

Sachgebiete: Stationspreise

Gericht: VG Köln

Datum der Verkündung: 04.04.2014

Aktenzeichen: 18 K 6145/12

Rechtsquellen:

§ 14 Abs. 2, 3 AEG; § 14e Abs. 1 AEG; § 14f Abs. 1, 2, 3 AEG; § 113 Abs. 1 VwGO;  
§ 19 Abs. 4, 5 GWB; § 20 Abs. 1 GWB;

Schlagworte:

Nutzungsbedingungen; Stationsentgelte; Stationspreissystem; Berechnungsverfahren;  
Zuglängenfaktor; Verhältnismäßigkeit; Zugangsrecht; Gleichbehandlungsgrundsatz; unbillige  
Behinderung; intendiertes Ermessen;

Leitsätze:

1. Die BNetzA ist an einem Einschreiten nach § 14f Abs. 2, 3 AEG nicht deshalb gehindert, weil eine Beanstandung, die sich gegen Nutzungsbedingungen oder Entgeltlisten richtet, ausschließlich im Verfahren nach § 14e AEG oder nach § 14f AEG geltend zu machen wäre.

2. Dem Regelungssystem der §§ 14e und 14f AEG lässt sich nicht entnehmen, dass in den Fällen, in denen sich die Eisenbahnrechtswidrigkeit unmittelbar aus den Nutzungsbedingungen oder den Entgeltlisten ergibt, die Regelungen des § 14e und § 14f Abs. 1 AEG abschließend wären. Die Ermächtigungsgrundlagen der §§ 14e, 14f Abs. 1 AEG einerseits und § 14f Abs. 2, 3 AEG andererseits stehen vielmehr prinzipiell nebeneinander zur Verfügung.

3. Die BNetzA ist an einem Einschreiten nach § 14f Abs. 2, 3 AEG nicht gehindert, wenn sie zuvor im Verfahren nach § 14e Abs. 1 AEG den entsprechenden Entgeltlisten nicht widersprochen oder im Verfahren nach § 14f Abs. 1 AEG das EIU zur Änderung der Stationsentgelte verpflichtet hat.

**Urteil**

- 18 K 6145/12 - VG Köln verkündet am 04.04.2014

Bierans, Verwaltungsgerichtsbeschäftigter  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

#

wegen Überprüfung der Stationspreise

hat die 18. Kammer

aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 04.04.2014

durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Zimmermann-Rohde

den Richter am Verwaltungsgericht Dierke

die Richterin am Verwaltungsgericht Schlenker

den ehrenamtlichen Richter Eckhardt

den ehrenamtlichen Richter Burgunder

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Die Berufung wird zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Klägerin ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) und betreibt bundesweit 5400 Personenbahnhöfe.

Die Beigeladene ist ein in Deutschland zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) und erbringt seit Juli 2012 Verkehrsleistungen im Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) auf der Strecke H. - K. . Für die Verkehre nutzt sie zehn Personenbahnhöfe der Klägerin. Dabei werden nach dem Betriebskonzept der Beigeladenen in der Regel Züge eingesetzt, die aus sechs Wagen plus Lokomotive bestehen und eine Länge von 178 m aufweisen. Zu den nachfragestärksten Zeiten werden einzelne Zugpaare mit doppelter Zuglänge von 356 m Länge betrieben. Das Betriebskonzept der Beigeladenen sieht vor, dass 25% der Halte von Fahrten in doppelter Länge erfolgen.

Das frühere Stationspreissystem der Klägerin sah vor, dass für Züge bis zu einer Länge von 180 m ein Stationspreis multipliziert mit dem Faktor 1 und für Züge ab einer Länge von 180 m ein Stationspreis multipliziert mit dem Faktor 2 geschuldet war.

Mit der Umstellung ihres Stationspreissystems für das Jahr 2011 änderte die Klägerin dieses System in der Weise, dass der Schwellenwert, ab dem ein erhöhtes Stationsentgelt zu entrichten war, von 180 m Zuglänge auf 170 m herabgesetzt wurde. Das neue Stationspreissystem der Klägerin sieht vor, dass Züge in der Länge von 0 bis 90 m einen Stationspreis multipliziert mit dem Faktor 1, Züge von 90 bis 170 m einen Stationspreis multipliziert mit dem Faktor 1,2 und Züge über 170 m Länge einen Stationspreis multipliziert mit dem Faktor 3 zu entrichten haben.

Mit Bescheid vom 19.11.2010 stellte die Bundesnetzagentur (BNetzA) im Rahmen der Vorabkontrolle der Infrastrukturnutzungsbedingungen Personenbahnhöfe (INBP) nach § 14e AEG fest, dass das Berechnungsverfahren im Hinblick auf den Zuglängenfaktor eisenbahnrechtswidrig sei. Von einer formellen Beanstandung wurde jedoch im Rahmen der Ermessensentscheidung abgesehen. Die Klägerin wurde zukunftsgerichtet verpflichtet, ein Berechnungsverfahren zur zukünftigen Preisbildungsmethodik des Zuglängenfaktors darzulegen, aus dem unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Begründung des genannten Bescheides deutlich werde, auf welchen Methoden und Zahlenmaterialien (Kostenbasiertheit und/oder Markttragfähigkeit) das System beruhe. In dem Bescheid wurde auf die Möglichkeit hingewiesen, Einzelfallgerechtigkeit für einzelne Zugangsberechtigte in einem Verfahren nach § 14f AEG herzustellen.

Nach umfangreichen Gesprächen zwischen der BNetzA und der Klägerin über die Problematik des Zuglängenfaktors teilte die BNetzA der Klägerin mit Schreiben vom 16.9.2011 mit, dass sie die Preisbildungskomponente „Zuglängenfaktor“ nach wie vor nicht als eisenbahnrechtskonform bewerte, jedoch einen Zuglängenfaktor als Übergangslösung für das Jahr 2012 akzeptieren werde. In dem genannten Schreiben findet sich folgende Formulierung: „Bereits im Bescheid vom 19.11.2010 hat die Bundesnetzagentur den Zuglängenfaktor des SPS 2011 trotz Eisenbahnrechtswidrigkeit als vorläufige Preisbildungskomponente geduldet, bis eine eisenbahnrechtskonforme Preisbildungskomponente durch die E. T. & T1. AG entwickelt und vorgestellt wird. Diese Vorgehensweise setzt die Bundesnetzagentur nunmehr ausnahmsweise auch für das Jahr 2012 fort, da ein rechtskonformes System von Ihnen nach wie vor noch zu entwickeln ist.“

Bereits mit Bescheid vom 26.4.2011 war die Klägerin verpflichtet worden, für den Zeitraum vom 1.9.2011 bis 31.12.2011 die Stationspreise gegenüber der Beigeladenen auf der Basis der mit einem Zuglängenfaktor von eins multiplizierten Preise aus dem Jahr 2010 zuzüglich eines Aufschlages in Höhe von 18% neu zu berechnen. Das Verfahren hatte sich im weiteren Verlauf aufgrund der verzögerten Betriebsaufnahme der Beigeladenen erledigt. Deshalb wurde das diesbezügliche Verwaltungsverfahren eingestellt.

Mit Schreiben vom 24.8.2011 forderte die Klägerin die Beigeladene auf, die Nutzung der Verkehrsstationen für Zughalte im Regelverkehr für das Fahrplanjahr 2011/2012 anzumelden. Auf die Anmeldung der Beigeladenen übersandte die Klägerin am 11.11.2011 ein Angebot über den Abschluss eines Stationsnutzungsvertrages, der u. a. hinsichtlich der Bemessung der Höhe der Entgelte regelte, dass die Preise aus der Stationspreisliste mit einem Zuglängenfaktor von 3,0 multipliziert werden.

Die Beigeladene unterzeichnete den Stationsnutzungsvertrag nicht und beantragte bei der Beklagten erneut die Überprüfung der Stationspreise der Klägerin gemäß § 14f Abs. 2 Satz 1 AEG. Zur Begründung führte sie aus, dass die Entgelte entsprechend den Vorgaben aus dem Bescheid vom 26.4.2011 berechnet werden müssten, da sich an den rechtlichen Gründen des Bescheides nichts geändert habe.

Die Preissetzung der Klägerin hätte bei der Beigeladenen zu einer Erhöhung der Entgelte für die Stationsnutzung um 62,9 % geführt.

Mit Bescheid vom 12.4.2012 verpflichtete die BNetzA die Klägerin für den Zeitraum ab der tatsächlichen Betriebsaufnahme bis zum 8.12.2012, die Stationspreise gegenüber der

Beigeladenen für Züge mit einer Länge bis 180 m auf der Basis der mit einem Zuglängenfaktor von eins multiplizierten Preise aus dem Jahr 2010 zuzüglich eines Aufschlags in Höhe von 3,3% neu zu berechnen und der Beigeladenen bis spätestens 30.4.2012 ein entsprechendes Angebot zur Nutzung ihrer Stationen auf der Basis des Antrags vom 14.8.2011 zu unterbreiten (Satz 1). Ferner verpflichtete die BNetzA die Klägerin, die Stationspreise erst ab der tatsächlichen Betriebsaufnahme von der Beigeladenen einzufordern und dies entsprechend bei dem nach Satz 1 unterbreiteten Angebot zu berücksichtigen (Satz 2).

Für den Fall der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung der zu Ziffer 1 des Tenors angeordneten Verpflichtungen wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 Euro angedroht.

Am 23.4.2012 legte die Klägerin hiergegen Widerspruch ein und beantragte zugleich bei der erkennenden Kammer die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs. Dieser Antrag wurde mit Beschluss vom 15.6.2012 abgelehnt (18 L 547/12).

Durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Klägerin und der BNetzA vom 24.8.2012 verpflichtete sich die Klägerin, für die Bepreisung ihrer Stationen spätestens ab dem 1.1.2015 einen Verkehrsleistungsfaktor einzuführen. § 4 des genannten öffentlich-rechtlichen Vertrages sieht vor, dass der Vertrag gleichzeitig zur Vermeidung von weiteren Maßnahmen diene, die hinsichtlich des Zuglängenfaktors aus dem Bescheid vom 19.11.2010 folgen könnten. Dabei seien sich die Vertragsparteien darüber einig, dass der als Anlage beigefügte Meilensteinplan eine Orientierung für eine angemessene Umsetzung der mit Bescheid vom 19.11.2010 in Tenor 2 e) zum Zuglängenfaktor getroffenen Maßnahmen darstelle und die BNetzA aufgrund der von dem Bescheid vom 19.11.2010 ausgehenden Bindungswirkung insoweit bis zur Einführung des Verkehrsleistungsfaktors gemäß § 1 Abs. 6 dieses Vertrages keine weiteren Maßnahmen gegen den Zuglängenfaktor ergreifen werde. Dies gelte nur insoweit, als durch die vorgenannte Regelung nicht in Rechte Dritter eingegriffen werde. Die derzeit gültigen Entgeltgrundsätze und der Zuglängenfaktor gemäß Ziffer 5.1.4 des INBP-BT blieben bis spätestens 31.12.2012 in Kraft.

Mit Widerspruchsbescheid vom 9.10.2012 wurde der Widerspruch der Klägerin zurückgewiesen.

Am 26.10.2012 hat die Klägerin Klage erhoben, die sie mit Schriftsatz vom 8.2.2013 dahin konkretisiert hat, dass der Bescheid vom 12.4.2012 hinsichtlich der Verfügung in Ziffer 1 Satz 1 und der Verfügung in Ziffer 2, soweit sie die Verfügung in Ziffer 1 Satz 1 betrifft, aufgehoben werden solle.

Zur Begründung macht die Klägerin geltend, die Klage sei auch nach Ablauf der Fahrplanperiode weiterhin zulässig. Denn es sei insoweit keine Erledigung des Rechtsstreits eingetreten, da die Stationsentgelte bei Bestandskraft des Bescheides vom 12.4.2012 auf der Basis dieser Vorgaben zu berechnen wären.

Ferner trägt sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens im Widerspruchsverfahren vor, die BNetzA sei infolge der Billigung des Zuglängenfaktors für einen Übergangszeitraum in dem Bescheid vom 19.11.2010, dem Schreiben vom 16.9.2011 und dem öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 24.8.2012 nicht befugt, den Zuglängenfaktor in einem Einzelfall noch zu beanstanden.

Das Verfahren nach § 14f Abs. 2, 3 AEG sei nicht auf den Fall anwendbar, in dem sich der vermeintliche Missbrauch unmittelbar aus den Nutzungsbedingungen bzw. den Entgeltlisten ergebe. Denn bei Diskriminierungen, die allein auf die Nutzungsbedingungen oder die Entgeltlisten zurückgingen, sei wegen der Spezialität allein ein Vorgehen der BNetzA nach § 14e bzw. nach § 14f Abs. 1 AEG möglich.

Die von der BNetzA vorgebrachten Argumente trügen nicht die durchgeführte Einzelfallkorrektur, sondern hätten allenfalls in eine systemische, allen Zugangsberechtigten gegenüber gleichmäßig angewandte Korrektur des SPS 2011 münden können. Eine solche Korrektur sei durch den am 24.8.2012 geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag vorgenommen worden. In dieser spezifischen Sachverhaltskonstellation sei die Einzelfallkorrektur nach § 14f Abs. 2, 3 AEG systemfremd und führe außerdem zu einem nicht auflösbaren Konflikt mit dem eisenbahnrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG). Die von der BNetzA ermittelte Steigerung der Stationsentgelte bei Vergleich des Stationspreissystems bis 2010 einerseits und 2011 andererseits in Höhe von ca. 63 % ergebe sich allein aus dem Betriebskonzept der Beigeladenen sowie der individuellen Auswahl der Strecken und Zughalte. Hätte die Beigeladene nur zwei Zughalte anders gewählt, hätte sich die Preissteigerungsrate völlig anders dargestellt. Das Stationspreissystem der Klägerin basiere demgegenüber auf objektiven bahnhofsbezogenen Parametern, bei denen der Streckenbezug keine Rolle spiele.

Bereits der Wortlaut des § 14 Abs. 5 Satz 1 AEG mache deutlich, dass die Bestimmung nicht den einzelnen Wettbewerber vor einer individuellen Beeinträchtigung durch das regulierte Unternehmen schütze, denn die Vorschrift bestimme, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten nicht missbräuchlich beeinträchtigt werden dürften. Diese Formulierung entspreche im Wesentlichen dem allgemeinen kartellrechtlichen Behinderungsverbot nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, das die BNetzA auch selbst zur Begründung ihrer Anordnung heranziehe. Es sei anerkannt, dass § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB keinen vollen Individualschutz bezwecke, sondern den Wettbewerb als solchen im Auge habe, dessen Beeinträchtigung insgesamt erheblich sein müsse. Dies mache auch ein Vergleich zur Bestimmung des § 20 Abs. 1 GWB deutlich, der ebenfalls ein Verbot unbilliger Behinderung enthalte. Dort jedoch sei dem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, ein anderes Unternehmen unbillig zu behindern.

Deutlich werde die im GWB getroffene Unterscheidung von individuellem Schutz vor unbilligen Behinderungen auf der einen Seite und Schutz des Wettbewerbs auf der anderen Seite auch durch die in § 14 Abs. 5 Satz 2 AEG ausformulierten Beispielsfälle für missbräuchliche Verhaltensweisen. Die gesetzlich vertypete Missbrauchsform zeige deutlich, dass der Gesetzgeber nicht die Benachteiligung eines Einzelnen zu Gunsten aller anderen, sondern die Bevorzugung eines Einzelnen zu Lasten aller anderen verhindern wolle.

Ein Verstoß gegen § 14 Abs. 5 AEG könne deshalb nicht schon dann festgestellt werden, wenn ein einzelner Wettbewerber durch die inkriminierte Maßnahme des regulierten Unternehmens beeinträchtigt werden könne. Ansonsten wäre es den nach dem Eisenbahnrecht regulierten Unternehmen untersagt, überhaupt irgendwelche marktbezogenen Maßnahmen vorzunehmen, da jedes Marktverhalten gerade der nach dem Eisenbahnrecht regulierten Infrastrukturunternehmen die Chancen der Zugangsberechtigten ordne und begrenze und insbesondere jeder Geschäftsabschluss mit einem Zugangsberechtigten die Chancen eines anderen Zugangsberechtigten reduzieren könne.

An diesem Auslegungsergebnis ändere auch das in § 14f Abs. 2 AEG geregelte Antrags- und Beschwerderecht einzelner Zugangsberechtigter nichts. Mit der dort zu findenden Formulierung, dass antragsberechtigt die Zugangsberechtigten seien, deren Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt sein könne, sei lediglich der Kreis der Antragsberechtigten beschrieben.

Voraussetzung für ein Eingreifen von § 14 Abs. 5 AEG sei, dass einerseits eine die Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten behindernde Preisstellung und andererseits die Betroffenheit gerade des antragstellenden Zugangsberechtigten dargelegt werde. An dieser Darlegung fehle es hier. Die BNetzA habe lediglich errechnet, welche Entgelterhöhungen die Beigeladene erwarten müsse, wenn sie bei unverändertem Betriebskonzept die Fernverkehrsleistungen unter dem SPS 2011 aufnehme. Es fehle jede Prüfung, ob und inwieweit die mit dem SPS bewirkten Änderungen alle anderen davon betroffenen Zugangsberechtigten ebenfalls behinderten. Erst recht fehle die für § 14 Abs. 5 AEG zwingend vorzunehmende Prüfung der gesamten Wettbewerbssituation.

Die BNetzA habe den Missbrauch, der zwingende Anwendungsvoraussetzung für § 14 Abs. 5 AEG sei, nicht festgestellt. Ein Behinderungsmissbrauch, den die BNetzA in § 14 Abs. 5 Satz 1 AEG hineinlesen wolle, könne nur bejaht werden, wenn er sich auf dem Markt auswirke, auf dem die Beigeladene tätig sei. Diese Prüfung nehme die BNetzA jedoch nicht vor. Zu beachten sei auch, dass der Grundpreis, den die Beigeladene nach dem Preissystem 2011 zahlen müsse, um 35% gesunken sei. Dies zeige deutlich, dass die Änderung des Zuglängenfaktors nicht isoliert betrachtet werden dürfe. Die Beklagte betreibe mit ihrer Entscheidung bildlich gesprochen ein regulatorisches Rosinenpicken. Die Vorteile des SPS 2011 – nämlich die stark abgesenkten Grundpreise – sollten der Beigeladenen zugutekommen. Die Nachteile in Gestalt des erhöhten Zuglängenfaktors solle sie jedoch nicht tragen. Die BNetzA habe nur die Rate der Erhöhung der Stationspreise und nicht die Frage geprüft, wie sich diese Veränderung der Kostenstruktur auf die Wettbewerbsfähigkeit auf dem bedienten Markt ausgewirkt hätte.

Nehme man diese Prüfung jedoch vor, lasse sich eine missbräuchliche Auswirkung nicht feststellen. Der Anteil der Stationsentgelte an den Gesamtkosten der Beigeladenen betrage lediglich 9%. Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Gesamtkostenanteil der Stationsentgelte um 6% gestiegen wäre, hätte sich eine entsprechende Kostensteigerung ohne weiteres durch eine Erhöhung der Preise der Beigeladenen kompensieren lassen. Denn diese Preissteigerung hätte lediglich 0,80 Euro betragen und hätte den Preisabstand zwischen der Beigeladenen und der DB Fernverkehr AG im nicht messbaren Bereich verringert. Berücksichtige man weiter, dass die Preise der konkurrierenden DB Fernverkehr AG mindestens 30% über den Preisen der Beigeladenen lägen, hätte eine Steigerung der Preise der Beigeladenen um 6% erkennbar keinerlei Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Beigeladenen gehabt.

Davon unabhängig habe die BNetzA den Zuglängenfaktor geprüft und ihn durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 24.8.2012 und vorher durch ein Schreiben vom 16.9.2011 für eine Übergangszeit als systemisch anzuwendendes Kriterium anerkannt. Es sei sinn- und systemwidrig, wenn die BNetzA diese Entscheidung mit der vorliegend im Streit stehenden Einzelfallentscheidung konterkariere.

Der Klägerin selbst wäre es aus Gründen der Gleichbehandlung nicht gestattet gewesen, von sich aus eine Preissetzung vorzunehmen, wie sie ihr nunmehr durch den angefochtenen Bescheid vorgegeben werde. Vielmehr sei sie nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG i. V. m. § 24 Abs.

4 EIBV verpflichtet, ihre Nutzungsbedingungen auf alle Zugangsberechtigten in gleicher Weise anzuwenden.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid vom 12.4.2012 und den Widerspruchsbescheid vom 9.10.2012 hinsichtlich der Verfügung in Ziffer 1 Satz 1 und in Ziffer 2, soweit diese die Verfügung in Ziffer 1 Satz 1 betrifft, aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Auffassung, bei der erst mit Schriftsatz vom 8.2.2013 bestimmten konkreten Antragstellung handele es sich um eine teilweise Klagerücknahme.

Die BNetzA sei nicht im Hinblick auf ihr bisheriges Vorgehen bezüglich des SPS 2011 und namentlich des Zuglängenfaktors gehindert gewesen, den angefochtenen Bescheid zu erlassen. Denn ihr Verhalten stelle sich entgegen der Auffassung der Klägerin nicht als widersprüchlich dar. Mit Bescheid vom 19.11.2010 habe sie im Rahmen der Vorabkontrolle der Infrastrukturnutzungsbedingungen Personenbahnhöfe (INBP) nach § 14e AEG festgestellt, dass das Berechnungsverfahren im Hinblick auf den Zuglängenfaktor eisenbahnrechtswidrig sei. Von einer formellen Beanstandung sei jedoch im Wege der Ermessensausübung abgesehen worden, weil ein Widerspruch gegen die beabsichtigte Neuregelung der Schwellenwerte der Zuglängenfaktoren dazu geführt hätte, dass die bisherigen Schwellenwerte weiterhin gültig geblieben wären, bei denen ebenfalls keine sachliche Rechtfertigung erkennbar gewesen sei. Die Klägerin sei vielmehr zukunftsgerichtet verpflichtet worden, ein Berechnungsverfahren zur zukünftigen Preisbildungsmethodik des Zuglängenverfahrens darzulegen, aus dem unter Berücksichtigung der Ausführungen in der Bescheidbegründung deutlich werde, welche prognostizierten Auswirkungen aus dieser Preisbildungsmethodik für die verschiedenen Marktteilnehmer hervorgingen und auf welchen Methoden und Zahlenmaterialien das System beruhe.

Dadurch habe die unternehmerische Entgeltgestaltung so weit wie möglich unangetastet bleiben sollen. In dem Bescheid vom 19.11.2010 sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Möglichkeit bestehe, Einzelfallgerechtigkeit herzustellen, wenn ein Unternehmen einen Infrastrukturnutzungsvertrag nicht unterzeichne und einen Antrag nach § 14f Abs. 2 AEG stelle. Dieses Verfahren erlaube, die erforderlichen Informationen einzuholen, die Interessen der Vertragspartner ausgewogen gegenüberzustellen und entsprechend eine dem konkreten Fall angemessene Entscheidung zu treffen.

Nach langen und intensiven Diskussionen habe die BNetzA der Klägerin mit Schreiben vom 16.9.2011 mitgeteilt, dass sie den Zuglängenfaktor nach wie vor als nicht eisenbahnrechtskonform bewerte, sie aber einen Zuglängenfaktor als Übergangslösung für das Jahr 2012 akzeptieren werde. In diesem Schreiben sei ausdrücklich auf den Bescheid vom 19.11.2010 Bezug genommen worden.

In § 4 Abs. 1 Satz 3 des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 24.8.2012 habe die Beklagte hinsichtlich der vorübergehenden Duldung des Zuglängenfaktors ausdrücklich einen Vorbehalt für den Fall vorgesehen, dass in Rechte Dritter eingegriffen werde.

Der angefochtene Bescheid sei materiell rechtmäßig.

Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid sei § 14f Abs. 3 AEG.

Die Anwendung des § 14f Abs. 3 AEG setze nicht voraus, dass zuvor auch den entsprechenden Nutzungsbedingungen widersprochen worden sei. Vielmehr seien beide Vorschriften sowohl in Bezug auf die Kontrolle von Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen als auch bezüglich konkreter Zugangsanträge nebeneinander anzuwenden. Die Beklagte sei nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren nach § 14f AEG nicht an die Ergebnisse einer Vorabprüfung nach § 14e AEG gebunden.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14f Abs. 3 AEG lägen vor. Denn das Zugangsrecht der Beigeladenen werde durch die Zugangsbedingungen der Klägerin beeinträchtigt. Die von der Klägerin vorgenommene Änderung der Schwellenwerte des Zuglängenfaktors verstoße gegen § 14 Abs. 5 AEG. Die Beigeladene sei durch den Verstoß nicht unerheblich betroffen und deshalb in ihrem Zugangsrecht beeinträchtigt.

Zur Auslegung des § 14 Abs. 5 AEG könnten die Grundsätze des § 19 Abs. 4 GWB herangezogen werden. Es ergäben sich weder aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 5 AEG noch des § 19 Abs. 4 GWB Anhaltspunkte dafür, dass der Schutzzweck dieser Normen nicht auch auf einzelne Wettbewerber gerichtet sei. Nach überwiegender Meinung sollten durch diese Vorschriften auch Marktteilnehmer der gleichen Wirtschaftsstufe und potentielle Marktteilnehmer vor Zugangsbeschränkungen zum Markt geschützt werden. Hierfür spreche auch die Genese der Vorschrift, die mit der Umgestaltung im Jahr 1998 an den – nach allgemeiner Meinung Drittschutz vermittelnden – Art. 82 EG-Vertrag habe angenähert werden sollen. Auch ein Vergleich mit § 20 Abs. 1 GWB stehe dieser Argumentation nicht entgegen. Ein von der Klägerin unterstellter Gegensatz zwischen § 19 Abs. 4 GWB und § 20 Abs. 1 GWB lasse sich nicht herleiten. Anhaltspunkte dafür, dass sich die beiden Vorschriften wechselseitig ausschlossen, bestünden nicht. Vielmehr wiesen beide Normen Parallelen in Wortlaut und Entstehungsgeschichte auf.

§ 14 Abs. 5 AEG sei entgegen der Auffassung der Klägerin auch keine Generalklausel, die lediglich den Wettbewerb als solchen schütze. Vielmehr ziele die Vorschrift auf den Schutz einzelner Zugangsberechtigter ab. So formuliere Satz 1 der Norm ein grundsätzliches Verbot missbräuchlicher Beeinträchtigung der Zugangsberechtigten. Auch systematische und teleologische Erwägungen sprächen gegen die Auffassung der Klägerin. § 14 Abs. 5 AEG sei Teil eines Regelungssystems, das basierend auf europarechtlichen Vorgaben den Zugangsanspruch einzelner Zugangsberechtigter gegenüber EIU regule. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb § 14 Abs. 5 AEG keine drittschützende Wirkung entfalten, sondern lediglich den Wettbewerb als solchen schützen solle.

Für den Bereich des Behinderungsmissbrauchs, auf dessen Grundsätze der angefochtene Bescheid zurückgreife, sei der Schutzgesetzcharakter des § 19 Abs. 4 GWB anerkannt. Wenn der Gesetzgeber somit § 14 Abs. 5 AEG dieser Vorschrift nachgebildet habe, könne für § 14 Abs. 5 AEG nichts anderes gelten.

Aber selbst wenn man der unzutreffenden Auffassung der Klägerin folgen sollte, könne eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen, wenn der in den Blick zu nehmende Markt nahezu vollständig von einem einzigen Marktteilnehmer beherrscht werde und sich die Beschränkungen des Wettbewerbs nur anhand eines einzigen Falles zeigten. Dieser Fall liege

hier vor. Die Verkehrsleistung des Schienenpersonenfernverkehrs sei dadurch geprägt, dass die DB Fernverkehr AG, ein mit der Klägerin verbundenes Unternehmen, ca. 99% der Leistungen in diesem Bereich erbringe. Die Beigeladene wolle als einzelner Newcomer in den Markt um Verkehrsleistungen eintreten. Eine Behinderung der Wettbewerbsmöglichkeiten des Newcomers sei in dieser Konstellation offenkundig auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs als solchem.

Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG lägen hier vor. Entscheidend sei, ob die von der Klägerin vorgenommene Preissetzung missbräuchlich sei. Ein Behinderungsmissbrauch i. S. d. § 14 Abs. 5 Satz 2 AEG i. V. m. den Grundsätzen des § 19 Abs. 4 GWB sei dann anzunehmen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in erheblicher Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtige. Diese Voraussetzung sei hier erfüllt. Denn es sei der Klägerin zu keinem Zeitpunkt gelungen, die sachliche Rechtfertigung für die Veränderung des Zuglängenfaktors nachzuweisen. Die erfolgte Änderung des Zuglängenfaktors treffe die Beigeladene in besonderem Maße. Die von ihr eingesetzten Züge wiesen größtenteils eine Länge von 178 m auf. Vor der Modifizierung des Zuglängenfaktors seien dafür Stationspreise multipliziert mit dem Faktor 1 zu zahlen gewesen, danach Preise multipliziert mit dem Faktor 3. Weder für die Absenkung des Schwellenwertes noch für die Höhe des Faktors seien sachliche Gründe erkennbar. Aufgrund der Homogenität des Fahrzeugpools sei die Beigeladene durch diese Änderung in ganz besonderer Weise von der Preiserhöhung betroffen.

Zum 1.1.2013 sei der Zuglängenfaktor durch den Verkehrsleistungsfaktor ersetzt worden.

Die Preiserhöhung für die DB Fernverkehr sei in dem angefochtenen Bescheid als Aufschlag auf den Grundpreis für die Beigeladene berücksichtigt worden, um Ungleichbehandlungen zu vermeiden. Die gesunkenen Grundpreise auf der Relation H. - K. seien nach dem Bescheid nicht nur der Beigeladenen, sondern selbstverständlich auch der E. Fernverkehr AG zugutegekommen. Von einem regulatorischen Rosinenpicken könne vor diesem Hintergrund nicht die Rede sein.

Entgegen der Auffassung der Klägerin komme es auch nicht darauf an, wie sich die Veränderung der Kostenstruktur auf die Wettbewerbsfähigkeit auf dem bedienten Markt ausgewirkt habe. Zu prüfen sei vielmehr allein die Frage, ob das Zugangsrecht der Beigeladenen beeinträchtigt sei. Es sei folglich allein entscheidend, welche Auswirkungen die Veränderung des Schwellenwertes auf die Beigeladene und deren Eintritt in den Markt habe. In dem angefochtenen Bescheid sei nachgewiesen worden, in welcher Weise die Erhöhung der Stationsentgelte den Zugang der Beigeladenen zum Fernverkehrsmarkt erschwere.

Der Annahme einer missbräuchlichen Preissetzung stehe schließlich auch nicht der Umstand entgegen, dass der Kostenanteil der Stationsentgelte an den Gesamtkosten relativ gering sei. Eine Steigerung der Kosten um 6% sei in diesem sensiblen Marktumfeld durchaus relevant. Bei der genannten Preissteigerung handle es sich um einen Durchschnittswert, wobei es im Einzelfall zu erheblichen Preissprüngen kommen könne. Die von der Klägerin eingeführte Erheblichkeitsschwelle sei im Gesetz nicht vorgesehen. Überdies werde die Argumentation der Klägerin den Fällen von Newcomern, die mit dem Markteintritt in netzgebundene Märkte stets erhebliche wirtschaftliche Risiken eingehen müssten, nicht gerecht und widerspreche letztlich den Zielen des Eisenbahnregulierungsrechts.

Die Beklagte habe das ihr zustehende Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens beachtet. Hinsichtlich der Entschließung, ob nach § 14f Abs. 3 AEG vorgegangen werde, stehe der BNetzA nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm kein Ermessen zu. Denn wenn im Verfahren nach § 14f AEG festgestellt werde, dass das Zugangsrecht eines Zugangsberechtigten eingeschränkt werde, habe die Behörde eine Maßnahme zu ergreifen, die diese Beeinträchtigung unterbinde. In den Fällen der festgestellten Beeinträchtigung des Zugangsrechts bestehe nur noch ein Ermessen hinsichtlich der Frage, ob nach § 14f Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 AEG vorgegangen werde. Unabhängig davon bestehe aufgrund der europarechtlichen Vorgaben bei Feststellung der Beeinträchtigung des Zugangsrechts kein Ermessensspielraum der Beklagten, ob Anordnungen nach § 14f Abs. 3 AEG erfolgten.

Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgen sollte, liege hier jedenfalls eine Ermessensreduzierung auf null vor. Angesichts des Ausmaßes der Beeinträchtigung des Zugangsrechts der Beigeladenen sei hier nur ein Einschreiten zu ihren Gunsten rechtmäßig. Das ausgeübte Auswahlermessen genüge auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn sie habe den mildesten Eingriff gewählt, der eine Ungleichbehandlung der Beigeladenen beseitige.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den sonstigen Inhalt der Gerichtsakte und der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsvorgänge sowie auf die Verfahrensakte 18 L 547/12 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

Streitgegenstand ist allein die Verpflichtung der Klägerin, für den Zeitraum ab der tatsächlichen Betriebsaufnahme bis zum 8.12.2012 die Stationspreise gegenüber der Beigeladenen für Züge mit einer Länge von bis zu 180 m auf Basis der mit dem Zuglängenfaktor 1 multiplizierten Preise aus dem Jahr 2010 zuzüglich eines Aufschlages in Höhe von 3,3% neu zu berechnen und der Beigeladenen bis spätestens 30.4.2012 ein entsprechendes Angebot zur Nutzung ihrer Stationen auf Basis des Antrags vom 14.9.2011 zu unterbreiten. Außerdem ist das hierauf bezogene Zwangsgeld im Streit.

Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt hier keine teilweise Klagerücknahme vor, weil die Klägerin bereits mit der Klageerhebung eine Konkretisierung ihres Antrags angekündigt hatte und diese Konkretisierung mit dem ersten klagebegründenden Schriftsatz erfolgt ist. Durch diesen Schriftsatz ist das Klagebegehren erstmals konkret festgelegt worden.

Der Zulässigkeit der Klage steht nicht der Ablauf der Fahrplanperiode 2012 entgegen, denn dieser stellt sich nicht als Erledigungsgrund dar, weil die Beigeladene auf der Grundlage des Angebots, das ihr die Klägerin in Vollziehung des angefochtenen Bescheides unterbreitet hat, auch weiterhin nur die geringeren Entgelte schuldet.

Die Klage ist unbegründet.

Der Bescheid vom 12.4.2012 und der Widerspruchsbescheid vom 9.10.2012 sind in dem vorliegend angefochtenen Umfang rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Ermächtigungsgrundlage für das Einschreiten der BNetzA ist § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG. Danach legt die Regulierungsbehörde die Vertragsbedingungen fest, entscheidet über die Geltung des Vertrags und erklärt entgegenstehende Verträge für unwirksam, wenn im Fall des § 14f Abs. 2 AEG die Entscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens (EIU) das Recht des Antragstellers auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt.

Entgegen der Auffassung der Klägerin war es der BNetzA im vorliegenden Fall weder aus rechtssystematischen Gründen noch wegen widersprüchlichen Verhaltens im Hinblick auf ihr vorheriges Verwaltungshandeln untersagt, hier nach § 14f Abs. 2, 3 AEG einzuschreiten.

Die BNetzA war an einem Einschreiten nach § 14f Abs. 2, 3 AEG nicht deshalb gehindert, weil eine Beanstandung, die sich gegen Nutzungsbedingungen oder Entgeltlisten richtet, ausschließlich im Verfahren nach § 14e AEG oder nach § 14f AEG geltend zu machen wäre. Zwar ist der Klägerin einzuräumen, dass die BNetzA grundsätzlich in all den Fällen, in denen sie eine Eisenbahnrechtswidrigkeit unmittelbar in den Nutzungsbedingungen bzw. Entgeltlisten erblickt, regelmäßig in erster Linie nach § 14e und § 14f Abs. 1 AEG gegen diese Nutzungsbedingungen vorzugehen hat. Aus dem Umstand, dass die beiden genannten Vorschriften ein mögliches Einschreiten in das Ermessen der BNetzA stellen, lässt sich zur Überzeugung der Kammer aber zwingend ableiten, dass es nach der gesetzgeberischen Konzeption auch Fälle geben kann, in denen die BNetzA die Eisenbahnrechtswidrigkeit von Nutzungsbedingungen erkannt hat, jedoch aus wohl erwogenen Gründen von einer vollständigen Beanstandung dieses Regelwerks absieht. In dieser Konstellation gibt es zur Überzeugung der Kammer keine durchgreifenden rechtssystematischen Erwägungen, die es erforderten, ein Einschreiten nach § 14f Abs. 2, 3 AEG stets als unzulässig anzusehen. Das von der Klägerin angeführte gewichtige Argument einer möglichen Ungleichbehandlung der anderen Zugangsberechtigten wird in diesen Konstellationen einem Einschreiten nach § 14 Abs. 2, 3 AEG nicht selten entgegen stehen. Sofern es allerdings gelingt, Nutzungsbedingungen in einem Einzelfall für einen Zugangsberechtigten so zu modifizieren, dass es nicht zu einer rechtlich unzulässigen Ungleichbehandlung anderer Zugangsberechtigter kommt, stehen einem Einschreiten nach § 14f Abs. 2, 3 AEG die von der Klägerin herangezogenen systematischen Erwägungen nicht von vornherein entgegen.

Auch lässt sich dem Regelungssystem der §§ 14e und 14f AEG zur Überzeugung der Kammer nicht entnehmen, dass in den Fällen, in denen sich die Eisenbahnrechtswidrigkeit unmittelbar aus den Nutzungsbedingungen oder den Entgeltlisten ergibt, die Regelungen des § 14e und § 14f Abs. 1 AEG abschließend wären. Denn gerade das von der BNetzA angeführte Argument, dass bei einem Einschreiten nach § 14e bzw. nach § 14f Abs. 1 AEG in eine Vielzahl von Verträgen eingegriffen würde, was mit einer Intervention nach § 14f Abs. 2, 3 AEG vermieden werden kann, spricht mit Rücksicht auf die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dafür, hier ein Einschreiten nach § 14f Abs. 2, 3 AEG nicht schon im Ansatz als unzulässig anzusehen. Außerdem gibt § 14f Abs. 2 AEG den Zugangsberechtigten das Recht, bei der BNetzA eine Überprüfung zu beantragen, wenn sie in ihrem Zugangsrecht beeinträchtigt sein können. Eine abschließende Nennung der denkbaren Maßnahmen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, die zu einer Beeinträchtigung des Zugangsrechts führen können, ist § 14f Abs. 2 Satz 2 AEG nicht zu entnehmen.

Zur Überzeugung der Kammer stehen deshalb der BNetzA die Ermächtigungsgrundlagen der §§ 14e, 14f Abs. 1 AEG einerseits und § 14f Abs. 2, 3 AEG andererseits nebeneinander zur Verfügung. Allerdings ist der Anwendungsbereich des § 14f Abs. 2, 3 AEG in den Fällen, in denen sich die Eisenbahnrechtswidrigkeit unmittelbar aus den Nutzungsbedingungen oder den Entgeltlisten ergibt, auf die Fälle beschränkt, in denen die Möglichkeit besteht, Modifikationen bei der Anwendung des Regelwerks zugunsten eines Zugangsberechtigten ohne einen Verstoß gegen den eisenbahnrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG vorzunehmen.

Die BNetzA war hier auch nicht deshalb an einem Einschreiten nach § 14f Abs. 2, 3 AEG gehindert, weil sie nicht zuvor im Verfahren nach § 14e Abs. 1 AEG den entsprechenden Entgeltlisten widersprochen oder im Verfahren nach § 14f Abs. 1 AEG die Klägerin zur Änderung der Stationsentgelte verpflichtet hatte. Ein nicht erfolgter Widerspruch im Rahmen der Überprüfung nach § 14e AEG und eine nicht erfolgte Beanstandung nach § 14 f Abs. 1 AEG haben keine Sperrwirkung im Hinblick auf eine späteres Eingreifen nach § 14f Abs. 2, 3 AEG. Denn die Verfahren sind unabhängig voneinander und es ist denkbar, dass eine Beeinträchtigung des Zugangsrechts, die ihre Ursache in den Nutzungsbedingungen oder den Entgeltlisten hat, sich nicht schon in dem abstrakten Prüfungsverfahren nach § 14e und § 14f Abs. 1 AEG, sondern erst im Verfahren nach § 14f Abs. 2, 3 AEG zeigt.

Schließlich stehen vorliegend der Entscheidung nach § 14f Abs. 2, 3 AEG weder der Bescheid vom 19.11.2010 noch das Schreiben der Beklagten vom 16.11.2011 noch der öffentlich-rechtliche Vertrag vom 24.8.2012 entgegen.

In dem Bescheid vom 19.11.2010 wurde festgestellt, dass der Zuglängenfaktor eisenbahnrechtswidrig sei. Von einer förmlichen Beanstandung des Zuglängenfaktors wurde zwar im Rahmen der Ermessensausübung abgesehen, es wurde aber in dem Bescheid vom 19.11.2010 ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen, Einzelfallgerechtigkeit für einzelne Zugangsberechtigte ggf. nach § 14f Abs. 2, 3 AEG herzustellen. Jedenfalls deshalb stellt sich die fehlende förmliche Beanstandung des Zuglängenfaktors nicht als Billigung des Zuglängenfaktors dar, die einer späteren Entscheidung nach § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG entgegen stünde.

Auch das Schreiben vom 16.11.2011, das die Vorgehensweise aus dem Bescheid vom 19.11.2010 für das Jahr 2012 verlängerte, ist jedenfalls nicht als Zusicherung des Inhalts zu verstehen, nicht zugunsten eines Marktteilnehmers nach § 14f Abs. 2, 3 AEG vorzugehen. In dem Schreiben vom 16.11.2011 wurde ausdrücklich auf den Bescheid vom 19.11.2010 Bezug genommen und es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Vorgehensweise der BNetzA für 2012 über diejenige in dem Bescheid vom 19.11.2010 für 2011 hinausgehen sollte. Vielmehr ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der in den Verwaltungsvorgängen der BNetzA dokumentierten Kommunikation zwischen den Beteiligten, dass der Zuglängenfaktor in Ermangelung einer schnell einzuführenden alternativen Größe wie etwa des Verkehrsleistungsfaktors zunächst allgemein beibehalten werden sollte, jedoch im Einzelfall ein Einschreiten zur Vermeidung einer Beeinträchtigung des Rechts auf Zugang möglich bleiben sollte.

Der zwischen der Klägerin und der BNetzA geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag vom 24.8.2012 steht einem Tätigwerden der Beklagten nach § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG nicht entgegen, denn dort ist in § 4 Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich eine Einschränkung dahingehend vorgenommen, dass dies nur insoweit gelte, als durch die vorgenannte Regelung nicht in

Rechte Dritter eingegriffen werde. Dieser Vertrag enthält sogar ausdrücklich die Möglichkeit des Einschreitens zugunsten eines in seinem Zugangsrecht beeinträchtigten Marktteilnehmers.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG liegen vor. Denn es ist hier eine Beeinträchtigung des Rechts auf Zugang der Beigeladenen gegeben. Diese Beeinträchtigung liegt darin, dass die Entgelte so bemessen sind, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten der Beigeladenen i. S. d. § 14 Abs. 5 Satz 1 AEG missbräuchlich beeinträchtigt werden. Eine missbräuchliche Beeinträchtigung liegt nach § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG insbesondere vor, wenn einzelnen Zugangsberechtigten Vorteile gegenüber anderen Zugangsberechtigten eingeräumt werden, soweit hierfür nicht ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt.

Dies bedeutet, dass in § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG der Fall der Diskriminierung als Regelfall der missbräuchlichen Beeinträchtigung i. S. d. § 14 Abs. 5 Satz 1 AEG vertypt ist.

Zur Überzeugung der Kammer kommt es deshalb auf die von den Beteiligten diskutierte Frage, wie sich die Veränderungen der Preisgestaltung auf die Marktchancen der Beigeladenen oder sogar auf den Gesamtmarkt auswirken, nicht mehr an, wenn eine Diskriminierung i. S. d. § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG festgestellt werden kann.

Hier besteht zwar nach dem SPS 2011 eine formale Gleichheit aller Zugangsberechtigter. Da 75 % der Züge der Beigeladenen nach ihrem Betriebskonzept 178 m lang sind, bedeutet die Verschiebung der maßgeblichen Schwelle von 180 m auf 170 m und die damit einhergehende Anhebung des maßgeblichen Erhöhungsfaktors für 75% der Züge der Beigeladenen von 1 auf 3 eine materielle Ungleichbehandlung gegenüber der mit der Klägerin in einem Konzern verbundenen Konkurrentin der Beigeladenen, der E. Fernverkehr AG, die durch die Änderung des Zuglängenfaktors nur in ganz geringem Umfang betroffen ist, weil ihr Betriebskonzept anders ausgerichtet ist. Das Preismodell hatte für die Beigeladene eine Kostensteigerung um 62,9 % und für die E. Fernverkehr eine Kostensteigerung um 3,3% zur Folge. Da die Klägerin nicht in der Lage war, eine nachvollziehbare sachliche Begründung für die Einführung des Preissprungs bei einer Zuglänge von 170 m und vor allem für die Höhe des Erhöhungsfaktors zu geben, liegt hier eine Diskriminierung i. S. d. § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG in der Gestalt der versteckten Diskriminierung vor.

Wegen der näheren Einzelheiten der Begründung zum Vorliegen einer missbräuchlichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Zugangsberechtigten i. S. d. § 14 Abs. 5 Satz 1 und § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG wird auf die diesbezüglichen Ausführungen im Urteil der Kammer vom 8.3.2013 - 18 K 116/12 - (S. 27 ff. des amtlichen Urteilsabdrucks) und die dort wiedergegebene obergerichtliche Rechtsprechung Bezug genommen.

Angesichts der Tatsache, dass die Beigeladene ganz zu Beginn ein Betriebskonzept mit Zügen von 184 m vorgelegt hatte und sich dann – auch im Hinblick auf das Preissystem der Klägerin – für die Anschaffung von Zügen entschieden hat, die mit 178 m Länge unterhalb des zunächst geltenden Schwellenwerts von 180 m lagen, ist hier – wegen Fehlens einer sachlichen Begründung für die Änderung des Schwellenwerts und vor allem für die ganz erhebliche Anhebung der Preise bei Überschreiten des Schwellenwerts – von einer versteckten Diskriminierung auszugehen. Der Klägerin ist zwar darin zuzustimmen, dass die Zugangsberechtigten grundsätzlich ihr Betriebskonzept nach den von der Klägerin verlangten Preisen auszurichten haben. Dies setzt allerdings im Ansatz voraus, dass die von der Klägerin verlangten Preise sich entweder an dem mit der Leistung vermittelten Nutzen bzw. der Markttragfähigkeit oder an den bei der Klägerin entstehenden Kosten orientieren und anhand dieser Kriterien nachvollziehbar zu begründen sind. Anders als in nicht regulierten Bereichen

ist es der Klägerin nach § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG verwehrt, ohne sachlichen Grund für ganz ähnliche Leistungen extrem unterschiedliche Preise zu verlangen. Dabei sind an die Darlegung des sachlichen Grundes umso höhere Anforderungen zu stellen, je größer die Preisunterschiede sind.

Hinzu kommt, dass der Beigeladenen nach Anschaffung der Züge eine grundlegende Änderung ihres Betriebskonzepts kaum mehr möglich war. Die Beigeladene hat im Verwaltungsverfahren nachvollziehbar dargelegt, dass das Weglassen eines ganzen Wagens, was ein Unterschreiten der Preisgrenze von 170 m allein ermöglicht hätte, die Wirtschaftlichkeit des Verkehrs erheblich beeinträchtigt hätte. Auch eine erhebliche Verlängerung der Züge im Regelbetrieb – außer freitags und sonntags – ließ nach den Darlegungen der Beigeladenen einen wirtschaftlichen Betrieb nicht erwarten.

Soweit die Klägerin geltend macht, die Beigeladene hätte die gravierendsten Auswirkungen der Veränderungen des SPS 2011 schon dadurch vermeiden können, dass sie auf der Strecke von H. nach K. zwei besonders verteuerte Bahnhöfe (gemeint sind offenbar H. -A. und G. Hbf) nicht mehr angefahren hätte, hätte es sich insoweit um ein zum Nachteil der Beigeladenen verändertes Betriebskonzept gehandelt. So ist es etwa ohne weiteres nachvollziehbar, dass ein Zug eine höhere Attraktivität hat, wenn er die Ruhrgebietsstädte Du. , G. und E. alle anfährt.

Auch die von der BNetzA angeordnete Rechtsfolge ist rechtlich nicht zu beanstanden. In diesem Zusammenhang kann unentschieden bleiben, ob der BNetzA im Rahmen der Entscheidung nach § 14 f Abs. 3 AEG ein Eingreiferessen eingeräumt ist,

vgl. Beschluss vom 26.4.2012 - 18 L 477/12 -,

denn jedenfalls ist zum einen bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen von einem intendierten Ermessen auszugehen und liegt zum anderen in einem Fall der vorliegenden Art eine Ermessensreduzierung auf null im Sinne eines Eingreifens vor. Angesichts der Tatsache, dass es im Fernverkehrsmarkt fast keinen Wettbewerb gibt, wäre es aus der Sicht der BNetzA nicht vertretbar gewesen, bei Feststellung einer Beeinträchtigung des Zugangsrechts des einzigen Mitbewerbers des konzernverbundenen EVU von einem Einschreiten abzusehen. Tragfähige Gesichtspunkte, die hier ein Absehen von einem Einschreiten gerechtfertigt hätten, sind nicht ersichtlich. Auch wenn die Stationspreise insgesamt nur einen relativ geringen Teil der Gesamtkosten des Betriebs der Beigeladenen ausmachen (9%), ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Erhöhung der Stationsentgelte um 62,9 % für die Beigeladene spürbar ist. Bei der von der BNetzA angenommenen daraus resultierenden Kostenerhöhung um 6% liegt jedenfalls keine nur ganz marginale Beeinträchtigung vor, die nach Auffassung der Kammer ausnahmsweise ein Absehen von einem Einschreiten hätte rechtfertigen können.

Die konkret vorgegebene Vertragsgestaltung findet ihre rechtliche Grundlage in § 14 Abs. 3 Nr. 2 AEG. Danach ist die BNetzA befugt, bei Feststellung einer Beeinträchtigung des Rechts auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur die Vertragsbedingungen festzulegen.

Auch die getroffene Ermessensentscheidung bezüglich der Wahl der konkreten Vertragsgestaltung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die hier gewählte Methode, nur für Züge bis zu einer Länge von 180 m die Preise nach dem alten Preissystem anzusetzen und diese Preise um die Preissteigerungsrate von 3,3%, die auch die DB Fernverkehr AG hinnehmen musste, zu erhöhen, genügt einerseits dem Grundsatz der Gleichbehandlung und andererseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Die gewählte Methode stellt keine Ungleichbehandlung dar. Denn die Preissteigerungen, die die DB Fernverkehr AG im Hinblick auf das geänderte Preissystem hinzunehmen hatte, muss auch die Beigeladene bezahlen. Andererseits werden die ganz erheblichen Nachteile, die die Beigeladene infolge der sprunghaften Anhebung des Zuglängenfaktors ab einer Zuglänge von 170 m zu tragen gehabt hätte, vollständig kompensiert. Soweit die Klägerin meint, der Beigeladenen kämen in sachlich nicht gerechtfertigter Weise alle Vorteile aus beiden Preissystemen zugute, trifft dies nicht zu. Denn sie muss die Stationsentgelte auf der Basis der – tendenziell höheren – Stationspreise aus dem Jahr 2010 entrichten und für Züge ab einer Länge von 180 m schuldet sie die Preise nach dem neuen Stationspreismodell einschließlich des erheblich erhöhten Zuglängenfaktors. Im Übrigen wird sie mit ihren Zügen jenseits einer Länge von 180 m genauso behandelt wie die E. Fernverkehr AG.

Andere Zugangsberechtigte, denen gegenüber die durch den angefochtenen Bescheid vorgegebene Behandlung der Beigeladenen eine Ungleichbehandlung darstellen könnte, sind nach dem Vorbringen der Beteiligten nicht ersichtlich.

Auch soweit die Klägerin gegen die Rechtmäßigkeit der Anordnung in dem Bescheid vom 12.4.2012 einwendet, sie selbst wäre nicht berechtigt gewesen, gegenüber der Beigeladenen eine derartige – singuläre – Preisgestaltung zu wählen, weil sie ihr Regelwerk allen Zugangsberechtigten gegenüber gleichmäßig anwenden müsse, trifft letzteres zwar zu. Allerdings stellt sich die hier getroffene Regelung als Kompensation einer zuvor erfolgten Diskriminierung dar und behandelt ihrerseits keine anderen Zugangsberechtigten ohne sachlichen Grund ungleich. Wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang die Frage aufwirft, ob ihr ein rechtmäßiges Alternativverhalten möglich gewesen wäre, ist darauf hinzuweisen, dass es ihr natürlich unbenommen gewesen wäre, bereits zu einem früheren Zeitpunkt ein sachlich begründbares Preissystem einzuführen.

Ferner entspricht die vorgegebene Vertragsgestaltung auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil die BNetzA die Verpflichtung der Klägerin zur Änderung der von der Beigeladenen geforderten Stationsentgelte auf die Züge von einer Länge von weniger als 180 m beschränkt hat. Damit hat sie dem Umstand Rechnung getragen, dass die Züge mit doppelter Länge (356 m) von der Veränderung des Preissystems nicht in dieser besonderen Weise betroffen gewesen wären. Dass der Zuglängenfaktor für diese Züge von 2 auf 3 erhöht worden war, blieb dabei zu Recht außer Betracht. Denn insoweit trifft die erfolgte Erhöhung die Klägerin in gleicher Weise wie die DB Fernverkehr AG.

Auch das von der Beklagten angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 10.000,- Euro ist rechtlich nicht zu beanstanden. Angesichts des Vortrags der Klägerin, dass ihr durch die angefochtenen Bescheide Stationsentgelte in Höhe von 83.000,- Euro entgangen seien, ist es gerechtfertigt, ein an diesem Betrag orientiertes spürbares Zwangsgeld anzudrohen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig, weil sie keinen Antrag gestellt hat.

Die Kammer hat die Berufung im Hinblick auf das klärungsbedürftige Verhältnis von § 14f Abs. 2, 3 AEG zu § 14e und § 14f Abs. 1 AEG wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 124a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu. Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte – ERVVO VG/FG – vom 7. November 2012, GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils zu begründen. Die Begründung ist schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bei dem Oberverwaltungsgericht, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, einzureichen, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt; sie muss einen bestimmten Antrag und die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe) enthalten.

Vor dem Oberverwaltungsgericht und bei Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird, muss sich jeder Beteiligte durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Als Prozessbevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder 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, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, für Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts auch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus sind die in § 67 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung im übrigen bezeichneten ihnen kraft Gesetzes gleichgestellten Personen zugelassen.

Die Berufungsschrift sollte dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

Dr. Zimmermann-Rohde

Dierke

Schlenker

### **Beschluss**

Der Wert des Streitgegenstands wird auf

**83.000,00 €**

festgesetzt.

### **Gründe**

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache für die Klägerin ist es angemessen, den Streitwert auf den festgesetzten Betrag zu bestimmen (§ 52 Abs. 1 GKG).

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann schriftlich, zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte – ERVVO VG/FG – vom 7. November 2012, GV. NRW. S. 548) bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, Beschwerde eingelegt werden.

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt. Die Beschwerdeschrift sollte dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

Dr. Zimmermann-Rohde

Dierke

Schlenker