



Bundesnetzagentur • Postfach 80 01 • 53105 Bonn

Per Fax: 069/26531680

gegen Empfangsbekanntnis

DB Netz AG

- Vorstand -

Theodor-Heuss-Allee 7

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Mein Zeichen, meine Nachricht vom

☎ (02 28)

Bonn

7S3-06-054

14-7012

20.11.2006

oder 14-0

Betreff: Vorabprüfung der Bundesnetzagentur gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG

Bezug: Mitteilung über beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen gemäß § 14d S. 1 Nr. 6 AEG vom 23.10.2006

In o. g. Netzzugangsverfahren ergeht im Nachgang zu der Mitteilung der beabsichtigten Neufassung der „Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG (SNB)“ mit Datum des Schreibens vom 20.10.2006, eingegangen per Bote am 23.10.2006, folgender

Bescheid:

1. Der beabsichtigten Neufassung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB) der DB Netz AG wird hinsichtlich der Klauseln Nr. 2.2.1 SNB, Nr. 2.3.2 SNB, Nr. 2.3.3 SNB, Nr. 2.3.4 SNB, Nr. 2.3.5 SNB, Nr. 2.4 SNB, Nr. 3.2 SNB, Nr. 3.4 SNB, Nr. 4.1 SNB, Nr. 4.2.1 SNB, Nr. 4.2.2 SNB, Nr. 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.4 SNB, Nr. 4.2.4.5 SNB, Nr. 4.3.1 SNB, Nr. 4.3.2 SNB, Nr. 5.2 SNB, Nr. 6.2.2.1 SNB, Nr. 6.3 SNB, Nr. 6.4 SNB, Nr. 7.1.1 ABN, Nr. 7.1.2.2 ABN, Nr. 7.1.3.4 ABN, Nr. 7.1.4.1 ABN, Nr. 7.1.7 ABN, Nr. 7.1.8.1, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN, Nr. 7.1.8.4 ABN, Nr. 7.1.8.5 ABN, Nr. 7.1.9.1 ABN, Nr. 7.2.1.1 ABN, Nr. 7.2.1.2 ABN, Nr. 7.2.1.3 ABN, Nr. 7.2.1.4 ABN, Nr. 7.2.2.1 ABN, Nr. 7.2.2.2 ABN, Nr. 7.2.2.3 ABN, Nr. 7.2.2.4 ABN, Nr. 7.2.3.1 ABN, Nr. 7.2.3.2 ABN, Nr. 7.2.4.1 ABN, Nr. 7.2.4.2 ABN, Nr. 7.2.4.3 ABN, Nr. 7.2.5.1 ABN, Nr. 7.2.5.2 ABN, Nr.

Bundesnetzagentur für
Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und
Eisenbahnen

Telefax Bonn
(02 28) 14-88 72

E-Mail
poststelle@bnetza.de
Internet
<http://www.bundesnetzagentur.de>

Kontoverbindung
Bundeskasse Trier
BBk Trier
(BLZ 585 000 00)
Konto-Nr. 585 010 03
oder 585 010 05

Behördensitz: Bonn
Tulpenfeld 4
53113 Bonn
☎ (02 28) 14-0

7.2.5.3 ABN, Nr. 7.2.6 ABN, Nr. 7.2.7 ABN, Nr. 7.2.7.1 ABN, Nr. 7.2.7.2 ABN, Nr. 7.2.8.1 ABN, Nr. 7.2.8.2 ABN, Nr. 7.2.8.3 ABN, Nr. 7.2.9 ABN, Nr. 7.2.9.1 ABN, Nr. 7.2.9.2 ABN, Nr. 7.2.9.3 ABN, Nr. 7.2.10 ABN, Nr. 7.2.10.2 ABN, Nr. 7.2.10.3 ABN, Nr. 7.2.11 ABN, Nr. 7.2.12.1 ABN, Nr. 7.2.12.2 ABN, Nr. 7.2.13 ABN, Nr. 7.2.14 ABN, Nr. 7.2.15.1 ABN, Nr. 7.2.15.2 ABN, Nr. 7.2.15.3 ABN, Nr. 7.2.16 ABN, Nr. 7.4.2 ABN, Nr. 7.4.3.1 ABN, Nr. 7.4.4 ABN, Nr. 7.4.5.1 ABN, Nr. 7.4.5.3 ABN, Nr. 7.4.7.2 ABN, Nr. 7.4.7.3 ABN, Nr. 7.4.7.4 ABN, Nr. 7.4.7.5 ABN, Nr. 7.4.7.6 ABN, Nr. 7.4.8.1 ABN, Nr. 7.5.1.4 ABN, Nr. 7.5.2 ABN, Nr. 7.5.3 ABN, Nr. 7.5.4 ABN, Nr. 7.5.4.1 ABN, Nr. 7.5.4.2 ABN, Nr. 7.5.4.3 ABN, Nr. 7.5.5.2 ABN, Nr. 7.5.5.3 ABN, Nr. 7.7.1 ABN, Nr. 7.7.5.1 ABN, Nr. 7.7.5.2 ABN, Nr. 7.7.5.3 ABN, Nr. 7.7.5.4 ABN, Nr. 7.7.5.5 ABN, Nr. 7.7.5.6 ABN, Nr. 7.7.5.7 ABN, Nr. 7.7.5.8 ABN sowie hinsichtlich Anlage 2 der SNB widersprochen.

2. Der Bescheidadressatin wird aufgegeben, die in Ziffer 1 benannten Klauseln und Regelungen unter Berücksichtigung der nachfolgend dargestellten Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur abzuändern und bis spätestens zum 11.12.2006 in der in § 4 Abs. 1 S. 1 Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) vorgesehenen Form zu veröffentlichen.
3. Für den Fall der gänzlichen oder teilweisen Nichterfüllung der unter Ziff. 1. und 2. angeordneten Verpflichtungen wird ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 155 000 Euro angeordnet.
4. Die Kosten des Verfahrens hat die Bescheidadressatin zu tragen. Über die Höhe der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid.

Begründung:

I. Zum Sachverhalt:

Die Deutsche Bahn (DB) Netz AG (Bescheidadressatin) übersandte mit einem auf den 20.10.2006 datierten Schreiben (Az.: I.NMN), per Boten am 23.10.2006, der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (nachfolgend: Bundesnetzagentur) die beabsichtigte Neufassung der sog. „Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG“ (SNB) nebst Anlagen, einschließlich der zu den SNB eingegangenen Stellungnahmen der Zugangsberechtigten, eine Auswertung der Stellungnahmen sowie eine „Synopsis“. Der Betreff des Schreibens lautet: „Beabsichtigte Neufassung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen (...); Hier: Mitteilung gemäß § 14d S.1 Nr. 6 AEG.“ Im Schreiben vom 20.10.2006 heißt es u. a. : „Um unserer gesetzlichen Mitteilungspflicht gemäß § 14d S. 1 Nr. 6 AEG und der Verpflichtung aus Ziffer 3 des Widerspruchsbescheides vom 10.03.2006 nachzukommen, übersenden wir Ihnen die beabsichtigte Neufassung der SNB (...) in schriftlicher Form (Anlage 4 und Anlage 5).“

Zuvor hatte die Bescheidadressatin eine vorläufige Fassung der beabsichtigten Neufassung ihrer SNB seit dem 14.9.2006 für jedermann zugänglich im Internet veröffentlicht. Die in § 4 Abs. 4 EIBV angeordnete Stellungnahmefrist für die Zugangsberechtigten war am 13.10.2006 abgelaufen. Am 20.10.2006 überreichte die Bescheidadressatin der Bundesnetzagentur bereits Teile der beabsichtigten Neufassung ihrer SNB. Am 23.10.2006 erfolgte sodann die Vorlage der vollständigen beabsichtigten Neufassung der SNB nebst Anlagen.

Die Bundesnetzagentur bestätigte den Eingang der Unterlagen per Empfangsbestätigung am 23.10.2006 sowie mit Schreiben vom 25.10.2006.

Die von der DB Netz AG, Bereich Netzzugang/Regulierung, mit dem Begleitschreiben übersandten für dieses Verfahren relevanten Unterlagen setzen sich ausweislich dieses Schreibens zusammen aus: Anlage 1: Stellungnahmen der Zugangsberechtigten; Anlage 2: Auswertung der Stellungnahmen; Anlage 3: Synopse (Gegenüberstellung alter/neuer Regelungen); Anlage 4: SNB inklusive 8 Anlagen (Anlagen 1 bis 8).

Diese Unterlagen hat die Bundesnetzagentur sämtlich erhalten.

Die „SNB“ sind in 7 Kapitel untergliedert: Kapitel 1: Allgemeine Informationen; Kapitel 2: Zugangsbedingungen; Kapitel 3: Infrastruktur; Kapitel 4: Kapazitätszuweisung; Kapitel 5: Leistungen; Kapitel 6: Entgeltgrundsätze und Kapitel 7: Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG („ABN“). Die Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG sind ausweislich Klausel Nr. 2.2.2 SNB und Klausel Nr. 7.1.1 ABN verbindlicher Bestandteil der SNB und werden in Kapitel 7 dargestellt.

II. Zur Rechtslage:

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

Die Bundesnetzagentur widerspricht – in dem aus Ziffer 1 dieser Verfügung erkennbaren Umfang – der beabsichtigten Fassung der SNB gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG. Die in Ziffer 1 dieser Verfügung genannten Bestimmungen der SNB entsprechen nicht den Vorgaben des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur.

Gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG kann die Bundesnetzagentur nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d S. 1 Nr. 6 AEG innerhalb von vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen 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 Schienennetz-Benutzungsbedingungen nicht in Kraft treten. Soweit die Bundesnetzagentur ihr Widerspruchsrecht fristgerecht ausübt, legt § 14e Abs. 3 Nr. 2 AEG fest, dass die Schienennetz-Benutzungsbedingungen auch nach Ablauf der vierwöchigen Widerspruchsfrist gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG insoweit nicht in Kraft treten.

Die Bundesnetzagentur ist mit einem auf den 20.10.2006 datierten Schreiben, eingegangen am 23.10.2006, gemäß § 14 d S. 1 Nr. 6 AEG über die beabsichtigte Neufassung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen unterrichtet worden. Das Schreiben der Bescheidadressatin vom 20.10.2006, eingegangen am 23.10.2006, stellt eine wirksame Mitteilung gemäß § 14 d S. 1 Nr. 6 AEG dar. Gegenstand der Mitteilung nach § 14d S. 1 Nr. 6 AEG ist die beabsichtigte *Neufassung* von Schienennetz-Benutzungsbedingungen.

Die Bundesnetzagentur prüft die Neufassung der Schienennetz- Benutzungsbedingungen im Hinblick auf die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und übt hierzu ihr Widerspruchsrecht gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG aus.

Gemäß § 14b Abs. 1 Nr. 4 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378, 2396, 1994 I S. 2439), zuletzt geändert durch Art. 1 des Vierten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 03.08.2005 (BGBl. I S. 2270), 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 der 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 S. 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.

Danach sind zur Gewährung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur, vgl. § 2 Abs. 3 AEG, öffentliche Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet. Ein öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen besteht dann, wenn dieses Unternehmen Zugang zu seiner Eisenbahninfrastruktur auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften (§ 14 AEG) gewähren muss (vgl. BR-Drs. 269/04, S. 20). Das Gesetz 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 der Schienenwege.

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

Eine Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 21.09.1998 (BGBl. I S. 3050), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 05.05.2004 (BGBl. I S. 718) der Bescheidadressatin im Netzzugangsverfahren wurde am 06.11.2006 in den Räumlichkeiten der Bundesnetzagentur durchgeführt.

Schließlich ist zur Vollständigkeit noch darauf hinzuweisen, dass die Bundesnetzagentur nicht verpflichtet ist, den Beteiligten vorweg mitzuteilen, welche Entscheidung sie auf Grund des von ihr ermittelten Sachverhalts zu treffen beabsichtigt ist (Kopp, Ferdinand/ Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage, München 2005, § 28 Rn. 15).

Zu Ziffer 1. dieser Verfügung:

Die Bundesnetzagentur widerspricht den in Ziff. 1 des Bescheidentors genannten Klauseln, weil diese den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur nicht entsprechen [hierzu 1)].

Hierzu werden in diesem Bescheid zunächst die beanstandeten formellen [1) a)] und sodann die beanstandeten materiellen [1) b)] Mängel und Beanstandungen dargelegt. Die Bundesnetzagentur widerspricht insoweit den SNB, vgl. Ziff. 1 des Bescheides.

Darüber hinaus finden sich in zahlreichen Klauseln Regelungsgehalte, deren Beanstandung die Bundesnetzagentur sich vorbehält, denen sie aber – wie im Einzelnen unter 1) c) sowie im Rahmen der Ermessenserwägungen [unter 2)] ausgeführt wird – mit diesem Bescheid im Rahmen von 14e Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. 14 d S. 1 Nr. 6 AEG (noch) nicht widerspricht. Insoweit bleibt eine spätere Beanstandung vorbehalten. Dies betrifft in erster Linie Regelungen zu Entgelten und Entgeltgrundsätzen.

Der Widerspruch der Bundesnetzagentur zu den unter Ziffer 1 dieser Verfügung beanstandeten Klauseln sowie der Vorbehalt der späteren Beanstandung weiterer Klauseln erfolgt im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung [hierzu 2)].

1) Verstoß der SNB gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur

Die von der Bescheidadressatin aufgestellten und der Bundesnetzagentur u. a. mitgeteilten Klauseln Nr. 2.2.1 SNB, Nr. 2.3.2 SNB, Nr. 2.3.3 SNB, Nr. 2.3.4 SNB, Nr. 2.3.5 SNB, Nr. 2.4 SNB, Nr. 3.2 SNB, Nr. 3.4 SNB, Nr. 4.1 SNB, Nr. 4.2.1 SNB, Nr. 4.2.2 SNB, Nr. 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.4 SNB, Nr. 4.2.4.5 SNB, Nr. 4.3.1 SNB, Nr. 4.3.2 SNB, Nr. 5.2 SNB, Nr. 6.2.2.1 SNB, Nr. 6.3 SNB, Nr. 6.4 SNB, Nr. 7.1.1 ABN, Nr. 7.1.2.2 ABN, Nr. 7.1.3.4 ABN, Nr. 7.1.4.1 ABN, Nr. 7.1.7 ABN, Nr. 7.1.8.1, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN, Nr. 7.1.8.4 ABN, Nr. 7.1.8.5 ABN, Nr. 7.1.9.1 ABN, Nr. 7.2.1.1 ABN, Nr. 7.2.1.2 ABN, Nr. 7.2.1.3 ABN, Nr. 7.2.1.4 ABN, Nr. 7.2.2.1 ABN, Nr. 7.2.2.2 ABN, Nr. 7.2.2.3 ABN, Nr. 7.2.2.4 ABN, Nr. 7.2.3.1 ABN, Nr. 7.2.3.2 ABN, Nr. 7.2.4.1 ABN, Nr. 7.2.4.2 ABN, Nr. 7.2.4.3 ABN, Nr. 7.2.5.1 ABN, Nr. 7.2.5.2 ABN, Nr. 7.2.5.3 ABN, Nr. 7.2.6 ABN, Nr. 7.2.7 ABN, Nr. 7.2.7.1 ABN, Nr. 7.2.7.2 ABN, Nr. 7.2.8.1 ABN, Nr. 7.2.8.2 ABN, Nr. 7.2.8.3 ABN, Nr. 7.2.9 ABN, Nr. 7.2.9.1 ABN, Nr. 7.2.9.2 ABN, Nr. 7.2.9.3 ABN, Nr. 7.2.10 ABN, Nr. 7.2.10.2 ABN, Nr. 7.2.10.3 ABN, Nr. 7.2.11 ABN, Nr. 7.2.12.1 ABN, Nr. 7.2.12.2 ABN, Nr. 7.2.13 ABN, Nr. 7.2.14 ABN, Nr. 7.2.15.1 ABN, Nr. 7.2.15.2 ABN, Nr. 7.2.15.3 ABN, Nr. 7.2.16 ABN, Nr. 7.4.2 ABN, Nr. 7.4.3.1 ABN, Nr. 7.4.4 ABN, Nr. 7.4.5.1 ABN, Nr. 7.4.5.3 ABN, Nr. 7.4.7.2 ABN, Nr. 7.4.7.3 ABN, Nr. 7.4.7.4 ABN, Nr. 7.4.7.5 ABN, Nr. 7.4.7.6 ABN, Nr. 7.4.8.1 ABN, Nr. 7.5.1.4 ABN, Nr. 7.5.2 ABN, Nr. 7.5.3 ABN, Nr. 7.5.4 ABN, Nr. 7.5.4.1 ABN, Nr. 7.5.4.2 ABN, Nr. 7.5.4.3 ABN, Nr. 7.5.5.2 ABN, Nr. 7.5.5.3 ABN, Nr. 7.7.1 ABN, Nr. 7.7.5.1 ABN, Nr. 7.7.5.2 ABN, Nr. 7.7.5.3 ABN, Nr. 7.7.5.4 ABN, Nr. 7.7.5.5 ABN, Nr. 7.7.5.6 ABN, Nr. 7.7.5.7 ABN, Nr. 7.7.5.8 ABN sowie Anlage 2 der SNB verstoßen gegen die eisenbahnrechtlichen Normen über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur. Mehrere der beanstandeten Klauseln verstoßen dabei jeweils unter mehreren (formellen und/oder materiellen) Gesichtspunkten gegen die eisenbahnrechtlichen Normen über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur.

Hierzu werden in dieser Verfügung unter 1) zunächst die beanstandeten formellen [1) a)] und sodann die beanstandeten materiellen [1) b)] Mängel und Verstöße dargelegt. Die Bundesnetzagentur widerspricht daher insoweit den SNB, vgl. Ziff. 1 des Bescheides. Darüber hinaus finden sich in zahlreichen Klauseln Regelungsgehalte, deren Beanstandung die Bundesnetzagentur sich vorbehält. Diese finden sich im Einzelnen insbesondere unter 1) c) dieser Verfügung.

a) Formelle Mängel der SNB

Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen entsprechen den verordnungsrechtlichen Anforderungen in formeller Hinsicht nicht, soweit in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zwingend vorzusehende Angaben entweder gänzlich fehlen, mit Blick auf wesentliche Angaben unvollständig sind (dazu unter aa) oder sie ausschließlich den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden, in Anlehnung an die Benennung der Bescheidadressatin auch „Allgemeine Benutzungsbedingungen“ oder „ABN“) der Bescheidadressatin zugeordnet wurden (dazu bb).

Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen müssen formellen und materiellen Anforderungen gerecht werden. Dabei sind hier unter formellen Anforderungen nicht nur solche hinsichtlich der Form, sondern - der gängigen rechtswissenschaftlichen Terminologie entsprechend - alle Anforderungen gemeint, die keine inhaltlichen Anforderungen an die Schienennetz-Benutzungsbedingungen selbst sind. Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin entsprechen bereits in formeller Hinsicht nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu den Schienenwegen, soweit sie materielle Regelungsinhalte, die zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen, nicht oder nicht in dem gebotenen Umfang enthalten. Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin entsprechen insoweit auch dann in formeller Hinsicht nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu Schienenwegen, wenn und soweit sie die Vorschriften über die Grundsätze für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur (nur) als Bestandteil ihrer „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG“ (ABN) enthalten, obwohl diese (zumindest auch) in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen festgelegt werden müssen: Nach § 4 Abs. 6 S. 2 EIBV sind die Schienennetz-Benutzungsbedingungen für die Beteiligten verbindlich, wovon „Allgemeine Benutzungsbedingungen“ die in ihnen enthalten sind, unberührt bleiben. Die Verordnung geht somit davon aus, dass die Schienennetz-Benutzungsbedingungen aus „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ im Sinne der §§ 305 ff. BGB einerseits und sonstigen (besonderen) Schienennetz-Benutzungsbedingungen andererseits bestehen, und erklärt nur letztgenannte für verbindlich. Die in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthaltenen „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ sind nach § 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 2 EIBV demgegenüber nicht zwingend bzw. nur nach den allgemeinen Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbindlich, so dass ihre Geltung nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. insbesondere § 305b BGB) ausgeschlossen werden kann,

vgl. insoweit auch die Begründung zur Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 249/05, 32, 38 (zu § 4 Abs. 6).

Soweit die EIBV bestimmte Angaben vorschreibt, die in Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen, reicht es somit nicht aus, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen sie im Rahmen seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen macht. Erforderlich ist vielmehr, sie als besondere (Schienennetz-Benutzungsbedingungen) auch formell von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu trennen und somit in einem vollumfänglich unabdingbaren Regelwerk niederzulegen.

Vorliegend hat die Bescheidadressatin ihre „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG“ (ABN) als Kapitel 7 in ihre SNB integriert. In Klausel Nr. 2.2.2 SNB führt sie entsprechend aus: *„Die ABN sind verbindlicher Bestandteil der SNB und werden in Kapitel 7 dargestellt“*. Damit haben sie jedoch noch nicht die gleiche Rechtsqualität und die gleiche Verbindlichkeit wie die SNB in den Kapiteln 1-6. In ihrer Qualifikation als AGB kann ihre Geltung dementsprechend nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. insbesondere § 305b BGB) ausgeschlossen werden. Die AGB/ABN in Kapitel 7 SNB sind damit kein Bestandteil eines vollumfänglich unabdingbaren Regelwerks.

Inhalte, die ausschließlich in den ABN festgelegt sind, obwohl sie nach den eisenbahnrechtlichen Vorschriften zwingend in den SNB zu regeln sind, verstoßen damit in formeller Hinsicht gegen die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die zwingend in den SNB darzulegenden Regelungsinhalte sowohl in den AGB („ABN“) als auch in den SNB dargestellt würden. Die Bescheidadressatin hat im Hinblick auf einige Regelungspassagen eine entsprechende Vorgehensweise gewählt (z. B. finden sich Ausführungen zur Instandhaltung der Infrastruktur, Durchführung von Baumaßnahmen“ wortgleich sowohl in den SNB – dort unter Klausel 3.4 – als auch in den ABN – dort unter Klausel 7.4.7.1). Es finden sich jedoch auch zahlreiche Klauseln und Regelungsinhalte, die lediglich in den ABN festgeschrieben sind, obwohl sie *zumindest auch* zwingend in den SNB darzulegen wären.

Verordnungsrechtliche Anforderungen an den Umfang der Mitteilungspflicht der Schienennetz-Benutzungsbedingungen ergeben sich namentlich aus den Vorgaben für den Inhalt von Schienennetz-Benutzungsbedingungen. Die zentralen Anforderungen ergeben sich dabei aus § 4 Abs. 1 S. 1 EIBV sowie § 4 Abs. 2 EIBV. § 4 Abs. 1 S. 1 EIBV verpflichtet Betreiber von Schienennetzen, Schienennetz-Benutzungsbedingungen für die Erbringung der in Anlage 1 Nr. 1 EIBV genannten Leistungen zu erstellen. Diese sind entweder im Bundesanzeiger oder im Internet zu veröffentlichen, wobei die Adresse im Bundesanzeiger bekannt zu machen ist. Ferner ist der Betreiber verpflichtet, den Zugangsberechtigten (mit „Zugangsberechtigten“ werden in diesem Bescheid – der gesetzlichen Definition folgend – die in § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AEG Bezeichneten erfasst) auf Verlangen gegen Erstattung der Aufwendungen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen zuzusenden, § 4 Abs. 1 S. 1, 2 EIBV. Über das „Ob“ der Gestaltung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen ist damit verordnungsrechtlich verbindlich entschieden. Neben dieser Entscheidung über das „Ob“ trifft die EIBV auch wesentliche Aussagen zu Inhalt und Umfang der Schienennetz-Benutzungsbedingungen. So verlangt § 4 Abs. 1 S. 1 EIBV eine Erstellung und Veröffentlichung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen für die Erbringung der in Anlage 1 Nr. 1 genannten Leistungen.

Nach § 4 Abs. 2 EIBV sind ferner „die in Anlage 2 festgelegten und die sonst nach dieser Verordnung vorgeschriebenen Angaben sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Benutzung der Zugtrassen“ zwingend erforderlich. Weitere im Zusammenhang mit der Schienennetz-Nutzung relevante „sonst nach dieser Verordnung vorgeschriebenen Angaben“ werden in § 5 Abs. 1 S. 2 EIBV im Zusammenhang mit Sicherheitsleistungen, in § 6 Abs. 2 EIBV im Zusammenhang mit der Anmeldung von Zugtrassen, in § 8 Abs. 1 Nr. 2, und 5, Abs. 3 EIBV im Zusammenhang mit dem Zuweisungsverfahren, in § 9 Abs. 3 im Zusammenhang mit der Netzfahrplanerstellung und dem Koordinierungs- und Entscheidungsverfahren, in § 13 Abs. 7 EIBV im Zusammenhang mit Rahmenverträgen, in § 14 Abs. 1, 2 EIBV im Zusammenhang mit dem Gelegenheitsverkehr, in § 16 EIBV im Zusammenhang mit überlasteten Schienennetzen sowie in § 21 Abs. 7 EIBV im Zusammenhang mit den Entgeltgrundsätzen für Schienennetze gefordert. Auch die Anforderungen der RL 2001/14/EG machen deutlich, dass die Schienennetz-Benutzungsbedingungen umfassend über die Nutzungsmöglichkeit von Eisenbahninfrastrukturen informieren müssen. So lautet etwa Erwägungsgrund (5): „Um Transparenz und einen nicht-diskriminierenden Zugang zu den Eisenbahnfahrwegen für alle Eisenbahnunternehmen sicherzustellen, sind alle für die Wahrnehmung der Zugangsrechte benötigten Informationen in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu veröffentlichen.“

Vor diesem Hintergrund entsprechen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin in formeller Hinsicht nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu Schienennetzen, soweit in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zwingend vorzusehende Angaben und Regelungsinhalte gänzlich fehlen, unvollständig sind oder lediglich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen („ABN“) der Bescheidadressatin geregelt bzw. diesen zugeordnet werden.

Unter formellen Gesichtspunkten sind die Klauseln Nr. 3.2 SNB, Nr. 2.3.3 SNB, Nr. 2.3.4 i.V.m. Anlage 2 SNB, Nr. 6.3 SNB, Nr. 6.4 SNB und Klausel Nr. 7.1.4.1 ABN sowie die Klauseln Nr. 4.1 SNB, 4.2.1 SNB, 4.2.2 SNB, 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.4 SNB, Nr. 4.2.4.5 SNB, Nr. 4.3.1 SNB, Klauseln Nr. 7.2 (7.2.1.1 bis 7.2.15.3) ABN, Nr. 7.5.3 ABN, Klauseln Nr. 7.7.5 (7.7.5.1 bis 7.7.5.8) ABN, sowie Klauseln Nr. 7.4.7.2 bis 7.4.8.1 ABN, Nr. 7.5.4 (7.5.4.1 bis 7.5.4.3) ABN zu beanstanden.

Im Einzelnen:

aa) Fehlende Angaben in den SNB

Gänzlich fehlende bzw. unvollständige Angaben sind insbesondere im Hinblick auf die Beschreibung der Infrastruktur (Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV), im Hinblick auf Entgeltgrundsätze (Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 1

i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 EIBV) sowie im Hinblick auf in Bezug genommene Regelwerke (Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV), festzustellen. Insoweit sind die Klauseln Nr. 3.2 SNB, Nr. 2.3.3 SNB, Nr. 2.3.4 i.V.m. Anlage 2 SNB, Nr. 6.3 SNB, Nr. 6.4 SNB und Klausel Nr. 7.1 4.1 ABN zu beanstanden.

Im Einzelnen liegen die folgenden Verstöße vor:

(1) Fehlende Angaben zur Infrastruktur

Klausel Nr. 3.2 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in ihren Schienennetz-Benutzungsbedingungen unter Ziff. 3.2 SNB nicht alle für die Zugangsberechtigten zur Nutzung notwendigen Informationen über die Infrastruktur bereitstellt, entsprechen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin nicht den Anforderungen, die sich aus § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV ergeben.

§ 4 Abs. 2 EIBV bestimmt den Inhalt der Schienennetz-Benutzungsbedingungen dahingehend, dass alle in Anlage 2 festgelegten sowie die sonst nach der EIBV vorgeschriebenen Angaben zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen.

Nach Anlage 2 Nr. 1 EIBV werden Angaben zur Art der den Zugangsberechtigten zur Verfügung stehenden Schienenwege sowie den entsprechenden Zugangsbedingungen gefordert. § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 3 EIBV fordert Angaben zu den allgemeinen Kapazitätsmerkmalen des den Zugangsberechtigten zur Verfügung stehenden Schienennetzes, zu etwaigen Nutzungseinschränkungen einschließlich des zu erwartenden Kapazitätsbedarfs für Instandhaltungszwecke sowie zur Abwicklung und zu den Fristen des Verfahrens der Zuweisung von Schienenwegkapazitäten.

Diese (materiellen) Anforderungen an die Art der den Zugangsberechtigten zur Verfügung stehenden Schienenwege sowie an die entsprechenden Zugangsbedingungen müssen ihren Niederschlag in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen finden.

Zu den Anforderungen an die Beschaffenheit der Schienenwege gehört vor diesem Hintergrund in erster Linie die Auskunft über die Infrastruktur, die so umfassend sein muss, dass bezogen auf den relevanten Netzfahrplanzeitraum für die Zugangsberechtigten ersichtlich ist, ob die Infrastruktur für die von ihnen beabsichtigte Nutzung geeignet ist und welche Bedingungen der Betreiber der Schienenwege dabei zugrunde legt.

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass die Infrastrukturdarstellung der Bescheidadressatin gegenüber der im vergangenen Jahr geltenden SNB erheblich an Vollständigkeit und Klarheit zugenommen und die Bescheidadressatin zahlreiche der vor diesem Hintergrund notwendigen Angaben zwischenzeitlich umgesetzt hat. Diese sind jedoch noch weiter zu konkretisieren. Insbesondere sind in die makroskopische Darstellung der Infrastruktur weitere Parameter aufzunehmen. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der Infrastrukturzustand Bestandteil des von den Vertragspartnern zu schließenden Infrastrukturnutzungsvertrages ist und der Zugangsberechtigte mit der Trassenanmeldung bereits wissen muss, ob die Infrastruktur für seine beabsichtigte Nutzung geeignet ist; andernfalls kann er im Übrigen auch seine gesetzlich vorgesehenen Minderungsrechte (vgl. insbesondere § 21 Abs. 6 EIBV) nicht ausüben.

Den gemäß Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV geforderten Angaben wird mit anderen Worten nur dann hinreichend Rechnung getragen, wenn die infrastrukturbezogenen Anforderungen und Einschränkungen so detailliert beschrieben sind, dass sie dem Zugangsberechtigten eine Bewertung der infrastrukturellen Realisierbarkeit seiner Trassenwünsche ermöglichen; nur unter Zugrundelegung der insoweit geforderten (Mindest-)Informationen kann auch dem § 21 Abs. 6 EIBV Rechnung getragen werden, nach dem Entgelte bei nicht vertragsgemäßigem Zustand der Infrastruktur zu mindern sind.

Der (mindestens zu erwartende) vertragsgemäße Zustand muss vollumfänglich bekannt sein, um Abweichungen zu erkennen. Auch aus den aus der RL 2001/14/EG ableitbaren Mindestanforderungen an die SNB ergibt sich, dass die SNB so umfassend Auskunft über die Infrastruktur – und zwar für den gesamten folgenden Netzfahrplanzeitraum – geben müssen, dass die Zugangsberechtigten entscheiden können, ob und unter welchen Bedingungen (z.B. einzusetzende Fahrzeuge, bisherige Streckenauslastung, erreichbare Fahrzeiten etc.) sie Zuweisungsanträge stellen.

Vor diesem Hintergrund fehlen in den SNB gegenwärtig noch ergänzende und konkretisierende Informationen. Nach dem derzeitigen betrieblich-technischen Verständnis der Bundesnetzagentur – gestützt durch die Stellungnahmen der Zugangsberechtigten – gehören zu den bisher fehlenden bzw. nur zum Teil umgesetzten Mindestinhalten der Mitteilungspflicht an die Infrastruktur zumindest die folgenden zusätzlichen Angaben und Parameter :

- Eine verbesserte, detaillierte Darstellung der für den Netzfahrplan geltenden Streckenöffnungszeiten
- Ständig aktualisierte hinreichend detaillierte Informationen zu Störungen und Baumaßnahmen
- eine auf die einzelnen Trassen bezogene Darlegung der zulässigen Geschwindigkeiten (mit dezidiert abschnittsweise fahrbaren Geschwindigkeiten), die den Zugangsberechtigten eine Berechnung von Fahrzeiten auf einzelnen Strecken ermöglichen
- Eine detaillierte Angabe zu Kapazitätsbindungen, die durch Rahmenverträge verursacht sind
- Eine detaillierte Darlegung der Lage, Anbindung und Ausstattung von Serviceeinrichtungen wie Abstellanlagen, Reinigungsanlagen, Ladegleisen, Tankanlagen, Rangieranlagen, Zugbildungsanlagen für Reise- und Güterzüge etc.; dazu gehört insbesondere eine detaillierte Übersicht über die Gleise in den Serviceeinrichtungen (Bahnhöfen) in tabellarischer und graphischer Darstellung inklusive den Angaben zu den nutzbaren Gleislängen.

Die detaillierte Darstellung und Mitteilung dieser Informationen ist als unverzichtbarer Bestandteil für die Einschätzung der Infrastruktur und ihrer Inanspruchnahme eine Pflichtleistung i.S.d. § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV. Diese sind mithin zwingender Bestandteil der SNB.

Im Einzelnen:

- **Streckenöffnungszeiten:**
Die Darstellung der Streckenöffnungszeiten beschränkt sich in der makroskopischen Darstellung gegenwärtig auf die Angaben „eingeschränkt/nicht eingeschränkt“. Diese Angaben sind unzureichend.

Die Zugangsberechtigten benötigen für die Bewertung der infrastrukturellen Realisierbarkeit ihrer Trassenwünsche zwingend weitaus umfangreichere Angaben, denn ansonsten wird die Leistung für den Zugangsberechtigten unbrauchbar: Kann er die Zeit der Leistungserbringung nicht einplanen, kann er nicht in betriebswirtschaftlich sinnvoller Weise Trassen anfragen und vermag daher das Leistungsangebot nicht zu nutzen. Die Darstellung der Streckenöffnungszeiten muss einen Detaillierungsgrad erreichen, der es den Zugangsberechtigten ermöglicht, die Verfügbarkeit jeder einzelnen Strecke genau nachzuvollziehen.

Dazu müssen sie insbesondere die Einschränkungen von Streckenöffnungszeiten im Einzelnen nachvollziehen können, d.h. sie benötigen detaillierte Informationen über Art, Umfang und Dauer dieser Einschränkungen auf den einzelnen Streckenabschnitten des Schienennetzes nach der endgültigen Erstellung des Netzfahrplans. In den SNB muss eindeutig definiert sein, dass die in der makroskopischen Darstellung veröffentlichten Streckenöffnungszeiten auf den Gültigkeitszeitraum der jeweiligen Netzfahrplanperiode beschränkt sind. Eine streckenscharfe Darstellung der Streckenöffnungszeiten in den SNB erfordert gleichzeitig die klare Abgrenzung zwischen der Trassenvergabe von Regeltrassen im Rahmen der Netzfahrplankonstruktion und der Vergabe von Trassen des Gelegenheitsverkehrs.

Dies bedeutet, dass die in den SNB veröffentlichten Streckenöffnungszeiten für die Trassenkonstruktion des Netzfahrplans nicht zugrunde gelegt werden dürfen, da für die Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan Einschränkungen der Verfügbarkeit der Infrastruktur bezogen auf Öffnungszeiten nicht vorhanden sind. Erst nach Abschluss des endgültigen Netzfahrplans können die Streckenöffnungszeiten detailliert festgelegt und in die makroskopische Darstellung der Infrastruktur übernommen werden.

Die fehlenden Angaben zu Streckenöffnungszeiten sind unverzüglich zu ergänzen. Ihr bisheriges Fehlen ist zu beanstanden, der insoweit unvollständigen Klausel Nr. 3.2. SNB ist zu widersprechen. Dies ergibt sich zum einen aus dem zwingenden Erfordernis, die derzeit sehr unzureichenden Angaben über Streckenöffnungszeiten für die Zugangsberechtigten im Sinne einer möglichen Bewertung der infrastrukturellen Realisierbarkeit ihrer Trassenwünsche zu ergänzen.

Zum anderen ist die unverzügliche Ergänzung der Informationen zu Streckenöffnungszeiten in dem dargestellten Umfang der Bescheidadressatin auch zumutbar. Denn diese verfügt über die für eine hinreichend detailgenaue Information relevanten Daten. Zumindest auf die einzelnen Niederlassungen bezogen liegen der Bescheidadressatin alle für eine detaillierte Darstellung der Streckenöffnungszeiten relevanten Daten vor. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang ferner auf die der Bescheidadressatin vorliegende Richtlinie 4020101, die auf das für die Bescheidadressatin geltende Verzeichnis der Dienstruhen und Ausschaltzeiten (402) verweist.

Da die verbindlich geregelten Arbeitszeiten und Dienstruhen bei der Festlegung der Streckenöffnungszeiten Beachtung finden müssen, ergeben sich relevante Angaben für die Streckenöffnungszeiten für den Gelegenheitsverkehr – sowie in der Praxis in großem Umfang auch für den Regelverkehr – in den einzelnen Niederlassungen der Bescheidadressatin zwingend auch aus dem darauf abgestimmten Verzeichnis, das der Bescheidadressatin vorliegt.

Darüber hinaus hat die Bescheidadressatin hinsichtlich der Streckenöffnungszeiten in der Anhörung am 06.11.2006 selbst vorgetragen, dass sie über die für eine gegenüber der Darstellung in den SNB verbesserte Darstellung der Streckenöffnungszeiten relevanten Daten verfügt. Sie hat vorgetragen, dass sie bis zum letzten Anmeldeschluss für den Netzfahrplan alle Anmeldungen gesammelt und dann unter Berücksichtigung der sämtlichen Anmeldungen und unter Beteiligung der Zugangsberechtigten den Netzfahrplan erstellt hat, so dass im Wesentlichen alle Wünsche nach Plan und Streckenöffnungszeiten hätten berücksichtigt werden können. Sie kann mithin ohne nennenswerte Anstrengungen eine über den gegenwärtigen Stand hinausgehende Darstellung der Streckenöffnungszeiten leisten.

Gründe, weswegen diese Informationen nicht veröffentlicht werden sollten, sind keine ersichtlich. Ein entsprechendes „zugänglich machen“ ist kurzfristig leistbar, zumutbar und notwendig. Demgegenüber ist den Zugangsberechtigten ein weiteres Zuwarten auf die ergänzenden Angaben vor diesem Hintergrund nicht zumutbar, da das Fehlen der erforderlichen Informationen über die Streckenöffnungszeiten sie an der Wahrnehmung ihrer Zugangsrechte hindert.

Ohne eine entsprechende Beschreibung der Streckenöffnungszeiten in den SNB liegt im Hinblick auf die Schienennetz-Benutzungsbedingungen ein formeller Verstoß vor. Da in Klausel Nr. 3.2 SNB auf diese erforderlichen Mindestinformationen verzichtet wird und den Zugangsberechtigten diese auch nicht auf andere Weise im Rahmen der SNB zugänglich gemacht und zur Verfügung

gestellt werden, verstößt Klausel Nr. 3.2 SNB gegen § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV

- Informationen zu Baumaßnahmen:

Vorhandene Baustelleninformation betreffend längerfristige Baumaßnahmen sind gegenwärtig lückenhaft. Darüber hinaus bedarf es einer ständig aktualisierten, optimalerweise im Internet veröffentlichten Darstellung mit hinreichend detaillierten Informationen zu Baumaßnahmen. Diese Darstellung muss es den Zugangsberechtigten ermöglichen, sich permanent über jegliche – auch kurzfristige und kurzfristig vorübergehende – Baumaßnahmen zuverlässig zu informieren. Die Zugangsberechtigten müssen erkennen können, welche baubetriebliche Zugregelung auf welcher Strecke zu erwarten ist und welcher Fahrzeitverlust ihnen daraus entsteht. Insbesondere der Gelegenheitsverkehr bedarf dazu einer umfassenden Information über sämtliche Baustellen und Störungen, und zwar auch über solche, die einen Fahrzeitverlust von weniger als 5 Minuten bedingen. Entgegen der gegenwärtigen Praxis der Bescheidadressatin sind also auch solche kurzfristigen Störungen und Baumaßnahmen darzustellen. Schließlich fehlt es bei der gegenwärtigen Informationsdarstellung an Parametern und streckenbezogenen Angaben, die eine unproblematische Zuordnung der dargestellten Maßnahmen und Störungen zu den einzelnen Strecken ermöglichen.

- Informationen zu den zulässigen Geschwindigkeiten:

Bisherige Informationen zu den zulässigen Geschwindigkeiten sind unzureichend. Mit Blick auf die Bewertung der infrastrukturellen Realisierbarkeit ihrer Trassenwünsche bedürfen die Zugangsberechtigten ferner einer auf die einzelnen Trassen bezogenen Darlegung der zulässigen Geschwindigkeiten (mit dezidiert abschnittsweise fahrbaren Geschwindigkeiten), die den Zugangsberechtigten eine Berechnung von Fahrzeiten auf einzelnen Strecken ermöglichen. Gegenwärtig gibt die Bescheidadressatin lediglich die Höchstgeschwindigkeiten auf den einzelnen Streckenabschnitten bekannt. Dies ermöglicht den Zugangsberechtigten zwar in gewissem Umfang eine Bewertung der gewünschten Gesamtstrecke. Es ist jedoch zum einen sehr mühsam, sich diese anhand der lediglich die Höchstgeschwindigkeiten darlegenden einzelnen Streckenabschnitte „zusammenzustückeln“. Zum anderen sind für die zuverlässige Fahrzeitberechnung weitere Angabe wie z.B. Langsamfahrstellen etc. erforderlich. Hier bedarf es der Entwicklung eines kundenfreundlichen Systems, das durch eine detaillierte abschnittsweise Darstellung der Geschwindigkeiten eine Fahrzeitberechnung auf den einzelnen Streckenabschnitten ermöglicht. Anzuregen wäre insoweit noch eine Verknüpfung mit der bereits vorhandenen „Trassenpreissystem (TPS-)Auskunft“.

- Kapazitätsbindungen durch rahmenvertraglich zugesicherte Bandbreiten:

Hinsichtlich der Kapazitätsbindungen durch rahmenvertraglich zugesicherte Bandbreiten wird gegenwärtig lediglich auf die gesetzliche Vorgabe der denkbaren „75%“ als höchstens denkbare Bindungswert verwiesen und dargelegt, dass weitere Angaben „auf Anfrage“ dargestellt werden können. Dies reicht nicht aus. Es sind detailliertere Angaben zu Kapazitätsbindungen zu machen.

- Darlegung der Lage, Anbindung und Ausstattung von Serviceeinrichtungen:

Diese ist gegenwärtig noch nicht ausreichend vorhanden. Insbesondere fehlt z.B. noch eine Darlegung der nutzbaren Gleislängen

In der Anhörung am 06.11.2006 hat die Bescheidadressatin einen weiteren Ausbau ihres Informationssystems zur Infrastruktur zugesagt. Hinsichtlich der Darlegung der Lage, Anbindung und Ausstattung von Serviceeinrichtungen lassen sich bereits erhebliche Fortschritte verzeichnen. Eine Verbesserung der Baustelleninformation soll ausweislich der Angaben der Bescheidadressatin ebenfalls in naher Zukunft durchgeführt werden. Die sieben aufgelisteten Angaben und

Parameter sollen möglichst kurzfristig in die makroskopische Darstellung der Infrastruktur aufgenommen werden. Unter Abwägung und Zugrundelegung der wechselseitigen Interessen der Bescheidadressatin, sonstiger Eisenbahninfrastrukturunternehmen und der Eisenbahnverkehrsunternehmen erscheint es sachgerecht, der Bescheidadressatin für die weitere Verwirklichung der dargestellten Parameter „Streckenöffnungszeiten“, „Baumaßnahmeninformationen“, „Geschwindigkeitsinformation“, „Kapazitätsbindung“ und „Serviceeinrichtungen“ eine angemessene Frist einzuräumen. Insoweit bleibt die gegenwärtig vorhandene makroskopische Darstellung der Infrastruktur in der beabsichtigten Neufassung der SNB zunächst unbeanstandet. Sollte die Bescheidadressatin entgegen ihrer Zusicherung über einen zu langen Zeitraum (insoweit dürfte ein Zeitraum von 3 Monaten angemessen sein) keine entsprechenden angemessenen Nachbesserungen vornehmen, so wird die Bundesnetzagentur gemäß § 14f AEG weitere dann notwendige Maßnahmen treffen.

Etwas anderes gilt, wie dargelegt, für die bereits gegenwärtig unverzichtbar und zwingend in den SNB ergänzend darzulegenden Angaben zu Streckenöffnungszeiten. Wegen des Fehlens einer entsprechende Beschreibung der Streckenöffnungszeiten in den SNB liegt im Hinblick auf die Schienennetz-Benutzungsbedingungen gegenwärtig ein formeller Verstoß vor. Klausel Nr. 3.2 SNB verstößt insoweit gegen § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV. Die erforderlichen Angaben sind unverzüglich zu ergänzen.

(2) Fehlende Angaben zu Regelwerken

Klauseln Nr. 2.3.3 SNB und Klausel Nr. 2.3.4 SNB i.V.m. Anlage 2 SNB

Des Weiteren liegt ein formeller Verstoß in dem fehlenden bzw. intransparenten Zugang der Wettbewerber zu einem Regelwerk der Bescheidadressatin begründet, das nach Maßgabe des Eisenbahnrechts Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sein muss.

Als solches muss es den Zugangsberechtigten nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 EIBV zugänglich gemacht werden. Soweit das in Bezug genommene Regelwerk den Zugangsberechtigten nicht zur Verfügung steht bzw. hinreichende Zugangs- oder Zugriffsmöglichkeiten fehlen, sind die in Klausel Nr. 2.3.3 SNB und Klausel Nr. 2.3.4 i.V.m. Anlage 2 SNB geregelten Inhalte lückenhaft.

Im Hinblick auf die fehlenden Regelwerke liegt ein formeller Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV vor.

Insoweit ist zu beachten, dass ein formeller Verstoß gegen das Eisenbahnrecht nur im Hinblick auf solche Regelwerke angenommen werden kann, die nach Maßgabe der gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorschriften zwingend zum Gegenstand der Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu machen sind.

Bezieht sich das Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf Regelwerke, deren Beifügung rechtlich nicht angeordnet ist, kann hierin allenfalls ein materieller Verstoß gegen das Transparenzgebot liegen.

Verpflichtend beizufügen sind Regelwerke, soweit ihr Inhalt als Bestandteil der in Anlage 2 Nr. 1 EIBV aufgelisteten Pflichtleistungen zu den gemäß Anlage 2 EIBV zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu regelnden Inhalten gehört. Zu den Pflichtleistungen, die nach Nr. 1 der Anlage 1 EIBV als solche zwingend zu erbringen sind und dementsprechend gemäß § 4 Abs. 2 EIBV in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen, gehören insbesondere die umfassende Behandlung der Zuweisung und Nutzung von Zugtrassen (Bearbeitung von Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen; Gestattung der Nutzung zugewiesener Zugtrassen und der Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom; die Bedienung der für eine Zugbewegung erforderlichen Steuerungs- und Sicherungssysteme; Koordinierung der Zugbewegungen und die Bereitstellung von Informationen über die Zugbewegungen) sowie „alle anderen

Informationen, die zur Durchführung des Verkehrs, für den Kapazität zugewiesen wurde, erforderlich sind“.

Die Inhalte, die im Hinblick auf diese notwendigen Pflichtleistungen zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen, werden durch Anlage 2 der EIBV konkretisiert. Dabei spricht grundsätzlich nichts dagegen, einen Teil dieser notwendigen Inhalte in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen dergestalt zu regeln, dass sie in Form von ergänzenden Regelwerken, die nicht abdingbarer Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sind, beigelegt werden (etwa in Form eines Anhanges mit der Überschrift „Technische Regelwerke“ o.ä.). Eine derartige Vorgehensweise hat die Bescheidadressatin gewählt.

Beschränken sich die Schienennetz-Benutzungsbedingungen jedoch darauf, auf Regelwerke zu verweisen, ohne diese beizufügen oder unter Beachtung der für die Schienennetz-Benutzungsbedingungen geltenden Bekanntmachungsvorschriften den Zugangspetenten zugänglich zu machen, so liegt insoweit ein formeller Verstoß gegen das Eisenbahnrecht vor.

Dies betrifft vorliegend die Klauseln 2.3.3 SNB und 2.3.4 SNB, die somit jeweils gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 1 c) sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV verstoßen.

Zu beanstandender Gegenstand der Klausel 2.3.3 SNB ist das Regelwerk für GSM-R Zugfunk 810 0300A06. Dieses Regelwerk betrifft Inhalte zu Sicherheits- und Steuerungssystemen, die gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 1 c) sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1 EIBV zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen geregelt sein müssen: Ausweislich Anlage 1 Nr. 1 c) EIBV gehören zu den für die Zugangsberechtigten zu erbringenden Pflichtleistungen „die Bedienung der für eine Zugbewegung erforderlichen Steuerungs- und Sicherungssysteme, die Koordination der Zugbewegungen und die Bereitstellung von Informationen über die Zugbewegungen.“

Gemäß Anlage 2 Nr. 1 EIBV sind in den SNB Angaben zu den Zugangsbedingungen für die Schienenwege zu machen. Ausweislich ihrer eigenen Überschrift definiert die Bescheidadressatin das Kommunikationssystem GSM-R zutreffend als Zugangsbedingung. Sie stellt insbesondere unter Hinweis auf die Richtlinie 810 0300A06 fest, dass GSM-R „Netzzugangskriterium“ sei.

Schon aufgrund der obligatorischen Inanspruchnahme von GSM-R ist der Zugang zu diesem Netz als Pflichtleistung im Einzelnen in den SNB zu regeln. Darüber hinaus ergibt sich dies für den konkreten Sachverhalt unmittelbar aus den gesetzlichen Vorgaben selbst. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei dem GSM-R-Zugang nicht um eine bloße Telekommunikationsleistung i.S.d. § 1 Abs. 2 AEG oder i.S. von Anlage 1 Nr. 3 EIBV (Nebenleistungen) handelt. „GSM-R“ stellt sich vielmehr zum einen als Kommunikations-, d.h. für den Zugfunk relevanter Zugangsparameter dar, zum anderen als technisches Kriterium, dessen Anwendung für die Kompatibilität mit den Anforderungen des Netzes zwingend ist.

Unter die Systeme zur Zugsteuerung und -sicherung - als sicherheitsrelevante Steuerungs- und Sicherungssysteme i.S.d. §§ 4 Abs. 3 AEG, 3 S. 2 EIBV - sind alle Funktionen und ihre Umsetzung zu fassen, die einen sicheren und vorher zu bestimmenden Betrieb der Züge ermöglichen, um die gewünschten Betriebsabläufe zu gewährleisten.

Dazu zählen u.a. Anlagen zur Kommunikation (infrastrukturseitige Teile des Zugfunks), s. auch Hermes/U.a., in: Beck'scher AEG Kommentar 2006, § 5 Rn. 145). GSM-R ist bindendes Netzzugangskriterium und als Voraussetzung für die Nutzung des Zugfunks und der damit verbundenen notwendigen und erheblich sicherheitsrelevanten Kommunikation und Kompatibilitätsfunktion ein Steuerungs- und Sicherungssystem i.S.d. §§ 4 Abs. 3 AEG, 3 S. 2 EIBV.

Als solches ist GSM-R zwingend in den gesetzlichen Geltungsbereich einbezogen und muss als Pflichtleistung in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen geregelt werden: Dies ergibt sich zunächst aus § 4 Abs. 3 AEG, der bestimmt: „Der Betreiber der Schienenwege muss auch den Betrieb der zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme zum Gegenstand seines Unter-

nehmens machen". § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV bestimmt: „Betreiber der Schienenwege sind zusätzlich verpflichtet, die von ihnen betriebenen Schienenwege, zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme (...) zur Nutzung bereitzustellen". Hierin wird also die Bereitstellung von Steuerungs- und Sicherungssystemen als Pflichtleistung ausdrücklich normiert. Darüber hinaus gilt § 16 EBO.

Somit ist GSM-R als netzzugangsrelevante Pflichtleistung ausweislich § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i.V.m. den Anlagen 1 Nr. 1 c) sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1 EIBV zwingend in den SNB zu regeln.

Die Bescheidadressatin verweist dementsprechend zwar auf das Regelwerk für GSM-R Zugfunk 810.0300A06. Durch diesen Verweis macht sie es jedoch nicht – wie geboten – zum Gegenstand ihrer SNB. Sie fehlt in den gemäß Klausel 2.3.4 zusammengestellten Regelwerken: In Anlage 2 der SNB finden sich lediglich unter der Regelwerks-Nr. 810.0300 allgemeine Erklärungen zu innovativen Techniken auf Fahrzeugen.

Darüber hinaus findet sich das Regelwerk nicht einmal unter der angegebenen Fundstelle *in dem gebotenen Umfang*. So fehlt der unmittelbar mit der Richtlinie 810.0300A06 verbundene Anhang zu 810.0300A06 gänzlich. Der Anhang ist jedoch Bestandteil der Richtlinie. Wie diese ist er zwingend zum Gegenstand der SNB zu machen. Insoweit verstoßen die Klauseln Nr. 2.3.3 SNB und 2.3.4 SNB gegen §§ 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 1 c) sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1 EIBV.

(3) Fehlende Angaben zu Entgeltgrundsätzen

Klauseln Nr. 6.3 SNB und Nr. 6.4 SNB

Ferner verstoßen die Klauseln Nr. 6.3 SNB und Nr. 6.4 SNB gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlagen 1, § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 EIBV, da die nach diesen Vorgaben zwingend zu regelnden Entgeltgrundsätze in den SNB fehlen.

So wird in den Klauseln Nr. 6.3 SNB und 6.4 SNB gänzlich auf die Darlegung von Entgeltgrundsätzen verzichtet. Die Bescheidadressatin weist lediglich darauf hin, dass auch für diese Leistungen Entgelte erhoben werden.

Gemäß § 4 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 EIBV müssen jedoch „Einzelheiten der Entgeltregelung sowie Informationen zu den Entgelten für die in Anlage 1 aufgeführten Leistungen enthalten sein". In Anlage 1 EIBV sind auch die Zusatz- und Nebenleistungen aufgelistet.

Die gesetzliche Vorgabe bezieht sich also nicht lediglich auf die Pflichtleistungen, sondern auf jede Art der von dem Betreiber der Infrastruktur erbrachten Leistungen, somit auch für die Zusatz- und Nebenleistungen. Soweit die notwendigen Darlegungen in den Klauseln 6.3 SNB und 6.4 SNB fehlen, ist diesen zu widersprechen.

(4) Fehlende Angaben zu „Pflichtleistungen, Zusatzleistungen und Nebenleistungen“

Klausel Nr. 7.1.4.1 ABN

Schließlich verstößt Klausel Nr. 7.1.4.1 ABN gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlagen 1, § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 EIBV, da hierin bezüglich der von der Bescheidadressatin angebotenen relevanten Leistungen auf die „Liste der Entgelte“ verwiesen wird.

In Klausel Nr. 7.1.4.1 ABN heißt es in S. 2: „Die von der DB Netz AG angebotenen Pflichtleistungen, Zusatzleistungen und Nebenleistungen ergeben sich aus der Liste der Entgelte für Trassen in ihrer jeweils gültigen Fassung.“ Pflichtleistungen sind gemäß § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i.V.m. Anlagen 1 EIBV zwingend in den SNB zu regeln.

Dasselbe gilt für Zusatzleistungen und Nebenleistungen, soweit sie in Verbindung mit der Vorschrift zur diskriminierungsfreien Gewährung des Zugangs und der Erbringung der Leistungen gemäß §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 EIBV betriebsnotwendig und damit Bestandteil der notwendigen Leistungsbeschreibung sind, § 4 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Anlage 2 EIBV.

Die Liste der Entgelte für Trassen in ihrer jeweils gültigen Fassung ist § 4 Abs. 2 S. 2 EIBV nicht Gegenstand der Schienennetz-Benutzungsbedingungen.

Der im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung vorgenommene Verweis in Klausel Nr. 7.1.4.1 ABN auf die Liste der Entgelte verstößt mithin gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1, § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 EIBV. Die angebotenen Leistungen müssen sich aus den SNB ergeben. Klausel Nr. 7.1.4.1 ABN ist insoweit zu ändern.

bb) Fehlerhaft ausschließlich in den ABN befindliche Angaben

Die SNB der Bescheidadressatin entsprechen den verordnungsrechtlichen Anforderungen in formeller Hinsicht des Weiteren nicht, soweit in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zwingend vorzusehende Angaben ausschließlich den ABN zugeordnet wurden

Dies betrifft die Klauseln Nr. 4.1 SNB, Nr. 4.2.1 SNB, Nr. 4.2.2 SNB, Nr. 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.4 SNB, Nr. 4.2.4.5 SNB, Nr. 4.3.1 SNB, Klauseln Nr. 7.2 (7.2.1.1 bis Nr. 7.2.15.3 ABN, Nr. 7.2.10.2 ABN, Nr. 7.5.3 ABN, Klauseln Nr. 7.7.5 (7.7.5.1 bis 7.7.5.8) ABN, Klauseln Nr. 7.4.7.2 bis 7.4.8.1 ABN, Nr. 7.5.4 (7.5.4.1 bis 7.5.4.3) ABN sowie Klausel Nr. 2.3.3 SNB zu beanstanden.

Im Hinblick auf die nach Maßgabe von §§ 4 Abs. 1 S. 1 sowie § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 1, 2 EIBV sowie § 6 Abs. 2 EIBV, § 8 Abs. 1 Nr. 2 und 5, Abs. 3 EIBV, § 9 Abs. 3 EIBV, § 13 Abs. 7 EIBV, § 14 Abs. 1, 2 EIBV, § 16 EIBV und § 21 Abs. 7 EIBV zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen niederzulegenden Regelungsinhalte reicht es, wie oben unter 1) a) im Einzelnen dargelegt, nicht aus, wenn die Bescheidadressatin diese Inhalte ausschließlich im Rahmen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum – verbindlichen oder unverbindlichen – Bestandteil ihrer SNB macht, vgl. insbesondere §§ 4 Abs. 2 EIBV und des § 4 Abs. 6 EIBV.

Die SNB sind vielmehr als besondere Nutzungsbedingungen auch formell von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu trennen.

Dies gilt auch dann, wenn eine Regelung – wie etwa § 5 Abs. 1 S. 1 EIBV – diese Aufnahmespflicht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, wenn es also zum Beispiel von einer Entscheidung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens abhängt, ob die EIBV Angaben vorschreibt oder nicht: Die Entscheidung, ob überhaupt Regelungen über die Grundsätze für die Stellung einer Sicherheitsleistung getroffen werden sollen, überlässt § 5 Abs. 1 S. 1 EIBV dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Macht das Unternehmen aber von dieser Möglichkeit Gebrauch, so müssen die entsprechenden Regelungen zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen dargelegt werden.

Entscheidet sich ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen in derartigen Fällen grundsätzlich für die Möglichkeit, die Stellung einer Sicherheitsleistung zu verlangen (oder trifft es im Fall des § 8 Abs. 3 EIBV die Entscheidung für eine Beschränkung der Form und Übermittlungsart von Stellungnahmen), muss es daher die Grundsätze hierfür nicht nur an irgendeiner Stelle in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen veröffentlichen, sondern vielmehr (zumindest auch) getrennt von etwaigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als besondere Nutzungsbedingungen.

Mit der Festschreibung in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen wird die uneingeschränkte Verbindlichkeit der betroffenen Regelungsgegenstände gewährleistet. Den Betreibern der Schienenwege wird es auf diese Weise unmöglich gemacht, sich den verordnungsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen durch individualver-

tragliche Abrede zu entziehen. Nach den Vorstellungen des Ordnungsgebers war dies erforderlich, „da sonst ein geordnetes Verfahren nicht möglich“ sei,

vgl. Begründung zur Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 249/05, 32, 38 (zu § 4 Abs. 6).

Vor dem Hintergrund der Rechtsfolge aus § 4 Abs. 6 S. 2 EIBV folgt aus einem Verstoß gegen das Zuordnungsgebot ein formeller Mangel der SNB, der es ermöglicht, zwingende Vorgaben der EIBV durch individualvertragliche Abreden abzubedingen.

Der Einfachheit halber dürfte es sich für die Bescheidadressatin empfehlen, das gesamte derzeitige Kapitel 7 nicht als AGB, sondern als Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu deklarieren oder ein entsprechendes 8. Kapitel anzuhängen. Es bliebe ihr dann unbenommen, die hierin enthaltenen Regelungen wortgleich auch zu ihren AGB zu machen. Wählt sie diese Vorgehensweise nicht, so sind jedenfalls die im Folgenden dargelegten Klauseln und Inhalte zwingend in die SNB zu übernehmen bzw. einzugliedern.

Im Einzelnen sind folgende Verstöße wegen fehlerhafter Zuordnung der zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen niederzulegenden Regelungsinhalte festzustellen:

(1) Angaben zur Kapazitätszuweisung

Klauseln Nr. 4.1 SNB, 4.2.1 SNB, 4.2.2 SNB, 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.4 SNB, Nr. 4.2.4.5 SNB, 4.3.1 SNB sowie Klauseln Nr. 7.2 (7.2.1.1 bis Klausel Nr. 7.2.15.3) ABN, Klausel Nr. 7.5.3 ABN

In den Schienennetz-Benutzungsbedingungen fehlen Angaben zur Kapazitätszuweisung, die gemäß § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 3 EIBV zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen.

So verstoßen die Klauseln Nr. 4.1 SNB, 4.2.1 SNB, 4.2.2 SNB, 4.2.4.1 SNB und 4.3.1 SNB sowie die Klauseln Nr. 7.2 (7.2.1.1 bis Klausel Nr. 7.2.15.3) ABN, und Klausel Nr. 7.5.3 ABN jeweils gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV, wonach Angaben zu den Zugangsbedingungen für die betreffenden Schienenwege (Anlage 2 Nr. 1), zu den Kapazitätsmerkmalen der zur Verfügung stehenden Schienenwege, zu etwaigen Nutzungseinschränkungen einschließlich des zu erwartenden Kapazitätsbedarfs für Instandhaltungszwecke sowie umfassende Angaben zur Abwicklung und zu den Fristen des Verfahrens der Zuweisung von Schienenwegkapazität (Anlage 2 Nr. 3) EIBV zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen darzulegen sind.

In den vorliegenden Schienennetz-Benutzungsbedingungen finden sich diese vorgeschriebenen Inhalte nicht. So fehlen zunächst Angaben in Klausel 4.2.1 SNB

Die Klausel Nr. 4.2.1 SNB (Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan) verweist hinsichtlich der „Regelungen und Prozesse für Trassenanmeldungen“ ausschließlich auf Klausel Nr. 7.2.1 bis Klausel Nr. 7.2.8 ABN. Klausel Nr. 4.2.2 SNB verweist hinsichtlich der „Regelungen und Prozesse für Trassenanmeldungen im Gelegenheitsverkehr“ auf Klausel Nr. 7.2.9 bis Klausel Nr. 7.2.15 ABN.

Klausel Nr. 4.2.4.1 SNB verweist im Hinblick auf die Fristen für besonders aufwendige Bearbeitungen auf Klausel Nr. 7.2.10.2 c ABN. Klausel Nr. 4.2.4.4 SNB verweist für die Angebotsabgabe auf „Kapitel 7“. Klausel Nr. 4.2.4.5 SNB verweist für die Annahme der Angebote von Trassen auf Klausel Nr. 7.2 ABN. Klausel Nr. 4.3.1 SNB verweist im Hinblick auf Maßnahmen bei Störungen, hier konkret betreffend „Maßnahmen zur schnellstmöglichen Rückkehr zum Regelzustand“, auf Klausel Nr. 7.5.3 ABN

Die dargelegten Inhalte sind jedoch gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV, wonach Angaben zu den Zugangsbedingungen für die betreffenden Schienenwege (Anlage 2 Nr. 1), zu den Kapazitätsmerkmalen der zur Verfügung stehenden Schienenwege, zu etwaigen Nutzungseinschränkungen einschließlich des zu erwartenden Kapazitätsbedarfs für Instandhaltungszwecke sowie umfassende Angaben zur Abwicklung und zu den Fristen des Verfahrens der Zuweisung von Schienenwegkapazität (Anlage 2 Nr. 3) in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen darzulegen. Es reicht also nicht aus, sie lediglich in den Allgemeinen Benutzungsbedingungen zu regeln, sondern sie müssen zumindest auch in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen festgeschrieben werden.

Damit verstoßen die Klauseln Nr. 4.1 SNB, 4.2.1 SNB, 4.2.2 SNB, 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.5 SNB, und 4.3.1 SNB und damit korrespondierend die Klauseln Nr. 7.2 (7.2.1.1 bis Klausel Nr. 7.2.15.3) ABN sowie Klausel Nr. 7.5.3 ABN jeweils gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV, wonach Angaben zu den Zugangsbedingungen für die betreffenden Schienenwege (Anlage 2 Nr. 1 EIBV) sowie Angaben zu den Kapazitätsmerkmalen der zur Verfügung stehenden Schienenwege, zu etwaigen Nutzungseinschränkungen einschließlich des zu erwartenden Kapazitätsbedarfs für Instandhaltungszwecke sowie umfassende Angaben zur Abwicklung und zu den Fristen des Verfahrens der Zuweisung von Schienenwegkapazität (Anlage 2 Nr. 3 EIBV) zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen darzulegen sind.

(2) Angaben zur Fristen

Klauseln Nr. 4.1 SNB, 4.2.1 SNB, 4.2.2 SNB und 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.4 SNB, Nr. 4.2.4.5 SNB sowie Klauseln Nr. 7.2 (Nr. 7.2.1.1 bis Nr. 7.2.15.3) ABN

Gleichzeitig verstoßen die Klauseln Nr. 4.1 SNB, 4.2.1 SNB, 4.2.2 SNB, Nr. 4.2.4.1 SNB, Nr. 4.2.4.4 SNB und Nr. 4.2.4.5 SNB und damit korrespondierend die Klauseln Nr. 7.2 (7.2.7.1 bis Klausel Nr. 7.2.15.3 ABN) jeweils gegen § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EIBV i.V.m. § 4 Abs. 2 EIBV bzw. gegen § 14 Abs. 1 S. 1 EIBV i.V.m. § 4 Abs. 2 EIBV.

Informationen über die Fristen nach § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EIBV und § 14 Abs. 1 S. 1 EIBV sind, wie diese Vorschriften ausdrücklich bestimmen, zwingend in den SNB zu regeln. Insoweit genügt es nicht, dass diese allein in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen genannt sind. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die dann mögliche Abbedingbarkeit der Fristen den Netzzugang der Wettbewerber in der Praxis erheblich behindert und eine diskriminierende Anwendung ermöglicht. Insoweit entsprechen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu Schienenwegen, da in den SNB die Informationen über die Fristen nach § 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EIBV und § 14 Abs. 1 S. 1 EIBV fehlen. Es finden sich lediglich die unter Ziff. (1) beschriebenen Verweise auf Regelungen in der ABN. Insoweit ist im Einzelnen auf die Ausführungen zu Ziff. (1) zu verweisen.

(3) Angaben zum Koordinierungsverfahren bei Trassenkonflikten

Klauseln Nr. 7.2.4 bis 7.2.6 ABN

Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen verstoßen außerdem in formeller Hinsicht gegen § 9 Abs. 3 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 3 S. 2 lit. d EIBV, da die Regelungen zum Koordinierungsverfahren ausschließlich in Klauseln Nr. 7.2.4 bis 7.2.6 ABN zu finden sind und nicht zumindest auch in den besonderen Schienennetz-Benutzungsbedingungen. Die Klauseln Nr. 7.2.4 bis 7.2.6 ABN sind daher auch vor dem Hintergrund des § 9 Abs. 3 S. 3 EIBV S. 3 i.V.m. Anlage 2 Nr. 3 S. 2 lit. d EIBV zu beanstanden.

Nach § 9 Abs. 3 S. 3 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 3 S. 2 lit. d EIBV sind die Grundzüge des Koordinierungsverfahrens in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen festzulegen. In den vorlie-

genden Schienennetz-Benutzungsbedingungen finden sich diese Grundsätze nicht; diese sind vielmehr in Klausel Nr. 7.2.4 bis 7.2.6 ABN geregelt.

In formeller Hinsicht ist festzuhalten, dass die das Koordinierungsverfahren betreffenden Regelungsparameter nicht ausschließlich in den ABN sondern in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen festzuhalten sind. Das Fehlen entsprechender Klauseln in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen begründet einen Verstoß gegen § 9 Abs. 3 S. 3 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 3 S. 2 lit. d EIBV.

(4) Angaben zur Sicherheitsleistung

Klausel Nr. 7.7.5 (7.7.5.1 bis 7.7.5.8) ABN

Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin entsprechen ferner in formeller Hinsicht nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu Schienenwegen, soweit darin entgegen der EIBV die Grundsätze für die Stellung einer Sicherheitsleistung ausschließlich in Klausel Nr. 7.7.5 (7.7.5.1 bis 7.7.5.8) ABN geregelt sind. Damit wird gegen § 5 Abs. 1 S. 2 EIBV verstoßen, nach dem die Grundsätze für die Stellung einer Sicherheitsleistung – sofern sich das Eisenbahninfrastrukturunternehmen für eine solche Möglichkeit entscheidet – in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen geregelt sein müssen.

Nach § 5 Abs. 1 S. 2 EIBV sind etwaige Regelungen über die Grundsätze für die Stellung einer Sicherheitsleistung in die Schienennetz-Benutzungsbedingungen aufzunehmen. Die Vorschrift gibt die Aufnahme von Grundsätzen für die Stellung einer Sicherheitsleistung in die Nutzungsbedingungen vor, sobald das Eisenbahninfrastrukturunternehmen von der Möglichkeit Gebrauch macht, die Stellung einer Sicherheitsleistung zu verlangen. Wie oben dargelegt, sind nach § 4 Abs. 6 S. 2 EIBV die Nutzungsbedingungen für die Beteiligten verbindlich, wovon „Allgemeine Geschäftsbedingungen“, die in ihnen enthalten sind, unberührt bleiben. Die Verordnung geht davon aus, dass die Nutzungsbedingungen aus „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ im Sinne der §§ 305 ff. BGB und sonstigen (besonderen) Nutzungsbedingungen bestehen, und erklärt nur letztgenannte für verbindlich. Die in den Nutzungsbedingungen enthaltenen „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ sind nach § 4 Abs. 6 S. 2 Hs. 2 EIBV demgegenüber nicht zwingend verbindlich, so dass ihre Geltung nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen werden kann,

vgl. auch die Begründung zur Verordnung zum Erlass und zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 249/05, S. 38 (zu § 4 Abs. 6).

Wie ebenfalls bereits dargelegt reicht es – soweit die EIBV bestimmte Angaben vorschreibt, die in Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen – somit nicht aus, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen sie im Rahmen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen macht. Erforderlich ist vielmehr, sie als besondere Nutzungsbedingungen auch formell von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu trennen

Dies gilt auch dann, wenn diese Aufnahmepflicht an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, wenn es also von einer vorgelagerten Entscheidung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens abhängt, ob die EIBV Angaben vorschreibt oder nicht.

Dies ist im Hinblick auf § 5 Abs. 1 S. 2 EIBV der Fall: Die Vorschrift überlässt dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die Entscheidung, ob es Sicherheitsleistungen verlangt oder nicht. Entscheidet sich ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen grundsätzlich für die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen eine Sicherheitsleistung zu verlangen, muss es daher diese Voraussetzungen nicht nur an irgendeiner Stelle in den Nutzungsbedingungen veröffentlichen, sondern vielmehr (zumindest auch) getrennt von etwaigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen als besondere Nutzungsbedingungen.

So lässt sich der in § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV enthaltene Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Leistungserbringung entnehmen, dass das Unternehmen Sicherheiten nur in nicht diskriminierender Art und Weise verlangen kann. Es muss somit die Entscheidung, ob es im Einzelfall eine Sicherheitsleistung einfordern möchte, an diskriminierungsfrei gefassten, jeden Zugangsberechtigten gleichermaßen betreffenden Kriterien ausrichten. Diese sind dann aber wiederum notwendigerweise verallgemeinerungsfähig und damit Schienennetz-Benutzungsbedingungen im hier zugrunde gelegten Sinne. Nur indem die Grundsätze für die Stellung einer Sicherheitsleistung (zumindest auch) in diesem verbindlichen Teil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sind, wird sichergestellt, dass die in § 5 Abs. 1 S. 2 EIBV vorgesehene Verpflichtung, etwaige Grundsätze für die Stellung einer Sicherheitsleistung in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu veröffentlichen, nicht durch eine individualvertragliche Abrede unterlaufen wird.

Diese Verpflichtung, die Grundsätze in den SNB darzulegen, soll sicherstellen, dass die durch § 5 Abs. 1 S. 1 EIBV eröffnete Möglichkeit zur Forderung von Sicherheitsleistungen diskriminierungsfrei gehandhabt wird. Insoweit besteht zugunsten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens ein besonderes Diskriminierungspotential.

Mit der verordnungsrechtlichen Anordnung, dass Regelungen über eine Sicherheitsleistung (zumindest auch) als besondere Schienennetz-Benutzungsbedingungen vorgesehen sein müssen, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen von der Möglichkeit, Sicherheitsleistungen zu verlangen, Gebrauch macht, wird sichergestellt, dass das Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Entscheidung, ob es im Einzelfall eine Sicherheitsleistung einfordern möchte, an diskriminierungsfrei gefassten, für alle Zugangspetenten gleichermaßen geltenden Kriterien ausrichtet.

Eine Zuordnung der Vorgaben zur Sicherheitsleistung lediglich in den ABN wird diesem Zweck nicht gerecht und widerspricht der an diesem Zweck ausgerichteten Regelung des § 5 Abs. 1 S. 2 EIBV. Es liegt insoweit ein formeller Mangel vor.

(5) Angaben zur Infrastruktur

Klauseln Nr. 7.4.7.2 bis 7.4.8.1 ABN, Klauseln Nr. 7.5.3 ABN und 7.5.4 (7.5.4.1 bis 7.5.4.3) ABN

Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin entsprechen des Weiteren hinsichtlich der Verfügbarkeit der Infrastruktur formell nicht den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben, soweit wesentliche Regelungen zur Verfügbarkeit der Infrastruktur lediglich in den ABN geregelt werden und in den SNB fehlen.

Zu den gemäß § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV zwingend in den SNB zu regelnden Inhalten gehören, wie oben unter 1) a) im Einzelnen dargelegt, alle relevanten Anforderungen an die Art der den Zugangsberechtigten zur Verfügung stehenden Schienenwege sowie an die entsprechenden Zugangsbedingungen und Nutzungsbeschränkungen. Wesentliche Inhalte betreffend die Bereitstellung, Verfügbarkeit und eventuelle Beschränkung der Infrastruktur sowie die damit verbundenen Zugangsrechte regelt die Bescheidadressatin ausschließlich in den Klauseln Nr. 7.4.7.2 bis 7.4.8.1 ABN sowie Klausel Nr. 7.5.3 ABN und 7.5.4 (7.5.4.1 bis 7.5.4.3) ABN.

Die in diesen Klauseln geregelten Inhalte gehören ergänzend in die SNB. Damit verstößt die Klausel 3.4 SNB i.V.m. den Klauseln Nr. 7.4.7.2 bis 7.4.8.1 ABN sowie Klausel Nr. 7.5.3 ABN und 7.5.4 (7.5.4.1 bis 7.5.4.3) ABN gegen §§ 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV.

(6) Angaben zum Erhalt und zur Nutzung von GSM-R

Klausel Nr. 2.3.3 SNB

Schließlich verstößt Klausel Nr. 2 3 3 SNB in formeller Hinsicht gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 1 c) sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1 EIBV, da die Bedingungen zum Erhalt und zur Nutzung von GSM-R ausschließlich in besonderen AGB der Bescheidadressatin zu finden sind und nicht zumindest auch in den besonderen Schienennetz-Benutzungsbedingungen

Ausgangspunkt ist, wie bereits unter 1) a) aa) (2) im Einzelnen dargelegt, wiederum die Feststellung, dass der Erhalt und die Nutzung von GSM-R im vorliegenden Fall sich nicht als bloßer „Zugang zu Telekommunikationsnetzen“ im Sinne einer Nebenleistung gemäß Anlage 1 Nr. 3 EIBV kategorisieren lässt.

Es handelt sich vielmehr um eine Pflichtleistung, die zwingend in den SNB zu regeln ist: Ausweislich Anlage 1 Nr. 1 c) EIBV gehören zu den für die Zugangsberechtigten zu erbringenden Pflichtleistungen „die Bedienung der für eine Zugbewegung erforderlichen Steuerungs- und Sicherungssysteme, die Koordination der Zugbewegungen und die Bereitstellung von Informationen über die Zugbewegungen.“ Gemäß Anlage 2 Nr. 1 EIBV sind in den SNB Angaben zu den Zugangsbedingungen für die Schienenwege zu machen.

Gemäß ihrer eigenen Überschrift definiert die Bescheidadressatin das Kommunikationssystem GSM-R zutreffend als Zugangsbedingung. Sie stellt insbesondere unter Hinweis auf die Richtlinie 810.0300A06 fest, dass GSM-R „Netzzugangskriterium“ sei. Schon aufgrund der obligatorischen Inanspruchnahme von GSM-R ist der Zugang zu diesem Netz als Pflichtleistung im Einzelnen in den SNB zu regeln. Darüber hinaus ist § 16 EBO einschlägig.

Darüber hinaus ergibt sich dies für den konkreten Sachverhalt unmittelbar aus den gesetzlichen Vorgaben selbst (§ 4 Abs. 3 AEG, § 3 S. 2 EIBV). Hierin wird die Bereitstellung von Steuerungs- und Sicherungssystemen als Pflichtleistung ausdrücklich normiert. So bestimmt § 4 Abs. 3 AEG: „Der Betreiber der Schienenwege muss auch den Betrieb der zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme zum Gegenstand seines Unternehmens machen“. § 3 Abs. 1 S. zwei bestimmt „Betreiber der Schienenwege sind zusätzlich verpflichtet, die von ihnen betriebenen Schienenwege, zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme (...) zur Nutzung bereitzustellen.“

Wie bereits unter 1) a) aa) (2) ausgeführt, handelt es sich bei dem GSM-R-Zugang um ein bindendes Netzzugangskriterium. GSM-R ist Voraussetzung für die Nutzung des Zugfunks und der damit verbundenen notwendigen und erheblich sicherheitsrelevanten Kommunikation. Als technisches und erheblich sicherheitsrelevantes Netzzugangskriterium betreffend die Kompatibilität mit den Anforderungen des Netzes muss GSM-R zwingend Anwendung finden.

Unter die Systeme zur Zugsteuerung und -sicherung i.S.d. §§ 4 Abs. 3 AEG, 3 S. 2 EIBV sind alle Funktionen und ihre Umsetzung zu fassen, die einen sicheren und vorher zu bestimmenden Betrieb der Züge ermöglichen, um die gewünschten Betriebsabläufe zu gewährleisten. Dazu zählen u.a. in erster Linie Anlagen zur Kommunikation (infrastrukturseitige Teile des Zugfunks), s. auch Hermes/U.a., in: Beck'scher AEG Kommentar 2006, § 5 Rn. 145).

GSM-R ist damit sicherheitsrelevantes Steuerungs- und Sicherungssystem i.S.d. §§ 4 Abs. 3 AEG, 3 S. 2 EIBV. Als solches ist GSM-R zwingend in den gesetzlichen Geltungsbereich einbezogen und muss als Pflichtleistung in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen des Eisenbahninfrastrukturbetreibers geregelt werden: Somit ist GSM-R als netzzugangsrelevante Pflichtleistung ausweislich § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i.V.m. den Anlagen 1 Nr. 1 c) sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1 EIBV zwingend in den SNB zu regeln.

Die Bescheidadressatin verzichtet in ihren SNB jedoch auf jegliche Einzelheiten betreffend den Zugang, sondern verweist im Hinblick auf „die Bedingungen zum Erhalt und zur Nutzung“ auf ihre sich im Internet befindlichen gesonderten AGB („GSM-R-AGB“). Bedingungen zum Erhalt und zur Nutzung einschließlich der Angaben zur Verfügbarkeit von GSM-R sind jedoch zwingend in den SNB darzulegen. Eine Darlegung lediglich in den AGB entspricht damit nicht den

Vorgaben, die § 4 Abs 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 EIBV an den Umfang der Mitteilungspflicht stellt.

Die Klausel ist 2.3.3 SNB ist deshalb formell rechtswidrig.

(7) In den ABN platzierte Angaben zu Entgeltgrundsätzen

Klauseln Nr. 7.1.8.2 bis 7.1.8.5 ABN

Ferner entsprechen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin hinsichtlich der Darlegung der Entgeltgrundsätze formell nicht den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben, soweit Regelungen zur Minderung der Entgelte ausschließlich in den ABN geregelt sind.

In den Klauseln Nr. 7.1.8.2 bis 7.1.8.5 ABN der Bescheidadressatin finden sich unter gleichzeitigem Verweis auf Ziff. 6.2.3.7 SNB ergänzende Angaben zur Entgeltminderung, die in der entsprechenden SNB-Passage jedoch fehlen. Ferner finden sich wesentliche entgeltrelevante Informationen in Klausel Nr. 7.7 ABN der Bescheidadressatin. Die Vorgaben zur Entgeltminderung sind Bestandteil der Entgeltgrundsätze, die gemäß § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 EIBV in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen darzulegen sind.

Die Klauseln Nr. 7.1.8.2 bis 7.1.8.5 ABN sind damit schon formell rechtswidrig. Sie verstoßen gegen § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 Nr. 2 EIBV.

b) Materielle Mängel der SNB

In materiell-rechtlicher Hinsicht sind folgende Verstöße der Schienennetz-Benutzungsbedingungen gegen die eisenbahnrechtlichen Vorgaben festzustellen, denen widersprochen wird:

Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Nr. 5.2 SNB, Nr. 7.4.2 ABN, Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN, Klauseln Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN sowie Klausel Nr. 7.5.4.1 ABN, Klausel Nr. 7.5.5.3 ABN und Klausel Nr. 7.4.8.1 ABN (Verstöße gegen Zugangs- und Leistungsrechte), ferner die Klauseln Nr. 2.3.2 SNB, Nr. 2.3.5 SNB, Nr. 7.4.3.1 ABN, Nr. 2.4 SNB, Nr. 4.3.1 SNB, Nr. 4.3.2 SNB, Nr. 7.1.5.2 ABN, Nr. 7.4.5.1 ABN, Nr. 7.4.7.2 ABN, Nr. 7.7.5.1 ABN, Nr. 7.7.5.6 ABN (Verstöße gegen Diskriminierungen wegen unkonditionierter Ermessensspielräume), darüber hinaus die Klauseln Nr. 2.3.3 SNB, Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Anlage 2 der SNB, Klausel Nr. 7.4.4 ABN und Klausel Nr. 7.5.1.4 ABN, Klausel Nr. 7.5.5.2 ABN, Klausel Nr. 7.4.5.3 ABN, Nr. 7.4.7.3 ABN, Nr. 4.2.1 b) SNB, Klausel Nr. 2.2.1 SNB, Klausel Nr. 7.1.7 ABN, Nr. 7.1.1 ABN, Nr. 7.1.3.4 ABN, Nr. 7.2.14 ABN, Nr. 7.2.16 ABN, Nr. 7.4.7.4 ABN und Klausel Nr. 7.5.3 ABN (Verstöße gegen das Transparenzgebot) sowie schließlich Klauseln Nr. Nr. 6.2.2.1 SNB, Anlage 2 SNB, Klausel Nr. 7.1.8.5 ABN, Nr. 7.5.2 ABN, Nr. 4.1 SNB, Nr. 7.1.1 ABN, Nr. 7.1.2.2 ABN, Nr. 7.1.9.1 ABN und Nr. 7.2.7.2 ABN.

Diese sind unter drei Fallgruppen zu fassen:

„Unzulässige Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Zugangs- und Leistungsrechte der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV“ (dazu Ziff. aa), „Diskriminierungsverstöße“ (dazu Ziff. bb), die wiederum im Wesentlichen unter zwei Fallgruppen auftreten („unkonditionierte unternehmerische Spielräume“, Ziff. bb) (1) sowie „Transparenzverstöße“, Ziff. bb) (2)) sowie – drittens – „sonstige Verstöße“, die sich den Fallgruppen nicht ohne Weiteres zuordnen lassen (dazu Ziff. cc).

aa) Unzulässige Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Zugangs- und Leistungsrechte der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV

§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG verpflichtet die Bescheidadressatin, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihr betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihr angebotenen Leistungen in dem durch die EIBV bestimmten Umfang zu gewähren.

Die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur garantieren für die Zugangsberechtigten subjektive Zugangsrechte. Damit dienen die gesetzlichen Regelungen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs (§ 1 Abs. 1 S. 1 AEG). § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV schreibt diese Ansprüche auch verordnungsrechtlich fest. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV erweitert den Anspruch der Zugangsberechtigten gegenüber Schienennetzbetreibern darüber hinaus um ein Leistungs- und Bereitstellungsgebot. So heißt es: „Betreiber der Schienenwege sind zusätzlich verpflichtet, die von ihnen betriebenen Schienenwege, die zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme sowie die zugehörigen Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zur Nutzung bereitzustellen, Zugtrassen nach Maßgabe dieser Verordnung zuzuweisen und die in Anlage 1 Nr. 1 beschriebenen Leistungen zu erbringen.“

Schränkt die Bescheidadressatin diese eisenbahnrechtlich garantierten Rechte entgegen den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben ein, verstößt sie gegen die §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV.

Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Klausel Nr. 5.2 SNB, Klausel Nr. 7.4.2 ABN, Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN, Klauseln Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN sowie Klausel Nr. 7.5.4.1 ABN, Klausel Nr. 7.5.5.3 ABN und Klausel Nr. 7.4.8.1 ABN verstoßen in materieller Hinsicht gegen das eisenbahnrechtlich garantierte Zugangsrecht sowie gegen das originäre Leistungs- und Bereitstellungsgebot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. 3 Abs. 1 S. 1 EIBV i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV

Im Einzelnen betrifft dies die folgenden Zugangsrechte und Leistungen:

(1) Netzzugangsrelevantes betrieblich-technisches Regelwerk

Klausel Nr. 2.3.4 SNB

Die Klausel Nr. 2.3.4 SNB, wonach die von der Bescheidadressatin erstellte Zusammenstellung des netzzugangsrelevanten betrieblich-technischen Regelwerkes nur gegen Kosten bezogen werden kann, widerspricht der Vorgabe des § 4 Abs. 1 S. 2 EIBV.

Diese Vorschrift stellt konkretisierende Vorgaben zum Bereitstellungs- und Leistungsgebot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 EIBV auf, indem sie regelt, dass den Zugangsberechtigten ein bestimmtes „SNB-Pflichtleistungspaket“ zur Verfügung zu stellen ist. Dazu verweist § 4 Abs. 1 S. 2 EIBV auf Anlage 1 EIBV.

Die Bescheidadressatin bietet das in Anlage 1 der EIBV genannte und nach diesen Vorschriften zwingend zu erbringende „Pflichtleistungspaket“ in ihren Schienennetz-Benutzungsbedingungen nicht in vollem Umfang an. Gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 EIBV hat der Betreiber der Schienenwege den Zugangsberechtigten auf deren Verlangen gegen Erstattung der Aufwendungen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen zuzusenden

Diese Möglichkeit eröffnet die Bescheidadressatin ausweislich Klausel Nr. 1.4 SNB zu einem Preis von 80 €. Die in Klausel 2.3.4 SNB in Bezug genommenen Regelwerke gehören jedoch zu den SNB, so dass ihre erstmalige Übersendung in diesem Pflichtleistungspaket erhalten sein muss:

Verpflichtend beizufügen sind Regelwerke, wie im Einzelnen unter 1 a) aa) (2) dargelegt, soweit ihr Inhalt als Bestandteil der in Anlage 2 Nr. 1 EIBV aufgelisteten Pflichtleistungen zu den gemäß Anlage 2 EIBV zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu regelnden In-

halten gehört. Dies betrifft nach Nr. 1 der Anlage 1 EIBV u a. „alle anderen Informationen, die zur Durchführung des Verkehrs, für den Kapazität zugewiesen wurde, erforderlich sind“.

Die Inhalte, die im Hinblick auf diese notwendigen Pflichtleistungen zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen enthalten sein müssen, werden durch Anlage 2 der EIBV konkretisiert. Ein Teil dieser notwendigen Inhalte kann den Schienennetz-Benutzungsbedingungen in Form von ergänzenden Regelwerken, die unabdingbarer Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sind, beigefügt werden (vgl. dazu im Einzelnen schon oben 1 a) aa) (2)). Als Pflichtleistungen sind diese dann gleichwertiger Bestandteil der SNB

Der erstmalige Zugang des betrieblich-technischen-Regelwerkes ist damit – als Pflichtleistung – als Bestandteil der SNB zur Verfügung zu stellen und muss folglich in den im Zusammenhang mit dem „Basispaket“ entstehenden Kosten enthalten sein.

Erst die weiteren Zusendungen des betrieblich-technischen-Regelwerkes können als Zusatzleistung durch die Bescheidadressatin zusätzlich bepreist werden. Das erstmalige Angebot nur gegen Kosten verstößt gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 EIBV, 4 Abs. 1 S. 2 EIBV.

Klausel Nr. 5.2 SNB

Vor diesem Hintergrund ist auch Klausel Nr. 5.2 SNB zu beanstanden, wenn es hierin in Punkt 4 der aufgezählten Pflichtleistungen der Bescheidadressatin heißt: „Die Vermittlung von Lotsenleistungen oder von Streckenkundeleistungen (die Erbringung dieser Leistungen selbst ist nicht Bestandteil der Pflichtleistung)“

Zumindest die erstmalige Vermittlung der Ort- und Streckenkenntnis ist selbst als Pflichtleistung einzuordnen, da es sich hierbei um eine für den Netzzugang wesentliche Voraussetzung gemäß § 4 Abs. 1, 2, Anlage 1 Nr. 1 d EIBV handelt. Vor diesem Hintergrund muss deshalb auch die erstmalige Vermittlung der Ort- und Streckenkenntnis kostenfrei erfolgen; erst jede weitere Vermittlung stellt sich dann als Zusatzleistung dar, die zusätzlich bepreist werden darf. Die fehlerhafte Einordnung schon der erstmaligen Vermittlung verstößt gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 EIBV, § 4 Abs. 1 S. 2 EIBV.

Klausel Nr. 7.4.2 ABN

Vor demselben Hintergrund verstößt auch Klausel Nr. 7.4.2 ABN gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 EIBV, § 4 Abs. 1 S. 2 EIBV. In dieser Vorschrift wird unter Hinweis auf Ziff. 2.3.4 sowie Anlage 1 und 2 SNB wiederum das (von den Kosten für die SNB nicht erfasste) netzzugangsrelevante betrieblich-technische Regelwerk angeboten und darüber hinaus auf das für die Verkehrsleistungen der Zugangsberechtigten notwendige Regelwerk sowie ggf. „weitere Unterlagen“ verwiesen, die der Zugangsberechtigte bei einer der von der DB Netz benannten Stellen erwerben und auf seine Kosten aktualisieren muss. Auch insoweit gilt, dass die Regelwerke mit den für die aufgelisteten Pflichtleistungen wesentlichen Inhalten Bestandteil der SNB und damit auch Bestandteil des Informationspaketes sein müssen, das die Bescheidadressatin für 80,- € zur Verfügung stellt.

Darüber hinausgehende Kosten für einzelne notwendige Regelwerke kann die Bescheidadressatin nicht verlangen. Die in Klausel 7.4.2 ABN in Bezug genommenen Regelwerke müssen im „Grundpaket“ enthalten sein, ohne dass hierfür (zusätzliche) Kosten erhoben werden dürfen

(2) Unzulässige Beschränkung von Zugangs- und Leistungsrechten durch einseitige Festlegung von Infrastrukturmodifikationen – einseitiges Leistungsbestimmungs- und Leistungsänderungsrecht

Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN

Die in den Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7 1 8.1 ABN geregelten Inhalte verstoßen gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV, da sie die hierin garantierten Zugangsrechte über das gesetzlich vorgesehene Maß hinaus beschränken und zu einer Entwertung des Zugangsanspruches führen

Darüber hinaus werden in diesen Klauseln Regelungen getroffen, wonach das Leistungsangebot der Bescheidadressatin hinter dem gesetzlichen vorgegebenen Leistungsangebot zurückbleibt. Die Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7 1 8.1 ABN verstoßen damit gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV, § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV.

Ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV liegt vor, wenn die hierin garantierten Zugangsrechte nicht oder nicht hinreichend gewährt werden. Ein Verstoß gegen die in § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV garantierten Rechte ist festzustellen, wenn das Leistungsangebot der Bescheidadressatin hinter dem gesetzlich garantierten „Mindestpflichtpaket“ zurückbleibt.

Beides ist der Fall, wenn sich die Bescheidadressatin als Eisenbahninfrastrukturunternehmen auf materiell unzulässige Weise – d.h. mit den Vorgaben des Eisenbahnrechts nicht konform gehend – Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand ihrer Infrastruktur vorbehält.

Klausel 3.1 SNB trifft einleitende Vorgaben zu der von ihr zur Verfügung gestellten Infrastruktur. Dabei erklärt sie, dass „lediglich die voraussichtliche Schieneninfrastruktur der DB Netz AG zum Beginn der SNB-Geltungsdauer abgebildet werden“ könne. Weiter heißt es: „Aufgrund einer Weiterentwicklung der Schieneninfrastruktur der DB Netz AG kann es zu Ungenauigkeiten und Abweichungen zwischen dem beschriebenen und dem tatsächlichen Zustand der Infrastruktur kommen. Ziel der Darstellung ist es, Ihnen eine erste Orientierung über die verfügbare Infrastruktur der DB Netz AG zu geben“.

Klausel Nr. 3.4 SNB trifft dann Regelungen betreffend die Verfügbarkeit der Infrastruktur und bezieht sich dabei u.a. auf eine Berechtigung und permanente Notwendigkeit der Durchführung von Instandhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, die zu vorübergehenden Unterbrechungen der (Infrastruktur-)leistung führen. So heißt es u.a. „Das Schienennetz ist ein komplexes, historisch gewachsenes System, das vielfältigen äußeren Einflüssen ausgesetzt ist, so dass Instandhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen permanent notwendig sind.“ (...). Klausel Nr. 7 1 8.1 SNB bestimmt dementsprechend: „Die wesentlichen Infrastrukturmerkmale entsprechen unter normalen Betriebsbedingungen während der Laufzeit des Einzelnutzungsvertrages unbeschadet S. 2 dem vertraglich vereinbarten Nutzungszweck. Die DB Netz AG ist berechtigt, die Infrastruktur ganz oder teilweise zu modifizieren und die technischen und betrieblichen Standards unter Berücksichtigung der Belange des EVU zu verändern. (...)“.

Alle drei Klauseln – jede einzeln sowie in ihrem „Zusammenspiel“ – räumen der Bescheidadressatin ein einseitiges Recht zur Bestimmung und Veränderung ihres Leistungsumfanges auch und insbesondere während der geltenden Netzfahrplanperiode ein. Die Bescheidadressatin legt einseitig die Qualität ihrer Infrastruktur fest – bzw. lässt diese gerade offen – und behält sich vor, diese – und damit die mit der Bereitstellung der Infrastruktur verbundenen Leistungen – jederzeit zu unterbrechen und zu ändern. Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf die Einzelheiten des Zugangs zum Schienennetz, die den eisenbahnrechtlich garantierten Netzzugangs- und Leistungsrechten widersprechen.

Gemäß § 14 Abs. 6 AEG sind die Einzelheiten des Zugangs zwischen den Eisenbahninfrastrukturunternehmen und den Zugangsberechtigten zu vereinbaren.

Im Rahmen des Rechtsverhältnisses eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens mit den Zugangsberechtigten ist es der Bescheidadressatin nicht grundsätzlich verwehrt, unternehmerische Entscheidungen zu treffen.

Die Ausübung eines Rechts zur einseitigen Bestimmung bzw. Änderung einer vertraglich vereinbarten Leistung ist eine im allgemeinen Rechtsverkehr nicht per se unübliche unternehmerische Entscheidung (vgl. auch § 315 Abs. 1 BGB). Im „regulierten Markt“ jedoch sind Rechte, die dem Infrastrukturbetreiber einseitig zugewiesen werden sollen, daraufhin zu überprüfen, ob sie die Zugangsberechtigten unangemessen benachteiligen. Wäre der Betreiber von Netzinfrastrukturen und Anbieter von Leistungen darin frei, sich im Rahmen der Zugangsgewährung und der Leistungserbringung einseitige Rechte einzuräumen und die Zugangsberechtigten dabei unangemessen zu benachteiligen, so bestünde die Gefahr, dass die gesetzlich verankerten Zugangsrechte Dritter faktisch ausgehöhlt und entwertet werden.

Ein Verstoß gegen die in § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV garantierten Zugangsrechte ist festzustellen, wenn zwar grundsätzlich Zugang zu der Eisenbahninfrastruktur gewährt wird, dieser jedoch auf Grund einseitiger, nicht näher eingeschränkter Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers jederzeit vertraglich modifiziert oder eingeschränkt werden kann.

Mit einem derartigen Vorbehalt liegt gleichzeitig ein Verstoß gegen die in § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV garantierten Leistungs- und Bereitstellungsrechte vor: Die unbeschränkte Möglichkeit einer vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen vorzunehmenden quantitäts- und qualitätsmäßigen Verschlechterung des Leistungsangebotes der Bescheidadressatin führt dazu, dass dieses hinter dem gesetzlich garantierten „Mindestpflichtpaket“ zurückbleibt. Denn dieses verlangt zumindest die Bereitstellung einer Infrastruktur, die für die beabsichtigte Nutzung der Zugangsberechtigten geeignet ist. Bestandteil dieses Bereitstellungsgebotes ist außerdem die Auskunft über die Infrastruktur, die so umfassend sein muss, dass bezogen auf den relevanten Netzfahrplanzeitraum für die Zugangsberechtigten ersichtlich ist, ob die Infrastruktur für die von ihnen beabsichtigte Realisierung ihrer Trassenwünsche geeignet ist, und welche Bedingungen der Betreiber der Schienenwege dabei zugrunde legt.

Die Bescheidadressatin nennt und regelt in ihren SNB nicht nur den Fall, dass eine vertraglich vereinbarte und vertraglich geschuldete Leistung aufgrund von zwingenden Bau- und Instandhaltungsmaßnahmen vorübergehend eingeschränkt wird. Die Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN schreiben vielmehr einzeln sowie in ihrem Zusammenspiel eine umfassende Option der Bescheidadressatin fest, Veränderungen des vertraglich geschuldeten Leistungsumfanges vorzunehmen.

Insbesondere der Passus unter Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN enthält derartig weit reichende und nicht näher konkretisierte Aussagen, dass die Bescheidadressatin nahezu jede Abweichung von der in den SNB zu beschreibenden Infrastrukturqualität vornehmen und rechtfertigen kann. Dies führt zum einen dazu, dass der Zugangsberechtigte vor dem Hintergrund der gegenwärtig beabsichtigten Regelungen mit der Trassenanmeldung nicht wissen kann, ob die Infrastruktur für seine beabsichtigte Nutzung geeignet ist.

Des Weiteren kann sich der Zugangsberechtigte auch während der laufenden Fahrplanperiode nicht auf den ausweislich des Infrastrukturnutzungsvertrages vereinbarten Infrastrukturzustand verlassen, da sich die Bescheidadressatin mit den Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN das Recht einräumt, diesen Zustand auch während der laufenden Netzfahrplanperiode nicht aufrecht erhalten zu müssen.

Dies führt letztlich dazu, dass aufgrund des Fehlens eines gesicherten Infrastrukturzustandes keine bindende Vereinbarung betreffend das Produkt „Zugtrasse“ zustande kommt. Der Zugangsberechtigte erhält vielmehr letztlich nur eine Art „Anwartschaft“ auf eine Zugtrasse. Darüber hinaus kann sich der Zugangsberechtigte zu keiner Zeit darauf verlassen, dass die vertraglich vorgesehenen Leistungen tatsächlich gewährt werden.

Die Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN legen dem Zugangsberechtigten also auch das Risiko auf, jederzeit mit einer einseitigen und ggf. unangekündigten Änderung des vertraglich vereinbarten Leistungssolls der Bescheidadressatin rechnen zu müssen. Die Zugangsberechtigten müssen dieses Risiko – soweit möglich – kalkulatorisch einpreisen. Ein

gesetzlich gewährtes Zugangsrecht, das jederzeit einseitig durch den Zugang gewährenden Vertragspartner modifiziert oder eingeschränkt werden kann, ist in der Praxis erheblich entwertet.

Eine entsprechende Regelung in Nutzungsbedingungen schreckt Zugangsinteressenten von der Wahrnehmung ihrer gesetzlich verankerten Rechte ab und dient solchermaßen nicht der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs.

Zwar ist die Bescheidadressatin, wie dargelegt, nicht grundsätzlich daran gehindert, den Umfang der von ihr betriebenen Eisenbahninfrastruktur und der angebotenen Leistungen zu verändern. Dabei hat sie zunächst die eisenbahnrechtlichen Schranken, insbesondere aus § 11 AEG, zu beachten. Sie darf aber auch bei Beachtung der Schranken des § 11 AEG nicht ohne weiteres vertraglich vereinbarte Nutzungsvereinbarungen einseitig ändern.

Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Bescheidadressatin gemäß § 315 BGB wäre allenfalls dann wirksam im Rahmen von AGB vereinbar, wenn eine Abwägung der Interessen des Leistungsempfängers an einer genauen Festlegung der Leistung einerseits und den Interessen des Leistungserbringers an einer realistischen Planbarkeit seiner Leistungsversprechen andererseits zu dem Ergebnis führt, dass letztlich keine Definition und Festlegung des infrastrukturellen Mindestzustandes und der damit verbundenen Leistungen möglich ist. Aber selbst dann wäre ein Leistungsbestimmungsrecht nur unter billiger Abwägung der Interessen der Zugangsberechtigten zulässig.

Da vorliegend die SNB und darin eingeschlossen die ABN nur den Leistungsanspruch über eine Netzfahrplanperiode regeln, ist nicht ersichtlich, dass die Sollleistung der Bescheidadressatin nicht hinreichend beschreibbar wäre. Lediglich soweit unvorhersehbare Ereignisse Bauarbeiten oder Kapazitätseinschränkungen notwendig machen, besteht ein Bedarf für unterjährige Leistungsänderungen.

Die Infrastruktur im Übrigen lässt sich dagegen problemlos für ein Netzfahrplanjahr vorherbestimmen. Es ist der Bescheidadressatin daher zuzumuten, für die Dauer der Vereinbarung an dem jeweils vertraglich versprochenen Leistungsumfang festzuhalten. Zum jeweiligen Ablauf der Nutzungsvereinbarung kann sie – in den übrigen gesetzlichen Schranken – den von ihr angebotenen Leistungsumfang grundsätzlich modifizieren.

Von einer diesbezüglichen Vorgehensweise geht die Bescheidadressatin an anderer Stelle auch selbst aus. So trägt Klausel Nr. 7.1.4.2 ABN den gesetzlichen Vorgaben Rechnung, wenn sie bestimmt, dass der Leistungsumfang *jährlich zum Fahrplanwechsel* unter angemessener Berücksichtigung der Belange der EVU/ZB verändert werden darf. Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN verweist sogar in S. 2 auf diese Vorschrift. Soweit Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN allerdings in S. 1 das beschriebene umfängliche Leistungsbestimmungs- bzw. Leistungsänderungsrecht festschreibt, in S. 2 jedoch bestimmt „Ziffer 7.1.4.2 gilt entsprechend“ besteht insoweit ein Widerspruch. Klausel Nr. 7.1.8.1 S. 1 ABN geht insoweit in ihrer Reichweite über S. 2 hinaus.

Die unangemessene Benachteiligung der Zugangsberechtigten bestätigt sich, zieht man die Rechtsgedanken der §§ 307 ff. BGB heran. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Bei Verträgen mit Unternehmern sind die Vorschriften der §§ 308, 309 BGB über § 310 Abs. 1 BGB nicht anwendbar, jedoch kommen die dort enthaltenen Klauselverbote über § 307 BGB, unter Berücksichtigung der kaufmännischen Besonderheiten zum Tragen. Danach ist ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV anzunehmen, wenn eine Regelung in Nutzungsbedingungen die gesetzlich verankerten Zugangsrechte so einzuschränken vermag,

dass die Erreichung des gesetzgeberisch gewollten Zwecks, nämlich der Wahrnehmung der Zugangsrechte zur Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs, gefährdet ist. Bei Festlegung eines einseitigen Leistungsänderungsrechts einer Partei, d.h. wenn eine Partei die Vertragsbedingungen einseitig stellt, muss sich die Anpassung im Rahmen des Angemessenen halten (BGHZ 89, 206; 93, 47). Angemessen kann ein solches einseitiges Leistungsänderungsrecht jedoch nur dann sein, wenn die Interessen des anderen Vertragspartners berücksichtigt werden und darüber hinaus die Änderung für den Vertragspartner zumutbar ist. Zumutbar ist jede Änderung nach geltendem Recht nur dann, wenn sie durch einen triftigen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.

Demnach ist es auch nach den allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsgrundsätzen nicht ausreichend, lediglich – wie in Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN vorgesehen – „die Belange der Zugangsberechtigten zu berücksichtigen“ (Klausel 3.1 SNB sieht ein derartiges Vorgehen gar nicht vor; Klausel 3.4 SNB regelt lediglich eine beschränkte Mitteilungspflicht der Bescheidadressatin, die noch hinter der in Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN normierten Vorgaben zurückbleibt). Ergänzend ist jedenfalls eine Festlegung erforderlich, dass eine einseitige Leistungsänderung nur dann möglich ist, wenn es für den Zugangsberechtigten zumutbar ist. Diese Ergänzung ist nicht lediglich in den ABN, sondern auch in den unabdingbaren SNB festzuschreiben.

Um den § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV Genüge zu tun – und damit gleichzeitig die Vorgaben einzuhalten, die sich aus den allgemeinen Zivilrechtsgrundsätzen sowie den Vorschriften zu AGB im Hinblick auf die einseitige Festlegung von Leistungsbestimmungen und Leistungsänderungen sowie ihrer Schranken ergeben – sind die Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN dementsprechend zu ändern. Zum einen muss eindeutig formuliert werden, dass eine durch die beschriebenen Infrastrukturmodifikationen implizierte einseitige Leistungsänderung nur dann möglich ist, wenn diese für den Zugangsberechtigten zumutbar ist.

Konkretisierend muss festgelegt werden, dass eine Änderung des vereinbarten Leistungsumfanges grundsätzlich nicht während der Geltungsdauer eines Netzfahrplanjahres erfolgt, mit Ausnahme der schon bei Vertragsschluss bekannt gegebenen Leistungsänderungen. Insoweit weist Klausel Nr. 7.1.4.1 ABN den richtigen Weg, wenn hierin auf eine mögliche Änderung des Leistungsumfanges *jährlich zum Fahrplanwechsel* unter angemessener Berücksichtigung der Belange der Zugangsberechtigten abgestellt wird.

Die Klauseln Nr. 3.4 SNB sowie Nr. 7.1.8.1 S. 1 ABN müssen insoweit hinsichtlich des Umfangs ihrer Leistungsänderungsrechte zeitlich sowie darüber hinaus im Hinblick auf die Zumutbarkeit für die Zugangsberechtigten angepasst und entsprechend beschränkt werden.

Es muss klargestellt werden, dass lediglich in Ausnahmefällen unterjährige vorübergehende Leistungsänderungen bzw. Leistungsbeschränkungen oder Kapazitätsbeeinträchtigungen durch Baumaßnahmen möglich sind. Diese Ausnahmefälle sind auf zwingende Maßnahmen zur Sicherheit und Instandhaltung der Infrastruktur zu beschränken, die aufgrund von unvorhersehbaren Ereignissen notwendig wurden, welche zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der SNB noch nicht absehbar waren. Zur Schaffung eines angemessenen Interessenausgleichs kann ferner die Vereinbarung eines Kündigungsrechts der Zugangsberechtigten in Fällen der einseitigen Leistungsänderung durch die Bescheidadressatin angemessen sein.

Schließlich muss in den beanstandeten Klauseln jedenfalls eindeutiger verankert werden, dass und inwieweit die Belange der Zugangsberechtigten bei etwaigen – zwingenden – Infrastrukturmodifikationen (durch Sicherheits- oder Instandhaltungsmaßnahmen) berücksichtigt werden. Es muss klar gestellt werden, dass die Modifikationen den Zugangsberechtigten zumutbar sein müssen, bzw. dass ihre Rechte – wie in § 9 Abs. 2 EIBV vorgegeben – „nicht mehr als notwendig beeinträchtigt werden“. Vor diesem Hintergrund ist ferner die Möglichkeit einer Absprache mit den Zugangsberechtigten zumindest im Hinblick auf langfristig bekannte Baumaßnahmen zwingend festzuschreiben. Die gegenwärtigen Formulierungen der Bescheidadressatin bleiben auch insoweit erheblich hinter den eisenbahnrechtlichen Maßstäben zurück.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Bescheidadressatin konkret nicht etwa materiell rechtmäßige – d.h. eisenbahnrechtskonforme – Abweichungen vom vertragsgemäßen Zustand vorbehält. Sie schreibt vielmehr einen materiell unzulässigen Vorbehalt von Infrastrukturabweichungen fest und verkürzt damit den gesetzlich vorgegebenen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang (§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV) sowie die Bereitstellung der gesetzlich vorgegebenen Leistungen (§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV). In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung führen die genannten Klauseln zu einer faktischen Entwertung eines von der Bescheidadressatin insoweit nur formell eingeräumten Zugangsanspruches. Sie beeinträchtigen das gesetzlich eingeräumte Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur und schränken das ebenfalls gesetzlich eingeräumte Leistungsrecht in unzulässigem Umfang ein. Die Regelungen verstoßen damit gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV. Den Klauseln Nr. 3.1 und 3.4 SNB sowie Klausel Nr. 7.1.8.1 ABN ist daher zu widersprechen.

(3) Unzulässiger Ausschluss gesetzlicher Minderungsrechte

Klauseln Nr. 3.4 SNB, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Nr. 7.4.7.4 ABN

Die Klauseln Nr. 3.4 SNB, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Nr. 7.4.7.4 ABN verstoßen aufgrund der nach ihren Inhalten geregelten Modifizierung der gesetzlich vorgesehenen Regelungen zur Minderung gegen § 21 Abs. 6 EIBV. Da die Bescheidadressatin eine Modifizierung zu ihren Gunsten, d.h. zu Lasten und unter Verkürzung der Rechte der Zugangsberechtigten vornimmt, liegt außerdem ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV vor. Schließlich wird auch gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 verstoßen, da die unzulässige Freizeichnung von Minderungsrechten zu einer Diskriminierung der von einem Minderungsfall betroffenen Zugangsberechtigten führt.

In den Klauseln Nr. 3.4 SNB und Nr. 7.4.7.4 ABN regelt die Bescheidadressatin, dass der Zugangsberechtigte „aus vorübergehenden Unterbrechungen der Leistungen, die auf eine Erweiterung und Erneuerung der Infrastruktur oder Instandhaltungsarbeiten zurückzuführen sind, keine Rechte herleiten kann“.

In den Klauseln Nr. 7.1.8.2 ABN und Nr. 7.1.8.3 ABN werden die nach den Regelungen der Bescheidadressatin verbliebenen Minderungsrechte bei bestimmten Fällen des nicht vertragsgemäßen Zustandes von Infrastrukturmerkmalen u.a. für Fälle ausgeschlossen, in denen der „vertragsgemäße Gebrauch nur unerheblich gemindert“ ist oder dieser Zustand „auf höhere Gewalt oder ein sonstiges nicht in den Verantwortungsbereich der DB Netz fallendes Ereignis zurückzuführen ist.“

Der von der Bescheidadressatin in den Klauseln Nr. 3.4 SNB, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Nr. 7.4.7.4 ABN vorgesehene Ausschluss von Minderungsrechten bei vorübergehenden Leistungsunterbrechungen durch Bau-/Instandhaltungsmaßnahmen (Klauseln Nr. 3.4 SNB und Nr. 7.4.7.4 ABN) bzw. bei nur unerheblicher Minderung des vertragsgemäßen Gebrauchs (Klauseln Nr. 7.1.8.2 ABN und Nr. 7.1.8.3 ABN), entspricht nicht den Vorgaben der EIBV und des AEG. § 21 Abs. 6 EIBV bestimmt insoweit schon dem Wortlaut nach unmissverständlich: „Die Entgelte sind, soweit sich aus dieser Verordnung nichts anderes ergibt, gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen. Sie sind bei nicht vertragsgemäßigem Zustand des Schienenweges, der zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme sowie der zugehörigen Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zu mindern.“

Einschränkungen wie die in den Klauseln Nr. 3.4 SNB, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Nr. 7.4.7.4 ABN sieht die EIBV nicht vor. Die Verordnung geht in § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV vielmehr davon aus, dass „die Entgelte bei nicht vertragsgemäßigem Zustand der Schienenwege zu mindern sind“. Damit normiert die Vorschrift eine generelle und unbeschränkte Minderungspflicht. Die Entgelte sind also kraft des § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV zu mindern, wenn der vertraglich verein-

barte Gebrauch der erhaltenen Trasse beeinträchtigt ist. Aus welchem Grund der nicht vertragsgemäße Zustand besteht, ist nach § 21 Abs. 6 EIBV unerheblich.

In diesem Sinne und die Begrifflichkeit der „Minderungspflicht“ wählend auch *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275 (277). Auch *Ruge*, DVBl. 2005, 1405 (1412) spricht davon, dass die Entgelte bei nicht vertragsgemäßigem Zustand zu mindern *sind*.

Der Zugangsberechtigte muss diese Minderung – anders als etwa der Käufer einer mangelhaften Sache – nicht erst geltend machen. Eine entgegenstehende Regelung verstößt gegen das geltende Eisenbahnrecht

Der eisenbahnrechtlich – und auch in verwandten Rechtsgebieten – gerade nicht vorgesehene Minderungsausschluss beschränkt die Rechte der Zugangspätern und erschwert dadurch den Netzzugang in unzulässiger Weise.

Eine Anwendung der Klauseln Nr. 3.4 SNB, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Nr. 7.4.7.4 ABN führt des Weiteren auch zu einer eisenbahnrechtlich verbotenen Ungleichbehandlung der einzelnen Zugangsberechtigten, da die von einem Mangel auf ihrer Trasse (Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs) betroffenen Trasseninhaber – die nach den beabsichtigten Vorgaben der Bescheidadressatin nicht zur Minderung berechtigt wären – gegenüber den anderen Zugangsberechtigten, deren vertragsgemäßiger Trassengebrauch nicht beeinträchtigt ist, jeweils benachteiligt wäre.

Dies zeigt im Übrigen auch ein Vergleich mit dem Mietrecht. Der in § 21 Abs. 6 EIBV vorgesehene Minderung entspricht im Zivilrecht *cum grano salis* die mietrechtliche Minderung. Nach § 536 BGB tritt die Minderung des Mietzinses ein, ohne dass der Mieter sich darauf berufen muss,

vgl. dazu *Weidenkaff*, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage 2005, § 536 Rn. 33.

Anders als im Schadensersatzrecht gilt dies auch dann, wenn der Vermieter den Mangel nicht verursacht hat. Nach dem Gesetz spielt es keine Rolle, ob der Vermieter den Mangel zu vertreten hat oder nicht. Selbst Mängel, die von Dritten hervorgerufen werden, auf die der Vermieter keinen Einfluss hat und Mängel, die er möglicherweise gar nicht abstellen kann, berechtigen den Mieter zur Minderung. Entscheidend ist allein, dass ein Mangel vorliegt, der den (Wohn-)Wert mindert.

Für das Eisenbahnrecht wird dieser Rechtsgrundsatz bezogen auf die Betreiber der Schienenwege in § 21 Abs. 6 S. 2 ausdrücklich normiert. Ausnahmen hiervon sieht das Gesetz nicht vor. Solche wären auch nicht sachgerecht.

Die Zugangsberechtigten haben immer dann ein berechtigtes Minderungsinteresse, wenn sie die ihnen vertraglich zugesicherte Leistung nicht erhalten. Soweit die Bescheidadressatin in ihren SNB – insoweit zutreffend – auf das Erfordernis notwendiger Bau- und Instandhaltungs- sowie Modernisierungsmaßnahmen hinweist, steht das den gesetzlichen Minderungsvorgaben und deren Umsetzung nicht entgegen. Vielmehr führt die Umsetzung des grundsätzlichen Auftrages, die Sicherheit der Schienenwege zu gewährleisten und deren Zustand kontinuierlich zu überwachen und zu optimieren, im Ergebnis gerade dazu, dass Minderungsfälle insgesamt reduziert werden. So wird die Bescheidadressatin durch die geltende Rechtslage nicht etwa dazu angehalten, notwendige Maßnahmen vor dem Hintergrund möglicher Minderungsfälle zu vernachlässigen. Sie wird vielmehr dazu angehalten, diese Maßnahmen zur Vermeidung von Minderungsfällen umzusetzen und die hierfür erforderlichen Instandhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen rechtzeitig zu planen und zu organisieren, was dem berechtigten Interesse beider Vertragspartner entspricht.

Vor diesem Hintergrund sind die maßgeblichen Klauseln Nr. 3.4 SNB, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Nr. 7.4.7.4 ABN den gesetzlichen Vorgaben entsprechend anzupassen. Soweit

sich aus weiteren Klauseln mittelbar Hinweise auf die hier zu Unrecht eingeschränkten bzw. ausgeschlossenen Rechte ergeben, gilt dies für diese entsprechend.

Die Klauseln Nr. 3.4 SNB, Nr. 7.1.8.2 ABN, Nr. 7.1.8.3 ABN und Nr. 7.4.7.4 ABN verstoßen in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV und § 21 Abs. 6 EIBV. Sie sind, um dem Eisenbahnrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entsprechen, dahingehend zu ändern, dass Minderungsrechte immer geltend gemacht werden können, wenn der vertragsmäßige Trassengebrauch beeinträchtigt ist und die vertragsmäßig geschuldete Leistung mithin nicht oder nicht in dem vertraglich vereinbarten Umfang von der Bescheidadressatin erbracht wird.

(4) Unzulässiger undifferenzierter Gesamtausschluss von Schadensersatzansprüchen

Klauseln Nr. 3.4 SNB und Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN

Die Klauseln Nr. 3.4 SNB und Nr. 7.4.7.4 ABN verstoßen gleichzeitig auch aufgrund des hierin geregelten pauschalen Ausschlusses jeglicher Schadensersatzansprüche gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV.

Wie dargelegt, regelt die Bescheidadressatin in den Klauseln Nr. 3.4 SNB und Nr. 7.4.7.4 ABN, dass der Zugangsberechtigte „aus vorübergehenden Unterbrechungen der Leistungen, die auf eine Erweiterung und Erneuerung der Infrastruktur oder Instandhaltungsarbeiten zurückzuführen sind, keine Rechte herleiten kann“.

Damit werden insoweit (auch) Schadensersatzansprüche insgesamt ausgeschlossen. Etwaige Schadensersatzansprüche richten sich nach geltendem Recht jedoch regelmäßig nach Verursachungsgesichtspunkten. Das Eisenbahnrecht trifft insoweit keine von diesem in anderen Rechtsmaterien – beispielsweise dem Mietrecht in § 536a BGB – geltenden Grundsatz abweichenden Regelungen.

Die Bundesnetzagentur wird die Frage, inwieweit ein Ausschluss von Schadensersatz bei Betriebsbeeinträchtigungen auf Grund von Bau- und Instandhaltungsmaßnahmen mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist, ggf. im Rahmen eines gesonderten Verfahrens weiter prüfen. Einer näheren rechtlichen Bewertung etwaiger verursachungsrelevanter Kriterien und damit verbundener Rechtsfolgen bedarf es im Hinblick auf die vorliegenden Klauseln der Bescheidadressatin zunächst jedoch nicht. Denn die Klauseln Nr. 3.4 SNB und Nr. 7.4.7.4 ABN verstoßen jedenfalls schon deshalb gegen das geltende Recht, da sie pauschal und ohne jede Differenzierung zu Gunsten der Bescheidadressatin und zu Lasten der Zugangsberechtigten jegliche Schadensersatzansprüche ausschließen. So könnten die Zugangsberechtigten nach den Vorgaben der Bescheidadressatin in Klausel Nr. 3.4 SNB beispielsweise nicht einmal dann Schadensersatz verlangen, wenn die Bescheidadressatin Baumaßnahmen durchführt, die sie den Zugangsberechtigten nicht angekündigt hat, obwohl dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre.

Eine derart weit reichende Freizeichnung, die sich auf sämtliche Maßnahmen der Bescheidadressatin bezieht – selbst vorsätzlich verursachte Leistungsbeeinträchtigungen sind nach der beabsichtigten Regelung von der Freizeichnung erfasst – widerspricht den gesetzlich garantierten Netzzugangs- und Leistungsansprüchen der Zugangsberechtigten. Denn ausweislich dieser Regelung würden selbst vorsätzliche Störungen unsanktioniert bleiben, die den Netzzugang und die bereitgestellten bzw. bereit zu stellenden Leistungen erheblich beeinträchtigen.

Vor diesem Hintergrund liegt ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV vor.

(5) Zuordnung von Maßnahmen und Kosten bei Störungen und Umweltschäden

Klausel Nr. 7.5.4.1 ABN

Klausel Nr. 7.5.4.1 ABN der Bescheidadressatin verstößt gegen die gemäß § 15 Abs. 1 EIBV vorgegebene Zuordnung der Sondermaßnahmen bei Störungen in den Verantwortungsbereich des Betreibers der Schienenwege, indem die Regelung die Vornahme von Sondermaßnahmen dem Zugangsberechtigten aufgibt. Gemäß § 15 Abs. 1 EIBV muss der Betreiber der Schienenwege zur Beseitigung von Störungen des Bahnbetriebs alle erforderlichen Maßnahmen treffen (§ 15 Abs. 1 S. 1 EIBV).

Im Störfall kann der Betreiber der Schienenwege nach § 15 Abs. 2 EIBV auch einzelne Schienenwege solange sperren, wie es zur Wiederherstellung der Befahrbarkeit des Systems erforderlich ist. Er kann – falls seine technischen Mittel nicht ausreichen – das Eisenbahnunternehmen um die notwendige Hilfe bitten. Die dem Eisenbahnunternehmen dafür entstandenen Kosten müssen diesem durch den Betreiber der Schienenwege grundsätzlich ersetzt werden (§ 15 Abs. 2 S. 3 EIBV).

Soweit die Bescheidadressatin den Eisenbahnunternehmen aufgibt, selbst unverzüglich für Abhilfe zu sorgen, widerspricht dies der der Bescheidadressatin als Betreiberin der Schienenwege durch § 15 Abs. 1 EIBV auferlegten Pflicht, alle erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung von Störungen des Bahnbetriebs zu treffen. Zu einer vollständigen oder partiellen Übertragung der sich aus § 15 Abs. 1 EIBV ergebenden Pflicht auf Eisenbahnunternehmen ist die Bescheidadressatin nicht berechtigt. So unterscheidet § 15 Abs. 1 EIBV auch nicht nach dem Verursacher der Störung. Soweit also Klausel Nr. 7.5.4.1 ABN zur „unverzüglichen Abhilfe“ verpflichtet, widerspricht dies § 15 Abs. 1 EIBV.

Klausel Nr. 7.5.5.3 ABN

Schließlich stellt auch Klausel Nr. 7.5.5.3 ABN eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung des Zugangsanspruchs der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV dar.

Hierin wird eine Kostenerstattungspflicht an die Bescheidadressatin durch die Zugangsberechtigten festgelegt, wenn die Zugangsberechtigten Umweltschäden verursacht haben und die Bescheidadressatin als Zustandsstörerin zur Beseitigung herangezogen worden ist. Diese Regelung greift nach ihrem Wortlaut auch, wenn die Bescheidadressatin sowohl als Zustandsstörerin als auch als Handlungsstörerin herangezogen wurde. Dies ist dann möglich, wenn sich ihre Störung nicht nur an ihr Eigentum an der Eisenbahninfrastruktur knüpft, sondern insbesondere auch an ein pflichtwidriges Unterlassen einer Handlung der Bescheidadressatin, welches mit zur Entstehung der Störung beigetragen hat. Eine derartige einseitige Begünstigung der Bescheidadressatin ist jedoch durch keinen sachlichen Grund zu rechtfertigen.

Daher ist die Klausel eindeutig dahingehend zu formulieren, dass sie nicht eingreift, wenn die Bescheidadressatin nicht nur Zustands-, sondern auch Handlungsstörerin im Zusammenhang mit den Umweltschäden war.

(6) Behördenvorbehalt

Klausel Nr. 7.4.8.1 ABN

Klausel Nr. 7.4.8.1 ABN stellt eine unzulässige Verkürzung des Netzzugangsanspruchs der Zugangspätern aus § 14 Abs. 1 und 2 AEG i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV dar.

Die Bescheidadressatin räumt sich in Klausel Nr. 7.4.8.1 ABN u. a. das Recht ein, jederzeit auf ihrem Betriebsgelände überprüfen zu können, ob der Zugangsberechtigte den vertraglich vereinbarten Nutzungszweck nicht überschreitet und ob er seinen vertraglichen Verpflichtungen nachkommt. Dazu wird festgelegt, dass die Beschäftigten der Bescheidadressatin die Fahrzeuge, Anlagen und Einrichtungen des Zugangsberechtigten betreten dürfen. Eine vorherige Zustimmung der Zugangsberechtigten ist hierfür keine Voraussetzung. Gerade der letzte Aspekt ist jedoch zu beanstanden.

Die Bescheidadressatin als juristische Person des Privatrechts ist nicht befugt sich Rechte zuzubilligen, die eine originäre staatliche Aufgabe sind. Die Fahrzeuge liegen im Verantwortungsbereich der Eisenbahnverkehrsunternehmen und nicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen.

§ 62 EBO sieht ein Betretungsrecht von Fahrzeugen nur von amtlich befugten Personen vor oder von denjenigen, die aufgrund eines besonderen Nutzungsrechts hierzu berechtigt sind. Die Bescheidadressatin ist jedoch weder amtlich noch aufgrund eines „Nutzungsrechts“ befugt, Fahrzeuge zu betreten. Daher ist es ihr grundsätzlich auch verwehrt, jederzeit die Fahrzeuge, Anlagen oder sonstigen Einrichtungen der Zugangsberechtigten zu betreten. Etwas anderes kann gelten, wenn die Zustimmung der Zugangsberechtigten zur Voraussetzung für die Wahrnehmung der dargestellten Rechte gemacht wird. Die Klausel muss entsprechend geändert werden.

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, unter welchem Gesichtspunkt das Prüfungs- und Betretungsrecht sich auf Anlagen und Einrichtungen erstrecken soll. Die Bescheidadressatin muss insoweit entweder einen sachlichen Grund für eine entsprechende Einbeziehung und eine Darstellung der insoweit relevanten Fälle darlegen, oder aber die „Anlagen und Einrichtungen“ aus der Vorschrift herausnehmen.

bb) Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Im Übrigen entsprechen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu Schienenwegen, soweit sie gegen das in § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV i.V.m. § 14 Abs. 1 S. 1 AEG verankerte Diskriminierungsverbot verstoßen.

Wegen eines materiellen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot sind die Klauseln Nr. 2.3.2 SNB, Nr. 2.3.5 SNB, Nr. 7.4.3.1 ABN, Nr. 2.4 SNB, Nr. 4.3.1 SNB, Nr. 4.3.2 SNB, Nr. 7.1.5.2 ABN, Nr. 7.4.5.1 ABN, Nr. 7.4.7.2 ABN, Nr. 7.7.5.1 ABN, Nr. 7.7.5.6 ABN sowie die Klauseln Nr. 2.3.3 SNB, Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Anlage 2 der SNB, Klausel Nr. 7.4.4 ABN und Klausel Nr. 7.5.1.4 ABN, Klausel Nr. 7.5.5.2 ABN, Klausel Nr. 7.4.5.3 ABN, Nr. 7.4.7.3 ABN, Nr. 4.2.1 b) SNB, Klausel Nr. 2.2.1 SNB, Klausel Nr. 7.1.7 ABN, Nr. 4.1 SNB, Nr. 7.1.1 ABN, Nr. 7.1.3.4 ABN, Nr. 7.2.14 ABN, Nr. 7.2.16 ABN, Nr. 7.4.7.4 ABN, Nr. 7.7.5.2 ABN, Nr. 7.7.5.5 ABN, Nr. 7.7.5.6 ABN und Nr. 7.7.5.7 ABN zu beanstanden.

Eine Diskriminierung liegt immer dann vor, wenn zusammengehörige – und damit gleichartige – Sachverhalte ungleich behandelt werden. Daraus folgt unmittelbar, dass eine Diskriminierung anderer begrifflich nicht nur dann vorliegt, wenn Einzelne gegenüber der Mehrheit vergleichbarer anderer benachteiligt werden, sondern umgekehrt auch dann, wenn einzelne gegenüber dieser Mehrheit bevorzugt werden,

vgl. insoweit allgemein zur Diskriminierungsfreiheit *Markert*, Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. A., 2001, § 20 Rn. 121 m. w. N.

Während es bei den der Feststellung einer Diskriminierung zugrunde zu legenden Sachverhalten auf deren Gleichartigkeit ankommt, liegt eine diskriminierungsrelevante Handlung bereits dann vor, wenn zwei solcher Sachverhalte ungleich behandelt werden. Daraus folgt zunächst ein rein formales Gleichbehandlungsgebot,

so für das Diskriminierungsverbot im TKG 1996 BVerwG, *Urt. v. 21.1.2004*, Az. BVerwG 6 C 1 03, *MMR* 2004, 398, 399.

Wenn zwei gleichartige Sachverhalte nicht identisch behandelt werden, liegt somit grundsätzlich eine Diskriminierung (im weiteren Sinne) vor. Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt. Denn auch wenn die erfassten Sachverhalte gleichartig sind, sind sie doch nicht gleich, entsprechen sich also nur in ihren wesentlichen Merkmalen. Die jenseits dieser Wesensgleichheit bestehen-

den Unterschiede können zum einen dazu führen, dass eine formale Ungleichbehandlung ausnahmsweise keine Diskriminierung (im weiteren Sinne) darstellt, weil sie in zulässiger Weise auf vorhandene Unterschiede reagiert, also auf „strukturell vorgeprägte“ Unterschiede,

vgl. für das Diskriminierungsverbot im TKG 1996 BVerwG, Urt. v. 21.1.2004, Az. BVerwG 6 C 1.03, MMR 2004, 398, 399.

Sie können aber zum anderen auch dazu führen, dass eine formale Gleichbehandlung ausnahmsweise eine Diskriminierung (im weiteren Sinne) darstellt, weil sich die formal gleiche Behandlung angesichts der bestehenden tatsächlichen Unterschiede materiell als Ungleichbehandlung erweist. Auch eine solche versteckte Ungleichbehandlung verstößt gegen das Diskriminierungsverbot,

vgl. LG Berlin, Urt. v. 12.10.2004, Az. 16 O 465/04 Kart., das die Unzulässigkeit einer bloß verdeckten Diskriminierung implizit voraussetzt, wenn es dort heißt, dass bestimmte Unternehmen nicht zu bevorzugen seien, und sei es auch versteckt.

Dieses so konturierte Diskriminierungsverbot ist nicht nur bei der tatsächlichen Gewährung des Zugangs zu Schienenwegen oder der tatsächlichen Erbringung einer von § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV erfassten Leistung zu beachten, sondern bereits bei der Festlegung von Nutzungsbedingungen für die Schienenwege. Die bloße Gestaltung von Nutzungsbedingungen selbst kann bereits einen unmittelbaren Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse ausüben. Denn auf der Grundlage der SNB erfolgt die tatsächliche Zugangsgewährung und Leistungserbringung.

§ 14d S. 1 Nr. 6 i.V.m. § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG sieht dementsprechend ausdrücklich eine Überprüfung gerade der Schienennetz-Benutzungsbedingungen am Maßstab der eisenbahnrechtlichen Vorgaben für den Zugang zu den Schienennetzen vor. Deren Kern ist aber das Diskriminierungsverbot. Schon aus der bloßen Existenz dieser Überprüfungsmöglichkeit folgt, dass nach der gesetzlichen Konzeption gerade die Schienennetz-Benutzungsbedingungen selbst gegen das Gebot der diskriminierungsfreien Zugangsgewährung verstoßen können.

Vor diesem Hintergrund lassen sich die in materieller Hinsicht beanstandeten Klauseln der Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin im Wesentlichen zwei Fallgruppen zuordnen, die bestimmte Aspekte dieser allgemeinen Anforderungen des Diskriminierungsverbotes an die Formulierung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen aufgreifen: Die Fallgruppe der „Einräumung unkonditionierter unternehmerischer Spielräume“ und die Fallgruppe „Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen“. Des Weiteren liegen aber auch weitere, diesen Fallgruppen nicht explizit zuzuordnende Verstöße vor.

Dazu im Einzelnen:

(1) Unkonditionierte Unternehmensspielräume

Nutzungsbedingungen können unternehmerische Spielräume des Unternehmens, das die Bedingungen aufstellt, erweitern und einschränken. Enthält eine Klausel in Nutzungsbedingungen eine Verpflichtung des betreffenden Unternehmens, wird dadurch sein unternehmerischer Spielraum zunächst eingeschränkt, wodurch grundsätzlich auch das Diskriminierungspotential bei der tatsächlichen Gewährung des Zugangs und der Erbringung der Leistungen eingeschränkt wird. Auch im Rahmen einer solchen Verpflichtung können dem Unternehmen jedoch unternehmerische Spielräume eingeräumt sein, bei deren Ausfüllung wiederum Diskriminierungspotential besteht. Ist die in Rede stehende Formulierung in den Nutzungsbedingungen weit gefasst, verbleibt dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen ein großer Spielraum bei der Ausführung. Die Einräumung solcher Spielräume kann die besonderen Umstände begründen, die erforderlich sind, um eine Nutzungsbedingung, deren Anwendung nicht zwingend diskriminierend erfolgen muss, als diskriminierend einzustufen.

Die Formulierung von Klauseln, die dem Unternehmen einen unternehmerischen Spielraum einräumen, erlaubt es diesem Unternehmen nämlich, sich bei der tatsächlichen Anwendung der Klausel auf deren ausdrückliche Regelung zu berufen. Das im Einzelfall wegen der Ausfüllung des gewährten unternehmerischen Spielraums möglicherweise diskriminierende Verhalten findet in der betreffenden Nutzungsbedingung zunächst eine ausdrückliche Ermächtigung. Die Darlegungslast eines von einer Diskriminierung betroffenen Unternehmens dafür, dass das formal von der Nutzungsbedingung gedeckte Verhalten tatsächlich diskriminierend ist, wird auf diese Weise auf den hiervon betroffenen Zugangsberechtigten verlagert bzw. zumindest zu seinen Lasten erhöht. Die Einräumung unternehmerischer Spielräume in einzelnen Nutzungsbedingungen ermöglicht Diskriminierungen daher nicht nur, sondern fördert sie positiv. Bei der Einräumung unkonditionierter unternehmerischer Spielräume liegen somit zumindest dann besondere Umstände vor, die eine nicht zwingend zu diskriminierenden tatsächlichen Folgen führende Klausel selbst als diskriminierend erscheinen lassen, wenn Gegenstand der Klausel ein Zugangsaspekt ist, dem besonderes Diskriminierungspotential zukommt. Hier muss der dem Zugangsverpflichteten eingeräumte Entscheidungsspielraum entsprechend konditioniert werden, so dass dieser nicht unter formaler Berufung auf den Wortlaut der Nutzungsbedingungen diskriminierende Maßnahmen treffen kann.

Vor diesem Hintergrund verstoßen die Klauseln Nr. 2.3.2 SNB, Nr. 2.3.5 SNB, Nr. 7.4.3.1 ABN, Nr. 2.4 SNB, Nr. 4.3.1 SNB, Nr. 4.3.2 SNB, Nr. 7.1.5.2 ABN, Nr. 7.4.5.1 ABN, Nr. 7.4.7.2 ABN, Nr. 7.7.5.1 ABN, Nr. 7.7.5.2 ABN, Nr. 7.7.5.5 ABN, Nr. 7.7.5.6 ABN und Nr. 7.7.5.7 ABN gegen das Diskriminierungsverbot.

Im Einzelnen liegen folgende Verstöße gegen das Diskriminierungsgebot aufgrund der fehlenden Konditionierung von Ermessensspielräumen vor:

(a) Streckenbezogene Freigabe von Fahrzeugen durch die DB Netz AG

Klausel Nr. 2.3.2 SNB

Die Inhalte der Klausel Nr. 2.3.2 SNB genügen nicht den Anforderungen, die sich aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG, § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Begrenzung des unternehmerischen Spielraums in den Nutzungsbedingungen ergeben.

Die Klausel verstößt damit gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG, § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV. Nach der konkreten Ausgestaltung der Klausel geht damit außerdem eine unzulässige Beschränkung des Netzzugangsanspruchs der Zugangspetenten einher, so dass auch ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 und 2 AEG i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV vorliegt.

In Klausel Nr. 2.3 SNB regelt die Bescheidadressatin: „Durch die DB Netz AG erfolgt in besonderen Fällen auf der Basis der Abnahme/Inbetriebnahmegenehmigung oder vorher als behördlich geforderte Voraussetzung für die Abnahme eine streckenbezogene Freigabe der Fahrzeuge. Diese – ggf. mit besonderen Bedingungen verbundene – Freigabe kann für einzelne Relationen, für Teilnetze oder für das gesamte Streckennetz der DB Netz AG erteilt werden

Die Freigabe dient dem Ziel, die infrastrukturelle Verträglichkeit des Fahrzeugs festzustellen.“ Unter den Klauseln Nr. 2.3.1 SNB und 2.3.2 SNB folgen sodann Ausführungen zur konkreten Vorgehensweise bei diesem Verfahren. Damit räumt sich die Bescheidadressatin im Zusammenhang mit den betrieblich-technischen Zugangsbedingungen, die der Sicherstellung der Kompatibilität zwischen Fahrzeug und Fahrweg dienen, in „besonderen Fällen“ ein besonderes streckenbezogenes Freigaberecht für Fahrzeuge ein, welches dauerhaft gelten soll.

Diese Freigabe soll ggf. mit besonderen Bedingungen verbunden sein und soll für einzelne Relationen, für Teilnetze oder für das gesamte Streckennetz der DB Netz AG erteilt werden können

Durch ein derartiges, einer Behörde vorbehaltenes Freigaberecht, könnte die Bescheidadressatin die Zugangsberechtigten durch willkürliche Einbeziehung nicht näher definierter Kompatibilitäts-Kriterien und Bedingungen - wie in der Klausel 2.3.2 SNB nicht abschließend aufgelistet - ungleich behandeln und willkürliche „von Fall zu Fall-Entscheidungen“ vornehmen. Letztlich ermöglicht ihr die Klausel 2.3.2 SNB ein neben den allgemeinen Zugangsbedingungen bestehendes umfangreiches Recht zu Ergänzungen und eigenmächtige Neugestaltungen von Zugangsbedingungen.

Vor diesem Hintergrund fragt sich zunächst, ob das von der Bescheidadressatin beabsichtigte Verfahren möglicherweise von vornherein per se auszuschließen ist. Dies könnte der Fall sein, da die notwendigen betrieblich-technischen Zugangsbedingungen grundsätzlich abschließend nach Maßgabe der EBO sicherzustellen und von den zuständigen Behörden zu überprüfen sind: Nach § 32 Abs. 1 der Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (EBO) dürfen neue Fahrzeuge erst in Betrieb genommen werden, wenn sie abgenommen worden sind. § 32 Abs. 2 EBO bestimmt, dass die Fahrzeuge planmäßig wiederkehrend zu untersuchen sind. Nach der Rechtsprechung des OVG Münster gehören diese Untersuchungen nicht zu den von einer Behörde wahrzunehmenden Aufgaben, sondern sind Angelegenheit des Fahrzeugeigentümers oder Verkehrsunternehmens, wofür die Nachweisführungspflicht des § 32 Abs. 4 EBO spreche,

vgl. OVG Münster, Urteil vom 31.01.2002, Az.: 20 A 1501/01 (die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in diesem Urteil wurde zurückgewiesen durch BVerwG, Beschluss vom 30. Mai 2002, Az.: 3 B 72.02).

Details hierzu regelt § 32 Abs. 3 EBO. Über die Untersuchungen der Fahrzeuge sind Nachweise zu führen (§ 32 Abs. 4 EBO). Die Abnahme im Sinne des § 32 Abs. 1 EBO durch die zuständige Behörde stellt abschließend fest, ob das jeweilige Fahrzeug verkehrstauglich ist.

Die Vorschrift wäre sinnentleert, wenn es in das Belieben einzelner Eisenbahninfrastrukturbetreiber gestellt wäre, zusätzlich zu dieser staatlichen Abnahme noch weitere streckenbezogene Abnahmen vorzusehen.

Die auf eine derartige Möglichkeit gerichtete Klausel Nr. 2.3.2 SNB stellt daher eine unzulässige Beschränkung des Netzzugangsanspruchs der Zugangspetenten aus § 14 Abs. 1 und 2 AEG i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV dar. Sollten einzelne Strecken im Netz eines Eisenbahninfrastrukturbetreibers nur von bestimmten Fahrzeugen befahren werden können, ist dies im Rahmen der Beschreibung der Infrastruktur anzugeben.

Vor diesem Hintergrund sowie vor dem Hintergrund, dass Klausel Nr. 2.3.2 SNB mit der Anordnung einer über dieses Verfahren hinausgehenden „streckenbezogenen Freigabe“ durch die Bescheidadressatin den Netzzugangsanspruch der Zugangsberechtigten aus § 14 Abs. 1 und 2 AEG i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 2 EIBV verkürzt, sind hohe Anforderungen an eventuelle Einzelfälle zu stellen, die eine streckenbezogene Freigabe ausnahmsweise rechtfertigen.

Derartige Ausnahmefälle sind denkbar, wenn Fahrzeuge, die in der Vergangenheit unter Beachtung der maßgeblichen Vorschriften (insbesondere der Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung, EBO) von der zuständigen Behörde ihre Zulassungen erhalten haben – und weiterhin „Bestandsschutz“ genießen – mit geltenden Infrastrukturbedingungen und ggf. auch den darauf abgestimmten heute geltenden Vorschriften inkompatibel sind.

Diese Fälle werden von den zuständigen Landes- und Bundesbehörden (Eisenbahn-Bundesamt, zuständige Aufsichtsbehörden der Länder bzw. Landesbevollmächtigter für Bahnaufsicht, LfB) nicht geregelt. Insbesondere werden diese Fallkonstellationen auch nicht im Rahmen der in der Praxis gängigen Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen (auf Grundlage der RL 2001/14/EG) geregelt.

Ausweislich einer Auskunft des Eisenbahn-Bundesamtes begrenzt sich der Prüfumfang bei Fahrzeugen auf die Beschreibung der Sicherstellung und Dokumentation, dass Fahrzeuge den

technischen Vorschriften entsprechen und nur auf kompatiblen Strecken zum Einsatz kommen. Dabei wird lediglich geprüft, ob in Eisenbahnverkehrsunternehmen unternehmensinterne Regelungen vorhanden bzw. nachgewiesen sind, durch die letztlich sichergestellt werden kann, dass Fahrzeuge den technischen Vorschriften entsprechen und nur auf kompatiblen Strecken zum Einsatz kommen. In diesem Zusammenhang liegen den Antragsunterlagen keine Unterlagen zu Fahrzeugen bei. Die beispielhaft in den SNB der Bescheidadressatin aufgezählten Kompatibilitätskriterien (Lichttraumbedarf, Fahrwegbeanspruchung, Bremsen, Verträglichkeit, Ausrüstung etc.) sind grundsätzlich nicht Prüfgegenstand im Rahmen der Erteilung von Sicherheitsbescheinigungen. Insoweit können im Hinblick auf den konkreten Abgleich von Einsatzbedingungen der Fahrzeuge Lücken bestehen, die zur Vermeidung potenzieller Schäden sowohl beim Eisenbahninfrastrukturbetreiber als auch beim Eisenbahnverkehrsunternehmen in bestimmten Netzbereichen geschlossen werden müssen.

Entsprechende Einzelheiten des Zugangs, zu denen insbesondere auch die der Betriebssicherheit dienenden Bestimmungen zählen, sind gemäß § 14 Abs. 6 AEG zwischen Zugangsberechtigten und Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu vereinbaren.

Vor diesem Hintergrund kann eine ergänzende „streckenbezogene Freigabe“ der Bescheidadressatin vor dem Hintergrund bestehender Änderungen der Infrastruktur in Einzelfällen in beschränktem Umfang zulässig und für die Beteiligten sachgerecht sein. Aufgrund des mit dem Verfahren verbundenen hohen Diskriminierungspotenzials und der Gefahr der unzulässigen Beschränkung der Netzzugangsrechte einzelner Zugangsberechtigter sind an die damit verbundenen Voraussetzungen jedoch besonders strenge Anforderungen zu stellen. Mit Blick auf die in Klausel Nr. 2.3.2 SNB vorzunehmenden Definitionen und Entscheidungen ist ein besonders strenger Maßstab an die Transparenz und die diskriminierungsfreie Ausgestaltung der Klausel anzulegen. Diesen erfüllt die Bescheidadressatin nicht annähernd. Sie räumt sich vielmehr durch offene Formulierungen und eine lediglich punktuelle Aufzählung der ergänzend zu prüfenden Kompatibilitäts-Kriterien und Bedingungen, die mit der streckenbezogenen Freigabe verbunden sein können, einen unkonditionierten unternehmerischen Spielraum ein, der ein ganz erhebliches Diskriminierungspotenzial birgt

Das Verfahren zur streckenbezogenen Freigabe muss diskriminierungsfrei ausgestaltet werden, bzw. zumindest das vorhandene Diskriminierungspotenzial auf ein Mindestmaß reduzieren

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die angesprochenen Ausnahmefälle jedenfalls von vorn herein nur dann in Betracht kommen, wenn die Bescheidadressatin das durchzuführende Verfahren für alle Zugangsberechtigten transparent ausgestaltet und im Einzelnen beschreibt. Insbesondere muss § 4 EBV berücksichtigt und dargestellt werden.

Aus der Klausel muss unmissverständlich hervorgehen, dass eine einseitige diskriminierende Entscheidung für eine streckenbezogene Freigabe durch die Bescheidadressatin nicht getroffen werden darf, sondern dass die Vorgehensweise vielmehr in Übereinstimmung der Beteiligten getroffen werden muss. Diese Voraussetzung ist zwingend, da der Bescheidadressatin andernfalls eine uneingeschränkte eigenmächtige Neugestaltungen von Zugangsbedingungen eingeräumt wäre.

Darüber hinaus ist weiteres Diskriminierungspotenzial zu minimieren:

In Klausel Nr. 2.3 SNB verweist die Bescheidadressatin auf „besondere Fälle“, die eine streckenbezogene Freigabe erforderlich machen können; diese sei „ggf. mit besonderen Bedingungen verbunden“.

Eine derart offene Formulierung kann nur Bestand haben, wenn die maßgeblichen Kompatibilitäts-Kriterien und die entsprechenden „Bedingungen“ unter Klausel Nr. 2.3.2 abschließend aufgezählt werden.

Das jeweils dort eingefügte „u.a.“ ist zwingend zu streichen.

Andernfalls hätte es die Bescheidadressatin in der Hand, die Zugangsberechtigten durch willkürliche Einbeziehung nicht näher definierter Kompatibilitäts-Kriterien und Bedingungen ungleich zu behandeln und willkürliche Entscheidungen vorzunehmen. Letztlich ermöglicht ihr die Klausel 2.3.2 SNB eine neben den allgemeinen Zugangsbedingungen bestehende umfängliche Möglichkeit zur Ergänzung und eigenmächtigen Neugestaltung von Zugangsbedingungen. Um dies zu vermeiden bedarf es einer abschließenden Aufzählung der Kompatibilitäts-Kriterien und Bedingungen in Ziffer 2.3.2 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in der Anhörung vom 06.11.2006 ausgeführt hat, eine solche sei nicht möglich, da denkbar sei, dass zu den „typischen“ Fällen im Einzelfall ein weiterer hinzukäme, rechtfertigt dies nicht die Einräumung erheblicher Diskriminierungspotenziale.

Eine abschließende Aufzählung ist der Bescheidadressatin im konkreten Fall vor dem geschilderten Hintergrund zumutbar. Unter die abschließende Aufzählung könnte die Bescheidadressatin beispielsweise einen Passus einfügen, wonach in Einzelfällen ein weiteres Kompatibilitäts-Kriterium/eine weitere Bedingung einbezogen werden kann, wenn dies nach Übereinstimmung der betroffenen Eisenbahnbetriebsleiter (der Bescheidadressatin einerseits und dem jeweiligen Zugangsberechtigten andererseits) notwendig erscheint.

In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung verstößt Klausel Nr. 2.3.2 SNB insbesondere aufgrund der zweifach angewandten offenen Formulierung „u.a.“ gegen das §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1, S. 2 EIBV. Klausel Nr. 2.3.2 SNB ist deshalb zu widersprechen.

(b) Diskriminierende Zugangsbedingungen

Klausel Nr. 2.3.5 SNB

Die Klausel Nr. 2.3.5 SNB verstößt gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV. Die Klausel eröffnet der Bescheidadressatin zum einen unkonditionierte Ermessensspielräume, die die Bescheidadressatin im Sinne einer diskriminierenden Vorgehensweise ausnutzen kann.

Gleichzeitig wird auch gegen das unten unter 1) b) bb) (2) noch im Einzelnen darzulegende Transparenzgebot verstoßen. Zum anderen finden sich in dieser Klausel konkrete Diskriminierungen einzelner Zugangsberechtigter dadurch, dass deren gesetzlich vorgesehenen Zugangs- und Leistungsrechte durch das Aufstellen von Restriktionen und Zugangsbedingungen ohne sachlichen Grund unzulässig einschränkt wird. Schließlich begründen die von der Bescheidadressatin aufgestellten Restriktionen, soweit sie ungerechtfertigt sind, einen Verstoß gegen die den Zugangsberechtigten gemäß §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV eingeräumten Zugangs- und Leistungsrechte, da sie diese insgesamt in unzulässigem Umfang beschränken.

Die Klausel Nr. 2.3.5 SNB verstößt somit in mehrfacher Hinsicht gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV

Im Einzelnen:

Die Bescheidadressatin veröffentlicht in Klausel Nr. 2.3.5 SNB „Besondere Zugangsbedingungen“ für die Neubaustrecken Nord-Süd-Verbindung Berlin sowie Nürnberg – Ingolstadt (Klauseln Nr. 2.3.5 SNB). In Klausel Nr. 2.3.6 SNB folgen besondere Zugangsbedingungen für die Schnellfahrstrecken Hannover - Würzburg und Mannheim – Stuttgart. Dabei nennt die Bescheidadressatin verschiedene Zugangsbedingungen, insbesondere Restriktionen betreffend diese Strecken. Hinsichtlich der Nord-Süd-Verbindung Berlin heißt es neben anderen Restriktionen u.a.:

„Kein fahrplanmäßiger Dieselbetrieb“
 „Kein Güterverkehr“.

Letzteres gilt auch für die Strecke Nürnberg – Ingolstadt.

Soweit die Bescheidadressatin auf der Neubaustrecke Nord-Süd-Verbindung Berlin den „fahrplanmäßigen“ Dieselverkehr ausschließt, liegt ein Verstoß gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1, S. 2 EIBV vor.

Nach den Ausführungen der Bescheidadressatin besteht diese Regelung vor dem Hintergrund zwingend zu beachtender Brandschutzbestimmungen und Sicherheitsauflagen, die einen entsprechenden Ausschluss von Dieselfahrzeugen auf dieser konkreten Strecke vorgeben. Danach ist ein genereller Ausschluss des Dieselverkehrs bezogen auf diese konkrete Strecke erforderlich und mithin zumindest gegenwärtig auch gerechtfertigt. Unklar ist vor diesem Hintergrund jedoch die Vorgabe kein *fahrplanmäßiger* Dieselbetrieb. Die Einschränkung „fahrplanmäßig“ lässt den Schluss zu, dass in Ausnahmefällen Dieselbetrieb möglich sein kann. Die Bescheidadressatin hat in der Anhörung am 06.11.2006 dazu ausgeführt, dass tatsächlich lediglich im Regeleinsatz keine Dieselfahrzeuge erlaubt sind. „Fahrplanmäßig“ beziehe sich auf denkbare Ausnahmen wie beispielsweise ein dringliches Abschleppen liegen gebliebener ICE-Einheiten. Bei den hier zum Einsatz kommenden Hilfsfahrzeugen und Abschleppwagen könne es sich typischerweise um Dieselfahrzeuge handeln.

Um den Vorgaben der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 EIBV gerecht zu werden, müssen diese Ausnahmen in den SNB dargestellt werden.

Andernfalls hat es die Bescheidadressatin durch die Formulierung „*fahrplanmäßiger* Dieselbetrieb“ in der Hand, derartige Ausnahmen frei festzulegen und ohne sachlichen Grund bestimmte dieselbetriebene Fahrzeuge zuzulassen, während andere ausgeschlossen werden. Die Zugangsberechtigten können darüber hinaus aufgrund der intransparenten Darstellungsweise die konkreten Vorgaben nicht zuverlässig einschätzen. Die insoweit erhebliche Diskriminierungsrelevanz in Klausel Nr. 2.3.5 SNB kann und muss dadurch ausgeschlossen werden, dass das Wort „fahrplanmäßig“ gestrichen und stattdessen ein Satz aufgenommen wird, wonach Dieselbetrieb nur in bestimmten Notfällen ausnahmsweise zulässig ist. Diese Notfälle sind sodann zu benennen.

Darüber hinaus liegt ein Verstoß gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 2 S. 1 und 2 EIBV vor, soweit die Bescheidadressatin auf den Neubaustrecken Nord-Süd-Verbindung Berlin sowie Nürnberg – Ingolstadt pauschal den Güterverkehr ausschließt. Mangels einer auf diesen Strecken insoweit zwingend vorzunehmenden Differenzierung werden die Güterverkehrsbetreiber diskriminiert und werden ihre gesetzlich vorgesehenen Zugangs- und Leistungsrechte unzulässig verkürzt. Hierfür sind auch keine sachlichen Rechtfertigungen ersichtlich.

Die EG-Richtlinie 2001/14/EG trifft eine grundsätzliche Entscheidung zur Förderung des Güterverkehrs. So heißt es z.B. unter Art. 4 Abs. 3 sowie gleich lautend unter Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie: „Die Betreiber der Infrastruktur arbeiten im Interesse einer effizienten Durchführung von Eisenbahnverkehrsdiensten, die mehrere Schienennetze berühren, zusammen. Sie müssen insbesondere bestrebt sein, die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs zu gewährleisten und die effiziente Nutzung des Transeuropäischen Schienengüternetzes sicherzustellen.“

In Art. 22 Abs. 4 heißt es: „(...) Die Mitgliedstaaten können in diesem Rahmen zur Sicherstellung angemessener Verkehrsdienste, insbesondere um den Erfordernissen eines öffentlichen Verkehrsdienstes gerecht zu werden oder um die Entwicklung des Schienengüterverkehrs zu fördern, unter nichtdiskriminierenden Bedingungen die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit diese Dienste bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität Vorrang erhalten (...)“.

Dementsprechend finden sich auch im deutschen Eisenbahnrecht Entscheidungen zugunsten einer Privilegierung des Güterverkehrs (vgl. z.B. § 9 EIBV). Trifft ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen demgegenüber in seinen SNB und im Hinblick auf die damit verbundene Umsetzung von deren Inhalten eine explizite Entscheidung gegen den Güterverkehr, so findet dies zunächst

in den Vorgaben der Richtlinie und – diese umsetzend – in § 1 Abs. 1 S. 1, S. 2 AEG, der als Zielsetzungen der AEG u.a. die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene (S. 1) sowie die Umsetzung oder Durchführung von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft im Bereich des Eisenbahnrechts (S. 2) keine Bestätigung.

Eine diskriminierende Regelung, die unabhängig von ihrem diskriminierenden Charakter auch keinerlei Rechtfertigung in Ziel, Sinn und Zweck des Eisenbahnrechts findet, kann nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn diese aufgrund eines sachlichen Grundes zwingend geboten ist.

Die bewusste Einschränkung des Güterverkehrs müsste also in diesem Sinne sachlich gerechtfertigt sein. Dies kommt insbesondere im Hinblick auf sicherheitsrelevante Vorgaben und Erfordernisse in Betracht. So kann eine Regelung wie in Klausel 2.3.5 SNB getroffen werden, wenn die Sicherheit des Eisenbahnverkehrs nach § 4 AEG es erfordert, dass auf Streckenabschnitten vorübergehend kein Betrieb zugelassen wird.

Die Bescheidadressatin hat dazu vorgetragen, dass eine Entscheidung, die betroffenen Strecken hochwertigem Fern- und Nahverkehr vorzubehalten, vor dem Hintergrund sicherheitsrelevanter Gesichtspunkte getroffen worden sei. Insbesondere wurde auf die „Richtlinie zu den Anforderungen des Brand- und Katastrophenschutzes an den Bau und Betrieb von Eisenbahntunneln“ (sog. „Tunnelrichtlinie“) (abrufbar im Internet unter <http://www.eisenbahn-bundesamt.de/Service/files/down.php?page=1>) des Eisenbahn-Bundesamtes verwiesen. Diese Richtlinie schreibt insbesondere unter Ziff. 3.1 fest, dass bei zweigleisigen Tunneln fahrplanmäßige Begegnungen zwischen Reise- und Güterzügen nicht vorgesehen werden dürfen.

Schließlich verweist die Bescheidadressatin noch auf Vorgaben des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Städteentwicklung mit Auflagen und Restriktionen betreffend die Streckengeschwindigkeit auf der Strecke Nürnberg – Ingolstadt sowie auf einen Planfeststellungsbeschluss des Eisenbahn-Bundesamtes, wonach aus Sicherheitsgründen Maßnahmen zum Begegnungsausschluss von Reise- und Güterzügen in einem bestimmten Tunneln getroffen werden müssen. Keine dieser Ausführungen ist geeignet, auf den in Bezug genommenen Strecken den Güterverkehr insgesamt auszuschließen.

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei der genannten Planfeststellung um einen anlagenbezogenen Beschluss (konkret für den Tunnel Göggelsbuch, Bereich Landkreis Roth; PFA 31, km 24,55 bis 31,800) handelt, der also nicht auf einen betriebsbezogenen Ausschluss von „Güterverkehr“ abzielt. Auch die übrigen Vorgaben zwingen nicht zu einer solchen Maßnahme. Dies hat die Bescheidadressatin selbst anerkannt. Sie hat unter Bezugnahme auf die dargestellten Vorgaben zu ihrer güterverkehrausschließenden Regelung in Klausel Nr. 2.3.5 SNB ausgeführt: „

„ Dasselbe wird hinsichtlich der Strecke Nürnberg – Ingolstadt ausgeführt. Die Bescheidadressatin geht also selbst zutreffend davon aus, dass die bestehenden Vorgaben sich nach dem geltenden Recht auch ohne einen vollständigen Ausschluss des Güterverkehrs Nord-Süd-Verbindung einhalten lassen. Aus ihrer Argumentation ergibt sich auch ansonsten kein sachlicher Grund für eine im Ausnahmefall mögliche Rechtfertigung für den diskriminierenden und den eisenbahnrechtlichen Vorgaben grundsätzlich widersprechenden Ausschluss des Güterverkehrs. Ihrer Argumentation ist nicht zu folgen. Richtig ist zwar, dass die sicherheitsrelevanten Belange im Eisenbahnverkehr höchste Priorität genießen und diese u.a. – unter Berücksichtigung der Vorgaben zum Tunnelbegegnungsverbot – mit Blick auf notwendige Begegnungsverbote vollumfänglich Beachtung finden müssen. Falsch ist jedoch, dass dieser Umstand zu einem vollständigen Ausschluss des Güterverkehrs auf den betroffenen Strecken führen muss. Falsch ist auch, dass nur ein solcher Ausschluss geeignet ist, den Sicherheitsvorgaben umfänglich gerecht zu werden.

Vielmehr kann ohne Weiteres zwischen solchem Güterverkehr differenziert werden, für den aufgrund des Transportes gefährlicher Güter die restriktiven Vorgaben Anwendung finden müssen und solchem, der keine gefährlichen Güter transportiert. Eine solche Unterscheidung ist schon zum Zeitpunkt der Trassenanmeldung möglich. Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Unterscheidung auch z. B. anhand der sog. „Wagenliste“ (d. h. dem Verzeichnis aller Wagen im Zugverband mit Angaben zur Stellung im Zugverband, Wagen-Nr., Ladezustand und bei Beladung mit gefährlichem Gut die UN-Nr. und ggf. weiteren Angaben) möglich. Während für den Transport gefährlicher Güter der Ausschluss vor dem Hintergrund bestehender Begegnungsverbote insgesamt gerechtfertigt erscheint, gilt dies nicht für Güterverkehre, die ungefährliche Güter transportieren wie z. B. Nahrungsmittel, technische Geräte o. ä. Im Hinblick auf diese ist die Gefährdungslage keine andere – bzw. im Ergebnis wohl sogar eine geringere – als die zwischen zwei Personenzügen.

Für einen Ausschluss des Güterverkehrs insgesamt und die damit verbundenen Einschränkungen des Netzzugangsanspruches der betroffenen Zugangsberechtigten sowie die damit verbundene Diskriminierung dieser Wettbewerber besteht somit kein sachlicher Grund.

Hier muss die Bescheidadressatin also differenzieren und diese Differenzierung in Klausel Nr. 2.3.5 SNB festschreiben

Soweit Klausel Nr. 2.3.5 SNB den Ausschluss des Güterverkehrs insgesamt, d. h. den undifferenzierten Ausschluss jeglichen Güterverkehrs auf den Neubaustrecken Nord-Süd-Verbindung Berlin sowie Nürnberg – Ingolstadt festschreibt, verstößt dies gegen die eisenbahnrechtliche Gewährleistung des Netzzugangs- und Leistungsanspruches der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV sowie gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und 2 EIBV. Die Klausel eröffnet der Bescheidadressatin zum einen unkontrollierte Ermessensspielräume, die die Bescheidadressatin im Sinne einer diskriminierenden Vorgehensweise ausnutzen kann. Gleichzeitig wird auch gegen das unten unter 1) b) bb) (2) noch im Einzelnen darzulegende Transparenzgebot verstoßen. Zum anderen finden sich in dieser Klausel konkrete Diskriminierungen einzelner Zugangsberechtigter dadurch, dass deren gesetzlich vorgesehene Zugangs- und Leistungsrechte durch das Aufstellen von überzogenen Restriktionen und Zugangsbedingungen ohne sachlichen Grund unzulässig einschränkt werden.

Klausel Nr. 7.4.3.1 ABN

Auch Klausel Nr. 7.4.3.1 ABN verstößt insoweit gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Nach dieser Klausel soll das eingesetzte Personal der Zugangsberechtigten neben der Erfüllung der Voraussetzungen der EBO, „die deutsche Sprache in Wort und Schrift beherrschen“. Dies hat zur Folge, dass sämtliches Personal, welches vom Zugangsberechtigten eingesetzt wird, diese Voraussetzungen erfüllen muss. Die Bescheidadressatin könnte, sollte das Personal nicht den Voraussetzungen der Klausel entsprechen, den Zugangsberechtigten den Zugang aufgrund formaler Berufung auf die Vorschrift verwehren. Dies wäre jedoch nur dann mit der Pflicht zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs vereinbar, wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliegen würde. Eine derartige Vorgabe geht über die entsprechenden Vorschriften der EBO deutlich hinaus. Dort sind solche Regelungen lediglich für die Betriebsbeamten im Sinne des § 47 EBO vorgesehen.

Würde von den Zugangsberechtigten als Voraussetzung für einen Zugang verlangt, dass sämtliches Personal die Voraussetzungen der Klausel erfüllen müsste, würde dies bedeuten, dass erheblich in die Personalpolitik der Zugangsberechtigten eingegriffen werden würde. Hierdurch würde ihr unternehmerischer Spielraum und letztlich auch ihre Wettbewerbsmöglichkeiten stark eingeschränkt werden.

Da der Gesetzgeber in der EBO bereits Vorgaben zu den Anforderungen an das Personal von Eisenbahnverkehrsunternehmen festgelegt hat, ist eine strengere Regelung als die gesetzliche

in den Nutzungsbedingungen nur dann zu rechtfertigen, wenn ausnahmsweise die gesetzlichen Vorgaben aufgrund von Besonderheiten des Betriebs der Schienenwege nicht ausreichend sein sollten oder ein sonstiger sachlicher Grund eine Ausnahme rechtfertigt. Derartige Besonderheiten sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich, so dass die Regelung in Klausel Nr. 7.4.3.1 ABN daher den Vorgaben in der EBO anzupassen ist.

(c) Willkürentscheidungen durch offene Begriffe

Klausel Nr. 2.4 SNB

Des Weiteren genügt auch die Klausel Nr. 2.4 SNB, der zufolge „Für die Durchführung von außergewöhnlichen Transporten, die in der Größe oder den technischen Eigenschaften nicht den Vorgaben der EBO entsprechen“ (...), *in der Regel* eine Beförderungszusage (Bza) erforderlich“ ist, nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Begrenzung des unternehmerischen Spielraums in den Nutzungsbedingungen ergeben.

Dies eröffnet der Bescheidadressatin einen Spielraum, derartige Bescheinigungen wegen fehlender Anmeldungen ggf. willkürlich abzulehnen. Um das hiermit verbundene Diskriminierungspotenzial auszuschließen müssten entweder die für alle Zugangsberechtigten gleichermaßen geltenden Ausnahmen aufgeführt werden, oder es muss durch das Streichen von „in der Regel“ eine gleichermaßen für alle geltende Verpflichtung festgeschrieben werden.

Da sich nähere Angaben zu Trassenanmeldungen für außergewöhnliche Transporte lediglich in den ABN der Bescheidadressatin finden, sind die dort gemachten Ausführungen auch nicht geeignet, dem in den SNB eingeräumten unkonditionierten unternehmerischen Ermessensspielraum der Bescheidadressatin entgegen zu treten. Darüber hinaus wird aber auch aus den Vorschriften nicht deutlich, welche außergewöhnlichen Trassen letztlich eine Beförderungszusage erfordern; insoweit erfolgen lediglich wechselseitige Verweise. Klausel Nr. 2.4 SNB ist daher zu beanstanden.

Klausel Nr. 4.3.1 SNB

Ferner räumt auch Klausel Nr. 4.3.2 SNB der Bescheidadressatin einen unkonditionierten Ermessensspielraum ein, der einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 14 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV begründet. In Klausel Nr. 4.3.1 SNB regelt die Bescheidadressatin zur Thematik „Abweichungen vom Regelbetrieb und Maßnahmen bei Störungen“: „Je nach Umfang einer Betriebsbehinderung werden seitens der DB Netz AG Maßnahmen zur schnellstmöglichen Rückkehr zum Regelzustand in der Betriebsführung eingeleitet“ (...). Diese Formulierung – „je nach Umfang“ – belässt im Hinblick auf die angekündigten Maßnahmen einen diskriminierungsrelevanten Ermessensspielraum. Sie ermöglicht es der Bescheidadressatin, frei festzulegen, wann und im Hinblick auf welche Zugangsberechtigten sie Maßnahmen zur Behebung von Betriebsbehinderungen ergreift und wann sie darauf verzichtet. Für die betroffenen Unternehmen ist die Behebung von Betriebsbehinderungen im Störfall von zentraler Bedeutung. Werden einem Zugangsberechtigten gegenüber seinen Wettbewerbern keine oder weniger wirksame Maßnahmen angeboten, führt dies zu einer erheblichen Benachteiligung. Zur Herstellung einer diskriminierungsfreien Vorgehensweise, die die Gleichbehandlung der Zugangsberechtigten gewährleistet, ist in der Klausel die Formulierung „Je nach Umfang“ zu streichen.

Klausel Nr. 4.3.2 SNB

Dasselbe gilt hinsichtlich der Klausel Nr. Nr. 4.3.2 SNB. Gemäß Klausel Nr. 4.3.2 SNB werden in Störfällen die hieran beteiligten Zugangsberechtigten „je nach Umfang der Störung“ durch die Bescheidadressatin benachrichtigt.

Bei den mit einem Störfall verbundenen Informationen handelt es sich um für die Zugangsberechtigten erheblich relevante Daten, die sie zur Wahrnehmung ihrer Zugangsrechte zwingend benötigen und die vor diesem Hintergrund erhebliches Diskriminierungspotential in sich bergen. Wenn der Zugang zum Schienennetz durch Störungen beeinträchtigt ist, müssen die betroffenen Unternehmen hiervon frühestmöglich Kenntnis erlangen, um ihre Betriebsabläufe entsprechend anzupassen.

Erhalten beteiligte Unternehmen keine Benachrichtigung oder erfolgt diese zu spät, kann dem einzelnen Unternehmen ein erheblicher Schaden entstehen. Der Zugang zu betriebswichtigen Informationen ist für die Inanspruchnahme von Rechten auf Zugang zu Schienennetzen somit generell von zentraler Bedeutung und deshalb auch in erheblichem Maße diskriminierungsrelevant,

vgl. für den Bereich des Telekommunikationsrechts *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. A., 2001, § 33 Rn 46

Die Bescheidadressatin hat es nämlich in der Hand, durch die Entscheidung über das „ob“ oder durch die Wahl des Zeitpunkts, zu dem es über die „Störfälle“ informiert, einzelne Zugangsberechtigte zu diskriminieren. Auch die im Hinblick auf Klausel Nr. 4 3 2 SNB bestehende Benachrichtigungsregelung muss daher tatbestandlich konditioniert werden. Dies könnte namentlich dadurch geschehen, dass der Passus „je nach Umfang der Störung“ gestrichen wird.

Klausel Nr. 7.1.5.2 ABN

Klausel Nr. 7 1 5 2 ABN räumt der Bescheidadressatin ebenfalls einen unkonditionierten Ermessensspielraum ein, der einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 14 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV begründet. Dies geschieht dergestalt, dass die Bescheidadressatin ausweislich der Klausel „berechtigt“ ist, bei Überschreitung der Nutzungsdauer durch einen Zugangsberechtigten aus von diesem zu vertretenden Gründen die Fahrzeuge des Zugangsberechtigten nach den Vorschriften über Rechte und Pflichten bei Störungen (Klausel Nr. 7 5 ABN) zu behandeln.

Dadurch, dass die Bescheidadressatin sich eine entsprechende Berechtigung einräumt, legt sie nicht eindeutig fest, ob sie tatsächlich im Einzelfall bei einer Nutzungsüberschreitung durch einen Zugangsberechtigten die genannten Vorschriften anwendet oder nicht. Es wird nicht deutlich, wann ein Zugangsberechtigter als Störer der Einrichtung behandelt wird. Die Bescheidadressatin hat es in der Hand, hier willkürlich zu entscheiden und zu diskriminieren. Die Klausel muss so gefasst werden, dass eine Gleichbehandlung der sämtlichen insoweit betroffenen Zugangsberechtigten gewährleistet ist.

Klauseln 7.4.5.1 und 7.4.7.2 ABN

Ähnliche Erwägungen gelten auch mit Blick auf die Klauseln Nr. 7 4 5 1. und 7 4 7 2 ABN der Bescheidadressatin, die eine Pflicht des Schienenwegebetreibers enthalten, den Zugangspeten im Falle wesentlicher Einschränkungen des Zugangs hierüber in Kenntnis zu setzen, jedoch keine konkreten Anforderungen an diese Informationspflicht enthält. Auch diese genügt nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Begrenzung des unternehmerischen Spielraums in den Nutzungsbedingungen ergeben.

Klausel Nr. 7.4.5.1 ABN

In Klausel Nr. 7 4 5 1 ABN wird in Abs. 1 das Wort „rechtzeitig“ im Zusammenhang mit der Informationserteilung über den Zustand der benutzten Infrastruktur seitens der Bescheidadressatin gegenüber den Zugangsberechtigten verwandt. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der ein Diskriminierungspotential in sich birgt. Dadurch besteht die Möglichkeit, dass einige Zugangsberechtigte früher und andere später über den Zustand der Infrastruktur informiert werden. In Abs. 3 dieser Klausel wird festgelegt, dass die Bescheidadressatin die Informationen zusammenfassen kann oder lediglich bei Bedarf übermitteln kann.

Auch diese Formulierung ermöglicht es, dass die Zugangsberechtigten unterschiedlich informiert werden. Die letztgenannte Regelung ist nach Kenntnis der Bundesnetzagentur aufgenommen worden, da einige Zugangsberechtigte wegen des Verwaltungsaufwandes nicht wegen jeder einzelnen Information benachrichtigt werden wollen, sondern es vorziehen, die Informationen in gebündelter Form zu erhalten. Selbstverständlich ist eine derartige Ungleichbehandlung der einzelnen Zugangsberechtigten bei der Informationserteilung möglich und sachlich gerechtfertigt, wenn die Zugangsberechtigten eine solche Behandlung selbst verlangen. Aus der vorliegenden Klausel geht jedoch diese Regelung nicht hervor. Nach ihrem Inhalt kann vielmehr die Bescheidadressatin auch ohne ausdrückliches Verlangen der Zugangsberechtigten die Informationen bündeln und lediglich bei Bedarf übermitteln. Dies beinhaltet ein gewisses Diskriminierungspotential

Aus diesem Grund ist die Klausel Nr. 7.4.5.1 neu zu fassen. Eine Lösungsmöglichkeit besteht z.B. darin, den unbestimmten Rechtsbegriff „rechtzeitig“ in „unverzüglich“ oder „unverzüglich ab Kenntnis“ zu ersetzen und den Abs. 3 S. 1 wie folgt neu zu fassen: „Die Informationen der DB Netz AG an die für die Betriebsleitung des EVU/ ZB verantwortlichen Personen oder Stellen können auf Verlangen des EVZ/ ZB zusammengefasst oder lediglich bei Bedarf übermittelt werden.“

Klausel Nr. 7.4.7.2 ABN

Gleichermaßen belässt Klausel Nr. 7.4.7.2 ABN der Bescheidadressatin einen unternehmerischen Spielraum hinsichtlich des Zeitraums, zu dem der einzelne Zugangsberechtigte von der in dieser Klausel geregelten Einschränkung des Zugangs in Kenntnis gesetzt wird. Die Klausel regelt insoweit nur: „Die jeweiligen Maßnahmen sind dem EVU/ZB mitzuteilen.“

Ebenso wie Klausel Nr. 4.3.2 SNB und Klausel Nr. 7.4.5.1 ABN betrifft auch diese Regelung wesentliche zugangsrelevante Daten, nämlich Informationen, die mit der Instandhaltung des Schienennetzes zusammenhängen. Da derartige Informationen erhebliches Diskriminierungspotential in sich bergen, müssen sie entsprechend konditioniert werden. Wenn der Zugang zu dem Schienennetz aus sachlich gerechtfertigten Gründen – etwa aus Gründen höherer Gewalt oder wegen Bauarbeiten – beschränkt ist, müssen die Unternehmen, die zur Nutzung dieser Einrichtung berechtigt sind, hiervon frühestmöglich Kenntnis erlangen, um ihre Betriebsabläufe entsprechend anzupassen und um die in Rechnung gestellten Entgelte daraufhin überprüfen zu können, ob der Betreiber der Schienenwege die nach § 21 Abs. 6 EIBV zwingend vorgesehene Minderung vorgenommen hat. Erfolgt die Benachrichtigung zu spät, kann dem einzelnen Unternehmen so ein erheblicher Schaden entstehen.

Der Zugang zu betriebswichtigen Informationen ist, wie schon oben dargelegt, für die Inanspruchnahme von Rechten auf Zugang zu Schienennetzen somit generell von zentraler Bedeutung und deshalb auch in erheblichem Maße diskriminierungsrelevant, da es das zugangsberechtigte Unternehmen in der Hand hat, durch die Wahl des Zeitpunkts, zu dem es über die Zugangsbeschränkung informiert, einzelne Zugangsberechtigte zu diskriminieren. Auch die im Hinblick auf Klausel Nr. 7.4.7.2 ABN bestehende Informationspflicht muss daher tatbestandlich konditioniert werden. Dies könnte namentlich dadurch geschehen, dass die Information „unverzüglich“ bzw. „unverzüglich ab Kenntnis“ erfolgen muss.

(d) Diskriminierungen und Rechtsverstöße im Zusammenhang mit Sicherheitsleistungen Klausel Nr. 7.7.5.1 ABN

Klausel Nr. 7.7.5.1 ABN räumt der Bescheidadressatin das Recht ein, Sicherheitsleistungen zu verlangen, wenn Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Zugangsberechtigten bestehen. Die Regelung verstößt gegen § 5 Abs. 1 S. 1 EIBV sowie gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 S. 1 EIBV ist festzustellen, soweit sich die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 7.7.5.1 ABN ein entsprechendes Recht gegenüber *sämtlichen* Zugangsberechtigten einräumt. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EIBV ist die Bescheidadressatin nicht berechtigt, von Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG die Stellung einer Sicherheitsleistung zu verlangen. Insoweit ist eine Ausnahmeregelung zwingend aufzunehmen.

Ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV ist festzustellen, soweit die Bescheidadressatin sich einen nicht näher konditionierten Entscheidungsspielraum einräumt, ob sie die Stellung einer Sicherheitsleistung fordert. Klausel Nr. 7.7.5.1 ABN konkretisiert zwar durch Nennung verschiedener Fallgruppen die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Verlangen von Sicherheitsleistungen. Sind diese jedoch erfüllt, liegen also Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Zugangsberechtigten vor, ist in der Klausel lediglich festgehalten, dass die Bescheidadressatin *berechtigt* ist, Sicherheitsleistung zu verlangen. Hiernach hält sich die Bescheidadressatin offen, ob sie eine Sicherheitsleistung unter den näher beschriebenen Voraussetzungen verlangt oder nicht.

Zwar ist die Forderung einer Sicherheitsleistung gem. § 5 Abs. 1 EIBV möglich, jedoch muss sich der Infrastrukturbetreiber entscheiden, ob er die Sicherheitsleistung verlangt. Grund hierfür ist, dass die Verknüpfung des Zugangsanspruchs mit einer Sicherheitsleistung zugangsberechtigte Unternehmen von der Inanspruchnahme dieses Anspruchs abhalten kann. Jedenfalls aber entzieht die Stellung einer Sicherheit dem Zugangsberechtigten Liquidität und behindert ihn somit in seinen wettbewerblichen Möglichkeiten. Beides ist nicht per se unzulässig. Das zugangsverpflichtete Unternehmen hat es aber in der Hand, durch die Entscheidung, von der Möglichkeit, die ihm durch eine solche Ermächtigung eingeräumt wird, Gebrauch zu machen, gezielt *einzelne* Zugangspetenten zu behindern. Aufgrund der potentiell erheblichen Konsequenzen ist somit der Eisenbahninfrastrukturbetreiber verpflichtet, wenn er sich für die Forderungen von Sicherheitsleistungen unter bestimmten Voraussetzungen entscheidet, diese von allen Zugangsberechtigten zu fordern. Dies ergibt sich auch schon aus § 4 Abs. 6 S. 1 EIBV, wonach die Benutzungsbedingungen gegenüber allen Zugangsberechtigten gleich anzuwenden sind. Klausel Nr. 7.7.5.1 ABN genügt daher nicht den Voraussetzungen der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV

In dieser Regelung knüpft die Bescheidadressatin die Forderung einer Sicherheitsleistung an das „Vorliegen einer negativen Bonitätsauskunft“. Hierbei wird nicht deutlich, welche Auskunft die Bescheidadressatin einholt und wie sie deren Anerkanntheit bestimmen will. Die Beurteilung einer (angeblichen) Zahlungsunfähigkeit der Zugangsberechtigten bleibt vor diesem Hintergrund subjektiv. Vor diesem Hintergrund besteht die Gefahr, dass dem Zugangsberechtigten der Zugangsanspruch gemäß §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 EIBV zu Unrecht verwehrt wird

Ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV ist des Weiteren festzustellen, soweit in Klausel Nr. 7.7.5.1 ABN, S. 2, lit. e) auf „vorliegende Zahlungsunfähigkeit“ abgestellt wird. Die Regelung schränkt insoweit den Zugangsanspruch ein, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund erkennbar ist.

Legt man für den Begriff der Zahlungsunfähigkeit die Legaldefinition des § 17 InsO zugrunde, würde es ausreichen, wenn der Zugangsberechtigte seine Zahlungen eingestellt hat. Da die Bescheidadressatin regelmäßig nur die Zahlungseingänge auf eigene Forderungen kennen wird, bleibt unsicher, wann und unter welchen Voraussetzungen sie von einer „vorliegenden Zahlungsunfähigkeit“ ausgehen wird. Des Weiteren bestehen die widersprüchliche Wertungen zu S 2 lit. a) und b).

Es besteht auch keine Notwendigkeit für eine derartige zusätzliche von subjektiven Wertungen der Bescheidadressatin abhängige Regelung neben jener in S 2, lit. d) Sollte die Bescheidadressatin von einer Zahlungsunfähigkeit eines Zugangsberechtigten überzeugt sein, bleibt es ihr unbenommen, gem. § 13 InsO einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen und so die Voraussetzungen des lit. d) selbst herbeizuführen.

In der Anhörung vom 06.12.2006 wies die Bescheidadressatin darauf hin, dass sie sich hierunter neben den Fällen, die unter lit. d) zu subsumieren seien, etwa Fälle der Insolvenzverschleppung vorstellen könnte. Das Feststellen des Vorliegens der Insolvenzverschleppung ist eine originäre staatliche, den Strafgerichten vorbehaltene Aufgabe. Die Bescheidadressatin ist als privatrechtliches Unternehmen nicht befugt, sich an die Stelle des Strafgerichts zu setzen. Um der Interpretation des Begriffs durch die Bescheidadressatin entgegenzuwirken, ist dieser Begriff zu streichen. Es besteht auch keine Notwendigkeit für eine derartige zusätzliche von subjektiven Wertungen der Bescheidadressatin abhängige Regelung neben lit. d. Sollte die Bescheidadressatin von einer Zahlungsunfähigkeit eines Zugangsberechtigten überzeugt sein, bleibt es ihr unbenommen gem. § 13 InsO einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen und so die Voraussetzungen des lit. d) selbst herbeizuführen.

Die Regelung in Klausel Nr. 7.7.5.1 lit. e) ABN ist zu streichen oder so zu ändern, dass die dargestellten Rechtsverstöße beseitigt sind.

Klausel Nr. 7.7.5.2

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 7.7.5.2 ABN festlegt, dass eine angemessene Sicherheitsleistung eine Zahlung in Höhe von drei in den kommenden sechs Monaten durchschnittlich zu entrichtenden Monatsentgelten sei, verstößt dies gegen § 5 Abs. 1 EIBV.

Gem. § 5 Abs. 1 EIBV kann die Bescheidadressatin eine angemessene Sicherheitsleistung verlangen. Die Angemessenheit richtet sich aus an dem Anspruch, den die Bescheidadressatin absichern möchte. Dieser Anspruch entsteht monatlich und wird auch monatlich abgerechnet. Die Zahlungen sind mit Zugang der Rechnung fällig. Ein Sicherheitsinteresse besteht also in Höhe von einem Monatsentgelt, das sich durchschnittlich aus den letzten drei Monaten errechnen kann. Für ein weiteres Interesse hat die Bescheidadressatin angesichts der monatlichen Abrechnungspraxis keinen Anhaltspunkt vorgetragen.

Klauseln Nr. 7.7.5.5 ABN, Nr. 7.7.5.6 ABN, Nr. 7.7.5.7 ABN

Die Klauseln Nr. 7.7.5.5; 7.7.5.6; 7.7.5.7 ABN verstoßen gegen das Diskriminierungs- und Transparenzgebot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 7.7.5.5 ABN festlegt, dass die Sicherheitsleistung durch monatliche Vorauszahlung abgewendet werden kann und dass die Bescheidadressatin bei nicht fristgerechter Leistung der „Vorauskasse“ ohne weitere Ankündigung zur Leistungsverweigerung berechtigt ist, verstößt diese Regelung gegen das Transparenzgebot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 EIBV und wird daher beanstandet.

Den Begriff der „Vorauskasse“ kennt weder das Eisenbahnrecht noch die übrige Rechtsordnung. Im Hinblick auf die beanstandeten Klauseln ist es jedoch zwingend notwendig, dass der juristisch korrekte Begriff der „Vorauszahlung“ benutzt wird, da ansonsten der Anschein entstehen könnte, dass es sich hierbei um unterschiedlich zu definierende Begriffe handeln könnte. Sollte mit dem Begriff „Vorauskasse“ tatsächlich etwas anderes gemeint sein als mit dem Begriff „Vorauszahlung“, ist dieser Begriff näher zu definieren und diese Definition in die Benutzungsbedingungen unter Ziff. 7.7.5.5 aufzunehmen. Sollte dies nicht der Fall sein, dann ist der juristisch korrekte Begriff der „Vorauszahlung“ zu verwenden, um dem Transparenzgebot Genüge zu tun.

In Ziff. 7.7.5.6 ABN letzter S. wird festgelegt, dass die Verpflichtung zur Leistung eventuell vereinbarter Abschlagszahlungen von der Regelung dieser Klausel unberührt bleibe.

Diese Regelung ist aus sich heraus nicht verständlich und daher intransparent. Klausel Nr. 7.7.5.6 S. 3 ABN ist geeignet, die Zugangsberechtigten über die Bedingungen für die Nutzung der Infrastruktur der Bescheidadressatin zu verwirren und solchermaßen von der Inanspruchnahme der gesetzlich gewährten Zugangsrechte abzuschrecken. Intransparente und in sich wi-

dersprüchliche Regelungen in Nutzungsbedingungen bergen ein erhebliches Diskriminierungspotenzial. Sie verstoßen gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV. Die Nutzungsbedingungen müssen jedenfalls so transparent formuliert sein, dass alle Zugangsberechtigten über die gleiche Möglichkeit verfügen, aus ihnen die Voraussetzungen für die Nutzung der Infrastruktur herauszulesen.

Aufgrund der Erklärungen der Bescheidadressatin in der Anhörung vom 06.11.2006 ist deutlich geworden, dass hiermit Regelungen über Altverbindlichkeiten gemeint sind. Da dies aus der derzeitigen Fassung nicht eindeutig hervorgeht, könnte der letzte Satz der Klausel wie folgt neu gefasst werden: „Regelungen bezüglich Verbindlichkeiten, die vor der Vereinbarung über die Vorauszahlungspflicht liegen (so genannte Altverbindlichkeiten), bleiben hiervon unberührt.“

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 7.7.5.7 ABN festlegt, dass Barsicherheiten zum jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank verzinst werden, entspricht diese Begrifflichkeit nicht dem Transparenzgrundsatz. Hier könnte die Meinung vertreten werden, dass davon nur „bar“ übergebene Sicherheiten umfasst sind. Die Bescheidadressatin könnte den Begriff „monetäre Sicherheiten mit Verbleib bei der DB Netz AG“ wählen.

(2) Verstoß gegen das Transparenzgebot

Die zweite Fallgruppe zum Diskriminierungsgebot ähnelt der erstgenannten insoweit, als bei einer rein formalen Betrachtung keine Ungleichbehandlung festzustellen ist, die formal identische Vorgehensweise jedoch materiell einzelne Unternehmen bevorzugt. Zugangspetenten können ihre Zugangsrechte nämlich nur dann wirksam ausüben, wenn sie sich über deren Bestehen und Umfang im Klaren sind.

Das setzt insbesondere voraus, dass die bei der Ausübung eines Zugangsrechts zu erfüllenden Voraussetzungen, sofern sie im Regelungsbereich des zugangsverpflichteten Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen, sich mit hinreichender Deutlichkeit aus den Nutzungsbedingungen ergeben.

Die Nutzungsbedingungen müssen jedenfalls so transparent formuliert sein, dass alle Wettbewerber über die gleiche Möglichkeit verfügen, aus ihnen die Voraussetzungen für die Nutzung der Schienenwege herauszulesen. Anderenfalls würden sie es einzelnen, insbesondere konzernverbundenen Unternehmen erlauben, informatorische Vorsprünge auszunutzen.

Darüber hinaus ist die Nachvollziehbarkeit der Nutzungsbedingungen aber auch Voraussetzung dafür, dass die Bundesnetzagentur die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes überprüfen kann. Das Diskriminierungsverbot umfasst somit ein Transparenzgebot,

vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT-Drs. 14/6300, 151 f.; vgl. auch die entsprechende Überlegung zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit: EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-275/98, Slg. 1999, I-8291, 8326 Tz. 31 – Unitron Scandinavia und 3-S; Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, 10794 Tz. 61 – Telaustria und Telefonadress.

Vor diesem Hintergrund genügen folgende Klauseln in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin nicht den Anforderungen, die sich aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben:

Klausel Nr. 2.3.3 SNB, Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Anlage 2 der SNB, Klausel Nr. 7.4.4 ABN und Klausel Nr. 7.5.1.4 ABN, Klausel Nr. 7.5.5.2 ABN, Klausel Nr. 7.4.5.3 ABN, Nr. 7.4.3.7 ABN, Nr. 4.2.1 b) SNB, Klausel Nr. 2.2.1 SNB, Nr. 7.1.7 ABN, Nr. 4.1 SNB, Nr. 7.1.1 ABN, Nr. 7.1.3.4 ABN, Nr. 7.2.1.4 ABN, Nr. 7.2.16 ABN, Nr. 7.4.7.4 ABN und Klausel Nr. 7.5.3 ABN.

Die Regelungen in diesen Klauseln verstoßen gegen das Transparenz- und damit auch das Diskriminierungsverbot.

(a) Zugriff auf Regelwerke, die technische Netzzugangsbedingungen sowie notwendige Inhalte für die Inanspruchnahme der Eisenbahninfrastruktur enthalten

Klausel Nr. 2.3.3 SNB, Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Anlage 2 der SNB, Klausel Nr. 7.4.4 ABN und Klausel Nr. 7.5.1.4 ABN

Die Klauseln in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin, durch welche die Inanspruchnahme des Zugangs von der Einhaltung technischer Richtlinien, Regelwerke oder Normen abhängig gemacht wird, auf die ein Teil der zugangsberechtigten Unternehmen nicht ohne größere Anstrengungen zugreifen kann (Klausel Nr. 2.3.3 ABN, Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Anlage 2 der SNB, Klausel Nr. 7.4.4 ABN und Klausel Nr. 7.5.1.4 ABN), genügen nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben.

Zwar kann es grundsätzlich zulässig sein, den Zugang als solchen von der Einhaltung technischer Voraussetzungen abhängig zu machen, sofern diese alle Zugangsberechtigten in nicht diskriminierender Weise betreffen. Hierzu kann schon wegen des Umfangs technischer Normen grundsätzlich auch auf externe Dokumente verwiesen werden. Der Zugriff auf diese Informationen darf aber nicht einzelnen Zugangsberechtigten leichter fallen als anderen. Eine derartige Schlechterstellung würde sich nicht nur auf den Informationszugang, sondern – da dieser Voraussetzung für den Zugang zu den Schienennetzen selbst ist – auch auf den eigentlichen Zugangsanspruch auswirken.

Auch wenn es somit beispielsweise nicht von vornherein unzulässig ist, dass der Zugang zu den Schienennetzen von der Einhaltung bestimmter technischer Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die in den Nutzungsbedingungen selbst nicht beschrieben sind, muss doch der nicht diskriminierende Zugriff auf die Informationen zu diesen technischen Voraussetzungen gewährleistet sein. Dies ist selbst bei technischen Richtlinien möglich, die von einem Betreiber der Schienenwege entwickelt wurden, wenn der Zugriff hierauf allen Zugangsberechtigten ohne wesentliche Beschränkungen möglich ist. Sofern das nicht der Fall ist, verstößt der Verweis auf derartige externe Informationen jedoch gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Konkret verfügen damit nicht alle Wettbewerber über die gleiche Möglichkeit, aus den Schienennetz-Benutzungsbedingungen die Voraussetzungen für die Nutzung der Schienenwege herauszulesen. Vielmehr erhalten einzelne, insbesondere konzernverbundene Unternehmen die Möglichkeit, informatorische Vorsprünge auszunutzen. Darüber hinaus verhindert die insoweit fehlende Nachvollziehbarkeit der Nutzungsbedingungen, dass die Bundesnetzagentur die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes überprüfen kann.

Klausel Nr. 2.3.3 SNB, Klausel Nr. 2.3.4 SNB, Anlage 2 der SNB

Wie oben unter 1) a) aa) (2) bereits im Einzelnen dargelegt, fehlt im Zusammenhang mit dem Regelwerk für den GSM-R Zugang der Anhang zu Regelwerk Nr. 810.0300A06. Da dieser Anhang auch nicht mit Hilfe der für alle Zugangsberechtigten bekannt gemachten Fundstelle im Internet aufzufinden ist, liegt in dem Fehlen dieses Anhanges auch ein Transparenzverstoß. Denn die in Bezug genommenen Regelwerke gehören, wie unter 1) a) aa) (2) im Einzelnen dargelegt, in jedem Fall zu den nach der EIBV vorgeschriebenen notwendigen Informationen, die der Zugangsberechtigte benötigt, um beurteilen zu können, ob die von ihm beabsichtigte Nutzung realisierbar ist und welche Bedingungen dabei zugrunde zu legen sind. Dazu reichen allgemeine Ausführungen sowie der Verweis auf ein unvollständiges Regelwerk nicht aus. Vielmehr muss das Regelwerk als Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 EIBV veröffentlicht und den Zugangspetenten zur Verfügung gestellt

werden. Diese Voraussetzung ist im Hinblick auf das in Klausel Nr. 2.3.3 SNB angesprochene Regelwerk Nr. 810.0300A06 sowie die Klausel 2.3.4 SNB i.V. mit der Aufzählung in Anlage 2 SNB gegenwärtig nicht erfüllt. Die Klauseln 2.3.3 SNB und 2.3.4 SNB sowie Anlage 2 SNB sind insoweit zu beanstanden.

Zu Klausel Nr. 2.3.4 SNB ist darüber hinaus die Formulierung zu beanstanden, wonach sicherheitsrelevante Regelwerke auch weiterhin fortlaufend aktualisiert werden, „soweit sie z.B. aufgrund aufsichtsbehördlicher *Maßnahmen* des Eisenbahn-Bundesamtes erforderlich werden“. Diese Formulierung ist missverständlich und räumt der Bescheidadressatin ein willkürliches Umgehen mit notwendigen Regelwerken und deren Aktualisierungen ein. Denn die insoweit intransparente Formulierung ermöglicht es der Bescheidadressatin, jegliches Tätigwerden des Eisenbahn-Bundesamtes zum Anlass zu nehmen, entsprechende Regelwerke ohne weitere Abstimmungen mit sonstigen Beteiligten aufzunehmen. Um eine einheitliche und verlässliche Regelung zu schaffen, die den Anforderungen an Klarheit und Transparenz des § 3 Abs. 1 EIBV genügt, muss „Maßnahmen“ des Eisenbahn-Bundesamtes in „*Verpflichtungen nach Maßgabe des Eisenbahnrechts*“ ersetzt werden.

Ein weiterer Transparenzverstoß liegt in fehlenden, unvollständigen bzw. missverständlichen Ausführungen zu den in naher Zukunft zur Einführung beabsichtigten Netzzugangskriterien/Regelwerken Nr. 810.0300A01 (PZB 90 – Punktförmige Zugbeeinflussung mit Betriebsprogramm PZB 90) und Regelwerk Nr. 810.0200.A02 (Technischer Netzzugang für Fahrzeuge; Kompatibilität mit den Anforderungen des Netzes – Besondere Anforderungen und Ausrüstungsstandards – „Gleismeldeeinrichtungen, Gleisschaltmittel“). Da diese Regelwerke gegenwärtig noch nicht vollständig und abgeschlossen erstellt sind, bedarf es zwar unter formellen Gesichtspunkten (noch) keiner zwingenden Beifügung dieser Regelwerksentwürfe zu den SNB. Insoweit ist zu beachten, dass ein formeller Verstoß gegen das Eisenbahnrecht nur im Hinblick auf solche Regelwerke angenommen werden kann, die nach Maßgabe der gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorschriften zwingend zum Gegenstand der Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu machen sind. Ein gänzlicher Verzicht auf jegliche Erklärungen zu diesen kurzfristig geplanten und unter Sicherheits- und Diskriminierungsgesichtspunkten zeitnah umzusetzenden Regelungsmaterien in den SNB begründet jedoch einen materiellen Verstoß gegen das Transparenzgebot. Konkret muss in den SNB jedenfalls der „Stand der Dinge“ betreffend die beabsichtigten Regelungen kenntlich gemacht werden. Darüber hinaus muss aus Transparenzgründen auf die mögliche und verpflichtende Einbindung der Zugangsberechtigten und der Bundesnetzagentur bei dem *Procedere* betreffend die Ausgestaltung der Regelwerke und deren beabsichtigte Veröffentlichung hingewiesen werden.

Die Inhalte der beiden in Bezug genommenen Regelwerke betreffen Vorgaben und Informationen, die zur Durchführung des Verkehrs, für die Kapazität zugewiesen wird, zwingend erforderlich sind. Beide Richtlinien enthalten Angaben und Informationen zur Art des Schienenweges sowie zu den Zugangsbedingungen für den betroffenen Schienenweg.

In dem Entwurf der Richtlinie 810.0300 Anhang 01 (Punktförmige Zugbeeinflussung, System 90 - PZB 90 -) formuliert die Bescheidadressatin zur Erfüllung der Kompatibilität mit den Anforderungen des Netzes besondere Anforderungen und Ausrüstungsstandards (Punktförmige Zugbeeinflussung, System 90, - PZB 90 -) an Fahrzeuge. Nach dem Richtlinien-Entwurf müssen führende Fahrzeuge, die auf dem Netz der Bescheidadressatin eingesetzt werden sollen und der Ausrüstungspflicht mit Zugbeeinflussung unterliegen – vgl. § 28 Abs. 1 Nr. 4 EBO und die Erklärungen hierzu im Abschnitt 4 Absatz 2 der gleichen Richtlinie – vor dem ersten Einsatz mit dem Betriebsprogramm PZB 90 ausgerüstet sein. Vorhandene PZB-Bauformen sind dazu umzurüsten. Führende Fahrzeuge (Bestandsfahrzeuge oder Neufahrzeuge) sind mit bestimmten PZB-Bauformen auszurüsten. Die Bescheidadressatin trug der Bundesnetzagentur unter den Aktenzeichen 15 Nz 414/05 und 7S6-06-057 vor, alle nichtbundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen offiziell über die Einführung von PZB 90 als Netzzugangskriterium informiert zu haben bzw. die Ausrüstung sei bislang im Trassenanmeldevordruck geregelt. Beide Argumentationen gemeinsam betrachtet – im zweiten Fall unter Bezug auf das Verfahren für Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan – führen dazu, dass die Zugangsberechtigten, die nicht Eisenbahnver-

kehrunternehmen sind, gänzlich von der gemäß EIBV vorgesehenen Einbindung in die Bereitstellung der notwendigen Informationen ausgeschlossen sind.

Entgegen der Darstellung der Bescheidadressatin, „materiell nichts Neues zu regeln“, enthält der aktuelle Entwurf der Richtlinie auf Anraten des Eisenbahn-Bundesamtes eine Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs „überwiegend“, der in § 28 Abs 1 S 1 Ziffer 4 EBO zu finden ist. Die Bescheidadressatin beabsichtigt dabei, Überlegungen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) –

vgl. Wittenberg/Heinrichs/Mittmann/Mallikat, Kommentar zur Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (EBO), 5. Auflage 2006, Fahrzeuge § 28, Rn 22, Seite 261

– zur Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs in die Richtlinie aufzunehmen, welche identisch mit der Stellungnahme des EBA sind. Die Vorgaben der Richtlinie und die Beschreibung der Eisenbahninfrastruktur durch die Bescheidadressatin führt in ihrem Zusammenwirken dazu, dass die Zugangsberechtigten den Teil der Erklärung zum Überwiegend-Prinzip, der dazu verpflichtet, auch dann führende Fahrzeuge mit Zugbeeinflussung auszurüsten, wenn sie (die Fahrzeuge) regelmäßig oder auf Grund ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs streckenseitige Einrichtungen der Zugbeeinflussung befahren, nicht zweifelsfrei anwenden können. Denn die Bescheidadressatin weist in ihrer Beschreibung der Eisenbahninfrastruktur unter der intransparenten Bezeichnung PZB, welche der Oberbegriff für alle PZB-Bauformen ist, Strecken als nicht mit PZB 90 ausgerüstet aus, obwohl z.B. Ausfahrtsignale in diese Strecken oder Einfahrtsignale von diesen Strecken in den begrenzenden Bahnhof streckenseitig mit Zugbeeinflussung ausgerüstet sind. Als Beispiel wird die Strecke Köthen - Aken angeführt.

Mit dem Entwurf der Richtlinie 810.0200.A02 (technischer Netzzugang für Fahrzeuge; Kompatibilität mit den Anforderungen des Netzes – Besondere Anforderungen und Ausrüstungsstandards – Gleisfreimeldeeinrichtungen, Gleisschaltmittel –), Abschnitt 8 „Zentrale Energieversorgung“, will die Bescheidadressatin durch Regelungen ihr seit langem bekannte, mögliche Beeinträchtigungen von bestimmten Gleisfreimeldeeinrichtungen durch dieselbetriebene Fahrzeuge und den elektrischen Verbrauchern der im Zugverband mitgeführten Fahrzeuge dadurch auszuschließen, dass die zentrale Energieversorgung über Zugsammelschiene entweder in einer bestimmten Frequenz (22Hz) betrieben wird, für eine abweichende Frequenz die Störungsfreiheit nachgewiesen wurde oder für die betreffenden Streckenbereiche das Ausschalten der Zugenergieversorgung angeordnet wird. Indem die Bescheidadressatin die den Regelungsgehalt des Entwurfs betreffenden Streckenabschnitte nicht gegenüber den Zugangsberechtigten veröffentlicht hat, gibt sie den Zugangsberechtigten nicht die Gelegenheit, eine Vereinbarung zum Ausschluss möglicher Beeinträchtigungen im Sinne des UIC-Merkblatts 626 Ziffer 1 3 anzustreben. Zudem sei eine verbindliche Prüfung auf Einhaltung von Störstromgrenzwerten derzeit - nach Vortrag der Bescheidadressatin - nicht möglich. Ein Entwurf der Richtlinie 807.0203 – Elektromagnetische Verträglichkeit; Störstromgrenzwerte für Fahrzeuge mit Anschlussmöglichkeit an eine zentrale Energieversorgung -, welche die einzuhaltenden Störstromgrenzwerte festlegen und das hierzu einzuhaltende Messverfahren beschreiben soll, liegt dem EBA derzeit noch nicht vor.

Die endgültige und abschließende Erstellung der Regelwerke soll noch während der kommenden Netzfahrplanperiode erfolgen.

Verzichtet die Bescheidadressatin in ihren für die kommende Netzfahrplanperiode geltenden SNB nun gänzlich auf Informationen und Hinweise zu den beabsichtigten Entwicklungen oder stellt sie diese missverständlich dar, so begründet dies aufgrund des damit verbundenen Transparenz- und Diskriminierungspotenzials noch während der kommenden Netzfahrplanperiode einen Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S 1 EIBV.

Zur Herstellung eines Mindestmaßes an Transparenz bedarf es eines Hinweises auf die kommenden Regelungen zumindest dergestalt, dass sie als „Platzhalter“ in die Anlagen der SNB aufgenommen werden und gleichzeitig beispielsweise im Wege eines www-links alle notwendi-

gen Informationen zum Regelungsgehalt der beabsichtigten Regelwerke und zum „Stand der Dinge“ kenntlich gemacht werden. Im Hinblick auf das Regelwerk Nr. 810.0200.A02 hatte die Bescheidadressatin eine entsprechende Vorgehensweise, verbunden mit einer kurzfristig durchzuführenden Informationsveranstaltung und der Rundsendung von „Kundenbriefen“ in einem Erörterungsgespräch mit der Bundesnetzagentur am 29.9.2006 auch verbindlich zugesagt.

Ohne einen Hinweis auf diese geplanten Regelwerke Nr. 810.0300A01 und Regelwerk Nr. 810.0200.A02 und die Möglichkeit der umfangreichen Kenntnisnahme der diese Regelwerke betreffenden Informationen genügen die SNB nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben. Die Vorgehensweise bei der Einführung der beiden Anhänge zur Richtlinien verstößt gegen diese eisenbahnrechtlichen Transparenzvorgaben der EIBV.

Insoweit ist zumindest der Anlage 2 als prüfungsrelevantem Bestandteil der SNB wegen Unvollständigkeit und damit verbundener Intransparenz zu widersprechen. Es bedarf in dieser Anlage zumindest eines Hinweises und einer genauen Fundstelle auf die beiden betroffenen Regelwerksentwürfe.

Des Weiteren müssen zumindest durch entsprechende Verweise in der Anlage selbst oder zu den aktuellen Entwürfen umfangreiche Informationen zu den betroffenen Regelungsmaterien kenntlich gemacht werden, die der Bundesnetzagentur und den Zugangsberechtigten die eisenbahnrechtlich vorgesehene Einbindung in das dargestellte, mit diesen Regelwerken verbundene Procedere ermöglichen. Transparenter wäre insoweit die Einführung einer zusätzlichen Klausel oder eines zusätzlichen Passus in den SNB, wo über die dargestellten wesentlichen Inhalte unter Angabe der erforderlichen Fundstellen informiert wird.

Klausel Nr. 7.4.4 ABN

Des Weiteren fehlt ein ordnungsgemäßes zugänglich machen der Regelwerke zum Arbeitsschutz, auf die Klausel 7.4.4 ABN Bezug nimmt. Hierbei handelt es sich um ein betriebsnotwendiges und im Rahmen des Zugangsanspruches zwingend anzuwendendes Regelwerk, dessen Voraussetzungen von den Zugangsberechtigten zu erfüllen sind. So muss auch hier der nicht diskriminierende Zugriff auf die Informationen zu diesen Voraussetzungen gewährleistet sein, was bei einem pauschalen Verweis auf ein nicht näher bestimmtes Regelwerk nicht der Fall ist. Auch insoweit liegt daher ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot/Transparenzgebot aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV vor.

Klausel Nr. 7.5.1.4 ABN

Weiter verstößt auch die Klausel Nr. 7.5.1.4 ABN insoweit gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV. Hierin wird ohne weitere Präzisierung auf die Anwendung der „Richtlinien, die für die betriebliche Verkehrssteuerung bei Störungen gelten“ verwiesen. Nähere Angaben zu diesen finden sich in Klausel Nr. 7.4.2 ABN, auf die Klausel Nr. 7.5.1.3 ABN verweist. Nach dem Inhalt der Klausel 7.5.1.4 ABN wird indes nicht klar, welche Regelwerke genau gemeint und wo diese aufzufinden sind. Schließlich fehlt es auch in Klausel 7.4.2. ABN an Konkretisierungen, so dass zumindest Klausel 7.5.1.4 ABN mangels hinreichender Transparenz und folglich wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV zu beanstanden ist.

Klausel Nr. 7.5.5.2 ABN

Schließlich verstößt auch die Klausel Nr. 7.5.5.2 ABN insoweit gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV, da die in dieser Klausel erwähnten „Technischen Regeln für brennbare Flüssigkeiten“ dem Zugangsberechtigten nicht zugänglich gemacht werden und ein Verweis auf seine Fundstelle fehlt. Da es sich bei den Vorgaben zum Betanken von Schienenfahrzeugen um für den Netzzugangs-

spruch wesentliche Informationen handelt, ist das zur Verfügung stellen der „Technischen Regeln für brennbare Flüssigkeiten“ aus Transparenzgründen unerlässlich.

Klausel Nr. 7.4.5.3 ABN

Ein weiterer Verstoß findet sich vor diesem Hintergrund schließlich noch im Hinblick auf die gemäß Klausel Nr. 7.4.5.3 ABN in Bezug genommenen Angaben zu Informationswegen. In Klausel Nr. 7.4.5.3 ABN heißt es unter der Überschrift „Informationswege“: „Im Grundsatz-INV“ sind die Informationswege sowie die Art und Weise der Informationsübermittlung unter normalen Betriebsbedingungen sowie bei Störungen in der Betriebsabwicklung (...) festzulegen, sofern sich dies nicht aus Richtlinien gemäß Klausel Nr. 7.4.2 ergibt.“

In Klausel Nr. 7.4.2 ABN finden sich Vorgaben zum netzzugangsrelevanten betrieblich-technischen Regelwerk.

Im Hinblick auf den in Bezug genommenen „Grundsatz-INV liegt ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anlage 1 sowie § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 Nr. 1, 3 EIBV vor, wonach Angaben zu den Zugangsbedingungen für die betreffenden Schienenwege (Anlage 2 Nr. 1), zu den Kapazitätsmerkmalen der zur Verfügung stehenden Schienenwege, zu etwaigen Nutzungseinschränkungen einschließlich des zu erwartenden Kapazitätsbedarfs für Instandhaltungszwecke sowie umfassende Angaben zur Abwicklung und zu den Fristen des Verfahrens der Zuweisung von Schienenwegkapazität (Anlage 2 Nr. 3) zwingend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu regeln sind. Darüber hinaus eröffnet die Vorschrift der Bescheidadressatin einen unkonditionierten Ermessensspielraum bei der Entscheidung, welchem Zugangsberechtigten sie welche Informationen zur Verfügung stellt

Klausel Nr. 7.4.7.3 ABN

Schließlich verstößt Klausel Nr. 7.4.7.3 ABN gegen das Transparenzgebot der §§ 14 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Nach dieser Regelung wird die „Durchführung von planbaren Maßnahmen ... im Rahmen des für die Baubetriebsplanung und baubetrieblichen Regelwerks (...) mit dem EVU/ZB“ abgestimmt. Weiter wird geregelt, dass bei Nichterreichung eines Einvernehmens durch Abstimmung die Bescheidadressatin über die Art der Durchführung entscheidet.

In dieser Regelung wird zum einen auf das Regelwerk für die Baubetriebsplanung und baubetriebliche Zugregelung verwiesen, ohne anzugeben, wie die Zugangsberechtigten von dem Inhalt dieser Regelung Kenntnis erlangen können. Da es sich bei dem Regelwerk um ein solches mit netzzugangsrelevanten Informationen handelt, besteht auch insoweit ein Verstoß gegen das Transparenzgebot. Zumindest die Regelungen, die wesentlich für die Abstimmung mit dem jeweiligen Zugangsberechtigten sind, sind diesem bekannt zu machen

Zum anderen ist nicht verständlich, was unter dem Begriff der „Abstimmung“ in S. 2 der Klausel Nr. 7.4.7.3 ABN zu verstehen ist. Aus Transparenzgründen ist daher in diese Regelung aufzunehmen, wie genau eine derartige Abstimmung aussieht, insbesondere wann sie stattfindet. Auch fehlt eine Angabe dazu, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form die betroffenen Zugangsberechtigten bei einer Entscheidung über die Art der Durchführung durch die Bescheidadressatin informiert werden. Eine derartige Information ist für eine ordnungsgemäße Kalkulation der Zugangsberechtigten und damit auch für ihre Wettbewerbsfähigkeit von erheblicher Bedeutung, so dass die Bundesnetzagentur darauf hinweist, dass eine derartige Information nur unverzüglich nach der Entscheidung der Bescheidadressatin möglich ist. Außerdem sind, da es sich hierbei wie in den Klauseln 3.4 SNB und 7.1.8.1 ABN letztlich um ein einseitiges Leistungsänderungsrecht der Bescheidadressatin handelt (vgl. dazu oben 1) b) (2), auch bei dieser Entscheidung die Belange der Zugangsberechtigten zu berücksichtigen. Darüber hinaus muss hierbei auch die Zumutbarkeit für die Zugangsberechtigten gegeben sein. Die Klausel ist in diesem Sinne zu ergänzen.

(b) Darstellung des Zuweisungsverfahrens gemäß § 8 EIBVKlausel Nr. 4.2.1 b) SNB

Die Darstellung des Zuweisungsverfahrens unter der Überschrift „Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan/Übersicht über die Fristen im Zuweisungsverfahren“ in Klausel Nr. 4.2.1 b) SNB ist in einzelnen Punkten unzutreffend und verstößt daher gegen die sich aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV ergebenden Gebote an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen.

So werden in der Übersicht insbesondere die Vorgaben des Koordinierungsverfahrens falsch wiedergegeben. Die Bescheidadressatin wählt unter der Überschrift „Koordinierungsverfahren“ in ihrem Schaubild die folgende Privilegierungsreihenfolge: Verhandlungen, abweichende Angebote, Rahmenverträge und besondere Fahrwege, Prioritäten, Höchstpreisverfahren. Diese Darstellung widerspricht der gesetzlich vorgesehenen Vorrangregelung gemäß § 9 Abs. 4 bis 6 i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 4 und 5 EIBV. Die hier beschriebene Reihenfolge der Konfliktlöskriterien erweckt durch die Nennung der „Rahmenverträge“ an zweiter Rangstelle den Eindruck, als würden Rahmenverträgen schon an dieser Stelle eine Vorrangstellung eingeräumt, die gegen die verordnungsrechtlichen Vorgaben in den §§ 9 Abs. 4, 13 Abs. 1 EIBV verstößt. Das Vorliegen eines Rahmenvertrages führt im Falle eines auch durch das Koordinierungsverfahren (§ 9 Abs. 3 EIBV) nicht lösbarer Trassenkonfliktes jedoch nur dazu, dass dem Zugangsberechtigten bei der Erstellung des Netzfahrplans im Rahmen der jeweils im Rahmenvertrag vereinbarten Bandbreite (mindestens drei Trassen, § 13 Abs. 1 S. 3 EIBV) eine Zugtrasse ohne Durchführung des Höchstpreisverfahrens nach § 9 Abs. 6 EIBV, also auf der letzten Stufe des in § 9 EIBV geregelten „Konfliktlösungsprogramms“ anzubieten ist: § 13 Abs. 1 S. 5 EIBV.

S. im Einzelnen m.w.N. auch Bescheid des Eisenbahn-Bundesamtes vom 23.12.2005, Az. 15 Nz 050-05; vgl. dazu VG Köln; Beschluss v. 13.01.2006, Az. 18 L 49/06.

Soweit in dem Schaubild der Bescheidadressatin in Klausel Nr. 4.2.1 SNB der Eindruck erweckt wird, „Rahmenverträge“ seien noch vor der Prioritätenreihenfolge zu berücksichtigen, entspricht das weder terminologisch noch inhaltlich den Vorgaben der §§ 9 und 13 EIBV: § 13 Abs. 1 S. 5 EIBV sichert die rahmenvertraglich bestimmten Bandbreiten im Falle eines Trassenkonfliktes nicht schon auf der ersten Konfliktentscheidungsstufe ab, sondern lediglich im Höchstpreisverfahren, also auf der letzten Stufe der Kollisionsauflösung.

Diese Regelung berücksichtigt die Bescheidadressatin in ihren Vorgaben zu Rahmenverträgen unter Klausel Nr. 4.6 sowie in ihrem Musterrahmenvertrag ordnungsgemäß und zutreffend, indem sie die gesetzlichen Vorgaben darlegt und in Klausel Nr. 4.6 SNB bestimmt „Bei Abschluss eines Rahmenvertrages verpflichtet sich die DB Netz, dem Kunden für den Fall, dass bei der Netzfahrplanerstellung Anträge auf zeitgleiche, miteinander nicht zu vereinbarende Nutzung vorliegen, eine Trasse innerhalb der rahmenvertraglich vereinbarten Bandbreite ohne Durchführung des Höchstpreisverfahrens anzubieten.“ Im Rahmen der Darstellung des Zuweisungsverfahrens wird dann jedoch eine dem widersprechende, unzutreffende Vorrangregelung von Rahmenverträgen suggeriert. Dieser Umstand ist in der Darstellung des Zuweisungsverfahrens zu korrigieren. Falsche Angaben genügen nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben.

Dasselbe gilt im Hinblick auf die im Schaubild zum Zuweisungsverfahren unzutreffend wiedergegebene „Beteiligung der Regulierungsbehörde“. Anders als im Schaubild dargestellt, ist die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde mindestens bis zum Zeitpunkt des Trassenangebotes (zwischen „x-5“ und „x-4“) zu beteiligen. Das im Schaubild in Bezug genommene Verfahren nach § 14e AEG, das sich einer Mitteilung gemäß § 14d AEG anschließt, endet nicht notwendig an der angegebenen Stelle vor „Stellungnahme Anmelder“ und vor Erstellung des endgültigen Netzfahrplangentwurfes. Vielmehr kann die Bundesnetzagentur im Rahmen eines Verfahrens nach § 14e AEG zeitlich über die Stellungnahme der Zugangsberechtigten zur Erstel-

lung des vorläufigen Netzfahrplans und den Entwurf des endgültigen Netzfahrplanentwurfes hinaus an dem Zuweisungsverfahren beteiligt sein. Die in § 14e Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 14d S. 1 Nr. 6 AEG vorgesehene Vier-Wochen-Frist kann sich je nach Beginn des Zeitpunktes der Vorlage nach § 14d AEG über diesen Zeitraum hinaus erstrecken.

Darüber hinaus ist die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer mit dem Verfahren nach § 14e AEG verbundenen Befugnisse gemäß §§ 14b ff AEG wie insbesondere der Anordnung einer Neuvorlage der SNB auf der Grundlage des § 14c AEG in jedem Fall über den angegebenen Zeitraum hinaus an dem Verfahren beteiligt. So müsste sich die „Beteiligung der Regulierungsbehörde“ im Schaubild mindestens bis zum Monat „x-4“ erstrecken. Die demgegenüber fehlerhafte Darstellung vermittelt den Zugangsberechtigten ein falsches Bild von dem geltenden Verfahren. So verfügen auch nicht alle Wettbewerber über die Möglichkeit, aus der Darlegung den tatsächlichen Ablauf bei Trassenanmeldungen zum Netzfahrplan und die damit verbundenen Voraussetzungen für die Nutzung der Schienenwege herauszulesen. Es liegen ein Verstoß gegen das Transparenz- und Diskriminierungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV vor.

(c) Fehlende Einbeziehung notwendiger Vorgaben zu Geltungsbereich und Zugangsbedingungen

Klausel Nr. 2.2.1 SNB

Soweit die Klausel Nr. 2.2.1 SNB die „genehmigungs- und sicherheitsbescheinigungsrelevanten“ Grundvoraussetzungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur nur lückenhaft regelt, d.h. insbesondere auf einen Hinweis betreffend die in diesem Zusammenhang für inländische Frachtunternehmen bestehenden Voraussetzungen verzichtet, genügt diese Regelung nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben.

Insoweit fehlen relevante Vorgaben in dieser Klausel, denen unter Transparenzgesichtspunkten Rechnung getragen werden muss: Zugangsberechtigt gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG sind auch inländische Frachtunternehmen, worunter Spediteure ebenso fallen können wie Frachtführer. Da diese selbst nicht am Eisenbahnbetrieb teilnehmen, bedürfen sie keiner Sicherheitsbescheinigung. Sie müssen allerdings dem betroffenen Eisenbahninfrastrukturunternehmen nachweisen, dass die von ihnen mit der Nutzung der zugewiesenen Fahrkapazität zu beauftragenden Eisenbahnverkehrsunternehmen über die Sicherheitsbescheinigung verfügen.

Die fehlende Einbeziehung dieser Voraussetzung in die Klausel 2.2.1 SNB führt dazu, dass die betroffenen Zugangspetenten über diesen Regelungsgegenstand und die damit verbundenen Voraussetzungen und Folgen im Unklaren bleiben. Dies gilt insbesondere, da sie weder in diesem noch in dem Regelungszusammenhang betreffend die Trassenanmeldung auch nur erwähnt werden. Einzige Vorschrift, die mit Blick auf „einen Zugangsberechtigten, der nicht Eisenbahnverkehrsunternehmen ist“ nähere Regelungen trifft, ist Klausel Nr. 7.1.9.3 unter der Überschrift „Übertragung vertraglicher Rechte und Pflichten“. Hier wird jedoch ein gänzlich anderer Regelungszusammenhang dargestellt, so dass dies das Fehlen vollständiger Angaben in Klausel Nr. 2.2.1 SNB nicht ausgleichen kann. Diese befasst sich mit Zugangsvoraussetzungen und Zugangsrechten. Zugangspetenten können diese jedoch nur dann wirksam ausüben, wenn sie sich über deren Bestehen und Umfang im Klaren sind, so dass insoweit ein Verstoß vorliegt. Klausel Nr. 2.2.1 SNB ist entsprechend zu ergänzen.

Klausel Nr. 7.1.7 ABN

Vor demselben Hintergrund genügt auch Klausel Nr. 7.1.7 ABN nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben. Hier finden sich wiederum unvollständige Angaben zu Genehmigungen, Erlaubnissen und Bescheinigungen. An dieser Stelle mag zwar ein zumindest „räumlich“ etwas näherer Zusammenhang zu der insoweit ergänzenden Vorschrift in Klausel Nr. 7.1.9.3 ABN bestehen, dennoch

verbleibt es bei dem fehlenden Regelungszusammenhang. Darüber hinaus fehlt in Klausel Nr. 7.1.7 ABN die Einbeziehung der „Zugangsberechtigten“ insgesamt. Klausel 7.1.7 ABN nennt fälschlicherweise nur die Eisenbahnverkehrsunternehmen

Klausel Nr. 4.1 SNB

In Klausel Nr. 4.1 SNB fehlt ein Hinweis auf notwendige Vorschriften, wenn es heißt: „Die Anmelde- und Nutzungsberechtigung ergibt sich aus den §§ 14 Abs. 2 AEG bzw. 6 EIBV“: Die Anmelde- und Nutzungsberechtigung ergibt sich nicht lediglich aus diesen beiden Vorschriften und muss dementsprechend weitergefasst oder komplett gestrichen werden. Der unvollständige Verweis begründet ein durch Unklarheit hervorgerufenes Diskriminierungspotenzial und kann darüber hinaus zu einer Einschränkung von Zugangsrechten führen, so dass ein Verstoß gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1, ggf. auch S. 2 EIBV vorliegt.

Klausel Nr. 7.1.1 ABN

Schließlich fehlen auch notwendige Vorschriften in der Klausel 7.1.1 ABN, die den Geltungsbereich der ABN beschreibt. Hier bezieht die Bescheidadressatin zu Unrecht die Zugangsberechtigten gemäß §§ 14 Abs. 3 AEG und 32 AEG nicht in den Geltungsbereich ein und verstößt so gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV. Klausel 7.1.1 ABN ist daher gleichfalls zu beanstanden.

(d) Fälschlich suggerierte Zugangsvoraussetzungen

Klausel Nr. 7.1.3.4 ABN

Soweit in Klausel Nr. 7.1.3.4 ABN der nach ihrem Wortlaut zwingende Abschluss eines Vertrages mit einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen, welches dem zugangsberechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmen die Versorgung mit Fahrstrom liefert, gefordert wird, genügt diese Regelung nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben. In der Klausel heißt es „Beabsichtigt das EVU, im Rahmen der Nutzung von Trassen aus Oberleitung oder Stromschienen Traktionsstrom für die Zwecke der elektrischen Zugförderung zu entnehmen, dann ist zusätzlich zu dem Einzelnutzungsvertrag mit der DB Netz AG der Abschluss eines Vertrages mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen erforderlich, das die Versorgung des EVU mit Fahrstrom notwendigen Anlagen betreibt und die damit verbundenen Leistungen für das EVU erbringt. Kommt das EVU seiner Verpflichtung zum Abschluss eines solchen Vertrages mit dem anderen Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht nach, hat es keinen Anspruch auf Trassen, soweit die jeweils zur Nutzung bestimmten Schienenwege der DB Netz AG mit Oberleitung oder Stromschienen ausgerüstet sind.“ Ausweislich ihres Wortlautes und des Regelungszusammenhanges der Klauseln erhebt die Bescheidadressatin diesen Vertragsabschluss (tatsächlich oder vermeintlich) zu einer zwingenden Zugangsbedingung. Tatsächlich bestehen daneben jedoch alternative Möglichkeiten, die Strecke beispielsweise mit einer Diesel-Traktion oder einer Dampflokomotive zu befahren, so dass kein Fahrstrom notwendig ist. Die damit verbundenen Zugangsvoraussetzungen und Zugangsrechte müssen die Zugangspetenten kennen, um sie wirksam ausüben zu können. Insbesondere dürfen ihnen keine verkürzten Zugangsanforderungen suggeriert werden.

Die Klausel Nr. 7.1.3.4 ist daher unter Transparenz- und Diskriminierungsgesichtspunkten gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV zu beanstanden.

(e) Unvollständige Vorbehaltsregelungen

Klausel Nr. 7.2.14 ABN

Klausel 7.2.14 ABN verstößt in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung gegen das Transparenzgebot, da die mit dem „Vorbehalt der eingeschränkten Realisierbarkeit (betreffend Trassenangeboten zum Gelegenheitsverkehr) in Folge von Baumaßnahmen“ verbundenen rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen nicht dargestellt werden. So fehlt es an den folgenden Regelungsinhalten: Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit ein Trassenangebot überhaupt noch unter einem Vorbehalt der eingeschränkten Realisierbarkeit gestellt werden kann, wenn es schon angenommen wurde. Welche Fälle die Bescheidadressatin hier regeln will, geht aus der Klausel nicht hervor. Hier bedarf es einer näheren Erläuterung der beabsichtigten Regelung.

Des Weiteren muss in der Klausel 7.2.14 ABN eindeutig und zweifelsfrei festgelegt werden, dass eine Geltendmachung der eingeschränkten Realisierbarkeit durch die Bescheidadressatin im Gelegenheitsverkehr 40 Tage vor dem Verkehrstag *nur für das jeweils betroffene Teilstück* der Strecke zur Geltung kommt und nicht für die *gesamte* Strecke.

Spricht die Bescheidadressatin dagegen eine Trassenabsage für die gesamte Strecke aus, so handelt es sich hierbei um eine Trassenablehnung, die nach Maßgabe der hierfür geltenden besonderen eisenbahnrechtlichen Verpflichtungen zu behandeln ist. Insbesondere besteht eine Mitteilungspflicht an die Netzagentur gemäß § 14d Nr. 2 AEG. Darüber hinaus fehlt in Klausel Nr. 7.2.14 ABN auch ein Hinweis darauf, dass die Bescheidadressatin den betroffenen Zugangsberechtigten in den Fällen der eingeschränkten Realisierbarkeit ihrer Trassenangebote in Folge von Baumaßnahmen eine Umleitung um die baubedingte Störstelle gewähren muss. Dies ergibt sich schon aus den gesetzlich garantierten Zugangs- und Leistungsrechten der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EIBV. Aus Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB folgt, dass die Bescheidadressatin dies auch zutreffend anerkennt. So heißt es hierin: „Ergibt sich für eine bestellte Trasse aufgrund von Baumaßnahmen, die nicht im Trassenangebot für die betreffende Trasse berücksichtigt wurden, ein vom ursprünglichen Trassenangebot abweichender Laufweg (Umleitung) so wird nur das Trassenentgelt für den Laufweg in Rechnung gestellt, der dem angeblichen Angebot zugrunde liegt. (...)“ Ohne diese notwendigen Informationen bleiben die Zugangsberechtigten im Unklaren über ihre Zugangsrechte. Die Bescheidadressatin wird durch die unvollständigen Angaben spiegelbildlich in die Lage versetzt, einzelne Zugangsberechtigten uninformiert zu lassen und sie bei der Wahrnehmung bzw. Nichtwahrnehmung ihrer Rechte ungleich zu behandeln. So birgt die Klausel Nr. 7.2.14 ABN ein erhebliches Diskriminierungspotenzial.

Es liegt wiederum ein Verstoß gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV vor.

Klausel Nr. 7.2.16 ABN

Des Weiteren verstößt auch Klausel Nr. 7.2.16 ABN gegen das Transparenzgebot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

In dieser Klausel fehlt es gleichfalls an wesentlichen Informationen zur Klarstellung ansonsten diskriminierender Vorbehaltsregelungen.

Nach dieser Regelung stehen alle Willenserklärungen der Bescheidadressatin unter dem „Vorbehalt“ einer u.a. anders lautenden Entscheidung der Regulierungsbehörde. Zum einen wird aus dieser Regelung nicht deutlich, was unter einer Willenserklärung unter Vorbehalt zu verstehen ist und welche Rechtsfolgen sich an eine anders lautende Erklärung der Regulierungsbehörde knüpfen. Auch eine Heranziehung anderer Gesetze, wie das BGB, ermöglicht es nicht, den Begriff der „Willenserklärung unter Vorbehalt“ zu definieren. Das BGB kennt keine „Willenserklärungen unter Vorbehalt“. Schon aus diesem Grund ist die Regelung intransparent und zu beanstanden.

Die Bundesnetzagentur weist darüber hinaus ausdrücklich darauf hin, dass es gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EIBV verstoßen würde, wenn die Bescheidadressatin mit dieser Regelung ein einseitiges Lösungsrecht von den Verträgen mit den Zugangsberechtigten

bezweckt und die Zugangsberechtigten weiterhin an ihre Willenserklärungen gebunden sein sollten. Im „regulierten“ Markt ist bei Rechten, die dem Infrastrukturbetreiber einseitig zugewiesen werden sollen, eine Überprüfung dahingehend vorzunehmen, ob sich daraus eine unangemessene Benachteiligung der Zugangsberechtigten ergibt. Sonst bestünde die Gefahr, dass die gesetzlich verankerten Zugangsrechte Dritter faktisch ausgehöhlt und entwertet würden. Eine derartiges Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern – der Zugangsberechtigte soll weiterhin an seine Willenserklärungen gebunden sein, während die Bescheidadressatin sich von den ihnen lösen kann – brächte für den Zugangsberechtigten zahlreiche nicht kalkulierbare Ungewissheiten in die Vertragsbeziehung. Vor diesem Hintergrund sowie vor dem Hintergrund der damit verbundenen Diskriminierungsgefahr einzelner Zugangsberechtigter läge ein Verstoß gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EIBV vor.

(f) Unzutreffende Darstellung von Rechten

Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN

Ferner ist der Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN – neben den dazu schon unter Ziff. 1) b) aa) (3) Gesichtspunkte wegen der unzulässigen Einschränkung von Rechten dargestellten Beanstandungen – zusätzlich unter Transparenzgesichtspunkten zu widersprechen, gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EIBV.

Die Klausel bestimmt, dass den Zugangsberechtigten aus vorübergehenden Unterbrechungen der Leistungen, die auf eine Erweiterung und Erneuerung der Infrastruktur oder Instandhaltungsarbeiten zurückzuführen sind, keine Rechte erwachsen. Diese Aussage ist unzutreffend, da die Zugangsberechtigten in diesen Fällen sehr wohl über Rechte verfügen, die sie mit Erfolg geltend machen können. Dies betrifft zum einen, wie oben unter Ziff. 1) b) aa) (3) im Einzelnen dargelegt, das den Zugangsberechtigten gemäß § 21 Abs. 6 EIBV eingeräumte Minderungsrecht. Darüber hinaus können in bestimmten Fällen ggf. Schadensersatzansprüche in Betracht kommen. Zum anderen haben die Zugangsberechtigten in diesen Fällen das Recht auf die Umleitung auf einen vom ursprünglichen Trassenangebot abweichenden Laufweg, wobei, wie in Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB zutreffend festgeschrieben, die Trassenmehrkosten dem Nutzer in diesem Fall nicht in Rechnung gestellt werden dürfen. Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN steht daher auch im Widerspruch zu Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB, die zutreffend bestimmt: „Ergibt sich für eine bestellte Trasse aufgrund von Baumaßnahmen, die nicht im Trassenangebot für die betreffende Trasse berücksichtigt wurden, ein vom ursprünglichen Trassenangebot abweichender Laufweg (Umleitung), so wird nur das Trassenentgelt für den Laufweg in Rechnung gestellt, der dem angebotenen Angebot zugrunde liegt. (...)“

Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN verstößt somit auch gegen die Vorgabe, dass sich die bei der Ausübung eines Zugangsrechts zu erfüllenden Voraussetzungen, sofern sie im Regelungsbereich des zugangsverpflichteten Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen, mit hinreichender Deutlichkeit aus den Nutzungsbedingungen ergeben müssen. Die Regelung in der Klausel ist unzutreffend, mithin umfänglich intransparent und ungeeignet, sämtliche Zugangspetenten diskriminierungsfrei über ihre Zugangsrechte und deren Ausübung aufzuklären.

Klausel Nr. 7.4.7.4 ABN verstößt also auch vor diesem Hintergrund gegen das Transparenz- und Diskriminierungsverbot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EIBV.

Klausel Nr. 7.5.3 ABN

Ein weiterer Transparenzverstoß findet sich in Klausel Nr. 7.5.3 ABN.

Im Zusammenhang mit der Rückkehr zu normalen Betriebsbedingungen räumt sich die Bescheidadressatin in dieser Klausel u. a. in S. 2 das Recht ein „Züge umzuleiten oder die Benutzung einer anderen als der vereinbarten Infrastruktur“ vorzusehen. Da auch in dieser Klausel eine Regelung fehlt, wie sich derartige Maßnahmen auf die Gegenleistungspflicht der Zugangs-

berechtigten auswirken, verstößt sie jedenfalls unter Transparenzgesichtspunkten gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EIBV.

Darüber hinaus besteht auch aufgrund eines unaufklärbaren Widerspruchs, der der Ziffer immanent ist, ein Verstoß gegen das Transparenzgebot der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV: Während in S. 1 dieser Ziffer bestimmt wird, dass „unter Berücksichtigung der Belange der betroffenen EVU/ ZB alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen“ getroffen werden, um „zu normalen Betriebsbedingungen zurückzukehren“, wird in S. 3 davon gesprochen, dass die „Belange des betroffenen EVU/ ZB“ „soweit wie möglich“ berücksichtigt werden. Der Satz 3 stellt demnach geringere Anforderungen an die Berücksichtigung der Belange der betroffenen Zugangsberechtigten als S. 1, ohne hierfür jedoch andere Voraussetzungen zu benennen.

Dieser Widerspruch ist derart aufzulösen, dass die Voraussetzungen des S es 1 für die Berücksichtigung der Belange der Zugangsberechtigten insgesamt gelten. Insoweit bedarf es eines einheitlichen Abstellens auf die Zumutbarkeit, da ansonsten eine ungerechtfertigte Einschränkung des gesetzlichen Zugangs- und Bereitstellungsgebots wegen ungerechtfertigter einseitiger Leistungsänderungsrechte seitens der Bescheidadressatin vorliegen würde, vgl. oben unter 1) b) aa) (2).

(g) Hinweise zur Herstellung hinreichender Transparenz/Transparenzmängel, denen (vorläufig) nicht widersprochen wird

Darüber hinaus weist die Bundesnetzagentur generell auf das Erfordernis der Einhaltung der gesetzlich vorgegebenen Pflichtleistungen sowie auf die Einhaltung des Transparenzgebotes hin. In den Nutzungsbedingungen der Bescheidadressatin finden sich zahlreiche Passagen, die im Hinblick auf ihre Klarheit und Transparenz verbessert werden sollten.

Den Klauseln, die diese Passagen enthalten, soll an dieser Stelle insoweit (noch) nicht widersprochen werden. Die Bundesnetzagentur weist jedoch darauf hin, dass die angesprochenen – nicht abschließenden - Optimierungsvorschläge in den Regelungen und Formulierungen von der Bescheidadressatin aufgegriffen und kurzfristig berücksichtigt werden sollten. Eine unproblematische Umsetzung erscheint insoweit durchgängig gegeben. Die Bundesnetzagentur behält sich jeweils vor, im Hinblick auf die hier angesprochenen Gesichtspunkte regulierend einzugreifen, sollten sich aufgrund dieser Klauseln diskriminierende Handlungen der Bescheidadressatin ergeben.

Zu Klausel Nr. 1 SNB (Allgemeine Informationen):

Gegenüber den bisherigen SNB fehlt der Abschnitt „Ansprechpartner“. Diese Informationen sind zwar weitgehend im Internet verfügbar, dennoch wäre es für die Zugangsberechtigten einfacher, sie den SNB entnehmen zu können. Darüber hinaus sind weder in den SNB noch auf den Internetseiten Informationen darüber vorhanden, wo sich die Grenzen der Niederlassungen befinden. Diese Daten würden helfen, die jeweils zuständige Niederlassung sofort zu erkennen.

Zu Klausel 1.2.1 SNB (RegioNetz Infrastruktur GmbH (RNI))

Die DB Netz AG führt ihre Regionalnetze auf, die der Tochtergesellschaft DB RegioNetz Infrastruktur GmbH zugeordnet sind. Auf den angegebenen Internetseiten finden sich nur marginale Informationen. Für die Zugangsberechtigten relevant sind aber Daten darüber, wo genau die Strecken der genannten Infrastrukturunternehmen verlaufen und wo die Grenzen zum eigentlichen Schienennetz der DB sind. Dies ist zum Beispiel erforderlich, um den richtigen Adressaten einer Trassenanmeldung zu ermitteln.

Zu Klausel 2.3.6 SNB

Unter dieser Regelung wird hinsichtlich besonderer Zugangsbedingungen für bestimmte Schnellfahrstrecken die „Seitenwindverträglichkeit“ angeführt. Dazu bedarf es der Darlegung näherer Erklärungen zu dieser Vorgabe oder einer Fundstelle, wo die Zugangsberechtigten sich darüber informieren können.

Zu Klausel 2.4 SNB

Mit Blick auf die Klausel Nr. 2.4 SNB ist vorsorglich darauf hinzuweisen, dass sofern im Zusammenhang mit der Durchführung von außergewöhnlichen Transporten und der hierfür erforderlichen Beförderungszusage ein gesondertes Entgelt bzw. ein Aufschlag verlangt wird, hierfür Entgeltgrundsätze fehlen (vgl. Abschnitt 6)).

Zu Klausel Nr. 3.3.2 SNB

Die einzelnen Klauseln unter Klausel Nr. 3.3 SNB – verkehrlich-betriebliche Einschränkungen – sollten insgesamt detaillierter beschrieben werden und im Hinblick auf nähere Einzelheiten und Informationen nicht jeweils nur auf die „Ansprechpartner in den Niederlassungen“ verweisen. Dies gilt insbesondere, soweit in Klausel Nr. 3.3.2 SNB – Dampflokomotiven – von „weitergehenden generellen Restriktionen“ die Rede ist. Die mit dem gegenwärtigen unklaren Inhalt und Umfang dieser „weitergehenden generellen Restriktionen“ verbundenen Diskriminierungspotenziale sind durch eine entsprechende Beschreibung in den SNB zu beseitigen. Die Bundesnetzagentur wird die Thematik „Verkehrlich-betriebliche Einschränkungen“ und die damit verbundene Entwicklung in der Praxis beobachten und regulierend eingreifen, sollten sich aufgrund der getroffenen Regelungen diskriminierende Handlungen der Bescheidadressatin ergeben.

Zu Klausel Nr. 3.3.6 SNB

In Klausel 3.3.6 gibt die Bescheidadressatin eine Auflistung von besonderen Schienenwegen bekannt. In der Darstellung der einzelnen besonderen Schienenwege gibt sie dabei einzelne Punkte auf der jeweiligen Strecke an. Diese sind jedoch nicht ausreichend detailliert dargestellt, so lässt sich beispielsweise nicht erkennen, ob die Schnellfahrstrecke Köln – Frankfurt in Köln Hbf oder Köln Deutz beginnt. Insoweit bedarf es einer Konkretisierung in der kompletten Klausel 3.3.6 SNB.

Zu Klausel Nr. 3.3.7 SNB

Obwohl die Bescheidadressatin der gesetzlichen Verpflichtung zur Ausweisung von überlasteten Schienenwegen bisher nicht nachgekommen ist, wird in Klausel Nr. 3.3 SNB angeführt, dass es im Falle von überlasteten Schienenwegen zu Einschränkungen kommen kann. Dieser Passus ist überflüssig und missverständlich. Die Bescheidadressatin sollte kurzfristig klären, ab wann eine Strecke für überlastet erklärt wird (§ 16 EIBV). Eine Definition von überlasteten Schienenwegen erscheint aus Transparenzgründen für die Zugangsberechtigten notwendig, da sie ohne Rahmenbedingungen nicht wissen, was unter einem überlasteten Schienenweg zu verstehen ist und sie demnach auch keine entsprechenden Anträge auf Prüfung bei der Bundesnetzagentur einreichen können. Weiterhin erscheint eine Darstellung überlasteter Schienenwege im Hinblick auf die Ausführungen der Bescheidadressatin zu den Entgeltgrundsätzen ihrer SNB betreffend den „Auslastungsfaktor“ angezeigt.

Zu Klausel Nr. 3.4 SNB

Klausel Nr. 3.4 SNB sollte insgesamt transparenter gestaltet werden. Die Absätze 5 bis 8 behandeln Entgeltgrundsätze sollten – zumindest auch – in Kapitel 6 dargestellt werden. Weiterhin sollte ein Verweis auf Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB eingefügt werden, da sich dort die Entgeltregelungen bei baubedingten Umleitungen befinden. Schließlich regelt die Klausel (nur) den Fall, dass eine Verlängerung der Streckenöffnungszeit durch eine vom Zugangsberechtigten verursachte Verspätung eine zusätzliche Zahlung zum Trassenpreis nach sich zieht. Der umgekehrte Fall der Mehrkosten von Streckenöffnungszeiten durch die Bescheidadressatin wird nicht gere-

gelt. Hier fehlen ein Hinweis auf das Anreizsystem der Bescheidadressatin sowie die Information, dass in diesem Fall die Mehrkosten der Streckenöffnungszeiten von der Bescheidadressatin zu übernehmen sind.

Zu Klausel Nr. 4.2.1 SNB

In der Tabelle „Konkrete Fristen für den Netzfahrplan 2008“ sollte der Zeitpunkt des Netzfahrplanwechsels mit Uhrzeit (0.00 Uhr) angegeben werden.

Zu Klausel Nr. 5.3 d) SNB

In dieser Klausel sollte aus Transparenzgründen darauf hingewiesen werden, dass für Fahrten innerhalb des Netzfahrplans grundsätzlich kein gesondertes Entgelt für Fahrten außerhalb der Streckenöffnungszeiten erhoben werden darf. Der Verweis im zweiten Absatz auf „Ziffer 0“ ist offenbar fehlerhaft.

Zu Klauseln Nr. 7.1.8.1 ABN, Nr. 7.4 ABN und 7.5.3 ABN

In den Klauseln Nr. 7.1.8.1 ABN, Nr. 7.4 ABN und 7.5.3 ABN verwendet die Bescheidadressatin jeweils den Ausdruck „normale Betriebsbedingungen“. Dieser Begriff wird nicht näher definiert und ist auch kein Begriff, der sich aus eisenbahnrechtlichen Vorschriften ergibt. Dies hat zur Folge, dass die Zugangsberechtigten aus der Klausel nicht den genauen Regelungsgehalt erkennen können. Aus diesem Grund ist die Klausel intransparent.

Darüber hinaus ist auf die Gefahr von Diskriminierungspotenzialen durch die Einräumung eines unkonditionierten Entscheidungsspielraum der Bescheidadressatin hinzuweisen, da nicht ersichtlich wird, wie sich die normalen Betriebsbedingungen für die Bescheidadressatin darstellen und wie normale von „unnormalen“ Betriebsbedingungen abzugrenzen sind. In der Anhörung wurde jedoch von der Bescheidadressatin in nachvollziehbarer Art und Weise dargelegt, dass eine genaue Definition dieses Begriffs sehr komplex und umfangreich wäre. Dies würde zu Lasten der Verständlichkeit gehen. Die Bundesnetzagentur behält sich jedoch vor, die Thematik „normale Betriebsbedingungen“ und die damit verbundene Entwicklung in der Praxis zu beobachten und ggf. regulierend einzugreifen, sollten sich aufgrund dieser Klausel diskriminierende Handlungen der Bescheidadressatin ergeben.

In Klausel Nr. 7.5.3 ABN sollte ferner aus Transparenzgründen ergänzend darauf hingewiesen werden, dass, wie in Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB geregelt, die Bescheidadressatin für Umwegfahrten, die zur Rückkehr zu normalen Betriebsbedingungen dienen, kein zusätzliches Trassenentgelt für die Umwegfahrten von Seiten der Bescheidadressatin an die Zugangsberechtigten verlangt wird.

Zu Klausel Nr. 7.2.6 ABN

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel 7.2.6 zum Höchstpreisverfahren regelt: „Die Zahlung des Entgelts wird mit Annahme des Trassenangebots fällig. Das Entgelt ist für die gesamte Netzfahrplanperiode zu entrichten, unabhängig von einer eventuellen Nichtnutzung der Trasse“ weist die Bundesnetzagentur auf gewisse Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieser Regelung hin. Eine derartige Vorkasse ist durch den Gesetzgeber in § 9 Abs. 6 EIBV nicht vorgegeben. Wegen im Höchstpreisverfahren von dem Grundsatz abgewichen wird, dass Entgelte erst entrichtet werden, wenn die Leistung erbracht wurde, ist nicht ersichtlich.

Zu Klausel Nr. 7.2.10.2 ABN

Unter Klausel Nr. 7.2.10.2 ABN führt die Bescheidadressatin Fälle einer besonders aufwendigen Bearbeitung an. Unter anderen nennt sie unter a) Reisesonderzüge und unter g) Fahrten, die aufgrund der angemeldeten Fahrzeuge, der Streckenverhältnisse oder anderer Parameter eine besondere Form des Netzfahrplans erfordern.

Die Bescheidadressatin hat in der Anhörung am 6.11.2006 insbesondere im Hinblick auf die „Reisesonderzüge“ Ausführungen zu dem damit verbundenen erhöhten Arbeitsaufwand gemacht. Obwohl gewisse Zweifel bestehen, ob sich dies generell so feststellen lässt, soll die Klausel vor diesem Hintergrund zunächst Bestand haben. Es sollte jedoch jedenfalls das Kriterium „Reisesonderzug“ in den SNB näher dargelegt werden. Des Weiteren sollte Punkt g) durch die Darlegung der weiteren denkbaren Beispielfälle näher eingegrenzt werden. Auch sollte hinsichtlich dieser beiden Kriterien sowie mit Blick auf Ziff. e) (Fahrten durch mehr als einen Niederlassungsbereich, die mit „Vorrang Ankunft“ angemeldet werden) in den SNB aus Transparenzgründen sowie zur Vermeidung von Diskriminierungsspielräumen erläutert werden, aus welchem Grund und inwieweit diese zu den Fällen besonders aufwendiger Bearbeitung zählen.

Zu Klausel Nr. 7.2.1.1 ABN

Klausel Nr. 7.2.1.1 ABN enthält Regelungen für die Anmeldung zum Netzfahrplan. Im untersten Abschnitt der Klausel regelt die Bescheidadressatin, dass sie eine Erklärung des Zugangsberechtigten vom Zeitpunkt der Anmeldung an als verbindlich ansieht. Diese Formulierung ist nicht transparent dargestellt, da der Eindruck erweckt wird, als sei dies bereits bei der ersten Anmeldung vor Fristablauf zur Anmeldung des Netzfahrplans der Fall. Tatsächlich wird eine Anmeldung jedoch gegenstandslos, sobald eine neue Anmeldung vor Fristablauf im Rahmen der Netzfahrplanerstellung bei der Bescheidadressatin eingeht. Es wird empfohlen die Klausel aus Transparenzgründen zu präzisieren

Zu Klausel 7.2.2.1 ABN

In Klausel 7.2.2.1 führt die Bescheidadressatin ihre Fristen hinsichtlich der Anträge auf Zuweisung von Zugtrassen aus. § 8 Abs. 1 Nr. 2 EIBV schreibt insoweit eine Pflicht vor, eine gemeinsame Frist im Rahmen einer Zusammenarbeit aller Betreiber der Schienenwege festzulegen. Aus den Ausführungen der Bescheidadressatin wird hingegen weder ersichtlich, dass eine Abstimmung mit den anderen Betreibern der Schienenwege stattgefunden hatte, noch, dass die geltende Frist nach Klausel 7.2.2.1 abgestimmt ist.

Zu Klausel Nr. 7.2.7.1 ABN

Ausweislich Klausel Nr. 7.2.7.1 ABN übergibt die Bescheidadressatin den Zugangsberechtigten nach Erstellung des Netzfahrplanentwurfes eine tabellarische Darstellung des beabsichtigten Trassenangebotes, zu welchem diese dann binnen eines Monats Stellung nehmen können. Die Klausel beschreibt nicht näher, welche Anforderungen an den Detailliertheitsgrad der Tabelle zu stellen sind, so dass sich diese nach dem Inhalt der Klausel auf eine grobe, lückenhafte und ungenau Darstellung beschränken kann.

Um einen zuverlässigen Überblick über ihre in dem vorläufigen Netzfahrplan dargestellten Zugangsrechte zu erhalten und dazu Stellung nehmen zu können, bedürfen die Zugangsberechtigten jedoch einer Übersicht, die in Bezug auf ihren Detailliertheitsgrad diskriminierungsfreie Kriterien aufstellt und diese sodann auch einhält. Insoweit könnten z.B. die als Nebenleistungen deklarierten Bildfahrpläne (Trassengrafiken) bereits zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens dem Trassenangebot, d.h. der tabellarischen Übersicht beigelegt werden.

Zu Klausel Nr. 7.2.8.3 ABN

Die Frist zur Ablehnung oder Annahme des Trassenangebotes durch die ZB von fünf Arbeitstagen sollte um den Zusatz „nach Eingang bei den Zugangsberechtigten“ ergänzt werden, damit sichergestellt werden, dass die Zugangsberechtigten die volle Zeitspanne zur Überprüfung zur Verfügung haben

Zu Klausel Nr. 7.2.11 ABN

In Klausel Nr. 7.2.11 ABN werden Regelungen zur Trassenbearbeitung im Gelegenheitsverkehr getroffen. Diese erscheinen z.T. willkürlich. So legt die Bescheidadressatin bei der Bearbeitung der Trassen fest, dass lediglich erhebliche Abweichungen einer Trasseanmeldung abzustimmen sind. Der Begriff der erheblichen Trassenanmeldung bei der Konstruktion wird durch die Bescheidadressatin sodann für drei verschiedene Verkehrsarten definiert. Dabei werden Zeitspannen von mehr als zwei Stunden angeführt. Diese vorgegebenen Zeitspannen finden sich weder in den gesetzlichen Bestimmungen, noch wird anhand der Regelungen der Bescheidadressatin, deutlich, weswegen diese Zeitspannen gewählt werden und inwieweit sie sachgerecht sind. Insoweit bedarf es einer Darstellung der Vereinbarkeit dieser Vorgaben mit den eisenbahnrechtlichen Vorgaben. Insbesondere muss auch gesichert sein, dass durch die getroffenen Regelungen die gesetzlich vorgegebene Mitteilungspflicht gemäß § 14d Nr. 2 AEG nicht umgangen wird und die Regelung keinen Raum für Diskriminierungen lässt.

Klausel Nr. 7.4.3.2 ABN/Nr. 7.4.3.3 ABN

Unter Klausel 7.4.3 werden Anforderungen an das Personal des EVU festgelegt. Dabei fehlt im Hinblick auf die notwendige Vermittlung der Ort- und Streckenkenntnis aus Transparenzgründen die Klarstellung, dass die erstmalige Vermittlung als Pflichtleistung (§ 4 Abs. 1, 2, Anlage 1 Nr. 1 d EIBV, vgl. auch die Ausführungen zur Beanstandung von Klausel 5.2) SNB) kostenfrei zu erfolgen hat. Erst jede weitere Vermittlung stellt sich dann als Zusatzleistung dar, die zusätzlich bepreist werden darf. Darüber hinaus bedarf es einer Klarstellung, dass die Vermittlung der Strecken- und Ortskenntnis durch einen Dritten nur mit Zustimmung des Zugangsberechtigten zulässig ist.

Insoweit empfiehlt sich zusätzlich zu den bisher in den Klauseln Nr. 7.4.3.2 ABN und Nr. 7.4.3.3 ABN getroffenen Regelungen die folgende Formulierung: „Die DB Netz AG vermittelt dem Personal des EVU vor seinem Einsatz die erforderliche Orts- und Streckenkenntnis und stellt die dafür erforderlichen Informationen zur Verfügung. Es kann sich hierfür mit Zustimmung des Zugangsberechtigten eines Erfüllungsgehilfen bedienen. Die DB Netz AG ist im Rahmen des zu erbringenden Mindestzugangspakets verpflichtet, die Vermittlung der Orts- und Streckenkenntnis bei Abschluss des Grundsatz-INV einmalig ohne gesonderte Berechnung von Kosten zu erbringen. Für jedes weitere Mal verlangt sie hierfür ein von allen EVU gleichermaßen zu erhebendes Entgelt. Nach einmaliger Vermittlung der Orts- und Streckenkenntnis kann das EVU seinem Personal die erforderlichen Orts- und Streckenkenntnis auch selbst vermitteln.“

Sonstiges

Die Bescheidadressatin gibt 17 Monate vor Start der Netzfahrplanperiode ihre sog. „Planungsparameter“ heraus. Nach dem Stand der Information der Bundesnetzagentur geschieht dies transparent und unter Einbeziehung der einzelnen Zugangsberechtigten. Um jegliches Diskriminierungspotenzial durch fehlende Transparenz auszuschalten sollte eine Darstellung dieser Vorgehensweise in den SNB niedergelegt werden.

Begrifflichkeiten

Zu vermeiden sind betreiberspezifische Begrifflichkeiten, die von den Begrifflichkeiten des AEG und der EIBV abweichen. Diese genügen jedenfalls dann nicht den Anforderungen, die sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Transparenz und Klarheit der Nutzungsbedingungen ergeben wenn in den Nutzungsbedingungen von dem AEG und der EIBV abweichende Begrifflichkeiten verwendet werden, die eine Zuordnung zu den rechtlichen Vorgaben an die Mitteilungspflichten umgehen. Aber auch, wenn keine Gefahr einer falschen Zuordnung besteht, sollten zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Transparenzverbot die gesetzlich vorgegebenen Begriffe verwendet werden. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich beispielsweise in Klausel 7.1.4.2 ABN die Verwendung des gesetzlich vorgegebenen Ausdrucks „Wechsel des Netzfahrplans“ anstelle des Ausdrucks „Fahrplanwechsel“. Anstelle von „Fahrplan“ ist durchgängig der Begriff „Netzfahrplan“ zu verwenden. Auch sollte eine transparente und einheitliche Regelung im Hinblick auf

die für Fristbestimmungen verwandten Begriffe „Arbeitstage“ und „Werktage“ gefunden bzw. sollten die Unterschiede erläutert werden (vgl. z.B. Klausel Nr. 7.2.8.1 ABN sowie die Regelungen zu Sicherheitsleistungen).

Grundsatz-INV

Schließlich ist noch anzumerken, dass unter § 7 des den SNB beigefügten Grundsatz-Infrastruktur-Benutzungsvertrages, auf den in den SNB mehrfach verwiesen wird, ein Verstoß gegen geltendes Recht angekündigt wird, wenn es dort unter der Überschrift „Zusätzliche Bestimmungen“, heißt: „Von den SNB/ABN/NBS abweichende Vereinbarungen mit dem EVU; stets mit I.NMN – also der Bescheidadressatin – abzustimmen!“ Dieser Passus ist zwingend zu streichen. Von den SNB abweichende Bestimmungen sind rechtlich unzulässig.

cc) Sonstige Verstöße gegen das Eisenbahnrecht

Neben den unter 1 b) aa) und bb) aufgeführten Verstößen gegen die gesetzlich garantierte Einräumung von Zugangs- und Leistungsrechten sowie gegen das Diskriminierungs- und Transparenzgebot liegen weitere materielle Verstöße gegen das Eisenbahnrecht vor. Hierbei handelt es sich insbesondere um konkrete Verstöße gegen explizite Vorgaben der EIBV. Aufgrund dieser Verstöße ist den Klauseln Nr. 6.2.2.1 SNB, Anlage 2 SNB, Klausel Nr. 7.1.8.5 ABN, Nr. 7.5.2 ABN, Nr. 7.1.1 ABN, Nr. 7.1.2.2 ABN, Nr. 7.1.9.1 ABN sowie Nr. 7.2.7.2 ABN zu widersprechen.

Im Einzelnen:

(1) Anreizsystem

Gem. § 21 Abs. 1 EIBV wird dem Betreiber der Schienenwege unter der Überschrift „Entgeltgrundsätze für Schienenwege“ aufgegeben, die Entgelte so zu gestalten, dass sie durch leistungsabhängige Bestandteile den Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Betreibern der Schienenwege selbst Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten.

Dieses Anreizsystem muss also auch tatsächlich geeignet sein, zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes beizutragen. Dieses „Anreizsystem“ soll für das gesamte Schienennetz des Betreibers gelten. Ausnahmen sind nicht vorgesehen. Die Entwicklung eines sog. „Anreizsystems“ ist dem Betreiber der Schienenwege also durch die EIBV auferlegt. Dieses Anreizsystem ist Bestandteil der Entgeltgrundsätze, die der Betreiber der Schienenwege nach der gesetzlichen Vorgabe formulieren muss. Darüber hinaus besteht eine explizit in § 21 Abs. 6 EIBV normierte generelle und unbeschränkte gesetzliche Minderungspflicht. Gemäß dieser Vorschrift ist es unerheblich, aus welchem Grund der nicht vertragsgemäße – und folglich eine Minderung begründende – Zustand besteht.

In diesem Sinne und die Begrifflichkeit der „Minderungspflicht“ wählend auch *Ostendorf/Grün*, IR 2005, 275 (277). Auch *Ruge*, DVBl. 2005, 1405 (1412) spricht davon, dass die Entgelte bei nicht vertragsgemäßigem Zustand zu mindern *sind*.

Daneben greift der Anreizmechanismus immer, d.h. nicht lediglich bei nicht vertragsgemäßigem Zustand des Schienenwegs und der dazugehörigen Anlagen ein. Das Gesetz belässt es also nicht bei der Festschreibung eines umfänglichen Minderungsrechtes. Es gibt dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen darüber hinaus die Schaffung eines Anreizsystems bindend auf. Die Bescheidadressatin ist dieser Aufgabe in einem gewissen Umfang nachgekommen. Sie hat ein „Anreizsystem“ entwickelt und dieses in ihren Entgeltgrundsätzen (leistungsabhängige Komponente, vgl. 6.2.2. der SNB) formuliert. Durch die Ausgestaltung dieses Anreizsystems insbesondere in Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB verstößt die Bescheidadressatin jedoch gegen Vorschriften des Eisenbahnrechts, soweit die von ihr getroffenen Regelungen gegen zwingende Vorgaben des

AEG und der EIBV verstoßen und/oder sie hinter den gesetzlich vorgegebenen Anforderungen zurückbleiben.

(a) Anreizsystem – Unzulässige Herausnahme bestimmter Verkehre aus dem Anwendungsbereich

Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB

Soweit in Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB für den Netzfahrplan 2008 Gelegenheitsverkehre, „Lokzüge“, die Gleichstrom-S-Bahn in Berlin und Hamburg, außergewöhnliche Transporte sowie Verkehre, die eine besonders aufwendige Bearbeitung erfordern, aus dem Anwendungsbereich des „Anreizsystems zur Verringerung von Störungen“ der Bescheidadressatin ausgenommen werden, verstößt dies gegen § 21 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EIBV.

§ 21 Abs. 1 S. 2 EIBV normiert, dass die aufgestellten Grundsätze des Anreizsystems zur Verringerung von Störungen für das gesamte Schienennetz des Betreibers der Schienenwege gelten müssen. Raum für eine Ausnahmeregelung seitens des Betreibers der Schienenwege verbleibt nicht. Darüber hinaus begründet die Regelung der Bescheidadressatin einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV, da durch die dargelegte unzulässige Differenzierung eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung betreffend die vom Anreizsystem ausgenommenen Verkehre einerseits und die rechtskonform dem Anreizsystem unterworfenen Verkehren andererseits vorgenommen.

(b) Anreizsystem – Fehlende Leistungskomponenten

Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.2.1 der SNB im Abschnitt „Grundbegriffe des Anreizsystems“ alleine die „Verspätungsminuten“ als relevanten Parameter des „Anreizsystems“ darstellt, liegt ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 S. 1 EIBV i.V.m. § 2 S. 1 Nr. 1 EIBV vor.

Das „Anreizsystem“ zur Verringerung von Störungen soll gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 EIBV zu einer Verbesserung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes führen. Die Aufgabe des Schienennetzes ist die Ermöglichung der Realisierung von „Zugtrassen“. Die Realisierung von Zugtrassen ist damit das zentrale Kriterium des „Anreizsystems“. Der Begriff der „Zugtrasse“ wird in § 2 S. 1 Nr. 1 EIBV legaldefiniert. Danach handelt es sich bei einer „Zugtrasse“ um denjenigen Anteil der Schienenwegkapazität eines Betreibers der Schienenwege, der erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten verkehren kann. Aus der gesetzlichen Formulierung geht hervor, dass sich eine Zugtrasse aus den Merkmalen Zug, Zeit und Ort (Start und Ziel) zusammensetzt. Diese in der Legaldefinition zu findenden Merkmale sind damit zugleich auch Parameter in dem „Anreizsystem“ des § 21 Abs. 1 EIBV: Zur Umsetzung des in § 21 Abs. 1 S. 1 EIBV geforderten Anreizsystems müssen, um den gesetzlichen Voraussetzungen und der gesetzlichen Zielsetzung gerecht werden zu können, Anreize für die Optimierung der drei Kriterien geschaffen werden, die eine Zugtrasse – und damit die Leistungsfähigkeit des Schienennetzes – bestimmen. Die Bescheidadressatin bezieht sich bei der Ausgestaltung ihres Anreizsystems jedoch nicht auf das aus diesen drei Merkmalen bestehende „Trassenpflichtprodukt“. Sie baut das Anreizsystem vielmehr alleine auf Verspätungsminuten auf. Die Fahrzeit wird an festgelegten Messpunkten erfasst und wird Gegenstand des Anreizsystems, sobald eine Abweichung der geplanten Fahrzeit von zwei oder mehr Minuten pro Messpunkt erfasst wird. Das Anreizsystem bleibt damit unvollständig; es erfasst lediglich ein Drittel der für seine gesetzlich aufgegebenen Umsetzung erforderlichen Kriterien und Parameter. Die anderen beiden, die Zugtrasse bildenden und mithin für die Umsetzung des Anreizsystems gleichermaßen relevanten Merkmale werden entgegen der gesetzlichen Vorgabe nicht berücksichtigt. Damit verstößt die Bescheidadressatin gegen § 21 Abs. 1 S. 1 EIBV i.V.m. § 2 S. 1 Nr. 1 EIBV.

(c) Anreizsystem – Diskriminierungspotenzial bei der Aufzeichnung von Verspätungsminuten

Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB

Soweit die Bescheidadressatin hinsichtlich der „Aufzeichnung von Verspätungsminuten“ erläutert, dass die Angabe der Verspätungsursache durch den Fahrdienstleiter der Bescheidadressatin erfolgt (vgl. 6.2.2.1. der SNB), belässt dies einen unternehmerischen Spielraum, der Diskriminierungen ermöglichen kann.

Diskriminierungen selbst und auch derart unkonditionierte Klauseln, die eine diskriminierende Anwendung erlauben, sind, wie unter 1) b) bb) (1) im Einzelnen dargelegt, gem § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 EIBV verboten. Eine diskriminierungsfreie Angabe von Verspätungsursachen kann durch betriebseigenes Personal nicht sichergestellt werden. Denn Angestellte des Betreibers der Schienennetze selbst arbeiten – unternehmerisch nachvollziehbar – zielorientiert im Hinblick auf den Erfolg des Betreibers der Schienennetze. Das System müsste entweder durch einen externen Dritten dienstleistend betrieben werden oder es müsste eine Gegenzeichnung durch den Zugangsberechtigten selbst erfolgen. Ein Verweis auf das später durchzuführende Beanstandungsverfahren reicht nicht aus. Hier kann der Zugangsberechtigte nur noch unter erschwerten Bedingungen (siehe dazu auch unten (4)) seine Auffassung über die Verspätungsursache einbringen.

Insoweit ist Klausel 6.2.2.1. der SNB wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 EIBV zu widersprechen.

(d) Anreizsystem – Unzulässige unterschiedliche Behandlung konzernexternen und konzerninternen Nutzer

Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB; Anlage 2 SNB

Des Weiteren verstoßen die Regelungen in Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB sowie Anlage 2 der SNB – dort die Regelungen in Richtlinie 420.9001 – gegen § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Die Bescheidadressatin verweist darauf, dass die Zuweisung der Verspätungsursachen nach den Grundsätzen der Richtlinie 420.9001 erfolgt, welche als Anlage 2 Bestandteil der SNB ist. Soweit innerhalb der Richtlinie 420.9001 unter Punkt 1 Ziffer 1 zwischen konzerninternen EVU Personenverkehr, konzerninternen EVU Güterverkehr, konzernexterne EVU Personenverkehr sowie konzernexterne EVU Güterverkehr unterschieden wird, liegt eine unzulässige Diskriminierung i.S.d. § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV vor.

Eine Unterteilung zwischen konzernexternen und konzerninternen Nutzern ist diskriminierungsrelevant und gesetzlich nicht vorgesehen. Ein sachlicher Grund, der die in dieser Regelung vorgesehene Ungleichbehandlung ausnahmsweise rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Darüber hinaus verstößt diese Regelung gegen die Unbundlingvorschriften der §§ 9, 9a AEG, wonach Unterscheidungen zwischen konzerninternen und konzernexternen Nutzern schon per se nicht in Betracht kommen. Punkt 1 Ziffer 1 der Richtlinie 420.9001 ist zu streichen.

Den Regelungen in Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB sowie Anlage 2 SNB, Richtlinie 420.9001 ist hinsichtlich der Zuweisung der Verspätungsursachen aus weiteren Gesichtspunkten zu widersprechen. Es liegt ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 EIBV vor.

Die „Verantwortlichkeiten für Verspätungsminuten“ werden durch die Bescheidadressatin in vier Bereiche unterteilt: „Verantwortung der DB Netz AG“, „Verantwortung der EVU für den Schienenpersonenverkehr“, „Verantwortung der EVU für den Schienengüterverkehr“ sowie „keine Verantwortlichkeit einer Partei“. Diese Einteilung ist in einer Tabelle zu Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB auf Seite 42 der SNB in einem groben Schema aufgeführt und wird innerhalb der Richtlinie 420.9001 konkretisiert. Die Zuordnung einzelner Verspätungsursachen erscheint teilweise willkürlich und verkürzt den Verantwortungsbereich der Bescheidadressatin in einem solchen Maße, dass das Anreizsystem tatsächlich nicht geeignet ist, gemäß der Vorgabe in § 21 Abs. 1 SNB zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes beizutragen.

In der Tabelle unter Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB sowie unter Punkt 3 „Zuordnungsbeispiele“ der Richtlinie, Ziffer 04 wird die Zugfolge geregelt, die in die Kategorie „keine Verantwortlichkeit einer Partei“ durch die Bescheidadressatin einsortiert wurde. Soweit die „Zugfolge“ einschließlich der in der Ziffer 04 der Richtlinie benannten Beispiele in die Kategorie „keine Verantwortlichkeit einer Partei“ eingeordnet sind, entspricht dies nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Jedenfalls die „Zugfolge“ in der Ziffer 04 sowie die dazu benannten Beispiele lassen sich in den meisten Fällen einem Verursacher hinsichtlich einer Primärursache zuordnen. Dies gilt ebenso für Ziffer 05 der Zuordnungsbeispiele, nämlich „gefährliche Ereignisse gemäß KoRil 123“.

Diese insoweit unzutreffende Einordnung der Kriterien in die Kategorie „keine Verantwortlichkeit einer Partei“ bedeutet eine erhebliche Einschränkung des „Anreizsystems“ und konterkariert den gesetzlich vorgesehenen Effekt der Erhöhung der Leistungsfähigkeit der Infrastruktur. Bei der Zuordnung dieser Kriterien müssen Einzelfallentscheidungen getroffen werden. Schließlich kann bei Ziffer 48 keine Abwälzung der Verantwortlichkeit für „schlechte Sicht/Witterung“ auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgen. Hier erscheint die Zuordnung in die Kategorie „höhere Gewalt“ sinnvoller und sachgerechter. Die unzutreffenden Zuordnungen von Verspätungsursachen begründet einen Verstoß gegen § 21 Abs. 1 EIBV. Denn § 21 Abs. 1 EIBV fordert die Integration eines Anreizsystems in die Entgeltgrundsätze des Eisenbahninfrastrukturunternehmens. Dieses Anreizsystem muss tatsächlich geeignet sein, zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes beizutragen. Ein Anreizsystem im Sinne des § 21 Abs. 1 EIBV darf nicht auf Anreize auf Seiten der Zugangsberechtigten beschränkt sein, sondern muss auch Anreize auf Seiten des Eisenbahninfrastrukturbetreibers beinhalten. Ein Anreiz für den Eisenbahninfrastrukturbetreiber, Störungen zu verringern und die Leistungsfähigkeit des Schienennetzes zu erhöhen, ist gegeben, wenn Störungen, die im Verantwortungsbereich des Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen, zu Mindereinnahmen führen. Dabei ist zwischen einer bloßen Schlechtleistung durch die Bescheidadressatin und einer Störung im Sinne des § 21 Abs. 1 EIBV zu unterscheiden. Die Schwelle zur Störung ist überschritten, sobald eine Nutzung des Schienennetzes nicht mehr möglich, unsicher oder aber erheblich erschwert ist.

Die Regelung in Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB i.V.m. Anlage 2 SNB, Richtlinie 420.9001 bietet der Bescheidadressatin keinen realistischen Anreiz, die von ihr erbrachten Leistungen zu verbessern und Störungen zu verringern.

Durch die Zuordnung eines Großteils der Störungen in die Kategorie „keine Verantwortlichkeit einer Partei“ verbleiben nur vereinzelte Fälle zulasten der Bescheidadressatin. Jedenfalls werden zahlreiche für das Setzen von Anreizen wesentliche Fälle – wie insbesondere im Zusammenhang mit der „Zugfolge“ – zu Gunsten der Bescheidadressatin außer Betracht gelassen.

Die entsprechenden Regelungen sind so zu ändern, dass zumindest die o.a. Kategorien einer Einzelfallbetrachtung mit konkreten Zuordnungen unterworfen werden. Die gegenwärtige Ausgestaltung verstößt gegen § 21 Abs. 1 EIBV.

Die Bundesnetzagentur weist darüber hinaus auf Folgendes hin: Soweit die Bescheidadressatin in dem „Beanstandungsverfahren“ (Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB, S. 43) zu dem „Anreizsystem“ die

Beweislast hinsichtlich der unzutreffenden Zuordnung der Verantwortlichkeit auf die Nutzer abwälzt, entspricht dies zwar der grundsätzlichen Beweislastverteilung, dass nämlich derjenige, der sich auf etwas beruft, diese Tatsache auch zu beweisen hat. Allerdings berücksichtigt diese einseitige Belastung der Nutzer nicht, dass die Nutzer im Hinblick auf die Nachweisbarkeit der zu der Zuordnung führenden Tatsachen strukturell unterlegen sind. Die Bescheidadressatin fungiert innerhalb des Prozesses zur Verringerung von Störungen als ausführende Kraft und setzt eigene Kräfte ein, um die Ursache zu ermitteln. Es ist für den Nutzer äußerst schwierig, die Beweislast zu tragen. Entsprechend der Rechtsgedanken bei der Produzentenhaftung muss dem Nutzer hier die Beweislast erleichtert werden. Abgesehen davon ist es zumindest fragwürdig, ob die Beweislast im Wege der Mitteilung in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen einfach auf den Nutzer übertragen werden kann.

Eine Beanstandung der Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB auch unter diesem Gesichtspunkt bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Zu bemängeln ist ferner die Regelung der Bescheidadressatin, wonach Beschwerden bei der Niederlassung anzubringen sind, in deren Bezirk die Verspätung gemessen wird, Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB, S. 43, „Beanstandungsverfahren“. Dies erschwert die Beanstandung einer Festsetzung der Bescheidadressatin durch ein betroffenes EVU wesentlich. Ein einziger Ansprechpartner wäre eine transparentere und sachgerechtere Lösung.

(e) Anreizsystem - Unzulässige Verengung der in § 21 Abs. 1 bzw. § 21 Abs. 6 EIBV geltenden Rechtsfolgen

Klausel Nr. 7.1.8.5 ABN

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 7.1.8.5 ABN erklärt, eine Entgeltminderung nach dem Anreizsystem zur Verringerung von Störungen nach Klausel Nr. 6.2 der SNB werde auf eine Minderung des Nutzungsentgeltes gemäß Klausel Nr. 7.1.8.2 ABN angerechnet, sollten die Minderung und die Entgeltreduzierung auf derselben Ursache beruhen, verkennt die Bescheidadressatin die Bedeutung der Institute „Minderungspflicht“ und „Anreizsystem“. Der Inhalt der Klausel verstößt damit gegen § 14 Abs. 1 AEG, § 3 EIBV sowie gegen § 21 Abs. 1, 6 EIBV. Unabhängig davon, ob man – wie die Bescheidadressatin – diese beiden Institute streng getrennt voneinander betrachtet, oder aber im Sinne einer anderen denkbaren Gesetzesauslegung die Vorgaben zur Entgeltminderung in das Anreizsystem einbezieht, ergibt sich aus dem Gesetz jedenfalls eine isoliert zu betrachtende zwingende Minderungspflicht gemäß § 21 Abs. 6 EIBV, die eine Alternative „Anreizsystem oder Minderung“, wie sie die Bescheidadressatin vornehmen will, ausschließt. Der Zugangsberechtigte muss gerade nicht zwischen „Anreizsystem“ und „Minderung“ wählen. Ihm stehen beide Institute zu; das „Anreizsystem“ je nach Ausgestaltung und die Minderung per gesetzlicher Anordnung. Ein „Aufrechnen“ beider Systeme würde die beiden Zielsetzungen, nämlich „Pönalisierung/Belohnung“ (Anreizsystem) sowie „angemessene Vergütung“ (Minderungspflicht) unterlaufen und verkürzen und den Zugangsberechtigten mithin schaden. Die beiden unterschiedlichen Systeme dürfen sich an dieser Stelle nicht aufheben, um die zu erzielende Wirkung beider Systeme weiterhin zu gewährleisten. Ein Verstoß gegen diese Vorgabe verkürzt den gesetzlich zugesicherten Netzzugangs- und Leistungsanspruch der Zugangsberechtigten gemäß § 14 Abs. 1 AEG, § 3 EIBV und begründet darüber hinaus einen Verstoß gegen § 21 Abs. 1, 6 EIBV.

(f) Konterkariierung des Anreizsystems durch widersprechende Verantwortungszuweisungen

Klausel Nr. 7.5.2 ABN

Schließlich verstößt Klausel Nr. 7.5.2 ABN gegen § 21 Abs. 1 EIBV.

Der Inhalt der Klausel konterkariert das der Bescheidadressatin aufgegebene und zumindest in Teilen auch entsprechend umgesetzte Anreizsystem der Bescheidadressatin.

In Klausel Nr. 7.5.2 ABN führt die Bescheidadressatin aus: „Abweichungen vom vereinbarten Netzfahrplan (z.B. Verspätungen oder Umleitungen) insbesondere aufgrund von Betriebsstörungen, Unfällen, Umwelt- oder Witterungseinflüssen, unabwendbaren Ereignissen und Arbeitskampfmaßnahmen im Bereich der Vertragspartner sowie anderer Eisenbahnunternehmen liegen im Rahmen des allgemeinen Betriebsrisikos. Sie gehen jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners und berechtigen diesen nicht zur Verweigerung oder Einschränkung seiner vertraglichen Rechte und Pflichten, sofern nicht die Vertragsparteien etwas anderes vereinbaren. Ziffer 7.1.8 dieser ABN bleibt hiervon unberührt.“ Die Bescheidadressatin entkräftet durch diese Klausel die in vorherigen Klauseln (insbesondere Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB) vereinbarten Regelungen zum Anreizsystem zur Verringerung von Störungen. Die aufgeführten Gründe, wie Betriebsstörungen, Unfälle etc, sind innerhalb des Anreizsystems zur Verringerung von Störungen geregelt. Diese dürfen nicht im Wege einer abweichenden Regelung an anderer Stelle entkräftet, verkürzt oder gar außer Kraft gesetzt werden.

Nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben gemäß § 21 Abs. 1 EIBV zur Einführung eines Anreizsystems zur Verringerung von Störungen sind die in Klausel Nr. 7.5.2 ABN entgegenstehenden Regelungen entweder so zu modifizieren, dass sie das Anreizsystem zur Verringerung von Störungen nicht tangieren, oder aber komplett zu streichen. Andernfalls besteht ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 EIBV.

Zudem führt der in Klausel Nr. 7.5.2 ABN mittelbar festgeschriebene Pauschalausschluss von Sekundäransprüchen gegen die Bescheidadressatin (Minderung, Schadensersatzansprüche) zu einer unangemessenen Benachteiligung der Zugangsberechtigten dar und schränkt das Zugangsrecht unverhältnismäßig ein, vgl. hierzu die Ausführungen unter 1) b) aa) 3)f. Schließlich schreibt S. 2 Halbsatz 2 noch ein unzulässiges Diskriminierungspotenzial fest, indem hier eine von den soeben geschilderten Ausschlüssen der Rechte der Zugangsberechtigten für die Fälle festschreibt, in denen „die Vertragsparteien etwas anderes vereinbaren“. Diese Klausel eröffnet ein Diskriminierungspotenzial dahingehend, dass unterschiedliche Vereinbarungen mit Zugangsberechtigten geschlossen werden könnten, die einige gegenüber anderen bevorzugen würden.

Klausel Nr. 7.5.2 ABN verstößt insoweit zusätzlich gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 EIBV Auch insoweit bedarf es einer Streichung dieser diskriminierungsrelevanten Passage oder einer Modifikation, die Diskriminierungen ausschließt.

Die Bescheidadressatin hat die unter 1) b) cc) (1) aufgelisteten Beanstandungen zum Anreizsystem zwingend zu berücksichtigen und die angeordneten Änderungen und Ergänzungen vorzunehmen. Insoweit ist das Anreizsystem zu ändern und fortzuentwickeln.

Sollte die Bescheidadressatin tatsächlich nicht in der Lage sein, binnen der in Ziffer 2 dieser Verfügung genannten Frist die erforderlichen Änderungen der in Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB vorzunehmen, weil ihr die Fortentwicklung eines den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Anreizsystems in diesem vergleichsweise kurzen Zeitraum nachweislich objektiv nicht möglich sein sollte, ist Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB um folgenden Satz zu ergänzen:

„Die DB Netz AG wird spätestens bis zum Inkrafttreten dieser Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB) am 10.04.2007 notwendige Änderungen, Modifikationen und Ergänzungen an ihrem Anreizsystem zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes umsetzen. Sie wird diese Regelungen rechtzeitig vor dem 10.04.2007 im Internet (Angabe der genauen Adresse/Fundstelle) veröffentlichen.“

(2) Unzulässige Beschränkung des Kreises der Zugangsberechtigten

Klausel Nr. 7.1.1 ABN

Klausel Nr. 7.1.1 ABN verstößt gegen § 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 AEG.

In § 14 Abs. 2 und 3 AEG wird der Kreis der Zugangsberechtigten beschrieben. Hierbei handelt es sich um eine materielle Vorgabe für die Ausgestaltung von u.a. Schienennetz-Benutzungsbedingungen. Eine Einschränkung dieses Kreises der Zugangsberechtigten durch die Bescheidadressatin als Eisenbahninfrastrukturunternehmen entspricht daher nicht den gesetzlichen Vorgaben.

Mit Klausel Nr. 7.1.1 ABN engt die Bescheidadressatin jedoch eigenmächtig das Zugangsrecht auf Zugangsberechtigte des § 14 Abs. 2 AEG und Hersteller gem. § 31 AEG ein. Hierzu ist sie nicht berechtigt. In die Klausel ist daher auch ein Hinweis auf § 14 Abs. 3 AEG aufzunehmen.

(3) Unzulässige Bindung der Zugangsberechtigten

Klausel Nr. 7.1.2.2 ABN

Klausel Nr. 7.1.2.2 ABN verstößt gegen § 14 Abs. 6 AEG.

In Klausel Nr. 7.1.2.2 ABN wird dem Zugangsberechtigten ein Kündigungsrecht bezüglich des „Grundsatz-INV“ mit einer Frist von einem Monat ab Wirksamwerden der Neufassung oder Änderung der Nutzungsbedingungen zum Ende desjenigen Monats eingeräumt, der auf den Monat des Wirksamwerdens folgt. Diese Regelung führt dazu, dass in den SNB festgeschrieben wird, dass Zugangsberechtigte einen Monat lang an die neuen SNB gebunden sind, die zivilrechtlich nicht wirksam zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurden.

Nach § 14 Abs. 6 AEG sind die Einzelheiten des Zugangs, wie der Zeitpunkt und die Dauer der Nutzung, die Entgelte sowie die übrigen Nutzungsbedingungen nach Maßgabe der in § 14 Abs. 1 AEG genannten Rechtsverordnung zu vereinbaren. Hierbei handelt es sich um eine privatrechtliche Vereinbarung. Ohne eine derartige im Rahmen der Privatautonomie entstandene Vereinbarung über die in § 14 Abs. 6 AEG genannten Punkte, entstehen auch eisenbahnrechtlich weder für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen noch für das Eisenbahnverkehrsunternehmen Rechte und Pflichten.

Dies bedeutet auch, dass eine Vereinbarung im Sinne des § 14 Abs. 6 AEG aufgrund zivilrechtlicher Regelungen entfallen kann, mit der Folge, dass aus dieser Vereinbarung keine eisenbahnrechtlichen Ansprüche mehr hergeleitet werden können. So kann etwa ein derartiger Vertrag durch eine Kündigung eines Vertragspartners beendet werden, wobei für eine Kündigung des Eisenbahninfrastrukturunternehmers zu beachten ist, dass diese an dem eisenbahnrechtlichen Zugangsanspruch des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG zu messen ist und daher eine Kündigung nicht diskriminierend wirken darf.

Darüber hinaus ergibt sich aus dem Erfordernis einer zivilrechtlichen Vereinbarung, dass diese nach den Regeln des Zivilrechts wirksam sein muss, um eisenbahnrechtliche Rechte und Pflichten der Vertragsparteien begründen zu können. Daher ist es ausgeschlossen, dass in den Nutzungsbedingungen, die sich nach Eisenbahnrecht richten, Regelungen festgeschrieben werden, die dazu führen, dass Rechte und Pflichten für den Zugangsberechtigten begründet werden, ohne dass hierüber wirksam eine Vereinbarung mit dem Zugangsberechtigten zustande gekommen ist.

Die SNB enthalten alle wesentlichen Voraussetzungen für die Leistungserbringung der Vertragsparteien, insbesondere auch die Bestimmungen über den zu erbringenden Leistungsumfang des Eisenbahninfrastrukturunternehmens. Durch sie wird ein wesentlicher Teil der Leistung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens festgelegt. Ohne eine Einigung über einen derartigen Wesentlichen Bestandteil des Vertrages wäre dieser gem. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB als nicht ge-

schlossen anzusehen. Danach läge auch keine Vereinbarung im Sinne des § 14 Abs. 6 AEG vor. Da Klausel Nr. 7.1.2.2 ABN letztlich eine Bindung der Zugangsberechtigten ohne vertragliche Vereinbarung regelt, verstößt sie gegen § 14 Abs. 6 AEG.

Möglich wäre es insoweit, die SNB rechtzeitig vor Inkrafttreten bekannt zu machen und den Zugangsberechtigten, die zum Zeitpunkt der Neufassung oder Änderung der Nutzungsbedingungen Partner eines laufenden „Grundsatz-INV“, eine Kündigungsfrist bis zum Inkrafttreten der SNB einzuräumen.

(4) Unzulässige Übertragung von Rechten

Klausel Nr. 7.1.9.1 ABN

Klausel Nr. 7.1.9.1 verstößt gegen §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 5 Abs. 2; 3 Abs. 1 S. 1 EIBV. Die Klausel schreibt die Voraussetzungen der Abtretung einzelner Rechte und Pflichten durch den Zugangsberechtigten und die Bescheidadressatin fest. Gegen eine Abtretung einzelner Rechte und Pflichten aus den Verträgen nach Klausel Nr. 7.1.3 ABN, also dem „Grundsatz-INV“ und dem Einzelnutzungsvertrag, spricht zum einen, dass der Betreiber der Schienenwege grundsätzlich verpflichtet ist, sämtliche Leistungen, die im Zusammenhang mit dem Zugang zur Eisenbahninfrastruktur stehen, selbst zu erbringen hat und diese mithin nicht auf Dritte übertragen kann. Dies gilt, wie sich schon aus § 3 EIBV ergibt, jedenfalls im Hinblick auf Pflichtleistungen sowie betriebsnotwendige Leistungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens. Andernfalls könnte sich das Eisenbahninfrastrukturunternehmen durch die Abtretung einzelner Rechte und Pflichten auf Drittunternehmen dem Regulierungsbereich der Bundesnetzagentur entziehen. Zum anderen birgt eine Abtretung ohne Zustimmung des Zugangsberechtigten die Gefahr eines Verstoßes gegen die Pflicht der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Zugangsberechtigten, § 5 Abs. 2 EIBV. Zum anderen besteht bei einer Abtretung von Forderungen gem. § 402 BGB stets die Pflicht des Zedenten dem Zessionar alle zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte zu erteilen. Hier könnten auch Geschäftsgeheimnisse des Zugangsberechtigten betroffen sein.

(5) Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 6 EIBV

Klausel Nr. 7.2.7.2 ABN

Die Regelung der Klausel Nr. 7.2.7.2 ABN verstößt gegen § 8 Abs. 1 Nr. 6 EIBV, sowie gegen §§ 14 Abs. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Unter Klausel Nr. 7.2.7.2 ABN regelt die Bescheidadressatin, dass sie berechnete Beanstandungen zum vorläufigen Netzfahrplanentwurf prüft. Dabei wird jedoch nicht weiter ausgeführt, was unter einer berechtigten Beanstandung zu verstehen ist und wer in welchem Umfang festlegt, ob die Beanstandung berechnete ist. Zu diesem Zweck müssen aus Gründen des diskriminierungsfreien Netzzugangs Kriterien für die Bewertung einer Beanstandung aufgestellt und angeführt werden.

Im 3. Absatz wird geregelt: „Sachverhalte, die bereits im Rahmen von Stellungnahmen und des Koordinierungsverfahrens (...) berücksichtigt wurden, sowie die Ergebnisse des Entscheidungs- und Höchstpreisverfahrens (...) sind hierbei ausgeschlossen. Hierin liegt ein Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 6 EIBV vor, wonach die Betreiber der Schienenwege verpflichtet sind, binnen einer von ihnen festzulegenden Frist geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um berechtigten Beanstandungen am vorläufigen Netzfahrplanentwurf Rechnung zu tragen. Die Vorschrift bezieht – ihrem Wortlaut nach eindeutig – alle „berechtigten Beanstandungen“ in das hiernach erforderliche Verfahren ein. Für einen Ausschluss bestimmter an anderer Stelle mitgeteilt erhaltener oder auch berücksichtigter „berechtigter Beanstandungen“ bleibt kein Raum. Vor diesem Hintergrund führt der durch Klausel Nr. 7.2.7.2 Abs. 3 ABN begründete Verstoß gegen § 8 Abs. 1 Nr. 6 EIBV

gleichzeitig zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 14 Abs. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV. Denn die nach Maßgabe der Klausel Nr. 7.2.7.2 Abs. 3 ABN mit ihren Beanstandungen unberücksichtigt gelassenen Zugangsberechtigten werden ohne sachlichen Grund gegenüber den Wettbewerbern ungleich behandelt, die ihre Beanstandungen einbringen dürfen

c) Zweifel an der Vereinbarkeit der in Kapitel 6 geregelten Klauseln (Entgeltgrundsätze) sowie der Anlagen 7 und 8 SNB mit den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur

Des Weiteren bestehen – zum Teil erhebliche – Zweifel an der Vereinbarkeit zahlreicher Klauseln in Kapitel 6 SNB – Entgeltgrundsätze – mit den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, insbesondere mit § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Neben den bereits unter 1) a) und 1) b) im Einzelnen begründeten Beanstandungen einzelner Klauseln zu Entgeltgrundsätzen, denen im Rahmen dieses Bescheides widersprochen wird, folgen in diesem Abschnitt Beanstandungen, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt (noch) keinen Widerspruch zu den einzelnen Klauseln gemäß § 14e Abs. 1 AEG auslösen sollen. Diese Beanstandungen haben also (noch) keinen Einfluss auf das in Kraft treten der betroffenen Klauseln. Die Rechtsfolge des § 14e Abs. 3 S. 2 AEG tritt insoweit nicht ein. (Vgl. auch die Ermessensermäßigungen unter 2).

Die Bescheidadressatin beschreibt unter Kapitel 6 ihrer SNB die Entgeltgrundsätze. Das von ihr angewendete sog. Trassenpreissystem (TPS) – ein Kategoriepreismodell – wird zudem durch die Schaubilder in den Anlagen 7 und 8 näher konkretisiert und dargestellt.

Nach den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur dürfte die Bescheidadressatin – jedenfalls vor dem Hintergrund des § 14 Abs. 1 AEG – nicht daran gehindert sein, für die von ihr betriebene Infrastruktur an Stelle eines Einzelpreismodells (1 spezifischer Preis pro einzelner Trasse) ein Kategoriepreismodell anzuwenden. Auf Grund des in § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV verankerten Diskriminierungsverbots muss dabei jedoch grundsätzlich gewährleistet sein, dass wesentliche gleiche Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund ungleich sowie wesentlich ungleiche Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund gleich behandelt werden. Diesen Anforderungen wird das in Kapitel 6 SNB sowie in Anlage 7 der SNB dargestellte Trassenpreispreismodell nach bisherigen Erkenntnissen wohl nicht in vollem Umfang gerecht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei Anwendung eines Kategoriepreismodells die in einer Kategorie zusammengefassten Leistungen in der Regel nicht zu 100% gleich sein werden. Eine gewisse Ungleichbehandlung in dem Sinne, dass für ein gleiches Entgelt Leistungen erbracht werden, die nicht zu 100% übereinstimmen, ist daher der Anwendung eines Kategoriepreismodells immanent. Die Unterschiede der in einer Kategorie zusammengefassten Leistungen und Infrastrukturqualitäten dürfen jedoch nicht zu groß sein. Andernfalls ist von wesentlich ungleichen Sachverhalten auszugehen, für die ein gleiches Entgelt nicht gefordert werden darf.

Die in den SNB dargestellten Entgeltgrundsätze sind teilweise lückenhaft und bewirken in vielfacher Hinsicht Differenzierungen hinsichtlich der Bepreisung und der zur Verfügung gestellten Infrastrukturqualität, die mit den Anforderungen des gesetzlichen Diskriminierungsverbotes an ein Kategoriepreismodell sowie an die gesetzlich vorgegebenen Mindestanforderungen für die Darstellung und Anwendung von Entgeltgrundsätzen und Entgelten nicht zu vereinbaren sein dürften. Im Einzelnen sind zumindest die Klauseln Nr. 6.1 SNB, Nr. 6.2 SNB, Nr. 6.2.1 SNB, Nr. 6.2.1.2 SNB, Nr. 6.2.2.2 SNB, Nr. 6.2.3.1 SNB, Nr. 6.2.3.3 SNB, Nr. 6.2.3.4 SNB, Nr. 6.2.3.5 SNB, Nr. 6.2.3.7 SNB, 6.2.3.8 SNB, Nr. 6.2.3.9 SNB, Nr. 6.2.3.10 SNB, Nr. 6.2.3.11 SNB, Nr. 6.2.3.12 SNB, Nr. 6.2.4 SNB sowie Anlagen 7 und 8 SNB unter den folgenden – nicht abschließenden – Gesichtspunkten zu beanstanden:

aa) Formelle Gesichtspunkte

Zunächst bestehen erhebliche Zweifel, ob die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin hinsichtlich der Darlegung der Entgeltgrundsätze formell den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben genügen. Neben den unter 1) a) beanstandeten Zuordnungen wesentlicher Inhalte zu Entgeltgrundsätzen in den ABN (Ziff.1) a) aa) (3) und 1) a) bb) (7), dürfte die Darstellung der Entgeltgrundsätze auch im Übrigen den an die Darlegung der Entgeltgrundsätze zu stellenden formellen Anforderungen nicht genügen, da sie nicht die erforderlichen Grundlagen zur Berechnung der Entgelte enthalten. Entgeltgrundsätze sind abstrakte Vorgaben, die der Bestimmung der konkreten Entgelte für die Nutzung der Schienenwege zugrunde gelegt werden. Diese *Entgeltbildungskriterien* müssen den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben tatsächlich gerecht werden (Mitteilungspflichten aus § 14b Abs. 1 Nr. 4, § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG; § 14 Abs. 1, Abs. 6 AEG i.V.m. § 4, Anlage 1, 2 Nr. 2 EIBV, wonach insbesondere auch die Entgeltgrundsätze unter Berücksichtigung der Vorgaben in § 14 Abs. 4 AEG dargelegt werden müssen, wenn sie Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sind). Es erscheint zweifelhaft, ob die Darstellung in Kapitel 6 SNB den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben hinreichend Rechnung trägt. Für einen Zugangsberechtigten ist aufgrund der Darstellung nicht ersichtlich, welche der dargestellten Parameter die für seine Kalkulation wesentlichen Kriterien sind. Die Darstellung ist teilweise lückenhaft, widersprüchlich und intransparent.

Zweifelhaft ist auch, ob es unter formellen Gesichtspunkten ausreichend ist, wenn die Bescheidadressatin in ihren „Entgeltgrundsätzen“ ihr Trassenpreissystem erläutert und dessen verschiedenen Komponenten sowie deren Zusammenspiel schematisch unter Nr. 6.2 SNB aufzeigt. Denn das AEG und die EIBV verlangen – wie es der Begriff „Entgeltgrundsätze“ selbst schon verdeutlicht – für die Bestimmung der konkreten Entgelte für die Nutzung der Schienenwege abstrakte Vorgaben und Kriterien. Es muss eine Methode zur Berechnung des Entgelts entwickelt werden, anhand derer die Nutzer der Infrastruktur ihre Preise kalkulieren und planen können. Diese Kalkulationsbasis ist Maßstab für die Intensität der Darlegung der Entgeltgrundsätze.

Aus dem gesetzlichen Kontrollvorbehalt folgt für die Gestaltung der Entgeltgrundsätze darüber hinaus, dass diese so vorzunehmen ist, dass es der Bundesnetzagentur ermöglicht wird, die jeweiligen unternehmerischen Entscheidungen nachzuvollziehen und an den gesetzlichen Vorgaben zu messen. Für Dritte – insbesondere auch für die Bundesnetzagentur – nicht nachvollziehbare, unvollständige oder intransparente Entgeltgrundsätze entsprechen auch aus diesem Grund nicht den gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben. Denn anhand insoweit unzureichender Entgeltgrundsätze kann auch die Übereinstimmung mit den Berechnungen der Entgelte nach der Trassenpreisliste nicht überprüft werden.

Siehe dazu *Koenig/Neumann/Schellberg*, WuW 2006, S. 139 ff. und *Ostendorf/Grün*, IR 2006, 225 (227).

Eine bloße Darstellung der Komponenten eines Preissystems und ihres Zusammenspiels – wie sie von der Bescheidadressatin in Kapitel 6 SNB vorgelegt wurde – ist insofern unzureichend.

Aus den materiellen Vorgaben für die Entgeltbildung lässt sich auch die Anforderung entnehmen, dass eine methodisch klare Entgeltbildung einen klaren Kostenmaßstab fordert. Der Bundesnetzagentur ist auf Nachfrage darzulegen, wie die Kostendeckung auf Ebene der Entgeltgestaltung erreicht wird.

In Kapitel 6.1 der SNB findet sich dazu lediglich der Hinweis, die Summe der Entgelte aus dem Trassenpreissystem für das gesamte Netz übersteige nicht die insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite. Weitere Hinweise darauf, welcher Kostenmaßstab zugrunde gelegt ist, lassen sich nicht erkennen.

Die Unterrichtsverpflichtung nach § 14d AEG dürfte Schienennetzbetreiber nach S. 3 aber gerade auch verpflichten, „die Übereinstimmung ihrer Entgeltfestsetzung mit § 14 Abs. 4 (AEG)

darzulegen“ Da sich der materielle Entgeltmaßstab gerade aus § 14 Abs. 4 AEG ergibt, liegt die Deutung dieser Verpflichtung nahe, nach der bei einer Unterrichtung nach § 14d AEG auch die für die Erbringung der Pflichtleistung nach § 14 Abs. 1 S. 1 AEG entstehenden Kosten dargelegt werden müssen. Auf welche Weise die Offenlegung der Kosten zu erfolgen hat, ist in den gesetzlichen Vorgaben nicht konkretisiert. Fest steht jedoch, dass die Bundesnetzagentur in die Lage versetzt werden muss, die Einhaltung der gesetzlichen Entgeltmaßstäbe zu überprüfen. Diese Zwecksetzung hat weit reichende Implikationen für den Umfang und den Detaillierungsgrad vorzulegender Kostenunterlagen. Insbesondere müssen derartige Unterlagen geeignet sein, als substantiierte Darlegung der behaupteten Kosten zu dienen. Diese Problemstellung ist den anderen regulierten Netzwirtschaften nicht fremd. Sowohl das Telekommunikations- als auch das Energierecht sehen teilweise detaillierte Vorgaben für den Nachweis von Kosten vor. Da es im Eisenbahnrecht an vergleichbaren Regelungen fehlt, bieten sich ggf. die in den nachbarnetzwirtschaftlichen Sektoren angewandten rechtlichen Rahmenbedingungen als Maßstab für die Anwendung der eisenbahnrechtlichen Kostennachweispflicht an.

Auch im Eisenbahnrecht wird man zumindest zwingend davon auszugehen haben, dass Grundlage der Kostendarlegung eine allgemeine betriebswirtschaftliche Kostenrechnung sein muss, wie sie in §§ 4 ff. GasNEV und §§ 4 ff. StromNEV verordnungsrechtlich ausgeformt und wie sie auch im Telekommunikationsrecht vorgesehen ist. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, eine Kostenaufschlüsselung in Form einer Kostenarten-, Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung vorzulegen. Eine genaue, leistungsbezogene Kostenaufschlüsselung ist auch im Eisenbahnsektor unumgänglich, um überprüfen zu können, wie Gemeinkosten geschlüsselt werden. Spätestens bei der Prüfung der Entgelthöhen und bei der Frage, inwiefern die Entgeltgrundsätze nach einer konkreten Methodik errechnet wurden, benötigt die Bundesnetzagentur eine solche Kostenaufschlüsselung.

Die Bundesnetzagentur merkt an, dass sie im Rahmen der Durchsicht der anzuzeigenden Entgelthöhen alle insoweit relevanten Parameter und Kriterien benötigen wird, um prüfen zu können, ob die Entgeltgrundsätze bei der Ermittlung der konkreten Entgelte Berücksichtigung gefunden haben. Insofern wird eine Kostenaufschlüsselung zu verlangen sein.

Schließlich finden sich in den Entgeltgrundsätzen der Bescheidadressatin auch in einzelnen Klauseln und Grundsätzen lückenhafte Regelungen, die nach der gegenwärtigen Einschätzung der Bundesnetzagentur zu ergänzen sein werden, um der Bundesnetzagentur eine Prüfung auf der Grundlage des § 14 Abs. 4 AEG zu ermöglichen. Soweit die Bescheidadressatin beispielsweise in Klausel Nr. 6.2. S. 2 der SNB nur erläutert, dass ihre Pflichtleistungen sich aus den entstehenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite zusammensetzen, ist eine weitergehende Prüfung der entstehenden Kosten sowie der marktüblichen Rendite nicht möglich. Insofern dürfte zumindest eine Aufschlüsselung der relevanten Positionen gem. §§ 4 Abs. 1, 2 EIBV i.V.m. Anlage 2 S. 1 Nr. 2 EIBV in den SNB zu fordern sein.

bb) Materielle Gesichtspunkte

Im Übrigen entsprechen die Entgeltgrundsätze in den SNB der Bescheidadressatin nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu Schienenwegen, soweit sie gegen das in § 21 Abs. 1 S. 1 EIBV i.V.m. § 14 Abs. 1 S. 1 AEG verankerte Diskriminierungsverbot verstoßen.

In materieller Hinsicht bestehen insoweit ganz erhebliche Zweifel jedenfalls im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Klauseln Nr. 6.1 SNB, Nr. 6.2 SNB, Nr. 6.2.1 SNB, Nr. 6.2.1.2 SNB, Nr. 6.2.2.2 SNB, Nr. 6.2.3.1 SNB, Nr. 6.2.3.3 SNB, Nr. 6.2.3.4 SNB, Nr. 6.2.3.5 SNB, Nr. 6.2.3.7 SNB, Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB, Nr. 6.2.3.9 SNB, Nr. 6.2.3.10 SNB, Nr. 6.2.3.12 SNB, Nr. 6.2.4 SNB sowie Anlagen 7 und 8 SNB. Diese werden jedenfalls unter den im Folgenden darzulegenden Gesichtspunkten im Rahmen einer zukünftigen Gesamtprüfung der Entgelte und Entgeltgrundsätze zu beanstanden sein.

Hinsichtlich der Darstellung der unterschiedlichen diskriminierungsrelevanten „Fallgruppen“ ist im Einzelnen auf die Ausführungen unter Ziff. 2) b) bb) bbb) zu verweisen. Eine Diskriminierung liegt - im Ergebnis zusammengefasst - zum einen immer dann vor, wenn zusammengehörige – und damit gleichartige – Sachverhalte ungleich behandelt werden (formales Gleichbehandlungsgebot). Sie kann jedoch auch vorliegen, wenn ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden:

Wenn zwei gleichartige Sachverhalte nicht identisch behandelt werden, liegt somit grundsätzlich eine Diskriminierung (im weiteren Sinne) vor. Allerdings gilt dies nicht uneingeschränkt. Denn auch wenn die erfassten Sachverhalte gleichartig sind, sind sie doch nicht gleich, entsprechen sich also nur in ihren wesentlichen Merkmalen. Die jenseits dieser Wesensgleichheit bestehenden Unterschiede können zum einen dazu führen, dass eine formale Ungleichbehandlung ausnahmsweise keine Diskriminierung (im weiteren Sinne) darstellt, weil sie in zulässiger Weise auf vorhandene Unterschiede reagiert, also auf „strukturell vorgeprägte“ Unterschiede. Sie können aber zum anderen auch dazu führen, dass eine formale Gleichbehandlung ausnahmsweise eine Diskriminierung (im weiteren Sinne) darstellt, weil sich die formal gleiche Behandlung angesichts der bestehenden tatsächlichen Unterschiede materiell als Ungleichbehandlung erweist. Auch eine solche versteckte Ungleichbehandlung verstößt gegen das Diskriminierungsverbot (verdeckte Diskriminierung).

vgl. LG Berlin, Urt. v. 12.10.2004, Az. 16 O 465/04 Kart., das die Unzulässigkeit einer bloß verdeckten Diskriminierung implizit voraussetzt, wenn es dort heißt, dass bestimmte Unternehmen nicht zu bevorzugen seien, und sei es auch versteckt.

Das Diskriminierungsverbot ist nicht nur bei der tatsächlichen Berechnung des Entgelts zu beachten, sondern bereits bei der Festlegung von Grundsätzen für die Berechnung der Entgelte für die Schienenwege. Zwar hat die bloße Gestaltung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen selbst noch keinen unmittelbaren Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse. Unmittelbar entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Bepreisung. Streng genommen kann die bloße Formulierung von Entgeltgrundsätzen selbst also zunächst nur zu einer diskriminierenden Behandlung zweier Sachverhalte *bei der Formulierung von Entgeltgrundsätzen* führen. Eine unmittelbar nach außen wirkende diskriminierende Behandlung von Sachverhalten *bei der Bepreisung von Leistungen* ist damit zunächst noch nicht ohne Weiteres verbunden.

§ 14d Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG sieht jedoch ausdrücklich eine Überprüfung gerade der Schienennetz-Benutzungsbedingungen am Maßstab der eisenbahnrechtlichen Vorgaben für den Zugang zu den Schienennetzen vor. Deren Kern ist aber das Diskriminierungsverbot. Schon aus der bloßen Existenz dieser Überprüfungsmöglichkeit folgt, dass nach der gesetzlichen Konzeption gerade die Schienennetz-Benutzungsbedingungen selbst und die Entgeltgrundsätze im Besonderen gegen das Gebot der diskriminierungsfreien Zugangsgewährung verstoßen können. Es ist somit davon auszugehen, dass auch solche – von der Formulierung der Entgeltgrundsätze initiierte und insoweit „mittelbaren“ Diskriminierungen – gegen die eisenbahnrechtlichen Vorschriften verstoßen können. Dies gilt jedenfalls für solche Entgeltgrundsätze, deren Anwendung zwingend zu einer Diskriminierung (im engeren Sinne) bei der Gewährung der Benutzung von Schienenwegen und der Erbringung von Leistungen führen würde. Ein Unternehmen, das Entgeltgrundsätze für die Inanspruchnahme seiner Leistungen aufstellt, muss sich an der Vermutung festhalten lassen, dass es den Zugang zur Nutzung der Schienenwege und die Erbringung seiner Leistungen auch tatsächlich unter diesen Bedingungen gewähren wird.

Darüber hinaus wird man davon auszugehen haben, dass eine mittelbare Diskriminierung in dem dargelegten Sinne nicht nur in einem Entgeltgrundsatz begründet liegen kann, dessen Anwendung zu einer Diskriminierung führt, sondern auch in einem solchen, der eine lediglich zur Folge haben kann. Dies bedeutet auf der anderen Seite allerdings nicht, dass die Formulierung jedes Entgeltgrundsatzes um ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot ergänzt werden müsste. Eine solche, sehr formalistische Deutung hätte zur Folge, dass das Diskriminierungsverbot als materielles Gebot für die Anwendung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen jede eigenständige Bedeutung verlieren würde. Die bloß abstrakte Möglichkeit, eine bestimmte Klausel

in der Praxis diskriminierend anzuwenden, kann daher nicht ausreichen, um die Entgeltgrundsätze selbst als (mittelbar) diskriminierend einzustufen. Hinzutreten müssen vielmehr besondere Umstände, aufgrund derer die betreffende SNB vor dem Hintergrund einer bereits vorab erfolgten Prüfung der Diskriminierungsfreiheit als nicht mehr mit dem Gebot der Diskriminierungsfreiheit vereinbar erscheint. Ob solche Umstände vorliegen, ob eine bestimmte Klausel in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen also eine Diskriminierung nur nicht ausschließt, sondern fördert, ist somit eine Frage des Einzelfalls.

Vor diesem Hintergrund lassen sich die in materieller Hinsicht zu beanstandenden Klauseln der Entgeltgrundsätze der Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Bescheidadressatin im Wesentlichen den zwei schon oben unter 1) b) bb) dargelegten Fallgruppen zuordnen, die auch bestimmte Aspekte dieser allgemeinen Anforderungen des Diskriminierungsverbotes an die Formulierung von Entgeltgrundsätzen in SNB aufgreifen: Die Fallgruppe der Einräumung unkonditionierter unternehmerischer Spielräume in den Entgeltgrundsätzen (1) und die Fallgruppe „Transparenz und Klarheit der Entgeltgrundsätzen“ (2). Des Weiteren liegen aber auch weitere, diesen Fallgruppen nicht explizit zu zuordnende Verstöße gegen Entgeltregelungen vor (3). Im Einzelnen:

(1) Einräumung unkonditionierter unternehmerischer Spielräume in den Entgeltgrundsätzen

Entgeltgrundsätze können unternehmerische Spielräume des Unternehmens, das die Bedingungen aufstellt, erweitern und einschränken. Ist die betreffende Formulierung in den Nutzungsbedingungen weit gefasst, verbleibt dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen ein großer Spielraum bei der Ausführung. Die Einräumung solcher Spielräume kann die besonderen Umstände begründen, die erforderlich sind, um eine Nutzungsbedingung, deren Anwendung nicht zwingend diskriminierend erfolgen muss, als diskriminierend einzustufen.

Wie oben unter 1) b) bb) (1) im Einzelnen ausgeführt erlaubt die Formulierung von Klauseln, die dem Unternehmen einen unternehmerischen Spielraum einräumen, diesem Unternehmen, sich bei der tatsächlichen Anwendung der Klausel auf deren ausdrückliche Regelung zu berufen. Das im Einzelfall wegen der Ausfüllung des gewährten unternehmerischen Spielraums möglicherweise diskriminierende Verhalten findet in der betreffenden Nutzungsbedingung zunächst eine ausdrückliche Ermächtigung.

Die Darlegungslast eines von einer Diskriminierung betroffenen Unternehmens dafür, dass das formal von der Nutzungsbedingung gedeckte Verhalten tatsächlich diskriminierend ist, wird auf diese Weise auf den hiervon betroffenen Zugangsberechtigten verlagert bzw. zumindest zu seinen Lasten erhöht. Die Einräumung unternehmerischer Spielräume in einzelnen Nutzungsbedingungen ermöglicht und fördert Diskriminierungen. Bei der Einräumung unkonditionierter unternehmerischer Spielräume liegen somit zumindest dann besondere Umstände vor, die eine Klausel selbst als diskriminierend erscheinen lassen, wenn Gegenstand der Klausel ein Zugangsaspekt ist, dem besonderes Diskriminierungspotential zukommt.

Die Entgelte bilden als preisliche Bedingungen den zentralen Parameter für die Ausgestaltung des Netzzugangs und damit auch ein besonderes Missbrauchspotenzial, mit dem der diskriminierungsfreie Zugang zu den Schienenwegen verhindert werden kann.

Vgl. dazu im Einzelnen Koenig/Neumann/Schellberg, WuW 2006, S. 139 (14) m.w.N.

Vor diesem Hintergrund sind mit Blick auf potenzielle Diskriminierungen an die Ausgestaltung und Anwendung der Entgeltgrundsätze besonders hohe Anforderungen zu stellen. Räumen Klauseln zu Entgeltgrundsätzen dem Zugangsverpflichteten einen Entscheidungsspielraum ein, so muss dieser entsprechend streng konditioniert werden, so dass dieser nicht unter formaler Berufung auf den Wortlaut der Entgeltgrundsätze diskriminierende Maßnahmen treffen kann. In Kapitel 6 der SNB der Bescheidadressatin finden sich zahlreiche Klauseln, deren Ausgestaltung diesen strengen Anforderungen nicht oder nicht in vollem Umfang genügen dürften. U.a.

werden sich mangels hinreichender Konditionierung von Entscheidungsspielräumen jedenfalls die folgenden Verstöße gegen das Diskriminierungsgebot feststellen lassen:

Klausel Nr. 6.1 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.1 der Entgeltgrundsätze der SNB ausführt, dass „die Trassenprodukte es ermöglichen, das TPS an den individuellen Bedürfnissen des Marktes auszurichten und sie damit die Marktorientierung des TPS sicherstellen, die im eher kostenorientierten Grundpreis nicht immer hinreichend berücksichtigt werden kann“, wird ein unkonditionierter unternehmerischer Spielraum suggeriert, den das Gesetz so nicht vorsieht. Die Formulierung eines „eher kostenorientierten Grundpreis“ lässt der Bescheidadressatin einen unternehmerischen Freiraum hinsichtlich der Frage, ob der Grundpreis kostenorientiert gebildet wird oder nicht. Das AEG setzt in § 14 Abs. 4 S. 1 grundsätzlich eine Kostenorientierung innerhalb der Pflichtleistungen voraus, zu welchen der Grundpreis zu zählen ist. Hinsichtlich der Kalkulationsgrundlage ist sich in den Entgeltgrundsätzen verbindlich zu äußern.

Klauseln Nr. 6.1. und Nr. 6.2.2.2 SNB

Soweit in Klausel Nr. 6.1. und 6.2.2.2. a) der Entgeltgrundsätze der SNB im Unterpunkt „leistungsabhängige Komponenten“ der „Auslastungsfaktor“ angesprochen wird, eröffnet dieser undefinierte Begriff einen unternehmerischen Spielraum, der derzeit unkonditioniert ist. Zunächst fehlen in den SNB Erläuterungen zu den Begriffen „Auslastung“ wie auch „Überlastung“, so dass es bereits mit Blick auf die Anknüpfungspunkte an Klarheit mangelt. Zudem fehlen in den SNB der Bescheidadressatin Informationen, ab wann der Auslastungsfaktor angewendet wird sowie Aussagen zu Bildungskriterien des Auslastungsfaktors. Gemäß Anlage 2 S. 1 Nr. 2 zu § 4 Abs. 2 EIBV ist dies in den Entgeltgrundsätzen der SNB aufzuführen. Den Belangen des SPNV ist besonders Rechnung zu tragen, da es für ihn im Gegensatz zum SGV keine Alternativrouten existieren. Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.1. der Entgeltgrundsätze der SNB nicht auf eine Übersicht der Strecken, auf welchen der Auslastungsfaktor angewendet wird, verweist oder eine solche darstellt, eröffnet sie einen unternehmerischen Spielraum, der unkonditioniert ist, da die Ermittlung der ausgelasteten Strecken nicht eindeutig ist.

Klausel Nr. 6.1 SNB und Anlage 7 SNB

Soweit in Klausel Nr. 6.1. und Anlage 7 (S. 16) der Entgeltgrundsätze der SNB ausgeführt wird, dass der Auslastungsfaktor lediglich auf stark nachgefragten Strecken Anwendung findet, „für die tatsächliche Ausweichalternativen existieren“, wird damit ein weiterer unbestimmter Begriff eingeführt, der einen unkonditionierten unternehmerischen Spielraum belässt und in der tatsächlichen Anwendung eine Diskriminierung ermöglicht.

Klausel Nr. 6.2.1.2 b) SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.1.2 b) der Entgeltgrundsätze der SNB formuliert, dass eine Güterverkehrs-Express-Trasse eine Verbindung zwischen den wichtigen Zentren in Deutschland ist, genügt dies nicht den Vorgaben des AEG und der EIBV. Die in der Formulierung angegebenen „wichtigsten Zentren in Deutschland“ werden von der Bescheidadressatin nicht näher spezifiziert und unterliegen somit hinsichtlich der Definition dem unternehmerischen Spielraum der Bescheidadressatin, was zu einer möglichen Diskriminierung führen könnte. Aus diesem Grund ist eine Aufzählung der in Frage kommenden Strecken oder eine abschließende Erläuterung der Begrifflichkeit „wichtigste Zentren Deutschlands“ unabdingbar.

Klausel Nr. 6.2.3.3 SNB

Soweit in Klausel Nr. 6.2.3.3 der Entgeltgrundsätze der SNB eine Regelung zu so genannten Bedarfstrassen zu finden ist, entspricht diese Regelung nicht den Vorgaben zu Entgeltgrundsätzen nach dem AEG und der EIBV. Sie belässt einen unternehmerischen Spielraum hinsichtlich

der Definition einer Bedarfstrasse, der unkonditioniert ist und der Bescheidadressatin mithin die Möglichkeit einräumt, über die Definition der Bedarfstrasse bestimmte Zugangsberechtigte zu diskriminieren. Darüber hinaus bestehen im Hinblick auf die eisenbahnrechtliche Zulässigkeit des Angebotes von „Bedarfstrassen“ in der gemäß Klausel Nr. 6.2.3.3 SNB vorgesehenen Ausgestaltung insgesamt gewisse Zweifel.

Klausel Nr. 6.2.3.4 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.3.4 der Entgeltgrundsätze der SNB die Aussage trifft, dass bei einer Nichtannahme einer angebotenen Trasse ein Bearbeitungsentgelt erhoben wird, und dieses Entgelt maximal dem Nutzungsentgelt der nicht angenommenen Trasse entsprechen soll, belässt diese Formulierung wiederum einen unternehmerischen Spielraum, der nicht ausreichend konditioniert ist. Die unkonditionierte Formulierung ermöglicht eine diskriminierende Berechnung des Entgelts und entspricht darüber hinaus nicht den Anforderungen des Transparenzgebots.

Klausel Nr. 6.2.3.10 und 6.2.3.11 SNB

Soweit in Klausel Nr. 6.2.3.10 und 6.2.3.11 der Entgeltgrundsätze der SNB der Ausdruck „niedriger Auslastungsgrad“, welcher im weiteren Verlauf der Nutzungsbedingungen nicht weiter ausgeführt wird, verwendet wird, verstößt diese Verwendung gegen die Vorgaben zu den Entgeltgrundsätzen in AEG und EIBV. Dieser Begriff belässt dem Unternehmen einen unkonditionierten unternehmerischen Spielraum, der Diskriminierungen ermöglicht. Eine Definition des Begriffes „niedriger Auslastungsfaktor“ ist mit Blick auf das Diskriminierungsverbot unabdingbar. Gleiches gilt mit Blick auf den Begriff „zeitlich begrenzte Entgeltnachlässe“.

Anlage 7

Zahlreiche Anhaltspunkte für bestehende Rechtsverstöße aufgrund von Einräumungen unkonditionierter unternehmerischer Spielräume in den Entgeltgrundsätzen finden sich auch in Anlage 7 SNB. Dazu exemplarisch:

Soweit die Bescheidadressatin in der Anlage 7 (S. 2) die Einflussgrößen, die auf die Entgeltstruktur und die Höhe Einfluss nehmen können, ausführt, ist dies zu begrüßen. Im Punkt „Operativer Aufwand“ führt sie betriebliche Einschränkungen auf, welche nicht weiter definiert werden. Dies ermöglicht es dem Infrastrukturbetreiber, einen unkonditionierten Entscheidungsspielraum zu nutzen, der zu einem möglichen Diskriminierungspotenzial führen könnte. Darüber hinaus ist anzumerken, dass bei den Determinanten für die unternehmerischen Faktoren die Ermittlung der marktüblichen Rendite verdeutlicht werden muss.

Soweit die Bescheidadressatin in der Anlage 7 (S. 6) ausführt, dass Streckenkategorien Bestandteil nutzungsabhängiger Entgeltkomponenten sind und als Einflussgrößen das Anforderungsprofil der Nutzer sowie die Nutzerprofile der einzelnen Kategorien angegeben werden, sind diese Angaben derzeit nicht aussagekräftig, da die Anforderungsprofile der Nutzer nicht definiert werden und auf den ersten Blick eine Unterscheidung der beiden Profile nicht ersichtlich wird. Die beiden von der Bescheidadressatin aufgeführten Argumente müssen näher erläutert werden und abgegrenzt werden, um dem Nutzer die Möglichkeit der Nachvollziehbarkeit zu geben.

Soweit die Bescheidadressatin in Anlage 7 (S. 11) Grundsätze zur Einkategorisierung von Streckenabschnitten aufstellt, ist diese Einkategorisierung unzureichend. Diese Grundsätze sind nur grobschichtig und belassen einen unternehmerischen Spielraum, der unkonditioniert ist. Darüber hinaus ist die Kategorisierung im Detail nicht nachvollziehbar. Eine klare Abgrenzung ist vonnöten.

(2) Transparenz und Klarheit der Entgeltgrundsätze

Zugangspetenten können ihre Zugangsrechte nur dann wirksam ausüben, wenn sie sich über deren Bestehen und Umfang im Klaren sind. Das setzt insbesondere voraus, dass die bei der

Ausübung eines Zugangsrechts zu erfüllenden Voraussetzungen, insbesondere der zu zahlenden Entgelte, sofern sie im Regelungsbereich des zugangsverpflichteten Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen, sich mit hinreichender Deutlichkeit aus den Entgeltgrundsätzen ergeben. Die Entgeltgrundsätze müssen so transparent formuliert sein, dass alle Wettbewerber über die gleiche Möglichkeit verfügen, aus ihnen die Voraussetzungen für die Nutzung der Schienenwege herauszulesen. Anderenfalls würden sie es einzelnen, insbesondere konzernverbundenen Unternehmen erlauben, informatorische Vorteile auszunutzen. Darüber hinaus ist die Nachvollziehbarkeit der Entgeltgrundsätze aber auch Voraussetzung dafür, dass die Bundesnetzagentur die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes überprüfen kann. Das Diskriminierungsverbot umfasst somit ein Transparenzgebot, siehe dazu im Einzelnen schon oben 1) b) bb) (2).

vgl. auch Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT-Drs. 14/6300, 151 f.; vgl. auch die entsprechende Überlegung zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit: EuGH, Urt. v. 18.11.1999, Rs. C-275/98, Slg. 1999, I-8291, 8326 Tz. 31 – Unitron Scandinavia und 3-S; Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, 10794 Tz. 61 – Telaustria und Telefonadress.

Vor diesem Hintergrund bestehen jedenfalls im Hinblick auf die nachfolgend angesprochenen Klauseln und Anlagen ganz erhebliche Zweifel, ob die hierin getroffenen Regelungen den den Anforderungen genügen, die sich aus § 14 Abs. 1 S. 1 AEG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 EIBV an die Klarheit und Transparenz der SNB ergeben.

Klausel Nr. 6.1 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.1 der Entgeltgrundsätze der SNB (S. 36) die Formulierung „die Abkopplung von Auslastungsfaktor und Kategorie erlaubt eine flexible Steuerung der Verkehre“ verwendet, ist diese Darlegung unklar und widerspricht den ansonsten in den SNB gewählten Bezeichnungen. Der Begriff ‚Kategorie‘ wird durch den ansonsten von der Bescheidadressatin in den SNB durchgängig verwendeten Begriff „Streckenategorie“ zu ersetzen sein. Um die ohnehin für die Zugangsberechtigten komplizierten Regelungen zu den Entgeltgrundsätzen adäquat erfassen zu können, sind an die Klarheit und Präzisierung der Begrifflichkeiten insoweit hohe Anforderungen zu stellen.

Klausel Nr. 6.1 (Tabelle), Nr. 6.2.1 SNB und Anlage 7 (S. 11) SNB

Vor diesem Hintergrund entsprechen auch die in Klausel Nr. 6.2.1, 6.1 (Tabelle) und Anlage 7 (S. 11) SNB gewählten Formulierungen zumindest teilweise nicht eisenbahnrechtlichen Transparenzanforderungen der §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV.

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.1, 6.1 (Tabelle) und Anlage 7 (S. 11) der Entgeltgrundsätze der SNB formuliert, dass „die Kategorisierung neben den infrastrukturellen Ausstattungsmerkmalen auch die verkehrliche Bedeutung der einzelnen Relationen berücksichtigt“ bzw. „im Grundsatz der verkehrlichen Bedeutung“, bedarf es an diesen Stellen zur Wahrung des Transparenzgrundsatzes einer näheren Darlegung der „verkehrlichen Bedeutung“. Da unklar bleibt, nach welchen Kriterien die Bescheidadressatin hier im Einzelnen vorgeht, werden ihr darüber hinaus umfangreiche unkonditionierte unternehmerische Spielräume eingeräumt. Die Regelungen in Klausel Nr. 6.1 (Tabelle), Nr. 6.2.1 SNB und Anlage 7 (S. 11) SNB sind daher unter verschiedenen Blickwinkeln erheblich diskriminierungsrelevant.

Klausel Nr. 6.2.1.2 a) und b) SNB

Soweit die Klausel Nr. 6.2.1.2 a) der Entgeltgrundsätze der SNB in Punkt „Personenverkehrs-Takt-Trasse“ eine Definition der Takttrasse enthält, ist diese Definition nicht vollständig und entspricht in dieser Form nicht den gesetzlichen Vorgaben, insbesondere nicht § 9 Abs. 7 EIBV.

Der Gesetzgeber definiert einen Taktverkehr vielmehr wie folgt: „Vertakteter Verkehr ist eine Eisenbahnverkehrsleistung, die grundsätzlich auf demselben Weg am selben Tag mindestens viermal und höchstens in zweistündigem Abstand grundsätzlich zur gleichen Minute durchgeführt wird.“ Diese Definition des Taktverkehrs wird auch in den Text der SNB zu übernehmen sein. Jedenfalls dürfte die anders lautende Definition aus den SNB zu entfernen sein.

Darüber hinaus werden weitere Klarstellungen vorzunehmen sein. Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.1.2 a) der Entgeltgrundsätze der SNB ausführt, dass „aus Zügen des Expressproduktes bestehende Taktsysteme nicht unter die Definition der Takt-Trasse fallen, sondern als Express-Trassen zu verstehen sind“, widerspricht diese Aussage der unter dem Punkt „Personenverkehrs-Express-Trasse“ aufzufindenden Aussage, wonach die Bescheidadressatin eine Integration des Expressproduktes in ein Taktsystem zulässt. Diese beiden Aussagen widersprechen sich und müssen voraussichtlich mit Blick auf das Transparenzgebot entfernt oder angepasst werden.

Des Weiteren widerspricht es auch den gesetzlichen Begrifflichkeiten, wenn die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.1.2 b) der Entgeltgrundsätze der SNB unter dem Punkt „Güterverkehrs-Zubringer-Trasse“ in S. 1 den Begriff „Zugbildungsanlage“ verwendet. Mit Blick auf die Transparenzanforderungen sollte der Begriff der „Zugbildungseinrichtung“ im Sinne des § 2 Abs. 3c Nr. 5 geändert werden.

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.1.2 b) der Entgeltgrundsätze der SNB die vorgegebene Trassenlänge von 75 km für dieses Trassenprodukt ermittelt hat, ist unklar, anhand welcher Parameter die Bescheidadressatin diesen Wert errechnet. Mit Blick auf das Transparenzgebot wird dies näher auszuführen sein.

Darüber hinaus beinhaltet die Klausel Nr. 6.2.1.2 b) der Entgeltgrundsätze der SNB, soweit hierin ohne nähere Erläuterung die Vorlage eines schlüssigen Bedienkonzepts für eine betreffende Region für die Anmeldung einer Güterverkehrs-Zubringer-Trasse gefordert wird, ein mögliches Diskriminierungspotential, da unklar ist, was unter einem „schlüssigen Bedienkonzept“ zu verstehen ist. Bei Unklarheit der damit verbundenen Voraussetzungen enthält das Fordern eines solchen Konzepts ein Diskriminierungspotenzial i. S. d. §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG, 3 Abs. 1 S. 1 EIBV. In dem Maße, in dem die Zugangsberechtigten die Voraussetzungen nicht klar erfassen können, besteht die Möglichkeit einer willkürlichen Ausgestaltung und Anwendung dieser Voraussetzungen durch die Bescheidadressatin und einer damit verbundenen ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Zugangsberechtigten.

Schließlich finden sich in Klausel Nr. 6.2.1.2 b) SNB widersprüchliche Passagen. So führt die Bescheidadressatin beispielsweise in Klausel Nr. 6.2.1.2 der SNB zum Thema „Güterverkehrs-Standard-Trassen“ aus, dass Güterverkehrs-Standard-Trassen typischerweise über Anschlüsse miteinander verknüpft seien oder besonderen Restriktionen unterlägen. Daraus resultierten für die Bescheidadressatin Fixpunkte bei der Erstellung des Netzfahrplans; im Güterverkehr gebe es aber weniger Vorgaben als im Personenverkehr. Die Bescheidadressatin sei daher bei der Ausarbeitung des Netzfahrplans flexibler. Zum einen wird also ausgeführt, dass der Güterverkehr festen Ankunftszeiten beim Empfänger unterliegt und zum anderen, dass es weniger Vorgaben im Güterverkehr gebe und die Bescheidadressatin bei der Ausarbeitung des Netzfahrplans flexibler sei. Dies erscheint nicht nachvollziehbar.

Klausel Nr. 6.2.3.10 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.3.10 der Entgeltgrundsätze der SNB angibt, dass sich eine Übersicht der entsprechenden Schienenwegabschnitte in der Liste der Entgelte befindet, widerspricht das § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i. V. m. Anlagen 1, § 4 Abs. 2 i. V. m. Anlage 2 EIBV, da hierin bezüglich der von der Bescheidadressatin angebotenen notwendigen Informationen lediglich auf die „Liste der Entgelte“ verwiesen wird. Die Informationen sind zwingend in den SNB zu regeln, soweit sie in Verbindung mit der Vorschrift zur diskriminierungsfreien Gewährleistung des Zugangs und der Erbringung der Leistungen gemäß §§ 14 Abs. 1 S. 1 AEG; 3 Abs. 1 S. 1 EIBV Bestandteil der notwendigen Leistungsbeschreibung sind, § 4 Abs. 2 S. 1 i. V. m.

Anlage 2 EIBV. Die Regeln zu den Entgeltgrundsätzen sind als notwendige Inhalte der SNB in Anlage 2 Nr. 2 EIBV explizit erfasst. Die Liste der Entgelte für Trassen in ihrer jeweils gültigen Fassung ist nach § 4 Abs. 2 S. 2 EIBV nicht Gegenstand der Schienennetz-Benutzungsbedingungen. Zum Verständnis der in Klausel 6.2.3.10 eingeführten Regeln ist es notwendig, dass die Bescheidadressatin die Übersicht der entsprechenden Schienenwegabschnitte in die Entgeltgrundsätze der SNB übernimmt. Der im Hinblick auf die Übersicht der Schienenwegabschnitte vorgenommene bloße Verweis in Klausel Nr. 6.2.3.10 SNB wird den Vorgaben der §§ 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i.V.m. Anlage 1, § 4 Abs. 2 i.V.m. Anlage 2 EIBV nicht gerecht

Klausel Nr. 6.2.3.12 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.3.12 der Entgeltgrundsätze der SNB in Klausel 6.2.3.12 Nachlässe in Form prozentualer Abschläge auf das reguläre Entgelt zur Förderung der Entwicklung neuer Eisenbahnverkehre einführt, ist dies vor dem Hintergrund des § 23 Abs. 2 EIBV zu begrüßen. Allerdings muss die Bescheidadressatin sowohl die Höhe des prozentualen Abschlags als auch die relevanten Strecken sachgerecht und transparent aufstellen und vorab in den SNB benennen. Abgesehen von der fehlenden Transparenz ist ansonsten auch damit ein unkonditionierter unternehmerischer Beurteilungsspielraum zu befürchten, der Diskriminierungen im Einzelfall ermöglichen kann.

Des Weiteren ergibt sich aus den SNB nicht, wann ein „grundsätzlich neuer Verkehrsdienst“ vorliegt und warum neue Eisenbahnverkehre im Gelegenheitsverkehr gerade mit zehn Trassen verkehren müssen.

Klausel Nr. 6.2.3.5 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel 6.2.3.5 der Entgeltgrundsätze der SNB nicht deutlich macht, was eine Abbestellung im Sinne der SNB darstellt, liegt kann darin ein weiterer relevanter Verstoß gegen das Transparenzgebot liegen. Insbesondere wird der Unterschied zur Stornierung („endgültige Abbestellung“) nicht deutlich. Insofern ist der Wortlaut der Regelung genauer und transparenter zu gestalten.

Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB

Weiterer Regelungsbedarf besteht ferner im Hinblick auf Klausel Nr. 6.2.3.8 SNB, worin es heißt: „Ergibt sich für eine bestellte Trasse aufgrund von Baumaßnahmen, die nicht im Trassenangebot für die betreffende Trasse berücksichtigt wurden, ein vom ursprünglichen Trassenangebot abweichender Laufweg (Umleitung) so wird nur das Trassenentgelt für den Laufweg in Rechnung gestellt, der dem angeblichen Angebot zugrunde liegt. (. . .)“ Hier dürften detailliertere Regelungen zu treffen sein, die beispielsweise auch den Fall betreffen, dass der Preis für die Umleitungstrasse niedriger ist als das ursprüngliche Trassenangebot.

Anlagen 7 und 8 SNB

Des Weiteren finden sich auch in den Anlagen 7 und 8 zahlreiche Regelungen und Inhalte, deren Rechtmäßigkeit insbesondere vor dem Hintergrund des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungs- und Transparenzgebotes sehr zweifelhaft erscheint. Neben bestehenden Bedenken im Hinblick auf die hinreichende Verdeutlichung des Trassenpreissystems insgesamt finden sich in mehreren Passagen auch einzelne Unklarheiten. So verwendet die Bescheidadressatin beispielsweise in Anlage 7 S. 11 den Begriff „Überwiegendprinzip“. In der Anhörung am 6.11.2006 hat die Bescheidadressatin darauf hingewiesen, dass dieser Begriff untechnisch zu verstehen sei und dem allgemeinen Sprachgebrauch entspreche. Gleichzeitig enthält jedoch die von der Bescheidadressatin beabsichtigte Richtlinie zur Einführung von PZB 90 (vgl. dazu oben 1) b) bb) 2) (a) auf Betreiben des EBA auch eine Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs zum „Überwiegend-Prinzip“ (Vgl. § 28 Abs. 1 Nr. 4 Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung (EBO)). Vor diesem Hintergrund bedarf es dringend einer Klarstellung und Erläuterung.

Unter Transparenz und Diskriminierungsgesichtspunkten äußerst bedenklich erscheint auch die Anlage 8 der Bescheidadressatin, die Regelungen zur Bestimmung der Höhe von Minderungen aufstellt. Selbst wenn man sich auf den – noch kritisch zu überprüfenden – Standpunkt stellte, dass eine derartige Beschränkung der Minderungspflicht der Höhe nach in der dargestellten Weise möglich ist, so bliebe jedenfalls die Angemessenheit der im Einzelnen getroffenen Regelungen im Hinblick auf ihre eisenbahnrechtliche Zulässigkeit zu überprüfen. Die Regelungen in Anlage 8 erscheinen in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung teilweise nicht nachvollziehbar.

(3) Sonstige Gesichtspunkte

Des Weiteren sollen weitere, den vorgenannten Fallgruppen nicht zuzuordnende Gesichtspunkte im Zusammenhang mit den Entgeltgrundsätzen aufgezeigt werden, an deren Rechtmäßigkeit ganz erhebliche Zweifel bestehen. Wie die vorgenannten Fallgruppen sind auch die hier angesprochenen potenziellen Verstöße gegen das Eisenbahnrecht nicht abschließend.

Anreizsystem - Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB –

Das von der Bescheidadressatin mit Blick auf die Vorgaben in § 21 EIBV teilweise umgesetzte Anreizsystem wird neben den unter 1) b) cc) (1) ausgesprochenen Beanstandungen, die bereits gegenwärtig zu einem Widerspruch gegen Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB führen, zukünftig in weiteren Einzelheiten zu überprüfen und ggf. zu beanstanden sein. So wird insbesondere kritisch zu überprüfen sein, inwieweit die dem funktionierenden Schienennetz als eine der „Hauptstörungsursachen“ entgegenstehende Störungsursache des mangelhaften Zustandes der Schienenwege“

im Anreizsystem Berücksichtigung finden muss. In diese Beurteilung werden auch die insoweit relevanten EG-rechtlichen Vorgaben aus der EG-Richtlinie 2001/14/EG einzubeziehen sein. Auch wird eine nähere Aufklärung und Bewertung der einzelnen Regelungen und Kriterien der Verursacherzuordnung in Klausel Nr. 6.2.2.1 SNB sowie Anlage 2, Richtlinie 420.9001 vorzunehmen sein.

Soweit die Bescheidadressatin in Anlage 7 der SNB (S. 16) zum Anreizsystem die Berücksichtigung von Erfahrungswerten anführt, ist unklar, welche Erfahrungswerte hier gemeint sind. Hier werden vor dem Hintergrund des Transparenzgebotes nähere Darlegungen erforderlich werden. Dasselbe gilt mit Blick auf den in Anlage 7 der SNB (S. 18) verwendeten den Begriff „Zusatzverspätungsminuten“. Eine Definition dieses bisher unklaren Begriffes erscheint für die Anwendung des Anreizsystems unerlässlich. Auch der Begriff der „Folgeursachen“ ist zu definieren

Klausel Nr. 6.1 SNB

In Klausel Nr. 6.1 SNB, S. 36, sollen die wesentlichen infrastrukturellen und verkehrlichen Eigenschaften der Streckenkategorien hinsichtlich der Eingruppierung der Streckenkategorie in Entgeltkriterien dokumentiert werden. Neben einer fehlenden Definition für den Begriff der verkehrlichen Eigenschaft – an anderer Stelle, so z.B. auch in Anlage 7 (S.11) wird von „verkehrlicher Bedeutung“ gesprochen – bleiben vor allem auch die Zuordnungen in die Streckenkategorien selbst und die diesen zugrunde liegenden Erwägungen unklar. In jedem Fall wurde mit Blick auf die hier getroffenen Regelungen ein unternehmerisches Entscheidungsvermögen ausgeübt, deren Reichweite insbesondere unter Diskriminierungsgesichtspunkten noch im Einzelnen zu bewerten sein dürfte.

Soweit in Klausel Nr. 6.1. der SNB die Streckenkategorien aufgezeigt werden, ist diese tabellarische Darstellung grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings wird aus der Darstellung in der Tabelle unter der Spaltenüberschrift „Besonderheiten/Anmerkungen“ in drei Zeilen bei den drei Streckenkategorien F1, F4 sowie F5 ein mögliches Diskriminierungspotential ersichtlich. Die Formulierungen in Zeile F1 „SGV und SPNV bei behinderungsfreier Durchführung des SPFV möglich“, in Zeile F4 „SGV und SPNV verkehrt bei nachrangiger Konstruktion/Betriebsführung“ sowie in Zeile F5 „SPNV verkehrt bei nachrangiger Konstruktion/Betriebsführung SPFV in angepassten

Einzellagen“ gewähren eine Vorrangregelung für den Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) und benachteiligen den SGV sowie SPNV. Gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 AEG ist eine diskriminierungsfreie Benutzung der Infrastruktur zu gewährleisten. § 21 Abs. 4 EIBV hingegen, der die Mehrkosten einer bestimmten Verkehrsart auf diese umlegt, bezieht sich lediglich auf die Entgelte und nicht auf die zu erstellenden Zugangskriterien. Ein weiterer Widerspruch findet sich damit zu § 9 Abs. 4 EIBV, in dem eine Vorrangregelung durch den Gesetzgeber vorgeben wird. Die tabellarische Darstellung darf kein Kriterium für die Trassenvergabe darstellen. Die Einräumung einer von der Reihenfolge des § 9 EIBV abweichenden Konstruktionspriorität erscheint unzulässig. Soweit die Bescheidadressatin Vorrangregelung trifft, die gegen die eisenbahnrechtlichen Vorschriften verstoßen, ist den Vorschriften widersprechen, werden die entsprechenden Klauseln voraussichtlich zu beanstanden sein.

Klausel Nr. 6.2.3.1 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.3.1 der Entgeltgrundsätze der SNB einen Regionalfaktor erhebt, wird aus den Entgeltgrundsätzen nicht ausreichend deutlich, wofür, d.h. „zur Abdeckung welcher Kosten“ dies konkret geschieht. Der bloße Hinweis der Bescheidadressatin, dies geschehe zur Verbesserung der Kostendeckung, reicht nicht aus. Der jeweils erhobene Regionalfaktor dürfte – soweit überhaupt dem Grunde nach zulässig – lediglich für eine vom Regionalverkehr betroffene Strecke innerhalb des jeweiligen Bundeslandes zur Verbesserung der bereits vorhandenen Infrastruktur eingesetzt werden können. Zudem dürfte der Satz „Auf bestimmten Strecken können sie nach Maßgabe der Liste der Entgelte auch für andere Verkehre angewendet werden“ in Klausel Nr. 6.2.3.1 SNB ersatzlos zu streichen sein, da der Regionalfaktor sich ausschließlich auf den SPNV bezieht. Darüber hinaus behält sich die Bescheidadressatin die Erhöhung des Regionalfaktors vor. Eine solche Erhöhung kann – ebenso wie eine Absenkung – jedoch nur kosteninduziert erfolgen und muss dem Regulierer angezeigt werden.

Auf S. 23 der Anlage 7 zu den SNB werden die einzelnen Höhen der Regionalfaktoren aufgeführt. Es bleibt jedoch weiterhin offen, wie die einzelnen Regionalfaktoren gebildet werden.

Klausel Nr. 6.2.3.7 SNB

Soweit in Klausel Nr. 6.2.3.7 der Entgeltgrundsätze der SNB die Infrastrukturmerkmale aufgezählt sind, welche bei nicht vertragsgemäßem Zustand zu einer Entgeltminderung führen, geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass diese Darstellung nicht abschließend ist. Zu weiteren insoweit zu berücksichtigenden und dementsprechend in der Auflistung zu ergänzenden Merkmalen dürften z.B. Überholungsgleise, Leitsicherungstechnik und Mängellangsamfahrstellen gehören. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass Mängellangsamfahrstellen auch im Anreizsystem zu beachten sind. Insoweit sind beide Institute parallel anzuwenden.

Klausel Nr. 6.2.4 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.4 der Entgeltgrundsätze der SNB im Unterpunkt 3 erwähnt, dass sie zukünftig mit Preisanpassungen arbeiten müsse, da die zur Zeit existierenden Trassenpreise nicht kostendeckend seien, widerspricht diese Formulierung möglicherweise der Aussage des § 14 Abs. 4 S. 1 AEG.

Bei einer Änderung der Liste der Entgelte ist jedenfalls ihre Vorlage gem. § 14d S. 1 Nr. 6 AEG erforderlich. Ein Hinweis auf diese Vorlagepflicht ist sachdienlich.

Klausel Nr. 6.2.3.9 SNB

Soweit die Bescheidadressatin in Klausel Nr. 6.2.3.9 der Entgeltgrundsätze der SNB ausführt, dass „nur für den Fall, in dem die Ursache der vorübergehenden Nichtverfügbarkeit dem Verantwortungsbereich der DB Netz AG zuzurechnen ist, eine Übernahme der Kosten des Busnotverkehrs durch die DB Netz AG, jedoch ausschließlich auf Basis marktüblicher Verrechnungssätze, erfolgt“ ist diese Regelung nicht angemessen. Eine Übernahme der Kosten auf marktübli-

cher Verrechnungssätze ist nicht ausreichend, da es bei kurzfristiger Einrichtung eines Busnotverkehrs dazu kommen kann, dass ein Busunternehmen mit marktüblichen Verrechnungssätzen in der Kürze der Zeit nicht verfügbar ist, wodurch das betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne eigenes Verschulden die zusätzlichen Kosten über dem marktüblichen Satz begleichen muss. In einer anderen Regelung der SNB der Bescheidadressatin hingegen obliegt es dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei eigenem Verschulden, den Busnotverkehr selbstständig zu organisieren und die anfallenden Kosten zu übernehmen. Insofern wird die Regelung für den Fall des Verschuldens der Bescheidadressatin entsprechend anzupassen sein.

Für den Fall, dass die Ursache der Nichtverfügbarkeit weder dem Verantwortungsbereich des EVU noch der DB Netz AG zuzurechnen ist, sind die Kosten von beiden zu gleichen Anteilen zu tragen. Dies entspricht dem Grundsatz der gerechten Kostenverteilung.

Anlagen 7 und 8 SNB

Des Weiteren lassen sich unter Diskriminierungs- sowie Transparenzgesichtspunkten (weitere) erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Anlagen 7 und 8 der SNB aufzeigen. So erscheint beispielsweise die Umsetzung der „Wirkung der Entgelthöhen auf die Wettbewerbsfähigkeit“ in der Anlage 7 (S. 12) in der Praxis zweifelhaft. Hier müsste zumindest eine Darstellung erfolgen, wie der Punkt umgesetzt werden soll.

Im Hinblick auf S. 22 der Anlage 7 der SNB erschließt sich der Aussagegehalt dieser Ausführungen nicht. Die dort angegebenen Informationen dürften für den Zugangsberechtigten irrelevant sein. Ferner ist die Auflistung des kundenspezifischen Produktkonzepts auf S. 14 ist am Ende auf der Seite mit einer Fußnote bedacht, die auf der gesamten Seite keinerlei Zuordnung unterliegt. Dies bedarf einer Anpassung. Auch mit Blick auf Anlage 8 ergeben sich zahlreiche Aufklärungspotenziale und Hinweise auf eventuelle Rechtsverstöße, die jedoch im Einzelnen im Rahmen der Gesamtwertung des Trassenpreissystems und der damit verbundenen Einzelheiten gewürdigt werden sollen.

2) Zur Ermessensausübung

Das der Bundesnetzagentur gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG zustehende Entschließungs-ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt. 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 (vgl. Kopp/Ramsauer, § 40, Rn 56).

a) Widerspruch gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG gegen die unter Ziffer 1 beanstandeten Klauseln

Indem sich die Bundesnetzagentur mit ihrem Widerspruch entschieden hat, präventive Maßnahmen zu ergreifen, hat sie, angesichts der benannten Verstöße gegen das AEG und die EIBV, nicht aus sachwidrigen Erwägungen gehandelt und überschreitet nicht die Grenzen des Ermessens. Wie zuvor ausgeführt, verstoßen die unter Ziffer 1 dieser Verfügung beanstandeten Klauseln der SNB der Bescheidadressatin gegen die geltenden Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und damit der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung. Bei einem festgestellten Verstoß gegen die Zugangsvorschriften des Eisenbahnrechts ist die Bundesnetzagentur befugt, einer Neufassung oder Änderung von einer Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen zu widersprechen.

Die Entscheidung, den v. g. Klauseln der SNB zu widersprechen, folgt insbesondere aus der Tatsache, dass diese SNB dem Grunde nach allen Zugangsberechtigten gegenüber Anwendung finden sollen, die den Zugang zu den Schienenwegen beantragen. In den SNB enthaltene Rechtsverstöße sind daher in besonderem Maße geeignet, negative Auswirkungen auf die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs (§ 1 Abs. 1 AEG) und auf die Wahrnehmung gesetzlich verankerter Zugangsrechte zu zeigen.

Um die in den v. g. Klauseln enthaltenen Verstöße gegen Vorgaben des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur frühzeitig unterbinden zu können, hat die Bundesnetzagentur nach pflichtgemäßen Ermessen das ihr zustehende Widerspruchsrecht ausgeübt.

b) Vorbehalt einer nachträglichen Prüfung bisher unbeanstandeter Klauseln

Im Hinblick auf die unter 1) b) bb) (2) (g) sowie insbesondere zu 1) c) dargelegten Zweifeln an der Rechtmäßigkeit insbesondere der Entgeltgrundsätze der Bescheidadressatin in Kapitel 6 (Klauseln Nr. 6.1 bis 6.5 SNB) der SNB und der Darlegungen in den Anlagen 7 und 8 hat die Bundesnetzagentur ihr Ermessen dahingehend ausgeübt, keinen Widerspruch gemäß § 14 e Abs. 1 Nr. 4 AEG einzulegen. Sie beschränkt sich im Hinblick auf Kapitel 6 (Klauseln Nr. 6.1 bis 6.5 SNB) auf die Beanstandung einzelner Klauseln unter 1) a) aa) (3) und 1) a) bb) (7).

Im Hinblick auf die bisher unbeanstandeten Klauseln, an deren Rechtmäßigkeit indes erhebliche Zweifel bestehen, behält die Bundesnetzagentur sich vor, die SNB gemäß § 14f Abs. 1 Nr. 1 AEG (erneut) zu überprüfen und die Bescheidadressatin gemäß § 14f Abs. 1 Nr. 1. (1) AEG insoweit zur Änderung der SNB zu verpflichten oder die SNB gemäß § 14f Abs. 1 Nr. 1. (2) AEG insoweit für ungültig zu erklären. Sie behält sich ferner vor, weitere Maßnahmen gemäß § 14c AEG zu ergreifen.

Der gegenwärtige Verzicht auf einen Widerspruch gemäß § 14 e Abs. 1 Nr. 4 AEG geschieht vor dem Hintergrund der folgenden Erwägungen:

Zum Teil erfordern die zur Vereinbarkeit der Entgeltgrundsätze mit § 14 Abs. 1 AEG aufgeworfenen Fragen weitere vertiefte Untersuchungen und Prüfungen, die innerhalb der in dem Verfahren nach §§ 14 d und e AEG geltenden vergleichsweise kurzen Prüffrist nicht durchführbar sind. Zum anderen war zu berücksichtigen, dass die Bescheidadressatin im Falle eines Widerspruchs gemäß § 14 e Abs. 1 Nr. 4 AEG in dem noch verbleibenden kurzen Zeitraum bis zum Ablauf der Frist zur Veröffentlichung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen (§ 4 Abs. 5 S. 1 EIBV) geänderte, mit § 14 Abs. 1 AEG zu vereinbarende Entgeltgrundsätze entwickeln müsste.

In die Ermessenserwägungen hat die Bundesnetzagentur des Weiteren eingestellt, dass sie gerade ein wissenschaftliches Gutachten zur Auslegung der §§ 14 Abs. 4 und Abs. 5 AEG in Auftrag gegeben hat. Das Gutachten soll vor dem Hintergrund des stark auslegungsfähigen und –bedürftigen Wortlauts der eisenbahnrechtlichen Vorgaben zur Entgeltregulierung die den Eisenbahninfrastrukturunternehmen in § 14 Abs. 4 und Abs. 5 AEG auferlegten Grenzen der freien Entgeltgestaltung präzisieren. Die sich aus der Richtlinie 2001/14/EG ergebenden rechtlichen Vorgaben und Grundsätze sollen im Rahmen der Auslegung der Entgeltregulierungsvorschriften des AEG und der EIBV angemessen berücksichtigt werden (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AEG). Das Gutachten soll insbesondere die in der bislang erschienenen Fachliteratur umstrittene Frage, ob und ggf. inwieweit § 14 Abs. 4 und Abs. 5 AEG einen Effizienzkostenmaßstab vorgeben, eingehend prüfen. Aus regulierungsökonomischer Sicht soll das Gutachten einen für die relevanten Besonderheiten des Eisenbahninfrastrukturmarkts anzuwendenden Kostenbegriff für die Anwendung des § 14 Abs. 4 und Abs. 5 AEG entwickeln.

Das juristisch-regulierungsökonomische Gutachten wird in der zweiten Januarhälfte 2007 erstattet. Würde die Bundesnetzagentur in dem vorliegenden Verfahren zur Vorabprüfung der SNB den in Kapitel 6 (Klauseln Nr. 6.1 bis 6.5 SNB) und in den Anlagen 7 und 8 dargelegten Entgeltgrundsätzen auf Grund von Verstößen gegen § 14 Abs. 1 AEG widersprechen und die Beschei-

adressatin damit zur Änderung ihrer Entgeltgrundsätze verpflichtet, würde sie nach Abgabe des Gutachtens eine erneute Prüfung der Entgeltgrundsätze und der Entgelte der Bescheidadressatin auf der Grundlage des § 14 Abs. 4 AEG durchführen. Eine Feststellung von Verstößen gegen § 14 Abs. 4 AEG kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden

Es erscheint nicht sachgerecht, die Bescheidadressatin zum jetzigen Zeitpunkt zur Änderung ihrer Entgeltgrundsätze zu verpflichten und dabei die Möglichkeit in Kauf zu nehmen, dass im ersten Quartal 2007 eine weitere Prüfung durch die Bundesnetzagentur dazu führen kann, dass die Entgeltgrundsätze erneut zu ändern wären. Auch für die Zugangsberechtigten sind widersprüchliche Signale möglichst zu vermeiden. Es wäre für eine verlässliche Planung durch die Marktbeteiligten nicht förderlich, wenn sie sich im vierten Quartal 2006 zunächst auf geänderte Entgeltgrundsätze der Bescheidadressatin einstellen würden und sodann im folgenden Quartal möglicher Weise eine weitere Änderung des Stationspreissystems mitgeteilt bekämen.

Die Bundesnetzagentur beabsichtigt, die Entgeltgrundsätze und die Entgelte für die Nutzung des Schienennetzes nach Abgabe des juristisch-regulierungsökonomischen Gutachtens umfassend an § 14 Abs. 1 und Abs. 4 AEG sowie den ggf. weiteren zu beachtenden eisenbahnrechtlichen Vorschriften zu prüfen. Von einer möglichen Beanstandung der unter Ziff. 2 b) cc) genannten Entgeltgrundsätze hat sie daher derzeit noch abgesehen.

Im Hinblick auf Kapitel 6 (Klauseln Nr. 6.1 bis 6.5 SNB) finden sich lediglich Beanstandungen einzelner Klauseln unter Ziff. 1) a) aa) (3) und 1) a) bb) (7) des Bescheides, die auch unter Berücksichtigung der dargestellten Erwägungen bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt isoliert angreifbar sind und deren kurzfristige Anpassung in dem dargestellten Umfang geboten und der Bescheidadressatin möglich und zumutbar ist.

Zu Ziffer 2 dieser Verfügung

Die in Ziffer 2 des Bescheides ausgesprochenen Verpflichtungen der Bescheidadressatin finden ihre Rechtsgrundlage in §§ 14 c Abs. 1, 14e Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EIBV und § 4 Abs. 5 S. 1 EIBV.

Die Bundesnetzagentur kann in Wahrnehmung ihrer Aufgabe gemäß § 14 c Abs. 1 AEG gegenüber öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Maßnahmen treffen, die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und zur Verhütung künftiger Verstöße gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zu Eisenbahninfrastruktur erforderlich sind.

Zur Beseitigung der festgestellten Verstöße ist es geeignet und erforderlich, dass die Bescheidadressatin eine Abänderung der in Ziffer 1 des Bescheides benannten Klauseln in ihren SNB nach Maßgabe der im einzelnen dargelegten Vorgaben vornimmt. Soweit die Bescheidadressatin Klauseln streichen wird, geschieht dies in Übereinstimmung mit § 14e Abs. 3 Nr. 2 AEG. Soweit sie Klauseln, die in der beabsichtigten Fassung nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen, nach Maßgabe dieser Verfügung ändert, liegt hierin ein milderer Mittel als wenn diese Klauseln gar nicht in Kraft treten würden oder im Wege der nachträglichen Überprüfung im Rahmen des § 14 f Abs. 1 AEG Maßnahmen getroffen werden. Dies ermöglicht es der Bescheidadressatin vor Inkrafttreten der SNB, diese nachzubessern und so ein vollständiges Regelwerk in Kraft zu setzen. Sollte die Bescheidadressatin dies unterlassen, hätte es zur Folge, dass in den SNB wesentliche Teile fehlen würden und somit das gesamte Regelwerk aus Gründen der Transparenz rechtswidrig wäre. Allein aus diesem Grund könnte die Bundesnetzagentur nach § 14 f Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AEG das gesamte Klauselwerk für ungültig erklären.

Zum Teil handelt es bei den Inhalten dieser Klauseln auch um Pflichtbestandteile der Schienennetz-Benutzungsbedingungen, so dass ein Nichtinkrafttreten dieser Klauseln wiederum einen Rechtsverstoß bedeuten würde.

Die nach dieser Verfügung vorzunehmenden Änderungen und Ergänzungen kann die Bescheidadressatin bis zum 11.12.2006 vornehmen. Der damit für sie verbundene Aufwand ist überschaubar. Zeitlich insoweit unzumutbare Anordnungen hat die Bundesnetzagentur keine getroffen. Sie hat vielmehr, wie dargelegt, diejenigen Gesichtspunkte, die eine umfangreiche Auseinandersetzung mit dem Regelwerk erfordern (Entgelte, Entgeltgrundsätze) bewusst dem knappen Zeitrahmen entzogen und sich auf die Beanstandung derjenigen Klauseln beschränkt, deren zeitnahe Anpassung und Umsetzung der Bescheidadressatin ohne Weiteres zumutbar ist.

Wenn die Bescheidadressatin die in Ziffer 1 der Verfügung genannten Klauseln streicht, soweit gefordert, und im übrigen nach Maßgabe der Vorgaben dieser Verfügung ändert, sind die in Ziffer 1 der Verfügung festgestellten Rechtsverstöße beseitigt. Diese Fassung hat die Bescheidadressatin gemäß §§ 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EIBV und § 4 Abs. 5 S. 1 EIBV zu veröffentlichen. Die Frist zur Veröffentlichung läuft am 11.12.2006, 24.00 Uhr, ab.

Zu Ziffer 3 dieser Verfügung

Die Androhung des Zwangsgeldes nach § 14c Abs. 4 AEG i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 11, 13 Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) ist erforderlich, um die Bescheidadressatin zur Erfüllung der Verpflichtungen in Ziffer 2 dieses Bescheides anzuhalten.

Die Zwangsgeldandrohung ist zum einen geboten, da die Bescheidadressatin nach § 4 Abs. 1 EIBV verpflichtet ist, rechtmäßige Schienennetz-Benutzungsbedingungen aufzustellen. Sie ist daher verpflichtet, die in Ziffer 1 beanstandeten Klauseln unter Beachtung der Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur abzuändern. Würde seitens der Bescheidadressatin eine Verwendung der derzeitigen SNB erfolgen, könnte eine zunächst nur bestehende offensichtliche Gefahr von diskriminierenden Verhaltensweisen konkret in einen Schaden umschlagen, und zwar bei allen von diskriminierenden Verhaltensweisen betroffenen Kunden, insbesondere bei denjenigen, die nicht einem verbundenen Unternehmen der Bescheidadressatin zugehören. Dadurch würden ggf. Sachlagen geschaffen, die gar nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen im Nachhinein beseitigt werden könnten. Dies gilt es unter Wahrung der gesetzlichen und verordnungsrechtlichen zwingenden Vorgaben zu verhindern.

Zum anderen ist die Zwangsgeldandrohung auch im Interesse aller Kunden der Bescheidadressatin erforderlich. Die zur Verwendung anstehenden SNB und ABN der Bescheidadressatin sind z. T. nicht geeignet, die Ziele des § 1 Abs. 1 AEG zu verwirklichen.

Die Umsetzung der gesetzgeberischen Ziele, nämlich insbesondere die Gewährleistung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene bei dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen, setzt den Abschluss von Verträgen zur Benutzung der Schienenwege unter Einbeziehung von Nutzungsbedingungen voraus, die den Vorgaben des AEG und der EIBV entsprechen.

Durch die Androhung des Zwangsgeldes wird somit auch im öffentlichen Interesse auf die zügige Herstellung rechtskonformer Zustände hingewirkt.

Die in der Höhe von 155.000 € festgelegte Zwangsgeldandrohung orientiert sich an der Bedeutung rechtmäßiger Schienennetz-Benutzungsbedingungen für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs und an dem geschätzten Betrag des von der Bescheidadressatin erwarteten Umsatzes für die Nutzung der von ihr betriebenen Schienenwege unter Zugrundelegung ihrer SNB und ABN.

Diesem Betrag rechnerisch hinterlegt ist der Umsatz der DB Netz AG, entnommen aus dem Geschäftsbericht des Jahres 2005, in Höhe von 3,864 Mrd. €.

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG wird der Bescheidadressatin zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen eine angemessene Frist gesetzt. Der in Ziff. 2 des Bescheidentors benannte Zeitpunkt ergibt einen ausreichenden Zeitraum zur Befolgung der behördlichen Anordnungen.

Zu Ziffer 4 dieser Verfügung

Gemäß § 4 Abs. 6 BEVVG i.V.m. §§ 1; 2 Abs. 2 i. V. m. der Anlage, Abschnitt 1, Nr. 603 der Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen der Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEGebV) erhebt die Bundesnetzagentur Kosten für ihren Widerspruch nach § 14e Abs. 1 AEG. Die Geltendmachung der entstandenen Höhe der Kosten erfolgt in einer gesonderten Entscheidung der Bundesnetzagentur.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Bescheid der Bundesnetzagentur kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch eingelegt werden. Der Widerspruch ist, schriftlich oder zur Niederschrift, bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, einzulegen.

Hinweis:

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