

Sachgebiete: Eisenbahnrecht

Gericht: VG Köln

Datum der Verkündung: 19.04.2013

Aktenzeichen: 18 K 7127.11

Rechtsquellen:

Art. 2 Abs. 1 GG; § 134 BGB; § 305c Abs. 2 BGB; § 315 BGB;  
§ 14 Abs. 1, Abs. 5, Abs. 6 AEG; § 14e AEG; § 14f Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 AEG;  
§ 1 EIBV; § 3 Abs. 1 EIBV; § 4 Abs. 6 EIBV; § 10 Abs. 1, Abs. 7 EIBV; § 11 Abs. 1 EIBV;  
§ 24 Abs. 4 EIBV;

Schlagworte:

Abschlagszahlung; Angebot; Diskriminierungsverbot; Dissens;  
Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU); Kalkulation; Personenbahnhof;  
Schienenpersonennahverkehr (SPNV); Stationsnutzungsvertrag; Stationspreis;  
Ungleichbehandlung; Zivilgericht; Zugang; Zuglängenfaktor;

Leitsätze:

1. Der auf § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG beruhenden Ungültigkeitserklärung einer Klausel in den NBS steht nicht entgegen, dass diese Klausel die Vorabprüfung gemäß § 14e AEG unbeanstandet passiert hatte. Denn die Verfahren nach § 14e AEG und § 14f AEG werden unabhängig voneinander durchgeführt.
2. Eine solche Ungültigkeitserklärung einer Klausel ist aber rechtswidrig, wenn die Bundesnetzagentur nur gegen die mittelbaren Auswirkungen einzelner Entscheidungen des Betreibers in Form von einzelnen NBS oder Verträgen, nicht aber in systemkonformer Weise unmittelbar gegen diese Entscheidungen und deren unmittelbare Wirkungen vorgeht.
3. Zwar ist eine versteckte Ungleichbehandlung durch eine faktisch unterschiedliche Wirkung bei theoretisch gleicher Geltung gekennzeichnet, jedoch bezieht sich auch die faktische Ungleichbehandlung auf ungleiche Wirkungen, die unmittelbar aus einer Nutzungsbedingung selbst resultieren.
4. Der Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, ist ein eigenständiges privatrechtliches Prinzip, das nicht vom Missbrauchstatbestand des § 14 Abs. 5 AEG erfasst wird.
5. Für die Bejahung der Voraussetzungen des durch § 14f Abs. 3 AEG in Bezug genommenen § 14f Abs. 2 AEG kommt nicht allein die Ablehnung eines Zugangsanspruchs in Betracht. § 14f Abs. 3 AEG bezieht sich auf jegliches Nichtzustandekommen einer von einem Zugangsberechtigten begehrten Vereinbarung über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG bzw. eines Rahmenvertrags nach § 14a AEG.
6. Ein Vertrag ist nicht durch die tatsächliche Benutzung der Infrastruktur durch ein EVU zustande gekommen. Das gilt auch vor dem Hintergrund des im Fall eines offenen Dissenses über das zu entrichtende Entgelt unmittelbar anwendbaren § 315 BGB. Diese Vorschrift schließt eine Vertragslücke und ersetzt damit eine Vereinbarung über einen notwendigen Vertragsbestandteil. In einem solchen Fall ist eine „Vereinbarung“ über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG aber gerade nicht zustande gekommen, wie es § 14f Abs. 2 Satz 1 AEG

voraussetzt, auch wenn ein „Vertrag“ – allerdings teilweise nur mittels gesetzlicher Regelung – zustande gekommen ist.

7. Ob eine Klausel der NBS ihrerseits eisenbahnrechtskonform, kann das Gericht, das lediglich eisenbahnregulierungsrechtliche Entscheidungen der Bundesnetzagentur überprüfen darf, nicht von sich aus entscheiden, zumal eine Ungültigkeitserklärung gemäß § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG schon wegen der Mehrpoligkeit ein anderes Verfahren als eine Einzelzuweisungskontrolle ist.

8. Zu unterscheiden ist die Verbindlichkeit eines Vertragsangebots und eines durch eine entsprechende Annahme zustande gekommenen Vertrags samt daraus entstehenden Verbindlichkeiten von einer allein auf die Anmeldung und einer darauf aufbauenden Preissetzung bezogenen rechtlichen Verbindlichkeit. Diese muss nicht zu einem Vertragsschluss mit den daraus folgenden rechtlichen Verbindlichkeiten führen, weil der Vertragsschluss nach einem Angebot des EIU noch davon abhängt, ob der Zugangsberechtigte dieses Angebot annimmt.

9. Das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot gilt nur im Rahmen eines bestimmten Zugangsverfahrens bzw. innerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs von NBS bzw. SNB.

10. Das Zugangsrecht und die EIBV beziehen sich nur auf den diskriminierungsfreien „Zugang“ zur Eisenbahninfrastruktur, insbesondere über die Bedingungen für den Zugang, die Rechte und Pflichten der Beteiligten einschließlich der Zusammenarbeit und der Pflichten der Betreiber der Schienenwege, die Ausgestaltung des Zugangs einschließlich der „hierfür“ erforderlichen Verträge und Rechtsverhältnisse sowie der Regelungen über deren Zustandekommen und Beendigung bzw. über die Grundsätze zur Erhebung des Entgelts für die Infrastrukturbenutzung. Damit erfasst das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG und § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV niedergelegte Diskriminierungsverbot nicht die Nutzung (und die Leistungserbringung) im umfassenden Sinn, sondern lediglich in dem Umfang, der durch die rechtlichen Zugangsregelungen ausgestaltet wird.

## Urteil

- VG Köln 18 K 7127.11 - verkündet am: 19.4.2013

Weber, Verwaltungsgerichtsbeschäftigte als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren \_ \_ \_ \_ \_

wegen Überprüfung der Stationspreise betreffend die O. GmbH  
hat die 18. Kammer  
aufgrund der mündlichen Verhandlung  
vom 19.4.2013

durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Zimmermann-Rohde,  
den Richter am Verwaltungsgericht Dierke,  
die Richterin am Verwaltungsgericht Schlenker,  
die ehrenamtliche Richterin Breuer und  
den ehrenamtlichen Richter Burgunder

für Recht erkannt:

Der Bescheid der Bundesnetzagentur vom 6.6.2011 in der Fassung ihres  
Widerspruchsbescheids vom 8.12.2011 wird aufgehoben.

Die Beklagte und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte. Die  
außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

### **Tatbestand:**

Die Klägerin betreibt bundesweit ca. 5.400 Personenbahnhöfe. Die Beigeladene ist ein in  
Deutschland zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) und erbringt für  
verschiedene Aufgabenträger in Niedersachsen, Bremen und Nordrhein-Westfalen  
Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) auf Regionalverkehr- und  
S-Bahn-Linien. Dazu nutzt sie die von der Klägerin betriebenen Personenbahnhöfe. Die  
Klägerin schloss mit der Beigeladenen am 15.12.2003 einen Vertrag über allgemeine  
Bedingungen für die Nutzung von Personenbahnhöfen mit einer Laufzeit bis zum 31.12.2013,  
der nach insoweit übereinstimmendem Vortrag der Beteiligten ausschließlich  
Nutzungsbedingungen, aber weder die Nutzung oder Nutzbarkeit bestimmter  
Personenbahnhöfe noch das Entgelt betrifft. In seinem § 1 Abs. 2 wird statisch auf die  
Allgemeinen Bedingungen für die Nutzung der Infrastruktur von Personenbahnhöfen (ABP)  
mit Stand vom 9.9.1999 verwiesen, nach deren Klausel 2 Abs. 2 zusätzlich noch eine  
Anmeldung der Einzelhalte für die Fahrplanperiode erforderlich ist. Dieser Vertrag sieht  
keine Abschlagszahlungen vor.

Gegenüber den früheren Bedingungen änderte die Klägerin in den neu eingeführten, am  
17.9.2010 veröffentlichten und ab dem 12.4.2011 geltenden  
Infrastrukturnutzungsbedingungen Personenbahnhöfe (INBP) die Regelungen zum  
Zuglängenfaktor. Klausel 5.3 INBP-BT enthielt erstmals Abschlagszahlungen in Höhe von  
85 % des aus der Anmeldung resultierenden Entgeltvolumens zum 25. jedes Monats.

Mit Schreiben vom 17.9.2010 forderte die Klägerin die Beigeladene auf, die Nutzung der  
Verkehrsstationen für das Fahrplanjahr 2010/2011 anzumelden. Dazu stellte die Klägerin den  
Zugangsberechtigten ein Anmeldeformular als im Internet abrufbare Excel-Datei zur  
Verfügung, die für jeden zu nutzenden Bahnhof unter dem Begriff „Abfahrende Züge“ u.a.  
die Spalten „Anzahl Zughalte bis 90,00 m“, „Anzahl Zughalte 90,01 m bis 170,00“ und  
„Anzahl Zughalte ab 170,01 m“ enthielt. Ein Mitarbeiter der Beigeladenen meldete daraufhin  
mit E-Mail vom 5.10.2010 bzw. mit einer Berichtigung vom 6.10.2010 die beabsichtigten  
Stationshalte für das Fahrplanjahr 2010/2011 an, wobei er die Anmeldungen sämtlich in der  
mittleren Spalte („Anzahl Zughalte 90,01 m bis 170,00 m“) eintrug.

Die Beigeladene äußerte mit Schreiben vom 18.10.2010 hinsichtlich des Entwurfs der INBP  
Bedenken hinsichtlich der Abschlagszahlungen.

Mit Schreiben vom 11.11.2010 übersandte die Klägerin der Beigeladenen einen so genannten Stationsnutzungsvertrag zur Unterzeichnung, wobei nach dem Willen der Klägerin die bisherige Zweiteilung von mehrjährigem Rahmenvertrag und separatem jährlichem Stationsnutzungsvertrag künftig wegfallen sollte. Der der Beigeladenen seitens der Klägerin angebotene neue Stationsnutzungsvertrag enthielt ein Verzeichnis der zur Verfügung gestellten Stationen, die gemäß Schreiben vom 6.10.2010 angemeldeten Zuglängen, die in der Stationspreisliste 2011 veröffentlichten Stationspreise sowie einen Verweis auf die bis zum 11.4.2011 gültigen ABP und die ab dem 12.4.2011 gültigen INBP mit jeweils gleichlautenden Regelungen hinsichtlich des Nutzungsentgelts und der Zahlungsbedingungen. Ferner enthielt der angebotene Stationsnutzungsvertrag eine Bestimmung, wonach dessen Regelungen denjenigen des Rahmenvertrags vorgehen, sowie die gemäß Klausel 5.3 INBP-BT zu leistenden Abschlagszahlungen.

Mit Schreiben vom 9.12.2010 machte die Beigeladene gegenüber der Klägerin unter anderem geltend, keine Notwendigkeit für den Abschluss des Stationsnutzungsvertrags erkennen zu können, weil Grundlage ihrer Geschäftsbeziehung weiterhin der am 15.12.2003 abgeschlossene Rahmenvertrag mit einer Laufzeit bis zum 31.12.2013 sei. Zudem sei sie mit der Einführung von Abschlagszahlungen nicht einverstanden. Außerdem stellte sie „mit Verwunderung“ fest, dass sämtliche Halte in der Spalte „Anzahl Zughalte 90,01 m bis 170,00 m“ eingetragen seien. Richtig sei, dass ein bedeutsamer Anteil der für den Einsatz vorgesehenen Züge eine Länge von unter 90,00 m aufweise. Sie bat um entsprechende Erläuterung bzw. Korrektur. Eine Unterzeichnung des von der Klägerin vorgelegten Stationsnutzungsvertrags lehnte sie ab. Die Klägerin entgegnete mit Schreiben vom 14.12.2010, die Basis des Vertragsangebots sei die Anmeldung der Beigeladenen gewesen und diese Anmeldedaten seien in die Stationspreiskalkulation eingegangen, weshalb eine nachträgliche Korrektur fehlerhafter Anmeldungen nicht mehr möglich sei.

Am 16.12.2010 stellte die Beigeladene bei der Bundesnetzagentur einen Antrag nach § 14f Abs. 2 AEG auf Überprüfung der Vertragsbedingungen und führte zur Begründung aus, der Rahmenvertrag aus dem Jahr 2003 sei noch gültig und der Abschluss des vorgelegten neuen Stationsnutzungsvertrags deshalb entbehrlich. Nach Einleitung des Verfahrens und Einigungsbemühungen der Beteiligten erteilten die Klägerin und die Beigeladene auf Anforderung der Bundesnetzagentur alle zur Sachverhaltsaufklärung erforderlichen Auskünfte. Die Beigeladene trug vor, aufgrund ihrer fehlerhaften Anmeldungen sei eine Neukalkulation der Entgelte bzw. eine Abrechnung auf Basis der tatsächlichen Zuglängen erforderlich. Sie sehe keine Notwendigkeit, entgegen dem alten Rahmenvertrag nunmehr Abschlagszahlungen zu entrichten. Dadurch entstünden ihr Liquiditätseinschränkungen von über einer Million Euro. Außerdem erhalte sie von einigen Aufgabenträgern des SPNV die ihr vertraglich zustehenden finanziellen Leistungen selbst erst am Monatsende. Die Klägerin entgegnete, die Einführung der Abschlagszahlungen seien mit der Bundesnetzagentur erörtert worden und von dieser in der jetzigen Ausgestaltung im Bescheid vom 19.11.2010 (Az. 10.040-F-11-332) nicht beanstandet worden, so dass die Zahlungsbedingungen nunmehr Bestandteil der für alle Zugangsberechtigten gültigen INBP seien. Außer der Beigeladenen bestünden allerdings zwei weitere EVU auf der weiteren Anwendung ihres bestehenden Rahmenvertrags, worin keine Abschlagszahlungen vorgesehen seien. Die von der Beigeladenen fehlerhaft angemeldeten Zuglängen beeinflussten die Gesamtkalkulation der klägerischen Entgelte. Die aufgrund der fehlerhaften Anmeldungen von der Beigeladenen zu zahlenden Entgelte überstiegen die auf der Grundlage der tatsächlichen Zuglängen ermittelten Preise um 1.746.332,57 Euro und für ein weiteres Unternehmen, das ebenso falsche Zuglängen angemeldet hätte, um 228.310,96 Euro, so dass eine Überzahlung zu Gunsten der Klägerin in Höhe von 1.974.643,53 erfolgen würde, die für den Fall einer Abrechnung auf

Basis der zutreffenden Zuglängen wegen der auf der Basis fehlerhafter Anmeldungen berechneten und daraufhin veröffentlichten Preise einer entsprechenden Kostenunterdeckung bei der Klägerin entsprechen. Eine Neukalkulation komme jedoch erst für die künftige, ab dem 1.1.2012 gültige Stationspreisliste in Betracht. Vorher sei dies nicht möglich, weil die Stationspreisliste 2011 bereits in Kraft getreten sei und die Entgelte mit den übrigen Zugangsberechtigten bereits vertraglich vereinbart seien. Aus Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT, wonach der Zugangsberechtigte grundsätzlich mindestens das aus der Anmeldung resultierende, vertraglich geschuldete Entgelt zu entrichten habe, ergebe sich, dass das aus der Anmeldung resultierende Entgelt zu zahlen sei. Im Fall einer Kalkulation aufgrund einer Anmeldung korrekter Zuglängen wären die Kosten auf eine insgesamt geringere Leistungsmenge verteilt worden, woraus insgesamt höhere Stationsentgelte resultiert hätten, die für sämtliche EVU maßgeblich gewesen wären. Deshalb hätten die Falschanmeldungen der Beigeladenen und des weiteren EVU Auswirkungen auf sämtliche EVU in den betroffenen Aufgabenträgergebieten.

Die Beigeladene nutzt die Infrastruktur der Klägerin, ohne dass über sämtliche Modalitäten eine Vereinbarung geschlossen wurde. Die Beigeladene zahlt die Entgelte unter Vorbehalt.

Nach Ablehnung eines Vergleichsvorschlags der Bundesnetzagentur seitens der betroffenen Aufgabenträger verpflichtete die Bundesnetzagentur die Klägerin mit Bescheid vom 6.6.2011 dazu, ihr Angebot zur Nutzung ihrer Stationen durch die Beigeladene für das Fahrplanjahr 2010/2011 so zu verändern, dass für die Kalkulation der Stationspreise die tatsächlichen Zuglängen und die veröffentlichten Stationspreise für das Jahr 2011 zugrunde gelegt würden, ihr Angebot so zu verändern, dass die in Klausel 5.3 INBP-BT aufgeführten Abschlagszahlungen nicht erhoben würden, sowie dazu, der Beigeladenen binnen zwei Wochen nach Zugang des Bescheids ein entsprechendes Angebot zur Nutzung ihrer Stationen aus der Anmeldung vom 6.10.2010 zu unterbreiten (Ziffer 1). Ferner erklärte sie die Regelungen über die Erhebung von Abschlagszahlungen in Klausel 5.3 INBP-BT für ungültig (Ziffer 2) und verpflichtete die Klägerin, binnen zwei Wochen nach Zugang des Bescheids allen Zugangsberechtigten, die die klägerische Infrastruktur nutzten, eine Mitteilung zu übermitteln, in der auf die Ungültigkeit der Klausel 5.3 INBP-BT hingewiesen werde (Ziffer 3). Für den Fall der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung der zu Ziffer 1 und Ziffer 3 angeordneten Verpflichtungen drohte sie der Klägerin ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 20.000 Euro an (Ziffer 4). Zur Begründung führte die Bundesnetzagentur aus: Ziffer 1 des angefochtenen Bescheids beruhe auf § 14f Abs. 3 AEG. Diese Anordnung sei formell rechtmäßig, insbesondere sei der Antrag der Beigeladenen zulässig. Im Sinne des § 14f Abs. 2 AEG sei keine Vereinbarung über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG zustande gekommen, nachdem die Beigeladene nicht den neuen Stationsnutzungsvertrag und die Klägerin nicht das modifizierte Angebot der Beigeladenen auf Basis der tatsächlichen Zuglängen unterzeichnet habe und auch ein so genannter Einzelstationsnutzungsvertrag als Anlage zum 2003 geschlossenen Rahmenvertrag nicht unterzeichnet worden sei. Anderes gelte auch nicht aufgrund der bereits aufgenommenen Nutzung der klägerischen Infrastruktur durch die Beigeladene, weil sie lediglich wegen der erst zum Ende der Vertragslaufzeit erfolgenden Differenzbetrachtung auf der Grundlage der angemeldeten Längen einerseits und der tatsächlich zum Einsatz gekommenen Längen andererseits erfolge und eine solche Differenz der Endabrechnung zugrunde gelegt werde. Die Abrechnung der Stationshalte auf Basis der angemeldeten Zuglängen gegenüber der Beigeladenen verstoße gegen das aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG folgende Diskriminierungsverbot, weil die Klägerin die Beigeladene dadurch gegenüber anderen Zugangsberechtigten, denen gegenüber die Klägerin auf der Grundlage der tatsächlich in Anspruch genommenen Zuglängen abrechne, benachteilige, wofür kein sachlich

gerechtfertigter Grund vorliege. Das stelle zugleich eine Verletzung des § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG und des § 24 Abs. 4 EIBV dar. Diese Ungleichbehandlung sei sachlich nicht gerechtfertigt, weil ein Vertrag nicht geschlossen worden sei und auch die fehlerhafte Anmeldung lediglich eine Einladung zur Abgabe eines Vertragsangebots (invitatio ad offerendum) sei, der auch im Eisenbahnrecht kein verbindlicher Erklärungsinhalt zukomme, wie dem aus § 14 Abs. 6 AEG folgenden Erfordernis einer vertraglichen Vereinbarung zu entnehmen sei. Auch aus Klausel 5.1 Satz 3 INBP, wonach das aus der Anmeldung resultierende vertraglich geschuldete Entgelt zu entrichten sei, folge, dass zur Anmeldung noch ein Vertrag hinzu kommen müsse. Ob die fehlerhafte Anmeldung auf schuldhaftes Handeln der Beigeladenen zurückzuführen sei, sei allenfalls im Rahmen eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruches durch ein Zivilgericht zu klären.

Die Forderung der Klägerin von Abschlagszahlungen gegenüber der Beigeladenen stelle einen Verstoß gegen das in § 14 Abs. 6 AEG normierte Vertragserfordernis und den daraus resultierenden Grundsatz des Primats des Vertrags dar. Vertragsgrundlage für den Abschluss eines Stationsnutzungsvertrags sei allein der 2003 abgeschlossene Rahmenvertrag, der genau so wenig wie die diesem zugrunde liegenden ABP mit Stand vom 9.9.1999

Abschlagszahlungen vorsehe. Gegenteiliges folge auch nicht aus der tatsächlichen Nutzung der klägerischen Infrastruktur, weil die Beigeladene damit allein den 2003 geschlossenen Rahmenvertrag umsetze. Verpflichtete sich ein EIU nur gegenüber einem oder wenigen EVU zu einem mehrjährigen Vertrag, könne dieser Vertrag zwar grundsätzlich wirksam werden; dabei sei jedoch sicherzustellen, dass alle übrigen EVU Zugang zu den gleichen Bedingungen erhielten, weil anderenfalls die entgeltrelevanten Regelungen zwischen dem einen bzw. den wenigen kontrahierenden EVU einerseits und allen übrigen EVU andererseits divergieren würden. Eine langfristige Einigung mit einem EVU bewirke deshalb nicht nur inter partes, sondern wegen § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG auch inter omnes eine Veränderungssperre. Sei eine gleichmäßige Anwendung und Durchsetzung von Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (NBS) nicht gegenüber allen Zugangsberechtigten möglich, seien Ungleichbehandlungen vorgezeichnet, weshalb entsprechende Regelungen gegen Eisenbahnregulierungsrecht verstießen. Lang laufende Verträge dürften deshalb nicht durch neue NBS überformt werden. Weil die von der Klägerin geänderten NBS nicht gegenüber allen Zugangsberechtigten angewandt werden könnten, sei die Klägerin durch den Abschluss des Rahmenvertrags mit der Beigeladenen dazu verpflichtet, ihr den Zugang zu den in dem Rahmenvertrag festgelegten Bedingungen zu gewähren, solange die Parteien nichts anderes vereinbarten.

Der Bundesnetzagentur stehe im Rahmen eines Verfahrens nach § 14f Abs. 2 AEG im Fall der Antragstellung durch ein EVU kein Ermessen hinsichtlich des Aufgreifens zu, sondern nur insoweit, ob sie bei Beeinträchtigung des Zugangsrechts eine Anordnung aufgrund der Nr. 1 oder der Nr. 2 des § 14f Abs. 3 AEG treffe. Ihre auf der Grundlage des § 14f Abs. 3 Nr. 1 AEG getroffenen Anordnungen seien ermessenfehlerfrei, weil eine auf die tatsächlichen Zugängen und eine darauf basierende vollständige Neukalkulation für die betroffenen Aufgabengebiete bezogene Anordnung wegen erheblichen Mehraufwands für die Klägerin und einer für sie wegen der bereits abgeschlossenen Verträge mit anderen EVU schweren Durchsetzbarkeit nicht in Betracht komme. Dieses Vorgehen entspreche im Übrigen dem Ergebnis für den Fall, dass die Beigeladene weiterhin keinen Vertrag unterzeichne, dann aber die Nutzung der entsprechend freien Trassen und Personenbahnhöfe im Rahmen des Gelegenheitsverkehrs auf der Grundlage der tatsächlichen Zugängen beantrage. Da die Klägerin ein entsprechendes Angebot unterbreiten müsste, würde sie auf jeden Fall auf Basis der tatsächlichen Zugängen abrechnen, wobei ein potenzieller Vertrauensschaden weiterhin bei ihr verbleibe. Die auf diese Weise von ihr zu tragende Kostenunterdeckung in Höhe von

ca. 1,7 Millionen Euro wäre auch bei einer Anordnung gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 AEG entstanden, hätte jedoch stärker in ihre unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen. So habe sich allein das von der Klägerin zu tragende Kalkulationsrisiko verwirklicht, das daraus resultiere, dass sie sich zu einer Preiskalkulation erst nach erfolgter Anmeldung der Stationen durch Zugangsberechtigte entschlossen habe. Die selben Erwägungen gälten für die Anordnung, die formal gegenüber der Beigeladenen anwendbare Klausel 5.3 INBP-BT gegenüber der Beigeladenen nicht anzuwenden. Die Klägerin habe die Möglichkeit, die aufgrund der fehlerhaften Anmeldung resultierende Kostenunterdeckung in Höhe von ca. 1,7 Millionen Euro im Rahmen eines Schadensersatzprozesses gegen die Beigeladene vor einem Zivilgericht geltend zu machen. Die Verpflichtung zur entsprechenden Angebotsunterbreitung gegenüber der Beigeladenen diene der Wiederherstellung eisenbahnrechtskonformer Zustände.

Die in Ziffer 2 des angefochtenen Bescheids erfolgte Ungültigkeitserklärung der Klausel 5.3 INBP-BT beruhe auf § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG und sei ergangen, weil diese Klausel gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG verstoße. Die mit dieser Klausel festgelegte Abschlagszahlung könne nicht von allen Zugangsberechtigten eingefordert oder ihnen gegenüber durchgesetzt werden, woraus eine Diskriminierung von Zugangsberechtigten mit den solche Abschlagszahlungen nicht vorsehenden Rahmenverträgen einerseits und Zugangsberechtigten, die nach den neuen NBS Abschlagszahlungen zu entrichten hätten, andererseits resultiere. Daraus ergäben sich zeitlich unterschiedliche Liquiditätsabflüsse mit entsprechenden wirtschaftlichen Vor- bzw. Nachteilen. Durch den Zinsvorteil für Zugangsberechtigte, die aufgrund alter Rahmenverträge keine Abschlagszahlungen zu leisten hätten, gewähre die Klägerin einzelnen Zugangsberechtigten Vorteile und verstoße dadurch gegen § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG. Eine sachliche Rechtfertigung liege entgegen der Meinung der Klägerin nicht darin, dass die NBS das Ergebnis eines fortwährenden Weiterentwicklungsprozesses seien, der der stetigen Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen geschuldet sei, weil ihr bei Abschluss der Rahmenverträge mit statischen Verweisen habe bewusst sein müssen, dass sie dadurch eine langfristig bindende vertragliche Verpflichtung eingehe und die Rahmenverträge für die Dauer ihrer Laufzeit einer diskriminierungsfreien Einführung von Abschlagszahlungen entgegenstünden. Sie hätte mit der Einführung abwarten müssen, bis der letzte Rahmenvertrag mit einem statischen Verweis ausgelaufen sei. Mit dem Eisenbahnrecht sei nicht vereinbar, dass unterschiedliche Vertragsregelungen zu einer unterschiedlichen Anwendung der NBS der Klägerin führten, weil dies anderenfalls eine Aushöhlung der von § 4 Abs. 6 Satz 1 EIBV geforderten Anwendungsgleichheit von NBS zur Folge hätte. Die Klägerin könne gemäß § 313 BGB selbst dafür sorgen, dass ihre NBS der eisenbahnrechtlich geforderten Anwendungsgleichheit genügen. Dem stehe nicht entgegen, dass die Bundesnetzagentur der Klausel 5.3 INBP-BT in ihrem Bescheid vom 19.11.2010 nicht widersprochen habe, weil Zweck des § 14f Abs. 1 AEG gerade die nachträgliche Prüfung von NBS bzw. Regelungen über die Höhe oder Struktur der Wegeentgelte und sonstiger Entgelte sei, um Eisenbahnrechtsverstöße, die aufgrund der im Rahmen des § 14e AEG zur Verfügung stehenden kurzen vierwöchigen Prüfungsfrist oftmals nicht feststellbar seien, nachträglich abzustellen. Eine Anordnung zur Änderung bereits abgeschlossener Stationsnutzungsverträge auf der Grundlage der Klausel 5.3 INBP-BT sei nicht erforderlich, weil etwaige dort gleichlautende Regelungen lediglich eine wiederholende bzw. deklaratorische Bedeutung hätten, weshalb allein die Ungültigkeitserklärung der besagten Klausel ausreiche, um das Unterlassen von Abschlagszahlungsforderungen gegenüber sämtlichen Zugangsberechtigten durchzusetzen.

Die Verpflichtung zur Mitteilung von der Ungültigkeitserklärung gegenüber allen Zugangsberechtigten diene der Verhinderung einer Perpetuierung eisenbahnrechtswidriger Zustände. Die Androhung des Zwangsgelds diene der Wiederherstellung eisenbahnrechtskonformer Zustände.

Zur Begründung ihres dagegen eingelegten Widerspruchs und hilfsweise gestellten Antrags, den Bescheid insoweit abzuändern, dass der Klägerin die Möglichkeit eingeräumt werde, die Stationspreise in den von der Korrektur der Anmeldung betroffenen Aufgabenträgergebieten rückwirkend zum Fahrplanjahr 2010/2011 neu zu kalkulieren sowie entgegenstehende Verträge in den betroffenen Aufgabenträgergebieten für unwirksam zu erklären, trug die Klägerin vor: Die Anordnung, der Beigeladenen ein geändertes Vertragsangebot zu unterbreiten, sei bereits deshalb rechtswidrig, weil die Voraussetzungen des § 14f Abs. 3 AEG nicht vorlägen. Dafür sei nämlich Voraussetzung, dass im Fall des Abs. 2 die Entscheidung eines EIU das Recht des Antragstellers auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtige. Das sei jedoch nur denkbar, wenn Zugangsanträge abgelehnt würden, wie dies in § 14d Satz 1 Nr. 3 AEG beschrieben sei. Die Klägerin habe den Antrag der Beigeladenen jedoch nicht abgelehnt, sondern im Gegenteil zur Grundlage eines Vertragsangebots gemacht. Ebenso wenig habe die Klägerin gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, indem sie die Stationshalte aufgrund der von der Beigeladenen angemeldeten Zughalte abrechne, weil diese auch für die übrigen Zugangsberechtigten maßgeblich seien. Das folge aus der in Kraft getretenen Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT, wonach grundsätzlich der Zugangsberechtigte mindestens das aus der Anmeldung resultierende vertraglich geschuldete Entgeltvolumen zu entrichten habe. Der Zweck der Stationsanmeldungen sei nämlich die möglichst genaue Kalkulation der Stationspreise. Nach Klausel 5.1.3 der gültigen INBP-BT erfolge die Preisbildung auf Basis eines kategorie- und aufgabenträgerspezifischen Kostenbezugs sowie der Berücksichtigung der angemeldeten, mit Zuglängenfaktoren gewichteten Stationshalte. Anderenfalls wäre es nicht ausgeschlossen, dass einzelne Zugangsberechtigte sich auf Kosten des EIU und anderer Zugangsberechtigter Vorteile verschafften, indem sie tendenziell zunächst eine höhere Anzahl von Halten und höheren Zuglängen anmeldeten, um eine günstigere Stationspreiskalkulation zu erwirken, als dies bei Anmeldung der tatsächlich geringer gefahrenen Halte der Fall wäre, um nach erfolgter Kalkulation der Stationspreise und Unterbreitung des Vertragsangebots die Zahl der Stationshalte bzw. der Zuglängen nach unten zu korrigieren. Für die Klägerin bliebe als Alternative nur die Möglichkeit, die Stationspreise künftig auf Grundlage von bloßen Annahmen zu kalkulieren, woraus allerdings entsprechend höher kalkulierte Einzelstationspreise resultierten, um das Risiko auszugleichen, dass die getroffenen Annahmen zu Lasten des EIU nicht einträten. Das Ermessen sei auch deshalb fehlerhaft ausgeübt worden, weil die Bundesnetzagentur nicht erwogen habe, für die Klägerin weniger einschneidende Maßnahmen zu ergreifen. So könne die Behörde gerade auf der Grundlage des § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG Verträge für unwirksam erklären, die einem mit der Beigeladenen auf der Grundlage einer Neukalkulation der Stationspreise geschlossenen Vertrag aus Gründen des Diskriminierungsverbots entgegenstünden.

Die Erhebung von Abschlagszahlungen gegenüber der Beigeladenen verstoße nicht gegen § 14 Abs. 6 AEG. Dass ein Vertrag im Sinne des § 14 Abs. 6 AEG zwischen der Beigeladenen und der Klägerin nicht zustande gekommen sei, liege daran, dass die Beigeladene das ihr unterbreitete Stationsnutzungsangebot nicht angenommen habe. Wegen der nach § 4 Abs. 6 EIBV verbindlichen Geltung der NBS und damit der Klausel 5.3 INBP-BT fehle es an einem von der Bundesnetzagentur für die Ungültigkeitserklärung dieser Klausel angenommenen Verstoß gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG. Selbst wenn diese Klausel entgegen § 4

Abs. 6 EIBV nicht für alle Zugangsberechtigten gelten sollte, sei die Ungültigkeitserklärung ermessensfehlerhaft. Zur Beseitigung der unterstellten Diskriminierung hätte nämlich die Bundesnetzagentur als mildere Maßnahme die verbindliche Gültigkeit der Abschlagszahlungsregelung im Verhältnis zur Beigeladenen anordnen und gegebenenfalls entgegenstehende Vereinbarungen wie diejenige aus dem mit der Beigeladenen in der Vergangenheit geschlossenen Rahmenvertrag gemäß § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG für unwirksam erklären können.

Den Widerspruch der Klägerin wies die Bundesnetzagentur mit Widerspruchsbescheid vom 8.12.2011 zurück und lehnte den Hilfsantrag zugleich ab. Zur Begründung führte sie über ihre bisherigen Ausführungen hinaus aus: Entgegen der Annahme der Klägerin, § 14f Abs. 3 AEG setze allein eine Ablehnung eines Zugangsantrags voraus, ergebe die Systematik und der Wortlaut der §§ 14d, 14e und 14f AEG, dass die Anlass für Maßnahmen nach § 14f Abs. 2 und 3 AEG darstellenden Entscheidungen des EIU mehr erfassten als die nach § 14d Satz 1 Nr. 3 i. V. m. § 14e Abs. 1 Nr. 1 AEG erforderliche Ablehnung eines Zugangsantrags. Die Ablehnung von Zugangsanträgen sei lediglich eine von mehreren Möglichkeiten dafür, dass eine Vereinbarung über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG nicht zustande komme, was nach § 14f Abs. 2 Satz 1 AEG Voraussetzung für die danach möglichen behördlichen Maßnahmen sei. Die Abrechnung der Klägerin auf Basis der angemeldeten Zuglängen stelle deshalb einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar, weil für die Frage, ob eine Ungleichbehandlung vorliege, nicht die Anmeldungen, sondern die Nutzung maßgeblich sei. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verpflichte die EIU nämlich zur diskriminierungsfreien Benutzung der Infrastruktur. Wesentlicher Unterschied zwischen der Beigeladenen und den übrigen Zugangsberechtigten sei, dass bei den Letzteren eine Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG zustande gekommen sei. Eine sachliche Rechtfertigung der vorliegenden Diskriminierung ergebe sich auch nicht daraus, dass die Stationspreisbildung auf der Grundlage der Anmeldungen erfolge. Das Auseinanderfallen von Nutzungsanmeldung und Veröffentlichung der Liste der Entgelte sei zwar möglicherweise als rechtskonform anzusehen, weil sich die aus § 21 Abs. 7 Satz 1 EIBV ergebende Pflicht zur Bekanntgabe von Entgelthöhen rechtzeitig vor Beginn des Anmeldezeitraums nur auf Betreiber der Schienenwege und nicht auf Betreiber von Serviceeinrichtungen erstrecke; vorliegend habe sich aber lediglich das allgemeine Kalkulationsrisiko realisiert.

Eine Neukalkulation der Stationspreise sei auch nicht deshalb das mildere Mittel, weil die Bundesnetzagentur gemäß § 14f Abs. 3 Nr. 3 AEG u.a. Verträge mit anderen Zugangsberechtigten, die nicht auf neu kalkulierten Preisen basierten, für unwirksam erklären könnte. In einem solchen Fall stünden nämlich sowohl die Interessen der Klägerin als auch die der übrigen Zugangsberechtigten in Rede. Abgesehen davon sei mehr als zweifelhaft, ob § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG auch solche Verträge umfasse, die das EIU nicht mit dem Antragsteller des Verfahrens nach § 14f Abs. 2 AEG geschlossen habe, sondern mit sonstigen Zugangsberechtigten. Dieses Verfahren sei nämlich aufgrund des nach § 14 Abs. 6 AEG geltenden Primats des Vertrags allein auf das Verhältnis des EIU zu einem einzelnen Zugangsberechtigten ausgerichtet. Diese Frage könne jedoch offen bleiben, weil die Bundesnetzagentur gemäß dem Wortlaut des § 14f Abs. 3 AEG nur alternativ zu Maßnahmen nach Nr. 1 „oder“ nach Nr. 2 befugt sei. Letztlich sei es nicht Aufgabe der Bundesnetzagentur, der Klägerin das Risiko eines Zivilprozesses gegen die Beigeladene, das letztlich aus dem von ihr selbst gewählten Verfahren zur Stationspreisbildung resultiere, abzunehmen.

Die Anordnungen in Ziffer 1 des Ausgangsbescheids seien nicht deshalb rechtswidrig, weil das Nichtzustandekommen der Vereinbarung von Einzelheiten des Zugangs der Beigeladenen

anzulasten sei. Diese könne sich auf § 14 Abs. 6 AEG berufen. Anderenfalls könnte die Klägerin einem Zugangsberechtigten ein Angebot unterbreiten, das hinsichtlich der Vertragsbedingungen vollständig von einem bereits abgeschlossenen Vertrag abweiche, und sich dann mit der Argumentation exkulpiert, das Angebot sei durch den Zugangsberechtigten nicht angenommen worden, was ihr nicht anzulasten sei. Nichts anderes folge daraus, dass die NBS gemäß § 4 Abs. 5 EIBV zu einem Zeitpunkt in Kraft träten, zu dem noch keine Stationsnutzungsverträge abgeschlossen seien. Das könne nicht dazu führen, dass ein EIU die Möglichkeit habe, noch bestehende gültige Verträge durch das Aufstellen von NBS, die entgegenstehende Regelungen beinhalteten, zu missachten.

In Ziffer 2 des Ausgangsbescheids sei ein Verstoß gegen § 14 Abs. 6 AEG und den daraus resultierenden Grundsatz des Primats des Vertrags festgestellt worden, weil die Klägerin nicht in der Lage sei, die Abschlagszahlungen gegenüber der Beigeladenen durchzusetzen.

Die Klägerin hat am 28.12.2011 Klage erhoben, zu deren Begründung sie ihre bisherigen Ausführungen wiederholt und vertieft und insbesondere auf die Rechtsprechung des BGH zur Frage hinweist, wann ein Vertrag auch bei Dissens über einzelne Bedingungen zustande kommt.

Sie beantragt,  
den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 6.6.2011 in der Fassung ihres  
Widerspruchsbescheids vom 8.12.2011 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie verteidigt ihre Bescheide und führt darüber hinaus aus: Selbst wenn ein Vertrag zwischen der Klägerin und der Beigeladenen aufgrund der tatsächlichen Nutzung der klägerischen Infrastruktur zustande gekommen sein sollte, sei dies nicht durch Vereinbarung, sondern allenfalls unter Schließung einer Vertragslücke mit Hilfe des § 315 BGB erfolgt. Zumindest sei § 14f Abs. 2 AEG analog anzuwenden. Wegen ihrer in der mündlichen Verhandlung benannten weiteren Ermessenserwägungen wird auf das Terminprotokoll verwiesen.

Die Beigeladene beantragt ebenfalls,

die Klage abzuweisen.

Sie unterstützt das Vorbringen der Beklagten und weist im Einzelnen auf die gegen die Klägerin ausgegangenen zivilgerichtlichen Verfahren, an denen die Beigeladene als Beklagte beteiligt war, und insbesondere darauf hin, dass das Landgericht Berlin bezüglich der Nutzung der klägerischen Infrastruktur durch die Beigeladene weder von einer Vereinbarung noch von einer Schließung der Vertragslücke ausgegangen sei.

Seit dem 1.1.2012 bzw. dem 1.1.2013 ist jeweils eine neue Stationspreisliste in Kraft.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet, weil die angefochtenen Bescheide rechtswidrig sind und die Klägerin dadurch zumindest in ihrem aus Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) folgenden Recht verletzt wird, § 113 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Der auf § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) beruhenden Ungültigkeitserklärung der die Abschlagszahlungen regelnden Klausel 5.3 Infrastrukturnutzungsbedingungen Personenbahnhöfe (INBP) Besonderer Teil (BT) durch Ziffer 2 des angefochtenen Ausgangsbescheids steht allerdings nicht entgegen, dass diese Klausel die Vorabprüfung gemäß § 14e AEG unbeanstandet passiert hatte. Denn die Verfahren nach § 14e AEG und § 14f AEG werden unabhängig voneinander durchgeführt.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 17.6.2010 - 13 A 2557/09 -, juris und Beschluss vom 20.8.2009 - 13 B 922/09 -; VG Köln, Beschluss vom 26.4.2012 - 18 L 477/12 -.

Die Ziffer 2 des Ausgangsbescheids ist wie dessen Ziffer 1 aber letztlich deshalb rechtswidrig, weil die Bundesnetzagentur nur gegen die mittelbaren Auswirkungen einzelner Entscheidungen der Klägerin in Form von einzelnen Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (NBS) oder Verträgen, nicht aber in systemkonformer Weise unmittelbar gegen diese Entscheidungen und deren unmittelbare Wirkungen vorgeht.

Die erst im Widerspruchsbescheid gegebene, gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO indes für dieses Gerichtsverfahren maßgebliche Begründung eines Verstoßes dieser Klausel gegen § 14 Abs. 6 AEG und das daraus folgende Primat des Vertrags, soweit die vertraglichen Beziehungen allein der Beigeladenen zur Klägerin angesprochen sind, ist nicht tragfähig, weil diese Begründung allein auf den zivilrechtlichen Grundsatz abzielt, dass Verträge einzuhalten sind. Ein Streit um diesen Grundsatz ist mangels Bezugs zu spezifischem Eisenbahnregulierungsrecht allein vor den Zivilgerichten auszufechten.

Weil hier § 5 Abs. 1 Satz 1 Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) mangels in Rede stehender Vorauszahlungen nicht einschlägig ist, kommt vorliegend als spezifisch eisenbahnregulierungsrechtliche Regelung allein das im Ausgangsbescheid angesprochene, in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verankerte und in § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG speziell ausgeformte,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23.3.2010 - 13 B 247/10 -, juris,

Diskriminierungsverbot in Betracht, das die Verhältnisse der Beigeladenen zu anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) betrifft. Dieses Verbot wird jedoch nicht nur in der von der Bundesnetzagentur angesprochenen Pauschalität, sondern auch im vorliegenden Einzelfall nicht durch die Klausel 5.3 INBP-BT verletzt. Indem die Bundesnetzagentur aus dem Grund von einer Diskriminierung durch die genannte Klausel ausgeht, weil diese nur gegenüber EVU nicht angewandt werden dürfe, die insoweit entgegenstehende Verträge mit der Klägerin geschlossen hätten, setzt die Bundesnetzagentur eine Ungleichbehandlung, die von der Klausel ausgeht, in unzulässiger Weise gleich mit einer aus dem Verhalten der Klägerin als Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU) resultierenden Ungleichbehandlung. Die genannte Klausel gilt für jeden Zugangsberechtigten gleichermaßen und weist selbst auch keine versteckte Diskriminierung auf. Zwar ist eine versteckte Ungleichbehandlung durch eine faktisch unterschiedliche Wirkung bei theoretisch gleicher Geltung gekennzeichnet,

jedoch bezieht sich auch die faktische Ungleichbehandlung auf ungleiche Wirkungen, die unmittelbar aus einer Nutzungsbedingung selbst resultieren. So hat das

OVG NRW, Beschluss vom 22.7.2009 - 13 B 830/09 - m. w. N.,

die Möglichkeit einer solchen faktischen Ungleichbehandlung einer Nutzungsbedingung aus deren Unklarheit hergeleitet. Von der Klausel 5.3 INBP-BT selbst geht indes keine Ungleichbehandlung aus. Vielmehr stellt die Bundesnetzagentur darauf ab, dass vom Verhalten der Klägerin eine Ungleichbehandlung ausgeht, indem sie sich insoweit rechtstreu verhält, dass sie alte Verträge, die keine Abschlagszahlung regeln, einhält und in Anwendung eines solchen mit der Beigeladenen im Jahr 2003 geschlossenen Vertrags gegenüber dieser die Abschlagszahlungen regelnde Klausel 5.3 INBP-BT – anders als gegenüber anderen EVU, die keinen entsprechenden Vertrag mit der Klägerin geschlossen haben – nicht anwendet. Diese Beanstandung bezieht sich indes nicht auf die Klausel selbst, was aber Voraussetzung für ihre Ungültigkeitserklärung gemäß § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG wäre. Abgesehen davon, dass die Bundesnetzagentur aber sogar umgekehrt von der Klägerin verlangt, den mit der Beigeladenen geschlossenen alten Vertrag einzuhalten – und deshalb ihr gegenüber die Klausel 5.3 INBP-BT nicht anzuwenden –, beruhte ein klägerisches Unterlassen der Anwendung der Klausel 5.3 INBP-BT gegenüber der Beigeladenen und damit eine Ungleichbehandlung im Vergleich mit anderen EVU, die keinen entsprechenden Vertrag mit der Klägerin geschlossen haben, und in diesem Sinne eine ungleiche Auswirkung der Klausel 5.3 INBP-BT auf einem sachlichen Grund, nämlich gerade auf einem Vertrag, der gemäß der Verweisung des § 14 Abs. 6 AEG auf das Privatrecht einzuhalten ist.

Soweit dieser mit der Beigeladenen im Jahr 2003 geschlossene Vertrag rechtmäßig sein sollte, stellte sich auch das Verhalten der Klägerin insoweit als nicht diskriminierend dar. Sollte der Vertrag dagegen rechtswidrig oder sogar i. S. d. § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nichtig sein, beruhte eine auf dem Vertrag beruhende Ungleichbehandlung von Zugangspetenten seitens der Klägerin allein auf deren unrichtiger Anwendung des alten Vertrags, weshalb die Bundesnetzagentur nur insoweit gegen die Klägerin – möglicherweise auf der Grundlage des § 14c Abs. 1 AEG – vorgehen könnte. Ein gegen die Klausel 5.3 INBP-PT gerichtetes behördliches Vorgehen ist nach der eisenbahnregulierungsrechtlichen Systematik jedenfalls nicht einschlägig. Ob die Bundesnetzagentur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 14f Abs. 2 AEG gegen die Klägerin auf der Grundlage des § 14f Abs. 3 Nr. 2 AEG vorgehen und den alten Vertrag mit der Beigeladenen für unwirksam erklären könnte, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Ebenso offen bleiben kann hier, ob der mit der Beigeladenen im Jahr 2003 geschlossene Vertrag seit Inkrafttreten der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung im Jahr 2005 deshalb rechtswidrig oder gemäß § 134 BGB sogar nichtig ist, weil der alte Vertrag seitdem gegen § 10 Abs. 1 Sätze 3 und 5 EIBV i. V. m. § 4 Abs. 4 bis 7 EIBV verstößt, wonach die NBS in einem geregelten Verfahren aufzustellen und sodann gemäß § 4 Abs. 6 Satz 1 EIBV gegenüber „jedem Antragsteller“ in gleicher Weise anzuwenden und gemäß § 4 Abs. 6 Satz 2 Halbsatz 1 EIBV für sämtliche Beteiligten verbindlich sind. Auch ein Zugangsberechtigter, der mit einem EIU – wie hier mit der Beigeladenen im Jahr 2003 – einen Vertrag über NBS abgeschlossen, aber weder konkrete Serviceeinrichtungen zur Nutzung zugewiesen erhalten noch durch einen so genannten Rahmenvertrag zumindest Kapazitäten reserviert hat und sich deshalb in einem aktuellen Zugangsverfahren (hier: im Jahr 2010) um eine konkrete Zuweisung von Serviceeinrichtungen bewirbt, ist ein „Antragsteller“ i. S. d. § 4 Abs. 6 Satz 1 EIBV. Es spricht deshalb Einiges dafür, dass er sich nicht in einem Vertrag NBS, die von den für andere Petenten geltenden NBS abweichen, quasi auf Vorrat für künftige Nutzungen

zusichern lassen kann. Ein solches Vorgehen dürfte auch nicht durch das in § 14 Abs. 6 AEG geregelte Primat des Vertrags gedeckt sein. Zum einen besagt dieser Terminus nicht mehr als die Geltung der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit und erfordert deshalb einen synallagmatischen Vertrag mit Leistung und Gegenleistung, den ein allein die NBS regelnder Vertrag – der nach übereinstimmendem Vortrag der Klägerin und der Beigeladenen im Jahr 2003 abgeschlossen wurde – nicht darstellt. Vor allem aber bezieht sich auch diese Vorschrift bereits nach ihrem Wortlaut auf die Maßgaben, die die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung vorgibt, und damit auch auf das dort vorgeschriebene Aufstellungsverfahren und den Geltungsbefehl für NBS bzw. Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB).

Trotz dieser offenen Rechtsfragen kann jedenfalls die Ungültigkeitserklärung der Klausel 5.3 INBP-BT durch Ziffer 2 des angefochtenen Ausgangsbescheids ungeachtet der – hier nicht streitgegenständlichen und deshalb auch vom Gericht weder angedachten noch geprüften – Frage, ob diese Klausel aus anderen Gründen nicht dem Eisenbahnregulierungsrecht entspricht, aus den oben erläuterten Gründen keinen Bestand haben.

Nichts anderes kann daraus folgen, dass die Beklagte ihre Ungültigkeitserklärung in der mündlichen Verhandlung auf eine Verletzung des § 24 Abs. 4 EIBV gestützt hat, wonach die Entgelte gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen sind, soweit sich aus der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nichts anderes ergibt. Dabei kann offen bleiben, ob diese Regelung nach ihrem Wortlaut lediglich die Höhe der Entgelte bzw. nur deren Berechnung, nicht aber ihre Erhebung betrifft und ob sie lediglich eine spezielle Ausprägung des in § 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 AEG sowie in § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV verankerten Diskriminierungsverbots mit der Folge darstellt, dass der mit der Beigeladenen im Jahr 2003 geschlossene Vertrag auch insoweit ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung ist. Denn die Bundesnetzagentur hat jedenfalls das ihr von § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG eingeräumte Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt, weil sie in ihre Überlegungen nicht eingestellt hat, dass bereits viel für die Rechtswidrigkeit des alten Vertrags spricht und deshalb statt der Ungültigkeitserklärung der Klausel 5.3 INBP-BT ein Hinweis oder auf der Grundlage des § 14c Abs. 1 AEG eine Anordnung in Betracht gekommen wäre, dass die Klägerin den alten Vertrag wegen der mit Inkrafttreten der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung begründeten veränderten rechtlichen Umstände anpassen oder kündigen müsse.

Soweit die Beklagte ihre Ungültigkeitserklärung auf den Missbrauchstatbestand des § 14 Abs. 5 AEG gestützt hat, kann das schon deshalb nicht zur Rechtmäßigkeit der Ungültigkeitserklärung führen, weil sie ihr Ermessen bis zum Erlass des Ausgangs- und Widerspruchsbescheids allein auf die in § 14 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AEG erfolgte Ausprägung durch den Diskriminierungstatbestand ausgerichtet hatte, hier indes der eine missbräuchliche Beeinträchtigung ausschließende sachlich gerechtfertigte Grund wiederum in dem mit der Beigeladenen im Jahr 2003 abgeschlossenen Vertrag zu erblicken ist. Die in der mündlichen Verhandlung angestellten Ermessenserwägungen hat die Beklagte dagegen nicht auf die Klausel, sondern auf das Verhalten der Klägerin bezogen. Insoweit haben die Vertreter der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung nämlich darauf abgestellt, dass die Klägerin den alten Vertrag einzuhalten habe. Unabhängig davon ist der von der Beklagten damit in Bezug genommene Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, ein eigenständiges privatrechtliches Prinzip, das nicht vom Missbrauchstatbestand des § 14 Abs. 5 AEG erfasst wird. Ein Preishöhenmissbrauch i. S. d. Satzes 2 Nr. 1 dieser Vorschrift steht dagegen nicht in Rede. Soweit andere, schon nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 5 AEG („insbesondere“) nicht ausgeschlossene Ausformungen des Missbrauchs in Betracht kommen sollten, hat die

Beklagte dazu keine Ausführungen gemacht, die sie indes, wenn sie sich darauf beziehen will, ihren Ermessenserwägungen hätte zugrunde legen müssen.

Ebenso ist die Ziffer 1 des angefochtenen Ausgangsbescheids rechtswidrig, soweit sie sich auf die Angebotsänderung im Hinblick auf ein Absehen von Abschlagszahlungen bezieht. Rechtsgrundlage für diese Maßnahme ist § 14f Abs. 3 Nr. 1 AEG. Entgegen der Meinung der Klägerin kommt für die Bejahung der Voraussetzungen des durch § 14f Abs. 3 AEG in Bezug genommenen § 14f Abs. 2 AEG nicht allein die Ablehnung eines Zugangsantrags in Betracht. Das ergibt sich schon aus der unterschiedlichen Wortwahl des einer Prüfung nach § 14e Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AEG zugrundeliegenden § 14d Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AEG, wonach die Ablehnung von Anträgen die Voraussetzung ist, und dem weiter gefassten Wortlaut des § 14f Abs. 2 Satz 1 AEG, wonach es ausreicht, dass ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, und wonach die „Entscheidungen“ und nicht lediglich eine Entscheidung (nämlich in Form der Ablehnung eines Antrags) des EIU überprüft werden können. Dass dieser unterschiedliche Wortlaut vom Gesetzgeber bewusst gewählt und kein bloßes Redaktionsversehen ist, zeigt § 14d Satz 1 Nr. 4 AEG, wonach es im Fall einer beabsichtigten Entscheidung über den Abschluss eines Rahmenvertrags – im Unterschied zu Zuweisungen von Zugtrassen und beabsichtigten Entscheidungen über den Zugang zu Serviceeinrichtungen nach den vorhergehenden Nummern – keiner Ablehnung eines Antrags für eine Unterrichtung der Bundesnetzagentur für die Ermöglichung einer Vorabprüfung nach § 14e Abs. 1 AEG bedarf. § 14f Abs. 3 AEG bezieht sich auf jegliches Nichtzustandekommen einer von einem Zugangsberechtigten begehrten Vereinbarung über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG bzw. eines Rahmenvertrags nach § 14a AEG.

Vgl. VG Köln, Beschluss vom 26.4.2012 - 18 L 477/12 -.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist ein Vertrag auch nicht durch die tatsächliche Benutzung ihrer Infrastruktur seitens der Beigeladenen zustande gekommen. Das gilt auch vor dem Hintergrund des im Fall eines – wie hier – offenen Dissenses über das zu entrichtende Entgelt nach der Rechtsprechung des

BGH, Urteil vom 18.10.2011 - KZR 18/10 - und vom 7.2.2006 - KZR 8/05 -, GRUR 2006, 699,

unmittelbar anwendbaren § 315 BGB. Diese Vorschrift ist zwar nach der übereinstimmenden zivil- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung neben den Regelungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes anwendbar, schließt aber eine Vertragslücke und ersetzt damit eine Vereinbarung über einen notwendigen Vertragsbestandteil. In einem solchen Fall ist eine „Vereinbarung“ über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG gerade nicht zustande gekommen, wie es § 14f Abs. 2 Satz 1 AEG voraussetzt, auch wenn ein „Vertrag“ – allerdings teilweise nur mittels gesetzlicher Regelung – zustande gekommen ist. Die zivilrechtliche Anwendung des § 315 BGB vermag daran im Übrigen schon deshalb nichts zu ändern, weil er, wie bereits oben dargelegt, neben den eisenbahnregulierungsrechtlichen Vorschriften anwendbar ist, diese aber nicht ersetzt.

An der formalen Rechtmäßigkeit des Verfahrens nach § 14f Abs. 2 und 3 AEG bestehen keine Zweifel. Jedoch ist die in Ziffer 1 des angefochtenen Ausgangsbescheids ausgesprochene Verpflichtung der Klägerin, soweit sie sich auf die Angebotsänderung im Hinblick auf ein Absehen von Abschlagszahlungen bezieht, materiell rechtswidrig.

Der insoweit von der Bundesnetzagentur zugrundegelegte Verstoß von auf der Klausel 5.3 INBP-BT beruhenden Abschlagszahlungen gegen § 14 Abs. 6 AEG und gegen das daraus folgende Primat des Vertrags wäre, soweit die vertraglichen Beziehungen allein der Beigeladenen zur Klägerin angesprochen sind, aus den oben genannten Gründen allein vor den Zivilgerichten auszufechten.

Außerdem ist die Betätigung des Ermessens seitens der Bundesnetzagentur insgesamt fehlerhaft. Zum einen hat sie es aus den ebenfalls oben zur Ziffer 2 des angefochtenen Ausgangsbescheids dargelegten Gründen auf der unrichtigen Grundlage ausgeübt, dass die Klausel 5.3 INBP-BT wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot eisenbahnregulierungsrechtswidrig ist. Zum anderen steht ihre Schlussfolgerung, der mit der Beigeladenen geschlossene alte Vertrag wirke sich in diesem Sinne zugunsten aller EVU inter omnes so aus, dass die genannte Klausel während der Geltung des alten Rahmenvertrags nicht angewandt werden dürfe, nicht mit der Vorschrift des § 4 Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 2 EIBV in Einklang, aus der folgt, dass die Klausel 5.3 INBP-BT mangels wirksamer Ungültigkeitserklärung derzeit zwingend anzuwenden ist.

Eine ungleiche Behandlung der EVU seitens der Klägerin dadurch, dass diese von der Beigeladenen wegen des alten Vertrags nach Auffassung der Bundesnetzagentur keine Abschlagszahlungen erheben könne, solche aber auf der Grundlage der Klausel 5.3 INBP-BT von EVU erhebt, die keinen Vertrag (mehr) haben, der dem mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrag entspricht, stellt keine Diskriminierung dar. Eine solche Ungleichbehandlung ist gerade aufgrund des einen sachlichen Grund darstellenden alten, von der Klausel 5.3 INBP-BT abweichenden Vertrags gedeckt, wenn dieser rechtmäßig ist. Im Fall der Nichtigkeit des mit der Beigeladenen im Jahr 2003 abgeschlossenen Vertrags könnte die Bundesnetzagentur eine faktische Ungleichbehandlung allenfalls durch Anordnung an die Klägerin beseitigen, den alten Vertrag wegen der im Jahr 2005 in Kraft getretenen Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nicht anzuwenden oder zu kündigen.

Den umgekehrten Fall, trotz des alten Vertrags von der Beigeladenen wie von jedem anderen EVU Abschlagszahlungen zu verlangen, will die Bundesnetzagentur nicht herstellen; dies regelt der angefochtene Bescheid dementsprechend nicht.

Soweit die Bundesnetzagentur meint, die dem mit der Beigeladenen im Jahr 2003 geschlossenen Vertrag widersprechende Klausel 5.3 INBP-BT hätte bis zum Auslaufen des genannten Vertrags nicht erlassen werden dürfen, hätte sie diese Klausel wirksam für ungültig erklären müssen. Die in Ziffer 2 des Ausgangsbescheids erfolgte Ungültigkeitserklärung der Klausel 5.3 INBP-BT war indes aus den eingangs erläuterten Gründen ihrerseits wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben; in der Klausel liegt, wie oben erläutert worden ist, kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot bzw. gegen § 14 Abs. 6 AEG, der als Grundlage des von der Bundesnetzagentur ausgeübten Ermessens vom Gericht allein zu überprüfen war. Vielmehr spricht Einiges dafür, dass der mit der Beigeladenen im Jahr 2003 geschlossene Vertrag nicht mit den Regelungen der im Jahr 2005 in Kraft getretenen Eisenbahninfrastruktur-Verordnung in Einklang steht.

Eine Ungleichbehandlung dergestalt, dass die Klägerin EVU, die mit ihr den gleichen oder zumindest einen vergleichbaren Vertrag wie mit der Beigeladenen geschlossen haben, anders als die Beigeladene behandelt, macht die Bundesnetzagentur dagegen schon nicht geltend.

Soweit die Bundesnetzagentur ihre in der mündlichen Verhandlung angestellten Erwägungen zu einem Missbrauch auf das Verhalten der Klägerin, nämlich darauf bezieht, dass diese den

mit der Beigeladenen geschlossenen alten Vertrag nicht einhalte, wird auf die obigen Erläuterungen dazu verwiesen, dass der Missbrauch etwas anderes als der Grundsatz ist, dass Verträge einzuhalten sind. Der Unterfall einer Diskriminierung nach Satz 2 Nr. 2 der Vorschrift führt nicht weiter, weil der eine missbräuchliche Beeinträchtigung ausschließende sachlich gerechtfertigte Grund hier wiederum in dem mit der Beigeladenen im Jahr 2003 abgeschlossenen Vertrag zu erblicken ist. Auch für die anderen Fragestellungen gelten die obigen Erläuterungen zum Diskriminierungsverbot entsprechend. Soweit andere Ausformungen des Missbrauchs in Betracht kommen, hat die Beklagte dazu keine Ausführungen gemacht, die sie indes, wenn sie sich darauf beziehen will, ihren Ermessenserwägungen hätte zugrunde legen müssen.

Auch die Anfechtungsklage gegen die Anordnung der Bundesnetzagentur in Ziffer 1 des Ausgangsbescheids, das Angebot der Klägerin zur Nutzung ihrer Stationen durch die Beigeladene für das Fahrplanjahr 2010/2011 so zu verändern, dass für die Kalkulation der Stationspreise die tatsächlichen Zuglängen, aber die auf den fehlerhaft angemeldeten Zuglängen basierenden veröffentlichten Stationspreise für das Jahr 2011 zugrundegelegt werden, ist begründet.

Entgegen dem erstmaligen Vortrag in der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte der Klägerin damit nicht aufgegeben, der Beigeladenen ein neues Angebot für einen Gelegenheitsverkehr zu unterbreiten. Denn die Beigeladene hatte keinen neuen Antrag gestellt, sondern ausdrücklich um „Korrektur“ der ursprünglichen Anmeldung gebeten und deshalb auf dem ursprünglichen Antrag beharrt, soweit er das gesamte Jahr 2011 betraf. Demgemäß verhält sich die Anordnung in Ziffer 1 Satz 1 des Ausgangsbescheids nicht zu einem neuen Angebot, sondern zur „Änderung“ des Angebots, das demgemäß nur das bereits abgegebene Angebot sein kann, das indes allein auf der Grundlage der ursprünglichen Anmeldung der Beigeladenen erfolgt war. Mit dieser streitbefangenen Anordnung erfasst die Bundesnetzagentur zudem ausdrücklich „das Fahrplanjahr 2010/2011“ und nicht einen Zeitraum nach Beginn des Jahres 2011. Die Ausführungen im angefochtenen Ausgangsbescheid zum Gelegenheitsverkehr erfolgten dagegen ausschließlich in diesem Rahmen unter dem das Ermessen betreffenden Gesichtspunkt, dass das Ergebnis der Ermessensbetätigung dem (anderen) Fall entspreche, dass die Beigeladene einen Antrag auf Gelegenheitsverkehr stelle, dass das Ergebnis also kein anderes wäre, als wenn sie nunmehr die Durchführung eines Gelegenheitsverkehrs beantragen würde.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur liegt in dem der Beigeladenen von der Klägerin unterbreiteten, auf das gesamte Jahr 2011 bezogenen Vertragsangebot bezüglich der Übernahme der von der Beigeladenen ursprünglich angemeldeten Zuglängen kein Verstoß gegen das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verankerte Diskriminierungsverbot. Zunächst ist es methodisch falsch, für die Bildung des Vergleichspaares auf der einen Seite eine tatsächliche Inanspruchnahme der klägerischen Infrastruktur und auf der anderen Seite ein rechtliches Ergebnis zugrunde zu legen, das bei der rechtlichen Prüfung einer Ungleichbehandlung und damit des Diskriminierungsverbots erst die rechtliche Folgerung einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung für eine tatsächliche Ungleichbehandlung darstellen kann. Auch die Begründung eines fehlenden sachlichen Grundes mit einem fehlenden Vertrag ist logisch nicht haltbar, weil gerade der fehlende Vertrag das behördliche Monitum ist. Rechtlich maßgeblich ist im Rahmen des von der Bundesnetzagentur geltend gemachten – und bejahten – Verstoßes gegen das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verankerte Diskriminierungsverbot vielmehr, ob es für den fehlenden Vertragsschluss seinerseits einen sachlichen Grund gibt. Aus dem selben Grund führt in diesem Zusammenhang der Hinweis der Bundesnetzagentur auf die klägerische Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT nicht weiter, wonach ein Entgelt

„vertraglich“ geschuldet sein müsse. Abgesehen davon ist ein Vertragsschluss nicht der einzige mögliche sachliche Grund für eine tatsächliche Ungleichbehandlung. So kommen für die Ungleichbehandlung verschiedener EVU durch ein EIU auch Regelungen in NBS in Betracht. Hier stellt sich Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT, nach der die „angemeldeten“ Halte für jeden Zugangspetenten verbindlich sind, allerdings nicht lediglich als sachlicher Grund für eine tatsächliche Ungleichbehandlung dar, sondern bereits als rechtliche Grundlage für die richtige Bildung von Vergleichspaaren, weil diese Klausel gemäß § 4 Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 1 EIBV zwingend anzuwenden ist. Denn sie ist gültige Bestimmung der klägerischen NBS. Die Bundesnetzagentur hat weder dieser Klausel im Rahmen der Vorabprüfung mit der Folge des Nichtinkrafttretens widersprochen noch diese Klausel gemäß § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG für ungültig erklärt. Ob die Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT ihrerseits eisenbahnrechtskonform oder womöglich wegen Systemwidrigkeit einer vor Verbindlichkeit eines Vertrags bereits entstehenden Verbindlichkeit einer Anmeldung für die einem Vertrag zugrunde liegende Preissetzung eisenbahnregulierungsrechtswidrig ist, kann das Gericht, das lediglich eisenbahnregulierungsrechtliche Entscheidungen der Bundesnetzagentur überprüfen darf, hier nicht von sich aus entscheiden. Da eine Ungültigkeitserklärung gemäß § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG schon wegen der Mehrpoligkeit ein anderes Verfahren als eine hier in Rede stehende Einzelzuweisungskontrolle ist, kann die Wirksamkeit der Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT nicht im Rahmen des vorliegenden Gerichtsverfahrens geprüft werden, zumal der Bundesnetzagentur auch insoweit ein Ermessen zusteht, das diese Systematik zugrundelegen sowie die Interessen nicht lediglich der Beigeladenen, sondern sämtlicher Zugangsberechtigter berücksichtigen muss.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist diese Klausel auch nicht wegen Zweifeln an ihrem Regelungsgehalt gemäß § 305c Abs. 2 BGB allein dahingehend auszulegen, dass die angemeldeten Parameter nur dann verbindlich sind, wenn ein Vertrag zustande kommt. Dass die Anmeldung nach Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT verbindlich sein soll, ist schon deshalb nicht zweifelhaft, weil die ebenfalls weder in der Vorabprüfung beanstandete noch im nachträglichen Prüfungsverfahren für ungültig erklärte Klausel 5.1.3 Satz 1 INBP-BT unmissverständlich ausführt, dass die Preisbildung auf Basis eines kategorie- und aufgabenträgerspezifischen Kostenbezugs sowie der Berücksichtigung „der angemeldeten“, mit Zuglängenfaktoren gewichteten Stationshalte erfolgt.

Damit sind die Klauseln 5.1 Satz 3 und 5.1.3 Satz 1 INBP-BT nicht nur für die Anmeldung, sondern über die Wirkung der Verbindlichkeit der Anmeldung auch mit Auswirkungen auf das dem EVU von der Klägerin zu unterbreitende Angebot zum Abschluss eines Stationsnutzungsvertrags selbst verbindliche Grundlage für den Vertragsschluss. Denn NBS haben bereits deshalb vorvertragliche Wirkung, weil sie auch das Zuweisungsverfahren regeln, das vor dem nach § 14 Abs. 6 AEG erforderlichen Vertragsschluss durchzuführen ist.

Entgegen der Auffassung der Beklagten und der Beigeladenen führen diese Wirkungen allerdings nicht zu einem verbindlichen Vertragsangebot seitens eines Zugangspetenten. Beide Beteiligte verweisen zu Recht darauf, dass nach der eisenbahnrechtlichen Systematik nicht der Zugangspetent dem EIU, sondern umgekehrt das EIU dem Zugangspetenten, der seinerseits gemäß § 10 Abs. 2 EIBV allein Anträge „auf Zugang“ zu den Serviceeinrichtungen und die Erbringung von Leistungen stellen kann, ein Angebot zum Abschluss eines Nutzungsvertrags zu unterbreiten hat. Denn gemäß § 10 Abs. 7 EIBV gilt für „Angebote des Eisenbahninfrastrukturunternehmens“ zum Abschluss einer Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 1 bis 4 EIBV entsprechend. Insoweit verwechseln Beklagte und Beigeladene die Verbindlichkeit eines Vertragsangebots und eines durch eine entsprechende Annahme zustande gekommenen Vertrags samt daraus

entstehenden Verbindlichkeiten mit einer allein auf die Anmeldung und einer darauf aufbauenden Preissetzung bezogenen rechtlichen Verbindlichkeit. Diese muss nicht zu einem Vertragsschluss mit den daraus folgenden rechtlichen Verbindlichkeiten führen, weil der Vertragsschluss nach einem Angebot des EIU noch davon abhängt, ob der Zugangsberechtigte dieses Angebot annimmt.

Auf die Klausel 5.1 Satz 3 INBP-BT kommt es entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur auch nicht deshalb nicht an, weil maßgeblicher Bezugspunkt für die Feststellung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot die Nutzung wäre. Vielmehr gilt das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot nur im Rahmen eines bestimmten Zugangsverfahrens bzw. innerhalb des zeitlichen Geltungsbereichs von NBS bzw. SNB. Obwohl § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG auf die „Benutzung“ der Eisenbahninfrastruktur abstellt, gilt diese Vorschrift nicht schrankenlos, sondern nur in dem durch die - auf § 26 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 6 und 7 und Abs. 4 Nr. 1 AEG beruhende - Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung bestimmten Umfang. Für die Bestimmung dieses Umfangs gibt zwar § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV nichts her, weil er die Vorgaben des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG lediglich wiederholt. Jedoch bestimmt § 1 EIBV den Geltungsumfang, indem er den Geltungsbereich der gesamten Verordnung auf den „Zugang“ zur Eisenbahninfrastruktur öffentlicher EIU begrenzt. Damit beachtet diese Vorschrift die nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG erforderlichen gesetzlichen Grenzen von Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung. Diese beziehen sich nach § 26 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 6 und 7 AEG auf den diskriminierungsfreien „Zugang“ zur Eisenbahninfrastruktur, insbesondere über die Bedingungen für den Zugang, die Rechte und Pflichten der Beteiligten einschließlich der Zusammenarbeit und der Pflichten der Betreiber der Schienenwege, die Ausgestaltung des Zugangs einschließlich der „hierfür“ erforderlichen Verträge und Rechtsverhältnisse sowie der Regelungen über deren Zustandekommen und Beendigung bzw. über die Grundsätze zur Erhebung des Entgelts für die Infrastrukturbenutzung. Damit erfasst das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG und § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV niedergelegte Diskriminierungsverbot nicht die Nutzung (und die Leistungserbringung) im umfassenden Sinn, sondern lediglich in dem Umfang, der durch die rechtlichen Zugangsregelungen ausgestaltet wird. Danach ist das jeweilige durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung ausgestaltete Zuweisungsverfahren samt der daraus resultierenden Nutzungen bzw. der zeitliche Geltungsbereich von NBS bzw. SNB maßgeblich.

Allein darauf bezieht sich auch der von der Beklagten herangezogene § 14 Abs. 6 AEG. Nach dieser Vorschrift sind Einzelheiten des Zugangs zwischen den Zugangsberechtigten und den EIU nach Maßgabe der in § 14 Abs. 1 AEG genannten Rechtsverordnung, also der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, zu vereinbaren. Entsprechendes gilt für § 14 Abs. 5 AEG, weil dessen Satz 1 sich ausdrücklich wiederum auf den „Zugang“ zu Serviceeinrichtungen einschließlich der damit verbundenen Leistungen, nicht hingegen auf die gesamte Nutzung der Serviceeinrichtungen bezieht.

Die Anordnung in Ziffer 1 des angefochtenen Ausgangsbescheids, der Beigeladenen ein den beiden anderen in Ziffer 1 des Bescheids getroffenen Anordnungen entsprechendes Angebot zu unterbreiten, ist als Folgeregelung der beiden in Bezug genommenen Anordnungen wegen deren oben erläuterten Rechtswidrigkeit ebenso rechtswidrig.

Ziffer 3 des angefochtenen Ausgangsbescheids, mit der die Klägerin aufgefordert wird, alle Zugangsberechtigten auf die in Ziffer 2 ausgesprochene Ungültigkeitserklärung der Klausel 5.3 INBP-BT hinzuweisen, ist – unabhängig von Bedenken an ihrer Bestimmtheit aufgrund der potentiell unbekanntem Zahl von gemäß § 14 Abs. 2 und 3 AEG zugangsberechtigten

Unternehmen, Eisenbahnen und Gruppierungen im In- und Ausland – deshalb rechtswidrig, weil die in Bezug genommene Ziffer 2 des Bescheids ihrerseits aus den oben erläuterten Gründen rechtswidrig und aufgehoben worden ist.

Die Androhung von Zwangsgeld in Ziffer 4 des Ausgangsbescheids ist rechtswidrig, weil bereits die ihr zugrundeliegenden Ziffern 1 und 3 des Bescheids aus den dort erläuterten Gründen rechtswidrig sind.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO. Die Berufung hat die Kammer nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 124a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VwGO nicht vorliegen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu, wenn sie von diesem zugelassen wird. Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn

1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, 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) zu beantragen. Der Antrag auf Zulassung der Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Gründe, aus denen die Berufung zugelassen werden soll, sind innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils darzulegen. Die Begründung ist schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, einzureichen, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist.

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 Antragschrift 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

1.746.332,50 €

festgesetzt.

### **Gründe**

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache für die Klägerin ist es aus den Gründen des Beschlusses vom 29.12.2011 zur vorläufigen Streitwertfestsetzung 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

