



DB Netz AG  
Grundsätze Netzzugang / Regulierung

[REDACTED]

Per Bote gegen EB  
Vorab per E-Mail:

[REDACTED]

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

[REDACTED]

Mein Zeichen, meine Nachricht vom

[REDACTED]

(02 28)

[REDACTED]

Bonn

19.11.2012

**Mitteilung der beabsichtigten Änderungen der „Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG mit Wirkung ab 09.04.2013“ gemäß § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG**

Sehr geehrter Herr [REDACTED],  
sehr geehrte Damen und Herren,

auf Ihre Mitteilung der beabsichtigten Änderungen der Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB) der DB Netz AG vom 22.10.2012 hat die Bundesnetzagentur ein Verfahren gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG eröffnet.

Im Rahmen einer ausführlichen Anhörung konnten nicht alle rechtlichen Bedenken ausgeräumt werden. Insoweit ergeht nachfolgender Bescheid gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG.

**Bescheid**

1. Die Bundesnetzagentur widerspricht den beabsichtigten Änderungen der Ziffer 2.2.1 a), soweit die Zugangsberechtigten, die bereits einen wirksamen Grundsatz-INV abgeschlossen hatten, verpflichtet werden, einen Grundsatz-INV gemäß Muster Anlage 2.1.1.A (EVU/ Spediteur/ Aufgabenträger) bzw. Anlage 2.1.1.B (EVU/ Spediteur/ Aufgabenträger) abzuschließen.
2. Die Bundesnetzagentur widerspricht den beabsichtigten Änderungen in den Absätzen 3 und 4 des § 2 der Anlage 2.1.1 B (Muster-Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrages für Unternehmen mit Sitz im Inland, die Güter durch ein EVU befördern lassen wollen gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG, gültig für Leistungen in der Netzfahrplanperiode 2014).
3. Die Bundesnetzagentur widerspricht der beabsichtigten Änderung der Regelungen in Ziffer 6.2.5.14 der SNB 2013 (in den SNB 2014 gestrichen), soweit eine Änderung des Entgeltes bei Verspätungen von mehr als 20 Stunden betroffen ist.

## Begründung

### A. Zum Sachverhalt:

Am 22.10.2012 erfolgte seitens der Bescheidadressatin gegenüber der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (nachfolgend Bundesnetzagentur) die Mitteilung über die beabsichtigten Änderungen ihrer Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB) mit Wirkung ab dem 09.04.2013 (SNB 2014). Bereits am 12.10.2012 hatte die Bescheidadressatin erste Unterlagen übermittelt. Zwischen der Bescheidadressatin und der Bundesnetzagentur wurde bereits vor Übersendung dieser ersten Unterlagen einvernehmlich festgehalten, dass die Mitteilung erst dann als vollständig angesehen wird, wenn zumindest eine mündliche Darlegung der Entgeltgrundsätze und der Einhaltung des Entgeltmaßstabes erfolgt ist. Dieses Gespräch hat am 22.10.2012 stattgefunden, so dass der Bundesnetzagentur seit dem 22.10.2012 eine vollständige Mitteilung vorliegt.

Am 27.08.2012 hatte die Bescheidadressatin die beabsichtigten Änderungen der SNB für jedermann zugänglich im Internet veröffentlicht.

Die von der Bescheidadressatin mit dem Begleitschreiben übersandten, für das Verfahren 10.030-F-12-324 relevanten Unterlagen setzen sich ausweislich dieses Schreibens zusammen aus:

- Anlage 1: Beabsichtigte Änderungen der SNB mit Wirkung ab dem 09.04.2013 (SNB 2014) im Änderungsmodus einschließlich der Anlagen;
- Anlage 2: Stellungnahme der Zugangsberechtigten;
- Anlage 3: Auswertung der Stellungnahmen zu den SNB;
- Anlage 4: CD-ROM zu netzzugangsrelevanten Regelwerken

Diese Unterlagen hat die Bundesnetzagentur sämtlich erhalten.

Ein schriftliches Anhörungsschreiben ging der Bescheidadressatin am 31.10.2012 zu. Hierauf erfolgte eine Stellungnahme der Bescheidadressatin mit Schreiben vom 08.11.2012. Die Bescheidadressatin erklärte in ihrer Stellungnahme, dass sie einige Anregungen von Seiten der Bundesnetzagentur aufnehmen und noch umsetzen werde. Hierbei handelte es sich insbesondere um redaktionelle Anpassungen. Bezüglich einer beabsichtigten Änderung zu Ziffer 6 der AGB-IN (Verweigerung der Trassennutzung wegen fehlender Bahnstromversorgungsverträge bzw. nicht erbrachter Leistungen aus solchen) hat die Bescheidadressatin ihre Mitteilung nach konkreten Nachfragen der Bundesnetzagentur dazu zurückgezogen.

Im Rahmen der Anhörung wurde die Bescheidadressatin aufgefordert, alle bestehenden Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge einzureichen, soweit diese [REDACTED] nicht bereits bei der Bundesnetzagentur vorlagen. Mit mehreren E-Mails vom 07.11.2012 hat die Bescheidadressatin der Bundesnetzagentur in elektronischer Form ein Konvolut von Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträgen übersandt. Hierbei handelt es sich nach Angaben der Bescheidadressatin um Verträge, die keine Klausel über ein ordentliches Kündigungsrecht vorsehen. Im Nachgang zu der Stellungnahme der Bescheidadressatin wurden noch ergänzende Unterlagen (insbesondere Anlagen) bezogen auf die Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge angefordert, da diese nicht vollständig vorgelegt worden waren.

Hinsichtlich des weiteren Sachverhalts, insbesondere im Hinblick auf die beabsichtigten Änderungen, wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

### B. Zur Rechtslage:

Gemäß § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundes-eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) ist die Bundesnetzagentur als Regulierungs-

behörde für die Einhaltung der Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuständig.

Gemäß § 14b Abs. 1 Nr. 4 AEG obliegt der Bundesnetzagentur die Aufgabe, die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen, insbesondere hinsichtlich der Benutzungsbedingungen, der Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen.

Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, die im Rahmen von § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG vorab durch die Bundesnetzagentur geprüft werden können, finden sich u.a. in den §§ 14 ff. AEG. Gemäß § 14 Abs. 1 AEG sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen in dem durch eine auf Grund des § 26 Abs. 1 Nr. 6, 7 und Abs. 4 Nr. 1 AEG ergangene Rechtsverordnung, die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV), bestimmten Umfang zu gewähren.

Die Pflicht zur Gewährung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur trifft alle öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen, soweit kein Ausnahmegrund gemäß § 14 Abs. 1 S. 4 und 5 AEG eingreift.

Das AEG und die EIBV differenzieren im Weiteren zwischen Betreibern der Schienenwege, § 2 Abs. 3a AEG, und Betreibern von Serviceeinrichtungen, § 2 Abs. 3c AEG. Diese Unterscheidung ist erforderlich, weil den öffentlichen Betreibern der Schienenwege in Bezug auf die Struktur ihres Unternehmens und im Bereich des Netzzugangs besondere Pflichten auferlegt werden (Erfüllen von Mindestleistungen, Bestehen von Kontrahierungszwang),

vgl. BR-Drs. 269/04, S. 20.

Die Bescheidadressatin ist gemäß § 14 Abs. 1 AEG verpflichtet, den Zugang und die diskriminierungsfreie Benutzung ihrer Infrastruktur zu gewährleisten. Sie ist damit ein öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Zum Gegenstand des Unternehmens der Bescheidadressatin gehören der Betrieb, der Bau und die Unterhaltung der Schienenwege der Eisenbahn. Sie ist damit ein Betreiber von Schienenwegen.

Die Einhaltung der Zugangsbestimmungen aus dem AEG und der EIBV, insbesondere im Hinblick auf die Schienennetz-Benutzungsbedingungen obliegt daher der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur.

Die Bundesnetzagentur macht als zuständige Behörde entsprechend den geltenden Verfahrensvorschriften von ihrem Widerspruchsrecht nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) Gebrauch.

Die Bundesnetzagentur widerspricht – in dem aus Ziffer 1 bis 3 dieser Verfügung erkennbaren Umfang – den beabsichtigten Änderungen der SNB gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG. Nach dieser Vorschrift kann die Bundesnetzagentur nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d S. 1 Nr. 6 AEG innerhalb von vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung von SNB und NBS widersprechen, soweit die beabsichtigten Entscheidungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen.

Gemäß § 14e Abs. 2 Nr. 2 AEG dürfen vor Ablauf der in Abs. 1 Nr. 4 genannten 4-Wochen-Frist zur Vorabprüfung durch die Bundesnetzagentur die SNB nicht in Kraft treten. Soweit die Bundesnetzagentur ihr Widerspruchsrecht fristgerecht ausübt, legt § 14e Abs. 3 Nr. 2 AEG fest, dass die SNB auch nach Ablauf der vierwöchigen Widerspruchsfrist gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG insoweit nicht in Kraft treten.

Die Bundesnetzagentur ist am 22.10.2012 gemäß § 14d S. 1 Nr. 6 AEG über die beabsichtigten Änderungen der SNB unterrichtet worden. Die am 12.10.2012 eingereichten Unterlagen hat die Bundesnetzagentur zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens gemacht.

Die Bescheidadressatin wurde im Rahmen eines schriftlichen Anhörungsverfahrens im Sinne des § 28 VwVfG angehört.

Die Bundesnetzagentur hat das Bundeskartellamt gem. § 14b Abs. 2 AEG über die beabsichtigte Entscheidung informiert und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

### **I. Zu Ziffer 1 des Tenors (Ziffer 2.2.1 a) SNB 2013)**

Die Bundesnetzagentur widerspricht gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG den beabsichtigten Änderungen in Ziffer 2.2.1 a) in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang, da diese gegen §§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, 3 Abs. 1 EIBV sowie gegen § 14 Abs. 6 AEG verstoßen.

#### **1. Änderung**

Die Bescheidadressatin beabsichtigt, die Formulierung in Ziffer 2.2.1 a) dahingehend zu ändern, dass alle Zugangsberechtigten einen Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrag (INV) für Leistungen innerhalb der Netzfahrplanperiode 2013 bzw. 2014 gemäß Muster der jeweiligen Anlagen 2.1.1.A bzw. 2.1.1.B unterzeichnen müssen. Für die drei in § 14 Abs. 2 AEG genannten Gruppen von Zugangsberechtigten sind jeweils unterschiedliche Vertragsmuster vorgesehen. In der vorangehenden Fassung der Ziffer 2.2.1 a) der SNB 2013 bezog sich die Formulierung dagegen darauf, dass lediglich ein Grundsatz-INV abgeschlossen werden muss.

#### **2. Rechtsverstoß**

Die beabsichtigten Änderungen verstoßen gegen §§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, 3 Abs. 1 EIBV sowie gegen § 14 Abs. 6 AEG. Denn die Änderungen verpflichten auch solche Zugangsberechtigte zum Abschluss eines den Mustern in den Anlagen der Nutzungsbedingungen entsprechenden Vertrages, die bereits einen wirksamen Grundsatz-INV mit der Bescheidadressatin abgeschlossen haben.

Nach dem einleitenden Satz von Ziffer 2.2.1 a) handelt es sich bei der Verpflichtung zum Abschluss eines solchen Vertrages um eine Zugangsvoraussetzung, von der die Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages durch die Bescheidadressatin abhängt.

##### **a) Verstoß gegen § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV**

Die beabsichtigte Klausel verstößt gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV, weil sie auch solche Zugangsberechtigte zum Abschluss eines den Mustern in den Anlagen der Nutzungsbedingungen entsprechenden Vertrages verpflichtet, die bereits einen Grundsatz-INV mit der Bescheidadressatin abgeschlossen haben, welcher noch nicht beendet worden ist.

Die Bescheidadressatin hat der Bundesnetzagentur ■ (Grundsatz-) Infrastrukturnutzungsverträge vorgelegt, die zwischen ihr und den Zugangsberechtigten bereits geschlossen worden sind, die sie jedoch auf zivilrechtlichem Weg nicht beendet hat und die daher weiterhin zwischen ihr und den Zugangsberechtigten gelten.

Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot, das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG und § 3 Abs. 1 Satz 1 EIBV verankert ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verletzt, wenn Eisenbahnverkehrsunternehmen beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.09.2011, Az.: 6 C 17.10, Rdnr. 71 des Urteilsumdrucks).

#### aa) Ungleichbehandlung

Nach der beabsichtigten Ziffer 2.2.1 a) hängt die Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages durch die Bescheidadressatin davon ab, dass der Zugangsberechtigte einen Grundsatz-INV gemäß Muster abgeschlossen hat. Dementsprechend werden nur Zugangsberechtigte, die einen Grundsatz-INV gemäß Muster abgeschlossen haben, von der Bescheidadressatin ein Angebot zum Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages erhalten. Zugangsberechtigte, die einen Grundsatz-INV gemäß Muster nicht abschließen möchten, weil sie bereits einen geltenden Grundsatz-INV haben, werden von der Bescheidadressatin dagegen kein Angebot zum Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages erhalten. Damit liegt eine Ungleichbehandlung von Zugangsberechtigten vor.

#### bb) Sachlich gerechtfertigter Grund

Für die mit Ziffer 2.2.1 a) beabsichtigte Ungleichbehandlung von Zugangsberechtigten liegt kein sachlich gerechtfertigter Grund vor. Die Bescheidadressatin beruft sich auf ein Interesse an einer Vertragsvereinheitlichung. Dieses Interesse mag im Grundsatz aner kennenswert sein, es ist im konkret vorliegenden Fall jedoch nicht von ausreichendem Gewicht, um die Ungleichbehandlung von Zugangsberechtigten zu rechtfertigen. Insbesondere ist von Belang, dass es eisenbahnrechtlich grundsätzlich unbedenklich wäre, wenn die Bescheidadressatin die mit den Zugangsberechtigten in der Vergangenheit geschlossenen und nach wie vor geltenden Grundsatz-INV auf zivilrechtlichem Wege beendet hätte und danach einen neuen Grundsatz-INV mit diesen Zugangsberechtigten vereinbaren wollte. Diesen eisenbahnrechtlich zulässigen Weg ist sie aber nicht gegangen.

Dem im Ansatz aner kennenswerten Interesse der Bescheidadressatin an einer Vertragsvereinheitlichung stehen die Interessen der Zugangsberechtigten gegenüber, die durch das Mittel, mit dem die Bescheidadressatin ihr Ziel erreichen möchte, in ihren Rechtspositionen beeinträchtigt sein können. Daher kommt es vorliegend auf der einen Seite auf das Gewicht des Vereinheitlichungsinteresses der Bescheidadressatin an und auf der anderen Seite auf den Grad der Beeinträchtigung der Rechtspositionen der Zugangsberechtigten.

Dazu im Einzelnen:

Gemäß § 14 Abs. 6 AEG sind Einzelheiten des Zugangs zwischen den Zugangsberechtigten und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu vereinbaren. Das Eisenbahnrecht geht damit davon aus, dass zwar nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG ein gesetzliches Zugangsrecht zur öffentlichen Eisenbahninfrastruktur besteht, dass die Verwirklichung dieses Zugangsanspruchs aber auf vertraglicher Grundlage geschieht. Die Bescheidadressatin hat sich dazu entschieden, die in § 14 Abs. 6 AEG geforderte vertragliche Vereinbarung aufzuteilen und *zwei* Verträge mit den Zugangsberechtigten zu schließen, nämlich einen sog. Grundsatz-INV, welcher nach Angaben der Bescheidadressatin den Rahmen für die Festlegung der Regelungen für die Nutzung von Trassen und Serviceeinrichtungen bieten soll, und einen sog. Einzelnutzungsvertrag, der die in § 14 Abs. 6 AEG explizit genannten Punkte „Zeitpunkt“, „Dauer der Nutzung“ und „zu entrichtendes Entgelt“ enthält.

Der Wortlaut von § 14 Abs. 6 AEG schließt eine solche Vertragsgestaltung durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht aus. Allerdings ist § 14 Abs. 6 AEG auch zu entnehmen, dass es für die Verwirklichung des gesetzlichen Zugangsanspruchs ausreicht, wenn ein Zugangsberechtigter *einen* Vertrag, der die Merkmale von § 14 Abs. 6 AEG erfüllt, mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen abgeschlossen hat. Die Bescheidadressatin hat sich dafür entschieden, dass die Inhalte eines geltenden Grundsatz-INV jeweils zum Bestandteil des Einzelnutzungsvertrages werden

[REDACTED]. Besteht also ein wirksamer Grundsatz-INV (der dann mit dem noch abzuschließenden Einzelnutzungsvertrag

eine Einheit bildet), gewährt die Vorschrift dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen keinen Anspruch darauf, einen neuen oder weiteren Vertrag von dem Zugangsberechtigten zu fordern. Der Zugangsberechtigte, der über einen wirksamen Grundsatz-INV verfügt, erfüllt die von der Bescheidadressatin vorgegebene Zugangsbedingung, die die Bescheidadressatin im Rahmen von § 14 Abs. 6 AEG nur fordern darf, bereits.

Denn auch bei einem Vertrag zur Verwirklichung des eisenbahnrechtlichen Zugangsanspruchs i.S.v. § 14 Abs. 6 AEG gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*, d.h. der Grundsatz der Vertragstreue. Über diesen Grundsatz kann sich die Bescheidadressatin nicht einfach hinwegsetzen, indem sie Regelungen in ihre Nutzungsbedingungen einfügt, die diesen Grundsatz aushöhlen und die Verpflichtungen aus noch bestehenden Verträgen ignorieren. Dies ist nicht Sinn und Zweck des Eisenbahnrechts. Vielmehr ist die Bescheidadressatin gehalten, auf zivilrechtlichem Weg, z.B. durch Vertragsanpassung oder Kündigung i.S.d. § 313 BGB, die bestehenden Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge zu beenden und dadurch eine Vereinheitlichung zu erreichen.

Die Bescheidadressatin hat ■ Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge vorgelegt, die zwischen ihr und den Zugangsberechtigten geschlossen worden sind und mangels zivilrechtlicher Beendigung zwischen den Vertragsparteien fortgelten. Mit der beabsichtigten Klausel in Ziffer 2.2.1 a) macht die Bescheidadressatin die Zugangsgewährung davon abhängig, dass Zugangsberechtigte – auch wenn sie über einen geltenden Grundsatz-INV verfügen – einen neuen derartigen Vertrag, der in den Anlagen zu den SNB näher beschrieben ist, abschließen müssen. Sie möchte daher eine Zugangsbedingung einführen, die sich im Wesentlichen auf die Wiederholung einer anderen – bereits erfüllten – Bedingung reduzieren lässt. Da § 14 Abs. 6 AEG einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen aber, wie dargelegt, keinen Anspruch auf Neuabschluss eines geltenden Nutzungsvertrages gewährt, kann die Bescheidadressatin den Zugang auch nicht verweigern, wenn ein Zugangsberechtigter einen geltenden Vertrag hat und zu einem Neuabschluss nicht bereit ist. Eine Klausel wie Ziffer 2.2.1 a), die dies ermöglichen würde, kann daher grundsätzlich kein sachlich gerechtfertigter Grund für eine Ungleichbehandlung sein. Der Grundsatz *pacta sunt servanda* ist insofern auch eisenbahnrechtlich zu beachten, weil er durch § 14 Abs. 6 AEG eisenbahnrechtliche Bedeutung erlangt und nach der gesetzlichen Konzeption unverzichtbares Element ist, um den gesetzlichen Zugangsanspruch zu verwirklichen. Über den Hebel der Zugangsverweigerung bei Nichtabschluss des neuen Grundsatz-INV und Festhalten am alten Grundsatz-INV können die zivilrechtlichen Lösungsmöglichkeiten von einem Vertrag nicht substituiert werden.

Der mit einer drohenden Zugangsverweigerung verbundene Zwang einen im Rahmen von § 14 Abs. 6 AEG bereits geschlossenen Vertrag aufzubrechen, beeinträchtigt die durch diese vertragliche Vereinbarung geschützte Rechtsposition der Zugangsberechtigten in schwerwiegender Weise.

Auch weitere Erwägungen zu den sich gegenüberstehenden Interessen der Zugangsberechtigten und der Bescheidadressatin führen nicht dazu, dass von einer sachlichen Rechtfertigung der festgestellten Ungleichbehandlung ausgegangen werden kann:

Die Bescheidadressatin macht ein Interesse an einer Vertragsvereinheitlichung geltend. Dieses Anliegen wird in gewisser Weise dadurch gestützt, dass SNB gemäß § 4 Abs. 6 EIBV gegenüber allen Zugangsberechtigten in gleicher Weise angewendet werden müssen. Auch die in den Anlagen zu den SNB 2014 enthaltenen Muster-Grundsatz-INV sollen Bestandteil der SNB sein, da sie deren Anlagen bilden.

Die Bescheidadressatin hat jedoch nicht vorgetragen, worin ihr Vereinheitlichungsinteresse materiell begründet ist. Vielmehr hat sie lediglich abstrakt auf die Vorteilhaftigkeit vereinheitlichter Regelungen verwiesen. Die Bundesnetzagentur hat – obschon die Darlegungs- und Beweislast für einen sachlichen Rechtfertigungsgrund bei der Bescheidadressatin liegt – die ■ von der Bescheidadressatin vorgelegten noch gültigen Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge, die nach ihrer Angabe keine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung vorsehen, durchgesehen, um

eine Aussage über den Grad der daraus resultierenden Unterschiede in den Rechtsbeziehungen der Bescheidadressatin zu den Zugangsberechtigten treffen zu können. Die dabei erkannten Gesichtspunkte sind vielfältig und können hier im Rahmen des an kurze gesetzliche Fristen gebundenen Verfahrens nach § 14e AEG nicht vollständig wiedergegeben werden. Von Bedeutung sind aber die nachstehend zusammengefassten Gesichtspunkte:

Ein häufig verwendeter Vertragstyp, der gegenüber den in § 14 Abs. 2 Nr. 1 AEG genannten Eisenbahnverkehrsunternehmen verwendet worden ist, besteht aus zehn Paragraphen. Die dort geregelten Inhalte betreffen den Gegenstand des Vertrages, den Umfang der von der Bescheidadressatin zu erbringenden Leistungen, das von den Zugangsberechtigten zu zahlende Entgelt, die Laufzeit und die vorzeitige Vertragsbeendigung. Weitere Regelungspunkte sind eine fehlende Sicherheitsbescheinigung, Datenspeicherung und Datenverarbeitung, die Benennung von Ansprechpartnern, die Zuteilung einer Kundennummer für den Zugangsberechtigten, eine salvatorische Klausel und ein Schriftformerfordernis für Vertragsänderungen.

Unterschiede bei den Vertragsinhalten ergeben sich in erster Linie im Hinblick auf die **Vertragslaufzeit**. Während einige Verträge bis zum Jahr 2025 laufen, endet die Laufzeit bei ■ Verträgen bereits Mitte 2013, Ende 2013, Anfang 2014, im April 2014 und Ende 2014. Gemeinsam ist fast allen Verträgen dagegen, dass sie keine Klausel enthalten, die der Bescheidadressatin das Recht zur ordentlichen Kündigung gewähren würde. Auch das **Alter der Verträge**, d.h. ihr Geltungsbeginn, variiert signifikant. Es existieren, soweit ersichtlich, ■ Verträge, die bereits in den Jahren 2001 oder 2002 unterzeichnet worden sind. Einige Verträge sind in den Jahren 2004 bis 2006 geschlossen worden. Die weitaus meisten Verträge, nämlich ■, sind dagegen in den Jahren 2009 oder später unterzeichnet worden.

Weitere Unterschiede betreffen vor allem die **Einbeziehung der von der Bescheidadressatin verwendeten SNB und NBS bzw. AGB**. ■ Verträge enthalten hierzu einen *statischen* Verweis, d.h. nach der entsprechenden Vertragsklausel gelten zwischen den Vertragsparteien die jeweiligen in Bezug genommenen Regelwerke in einer bestimmten Fassung (z.B. die „Allgemeinen Bedingungen über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG“ – ABN –, Stand: 27.04.2001).

Die ■ anderen Verträge enthalten dagegen *dynamische* Verweise, d.h. es sollen die SNB/NBS/AGB und Entgeltlisten in ihrer jeweils gültigen Fassung gelten.

Bei allen Verträgen mit statischem Verweis ist jedoch festzustellen, dass die ABN ihrerseits eine Veränderungsklausel enthalten. Die Bescheidadressatin hat nach den Klauseln die Möglichkeit, die ABN zu verändern und die dann geänderten ABN werden Vertragsbestandteil, wenn der jeweilige Zugangsberechtigte nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Mangels anderweitiger Darlegung der Bescheidadressatin ist für dieses Verfahren zu unterstellen, dass die ABN über die Jahre verschiedene Veränderungen erhalten haben und heute in der Gestalt der aktuellen SNB fortbestehen. Mithin sind auch in den Verträgen mit eigentlich statischem Verweis auf eine Altfassung der ABN die aktuellen SNB Vertragsgegenstand.

Auch **weitere einzelne Punkte**, die in den bestehenden alten Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträgen in unterschiedlicher Weise geregelt sind, fallen nicht so ins Gewicht, dass sie bei einer Gegenüberstellung mit den bei einem Neuabschluss betroffenen Rechtspositionen der Zugangsberechtigten ausschlaggebende Bedeutung für eine Zulässigkeit der in Ziffer 2.2.1 a) beabsichtigten Klausel hätten.

**Differenzen** zeigen sich im Wesentlichen nur noch bei den **Zahlungsmodalitäten** für das von den Zugangsberechtigten für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur zu entrichtende Entgelt.

Dem Interesse an einer Vertragsvereinheitlichung der Bescheidadressatin stehen wie einleitend erwähnt auf der anderen Seite die durch die bestehenden Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge geschützten Rechtspositionen der Zugangsberechtigten gegenüber.

Insofern ist bei den zuletzt erwähnten Zahlungsmodalitäten zu beachten, dass die festgestellten Differenzen, sofern sie mit dem Mittel der beabsichtigten Klausel in Ziffer 2.2.1 a) beseitigt werden sollen, zu einer Verschlechterung der Rechtsposition von Zugangsberechtigten, die über einen bestehenden Vertrag verfügen, führen können. Während einige Verträge hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten bestimmen, dass Rechnungen innerhalb von zehn Tagen nach deren Zugang zu begleichen sind, sehen andere Verträge hierfür 20 Tage vor. Die von der Bescheidadressatin beabsichtigte Klausel Ziffer 2.2.1 a) würde dazu führen, dass die für einzelne Zugangsberechtigte aufgrund eines bestehenden Vertrages geltende günstigere Frist von 20 Tagen beseitigt würde, denn bei Abschluss eines neuen Grundsatz-INV gemäß Muster in den Anlagen der SNB 2014 würde die bisher geltende vertragliche Regelung aufgehoben (vgl. z.B. § 5 Abs. 2 des für Verträge mit EVU vorgesehenen Vertragsmusters). Statt ihrer würde dann die aus Sicht der Zugangsberechtigten ungünstigere Regelung aus Ziffer 4.3 AGB-IN gelten, nach der Rechnungen innerhalb von 14 Tagen nach Zugang der Rechnung zu begleichen sind. Gleiches gilt für die in den SNB vorgesehenen Zahlungsziele, wobei dort die Divergenzen durch eine neu eingeführte Abschlagszahlung noch deutlicher zu Tage treten, da diese eine Fälligkeit eines Teils des monatlichen Entgelts noch vor dem Ende des Leistungsmonats regelt.

Durch die beabsichtigte Regelung verletzt die Bescheidadressatin das Vertrauen, dass die Unternehmen, die einen anderslautenden Grundsatz-INV abgeschlossen haben, in den Fortbestand der vereinbarten Vertragsmodalitäten begründet haben. Dabei wäre es im Rahmen der Vereinheitlichung auch möglich gewesen, das Vertrauen zu schützen, indem die **Zahlungsziele** von 20 Tagen nach Rechnungszugang, die einer ganzen Reihe von Zugangsberechtigten gewährt wurden, auch für die anderen Zugangsberechtigten vorgesehen worden wären. Unter Beachtung der Vorgaben des Diskriminierungsverbots wird man diese Rechtsfolge ohnehin auch bereits unter Geltung der aktuellen Regelungen annehmen müssen. Denn dort, wo die Bescheidadressatin einigen Unternehmen Vorteile einräumt, sind diese Vorteile auch den anderen Unternehmen zu gewähren. Hiervon ausgenommen sind nur Fälle, in denen das Günstigkeitsprinzip zu einer unzumutbaren Belastung führt, die dann einen Eingriff in das Vertragsvertrauen der begünstigten Unternehmen erlauben würde (vgl. zur Vertrauensabwägung: BAG, Urteil vom 10. 11. 2011, Az. 6 AZR 148/09, Rn. 35). Die globale Reduzierung der Zahlungsziele dient denn auch weniger dem Vereinheitlichungsinteresse als dem Cash flow der Bescheidadressatin.

Für die Gruppe von Zugangsberechtigten, die bereits über einen geltenden Grundsatz-INV verfügt, würde sich durch die Einführung von Ziffer 2.2.1 a) darüber hinaus eine signifikante **Verschlechterung ihrer Rechtspositionen** ergeben. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Möglichkeit, Preiserhöhungen der Bescheidadressatin vor den Zivilgerichten gestützt auf § 315 BGB bzw. die Grundsätze der zivilrechtlichen Klauselkontrolle (§ 305 ff. BGB) überprüfen zu lassen. Zugangsberechtigte, die einen über mehrere Jahre laufenden Vertrag mit der Bescheidadressatin vereinbart haben, können Preiserhöhungen, die das Eisenbahninfrastrukturunternehmen in Ausübung seines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts vornimmt, mit Hilfe von § 315 BGB im Hinblick auf ihre Billigkeit vor den Zivilgerichten überprüfen lassen. Anwendungsvoraussetzung dieser Norm zur zivilrechtlichen Preiskontrolle ist, dass das Eisenbahninfrastrukturunternehmen den neuen Preis einseitig bestimmt hat. Dies ist nicht der Fall, wenn der Preis zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden ist (vgl. die Rechtsprechung zum sog. vereinbarten Anfangspreis, etwa BGH, Urt. v. 13.06.2007, Az. VIII ZR 36/06, Rn. 29).

Die mit der Ziffer 2.2.1 a) beabsichtigte Regelung würde dazu führen, dass Zugangsberechtigte Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge nur noch für die Dauer von einem Jahr abschließen können (so die in den Vertragsmustern enthaltene Regelung, z.B. § 5 des für Verträge mit EVU vorgesehenen Vertragsmusters). Damit würde durch die Vertragsunterzeichnung auch jeweils die für den betreffenden Zeitraum geltende Entgeltliste der Bescheidadressatin anerkannt. Zwar hat die Rechtsprechung in einigen Fällen angenommen, dass ein Vertragspartner sich auch dann auf § 315 BGB – in analoger Anwendung – berufen kann, wenn sich die Parteien bei Vertragsschluss über den Preis nicht einigen konnten, den Vertrag aber dennoch durchgeführt haben, weil keine oder keine zumutbare Nutzungsalternative zur Verfügung stand (BGH, Urt. v. 02.04.1964, Az. KZR 10/62, BGHZ 41, 271, 275 f. – „Werkmilchabzug“; BGH, Urt. v. 18.10.2011,

Az. KZR 18/10, Rn. 12 – „Stornierungsentgelte“). Allerdings kann hier noch nicht von einer gefestigten oder ständigen Rechtsprechung ausgegangen werden. Es ist auch nicht sicher, ob die Zugangsberechtigten mit dem Argument eines gesetzlichen Leistungsbestimmungsrechtes vor Gericht Gehör finden würden. Insofern besteht für Zugangsberechtigte, die bereits über einen Grundsatz-INV mit der Bescheidadressatin verfügen, die greifbare Gefahr, dass sie ihre durch den auf der Grundlage von § 14 Abs. 6 AEG geschlossenen Vertrag erworbene Rechtsposition einer möglichen Preiskontrolle nach § 315 BGB verlieren, wenn sie durch die beabsichtigte Ziffer 2.2.1 a) faktisch gezwungen sind, jährlich neue Preise zu unterzeichnen.

Der von der Bescheidadressatin in ihrer Stellungnahme vom 08.11.2012 gegebene Hinweis, dass die Frage, ob ein auf § 315 BGB gestützter Anspruch geltend gemacht werden könne oder nicht, nicht davon abhängt, ob ein neuer Grundsatz-INV für in der Zukunft liegende Leistungen abgeschlossen werden müsse, greift zu kurz. Die Bescheidadressatin führte hierzu weiter aus, dass Ansprüche, die u.U. für die Vergangenheit bestehen, auch nach Abschluss eines neuen Grundsatz-INV fortbestehen bleiben. Dies ist zutreffend, aber berücksichtigt nicht, dass die lang laufenden Verträge, welche die Bescheidadressatin mit den Zugangsberechtigten vereinbart hat, diesen auch die Rechtsposition einräumen, Preiserhöhungen, die die Bescheidadressatin in der Zukunft während der Vertragslaufzeit vornehmen kann, gestützt auf § 315 BGB gerichtlich überprüfen zu lassen. In diese Rechtsposition würde durch die beabsichtigte Klausel in Ziffer 2.2.1 a) zum Nachteil der Zugangsberechtigten eingegriffen.

In einer Gegenüberstellung des von der Bescheidadressatin angegebenen sachlichen Grundes für die festgestellte Ungleichbehandlung von Zugangsberechtigten, der in einem Interesse an einer Vertragsvereinheitlichung besteht, mit den betroffenen Interessen der Zugangsberechtigten zeigt sich damit, dass der angegebene sachliche Grund nicht hinreichend gewichtig ist, um die festgestellte Ungleichbehandlung der Zugangsberechtigten zu rechtfertigen. Denn wenn ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine neue Zugangsbedingung schaffen will, die von einem Teil der Zugangsberechtigten bereits erfüllt wird, bedürfte es für die eisenbahnrechtliche Zulässigkeit eines solchen Verlangens eines schwerwiegenden Grundes. Die Auswertung der vorliegenden Altverträge hat aber ergeben, dass hier keine Unterschiede bestehen, die eisenbahnrechtlich nicht hinnehmbar sind. Auf der anderen Seite sind die durch § 14 Abs. 6 AEG geschützten Rechtspositionen der Zugangsberechtigten schwerwiegend betroffen, da sie u.a. das Recht auf eine zivilgerichtliche Kontrolle zukünftiger Preiserhöhungen verlieren und die in dem neuen Grundsatz-INV enthaltenen Bestimmungen in der Regel zu ihrem Nachteil von den bestehenden Verträgen abweichen, wie z.B. bei den Zahlungsmodalitäten.

Die jährliche Neuunterzeichnung eines Grundsatz-INV zu einer zwingenden Zugangsvoraussetzung zu machen, stellt daher einen Verstoß gegen das in § 14 Abs. 1 AEG, § 3 Abs. 1 EIBV enthaltene eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot gegenüber solchen Zugangsberechtigten dar, die bereits über einen geltenden Grundsatz-INV mit der Bescheidadressatin verfügen.

Hingegen spricht eisenbahnrechtlich grundsätzlich nichts dagegen, wenn die Bescheidadressatin das von ihr angestrebte Ziel einer Bereinigung der heterogenen Vertragslandschaft, sprich der Vertragsvereinheitlichung, auf zivilrechtlichem Wege zu erreichen sucht. Von einer solchen Möglichkeit, sich auf zivilrechtlichem Weg, z.B. über die §§ 313 bzw. 314 BGB von den Verträgen zu lösen, ist die Bundesnetzagentur bislang stets ausgegangen. Das Gegenteil hat die Bescheidadressatin bisher noch nicht vorgetragen. Diesen Weg jedoch nicht zu gehen, sondern das angestrebte Ziel durch eine daran geknüpfte mögliche Zugangsverweigerung erreichen zu wollen, ist mit dem Eisenbahnzugangsrecht im oben dargelegten Umfang nicht vereinbar.

Die Bundesnetzagentur behält sich vor, noch bestehende Unterschiede in den Rechtsbeziehungen der Bescheidadressatin zu den einzelnen Zugangsberechtigten nach Abschluss dieses Vorab-Prüfungsverfahrens im Wege der ex post - Kontrolle nach § 14 f Abs. 1 AEG aufzugreifen und die Bescheidadressatin ggf. zu verpflichten, diese Unterschiede – möglicherweise unter Beachtung des Grundsatzes der Meistbegünstigung – zu beseitigen. Konkret könnte dies bedeuten, dass es aufgrund des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbotes geboten sein könnte, dass allen Zugangsberechtigten die günstigsten Bedingungen, die die Bescheidadressa-

tin bislang nur mit einigen Zugangsberechtigten vereinbart hat, angeboten werden müssen. Auch dies würde das Ziel einer Vertragsvereinheitlichung erreichen.

#### **b) Verstoß gegen § 14 Abs. 6 AEG**

Aus den gleichen Gründen liegt durch die beabsichtigte Einfügung von Ziffer 2.2.1 a) auch ein Verstoß gegen § 14 Abs. 6 AEG vor. Zugangsberechtigte, die bereits einen geltenden und lang laufenden Grundsatz-INV mit der Bescheidadressatin haben, brauchen nicht jährlich einen neuen Grundsatz-INV gemäß Muster der SNB 2014 zu schließen. Vielmehr ist die Bescheidadressatin an diese Verträge eisenbahnrechtlich gebunden. Die durch Ziffer 2.2.1 a) antizipierte Zugangsverweigerung für den Fall der Nichtunterzeichnung eines neuen Vertrages verstößt gegen den Grundsatz der Vertragstreue bzw. des Primats des Vertrages.

#### **3. Ermessen**

Der Widerspruch gegen die beabsichtigten Regelungen ist geeignet, den drohenden Verstoß gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu verhindern, da diese gemäß § 14e Abs. 3 Nr. 2 AEG nicht in Kraft treten können. Gleichzeitig sind mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für den Wettbewerb nicht erkennbar.

Die in Ziffer 1 des Tenors aufgeführten Änderungen beschränken den zugangsrechtlichen Anspruch aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um die Kernnorm des Eisenbahnregulierungsrechts; das hieraus folgende Zugangsrecht hat dementsprechend einen hohen Stellenwert für die Erreichung der in § 1 Abs. 1 AEG normierten Ziele.

Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen Erwägungen ist auch im konkret vorliegenden Fall ein präventives Einschreiten der Bundesnetzagentur in dieser Form geboten.

Die beabsichtigte Regelung würde dazu führen, dass diejenigen Zugangsberechtigten, die noch über einen gültigen Grundsatz-INV verfügen und aus diesem Grund keinen neuen Grundsatz-INV gemäß Muster in der Anlage der SNB unterzeichnen möchten, kein Vertragsangebot erhalten würden. Hierbei handelt es sich um den schwersten denkbaren Eingriff in die Rechte der Zugangsberechtigten. Ihnen würde der Zugang zur Infrastruktur verwehrt, so dass sie keine Verkehre durchführen könnten.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Bescheidadressatin auch auf Nachfrage in der schriftlichen Anhörung keine näheren Ausführungen zum Sinn und Zweck des Grundsatz-INV gemacht hat, wäre eine Zugangsverweigerung auf Grund eines nicht unterzeichneten Grundsatz-INV (für den Fall, dass ein gültiger Grundsatz-INV noch besteht) nicht zu rechtfertigen. Die Bescheidadressatin hat lediglich erklärt, dass der Grundsatz-INV den Rahmen für die Festlegung der Regelungen für die Nutzung der Trassen und Serviceeinrichtungen bieten soll. Aus dem Grundsatz-INV geht hervor, dass dieser zum Bestandteil des Einzelnutzungsvertrages wird. Warum er aber im Einzelnen überhaupt notwendig ist und eine Zugangsvoraussetzung darstellt, wurde von der Bescheidadressatin zu keinem Zeitpunkt erläutert. Die Bundesnetzagentur hat es bislang nicht beanstandet, dass die Bescheidadressatin derartige Verträge mit den Zugangsberechtigten abschließt. Aus ihrer Sicht scheint der Abschluss eines solchen Grundsatz-INV so wichtig zu sein, dass er sogar eine Zugangsvoraussetzung darstellt. Wenn sie aber in der Vergangenheit solche Verträge abgeschlossen und sich somit für einen Zeitraum von z.B. 15 Jahren gebunden hat, dann verhält sie sich mit der beabsichtigten Vorgehensweise, nämlich sich über die Klausel in den SNB von ihrer lang laufenden Bindung wieder zu lösen, widersprüchlich.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang vor allem auch die Tatsache, dass ein Großteil der Verträge erst in den Jahren 2009 und 2010 geschlossen wurde. Auch in diesen erst kürzlich abgeschlossenen Verträgen wurde zum Teil noch eine Laufzeit bis 2025 vereinbart. Eine Abkehr von dieser lang laufenden Bindung nur zwei Jahre nach Abschluss des Vertrages ist zumindest in Form der gewählten Vorgehensweise als besonders unverhältnismäßig anzusehen. Die betroffenen Zugangsberechtigten haben die von der Bescheidadressatin vorgegebene Zugangs-

bedingung erfüllt und verfügen über wirksame Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge. Diese bilden jeweils Bestandteile der darüber hinaus noch abzuschließenden Einzelnutzungsverträge gemäß § 14 Abs. 6 AEG. An diese von der Bescheidadressatin geschlossenen Verträge ist diese aber gebunden, solange sie diese nicht auf zivilrechtlichem Weg auflöst bzw. anpasst oder sich einvernehmlich mit den Zugangsberechtigten über eine Aufhebung einigt. Eine einseitige Lösung von der vertraglichen Bindung über eine Klausel in den SNB würde dazu führen, dass die betroffenen Zugangsberechtigten keinen Zugangsanspruch mehr hätten, obwohl sie über wirksame Verträge verfügen.

Verträge laufen zudem bereits in den Jahren 2013 bzw. 2014 aus. Gerade für die betroffenen Zugangsberechtigten erscheint eine Zugangsverweigerung im Fall der Nichtunterzeichnung eines neuen Grundsatz-INV vor Ablauf der regulären Laufzeit unverhältnismäßig.

Zudem ist der Umstand zu würdigen, dass die Bescheidadressatin bislang nicht den Versuch unternommen hat, die Verträge auf zivilrechtlichem Wege zu kündigen bzw. anzupassen.

Es ist nicht auszuschließen, dass sich die Zugangsberechtigten mit einer Anpassung oder auch einer Aufhebung der Verträge einverstanden erklären würden, wenn ihnen die Gründe hierfür entsprechend erläutert würden.

Bei mindestens Verträgen besteht zudem eine vertragliche Beendigungsmöglichkeit

Auch die in Anlage des Vertrages mit enthaltene Vereinbarung über die Nutzung von Infrastrukturanlagen auf dem beinhaltet in eine Kündigungsmöglichkeit für diese Vereinbarung.

In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit konnten nicht alle denkbaren Beendigungs- bzw. Anpassungsmöglichkeiten aller Verträge geprüft werden. Aber allein die Tatsache, dass es überhaupt Möglichkeiten in verschiedenen Verträgen gibt, spricht gegen die Zulässigkeit einer Regelung in den SNB dahingehend, alle Zugangsberechtigten zur Unterzeichnung eines neuen Grundsatz-INV zu verpflichten. Die Bescheidadressatin hat sich mit der Unterzeichnung der noch gültigen Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge vertraglich gebunden.

Die Stellungnahmen der Zugangsberechtigten lassen die Interessen des Marktes deutlich werden. Sowohl der als auch der, die und die erklären in ihren Stellungnahmen, dass sie über noch gültige Verträge mit der Bescheidadressatin verfügen. Wörtlich schreibt z.B. die, dass „die DB Netz AG die SNB-Klausel nicht einseitig zu einer ihr genehmen „Rationalisierung“ der Vertragslandschaft der Grundsatzinfrastrukturnutzungsverträge verwenden“ könne. Vielmehr müsse sie, „wo sie solche vertraglichen Bindungen in früheren Zeiten eingegangen ist, auch formal in den SNB den EVU und ZB die Beibehaltung solcher Infrastrukturnutzungsverträge zugestehen“.

Im Rahmen des Ermessens ist auch zu berücksichtigen, dass durch die von der Bescheidadressatin beabsichtigte neue Klausel zivilrechtliche Positionen der Zugangsberechtigten erheblich betroffen werden können. Dies betrifft – wie beschrieben die gegenwärtig vertraglich abgesicherte Möglichkeit zur Preiskontrolle gestützt auf §§ 305 ff. bzw. § 315 BGB.

Das Interesse der Bescheidadressatin an einer Vereinheitlichung der Verträge (mit einer einjährigen Laufzeit) ist in der Gesamtbetrachtung nicht so hoch zu bewerten wie das Interesse der Zugangsberechtigten am Zugang zur Infrastruktur. Dieses Zugangsrecht würde jedoch durch die beabsichtigte Regelung erheblich beeinträchtigt werden.

Bei der Abwägung der Interessen ist zudem zu berücksichtigen, dass der Widerspruch gegen die beabsichtigte Regelung den Abschluss der Muster-Grundsatz-INV (soweit diesem nicht unter Ziffer 2 des Tenors widersprochen wurde) nicht verhindert. Es bleibt der Bescheidadressatin unbenommen, auf die Zugangsberechtigten, welche noch über alte Verträge verfügen, zuzuge-

hen und mit diesen neue Grundsatz-INV nach dem Muster abzuschließen. Zudem kommt der Abschluss des neuen Grundsatz-INV nach dem Muster für alle Zugangsberechtigten in Betracht, die über keinen gültigen Grundsatz-INV verfügen.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Bescheidadressatin sich aus eigenem Antrieb dafür entschieden hat, die Unterzeichnung eines Grundsatz-INV zur Zugangsbedingung zu machen. Sie hat sich freiwillig über Jahrzehnte hinweg an die vertraglichen Verpflichtungen gebunden und in der Vergangenheit erst dann neue Verträge abgeschlossen, wenn die alten Verträge ausgelaufen waren. Die Bescheidadressatin wird demnach durch den Widerspruch seitens der Bundesnetzagentur lediglich dazu verpflichtet, ihre selbst eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen einzuhalten. Damit wird verhindert, dass die Bescheidadressatin denjenigen Zugangsberechtigten, die über einen wirksamen Grundsatz-INV verfügen und damit die Zugangsbedingung der Bescheidadressatin erfüllen, den Zugang zur Infrastruktur verweigert.

Die Bescheidadressatin ist bestrebt, den Grundsatz-INV durch eine elektronische Lösung zu ersetzen. Da diese Lösung jedoch umfangreiche Vorarbeiten in den IT-Systemen voraussetzt, sei eine kurzfristige Realisierung nicht möglich. Da das AEG den Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages gemäß § 14 Abs. 6 AEG als ausreichend erachtet, ist eine Abkehr von dem zusätzlichen Erfordernis, einen weiteren Vertrag abzuschließen, aus eisenbahnrechtlicher Sicht zu begrüßen. Die elektronische Lösung würde dazu führen, dass der Abschluss eines Grundsatz-INV keine Zugangsbedingung mehr darstellen würde. Vielmehr würden sich die Zugangsberechtigten dann über ihre Trassenbestellung z.B. mit der Geltung der Nutzungsbedingungen bzw. der Entgeltlisten einverstanden erklären (z.B. durch das Ankreuzen eines Kästchens im Bestellformular bzw. über TPN). Allerdings muss auch bei diesem Vorgehen sichergestellt werden, dass Zugangsberechtigte keine Eingriffe in ihre gesicherten Rechtspositionen erleiden – es sei denn, sie verzichten freiwillig auf solche Rechtspositionen. Da allerdings eine große Anzahl der betreffenden Verträge innerhalb der nächsten ein bis fünf Jahre auslaufen wird, fällt die Umsetzbarkeit der IT-Lösung u.U. mit dem Auslaufen dieser Verträge zusammen (vorausgesetzt, diese werden nicht im Vorfeld bereits angepasst bzw. aufgehoben).

Darüber hinaus wird erwartet, dass die Bescheidadressatin die kommende Zeit dafür nutzen wird, die betreffenden Verträge daraufhin zu überprüfen, ob diese sich ggf. anpassen bzw. kündigen lassen. Mit dem Ergebnis dieser Prüfung könnte sie im Anschluss auf die Zugangsberechtigten zugehen und diesen den Stand der Dinge erläutern. Auf dieser Grundlage lassen sich u.U. bereits einvernehmliche Lösungen erzielen.

Schließlich sei festgestellt, dass nicht in vollem Umfang gegen die beabsichtigte Regelung in Ziffer 2.2.1 a) widersprochen wurde. Die Bescheidadressatin beabsichtigt, für die Unterzeichnung der neuen Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge einen Zeitpunkt einzuführen, zu dem der Grundsatz-INV spätestens zu unterzeichnen ist. Für Anmeldungen von Netzfahrplantrassen soll der Grundsatz-INV spätestens bis zum Vorliegen des vorläufigen Netzfahrplangentwurfs unterzeichnet werden. Für Trassen des Gelegenheitsverkehrs gilt hingegen, dass der Grundsatz-INV spätestens mit der Anmeldung unterzeichnet werden muss.

Zur Begründung für den ausgewählten Zeitpunkt bezüglich der Netzfahrplantrassen gibt die Bescheidadressatin an, dass sichergestellt werden soll, dass nur die Zugangsberechtigten, die einen Grundsatz-INV gezeichnet haben, berücksichtigt werden sollen. Anderenfalls würden Zugangsberechtigte, die keine entsprechenden Grundsatz-INV gezeichnet haben, ggf. solche Zugangsberechtigten verdrängen, die einen Grundsatz-INV geschlossen haben, auch wenn die Zugangsberechtigten, die keinen geschlossen haben, den Grundsatz-INV später nicht schließen.

Diese Begründung überzeugt vor dem Hintergrund nicht, dass die Konstruktion der Trassen unmittelbar nach Anmeldung durch die Zugangsberechtigten durch die Bescheidadressatin erfolgt. Vor Erstellung des vorläufigen Netzfahrplangentwurfs wird zudem ggf. ein Koordinierungs- bzw. Entscheidungsverfahren durchgeführt. Mit der von der Bescheidadressatin vorgetragenen Begründung müsste der Zeitpunkt der Unterzeichnung eigentlich früher gewählt werden, da auch die Zugangsberechtigten bei der Konstruktion und eventueller Koordinierungsverfahren berücksichtigt werden, die zu diesem Zeitpunkt noch keinen Grundsatz-INV abgeschlossen haben. Mit

der von der Bescheidadressatin vorgetragenen Begründung könnte man aber ebenso gut einen späteren Zeitpunkt der Unterzeichnung wählen. Die Tatsache, dass die Zugangsberechtigten zum Zeitpunkt des Vorliegens des vorläufigen Netzfahrplanentwurfs einen Grundsatz-INV unterzeichnen, verhindert nicht, dass sie später z.B. das Trassenangebot nicht annehmen.

Da in der Abwägung der Interessen aber kein Nachteil der Zugangsberechtigten im Hinblick auf die Unterzeichnung des Grundsatz-INV zum Zeitpunkt des vorläufigen Netzfahrplanentwurfs festgestellt werden kann, hat die Bundesnetzagentur sich dafür entschieden, diesen Punkt nicht anzugreifen.

Die Bescheidadressatin muss die Klausel lediglich dahingehend anpassen, dass diese den Abschluss der Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge gemäß Muster nicht verpflichtend für alle vorgibt. Die Verpflichtung darf sich nicht auf diejenigen Zugangsberechtigten beziehen, die noch über einen gültigen Grundsatz-INV mit der Bescheidadressatin verfügen. Die bisherige Formulierung in Ziffer 2.2.1 a) stellt darauf ab, dass ein Grundsatz-INV mit der Bescheidadressatin abgeschlossen werden musste. Gegen diese Formulierung bestehen keine eisenbahnrechtlichen Bedenken. Die Bescheidadressatin könnte den Widerspruch durch die Bundesnetzagentur z.B. dadurch umsetzen, dass sie einen Zusatz aufnimmt, aus dem hervorgeht, dass sich die Verpflichtung, einen Grundsatz-INV gemäß der jeweiligen Muster in den Anlagen 2.1.1 A und 2.1.1 B nicht auf diejenigen bezieht, die über einen wirksamen Grundsatz-INV verfügen.

## **II. Zu Ziffer 2 des Tenors (§ 2 des Muster-Grundsatz-INV, Anlage 2.1.1 B-Spediteur)**

Die Bundesnetzagentur widerspricht gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG den beabsichtigten Streichungen in den Absätzen 3 und 4 des § 2 des in Anlage 2.1.1 B befindlichen Muster-Grundsatz-Infrastrukturnutzungsvertrages (INV) für Unternehmen mit Sitz im Inland, die Güter durch ein EVU befördern lassen wollen gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG, gültig für Leistungen in der Netzfahrplanperiode 2014, da diese gegen §§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, 3 Abs. 1 EIBV i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV verstoßen. Sie beschränken das Zugangsrecht der Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG.

### **1. Änderung**

Die Bescheidadressatin beabsichtigt Streichungen in den Absätzen 3 und 4 des § 2, die dazu führen, dass lediglich die Aussage verbleibt, dass ein Angebot an das einbezogene EVU erst nach Abschluss eines Grundsatz-INV erfolgt.

Durch die beabsichtigten Änderungen wären die Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG nicht mehr in der Lage, Verträge über die Nutzung von Trassen mit der Bescheidadressatin zu schließen und im Zuweisungsverfahren - welches die Verbindung zwischen der Anmeldung der Trassen und dem Vertragsschluss darstellt - Einfluss auf die Zuweisung der Trassen zu nehmen.

### **2. Rechtsverstoß**

Die beabsichtigten Änderungen verstoßen gegen §§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, 3 Abs. 1 EIBV i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur verkürzt die beabsichtigte Regelung das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG enthaltene Zugangsrecht der Verloader in unzulässiger Weise. Richtigerweise müssen auch Verloader das Recht haben, einen Einzelnutzungsvertrag mit der Bescheidadressatin abzuschließen.

Gemäß § 2 Abs. 3 (neu) des in Anlage 2.1.1 B befindlichen Muster-Grundsatz-INV kann ein Angebot auf Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages nur an das einbezogene EVU erfolgen. Die zuvor aufgeführte Differenzierung zwischen den der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen, die mit dem EVU vereinbart werden sollten, und den übrigen Vereinbarungen würde damit

entfallen. Gemäß § 2 Abs. 2 muss der Zugangsberechtigte bei Antragstellung ein EVU benennen, das die Verkehrsleistung erbringen soll.

Die beabsichtigten Änderungen stehen mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht in Einklang. Bei den betroffenen Unternehmen handelt es sich um Zugangsberechtigte i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG. In der Praxis sind dies häufig Speditionen oder sog. Operateure. Hierbei handelt es sich um Unternehmen, die die Organisation und Durchführung von Gütertransporten für bestimmte Auftraggeber zu ihrer Geschäftstätigkeit gemacht haben. Außerdem handelt es sich um Unternehmen des produzierenden Gewerbes, die ihre Waren bzw. Rohstoffe über die Schiene befördern lassen. Zur Vereinfachung wird im Nachgang für alle Zugangsberechtigten i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG einheitlich der Begriff „Verlader“ verwendet.

Die Regelung in § 2 Abs. 2 des Muster-Grundsatz-INV gestattet zwar, dass diese Verloader eine gewünschte Nutzung der Trasse anmelden. Mit der Anmeldung einer Trasse allein kann ein Zugangsberechtigter sein Zugangsrecht aber nicht ausüben. Das Zugangsrecht kann ein Zugangsberechtigter nur dann ausüben, wenn er einen Vertrag nach § 14 Abs. 6 AEG mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen abschließt. Der für die Nutzung erforderliche Vertrag kann aber nach den beabsichtigten Bestimmungen der Bescheidadressatin nicht mit den Verladern, sondern nur mit einem von diesen benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen geschlossen werden.

Die Bescheidadressatin wurde mit dem Anhörungsschreiben vom 31.10.2012 darauf aufmerksam gemacht, dass die beabsichtigten Streichungen in § 2 des Muster-Grundsatz-INV zu einer Regelung führen würden, der bereits im letzten Jahr im Rahmen des Verfahrens zu den beabsichtigten Änderungen der SNB 2013 (10.030-F-11-343) widersprochen worden ist.

In ihrem Schreiben vom 08.11.2012 erklärte die Bescheidadressatin hierzu, dass die beabsichtigten Änderungen aus ihrer Sicht die Regelungen des § 11 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 EIBV umsetzen würden.

#### a) Gesetzssystematik

Insbesondere aus der Gesetzssystematik selbst ergeben sich bereits Gründe dagegen, den Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG den Abschluss eines Nutzungsvertrages zu verwehren.

Nach der Regelungssystematik des AEG werden die Einzelheiten des Zugangs zwischen den Zugangsberechtigten und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen vereinbart (§ 14 Abs. 6 AEG). Das AEG differenziert dabei nicht zwischen den verschiedenen Arten von Zugangsberechtigten, sondern legt in § 14 Abs. 6 AEG fest, dass die Nutzungsverträge von „den Zugangsberechtigten“ geschlossen werden. Damit kommen nach dem AEG regelungssystematisch konsequent *alle* im Gesetz genannten Zugangsberechtigten als Vertragspartei in Betracht. Die Einzelheiten des Zugangs sind gem. § 14 Abs. 6 AEG zwar „nach Maßgabe der in Absatz 1 genannten Rechtsverordnung“ – d.h. der EIBV – zu vereinbaren. Der Kreis der in Frage kommenden Vertragspartner ist durch die gesetzliche Regelung aber bereits festgelegt und nicht der Gestaltungsmacht des Ordnungsgebers überlassen.

Das gleiche Ergebnis ergibt sich aus § 14f Abs. 2 AEG. Diese Norm verleiht der Regulierungsbehörde die Befugnis, Entscheidungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens zu überprüfen, falls eine Vereinbarung über den Zugang nach § 14 Abs. 6 AEG oder über einen Rahmenvertrag nicht zustande kommt. Nach Satz 2 dieser Vorschrift sind antragsberechtigt *„die Zugangsberechtigten, deren Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt sein kann.“* Nach dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung haben damit *alle* Zugangsberechtigten das Recht einen Überprüfungsantrag bei der Regulierungsbehörde zu stellen, d.h. auch die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG genannte Gruppe der Verloader. Damit geht das Gesetz selbstverständlich davon aus, dass auch Verloader als Vertragspartner einer Vereinbarung nach § 14 Abs. 6 AEG in Betracht kommen. Bei der Antragsbefugnis nach § 14f Abs. 2 AEG handelt es sich um ein für die Zugangsverwirklichung eminent wichtiges Verfahrensrecht, mit dem z.B. eine Überprüfung der Entgelthöhen für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur herbeigeführt werden kann. Dieses Verfahrensrecht kann den Zugangsberechtigten nicht durch eine Bestimmung der rangniedrige-

ren EIBV genommen werden, zumal das AEG in § 14f Abs. 2 keine dahingehende Öffnung enthält.

#### **b) Verständnis der §§ 11 Abs. 1 und 6 Abs. 1 EIBV**

Die Frage, mit wem ein Vertrag über die Nutzung einer Trasse zu schließen ist, ist in § 11 Abs. 1 EIBV geregelt. Gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV erfolgt die Erklärung des Vertragsangebotes durch den Betreiber der Schienenwege gegenüber den Zugangsberechtigten oder den von diesen benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Bestimmung enthält damit die Grundregel, dass sowohl die Zugangsberechtigten, als auch die Eisenbahnverkehrsunternehmen als Vertragspartner in Frage kommen.

Von dieser Grundregel macht dann Satz 3 der genannten Norm eine Ausnahme. Sofern es sich bei den Zugangsberechtigten um dem öffentlichen Recht angehörende Einrichtungen i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG (Aufgabenträger oder Behörden nach § 15 Abs. 1 AEG) handelt, müssen diejenigen Vertragsbestandteile, die der Betriebssicherheit dienende Bestimmungen enthalten, abweichend von der Grundregel mit einem benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen vereinbart werden.

Diese Ausnahme gilt aber bei den hier relevanten Zugangsberechtigten i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG (Verlader) gerade nicht. Vielmehr verbleibt es bei dieser Gruppe der Zugangsberechtigten bei der Grundregel, wonach die Nutzungsverträge sowohl durch die Zugangsberechtigten selbst, als auch durch von diesen benannte Eisenbahnverkehrsunternehmen geschlossen werden können. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV können damit Zugangsberechtigte grundsätzlich selbst vollständig Vertragspartner eines Nutzungsvertrages werden.

Es sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, von diesem Ergebnis abzuweichen:

Insbesondere ist der Ausschluss von Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG aus dem Kreise möglicher Vertragspartner nicht deshalb eisenbahnrechtlich auf Grund der Regelungen aus § 6 Abs. 1 EIBV geboten, weil die genannten Zugangsberechtigten bei der Trassenanmeldung die Zuweisung an ein von ihnen benanntes EVU beantragen müssen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV). Auf diese Vorschrift stützt sich die Bescheidadressatin. Zwar verweist § 11 Abs. 1 EIBV auf § 6 Abs. 1 EIBV. Danach hat es den Anschein, als komme als Vertragspartner des Betreibers der Schienenwege ausschließlich dasjenige (Eisenbahnverkehrs-)unternehmen in Frage, dem die Nutzungskapazität zugewiesen worden ist.

Hiergegen sprechen jedoch durchgreifende Gründe.

Zunächst handelt es sich bei § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV um die gegenüber § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV speziellere Norm: Während in § 11 explizit der Vertragsschluss zwischen Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen geregelt wird, behandelt § 6 eine vorgelagerte Stufe der Vertragsanbahnung und nicht den Vertragsschluss. Weiter sprechen auch die den Regelungen zugrundeliegenden Sachgesichtspunkte dafür, die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG genannten Verloader, zu denen wie erwähnt vielfach Expeditionen, Operateure und Unternehmen des produzierenden Gewerbes zählen, als mögliche Vertragspartner eines Nutzungsvertrages anzusehen. Denn während es dem Ordnungsgeber angesichts der Ausnahmebestimmung in § 11 Abs. 1 Satz 3 EIBV bei den „eisenbahnfernen“ Aufgabenträgern und Behörden offenbar ein Anliegen war, dass die sicherheitsrelevanten Aspekte einer Nutzung in jedem Fall zwischen dem Eisenbahninfrastruktur- und dem Eisenbahnverkehrsunternehmen vereinbart werden, hat die dieser Regelung zugrundeliegende Sorge bei den Verladern keine vergleichbare Berechtigung, denn diese Unternehmen haben geschäftsmäßig mit dem Eisenbahnverkehr zu tun. Viele derartige Unternehmen haben selbst eine Zulassung als Eisenbahnverkehrsunternehmen und sind deshalb mit den zu beachtenden Anforderungen an die Betriebssicherheit gut vertraut.

Es ist zudem ohne Weiteres möglich, dass bei Bedarf die Einzelheiten mit Bezug zur Betriebssicherheit zwischen dem benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Betreiber der Schienenwege vereinbart werden können. Auf diese Weise kann im Einzelfall sichergestellt wer-

den, dass die technischen Verhandlungen mit dem betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen geführt werden. Insbesondere für Parameter wie z.B. Datum der Fahrt oder zeitliche Lage gilt aber, dass diese mit demjenigen verhandelt werden sollten, der die Verkehre in Auftrag gibt und das ist in diesem Fall der Verloader.

### c) Gesetzgeberische Wertung

Weiterhin müssen die Bestimmungen der EIBV vor dem Hintergrund der im AEG enthaltenen Wertungen gesehen werden. Der Gesetzgeber hat in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG den Kreis der Zugangsberechtigten über die traditionell berechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmen hinaus auf Verloader und Aufgabenträger sowie Betrauungsbehörden erweitert. Der Einfügung der Verloader lag die Überlegung zugrunde, dass hierdurch der Schienengüterverkehr gestärkt werde (BR-Drs. 269/04, S. 38). Die Unternehmen sollten gerade nicht vom Eisenbahnverkehrsunternehmen abhängig sein, sondern sich selbst aktiv an der Planung des Eisenbahnbetriebs beteiligen können. Diese grundlegende gesetzgeberische Entscheidung würde konterkariert, wenn man die auf einer normhierarchisch niedrigeren Ebene angesiedelten Bestimmungen der EIBV so auslegen würde, dass die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG genannten Zugangsberechtigten auf Grund von § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV weder eine Nutzungskapazität zugewiesen bekommen, noch nach § 11 Abs. 1 EIBV selbst Vertragspartei eines Nutzungsvertrags sein könnten. Das gesetzlich garantierte Zugangsrecht könnte demnach nie ausgeübt werden und wäre wertlos.

Der gesetzgeberischen Wertung entspricht es viel eher, den Akt der Zuweisung von Nutzungskapazität zwar in Übereinstimmung mit § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen zu binden, die von § 11 Abs. 1 EIBV ausdrücklich eröffnete Möglichkeit eines Vertragsschlusses mit den Zugangsberechtigten aber nicht abzuschneiden. Dass der Adressat der „Zuweisung“ der Nutzungskapazität und die Vertragspartei dabei nicht identisch sind, sondern auseinanderfallen, steht dieser Sichtweise nicht entgegen. Denn ein derartiges Auseinanderfallen ist auch bei Zugangsberechtigten i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG, die die Zuweisung einer Nutzungskapazität an sich selbst beantragt haben, den Vertrag aber von dem benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen schließen lassen (§ 6 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 EIBV) möglich. Die „Zuweisung“ von Nutzungskapazität an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen bedeutet demzufolge lediglich, dass ein bestimmtes Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einem definierten Zeitraum die Leistungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens nutzen wird, denn tatsächlich können selbstverständlich nur Eisenbahnverkehrsunternehmen die Schieneninfrastruktur eines Betreibers nutzen. Mit der Festlegung dieses tatsächlichen Nutzers muss aber nicht zwingend etwas über den Inhaber der Rechtsposition gesagt sein, der seine durch Vertrag konkretisierten Nutzungsrechte geltend machen kann. Deshalb ist es durchaus vereinbar, dass im Falle einer Trassennutzung zwar ausschließlich ein Eisenbahnverkehrsunternehmen die Nutzungskapazität „zugewiesen“ bekommt (§ 6 Abs. 1 S. 2 EIBV), der Vertragspartner aber gleichwohl der Zugangsberechtigte ist, der sein Wahlrecht aus § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV zu seinen Gunsten ausgeübt hat. Die dem Vertragsschluss vorgelagerte „Zuweisung“ im Sinne der Verordnung stellt in diesem Fall damit nur einen internen Akt des Betreibers der Schienenwege zum Zwecke der Kapazitätsplanung dar. Diese Sichtweise wird u.a. durch das europäische Recht vorgegeben: Anhang III der Richtlinie 2001/14/EG regelt den Zeitplan des Zuweisungsverfahrens. Nach der dortigen Darstellung endet das Verfahren mit der Erstellung des vorläufigen Netzfahrplans durch den Betreiber der Schienenwege. Erst im Anschluss an das Zuweisungsverfahren erfolgt mit dem endgültigen Netzfahrplan die Zuteilung von Rechten an Trassen mit Abschluss der Nutzungsverträge.

Auch unter dem Aspekt der Sicherheit und Haftung besteht keine zwingende Notwendigkeit, ein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem einbezogenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen abzuschließen. Entscheidet sich der Verloader entsprechend seinem Wahlrecht nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV dafür, dass das Eisenbahninfrastrukturunternehmen ein Angebot an ihn abgibt, wird er vertraglich berechtigt und verpflichtet. Das einbezogene Eisenbahnverkehrsunternehmen, das in diesem Fall den tatsächlichen Verkehr aus-

führt, handelt als Erfüllungsgehilfe, für den der Verlader die vollständige vertragsrechtliche Verantwortung übernehmen muss. Auch die notwendige Beibringung von Unterlagen und Versicherungen spricht nicht gegen die Möglichkeit, allein mit dem Verlader einen Vertrag über den Zugang zur Infrastruktur abzuschließen. Soweit es sich um Sicherheitsbescheinigungen oder die Haftpflichtversicherung des Eisenbahnverkehrsunternehmens handelt, können diese auch über den Verlader eingereicht werden. Sollte das Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht über die entsprechenden Bescheinigungen verfügen, hat die Bescheidadressatin das Recht, der Benennung des Unternehmens zu widersprechen (Ziffer 2.2 Abs. 4 AGB-IN 2013 bzw. 2014). Gesetzliche Ansprüche gegenüber dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bleiben daneben gesamtschuldnerisch bestehen. Soweit kurze Kommunikationswege als Argument für einen zwingenden Vertragsschluss mit dem einbezogenen Eisenbahnverkehrsunternehmen angeführt würden, greift dies unnötig weit in die Rechtsstellung des Verladers ein. Handelt es sich um notwendige Absprachen zur konkreten Nutzung, z.B. Zeitpunkt der Nutzung, Ausstattung und Länge der Gleise sind diese Absprachen (auch) mit dem Verlader zu treffen, da sie Auswirkungen auf die Verkehrsplanung haben. Geht es um Absprachen hinsichtlich der konkreten Betriebsführung, z.B. weil aufgrund von Baustellen außerplanmäßig ein anderes Gleis genutzt werden muss, kann hierfür ohne Umstände eine direkte Kommunikation zwischen dem einbezogenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen festgelegt werden.

§ 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV ist folglich gesetzeskonform so auszulegen, dass auch die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG genannten Verlader als Vertragspartei eines Trassennutzungsvertrages in Betracht kommen. Es besteht damit ein Wahlrecht der Verlader, ob das entsprechende Vertragsangebot ihnen gegenüber oder dem benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber zu machen ist.

#### **d) Koordinierungs- und Entscheidungsverfahren**

Dem Vertragsschluss vorgelagert ist das Zuweisungsverfahren. Dieses umfasst neben der Trassenkonstruktion u.a. das Koordinierungs- und Entscheidungsverfahren nach § 9 Abs. 3 bis 6 EIBV. Letztendlich sind es die Verlader, die die Verkehre und den finanziellen Aufwand planen. Sie stimmen diese Planungen vielfach im Vorfeld der Trassenanmeldungen mit den Kundenmanagements der Bescheidadressatin ab.

Vor diesem Hintergrund ist es wichtig und erforderlich, dass die Verlader in jedem Fall an den Koordinierungs- und Entscheidungsverfahren beteiligt werden und in diesen Abstimmungsgesprächen auch Einfluss auf die Parameter der Trasse ausüben können.

Im Rahmen des Zuweisungsverfahrens kann es zu erheblichen Abweichungen von der ursprünglichen Bestellung kommen. Dies resultiert aus Konflikten mit anderen Trassenanmeldungen. Nach Informationen seitens der Bescheidadressatin gab es z.B. bei den Anmeldungen zum Netzfahrplan [REDACTED]. Abweichungen von der ursprünglichen Anmeldung können u.a. in Form von veränderten Laufwegen der Züge, veränderten Lasten oder auch Längen der Züge auftreten. All dies kann erhebliche Auswirkungen auf die geplanten Aufwendungen der Verlader haben. Ein Ausschluss von den im Zuweisungsverfahren oft notwendigen intensiven Koordinierungsgesprächen hätte ggf. zur Folge, dass die geplanten Verkehre im betriebswirtschaftlichen Sinne nicht mehr auskömmlich wären.

Nach der beabsichtigten Regelung in § 2 Abs. 3 (neu) des Muster-Grundsatz-INV wären verbindliche Erklärungen des Verladers bereits ab dem Zeitpunkt nicht mehr möglich, ab dem eine Zuweisung an ein einbezogenes EVU beantragt ist. Dem Verlader bliebe lediglich das Recht, einen Antrag auf Nutzung zu stellen. Er könnte im Nachgang keinerlei Einfluss mehr auf die inhaltlichen Bestandteile dieses Antrags nehmen. Da der Verlader aber gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV das einzubeziehende EVU bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung benennen muss, wäre eine weitere Einflussnahme nicht mehr möglich, so dass das Antragsrecht jeglichen Wert verlieren würde.

Das hier gefundene Ergebnis, wonach Zugangsberechtigte wegen § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV selbst Partei eines Nutzungsvertrages werden können, wird überdies gestützt von § 9 Abs. 6 Satz 3 EIBV. Diese Bestimmung ist Bestandteil des bei der Netzfahrplanerstellung anzuwendenden Koordinierungs- und Entscheidungsverfahrens. Auf der letzten Stufe dieses mehrstufigen

Mechanismus soll die zu vergebende Trasse demjenigen Interessenten zugewiesen werden, der im Wege einer Art Versteigerung die beste Offerte unterbreitet. Zu diesem Zweck bestimmt § 9 Abs. 6 Satz 3 EIBV, dass der Betreiber der Schienenwege gegenüber dem Zugangsberechtigten, der das höchste Entgelt zu zahlen bereit ist, das Angebot nach § 11 Abs. 1 zu machen hat. Die Vorschrift differenziert nicht nach den verschiedenen in § 14 Abs. 2 AEG genannten Zugangsberechtigten. Vielmehr kommen als Adressaten des zu unterbreitenden Vertragsangebots und damit als möglicher Vertragspartner des Nutzungsvertrags *alle* Zugangsberechtigten, also auch die in § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG genannten Verlader in Frage.

#### e) Abschluss eines Grundsatz-INV

Ein weiterer Aspekt, der für einen möglichen Vertragsschluss zwischen den Zugangsberechtigten nach Art. 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG und der Bescheidadressatin spricht, ist in dem Umstand zu sehen, dass die Zugangsberechtigten nach Ziffer 2.2.1 a) SNB 2013 bzw. 2014 der SNB 2013 bzw. 2014 verpflichtet sind, mit der Bescheidadressatin einen Grundsatz-INV abzuschließen. Die Regelungen des Grundsatz-INV werden jeweils zum Bestandteil der auf Basis des Grundsatz-INV abzuschließenden Einzelnutzungsverträge. Wenn ein Zugangsberechtigter i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG aber von der Möglichkeit ausgeschlossen werden soll, Einzelnutzungsverträge mit der Bescheidadressatin abzuschließen, dürfte folgerichtig auch keine Verpflichtung von Seiten der Zugangsberechtigten bestehen, einen Grundsatz-INV abzuschließen, da dieser gezwungenermaßen ins Leere läuft. Die Tatsache, dass die Bescheidadressatin die Verpflichtung in ihre SNB aufgenommen hat, spricht demzufolge dafür, dass den Zugangsberechtigten i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG auch die Möglichkeit zur Verfügung stehen muss, auf der Grundlage des geschlossenen Grundsatz-INV einen entsprechenden Einzelnutzungsvertrag abzuschließen.

### 3. Ermessen

Der Widerspruch gegen die beabsichtigten Regelungen ist geeignet, den drohenden Verstoß gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu verhindern, da diese gemäß § 14e Abs. 3 Nr. 2 AEG nicht in Kraft treten können. Gleichzeitig sind mildere Mittel mit gleicher Schutzwirkung für den Wettbewerb nicht erkennbar.

Die von Ziffer 2 des Tenors aufgeführten Änderungen verkürzen das Zugangsberechtigten zustehende Recht, selbst Verträge über die Nutzung der Trassen mit der Bescheidadressatin abzuschließen, in unzulässiger Weise und verletzen damit das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, § 3 Abs. 1 EIBV i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV enthaltene eisenbahnrechtliche Zugangsrecht. Bei § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG handelt es sich um die Kernnorm des Eisenbahnregulierungsrechts; das hieraus folgende Zugangsrecht hat dementsprechend einen hohen Stellenwert für die Erreichung der in § 1 Abs. 1 AEG normierten Ziele.

Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen Erwägungen ist auch im konkret vorliegenden Fall ein präventives Einschreiten der Bundesnetzagentur in dieser Form geboten. Schützenswerte Interessen der Bescheidadressatin an der Vornahme der beabsichtigten Änderungen sind nicht ersichtlich.

Im Hinblick auf die Wettbewerbsrelevanz der von der Bescheidadressatin beabsichtigten Regelungen geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass eine Einschränkung des Kreises der möglichen Vertragspartner des Unternehmens von großer Bedeutung für den Schienengüterverkehrsmarkt ist. Im vorliegenden Verfahren hat die Bescheidadressatin zwar keine näheren Ausführungen zu den beabsichtigten Änderungen gemacht. Im Rahmen des Verfahrens zu den SNB 2013 (10.030-F-11-343) hatte die Bescheidadressatin aber erklärt, dass ■■■ Spediteure/ Verlader jeweils einen Grundsatz-INV abgeschlossen hatten.

Wollte man einwenden, dass den Zugangsberechtigten i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG auch weiterhin das Recht zusteht, einen Grundsatz-INV abzuschließen, ist zu bedenken, dass der Grundsatz-INV allein keinen Nutzungsanspruch vermittelt. Voraussetzung für die Ausübung des Zugangsrechts ist der Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages. Das Recht zum Abschluss

dieses Vertrages soll den Zugangsberechtigten zukünftig aber nach den beabsichtigten Regelungen der Bescheidadressatin nicht mehr zustehen.

Neben der Anzahl der von der beabsichtigten Änderung betroffenen Unternehmen sind auch die praktischen Auswirkungen eines Ausschlusses von Verladern aus dem Kreis möglicher Vertragspartner von Interesse. Es ist davon auszugehen, dass die Versagung der Kontrahierungsmöglichkeit wirtschaftlich bedeutende Auswirkungen für die betroffenen Unternehmen haben kann. Im Logistikgeschäft stellt sich für Speditionen, Operateure und Unternehmen des produzierenden Gewerbes relativ häufig das Problem, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen, die die Transporte für die Unternehmen durchführen, ihre Leistungen nicht pünktlich erbringen oder sonst unzuverlässig sind. In solch` einem Fall besteht ein Interesse der Verländer, sich von derartigen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu trennen und die Transportdienstleistung zukünftig entweder selbst zu erbringen (falls das Unternehmen über eine Zulassung als Eisenbahnverkehrsunternehmen verfügt) oder durch ein anderes Eisenbahnverkehrsunternehmen erbringen zu lassen. Würde sich die Situation in Bezug auf die Trassennutzung dann so darstellen, dass der Verländer nicht selbst Vertragspartner des Betreibers der Schienenwege ist, sondern nur das unzuverlässige Eisenbahnverkehrsunternehmen, bestehen wirtschaftlich erhebliche Hürden, die beabsichtigte Trennung von dem Eisenbahnverkehrsunternehmen tatsächlich umzusetzen. Es müsste ein neuer Nutzungsvertrag mit dem Betreiber der Schienenwege geschlossen werden. Da während eines laufenden Fahrplans lediglich Trassen zum Gelegenheitsverkehr angemeldet werden können, ist fraglich, ob sich eine Trassennutzung zu den ursprünglich gewünschten Konditionen realisieren ließe. Das würde voraussetzen, dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die Verkehre ursprünglich gefahren hat und das Nutzungsrecht an den Trassen innehat, dieses Nutzungsrecht aufgibt, indem es die Trassen z.B. storniert. Gerade bei großen Unternehmen, [REDACTED], dürfte allerdings das Interesse an einer Freigabe der Trassen nicht sonderlich groß sein. Ihr würde – vorausgesetzt, es handelt sich nicht um einen Großauftrag – in Anbetracht der Vielzahl der Auftraggeber kein großer finanzieller Verlust entstehen, wenn sie die Verkehre des betreffenden Verländers nicht durchführen würde. Würde sie die Trassen nicht nutzen, sie aber auch nicht freigeben, wäre sie auf diese Weise aber in der Lage, zu verhindern, dass andere Eisenbahnverkehrsunternehmen die Verkehre auf diesen Trassen übernehmen könnten, so dass sich letztendlich ein Nachteil für den Wettbewerb ergeben könnte.

Wie bereits oben dargestellt, kann der Ausschluss der Verländer vom Zuweisungsverfahren ebenfalls wirtschaftlich bedeutsame Auswirkungen haben, wenn sich die von ihm geplanten Verkehre nicht entsprechend der Anmeldung realisieren lassen.

Der Bescheidadressatin war die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur vor dem Hintergrund des im vergangenen Jahr ergangenen Widerspruchs (10.030-F-11-343) bereits bekannt. Sie hat keine neuen Gründe für die beabsichtigte Änderung vorgetragen. Aus den eingereichten Unterlagen lässt sich lediglich ein Anhaltspunkt für die Änderung entnehmen. [REDACTED]

[REDACTED] hat in ihrer Stellungnahme zu den beabsichtigten Änderungen der SNB erklärt, dass sie den betreffenden Muster-Grundsatz-INV dahingehend versteht, dass die Bescheidadressatin mit allen Zugangsberechtigten einen Grundsatz-INV abschließt, ein Einzelnutzungsvertrag jedoch nur mit einem Zugangsberechtigten mit EVU-Status abgeschlossen wird. [REDACTED] bittet in ihrer Stellungnahme um eine entsprechende Klarstellung in dem Muster-Grundsatz-INV.

Dieser Bitte ist die Bescheidadressatin offensichtlich mit den Streichungen nachgekommen. Die Ansicht [REDACTED] rechtfertigt die beabsichtigten Änderungen allerdings nicht. Die Änderungen widersprechen den gesetzlichen Regelungen.

Die Bescheidadressatin hatte in dem Muster-Grundsatz-INV für Zugangsberechtigte nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG für die Netzfahrplanperiode 2013 Regelungen aufgenommen, die den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen und den Interessen aller Zugangsberechtigten gerecht werden. Sie hatte in § 2 Abs. 3 des Muster-Grundsatz-INV geregelt, dass für die Fälle, in denen der Zugangsberechtigte nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG die Abgabe eines Angebotes zur Nutzung einer Trasse oder Serviceeinrichtung an sich selbst beantragt, ihm gegenüber das Vertragsangebot

zum Einzelnutzungsvertrag hinsichtlich sämtlicher Regelungen mit Ausnahme der der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen erfolgt. Parallel dazu würde ein Vertragsangebot an das einzubeziehende EVU gerichtet, das ausschließlich die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen regelt. In Abs. 4 des § 2 des Muster-Grundsatz-INV wurde dann folgerichtig dargestellt, dass ein Angebot an das einbezogene EVU in Bezug auf die der Betriebssicherheit dienenden Vorschriften erst nach Abschluss des Grundsatz-INV erfolgen würde.

Die Bescheidadressatin hatte folglich mit diesen Regelungen bereits eine rechtskonforme Ausgestaltung der gesetzlichen Vorgaben vorgenommen. Durch den Widerspruch gegen die beabsichtigten Streichungen in den Absätzen 3 und 4 der Ziffer 2 des Muster-Grundsatz-INV wird sichergestellt, dass diese Regelungen weiterhin gelten.

Auf der anderen Seite besteht kein schützenswertes Interesse der Bescheidadressatin an der Einführung der beanstandeten Regelungen. Die Regelungen sind eisenbahnrechtlich nicht gedeckt, eine unverhältnismäßige Belastung der Bescheidadressatin ist nicht zu erkennen. Insbesondere wird die Praxis, dass Zugangsberechtigte i.S.v. § 14 Abs. Nr. 2 AEG selbst Vertragspartner eines Einzelnutzungsvertrages sein können, seit vielen Jahren von der Bescheidadressatin gelebt, ohne dass sie vorgetragen hätte, dass diese Praxis zu konkreten Problemen bei ihr führt.

### III. Zu Ziffer 3 des Tenors (Ziffer 6.2.5.14 SNB 2013)

Die Bundesnetzagentur widerspricht der beabsichtigten Änderung der Regelungen in Ziffer 6.2.5.14 der SNB 2013 (in den SNB 2014 gestrichen), soweit eine Änderung des Entgeltes bei Verspätungen von mehr als 20 Stunden betroffen ist.

Der Änderung wird widersprochen, weil durch die beabsichtigte Änderung bestimmte Verkehre ein doppeltes Entgelt zahlen müssen, obschon hierfür kein sachlicher Grund erkennbar ist.

Bezüglich der als Folgeänderung dieses Widerspruchs notwendig werdenden Korrektur der in der Klausel enthaltenen Verweisung auf die ebenfalls aktualisierte Ziffer 3.5.4.2 AGB-IN (2014) wird gemäß § 14e Abs. 4 AEG auf eine Mitteilung nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG verzichtet.

Im Folgenden wird unter 1. aufgezeigt, welche Änderung die Bescheidadressatin beabsichtigt. Unter 2. wird dargestellt, warum die Änderung gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur verstößt. Unter 3. wird die Entscheidungsfindung erläutert.

#### 1. Änderung

Die Bescheidadressatin beabsichtigt die nachfolgende Änderungsfassung der Regelung des Trassenentgeltes für den Fall, dass eine vereinbarte Zugtrasse mit einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr angetreten wird:

6.2.5.14 SNB 2014 – Abrechnung von Zugtrassen mit einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr

Die Regelung wird gestrichen.

Die Regelung lautete zuvor in den SNB 2013:

6.2.5.14 SNB 2013 – Abrechnung von Trassen mit einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr

Im Falle einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr und Zuweisung einer neuen Zugtrasse nach Ziffer 3.5.4.1 der AGB-IN wird die ursprünglich angemeldete Trasse abgerechnet.

Die beabsichtigte Änderung ist in Zusammenhang mit Ziffer 3.5.4.2 SNB 2014 „Behandlung von Zugtrassen bei einer Verspätung“ zu sehen. Dort ist geregelt, dass die Bescheidadressatin ab einer Verspätung von 20 Stunden keine Zugfahrt mehr zulässt. Ferner ist geregelt, dass Zugangsberechtigte für die Weiterfahrt die Zuweisung einer neuen Zugtrasse benötigen. Fällt nun die entgeltliche Sonderregelung in Ziffer 6.2.5.14 SNB 2013 weg, können aus der alten Zugtrasse keine Rechte mehr hergeleitet werden und es ist eine neue Zugtrasse zu bezahlen. Der Wegfall der Regelung führt somit zu einer doppelten Zahlungsverpflichtung bei Verspätungen von über 20 Stunden.

## 2. Rechtsverstoß

Die beabsichtigte Änderung verstößt gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG, weil für vergleichbare Sachverhalte ein ungleiches Entgelt erhoben werden soll, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung dargelegt ist.

Die Vergleichsgruppen im vorliegenden Fall sind einerseits pünktlich oder bis knapp unter 20 Stunden verspätet durchgeführte Trassen und andererseits Trassen, die mit einer Verspätung von über 20 Stunden durchgeführt wurden. Für letztere Trassen ist die Berechnung von zwei Trassenentgelten beabsichtigt.

Wo es bislang zu einer Verspätung von mindestens 20 Stunden kam, hatte der Zugangsberechtigte das Entgelt zu entrichten, das auch bei planmäßiger Nutzung angefallen wäre. Mit der beabsichtigten Änderung hätte er daneben auch noch das Entgelt einer weiteren Trasse zu entrichten, die ihm – wie zuvor – aufgrund der enormen Verspätung neu zugewiesen werden muss. Die Durchführung einer um mindestens 20 Stunden verspäteten Zugfahrt würde damit, verglichen mit der Durchführung einer planmäßigen oder bis maximal knapp unter 20 Stunden verspäteten Zugfahrt, zu einem doppelten Entgelt führen, sodass zwei Zugfahrten, die sich allein in der Pünktlichkeit voneinander unterscheiden und im Übrigen identisch sind, unterschiedlich behandelt würden. Die ungleiche Behandlung überwiegend gleicher Sachverhalte erfordert einen sachlichen Rechtfertigungsgrund. Andernfalls liegt eine verbotene Diskriminierung vor. Es war daher zu prüfen, ob in einer Verspätung von mindestens 20 Stunden ein sachlicher Grund enthalten ist, der diese Ungleichbehandlung rechtfertigt.

Ein sachlicher Grund für die preisliche Differenzierung ist nicht erkennbar. Dabei kann zunächst dahinstehen, ob ein bestehender Missbrauch überhaupt in der Lage ist, eine preisliche Differenzierung zu rechtfertigen. Das Eisenbahnrecht enthält eine Reihe von Vorgaben zur Entgeltbildung, die eine entsprechende Preissetzung jedenfalls nicht ausdrücklich erlauben. Jedenfalls ist weder der behauptete Missbrauch noch die hierauf erfolgende Preissetzung hinreichend dargelegt.

Zum behaupteten Missbrauch:

Die Bescheidadressatin führt als sachlichen Rechtfertigungsgrund ein Missbrauchspotenzial an. Sie schreibt im Rahmen der Anhörung (Schreiben vom 08.11.2012, Seiten 9/10):

*„Aufgrund der heutigen 20-Stunden-Regelung ist ein eindeutiges Missbrauchspotential durch EVU erkennbar. Dabei ist zwischen zwei Fällen von Missbrauch zu unterscheiden:*

- a. *Ein EVU schließt einen Trassenvertrag für Trasse A mit Zug A ab. Nach einem Zeitraum von 20 Stunden oder mehr meldet das EVU einen "20-Stunden-Zug" bei der DB Netz AG an. Das EVU erhält eine unentgeltliche Trassenzuweisung für Trasse A' mit Zug A. Tatsächlich aber verkehrt das EVU mit Zug B, d. h. mit anderen Zugparametern (z. B. Wagenbeladung; Zuglänge, Triebfahrzeug) in der Trassenlage A'. Diese durch das EVU missbräuchlich verwendete Flexibilität kann schwer von der DB Netz nachgewiesen werden, da die DB Netz AG nur selten Kenntnis über die tatsächliche Fracht oder das tatsächlich eingesetzte Wagenmaterial hat. Daher werden diese Missbrauchsfälle betrieblich nicht von der DB Netz AG erfasst.*

- b. Ein EVU schließt einen Trassenvertrag für Trasse A mit Zug A ab. Die Trasse A wird mit Zug A auch tatsächlich durch das EVU genutzt. Nach einem Zeitraum von 20 Stunden oder mehr - in der Regel erst Tage oder Wochen später - meldet das EVU einen "20Stunden-Zug" in Trasse A' für Zug A an. Dabei beruft es sich auf eine angeblich nicht genutzte Trasse A. Diese missbräuchliche Anmeldung der Trasse A' wird immer häufiger bei der OB Netz AG festgestellt und auch erfasst."

Für das unter Ziffer a behauptete Missbrauchspotenzial trägt die Bescheidadressatin keine Belege vor. In Bezug auf das unter Ziffer b behauptete Missbrauchspotenzial trägt die Bescheidadressatin vor (Anhörung, a.a.O.):

*„Konkrete Missbrauchsfälle der Stufe 2 lassen sich aktuell exemplarisch bei [REDACTED] mit exakten Nachweisen von Zügen, deren Zugnummern und detaillierten, konkreten fahrplanerischen und betrieblichen Informationen benennen:*

- a) *Anmeldung eines "20-Stunden-Zuges" mit der Zugnummer [REDACTED]. Der Ursprungszug [REDACTED] ist allerdings tatsächlich am [REDACTED] gefahren. Die Nachweise hierzu finden Sie in Anlage 1.*
- b) *Anmeldung eines "20-Stunden-Zuges" mit der Zugnummer [REDACTED]. Die Ursprungstrasse [REDACTED] wurde allerdings bereits als "20-Stunden-Zug" am [REDACTED] für die Ursprungstrasse [REDACTED] verwendet. Hier liegt dementsprechend eine doppelte Anmeldung eines "20-Stunden-Zuges" vor. Die Nachweise hierzu finden Sie in Anlage 2."*

In den Anlagen 1 und 2 sind jeweils Unterlagen beigelegt, die den vorgetragenen Sachverhalt stützen.

Zur Bewertung des Missbrauchspotenzials und seiner möglichen Auswirkungen auf die Trassenpreisgestaltung ist zunächst festzustellen, dass das Thema zwischen der Bescheidadressatin und der Bundesnetzagentur bereits seit langem umstritten ist. Bereits im Jahr 2007 wurde zum Aktenzeichen 10.030-F-07-301 ein Verfahren geführt, das sich u. a. mit demselben Gegenstand auseinandersetzte. Auch damals beabsichtigte die Widerspruchsführerin eine Änderung ihrer SNB, wonach für neu zugewiesene Trassen im Zusammenhang mit Verspätungen von mindestens 20 Stunden statt des einfachen das doppelte Entgelt zu entrichten sein sollte. Der beabsichtigten Änderung wurde schon damals widersprochen, da ihre nicht unwesentliche Bedeutung für den Schienengüterverkehr erkannt wurde. Das hierzu geführte verwaltungsgerichtliche Verfahren wurde vor dem Verwaltungsgericht Köln beidseitig für erledigt erklärt, nachdem die Widerspruchsführerin angab, mit der aktuellen Regelung in den SNB 2011, inhaltsgleich mit den SNB 2013, einverstanden zu sein.

Trotz der im Jahr 2011 erklärten übereinstimmenden Erledigung versuchte die Bescheidadressatin bereits zum Ende des gleichen Jahres, die Regelung erneut entsprechend ihrer Absicht zu ändern. Der beabsichtigten Änderung wurde jedoch erneut durch die Bundesnetzagentur widersprochen (Az. 10.030-F-11-343). Grund hierfür war im Wesentlichen, dass die Bescheidadressatin das von ihr behauptete missbräuchliche Ausnutzen der bestehenden Regel nicht näher erläutert hat und auch sonst keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund vorgetragen hat. Im Widerspruchsverfahren hat die Bescheidadressatin seinerzeit überhaupt keine Stellungnahme abgegeben. Derzeit ist das Verfahren beim Verwaltungsgericht Köln anhängig.

Es ist also zu konstatieren, dass die Bescheidadressatin durch zwei vorangegangene Verfahren bereits sehr ausführlich um die Bedenken an der von ihr beabsichtigten Regelung wissen konnte. Entsprechend stand zu erwarten, dass die Bescheidadressatin bei der erneuten beabsichtigten Änderung der Regelung entsprechend ausführliche Recherchen betrieben hätte, die sie in die Lage versetzt hätten, eine auf eine breite Tatsachenanamnese gestützte Argumentation bei

der Bundesnetzagentur vorzutragen. Die Bescheidadressatin wurde mit Schreiben vom 25.09.2012 ausdrücklich auf die in den Vorverfahren geäußerten Bedenken hingewiesen und ihr angeraten, sich mit der darin enthaltenen Kritik für ihre Mitteilung nach § 14d Satz 1 Nr. 6 AEG auseinanderzusetzen. Entsprechend eng sind die Maßstäbe an die Darlegung durch die Bescheidadressatin anzusetzen.

Dies vorausgeschickt kann festgestellt werden:

Der zu Ziffer a. behauptete Missbrauchsfall besteht darin, dass die Bescheidadressatin über die Identität eines Zuges getäuscht wird. Die Bescheidadressatin berichtet über die abstrakte Möglichkeit, dass diese Täuschung eintreten könne, legt jedoch keine Tatsachen dar, die diesen Verdacht erhärten würden.

Die Bescheidadressatin legt jedoch zum Beispielsfall b. exemplarisch zwei Fälle vor, in denen sie darstellt, dass ein Unternehmen die 20-Stunden-Regel in Anspruch nehmen wollte, obschon die Trasse tatsächlich bereits gefahren wurde. In diesem Fall liegt eine Täuschung bereits darin, dass nur vorgeben wird, dass die Ursprungstrasse nicht gefahren wurde. Es ist festzustellen, dass bezüglich des behaupteten Verhaltens des Unternehmens eine Strafbarkeit nach § 263 BGB naheliegt, da – Vorsatz unterstellt – eine Täuschung über Tatsachen vorliegt, die die Bescheidadressatin zu einer nachteiligen Vermögensverfügung bewegen, dem Unternehmen aber zu einem rechtswidrigen Vermögenszuwachs verhelfen soll.

Ohne den Grundsatz *in dubio pro reo* an dieser Stelle übermäßig zu strapazieren, erscheint es jedoch nicht sachgerecht, den – auf die bloße Behauptung der Bescheidadressatin gestützten Sachverhalt – als hinreichend dargelegt zu qualifizieren, zumal es an jeglicher Erläuterung daran fehlt, wie das betroffene Unternehmen sich zu den Vorwürfen verhalten hat. Ggf. könnte auch lediglich ein Missverständnis vorgelegen haben. Dabei sei darauf hingewiesen, dass dieser zu Zweifeln führende Maßstab insbesondere deswegen angewandt werden soll, weil die Bescheidadressatin um die Problematik der Darlegung des Missbrauchs wusste und ausreichend Zeit hatte, der Bundesnetzagentur einen ausermittelten und vollständigen Tatsachenvortrag zu unterbreiten. Insofern müssen Unwägbarkeiten zu Lasten der Bescheidadressatin gewertet werden.

Hinzu kommt auch, dass – nach den eigenen Angaben der Bescheidadressatin – diese Form des behaupteten Missbrauchs bei der Bescheidadressatin erfasst wird. Es kommt also nicht zum Missbrauch, sondern – wenn überhaupt – regelmäßig nur zum Missbrauchsversuch. Das ist auch nachvollziehbar, weil die Bescheidadressatin über die in der Anlage zum Anhörungsschreiben beigefügten Zugmeldeunterlagen verfolgen kann, ob die Ausgangstrasse tatsächlich genutzt wurde. Es ist nicht ersichtlich, wozu es an dieser Stelle zusätzlich eines Preiselementes bedarf.

Insofern ist aus Missbrauchsgesichtspunkten der von der Bescheidadressatin unter Ziffer a. dargestellte Sachverhalt interessanter. Es mag für die Bescheidadressatin schwerer sein, die Identität der Züge (angemeldet und verspätet) zu überprüfen. Auf der anderen Seite wäre es auch möglich gewesen, in den vergangenen Jahren Methoden zu entwickeln, wenigstens im Ansatz erhärtende Momente dafür zu finden, dass der behauptete Missbrauch tatsächlich eintritt. Dies ist jedoch offenkundig nicht geschehen.

Vielmehr erhärten auch die Auskünfte der Bescheidadressatin aufs Neue, dass Verspätungen von mehr als 20 Stunden keine singulären Erscheinungen sind. Die Bescheidadressatin schreibt im Anhörungsschreiben vom 08.11.2012 (Seite 10):

*„Die 20-Stunden-Regelung wird insbesondere von der Verkehrsart SGV, die durch eine hohe Flexibilität gekennzeichnet ist, genutzt. Die EVU [REDACTED] lassen sich exemplarisch als hauptsächliche Nutzer der 20-Stunden-Regelung benennen. Die Verkehrsart SPV nimmt die 20-Stunden-Regelung gar nicht in Anspruch.“*

Im Schienengüterverkehr kann es also unstreitig tatsächlich dazu kommen, dass eine Zugtrasse mehr als 20 Stunden verspätet ist. Ein genereller Missbrauch wird hier auch von der Bescheidadressatin nicht behauptet.

Selbst wenn also ein Missbrauch angenommen würde, stellte sich mithin die Frage, was eine Zugtrasse von mehr als 20 Stunden Verspätung von einer Zugtrasse mit weniger als 20 Stunden Verspätung in diesem Zusammenhang unterscheidet. Hierzu führt die Bescheidadressatin aus (a.a.O., S. 9):

*„Auch diese Änderung beruht auf der gesetzlichen Vorgabe des § 2 Nummer 1 EIBV, d.h. die Trasse und somit der Trassenvertrag wird über die Schienenwegskapazität hinsichtlich einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten geschlossen. Es handelt sich somit um eine zeitlich – bereits aufgrund der rechtlichen Vorgaben – klar umrissene Vereinbarung. Um die Zugangsberechtigten nicht übermäßig stark zu belasten, wird im Wege der Kulanz den Kunden die Möglichkeit gegeben, im Rahmen der sog. 20 Stundenregelung zwischen den Orten zu verkehren.“*

Hierzu ist festzuhalten, dass der Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen – jedenfalls bezogen auf ein so großes Netz wie das der Bescheidadressatin – ohne Verspätungen nicht möglich erscheint. Der Betreiber eines Schienennetzes ist aber zur Durchführung der Zugtrassen verpflichtet. Jedenfalls bis zu einem gewissen Grad schließt dies auch die Durchführung verspäteter Zugtrassen ein. Die von der Bescheidadressatin geltend gemachte „Kulanz“ ist ihre gesetzliche Betriebsverpflichtung.

Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass die mögliche Verspätung einer Zugtrasse endlich ist, also die Rechte aus einer Trasse zu einem bestimmten Zeitpunkt erlöschen oder jedenfalls erlöschen können. § 12 EIBV gibt hierzu die Frist von einem Monat an, ab der Kündigungen durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen möglich sind.

Dafür, dass die von der Bescheidadressatin angesetzten 20 Stunden in diesem Zusammenhang eine Relevanz aufweisen, erfolgte seitens der Bescheidadressatin keinerlei Sachvortrag. Der Bescheidadressatin obliegt in diesem Zusammenhang jedoch die Darlegungs- und Beweislast und sie wurde im Rahmen der Anhörung sogar noch einmal ausdrücklich auf die Notwendigkeit der entsprechenden Darlegung hingewiesen (*„Es ist daher darzulegen, dass bei einer Verspätung von mehr als 20 Stunden eben jenes Missbrauchspotenzial einsetzt, das die DB Netz AG geltend macht oder jedenfalls eine Anknüpfung des Missbrauchspotenzials an die Frist von 20 Stunden gefunden werden kann.“* Schreiben der Bundesnetzagentur vom 31.10.2012, S. 9).

Es sind auch jenseits des Vortrags der Bescheidadressatin keine sachlichen Gründe ersichtlich; immerhin scheinen gleich eine ganze Reihe von Eisenbahnverkehrsunternehmen auf die 20-Stunden-Regel zurückzugreifen, denen die Bescheidadressatin sicherlich nicht oder jedenfalls nicht allen eine Missbrauchsabsicht unterstellt. Auch die [REDACTED] hat nach Angaben der Bescheidadressatin in nennenswertem Umfang („Hauptnutzer“) Verspätungen von über 20 Stunden zu beklagen.

Wenn nun aber in signifikantem Umfang in nicht zu beanstandender Weise Verspätungen von über 20 Stunden auftreten, ein Missbrauchspotenzial bei verspäteten Zügen allenfalls behauptet wird und auch kein sachlicher Bezug zur Grenze von 20 Stunden aufgestellt wird, dann ist eine sachliche Argumentationskette zwischen Missbrauchs begründung und Preissetzung nicht erkennbar.

Zur Preissetzung:

Auch hinsichtlich der Preissetzung ist keine den Anforderungen von § 14d Satz 3 AEG genügende Darlegung erfolgt. Die Abrechnung des doppelten Trassenentgeltes ist sachlich nicht gerechtfertigt. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Ausgangstrasse nicht genutzt wurde, der Bescheidadressatin also Aufwand erspart bleibt, der durch die Nutzung entsteht. Mögli-

cherweise hat sie auch noch Möglichkeiten kurzfristiger anderweitiger Nutzungen, z.B. im Rahmen der Disposition. Hierzu hat die Bescheidadressatin zwar behauptet, sie habe keine ersparten Eigenaufwendungen, diese Behauptung hat sie aber erstens nicht dargelegt und zweitens ist sie auch nicht glaubhaft, da jedenfalls leistungsabhängige Wartungsintervalle des Schienennetzes existieren, die bei Nichtnutzung verschoben werden können. Die Bescheidadressatin ist dazu verpflichtet, die für zusätzliche Nutzungen entstehenden Kosten zu extrapolieren, da diese Kosten die Basis der Trassenpreisbildung darstellen (Kosten des unmittelbaren Zugbetriebs, vgl. § 14 Abs. 4 AEG). Sie müsste also in der Lage sein, zu diesem Aspekt vertiefte Auskunft geben zu können. Das reine Bestreiten von ersparten Aufwendungen reicht insofern nicht aus.

Nicht dargelegt ist auch, warum im Rahmen der Beseitigung eines Missbrauchs ein doppeltes Trassenentgelt erhoben können werden soll.

### 3. Ermessen

Die getroffene Maßnahme ist geeignet, den Markt vor den beabsichtigten rechtswidrigen Regelungen zu schützen. Die Maßnahme ist auch erforderlich, weil keine gleich geeigneten Maßnahmen ersichtlich sind – nicht zuletzt aufgrund der zeitlichen Gegebenheiten. Die Maßnahme ist schlussendlich auch angemessen. Die Bescheidadressatin fällt lediglich auf eine Regelung zurück, die sie vor mehreren Jahren selbst aufgestellt hat. Dabei war auch zu berücksichtigen, dass sich die Bescheidadressatin bereits im Jahr 2007 um die Einführung einer der hier gegenständlichen Formulierung entsprechenden Regelung in der damaligen Ziffer 6.5.6 der SNB 2009 bemüht hatte. Bereits im damaligen Verfahren erfolgte eine Untersagung durch die Bundesnetzagentur. Erst am 18.03.2011 hat die Bescheidadressatin vor dem VG Köln gemeinsam mit der Bundesnetzagentur die Erledigung der beabsichtigten Änderung dokumentiert. Es wurde zu Protokoll gegeben:

*„Im Hinblick auf die – von den Beteiligten hinsichtlich der im vorliegenden Verfahren gerügten Beanstandungen übereinstimmend als eisenbahnrechtskonform angesehene – Neufassung der Bestimmungen der SNB 2012 [...] erklären die Beteiligten den Rechtsstreit im Hinblick auf folgende beanstandeten Regelungen für erledigt: [...] 6.5.6 [...].“*

Eine Regelung, hinsichtlich derer sich die Bescheidadressatin noch am Ende des ersten Quartals letzten Jahres als nicht weiter beschwert ansah, kann nur unter besonderen Bedingungen als unangemessen gelten. Solche Bedingungen sind jedoch nicht dargetan, noch für die Bundesnetzagentur ersichtlich.

Zudem war die Maßnahme auch deswegen erforderlich, weil mit einer deutlichen Erhöhung der Kosten zu rechnen wäre, falls die beabsichtigte Regelung der Widerspruchsführerin zur Anwendung käme. Hierzu hat die Bundesnetzagentur im Verfahren 10.030-F-11-343 eine Befragung von Zugangsberechtigten vorgenommen. Die Ausführungen der Zugangsberechtigten sind auch glaubhaft, denn während die Verkehrsunternehmen nur eine Zugfahrt durchführen und nur mit dieser einen Zugfahrt Einnahmen erzielen, hätten sie den doppelten Betrag an Infrastrukturnutzungskosten, die zum Zeitpunkt der Befragung etwa ein Fünftel ihres Umsatzes ausmachen,<sup>1</sup> zu bewältigen. Zahlen, die seitens der befragten Unternehmen hierzu genannt wurden, ließen erkennen, dass diese Regelung zu Gewinneinbußen von ca. 5% führt. Damit würde die beabsichtigte Regelung nach Aussage des Marktes den Schienengüterverkehr insgesamt durch die weitere Verteuerung unattraktiver machen. Diese Tendenz steht den Zielen des Eisenbahnrechts entgegen, dass ein attraktives Verkehrsangebot auf der Schiene sowie die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 AEG) verfolgt.

Die zusätzliche Belastung durch höhere Transportpreise an die Kunden weiterzugeben, hielten die befragten Eisenbahnverkehrsunternehmen nur dann für möglich, wenn sich die Verspätungsursache auf ein Verschulden des Auftraggebers nachweislich zurückführen ließe. Die Zu-

<sup>1</sup> Vgl. Bundesnetzagentur: Marktuntersuchung Eisenbahnen 2011, Bonn, Dezember 2011, S. 34.

ordnung der Verantwortung für eine Verspätung sei jedoch oft umstritten. Es müsse daher nicht nur eine aufwendige Ursachenermittlung, eine akribische Nachweisführung und eine erweiterte Abrechnung erfolgen, sondern auch eine Auseinandersetzung um die Übernahme der Verantwortung für die jeweilige Verspätung gewonnen werden. Da diese Prozesse wiederum Kosten verursachen, scheidet eine Überwälzung der zusätzlichen Infrastrukturnutzungskosten, die ohnehin nur dann möglich wäre, wenn der Auftraggeber für die Verspätung verantwortlich gemacht werden könnte, weitestgehend aus. Die Belastung verbleibt damit bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen, die sich entsprechend ausnahmslos gegen die Einführung der beabsichtigten Regelung ausgesprochen haben.

In den vergangenen Jahren haben sich keine wesentlichen Veränderungen ergeben. Nach wie vor kommt es in diesem Marktsegment zu derartigen Verspätungen, die von den Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einem Großteil nicht vermieden werden können, wie die jüngste Befragung der Zugangsberechtigten ergeben hat. Aufgrund der angespannten Wirtschaftslage wies die Umsatzentwicklung der im Schienengüterverkehr tätigen Unternehmen zuletzt sogar rückläufige Zahlen auf. Dies belegt die Sensibilität dieses Geschäftsfeldes.

Im Hinblick auf die Regelungen in Ziffer 3.5.4.2 bedurfte es in diesem Zusammenhang keines Widerspruchs. Dabei war zu berücksichtigen, dass im Falle von Verspätungsursachen, die die Bescheidadressatin zu verantworten hat, der Nutzungsanspruch der Zugangsberechtigten grundsätzlich unverändert fortbesteht – auch über eine Verspätung von 20 Stunden hinaus. Das hat die Bescheidadressatin auch in der Anhörung bestätigt (vgl. Schreiben vom 08.11.2012, Seite 9). Ferner war auch zu berücksichtigen, dass im Falle von Verspätungen über 20 Stunden weiterhin die Bescheidadressatin "Herrin des Verfahrens" bleibt und - entsprechend der alten Regelung in Ziffer 3.5.4.1.2 der SNB 2013 der Fahrdienstleiter bei der Betriebszentrale eine neue Trasse bestellt. Dieser Grundsatz wird durch die deutlich kürzere Neufassung der Regelung nicht abgeändert, weil er sich bereits aus allgemeinem Recht ergibt.

#### **IV. Hinweis zur Gebührenerhebung**

Gemäß § 4 Abs. 6 BEVVG i.V.m. §§ 1; 2 Abs. 2 i. V. m. der Anlage, Teil 2, Nr. 7 der Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen der Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEGebV) erhebt die Bundesnetzagentur Kosten für ihren Widerspruch nach § 14f Abs. 3 AEG. Die Kostenentscheidung einschließlich 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 eingelegt werden. Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Bundesnetzagentur, Tulpfenfeld 4, 53113 Bonn einzulegen. 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.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

