

Sachgebiete: Schienennetz-Benutzungsbedingungen

Gericht: OVG NRW

Datum der Verkündung: 16.09.2014

Aktenzeichen: 13 A 1847/13
(18 K 4277/12 Köln)

Rechtsquellen:

§ 14 Abs. 1, 2, 4, 6 AEG; § 14d S. 1 Nr. 6 AEG; § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG;
§ 14f Abs. 2 S. 2 AEG;
§ 2 Nr. 3 EIBV; § 4 Abs. 2 EIBV; § 6 Abs. 1 EIBV; § 8 EIBV; § 9 EIBV;
§ 11 Abs. 1 S. 2 EIBV, § 21 EIBV;
§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO; Art. 80 GG;
§ 14 Abs. 1 S. 1 REG; Art. 288 Abs. 3 AEUV; Art. 10 Abs. 5 RL 91/440/EWG;
RL 2001/14/EG; RL 2012/34/EU;

Schlagworte:

Schienennetz-Benutzungsbedingungen; diskriminierungsfreie Nutzung der Infrastruktur; Entgeltliste; Verordnungsrecht; Begründungspflicht; Vertragsschließungsrecht; Inhalt und Modalitäten des Zugangsrechts; gesetzliche Frist; Zugangsvereinbarung; Trassenkonstruktion; Verkehrsdurchführung; Zuweisungsverfahren; Netzfahrplanentwurf; Entgelthöhen; Stornierungsentgelt; Einzelnutzungsvereinbarung; Einzelnutzungsvertrag; Diskriminierungsverbot; Unionsrechtliche Vorgaben;

Leitsätze:

1. Die Frist für den Widerspruch der Bundesnetzagentur gegen die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen beginnt erst zu laufen, wenn der Behörde die Liste der Entgelte mitgeteilt sowie dargelegt wird, dass die Entgeltfestsetzung mit den Anforderungen des § 14 Abs. 4 AEG übereinstimmt.
2. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG vermittelt ein öffentlich-rechtliches Zugangsrecht, weshalb der Zugangsberechtigte nicht erst durch den Vertrag nach § 14 Abs. 6 AEG einen rechtlich durchsetzbaren Zugangsanspruch erhält.
3. Das Allgemeine Eisenbahngesetz bestimmt keinen konkreten materiellen Gehalt der Zugangsberechtigung, sondern delegiert dies an den Verordnungsgeber, der auch die Vertragspartner bestimmen darf.
4. Spediteure, Operateure und andere Verloader haben – auch unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben – keinen Anspruch darauf, Vertragspartner eines Einzelnutzungsvertrags über die Schieneninfrastruktur mit dem Infrastrukturbetreiber zu werden. Sie sind aber am Zuweisungsverfahren, insbesondere am Konfliktlösungs- und Entscheidungsverfahren, zu beteiligen.
5. Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot schützt nicht vor jeder unangemessenen Benachteiligung durch den Infrastrukturbetreiber; entscheidend ist, ob Unternehmen ungleich behandelt und hierdurch am Zugang zur Infrastruktur gehindert oder im Wettbewerb beeinträchtigt werden.

6. Dem allgemeinen eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot lässt sich keine Verpflichtung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens entnehmen, jedes Entgelt zu plausibilisieren, d. h. die Entgeltberechnung stets durch Offenlegung der Kalkulation nachvollziehbar zu machen.

Urteil

Beglaubigte Abschrift

- 13 A 1847/13 - Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen
Verkündet am: 16. September 2014
(Thieme, als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle)
- 18 K 4277/12 Köln - Verwaltungsgericht Köln vom 19. Juli 2013

In dem Verwaltungsrechtsstreit

der DB N. AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Herrn O. K. sowie den Vorstand Vertrieb und Fahrplan Dr. J. S. , _ _ _ _ _ ,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Ku. , _ _ _ _ _ ,

gegen

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vertreten durch den Präsidenten, _ _ _ _ _ ,

Beklagte,

wegen Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2013)

hat der 13. Senat

auf die mündliche Verhandlung

vom 16. September 2014

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Lau ,
die Richterin am Oberverwaltungsgericht Schildwächter,
die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Dahme,
den ehrenamtlichen Richter Schumann,
die ehrenamtliche Richterin Seidel

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 19. Juli 2013 geändert.

Ziffer 1 des Bescheids der Bundesnetzagentur vom 1. Dezember 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2012 wird aufgehoben, soweit darin den Klauseln 2.2.1 c) Satz 1 SNB sowie 2.2 Abs. 1 Satz 1 Gen das das Angebot zu richten ist") und Abs. 2 AGB-IN widersprochen wird.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen tragen die Klägerin zu 1/5 und die Beklagte zu 4/5.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v. H. des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 v. H. des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das bundesweit Schienenwege betreibt. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2011 teilte sie der Bundesnetzagentur die beabsichtigte Neufassung ihrer Schienennetz-Benutzungsbedingungen (im Folgenden: SNB) mit. Die Beteiligten streiten um die Eisenbahnrechtskonformität folgender Klauseln der SNB:

Ziffer 2.2.1 c) SNB 2013

In den Fällen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG muss der ZB der DB Netz AG mit der Anmeldung das EVU benennen, an welches das Angebot zum Abschluss eines ENV (Angebot) zu richten ist. [...]

Ziffer 2.2 AGB-1N

Die ZB nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 AEG verpflichten sich bei Anmeldung gemäß Ziffer 2.1 lit. b) dieser AGB-IN, ein einbezogenes EVU, an das das Angebot zu richten ist, zu benennen. [...]

Im Falle einer Anmeldung eines ZB nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG ist das Angebot der DB Netz AG an das einbezogene EVU zu richten. Der ENV kommt durch Annahme des Angebotes durch das einbezogene EVU zustande.

[...]

[...]

Das einbezogene EVU ist nach Benennung an vorherige Erklärungen des ZB hinsichtlich der Trassenanmeldung gebunden. Nach Beantragung der Zuweisung an das einbezogene

EVU durch den ZB sind ausschließlich die Erklärungen des einbezogenen EVU bezogen auf den jeweiligen ENV verbindlich. [...]

Ziffer 6.2.5.14 SNB 2013

Im Falle einer neuen Trassenzuweisung gem. Ziffer 3.5.4.1 der AGB-IN (Anlage 1.6 der SNB) rechnet die DB Netz AG gegenüber dem ZB oder dem einbezogenen EVU das im ENV vereinbarte Trassenentgelt ab.

Wenn eine Verspätung eines Zuges bereits am Anfangs- oder Übergabebahnhof vom benachbarten Eisenbahninfrastrukturunternehmen 20 Stunden oder mehr beträgt und der ZB oder das einbezogene EVU den Zug nicht innerhalb dieser 20 Stunden abfahrbereit gemeldet hat, zahlt der ZB oder das einbezogene EVU zusätzlich zu dem nach vorstehendem Satz 1 zu zahlenden Trassenentgelt das Entgelt für die von der DB Netz AG neu zugewiesene Trasse, es sei denn die Verspätung von 20 Stunden oder mehr wurde von der DB Netz AG verschuldet.

Zur Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 teilte die Klägerin mit, diese sei erforderlich geworden, weil nach der bisherigen Regelung die Stornierungsregelung umgangen werde. Nicht genutzte Trassen würden nicht storniert, stattdessen werde Tage und zum Teil auch erst Wochen nach dem ursprünglichen Verkehrstag eine neue Trasse mit dem Hinweis auf die bisherige 20 Stunden-Regelung angemeldet, wonach eine neue Trasse unentgeltlich zuzuweisen war. Nach der bisherigen Regelung entfielen daher sowohl Stornierungserlöse als auch Erlöse für die Zuweisung der neuen Trasse.

Nachdem die Bundesnetzagentur darauf hingewiesen hatte, sie sehe die Mitteilung mangels Angaben zu den Entgelthöhen und Darlegung der Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG nicht als vollständige Unterrichtung i. S. d. § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG an, legte die Klägerin mit Schreiben vom 3. November 2011 und 7. November 2011 weitere Erläuterungen zu ihren Entgelten vor und erklärte – infolge einer mündlichen Vereinbarung mit der Bundesnetzagentur –, sie werde in einem möglichen Rechtsstreit nicht das Argument des verfristeten Widerspruchs erheben, solange ihr dieser bis einschließlich 1. Dezember 2011 zugestellt werde.

Mit Bescheid vom 1. Dezember 2011, der Klägerin am selben Tag zugestellt, widersprach die Bundesnetzagentur nach vorheriger Anhörung der beabsichtigten Änderung einzelner Klauseln. Mit Ziffer 1 widersprach sie der beabsichtigten Änderung der Ziffern 4.2.1.1, 7.1.3.2 und 7.1.9.2 der SNB 2012 (Ziffern 2.2.1 c) Satz 1 SNB 2013 und 2.2 AGB-IN 2013), soweit das Zugangsrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG eingeschränkt werde. Dies gelte für Ziffer 2.2.1 c) Satz 1 SNB und Ziffer 2.2 Abs. 1 Satz 1 („an das das Angebot zu richten ist“), Abs. 2 sowie Abs. 5 Satz 2 AGB-IN. Mit Ziffer 4 des Bescheids widersprach die Bundesnetzagentur der beabsichtigten Änderung der Regelung in Ziffer 7.6.5.9 der SNB 2012 (Ziffer 6.2.5.14 SNB 2013), soweit eine Änderung des Entgelts bei Verspätungen von mehr als 20 Stunden betroffen sei.

Zur Begründung führte die Bundesnetzagentur aus: Die in Ziffer 1 des Bescheids beanstandeten Klauseln verstießen gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG. Sie verkürzten das Zugangsrecht der Spediteure, Operateure und Unternehmen des produzierenden Gewerbes (im Folgenden: Verladere) in unzulässiger Weise, mit deren Zugangsberechtigung nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG der Schienengüterverkehr gestärkt werden solle. Diese könnten nur noch Trassen anmelden, aber nicht mehr mit der Klägerin einen Einzelnutzungsvertrag abschließen und im Rahmen des Koordinierungs- und Entscheidungsverfahrens Einfluss auf die

Zuweisung der Trassen nehmen. Das Zugangsrecht könne ein Zugangsberechtigter aber nur ausüben, wenn er einen Vertrag nach § 14 Abs. 6 AEG mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen abschlieÙe. Auch nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) könnten Zugangsberechtigte selbst Vertragspartner eines Nutzungsvertrags werden. Die von § 6 EIBV vorgesehene Zuweisung an ein Verkehrsunternehmen betreffe lediglich eine vorgelagerte Stufe der Anbahnung des Vertrags; für den Vertragsschluss sei § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV die speziellere Norm. Die beabsichtigten Änderungen beträfen neun Verlagerer und hätten hohe Wettbewerbsrelevanz. Für Verlagerer stelle sich im Logistikgeschäft relativ häufig das Problem, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Leistungen nicht pünktlich erbrächten oder sonst unzuverlässig seien. Auf der anderen Seite bestehe kein schützenswertes Interesse der Klägerin an der Änderung der langjährigen Praxis. Die mit Ziffer 4 des Ausgangsbescheids beanstandete Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 verstoÙe gegen das Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, weil für vergleichbare Sachverhalte – planmäßig durchgeführte Trassen und Trassen, die mit einer Verspätung von über 20 Stunden an die Bescheidadressatin übergeben wurden – ein ungleiches Entgelt erhoben werden solle. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass trotz einmaliger Leistungserbringung aufgrund eines Mehraufwands eine zweifache Abrechnung gerechtfertigt sei. Sie habe weder die bei Nichtinanspruchnahme erzielbaren Entgelte für anderweitige Nutzungen im Rahmen der Disposition noch die ersparten Eigenaufwendungen beziffert.

Den dagegen eingelegten Widerspruch wies die Bundesnetzagentur durch Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 2012 zurück. Zur Begründung führte sie ergänzend aus: Die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Klauseln 2.2.1 c) SNB 2013 und 2.2 AGB-IN resultiere auch daraus, dass nach § 14 Abs. 6 AEG die Einzelheiten des Zugangs ohne weitere Differenzierung zwischen den Zugangsberechtigten und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen vereinbart würden. Sie seien zwar nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung zu vereinbaren. Der Kreis der in Frage kommenden Vertragspartner sei durch die gesetzliche Regelung aber bereits festgelegt und nicht der Gestaltungsmacht des Ordnungsgebers überlassen. Durch die Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 würden zwei Zugfahrten, die sich allein in der Pünktlichkeit voneinander unterschieden, ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt. Da es zur Beseitigung eines überdies unbelegten Missbrauchs ausgereicht hätte, entsprechende Stornierungsentgelte zu verlangen, sei das mit der beabsichtigten neuen Regelung verlangte doppelte Entgelt ungerechtfertigt hoch. Wie die Befragung von Marktteilnehmern gezeigt habe, würde die beanstandete Klausel zu nicht unerheblichen GewinneinbuÙen bei Güterverkehrsunternehmen führen.

Die Klägerin hat am 16. Juli 2012 beim Verwaltungsgericht Köln Klage erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt: Das Zugangsrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG werde nicht unzulässig beeinträchtigt. Zu den nach §§ 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 6, 26 Abs. 1 Nr. 6 AEG zu regelnden Bedingungen für den Zugang könne auch gehören, einem Zugangsberechtigten nur ein Antragsrecht, einem anderen aber das Vertragsrecht zu gewähren. Dass der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung die Verlagerer stärken wollen, müsse nicht zwingend heißen, dass sie dieselben Rechte erhalten sollten wie die Eisenbahnverkehrsunternehmen, die die Gleisinfrastruktur unmittelbar nutzen. Der Güterverkehr sei dadurch gestärkt worden, dass die Verlagerer die Antragsberechtigung erhalten hätten, die einen sehr starken Einfluss auf die Ausgestaltung der Verkehre ermögliche. Durch eine Aufspaltung zwischen dem Verlagerer als Vertragspartner und dem Eisenbahnverkehrsunternehmen als Nutzer entstünden unnütze Schnittstellen. Bei operativen Problemen bei Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nicht zugleich Vertragspartner seien,

müsse sie sich immer zunächst an den Verlader wenden, obwohl dieser naturgemäß eine größere Entfernung zum operativen Geschehen habe. Sie beeinträchtige auch nicht die Wettbewerbsmöglichkeiten der Verlader, die über eine geschickte Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen zu den EVU den gleichen Effekt herbeiführen könnten. Der Annahme, Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 verstoße gegen das Diskriminierungsverbot, liege eine falsche Vergleichspaarbildung zugrunde. Pünktliche und verspätete Zugfahrten seien nicht miteinander vergleichbare Sachverhalte; zumindest sei eine unterschiedliche Behandlung nicht sachwidrig, weil die Zugtrasse gemäß § 2 Nr. 1 EIBV auch durch den vereinbarten Zeitraum definiert sei. Ohne rechtliche Verpflichtung lasse die Klägerin aber wegen der in der Praxis teils notwendigen zeitlichen Flexibilität eine Nutzung der Strecke bis zu drei Stunden vor bzw. bis zu 20 Stunden nach der vereinbarten Zeit zu. Müssten Zugangsberechtigte bei einer größeren Verspätung eine neue Trasse anmelden, ohne dafür ein Entgelt entrichten zu müssen, würden diese und Zugangsberechtigte, die eine Trasse ohne Verspätung benutzten, ungleich behandelt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Ziffern 1 und 4 des Bescheids der Bundesnetzagentur vom 1. Dezember 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2012 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt: Die mit Ziffer 1 beanstandete Neuregelung verkürze in unzulässiger Weise das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG gewährleistete Zugangsrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG. Hätten diese nicht das Recht, den in § 14 Abs. 6 AEG vorgesehenen Nutzungsvertrag mit der Klägerin selbst abzuschließen, würden sie der mit dem Status als Zugangsberechtigte verbundenen materiellen Rechtsposition fast vollständig beraubt. Die §§ 6 Abs. 1 Satz 2, 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV rechtfertigten es nicht, Verladern ein eigenes Vertragsschlussrecht zu verweigern. Das Recht zur Direktkontrahierung sei für die Verlader aus Wettbewerbsgründen von großer Bedeutung. Letztlich bestehe der Verdacht, dass die Klägerin ihre Konzernschwester DB S. vor möglichen Vertragswechseln seitens der Verlader schützen wolle, was eine unzulässige Diskriminierung sei. Der Widerspruch gegen die Ziffer 6.2.5.14 SNB 2013 (Ziffer 4 des Ausgangsbescheids) richte sich ausschließlich gegen die Absicht, im Falle einer erneuten Trassenzuweisung das volle Entgelt ein weiteres Mal zu verlangen. Es werde kein Verstoß gegen § 14 Abs. 4 AEG gerügt. Richtige Vergleichsgruppen seien Züge mit weniger und Züge mit mehr Verspätung als 20 Stunden. Maßstab für die Bildung von Vergleichsgruppen sei der Wettbewerb unter Zugangsberechtigten, weil der Normzweck des § 1 Abs. 1 Satz 1 AEG der Schutz von Marktteilnehmern vor Wettbewerbsnachteilen sei. Zu vergleichen seien Zugangsberechtigte, die Dienstleistungen im Schienengüterverkehr erbrächten. Die Abweichung vom Fahrplan führe nicht zu völlig verschiedenen Sachverhalten, weil sie für die Wettbewerbsfähigkeit der Zugangsberechtigten nicht von Bedeutung sei. Hingegen dürfe nicht eine hochgradig verspätete Zugfahrt mit zwei pünktlichen oder geringfügig verspäteten Zugfahrten verglichen werden, da der Anbieter zweier Zugfahrten einen höheren Erlös erzielen könne als der Anbieter einer Zugfahrt, für den das doppelte Trassenentgelt ein Wettbewerbsnachteil sei. Die Ungleichbehandlung von pünktlichen und verspäteten Zügen sei nur gerechtfertigt, wenn eine Kostenerhöhung nachvollziehbar dargelegt werde und der Höhe nach gerechtfertigt sei.

Das Verwaltungsgericht hat durch Urteil vom 19. Juli 2013 Ziffer 4 des Bescheids der Bundesnetzagentur vom 1. Dezember 2011 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2012 aufgehoben und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Frist des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG sei eingehalten, weil sie erst mit vollständiger Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu laufen beginne. Dazu gehöre bei beabsichtigter Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen die Darlegung der Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG. Der Widerspruch in Ziffer 1 des Ausgangsbescheids sei rechtmäßig. Die Klauseln 2.2.1 c) Satz 1 SNB und 2.2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2 AGB-IN verstießen gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 6 AEG, weil sie das Zugangsrecht der Verloader zu den Schienenwegen der Klägerin unzulässig einschränkten. Das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur stehe allen Zugangsberechtigten grundsätzlich in gleichem Umfang zu. Die Richtlinie 2001/14/EG und das Allgemeine Eisenbahngesetz gingen davon aus, dass der diskriminierungsfreie Zugang zur Eisenbahninfrastruktur durch einen zwischen dem Zugangsberechtigten und dem Infrastrukturunternehmen geschlossenen Infrastrukturnutzungsvertrag gewährt werde. Dagegen sei Ziffer 4 des Ausgangsbescheids in der Fassung des Widerspruchsbescheids rechtswidrig, weil die Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Dieses berücksichtige zwar das gesetzliche Ziel des Wettbewerbs, sei aber weder damit gleichzusetzen noch dadurch determiniert. Dem Allgemeinen Eisenbahngesetz gehe es allein darum, den Wettbewerb vor Diskriminierungen zu schützen. Gefordert sei auch lediglich die Gleichbehandlung beim Zugang. Weil die beanstandete Klausel bei einer Zugverspätung von mindestens 20 Stunden den Abschluss eines (neuen) Vertrags für die Nutzung einer neu zugewiesenen Trasse fordere, unterscheide sie eisenbahnrechtskonform Sachverhalte, die bereits nicht miteinander vergleichbar seien.

Die Klägerin und die Beklagte haben jeweils die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt.

Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Berufung vor: Der Bescheid sei bereits formell rechtswidrig, weil er nicht innerhalb der gesetzlichen 4-Wochen-Frist des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG ergangen sei. Die Mitteilung vom 17. Oktober 2011 sei vollständig gewesen. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, die – bis dahin noch unveränderten, nicht in die SNB aufgenommenen – Entgeltlisten mitzuteilen. Da es sich um eine gesetzliche Entscheidungsfrist handle, sei unerheblich, dass sie erklärt habe, sich nicht auf eine etwaige Verspätung zu berufen. Ziffer 1 des Bescheids sei auch materiell rechtswidrig. Die Beklagte habe sich auf eine ihr nicht zustehende Normverwerfungskompetenz hinsichtlich des § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV berufen. Diese Vorschrift schließe es aus, dass Verloader die Zuweisung der Trasse an sich selbst beantragen könnten, weshalb die Erklärung des Angebots nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV an das benannte Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgen müsse. Die Beschränkung der Verloader auf ein reines Antragsrecht sei eindeutiger Wille des Verordnungsgebers und entspreche auch der Systematik sowie Sinn und Zweck des § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV. Diese Vorschrift sei ferner mit höherrangigem Recht vereinbar. Aus § 14 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6 AEG folge nicht, dass Verloader einen Anspruch auf Abschluss eines Einzelnutzungsvertrags hätten. Vielmehr habe der Gesetzgeber es dem Verordnungsgeber überlassen wollen, Einzelheiten des Vertragsschlusses – wie auch die Bestimmung des Angebotsadressaten – zu regeln. Die Verordnungsermächtigungen in § 26 Abs. 1 Nr. 6, 7 und Abs. 4 Nr. 1 AEG gingen über die Ausgestaltung des allgemeinen Zugangsrechts hinaus. § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV sei auch richtlinienkonform, weil Art. 2 lit. b der Richtlinie 2001/14/EG es den Mitgliedstaaten freistelle, ob sie den Verladern überhaupt Zugangsrechte einräumten. Die überschießende Umsetzung in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG sei

deshalb nicht richtlinienkonform auszulegen.

Die Berufung der Beklagten sei unzulässig, weil sie den verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen des § 124a Abs. 3 Satz 4 VwGO nicht genüge. Sie sei aber auch unbegründet.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 19. Juli 2013 zu ändern und auch Ziffer 1 des Bescheids der Beklagten vom 1. Dezember 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2012 aufzuheben

sowie die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 19. Juli 2013 zu ändern und die Klage auch insoweit abzuweisen, als sie sich gegen Ziffer 4 des Bescheids vom 1. Dezember 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2012 richtet,

sowie die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte führt zur Begründung ihrer Berufung aus: Durch die Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 würden die Vergleichsgruppen – Zugfahrten mit Verspätungen von mehr als 20 Stunden und andere Zugfahrten – ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt. Zwischen beiden Gruppen bestünden keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die ungleiche Behandlung – die Zufügung von Wettbewerbsnachteilen – rechtfertigen könnten. Da das Diskriminierungsverbot die Marktteilnehmer vor Wettbewerbsnachteilen schützen solle, müssten jene Zugangsberechtigten miteinander verglichen werden, die vergleichbare Leistungen in einem gemeinsamen Wirtschaftsraum anböten und miteinander konkurrierten. Ein sachlich rechtfertigender Grund für die Ungleichbehandlung der Vergleichsgruppen sei von der Klägerin nicht hinreichend dargelegt worden. Dieser liege weder in dem Erfordernis eines zweiten Vertragsschlusses noch in dem von der Klägerin lediglich behaupteten Missbrauch. Die Klägerin habe auch nicht dargelegt, welche Kosten ihr in diesen Fällen tatsächlich entstünden. Die pauschale Erhebung zweier Entgelte erscheine unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt. Dies gelte umso mehr, als es der Klägerin in ihren Stornierungsentgelten ohne Weiteres möglich gewesen sei, eine aufwandsbezogene Komponente zu implementieren.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat überwiegend Erfolg (A.). Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet (B.).

A. Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet.

Das Verwaltungsgericht hat zu Unrecht die Klage hinsichtlich Ziffer 1 des Bescheids der

Bundesnetzagentur vom 1. Dezember 2011 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2012 vollumfänglich abgewiesen. Der Widerspruch der Bundesnetzagentur gegen die Klauseln 2.2.1 c) Satz 1 SNB und 2.2 Abs. 1 Satz 1 („an das das Angebot zu richten ist“) sowie Abs. 2 AGB-IN, mit denen Verlater vom Abschluss von Einzelnutzungsverträgen ausgeschlossen werden, ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Der Widerspruch in Ziffer 1 des Bescheids gegen Klausel 2.2 Abs. 5 Satz 2 AGB-IN ist hingegen rechtmäßig.

I. Rechtsgrundlage für den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 1. Dezember 2011 ist § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG. Danach kann die Regulierungsbehörde nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d AEG innerhalb von vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG widersprechen, soweit die beabsichtigten Entscheidungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen.

II. Der angefochtene Bescheid ist nicht wegen Fristüberschreitung formell rechtswidrig. Nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG kann die Regulierungsbehörde nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d innerhalb von vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung nach § 14d Satz 1 Nr. 6 widersprechen. Die Frist für den Widerspruch der Bundesnetzagentur beginnt danach mit Eingang der Mitteilung nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG. Dies setzt voraus, dass der Bundesnetzagentur eine vollständige Mitteilung vorliegt, die den Anforderungen des § 14d entspricht.

1. § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG verlangt, dass die öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Regulierungsbehörde unterrichten über die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen. Erforderlich ist damit zunächst eine Unterrichtung über die Entgeltgrundsätze, die nach § 4 Abs. 2 EIBV i. V. m. Anlage 2 Nr. 2 ohnehin Teil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sind. Weiter bedarf es der Mitteilung über die Entgelthöhen (Liste der Entgelte).

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 8. April 2014 - 13 A 884/13 -, DVBl. 2014, 934 = juris, Rn. 39 f.; Gerstner, N&R 2014, 215 (218).

Die Einbeziehung der Liste der Entgelte in die Unterrichtungspflicht folgt schon aus dem eindeutigen Wortlaut des § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG, auf den sich § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG bezieht. Die Nutzungsbedingungen sind "einschließlich der jeweils vorgesehenen" Entgelthöhen, d.h. nebst der jeweils zugehörigen Entgeltliste vorzulegen. Hätte der Gesetzgeber, wie zum Teil aus dem Wort "einschließlich" gefolgert wird, die Entgelthöhen nur dann einbeziehen wollen, wenn sie – überobligatorisch – zum Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen gemacht werden sollen, hätte es der Erwähnung der Entgelthöhen nicht bedurft. Aus der Formulierung "jeweils vorgesehenen" ergibt sich deshalb nichts anderes. Gemeint ist damit ersichtlich die für die Nutzung des Schienennetzes oder der Serviceeinrichtung vorgesehene Entgeltliste. Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG, der Bundesnetzagentur eine umfassende Prüfung zu ermöglichen. Hiervon ausgehend kann aus dem Umstand, dass nach § 4 Abs. 2 Satz 2 EIBV die Liste der Entgelte nicht Pflichtbestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen ist, nichts anderes geschlossen werden. Überdies handelt es sich dabei lediglich um Verordnungsrecht, das für die – einschränkende – Auslegung des ranghöheren Gesetzesrechts nicht herangezogen werden kann.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 8. April 2014 - 13 A 884/13 -, juris, Rn. 39 f.

2. Weiter erfordert § 14d Satz 3 AEG die Darlegung, dass die Entgeltfestsetzung mit den Anforderungen des § 14 Abs. 4 AEG übereinstimmt. Während § 14d Satz 2 AEG eine Begründungspflicht für die beabsichtigten Entscheidungen nach § 14d Satz 1 Nr. 1 bis 5 AEG, nicht aber für die Mitteilung geänderter Schienennetz-Benutzungsbedingungen nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG statuiert, bestimmt § 14d Satz 3 AEG, dass die Betreiber der Schienenwege dabei auch die Übereinstimmung ihrer Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG darzulegen haben. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist die Formulierung „dabei auch“ sprachlich missglückt, lässt aber nicht den Schluss zu, dass Satz 3 lediglich Satz 2 ergänzt und nur bei Mitteilungen nach § 14d Satz 1 Nr. 1 bis 5 AEG Ausführungen zu § 14 Abs. 4 AEG erforderlich sind. Mangels Entgeltfestsetzungen wäre hier durch die Betreiber der Schienenwege nichts darzulegen: Die Nummern 1 bis 3 betreffen Antragsablehnungen, Nr. 4 Rahmenverträge und Nr. 5 die Aufforderung an den Zugangsberechtigten, ein über die Vorgaben der Schienennetz-Benutzungsbedingungen hinausgehendes Entgelt anzubieten.

Ferner überzeugt es nicht, dass § 14d Satz 3 AEG nur dann eine Darlegungspflicht begründen soll, wenn der Betreiber der Schienenwege freiwillig, d. h. ohne gesetzliche Verpflichtung, die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen und die jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen begründet.

So aber Gerstner, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beckscher AEG-Kommentar, 2006, § 14d Rn. 13.

Diese Auffassung findet keine Stütze im Gesetz, das einschränkungslos eine Pflicht statuiert, die Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG darzulegen.

Aus diesem Grund und weil die Darlegungspflicht nur in den Fällen des § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG Sinn macht, ist die Formulierung „dabei auch“ auf die Mitteilungspflicht nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG zu den jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätzen und -höhen zu beziehen. Mit („dabei“) und zusätzlich („auch“) zu dieser Mitteilung ist eine Stellungnahme zu den Anforderungen des § 14 Abs. 4 AEG gefordert.

3. Gemessen an diesen Vorgaben war der Widerspruch der Bundesnetzagentur rechtzeitig. Während die beabsichtigten Nutzungsbedingungen ihr schon am 17. Oktober 2011 vorlagen, sind eine Mitteilung der Entgelthöhen sowie Darlegungen zur Übereinstimmung mit § 14 Abs. 4 AEG erst am 3. November 2011 eingegangen. Die Bundesnetzagentur hat damit nach den vorstehenden Ausführungen auch nicht etwa ergänzende Unterlagen gefordert, vielmehr genügte die Mitteilung frühestens dann den gesetzlichen Anforderungen. Ob dies tatsächlich der Fall war, was die Beklagte bestreitet, bedarf keiner Entscheidung, da sie im Gespräch mit der Klägerin am 4. November 2011 erklärt hat, die nachgelieferten Erläuterungen als ausreichend anzusehen. Die demnach am 1. Dezember 2011 ablaufende 4-Wochen-Frist hat die Beklagte durch ihren Bescheid gleichen Datums eingehalten, der der Klägerin an diesem Tag auch zugegangen ist.

4. Abgesehen davon wäre die Klägerin gehindert, die formelle Rechtswidrigkeit wegen Fristüberschreitung und damit insoweit eine Rechtsverletzung geltend zu machen, weil dies gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstieße. Sie hat mit Schreiben vom 7. November 2011 erklärt, sich im Prozess auf eine Verspätung nicht zu berufen, wenn ihr der Widerspruch der

Bundesnetzagentur bis zum 1. Dezember 2011 wirksam zugestellt werde. Letzteres ist hier geschehen. Der von der Klägerin angeführte Umstand, dass es sich um eine gesetzliche Frist handelt, steht der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht entgegen. Dieser bewirkt lediglich, dass die Klägerin einen Verfahrensfehler nicht geltend machen kann, weil sie sich sonst mit ihrem eigenen Vorverhalten in Widerspruch setzt und sich prozessuale Arglist vorwerfen lassen muss. Über die Verlängerbarkeit der gesetzlichen Frist ist damit nichts gesagt.

III. Der Widerspruch der Bundesnetzagentur in Ziffer 1 des Bescheids gegen die Klauseln 2.2.1 c) Satz 1 SNB 2013 und 2.2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AGB-IN, wonach die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG nicht Vertragspartner eines Einzelnutzungsvertrags werden können, ist materiell rechtswidrig. Die Bundesnetzagentur hat zu Unrecht angenommen, die Klauseln entsprächen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur. Sie verstoßen nicht gegen § 14 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6 AEG und sind auch mit den Vorschriften der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung vereinbar.

1. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 REG sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen in dem durch eine auf Grund des § 26 Abs. 1 Nr. 6, 7 und Abs. 4 Nr. 1 ergangenen Rechtsverordnung (Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, im Folgenden: EIBV) bestimmten Umfang zu gewähren. Zugangsberechtigt sind nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG auch Unternehmen mit Sitz im Inland, die Güter durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen befördern lassen wollen (im Folgenden: Verloader).

Daraus folgt allerdings nicht, dass auch Verloader einen Anspruch darauf haben, Vertragspartner eines Infrastrukturnutzungsvertrags mit der Klägerin zu werden, der Einzelheiten des konkreten Zugangs regelt. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG garantiert die diskriminierungsfreie Nutzung der Infrastruktur. Dass dieses Recht auch den Verladern zusteht, bestreitet die Klägerin nicht. Welche Ansprüche mit dem Recht im Einzelnen verbunden sind, d.h. wie und in welchem Umfang die Nutzung der Infrastruktur und ob ein eigenes Vertragsschließungsrecht beansprucht werden kann, ist § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG nicht zu entnehmen. Diese Vorschrift regelt ebensowenig wie § 14 Abs. 2 AEG, der nur den Kreis der Zugangsberechtigten bestimmt, einen konkreten materiellen Gehalt der Zugangsberechtigung. Einen solchen bestimmt das Allgemeine Eisenbahngesetz nicht, sondern delegiert dies an den Verordnungsgeber.

Der Begriff „Umfang“ in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG bezieht sich schon nach seinem Wortlaut nicht nur auf die Quantität – also etwa auf Zeit und Ort – der Nutzung der Infrastruktur, sondern kann auch qualitative Elemente umfassen. Umfang ist damit im Sinne von Inhalt und Ausgestaltung zu verstehen. Dies bestätigt die Formulierung der Verordnungsermächtigung in § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AEG. Die Vorschrift ermächtigt den Verordnungsgeber, eine Rechtsverordnung zu erlassen über den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur einer anderen Eisenbahn, insbesondere über die Bedingungen für den Zugang, die Rechte und Pflichten der Beteiligten, die Ausgestaltung des Zugangs einschließlich der hierfür erforderlichen Verträge und Rechtsverhältnisse sowie der Regelungen über deren Zustandekommen und Beendigung. Die Befugnis, Regelungen zu den Rechten der Zugangsberechtigten und den zugangsrelevanten Verträgen zu treffen, umfasst auch die Bestimmung der Vertragspartner.

Die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung formt damit das Zugangsrecht des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG aus.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 7. Oktober 2013 - 13 A 1444/12 DVBl. 2014, 43 = juris, Rn. 51, 57 ff., und vom 17. Juni 2014 - 13 A 1381/13 -, DVBl. 2014, 1144 = juris, Rn. 49.

Der Ordnungsgeber darf das allgemeine Zugangsrecht ausgestalten und auch andere Aspekte des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur in systemimmanenter Weise regeln.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 -, BVerwGE 140, 359 = juris, Rn. 24.

Während § 14 AEG das „Ob“ der Zugangsgewährung regelt, bestimmt die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung das „Wie“. Das schließt Fragen der vertraglichen Gestaltung der Wahrnehmung des Zugangsrechts ein.

Dies zugrundegelegt, lassen sich § 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 AEG nicht dahingehend auslegen, dass sie eine Differenzierung zwischen den Zugangsberechtigten bei der Qualität der Zugangsgewährung ausschließen. Zwar nehmen die Vorschriften keine Abstufung nach der Art der Zugangsberechtigten vor und lässt sich eine solche dem Allgemeinen Eisenbahngesetz ansonsten ebenfalls nicht entnehmen. Ist der Umfang des Zugangsrechts durch den Ordnungsgeber zu bestimmen, fehlen aber hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz dieser bei Eisenbahnverkehrsunternehmen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 AEG), die die Eisenbahninfrastruktur unmittelbar selbst nutzen, und sonstigen Zugangsberechtigten (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 AEG), die nicht selbst Eisenbahnverkehrsleistungen auf der Eisenbahninfrastruktur durchführen, sondern dazu Eisenbahnverkehrsunternehmen beauftragen, zwingend – qualitativ – gleich sein, insbesondere den Verladern ein eigenes Vertragsschließungsrecht zustehen muss. Letztere sind Träger des Zugangsrechts, können dieses aber nicht ohne die Eisenbahnverkehrsunternehmen wahrnehmen.

Aus der Gesetzesbegründung folgt nichts anderes. Zwar wollte der Gesetzgeber mit der Erweiterung des Kreises der Zugangsberechtigten auf die Verladern den Schienengüterverkehr stärken.

Vgl. BT-Drs. 15/3280, S. 18.

Der Gesetzgeber selbst ordnet aber die Frage, wer ein Recht zum Vertragsschluss hat, der Verordnungsmächtigung und damit der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung zu. Er bestätigt damit, dass Inhalt und Modalitäten des Zugangsrechts der Vorschrift des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG nicht zu entnehmen, sondern an den Ordnungsgeber delegiert worden sind. Die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich auf die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung und nimmt auch in den Blick, dass das Angebot zum Abschluss eines Nutzungsvertrags gegenüber einem vom Zugangsberechtigten bezeichneten Eisenbahnverkehrsunternehmen abzugeben sein kann. Im Allgemeinen Teil der Begründung wird unter der Überschrift „Berechtigung zum Zugang zur Eisenbahninfrastruktur“ u.a. ausgeführt (BT-Drs. 15/3280, S. 12):

„Die Regelungen zum Vertragsabschluss werden in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung festgelegt. Danach ist das Angebot zum Abschluss eines Vertrages über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur je nach Sachlage gegenüber dem

Zugangsberechtigten oder einem vom Zugangsberechtigten bezeichneten Eisenbahnverkehrsunternehmen abzugeben.“

Ferner stärkt schon die gesetzliche Zugangsberechtigung an sich den Schienengüterverkehr. Sie bewirkt eine Verstärkung der Verhandlungsposition der Unternehmen gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen und erzeugt eine erhöhte Flexibilität. Sie müssen nicht auf fertige Angebote der Eisenbahnverkehrsunternehmen warten, sondern können sich selbst aktiv bereits an der Trassenkonstruktion beteiligen.

Vgl. BR-Drs. 249/05, S. 39; Kühling/Ernert, NVwZ 2007, 33 (34).

Die Verloader planen und erstellen die Verkehrskonzepte, die Eisenbahnverkehrsunternehmen übernehmen die bloße Verkehrsdurchführung. Sie werden also lediglich zur Wahrnehmung des Zugangsrechts von den Verladern eingeschaltet. Die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG sind selbst verfahrensbeteiligt und können auch nach § 14f Abs. 2 Satz 2 AEG beantragen, dass die Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers durch die Regulierungsbehörde überprüft werden. Dass dies nur der Fall sein soll, wenn eine Vereinbarung über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG mit ihnen nicht zustande kommt, bestimmt § 14f Abs. 2 Satz 1 und 2 AEG nicht. Die Vorschrift knüpft nicht an den Status eines potentiellen Vertragspartners, sondern an die Eigenschaft als Zugangsberechtigter an,

2. Auch aus § 14 Abs. 6 AEG ergibt sich kein Vertragsrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG. Danach sind Einzelheiten des Zugangs, insbesondere hinsichtlich des Zeitpunkts und der Dauer der Nutzung, sowie das zu entrichtende Entgelt und die sonstigen Nutzungsbedingungen einschließlich die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen zwischen den Zugangsberechtigten und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung zu vereinbaren. Mit dieser Vorschrift wird das Zugangsrecht aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG nicht materiell im Sinne eines Vertragsschließungsrechts über alle in § 14 Abs. 6 AEG geregelten Fragen konkretisiert.

§ 14 Abs. 6 AEG ist allein Ausdruck der Grundentscheidung des Gesetzgebers, dass das in § 14 Abs. 1 AEG verankerte Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur zunächst ohne Einschaltung einer staatlichen Behörde, also auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem verpflichteten und dem berechtigten Unternehmen realisiert werden soll. Es gilt das Primat des – privat-rechtlichen, allerdings öffentlich-rechtlich überformten – Vertrags.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 17. Juni 2014 - 13 A 1381/13 -, juris, Rn. 68, vom 8. April 2014 - 13 A 884/13 -, juris, Rn. 128, und vom 7. Oktober 2013 - 13 A 1444/12 -, juris, Rn. 49; Gerstner, in: Hermes/Sellner, Beckscher AEG-Kommentar, 2006, § 14 Rn. 220; Kirchhartz, in: Ronellenfitsch/ Schweinsberg/Henseler-Unger (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVIII, 2013, S. 59 (66); Kramer, in: Kunz (Hrsg.), Eisenbahnrecht, Stand: 25. EL 2009, § 14 AEG Rn. 48; s. auch BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 - a. a. O., Rn. 27.

§ 14 Abs. 6 AEG begründet zwar grundsätzlich ein Recht und eine Pflicht zu einer vertraglichen Zugangsvereinbarung. Die Vertragsfreiheit wird aber durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung beschränkt. Die Vorgaben der Verordnung formen das Zugangsrecht aus und schränken den Grundsatz des verhandelten Netzzugangs ein.

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 7. Oktober 2013 - 13 A 1444/12 -, juris, Rn. 47 ff., und vom 17. Juni 2014 - 13 A 1381/13 -, juris, Rn. 68, 71.

Da die zivilrechtliche Vertragsfreiheit nur nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung besteht, erfordert § 14 Abs. 6 AEG auch keine vertragliche Einbeziehung von Nutzungsbedingungen. Diese sind vielmehr kraft gesetzlicher Anordnung – in § 4 Abs. 6 Satz 2 EIBV – allgemeinverbindlich.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17. Juni 2014 - 13 A 1381/13 -, juris, Rn. 62 ff.

§ 14 Abs. 6 AEG gewährt „den Zugangsberechtigten“ ein Vertragsschließungsrecht damit nur insoweit, als nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG i. V. m. der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung entsprechende Rechte existieren. Besteht danach kein Recht auf Abschluss eines (Einzelnutzungs-)Vertrags, kann dies nicht durch § 14 Abs. 6 AEG begründet werden. Die Vorschrift konstituiert keine materielle Rechtsstellung, sondern setzt eine solche voraus. Dies wird bestätigt durch folgende Überlegung: Nach § 14 Abs. 6 AEG sind auch die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen zwischen „den Zugangsberechtigten“ und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu vereinbaren. Die Beteiligten sind aber mit dem Ordnungsgeber (vgl. BR-Drs. 249/05, S. 39) darin einig, dass die Sicherheitsbestimmungen bei Zugangsberechtigten, die nicht Eisenbahnverkehrsunternehmen sind, zwischen dem benannten – sachnäheren – Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Infrastrukturunternehmen zu vereinbaren sind. Dies regelt § 6 Abs. 1 Satz 3 EIBV auch ausdrücklich für die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG. Eine solche Regelung wäre – ebenso wie der vorstehend erwähnte § 4 Abs. 6 Satz 2 EIBV – aber unzulässig, wenn man mit der Beklagten davon ausginge, § 14 Abs. 6 AEG begründe einen gesetzlichen Anspruch jedes Zugangsberechtigten, selbst einen Vertrag über die dort genannten Einzelheiten des Zugangs abzuschließen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten erhält der Zugangsberechtigte auch nicht erst durch den Vertrag nach § 14 Abs. 6 AEG einen rechtlich durchsetzbaren Zugangsanspruch. Das Zugangsrecht steht ihm vielmehr gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG kraft Gesetzes zu. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG vermittelt ein öffentlich-rechtliches Zugangsrecht. Dem Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang ist das allgemeine Recht vorgelagert, dass überhaupt Zugang zu gewähren ist.

So wohl auch BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 -, Rn. 23; ferner Kramer, in: Kunz, Eisenbahnrecht, Stand 25. EL 2009, A 4.1, § 14 AEG Rn. 7; Serong, N&R 2009, 108 (111); offen gelassen von OVG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2009 - 13 B 830/09 -, NVwZ-RR 2009, 920 = juris, Rn. 12, und Urteil vom 23. September 2010 - 13 A 172/10 -, juris, Rn. 93; s. ferner Gerstner, in: Beck'scher AEG Kommentar, a. a. O., § 14 Rn. 221 ff.

Dieses Zugangsrecht kann, wie ausgeführt, nach § 14 Abs. 2 und 3 AEG mit Hilfe der Bundesnetzagentur eingefordert werden. Die Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG dient damit nicht dem Erwerb, sondern der Realisierung und Konkretisierung der materiellen Rechtsposition aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG i. V. m. der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, indem sie die tatsächliche, konkrete Nutzung der Eisenbahninfrastruktur im Einzelfall und damit die Inanspruchnahme des Zugangsrechts regelt.

3. In der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung wird das Zugangsrecht dahingehend

ausgestaltet, dass den Verladern kein eigenes Vertragsschließungsrecht zusteht. Mit den diesbezüglichen Vorgaben sind die beanstandeten Klauseln vereinbar.

Nach § 6 Abs. 1 EIBV können Zugangsberechtigte bei dem Betreiber der Schienenwege jederzeit einen Antrag auf Zuweisung von Zugtrassen stellen, soweit in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist (Satz 1). Zugangsberechtigte nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG müssen die Zuweisung an ein von ihnen im Zeitpunkt der Antragstellung benanntes Eisenbahnverkehrsunternehmen beantragen (Satz 2). Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV erfolgt die Erklärung (des Angebots oder der Antragsablehnung) gegenüber den Zugangsberechtigten oder den von diesen benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen.

Damit wird das Zugangsrecht der Verloader dahingehend konkretisiert, dass sie nicht Vertragspartner der Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG werden können. Sie können nach § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV nur die Zuweisung an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen beantragen, weshalb diesem gegenüber nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV das Angebot für den Einzelnutzungsvertrag abzugeben ist. Ein Wahlrecht, die Zuweisung an sich oder an ein benanntes Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beantragen, wie es den Zugangsberechtigten i. S. v. § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 EIBV zusteht, haben sie nicht.

Der Begriff Zuweisung in § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV ist zu verstehen als das Angebot des Infrastrukturbetreibers zum Abschluss einer Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG. Der Zugangsberechtigte gibt kein Angebot ab, sondern stellt einen Antrag auf Zuweisung. Dieser auch als Anmeldung bezeichnete Beginn des Verfahrens ist rechtlich eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes durch den Infrastrukturbetreiber (*invitatio ad offerendum*), auf die das Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit der Zuweisung – oder der Ablehnung des Antrags – reagiert. Die Auffassung der Beklagten und des Verwaltungsgerichts, wonach der Begriff Zuweisung hier ausnahmsweise untechnisch als die bloße Mitteilung an das benannte Eisenbahnverkehrsunternehmen auszulegen sei, dass die Infrastruktur genutzt werden könne, lässt sich insbesondere mit der Systematik der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nicht vereinbaren.

Nach § 2 Nr. 3 EIBV ist Zuweisung die Zuweisung von Zugtrassen durch einen Betreiber der Schienenwege. Das Zuweisungsverfahren ist in § 8 EIBV geregelt. Es schließt das Koordinierungs- und Entscheidungsverfahren (§ 9 EIBV) ein, nach dessen Abschluss der endgültige Netzfahrplanentwurf erstellt wird. Auf der Grundlage des endgültigen Netzfahrplanentwurfs haben die Betreiber der Schienenwege nach § 8 Satz 2 Nr. 7 EIBV ihre Angebote nach § 11 EIBV abzugeben oder die Ablehnung mitzuteilen. Das Zuweisungsverfahren endet also nicht etwa mit der Erstellung des Fahrplans, sondern mit der Entscheidung über die Zuweisungsanträge, die entweder in der Abgabe eines Angebots durch die Infrastrukturbetreiber oder der Mitteilung der Ablehnung besteht. Die von der Bundesnetzagentur und dem Verwaltungsgericht konstruierte Zwischenstufe mit einer rein informatorischen Mitteilung an das von den Verladern benannte Eisenbahnverkehrsunternehmen zum Zweck der Kapazitätsplanung ist danach in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nicht vorgesehen und fügt sich systematisch auch nicht in das dort geregelte Verfahren ein.

Die Verordnungsbegründung zu § 6 EIBV bestätigt diese Erwägungen: Anders als Bund und Länder (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG), deren Sonderstellung mit ihrer Gemeinwohlverpflichtung begründet wird, sollen Verloader nicht das Recht haben, Trassen und sonstige Nutzungsrechte „unmittelbar zu erlangen“.

BR-Drs. 249/05, S. 39.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur sind § 6 Abs. 1 Satz 2 und § 11 Abs. 1 EIBV damit nicht als gesondert zu betrachtende Vorschriften zu sehen und ist auch für ein Vorrangverhältnis nichts erkennbar. Vielmehr regeln sie Anfangs- und Endpunkt des Zuweisungsverfahrens. § 6 EIBV normiert die Vertragsanbahnung und bestimmt die möglichen Vertragspartner. § 11 EIBV verhält sich zur Vertragsschließung in Bezug auf den Antrag nach § 6 EIBV. Oder, in den Worten des Verordnungsgebers: § 11 korrespondiert mit § 6 Abs. 1 EIBV.

BR-Drs. 249/05, S. 48.

Dies zugrundegelegt, lässt sich aus der unpräzisen Formulierung des § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV, wonach die Erklärung des Angebots gegenüber den Zugangsberechtigten oder den von diesen benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen zu erfolgen hat, nicht auf ein Wahlrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG schließen. Andernfalls machte die Verpflichtung in § 6 EIBV keinen Sinn, die Zuweisung an ein von ihnen im Zeitpunkt der Antragstellung benanntes Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beantragen.

Weitere systematische Erwägungen bestätigen die Annahme, dass eine Angebotserklärung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV nur dann gegenüber dem Zugangsberechtigten erfolgt, wenn dieser nach § 6 EIBV die Zuweisung an sich beantragen kann. Haben Zugangsberechtigte nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 oder 4 AEG die Zuweisung an sich beantragt, ist nach § 11 Abs. 1 Satz 3 EIBV, insoweit abweichend von Satz 2, das Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG, soweit die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen vereinbart werden sollen, einem von ihnen benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen zu machen. Diese Vorschrift setzt voraus, dass die Zuweisung an denjenigen zu richten ist, an den sie beantragt war, und regelt eine Ausnahme für den Fall, dass es um Sicherheitsbestimmungen geht. Anders als die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG können die Verlader aber nur die Zuweisung an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen beantragen, weshalb auch nur diesem gegenüber das Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung ergeht. Weiterhin zeigt Satz 5 des § 11 Abs. 1 EIBV, dass Satz 2 der Bestimmung kein Wahlrecht statuiert. Nach dieser Vorschrift, die auf Art. 13 Abs. 1 Satz 3 Richtlinie 2001/14/EG zurückgeht, gilt die Benutzung von Zugtrassen durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das dabei die Geschäfte des Bundes oder einer nach dem Regionalisierungsgesetz zuständigen Stelle wahrnimmt, nicht als Übertragung. Diese Bestimmung betrifft eine Ausnahme vorn bzw. Konkretisierung des im vorstehenden Satz geregelten Verbots, Zugtrassen an Dritte zu übertragen. Sie zeigt, dass der Verordnungsgeber davon ausgeht, dass Zugtrassen außer an Eisenbahnverkehrsunternehmen nur an die zuständigen öffentlichen Stellen und Behörden, d.h. Zugangsberechtigte nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG, zugewiesen werden können. Wäre ein Angebot und damit ein Vertragsschluss nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV – optional – auch an Verlader möglich, hätte der Verordnungsgeber auch diese in § 11 Abs. 1 Satz 5 EIBV erfassen müssen, was Art. 13 Abs. 1 Satz 3 Richtlinie 2001/14/EG ermöglicht hätte.

§ 6 Abs. 1 Satz 2 und § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV in der hier vertretenen Auslegung sind verfassungsgemäß.

A. A. Ernert, Zugangs- und Entgeltregulierung in der Eisenbahnwirtschaft, 2007, S. 69 f.;
zweifelnd Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33 (34).

Die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung genügt den Vorgaben des Art. 80 GG. Die

Verordnungsermächtigung ist in § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AEG enthalten. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verweist darauf. Auch § 14 Abs. 6 AEG enthält keine eigene Verordnungsermächtigung, sondern verweist auf die in Absatz 1 genannte Rechtsverordnung. § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AEG, der im Einzelnen die vom Ordnungsgeber zu regelnden Fragen bestimmt, genügt auch den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, Inhalt, Zweck und Ausmaß sind hinreichend bestimmt.

Vgl. BVerwG Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 - a. a. O., Rn. 24.

Die Verordnungsermächtigung wird durch § 6 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV auch nicht überschritten. Ein Wertungswiderspruch zu § 14 Abs. 1, 2 und 6 AEG und damit ein Verstoß gegen höherrangiges Recht ist ebenfalls nicht gegeben, da der Gesetzgeber aus den oben ausgeführten Gründen es dem Ordnungsgeber überlassen hat, das Zugangsrecht in qualitativer und quantitativer Hinsicht auszugestalten. Geben § 14 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 6 AEG dem Zugangsrecht keinen konkreten materiellen Gehalt, kann dieses durch die Bestimmungen der Verordnung auch nicht eingeschränkt werden.

Schließlich ist nichts dafür erkennbar, dass die Frage des Vertragsschließungsrechts für Verlader, etwa mit Blick auf deren Grundrechte, von so wesentlicher Bedeutung wäre, dass es einer Regelung durch Parlamentsgesetz bedürft hätte. Allein durch die Antragstellung, die Auswahl des Eisenbahnverkehrsunternehmens und der Trassen können die Verlader ihr Verkehrskonzept einbringen und erhalten damit erhebliche Einflussmöglichkeiten. Darauf ist ihre Rechtsstellung ferner nicht beschränkt. Das Zugangsrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG ist nach der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung kein bloßes Antragsrecht. § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV sieht lediglich vor, dass die Zugangsberechtigten die Zuweisung an ein von ihnen benanntes Eisenbahnverkehrsunternehmen beantragen müssen. Damit sind sie aber nicht zugleich vom Zuweisungsverfahren ausgeschlossen. Nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EIBV etwa haben alle Zugangsberechtigten, die Anträge gestellt haben, ein Stellungnahmerecht zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf. Die Zugangsberechtigten sind auch im Koordinierungs- und Entscheidungsverfahren nach § 9 EIBV verfahrensbeteiligt (vgl. etwa Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, Abs. 6). Erst am Ende des Zuweisungsverfahrens, wenn nach Erstellung des endgültigen Netzfahrplans gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 EIBV der Betreiber der Schienenwege die Angebote abgibt, treten die von den Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen an ihre Stelle. Erst § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV, auf den diese Vorschrift Bezug nimmt, differenziert zwischen den Zugangsberechtigten und den von ihnen benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen. Auch nach der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 249/05, S. 39) sollen lediglich die technischen Verhandlungen (Vereinbarungen der Sicherheitsbestimmungen, Parameter des Zugs etc.) ausschließlich zwischen den Betreibern der Schienenwege und den Eisenbahnverkehrsunternehmen stattfinden. Weiterhin haben die Verlader das – nur Zugangsberechtigten zustehende – Recht, im Falle einer Beeinträchtigung ihres Zugangsrechts, das auf Zuweisung an das benannte Eisenbahnverkehrsunternehmen gerichtet ist, nach § 14f Abs. 2 AEG die Überprüfung durch die Bundesnetzagentur zu beantragen. Ferner können sie Rahmenverträge schließen. Sie sind damit insgesamt mit einer hinreichenden materiellen Rechtsstellung ausgestattet. Lediglich das Recht zum Abschluss einer Einzelnutzungsvereinbarung bleibt den Eisenbahnverkehrsunternehmen vorbehalten. Wie gezeigt erwerben die Verlader aber nicht erst durch den Infrastrukturnutzungsvertrag einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch. Eine Verpflichtung zur Regelung durch Parlamentsgesetz besteht schließlich nicht deshalb, weil Verlader bei Leistungsstörungen durch das beauftragte Eisenbahnverkehrsunternehmen schutzlos wären. Sie können durch

entsprechende Gestaltung der privat-rechtlichen Verträge ihre Rechte sichern und Nachteile abwenden. Eine bloße Schlechterstellung gegenüber unmittelbar Vertragsschlussberechtigten rechtfertigt im Übrigen nicht die Annahme, Verfassungsrecht erfordere eine Regelung durch formelles Gesetz.

4. Unionsrechtliche Vorgaben gebieten keine andere Betrachtung. Es kann deshalb offen bleiben, ob die nationalen Vorschriften, insbesondere die §§ 6 Abs. 1 Satz 2, 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV, überhaupt Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung – im Sinne eines Vertragsschließungsrechts für Verlader – lassen oder von einem Anwendungsvorrang des Unionsrechts im Wege der unmittelbaren Anwendung der Richtlinie auszugehen wäre.

a. Aus der Richtlinie 91/440/EVVG lassen sich Rechte für Verlader schon deshalb nicht ableiten, weil die Mitgliedstaaten schon nicht verpflichtet werden, ihnen Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu gewähren. Das Zugangsrecht steht nach Art. 10 Richtlinie 91/440/EWG nur Eisenbahnverkehrsunternehmen zu (vgl. Art. 2 und 3). Ist Deutschland damit über die nach Art. 288 Abs. 3 AEUV bindenden Richtlinienvorgaben hinausgegangen, liegt ein Fall der überschießenden Umsetzung vor, in dem keine unionsrechtliche Verpflichtung aus Art. 288 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts besteht.

Vgl. Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 288 Rn. 83;
Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV/AEUV, Stand Mai 2014, Art. 288 AEUV Rn. 131.

Abgesehen davon lässt sich der Richtlinie 91/440/EWG auch kein allgemeines Leitbild der Zugangsrealisierung durch Vertrag entnehmen. Nach Art. 10 Abs. 5 Richtlinie 91/440/EWG schließen die Eisenbahnverkehrsunternehmen mit den Betreibern der benutzten Eisenbahninfrastruktur die erforderlichen administrativen, technischen und finanziellen Vereinbarungen, um die Fragen der Verkehrsregelung und der Verkehrssicherheit zu regeln. Daraus folgt weder, dass eine Vereinbarung konstitutiv für das in Art. 10 Abs. 2, 3, 3a Richtlinie 91/440/EWG geregelte Zugangsrecht ist, noch dass auch Nicht-Verkehrsunternehmen, die nach nationalem Recht mit einem Zugangsrecht ausgestattet werden, Vertragspartner einer solchen Vereinbarung werden müssen. Der Rat hatte Dreiecksverhältnisse von Verladern, Eisenbahnverkehrsunternehmen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen, bei denen Zugangsberechtigung und tatsächliche Nutzung auseinanderfallen, ersichtlich nicht im Blick. Die historische Entwicklung des Richtlinienrechts gibt deshalb für die Frage des Vertragsschließungsrechts durch alle Zugangsberechtigten nichts her.

b. Auch die Richtlinie 2001/14/EG gibt nicht vor, dass das Zugangsrecht der Verlader zwingend als Vertragsschließungsrecht auszugestalten ist. Dies folgt schon daraus, dass sie die Mitgliedstaaten ebenfalls nicht verpflichtet, Verladern Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu gewähren. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie 2001/14/EG haben nur Eisenbahnunternehmen Anspruch auf das Mindestzugangspaket nach Anhang II und die Erbringung der dort genannten Leistungen. Das sind nach Art. 2 lit. b) und k) Richtlinie 2001/14/EG Unternehmen, deren Haupttätigkeit im Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen besteht, wobei diese die Traktion sicherstellen müssen. Zugangsberechtigt sind damit nur die Eisenbahnverkehrsunternehmen nationalen Rechts (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 und 2 AEG). Die Richtlinie 2001/14/EG stellt es weiterhin in Art. 16 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 lit. b) ins Ermessen der Mitgliedstaaten, darüber hinaus anderen natürlichen und/oder juristischen Personen, die ein wirtschaftliches Interesse am Erwerb von

Fahrwegkapazität haben, eine Antragsberechtigung einzuräumen. Verladern dürfen nach Art. 16 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität stellen, wenn die Mitgliedstaaten „dies erlauben“. Art. 16 enthält also lediglich eine Ermächtigung der Mitgliedstaaten, weiteren Unternehmen Antragsrechte einzuräumen – und dementsprechend in die Rechte der Eisenbahninfrastrukturunternehmen einzugreifen. Nach dem Erwägungsgrund 9 sollten die Mitgliedstaaten die „Möglichkeit haben, Bezieher von Eisenbahnverkehrsleistungen unmittelbar am Verfahren für die Zuweisung von Fahrwegkapazität zu beteiligen“.

Der Richtlinie 2001/14/EG lässt sich auch nicht entnehmen, dass die Mitgliedstaaten allen Antragstellern – und damit auch den freiwillig durch nationales Recht mit dieser Befugnis ausgestatteten Verladern – das Recht zum Abschluss von Einzelnutzungsverträgen einräumen müssen. Ein solches „Alles oder Nichts“-Prinzip widerspräche dem Wesen der Richtlinie, einen Rechtszustand zu definieren, der von den Mitgliedstaaten herzustellen ist.

Vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, a. a. O., Art. 288 AEUV Rn. 112.

Verbindlich im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV ist hier nur die Vorgabe der Richtlinie 2001/14/EG, den Eisenbahn(-verkehrs-)unternehmen einen nichtsdiskriminierenden Zugang zu den Eisenbahnfahrwegen zu verschaffen (vgl. Erwägungsgrund 5). Besteht aber schon keine entsprechende Verpflichtung, Verladern Zugang zu gewähren oder ihnen die Befugnis zur Antragstellung einzuräumen, kann der Richtlinie nicht die verbindliche Vorgabe entnommen werden, ihnen die gleichen Rechte wie Eisenbahnverkehrsunternehmen einzuräumen. Vielmehr ist es den Mitgliedstaaten überlassen, Verladern keine Rechte, ein Antragsrecht, ein „kleines“ Zugangsrecht oder ein „großes“ mit Vertragsschließungsrecht einzuräumen.

Abgesehen davon lässt sich der Richtlinie 2001/14/EG eine unionsrechtliche Verankerung des Primats des Vertrags und des Rechts aller Zugangsberechtigten, einen Einzelnutzungsvertrag im Sinne des § 14 Abs. 6 AEG abzuschließen, nicht entnehmen. Nach Art. 13 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG wird die Fahrwegkapazität von einem Betreiber der Infrastruktur an einen Antragsteller zugewiesen. Dass dies durch ein Angebot zum Abschluss einer Einzelnutzungsvereinbarung erfolgt, gibt die Vorschrift nicht vor. Sie normiert das Handelsverbot mit Fahrwegkapazitäten, nicht die Befugnis zur Antragstellung und zum Vertragsschluss. Schon deshalb kann aus dem dritten Satz des Absatzes 1, wonach die Nutzung von Fahrwegkapazität durch ein Eisenbahnunternehmen, das die Geschäfte eines Antragstellers wahrnimmt, der kein Eisenbahnunternehmen ist, nicht als Übertragung gilt, nicht geschlossen werden, dass Verladern einen Anspruch auf Zuweisung an sich und damit auf Abschluss eines Einzelnutzungsvertrags mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen haben. Geregelt wird damit lediglich der Fall der Übertragbarkeit von Rechten in dem Fall, in dem das nationale Recht einen Anspruch auf Zuweisung (an sich selbst) vorsieht. Art. 13 Abs. 3 Richtlinie 2001/14/EG bestimmt, dass die Rechte und Pflichten von Betreibern der Infrastruktur und Antragstellern in Bezug auf die Zuweisung von Fahrwegkapazität vertraglich oder durch Rechtsvorschriften festgelegt werden. Auch Art. 14 Richtlinie 2001/14/EG, der etwa in Absatz 1 vorsieht, dass die Mitgliedstaaten eine Rahmenregelung für die Zuweisung von Fahrwegkapazität schaffen, sieht kein Gebot der vertraglichen Zugangsgewährung vor. Art. 18 i. V. m. Anhang III Richtlinie 2001/14/EG, die den Zeitplan des Zuweisungsverfahrens regeln, bestimmen nichts zur Abgabe eines Vertragsangebots am Ende des Zuweisungsverfahrens. Allein aus der Nichterwähnung lässt sich allerdings aufgrund der vorstehenden Überlegungen nicht auf ein zwingend „untechnisches“ Verständnis der Zuweisung in § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV schließen. Die Zuweisung wird in der Richtlinie

2001/14/EG nicht als Realakt qualifiziert, der dem Angebot zum Vertragsschluss vorausgeht. Die Richtlinie enthält insoweit vielmehr keine Vorgaben und lässt den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum. Schließlich bestimmt Art. 19 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG, dass die Antragsteller bei dem Betreiber der Infrastruktur auf öffentlich-rechtlicher oder privat-rechtlicher Grundlage einen Antrag auf eine Vereinbarung zur Einräumung von Rechten zur entgeltlichen Fahrwegnutzung gemäß Kapitel II stellen können. Damit ist aber schon nicht vorgegeben, dass auch Antragsteller, die keine Eisenbahnverkehrsunternehmen sind, Vertragspartner werden müssen. Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist ferner nicht zwingend, dass es sich dabei um einen Vertrag mit dem Inhalt des § 14 Abs. 6 AEG handelt.

c. Die Richtlinie 2012/34/EU („Recast“) erfordert keine andere Betrachtung. Sie ist zwar schon in Kraft getreten. Die Umsetzungsfrist läuft allerdings erst am 16. Juni 2015 ab (Art. 64 Richtlinie 2012/34/EU). Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung beginnt erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist. Ob sich in der Sache Änderungen ergeben, kann deshalb offen bleiben. Nach Art. 3 Nr. 19 Richtlinie 2012/34/EU sind zwar Antragsteller nun auch Verlader, Spediteure und Unternehmen des kombinierten Verkehrs, die ein wirtschaftliches Interesse am Erwerb von Fahrwegkapazität haben. Allerdings wird das Zugangsrecht in Art. 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Nr. 1 Richtlinie 2012/34/EU weiterhin nur den Eisenbahnverkehrsunternehmen eingeräumt. Nach Art. 41 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie 2012/34/EU dürfen zwar Antragsteller Anträge auf Zuweisung von Fahrwegkapazität stellen. Nach Art. 41 Abs. 1 Satz 2 Richtlinie 2012/34/EU müssen sie aber zwecks Nutzung der Fahrwegkapazität ein Eisenbahnverkehrsunternehmen benennen, das mit dem Infrastrukturbetreiber eine Vereinbarung nach Art. 28 schließt. Ob aus Art. 41 Abs. 1 Satz 3 Richtlinie 2012/34/EU, wonach das Recht der Antragsteller, mit Infrastrukturbetreibern Vereinbarungen nach Art. 44 Abs. 1 zu schließen, unberührt bleibt, i. V. m. Art. 44 Abs. 1 Richtlinie 2012/34/EU ein Vertragsschließungsrecht für einen Einzelnutzungsvertrag abgeleitet werden kann, erscheint angesichts dessen fraglich.

IV. Der Widerspruch der Bundesnetzagentur gegen die Klausel 2.2 Abs. 5 Satz 2 AGB-IN, wonach nach Beantragung der Zuweisung an das einbezogene Eisenbahnverkehrsunternehmen durch den Zugangsberechtigten ausschließlich die Erklärungen des einbezogenen Eisenbahnverkehrsunternehmens bezogen auf den jeweiligen Einzelnutzungsvertrag verbindlich sind, ist hingegen materiell rechtmäßig.

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG sind erfüllt. Die Klausel entspricht nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur. Sie verstößt gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. §§ 8, 9 EIBV.

Wie vorstehend ausgeführt, steht den Zugangsberechtigten im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG i. V. m. §§ 8, 9 EIBV nicht nur ein bloßes Anmelde- und Anmeldeverfahren, sondern auch im weiteren Verfahren ein Beteiligungsrecht zu. Insbesondere sind sie am Konfliktlösungsverfahren nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 i. V. m. § 9 EIBV zu beteiligen und haben die Möglichkeit, nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EIBV zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf Stellung zu nehmen. Lediglich vom eigentlichen Vertragsschluss sind sie nach § 11 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV ausgeschlossen. Bis dahin, d. h. bis zur Abgabe des Angebots, differenzieren die §§ 8 und 9 EIBV nicht nach der Art der Zugangsberechtigten. Mit der beanstandeten Klausel sind aber bereits nach Antragstellung ausschließlich die Erklärungen des einbezogenen Eisenbahnverkehrsunternehmens verbindlich. Die Verlader sind damit eisenbahnrechtswidrig zu einem zu frühen Zeitpunkt vom Zuweisungsverfahren ausgeschlossen.

Eine geltungserhaltende gesetzeskonforme Auslegung dahingehend, dass damit lediglich Erklärungen des einbezogenen Eisenbahnverkehrsunternehmens nach Abschluss des Einzelnutzungsvertrags gemeint sind, ist angesichts des Wortlauts im ersten Teil der Klausel („nach Beantragung der Zuweisung“) nicht möglich.

Dies widerspräche der informations- und Transparenzfunktion von Schienennetz-Benutzungsbedingungen.

Vgl. BVerwG, Urteile vom 13. Juni 2012 - 6 42.10 -, a. a. O., Rn. 47, und vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 -, a. a. O., Rn. 41, 54; OVG NRW, Urteil vom 8. April 2014 - 13 A 884/13 -, juris, Rn. 99, und Beschluss vom 28. Januar 2013 - 13 B 1296/12 -, juris, Rn. 15 ff.

2. Die Bundesnetzagentur hat ihr auf der Rechtsfolgenseite des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG angesiedeltes Ermessen ausdrücklich und in nicht zu beanstandender Weise ausgeübt. Ihre umfassenden Ermessenserwägungen im Bescheid vom 1. Dezember 2011 sowie in ihrem Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 2012 halten, gemessen am Maßstab des § 114 Satz 1 VwGO, einer rechtlichen Nachprüfung stand. Sie hat die Interessen der Klägerin und der Zugangsberechtigten im Einzelnen einbezogen und abgewogen. Durchgreifende Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme bestehen nicht. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in den angegriffenen Bescheiden sowie im Urteil des Verwaltungsgerichts Bezug.

Die Erwägung, dass die Klägerin mit dem Widerspruch nur auf die bereits jahrelang angewendeten Regelungen zurückfalle, ist hinsichtlich der Klausel 2.2 Abs. 5 Satz 2 AGB-IN nicht zu beanstanden. Nach den bisherigen Schienennetz-Nutzungsbedingungen wurde der Vertrag mit dem Verladere geschlossen, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag gingen allerdings über auf das benannte Eisenbahnverkehrsunternehmen. Klausel 7.1.9.2 SNB 2012 lautete: „Im Falle des Abschlusses ... einer Einzelnutzungsvereinbarung durch einen ZB, der nicht EVU ist, zeigt dieser der DB Netz AG unverzüglich, spätestens jedoch zum Zeitpunkt des Abschlusses der Einzelnutzungsvereinbarung an, welches von ihm gemäß § 6 Abs. 1 EIBV zu benennende EVU in die Rechte und Pflichten des ZB aus den genannten Verträgen an Stelle des ZB eintritt und zu welchem Zeitpunkt der Eintritt wirksam werden soll.“ Die Verladere konnten durch die zwingend vorgegebene Vertragsübernahme letztlich zwar keine Rechte aus dem Einzelnutzungsvertrag geltend machen, sie waren aber am Konfliktlösungs- und Entscheidungsverfahren beteiligt. Die von der Klägerin angeführten sicherheitstechnischen Gründe sowie ihr Anliegen der Rechtsklarheit lassen den Widerspruch gegen den Ausschluss der Verladere vom Zuweisungsverfahren nicht ermessensfehlerhaft erscheinen. Die Sicherheitsbedenken stehen allenfalls dem Vertragsschluss des Infrastrukturbetreibers mit den Verladern, nicht aber in gleicher Weise deren Beteiligung am Zuweisungsverfahren entgegen. Die schützenswerten Interessen der Klägerin finden vor allem angesichts des Fortbestands der übrigen Klauseln – kein Vertragsschließungsrecht für Verladere – hinreichend Berücksichtigung und müssen gegenüber den Interessen der Verladere und dem öffentlichen Interesse an der Schaffung eines attraktiven Verkehrsangebots auf der Schiene und der Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs (§ 1 Abs. 1 AEG) zurückstehen.

B. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

I. Sie ist zulässig. Entgegen der Auffassung der Klägerin genügt sie den Anforderungen des § 124a Abs. 3 Satz 4 VwGO. Danach muss die Begründung der Berufung einen bestimmten

Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung. Diese Anforderungen erfüllt der Schriftsatz der Beklagten vom 15. Januar 2014. Zwar reicht die Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen als Berufungsbegründung nicht aus. Die Beklagte hat aber im Anschluss daran auf mehr als 13 Seiten ausgeführt, warum das angegriffene Urteil, soweit es die für die Aufhebung von Ziffer 4 des Bescheids entscheidungserhebliche Frage der Anwendung des Diskriminierungsverbots betrifft, nach ihrer Ansicht unrichtig ist. Da diese Ausführungen materiell den Mindestanforderungen an eine Berufungsbegründung genügen, ist unerheblich, dass die Beklagte sie mit dem Bemerken eingeleitet hat, sie ergänze damit die Darstellungen zur Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides in der Klageerwiderung.

II. Die Berufung ist aber unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht Ziffer 4 des Bescheids der Bundesnetzagentur vom 1. Dezember 2011 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheids vom 4. Juli 2012 aufgehoben. Der Widerspruch gegen die Klausel zum Trassenentgelt bei einer Verspätung ab 20 Stunden ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

Die Voraussetzungen für den rechtzeitig, auf der Grundlage des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG ergangenen Widerspruch liegen nicht vor. Die Bundesnetzagentur hat zu Unrecht angenommen, Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 entspreche nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur. Die Bestimmung, wonach bei einer Verspätung eines Zuges von mehr als 20 Stunden zusätzlich zu dem ursprünglichen Trassenentgelt das Entgelt für die von der Klägerin neu zugewiesene Trasse zu zahlen ist, verstößt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht gegen das Diskriminierungsverbot.

1. Das Diskriminierungsverbot findet im nationalen Eisenbahnrecht unter anderem seine Grundlage in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG sowie – bezogen auf die Entgeltgrundsätze für Schienenwege – in § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV. Es kann offen bleiben, ob die beanstandete Klausel eine Entgeltregelung im Sinne des § 21 EIBV ist, mit der Folge, dass § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV greift. Danach sind Entgelte gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen. Die Vorschrift normiert auch für die Entgeltberechnung bereichsspezifisch ein Diskriminierungsverbot.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 20. August 2009 - 13 B 922/09 -, juris, Rn. 26; Staebe, in: Schmitt/ Staebe, Einführung in das Eisenbahnregulierungsrecht, 2010, Rn. 519.

Damit schließt § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV die Anwendung des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG nicht aus. Jedenfalls führte die Prüfung anhand des Gebots der diskriminierungsfreien Entgeltberechnung hier zu keinem anderen Ergebnis.

2. Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot ist eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG. Es fordert die Gleichbehandlung beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und erlaubt die unterschiedliche Behandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte nur bei sachlich gerechtfertigtem Grund.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 -, a. a. O., Rn. 71; OVG NRW, Urteile vom 23. September 2010 - 13 A 172/10 -, N&R 2011, 52 = juris, Rn. 96, vom 17. Juni 2010 - 13 A 2557/09 -, DVBl. 2010, 1173 = juris, Rn. 95, vom 8. April 2014 - 13 A 884/13 -, juris, Rn. 73, und vom 17. Juni 2014 - 13 A 1381/13 -, juris, Rn. 54.

Bezugspunkt des Diskriminierungsverbots ist die Zugangsgewährung. Die Verpflichtung des

§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, die diskriminierungsfreie Benutzung der Infrastruktur zu gewähren, fordert eine Gleichbehandlung beim eigentlichen Zugang ("ob") sowie bei den hierfür geltenden Bedingungen ("wie").

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17. Juni 2014 - 13 A 1381/13 -, juris, Rn. 74, und Beschluss vom 23. März 2010 - 13 B 247/10 -, juris, Rn. 11.

Der Begriff der Diskriminierung orientiert sich am Wettbewerbsziel des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf der Schiene beim Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen sicherzustellen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 AEG).

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2009 - 13 B 830/09 -, NVwZ-RR 2009, 920 = juris, Rn. 11.

Das Diskriminierungsverbot ist kein allgemeines Benachteiligungsverbot, das Nachteile oder ungünstige Regelungen für Zugangsberechtigte unabhängig von einer Ungleichbehandlung verbietet. Es schützt nicht wie § 307 BGB die Vertragspartner des Verwenders, d.h. die Zugangsberechtigten, vor unangemessener Benachteiligung durch den Infrastrukturbetreiber.

§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG kann allerdings bereits Prüfungskriterium sein, wenn sachlich nicht begründete unterschiedliche Behandlungen von Zugangsberechtigten tatsächlich noch nicht gegeben sind, die hinreichende Möglichkeit einer solchen Behandlung aber besteht. Dieser Fall kann gegeben sein, wenn eine Zugangsklausel ein hinreichendes Diskriminierungspotential enthält. Zur Bejahung eines hinreichenden Diskriminierungspotentials reicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit von sachwidrigen, strukturell bedingten Ungleichbehandlungen aus. Eine solche versteckte Diskriminierung kann aufgrund mangelnder Transparenz einer Klausel vorliegen, wenn eine theoretisch für alle gleich geltende Regelung in den Nutzungsbedingungen faktisch unterschiedlich wirkt, indem ihre Intransparenz das eine Unternehmen unzumutbar beim Infrastrukturzugang behindert, das andere Unternehmen aber nicht.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 -, a. a. O., Rn. 71; OVG NRW, Urteile vom 23. September 2010 - 13 A 172/10 -, juris, Rn. 98 ff., und vom 17. Juni 2010 - 13 A 2557/09 -, juris, Rn. 96 ff., sowie Beschlüsse vom 28. Januar 2008 - 13 B 2024/07 -, N&R 2008, 102, vom 22. Juli 2009 - 13 B 830/09 -, juris, vom 19. November 2008 - 13 B 1543108 -, N&R 2009, 68, und vom 23. März 2010 - 13 B 247/10 -, juris.

Eine versteckte – mittelbare, faktische – Diskriminierung kommt nicht nur bei Intransparenz, sondern auch bei sonstigen Umständen in Betracht, die tatsächlich eine Ungleichbehandlung bewirken und Zugangsberechtigte faktisch vom Zugang zur Infrastruktur ausschließen oder sie dabei erheblich und unzumutbar behindern.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 8. April 2014 - 13 A 884/13 -, juris, Rn. 77.

3. Dies zugrunde gelegt, liegt keine Diskriminierung vor.

a. Alle Zugangsberechtigten, die im Güterverkehr das Schienennetz der Klägerin nutzen wollen, werden durch die Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 hinsichtlich der Bedingungen des Zugangs formal gleich behandelt. Die beanstandete Regelung, wonach bei Verspätungen von mehr als 20 Stunden auch für die neu anzumeldende Trasse das volle Entgelt zu entrichten ist,

gilt für alle Zugangsberechtigten, Unternehmen des DB-Konzerns wie auch Wettbewerber, gleichermaßen.

b. Die Zugangsbedingungen enthalten auch kein Diskriminierungspotential, das den Schluss auf eine versteckte Diskriminierung zuließe. Die Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 ist klar gefasst, hinreichend transparent und wirkt sich auch faktisch für alle gleich aus, die im Schienengüterverkehr eine Trasse mit einer Verspätung von mehr als 20 Stunden nutzen wollen. Spielräume für strukturell bedingte Ungleichbehandlungen durch das zweifache Entgeltverlangen sind nicht ersichtlich. Insbesondere fehlt es an weitreichenden, nicht konkretisierten Entscheidungsspielräumen der Klägerin, die eine sachwidrige Ungleichbehandlung der Zugangsberechtigten vorzeichneten.

Vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 19. November 2008 - 13 B 1543/08 -, N&R 2009, 68 juris, Rn. 31.

Es ist nichts dazu vorgetragen oder ersichtlich, dass die erheblichen Verspätungen aus strukturellen Gründen vor allem bei den Wettbewerbern auftreten und sie damit durch die Klausel in besonderer Weise benachteiligt werden. Vielmehr führt selbst die Beklagte aus, dass Verspätungen – auch in dieser Größenordnung – im Schienengüterverkehr aufgrund vieler Unvorhersehbarkeiten regelmäßig vorkommen, von den Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einem Großteil nicht vermieden werden können und damit – generell – nicht ungewöhnlich sind.

Der von der Bundesnetzagentur zuletzt angeführte Umstand, dass Verspätungen von über 20 Stunden vor allem bei grenzüberschreitenden Verkehren und bei Verkehren unter Einbindung von Seehäfen vorkommen, führt ebenfalls nicht auf eine Diskriminierung im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG. Die Auffassung, es seien internationale Verkehre und andere Verkehre, also nicht Unternehmen, sondern Märkte bzw. Marktsegmente miteinander zu vergleichen, überzeugt nicht.

Der Senat lässt offen, ob stets die Tochterunternehmen des DB-Konzerns als eine und die Wettbewerber als andere Vergleichsgruppe zu bestimmen sind.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2009 - 13 B 830/09 -, juris, Rn. 16.

Jedenfalls ist bei der Vergleichsgruppenbildung, darauf hat die Bundesnetzagentur in anderem Zusammenhang selbst hingewiesen, maßgeblich, dass die Zugangsberechtigten im Wettbewerb miteinander stehen. Entscheidend ist, ob Unternehmen durch unterschiedliche Behandlung am Zugang zur Infrastruktur gehindert oder im Wettbewerb beeinträchtigt werden.

Abzustellen ist damit zunächst grundsätzlich nicht auf einzelne Märkte, sondern auf die zugangsberechtigten Unternehmen, denen – so etwa der 11. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/14/EG – ein gleicher und nichtdiskriminierender Zugang geboten werden soll. Zwar ist weiterhin den Bedürfnissen aller Verkehrsarten so weit wie möglich zu entsprechen (11. Erwägungsgrund Richtlinie 2001/14/EG). Der Begriff der Diskriminierung hat aber im nationalen wie im Unionsrecht einen klaren Wettbewerbsbezug. Wie ausgeführt, orientiert er sich am Wettbewerbsziel des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, das in § 1 Abs. 1 AEG niedergelegt ist. Das eisenbahnrechtliche Recht auf diskriminierungsfreien Zugang ist ein Mittel, den netzgebundenen Markt für Eisenbahnleistungen zu liberalisieren und effektiven Wettbewerb zu schaffen. Auch nach dem 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/14/EG

sollen die Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen ermöglichen. Art. 4 Abs. 5 Richtlinie 2001/14/EG bestimmt ausdrücklich, dass die Betreiber der Infrastruktur dafür Sorge tragen, dass die Anwendung der Entgeltregelung zu gleichwertigen und nichtdiskriminierenden Entgelten für unterschiedliche Eisenbahnunternehmen führen, die „Dienste gleichwertiger Art in ähnlichen Teilen des Marktes erbringen“.

Hiervon ausgehend verletzt die beanstandete Klausel, die aufgrund der tatsächlichen Umstände alle Unternehmen in diesem Marktsegment gleichermaßen trifft, nicht deshalb § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, weil sie in anderen, nicht vergleichbaren Teilen des Eisenbahnverkehrsmarktes seltener Anwendung findet. Dies gilt hier zumal vor dem Hintergrund, dass Wettbewerb, wie die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben haben, gerade im internationalen Schienengüterverkehr stattfindet. Dessen Marktteilnehmer werden nicht unterschiedlich behandelt. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass das Entgeltverlangen dazu führt, dass Zugangsberechtigte faktisch vom Zugang zur Infrastruktur ausgeschlossen oder dabei erheblich und unzumutbar behindert werden.

Im Übrigen hat das Unternehmen DB S. im Verwaltungsverfahren – die Neuregelung kritisierend – nachvollziehbar vorgetragen, Hauptursachen für Verspätungen von mehr als 20 Stunden seien in erster Linie Störungen an Be- und Entladeanlagen, stark verspätete Züge aus dem Ausland sowie Ressourcenprobleme an wenig frequentierten Abfahrts- bzw. Unterwegsbahnhöfen; von der geplanten Änderung wären alle Marktsegmente des Schienengüterverkehrs betroffen.

c. Abgesehen davon ist die differenzierte Behandlung erheblich verspäteter gegenüber pünktlichen bzw. geringer verspäteten Züge zulässig, weil schon die Sachverhalte nicht im Wesentlichen gleich sind. Die Regelung folgt deshalb dem Gebot aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln. Wegen der Verspätung von mehr als 20 Stunden ist die Trasse in dieser Zeit mangels Stornierung grundsätzlich nicht nutzbar, d. h. auch nicht anderweitig zu vermarkten, denn nach Klausel 3.5.4.1.1 AGB-IN werden zugewiesene Trassen bis zu 20 Stunden nach der geplanten Abfahrtszeit vorgehalten. Erst danach verliert die zugewiesene Trasse ihre Gültigkeit. Das Entgelt wird auch nicht verdoppelt, sondern es fallen wegen der Zuweisung von zwei Trassen der nicht genutzten und der neuen Trasse zwei Entgelte an, wobei nach den Klauseln 3.5.4.1.1 und 3.5.4.1.3 AGB-IN wegen der Verspätung die Neuzuweisung einer Trasse erforderlich ist. Hingegen ist nichts dafür ersichtlich, dass hierzu auch ein weiterer Einzelnutzungsvertrag abzuschließen ist. Selbst wenn man die Sachverhalte für vergleichbar hielte, wäre die Ungleichbehandlung aus den vorstehend genannten Gründen durch einen hinreichend gewichtigen Grund gerechtfertigt. Auch Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG lässt die Erhebung von Entgelten für Fahrwegkapazität zu, die beantragt, aber nicht in Anspruch genommen wurde. Bei der Rechtfertigung fällt zudem ins Gewicht, dass das Entgelt bei von der Klägerin verschuldeten Verspätungen nicht anfällt und dass bei ordnungsgemäßer Stornierung (vor der Abfahrt) ein Stornierungsentgelt fällig wäre. Aus den gleichen Gründen ist bei neu angemeldeten Trassen auch die entgeltmäßige Gleichbehandlung von ursprünglich pünktlichen Zügen mit erst im zweiten Anlauf pünktlichen Zügen geboten und gerechtfertigt, weil dem jeweils eine Trassenzuweisung zugrunde liegt.

d. Ob bei den mehr als 20 Stunden verspäteten Zügen für die erste, nicht genutzte Trasse das volle Entgelt verlangt werden darf, ist keine Frage des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG.

Letztlich wendet sich die Bundesnetzagentur gegen ein Entgelt für die wegen Verspätung

unterbliebene, nicht stornierte Fahrt auf der ursprünglich zugewiesenen Trasse in Höhe von 100 %. Dies wird schon in ihrem Schreiben vom 21. Oktober 2011 deutlich, wo sie unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Darlegungen nach § 14 Abs. 4 AEG zu Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 ausführt, die Beurteilung der Zulässigkeit der Regelung dürfe Ähnlichkeiten mit der Beurteilung von Stornierungsentgelten aufweisen. Damit beanstandet sie eine Nutzungsbedingung, die sie bei allen Zugangsberechtigten für unangemessen hält. Eine Vereinbarkeit der Entgeltbemessung mit sonstigem Eisenbahnrecht, insbesondere mit § 14 Abs. 4 AEG, hat die Beklagte aber ausdrücklich nicht zum Gegenstand ihres Widerspruchs gemacht.

§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verlangt nur, alle Zugangsberechtigten beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur gleich zu behandeln und bietet keinen grundsätzlichen Schutz vor unangemessenen Entgelten. Die Vorschrift gibt deshalb für die Annahme der Beklagten, die Klägerin dürfe ein vollständiges zusätzliches Entgelt nur verlangen, wenn sie nachgewiesen habe, dass wegen der Verspätung doppelte Kosten bzw. diese vollständig zweimal anfielen, nichts her. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG enthält weder die Vorgabe angemessener Entgelthöhen, die § 5 Abs. 1 EIBV für die Sicherheitsleistung enthält, noch das Verbot, einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen zu verlangen, wie es in § 308 Nr. 7 BGB geregelt ist.

Hiervon ausgehend lässt sich dem allgemeinen eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot nicht die von der Bundesnetzagentur angenommene Verpflichtung entnehmen, jedes Entgelt zu plausibilisieren, d.h. die Entgeltberechnung stets durch Offenlegung der Kalkulation nachvollziehbar zu machen. Eine solche Verpflichtung bzw. Obliegenheit ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG nur dann, wenn ein hinreichendes Diskriminierungspotential, also etwa aufgrund unklarer und intransparenter Regelungen oder nicht konditionierter Entscheidungsspielräume die hinreichende Wahrscheinlichkeit von sachwidrigen, strukturell bedingten Ungleichbehandlungen besteht. Darüber hinausgehende Anforderungen an die Entgeltberechnung und diesbezügliche Darlegungen ergeben sich allein aus den Absätzen 4 (Schienennetz) und 5 (Serviceeinrichtungen) des § 14 AEG.

Die Heranziehung des Diskriminierungsverbots zur Beanstandung von Nutzungsbedingungen, die für Zugangsberechtigte lediglich ungünstig sind, führte zu einer inakzeptablen Überdehnung und Überstrapazierung dieses Grundsatzes.

Vgl. bereits OVG NRW, Beschluss vom 28. Januar 2008 - 13 B 2014/07 -, N&R 2008, 94 = juris, Rn. 13.

Der von der Bundesnetzagentur für ihre Rechtsauffassung herangezogene Senatsbeschluss vom 23. März 2010 - 13 B 247/10 -, juris, mit dem die Verpflichtung statuiert wird, ein taugliches Berechnungsverfahren zu wählen und ein nachvollziehbares Zahlenwerk zu errichten, das auf einer überprüfbaren und hinreichenden Tatsachengrundlage basiert (Rn. 31), verhält sich allein zu § 14 Abs. 5 AEG. Der Senat hat ferner dazu ausgeführt, dass sich diese Vorschrift auf Grund ihrer erkennbaren Bezugnahme auf § 19 GWB von § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG unterscheidet, der allein ein allgemeines eisenbahnrechtliches Diskriminierungsverbot enthält (Rn. 6).

Die Frage der Angemessenheit des konkreten Entgelts, insbesondere auch im Verhältnis zum Stornierungsentgelt von höchstens 40 % des einfachen Entgelts für die stornierte Trasse zuzüglich des Entgelts für die Angebotserstellung (vgl. Klausel 6.2.5.4 SNB 2013), ist im Übrigen zivilrechtlich zu prüfen.

Vgl. zur Anwendbarkeit des § 315 BGB und zur parallelen zivilrechtlichen Kontrolle zuletzt OVG NRW, Urteil vom 17. Juni 2014 - 13 A 1381/13 -, juris, Rn. 39, 61, 70, 81.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und 2, 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO) i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen – ERVVO VG/FG – vom 7. November 2012 (GV. NRW. S. 548) einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) einzureichen.

Im Revisionsverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen; dies gilt auch für die Einlegung der Revision. Die Beteiligten können sich durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Auf die zusätzlichen Vertretungsmöglichkeiten für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse wird hingewiesen (vgl. § 67 Abs. 4 Satz 4 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – und § 5 Nr. 6 des Einführungsgesetzes zum Rechtsdienstleistungsgesetz – RDGEG –).

Dr. Lau, Schildwächter, Dr. Dahme.

Beschluss:

Der Wert des Streitgegenstandes wird gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 1 GKG auch für das

Berufungsverfahren auf 240.000 Euro festgesetzt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Dr. Lau, Schildwächter, Dr. Dahme.

Beglaubigt

Thieme. VG-Beschäftigte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle