



BK10-21-0355_Z

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
von Amts wegen
betreffend

die DB Station&Service AG, Europaplatz 1, 10557 Berlin,
vertreten durch den Vorstand,

Betroffene,

Hinzugezogene:

1. FlixTrain GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, [REDACTED],
FlixBus DACH GmbH, Karl-Liebknecht-Straße 33, 10178 Berlin,
2. mofair e. V., Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
3. Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR, vertreten durch den Vorstand, [REDACTED],
[REDACTED], Augustastraße 1, 45879 Gelsenkirchen,

hat die Beschlusskammer 10 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,
den Beisitzer Dr. Johannes Arnade und
den Beisitzer Jan Kirchhartz

am 17.12.2021

beschlossen:

1. Die Betroffene wird verpflichtet, eine Bestimmung in die Infrastrukturnutzungsbedingungen (INBP) aufzunehmen, aus der hervorgeht, dass für eine nicht in Anspruch genommene Nutzung der Station ein Entgelt in Höhe von 95 % des Entgeltes für eine in Anspruch genommene Nutzung vom Zugangsberechtigten geschuldet ist.
2. Für den Fall, dass die Betroffene der in Tenorziffer 1 enthaltenen Verpflichtung nicht bis zum 31.01.2022 nachkommt, wird ihr ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 Euro angedroht.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt	4
II. Gründe	8
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit	8
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	8
II.2.1 Verstoß der Betroffenen gegen Bestimmungen des ERegG	9
II.2.1.1 Verstoß gegen § 31a Abs. 3 ERegG bzw. § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG.....	9
II.2.1.1.1 Nichtnutzungsentgelte als „genehmigtes Entgelt“	9
II.2.1.1.2 INBP als Teil der mit den Zugangsberechtigten geschlossenen Vereinbarung nach § 31a Abs. 3 ERegG bzw. § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG.....	10
II.2.1.1.2.1 INBP-Bestimmung zur Vereinbarung über Entgelte	10
II.2.1.1.2.2 Gesetzlicher Begriff der Vereinbarung	11
II.2.1.1.3 Vereinbarung anderer als der genehmigten Entgelte	12
II.2.1.2 Verstoß gegen das Transparenzgebot	13
II.2.1.2.1 Verstoß bzgl. der Leistungen nach dem Mindestzugangspaket	13
II.2.1.2.2 Verstoß bzgl. des Zugangs zur Serviceeinrichtung Personenbahnhof und den dort erbrachten Leistungen.....	14
II.2.2 Rechtsfolge.....	15
II.2.2.3 Verpflichtung der Betroffenen zur Änderung der INBP	16
II.2.2.4 Zwangsgeldandrohung.....	18
II.3 Gebührenhinweis.....	20
Rechtsbehelfsbelehrung.....	20

I. Sachverhalt

Die Betroffene ist eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG. Sie ist die größte Betreiberin von Personenbahnhöfen und von Personenbahnsteigen nebst Zuwegungen (zusammen auch: Stationen) in der Bundesrepublik Deutschland.

Der Zugang zu den Stationen sowie die Erbringung von Leistungen im Zusammenhang mit diesen werden im Falle der Betroffenen zusammenfassend durch die Infrastrukturnutzungsbedingungen Personenbahnhöfe (INBP) geregelt. Innerhalb der INBP werden auch die Grundsätze für die Erhebung von Entgelten für die Nutzung der Stationen durch Zugangsberechtigte geregelt.

Gemäß Ziffer 5 Abs. 1 „Entgeltgrundsätze“ der bis zum 31.12.2021 anwendbaren INBP Besonderer Teil (INBP-BT) 2021 gilt Folgendes:

„Für die vereinbarte Nutzungsgewährung der Personenbahnhöfe mitsamt seiner zugehörigen Personenbahnsteige (Stationen) ist vom Zugangsberechtigten ein Stationsentgelt zu entrichten. Geht der Leistungsumfang der tatsächlichen Nutzung über den Leistungsumfang der vereinbarten Nutzung hinaus, ist zusätzlich ein Stationsentgelt für diese darüber hinausgehende tatsächliche Nutzung zu entrichten. Grundsätzlich hat der Zugangsberechtigte mindestens das aus der Anmeldung resultierende, vertraglich geschuldete Entgeltvolumen zu entrichten.“

Ergänzend legt Ziffer 4.5 „Abweichungen der vereinbarten Halte“ Satz 3 und 4 INBP-BT Folgendes fest:

„Vertraglich vereinbarte Leistungsmengen (gewährte Zughalte) sind immer entgeltspflichtig, es sei denn, die Abweichungen resultieren aus Gründen, die im Leistungsbereich der DB Station&Service AG liegen. Die Befreiung des Vertragspartners von seiner Pflicht zur Gegenleistung richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.“

Zugleich unterliegen die konkreten Entgelte (Entgelthöhen), welche die Betroffene für die Nutzung der Stationen erhebt, der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Mit Blick auf die Genehmigungspflicht für Entgelte betreffend Leistungen des sog. Mindestzugangspakets (Personenbahnsteige nebst Zuwegung) ergibt sich dies aus dem am 18.06.2021 in Kraft getretenen § 31a Abs. 2 Satz 1 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG), für den Bereich der Serviceeinrichtung Personenbahnhof aus § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ERegG.

Mit Beschluss vom 30.09.2020 (Geschäftszeichen: BK10-20-0033_E) versagte die Beschlusskammer – dort noch unter Geltung alten, die unterschiedliche Behandlung von Personenbahnsteigen und Personenbahnhöfen noch nicht berücksichtigenden nationalen Rechts – in Abweichung von dem durch die hiesige Betroffene am 15.04.2020 gestellten Antrag auf Genehmigung der Entgelte für die Nutzung ihrer Stationen mit Wirkung ab dem 01.01.2021 (Stationsentgelte 2021) die Genehmigung von Entgelten für nicht in Anspruch genommene Zughalte (Nichtnutzungsentgelte) nach Ziffer 5 Abs. 1 i. V. m. Ziffer 4.5 Satz 3 INBP-BT in Höhe von 100 % des Entgeltes für die Inanspruchnahme des Zughaltes und genehmigte das entsprechende Entgelt lediglich in Höhe von 95 % des Entgeltes für die Inanspruchnahme eines Zughaltes (Tenorziffern 2.2 sowie 3 des Beschlusses). Wegen der Gründe wird auf die Ausführungen im vorgenannten Beschluss verwiesen.

Gegen diese Entscheidung legte die Betroffene am 29.10.2020 Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln ein (Az.: 18 K 5894/20).

Mit Beschluss vom 17.09.2021 (Geschäftszeichen: BK10-21-0044_E) versagte die Beschlusskammer – dieses Mal unter Geltung neuen, die unterschiedliche Behandlung von Personenbahnsteigen und Personenbahnhöfen nunmehr ausdrücklich berücksichtigenden Rechts – erneut die Genehmigung der vorgenannten Nichtnutzungsentgelte in entsprechender Höhe bezogen auf die Stationsentgelte 2022. Wegen der Gründe wird auf die Ausführungen im vorgenannten Beschluss verwiesen.

Gegen diese Entscheidung legte die Betroffene am 11.10.2021 ebenfalls Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln ein (Az.: 18 K 5199/21).

Am 03.11.2021 unterrichtete die Betroffene die Beschlusskammer gemäß § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG über beabsichtigte Änderungen bzw. Neufassungen innerhalb ihrer INBP, die ab 01.01.2022 gelten sollen (INBP 2022). Die mit dem Unterrichtungsschreiben übersandten INBP im Entwurf sahen weder in Ziffer 5 Abs. 1 oder in Ziffer 4.5 Satz 3 und 4 INBP-BT noch an anderer Stelle inhaltliche Anpassungen bezüglich der Höhe von Nichtnutzungsentgelten an die Entscheidungen der Beschlusskammer in den Verfahren BK10-20-0033_E und BK10-21-0044_E vor. Die Betroffene beabsichtigte lediglich sprachliche Anpassungen in Ziffer 5 Abs. 1 INBP-BT.

Auf Rückfrage der Beschlusskammer im Anhörungsschreiben vom 16.11.2021, ob aus Sicht der Betroffenen vor dem Hintergrund der Verfahren unter den vorgenannten Geschäftszeichen Anpassungsbedarf bezüglich der Regelungen in den INBP bestehe, antwortete die Betroffene mit Schreiben vom 22.11.2021 wie folgt:

„Bezüglich der Umsetzung der sog. Nichtnutzungsentgelte teilen wir Ihnen mit, dass wir, wie angekündigt, die Regelung in den Abrechnungssystemen zum 01.01.2022 vornehmen werden und nur 95% des regulären Stationsentgeltes in Rechnung stellen. Von einer Änderung in den INBP sehen wir bis zur Beendigung der gerichtlichen Verfahren ab. Wir schlagen jedoch vor, einen entsprechenden Hinweis auf unserer Webseite zu veröffentlichen. Hieraus würde hervorgehen, dass die Regelungen in Abschnitt 5 i.V.m. Abschnitt 4.5 INBP-BT entsprechend den Entgeltgenehmigungsbeschlüssen bis zur gerichtlichen Klärung derzeit nur in Höhe von 95 % des regulären Stationsentgeltes bis zu einer gerichtlichen Entscheidung angewendet werden.“

Im Rahmen eines sich anschließenden Telefongesprächs beharrte die Betroffene unter Hinweis auf prozessuale Bedenken auf ihrem Standpunkt. Sie zeigte sich ergänzend bereit, einen Fußnotenvermerk in den INBP-Text aufzunehmen, woraus sich die Abrechnung der Nichtnutzungsentgelte lediglich in Höhe von 95 % des Entgeltes für eine in Anspruch genommene Nutzung ergebe.

Die Beschlusskammer hat daraufhin am 06.12.2021 das hiesige Verwaltungsverfahren von Amts wegen eröffnet, die Betroffene am 07.12.2021 über die Einleitung des Verfahrens informiert und sie zugleich zu der in dem Schreiben dargestellten Absicht der Beschlusskammer zu einer etwaigen Verpflichtung zur Anpassung der INBP angehört. Sie hat hierbei zum einen auf die Bestimmungen des § 31a Abs. 3 bzw. § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG verwiesen, wonach andere als die genehmigten Entgelte nicht vereinbart werden dürfen. Sie hat darüber hinaus zum Ausdruck gebracht, dass sie die prozessualen Bedenken der Betroffenen nicht teile, da die INBP für die Bestimmung des in den Klageverfahren streitgegenständlichen Genehmigungsantrages nicht maßgeblich seien und sich vielmehr umgekehrt ergebe, dass die INBP die genehmigten Entgelte durch entsprechende Anpassungen lediglich aufgreifen würden.

Am gleichen Tage hat die Beschlusskammer die Information über die Verfahrenseröffnung auf der Internetpräsenz der Bundesnetzagentur eingestellt. Sie hat hierbei eine Frist gesetzt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten. Innerhalb der Frist sind drei Hinzuziehungsanträge gestellt und anschließend positiv beschieden worden.

Die Betroffene hat mit Schreiben vom 10.12.2021 auf die Anhörung geantwortet. Die Betroffene ist der Ansicht, allein aus prozessualen Gründen gezwungen zu sein, die in Rede stehende INBP-Regelung solange aufrecht zu erhalten, bis rechtskräftige Entscheidungen in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln (VG Köln) vorlägen. Es bestehe das rechtliche Risiko, dass bereits eine Änderung der INBP zu einem Unterliegen vor dem Verwaltungsgericht führen könnte, da sich die Verwaltungsgerichte aufgrund einer angepassten INBP-Regelung mit reduziertem Nutzungsentgelt daran gehindert sehen könnten, die Bundesnetzagentur zu einer Entgeltgenehmigung in Höhe des vollen Nutzungsentgeltes für ausgefallene Stationshalte (wie von ihr klageweise beantragt) zu verpflichten. Denn das Gericht dürfe einer Verpflichtungsklage nur dann stattgeben, wenn der Kläger zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung einen Anspruch auf den mit der Klage begehrten Verwaltungsakt habe. Zwar spräche § 33 Abs. 2 ERegG in der Tat dafür, dass die genehmigten Entgelte den INBP insoweit vorgingen. Ob sich das Gericht dieser Auffassung anschließen werde, sei jedoch offen. Insbesondere sei fraglich, ob der (in § 33 Abs. 2 ERegG angedeutete) Begriff „Vereinbarungen“ auch die Nutzungsbedingungen umfasse. Einer derzeit auch von der Betroffenen angenommenen – wenngleich nach ihrem Verständnis von der Auffassung der Beschlusskammer unbeachtlichen – Missverständlichkeit der INBP könne im Rahmen eines Fußnotentextes begegnet werden.

Die Betroffene hat vorgeschlagen, folgenden Fußnotentext an der Ziffer 4.5 INBP-BT anzubringen:

„Abweichend von der Regelung in Ziffer 4.5 INBP-BT, beträgt die von der Bundesnetzagentur genehmigte Höhe des Nutzungsentgelts für ausgefallene Stationsentgelte derzeit 95 % des regulären Stationsnutzungsentgelts. Die Entgeltgenehmigungen sind derzeit Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Verfahren zwischen der DB Station&Service AG und der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesnetzagentur (Az. VG Köln 18 K 5894/20 und 5199/21).

Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die zulässige Höhe der Entgelte für ausgefallene Stationshalte i.S.d. Ziffer 4.5 INBP-BT wird die DB Station&Service AG die entsprechenden Stationsentgelte i.S.d. Ziffer 4.5 INBP-BT gemäß den geltenden Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur lediglich in Höhe von 95 % abrechnen.“

Der Vorschlag solle nach Auffassung der Betroffenen auch der Vermeidung weiterer verwaltungsgerichtlicher Verfahren dienen.

Der Hinzugezogene zu 2) teilt die im Einleitungsschreiben an die Betroffene geäußerten Bedenken der Beschlusskammer. Aus Sicht des Hinzugezogenen sei der dort geäußerten Ansicht nicht zuletzt im Sinne der Verständlichkeit der Regelung für die Zugangsberechtigten zu folgen. Für den Fall, dass sich die Beschlusskammer dennoch entschlösse, der Ansicht der Betroffenen zu folgen und einen entsprechenden Textbaustein als Fußnote genügen zu lassen, so sei dieser jedenfalls zu präzisieren, da aus der jetzigen Formulierung nicht ersichtlich werde, inwiefern die Zugangsberechtigten nach den Entscheidungen des VG Köln gegebenenfalls zu Nachzahlungen an die Betroffene verpflichtet wären.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Ausführungen unter II. und auf die Verfahrensakte verwiesen.

II. Gründe

Die Betroffene wird – unter Androhung von Zwangsgeld in Tenorziffer 2) – gemäß Tenorziffer 1) verpflichtet, eine klarstellende Bestimmung zu den von ihr erhobenen sog. „Nichtnutzungsentgelten“ in ihre INBP aufzunehmen.

Rechtsgrundlage der Entscheidung ist § 66 Abs. 4 Nr. 2 i. V. m. § 68 Abs. 3 sowie §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. b), 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) i. V. m. § 67 Abs. 1 Satz 2 ERegG.

Die Entscheidung ergeht formell (hierzu unter II.1) und materiell (hierzu unter II.2) rechtmäßig.

II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

Zuständig für die Durchführung amtswegiger Verfahren zur nachträglichen Überprüfung von Nutzungsbedingungen nach § 66 Abs. 4 Nr. 2 ERegG ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG eine Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Diese kann auch Zwangsmaßnahmen im Sinne des VwVG ergreifen.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 07.12.2021 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 10.12.2021 festgelegt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten.

Die Hinzuziehungen sind ordnungsgemäß auf der Grundlage des § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG erfolgt. Auf entsprechenden Antrag sind drei Unternehmen, Personen oder Personenvereinigungen zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Sätze 1 und 2 ERegG). Anträge auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sind nicht gestellt worden. Die Beschlusskammer hat im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens unter Berücksichtigung der Übersichtlichkeit des Sachverhaltes, des vor dem Hintergrund der alsbald in Kraft tretenden INBP 2022 gesteigerten Bedürfnisses nach einer zeitnahen Entscheidung und unter Einbezug möglicher Risiken im Zusammenhang mit Präsenzveranstaltungen aufgrund der COVID-19-Pandemie auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet (§ 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG sowie § 5 Abs. 1 Planungssicherstellungsgesetz, PlanSiG).

Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte und zur Sicherstellung, dass Regulierungsmaßnahmen aufeinander abgestimmt sind, ist die Entscheidung behördenintern abgestimmt worden.

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht materiell rechtmäßig.

Gemäß § 66 Abs. 4 Nr. 2 ERegG können auf Antrag oder von Amts wegen der Entwurf und die Endfassung von Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen überprüft werden. Gemäß § 68 Abs. 3 ERegG kann die Regulierungsbehörde mit Wirkung für die Zukunft das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung von Maßnahmen im Sinne des § 66 Abs. 4 ERegG verpflichten oder diese Maßnahmen für ungültig erklären, soweit diese nicht mit den Vorschriften dieses Gesetzes oder unmittelbar geltenden Rechtsakten der Europäischen Union im Anwendungsbereich dieses Gesetzes im Einklang stehen.

Mit ihrer Weigerung, eine Bestimmung in den INBP-Text aufzunehmen, wonach in Abweichung zu dem dort Dargestellten ein Nichtnutzungsentgelt für die Stationen lediglich in Höhe von 95 % desjenigen Entgelts erhoben wird, welches für die Nutzung der Station anfallen würde, verstößt die Betroffene gegen die Bestimmungen des ERegG (hierzu unter II.2.1). Sie wird daher von der Beschlusskammer zur Aufnahme einer entsprechenden Regelung unter Androhung eines Zwangsgeldes verpflichtet (hierzu unter II.2.2).

II.2.1 Verstoß der Betroffenen gegen Bestimmungen des ERegG

Durch die fehlende Aufnahme einer Bestimmung in die INBP, die deutlich macht, dass in Abweichung zu einem einhundertprozentigen Nutzungsentgelt bei Nutzung der Stationen für die Nichtnutzung lediglich ein Nichtnutzungsentgelt in Höhe von lediglich 95 % des Nutzungsentgeltes entsprechend der Genehmigungen aus den Verfahren BK10-20-0033_E und BK10-21-0044_E vom Zugangsberechtigten verlangt werden kann, verstößt die Betroffene gegen § 31a Abs. 3 ERegG bzw. § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG (hierzu unter II.2.1.1). Zugleich liegt ein Verstoß gegen das gesetzlich verankerte Transparenzgebot vor (hierzu unter II.2.1.2).

II.2.1.1 Verstoß gegen § 31a Abs. 3 ERegG bzw. § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG

Durch die fehlende Aufnahme einer Bestimmung in die INBP, die deutlich macht, dass in Abweichung zu einem einhundertprozentigen Nutzungsentgelt bei Nutzung der Stationen für die Nichtnutzung lediglich ein Nichtnutzungsentgelt in Höhe von lediglich 95 % des Nutzungsentgeltes entsprechend der Genehmigungen aus den Verfahren BK10-20-0033_E und BK10-21-0044_E vom Zugangsberechtigten verlangt werden kann, verstößt die Betroffene gegen § 31a Abs. 3 ERegG bzw. § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG.

Gemäß § 31a Abs. 3 ERegG dürfen – in Bezug auf Entgelte für die Leistungen des Mindestzugangspakets (Personenbahnsteige und Zuwegung) – andere als die genehmigten Entgelte nicht vereinbart werden. Gleiches gilt gemäß § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG in Bezug auf die Entgelte für die Leistungen von Betreibern der Serviceeinrichtung Personenbahnhof.

Durch das Belassen der Regelungen in den Ziffern 5 Abs. 1 und 4.5 Satz 3 und 4 der INBP-BT in ihrer derzeitigen Fassung vereinbart die Betroffene entgegen der gesetzlichen Bestimmungen ein anderes Nichtnutzungsentgelt mit den Zugangsberechtigten als dasjenige, das von der Beschlusskammer genehmigt wurde. Die Nichtnutzungsentgelte (für das Mindestzugangspaket einerseits und für die Serviceeinrichtung Personenbahnhof andererseits) stellen ein genehmigungsbedürftiges und nur in dem von der Beschlusskammer beschiedenen Umfang genehmigungsfähiges und entsprechend genehmigtes Entgelt im Sinne des Gesetzes dar (hierzu unter II.2.1.1.1). Durch die INBP-Bestimmungen werden die Nichtnutzungsentgelte mit den Zugangsberechtigten im Sinne der §§ 31a Abs. 3 und 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG vereinbart (hierzu unter II.2.1.1.2). Nach der derzeit bestehenden Regelung führt dies dazu, dass andere als die genehmigten Entgelte vereinbart werden (hierzu unter II.2.1.1.3).

II.2.1.1.1 Nichtnutzungsentgelte als „genehmigtes Entgelt“

Die Nichtnutzungsentgelte stellen im Umfang von 95 % der Nutzungsentgelte für die Stationen der Betroffenen ein genehmigtes Entgelt im Sinne der §§ 31a Abs. 3 und 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG dar.

Entgegen dem Vortrag der Betroffenen in den Verwaltungsverfahren unter den Geschäftszeichen BK10-20-0033_E und BK10-21-0044_E und im derzeit zu dem Beschluss BK10-20-0033_E vor dem VG Köln anhängigen Klageverfahren (Az.: 18 K 5894/20) handelt es sich bei dem Nichtnutzungsentgelt um ein gesondert zu betrachtendes und entsprechend als genehm-

migungsbedürftiges, aber aus Sicht der Beschlusskammer nur in begrenztem Umfang genehmigungsfähiges Entgelt im Sinne des Gesetzes. Durch die in Ziffer 5 Abs. 1 und Ziffer 4.5 Satz 3 und 4 INBP-BT enthaltene Bestimmung eines Entgeltes in Höhe von 100 % für die Nutzung der Stationen und die gleichzeitige Festlegung (in Ziffer 4.5 Satz 3 INBP-BT), dass vertraglich vereinbarte Leistungsmengen (gewährte Zughalte) grds. immer entgeltpflichtig sind, hat die Betroffene zwar nicht explizit ein Nichtnutzungsentgelt bestimmt. Jedoch ist gerade vor dem Hintergrund des als weit aufzufassenden Begriffs des Entgelts die Annahme eines einhundertprozentigen Nichtnutzungsentgeltes mittelbare und zwingende Folge aus der vorgenannten Bestimmung zu Nutzungsentgelten,

vgl. zur Reichweite des Entgeltbegriffs bereits unter altem Recht: OVG NRW, Beschluss vom 19.11.2008, Az. 13 B 1543/08, Rn. 21 (juris) mit Verweis auch auf die weitreichende Interpretation der damaligen Europäischen Richtlinie 2001/14/EG sowie vorausgehend: VG Köln, Beschluss vom 07.10.2008, Az. 18 L 1371/08, Rn. 14 (juris).

Dieses Entgelt hat die Beschlusskammer in den betreffenden Verfahren unter den Geschäftszeichen BK10-20-0033_E sowie (für die Änderung der INBP 2022 insbesondere maßgeblich) BK10-21-0044_E als „sonstiges Entgelt“ lediglich in Höhe von 95 % des Nutzungsentgelts genehmigt.

II.2.1.1.2 INBP als Teil der mit den Zugangsberechtigten geschlossenen Vereinbarung nach § 31a Abs. 3 ERegG bzw. § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG

Die in den INBP enthaltenen Ziffern sind Teil derjenigen Vereinbarung, die die §§ 31a Abs. 3 bzw. 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG adressieren. Dies ergibt sich bereits aus den INBP selbst (hierzu unter II.2.1.1.2.1). Es ergibt sich indes auch unmittelbar aus dem Gesetz (hierzu unter II.2.1.1.2.2).

II.2.1.1.2.1 INBP-Bestimmung zur Vereinbarung über Entgelte

Die INBP ordnen aus sich selbst heraus die Vereinbarung von Entgelten nach den INBP-Bestimmungen und damit auch die Vereinbarung des Nichtnutzungsentgeltes bei Zustandekommen eines Stationsnutzungsvertrages (SNV) im Sinne der §§ 31a Abs. 3 und 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG an.

Die INBP Allgemeiner Teil (INBP-AT) unterscheiden grds. zwischen Pflichten, die den Zugangsberechtigten vor Abschluss eines Stationsnutzungsvertrages treffen (Ziffer 2 INBP-AT) und Rechten und Pflichten nach Abschluss eines SNV (insb. Ziffer 4 INBP-AT).

Gemäß Ziffer 4.1 Satz 2 INBP-AT ist der Zugangsberechtigte insbesondere nach Vertragsabschluss verpflichtet, „das nach Maßgabe des SNV und der INBP vereinbarte Infrastrukturnutzungsentgelt zu entrichten“.

Der unmittelbare Zusammenhang zwischen den in den INBP hinterlegten Entgelten und der Vereinbarung über dieselben wird zudem durch Ziffer 4.5 Satz 3 und 4 und Ziffer 5 Abs. 1 INBP-BT selbst belegt, wonach „[v]ertraglich vereinbarte Leistungsmengen [...] immer entgeltpflichtig [sind]“ und „[d]ie Befreiung des Vertragspartners von seiner Pflicht zur Gegenleistung [sich] [...] nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften [richtet]“ bzw. wonach „[f]ür die vereinbarte Nutzungsgewährung der Personenbahnhöfe mitsamt seiner zugehörigen Personenbahnsteige (Stationen) [...] vom Zugangsberechtigten ein Stationsentgelt zu entrichten [ist]“ und „der Zugangsberechtigte mindestens das aus der Anmeldung resultierende, vertraglich geschuldete Entgeltvolumen zu entrichten [hat]“ [Hervorhebungen nur hier]. Nach dem

Entgeltgrundsatz in Ziffer 5.4 INBP-BT ergibt sich das Stationsentgelt „aus der Multiplikation des in der zum Zeitpunkt der jeweiligen Nutzung gültigen Stationspreisliste (Anlage 4) veröffentlichten Stationsentgeltes für die jeweilige Verkehrsart und Station x Anzahl der Halte. Bei Abweichungen zwischen dem Leistungsumfang der tatsächlichen Nutzung und dem Leistungsumfang der vereinbarten Nutzung gilt Ziffer 5. Abs. 1“.

Der Inhalt der zwischen dem Zugangsberechtigten und der Betroffenen geschlossenen Vereinbarung („Vertrag“) bestimmt sich damit (auch) nach Maßgabe der INBP, wobei diese ganz zentral das Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung und damit die zu entrichtenden Entgelte über Entgeltgrundsätze (INBP-Text) und Stationspreisliste (Anlage zu den INBP) bestimmen. Der Betroffenen steht es gerade nicht frei, im Einzelfall mit bestimmten Zugangsberechtigten andere als die in den INBP niedergelegten Nutzungsbedingungen zu vereinbaren.

Inwiefern sich aus den Nutzungsbedingungen demgegenüber ergeben könnte, dass diese nicht zum Teil derjenigen Vereinbarung von Entgelten gehören könnte, die die vorgenannten Rechtsvorschriften adressieren, erschließt sich der Beschlusskammer nicht. Unschädlich dürfte in jedem Fall sein, dass die Anwendung der genannten Regelungen zeitlich erst nach dem Vertragsschluss selbst erfolgt (hierzu aber ergänzend auch unter II.2.1.1.2.2).

II.2.1.1.2.2 Gesetzlicher Begriff der Vereinbarung

Doch auch das Gesetz selbst bewertet die in den Nutzungsbedingungen enthaltenen Entgelte und damit auch das Nichtnutzungsentgelt jedenfalls dann als „vereinbartes Entgelt“, wenn und soweit eine Vereinbarung über die Nutzung – hier in Form des SNV – zustande kommt. Denn die INBP sind – als Nutzungsbedingungen betreffend Leistungen nach dem Mindestzugangspaket und Nutzungsbedingungen betreffend die Serviceeinrichtung Personenbahnhof – Grundlage für und Bestandteil des mit den Zugangsberechtigten abgeschlossenen SNV.

Neben ihrer Informationsfunktion, die Transparenz, Planbarkeit und Kalkulationssicherheit für die Zugangsberechtigten garantieren soll, erfüllen die Nutzungsbedingungen gleichermaßen eine Vereinheitlichungs- und Rechtsgewährleistungsfunktion, die es mit sich bringt, dass die in ihnen enthaltenen Zugangsbedingungen der „individuellen Vereinbarung“ zwischen den Parteien entzogen werden. Dies führt indes nicht dazu, dass die in ihnen enthaltenen Bestimmungen, insbesondere auch die in ihnen enthaltenen Entgeltregelungen, nicht als zwischen den Parteien eines Infrastrukturnutzungsvertrages – hier in Form des SNV – vereinbart gelten. Vielmehr galt bereits unter altem Recht das „*Primat des – privat-rechtlich, allerdings öffentlich-rechtlich überformten – Vertrags*“,

OVG NRW, Urteil vom 17.06.2014, Az. 13 A 1381/13, Rn. 68 (juris),

mit der Folge, dass die zugangsrelevanten Nutzungsbedingungen Verbindlichkeit für den zivilrechtlich einzuordnenden Vertrag beanspruchten,

vgl. bereits: BVerwG, Urteil vom 29.09.2011, Az. 6 C 17/10, Rn. 27 f. (juris) sowie BVerwG, Urteil vom 11.11.2015, Az. 6 C 57/14, Rn. 18 (juris),

und mithin – auch heute – Geltung gegenüber sämtlichen Zugangsberechtigten entfalten,

vgl. insgesamt: BVerwG, Beschluss vom 15.01.2018, Az. 6 B 21/17, Rn. 11 (juris); OVG NRW, Beschluss vom 30.04.2020, Az. 13 B 354/20, Rn. 17 (juris) sowie zum alten Recht – unter expliziter Erwähnung auch derjenigen Zugangsberechtigten

die bereits eine Vereinbarung mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen geschlossen haben: BVerwG, Beschluss vom 11.11.2014, Az. 6 B 50/14, Rn. 15 (juris).

Sofern also das Gesetz, welches der Regulierungsbehörde – neben den europäischen Rechtsakten – maßgeblich als Basis für die Überprüfung der Konformität von Nutzungsbedingungen mit dem eisenbahnrechtlichen Zugangsregime dient, von einem Verbot der Vereinbarung spricht, so kann dieses Verbot nur dann im Sinne der Rechtsgewährleistungsfunktion,

vgl. hierzu: OVG NRW, Beschluss vom 30.04.2020, Az. 13 B 354/20, Rn. 17 (juris), m. w. N.

sinnvoll durchgesetzt werden, wenn es nicht lediglich die individuelle, über die Nutzungsbedingungen hinausgehende oder diesen gar widersprechende Individualvereinbarung über Entgelte adressiert. Vielmehr muss das Verbot über den Begriff der Vereinbarung erst Recht solche Bestimmungen adressieren, die in den Nutzungsbedingungen selbst verankert sind und demnach nicht nur „lediglich“ individuell im Rahmen des SNV selbst verabredet werden, sondern die vielmehr global und für alle Zugangsberechtigten im Sinne der Vorwirkung der Nutzungsbedingungen,

vgl. auch: BVerwG, Beschluss vom 11.11.2014, Az. 6 B 50/14, Rn. 15 (juris),

gelten und (potentiell) Eingang in jede Individualvereinbarung finden (müssen).

II.2.1.1.3 Vereinbarung anderer als der genehmigten Entgelte

Durch die fehlende Aufnahme einer der Entgeltgenehmigung entsprechenden Formulierung in die INBP wird eine Vereinbarung über andere als die genehmigten Entgelte getroffen.

Zwar adressieren die Bestimmungen in Ziffer 5 Abs. 1 und Ziffer 4.5 Satz 3 und 4 INBP-BT nicht wortwörtlich das „Nichtnutzungsentgelt“ oder ein vergleichbares Entgelt für nicht in Anspruch genommene Nutzung der Leistungen nach dem Mindestzugangspaket oder der Personenbahnhöfe. Wie jedoch bereits unter II.2.1.1.1 aufgezeigt, ist in den Bestimmungen zur grundsätzlichen Geltendmachung des vollen Nutzungsentgeltes implizit auch die Bestimmung enthalten, ebenfalls für nicht in Anspruch genommene Nutzung dasselbe Entgelt zu erheben. Damit weicht die Betroffene indes von der für das Kalenderjahr 2022 geltenden Entgeltgenehmigung ab, wonach das Nichtnutzungsentgelt lediglich in Höhe von 95 % des Nutzungsentgeltes genehmigt wurde.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Betroffene in Aussicht gestellt hat, eine Fußnote an der INBP-Ziffer 4.5 aufzunehmen, aus der deutlich wird, dass abweichend von der Regelung in dieser Ziffer *„die von der Bundesnetzagentur genehmigte Höhe des Nutzungsentgelts für ausgefallene Stationsentgelte [offenbar gemeint: Stationshalte] derzeit 95 % des regulären Stationsnutzungsentgelts“* beträgt, die Entgeltgenehmigung selbst Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Verfahren ist und *„[b]is zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die zulässige Höhe der Entgelte [...] [die Betroffene] die entsprechenden Stationsentgelte i.S.d. Ziffer 4.5 INBP-BT gemäß den geltenden Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur lediglich in Höhe von 95 % abrechnen“* wird.

Denn durch die betreffende Regelung wird keine – jedenfalls jedoch keine in ihrer Bedeutung der derzeit bestehenden Ziffer 4.5 bzw. Ziffer 5 INBP-BT gleichgestellte – „Vereinbarung“ über das tatsächlich genehmigte Entgelt getroffen. Vielmehr beschränken sich die Angaben in der

beabsichtigten Fußnote auf das Aufzeigen eines Widerspruchs zwischen den mit den Zugangsberechtigten bei Vertragsschluss vereinbarten INBP-BT und der Entgeltgenehmigung durch die Bundesnetzagentur einerseits und auf die Klarstellung, dass jedenfalls auf Ebene der Abrechnung eine einstweilige Berücksichtigung dieser Entgeltgenehmigung und des darin enthaltenen Nichtnutzungsentgeltes in Höhe von 95 % des Nutzungsentgeltes stattfindet.

Eine anderweitige Wirkung – etwa im Sinne einer Vereinbarung über die Entgelte – wird durch die Betroffene ersichtlich auch nicht verfolgt. Denn wie die Betroffene selbst ausführt, beabsichtigt sie, die in Rede stehenden INBP-Regelungen gerade auch aufgrund der in der Rechtsprechung hervorgehobenen zentralen Bedeutung der Nutzungsbedingungen solange aufrecht zu erhalten, bis rechtskräftige Entscheidungen in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor dem VG Köln vorliegen. Denn es bestehe die Befürchtung, dass sich durch eine der Entgeltgenehmigung angepasste INBP-Klausel das befassende Gericht aufgrund eines vermeintlich hieraus resultierenden Anspruchswegfalls außerstande sähe, dem Verpflichtungsbegehren auf Genehmigung eines einhundertprozentigen Nichtnutzungsentgeltes stattzugeben. Die Betroffene beabsichtigt damit gerade umgekehrt die Herbeiführung einer Wirksamkeit der nach wie vor nicht der Entgeltgenehmigung entsprechenden INBP-Klausel(n).

Damit verstößt die Betroffene gegen § 31a Abs. 3 ERegG bzw § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG.

II.2.1.2 Verstoß gegen das Transparenzgebot

Zugleich liegt in der Weigerung der Betroffenen, eine der Entgeltgenehmigung entsprechende Klausel in die INBP aufzunehmen, ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach §§ 10 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 i. V. m. Anlagen 1 und 2, 10a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 19 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Anlage 3 Nr. 2, 11 Abs. 1 bis 3, 13 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. 34 Abs. 2 ERegG. Die Betroffene verstößt zum einen gegen die für Leistungen nach dem Mindestzugangspaket durch das Gesetz geforderte Transparenz (hierzu unter II.2.1.2.1). Zugleich werden die INBP auch nicht den Anforderungen an die Transparenz hinsichtlich des Zugangs zu Serviceeinrichtungen und den dort erbrachten Leistungen gerecht (hierzu unter II.2.1.2.2).

II.2.1.2.1 Verstoß bzgl. der Leistungen nach dem Mindestzugangspaket

Soweit die Betroffene innerhalb ihrer INBP Regelungen bezüglich der von ihr erbrachten Leistungen nach dem Mindestzugangspaket trifft, verstößt sie durch die Weigerung der Aufnahme einer der Entgeltgenehmigung entsprechenden Regelung gegen §§ 10 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Anlage 1, 10a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 19 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Anlage 3 Nr. 2, 11 Abs. 1 ERegG. Denn die dergestalt beibehaltenen INBP erfüllen – auch bei Aufnahme der beabsichtigten Fußnote und ungeachtet einer Beurteilung danach, ob der Betroffenen in materieller Hinsicht durch die Beibehaltung ungerechtfertigte Auslegungsspielräume verbleiben,

vgl. hierzu ausführlicher: OVG NRW, Beschluss vom 18.08.2020, Az. 13 B 972/20, Rn. 14 (juris), –

bereits nicht die im Gesetz selbst verankerten und als Konkretisierungen des Transparenzgebotes zu verstehenden Mindestanforderungen nach Anlage 3 Nr. 2 zum ERegG. Sie sind damit bereits in formaler Hinsicht nicht nach näherer Maßgabe des § 19 ERegG veröffentlicht,

vgl. zur Unabgeschlossenheit der Reichweite des Transparenzgebotes im Allgemeinen und zum formalen Gehalt und der Maßgabe des § 19 ERegG: OVG NRW Beschluss vom 18.08.2020, Az. 13 B 972/20, Rn. 10 und 18 (juris); vgl. daneben bzgl. der Konkretisierungsfunktion von Nutzungsbedingungen auch: OVG NRW,

Beschluss vom 25.02.2021, Az 13 B 343/20, Rn. 92 (juris) sowie VG Köln, Beschluss vom 25.06.2021, Az. 18 L 362/21, Rn. 86 (juris).

Im Einzelnen:

Gemäß § 10 Abs. 2 ERegG haben Zugangsberechtigte für Schienenpersonenverkehrsdienste das Recht auf Zugang zu Eisenbahnanagen für alle Arten von Personenverkehrsdiensten zu u. a. transparenten Bedingungen. Nach Anlage 1 Nr. 2 zum ERegG in der Fassung des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts vom 09.06.2021 (in Kraft seit dem 18.06.2021) gehören zu den Eisenbahnanlagen ebenfalls die von der Betroffenen betriebenen Personenbahnsteige (nebst Zuwegung).

Gemäß § 11 Abs. 1 ERegG hat ein Betreiber von Eisenbahnanlagen für alle Zugangsberechtigten die Leistungen des Mindestzugangspakets zu u. a. transparenten Bedingungen zu erbringen.

Gemäß § 10a Abs. 1 Satz 1 ERegG gilt für Betreiber der Personenbahnsteige u. a. § 19 ERegG sinngemäß, wobei sich nach § 19 Abs. 3 Satz 2 ERegG der Inhalt der Nutzungsbedingungen des Betreibers von Personenbahnsteigen nach Anlage 3 zum ERegG richtet. Anlage 3 Nr. 2 fordert wiederum einen Abschnitt in den Nutzungsbedingungen, in dem die Entgeltgrundsätze und Entgelte dargelegt werden. Dieser Abschnitt umfasst hinreichende Einzelheiten der Entgeltregelung sowie ausreichende Informationen u. a. zu den Entgelten. Es ist im Einzelnen anzuführen, welche Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen zur Durchführung der §§ 34 bis 40 ERegG in Bezug sowohl auf Kosten als auch auf Entgelte angewandt werden. Dieser Abschnitt enthält ferner Angaben zu bereits beschlossenen oder, soweit verfügbar, in den kommenden fünf Jahren vorgesehenen Entgeltänderungen.

Diesen gesetzlichen Anforderungen genügt die Betroffene – auch unter Berücksichtigung der beabsichtigten Fußnote – nicht. Denn durch die fehlende verbindliche Erklärung zur Geltung und zur Vereinbarung eines Nichtnutzungsentgeltes für Leistungen nach dem Mindestzugangspaket in Höhe von (lediglich) 95 % des Entgelts für eine in Anspruch genommene Nutzung werden durch die Betroffene keine hinreichenden Einzelheiten der Entgeltregelung und keine ausreichenden Informationen zu den Entgelten im Sinne der Anlage 3 Nr. 2 ERegG erbracht. Vielmehr wird weiterhin der Eindruck erweckt, die Entgeltgenehmigung habe keine vertragsgestaltende Auswirkung, sondern bewirke allenfalls auf Rechtsfolgenseite die Beschränkung der Betroffenen bzgl. der Abrechnung von Nichtnutzungsentgelten. Die rechtsfolgenseitige Unwirksamkeit einer entsprechenden Vereinbarung ist indes nur denkbare Folge des durch die gesetzliche Vorschrift des § 31a Abs. 3 ERegG letzten Endes statuierten gesetzlichen Verbotes im Sinne des § 134 BGB,

vgl. hierzu die Kommentierung zu dem ähnlichen § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG: *Kühling/Rummel*, in: *Kühling/Otte, AEG/ERegG, 2020, § 33 ERegG, Rn. 17.*

Sie führt aber nicht dazu, dass die dennoch in den Nutzungsbedingungen angelegte Vereinbarung über andere als die genehmigten Entgelte weniger eisenbahnrechtswidrig oder eine entsprechende Statuierung weniger intransparent würde.

II.2.1.2.2 Verstoß bzgl. des Zugangs zur Serviceeinrichtung Personenbahnhof und den dort erbrachten Leistungen

Auch mit Blick auf denjenigen Teil der derzeit bestehenden Regelung zu Nichtnutzungsentgelten, welcher die Serviceeinrichtung Personenbahnhof betrifft, verstößt die Betroffene gegen

das Transparenzgebot. Dieses ergibt sich in diesem Fall aus §§ 10 Abs. 3 i. V. m. Anlage 2 Nummer 2 lit. a), § 11 Abs. 2, 13 Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 34 Abs. 2 ERegG.

Denn durch die Beibehaltung der genannten Regelung löst die Betroffene einen Widerspruch zwischen den Regelungen der INBP und der tatsächlichen Berechnung der Entgelte für die Zeit bis zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über die Entgeltgenehmigung aus. Dies ist ihr jedoch aufgrund des hierin enthaltenen Verstoßes gegen die – analog zur Rechtsprechung in Bezug auf § 19 ERegG für Leistungen nach dem Mindestzugangspaket (hierzu unter II.2.1.2.1) – ebenfalls als gesetzliche Konkretisierung des formalen Transparenzgebotes zu verstehenden Vorgaben des § 34 Abs. 2 Satz 2 ERegG untersagt.

Im Einzelnen:

Gemäß § 10 Abs. 3 ERegG hat jeder Zugangsberechtigte das Recht auf Zugang einschließlich des Schienenzugangs zu den in Anlage 2 Nr. 2 genannten Einrichtungen zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen. Zu den in Anlage 2 Nr. 2 zum ERegG genannten Einrichtungen gehören gem. deren lit. a) auch Personenbahnhöfe.

Gemäß § 11 Abs. 2 ERegG hat ein Betreiber einer Serviceeinrichtung für alle Zugangsberechtigten die Leistungen, die in den in Anlage 2 Nr. 2 genannten Einrichtungen erbracht werden, zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen.

§ 13 Abs. 5 ERegG bestimmt, dass die Nutzungsbedingungen – zusätzlich zu den gemäß Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 erforderlichen Mindestinhalten – u. a. die nach § 34 Abs. 2 ERegG geforderten Bedingungen enthalten, wobei § 34 Abs. 2 Satz 2 ERegG seinerseits fordert, dass der Betreiber der Serviceeinrichtung dem jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen nachweisen können muss, dass die dem Eisenbahnverkehrsunternehmen nach § 32 ERegG von dem Betreiber der Serviceeinrichtung tatsächlich berechneten Dienstleistungsentgelte den in den Nutzungsbedingungen von Serviceeinrichtungen vorgesehenen Verfahren, Regeln und ggf. Tabellen entsprechen.

Die tatsächliche Berechnung der Entgelte fällt indes bei der von der Betroffenen beabsichtigten Vorgehensweise nicht mit den Regelungen der Nutzungsbedingungen bzw. der mit den Zugangsberechtigten auf Grundlage dieser Nutzungsbedingungen getroffenen Vereinbarungen zusammen und verstößt damit gegen die von der gesetzlichen Bestimmung geforderte Kongruenz zwischen Nutzungsbedingungen und Abrechnung,

vgl. *Otte/Kirchhartz*, in: *Kühling/Otte*, AEG/ERegG, 2020, § 34 ERegG, Rn. 19.

Vielmehr – und dies ist offenbar auch von der Betroffenen beabsichtigt (hierzu unter II.2.1.1.3) – soll weiterhin eine Wirksamkeit eines Nichtnutzungsentgeltes in Höhe von 100 % des Nutzungsentgeltes stipuliert werden. Durch die Einfügung der beabsichtigten Fußnote würde dieser Widerspruch auch deutlich offenbart. Denn ausweislich deren Entwurfs soll gerade die – aus Sicht der Beschlusskammer korrekte – Abrechnung nicht der in den INBP enthaltenen – und von der Beschlusskammer aufgrund der gegenläufigen Genehmigung nicht für rechtmäßig erachteten – Regelung entsprechen.

II.2.2 Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite wird die Betroffene gemäß Tenorziffer 1) zur Änderung der INBP verpflichtet (hierzu unter II.2.2.3). Für den Fall, dass die Betroffene dieser Verpflichtung nicht binnen einer bestimmten Frist nachkommt, wird ihr zudem gemäß Tenorziffer 2) ein Zwangsgeld angedroht (hierzu unter II.2.2.4).

II.2.2.3 Verpflichtung der Betroffenen zur Änderung der INBP

Die Betroffene wird gemäß Tenorziffer 1) des Beschlusses zur Änderung der INBP verpflichtet.

Gemäß § 68 Abs. 3 ERegG kann die Regulierungsbehörde mit Wirkung für die Zukunft das Eisenbahninfrastrukturunternehmen – hier: die Betroffene – u. a. zur Änderung von Maßnahmen im Sinne des § 66 Abs. 4 ERegG verpflichten, soweit diese nicht mit den Vorschriften dieses Gesetzes oder unmittelbar geltenden Rechtsakten der Europäischen Union im Anwendungsbereich dieses Gesetzes in Einklang stehen.

Die hiernach getroffene Entscheidung der Beschlusskammer ergeht im Rahmen pflichtgemäßer Betätigung des Entschließungs- und Auswahlermessens.

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

§ 68 Abs. 3 ERegG soll der Regulierungsbehörde dabei ein „flexibles Handeln“ ermöglichen. Sie soll insbesondere befähigt werden, ein eisenbahnregulierungsrechtswidriges Verhalten unabhängig von der Frage einer gegenwärtigen Zugangsrechtsverletzung sofort oder mit Wirkung für die Zukunft zu untersagen. Die Vorschrift räumt der Regulierungsbehörde sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen ein,

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22.05.2020, Az 13 B 1246/19, Rn. 6 ff. und 11 (juris).

Die Beschlusskammer sieht sich aufgrund des bestehenden Verstoßes veranlasst, zur Wahrung der Ziele des § 3 ERegG zu handeln. Im vorliegenden Fall sind die in § 3 Nr. 2 ERegG festgehaltenen Regulierungsziele der Wahrung der Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Wahrung der Interessen der Verbraucher berührt. Der Gleichklang zwischen der Entgeltgenehmigung und den mit den Zugangsberechtigten (zukünftig) getroffenen Vereinbarungen unter Einbeziehung der Vorwirkungen der INBP sind für die Zugangsberechtigten von elementarer Bedeutung. Sähe die Beschlusskammer von einem Einschreiten ab, wären die Zugangsberechtigten mit falschen und intransparenten INBP konfrontiert, die dazu führen, einen Vertrag mit eisenbahnrechtswidrigem Inhalt zu schließen.

Auch hinsichtlich der konkret getroffenen Maßnahme ist die Entscheidung der Beschlusskammer ermessensgerecht. Die von der Beschlusskammer ergriffene Maßnahme verfolgt zunächst einen legitimen Zweck. Ziel der durch § 68 Abs. 3 ERegG eingeräumten Eingriffsmöglichkeit ist es, die Regulierungsziele des § 3 ERegG zu verwirklichen. Durch die Verpflichtung wird ein Gleichklang zwischen der Entgeltgenehmigung und den mit den Zugangsberechtigten (zukünftig) getroffenen Vereinbarungen unter Einbeziehung der Vorwirkungen der INBP hergestellt. Die Maßnahme verhindert damit, dass eine Vereinbarung über nicht genehmigte Entgelte und ein Auseinanderfallen von Nutzungsbedingungen und gesetzlichen Mindestanforderungen an dieselben – entgegen der gesetzlichen Bestimmungen des § 31a Abs. 3 und § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG sowie entgegen des von Gesetzes wegen geforderten Transparenzgebotes (vgl. hierzu II.2.1.2) – entsteht. Sie dient damit dem vorbeschriebenen Ziel des

§ 3 Nr. 2 ERegG). Sie bewahrt die Zugangsberechtigten davor, eisenbahnrechtswidrige Verträge schließen zu müssen und sorgt für eine transparente Ausgestaltung der INBP.

Die ergriffene Maßnahme ist darüber hinaus auch erforderlich, um das hier betroffenen Regulierungsziel zu erreichen. Mildere, aber gleich geeignete Maßnahmen zur Beseitigung des Widerspruchs zwischen Gesetz und INBP sind nicht ersichtlich. Insbesondere stellt die Gestattung eines Fußnotenhinweises, welcher die rechtsfolgenseitige Abweichung bei der Abrechnung von Entgelten bis zum Abschluss der gerichtlichen Verfahren offenlegt, kein gleichermaßen wirksames Handeln dar. Denn durch diese Maßnahme wird gerade nicht beabsichtigt, eine Gleichwertigkeit zwischen einer tatsächlichen – INBP-induzierten – „Vereinbarung“ zu treffen oder transparent zum Ausdruck zu bringen, dass die derzeit bestehende Regelung im Kern aufgrund des gesetzlichen Verbots nach § 134 BGB als unwirksam anzusehen ist. Vielmehr soll die Wirksamkeit auf Vereinbarungsseite gerade aufrechterhalten und dementsprechend vereinbart und kommuniziert werden. Der Erforderlichkeit der Verpflichtung steht auch nicht entgegen, dass – wie die Betroffene anmerkt – eine Missverständlichkeit unschädlich wäre bzw. dies nach (vermeintlicher) Auffassung der Beschlusskammer *„ja keine Rolle spielen dürfte, da ohnehin allein die genehmigten Entgelte maßgeblich sind“* (Stellungnahme der Betroffenen vom 10.12.2021, S. 2). Zwar führt die Vereinbarung genehmigungswidriger Entgelte auch nach Auffassung der Beschlusskammer zu einem Verstoß gegen das gesetzliche Verbot mit der Folge, dass jedenfalls diese genehmigungswidrigen Entgelte letzten Endes nicht erhoben werden dürften. Dies befreit den Betreiber indes nicht von der aus dem gesetzlichen Verbot erwachsenden Pflicht, solche Entgelte erst gar nicht zu vereinbaren und entsprechend in den INBP zu beschreiben. Dementsprechend bestimmt jedenfalls § 33 Abs. 2 Satz 2 ERegG auch, dass bei einer bestehenden Unwirksamkeit der Vereinbarung aufgrund eines Verstoßes gegen § 33 Abs. 2 Satz 1 ERegG das genehmigte Entgelt als das „vereinbarte“ und nicht lediglich als das „abgerechnete“ Entgelt gilt. Durch den Rückgriff auf die Vereinbarung selbst bringt der Gesetzgeber klar zum Ausdruck, dass er entgegenstehende Vereinbarungen nicht duldet. Eine Gestattung dergestalt, dass der Betreiber hiervon abweichende Regelungen vereinbaren dürfte, da es *„ja keine Rolle spielen dürfte“*, ist demgegenüber nicht zu erkennen. Dass abweichende Regelungen in den INBP eine Rolle spielen, wird zudem durch das Transparenzgebot eindeutig belegt. Eine zeitnahe Entscheidung in dieser Sache war überdies deshalb erforderlich, weil die Zugangsberechtigten möglichst schnell auf verlässliche und zutreffende Informationen in den INBP Rückgriff nehmen können sollen.

Die ergriffene Maßnahme ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie steht insbesondere nicht außer Verhältnis zu dem vom Gesetz verfolgten Zweck. Durch die Umsetzung der Entgeltgenehmigung im Rahmen der INBP wird von der Betroffenen lediglich eine Korrektur der INBP in Angleichung an die ohnehin bestehende Genehmigung verlangt. Demgegenüber erscheint nicht beachtlich, dass diese Genehmigung bislang keine Bestandskraft erlangt hat. Denn ungeachtet des Umstandes, dass bis zur vollständigen Bestandskraft der Entscheidung möglicherweise noch Jahre vergehen könnten, ein weiteres Zuwarten sich also bereits vor diesem Hintergrund angesichts der Ziele der Regulierung als unverhältnismäßig darstellen würde, entfaltet die Entgeltgenehmigung Wirkung. Der Betroffenen bleibt es darüber hinaus überlassen, ob sie auf die derzeit bestehende fehlende Bestandskraft und eine in ihrem Obsiegsfall anzuwendende Regelung zu Nichtnutzungsentgelten (etwa im Rahmen einer Fußnote in den INBP) hinweisen möchte. Auch die Befürchtungen bzgl. eines prozessualen Hindernisses aufgrund Umstellung der INBP vermögen die Beschlusskammer nicht davon zu überzeugen, dass die angeordnete Verpflichtung unangemessen sein könnte. Prozessual gesehen besteht aus Sicht der Beschlusskammer aufgrund der Trennung des Genehmigungsverfah-

rens und des Genehmigungsbeschlusses einerseits von der Frage der Konsequenz einer Entgeltgenehmigung für die per INBP geschlossenen Vereinbarungen über den Zugang andererseits keine Gefahr dergestalt, dass eine INBP-Bestimmung, welche das aus der Entgeltgenehmigung (materiell-rechtlich) erwachsende Verbot der Vereinbarung anderer Entgelte aufgreift, ein „prozessuales Aus“ bzgl. der Verpflichtungsklage(n) der Betroffenen bewirken könnte. In letzter Konsequenz würde eine solche Sichtweise auch dazu führen, dass die INBP und andere Nutzungsbedingungen über Jahre hinweg die Entgeltgenehmigung nicht bedeutungsgleich wiedergeben, sondern lediglich rechtsfolgenseitige Nichtanwendbarkeiten bei der Abrechnung in Fußnoten statuieren würden. Dies kann – auch bei Berücksichtigung eines wachsenden Ausmaßes im Laufe der Zeit – weder mit dem Vereinbarungsverbot noch mit dem Transparenzgebot vereinbar sein. Die Betroffene ist – unabhängig von einem bestehenden Gerichtsverfahren – materiell-rechtlich zur Angleichung der INBP an die rechtsfolgenseitig bereits angekündigte genehmigungskonforme Abrechnung der Entgelte verpflichtet,

vgl. insoweit auch mit Blick auf die Verpflichtung der Bundesnetzagentur, einen Gleichklang zwischen praktischer Handlung und Erklärung in den Nutzungsbedingungen bei unterlassener Herstellung von Kongruenz durch den Betreiber der Schienenwege zu bewirken: VG Köln, Beschluss vom 25.06.2021, Az. 18 L 362/21, Rn. 82 ff. (juris); vgl. zudem im Telekommunikationsrecht die Vorschrift des § 44 TKG n. F. (entspricht § 37 TKG a. F.).

II.2.2.4 Zwangsgeldandrohung

Der Betroffenen wird gemäß Tenorziffer 2) für den Fall der Nichtbefolgung der in Tenorziffer 1) enthaltenen Verpflichtung ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000 Euro gemäß §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1 lit. b), 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) i. V. m. § 67 Abs. 1 Satz 2 ERegG angedroht.

Die Notwendigkeit der schriftlichen Androhung von Zwangsmitteln folgt aus § 13 Abs. 1 Satz 1 VwVG. Sie bezieht sich auf ein bestimmtes Zwangsmittel im Sinne des § 13 Abs. 3 Satz 1 VwVG, nämlich das Zwangsgeld. Das Zwangsgeld ist als Zwangsmittel zulässig im Sinne des § 9 Abs. 1 lit. b) i. V. m. 11 Abs. 2 VwVG. Es betrifft vorliegend den Fall, dass die Betroffene der Verpflichtung aus Tenorziffer 1) zuwiderhandelt. Die Androhung eines Zwangsmittels soll mit dem Verwaltungsakt verbunden werden, wenn der sofortige Vollzug angeordnet ist oder – wie im Falle der Entscheidung der Beschlusskammer, vgl. § 77a Abs. 1 ERegG (n. F.) – den Rechtsmitteln keine aufschiebende Wirkung beigelegt ist, § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVG.

Der Betrag des Zwangsgeldes wird gemäß § 13 Abs. 5 VwVG in bestimmter Höhe angedroht.

Die Höhe des angedrohten Zwangsgeldes ist auch angemessen. Gemäß § 67 Abs. 1 Satz 2 ERegG kann die Bundesnetzagentur im Fall der Vollstreckung ihrer Anordnungen abweichend von § 11 Abs. 3 VwVG ein Zwangsgeld von bis zu 500.000 Euro festsetzen. Das angedrohte Zwangsgeld bewegt sich unterhalb dieser Höchstgrenze. Die Höhe des Zwangsgeldes orientiert sich an der Bedeutung der gesetzlichen Vorgaben. Bei der Bemessung des Zwangsgeldes hat die Beschlusskammer mitberücksichtigt, dass die Betroffene tatsächlich keine Entgelte abrechnen wird, die der bisherigen Regelung der INBP in ihrer Höhe entsprechen.

Der Betroffenen wird im Rahmen der Zwangsgeldandrohung eine angemessene Frist zur Umsetzung der im Tenor zu 1) enthaltenen Verpflichtung entsprechend der Vorgaben des § 13 Abs. 1 Satz 2 VwVG gewährt. Dieser fordert eine billigerweise zumutbare Fristsetzung dann, wenn eine Verpflichtung auferlegt wird. Die hier gewährte Frist kann der Betroffenen billiger-

weise zugemutet werden. Der Betroffenen wird vor dem Hintergrund des geringfügigen Umfangs der Verpflichtung ausreichend Zeit gelassen, eine geeignete Formulierung in die INBP aufzunehmen. Zudem war mit in die Erwägungen einzustellen, dass die Zugangsberechtigten schnellstmöglich auf rechtskonforme INBP zurückgreifen können sollen. Die Durchführung eines vorgängigen Stellungnahmeverfahrens im Sinne von § 10a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 19 Abs. 2 ERegG ist aufgrund der klaren Vorgaben unter Tenorziffer 1. weder geboten noch sinnvoll.

II.3 Gebührenhinweis

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Gebühren werden gemäß der am 15.05.2021 in Kraft getretenen Besonderen Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen der Bundesnetzagentur im Bereich der Eisenbahnregulierung (EReg-BGebV) festgesetzt. Sollten für diesen Beschluss Gebühren oder Auslagen anfallen, erfolgt deren Geltendmachung gemäß § 77 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ERegG in einem gesonderten Bescheid. Rückfragen im Zusammenhang mit einer möglichen Gebührenerhebung können per E-Mail an das Postfach GebuehrenEisenbahn@BNetzA.de gerichtet werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz 1, 50667 Köln erhoben werden.

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Dr. Arnade

Kirchhartz