



- Per Bote gegen Empfangsbekanntnis -

DB Netz AG
Netzzugang / Regulierung



Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
I.NM-S-K vom 04.10.2012
und 12.10.2012

Mein Zeichen, meine Nachricht vom
10.040-F-12-330

Sie erreichen mich
Tel: 0228
Fax: 0228
E-Mail:

Bonn
18.10.2012

Zugang zu der Serviceeinrichtung [REDACTED], Gleis [REDACTED]

Mitteilung nach § 14d Satz 1 Nr. 3 AEG

Widerspruch nach §14e Abs. 1 Nr. 1 AEG gegen die beabsichtigte Ablehnung eines Zugangsantrags

Sehr [REDACTED]

mit E-Mail vom 04.10.2012 informierte die DB Netz AG die Bundesnetzagentur gemäß § 14d Satz 1 Nr. 3 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) über die beabsichtigte Ablehnung eines Zugangsantrages der H [REDACTED]

Sie hatten mich mit E-Mail vom 04.10.2012 über zwei Konflikte in [REDACTED] unterrichtet. Ich hatte Ihnen mit Schreiben vom 10.10.2012 mitgeteilt, dass ich hierin zwei Mitteilungen nach § 14d Satz 1 Nr. 3 AEG sehe, die ich aber zunächst aufgrund der gemeinsamen Begründung verbinde. In einem Fall hat die H [REDACTED] für die Netzfahrplanperiode 2013 die Nutzung eines mindestens [REDACTED] langen Gleises, [REDACTED] für die Nutzungszeitfenster [REDACTED] in der Serviceeinrichtung [REDACTED] oder in der Serviceeinrichtung [REDACTED] beantragt. Ich führe die Mitteilung zu diesem Antrag unter dem Aktenzeichen 10.040-F-12-329. Im Weiteren hat die H [REDACTED] die durchgehende Nutzung des Gleises [REDACTED] in [REDACTED] für die Netzfahrplanperiode 2013 beantragt. Diesen Antrag führe ich unter der Verfahrensnummer 10.040-F-12-330.

Da die Fälle aber zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Entscheidung über den Widerspruch nach § 14e Abs. 1 Nr. 1 AEG führen, trenne ich die Verfahren nunmehr wieder. Der nachfolgende Bescheid ergeht zu der beabsichtigten Ablehnung im Konflikt über die Nutzung des Gleises [REDACTED] in [REDACTED] (10.040-F-12-330).

Nach Prüfung und Bewertung der übersandten Unterlagen kommt die Bundesnetzagentur zu dem Ergebnis, dass die DB Netz AG bei Durchführung des Verfahrens zur Zuweisung von Kapazitäten nicht allen eisenbahnrechtlichen Anforderungen genügt hat und erlässt deshalb nachfolgenden:

- Bescheid -

1. Die Bundesnetzagentur widerspricht der mit Schreiben vom 04.10.2012 mitgeteilten beabsichtigten Entscheidung der DB Netz AG, den Antrag der H [REDACTED] [REDACTED], vom 14.08.2012 auf Zugang zum Gleis [REDACTED] in der Serviceeinrichtung [REDACTED] für eine durchgehende, [REDACTED] Nutzung vom 09.12.2012 bis zum 14.12.2013 abzulehnen.
2. Die DB Netz AG wird verpflichtet, gemäß § 14e Abs. 3 Nr. 1 AEG unter Beachtung der Vorgaben der Bundesnetzagentur bis zum 09.11.2012 über den Zugangsantrag der H [REDACTED] neu zu entscheiden und der Bundesnetzagentur unter der gleichen Frist ihre Entscheidung mitzuteilen.
3. Für den Fall der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung der in Ziffer 2 genannten Verpflichtung, wird ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 EUR angedroht.

Begründung

I. Sachverhalt

Die DB Netz AG (Bescheidadressatin) betreibt deutschlandweit Eisenbahninfrastruktur, darunter auch zahlreiche Serviceeinrichtungen im Sinne von § 2 Abs. 3c Allgemeines Eisenbahngesetz. Sie ist auch Betreiberin der streitgegenständlichen Serviceeinrichtung in [REDACTED].

Die Beteiligten, H [REDACTED] und D [REDACTED] nutzen den Bahnhof [REDACTED] seit [REDACTED] gemeinsam, wobei H [REDACTED] die Gleise [REDACTED] und [REDACTED] bis zum 08.12.2012 (Kenntnis aus einem früheren Verwaltungsverfahren 10.040-F-11-605, [REDACTED] und die D [REDACTED] die übrigen Gleise in [REDACTED] seit vielen Jahren angemietet hat. Beide Unternehmen nutzen die Gleise in [REDACTED], um die hinter der Serviceeinrichtung liegenden Anschließer, insbesondere [REDACTED], mit verschiedenen Verkehrsleistungen zu bedienen. Dem jetzt vorliegenden Nutzungskonflikt sind seit Anfang 2011 Nutzungskonflikte zwischen den Beteiligten vorausgegangen, die schon Gegenstand unterschiedlicher Prüfungsverfahren der Bundesnetzagentur waren.

Am 14.08.2012 hat die H [REDACTED] in der Serviceeinrichtung [REDACTED] die Gleise [REDACTED] und [REDACTED] für eine [REDACTED] Nutzung vom 09.12.2012 bis zum 14.12.2013 angemeldet. Daneben hat sie mit gleichem Datum und Formular die Nutzung weiterer Gleise in unterschiedlichen Serviceeinrichtungen beantragt. Von den genannten Gleisen ist Gleis [REDACTED] von einem Nutzungskonflikt betroffen.

Der Einzelnutzungsvertrag der D [REDACTED] ist für Gleis [REDACTED] mit einer Laufzeit bis [REDACTED] ausgewiesen. Er steht jedoch unter einer auflösenden Bedingung mit der Folge, dass die vertraglich vereinbarten Nutzungen bei Entstehen eines Nutzungskonflikts wie eine Neuanmeldung behandelt werden. Dies hat zur Folge, dass nach den Regelungen in den derzeit geltenden Nutzungsbedin-

gungen für Serviceeinrichtungen (NBS 2013) der Bescheidadressatin die Entscheidung im Konfliktlösungsverfahren bei zeitgleichen, nicht mit einander zu vereinbarenden Nutzungen nicht nach den Regelungen der Ziffer 3.3.1.2 lit. a) der NBS-BT 2013 abschließend, sondern auch nach den Regelungen in den Ziffern 3.3.1.2 lit. b) bis d) der NBS-BT 2013 getroffen wird.

Nach Ansicht der Bescheidadressatin liegen mit dem Antrag der H [REDACTED] vom 14.08.2012 und den Anmeldungen der D [REDACTED] auf dem Gleis [REDACTED] zeitgleiche, miteinander nicht zu vereinbarende Nutzungen nach § 10 Abs. 5 Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) vor.

Aus diesem Grund hat die Bescheidadressatin am 02.10.2012 ein Koordinierungsgespräch mit den Konfliktbeteiligten geführt, in dem keine einvernehmliche Lösung gefunden wurde.

Die Bescheidadressatin hat deshalb eine Konfliktentscheidung nach Ziffer 3.3.1.2 lit. c) ihrer NBS-BT 2013 zu Lasten der H [REDACTED] getroffen. In Anwendung der oben genannten Regelung ist die Bescheidadressatin der Ansicht, die D [REDACTED] genieße mit ihren angemeldeten Nutzungen auf Gleis [REDACTED] Vorrang und dies rechtfertige die Absicht der Bescheidadressatin, den Antrag der H [REDACTED] vom 14.08.2012 abzulehnen.

Die Regelung der Ziffer 3.3.1.2 der NBS-BT 2013 ist Teil eines mit der Neufassung der NBS 2013 neu eingeführten Konzeptes der Bescheidadressatin zur Zuweisung von Kapazitäten in ihren Serviceeinrichtungen.

Die wesentliche Neuerung war, dass sie von der Möglichkeit, Gleise in ihren Serviceeinrichtungen zeitlich unbegrenzt zu vermieten, Abstand genommen hat und nun die Dauer der Nutzungsverträge längstens auf die Dauer der jeweils kommenden Netzfahrplanperiode beschränkt (vgl. Ziffer 3.1.5 der NBS-BT 2013). Eine Netzfahrplanperiode dauert von einem Fahrplanwechsel im Dezember eines Jahres (§ 8 Abs. 2 EIBV) bis zum nächsten Fahrplanwechsel im Dezember des Folgejahres. Lediglich die Verträge, die vor Geltungsbeginn der NBS 2013 (11.04.2012) abgeschlossen wurden und für eine Laufzeit über die Netzfahrplanperioden hinaus, teilweise mit Laufzeiten bis 2020, gelten (sog. Altverträge), werden im Rahmen einer Übergangslösung gesondert betrachtet.

Neben der Laufzeitbegrenzung hat die Bescheidadressatin auch ein neues Konfliktlösungsregime aufgebaut, nach dem Nutzungskonflikte zwischen Anmeldungen bzw. zwischen Anmeldungen und laufenden Verträgen gelöst werden (vgl. Ziffer 3.3.1.2 und 3.3.1.3 der NBS-BT 2013). Das Konfliktlösungsregime enthält auch Ansätze zur Umsetzung der Ergebnisse, die die Bundesnetzagentur zusammen mit dem Markt zur Verbesserung eines diskriminierungsfreien Zugangs in Serviceeinrichtungen entwickelt hat und die im sogenannten Positionspapier zum Zugang zu Rangierbahnhöfen und anderen Zugbildungsanlagen dargelegt sind.

Der Mitteilung vom 04.10.2012, die am 04.10.2012 per E-Mail eingegangen ist und die eine kurze Erläuterung der Bescheidadressatin zu dem von ihr durchgeführten Konfliktlösungsverfahren enthält, waren die nachfolgend aufgelisteten weiteren Unterlagen beigelegt:

- Das Gesprächsprotokoll über das Koordinierungsverfahren für die Betriebsstellen [REDACTED] und [REDACTED].
- Die sogenannten EBI (Einzelbestellung Infrastruktur) zwischen der Bescheidadressatin und der D [REDACTED] über die Nutzung unterschiedlicher Gleise in den Serviceeinrichtungen [REDACTED] (Gleise [REDACTED] und [REDACTED]) und [REDACTED] (Gleise [REDACTED] und [REDACTED]) sowie der Nachtragsvertrag, der für Einzelnutzungsverträge eine auflösende Bedingung in Ziffer 2 enthält. Die EBI entstehen aus einem Datenaustausch zwischen der Bescheidadressatin und der D [REDACTED] und sollen für diese Geschäftsbeziehung eine elektronische Variante der Nutzungsvereinbarungen über die einzelnen Gleise darstellen (Einzelnutzungsverträge).
- Die Darstellung der Entgeltvergleiche im vorliegend streitigen Konfliktfall [REDACTED] zu Gleis [REDACTED] sowie die Darstellung der Entgeltvergleiche im Konfliktfall [REDACTED] bzw. [REDACTED] zu [REDACTED] Gleis, [REDACTED]. (10.040-F-12-329)

- Die Dokumentationen der Entscheidung in den beiden Konfliktfällen.
- Eine Auflistung aller Gleise mit mindestens [REDACTED] (10.040-F-12-329).

Auf Hinweis der Bundesnetzagentur wurden am 05.10.2012 weitere Unterlagen geliefert.

Die Bundesnetzagentur hat die H [REDACTED] und die D [REDACTED] zum Verfahren hinzugezogen.

Die Bundesnetzagentur hat der Bescheidadressatin sowie den Hinzugezogenen mit Schreiben vom 10.10.2012 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Von der Gelegenheit zur Stellungnahme hat die Bescheidadressatin und die H [REDACTED] jeweils mit Schreiben vom 12.10.2012 Gebrauch gemacht. Der Stellungnahme der Bescheidadressatin waren weitere Anlagen beigelegt:

- Vorläufige, von der D [REDACTED] erstellte Gleisbelegungspläne für die Gleise [REDACTED] und [REDACTED] sowie [REDACTED] bis [REDACTED] in [REDACTED] und für die Gleise [REDACTED] bis [REDACTED] sowie 3 bis [REDACTED] in [REDACTED].
- Weitere Trassenvereinbarungen.
- Ein geänderter Entgeltvergleich im vorliegend streitigen Konfliktfall bzgl. Gleis [REDACTED] in [REDACTED].
- Eine kurze Darstellung der Entgeltberechnungen.

Die H [REDACTED] hat ihrer Stellungnahme ihre unterschriebene Sammelanmeldung vom 14.08.2012 beigelegt, die unter anderem die konfliktbehaftete Anmeldung für das Gleis [REDACTED] in [REDACTED] enthält. Darüber hinaus hat sie die Trassenvereinbarung für den Zug Nr. [REDACTED] beigelegt.

Das Bundeskartellamt wurde von der Entscheidung gemäß § 14b Abs. 2 AEG informiert.

II. Rechtslage

Gemäß § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundes-eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) ist die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde für die Überwachung der Einhaltung der Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuständig.

§ 14b Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) weist die Aufgabe, die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen, der Regulierungsbehörde und damit der Bundesnetzagentur zu. Hierzu gehört gem. § 14b Abs. 1 Nr. 3 AEG insbesondere die Überprüfung des Zugangs zu Serviceeinrichtungen einschließlich der damit verbundenen Leistungen.

Die Bundesnetzagentur hat die Bescheidadressatin sowie die Hinzugezogenen gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) angehört, indem sie ihnen mit Schreiben vom 10.10.2012 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat.

Zentrale Norm der Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ist § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG. Danach sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die dis-

diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen in dem von der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) bestimmtem Umfang zu gewähren. In der EIBV sind insbesondere auch Regelungen zur inhaltlichen Ausgestaltung des Verfahrens über die Beantragung, Prüfung und Zuweisung von Nutzungskapazitäten einer Eisenbahninfrastruktur aufgestellt. Diese Pflichten richten sich an öffentliche Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Die Bescheidadressatin betreibt Serviceeinrichtungen i.S.v. § 2 Abs. 3c AEG. Sie ist damit gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verpflichtet, den Zugang zu ihrer Infrastruktur sowie deren diskriminierungsfreie Benutzung zu gewährleisten. Eine Ausnahme i.S.v. § 14 Abs. 1 Satz 4 und 5 AEG liegt nicht vor. Sie ist damit als öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen i.S.v. § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 2 AEG einzuordnen und hat insoweit die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu beachten.

1. Zu Ziffer 1 des Tenors

Gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 1 AEG kann die Bundesnetzagentur nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d Satz 1 Nr. 3 AEG innerhalb von zehn Arbeitstagen einer beabsichtigten Entscheidung über den Zugang zu Serviceeinrichtungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens widersprechen, wenn diese Entscheidung nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entspricht.

Die Bundesnetzagentur widerspricht gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 1 AEG der von der Bescheidadressatin am 04.10.2012 gemäß § 14d Satz 1 Nr. 3 AEG mitgeteilten beabsichtigten Ablehnung des Nutzungsantrags der H■■■■ vom 14.08.2012 für Gleis ■■■■ in ■■■■■■■■■■. Grund hierfür ist, dass die vorgenannte Entscheidung mit den eisenbahnrechtlichen Vorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur nicht zu vereinbaren ist.

Hierzu im Einzelnen:

Die beabsichtigte Entscheidung der Bescheidadressatin, den Antrag der H■■■■ auf Nutzung des Gleises ■■■■ in ■■■■■■■■■■ für eine ■■■■■ Nutzung vom 09.12.2012 bis zum 14.12.2013 abzulehnen, ist eisenbahnrechtswidrig.

a.) **Verstoß gegen § 10 Abs. 1 i.V.m. 4 Abs. 6 EIBV und gegen § 14 Abs. 1 Satz AEG, 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV**

Die Entscheidung der Bescheidadressatin im hier streitigen Konfliktverfahren basiert auf einer falschen Anwendung der Regelungen in Ziffer 3.3.1.2 lit. c) ihrer NBS-BT 2013.

Dadurch wird der H■■■■ die Chance genommen, sich im sogenannten Höchstpreisverfahren nach dem Entscheidungskriterium in Ziffer 3.3.1.2 lit. d) der NBS-BT 2013 durchzusetzen. Hierdurch wird in der Folge auch das Recht der H■■■■ auf diskriminierungsfreien Zugang gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG und § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV verletzt.

aa.) **Verstoß gegen § 10 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 6 EIBV**

Mit der beabsichtigten Entscheidung verstößt die Bescheidadressatin gegen das in § 10 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 6 EIBV verankerte Gebot, ihre geltenden Nutzungsbedingungen anzuwenden (vgl. Bühlmeier, in: Kunz, Eisenbahnrecht zu § 10, Rz. 3 m.w.N.). Die in den Nutzungsbedingun-

gen aufgestellten Regelungen sind für ihre Geltungsdauer für alle Beteiligten, auch die Erstellerin der Nutzungsbedingungen verbindlich.

Die Bescheidadressatin trifft eine Konfliktentscheidung nach Ziffer 3.3.1.2 lit. c) ihrer NBS 2013 zu Lasten der H [REDACTED]. Nach diesem sogenannten Regelentgeltverfahren gilt:

„Ist eine Entscheidung nach Maßgabe von vorstehender lit. b) nicht möglich, werden die Entgelte für den jeweils angemeldeten Nutzungszeitraum innerhalb der Netzfahrplanperiode der betreffenden Serviceeinrichtung oder Teilen der Serviceeinrichtung mit derselben Primärfunktion gegenübergestellt und derjenigen Anmeldung Vorrang eingeräumt, für die das höhere Entgelt zu erzielen ist.“

Die Bescheidadressatin berechnet dann für die H [REDACTED] ein Regelentgelt für die Nutzung des Gleises [REDACTED] vom 09.12.2012 bis zum 14.12.2013 in [REDACTED] in Höhe von [REDACTED] Euro. Für die Nutzung der D [REDACTED] kommt sie aufgrund der gleichermaßen durchgehend angemeldeten Nutzung bezogen auf Gleis [REDACTED] zu dem gleichen Ergebnis, weil die Beteiligten identische Nutzungszeiträume angemeldet haben und insbesondere da keiner der beiden Beteiligten Zusatzausstattungen angemeldet hat. Anstatt nunmehr aufgrund des Gleichstandes eine Konfliktentscheidung nach Ziffer 3.3.1.2 lit. d) der NBS-BT 2013 festzustellen, rechnet sie zu Gunsten der D [REDACTED] alle weiteren von dieser für die Netzfahrplanperiode angemeldeten Gleise mit derselben Primärfunktion (Zugbildung/-auflösung) hinzu und kommt zu einem Nutzungsentgelt in Höhe von [REDACTED] Euro für alle von der D [REDACTED] angemeldeten Gleise mit der Primärfunktion Zugbildung / -auflösung in der Serviceeinrichtung [REDACTED].

Die Bescheidadressatin sieht sich aufgrund ihres Verständnisses der oben zitierten NBS-Regelung zu dieser Vorgehensweise – zu Unrecht – berechtigt (vgl. Seite 5 ihrer Stellungnahme vom 12.10.2012, zu Frage 16).

(1) Systembruch beim Vorgehen der Bescheidadressatin

Die Bescheidadressatin negiert dabei aber die Systematik ihres eigenen Zuweisungsverfahrens. Anders als in den vorangegangenen Prüfungsschritten legt sie nicht mehr das konfliktbehaftete Gleis [REDACTED] als Maßstab der Konfliktlösungsentscheidung zu Grunde, sondern rechnet zu Gunsten der D [REDACTED] weitere Gleise hinzu.

Die Systematik des Zuweisungsverfahrens in den NBS 2013 stützt die Vorgehensweise der Bescheidadressatin bei der Entscheidung im Regelentgeltverfahren nicht. Bei der Anwendung des Regelentgeltverfahrens nach Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT 2013 darf die Bescheidadressatin nur die Gleise mit der gleichen Primärfunktion im Vergleich der Entgelte gegenüber stellen, die auch vom Konflikt betroffen sind und nicht pauschal weitere Gleise hinzuzählen.

Die Bescheidadressatin hat die Anmeldungen der H [REDACTED] mit den vertraglich vereinbarten Nutzungen der D [REDACTED] verglichen und ist bezogen auf die Serviceeinrichtung [REDACTED] dazu gekommen, einen Nutzungskonflikt um das Gleis [REDACTED] in der Serviceeinrichtung [REDACTED] anzunehmen.

Ihre Entscheidung beruht darauf, dass sich hier die in der Anmeldung gewünschte [REDACTED] Nutzung mit der vertraglich vereinbarten Nutzung der D [REDACTED] unvereinbar gegenüber stehen. Dabei hat die Bescheidadressatin in Anwendung des zwischen ihr und der D [REDACTED] zustande gekommenen Nachtragvertrages 01/2012 vom 10.04.2012 (Anlage zur Mitteilung vom 04.10.2012) den Einzelnutzungsvertrag (zumindest) über die Nutzung des Gleises [REDACTED] entsprechend der auflösenden Bedingung in Ziffer 2 dieses Nachtragvertrages einer Anmeldung gleichgestellt.

Die Ziffer 2 des Nachtragvertrages zwischen der D [REDACTED] und der Bescheidadressatin lautet:

"Die jeweilige Einzelnutzung der Serviceeinrichtung steht unter der auflösenden Bedingung, dass im Fall konkurrierender Zuganganträge in der Netzfahrplanvergabe - ggf. nach weiterer Koordinierung - nicht sämtlichen Antragstellern die von ihnen gewünschten Kapazitäten zugewiesen werden können und deshalb die Mitteilung einer beabsichtigten Ablehnung des Zugangs zu einer Serviceeinrichtung nach § 14d AEG veranlasst ist. Die

DB Netz AG zeigt dem EVU den Eintritt der auflösenden Bedingung an. Sofern das EVU nicht unverzüglich widerspricht, gilt die bisherige Nutzung als neuer Nutzungsantrag für die jeweilige Netzfahrplanperiode. Die DB Netz AG wird in diesem Fall nach Ziff. 3.3.1.1. und ggf. 3.3.1.2. verfahren."

In ihrer weiteren Bearbeitung des Nutzungskonfliktes hat die Bescheidadressatin dann die (ursprünglich vertraglich vereinbarte) Nutzung der D■■■■ als Anmeldung im Sinne der Ziffer 3.1.1 ihrer NBS-BT 2013 behandelt.

Trotz einiger Ungereimtheiten sieht die Bundesnetzagentur aufgrund der Darlegungen der Beteiligten in der Stellungnahme und in den Mitteilungen keine Möglichkeit, das Bestehen eines Nutzungskonfliktes auf Gleis ■■■ und den Mangel von Alternativmöglichkeiten zu widerlegen. Im durchgeführten Koordinierungsverfahren konnte ausweislich des Protokolls keine einvernehmliche Lösung gefunden werden.

Im Rahmen der Konfliktentscheidungen hat die Bescheidadressatin zunächst festgestellt, dass die Nutzungen beider Beteiligten auf Gleis ■■■ notwendige Folge von (jeweils mehreren) Zugtrassen sind und beide Beteiligte das Gleis ■■■ entsprechend der Primärfunktion nutzen wollen (Seite 3 der Mitteilung vom 04.10.2012, zu Ziffer 3.3.1.2 lit. a) der NBS-BT 2013 und Seite 2 des Protokolls des Koordinierungsgespräches). Folgerichtig kommt sie vorliegend zu dem Ergebnis, dass sich der Nutzungskonflikt auf Gleis ■■■ nicht nach Ziffer 3.3.1.2 lit. a) und lit. b) der NBS-BT 2013 lösen lässt.

Bis zu diesem Prüfungspunkt hat die Bescheidadressatin nur das konfliktbehaftete Gleis betrachtet, nicht aber die ebenfalls von der H■■■ beantragten Gleise ■■■ und ■■■ in ■■■■ und auch nicht die übrigen von der D■■■ angemeldeten Gleise. Dies ist auch folgerichtig, da diese Gleise nicht konfliktbehaftet waren.

Bei der Anwendung der Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT verlässt die Bescheidadressatin aber diese Systematik und betrachtet nicht mehr den zu Gleis ■■■ bestehenden Konflikt, sondern berechnet die Entgelte nach allen Gleisen mit der gleichen Primärfunktion, die die D■■■ in der Serviceeinrichtung ■■■■ derzeit nutzt. Sie betrachtet entgegen der vorangegangenen Entscheidungsstruktur nicht mehr das konfliktbehaftete Gleis ■■■, sondern alle Anmeldungen für eine Serviceeinrichtung.

(2) Systematik der NBS 2013 erfordert konfliktgenaue Betrachtung

Das System des von der Bescheidadressatin gewählten Zuweisungsverfahrens für die Nutzungen von Serviceeinrichtungen basiert aber auf einer konfliktgenauen Betrachtung.

Ziffer 3.1.1 der NBS-BT 2013 zeigt, dass die Anmeldung zunächst auf ein Gleis bezogen ist. Das Anmeldeformular, welches als Anlage 3.1 Bestandteil der NBS 2013 ist, geht von der Anmeldung eines Gleises aus. Das von der H■■■ verwendete, von der Bescheidadressatin im Internet zusätzlich zur Verfügung gestellte Sammelformular dient insoweit der vereinfachten Handhabung für die Zugangsberechtigten. Anmeldungseinheit ist aber zunächst das einzelne Gleis.

Laut Ziffer 3.3.1.1 der NBS-BT 2013 findet ein Koordinierungsverfahren dann statt, wenn zwei oder mehrere Anmeldungen hinsichtlich einer oder mehrerer zeitgleicher, nicht miteinander zu vereinbarenden Nutzungen kollidieren. Um den Konflikt zu identifizieren, der Gegenstand des Koordinierungs- wie des Entscheidungsverfahrens ist, müssen also genau diejenigen Nutzungen betrachtet werden, die Gegenstand der jeweiligen Anmeldung sind. Anders gesagt: die Anmeldung bestimmt den Konfliktgegenstand. Die Entscheidungskriterien der Ziffer 3.3.1.2 lit. a) bis d) der NBS-BT 2013 beziehen sich auf die konfliktbehaftete Nutzung und damit auf die durch die jeweilige Anmeldung genau bezeichnete Nutzung. Dies ist vorliegend das konfliktbehaftete Gleis ■■■. Sowohl die H■■■ hat die Nutzung von Gleis ■■■ angemeldet, als auch die D■■■ (Neuan-

meldung als Folge der durch Eintritt der auflösenden Bedingung aufgelösten Einzelnutzungsvereinbarung).

(3) Wortlaut in den gesamten NBS stützt Auslegung der Bescheidadressatin nicht

Die Regelung in Ziffer 3.3.1.2 lit. c) NBS-BT 2013 sieht vor, dass „die Entgelte (...) der betreffenden Serviceeinrichtung oder Teilen der Serviceeinrichtung“ gegenüber gestellt werden. Zu klären ist bei diesem Wortlaut, ob unter „Serviceeinrichtung“ der vollständige Bahnhof oder ein einzelnes Gleis zu verstehen ist. Richtiger Weise kann die Frage nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Anmeldung(en) beantwortet werden. Beantragt ein EVU die Nutzung eines gesamten Bahnhofs, so ist „Serviceeinrichtung“ im Sinne der zitierten Norm eben der gesamte Bahnhof. Beantragt ein EVU nur die Nutzung eines einzelnen Gleises oder mehrerer einzelner Gleise, so muss die Bescheidadressatin die Entgelte für diese(s) Gleis(e) gegenüber stellen. Dabei kann das einzelne Gleis wiederum als „Serviceeinrichtung“ (z.B. Abstellgleis im Sinne von § 2 Abs. 3c Nr. 6 AEG) oder als „Teil einer Serviceeinrichtung“ (z.B. im Rangierbahnhof im Sinne von § 2 Abs. 3c Nr. 4 AEG) fungieren.

Die jeweilige, im Konflikt stehende Anmeldung bestimmt das konkrete Vorgehen bei der Gegenüberstellung der Entgelte durch die Bescheidadressatin. Nur so lässt sich auch das Wort „oder“ in Ziffer 3.3.1.2 lit. c) NBS-BT 2013 sinnvoller Weise verstehen. Der Bescheidadressatin kann nämlich kein freies Ermessen darüber eingeräumt sein, ob sie Entgelte für den gesamten Bahnhof oder für Teile dieses Bahnhofs gegenüber stellt. Die beiden Handlungsalternativen müssen eindeutig konditioniert sein. Ebendies geschieht durch die konfliktbehafteten Anmeldungen.

Der Begriff der „Serviceeinrichtung“ oder der „Teile einer Serviceeinrichtung“ wird nicht einheitlich in den NBS 2013 verwendet.

Ziffer 3.1.1. Satz 1 der NBS-BT 2013 spricht zunächst von der Anmeldung für die Nutzung von Serviceeinrichtungen. Allerdings sieht bereits das in Satz 2 dieser Ziffer in Bezug genommene Anmeldeformular (Anlage 3.1 der NBS) die Anmeldung von einzelnen Gleisen vor.

Wenn die Bescheidadressatin gemäß Ziffer 3.3 der NBS-BT 2013 ein Angebot für die Nutzung von Serviceeinrichtungen unterbreitet, bezieht sich dies in der Praxis auf ein einzelnes Gleis. Ebenso wird die entsprechende Ablehnung für ein Gleis ausgesprochen. Die Bescheidadressatin hat sich auch im vorliegenden Verfahren so verhalten. Würden Angebote sich immer zwingend auf alle beantragten Gleise einer Serviceeinrichtung beziehen, hätte sie die beabsichtigte Ablehnung auf alle Gleise beziehen müssen, die die H. [REDACTED] in [REDACTED] beantragt hat und könnte je nach Ausgang des Prüfungsverfahrens nach § 14e Abs. 1 Satz 1 AEG ein Teilangebot für die Gleis [REDACTED] und [REDACTED] abgeben. Die Bescheidadressatin hat aber nur das Gleis [REDACTED] in [REDACTED] überhaupt zum Konfliktgegenstand gemacht. Dies legt nahe, dass der Begriff Serviceeinrichtung auch synonym mit dem Begriff Gleis genutzt wird.

In Ziffer 4.1.1 der NBS-BT 2013 wird das Entgelt für die „Nutzung einer Serviceeinrichtung“ ermittelt, indem eine Berechnungsformel angewendet wird, die ausschließlich auf die Baulänge eines einzelnen Gleises abstellt. Das zu zahlende Entgelt wird für jedes Gleis berechnet. Ziffer 4.1.1 der NBS-BT 2013 enthält für die Berechnung des Jahresentgelts für die Nutzung einer „Serviceeinrichtung“ keinerlei Aussage, dass die für einzelne Gleise ermittelten Jahresentgelte für einen Bahnhof addiert werden müssten. Einer der nach § 14 Abs. 6 AEG vertragswesentlichen Inhalte, die zwischen einem Eisenbahninfrastrukturbetreiber und einem Zugangspetenten zwingend vereinbart werden müssen, bezieht sich somit auf ein einzelnes Gleis.

Nach Ziffer 4.1.1 der NBS-AT 2013 verpflichtet sich die DB Netz AG, die Benutzung der Serviceeinrichtung nach Maßgabe des Einzelnutzungsvertrages zu gewähren. Die Nutzungen in den einzelnen Verträgen sind ebenfalls gleisscharf aufgeteilt, was sich besonders deutlich an den unterschiedlichen Laufzeiten bei Altverträgen vor Geltung der NBS 2013 erkennen lässt. Selbst mit der D. [REDACTED], welche die deutliche Mehrzahl der von der Bescheidadressatin betriebenen Gleise in Serviceeinrichtungen gemietet hat, hat die Bescheidadressatin keine Verträge über die

Nutzung ganzer Rangier- oder Güterbahnhöfe geschlossen. Sämtliche der Bundesnetzagentur bekannten Nutzungsverträge zwischen der Bescheidadressatin und der D [REDACTED] sind über einzelne Gleise geschlossen worden. So auch in diesem Verfahren.

In den Ziffern 3.3.2 und 3.3.3 der NBS-BT 2013 werden die Nutzungen, die im Gelegenheitsverkehr angemeldet werden können, dann nicht mehr auf die Gleise oder Serviceeinrichtung bezogen, sondern auf „Kapazitäten in Serviceeinrichtungen“. Gemeint sind hier nicht nur die Nutzung eines ganzen Gleises, sondern auch kleinerer Nutzungseinheiten, wie Teile eines Gleises oder auch kurze Nutzungszeitfenster, z.B. stundenweise Nutzungen.

Wie die Bescheidadressatin in ihrer Stellungnahme vom 12.10.2012 (Seite 5) ausführt, besteht die Möglichkeit, dass sich der Konflikt auf mehr als ein Gleis erstreckt. Je nach Umfang der Anmeldungen, die sich gegenüberstehen, in Relation zur Größe der Serviceeinrichtung ist es auch denkbar, dass eine gesamte Serviceeinrichtung von zwei Zugangsberechtigten konfliktbehaftet beantragt wird. Für diese Fälle ist die entsprechende Regelung „der betreffenden Serviceeinrichtung“ auch nachvollziehbar. In den übrigen Fällen wird für die Frage, welche beantragten Gleisnutzungen die Basis für die Berechnung des gegenüberzustellenden Entgeltes bilden, entscheidend sein, worauf sich der Konflikt bezieht.

Wenn, wie vorliegend, die in den Anmeldungen beantragten Nutzungen von zwei oder mehr Zugangsberechtigten auf einem Gleis im Konflikt stehen, dann ist dieses Gleis auch Gegenstand der zu vergleichenden Entgelte. Gleis [REDACTED] ist der „Teil der Serviceeinrichtung“, für den die Entgelte im Sinne von Ziffer 3.3.1.2. lit. c) der NBS-BT 2013 gegenüber gestellt werden müssen. Sodann ist der Anmeldung Vorrang einzuräumen, bei der in der Gegenüberstellung das höhere Entgelt ausgewiesen wird. Es kann – obgleich Entgelte für dasselbe Gleis gegenüber gestellt werden – zu unterschiedlich hohen Entgelten kommen, da sowohl unterschiedliche Nutzungszeiträume als auch unterschiedliche Anmeldungen für entgeltrelevante Zusatzausstattungen (z.B. Elektranten, Gleiswaagen; usw.) vorliegen können. Sind die gegenüber gestellten Entgelte – wie vorliegend – gleich hoch, muss die Bescheidadressatin nach den von ihr selbst aufgestellten NBS den Konflikt nach Ziffer 3.3.1.2. lit. d) der NBS-BT 2013 lösen.

Die Bescheidadressatin hat ihre NBS unrichtig angewendet. Sie verletzt damit die durch § 10 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 6 EIBV angeordnete Verbindlichkeit der NBS. Sie verstößt gleichzeitig gegen diese Rechtsvorschriften. Das Abweichen von den NBS stellt zugleich eine Diskriminierung nach § 14 Abs. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 EIBV dar, weil die ungleiche Behandlung (Zusage./ Absage) gleicher Sachverhalte (Anmeldung für Gleis [REDACTED] in [REDACTED]) jedenfalls dann nicht sachlich gerechtfertigt ist, wenn die Bescheidadressatin von den selbst aufgestellten und gesetzlich als verbindlich erklärten Nutzungsbedingungen abweicht.

bb.) Auslegung der Bescheidadressatin führt zu eisenbahnrechtswidrigen Entscheidungen

Die Bescheidadressatin hat eine andere Auslegung der Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT vorgenommen und zur Grundlage ihrer beabsichtigten Entscheidung gemacht. Wie soeben dargelegt, ist diese Auslegung mit Wortlaut und Systematik der NBS 2013 nicht vereinbar.

Selbst wenn man jedoch annehmen wollte, dass die Verfahrensweise der Bescheidadressatin dem in Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT vorgesehene Regelentgeltverfahren entsprechen würde, so kommt man im Weiteren zu dem Ergebnis, das diese Verfahrensweise eisenbahnrechtswidrig ist.

Der Vergleich von pauschalen zusammengerechneten Entgelten aller Gleise einer Primärfunktion, die ein Zugangsberechtigter für eine Netzfahrplanperiode in einer Serviceeinrichtung bestellt hat, ist mit dem Gebot der diskriminierungsfreien Vergabe von Serviceeinrichtungen gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV sowie dem in § 10 Abs. 3 und Abs. 5 verankerten Optimierungsgebot nicht vereinbar.

Die Regelung führt in der von der Bescheidadressatin beabsichtigten Auslegung faktisch zu einer versteckten Bevorzugung der [REDACTED] Eisenbahnverkehrsunternehmen, insbesondere der hier beteiligten D [REDACTED]. Diese Bevorzugung ergibt sich aus der historischen Entste-

hung der jetzigen Konfliktlösungsregelungen im Zusammenhang mit der den Zugang behindernden Wirkung der sogenannten langlaufenden Altverträge. Schon im Positionspapier zum Zugang zu Rangierbahnhöfen und anderen Zugbildungsanlagen hat die Bundesnetzagentur festgestellt, dass, wenn alle Gleise einer Serviceeinrichtung für einen längeren Zeitraum an einen Zugangsberechtigten vermietet werden, die Nutzungsmöglichkeiten weiterer Zugangsberechtigter faktisch nicht nur für eine Netzfahrplanperiode, sondern für die Laufzeit der Nutzungsverträge für diese Serviceeinrichtung(en) ausgeschlossen werden. Geschieht dies in einer verkehrlich bedeutsamen Lage, wie z.B. in Gleisanlagen, an die wichtige Industriekunden angebunden sind, oder im Vor- und Nachlauf zu verkehrswesentlichen Häfen, so wird durch diese Vermietung faktisch der Wettbewerb auf der Schiene beeinträchtigt. Andere Verkehrsunternehmen haben bei einer derart breiten Vergabe ganzer Serviceeinrichtungen keine ausreichende Chance, mit eigenen Verkehrsangeboten in den Wettbewerb zu treten. Nicht zuletzt deshalb muss bei der Vergabe von Gleisen in einer Serviceeinrichtung, wenn Gleise langfristig vermietet werden, daneben immer auch ein bestimmtes Kontingent von Gleisen, dessen Umfang sich am Bedarf der Kunden orientiert, für kurzzeitig hinzutretende Nutzungen in der Serviceeinrichtung freigehalten werden. (vgl. Positionspapier, S. 4, 14, 19, 25)

Die DB Netz AG hat in Umsetzung des Positionspapiers begonnen, in ihren Serviceeinrichtungen für sehr kurzfristige Nutzungen die sogenannten Dispogleise (Ziffer 3.4.1 lit. d) der NBS-BT 2013) einzuführen bzw. auszuweiten. Jedoch führt sie diese nur dort ein, wo noch laufende Altverträge der Realisierung von Dispogleisen, entsprechend dem Kundenbedarf, nicht entgegenstehen. Für den anderen Nutzungsbedarf sollte die jedes Jahr immer wieder neu bestehende Chance, eine Nutzung für die kommende Netzfahrplanperiode anzumelden und nötigenfalls im Konfliktverfahren zu erstreiten, den Ausgleich zwischen den am Wettbewerb teilnehmenden Zugangsberechtigten schaffen. Lediglich die noch bestehenden Altverträge sollten im Rahmen einer Übergangsvorschrift nach Ziffer 3.3.1.3 der NBS-BT 2013 gesondert behandelt werden.

In einer im Anschluss an die Prüfung der beabsichtigten NBS 2013 durchgeführten Untersuchung stellte sich heraus, dass ein erheblicher Teil der Gleise in Serviceeinrichtungen der Bescheidadressatin aber noch langfristig gebunden ist. Von den knapp [REDACTED] Gleisen in Serviceeinrichtungen sind knapp 76% ([REDACTED] Gleise) über einen längeren Zeitraum vermietet, so dass derzeit nur ca. 24% ([REDACTED] Gleise) der vermarkteten Gleise in den Serviceeinrichtungen vollständig nach den neuen Regelungen der NBS 2013 vergeben worden wären (10.040-F-12-603, Schreiben an die Bescheidadressatin vom 22.06.2012). Dagegen greift bei einem Konflikt zwischen Altverträgen und Anmeldungen nur die erste Stufe des Konfliktlösungsregimes, Ziffer 3.3.1.2 lit. a) der NBS-BT 2013 und bei Gleichstand hat die Nutzung des Altvertrages Vorrang. Faktisch setzen sich also Altverträge gegen Neuanmeldungen eher durch.

Über die Hälfte dieser langlaufenden Verträge belaufen sich auf Kapazitäten, die durch Schienengüterverkehrsunternehmen genutzt werden. Durch diese Verträge sind mehrere große Rangierbahnhöfe zu 80% oder mehr über mehrere Jahre für einzelne Kunden reserviert. Den überwiegenden Anteil der langfristig gebundenen Schienengüterverkehrskapazitäten in Serviceeinrichtungen (ca. 94%) machen Verträge (für [REDACTED] von [REDACTED] Gleisen) mit der [REDACTED] und hier beteiligten D [REDACTED] aus. Die verbleibende Kapazität für neue Zugangsbegehren weiterer Marktteilnehmer ist somit stark eingeschränkt und somit auch die Möglichkeiten für die Weiterentwicklung des Wettbewerbes im Schienengüterverkehr.

Erst mit der Regelung einer auflösenden Bedingung für bestimmte Nutzungsverträge hat die DB Netz AG einen Zustand geschaffen, der einen erheblichen Anteil von weiteren ca. 43% ([REDACTED] Gleise) dem neuen Zuweisungsverfahren nach den NBS 2013 zugänglich macht. Damit verbleiben nur noch 33% der Gleise für die im Rahmen der Übergangsregelung die Konfliktentscheidungen Ziffer 3.3.1.3 der NBS-BT 2013 begrenzt durchlaufen wird. Die auflösende Bedingung wurde – aus Sicht der Bundesnetzagentur – nicht zuletzt auch deshalb aufgenommen, um sicher zu stellen, dass die neuen Vergaberegeln auch für eine nennenswerte Anzahl von Zugangsberechtigten ihre Wirksamkeit zeigen.

Die hier vorliegende Anwendung des Regelentgeltverfahrens in Form der pauschalen Zusammenrechnung von Gleisnutzungen in einer Serviceeinrichtung hat letztendlich die gleiche verdrängende Wirkung wie die bestehender, langfristiger Vertragsbeziehungen. Diese bestehen insbesondere mit [REDACTED] Zugangsberechtigten. Mit Wirksamwerden der NBS 2013 sowie der Einführung der auflösenden Bedingung ist weiteren Zugangsberechtigten zwar die Möglichkeit gegeben worden, Anmeldungen auf langfristig vermietete Gleise zu tätigen, jedoch würde letztendlich die D [REDACTED] allein durch den größeren Umfang der Gleisnutzungen bezogen auf eine gesamte Serviceeinrichtung i.d.R. den Vorrang für sich entscheiden. Eine stichprobenartige Prüfung der aus dem Verfahren 10.040-F-12-603 bekannten Unterlagen ergab, dass gerade die D [REDACTED] in der Regel nicht [REDACTED] oder [REDACTED] Gleise in einer Serviceeinrichtung angemietet hat, sondern die [REDACTED] der vorhandenen Gleise. Ein vergleichbares Bild zu [REDACTED] zeigt sich auch, z.B. in den wichtigen Rangierbahnhöfen [REDACTED] und [REDACTED].

Für die Entstehung eines Wettbewerbs als wichtiges Regulierungsziel ist es aber von zentraler Bedeutung, dass neue Marktteilnehmer ungeachtet ihres typischerweise geringeren Umsatz effektive Zugangsmöglichkeiten erhalten.

Das OVG Münster hat zum Tatbestand der versteckten Diskriminierung ausgeführt, dass eine Diskriminierung für den Fall denkbar sei, dass eine Regelung in den Nutzungsbedingungen theoretisch zwar für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich gelte, faktisch aber unterschiedlich wirke, indem das eine Unternehmen unzumutbar beim Infrastrukturzugang behindere, das andere Unternehmen aber nicht. (vgl. Beschluss vom 28. Januar 2008 13 B 2024/07, N&R 2008, 102.). Genau dieser Effekt würde bei Anwendung des Regelentgeltverfahrens in der Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT 2013 nach der von der Bescheidadressatin vorgesehenen Vorgehensweise eintreten.

Die Bescheidadressatin kann eine vermeintlich zulässige Auslegung des Wortlauts einer Regelung in ihren Nutzungsbedingungen aber nicht dazu nutzen, ein eisenbahnrechtswidriges Verhalten zu legitimieren. Auch mit der Begründung, der Wortlaut der Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT 2013 berechtige sie zu einer solchen Vorgehensweise bei der Berechnung des Regelentgeltes, kann die Bescheidadressatin ihre beabsichtigte Entscheidung also nicht stützen.

c.) Hilfsweise: Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT 2013 ist unklar und darf nicht angewendet werden

Käme man zu dem Ergebnis, die Formulierung der Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT 2013 wäre einer Auslegung im Sinne der Verfahrensweise der Bescheidadressatin zugänglich, so schlosse sich die Feststellung an, dass die Regelung in Ziffer 3.3.1.2 lit. c) der NBS-BT 2013 im Zusammenhang mit dem sonst uneinheitlichen Gebrauch der Begriffe „Serviceeinrichtung“, „Kapazität“, „Gleis“, „Teile von Serviceeinrichtungen“ in den NBS-BT 2013 so unklar ist, dass sie allein deshalb keine Anwendung finden kann.

Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts führt ein unklarer Wortlaut einer NBS-Regelung zu deren Rechtswidrigkeit. Wegen der Informationsfunktion von Nutzungsbedingungen ist eine klausel einschränkende bzw. geltungserhaltende Interpretation nur zulässig, wenn sie an einem hierfür geeigneten Teil des Klauselwortlauts ansetzen kann (BVerwG, Urteil vom 29.09.2011, 6 C 17/10 nach Juris, Rz 41 und 54, BVerwG, Urteil vom 13.06.2012, 6 C 42/10, nach Juris Rz. 51).

Käme man (wie hier hilfsweise dargestellt) zur Annahme einer unklaren und daher rechtswidrigen Ziffer 3.3.1.2. lit. c) der NBS-BT 2013, so hätte der Konflikt nach der nachfolgenden Regelung in Ziffer 3.3.1.2 lit. d) der NBS-BT 2013 entschieden werden müssen. Es bliebe also auch insoweit beim selben Ergebnis.

d.) Ermessen

Der in Ziffer 1 des Tenors ausgesprochene Widerspruch der Bundesnetzagentur gegen die beabsichtigte Entscheidung der Bescheidadressatin ist geeignet, den ansonsten drohenden eisenbahnrechtswidrigen Zustand zu verhindern. Könnte die Bescheidadressatin die Ablehnung des Antrags ohne Einhaltung des verordnungsrechtlich vorgegebenen Prüfungs- und Entscheidungsprozess gegenüber dem Zugangsberechtigten aussprechen, würde der H■■■■ das Zugangsrecht verwehrt, ohne dass die in der EIBV verpflichtend vorgesehenen Prozessschritte von der Bescheidadressatin in der von ihr in den NBS 2013 umgesetzten Form eingehalten werden.

Mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für den Wettbewerb sind nicht ersichtlich. Ohne eine weitere Prüfung nach der weiteren Konfliktlösungsstufe nach Ziffer 3.3.1.2 lit. d) der NBS-BT 2013 kann nicht sicher gestellt werden, dass die Bescheidadressatin über den Antrag der H■■■■ entsprechen den geltenden NBS 2013 und damit eisenbahnrechtskonform entscheidet.

Integraler Bestandteil des von der Behörde auszuübenden Ermessens ist die Beachtung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit. Diese sind mit dem Widerspruch ebenfalls gewahrt. Besonders schutzwürdige Interessen der Bescheidadressatin, auf Grund derer von dem ausgesprochenen Widerspruch abzusehen wäre, sind nicht erkennbar. Der Aufwand der Bescheidadressatin liegt in der abschließenden Einhaltung des Prüfungs- und Entscheidungsprozesses sowie, sollte der Antrag der H■■■■ erneut abgelehnt werden, im Begründungsaufwand für die ablehnende Entscheidung. Dies ist kein besonderer Mehraufwand für die Bescheidadressatin, sondern Teil ihrer gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Verpflichtung. Allenfalls mag die geforderte Dokumentation dieses Verfahrens einen Aufwand für die Bescheidadressatin bedeuten, der sich aber in unternehmerisch tragbaren Grenzen hält. Für die Bescheidadressatin können die geschilderten Nachteile auch zumindest dadurch kompensiert werden, dass ihr durch Anwendung des Höchstpreisverfahrens nach Ziffer 3.3.1.2 lit. d) der NBS-BT 2013 höhere Entgeltannahmen entstehen können.

Dagegen steht das berechnete Interesse der H■■■■, dass zur Verwirklichung ihres beantragten Zugangsrechts die von der Bescheidadressatin aufgestellten Konfliktlösungsregelungen eisenbahnrechtskonform angewendet werden, bevor eine Ablehnung ausgesprochen wird.

Auch die Interessen der anderen Zugangsberechtigten, insbesondere der D■■■■, sind durch den Widerspruch und die Folge einer erneuten Entscheidung der Bescheidadressatin nicht über Gebühr beeinträchtigt. Sie ist in gleichem Maße als Antragsteller auf Nutzung der Serviceeinrichtung der Bescheidadressatin zu werten und hat sich dem gegebenen Regime in seiner eisenbahnrechtskonformen Anwendung unterzuordnen. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur führt nicht dazu, dass der Antrag der D■■■■ abgelehnt werden muss. Die durch die Bescheidadressatin zu treffende Entscheidung nach Ziffer 3.3.1.2 der NBS-BT 2013 ist vielmehr nach wie vor ergebnisoffen. Ein denkbarer Nachteil für die D■■■■ liegt darin, dass es ihr obliegt, ein über dem Regelentgelt liegendes Entgelt für die Nutzung von Gleis ■■■ zu bieten. Dieser Nachteil ist jedoch durch die NBS 2013 der Bescheidadressatin strukturell angelegt. Die Bescheidadressatin hat sich auf der letzten Stufe des Entscheidungsverfahrens für ein Höchstpreisverfahren entschieden. Dass ein solches grundsätzlich zulässig sein kann, ergibt sich aus § 9 Abs. 6 EIBV.

2. Zu Ziffer 2 des Tenors

Als Folge des Widerspruchs gegen die beabsichtigte Entscheidung der Bescheidadressatin, den Nutzungsantrag der H■■■■ abzulehnen, muss die Bescheidadressatin gemäß § 14e Abs. 3 Nr. 1 AEG ihre Entscheidung erneut treffen und unter Beachtung der oben genannten Ausführungen das Konfliktlösungsverfahren beginnend ab Ziffer 3.3.1.2. lit. c) der NBS-BT erneut durchlaufen.

a.) Fristsetzung

Die Bundesnetzagentur setzt vorliegend eine Frist zur Befolgung der Entscheidung. Es besteht die Notwendigkeit, dass die Beteiligten zügig Klarheit über die Nutzungsanträge der H■■■■ und der D■■■■ erlangen, weil die Netzfahrplanperiode, für die die Nutzungen beantragt wurden, am 09.12.2012 beginnt.

b.) Mitteilung

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Mitteilung der Entscheidung ergibt sich diese Pflicht zum einen aus § 14d Satz 1 Nr. 3 AEG, wonach die beabsichtigte Ablehnung eines Antrages auf Nutzung einer Serviceeinrichtung der Bundesnetzagentur mitgeteilt werden muss. Sollte die erneute Prüfung nicht mit einer Antragsablehnung enden, ergibt sich die Mitteilungspflicht aus § 14c Abs. 3 AEG. Die Bundesnetzagentur kann nur durch die Information der Bescheidadressatin sicher stellen, dass der Bescheid vollumfänglich umgesetzt wurde.

c.) Ermessen

Die Setzung einer Frist ist auch geeignet, erforderlich und angemessen. Zur Erlangung der Rechtsklarheit für alle Beteiligten noch vor Beginn der neuen Netzfahrplanperiode am 09.12.2012 ist die Fristsetzung geeignet. Hinzu kommt, dass die derzeitige Lösung nach den Erkenntnissen aus voran gegangenen Prüfverfahren betriebliches Störpotenzial bietet, weil die H■■■■ zumindest um das Gleis ■■■■ zu erreichen, Gleise, die von D■■■■ genutzt werden, überfahren muss. Deshalb ist es auch erforderlich, schnell vollumfänglich Klarheit zu erlangen, ob eine alternative Nutzungsmöglichkeit für H■■■■ zur Verfügung steht. Die Frist ist ausreichend, um die notwendigen Prüfungsschritte zu vollziehen. Ein eventueller Mehraufwand, den die Bescheidadressatin durch die fristgebundene Bearbeitung der Prüfungsschritte hat, muss hinter dem Interesse der H■■■■ an einer zügigen Bearbeitung ihres Nutzungsantrages zurück stehen. Die Fristsetzung berücksichtigt einen Zeitraum von 3 Wochen, damit die Bescheidadressatin die Prüfungsstufen durchlaufen und insbesondere ein Höchstpreisverfahren nach Ziffer 3.3.1.2 lit. d) der NBS-BT 2013 durchführen kann. Der Zeitraum ist so bemessen, dass auch eine eventuelle Konsenserrlangung ermöglicht werden kann, selbst wenn das Koordinierungsverfahren schon durchlaufen wurde.

Soweit die Bescheidadressatin verpflichtet wird, ihre Entscheidung der Bundesnetzagentur mitzuteilen, findet bei der Verpflichtung zur Mitteilung einer beabsichtigten Ablehnung eines Nutzungsantrages nach § 14d Satz 1 Nr. 3 AEG keine Ermessenabwägung statt, da diese Pflicht gesetzlich verankert ist.

Die Belastung der Bescheidadressatin, der Bundesnetzagentur eine Mitteilung auch abzugeben, wenn eine anderweitige Lösung zwischen den Beteiligten gefunden wurde, ist gering. Sie ist auf der anderen Seite aber geeignet und erforderlich, die Bundesnetzagentur in die Lage zu versetzen, das Verfahren abzuschließen. Bei Abwägung der Interessen, muss die geringe Belastung der Bescheidadressatin gegenüber dem Interesse der Verfahrensstraffung zurückstehen.

3. Zu Ziffer 3 des Tenors

Die Zwangsgeldandrohung beruht auf § 14c Abs. 4 AEG i.V.m §§ 6 Abs. 1, 11, 13 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG).

Durch die Androhung des Zwangsgeldes wird die Bescheidadressatin angehalten, ihrer Verpflichtung zur zeitnahen Entscheidung unter Berücksichtigung der Begründung der Bundesnetzagentur nachzukommen.

Die Höhe des Zwangsgeldes orientiert sich an der Jahresmiete des konfliktbehafteten Gleises in der Serviceeinrichtung ■■■■■■■■■■.

Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 VwVG wurde der Bescheidadressatin zur Erfüllung ihrer Pflicht eine angemessene Frist gesetzt.

Kosten

Gemäß § 4 Abs. 6 BEVVG i.V.m. §§ 1; 2 Abs. 1 i. V. m. der Anlage 1, Teil 2, Nr. 5 und 3 der Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen der Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEGebV) erhebt die Bundesnetzagentur Kosten für ihren Widerspruch nach § 14e Abs. 1 AEG. Die Geltendmachung der entstandenen Höhe der Kosten erfolgt in einer gesonderten Entscheidung der Bundesnetzagentur.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erhoben werden. Der Widerspruch ist bei der Bundesnetzagentur, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn oder bei einer anderen Dienststelle der Bundesnetzagentur schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen.

Es dient einer zügigen Bearbeitung Ihres Widerspruchs, wenn er bei der Bundesnetzagentur (Referat 704), Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, eingelegt wird.

Die Schriftform kann durch die elektronische Form ersetzt werden. In diesem Fall ist das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen.

Die weiteren Bedingungen zur elektronischen Kommunikation mit der Bundesnetzagentur sind zu beachten. Diese finden sich auf der Internetseite www.bundesnetzagentur.de unter „Die Bundesnetzagentur > Über die Agentur > Elektronische Kommunikation.“

Hinweis

Gemäß § 37 AEG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Entscheidungen nach den §§ 14c, 14e und 14f AEG keine aufschiebende Wirkung. Um die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs bzw. einer Anfechtungsklage gegen die vorliegende behördliche Maßnahme herbeizuführen, kann die Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim zuständigen Verwaltungsgericht beantragt werden.

Die Hinzugezogenen erhalten eine Kopie dieses Bescheides.

Im Auftrag

