforderlich.

III. Zur Frage 2: Verpflichtungen aus der Betriebspflicht

Für den Fall, dass die Betriebspflicht an der Panoramastrecke auch nach „Kappung der Gäubahn“ fortbesteht, stellt die LHS die Frage, welche Verpflichtungen sich für die DB Netz aus der fortbestehenden Betriebspflicht (insbesondere hinsichtlich der Zur-Verfügung-Stellung der Trasse für Eisenbahnverkehrsunternehmen) ergeben?

Soweit gemäß den bisherigen Ausführungen von einer fortbestehenden Betriebspflicht der DB Netz an einer in der Unternehmensgenehmigung bestimmten Eisenbahninfrastruktur ausgegangen werden kann, bestehen

grundsätzlich keine Besonderheiten gegenüber anderen Eisenbahninfrastrukturen (siehe dazu allgemein bereits oben).

Dabei gehen wir wiederum davon aus, dass die Unternehmensgenehmigung selbst keine besonderen Regelungen enthält und auch keine sonstigen Einzelfallregelungen des EBA zur Panoramastrecke verfügt wurden (vgl. dazu Hermes, in Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 14).

Soweit der PFB 1.5 einen Schienenersatzverkehr im Falle der Kappung der Gäubahn voraussetzt, dient das der planfeststellungsrechtlichen Problembewältigung. Mit dem Schienenersatzverkehr wird deshalb nicht die Betriebspflicht i. S. d. § 11 Abs. 1 S. 1 AEG für die Eisenbahnanlagen der Panoramastrecke aus der Unternehmensgenehmigung ersetzt oder erfüllt. Allenfalls dient die Einrichtung eines Schienenersatzverkehrs der Minimierung der Auswirkungen, falls die Eisenbahnanlagen, für die eine Betriebspflicht besteht, nicht betriebssicher vorgehalten werden können. Das dürfte als Aufgabe bzw. als Kostenverpflichtung für das EIU auch nur relevant sein, wenn Bereitstellungspflichten gegenüber einem EVU nicht erfüllt werden können (vgl. insoweit auch Ziffer 3.5.6 der Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2020 (SNB 2020)). Die Verkehrsleistungen selbst erbringt ohnehin das EVU und nicht das EIU. Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (Urteil vom 10. Oktober 2018 – 8 C 11694/17) hat deshalb Auflagen in einem PFB für ein Vorhaben des EIU (Klägerin) für unrechtmäßig gehalten:

„Zudem liegt die Einrichtung eines Schienenersatzverkehrs während der Sperrung einer Eisenbahnstrecke - wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen dargelegt hat - in der Verantwortung des die Verkehrsleistungen erbringenden Eisenbahnverkehrsunternehmens. Insoweit war die Klägerin aber auch schon nicht die richtige Adressatin einer derartigen Anordnung.“

Die DB Netz kann sich gegenüber Dritten insbesondere vertraglich gebunden haben, bestimmte Betriebspflichten zu erfüllen. Derartige Verträge liegen uns nicht vor.

Schließlich ist denkbar, dass für die Betriebspflicht an der Panoramastrecke deren planfestgestellter Zustand von Bedeutung ist (Kramer, IR 2004, 106; Hermes, in Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 14). Auch dies können wir hier nicht weiter bewerten.

1. Umfang der Betriebspflicht

Die DB Netz ist als Betreiber eines Schienenweges (Panoramastrecke) zum Betrieb ihrer Eisenbahninfrastruktur verpflichtet.

Während die Existenz einer Betriebspflicht mittlerweile auch durch den Gesetzgeber geklärt ist, gilt dies noch nicht für den konkreten Umfang der Betriebspflicht (vgl. bereits Hermes, in Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 14).

Teilweise wird § 8 des Gesetzes über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (BSWAG) zur Bestimmung des Umfangs der Betriebspflicht herangezogen (vgl. Hermes, in: Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 92). Danach finanziert der Bund Investitionen in die Schienenwege der Eisenbahnen des Bundes. Die Investitionen umfassen Bau, Ausbau sowie Ersatzinvestitionen. Die Eisenbahnen des Bundes tragen Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung ihrer Schienenwege. Es ist jedoch problematisch, die Betriebspflichten für alle EIU gemäß AEG von den Finanzierungsregelungen für Eisenbahnen des Bundes in einem anderen Gesetz abhängig zu machen, zumal die materielle Betriebspflicht und deren Finanzierung zwei verschiedene Gegenstände sind.

Von der Betriebspflicht umfasst ist jedenfalls die Einhaltung von Sicherheitspflichten. Es wurde bereits dargestellt, dass die EIU verpflichtet sind, ihren Betrieb sicher zu führen, die Eisenbahninfrastruktur sicher zu bauen und in betriebssicherem Zustand zu halten (§ 4 Abs. 3 AEG). Nicht betriebssichere Strecken müssen in einen betriebssicheren Zustand versetzt werden (vgl. Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 31. Januar 2019 – 3 A 436/16 –, Rn. 82, juris: *„Die Betriebspflicht des § 11 Abs. 1 Satz 1 AEG schließt daher auch die Verpflichtung ein, die Befahrbarkeit einer wegen Unterhaltungsstau technisch stillgelegten Strecke („schwarze Stilllegung“) wiederherzustellen. Dies folgt aus § 11 Abs. 2 Satz 3 AEG. Die Betriebspflicht umfasst somit auch Unterhaltungsmaßnahmen an faktisch eingestellten Eisenbahninfrastruktureinrichtungen.“*). Damit trifft die Betreiber von Schienenwegen eine umfangreiche Unterhaltungs- und Instandsetzungsverpflichtung (Hellriegel/Brukwicki, in: Kühling/Otte, § 11 AEG Rn. 15).

Mit der Unterhaltung und Instandsetzung erfüllt das EIU seine Betriebspflicht, auch wenn dafür vorübergehend kein Verkehr auf der Eisenbahn stattfinden kann. Die Einrichtung eines Schienenersatzverkehrs im Falle der Sanierung der Strecke kann – wie bereits erwähnt – eine Verpflichtung aus Verträgen mit EVU oder aus einem Verwaltungsakt von Aufsichts- oder Planfeststellungsbehörden sein. Dieser Schienenersatzverkehr ersetzt dann aber nicht die Betriebspflicht an der zu sanierenden Eisenbahnanlage.

Die Sicherheitspflichten müssen aber nicht abschließend den Umfang der Betriebspflicht beschreiben. Die Betriebssicherheit kann etwa auch gewahrt sein, wenn die Geschwindigkeit auf der Strecke verringert wird (Hermes, in Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 14, 93), ohne dass die Kapazität mehr als geringfügig reduziert wird (§ 11 Abs. 1 AEG).

Fraglich ist somit, ob für die Verkehrsabwicklung auf dem Schienenweg eine bestimmte Qualität der Eisenbahninfrastruktur gewährleistet sein muss, was also

der Sollzustand des Schienenweges ist. Das gilt etwa auch für die erforderliche Kapazität der Strecke, die nicht mehr als geringfügig reduziert werden darf.

Maßstäbe dafür ergeben sich im Wesentlichen aus dem Regulierungsrecht und damit aus den Anforderungen der EVU (dazu sogleich).

Bei Hermes, in Hermes/Sellner, AEG, § 11 Rn. 14, heißt es im Übrigen:

„Hinweise können sich darüber hinaus aus der abschließenden Betriebsgenehmigung nach § 6 ergeben, die gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 3 für das Betreiben einer bestimmten Eisenbahninfrastruktur erteilt wird. Deshalb sind ausdrücklicher oder konkludenter Bestandteil der Genehmigung für den Betrieb einer öffentlichen Eisenbahninfrastruktur bestimmte Leistungsmerkmale, zu deren Aufrechterhaltung der Betreiber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Mangels sonstiger Anhaltspunkte bleibt schließlich als Bezugspunkt für den Umfang der Unterhaltungs- und Betriebspflicht der Zustand der Infrastruktur, der bei Inkrafttreten des im Zuge der Bahnreform geänderten allgemeinen Eisenbahngesetzes zum Jahresbeginn 1994 bestand.“

Somit ist denkbar, dass sich der Sollzustand der Panoramastrecke aus ihrem Zustand im Jahr 1994 ergibt.

2. Insbesondere: Bereitstellungspflicht

Die Betriebspflicht wird inhaltlich, aber auch im konkreten Vollzug maßgeblich durch die Bereitstellungspflicht gegenüber den zugangsberechtigten EVU geprägt. Ein Betreiber der Schienenwege muss für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestzugangspakets nach Anlage 2 Nummer 1 zum ERegG erbringen, also u. a. die Nutzung von Eisenbahnanlagen mit bestimmten Kapazitäten ermöglichen.

Den Bezug zwischen Betriebspflicht und Bereitstellungspflicht stellt auch das BVerwG her. Bereits im Hunsrückurteil (25. Oktober 2007 – 3 C 51/06 –, BVerwGE 129, 381-393, Rn. 26) wurde die Betriebspflicht mit der Bereitstellungspflicht begründet:

„Die Pflicht zur Aufrechterhaltung des Betriebes der Schieneninfrastruktur dient auch dazu, das Recht der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur (§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG) zu gewährleisten. Diese haben nur dann die Möglichkeit, in dem vom Gesetzgeber ausdrücklich gewünschten Wettbewerb - sei es um die Durchführung von Personen- und Güterverkehr auf der Schiene selbst, sei es zu Verkehren auf der Straße, dem Wasser oder in der Luft - Verkehrsleistungen anzubieten und zu erbringen, wenn ihnen die

Schieneninfrastruktur möglichst dauernd betriebssicher zur Verfügung steht."

In der Entscheidung zum Stellwerk Mainz (BVerwG, Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 8/16 –, Rn. 18, juris) wird ausgeführt, daß Bereitstellung nicht nur Angebot, sondern auch Herrichtung der Eisenbahninfrastruktur bedeutet:

„Zur Erfüllung der Bereitstellungspflicht genügt es danach nicht, die Infrastruktur zur Benutzung anzubieten, nachdem sie in Betrieb genommen wurde. Die Pflicht, Dritten die Benutzung der öffentlichen Eisenbahninfrastruktur zu ermöglichen, setzt voraus, dass das EIU die Infrastruktur, deren Betrieb ihr genehmigt wurde, in angemessener Zeit so herzurichten hat, dass sie von Dritten in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Anforderungen insbesondere an die Betriebssicherheit zweckgemäß benutzt werden kann."

Soweit vom BVerwG lediglich im Hinblick auf die Zuständigkeit von EBA und BNetzA die Abgrenzung von Betriebspflicht nach AEG und Bereitstellungspflicht nach ERegG problematisiert wird (dazu kritisch Hellriegel/Brukwicki, in: Kühling/Otte, § 11 AEG Rn. 17), muss das hier nicht weiterverfolgt werden, weil es hier nur um die materiellen Betriebs- und Bereitstellungspflichten der DB Netz an der Panoramastrecke geht.

3. Insbesondere: Wirtschaftlichkeit des Betriebes

Klärungsbedürftig ist noch, inwieweit die Betriebspflicht eines EIU, also hier der DB Netz bei der Panoramastrecke, unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten eingeschränkt sein kann.

a) Materielle Betriebspflicht

Im Ausgangspunkt besteht die Betriebspflicht gerade deshalb, damit ein EIU nicht aus eigenen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen von sich aus den Betrieb einstellen kann. § 11 Abs. 2 S. 3 AEG ordnet sogar für den Anwendungsfall der Stilllegungsverfahrens, dass dem EIU der Betrieb nicht mehr zugemutet werden kann, dass der Betrieb bis zur Entscheidung der Aufsichtsbehörde dennoch aufrecht zu erhalten ist. Beides spricht dafür, dass das AEG kaum Grenzen der materiellen Betriebspflicht kennt.

Im Hunsrückurteil heißt es beim BVerwG (Urteil vom 25. Oktober 2007 – 3 C 51/06 –, BVerwGE 129, 381-393, Rn. 30) deutlich:

„Die Pflicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die eigenen Infrastruktureinrichtungen in betriebssicherem Zustand zu halten, steht schließlich nicht unter dem Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit notwendiger Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen. Das ergibt sich ebenfalls aus § 11 AEG. Kann ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine Strecke nicht mehr wirtschaftlich betreiben, so ist es auf den Antrag verwiesen, die

dauernde Einstellung des Betriebes zu genehmigen (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AEG). Die Aufsichtsbehörde kann diesen Antrag - innerhalb von drei Monaten (§ 11 Abs. 3 Satz 1 AEG) und längstens für ein Jahr (§ 11 Abs. 5 AEG) - nur ablehnen, wenn für den weiteren Betrieb ein öffentliches Bedürfnis besteht; doch sind dann dem Unternehmen die aus der Versagung entstehenden Kosten zu ersetzen (§ 11 Abs. 3 Satz 2 AEG). Damit weist das Gesetz den Weg, wie sich das Infrastrukturunternehmen von den Lasten aus dem Betrieb einer unwirtschaftlichen Strecke befreien kann. Es gibt damit aber zugleich vor, dass solche Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte ihren Platz allein im Stilllegungsverfahren haben, und zwar als Kriterium für die Erteilung der Stilllegungsgenehmigung. Sie sind damit grundsätzlich nicht geeignet, zusätzlich - im Vorfeld - die Betriebspflicht des Infrastrukturunternehmens in Frage zu stellen."

Die Betriebspflicht schließt auch die Verpflichtung ein, die Befahrbarkeit einer wegen Unterhaltungsstau technisch stillgelegten Strecke („schwarze Stilllegung“) wiederherzustellen. Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht (Urteil vom 31. Januar 2019 – 3 A 436/16 –, Rn. 82, juris) lässt insoweit nicht als Einwände zu, dass die zur Herstellung der Betriebsbereitschaft notwendigen Investitionen sowie der Betrieb der Strecke insgesamt wirtschaftlich völlig unrentabel sind, dass andere Streckenabschnitte der Strecke stillgelegt worden sind und der Streckenabschnitt aufgrund seiner Länge schon indiziere, dass dort kein wirtschaftlich sinnvoller Betrieb möglich sei.

Danach ist die Betriebspflicht der DB Netz an der Panoramastrecke als solche auch aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen nicht eingeschränkt.

b) Behördliche Durchsetzung der Betriebspflicht

Das schließt jedoch nicht aus, dass Wirtschaftlichkeitsüberlegungen bei der Unterhaltung von Eisenbahninfrastruktur dennoch von Bedeutung sein können und zwar beim Umgang mit Verletzungen der Betriebspflicht durch die Aufsichtsbehörden. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 22. Juli 2019 – 22 B 18.186 –, Rn. 71, juris) entschied kürzlich einen Fall, in dem eine Stadt (!) als EIU (nach Übernahme der Eisenbahninfrastruktur von der DB Netz) die Genehmigung nach § 11 AEG erhielt. Im Zeitpunkt der Übernahme der Strecke war sie schon 15 Jahre nicht befahren worden und wies einen hohen Instandsetzungsbedarf auf.

Im Streit um die Stilllegungsgenehmigung ging es auch um die unterlassene Instandhaltung, die nach Auffassung des übernahmewilligen Klägers mit einer Zahlung an ihn ausgeglichen werden müsste. Fraglich war somit, ob ein übernahmewilliger Interessent im Rahmen der Verhandlungen gemäß 11 AEG das Angebot einer mangelfreien Strecke oder zumindest einer Ausgleichszahlung erwarten darf. Das klägerische Argument geht u. a. davon aus, dass das Gesetz eine Betriebspflicht festschreibt und es folglich nur funktionsfähigen Strecken geben dürfe, so dass bei einer Stilllegung im Rahmen des § 11 AEG keine

funktionsunfähigen Strecken angeboten werden dürften, oder bei nicht funktionsfähigen Strecken die Mängel entweder vor Übernahme noch behoben oder hierfür dem Übernehmer finanzieller Ausgleich in zur Wiederherstellung notwendiger Höhe angeboten werden müsste.

Nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs fehle es aber an einer Verpflichtung, einen entsprechenden Ausgleich zu leisten, weil § 11 AEG nicht den Zweck hat, eine unbedingte Verpflichtung zur Instandsetzung unwirtschaftlicher Strecken zu bewirken; § 11 AEG sei kein Vehikel zur Durchsetzung der Betriebspflicht auf Verlangen Dritter.

„Nach Auffassung des Senats ergibt sich aus § 11 AEG keine Pflicht zu einer unwirtschaftlichen Instandsetzung einer Strecke durch den Altbetreiber, zu der Übernahminteressenten ihn ohne nennenswertes eigenes wirtschaftliches Risiko durch ihre bloße Teilnahme am Stilllegungsverfahren verpflichten könnten und sich dann – wenn sich ihre verkehrspolitischen Wünsche nicht erfüllen würden – über ein weiteres Stilllegungsverfahren wieder von der auf Kosten anderer nun instandgesetzten Strecke lösen könnten. § 11 AEG würde so zu einem Werkzeug Dritter zur Durchsetzung der Betriebs- und Unterhaltungspflicht auf Kosten des Altbetreibers in Fällen, in denen wie hier die Aufsicht im Ermessenswege aus Verhältnismäßigkeitserwägungen von Maßnahmen absieht und auch die Bundesnetzagentur keinen Netzzugangsanspruch mehr durchsetzen möchte.“

Soweit damit die Betriebspflicht aus Sicht Übernahmewilliger betroffen ist, muss das unter der vorgegebenen Fragestellung nicht vertieft werden.

Von Interesse ist allerdings, was der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zur Durchsetzung der Betriebspflicht durch die Aufsichtsbehörden ausführt:

„Die Aufsichtsbehörde muss nämlich die Reparatur von geschädigten Strecken nicht im Sinne einer gebundenen Entscheidung stets und zwingend durchsetzen, sondern sie handelt dabei nach Ermessen (vgl. BVerwG, U.v. 25.10.2007 – 3 C 51/06 – juris Rn. 36, 41; Hermes/Schweinsberg in Hermes/Sellner, AEG, 2. Aufl. 2014, § 5a Rn. 13, 32). Dabei wird in der Kommentarliteratur und in der Praxis auf eine Einschränkung der Unterhaltung einer Strecke bei Unzumutbarkeit verwiesen (Hermes in Hermes/Sellner, AEG, 2. Aufl. 2014, § 11 Rn. 6; zur Praxis des Eisenbahn-Bundesamtes, bei laufender Stilllegung auf Vollstreckungsmaßnahmen zu verzichten: VG Dresden, B.v. 20.12.2018 – 12 L 668/18 – juris Rn. 12). Auch die Bundesnetzagentur sah im vorliegenden Fall die Durchsetzung des Anspruchs der Zugangsberechtigten auf diskriminierungsfreien Eisenbahninfrastrukturzugang ggf. dann als nicht möglich an, „wenn die Schaffung der Voraussetzungen für den

Eisenbahninfrastrukturzugang im vorliegenden Fall unverhältnismäßig wäre und der Eintritt der Bestandskraft einer Stilllegungsgenehmigung unmittelbar bevorstünde" (Schreiben der Bundesnetzagentur an die Beigeladene vom 29.4.2016, Bl. 966 der Akten)."

Die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zeigt somit, dass bei der Ermessensausübung der Aufsichtsbehörde zur Durchsetzung der Betriebspflicht Wirtschaftlichkeitsüberlegungen von Bedeutung sein können. Das Ermessen wird aber weitere Gesichtspunkte berücksichtigen müssen, u. a. inwieweit der Zustand der Eisenbahninfrastruktur vom EIU selbst verschuldet wurde (vgl. Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 28. August 2006 – 2 Bs 80/06). Ob und inwieweit die Betriebspflicht von den Aufsichtsbehörden tatsächlich durchgesetzt wird, kann auch von der Bedeutung der Infrastruktur für die konkreten Verkehre abhängen und ob für die betroffene Infrastruktur Ausweichstrecken oder Ersatzmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

4. Grenzen der Betriebspflicht

Das AEG enthält keine Grenzen der Betriebspflicht und regelt vielmehr, dass die Betriebspflicht auch bei Unzumutbarkeit aufrechtzuerhalten ist.

Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Betriebspflicht „ungeschriebenen Grenzen“ unterliegt. Mit Kramer, N&R 2016, S. 91 ff. ist davon auszugehen, dass insoweit besondere Zurückhaltung und Sorgfalt geboten ist. Dennoch kann im Einzelfall die Betriebspflicht im Konflikt mit anderen Schutzgütern stehen, hinter der die Betriebspflicht dann zurückbleiben muss (z. B. Natur und Artenschutz oder Einsätze zur Gefahrenabwehr).

Solche kollidierenden Schutz- oder Rechtsgüter sind hinsichtlich der Betriebspflicht an der Panoramastrecke derzeit aber nicht erkennbar.

5. Hinweis: Erhaltungspflichten gemäß §§ 14, 14a EKrG

Unabhängig von der Betriebspflicht nach AEG hat die DB Netz für die Eisenbahnanlagen an Kreuzungen mit öffentlichen Straßen eine Erhaltungspflicht (§ 14 EKrG) und zwar gemäß § 14a EKrG auch nach dauernder Einstellung des Betriebes. Die LHS und DB Netz haben dazu im Grundstückskaufvertrag eine besondere Regelung im Innenverhältnis gemäß § 14 Abs. 4 KV getroffen.

IV. Zur Frage 3: Zur Änderungsbefugnis des Eisenbahn-Bundesamtes

Von der LHS wird schließlich die Frage aufgeworfen, ob das EBA von Amts wegen berechtigt ist, den die Kappung der Gleise betreffenden Planfeststellungsbeschluss angesichts der Verzögerung der Flughafenbindung und des Wegfalls des Ersatzschienenweges wegen abzuändern?

1. Problematik des PFB 1.5 wegen der Kappung der Gäubahn

Die Kappung der Gäubahn (Strecke 4860) wird der DB Netz mit dem PFB 1.5 erlaubt. Bevor auf die mögliche Änderungsbefugnis des EBA zum PFB 1.5

eingegangen wird, muss geklärt werden, welche Probleme durch die Kappung der Gäubahn aufgeworfen werden.

Die Kappung der Gäubahn wird mit dem PFB 1.5 als bauliche Maßnahme genehmigt. Demgegenüber werden Flughafenanbindung und ein Ersatzschienenweg selbst nicht mit dem PFB 1.5 genehmigt. Vielmehr sind sie in noch klärungsbedürftiger Weise Voraussetzungen für die Kappung der Gäubahn.

a) Problemstellung

Mit der Kappung der Gäubahn wird ein durchgehender Betrieb auf der Panoramastrecke nicht mehr möglich sein. Der Fernverkehr der Gäubahn wird bis zur Fertigstellung der neuen Gäubahnführung nur noch bis Stuttgart-Vaihingen stattfinden können. Das wirft vielfältige Probleme für die Verkehrsabwicklung in Stuttgart auf, die hier nicht vertieft werden müssen.

In der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg (Beschluss vom 14. Februar 2017 – 5 S 2122/16) zum PFB 1.3 ist dessen Erforderlichkeit zur Problemlösung für den PFA 1.5 bereits angesprochen und verdeutlicht worden:

„Allerdings ist einzuräumen, dass große Teile des planfestgestellten Vorhabens der planerischen Konfliktlösung hinsichtlich der Anbindung der Gäubahn dienen, die nunmehr über die entlang des Flughafens verlaufende Strecke geführt werden soll, weil sie aufgrund der Neuausrichtung des Stuttgarter Hauptbahnhofs als Tiefbahnhof nicht mehr auf ihrer bisherigen Trasse dorthin verlaufen kann. Dem Planfeststellungsabschnitt 1.3a kommt, da er in Bezug auf einzelne bauliche Bestandteile den Verlauf der Gäubahn über den Flughafen vorbereitet, damit "knotentypische" Verknüpfungsfunktion zu. Zudem wird der Knoten Stuttgart um einen Bahnhof erweitert ("Station NBS"), so dass der Planfeststellungsbeschluss PFA 1.3a "knotentypisch" auch das Umsteigen zwischen der Gäubahn und der Neubaustrecke im F. vorbereitet. ...

Die Gäubahn soll östlich des F.s über die sogenannte "Flughafenkurve" an die Neubaustrecke im F. – also an den Planfeststellungsabschnitt 1.3a – angebunden werden. Ohne diese Anbindung würde das Ziel der Einbindung aller Zulaufstrecken in die neue Infrastruktur im Bahnknoten Stuttgart verfehlt, denn die Gäubahn würde nicht bis in den Stuttgarter Hauptbahnhof hineinführen, sondern bereits am Stuttgarter Flughafen enden. Es käme zur Kappung der auf der Gäubahn zwischen Zürich und Stuttgart verkehrenden Zugläufe des deutschen und schweizerischen Fernverkehrs. Sowohl der jetzt planfestgestellte Teilabschnitt PFA 1.3a als auch der Teilabschnitt PFA 1.3b dienen dem einheitlichen Planungsziel, die im F. zusammenlaufenden Verkehrsbeziehungen miteinander zu verbinden beziehungsweise über den F. an den neuen Stuttgarter Durchgangsbahnhof anzubinden. Sie berühren sich deswegen nicht

nur physisch bei der Einfädelung der Flughafenkurve in die Neubaustrecke im F., sondern sie sind auch integrale Bestandteile eines gemeinsamen, übergeordneten Planungskonzepts. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass in beiden (Unter-)Abschnitten (PFA 1.3a und PFA 1.3b) jeweils Bahnhöfe im Bereich des Flughafens vorgesehen sind, die eine Anbindung des Flughafens nicht nur an den Fernverkehr, sondern auch an den Regionalverkehr und außerdem untereinander Umsteigebeziehungen ermöglichen. Wenngleich die Gäubahnführung zwar eine eigene Verkehrsbeziehung zum Gegenstand hat, kann diese letzten Endes nicht ohne die Neubaustrecke im F. aufrecht erhalten werden, weil sie östlich des F.s in die Neubaustrecke einmündet und deswegen auf sie angewiesen ist. Aus diesem Grund könnte aber auch die Neubaustrecke im F. nicht isoliert verwirklicht werden. Denn andernfalls könnte das Planungsziel der Beigeladenen nicht erreicht werden, im Rahmen des Projekts "Stuttgart 21" auch die Gäubahn über den F. an die neue Infrastruktur im Stuttgarter Talkessel anzubinden." (Hervorhebung nicht im Original)

Diese Ausführungen betreffen die Gäubahn und nicht unmittelbar die Panoramastrecke. Sie verdeutlichen aber, dass die mit der Kappung der Gäubahn auf der Panoramastrecke aufgeworfenen Probleme in anderen PFA gelöst werden müssen.

b) Gebot der Problembewältigung

In rechtlicher Hinsicht muss gefragt werden, ob mit dem PFB das Problem einer späteren Fertigstellung des PFA 1.3 vor einer Kappung der Gäubahn geregelt bzw. berücksichtigt wurde.

Im Planungsrecht gilt das aus dem Abwägungsgebot abgeleitete Problem- bzw. Konfliktbewältigungsgebot. Danach hat ein Planfeststellungsbeschluss alle Probleme und Konflikte zu bewältigen, d.h. in angemessener Weise zu regeln, die durch das Vorhaben aufgeworfen oder verschärft werden. Dies schließt eine Verlagerung von Problemlösungen aus dem Planungsverfahren auf nachfolgendes Verwaltungshandeln zwar nicht zwingend aus. Das BVerwG hat die Verlagerung der Konfliktbewältigung auf ein nachfolgendes Verfahren aber an enge Voraussetzungen geknüpft (Beschluss vom 30. August 1994, 4 B 105/94, juris Rn. 13 f.):

„Ein solcher „Transfer“ ist zulässig, wenn der Planungsträger davon ausgehen darf, dass der ungelöst gebliebene Konflikt im Zeitpunkt der Plandurchführung in einem anderen Verfahren in Übereinstimmung mit seiner eigenen planerischen Entscheidung bewältigt werden wird. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Problemregelung in dem hierfür vorgesehenen (Planungs- oder Genehmigungs-) Verfahren zwar noch aussteht, aber nach den Umständen des Einzelfalles bei vernünftiger Betrachtungsweise objektiv zu erwarten ist... Danach sind

grundsätzlich alle Teilfragen, die ihrer Natur nach von der Planungsentscheidung abtrennbar sind, einer nachträglichen Lösung zugänglich. Voraussetzung hierfür ist, daß die Planfeststellungsbehörde, die ... dem Abwägungsgebot unterliegt, auch die Entscheidung, eine bestimmte Einzelfrage einer späteren Regelung vorzubehalten, in Einklang mit den Anforderungen trifft, die sich aus diesem Gebot ergeben. Der Vorbehalt ist seinerseits an den Grundsätzen der Abwägung zu messen. Fehlerhaft ist er dann, wenn die Grenzen überschritten werden, die der planerischen Gestaltungsfreiheit gesetzt sind. Die Planungsbehörde darf einen Konflikt, für den eine abschließende Lösung bereits im Zeitpunkt ihrer Entscheidung möglich ist, nicht unbewältigt lassen, sie muß ohne Abwägungsfehler ausschließen, daß eine Lösung des offengehaltenen Problems durch die von ihr getroffenen Festsetzungen in Frage gestellt wird, die unberücksichtigt gebliebenen Belange dürfen kein solches Gewicht haben, daß die Planungsentscheidung als unabgewogener Torso erscheint, und es muß sichergestellt sein, daß durch den Vorbehalt andere einschlägige öffentliche und private Belange nicht unverhältnismäßig zurückgesetzt werden ...".

Das Hamburgische OVG (Beschluss vom 15. August 2018 – 1 Es 1/18.P –, Rn. 111 - 113, juris) hat vor diesem Hintergrund den Planfeststellungsbeschluss für die Verlegung des Bahnhofs Altona für rechtswidrig erachtet. Da der Planfeststellungsbeschluss keinen gleichwertigen Ersatz für die entfallende Verladeeinrichtung vorsieht und einen gleichwertigen Ersatz auch nicht hinreichend sicherstellt, ist er rechtswidrig.

c) Problembewältigung im PFB 1.5

Die Bewältigung der mit der Kappung der Gäubahn aufgeworfenen Probleme im PFB 1.5 ist zweifelhaft.

Aus der Begründung des PFB 1.5 geht verschiedentlich hervor, dass das EBA die Fertigstellung des PFA 1.5 und der übrigen PFA in engem zeitlichen Zusammenhang voraussetzt, u. a. heißt es: *„Durch die geplante unmittelbare zeitliche Folge der einzelnen Planfeststellungsabschnitte ist eine Gesamtbeurteilung des komplexen Vorhabens gewährleistet und der Zusammenhang gewahrt.“*

Der PFB 1.5 regelt und berücksichtigt aber zumindest nicht mit der wünschenswerten Klarheit, wie die erlaubte Kappung der Gäubahn und der vorausgesetzte Ersatz verbunden sind, oder gar, welche Folgen eine zeitlich versetzte und ggf. verzögerte Fertigstellung der PFA im Projekt Stuttgart 21 hat. Dabei waren und sind solche Verzögerungen nicht unwahrscheinlich bzw. absehbar.

Insbesondere wird die Kappung der Gäubahn im PFB bzw. in den Nebenbestimmungen nicht ausdrücklich davon abhängig gemacht, ob tatsächlich

eine Ersatzverbindung zur Verfügung steht. Insofern muss auf die Aussagen der DB Netz im Erläuterungsbericht zurückgegriffen werden. Der Erläuterungsbericht ist Teil des festgestellten Plans, wie es im Tenor unter A.III des PFB 1.5 ausdrücklich heißt. Dort wird zur Aufrechterhaltung des Bahnbetriebs während der Bauzeit ausgeführt:

„Es ist selbstverständlich unverzichtbar, den Betrieb von Fernbahn und S-Bahn während der Bauzeit und bis zur Inbetriebnahme von Stuttgart 21 aufrecht zu erhalten. Bei der Planung ist deshalb darauf zu achten, daß die einzelnen Bauschritte mit flankierenden, temporären Maßnahmen so unterstützt werden, daß der Bahnbetrieb nicht wesentlich gestört wird.“

Im Erläuterungsbericht (Teil III, S. 124) wird zur weitergehenden Information über den Bauablauf auf Anlage 14 verwiesen. Hier wird dann ausdrücklich die Unterbrechung der Gäubahn angesprochen und es werden Voraussetzungen genannt, unter denen die „Stilllegung“ der Gäubahnstrecke möglich ist. Diese Betriebsweise soll mindestens vier Monate vor Inbetriebnahme des neuen Bahnhofs Stuttgart Hbf eingerichtet werden. Zu den genannten Voraussetzungen gehört die Einrichtung des Ersatzschienenwegs, jedoch nicht (ausdrücklich) die Flughafenanbindung der Gäubahn.

Daraus kann geschlossen werden, dass eine Kappung der Gäubahn nach dem festgestellten Plan nur möglich ist, wenn zuvor ein Ersatzschienenweg gewährleistet ist. Dem Gebot der Problembewältigung wäre zumindest teilweise Rechnung getragen. Problematisch könnte aber sein, dass die Anlage 14 ausdrücklich als „Unterlage zur Information“ gekennzeichnet ist. Ob sie über ihre Einbeziehung im Erläuterungsbericht gleichwohl verbindlicher Teil des festgestellten Plans ist, ist offen.

Insgesamt muss bezweifelt werden, dass im PFB 1.5 die Problematik der Kappung der Gäubahn ausreichend bewältigt wurde. Der PFB 1.5 wäre u. E. zumindest dann wegen Verstoßes gegen das Abwägungsgebotes rechtswidrig, wenn selbst das Verkehrskonzept der DB Netz in Anlage 14 keine verbindliche Voraussetzung für die Kappung wäre.

d) Ersatz als Voraussetzung für Entbehrlichkeit des Stilllegungsverfahrens

Die bei Kappung der Gäubahn voraussichtlich fehlende Flughafenanbindung (und der fehlende Ersatzschienenweg) könnten für den PFB 1.5 auch insofern von Bedeutung sein, weil der Ersatz für die Panoramastrecke unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerwG und des VG Stuttgart die Rechtfertigung bildet, kein Stilllegungsverfahren vor der Planfeststellung durchführen zu müssen bzw. in der Planfeststellung keine entsprechenden Vorbehalte für ein noch durchzuführendes Stilllegungsverfahren aufnehmen zu müssen.

Die Genehmigung der Stilllegung ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses, wenn er die mit dem Rückbau der Gleise

einhergehende Streckenstilllegung zulässt (so zum Fall Sulingen BVerwG, Urteil vom 25. Mai 2016 – 3 C 2/15 –, BVerwGE 155, 218-229, Rn. 27).

Das EBA hätte den PFB 1.5 mit einer Nebenbestimmung versehen müssen, die sicher stellt, dass tatsächlich ein Ersatz für die Gäubahn zur Verfügung steht oder aber ein Stilllegungsverfahren für die Panoramastrecke vor der Kappung der Strecke durchgeführt wird.

Wenn der Ersatz für die Kappung der Gäubahn nicht zur Verfügung steht, muss – wie bereits dargestellt – nunmehr doch ein Stilllegungsverfahren durchgeführt werden. Das kann zu einem Vollzugshindernis für den PFB werden oder Änderungsbedarf am PFB auslösen (dazu sogleich).

2. Änderungsbefugnis des EBA

Das EBA als Planfeststellungsbehörde kann einen Planfeststellungsbeschluss auch nach dessen Bestandskraft ändern. Wir gehen hier von der Situation des PFA 1.5 aus, dessen PFB bestandskräftig ist und dessen Fertigstellung noch bevorsteht.

a) Auf Antrag des Vorhabenträgers

Der PFB kann zunächst auf Antrag der DB Netz geändert werden. Das ist bereits mehrfach geschehen und bei diesen Maßnahmen auch üblich, weil der Vorhabenträger seine Pläne und Abläufe laufend konkretisieren und anpassen muss. Es dürfte auch beim PFA 1.5 nicht unwahrscheinlich sein, dass die DB Netz von sich aus den Änderungsbedarf etwa beim Verkehrskonzept für die Anbindung der Gäubahn erkennt und ihrerseits einen Änderungsantrag stellt.

Soll der Plan auf Antrag des Vorhabenträgers vor Fertigstellung geändert werden, so ist regelmäßig ein neues Planfeststellungsverfahren durchzuführen (§ 18d AEG i. V. m. § 76 Abs. 1 VwVfG). Eine Planänderung ist gegeben, wenn es um eine nachträgliche Änderung des festsetzenden Teils (auch inhaltliche Änderung einer Nebenbestimmung) und nicht nur um eine bloße Änderung der Begründung geht (BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373-399, Rn. 126).

Das EBA wird dann zu entscheiden haben, ob die Kappung der Gäubahn auch unter veränderten Bedingungen weiter zugelassen werden kann.

b) Auf Antrag eines Betroffenen

Geht eine Planänderung nicht vom Vorhabenträger DB Netz aus, so hat das EBA die Bestandskraft des PFB 1.5 zu beachten (vgl. § 75 Abs. 2 Satz 1 VwVfG). Das Planfeststellungsrecht verweist hierfür auf die allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes, wovon lediglich § 51 VwVfG ausgenommen ist (§ 18 Abs. 1 S. 3 AEG, § 72 Abs. 1 VwVfG). Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist anerkannt, dass die Vorschriften über die Rücknahme und den Widerruf eines Verwaltungsaktes (§§ 48, 49 VwVfG) grundsätzlich auch auf Planfeststellungsbeschlüsse anwendbar sind. Auf Antrag eines betroffenen

Dritten kann ein bestandskräftiger Planfeststellungsbeschluss mithin nur unter den Voraussetzungen der §§ 48 oder 49 VwVfG geändert werden. Ein auf diese Vorschriften gestützter Anspruch kann allerdings nicht weiter gehen als der durch den Planerhaltungsgrundsatz modifizierte Aufhebungsanspruch bei fristgerechter Anfechtung (BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 - 4 A 2.15 - BVerwGE 155, 81 Rn. 22, 31 m.w.N.; BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2017 - 3 A 8/15 -, Rn. 23, juris).

c) Von Amts wegen

aa) Vorab: Vollzugskontrolle des EBA

Unabhängig von einer Änderung des PFB ist das EBA zur Kontrolle des Vollzuges des PFB 1.5 befugt und verpflichtet. Die Planfeststellungsrichtlinien des EBA, S. 87, stellen zutreffend dar:

„Wenn die Vorhabenträgerin mit der Realisierung eines planfestgestellten Vorhabens beginnt, ist sie an die Festsetzungen des Planfeststellungsbeschlusses gebunden. Sie darf hiervon nicht abweichen und ist nicht berechtigt, nur Teile des festgestellten Vorhabens zu realisieren (Aufgabe des Planungskonzeptes), es sei denn, dass der Plan nach § 76 VwVfG entsprechend geändert wurde.

Das EBA hat die Umsetzung des Planfeststellungsbeschlusses zu kontrollieren. Die Vollzugskontrolle umfasst alle durch den Planfeststellungsbeschluss festgelegten Anlagen und Maßnahmen (wie z. B. Betriebsanlagen, notwendige Folgemaßnahmen, Schutzvorkehrungen, Schutzanlagen, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen). Sie ergänzt die Bauaufsicht. Die Vollzugskontrolle erfolgt bauvorbereitend, baubegleitend und/oder nach Baufertigstellung und i. d. R. stichprobenartig oder einzelfallveranlasst.

Wird bei der Kontrolle festgestellt, dass Anlagen nicht vollständig und/oder nicht funktionstüchtig oder anders als planfestgestellt gebaut wurden, hat das EBA die Vorhabenträgerin durch geeignete Maßnahmen zu veranlassen, den Planfeststellungsbeschluss ordnungsgemäß umzusetzen.

In Abhängigkeit von der Schwere der festgestellten Mängel kann es erforderlich sein,

- die Fortsetzung von Baumaßnahmen zu untersagen,*
- die Nutzung der Anlage zu untersagen,*
- die Inbetriebnahme nur unter Auflagen, Bedingungen und/oder Befristungen zuzulassen,*
- die Vorhabenträgerin zur Vorlage von Änderungsanträgen aufzufordern,*
- die Umsetzung der Bestimmungen des Planfeststellungsbeschlusses durch Maßnahmen des Verwaltungszwanges zu erwirken oder*
- den Abriss der errichteten Anlagen anzuordnen.“*

Sofern die Flughafenbindung bzw. der Ersatzschienenweg als Teil oder Voraussetzung des mit dem PFB 1.5 planfestgestellten Verkehrskonzeptes der DB Netz eingeordnet werden, muss das EBA im Rahmen seiner Vollzugkontrolle von der DB Netz ein Ersatzkonzept fordern, wenn das planfestgestellte Verkehrskonzept nicht umsetzbar ist.

Außerdem müsste das EBA (ggf. auch als eisenbahnrechtliche Aufsichtsbehörde) die DB Netz nach hier vertretener Auffassung vor der Kappung der Gäubahn zur Durchführung eines Verfahrens nach § 11 AEG auffordern. Das gilt erst recht, wenn für die Panoramastrecke kein Ersatz zur Verfügung steht.

bb) Planänderung gemäß § 76 VwVfG

Vor dem Hintergrund einer notwendigen Vollzugskontrolle des bestehenden PFB könnte dahin gestellt bleiben, ob eine Planänderung von Amts wegen betrieben werden kann. Das wird grundsätzlich für zulässig gehalten (Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 76 Rn. 9; Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 76 Rn. 2). Unerheblich ist, ob der PFB bereits bestandskräftig geworden ist (Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 76 Rn. 2).

Das BVerwG hat es u. a. für möglich gehalten, einen (ohne Entscheidungsvorbehalt) erlassenen Planfeststellungsbeschluss, der ein bestimmtes Problem nicht ausreichend bewältigt und damit (möglicherweise) rechtsfehlerhaft gelöst hat, durch ergänzende behördliche Beschlüsse zu ändern und dadurch von diesem Rechtsmangel zu heilen. Dass derartige nachträgliche Änderungen grundsätzlich zulässig sind, ergibt sich, so das BVerwG, unmittelbar aus § 76 VwVfG. Diese Möglichkeit nachträglicher Änderungen gilt auch für (ursprünglich) rechtswidrige Planfeststellungsbeschlüsse; derartige Konstellationen bilden geradezu einen Hauptanwendungsfall der genannten Vorschrift (BVerwG, Beschluss vom 24. Oktober 1991 – 7 B 65/91 –, Rn. 14, juris).

Dass eine Planänderung gemäß § 76 VwVfG auch von Amts wegen möglich ist, bedeutet aber nicht zwingend, dass sich für die Planfeststellungsbehörde keine Bindungen aus der Bestandskraft des PFB ergeben. Es ist strittig, ob insoweit für die Behörde Einschränkungen aus §§ 48, 49 VwVfG bestehen (bejahend etwa Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 76 Rn. 4, 18; verneinend Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 76 Rn. 1; offen gelassen bei BVerwG, Urteil vom 14. September 1992 – 4 C 34-38/89 –, BVerwGE 91, 17-24, Rn. 24: *„Allerdings ist - darauf sei zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich hingewiesen - aus Anlaß dieses Falles nicht zu untersuchen, ob die §§ 48, 49 VwVfG generell von einer Anwendung im Rahmen von Planfeststellungsverfahren ausgeschlossen sind, weil sich etwa aus den §§ 73 bis 79 VwVfG Abweichendes ergibt. So mag es durchaus zutreffend sein, daß eine von Amts wegen eingeleitete nachträgliche Änderung einer bestandskräftigen Planfeststellung zu Lasten des Vorhabenträgers nur unter den Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG zulässig ist.“*). Grundsätzlich können die

§§ 48, 49 VwVfG auch auf PFB Anwendung finden (BVerwG, Urteil vom 31. Juli 2012 – 4 A 7001/11, 4 A 7002/11, 4 A 7003/11 –, BVerwGE 144, 44-82, Rn. 23).

Das EBA kann somit seine Planungsentscheidung wegen der unzureichenden Problembewältigung im Wege des Planänderungsverfahrens gemäß § 76 VwVfG von Amts wegen nachträglich korrigieren und etwa für die Kappung der Gäubahn andere Voraussetzungen bestimmen. Soweit damit Regelungen zu Lasten des Vorhabenträgers verbunden sind, müssen nach strittiger Auffassung die Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG zu Rücknahme und Widerruf beachtet werden. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, muss anhand der vom EBA beabsichtigten konkreten Planänderung beurteilt werden.

3. Hinweis: Tätigkeit des EBA als Aufsichtsbehörde nach AEG

Die Frage 3 und die bisherigen Ausführungen betreffen die Befugnisse des EBA als Planfeststellungsbehörde. Diese Befugnisse beziehen sich auf das planfestgestellte Vorhaben.

Ergänzend sind die eisenbahnrechtlichen Pflichten der DB Netz vom EBA als Aufsichtsbehörde durchzusetzen. Das betrifft insbesondere die Betriebspflicht an der Panoramastrecke. Sie wird nicht von der Planfeststellungsbehörde verfolgt. Neben dem EBA kann noch die BNetzA zuständig sein, um die Bereitstellungspflichten durchzusetzen.

a) Aufgaben und Befugnisse des EBA (§ 5a AEG)

Die Aufgaben und Befugnisse des EBA sind in § 5a AEG geregelt.

Besteht die Gefahr, dass ein EIU die Betriebspflicht verletzt, ist die zuständige Aufsichtsbehörde, für Eisenbahnen des Bundes das EBA (§ 5 Abs. 1a AEG, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BEVVG), berechtigt, die für die Gewährleistung der Sicherheit erforderlichen Maßnahmen zu treffen (§ 5a Abs. 1 und 2 AEG) (vgl. BVerwG, Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 19/16 –, Rn. 18, juris).

Die Eisenbahnaufsichtsbehörden können ihre Anordnungen, etwa das Betreiben einer Eisenbahnstrecke, nach § 5a Abs. 9 S. 1 AEG nach den für die Vollstreckung von Verwaltungsmaßnahmen geltenden Vorschriften durchsetzen (vgl. etwa den Fall des VG Dresden, Urteil vom 20. Oktober 2017 – 12 K 892/16).

b) Widerruf der Unternehmensgenehmigung (§ 6g AEG)

In Betracht kommt bei Verletzung der Betriebspflicht durch die DB Netz – wie bereits erwähnt – auch der Widerruf der Unternehmensgenehmigung, § 6g Abs. 1 S. 2 AEG, etwa in Verbindung mit Abs. 4 AEG (vgl. BVerwG, Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 8/16 –, Rn. 11 - 12, juris).

Das EBA ist berechtigt, bei Zweifeln am Bestehen der Betriebsbereitschaft einen binnen angemessener Frist zu erbringenden Nachweis hierüber zu verlangen und ist verpflichtet, wenn der Nachweis ausbleibt, die Genehmigung zu widerrufen (vgl. BVerwG, Urteil vom 11. April 2019 – 3 C 8/16 –, Rn. 21, juris).

D. Literaturverzeichnis

1. Dietrich, Reinhard, DVBl. 2007, 657, Anfang und Ende von Eisenbahninfrastruktur
2. Hafner, Philipp, N&R 2015, 96, Genehmigungserfordernisse beim Wechsel des Betreibers einer Eisenbahnstrecke
3. Hermes, Georg, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 2019, § 26 Eisenbahnrecht
4. Hermes/Sellner, AEG-Kommentar, 2. Auflage 2014
5. Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 21. Auflage 2020
6. Kramer, Urs, IR 2004, 106 – Die Betriebspflicht für die Eisenbahninfrastruktur
7. Kramer, Urs, AEG-Kommentar, 1. Auflage 2012
8. Kramer, Urs, Verwaltungsarchiv 2013, 26-63, § 11 und § 23 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) im Kontext des Projektes „Stuttgart 21“
9. Kramer, Urs, NVwZ 2017, 209 – Die Stilllegung von Eisenbahninfrastruktur durch ihren „Ersatz“ (auch im Kontext von „Stuttgart 21“)
10. Kramer, Urs, NVwZ 2019, 73, Urteilsanmerkung
11. Kramer, Urs, N&R 2020, 226-242, Die Entwicklung des Eisenbahnrechts in den Jahren 2019/2020
12. Krappel, Thomas, DVBl. 2012, 674, Zur Zulässigkeit von Betriebsregelungen in Planfeststellungsbeschlüssen für Verkehrsinfrastrukturvorhaben
13. Kühling/Otte, AEG/ERegG-Kommentar, 1. Auflage 2020
14. Leitzke, Claus, IR 2019, 176 ff. und 194 ff., Überlegungen zur Stilllegung nach § 11 AEG
15. Leitzke, Claus/ Schreppel, DVBl 2009, 85 ff., Der Verkauf von Bahnhöfen der Eisenbahnen des Bundes
16. Metzler, Moritz, UPR 2018, 457-462, Die Rechtsnachfolge in eisenbahnrechtlichen Genehmigungen
17. Ramsauer, Ulrich, DVBl. 2019, 457, Aufhebung der Planfeststellung und Rückbau von Anlagen nach Betriebsaufgabe
18. Ruge, Reinhard, IR 2004, 248 ff., Netzzugang, Betriebspflicht und Wiederherstellung der Befahrbarkeit von Schienenwegen
19. Schmitt, Thomas/Leitzke, Claus, IR 2007, 58 ff., 85 ff., Pflicht zu unwirtschaftlichem Handeln? Zum Recht auf „Stilllegung“ von Eisenbahninfrastruktur
20. Sitsen, Michael, DVBl. 2016, 1394 f., Anmerkung zu BVerwG, 25.05.2016, 3 C 2.15- Verbindungsspanne Sulingen
21. Spoerr, Wolfgang, DVBl 1997, 1309, Die Stilllegung von Eisenbahnstrecken nach § 11 AEG – Eisenbahninfrastruktur zwischen unternehmerischer Autonomie, öffentlicher Zweckbindung und Wirtschaftsaufsicht
22. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG – Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Auflage 2018
23. Teichmann, Lisa, N&R 2019, 88, Rechtsprechung zur Stilllegung von Eisenbahnanlagen nach § 11 AEG

24. Wachinger, Lorenz, N&R 2019, 312, Urteilsanmerkung
25. Wilmsen, Wilko, IR 2008, 129, Instandhaltungspflicht für die Eisenbahninfrastruktur
26. Wysk, Peter, UPR 2019, 440, Neues aus der Leipziger eisenbahnrechtlichen „Werkstatt“