
Datum: 19.07.2013
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 18. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 K 4277/12
ECLI: ECLI:DE:VGK:2013:0719.18K4277.12.00

Schlagworte: Recht auf Zugang Recht auf Abschluss eines
Infrastrukturnutzungsvertrags Ausschluss der Verlagerer von der
Zugangsberechtigung gesetzeskonforme Auslegung des § 6 Abs.
1 Satz 2 EIBV Eisenbahninfrastrukturunternehmen
Eisenbahnverkehrsunternehmen Schienennetz-
Benutzungsbedingungen Diskriminierungsverbot Zugang Nutzung
Trassennutzungsvertrag Einzelnutzungsvertrag Trassenzuweisung
Verspätung Diskriminierungspotential versteckte Diskriminierung
nicht prüfbare Entgelte

Normen: Richtlinie 2001/14 EG Art 2b GG Art 80 Abs 1 S 2 AEG § 14 Abs 1
S 1 AEG § 14 Abs

Leitsätze:

1. Die Frist des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG beginnt erst mit
vollständiger Vorlage sämtlicher erforderlicher Unterlagen zu
laufen. Dazu gehört bei beabsichtigter Neufassung oder Änderung
von Schienennetz-Benutzungsbedingungen gemäß § 14d Satz 3
AEG die Darlegung der Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung
mit § 14 Abs. 6 AEG.

2. Das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur steht allen
Zugangsberechtigten in gleichem Umfang zu.

(wie VG Köln, Urteil vom 3.6.2013 - 18 K 3168/12 -)

3. Das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot
bezieht sich nur auf das jeweilige Zuweisungsverfahren samt der
daraus resultierenden Nutzungen bzw. auf den zeitlichen
Geltungsbereich von Nutzungsbedingungen für

Serviceeinrichtungen und Schienennetz-Benutzungsbedingungen.

(wie VG Köln, Urteil vom 19.4.2013 - 18 K 7128/11 -)

4. Deshalb stellt nicht jeder Fall eines von der Regulierungsbehörde als ungerechtfertigt hoch erachtete Entgelts eines Eisenbahninfrastrukturbetreibers einen Verstoß gegen das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot dar.

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Ziffer 4 des Bescheids der Bundesnetzagentur vom 1.12.2011 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheids vom 4.7.2012 wird aufgehoben.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin zwei Drittel und die Beklagte ein Drittel.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand

1

Die Klägerin betreibt als öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen (im Folgenden: EIU) bundesweit Schienenwege. Mit Schreiben vom 17.10.2011 teilte sie der Bundesnetzagentur (im Folgenden: BNetzA) ihre Absicht mit, ihre Schienennetz-Benutzungsbedingungen (im Folgenden: SNB) neu zu fassen. Nach einem Schriftwechsel, in dem die BNetzA darauf hinwies, sie sehe die Mitteilung mangels beigefügter Neufassung der Liste der Entgelte und mangels von § 14d Satz 3 AEG vorgeschriebener Darlegung der Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG nicht als vollständige Unterrichtung i. S. d. § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG an, erläuterte die Klägerin auf konkrete Nachfragen der BNetzA die beabsichtigten Änderungen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und führte aus, weder die Entgeltliste noch Erläuterungen zu den Entgeltgrundsätzen seien gemäß § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG mit einzureichen, weil die Liste der Entgelte gemäß § EIBV nicht Bestandteil der SNB sei. Mit Schreiben vom 7.11.2011 teilte die Klägerin der BNetzA mit, sie werde sich nicht auf eine Verspätung eines Widerrufs berufen, wenn ihr ein solcher bis einschließlich 1.12.2011 wirksam zugestellt sein werde. Die BNetzA bat die Klägerin in deren Anhörung um weitere Erläuterungen, die ihr die Klägerin übermittelte.

2

Die BNetzA widersprach mit Ziffer 1 ihres der Klägerin am 1.12.2011 zugestellten Bescheids vom selben Tag der beabsichtigten Änderung der SNB, soweit die Klauseln 2.2.1 c) Satz 1 SNB 2013 und 2.2 Abs. 1 Satz 1 („an das das Angebot zu richten ist“), Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2 AGB-IN betroffen sind, sowie mit Ziffer 4 des Bescheids der Klausel 6.2.5.14 SNB 2013, soweit eine Änderung des Entgelts bei Verspätungen von mehr als 20 Stunden betroffen ist. Die übrigen Ziffern des Bescheids sind nicht Gegenstand des Verfahrens.

3

4

Zur Begründung führte die BNetzA aus: Der Widerspruch beruhe auf § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG. Die in Ziffer 1 des Bescheids beanstandeten Klauseln verstießen gegen § 14 Abs. 1 Satz 2 AEG, § 3 Abs. 1 i. V. m. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV, indem die beabsichtigten Regelungen unzulässiger Weise das Zugangsrecht der nachfolgend einheitlich als Verlader bezeichneten Spediteure, Operateure und Unternehmer des produzierenden Gewerbes als Zugangsberechtigte i. S. d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG verkürze. Diese könnten nur noch Trassen anmelden, aber nicht mehr mit der Klägerin einen Einzelnutzungsvertrag abschließen und nach Klausel 2.2. Abs. 5 AGB-IN Einfluss auf die Entscheidung der Klägerin im Rahmen des Koordinierungs- und Entscheidungsverfahrens nehmen. Das solle nunmehr allein den von den Verladern zu benennenden Eisenbahnverkehrsunternehmen (im Folgenden: EVU) möglich sein. Nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV könnten indes statt der EVU alternativ auch Zugangsberechtigte selbst Vertragspartner eines Nutzungsvertrags werden. Von dieser Grundregel werde in Satz 3 eine Ausnahme lediglich für Zugangsberechtigte gemacht, bei denen es sich um dem öffentlichen Recht angehörende Einrichtungen handle und soweit es um der Betriebssicherheit dienende Vertragsbestandteile gehe, die mit einem benannten EVU zu vereinbaren seien. Die von § 6 EIBV vorgesehene Zuweisung an ein EVU betreffe dagegen lediglich eine vorgelagerte Stufe der Anbahnung des Vertrags, dessen Abschluss im spezielleren § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV geregelt werde. Eine Regelung wie in § 11 Abs. 1 Satz 3 EIBV habe gegenüber den Verladern keine vergleichbare Berechtigung wie gegenüber den „eisenbahnfernen“ Aufgabenträgern und Behörden im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 3 oder 4 AEG. Bei diesen Zugangsberechtigten sei es dem Verordnungsgeber offenbar ein Anliegen gewesen, dass die sicherheitsrelevanten Aspekte einer Nutzung in jedem Fall zwischen dem EIU und dem EVU vereinbart würden. Dagegen seien Verlader oftmals selbst EVU und deshalb mit den zu beachtenden Anforderungen an die Betriebssicherheit gut vertraut. Dieses Ergebnis entspreche § 9 Abs. 6 Satz 3 EIBV, der nicht zwischen den verschiedenen in § 14 Abs. 2 AEG genannten Zugangsberechtigten differenziere. Zudem werde anderenfalls § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG unterlaufen, der den Kreis der Zugangsberechtigten über die EVU hinaus auch auf Verlader erweitert habe, um dadurch laut Gesetzesbegründung den Schienengüterverkehr zu stärken. Nach dieser gesetzgeberischen Wertung stelle die nach § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV dem Vertragschluss vorgelagerte Zuweisung lediglich einen internen Akt des EIU hinsichtlich der tatsächlichen Nutzung zum Zwecke der Kapazitätsplanung dar. Ein solches Auseinanderfallen von Adressat der Zuweisung der Nutzungskapazität und Vertragspartei sei nicht ungewöhnlich, weil dies auch bei Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG möglich sei. Mit der Festlegung eines tatsächlichen Nutzers sei nicht zwingend eine Aussage über den Inhaber der Rechtsposition verbunden. Haftungs- und eisenbahnsicherheitsrechtliche Gesichtspunkte bestünden wegen der Stellung des EVU als Erfüllungsgehilfen des Verladers nicht. Schließlich hätte der von der Klägerin den Verladern weiterhin angebotene Abschluss eines Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrags keinen Wert, wenn diese keinen Einzelnutzungsvertrag abschließen könnten.

Das Aufgreifermessen sei wie tenoriert ausgeübt worden, weil die beanstandeten Klauseln mit § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG die Kernnorm des Eisenbahnregulierungsrechts verletzen. Die praktischen Auswirkungen für den Wettbewerb auf dem Schienengüterverkehrsmarkt seien zudem von großer Bedeutung. Auf der Grundlage der klägerischen Auskunft seien von der beabsichtigten Neufassung neun Verlader betroffen. Für Verlader stelle sich im Logistikgeschäft relativ häufig das Problem, dass EVU ihre Leistungen nicht pünktlich erbrächten oder sonst unzuverlässig seien. Einer beabsichtigten Trennung von diesem EVU stünden wirtschaftlich erhebliche Hürden gegenüber, wenn nicht der Verlader selbst, sondern ein unzuverlässiges EVU Vertragspartner der Klägerin sei. In diesem Falle müsste ein neuer Nutzungsvertrag mit der Klägerin geschlossen werden, was insbesondere dann, wenn im Fall

eines Nutzungskonflikts die Reihenfolge der Anmeldungen als maßgebliches Kriterium herangezogen würde, auch direkte Auswirkungen auf die benötigte Umschlagleistung des Verladers haben könne. Außerdem wären die Verlager darauf angewiesen, dass das EVU den Vertrag storniere und auf diese Weise Trassenkapazität freigebe. Das zum DB-Konzern gehörende große EVU DB T. Rail sei bei Kleinaufträgen ohne große finanzielle Verluste in der Lage, nicht genutzte Trassen nicht zu stornieren und auf diese Weise zu verhindern, dass andere EVU die im Interesse der Verlager durchzuführenden Verkehre durchführten. Auf der anderen Seite bestehe kein schützenswertes Interesse der Klägerin an der Einführung der beanstandeten Regelung, weil es der langjährigen Praxis der Klägerin entspreche, dass die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG genannten Unternehmen ihr Vertragspartner würden. Die Beanstandung betreffe den gesamten Satz 1 der Klausel 2.2.1 c) SNB, obwohl sein erster Teil isoliert betrachtet mit § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV in Einklang stehe. Der Satz sei als grammatikalische Einheit aufgebaut, so dass eine Beanstandung nur des zweiten Halbsatzes der Klägerin eine Regelungsintention unterstellen würde, die der zur Prüfung eingereichten Fassung der Klausel nicht zu entnehmen sei. Die Beanstandung der konkreten Teile des klägerischen Klauselwerks sei unter Umsetzungsgesichtspunkten das mildeste Mittel.

Die mit Ziffer 4 des Ausgangsbescheids beanstandete Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013, wonach der Zugangsberechtigte oder das einbezogene EVU im Fall einer Verspätung von mindestens 20 Stunden bereits am Anfangs- oder Übergangsbahnhof vom benachbarten Eisenbahninfrastrukturbetreiber bei fehlender Meldung der Abfahrbereitschaft zusätzlich zu dem nach Satz 1 der Klausel zu zahlenden vereinbarten Trassenentgelt das Entgelt für die von der Klägerin neu zugewiesene Trasse zahle, verstoße gegen das Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, weil die Klägerin nicht dargelegt habe, dass trotz einmaliger Leistungserbringung eine zweifache Abrechnung gerechtfertigt sei. Dabei seien auch die Ausführungen in Ziffer 2 des angefochtenen Bescheids zur Beanstandung der beabsichtigten Klausel 4.6 SNB 2013 zu berücksichtigen, wonach das Diskriminierungsverbot maßgeblich durch den ein angemessenes Entgelt für beantragte, aber nicht in Anspruch genommene Fahrwegkapazität gestattenden Art. 12 der Richtlinie 2001/14/EG beeinflusst sei, die Klägerin aber weder die bei Nichtinanspruchnahme erzielbaren Entgelte für anderweitige Nutzungen im Rahmen der Disposition noch die ersparten Eigenaufwendungen beziffert habe. Ein sachlich gerechtfertigtes Entgelt könne höchstens in der Differenz zwischen dem ersparten Aufwand für die nicht in Anspruch genommene Trasse und dem zusätzlichen Aufwand für die später genutzte Trasse liegen. Zu beidem habe die Klägerin aber keine Angaben gemacht, weshalb nicht festgestellt werden könne, ob die neue Regelung die Grenze der Unerheblichkeit übersteige. Weil die Klägerin lediglich von einem nicht bezifferten Missbrauchspotential bezüglich der Umgehung der Stornierungsregelungen ausgehe, sei unklar, ob die Regelung eine Steuerungswirkung entfalten könne, zumal der maßgebliche verspätete Zugang von einem anderen Netz von den Zugangsberechtigten häufig allenfalls mittelbar beeinflussbar sei. Die Beanstandung sei geeignet, den Markt vor einer rechtswidrigen Regelung zu schützen, sowie erforderlich und angemessen, weil die Klägerin sich bis vor kurzem durch die alte Regelung, nach der allein das für die ursprünglich zugewiesene Trasse vereinbarte Entgelt zu zahlen gewesen sei, nicht beschwert gesehen habe.

Den dagegen eingelegten, nicht mit einer Begründung versehenen Widerspruch wies die BNetzA mit Widerspruchsbescheid vom 4.7.2012 zurück. Zur Begründung verwies sie auf die Ausführungen des Ausgangsbescheids und führte darüber hinaus aus: Die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Klauseln 2.2.1 c) SNB 2013 und 2.2 AGB-IN resultiere auch daraus, dass nach § 14 Abs. 6 AEG die Einzelheiten des Zugangs ohne weitere Differenzierung zwischen „den“ Zugangsberechtigten und den EIU vereinbart würden. Die Einzelheiten des Zugangs

6

7

seien zwar nach Maßgabe der in § 14 Abs. 1 AEG genannten Rechtsverordnung, der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung zu vereinbaren. Der Kreis der in Frage kommenden Vertragspartner sei durch die gesetzliche Regelung aber bereits festgelegt und nicht der Gestaltungsmacht des Ordnungsgebers überlassen. Ebenso gebe § 14f Abs. 2 Satz 2 AEG ohne jegliche Differenzierung und damit sämtlichen Zugangsberechtigten die Antragsberechtigung für eine Überprüfung gemäß § 14f AEG. Dieses für das Zugangsrecht sehr wichtige Verfahrensrecht könne den Zugangsberechtigten nicht durch eine Bestimmung der niederrangigen Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung genommen werden, da § 14f Abs. 2 AEG keine dahingehende Öffnung enthalte.

Hinsichtlich der Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 sei der Klägerin bei ihrer bisherigen Regelung selbst im Fall von Missbrauchsfällen dergestalt, dass ersatzlos entfallende Züge nicht storniert, sondern als lediglich verspätete Züge erklärt worden sein sollten, obwohl sie in Wahrheit neue (Folge-)Züge gewesen seien, nur das eigentlich fällige Stornierungsentgelt entgangen. Da es zur Beseitigung eines solchen überdies unbelegten Missbrauchs ausgereicht hätte, entsprechende Stornierungsentgelte zu verlangen, sei das mit der beabsichtigten neuen Regelung verlangte doppelte Entgelt ungerechtfertigt hoch. Das gelte auch in Ansehung der für eine zweite Trassenkonstruktion erforderlichen Aufwendungen, die als zugbetriebsbedingte Kosten allenfalls 10 bis 30 % der Gesamtkosten ausmachten, wodurch höchstens ein Trassenentgelt in Höhe des 1,3fachen des üblichen Entgelts zustandekomme. Wie die Befragung von Marktteilnehmern gezeigt habe, würde die beanstandete Klausel zu nicht unerheblichen Gewinneinbußen bei Güter-EVU führen.

8

Die Klägerin hat am 16.7.2012 Klage erhoben, zu deren Begründung sie bezüglich des Widerspruchs gemäß Ziffer 1 des angefochtenen Ausgangsbescheids auf ihre Ausführungen zu der vergleichbaren Problematik im Verfahren 18 K 3186/12 verweist. Dort hatte sie vorgetragen: Entgegen der Auffassung der Beklagten bleibe das Zugangsrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG auch bei Inkrafttreten der beanstandeten Klauseln erhalten. Es müsse allerdings im Verhältnis zu den rechtlichen und eisenbahnbetrieblichen Voraussetzungen stehen, die vom Eisenbahnrecht insgesamt gefordert würden. Aus § 14 Abs. 6 AEG ergebe sich, dass die dort geregelte Vereinbarung, also der Infrastrukturnutzungsvertrag, rechtlich synonym mit dem Begriff des Zugangs sei. Gemäß § 14 Abs. 6 AEG bestimme überdies die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung darüber, wie das Zugangsrecht ausgeübt werde. Auch nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG sei die diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur in dem durch eine aufgrund des § 26 Abs. 1 Nr. 6, 7 und Abs. 4 Nr. 1 ergangenen Rechtsverordnung, also in dem durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung bestimmten Umfang zu gewähren. Der Begriff „Umfang“ lasse erkennen, dass die Rechtsverordnung auch regeln dürfe, ob bzw. inwieweit Zugang gewährt werde. Zu den nach § 26 Abs. 1 Nr. 6 AEG zu regelnden Bedingungen für den Zugang dürfte es durchaus gehören, einem Zugangsberechtigten nur ein Antragsrecht, einem anderen aber das Vertragsrecht zu gewähren. Die Regelungen über das Zustandekommen der Verträge könnten angesichts des weiten Wortlauts der genannten Ermächtigungsgrundlage auch solche sein, die festlegten, dass bestimmte Verträge nur mit bestimmten Zugangsberechtigten zustande kämen, zumal dem Ordnungsgeber von der Rechtsprechung ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zuerkannt werde. Dass der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung die Verlagerung stärken wollen, müsse nicht zwingend heißen, dass sie dieselben Rechte erhalten sollten wie die EVU. Es läge bereits in der Natur der Sache, dass auch hier eine gewisse Unterschiedlichkeit in der Behandlung berechtigt sei. Unmittelbare Nutzer der Gleisinfrastruktur seien nun einmal allein die EVU, nicht aber die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG. Dementsprechend

9

bestimme § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV in Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben, dass Zugangsberechtigte i. S. d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG die Zuweisung an ein von ihnen im Zeitpunkt der Antragstellung benanntes EVU beantragen müssten, wohingegen Zugangsberechtigte i. S. d. § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG die Zuweisung an sich oder an ein EVU beantragen könnten. Hier werde bereits vom Wortlaut her deutlich, dass die Verloader die Zuweisung der Zugtrassen nicht an sich beantragen könnten. Weil der Zugang der Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrags sei, sei die Zuweisung von Infrastruktur die Abgabe eines bindenden Angebots des EIU auf Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrags gegenüber einem EVU. Teile ein Zugangsberechtigter im Rahmen der Vertragsanbahnung gemäß § 6 EIBV mit, das EIU möge sein Angebot gegenüber einem Dritten abgeben, könne der Zugangsberechtigte nicht Vertragspartner werden. Dieser handele bei der Antragstellung deshalb in der Rolle eines Stellvertreters. Zwar spreche der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV dafür, dass eine Alternative bestehe zwischen der Erklärung gegenüber dem Zugangsberechtigten oder gegenüber dem benannten EVU. Eine solche Auslegung verlasse aber den systematischen Zusammenhang mit § 6 EIBV, der die Vertragsanbahnung regele. Darauf baue § 11 EIBV auf, der die erste verbindliche Erklärung für den Vertragsschluss, nämlich das Angebot regele. Das beschriebene gestufte Verhältnis von § 6 Abs. 1 EIBV bezüglich der Inhalte von Zuweisungsanträgen werde in § 11 EIBV nämlich aufgenommen. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV könne die Erklärung des Angebots zum Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrags an den Zugangsberechtigten - also eines solchen nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 AEG - oder an den von diesem benannten EVU - also im Falle eines Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 AEG - erfolgen. Das Angebot für Zugangsberechtigte nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 oder 4 AEG könne auch diesen gegenüber selbst abgegeben werden, soweit nicht die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen vereinbart würden. Aus dem Wort „oder“ in § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV ergebe sich nach allem, dass den Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG weiter gehende Rechte als die Verloader hätten.

Auch teleologische Gründe unterstützten die Auffassung der Klägerin. Das Zugangsrecht zum Schienenweg hänge nicht mit den Kenntnissen von den betrieblichen Verhältnissen der Logistikunternehmen zusammen, sondern mit eisenbahnrechtlichen. Trotzdem sei der Güterverkehr, wie beabsichtigt, gestärkt worden, weil die Verloader die Antragsberechtigung erhalten hätten. Dadurch seien sie unabhängig von den vorgefertigten Infrastrukturplanungen der EVU. Die Antragstellung ermögliche einen sehr starken Einfluss auf die Ausgestaltung der Verkehre, weil sie über ihre Zugangsrechte durch die Auswahl des EVU und die Anmeldung der Slots einschließlich der Verhandlung über konkrete Verschiebungen im Koordinierungsfall bestimmten. 10

Damit benachteilige die Klägerin nicht die Gruppe von Verladern vorsätzlich zum Vorteil von DB-konzernangehörigen EVU. Beweggrund für die Änderung der SNB sei allein eine Klarstellung der Rechtslage gewesen. Abgesehen davon entstünden durch eine Aufspaltung zwischen dem Verloader als Vertragspartner und dem EVU als operativen Nutzer für die Klägerin unnütze Schnittstellen. Bei operativen Problemen bei EVU, die nicht zugleich Vertragspartner seien, müsse sich die Klägerin in diesem Fall immer zunächst an den Verloader wenden, obwohl dieser naturgemäß eine größere Entfernung zum operativen Geschehen habe als das EVU selbst. Überdies gehörten auch die Verloader zum großen Teil zum DB-Konzern, wie etwa die Firmen Kombiverkehr oder DB T. . Dagegen könnten Rahmenverträge nach § 13 Abs. 1 EIBV mangels Einschränkungen auch von Verladern abgeschlossen werden, weil diese nicht das konkrete Zugangsrecht betreffen, sondern einen Vorvertrag vor der eigentlichen Trassenzuweisung darstellten. 11

Die Anordnung sei auch unverhältnismäßig. Die in Rede stehenden Klauseln seien zu umfangreich beanstandet worden. Weil die Beklagte sich im Ergebnis dagegen wehre, dass die Kompetenz zum Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrags nur wegen der sicherheitsrechtlichen Bestimmungen abgelehnt werde, hätte eine Verpflichtung der Klägerin ausgereicht, die Vertragsabschlusskompetenz mit den EVU auf die eisenbahnbetrieblichen Vorschriften zu begrenzen. Der Bescheid sei auch deshalb ermessensfehlerhaft, weil die Beklagte sich von sachfremden Erwägungen habe leiten lassen. Die bisherige Praxis der Vertragsgestaltung sei kein Argument für oder gegen die Rechtmäßigkeit der beanstandeten Klauseln. Auch die Ausführungen zur Wettbewerbsrelevanz gingen fehl. Wie dargestellt, liege in dem Vorgehen der Klägerin keine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Verladern i. S. d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG. Diese hätten die Möglichkeit, über eine geschickte Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen zu den EVU den gleichen Effekt herbeizuführen, den die Beklagte in ihre Überlegungen nicht einbeziehe.

Der Beanstandung der Klausel 6.2.5.14 SNB 2013 in Ziffer 4 des angefochtenen Ausgangsbescheids liege hinsichtlich des geltend gemachten Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot eine falsche Vergleichspaarbildung zugrunde. Pünktliche und verspätete Zugfahrten seien nicht miteinander vergleichbare Sachverhalte, zumindest sei eine unterschiedliche Behandlung nicht sachwidrig, weil die Zugtrasse gemäß § 2 Nr. 1 EIBV auch durch den vereinbarten Zeitraum definiert sei. Ohne rechtliche Verpflichtung lasse die Klägerin aber wegen der in der Praxis teils notwendigen zeitlichen Flexibilität eine Nutzung der Strecke bis zu drei Stunden vor bzw. bis zu 20 Stunden nach der vereinbarten Zeit zu. Aus der 20-Stunden-Regelung ergebe sich, dass eine danach folgende Trasse einen neuen Trassennutzungsvertrag erfordere, der zu einem neuen Entgelt führe. Die Ausführungen der Beklagten bedeuteten dagegen, dass die Klägerin mit einem Zugangsberechtigten ein Dauerschuldverhältnis bis zu dem Zeitpunkt eingegangen sei, zu dem die von ihm beabsichtigte Zugfahrt beendet sei. Ein solches Verständnis habe den SNB nie zugrundegelegen. Müssten Zugangsberechtigte bei einer Verspätung von mindestens 20 Stunden eine neue Trasse anmelden, ohne dafür ein Entgelt entrichten zu müssen, würden diese und Zugangsberechtigte, die eine Trasse ohne Verspätung benutzten, ungleich behandelt. Zudem würde gegen § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV verstoßen. Eine Ungleichbehandlung läge auch vor, wenn einige Zugangsberechtigte bei einer absehbaren Verspätung regelkonform ein Stornierungsentgelt entrichteten und eine neue Trasse anmeldeten, dagegen andere Zugangsberechtigte selbst bei einer Verspätung von mindestens 20 Stunden ohne Stornierung eine Zugfahrt durchführten. Darüberhinaus bliebe unklar, bis zu welchem Zeitpunkt nach Ablauf von 20 Stunden eine Zugfahrt noch als verspätet durchgeführt werden und wie oft sich ein Zugangsberechtigter auf eine Verspätung berufen dürfte. Abgesehen davon bedürfte es keines Rückgriffs auf das Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, weil die §§ 2 Nr. 1 und 3 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 Nr. 1b) EIBV eindeutig die Gestattungspflicht der Schienenwegnutzung im Rahmen der vereinbarten Trassen und damit auch den zeitlichen Umfang regelten. Weiche sie zugunsten der Zugangsberechtigten davon ab, könne sie auch festlegen, ab wann es einer erneuten Trassenzuweisung bedürfe.

13

Die Klägerin beantragt,

14

die Ziffern 1 und 4 des Bescheids der Bundesnetzagentur vom 1.12.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 4.7.2012 aufzuheben.

15

Die Beklagte beantragt,

16

die Klage abzuweisen.

17

Zur Begründung wiederholt sie ihre Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden, wobei sie bezüglich der Ziffer 1 des Ausgangsbescheids auf ihren Vortrag im Verfahren 18 K 3186/12 verweist. 18

Darüber hinaus trägt sie hinsichtlich der Ziffer 4 des Ausgangsbescheids vor: Maßstab für die Bildung von Vergleichsgruppen sei der Wettbewerb unter Zugangsberechtigten, weil der Normzweck des § 1 Abs. 1 Satz 1 AEG sei, Marktteilnehmer vor Wettbewerbsnachteilen zu schützen. Dabei müssten sie dem selben Marktsegment zuzuordnen sein, wie sich aus § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG ergebe. Die Abgrenzung von verspäteten und pünktlichen Zugfahrten bedeutete dagegen letztlich, dass zwei Zugfahrten, nämlich eine nicht erheblich verspätete und eine weitere Zugfahrt, mit nur einer Zugfahrt, die verspätet sei, vergleichbar seien. In diesem Fall wäre der Leistungsumfang aber ein ganz anderer, weil der Anbieter zweier Zugfahrten einen höheren Erlös erzielen könne. Dass die Pünktlichkeit der Zugfahrten keine Rolle spiele, ergebe sich auch daraus, dass die Rechtsprechung Regel- und Sonderverkehre einander gegenübergestellt habe. Dann sei erst recht ein Vergleich zwischen Unternehmen, die völlig gleichartige Leistungen erbrächten, angemessen. Eine Kostenerhöhung könne den Diskriminierungsvorwurf nach dem Beschluss des OVG NRW vom 31.8.2007 (13 A 108/07) indes nur dann ausräumen, wenn sie seitens des EIU nachvollziehbar und überzeugend dargelegt und der Höhe nach gerechtfertigt sei. 19

Die angefochtene Ziffer 4 des Ausgangsbescheids richte sich ausschließlich gegen die Absicht der Klägerin, im Fall einer neuen Trassenzuweisung das volle Entgelt ein weiteres Mal zu verlangen. Die Beanstandung berühre nicht die Möglichkeit, eine neue Trassenzuweisung mit einem zusätzlichen Entgelt zu belegen. Die Beanstandung richte sich nicht gegen ein beabsichtigtes weiteres Entgelt, sondern gegen ein beabsichtigtes doppeltes Entgelt. Ebenso wenig sei beabsichtigt gewesen, einen Verstoß gegen § 14 Abs. 4 AEG zu rügen. Entgegen der Meinung der Klägerin komme es deshalb nicht darauf an, ob sie einem Zugangsberechtigten im Fall einer immensen Verspätung eine neue Zugtrasse zuweisen müsse. Tatsächlich gehöre die Durchführung verspäteter Zugtrassen aber selbstverständlich zu den Pflichtleistungen der EIU. Der Trassennutzungsvertrag sei kein Fixgeschäft. Sei der Klägerin ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar, könne sie nach den zivilrechtlichen Regelungen vom Vertrag zurücktreten, sei aber allein auf Schadensersatz verwiesen. Sei ihr ein Festhalten am Vertrag zuzumuten, weil eine Trasse frei sei, sei der Vertrag weiterhin durchzuführen und die Klägerin habe ebenfalls lediglich einen Anspruch auf Schadensersatz. Sollte die Klägerin der Auffassung sein, ab einer bestimmten Verspätung eine Zugtrasse nicht mehr durchführen zu müssen, müsse sie das Maß der erforderlichen Verspätung unter Berücksichtigung der Interessen der Zugangsberechtigten auf Basis konkreter betrieblicher Notwendigkeiten festlegen. Das sei hinsichtlich der in Rede stehenden 20-Stunden-Regelung nicht geschehen. Im Übrigen sei die von der Klägerin vorgetragene missbräuchliche Vorgehensweise, tatsächlich völlig neue Fahrten als lediglich verspätete auszugeben, in der Praxis nicht möglich. Dafür gebe es innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums nicht genügend Güterverkehr auf ein und derselben Strecke. Außerdem habe die Klägerin keine Regelung aufgestellt, nach der im Verspätungsfall sowohl eine Stornierung als auch, wenn die Zugfahrt noch stattfinden solle, eine neue Trassenanmeldung erforderlich sei. Vielmehr regele sie in Klausel 6.2.5.4 SNB 2013, dass alle Ansprüche erlöschen, die gegebenenfalls mit der vertraglichen Bindung in Bezug auf die Trassenvergabe verbunden gewesen wären. 20

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen. 21

Entscheidungsgründe 22

Die zulässige Klage ist hinsichtlich der Ziffer 1 des Bescheids der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (im Folgenden: Bundesnetzagentur - BNetzA -) vom 1.12.2011 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheids vom 4.7.2012 unbegründet, weil diese Bescheide insoweit rechtmäßig sind und die Klägerin deshalb nicht in ihren Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) (I.). Im übrigen angefochtenen Umfang sind die Bescheide dagegen rechtswidrig und wegen Verletzung der Rechte der Klägerin aufzuheben (II.) 23

I. 24

Rechtsgrundlage für den Widerspruch in Ziffer 1 des angefochtenen Bescheids vom 1.12.2011 ist § 14e Abs. 1 Nr. 4 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG). Danach kann die (Bundesnetzagentur als nach § 4 Abs. 1 Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz zuständige) Regulierungsbehörde nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d AEG innerhalb von vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen (im Folgenden: SNB) oder Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen (im Folgenden: NBS) nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG widersprechen, soweit die beabsichtigten Entscheidungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen. Diese Pflichten ergeben sich aus den §§ 14 bis 14f AEG sowie der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV). 25

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 13.10.2009 ? 13 1334/09 -, N&R 2010, 45. 26

Hier kann dahingestellt bleiben, ob der Widerspruch der BNetzA innerhalb der vierwöchigen Frist des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG rechtzeitig erfolgte, weil selbst dann, wenn er wegen Verspätung rechtswidrig wäre, die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt würde. Insoweit hat sie nämlich mit Schreiben vom 7.11.2011 erklärt, sich auf eine Verspätung nicht zu berufen, wenn ihr der Widerspruch bis einschließlich zum 1.12.2011 wirksam zugestellt werde. Die Zustellung dieses Bescheids erfolgte ausweislich des Empfangsbekennnisses am 1.12.2011. Im Übrigen hat die BNetzA die vierwöchige Frist tatsächlich eingehalten, weil diese Frist erst mit vollständiger Vorlage sämtlicher nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG vorzulegender Unterlagen zu laufen beginnt, wozu auch die Entgelthöhen gehören. 27

Vgl. VG Köln, Urteil vom 8.3.2013 - 18 K 116/12 -. 28

Außerdem gehört zu den die Widerspruchsfrist auslösenden vollständigen Unterlagen gemäß § 14d Satz 3 AEG die Darlegung des EIU zur Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG. § 14d Satz 3 AEG ist nicht deshalb ein Redaktionsversehen, weil diese Vorschrift sich sprachlich („dabei“) auf Satz 2 des § 14d AEG bezieht, der allein auf die beabsichtigten Entscheidungen des EIU i. S. d. § 14d Satz 1 Nrn. 1 bis 5 AEG, aber gerade nicht auf die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von SNB oder NBS einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen i. S. d. § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG abstellt, die indes als einzige der Nummern des § 14d Satz 1 AEG einen sinnvollen Bezug zur von § 14d Satz 3 AEG geforderten Darlegung der Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung mit der in § 14 Abs. 4 AEG geregelten Entgeltfestsetzung aufweist. Spricht bereits die intensive Befassung des Vermittlungsausschusses mit § 14d AEG gegen ein Redaktionsversehen, gilt § 14d Satz 3 AEG dennoch nicht nur im Fall einer freiwilligen Begründung der Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen seitens der EIU. 29

So Gerstner in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar (2006), § 14d Rdnr. 13. 30

Vielmehr bezieht sich § 14d Satz 3 AEG von vornherein ausschließlich auf § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG. Die Fassung des § 14d Satz 3 AEG ist lediglich sprachlich verunglückt. Die Wendung „dabei auch“ bezieht sich nicht auf Satz 2 des § 14d AEG, der wiederum auf Satz 1 Nrn. 1 bis 5 der genannten Vorschrift abstellt. Denn eine Darlegung der Übereinstimmung der Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG im Fall der Nrn. 1 bis 5 in Satz 1 der Vorschrift ergäbe mangels von diesen Nummern betroffener Entgeltfestsetzungen keinen Sinn. Ist eine Entgeltfestsetzung schon nicht Gegenstand der von § 14d Satz 1 Nrn. 1 bis 3 AEG erfassten beabsichtigten „Ablehnungen“ von Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen bzw. Zugang zu Serviceeinrichtungen, sondern bestehen diesbezüglich allenfalls Zusammenhänge zur Entgeltfestsetzung, ginge eine Bestimmung über eine Festsetzung eines Entgelts im Fall des § 14d Satz 1 Nr. 4 AEG, der Entscheidungen über Rahmenverträge betrifft, die keinerlei Entgeltfestsetzung beinhalten, offensichtlich vollends ins Leere. Bezieht sich danach Satz 3 des § 14d AEG nicht auf die vom vorhergehenden Satz in Bezug genommenen Nummern 1 bis 5 in § 14d Satz 1 AEG, kann er sich ausschließlich auf § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG beziehen, zu dem allein auch ein sinnvoller Bezug einer erforderlichen Darlegung der Übereinstimmung einer Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG besteht, weil dort Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen aufgeführt sind. Die Wendung „dabei“ in § 14d Satz 3 AEG bezieht sich demnach allein auf das in § 14d Satz 2 AEG genannte Erfordernis einer Begründung, die Wendung „auch“ ist im Sinne von „zusätzlich“ zu verstehen, weshalb EIU im Fall des § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG außer den dort genannten Anforderungen „auch“ die Übereinstimmung ihrer Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 AEG darzulegen haben.

So schon: VG Köln, Urteil vom 13.2.2013 - 18 K 116/12 -, S. 30 unten des amtlichen Abdrucks. 32

Die BNetzA hat zu Recht mit Ziffer 1 ihres Ausgangsbescheids den Klauseln 2.2.1 c) Satz 1 und 2.2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und Abs. 5 Satz 2 AGB-IN widersprochen, weil sie eisenbahnrechtswidrig sind. Diese beanstandeten Klauseln verstoßen gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 14 Abs. 6 AEG, weil sie das Zugangsrecht der Verloader zu den Schienenwegen der Klägerin unzulässig einschränken. 33

Das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur steht allen Zugangsberechtigten grundsätzlich in gleichem Umfang zu. Eine Abstufung dergestalt, dass die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG nur ein Anmelde-recht besitzen, die anderen Zugangsberechtigten hingegen ein Recht auf Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrags, hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen. Das folgt aus dem Wortlaut, der Systematik und der Entstehungsgeschichte der hier einschlägigen Vorschriften. 34

Vgl. VG Köln, Urteil vom 3.6.2013 - 18 K 3168/12 (zu NBS). 35

Bereits § 14 Abs. 2 AEG bestimmt den Kreis der Zugangsberechtigten unterschiedslos und ohne Abstufung. Dass den Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG nur ein eingeschränktes Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zugestanden werden sollte, ist auch den Gesetzesmaterialien zu § 14 Abs. 2 AEG nicht zu entnehmen. Vielmehr diene die Erweiterung des Kreises der Zugangsberechtigten um die Gruppe der Verloader der Stärkung des Schienengüterverkehrs, wie der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum Dritten Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 10.6.2004, 36

BT-Drucks. 15/3280, S. 18, 37

zu entnehmen ist. Auch § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG regelt allgemein das Zugangsrecht, ohne eine Abstufung nach der Art der Zugangsberechtigten zu machen. Das folgt auch aus § 14 38

Abs. 6 AEG, der nach seinem eindeutigen Wortlaut davon ausgeht, dass „die“ Zugangsberechtigten mit dem Betreiber der Infrastruktur einen Infrastrukturnutzungsvertrag abschließen. Dabei ist in der letztgenannten Vorschrift vorgesehen, dass die Einzelheiten des Vertragsabschlusses nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung vereinbart werden. Die Tatsache, dass bestimmte Zugangsberechtigte überhaupt kein Recht auf Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrags haben sollen, stellt sich zur Überzeugung der Kammer nicht als eine Einzelheit über den Vertragsschluss i. S. d. § 14 Abs. 6 AEG dar. Es hätte nicht nur angesichts der beispielhaften Aufzählung des Zeitpunkts und der Dauer der Nutzung nahe gelegen, dort erst recht den ungleich bedeutenderen potentiellen Ausschluss einzelner Zugangsberechtigter aufzunehmen, wenn der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber eine solche Regelungsmacht hätte einräumen wollen. Das wäre auch nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz (GG) erforderlich gewesen, weil danach Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz selbst bestimmt werden müssen. Ein Ausschluss einzelner Zugangsberechtigter ist außerdem von so essentieller Bedeutung, dass eine solche Regelung unmittelbar durch Gesetz hätte getroffen werden müssen.

Dabei ist davon auszugehen, dass sich das Zugangsrecht jedenfalls grundsätzlich als ein Recht auf Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrags darstellt. Für diese Auffassung stützt sich die Kammer zum einen auf Art. 2 b) der Richtlinie 2001/14/EG, wo der Begriff der Antragsteller so definiert ist, dass dort auch die Spediteure und Verloader als Antragsteller genannt sind, die ein wirtschaftliches Interesse am Erwerb von Fahrwegkapazität haben. Zwar stellt diese Bestimmung der Richtlinie es den Mitgliedstaaten ausdrücklich frei, ob sie auch diesen Personen ein Zugangsrecht einräumen, so dass sich ein Anspruch auf Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrags bei dieser Gruppe der Zugangsberechtigten nicht unmittelbar aus der Richtlinie ableiten lässt. Die Richtlinie zeigt jedoch auch für diese Gruppe ein Regelungsbild des Inhalts auf, dass es um den Erwerb von Fahrwegkapazität geht, der typischerweise durch Vertragsschluss mit dem Infrastrukturunternehmen erfolgt. Dieses Regelungsbild hat § 14 Abs. 6 AEG erkennbar aufgenommen, indem dort geregelt ist, dass die Zugangsberechtigten - unterschiedslos - mit dem Infrastrukturunternehmen einen Vertrag abschließen. 39

Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass das gesamte Regelwerk der Richtlinie 2001/14/EG und auch des Allgemeinen Eisenbahngesetzes zur Schaffung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur gedanklich auf der Vorstellung basiert, dass zwischen dem Zugangsberechtigten und dem Infrastrukturunternehmen ein Infrastrukturnutzungsvertrag geschlossen wird. Nur so lässt sich die große Bedeutung der Nutzungsbedingungen, die - mit Ausnahme bestehender Vorwirkungen - nur kraft Vertrags gelten, erklären. Auch die Entgelte haben ihren Geltungsgrund nur im Infrastrukturnutzungsvertrag. Ferner kommt es bei der Bildung von Vergleichsgruppen maßgeblich darauf an, diejenigen Zugangsberechtigten zu vergleichen, die - unter gleichen Bedingungen - um den Erwerb von Infrastrukturkapazitäten konkurrieren und die letztlich die entsprechende Kapazität im Wege des Abschlusses eines Infrastrukturnutzungsvertrags erhalten. Auch die diskriminierungsfreie Benutzung einer Infrastruktur lässt sich weitestgehend nur dadurch regeln, dass der Infrastrukturnutzungsvertrag Regelungen für den Fall von Leistungsstörungen enthält, die für alle Zugangsberechtigten in gleicher Weise Anwendung finden. 40

Auch die Gesetzesmaterialien lassen nicht den Schluss zu, dass der Gruppe der Verloader das Recht auf Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrags verwehrt werden sollte. In der Begründung zum Allgemeinen Teil des Entwurfs des Dritten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, 41

ist zur Berechtigung zum Zugang zur Eisenbahninfrastruktur lediglich ausgeführt:

„Das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur steht Eisenbahnverkehrsunternehmen, Haltern von Eisenbahnfahrzeugen, Unternehmen, die Güter mit der Eisenbahn transportieren, sowie Bund und Ländern (Zugangsberechtigte) zu. Die Regelungen zum Vertragsabschluss werden in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung festgelegt. Danach ist das Angebot zum Abschluss eines Vertrages über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur vom öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen je nach Sachlage gegenüber dem Zugangsberechtigten oder einem vom Zugangsberechtigten bezeichneten Eisenbahnverkehrsunternehmen abzugeben.“

Abgesehen davon, dass sich aus den oben dargestellten Gründen im Umkehrschluss aus § 14 Abs. 6 AEG ergibt, dass diese Norm den Verordnungsgeber nicht zum Ausschluss einzelner Zugangsberechtigter vom grundsätzlich erforderlichen Vertragsschluss ermächtigt, und der Ausschluss einer ganzen Gruppe von Zugangsberechtigten im Gesetz selbst hätte geregelt werden müssen, lassen auch die Gesetzesmaterialien eine derartige Beschränkung des Zugangsrechts nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennen. Insbesondere kann der Bezugnahme auf die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nicht entnommen werden, dass die Bestimmung der Vertragsparteien - und damit auch die Möglichkeit des Ausschlusses einer ganzen Gruppe von Zugangsberechtigten - der alleinigen Gestaltungsmacht des Verordnungsgebers überlassen werden sollte. Denn die daran anknüpfende Aussage, dass das Angebot zum Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrags „je nach Sachlage“ gegenüber dem Zugangsberechtigten oder gegenüber dem von ihm bezeichneten Eisenbahnverkehrsunternehmen (im Folgenden: EVU) abzugeben sei, kann auch dahin verstanden werden, dass damit lediglich dem Umstand Rechnung getragen wird, dass sich ein Zugangsberechtigter selbstverständlich (auch) dafür entscheiden kann, dass der Infrastrukturnutzungsvertrag zwischen einem von ihm benannten EVU und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen (im Folgenden: EIU) geschlossen werden soll. Als konkrete Ermächtigung des Verordnungsgebers zur Beschränkung des Zugangsrechts der Zugangsberechtigten in dem o.g. Sinne ist diese Aussage jedenfalls nicht zu verstehen.

Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausgeht, dass § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV i. V. m. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV für die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG nur ein eingeschränktes Zugangsrecht des Inhalts schaffen wollte, dass diese Zugangsberechtigten zwar einen Antrag auf Zuweisung von Schienenwegkapazität an ein anderes EVU beantragen, zu SNB und Entgeltlisten Stellung nehmen und Rahmenverträge nach § 13 EIBV abschließen können, aber kein eigenes Recht auf Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrags haben, verstößt die beanstandete Klausel gegen Eisenbahnrecht. Denn bei einem solchen Verständnis von § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV i. V. m. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV verstießen diese gegen das höherrangige Recht aus § 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 14 Abs. 6 AEG, weil sie einerseits im Widerspruch zu § 14 Abs. 6 AEG stünden und andererseits als eigenständige, von § 14 Abs. 6 AEG abweichende Bestimmungen in ihrem Regelungsumfang über die Ermächtigung in § 14 Abs. 6 AEG hinausgingen.

Da sowohl die Richtlinie 2001/14/EG als auch das Allgemeine Eisenbahngesetz von dem Regelungsbild ausgehen, dass die Zugangsberechtigten mit dem Infrastrukturunternehmen einen Infrastrukturnutzungsvertrag abschließen, in § 14 Abs. 6 AEG keinerlei Unterscheidung nach der Art der Zugangsberechtigten getroffen wurde und sich der Ausschluss von einem Nutzungsvertrag nicht als Einzelheit über den Abschluss eines Nutzungsvertrags darstellt,

verstieße eine Auslegung von § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV, die den Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG kein Recht auf Abschluss eines Infrastrukturnutzungsvertrags gewährte, gegen § 14 Abs. 6 AEG. Eine gesetzeskonforme Auslegung von § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV kann deshalb nur in der Weise erfolgen, dass der Begriff der Zuweisung ausnahmsweise untechnisch nicht als Angebot auf Abschluss eines Nutzungsvertrags verstanden wird, sondern lediglich dahin, dass den EVU mitgeteilt wird, dass sie die Infrastruktur nutzen können und dass der Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrags - grundsätzlich - mit dem antragstellenden Spediteur erfolgt.

Unabhängig davon, dass diese Auslegung zur Überzeugung der Kammer geboten ist, um ein gesetzteskonformes Verständnis des § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV herzustellen, ist diese Auslegung auch nicht etwa deshalb ihrerseits rechtswidrig, weil sie für die Klägerin zu schlechthin unzumutbaren Ergebnissen führte. Dafür spricht zum einen, dass die Klägerin in der Vergangenheit tatsächlich Verträge mit Verladern abgeschlossen hat. Zum anderen überzeugen die von der Klägerin angeführten Bedenken hinsichtlich des Sicherheitsmanagements nicht. Denn die Klägerin hat die Möglichkeit, mit den EVU Verträge hinsichtlich der Sicherheitsfragen abzuschließen. Dies ergibt sich schon daraus, dass sie entsprechend auch mit den von Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 AEG beauftragten EVU verfährt. Auch die Tatsache, dass die Verträge mit Spediteuren eher das Tagesgeschäft betreffen und nicht so langfristig zu planen sind, begründet keinen grundsätzlichen strukturellen Unterschied. 48

Auch die Ermessensentscheidung der BNetzA ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die angestellten Ermessenserwägungen sind sachgerecht und tragfähig. Das gilt insbesondere für die Erwägungen zur Wettbewerbsrelevanz der beanstandeten Klausel. Die Kammer teilt die Einschätzung der BNetzA, dass die Anzahl von mindestens neun betroffenen Unternehmen angesichts des Umstands, dass ein großer Teil der Gütertransportkilometer bei der Klägerin auf eine Konkurrentin aus dem DB Konzern, der DB T. Rail entfällt, nicht unerheblich ist, zumal diesem Unternehmen aufgrund seiner größeren Marktmacht und finanziellen Leistungsfähigkeit auch größere Spielräume bei der Frage offen stehen, wie es der ihm zugewiesenen Trassenkapazität nach einer Kündigung seitens eines Verladers umgeht. Außerdem schränkt die von der Klägerin gewählte Konstruktion bereits als solche das Zugangsrecht der betroffenen Unternehmen qualitativ nicht unbeträchtlich ein. Insbesondere der Verlust eines eigenen, originären Anspruchs aus dem Infrastrukturnutzungsvertrag wiegt schwer und wird auch durch den Hinweis der Klägerin, die Verlager hätten es schließlich in der Hand, das Vertragsverhältnis mit dem EVU geschickt auszugestalten, nicht ausgeglichen. Die getroffene Entscheidung ist auch nicht aus sonstigen Gründen unverhältnismäßig. Den angeführten Sicherheitsbedenken kann die Klägerin dadurch Rechnung tragen, dass sie mit den EVU Verträge über die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen schließt. Auch stehen die beiden von der BNetzA beanstandeten Halbsätze in einem inneren Zusammenhang, so dass der auf beide Halbsätze bezogene Widerspruch sachlich gerechtfertigt ist. Dass die Klägerin berechtigt ist, von den Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG bei der Antragstellung die Nennung der EVU zu verlangen, stellt die BNetzA nicht in Abrede. 49

II. 50

Dagegen ist die mit der Klage weiter angefochtene Ziffer 4 des Ausgangsbescheids in der Fassung des Widerspruchsbescheids, wonach die BNetzA der Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 widersprochen hat, aufzuheben, weil die angefochtenen Bescheide insoweit rechtswidrig sind und die Klägerin in ihren Rechten verletzen. Nach der genannten Klausel 51

soll der Zugangsberechtigte oder das einbezogene EVU im Fall einer Verspätung von mindestens 20 Stunden bereits am Anfangs- oder Übergangsbahnhof vom benachbarten Eisenbahninfrastrukturbetreiber bei fehlender Meldung der Abfahrtsbereitschaft zusätzlich zu dem nach Satz 1 der Klausel zu zahlenden vereinbarten Trassenentgelt das Entgelt für die von der Klägerin neu zugewiesene Trasse zahlen. Es kann hier offen bleiben, in wie weit das allgemeine Diskriminierungsverbot im Rahmen des § 14 Abs. 4 AEG gilt und ob dies wegen des auf Benutzung und Leistungen beschränkten Wortlauts des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG nur aufgrund des § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV der Fall ist.

Vgl. dazu: OVG NRW, Beschluss vom 20.8.2009 - 13 B 922/09 - .

52

Denn dem ausdrücklich auf einen Verstoß gegen das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verankerte Diskriminierungsverbot gestützten Widerspruch liegt jedenfalls kein solcher Verstoß zugrunde. Der Widerspruch der BNetzA beruht auf einem in mehrfacher Hinsicht unzutreffenden Verständnis von diesem Verbot, wie insbesondere die Ausführungen der BNetzA im Gerichtsverfahren belegen. Zunächst ist der Maßstab für die erforderliche Vergleichsgruppenbildung entgegen ihrer Ansicht nicht dem in § 1 Abs. 1 Satz 1 AEG niedergelegten Normzweck zu entnehmen.

53

So wohl aber noch OVG NRW, Beschluss vom 16.2.2008 - 20 B 758/05 -, S. 4 des amtlichen Abdrucks, allerdings unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerwG zum Telekommunikationsrecht.

54

Abgesehen davon, dass dort nicht lediglich der von der BNetzA ins Feld geführte Wettbewerb unter Zugangsberechtigten, sondern auch die von der Eisenbahnregulierung ebenfalls zu berücksichtigende Gewährleistung eines attraktiven Verkehrsangebots auf der Schiene aufgeführt ist, geht es dem Allgemeinen Eisenbahngesetz, das anders als das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufgebaut ist, nicht darum, Marktteilnehmer vor einer Vielzahl von Wettbewerbsnachteilen zu schützen, sondern allein darum, den Wettbewerb vor Diskriminierungen zu schützen, wozu das Diskriminierungsverbot und die dieses Verbot speziell ausgestaltenden Normen, wie etwa § 14 Abs. 5 AEG,

55

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

56

oder § 14 Abs. 4 AEG dienen. Das gesetzlich so ausgestaltete Diskriminierungsverbot berücksichtigt zwar das gesetzliche Ziel des Wettbewerbs, ist aber weder mit Letzterem gleichzusetzen noch durch Letzteres determiniert. Denn auch bei der Bestimmung eines eine Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigenden Grundes sind die in § 1 Abs. 1 Satz 1 AEG aufgeführten Gesetzesziele lediglich zu berücksichtigen.

57

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23.3.2010 - 13 B 247/10 - a. a. O.; VG Köln, Urteil vom 8.3.2013 - 18 K 116/12 -, S. 29 des amtlichen Abdrucks.

58

Indem die BNetzA bei der Prüfung des so eingegrenzten Diskriminierungsverbots auf den objektiven Leistungsumfang in Form einer oder einer zweiten Zugfahrt verweist, stellt sie zudem letztlich auf die Nutzung der Infrastruktur ab. Auch die Nutzung ist jedoch nicht der maßgebliche Bezugspunkt für die Feststellung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG. Vielmehr beinhaltet das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot die Gleichbehandlung „beim Zugang“ zur Eisenbahninfrastruktur.

59

60

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23.3.2010 - 13 B 247/10 -, S. 5/6 des amtlichen Abdrucks (zu § 14 Abs. 5 Satz 2 AEG a.F.)

Das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot gilt 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.

61

Vgl. VG Köln, Urteil vom 19.4.2013 - 18 K 7128/11 -, S. 15 des amtlichen Abdrucks.

62

Das Trassenzuweisungsverfahren wird gemäß §§ 11 Abs. 1 Satz 1 und 14 Abs. 1 Satz 1 EIBV durch Ablehnung des Zuweisungsantrags oder Angebot zum Abschluss eines Trassennutzungsvertrags, der nach § 14 Abs. 6 AEG und § 11 Abs. 4 Satz 2 EIBV für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur erforderlich ist, beendet.

63

Weil die beanstandete Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 letztlich auf den Abschluss eines (neuen) Vertrags abstellt, unterscheidet sie eisenbahnrechtskonform Sachverhalte, die bereits nicht miteinander vergleichbar sind und deshalb nicht zur Begründung einer rechtlichen Diskriminierung herangezogen werden können. Entgegen der Ansicht der BNetzA hat die Klägerin nämlich eine Regelung aufgestellt, nach der im Verspätungsfall eine neue Trassenanmeldung erforderlich ist, wenn die Zugfahrt noch stattfinden soll. Sie nimmt nämlich in Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 für alle Zugangsberechtigten bzw. die einbezogenen EVU auf das jeweils konkrete Zuweisungsverfahren Bezug, indem sie auf die „neu zugewiesene Trasse“ verweist, die bei einer Verspätung eines Zugs von mindestens 20 Stunden erforderlich ist, wenn das EVU die Durchführung der Fahrt weiterhin wünscht. Eine neue Zuweisung ist in diesem Fall aufgrund der (von der BNetzA auch nicht gemäß § 14f AEG beanstandeten und deshalb) nach § 4 Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 Halbsatz 1 EIBV anzuwendenden Klausel 3.5.4.1.1 AGB-IN erforderlich, weil diese bestimmt, dass eine Trasse bei einer Verspätung von mindestens 20 Stunden ihre Gültigkeit verliert. Diese Regelung wirkt sich auf das Rechtsverhältnis aus, weil sich die „Gültigkeit“ nicht auf die Trasse als reine Objektbeschreibung beziehen kann. Demgemäß regelt Klausel 3.5.4.1.3

64

AGB-IN, dass in einem solchen Fall dem Zugangsberechtigten bzw. dem einbezogenen EVU eine neue Trasse zuzuweisen ist. Diese Verpflichtung der Klägerin folgt jedoch entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der BNetzA nicht bereits aus dem mit dem Zugangsberechtigten geschlossenen Trassennutzungsvertrag. Vielmehr ist dafür der Abschluss eines neuen Trassennutzungsvertrags erforderlich. Denn (auch) für eine (neue) Zuweisung einer Trasse bedarf es nach dem insoweit ebenfalls unbeanstandet gebliebenen Klauselwerk der Klägerin eines neuen Trassennutzungsvertrags. Das klägerische Klauselwerk setzt nämlich jede Zuweisung einer Trasse mit einem Einzelnutzungsvertrag gleich, weil es für die Nutzung jeder einzelnen Trasse einen Einzelnutzungsvertrag fordert. Das ist der unter „Allgemeines“ geführten und deshalb insoweit maßgeblichen Klausel 2.1 Satz 1 AGB-IN zu entnehmen. Danach kommt der „Einzel“nutzungsvertrag, wie seine Bezeichnung bereits andeutet, über die jeweils konkrete Nutzung „einer“ Trasse zwischen der Klägerin und dem Zugangsberechtigten oder dem einbezogenen EVU zustande. Dem steht nicht die Regelung der Klausel 3.1.1 Satz 1 AGB-IN entgegen, wonach mit dem Abschluss des Einzelnutzungsvertrags dem Zugangsberechtigten oder dem einbezogenen EVU das Nutzungsrecht an „den Zugtrassen“ im vertraglich vereinbarten Umfang eingeräumt wird. Denn unter der Überschrift „2.3 Vertragsarten“ bestimmt die damit ebenfalls insoweit einen Grundsatz regelnde Klausel 2.3.2 Satz 1 SNB 2013, dass der Einzelnutzungsvertrag dem Zugangsberechtigten oder dem einbezogenen EVU das Nutzungsrecht an „der“ Zugtrasse im vertraglich vereinbarten Umfang einräumt. Demgemäß liegt dem gesamten Klauselwerk der Klägerin trotz des an mehreren Stellen im Zusammenhang mit der Trasse verwendeten Plurals und des insoweit sprachlich bedingten, aber inhaltlich indifferenten Begriffs des „Trassen“angebots die Vorstellung zugrunde, dass grundsätzlich die Nutzung jeder einzelnen Trasse des Abschlusses eines Einzelnutzungsvertrags bedarf. So ist trotz der sprachlich bedingten Fassung des Begriffs „Trassen“angebot in Klausel 4.2.1.14 Satz 3 SNB 2013 von der Zuweisung der angemeldeten „Trasse“ die Rede. Ebenso regelt Klausel 4.2.2.10 Satz 3 SNB 2013 die Fiktion einer Angebotsannahme, wenn nicht unverzüglich erklärt wird, die „angebotene Trasse“ nicht nutzen zu wollen.

Diese Auslegung steht auch nicht im Widerspruch zur Trassenzuweisung im Rahmen des Netzfahrplans. Denn die wiederkehrenden Verkehrstage, an denen eine bestimmte Strecke befahren werden soll, begründen nicht das Erfordernis entsprechend vieler Einzelnutzungsverträge, sondern werden jeweils von nur einem einzigen Einzelnutzungsvertrag erfasst. Eine Trasse wird hinsichtlich der Zeit nur durch die Uhrzeit an einem bestimmten Wochentag, nicht aber durch die Zahl der Verkehrstage bestimmt, wie der Klausel 5.3.2 SNB 2013 zu entnehmen ist. Nach deren Satz 3 Unterpunkt 2 führt eine vom Zugangsberechtigten oder dem einbezogenen EVU veranlasste Änderung nach Übermittlung des Trassenangebots an diese nur dann zu einer Neu- oder Umkonstruktion der Trasse, wenn deren zeitliche Lage ohne Veränderung der Verkehrstage verschoben werden soll, wohingegen nach Satz 4 Unterpunkt 2 keine Änderung von Trassen vorliegt, wenn eine Trasse an einem oder mehreren Verkehrstagen abbestellt wird. Daraus folgt trotz der sprachlichen Ungenauigkeiten, dass es auch dann bei einer Trasse verbleibt, wenn einzelne Verkehrstage abbestellt werden. Entsprechend ist nach Satz 1 Unterpunkt 2 der (von Klausel 5.3.2 Satz 5 SNB 2013 in Bezug genommenen) Klausel 6.2.5.4 SNB 2013 die Abbestellung einer Trasse an einem oder an mehreren Verkehrstagen (nur) ein Stornierungsfall, wohingegen nach dem von der Beklagten in ihrer Klageerwidernung in Bezug genommenen Satz 2 dieser Klausel erst dann alle Ansprüche aus der vertraglichen Bindung in Bezug auf die Trassenvergabe erlöschen, wenn alle Verkehrstage storniert werden. Das bedeutet indes auch für einen Zug, für den eine Trasse gemäß dem Netzfahrplan zugewiesen wurde, bei einer Verspätung von mindestens 20 Stunden nicht, dass die Zuweisung einer nach allem wegen der verschobenen Tageszeit ebenfalls erforderlichen neuen Trasse eine Pflicht der

Klägerin aus dem bereits geschlossenen und noch weiter geltenden Trassennutzungsvertrag ist. Denn auch die zeitliche Verschiebung der Trasse unter Beibehaltung des selben Verkehrstags stellt eine neue Trasse dar, wie sich mittelbar aus Klausel 5.3.2 Satz 3 Unterpunkt 2 SNB 2013 ergibt, wonach auch eine vom Zugangsberechtigten oder dem einbezogenen EVU veranlasste Änderung nach Übermittlung des Trassenangebots an diese zu einer Neu- oder Umkonstruktion der Trasse führt, wenn deren zeitliche Lage ohne Veränderung der Verkehrstage verschoben werden soll. Das selbe gilt erst recht für eine zeitliche Verschiebung, die zur Nutzung der Trasse an einem anderen Tag als dem vereinbarten Verkehrstag führt. Für die Zuweisung der neuen Trasse ist indes ein neuer Trassennutzungsvertrag erforderlich, wie oben erläutert worden ist.

An dem aus diesen Gründen folgendem Ergebnis, dass die beanstandete Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 wegen der über das unbeanstandet gebliebene Klauselwerk der Klägerin erfolgten Bezugnahme auf einen neuen Trassennutzungsvertrag i. S. d. § 14 Abs. 6 AEG nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstößt, ändert auch der von der BNetzA ins Feld geführte Beschluss des

OVG NRW vom 31.8.2007 - 13 A 108/07 -, vorgehend: VG Köln, Urteil vom 20.10.2006 - 18 K 2670/05 -,

wonach sogar Regel- und Sonderverkehre einander gegenübergestellt würden, nichts. Denn diese Entscheidung beansprucht ebenfalls nur Geltung innerhalb des dargelegten Systems, das dem Diskriminierungsverbot zugrundeliegt.

Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht der BNetzA ist auch nicht allein die Aufhebung der Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 deshalb ausreichend, um eisenbahnrechtskonforme Zustände herzustellen, weil die nicht beanstandete Klausel 3.5.4.1.1 AGB-IN erst durch die beanstandete Klausel rechtswidrig geworden wäre. Denn die unbeanstandete, das Erlöschen des Schuldverhältnisses regelnde Klausel 3.5.4.1.1 AGB-IN ist über die ebenfalls unbeanstandeten, die Erforderlichkeit eines Einzelnutzungsvertrags für jede einzelne Trasse regelnden Klauseln 2.3.2 Satz 1 SNB 2013 und 2.1 Satz 1 AGB-IN mit der beanstandeten, die doppelte Entgeltzahlung regelnden Klausel 6.2.5.14 Satz 2 SNB 2013 dergestalt rechtssystematisch verknüpft, dass die letzte Klausel die rechtssystematisch entgeltmäßige Folge der das Schuldverhältnis konkretisierenden erstgenannten Klauseln darstellt.

Bereits daraus folgt zugleich, dass das aus der beanstandeten Klausel resultierende doppelte Entgelt für die Einräumung zweier Trassen bei lediglich einer Zugfahrt nicht seinerseits diskriminierend ist. Denn eine rechtssystematisch zwangsläufige oder zumindest logische Folge einer rechtlich zulässigen Ungleichbehandlung kann nicht ihrerseits eine unzulässige Ungleichbehandlung sein.

Selbst wenn man diesbezüglich anderer Auffassung sein sollte, liegen keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung vor. Auch in diesem Zusammenhang verfängt nicht der Hinweis der BNetzA auf den Beschluss des

OVG NRW vom 31.8.2007 - 13 A 108/07 -, vorgehend: VG Köln, Urteil vom 20.10.2006 - 18 K 2670/05 -,

wonach eine Kostenerhöhung den Diskriminierungsvorwurf nur dann ausräumen kann, wenn sie seitens des EIU nachvollziehbar und überzeugend dargelegt und der Höhe nach gerechtfertigt ist. Denn die Ausführungen der BNetzA dazu, dass ihr eine eingehendere

Prüfung mangels ausreichender Angaben der Klägerin nicht möglich gewesen sei, reichen nicht für die Bejahung einer Diskriminierung. Soweit dies im Fall eines Diskriminierungspotentials,

vgl. OVG NRW, Urteil vom 23.9.2010 - 13 A 172/10 -, Beschluss vom 19.11.2008 - 13 B 1543/08 -, 74

etwa aufgrund einer versteckten Diskriminierung, 75

vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 22.7.2009 - 13 B 830/09 -, vom 19.11.2008 - 13 B 1543/08 -, vom 15.2.2008 - 13 B 2091/07 - und vom 28.1.2008 - 13 B 2024/07 -; VG Köln, Urteil vom 4.12.2009 - 18 K 4918/07 -, 76

bejaht wird, hat die BNetzA hier weder auf das eine noch auf das andere abgestellt oder auch nur entsprechende Umstände aufgezeigt. Solche sind auch nicht ersichtlich. Nicht ausreichend dafür ist, dass die beanstandete Klausel sich allein auf den Schienengüterverkehr auswirken dürfte, weil gerade bei ihm längere Verspätungen auftreten. Denn insoweit besteht der sachliche Grund für eine Ungleichbehandlung dieses Verkehrs mit dem Schienenpersonennah- und -fernverkehr darin, dass die beanstandete Klausel nur auf tatsächliche Umstände reagiert, die in der überwiegenden Zahl der Fälle gerade beim Schienengüterverkehr auftreten. 77

Nicht prüfbare Entgelte allein führen indes deshalb nicht automatisch zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, weil ein solcher Verstoß ersichtlich sein muss. Ein dafür gegebenenfalls ausreichendes Diskriminierungspotential muss jedenfalls greifbar sein. 78

Vgl. OVG NRW, Urteile vom 23.9.2010 - 13 A 172/10 - und vom 17.6.2010 - 13 A 2557/09 -, Beschluss vom 28.1.2008 - 13 B 2024/07 -. 79

Aus diesem Grund ist für die Bejahung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot zusätzlich zur bloßen Unmöglichkeit, Entgelthöhen zu prüfen, erforderlich, dass sonstige Anhaltspunkte für eine Diskriminierungsmöglichkeit vorliegen müssen. Diese haben dann zur Folge, dass ein Diskriminierungspotential mangels prüfbarer Entgelthöhen nicht entkräftet werden kann und deshalb als greifbar anzusehen ist. 80

So etwa bei OVG NRW, Beschluss vom 31.8.2007 - 13 A 108/07 -, S. 7 des amtlichen Abdrucks und bei VG Köln, Urteil vom 8.3.2013 - 18 K 116/12 - (jeweils zu nicht nachvollziehbaren ungleichen Entgelten für gleichartige Leistungen, die hier wegen des erforderlichen weiteren Vertragsschlusses gerade nicht vorliegen). 81

Anderenfalls würde jede nicht nachvollziehbare Entgeltberechnung automatisch einen Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot i. S. d. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG bzw. gegebenenfalls des § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV darstellen. 82

Vielmehr geht es der BNetzA, wie insbesondere aus dem Widerspruchsbescheid ersichtlich wird, allein um ein „ungerechtfertigt hohes“ Entgelt. Die von ihr beanstandete Höhe des Entgelts ist jedoch eine Frage der von den Zivilgerichten zu prüfenden §§ 307 oder 315 BGB, des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder allenfalls des § 14 Abs. 4 AEG, der indes mangels Intention der BNetzA, die angefochtenen Bescheide wegen eines Verstoßes gegen diese Vorschrift zu beanstanden, nicht Gegenstand ihres Widerspruchs und damit auch nicht des vorliegenden Verfahrens ist. 83

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Satz 1 VwGO. 84

Die Berufung ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gemäß § 124a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zugelassen worden.

85

