



Eisenbahn-Bundesamt

Vorgebirgsstraße 49
53119 Bonn

Postzustellungsurkunde

DB Netz AG Zentrale
Theodor-Heuss-Allee 7

60486 Frankfurt am Main

Geschäftszeichen: 15 Nz 043-04

eMail des Referats Netzzugang:
netzzugang@eba.bund.de

Telefax des Referats Netzzugang:
02 28 / 98 26 – 9 159

Telefon:
02 28 / 98 26 - 621

Telefax:
02 28 / 98 26 – 9 621

eMail:
Niewaldas@eba.bund.de

Bearbeitung durch:
S. Niewalda

Datum: 01.04.2005

Modulares Trassenpreissystem 2001 der DB Netz AG, in der Fassung vom 12.12.2004. Erstmalige Erhebung eines 10%-igen Zuschlags bei Bestellung einer sog. „Sondertrasse“.

Bescheid des EBA vom 23.12.2004.

Sehr geehrte Damen und Herren, auf Ihren am 23.12.2004 eingelegten und am 19.01.2005 begründeten Widerspruch in Sachen „TPS 2005“ ergeht folgender

Widerspruchsbescheid:

1. Der Widerspruch wird zurückgewiesen.
2. Der Bescheid ergeht für die Widerspruchsführerin kostenfrei. Die übrigen Kosten tragen die Beteiligten selbst.

Postanschrift:
Postfach 2861
D – 53018 Bonn

Telefon:
+49 (2 28)
98 26 - 0

Telefax
+49 (2 28)
98 26 - 1 59

Konten der Bundeskasse Bonn:
Deutsche Bundesbank Filiale Bonn (BLZ 380 000 00) Nr. 38 001 060
Postbank Köln (BLZ 370 100 50) Nr. 11 900-505
Datei: Widerspruchsbescheid.doc

ÖPNV: Straßenbahn; Linien 16, 18, 63, 68 bis Haltestelle Bonn-West; Fußweg von dort durch die Ellerstraße ca. 5 Minuten

Homepage: <http://www.netzzugang-eba.de/>

Gründe:**Zu 1.:****I. (Sachverhalt)**

Die DB Netz AG (Widerspruchsführerin) ist ein nach § 6 AEG konzessioniertes öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das seinen Kunden die Nutzung seiner Eisenbahninfrastruktureinrichtungen gegen Entrichtung von Entgelt zur Verfügung stellt.

Auf Basis des sog. Modularen Trassenpreissystems (TPS), das gemäß Punkt 6. der Struktur der Schienennetz-Nutzungsbedingungen Bestandteil der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Widerspruchsführerin ist, wird den Kunden der Widerspruchsführerin – meist gemäß § 6 AEG konzessionierte Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) – der von ihnen zu zahlende Preis für die Inanspruchnahme von Infrastrukturleistungen berechnet.

Zum Fahrplanwechsel am 12.12.2004 hat die Widerspruchsführerin ihr seit 01.04.2001 geltendes Modulares Trassenpreissystem in Teilbereichen geändert. Neben weiteren Modifizierungen wird ab dem 12.12.2004 entsprechend dem neu eingefügten Punkt 5.6. („Sonderzuganmeldungen“) für die Bearbeitung von Bestellungen sog. „Sondertrassen“, die nicht für den Jahresfahrplan angemeldet wurden, nicht in die Fahrplanunterlagen des Jahresfahrplans aufgenommen wurden und höchstens 30 Mal im Fahrplanjahr genutzt werden, ein multiplikativer Zuschlag in Höhe von 1,10 des Grundpreises erhoben.

Ausgehend von zahlreichen Informationen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU), die sich durch die 10%-ige Zuschlagserhebung durch die Widerspruchsführerin diskriminiert sehen, hat das Eisenbahn-Bundesamt (EBA) am 4.11.2004 nach § 14 Abs. 3a AEG ein Verfahren von Amts wegen eröffnet.

Dieses Verfahren hat die Überprüfung der eisenbahngesetzlichen Rechtmäßigkeit des von der Widerspruchsführerin seit dem 12.12.2004 erhobenen „Sonderzugzuschlags“ zum Gegenstand. Flankiert von einer Pressemitteilung des EBA am 5.11.2004, mit der über die einschlägige Fachpresse mitgeteilt wurde, dass das EBA das ab dem 12.12.2004 geltende TPS der Widerspruchsführerin überprüfe, wobei Schwerpunkt der behördlichen Untersuchung der ab dem 12.12.2004

erstmalig zu erhebende „Sonderzuschlag“ bei Bestellung einer sog. „Sondertrasse“ sei, wurden vom EBA ca. vierzig ausgewählte EVU befragt. Der Gegenstand der behördlichen Fragestellung betraf die voraussichtlichen Auswirkungen der von der Widerspruchsführerin geplanten neuen Preisgestaltung auf die geschäftliche Tätigkeit der EVU. Auswahlkriterium der befragten EVU war ein ausgewogener Querschnitt von EVU nach Geschäftsbereichen: angeschrieben wurden vom EBA EVU, die Personenverkehrsleistungen, Güterverkehrsleistungen oder beide Verkehrsleistungen erbringen. Darüber hinaus wurden Unternehmen der Baulogistikbranche und Verbände befragt.

Die EVU trugen in ihren Antworten auf diese Anfrage – neben durch § 30 VwVfG geschützte Details – im Wesentlichen vor, dass sich viele mittelständische EVU auf die Erbringung von sog. „ad-hoc“ Verkehren spezialisiert haben, um neue Verkehre auf die Schiene zu bringen, so dass sich die Erhebung des Zuschlages sehr negativ auf ihr Geschäft auswirken werde. Eine Durchreichung der Kostenerhöhung an den Endkunden ist den EVU laut deren Aussagen in der Regel nicht möglich, da sich der Kunde sonst für den Transport seiner Waren auf der Straße entscheidet. Eine Kostendurchreichung an die Widerspruchsführerin sei allerdings bei den EVU nicht von vornherein ausgeschlossen, die mit sog. „Sonderzugtrassen“ im Gleisbaubereich fahren und Leistungen für die Widerspruchsführerin selbst erbringen. Das Argument der Widerspruchsführerin, der Sonderfaktor von 1,1 bei Bearbeitung einer sog. „Sonderzugbestellung“ gründe sich im erhöhten Konstruktionsaufwand, sehen die EVU nicht ihrer Verantwortungssphäre zugeordnet. Die Schwelle der 30-maligen Anmeldung derselben „Sondertrasse“, ab der gemäß Satz 1 des Punktes 5.6. des TPS 2005 der Zuschlag entfällt, wird nach Angaben der EVU von kaum einem der befragten EVU erreicht. Sie wird regelmäßig allenfalls erreicht von EVU, die mit sehr großen Trassenbestellvolumen auf dem Eisenbahnverkehrsmarkt vertreten sind.

Parallel zu dieser Befragung der Kunden der Widerspruchsführerin wurden an die Widerspruchsführerin zwei Auskunftersuchen gerichtet, datierend vom 16.11.2004 und 26.11.004, auf die die Widerspruchsführerin jeweils mit Schreiben vom 26.11.2004 und 03.12.2004 reagierte.

Im ersten Auskunftersuchen vom 16.11.2004 wurde die Widerspruchsführerin unter anderem nach ihren unternehmerischen Erwägungen für die erstmalige Erhebung des „Sonderzugzuschlages“, die 10%-ige Höhe desselben und die Gründe für das Ansetzen der 30-maligen Schwelle, ab der der Zuschlag entfallen soll, befragt. Darüberhinaus wurden Fragen zur Zusammensetzung der Kostenkomponenten des im TPS 2005 verankerten Grundpreises gestellt. Der Grundpreis ist gemäß Punkt 2 und 3 TPS 2005 der Widerspruchsführerin die den Preis einer bestellten Zugtrasse bildende Grundkomponente, welche die Basis für die beiden weiteren even-

tuell beim Kauf einer Trasse anfallenden Komponenten – den Produktfaktor und den Sonderfaktor (Punkt 4 und 5 TPS 2005) – bildet. Der Grundpreis, der gemäß Punkt 3. TPS 2005 für insgesamt 12 Streckenkategorien 12 unterschiedliche Preise ausweist und gebildet wird aus jeweiliger Streckenkategorie plus dazugehörigem 20%-igem Auslastungsfaktor, ist laut Angaben der Widerspruchsführerin zur Preisberechnung bei Bestellung einer Trasse unter Punkt 2. des TPS 2005 der Ausgangswert für die Erhebung des 10%-igen Zuschlages nach Punkt 5.6. des TPS 2005 bei Bestellung einer sog. „Sonderzugtrasse“.

In dem daraufhin innerhalb der behördlich gesetzten Frist am 26.11.2004 eingehenden Schreiben der Widerspruchsführerin teilte diese dem EBA unter anderem mit, dass die Planung und Durchführung pro Trassenkilometer von sog. „Sondertrassenbestellungen“ einen wesentlich höheren personellen Aufwand verursache und erfordere als dies bei Bestellungen von Regeltrassen für oder innerhalb des Jahresfahrplanes der Fall sei. Für besonders kurzfristige Bestellungen rund um die Uhr müssten entsprechende Personale vorgehalten werden. Die Widerspruchsführerin erläuterte, dass es sich bei dem Verkauf von „Sonderverkehren“ um die Vermarktung von unterjährigen „Restkapazitäten“ handele, für deren gesonderte Bepreisung § 5 Abs. 3 EIBV die gesetzliche Grundlage für den Infrastrukturbetreiber darstelle. § 5 Abs. 3 EIBV besagt Folgendes: *„Verursacht eine Verkehrsleistung gegenüber anderen Verkehrsleistungen erhöhte Kosten, dann dürfen diese Kosten bei der Ermittlung der für die Berechnung der Entgelte maßgeblichen Kriterien nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden.“* Auf die Nachfrage des EBA nach den Kostenelementen des Grundpreises eines Trassenkilometers führte die Widerspruchsführerin aus, dass der Kategoriegrundpreis des TPS keinen eigenständigen Kostenfaktor für die bestellte Verkehrsleistung enthalte. Der Grundpreis einer Trasse sei somit für alle Verkehrsarten gleich. Weiterhin beinhalte der Kategoriegrundpreis des TPS keinen eigenständigen Kostenfaktor für den Konstruktionsaufwand bei der Bearbeitung von Bestellungen (von Trassen). So werde im Grundpreis auch nicht berücksichtigt, ob die vom Kunden bestellten Trassen dem Regel- oder Sonderverkehr zuzuordnen sind.

Die Widerspruchsführerin teilte dem EBA zudem mit, dass die Änderung der Trassenpreisliste ab dem 12.12.2004 und somit auch die Einführung des Zuschlags für „Sondertrassen“ entsprechend der von der Widerspruchsführerin in ihren Allgemeinen Bedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur (ABN der DB Netz AG) selbst gesetzten 9-Monatsfrist am 28.02.2004 im Internet veröffentlicht wurde. Zudem seien alle Kunden der Widerspruchsführerin am 26.02.2004 per Telefax von der beabsichtigten Änderung des TPS zum 12.12.2004 vorab informiert worden.

Eine ausdrückliche Information der EVU durch die Widerspruchsführerin, dass sich die Entgelte bei Anmeldung von sog. „Sondertrassen“ um 10% erhöhen werden, erfolgte in diesen Faxanschreiben nicht. Die Kunden der Widerspruchsführerin wurden am 26.02.2004 darüber informiert, dass die DB Netz AG ihr Produktportfolio angepasst habe und dass sich daraus zum 12.12.2004 Änderungen in den Preisen für die Trassenprodukte ergeben werden. Bezüglich weitere Informationen wurde von der Widerspruchsführerin auf eine Webadresse verwiesen.

Vorsorglich weist die Widerspruchsführerin darauf hin, dass bei entsprechendem Bestellverhalten im Rahmen der Bestellung sog. „Sondertrassen“ von der Widerspruchsführerin alle EVU in gleicher Weise mit dem 10%-igen Zuschlag belegt werden, gleich, ob es sich um konzerneigene EVU oder sog. dritte, nichtbundeseigene, EVU handelt.

Mit Schreiben vom 30.11.2004 hat das EBA ein zweites Auskunftsersuchen an die Widerspruchsführerin gerichtet, in dem unter anderem eine konkretisierende und substantiierte Darlegung der im Schreiben der Widerspruchsführerin vom 26.11.2004 getroffenen Aussagen gefordert wurde.

Um das Argument der Widerspruchsführerin, die Bearbeitung von sog. „Sonderverkehrsbestellungen“ erfordere einen wesentlich höheren personellen und administrativen Aufwand pro Trassenkilometer als dies bei der Bestellbearbeitung von „Regeltrassen“ der Fall sei, seitens der Behörde nachvollziehen zu können, wurde die Widerspruchsführerin mit Frage 1. des Schreibens vom 30.11.2004 aufgefordert, „substantiiert darzulegen, wie sich die Prozessabläufe bei Konstruktion einer „Sondertrasse“ in der Praxis gestalten, wobei insbesondere auf den jeweils erforderlichen Personalaufwand eingegangen werden soll. Dazu soll eine Übersicht in tabellarischer Form erstellt werden, die die Einzeltätigkeiten mit den jeweiligen Zeitwerten in synoptischer Form auflistet. Der gesamte Produktionsprozess – getrennt nach Erstellung einer „Regeltrasse“ und einer „Sondertrasse“ – ist darzulegen, beginnend vom Eingang einer Bestellung bis zur Abgabe eines Trassenangebotes.“

Das EBA wies in diesem Auskunftsersuchen die Widerspruchsführerin unter anderem darauf hin, dass nach behördlicher Rechtsauffassung das Grundentgelt, das für eine Zugtrasse vom Kunden an den Infrastrukturbetreiber zu zahlen ist, gerade auch das Kostenelement „Konstruktionskosten der Trasse“ umfasst. Weiterhin teilte das EBA seine Rechtsauffassung zur Bestimmung des gesetzlichen Begriffes der „Verkehrsleistung“ in § 5 Abs. 3 EIBV mit, der aus Sicht der Behörde nur die vom Gesetzgeber vorgegebenen drei Verkehrsleistungen des Güterverkehrs, des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) und des Schienenpersonenfernverkehrs (SPFV) beinhaltet. Eine

Verkehrsleistung i.S. § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV kann nur durch diese drei Verkehrsarten erbracht werden.

Mit fristgerecht eingehendem Schreiben vom 03.12.2004 bezog die Widerspruchsführerin Stellung zum 2. Auskunftersuchen des EBA. Unter anderem erläuterte die Widerspruchsführerin die Notwendigkeit der gegenüber der Bearbeitung von Bestellungen von „Regelverkehren“ erhöhten Vorhaltekosten für Personal im Bereich der Bearbeitung von Bestellungen von „Sonderverkehren“. Der wesentliche Faktor für die hohen Kosten in der Planung pro Trassenkilometer sei die Tatsache, dass „Sondertrassen“ im Gegensatz zu „Regeltrassen“ nur für einen oder wenige Verkehrstage bestellt werden. Deshalb sei für die Anwendung des Zuschlages für „Sonderzuganmeldungen“ die Anzahl der bestellten Verkehrstage ausschlaggebend und es entfalle der besondere Kostenaufwand bei Bearbeitung einer „Sondertrasse“ auch wieder, wenn eine als „Sondertrasse“ bestellte Trasse bei Bestellaufgabe 31 mal oder häufiger bestellt werde. Deshalb regule Satz 1 des Punktes 5.6. TPS 2005 auch das Entfallen des „Sonderzugzuschlages“ in diesem Fall.

Dabei sei die Konstruktion von Sondertrassen wesentlich aufwendiger, da nur noch im Rahmen der noch verfügbaren Restinfrastrukturkapazität konstruiert werden könne.

Eine tabellarische Gegenüberstellung der einzelnen notwendigen Tätigkeitsschritte bei Konstruktion einer „Sondertrasse“ und Konstruktion einer „Regeltrasse“ mit jeweils erforderlichem Personalbedarf – wie im 2. Auskunftersuchen von der Behörde gefordert – wurde von der Widerspruchsführerin nicht erbracht. Die auf Seite 3 des Schreibens vom 03.12.2004 von der Widerspruchsführerin dem EBA nahegelegte Option „gern laden wir Sie auf Wunsch ein, in einer Niederlassung an einer Nachtschicht teilzunehmen, um sich selbst von der nächtlichen Vorhaltung des Personals zu überzeugen“ genügt den von der Behörde geforderten Darlegungen nicht.

Die Widerspruchsführerin vertritt in diesem Schreiben weiterhin die Rechtsauffassung, dass Art. 23 der EG-Richtlinie 2001/14 in wirtschaftlicher Hinsicht die ständige Vorhaltung von ausreichend Personal durch den Infrastrukturbetreiber voraussetze.

Weiterhin erläutert die Widerspruchsführerin, welche Kostenkomponenten mit dem Grundpreis der jeweiligen Streckenkategorie abgedeckt werden, nämlich Personalaufwand-/leistungen für den Streckenbetrieb (Stellwerkskosten), Aufwand für Instandhaltung und Instandsetzung (nach Zuschüssen), Abschreibungen, Aufwand für Verwaltung und Vertrieb, übrige Kosten (z.B. Bahnübergänge). Wie schon im Schreiben vom 26.11.2004 gibt die Widerspruchsführerin an, dass der

Grundpreis keine eigenständige Kostenposition für die Konstruktion von Trassen enthalte. Erstmalig erläutert sie, dass Kosten für den Aufwand einer Trassenkonstruktion in der Kostenposition „Aufwand für Verwaltung und Vertrieb“ enthalten sei. Der Gesamtpreis einer Trasse setze sich jedoch aus den drei Elementen Grundpreis, Produktfaktor und ggf. Sonderzuschlag zusammen. D.h. die Kosten für die Planung von Trassen werden insgesamt durch den jeweiligen Gesamtpreis abgedeckt, so die Widerspruchsführerin im Schreiben vom 03.12.2004. Die Widerspruchsführerin betont nochmals, dass es sich bei der Einführung des Zuschlages für „Sonderzuganmeldungen“ um eine vom Grundpreis unabhängige Preisdifferenzierung handelt, mit der die unterschiedlichen personellen Aufwände in der Planung und Durchführung von „Regeltrassen“ und „Sondertrassen“ preislich abgebildet werden sollen. Aus Gründen der Kundenfreundlichkeit wurde daher die leichter verständliche Regelung über einen auf jeden Trassenpreis aufzuschlagenden Zuschlag gewählt, im Gegensatz zur Alternative, für jede Streckenkategorie zwei unterschiedliche Preise für „Regel“- und für „Sondertrassen“ abzubilden.

Darüberhinaus weist die Widerspruchsführerin in ihrem Schreiben vom 03.12.2004 im Rahmen ihrer rechtlichen Ausführungen unter anderem darauf hin, dass sie als Wirtschaftsunternehmen für ihr Agieren am Markt keiner Rechtsgrundlage bedürfe, sie sei vielmehr innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen eigenständig tätig. § 5 Abs. 1 EIBV statuiere für den Infrastrukturbetreiber den Grundsatz der freien Entgeltgestaltung. Nirgendwo schreibe das Gesetz vor, wie ein Grundpreis für eine Relation zu berechnen sei. § 5 Abs. 3 EIBV ist nach Ansicht der Widerspruchsführerin aufgrund teleologischer Auslegung der Vorschrift auch auf den kostenbedingten Zuschlag für Sonderverkehre anwendbar.

Das Bundeskartellamt wurde vom EBA über die Eröffnung dieses Verfahrens und den Fortgang der behördlichen Ermittlungen informiert. Das Bundeskartellamt hat die Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 14 Abs. 3a Satz 3 bis 5 AEG nicht wahrgenommen.

Am 23.12.2004 erließ das EBA gegenüber der Widerspruchsführerin eine Untersagungsverfügung mit folgendem Tenor:

- 1. Der Widerspruchsführerin wird aufgegeben, bei Anmeldung sog. „Sondertrassen“ die Erhebung eines 10 %-igen multiplikativen Zuschlages auf den Grundpreis, entsprechend Punkt 5.6. und Punkt 5.1. des von der Bescheidadressatin seit dem 12.12.2004 angewandten Trassenpreissystems, zu unterlassen.*

2. *Für den Fall der teilweisen oder gänzlichen Nichtbefolgung der unter Ziff.1 angeordneten Unterlassungsverfügung drohe ich ein Zwangsgeld in Höhe von 250.000 Euro an.*
3. *Dieser Bescheid ergeht für die Adressatin kostenfrei.*

Die inhaltliche Begründung dieses Bescheides basiert im Wesentlichen auf der behördlichen Feststellung, dass die seit dem 12.12.2004 durch die Widerspruchsführerin als sog. „Sonderfaktor“ eingeführte Zuschlagserhebung für die Bearbeitung von sog. „Sonderzuganmeldungen“ den Entgelterhebungsgrundsätzen der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) nicht entspricht. Auch die Einbeziehung der rechtlichen Wertungen der Richtlinie 2001/14/EG bei Auslegung der geltenden EIBV führt zur Unzulässigkeit der Zuschlagserhebung nach geltendem Recht.

Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Vorschriften der EIBV für die Erhebung des Zuschlages liegen nicht vor. Die Konstruktion einer jeden Trasse – sei sie zum Jahresfahrplan angemeldet oder nicht – ist dem Kerngeschäft des Infrastrukturbetreibers zuzurechnen. Die Kosten für die Konstruktion einer jeden Trasse müssen für die Kunden der DB Netz AG mit dem jeweiligen Grundpreis für die bestellte Trasse vollständig abgedeckt sein.

Im Folgenden erfolgt unter II. dieses Widerspruchsbescheides – in Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Widerspruchsführerin vom 19.01.2005 – nochmals eine umfängliche rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit der sog. „Sonderzugzuschlagserhebung“.

Am 23.12.2004 hat die Widerspruchsführerin gegen den Bescheid des EBA vom 23.12.2004 Widerspruch eingelegt, den sie mit Schreiben vom 19.01.2005 begründete. Die Widerspruchsführerin begründet ihren Widerspruch im Wesentlichen mit folgenden Feststellungen:

- Das TPS sei nicht Bestandteil der Schienennetz-Nutzungsbedingungen (SNB) der Widerspruchsführerin. Das TPS der Widerspruchsführerin finde der Kunde im Internet über die Angebote der „Trassennutzung für den Güter- und Personenverkehr“. Daneben finden sich die Preise auch unter der Rubrik SNB. Dies stelle jedoch derzeit lediglich einen zusätzlichen Kundenservice dar. Daraus folge jedoch nicht, dass das TPS Teil der SNB sei.
- Der Zuschlag werde deshalb verlangt, weil bei Anmeldung und Bereitstellung einer sog. „Sondertrasse“ lediglich Einzeltrassen vermarktet werden. Entscheidend für die Erhebung des Zuschlages sei, dass bei unterjährigem Regelverkehr dem einmaligen Konstruktions-

aufwand 31 oder mehr Verkehrstage gegenüberstehen. Hier stehe der Konstruktionsaufwand in einem realistischen Verhältnis zu den Trasseneinnahmen. Bei Sondertrassen, bei denen dem Konstruktionsaufwand wenige Verkehrstage, meist sogar nur ein einziger, gegenüberstehe, sei das Verhältnis von Aufwand zu Erfolg sehr unausgewogen.

- Die Widerspruchsführerin könne derzeit ihre Kosten für den Betrieb des Schienennetzes durch ihre Trasseneinnahmen nicht decken. Da die Widerspruchsführerin bei ihrer Preisgestaltung in hohem Maße die Marktverhältnisse berücksichtige, wurde ein Zuschlag in Höhe von lediglich 10% eingeführt.
- Rechtsgrundlage für ein Einschreiten des EBA im vorliegenden Fall könne nicht § 5a Abs. 2 AEG sein. Denn in Form von § 14 Abs. 3a AEG sei eine spezielle Eingriffsgrundlage vorhanden. Die Voraussetzungen für ein Tätigwerden des EBA nach § 14 Abs. 3a AEG lägen nicht vor, damit sei die Untersagungsverfügung vom 23.12.2004 ohne Rechtsgrundlage ergangen.
- Der Sonderzugzuschlag sei mit den Vorschriften des AEG und der EIBV vereinbar; es ergebe sich aus den Vorschriften des AEG, der EIBV und aus dem allgemeinen Kartellrecht die Zulässigkeit des von der Widerspruchsführerin dem Zuschlag zugrundegelegten Verursachungsprinzips:
 - Der Zuschlag sei nach § 5 Abs. 3 EIBV zulässig; der Begriff der „Verkehrsleistung“ in § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV umfasse neben den Verkehrsarten des Güterverkehrs, des Schienenpersonennahverkehrs und des Schienenpersonenfernverkehrs auch die Begriffe Regelverkehr und Sonderverkehr. Die teleologische Auslegung des § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV gebiete eine weite Auslegung des Begriffs der Verkehrsleistung: ein EVU soll nicht mit Kosten belastet werden, die es nicht verursacht hat.
 - Der allgemeine Rechtsgedanke der möglichst verursachungsgerechten Zuschlag von Kosten ergebe sich nicht nur aus der EIBV. § 14 AEG stelle eine sektorenspezifische Ausformung des Kartellrechts dar, sog. Eisenbahnkartellrecht. Bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe seien die Entscheidungen des Bundeskartellamtes zu berücksichtigen. Gerade den für die Überprüfung von Entgelten einschlägigen kartellrechtlichen Normen der §§ 19 und 20 GWB liege das Prinzip zugrunde, dass Entgeltsysteme dann rechtmäßig sind, wenn sie auf sachlichen, an kaufmännischen Erwägungen orientierten Grundsätzen beruhen. Die verursachungsgerechte

Zuscheidung von Kosten stelle gerade einen sachlichen und kaufmännischen Grundsatz im vorgenannten Sinne dar.

- § 6 Abs. 2 EIBV stehe einer Zuschlagserhebung durch die Widerspruchsführerin nicht entgegen, da er kein entsprechendes Verbot enthalte. Die Formulierung in § 6 Abs. 2 EIBV „Bei der Berechnung von Zu- und Abschlägen können insbesondere berücksichtigt werden...“ indiziere ein unbegrenztes Ermessen des Infrastrukturbetreibers bei seiner Preisgestaltung der Entgelte für seine Zugtrassen; § 6 Abs. 2 EIBV schränke den in § 5 Abs. 1 EIBV aufgestellten Grundsatz der freien Entgeltgestaltung nicht ein.
- Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 EIBV-E hat der Betreiber der Schienenwege Aufschläge gegenüber dem Entgelt nach § 21 Abs. 1 EIBV-E zu erheben, um seine Kosten für die Pflichtleistungen nach Anlage 1 Nr. 1 EIBV-E zu decken, wobei nach § 22 Abs. 1 Satz 2 EIBV-E diese Aufschläge sowohl je nach den Verkehrsleistungen Schienenpersonennahverkehr, Schienenpersonenfernverkehr oder Schienengüterverkehr als auch nach Marktsegmenten innerhalb dieser Verkehrsleistung differenziert werden können. Es erscheine nicht ausgeschlossen, dass man den Sonderverkehr jeweils als Marktsegment oder auch als Verkehrsleistung selbst begreifen könne.
- Eine direkte Anwendung der RL 2001/14/EG durch das EBA scheide wegen deren Nichtumsetzung in nationales Recht aus.

Zu diesem Verfahren wurden vom EBA antragsgemäß zwei Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) hinzugezogen, denen im Rahmen des gesetzlich vorgegebenen Anhörungsverfahrens die Möglichkeit gegeben wurde, zum Ausgangsbescheid des EBA vom 23.12.2004 und der Widerspruchsbegründung der DB Netz AG vom 19.01.2005 Stellung zu nehmen. Hierbei handelt es sich um folgende Verfahrensbeteiligte:

- Connex Cargo Logistics GmbH, Georgenstraße 22, 10117 Berlin (hinzugezogen am 07.12.2004)
und
- Rail4Chem Eisenbahnverkehrsgesellschaft mbH, Schützenbahn 60, 45127 Essen (hinzugezogen am 23.12.2004).

Beide Verfahrensbeteiligte haben, vertreten durch ihre verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwälte, von der Möglichkeit der Stellungnahme Gebrauch gemacht.

Diese Stellungnahmen der Verfahrensbeteiligten vom 12.02.2005 und 01.03.2005 wurden der Widerspruchsführerin am 02.03.2005 zugeleitet, mit der Bitte, dem EBA bis zum 04.03.2005 mitzuteilen, ob und gegebenenfalls bis wann die Widerspruchsführerin zu den Schriftsätzen der Verfahrensbeteiligten Stellung beziehen möchte. Bis zum 04.03.2005 ging beim EBA keine entsprechende Mitteilung der Widerspruchsführerin ein. Am 09.03.2005 fragte die Widerspruchsführerin telefonisch an, ob eine Stellungnahme noch möglich sei; krankheits- und urlaubsbedingt sei eine frühzeitigere Reaktion der Widerspruchsführerin auf die Anfrage des EBA vom 02.03.2005 nicht möglich gewesen. Nach Hinweis des EBA, eine Stellungnahme sei noch möglich, es würde dadurch aber eine deutlich zeitliche Verzögerung des Erlasses des Widerspruchsbescheides eintreten, hat die Widerspruchsführerin erklärt, dass sie sich ihrer Argumente für das verwaltungsgerechtliche Klageverfahren vorbehalte.

Die EU-Kommission wurde im Rahmen von Art. 31 der RL 2001/14/EG informiert.

Dem Bundeskartellamt wurde vor Erlass des Widerspruchsbescheides Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Das Bundeskartellamt hat von einer Stellungnahme abgesehen.

II. (Rechtslage)

Der Widerspruch ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Der Widerspruch der Widerspruchsführerin vom 23.12.2004 ist zurückzuweisen, da der angegriffene Untersagungsbescheid des EBA vom 23.12.2004 rechtmäßig ist (§§ 68 Abs. 1 Satz 1, 73 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Der Bescheid vom 23.12.2004 wird aufrechterhalten. Es ist weder von der Darstellung des Sachverhalts abzuweichen, noch lässt die Bewertung desselben eine andere rechtliche Würdigung zu.

Auf eine Verletzung der Vorankündigungsfrist bei Einführung des 10%igen „Sonderzugzuschlages“ durch die Widerspruchsführerin wird der Widerspruchsbescheid nicht mehr gestützt.

Ergänzend zu der Begründung im Bescheid vom 23.12.2004, auf die mit diesem Widerspruchsbescheid Bezug genommen wird, werden folgende weitere Ausführungen zur Grundlage der Ziff. 1 der Untersagungsverfügung vom 23.12.2004 gemacht:

1. Die Ermächtigungsgrundlage für den angegriffenen Bescheid ergibt sich sowohl aus § 5a) Abs. 2 AEG i.V.m. § 5 Abs. 1 AEG als auch aus § 14 Abs. 3 a Satz 1 AEG i.V.m. 5 Abs. 1 AEG.

a) Ermächtigungsgrundlage des § 5a) Abs. 2 AEG i.V.m. § 5 Abs. 1 AEG

Die Befugnisnorm des § 5a) Abs. 2 AEG ermächtigt die Eisenbahnaufsichtsbehörde, gegenüber den Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Einhaltung aller in § 5 Abs. 1 AEG genannten objektiv-rechtlichen Normen einzuhalten, unabhängig davon, ob eine Zugangsbehinderung oder eine Diskriminierung vorliegt. Tatbestandsvoraussetzung dieser Befugnisnorm ist die Verletzung einer oder mehrerer der genannten eisenbahnrechtlichen Vorschriften. In der Rechtsfolge kann die Eisenbahnaufsicht im Rahmen ihres Aufgreifermessens (§ 40 VwVfG) das rechtsverletzend tätige Eisenbahnunternehmen anweisen, die in § 5 Abs. 1 AEG genannten Vorschriften einzuhalten.

Da über § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2. Var. AEG i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 7 AEG i.V.m. §§ 5-7 EIBV auch Vorschriften über die Entgelterhebung erfasst werden, kann eine Verletzung dieser Entgeltvorschriften im Rahmen der Befugnis aus § 5 a) Abs. 2 AEG beanstandet werden.

b) Ermächtigungsgrundlage aus § 14 Abs. 3 a) Satz 1 AEG

Diese Vorschrift enthält eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für das EBA, mit der das EBA die Einhaltung der Zugangsverpflichtung und des Diskriminierungsgebots aus § 14 Abs. 1 AEG durchsetzen kann. Da § 14 Abs. 1 AEG auch von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEG erfasst wird, kann das EBA dessen Einhaltung auch über § 5a) Abs. 2 AEG durchsetzen.

§ 14 Abs. 3a) Satz 1 AEG erhält seine Rechtfertigung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage aus dem Umstand, dass hier ein Aufgreifermessen des EBA nicht besteht: Vielmehr „hat“ das EBA - ohne jedes Ermessen - dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen aufzugeben, die Beeinträchtigung zu unterlassen.

§ 3 Abs. 1 Ziff. 2 EIBV konkretisiert den Begriff der diskriminierungsfreien Benutzung der Eisenbahninfrastruktur im Sinne des § 14 AEG dahingehend, dass ein EIU die diskriminierungsfreie Benutzung jedenfalls durch die Aufstellung allgemeiner Geschäftsbedingungen einschließlich der Verzeichnisse der Entgelte für die Benutzung der Zugtrassen einheitlich für alle EVU aufstellen muss. Indem § 14 Abs. 3a Satz 1 AEG in Form eines Rechtsgrundverweises auf den „Rahmen der Eisenbahnaufsicht nach § 5 Abs. 1 AEG“ verweist, stellt der Gesetzgeber klar, dass das Recht von EVU aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG verletzt ist, wenn die Verzeichnisse der Entgelte für die Benutzung von Zugtrassen sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen des AEG und der EIBV halten, da andernfalls diese Verzeichnisse keinen sachlich gerechtfertigten Grund für die Erhebung von Entgelten für die Inanspruchnahme von Infrastrukturleistungen darstellen.

Die Befugnisnorm des § 14 Abs. 3a AEG erfasst über den Rechtsgrundverweis „hat das EBA dem Unternehmen im Rahmen der Eisenbahnaufsicht nach § 5 Abs. 1 aufzugeben“ gerade auch diejenigen Fallgestaltungen, in denen das Zugangsrecht von EVU aus § 14 Abs. 1 AEG dadurch verletzt sein kann, dass der Zugangsanspruch zur Eisenbahninfrastruktur durch Entgeltbestimmungen des Infrastrukturbetreibers beeinträchtigt wird, die nicht den Entgeltgrundsätzen der EIBV entsprechen. Wenn die Vorschriften der „Verordnung über die diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur“ durch den Infrastrukturbetreiber nicht eingehalten werden, ist per se der Anspruch auf diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur aus § 14 Abs. 1 AEG verletzt.

Im übrigen ist zur Argumentation der Widerspruchsführerin auf Seite 5 ihrer Widerspruchsbegründung, dem Netzzugangsanspruch aus § 14 Abs. 1 AEG liege stets ein dreipoliges Rechtsverhältnis zugrunde, anzumerken, dass die Widerspruchsführerin ihre Argumentation selbst ad absurdum führt, wenn sie auf Seite 15 ihrer Widerspruchsbegründung darlegt, dass §14 AEG keinen öffentlich-rechtlichen Anspruch enthalte, sondern einen zivilrechtlichen Anspruch, der einem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang entspreche. Ein zivilrechtliches, einem Kontrahierungszwang unterliegendes Rechtsverhältnis, setzt jedenfalls ein – nur – zweipoliges Rechtsverhältnis voraus.

c) Verhältnis der Normen §§ 5a) Abs. 2, 14 Abs. 3a AEG

Verletzt das Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit ein und derselben Handlung (hier: Forderung des 10%igen Zuschlags für „Sondertrassen“) sowohl das Recht auf Zugang bzw. das Recht auf Diskriminierungsfreiheit aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG als auch sonstige von § 5 Abs. 1 AEG erfasste Vorschriften, kann das EBA einen Bescheid auf beide Befugnisnormen stützen. Zeigt sich später, dass entgegen der Ansicht des EBA die Verletzung einer von § 5 Abs. 1 AEG erfassten Norm nicht das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang verletzt, bleibt der Bescheid gleichwohl rechtmäßig, da er neben § 14 Abs. 3a) Satz 1 AEG auch auf § 5a) Abs. 2 AEG gestützt war. Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund der Intention des Gesetzgebers sowie der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch geboten. Denn andernfalls wäre eine wirksame Kontrolle der rechtlich verbindlichen Entgeltgrundsätze der EIBV i.V. m. dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht durch das EBA nicht möglich. Diese Kontrolle ist schon nach dem Wortlaut des § 5a) Abs. 2 AEG i.V.m. § 5 Abs. 1 AEG ausdrücklich vorgesehen, da diese Vorschrift explizit auf im Rahmen des AEG erlassene Rechtsverordnungen und gemeinschaftsrechtliche Vorgaben verweist.

2. Das geltende TPS der Widerspruchsführerin ist Bestandteil der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Widerspruchsführerin.

Entsprechend den Darstellungen der Widerspruchsführerin im Internet unter ihrer Rubrik „Schienennetz-Nutzungsbedingungen“ veröffentlicht die Widerspruchsführerin mit ihren SNB für ihre Kunden „einen Leitfaden über die notwendigen Informationen zur Schienennutzung. Hier erhalten Sie Informationen, die notwendig sind, um Verkehr auf dem Schienennetz der DB Netz AG zu betreiben.“

Unter Punkt „6. Preise“ der SNB ist für die Kunden der Widerspruchsführerin das TPS der Widerspruchsführerin (in der seit dem 12.12.2004 angewandten Fassung) eingestellt.

Unter Punkt „2. Zugangsbedingungen“ der SNB hat die Widerspruchsführerin „Informationen zu den Netzzugangsbedingungen“ zusammengestellt. Neben anderen, technischen und betrieblich-technischen Zugangsbedingungen sind hier auch die „Allgemeinen Bedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG“ (ABN) in der seit dem 01.10.2004 geltenden Fassung eingestellt.

(Vgl. Anhang: Darstellung der SNB der Widerspruchsführerin im Internet)

Systematisch und strukturell ordnet die Widerspruchsführerin also sowohl die ABN als auch das TPS in ihre SNB ein. Auch wenn darüber hinaus das TPS von der Widerspruchsführerin für ihre Kunden noch einmal extra im Internet über die Angebote der „Trassennutzung für den Güter- und Personenverkehr“ zu finden ist, ändert dies an der strukturellen Zuordnung des TPS und der ABN zu den SNB nichts. Dieser zusätzliche Kundenservice ist der Widerspruchsführerin unbenommen, für die eisenbahnrechtliche Bewertung bleibt dies für das EBA außer Betracht. Zudem widerspricht sich die Widerspruchsführerin auf Seite 1 ihrer Widerspruchsbegründung selbst. Zum einen äußert sie, dass das TPS nicht Teil der SNB der Widerspruchsführerin sei. Zum anderen erklärt sie, dass sich das TPS auch unter der Rubrik SNB finde.

Mit dieser Systematik der Einordnung des TPS und der ABN in die SNB wird die Widerspruchsführerin den gesetzlichen Vorgaben des § 3 Abs. 1 Ziff. 2 EIBV und den Vorgaben des Art. 3 der RL 2001/14/EG gerecht.

Insofern ist die eigene Bezeichnung ihrer SNB als „Kundenleitfaden“ durch die Widerspruchsführerin gegenüber ihren Kunden auch irreführend: alle für den Netzzugang vom Kunden zu erfüllenden Bedingungen sind unter den SNB eingestellt. Diese sind somit

kein bloßer unverbindlicher Leitfaden, sondern vom EBA im Rahmen des Verfahrens nach §§ 14 Abs. 3a, 5a Abs. 2 AEG zu überprüfende Netzzugangsbedingungen.

3. Bei der zum 12.12.2004 erfolgten Einführung eines neuen 10%-igen Preis-Zuschlages für die Anmeldung einer sog. „Sondertrasse“ handelt es sich um die Einführung eines neuen Entgeltgrundsatzes ins TPS der Widerspruchsführerin. Es handelt sich nicht um die Einführung eines neuen (Einzel-) Preises.

Der im Rahmen dieses Verwaltungsverfahrens überprüfte Zuschlag fällt bei sogenannten „Sondertrassenbestellungen“ in jeder Verkehrsart (Schienenpersonennahverkehr, Schienenpersonenfernverkehr und Güterverkehr) an. Da dieser Zuschlag nach dem neuen TPS der Widerspruchsführerin abstrakt-generell bei jeder Anmeldung einer sogenannten „Sondertrasse“ in jeder Verkehrsart erhoben wird und als sog. multiplikativer Sonderfaktor generell auf den – jeweils individuell berechneten Grundpreis einer Trassenanmeldung – aufgeschlagen wird, ist dieser Zuschlag als Entgeltgrundsatz zu werten.

Im Gegensatz zum Entgeltgrundsatz ist der Einzelpreis zu sehen, der für jede Trassenbestellung entsprechend den individuellen Bestellmerkmalen vom Infrastrukturbetreiber berechnet wird. Der Einzelpreis für eine Trassenbestellung steht immer in Bezug zu einer konkreten Infrastruktur, die an einem bestimmten Tag zu einer bestimmten Zeit mit einem bestimmten Zug in einer bestimmten Verkehrsart befahren werden soll (vgl. Legaldefinition der Zugtrasse in § 2 Abs. 1 EIBV) oder einer konkreten Dienstleistung.

4. Die Bestimmungen und Wertungen der Fahrwegrichtlinie 2001/14/EG sind vom EBA bei laufendem Verwaltungsverfahren gegenüber der Widerspruchsführerin zu beachten und anzuwenden.
 - a) Zum einen können die Bestimmungen der Richtlinie im Rahmen der Auslegung offen formulierter Tatbestände herangezogen werden, über Art. 10 EG ist das EBA dazu sogar verpflichtet.

Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht eine Verpflichtung sämtlicher Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, das gesamte Recht auch schon vor Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht

richtlinienkonform auszulegen, so dass das Ziel der Richtlinien nicht gefährdet wird (EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Slg. 1984, 1891, Tz. 79/83 = NJW 1984, 2021 - „Harz“). Es muss deshalb im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts verhindert werden, dass in Deutschland Entgelte für die Fahrwegnutzung erhoben werden, die nicht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 201/14/EG festgesetzt wurden. Dabei sind nicht nur die speziell zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen Vorschriften, sondern das gesamte nationale Recht am Maßstab der Richtlinie auszulegen, und zwar unabhängig davon, ob das nationale Recht vor oder nach der Richtlinie erlassen wurde (EuGH, Urteil vom 10.04.1984, Slg. 1984, 1891, Az. 79/83 = NJW 1984, 2021 - „Harz“). Die Auslegung ist auch unabhängig davon vorzunehmen, ob den Bestimmungen einer Richtlinie unmittelbare Wirkung zukommt, denn die Richtlinie erfüllt ihren spezifischen Zweck gerade dann, wenn die Richtlinie keine unmittelbare Wirkung entfaltet (Puffert, in: Callies/Ruffert, EGV, Art. 249 Rdn. 111; Jarass, EuR 1991, 211, 222; Fischer, Europarecht, 3. Aufl., 2001 S. 145 Rdn. 61). Die für die unmittelbare Wirkung von Richtlinien geltenden Grundsätze gelten nicht für die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts. Daher kann diese Auslegung auch zu Lasten des einzelnen wie auch in der Rechtsbeziehung zwischen privaten Rechtssubjekten erfolgen (Jarass, EuR 1991, 211, 222; Classen, EuZW 1993, 83, 86; Fischer, Europarecht, 3. Aufl., 2001 S. 145 Rdn. 61). Der BGH hat eine richtlinienkonforme Auslegung zu Lasten von Privaten sogar bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist praktiziert (BGHZ 138, 55).

- b) Zum anderen sind über die richtlinienkonforme Auslegung hinausgehend die hinreichend bestimmten Normen der Fahrwegrichtlinie 2001/14/EG gegenüber der Widerspruchsführerin auch unmittelbar anwendbar. Denn entgegen der in der Widerspruchsbegründung geäußerten Auffassung kann die Widerspruchsführerin nicht als Person des Privatrechts eingestuft werden, zu deren Lasten eine unmittelbare Wirkung der Richtlinie vor ihrer Umsetzung in nationales Recht grundsätzlich nicht möglich ist. Nach den Grundsätzen des „Foster-Urteils“ des EuGH (EuGH, Rs. C-188/89, Slg. 1990 I-3313) kann ein Unternehmen unabhängig von seiner Rechtsform insbesondere dann unmittelbar aus einer noch nicht um-

gesetzten Richtlinie verpflichtet werden, wenn es eine Dienstleistung von öffentlichem Interesse unter staatlicher Kontrolle bereitstellt und im Rahmen dieser Aufgabenerfüllung besondere Rechte wahrnimmt. Dies ist bei der Widerspruchsführerin der Fall. Die Widerspruchsführerin, die den weit überwiegenden Anteil des Schienennetzes der Bundesrepublik Deutschland betreibt, ist zwar organisatorisch privatisiert. Sie gehört jedoch zum Konzern der Deutschen Bahn AG Holding, welche ihrerseits eine 100%ige Eigengesellschaft des Bundes ist. Durch die privatrechtliche Organisationsform kann sich die Widerspruchsführerin aber nicht ihren europarechtlichen Pflichten entziehen

Öffentliches Interesse an dieser Dienstleistung und staatliche Kontrolle werden zudem von Art. 87e Abs. 3, 4 GG unterstrichen. Danach verbleibt die Mehrheit der Anteile an der Widerspruchsführerin auch in Zukunft zwingend beim Bund, der bei dem Ausbau und Erhalt des Schienennetzes dem Wohl der Allgemeinheit besonders Rechnung tragen muss. Diese verfassungsrechtlich verankerte Einwirkungspflicht des Bundes auf den Monopolisten im Bereich der Schieneninfrastruktur begründet die geforderte Nähe der Widerspruchsführerin zum Staat, um an die Bestimmungen der Fahrwegrichtlinie 2001/14/EG gebunden zu sein.

Darüber hinaus stellt auch die Fahrwegrichtlinie selbst klar, dass Infrastrukturbetreibern eine Schlüsselrolle bei der Umsetzung und dem Prozess einer weiteren Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs zukommt. Infrastrukturbetreibern obliegt nach dem Wortlaut der Richtlinie bei ihrer Entgeltgestaltung die Verantwortung für eine diskriminierungsfreie Nutzung der Infrastruktur, wobei das tatsächlich erhobene Entgelt den Schienennetz-Nutzungsbedingungen entsprechen muss (Art. 4 Abs. 5 RL); sie weisen Fahrwegkapazität zu (Art. 13 Abs. 1 RL) und haben in diesem Zusammenhang die gerechte und nichtdiskriminierende Zuweisung der Fahrwegkapazität unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts (Art. 14 Abs. 1 RL) zu gewährleisten. Besondere Verpflichtungen bestehen auch im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit mit anderen Infrastrukturbetreibern (Art. 15 RL). Aus diesen Vorschriften ergibt sich, dass nicht nur dem EBA als sektorenspezifischer Regulierungsbehörde,

sondern auch den Infrastrukturbetreibern selbst regulative Aufgaben und Kompetenzen zukommen.

Für die Widerspruchsführerin ergeben sich besondere Rechte im Zusammen mit der Wahrnehmung einer Dienstleistung von öffentlichem Interesse dabei insbesondere aus der Tatsache, dass die an sich staatliche Befugnis zur Festlegung von Entgeltregeln gemäß Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG an die Widerspruchsführerin delegiert worden ist.

5. Die Erhebung des 10%-igen Zuschlages bei Anmeldung sog. „Sondertrassen“ durch Ziff. 5.6 des seit dem 12.12.2004 von der Widerspruchsführerin angewandten TPS verstößt gegen die Entgelterhebungsvorgaben der §§ 5 Abs. 3, 6 Abs. 1 und 2 und 7 Abs. 1 und 3 EIBV sowie Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Anhang II Ziff. 1a) der RL 2001/14/EG.

Die gesetzliche Systematik der Entgeltvorschriften stellt sich wie folgt dar:

Grundsätzlich ist nach § 14 Abs. 4 AEG das Entgelt für die Nutzung der Schienenwege frei zu vereinbaren. Nach § 26 Abs. 1 Nr. 7 AEG kann der zuständige Verordnungsgeber diesen Grundsatz dadurch einschränken, dass er rechtlich bindende Grundsätze zur Erhebung dieses Entgelts einschließlich Vorgaben über die Bemessungsgrundlagen und das Verfahren für die Entrichtung des Entgeltes im Verordnungswege einführt. Diese Ermächtigungsgrundlage wird durch die §§ 5-7 EIBV ausgefüllt. § 5 Abs. 1 EIBV wiederholt den Grundsatz der freien Entgeltvereinbarung, stellt ihn aber unter den Vorbehalt anderweitiger Regelung der EIBV.

§ 6 Abs. 1 EIBV bestimmt, dass die Entgelte für Zugtrassen aus

- (1) Entgelten für bestimmte Verkehrsleistungen sowie
- (2) Zu- und Abschlägen

bestehen.

Nach § 6 Abs. 4 EIBV sind die

- (1) Entgelte für Zugtrassen,

- (2) für sonstige Anlagen und Einrichtungen (i.S.d. § 2 Abs. 2 EIBV)
- (3) so wie für besondere Leistungen

gesondert zu berechnen.

Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV dürfen erhöhte Kosten für eine Verkehrsleistung nur bei dieser berücksichtigt werden.

Nach § 7 EIBV sind Entgeltnachlässe nur nach Maßgabe der Abs. 2 bis 4 des § 7 EIBV zulässig.

Mit der Ziffer 5.6 ihres Trassenpreissystems verlangt die Widerspruchsführerin ein zusätzliches Entgelt für Trassen im sogenannten Sonderverkehr. „Sonderverkehr“ sind ihrer Definition nach alle Trassen, die „nicht für den Jahresfahrplan angemeldet wurden“ (vgl. Ziff. 5.6 TPS). Damit hängt der 10%- Aufschlag davon ab, ob die betreffende Trasse nach Ablauf der Frist des § 4 Abs. 2 Satz 1 EIBV angemeldet wird.

Ein Aufschlag für Trassenanmeldungen, die nach der Frist des § 4 Abs. 2 Satz 1 EIBV eingehen, ist nach der soeben dargestellten Systematik nur zulässig, wenn es sich bei diesen später angemeldeten Trassen um

- (1) andere Verkehrsleistungen (i.S.d. § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV) handelt als die Trassen, die rechtzeitig zum Jahresfahrplan angemeldet worden sind, oder
- (2) um zuschlagsfähige Positionen (§ 6 Abs. 2 EIBV) oder
- (3) besondere Leistungen (§ 6 Abs. 4 EIBV) handelt.

Da nach Punkt 5.6. des TPS 2005 der sog. „Sonderzugzuschlag“ dann wieder entfallen soll, wenn dieselbe sog. „Sondertrasse“ durch eine Anmeldung 31 Mal oder häufiger innerhalb einer Fahrplanperiode genutzt wird, müsste es sich bei diesem „Mengenrabatt“ um einen nach § 7 Abs. 2 Ziff.1 EIBV zulässigen Entgeltnachlass handeln. (4)

a) Keine Zuschlagsfähigkeit nach § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV

§ 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV schreibt vor, dass spezifische Kosten einer Verkehrsleistung nur bei dieser berücksichtigt werden dürfen. § 2 Abs. 2 Satz 1 AEG definiert unter der Überschrift „Begriffsbestimmungen“ den Begriff der „Eisenbahnverkehrsleistung“ als die Beförderung von Personen oder Gütern auf einer Eisenbahninfrastruktur. Dazu zählen etwa auch die Güterverkehrsleistungen im internationalen Güterverkehr (i.S.d. § 14 Abs. 3 Nr. 2 AEG, der die Richtlinie 91/440/EWG umsetzt). Die Bearbeitung von Trassen, die nach der Frist des § 4 Abs. 2 Satz 1 EIBV eingehen, fällt jedoch nicht darunter, da es sich um keine Beförderungsleistung handelt.

Zu einer von dieser (gesetzlich bindenden) Legaldefinition abweichenden Auslegung des Begriffs der „Verkehrsleistung“ in § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV ließe sich nur gelangen, wenn man die Ansicht vertritt, der Gesetzgeber habe durch die Weglassung des vorangestellten „Eisenbahn-“ in § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV dem dort aufgeführten Begriff einen anderen Inhalt geben wollen.

Das ist aber nicht der Fall.

Nach dem Wortsinn werden von „Verkehrsleistungen“ die Beförderungsdienste erfasst, welche die Schienennetznutzer (also die Eisenbahnverkehrsunternehmen) ihren Endkunden gegenüber erbringen. Denn Verkehrsleistungen erbringen bedeutet, Leistungen für Dritte im Eisenbahnverkehr zu erbringen. Der Infrastrukturbetreiber selbst erbringt keine Verkehrsleistungen, er stellt seine Fahrwege lediglich für das Erbringen von Verkehrsleistungen durch andere – nämlich EVU – zur Verfügung. So ist unmissverständlich § 2 Abs. 2 Satz 1 AEG zu verstehen („Beförderung von Personen oder Gütern“), so ist aber auch § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV zu verstehen. Es ist vom Wortsinn des § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV nicht mehr gedeckt, die Bearbeitung von Trassenanmeldungen als die Erbringung von Verkehrsleistungen anzusehen. Die Bearbeitung von Trassenanmeldungen ließ sich allenfalls als Verwaltungsleistung des Infrastrukturbetreibers bezeichnen.

Für diese Auslegung spricht auch das historisch-systematische Argument. Die EIBV dient (auch) der Umsetzung der Richtlinie 95/19/EG des Rates vom 19. Juni 1995 über

die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Berechnung von Wegeentgelten (Abl. (EG) Nr. L 143 vom 27. Juni 1995, S. 75 ff.). In Artikel 5 der Richtlinie 95/19/EG heißt es:

„Die Mitgliedstaaten können Eisenbahnunternehmen, die bestimmte Arten von Verkehrsdiensten oder diese in bestimmten Gebieten betreiben, bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität auf der Grundlage der Nichtdiskriminierung besondere Rechte gewähren

Hier wird der Begriff „Verkehrsdienst“ als die von den Verkehrsunternehmen erbrachten Leistungen aufgefasst und nicht als (Verwaltungs-) Leistung des Infrastrukturbetreibers. Anknüpfend daran heißt es in Artikel 7 der Richtlinie 95/19/EG:

„Die vom Fahrwegbetreiber erhobenen Entgelte werden insbesondere je nach Art des Verkehrsdienstes festgesetzt.“

Diese Terminologie hat der Gesetzgeber übernommen, wie auch die historische Auslegung bestätigt. In der Begründung zur EIBV in der Bundestagsdrucksache 804/97, S. 23 heißt es zu § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV, wo der Begriff der „Verkehrsleistung“ ebenfalls verwendet wird:

„Satz 2 ermächtigt die Beteiligten, die nach Satz 1 zulässigen Regelungen für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen auf bestimmte Verkehrsleistungen (Schienenpersonennahverkehr, Schienenpersonenfernverkehr und Güterverkehr) zu beschränken.“

Dieser historische Wille des Gesetzgebers ist auch nicht unverbindlich für die Rechtsauslegung, sondern über die Legaldefinition des § 2 Abs. 2 Satz 1 AEG für den Rechtsanwender verbindlich festgeschrieben.

Die systematische Auslegung bestätigt dieses Ergebnis: Könnte der Infrastrukturbetreiber jeden Verwaltungsaufwand als „Entgelt für eine bestimmte Verkehrsleistung“ gesondert berechnen, würde sich das „Entgelt für Zugtrassen“ aus einer Vielzahl derartiger einzelner Entgeltkomponenten zuzüglich der Zu- und Abschläge so wie der Entgelte für besondere Leistungen zusammensetzen. Damit wäre die gesamte Systematik der Entgeltstruktur, wie sie das Gesetz vorgibt, ausgehebelt, da der Fahrwegbetreiber im Prinzip frei über die Zufügung weiterer Kostenfaktoren bestimmen könnte und die ge-

setzunglich vorgesehenen „Zu- und Abschläge“ so wie die „besonderen Leistungen“ als jeweils rechtfertigungsbedürftige Ausnahmen von dem einheitlichen Entgelt leerliefen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten: § 5 Abs. 3 EIBV insgesamt dient der Zuweisung von höheren Kosten, soweit es um die bestimmungsgemäße Nutzung der Infrastruktur (nicht aber der Verwaltung) geht. § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV begrenzt diese Berücksichtigung höherer Kosten bei der Inanspruchnahme der Fahrwege auf die jeweiligen Verkehrsleistungen Güter- und Personenverkehr. Binnendifferenzierungen nach dem Konstruktions- bzw. Verwaltungsaufwand der Widerspruchsführerin sind nicht zulässig.

b) Keine Zuschlagsfähigkeit nach § 6 Abs. 2 und Abs. 4 EIBV und der Richtlinie 2001/14/EG

Innerhalb der jeweiligen Verkehrsleistungen können Zuschläge für bestimmte, nicht bereits vom „Entgelt für die Verkehrsleistung“ abgedeckte Kosten erhoben werden, vgl. § 6 Abs. 1 EIBV. § 6 Abs. 1 EIBV selbst stellt keine näheren Anforderungen daran, welche Kosten bei der Bemessung von Zuschlägen berücksichtigungsfähig sind.

Diese werden durch § 6 Abs. 2 EIBV näher konkretisiert und eingegrenzt. Diese Vorschrift listet bei der Bemessung von Zu- und Abschlägen berücksichtigungsfähige Umstände auf. Zwar ist diese Aufzählung ausweislich des Wortlauts („insbesondere“) nicht abschließend. Sie konkretisiert aber den möglichen Inhalt von Zu- und Abschlägen insoweit, als zu- und abschlagsfähig nur solche Elemente sind, die von ihrer Art her den beispielhaft genannten Kostenelementen entsprechen. Diese Gesetzestechnik entspricht den Regelbeispielen, bei denen auch ungenannte Sachverhalte unter die Generalklausel fallen können, wenn sie den genannten Sachverhalten vergleichbar sind und bei denen genannte Sachverhalte nicht unter die Generalklausel fallen, wenn sie sich im Einzelfall als atypisch erweisen. Würde man hingegen jeden beliebigen Kostenfaktor für zuschlagsfähig im Rahmen des § 6 Abs. 1, Abs. 2 EIBV halten, wäre die Aufzählung in Abs. 2 vollkommen überflüssig, es hätte dann bei der Nennung in Abs. 1 sein Bewenden haben können. Zudem würde die gesamte Struktur der Entgeltsystematik in den §§ 5-7 EIBV hinfällig. Auch würde jede Rechtssicherheit im Umgang mit den Entgeltregeln der EIBV preisgegeben. Der Argumentation der Widerspruchsführerin, § 6 Abs. 2 EIBV indiziere für den Infrastrukturbetreiber ein unbegrenztes Ermessen bei seiner Preisgestaltung, kann nicht gefolgt werden.

Der von der Widerspruchsführerin erhobene Zuschlag von 10% auf das Entgelt für alle Trassenanmeldungen, die nach der Frist des § 4 Abs. 2 Satz 1 EIBV angemeldet werden, kann also nur dann als Zuschlag i.S.d. § 6 Abs. 1 EIBV Bestand haben, wenn er seiner Art nach mit den in § 6 Abs. 2 EIBV genannten zuschlagsfähigen Umständen übereinstimmt.

Gemeinsam ist den in § 6 Abs. 2 EIBV genannten Regelbeispielen, dass sie diejenigen Mehr- oder Minderkosten berücksichtigen, die durch besondere Anforderungen bei der Benutzung der Infrastruktur entstehen. Manche Streckentypen (Nr. 1) etwa, die ein Netznutzer in Anspruch zu nehmen gedenkt, mögen qualitativ besser sein als andere, in manchen Zeitlagen (Nr. 2) mag die Auslastung der Infrastruktur höherer oder geringer sein als in anderen, bestimmte Züge mögen eine besondere Pünktlichkeit erfordern (Nr. 3), was infrastrukturell zu berücksichtigen ist, andere Züge wiederum sind auf bestimmte Verkehrshalte oder Überholungen angewiesen (Nr. 4), wieder andere verschleißten stärker oder weniger die Infrastruktur (Nr. 5), manche Strecken sind mehr, andere weniger ausgelastet (Nr. 6) und manche Fahrzeuge emittieren mehr als andere (Nr. 7), was den Infrastrukturbetreiber zu bestimmten Schutzmaßnahmen (z.B. Schallschutz) veranlassen kann. All diesen Faktoren ist gemeinsam, dass sie bestimmte Auswirkungen des Zugbetriebs auf die Infrastruktur erfassen. Keiner der genannten Tatbestände wirkt sich allein in einem höheren Verwaltungsaufwand des Infrastrukturbetreibers aus. Ebenso wie § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV dient § 6 Abs. 2 EIBV somit der Zuweisung von Kosten, soweit eine besondere Beanspruchung der Infrastruktur der Widerspruchsführerin betroffen ist.

Dieses Ergebnis wird zudem gestützt durch die rechtssystematisch-historische Auslegung.

Ausweislich der Gesetzesbegründung (vgl. Bundesrats-Drucksache 804/97, S. 24) orientiert sich § 6 Abs. 2 EIBV an Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 91/440/EWG. Nach Art. 8 Abs. 2 der RL 91/440/EWG kann das Entgelt insbesondere die geleisteten Zugkilometer, die Zusammensetzung des Zuges sowie besondere Anforderungen, die auf Faktoren wie Geschwindigkeit, Achslast und Umfang oder Dauer der Benutzung der Infrastruktur zurückzuführen sind, berücksichtigen. Auch hier sollen also allein die spezifischen Kosten berücksichtigt werden, die aus einer mehr oder weniger belastenden Inanspruchnahme und bestimmungsgemäßen Nutzung der Infrastruktur (*Kosten der Leistungsbereitstellung*) resultieren. Erhöhter Verwaltungsaufwand des Infrastrukturbetreibers (*Kosten der Leistungserstellung*) gehört nicht dazu.

Bei der Auslegung der Systematik der Regelbeispiele Abs. 2 EIBV darf auch die Fahrwegrichtlinie 2001/14/EG nicht außer Acht gelassen werden. (Zur Zulässigkeit der richtlinienkonformen Auslegung des geltenden § 6 Abs. 2 EIBV vgl. oben II 4.a).

Die Fahrwegrichtlinie 2001/14/EG stellt ausdrücklich klar, dass für das sog. Mindestzugangspaket ein einheitliches Entgelt „in Höhe der Kosten festzulegen ist, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen“. Nach Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Anhang II Ziff. 1a) umfasst das Mindestzugangspaket das Kerngeschäft des Infrastrukturbetreibers, nämlich die „Bearbeitung von Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität“. Zu solchen Anträgen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität gehören auch solche, die nicht zum Jahresnetzfahrplan angemeldet wurden und die von der Widerspruchsführerin jetzt mit einem 10%-igen Zuschlag belegt werden.

Mit der Regelungen des Art. 7 Abs. 3 und Art. 8 der RL 2001/14/EG hat sich der europäische Gesetzgeber für das Grenzkostenprinzip oder Vollkostenprinzip entschieden. Nach Art. 7 Abs. 3 der RL dürfen nur diejenigen Kosten, die unmittelbare Folge des Zugbetriebs sind, bei der Preisgestaltung für das Mindestzugangspaket berücksichtigt werden. Daraus folgt, dass die Zuschlagserhebung der Widerspruchsführerin für sog. „Sonderzuganmeldungen“ nach Grenzkostenprinzip unzulässig ist, da die Kosten für die Trassenkonstruktion und die Vorhaltung von Personal – die nach der Auffassung der Widerspruchsführerin den Zuschlag rechtfertigen sollen – gerade keine Grenzkosten, sondern Gemeinkosten darstellen, die der Widerspruchsführerin ohnehin entstehen.

Variable (Grenz-) Kosten sind in ihrer Höhe von der Menge der produzierten Ware oder Dienstleistung abhängig, während Gemeinkosten diese Abhängigkeit nicht aufweisen. Personalkosten sind typischerweise Gemeinkosten, weil Personalkosten - auf der Grundlage von Arbeitsverträgen - unabhängig davon entstehen, in welchem Umfang das vorhandene Personal ausgelastet wird. Für den Gemeinkostencharakter von Personalaufwand kommt es insbesondere nicht darauf an, ob bei geringerem Arbeitsanfall langfristig weniger Personal notwendig wäre. Entscheidend ist allein, ob der Kostenaufwand unmittelbar und ohne zeitliche Verzögerung vom Umfang der Inanspruchnahme abhängt.

Hier ist der jeweilige Aufwand jedoch unabhängig von der Anzahl der bestellten Trassen, weil die Kosten für Personal, für die notwendigen Arbeitsmittel, die Büroräume etc. ohnehin entstehen. Dieser Aufwand ist keiner einzelnen Leistung zuzuordnen. Deshalb darf er nur mit dem Grundpreis vergütet werden.

Zu- und Abschläge auf die nach Art. 7 Abs. 3 der RL erhobenen Grenzkosten können allein nach den Bestimmungen des Art. 7 Abs. 4 der RL und Abs. 5 der RL sowie des Art. 8 der RL erfolgen, vgl. Art. 7 Abs. 3 der RL. Zwar gestattet Art. 8 Abs. 1 der RL – dem Vollkostenprinzip entsprechend – „Aufschläge zur Deckung der vollen, dem Betreiber der Infrastruktur entstehenden Kosten“, zu erheben. Doch bestimmt Art. 8 Abs. 3 Satz 1, dass für vergleichbare Verkehrsdienste in ein und demselben Marktsegment dieselben Entgelte erhoben werden müssen. Der Begriff der Verkehrsdienste ist in Übereinstimmung mit Artikel 5 der Richtlinie 95/19/EG als die von den Eisenbahnverkehrsunternehmen erbrachten Beförderungsdienste aufzufassen (siehe dazu auch Ausführungen oben). Eine Differenzierung der Entgelte ist daher nur zwischen den jeweiligen Verkehrsarten des Schienenpersonennahverkehrs, des Schienenpersonenfernverkehrs und des Güterverkehrs gestattet, d.h. es dürfen nicht unterschiedliche Entgelte in Abhängigkeit von der Anmeldefrist und dem Bearbeitungsaufwand erhoben werden, die in jeder Verkehrsart anfallen.

Es bleibt daher festzuhalten, dass der von der Widerspruchsführerin eingeführte 10%ige Zuschlag auf alle nach dem Zeitpunkt des § 4 Abs. 2 Satz 1 EIBV angemeldeten Trassen weder nach § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV noch nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 EIBV zulässig ist. Eine gesonderte Bepreisung der später eingegangenen Trassenanmeldungen ließe sich daher allenfalls in einer eher fernliegenden Auslegung als „besondere Leistung“ (§ 6 Abs. 4 EIBV) begründen. Die Bearbeitung von Anmeldungen von Zugtrassen ist aber keine „besondere Leistung“, sondern das Grundprodukt der Widerspruchsführerin, dessen Bepreisung rechtlich abschließend von §§ 5 Abs. 3, 6 Abs. 1 und Abs. 2 EIBV erfasst wird.

c) Kein zulässiger streckenbezogener Entgeltnachlass nach § 7 Abs. 3 EIBV

Der Zuschlag für „Sondertrassen“ impliziert einen streckenbezogenen Entgeltnachlass für die Anmeldung von Regeltrassen. Der Zuschlag wird nach Punkt 5.6. des TPS 2005 von der Widerspruchsführerin nämlich dann nicht mehr erhoben, wenn dieselbe sog. „Sondertrasse“ mit einer Anmeldung 31 Mal oder häufiger im Jahresfahrplan angemeldet wird. Nach der eigenen Definition der Widerspruchsführerin behandelt sie eine Zugtrasse ab der 31. Bestellung als Regeltrasse (Konzernrichtlinie 402.0101 Anhang 99, Seiten 2 und 3 des Schreibens der Widerspruchsführerin vom 26.11.2004).

Bei dem in Ziff. 5.6 des TPS 2005 vorgesehenen Zuschlag für "Sondertrassen" handelt es sich um einen Zuschlag für "kleine" Trassenbestellungen bzw. -spiegelbildlich - um einen Abschlag für „große" Trassenbestellungen. Denn der geringere Normalpreis für die Buchung einer „Regeltrasse" wird erst dann berechnet, wenn eine Trasse mit einer Anmeldung mehr als dreißigmal bestellt wird. Somit wirkt sich der Sondertrassenzuschlag wie ein Mengenrabatt aus: Wer mehr bestellt, zahlt weniger. Der Zuschlag für "Sondertrassen" ist folglich Teil eines Preissystems, das einen Mengenrabatt vorsieht.

Gemäß § 8 EIBV sind die Entgelte gegenüber allen Eisenbahnverkehrsunternehmen in gleicher Weise zu berechnen, soweit sich aus § 4 Abs. 5 EIBV und § 7 EIBV nichts anderes ergibt. Da die Voraussetzungen für eine mengenbezogene Preisgestaltung nach § 7 EIBV im Falle des Sondertrassenzuschlags nicht vorliegen (siehe nachfolgend), müssen allen Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Verkehrsleistungen derselbe Preis berechnet werden.

Der durch die Regelung des Punktes 5.6. des TPS 2005 implizierte streckenbezogene Entgeltnachlass für die Anmeldung von Regeltrassen ist nach § 7 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 1, Abs. 3 EIBV unzulässig.

Der „Sondertrassenzuschlag“ ist unzulässig, da er die in § 7 Abs. 3 EIBV normierten Anforderungen an streckenbezogene Mengenrabatte nicht erfüllt. Danach sind streckenbezogenen Mengennachlässe

„nur dann zulässig, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Einzelfall nachweisen kann, dass durch die Vergabe einer bestimmten Anzahl von Zugtrassen an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen geringere Kosten entstehen als durch die Einzelvergabe an mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen. [...] Der streckenbezogene Mengennachlass darf die nachgewiesene Kostenminderung nicht überschreiten. Der Nachweis ist durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu führen.“

Der Gesetzgeber hat somit wegen des erheblichen Diskriminierungspotentials, das Mengenrabatte zugunsten etablierter Eisenbahnverkehrsunternehmen bieten, strenge Anforderungen an die Zulässigkeit von Mengenrabatten normiert. Diesen strengen Anforderungen wird die Widerspruchsführerin nicht gerecht. So fehlt für die Entgeltbestimmung bereits das zwingend erforderliche Testat eines Wirtschaftsprüfers (§ 7 Abs. 3 Satz 4 EIBV).

Aus § 8 EIBV ist entgegen der Ansicht der Widerspruchsführerin auch nicht der Schluss zu ziehen, dass Mengenrabatte den strengen Anforderungen des § 7 Abs. 3 EIBV dann nicht genügen müssen, wenn sie in dem für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gleichermaßen

gültigen Entgeltverzeichnis vorgesehen sind. Der gesetzgeberischen Intention, eine unangemessene Benachteiligung kleinerer Eisenbahnverkehrsunternehmen durch eine strikte Reglementierung von Mengennachlässen zu verhindern, kann nur entsprochen werden, wenn Mengenrabatte die Kostenminderung nicht überschreiten und dies gemäß § 7 Abs. 3 Satz 4 EIBV von einem Wirtschaftsprüfer testiert wurde.

Der im TPS 2005 vorgesehene Stufen-lineare Tarif kann durch etwaige Verwaltungskosten auch gar nicht begründet werden: Durch den vorgesehenen Zuschlagsfaktor ist es gerade nicht möglich, einer Trassenbestellung die vermeintlichen Verwaltungskosten sachgerecht zuzuordnen. Nach dem TPS 2005 steigen für Bestellungen von einer bis dreißig sog. „Sondertrassen die Beiträge des bestellenden Unternehmens absolut betrachtet sogar an. Das führt zu dem - mit der vorgetragenen ökonomischen Überlegung der Widerspruchsführerin unvereinbaren - Ergebnis, dass ein EVU für dreißig Konstruktionen einer Trasse nicht mehr bezahlt als für eine einzige Konstruktion für dreißig Nutzungen derselben Trasse: so zahlt ein Besteller einer einzelnen Verkehrsleistung nach dem TPS 2005 – absolut betrachtet – dreißig mal weniger als ein Besteller, der dieselbe Trasse dreißigmal nutzt. Sind dagegen 31 Nutzungen vorgesehen, werden überhaupt keine Kosten für den angeblichen Verwaltungsaufwand der Widerspruchsführerin erhoben.

Die Auffassung der Widerspruchsführerin, eine Preisdifferenzierung sei dann sachlich geboten, wenn dadurch die einzelnen Nachfrager – in Relation zur nachgefragten Menge – unterschiedlich an den Gemeinkosten beteiligt werden, ist abzulehnen.

Dass ein solcher zweistufiger Tarif eine unbillige Behinderung von EVU darstellt, wurde bereits obergerichtlich entschieden. So hielt das OLG Düsseldorf das TPS 98 für rechtswidrig, weil es mit dem „InfraCard“-Tarif ebenfalls einen zweistufigen Tarif enthielt (OLG Düsseldorf, WuW 2003, 1310 ff.). Dabei hat das Gericht im Wesentlichen mit der Regelung des § 7 Abs. 3 EIBV argumentiert. Auch der zweistufige InfraCard-Tarif erfüllte nicht die Anforderungen, die § 7 Abs. 3 EIBV für einen streckenbezogenen Mengennachlass im Rahmen der Entgeltgestaltung durch den Infrastrukturbetreiber aufstellt. Dementsprechend behinderte die Widerspruchsführerin mit dieser zweistufigen Preisdifferenzierung andere EVU im Wettbewerb und verstieß somit gegen § 20 Abs. 1 GWB.

Die Preisdiskriminierung der Widerspruchsführerin im vorliegenden Fall erfolgt nicht gegenüber dem Endkunden, sondern gegenüber Eisenbahnverkehrsunternehmen, die auf dem nachgelagerten Verkehrsmarkt - im Wettbewerb zu den Konzernschwesteresellschaften der Widerspruchsführerin - Verkehrsleistungen gegenüber Endkunden erbringen. Ein monopolistischer Anbieter kann durch eine differenzierende Preisgestaltung "den Wettbewerb seiner Kunden in seinem Interesse ein Stück weit steuern." Während eine mengenbezogene Preisgestaltung eines Monopolisten unter bestimmten Voraussetzungen gesamtwirtschaftliche Vorteile haben kann, ist dies dann nicht der Fall, wenn das Monopolunternehmen - wie hier - vertikal integriert ist und selbst auf dem nachgelagerten Markt agiert. (Schulz, Wettbewerbspolitik, 1. Aufl. 2003, S. 191 sowie Katz, American Economic Review (77) 1987, S. 154ff.)

Aus der Sicht des EBA sind für die Widerspruchsführerin die Anreize, den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt zu steuern, erheblich. Die mit der Widerspruchsführerin unter dem Konzerndach der DB AG Holding vertikal integrierten Unternehmen stehen mit Dritten EVU im Wettbewerb. Diese haben einen erheblichen Wettbewerbsvorteil, wenn sie für die Inanspruchnahme der Eisenbahninfrastruktur geringere Entgelte zahlen müssen. Auf diese Weise wird die vom Gesetzgeber intendierte Öffnung der Eisenbahnmärkte für mehr Wettbewerb erschwert. Die Weitergabe vermeintlicher Größenvorteile an die Konzerngesellschaften der Widerspruchsführerin kann eine derartige Praxis nicht rechtfertigen, da sie einer Marktöffnung entgegensteht. Nur dann, wenn Größenvorteile bei der Preisgestaltung nicht oder nur in zu vernachlässigendem Umfang berücksichtigt werden, wird einer Monopolisierung der Märkte entgegengewirkt.

6. Das von der Widerspruchsführerin angeführte „Verursachungsprinzip“ greift nicht für die Weitergabe von Verwaltungskosten an die bestellenden EVU, weder nach den Vorschriften der EIBV, noch nach den Vorschriften der §§ 19 und 20 GWB.

Soweit die Widerspruchsführerin in ihrer Widerspruchsbegründung ausführt, es sei geboten, spezifisch verursachte Kosten dem jeweiligen Verursacher und Nutznießer zuzuweisen, ist der Widerspruchsführerin insoweit Recht zu geben, als das Vorliegen von Kausalität eine notwendige Voraussetzung für die Einführung zusätzlicher Kostenelemente ist. Kausalität alleine ist aber noch keine hinreichende Voraussetzung für die Zuschreibung von Kosten an die EVU.

- a) Zusätzlich muss die gesonderte Bepreisung nach der Systematik der §§ 5-7 EIBV zulässig sein. Es ist dabei allerdings kein Zufall, sondern gewollter Regelungszweck, dass alle genannten Vorschriften eine verursacher- und nutzenspezifische Herauslösung von Entgeltbestandteilen an die EVU nur vorsehen, soweit es um eine mehr oder weniger starke Auslastung oder Beanspruchung der Infrastruktur - und nicht des Verwaltungsaufwandes – geht. Sowohl § 5 Abs. 3, § 6 Abs. 1 und Abs. 2 EIBV als auch Art. 7 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 1 und Abs. 3 der Fahrwegrichtlinie 2001/14/EG ist dieses Prinzip gemein (vgl. oben II, 5.). Hintergrund ist, dass der Infrastrukturbetreiber zu Effizienzmaßstäben verpflichtet werden soll.

Zwar gestatten sowohl die EIBV als auch die Fahrwegrichtlinie (in Art. 8 Abs. 1) die Überwälzung der vollen Kosten des Betriebs (Vollkostenansatz). Doch ist dem Infrastrukturbetreiber damit kein Freiraum eröffnet, die für Monopolbetriebe üblichen Ineffizienzen (sogenannte X-Ineffizienzen, vgl. dazu Motta, Competition Policy- Theory and Practice, 2004, p. 46 ff.) unbearbeitet zu lassen und auf die Netznutzer umzulegen. In den regulierten Schwestermärkten der Eisenbahn - der Telekommunikation und der Post - ist dem jeweiligen Infrastrukturbetreiber der Netzwirtschaften ein Effizienzmaßstab zur Kostenreduzierung gesetzlich vorgeschrieben (§ 32 ff. TKG und § 20 Abs. 1 PostG). Auch die Eisenbahnregulierung enthält derartige Ansätze, wenn auch die Regulierungstiefe geringer ist als in anderen regulierten Märkten. Art. 6 Abs. 2 der Fahrwegrichtlinie 2001/14/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Infrastrukturbetreibern Anreize zur Senkung der mit der Fahrbereitstellung verbundenen Kosten zu geben. Auch die Erhebung der Vollkosten ist nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 der Fahrwegrichtlinie nur auf der Grundlage effizienter Maßstäbe möglich. Und in Erwägungsgrund 40 der Fahrwegrichtlinie heißt es, der Fahrweg stelle ein natürliches Monopol dar: *„Es ist deshalb erforderlich, den Betreibern der Infrastruktur Anreize zur Kostensenkung und zur effizienten Verwaltung ihrer Fahrwege zu geben.“*

- b) Effizienzmaßstäbe finden sich auch im Kartellrecht, dessen materiell-rechtliche Vorgaben bei der nach den §§ 5 bis 7 EIBV für den Infrastrukturbetreiber möglichen Preisgestaltung für die Trassennutzung zu beachten sind.

Nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB ist es einem marktbeherrschenden Unternehmen verboten, Entgelte zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Und nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB hat ein

Infrastrukturbetreiber anderen EVU Zugang zu seinen Netzen gegen angemessenes Entgelt zu gewähren. In einem wettbewerbsintensiven Umfeld sind die Unternehmen zu einer rationellen Betriebsführung verpflichtet. Die effizienten Unternehmen verdrängen die ineffizienten Unternehmen. Der kartellrechtliche Entgeltmaßstab orientiert sich daher an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, nicht an den tatsächlichen Kosten (vgl. etwa Schwintowski, Betriebs-Berater 1996, 1673, 1678; Grosseckler, DBW 1991, 465 ff.). Da der kartellrechtliche Maßstab bei der Auslegung der Vorgaben der EIBV anzuwenden ist, ist der Effizienzmaßstab auch im Rahmen der Auslegung der eisenbahnrechtlichen Maßstäbe heranzuziehen (h.M., vgl. Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, 290 ff., 295 m.w.N.; Gersdorf, ZHR 2004, S. 576 ff. m.w.N.).

Würde es der Bescheidsadressatin gestattet sein, jeden beliebigen Verwaltungsmehraufwand gesondert zu bepreisen, hätte sie keinerlei Effizianzreiz mehr.

Vielmehr könnte sie permanent alle neu entstehenden Ineffizienzen auf die Netznutzer umlegen, die mangels Ausweichmöglichkeiten diese Preise (Zuschläge) zu zahlen hätten. Ein solches System würde Ineffizienzen fördern und über höhere Transportpreise letztlich die Verbraucher und den Verkehrsträger Schiene belasten. Das Argument der Widerspruchsführerin, der höhere Verwaltungsaufwand sei verursacherbezogen weiterzureichen, kann daher keinen Bestand haben.

Auch eine Realisation der Überlegung, alternativ die Gesamtpreise zur Ausgleichung höherer Verwaltungsaufwände zu erheben, wäre rechtlich nicht zulässig. Vielmehr sind Kostentreiber im Verantwortungsbereich der Widerspruchsführerin zu identifizieren und abzubauen.

Zu 2.:

In entsprechender Anwendung der § 3 Abs. 4 BEVVG i.V.m. §§ 3, 4 BEGebV erhebt das EBA für den Erlass eines Widerspruchsbescheides nach §§ 14 Abs.3a, 5a Abs. 2 AEG keine Gebühr.

Insofern ist vom EBA auch keine Kostenentscheidung nach § 73 Abs. 3 Satz 3 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1 Satz 3 VwVfG zu treffen.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid des Eisenbahn-Bundesamtes können Sie innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage beim Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erheben.

Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Streitgegenstand bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden. Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



S. Niewalda

Anhang : Darstellung der SNB der Widerspruchsführerin im Internet.