

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Eisenbahnrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquelle/n:

AEG § 1 Abs. 1 Satz 1; § 14 Abs. 1 Satz 1; § 14 Abs. 2 Nr. 2;  
§ 14 Abs. 4; § 14 Abs. 6; § 14e Abs. 1 Nr. 4; § 26 Abs. 1 Satz 1  
Nr. 6

EIBV § 6 Abs. 1; § 11 Abs. 1

VwGO § 114 Satz 2; § 137 Abs. 2

Stichworte:

Eisenbahninfrastrukturunternehmen; Betreiber der Schienenwege; Schienennetz-Benutzungsbedingungen; Widerspruch der Bundesnetzagentur; Ermessen; Austausch der Rechtsgrundlage; Nachschieben von Ermessenserwägungen; Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung; Verwerfungskompetenz der Behörde; gesetzeskonforme Auslegung; Zuweisung einer Trasse; Zuweisungsverfahren; Koordinierungsverfahren; Netzfahrplanerstellung; Zugang zur Eisenbahninfrastruktur; Nutzung der Eisenbahninfrastruktur; Nutzungsvertrag; Vertragspartner; Vertragsabschlussrecht; Zugangsberechtigte; Verlader; Diskriminierungsverbot; Gleichheitssatz; Gleichbehandlung; faktische Ungleichbehandlung; Bildung von Vergleichsgruppen; im Wettbewerb stehende Unternehmen; unangemessene Nutzungsbedingungen; Entgeltgrundsätze.

Leitsatz:

Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG steht Schienennetz-Benutzungsbedingungen entgegen, welche miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur gleichheitswidrig behandeln, gebietet aber nicht allgemein, angemessene Schienennetz-Benutzungsbedingungen aufzustellen.

Urteil des 6. Senats vom 11. November 2015 - BVerwG 6 C 58.14

I. VG Köln vom 19. Juli 2013  
Az: VG 18 K 4277/12

II. OVG Münster vom 16. September 2014  
Az: OVG 13 A 1847/13





# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 6 C 58.14  
OVG 13 A 1847/13

Verkündet  
am 11. November 2015

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 2015  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, Dr. Möller, Hahn und  
Dr. Tegethoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 16. September 2014 geändert.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 19. Juli 2013 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Unter Einbeziehung des rechtskräftig gewordenen Teils der Kostenentscheidung des Oberverwaltungsgerichts tragen die Klägerin drei Fünftel und die Beklagte zwei Fünftel der Kosten des Verfahrens erster Instanz und des Berufungsverfahrens. Die Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin und die Beklagte je zur Hälfte.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin, die DB Netz AG, wendet sich gegen einen Bescheid, durch welchen die Bundesnetzagentur der beabsichtigten Änderung von zwei Schienennetz-Benutzungsbedingungen widersprochen hat.
- 2 Die Klägerin ist ein öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das bundesweit Schienenwege betreibt. Sie unterrichtete die Bundesnetzagentur über beabsichtigte Änderungen ihrer Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2013).

- 3 Nach einer der geänderten Benutzungsbedingungen (Klausel 2.2.1 c SNB 2013 in Verbindung mit Klausel 2.2 der Anlage 1.6 zu den SNB 2013 - Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Nutzung der Schieneninfrastruktur - AGB-IN 2013) kann ein Unternehmen, welches Güter durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen befördern lassen will (sogenannter Verlader), nicht mehr selbst einen eigenen Vertrag mit der Klägerin über die Nutzung ihres Schienennetzes schließen. Die Klägerin richtet ihr Angebot an das einbezogene Eisenbahnverkehrsunternehmen; der Einzelnutzungsvertrag kommt durch Annahme dieses Angebots durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen zustande.
- 4 Eine weitere geänderte Benutzungsbedingung (Klausel 6.2.5.14 SNB 2013) regelt die Erhebung des Entgelts bei Verspätungen von 20 Stunden oder mehr. Im Falle einer solchen Verspätung verliert eine zugewiesene Trasse ihre Gültigkeit (Klausel 3.5.4.1.1 der AGB-IN 2013); die Klägerin weist unverzüglich eine neue Trasse zu (Klausel 3.5.4.1.3 der AGB-IN 2013). Sie rechnet das vereinbarte Entgelt für die ursprünglich zugewiesene Trasse stets ab (Klausel 6.2.5.14 Abs. 1 SNB 2013). Zusätzlich ist das Entgelt für die neu zugewiesene Trasse zu zahlen, es sei denn, die Klägerin hat die Verspätung verschuldet.
- 5 Die Bundesnetzagentur widersprach durch den angegriffenen Bescheid diesen Benutzungsbedingungen: Dem Verlader sei gesetzlich ein Zugangsrecht eingeräumt, das er nur ausüben könne, wenn er mit der Klägerin einen Einzelnutzungsvertrag abschließen dürfe. Die Regelung des Entgelts in Fällen der Verspätung verstoße gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot. Sie behandle vergleichbare Sachverhalte - planmäßig durchgeführte Trassen sowie Trassen, die mit einer Verspätung von über 20 Stunden übergeben würden - ohne rechtfertigenden Grund unterschiedlich. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass bei solchen Verspätungen ein Mehraufwand entstünde, der eine zweifache Abrechnung rechtfertige.
- 6 Auf die Klage der Klägerin hat das Verwaltungsgericht den Bescheid der Bundesnetzagentur aufgehoben, soweit sie der Entgelterhebung bei Verspätungen von 20 Stunden oder mehr widersprochen hat. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen.

- 7 Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts haben sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Berufung eingelegt.
- 8 Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin den Bescheid der Bundesnetzagentur auch insoweit aufgehoben, als sie der Klausel widersprochen hat, wonach der Nutzungsvertrag nicht mit dem Verlader, sondern dem einbezogenen Eisenbahnverkehrsunternehmen abzuschließen ist: Zwar hätten Verlader einen Anspruch auf Zugang zum Schienennetz. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG regelt aber nicht, welchen konkreten Gehalt die Zugangsberechtigung habe, sondern überlasse diese Regelung dem Ordnungsgeber. § 14 Abs. 6 AEG begründe zwar grundsätzlich ein Recht und eine Pflicht, den Zugang vertraglich zu vereinbaren. Die Vorschrift begründe aber keine materielle Rechtsstellung, sondern setze eine solche voraus. Die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung gestalte das Zugangsrecht dahin aus, dass den Verladern kein Recht auf Abschluss eines eigenen Vertrages zustehe. Es verstoße nicht gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot, wenn bei einer Verspätung von mehr als 20 Stunden zusätzlich zu dem ursprünglichen Trassenentgelt das Entgelt für die neu zugewiesene Trasse zu entrichten sei. Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot erlaube die unterschiedliche Behandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte nur bei sachlich gerechtfertigtem Grund, statuiere aber kein allgemeines Verbot unangemessener Bedingungen. Die beanstandete Klausel behandle alle Zugangsberechtigten formal gleich. Es sei nicht ersichtlich, dass erhebliche Verspätungen aus strukturellen Gründen vor allem bei bestimmten Wettbewerbern auftreten würden. Bei Anwendung des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbots seien miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen, nicht aber einzelne Märkte oder Marktsegmente zu vergleichen. Die Marktteilnehmer im internationalen Schienengüterverkehr würden untereinander nicht unterschiedlich behandelt. Abgesehen hiervon sei die unterschiedliche Behandlung erheblich verspäteter gegenüber pünktlichen bzw. geringer verspäteten Zügen zulässig, weil die Sachverhalte nicht im Wesentlichen gleich seien.

- 9 Gegen das Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt, mit der sie die vollständige Abweisung der Klage anstrebt: Bereits das Gesetz räume in § 14 Abs. 6 AEG allen Zugangsberechtigten das Recht ein, mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen Nutzungsvertrag abzuschließen. Dieses Recht könne ihnen durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nicht genommen werden. Das Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG untersage nicht lediglich die Ungleichbehandlung vergleichbarer Zugangsberechtigter, sondern auch die Ungleichbehandlung vergleichbarer Zugangssachverhalte. Die Klägerin differenziere mit der beanstandeten Klausel zwischen einer Verspätung unterhalb von 20 Stunden und einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr. Dieser Differenzierung zweier Zugangssachverhalte lägen keine sachlichen Gründe zugrunde, die das Ausmaß der Differenzierung in den Entgelten trügen. Unabhängig davon würden Zugangsberechtigte mit einem überdurchschnittlich hohen Anteil an Verspätungen überproportional zur Kostentragung herangezogen und so im Wettbewerb beeinträchtigt. Dies betreffe Unternehmen des Güterverkehrs im Vergleich zu Unternehmen des Personenverkehrs sowie internationale Verkehre im Vergleich zu nationalen Verkehren. Das Diskriminierungsverbot umfasse die Pflicht, angemessene Nutzungsbedingungen aufzustellen. Die beanstandete Nutzungsbedingung sei unangemessen, da Leistung und Gegenleistung außer Verhältnis stünden. Sie verstoße zudem gegen § 14 Abs. 4 AEG, da sie einer Zugfahrt mit einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr Kosten anlaste, welche durch die Zugfahrt allein nicht verursacht würden. Dies habe die Bundesnetzagentur bereits in den Gründen des Bescheids, wenn auch unter anderem rechtlichen Gesichtspunkt, der Sache nach geltend gemacht. Der Widerspruch gegen die Nutzungsbedingung könne deshalb noch im Revisionsverfahren auf den geänderten rechtlichen Gesichtspunkt gestützt werden.
- 10 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und führt ergänzend an: Die Bundesnetzagentur habe ihren Widerspruch gegen die Nutzungsbedingung über das erhöhte Trassenentgelt in ihrem Bescheid nicht auf einen Verstoß gegen § 14 Abs. 4 AEG gestützt. Ein Austausch der Rechtsgrundlage sei im Revisionsverfahren nicht möglich.

II

- 11 Die Revision der Beklagten ist zum Teil begründet. Das Oberverwaltungsgericht verletzt mit seiner Annahme Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO), der Bescheid der Bundesnetzagentur sei rechtswidrig, soweit sie der Schienennetz-Benutzungsbedingung widersprochen hat, durch welche die Klägerin das Recht der Verlader ausgeschlossen hat, mit ihr einen Vertrag über die Nutzung ihrer Schienenwege zu schließen (Ziffer 2.2.1 c Satz 1 SNB 2013 und Ziffer 2.2 Abs. 2 AGB-IN 2013). Dagegen hat das Oberverwaltungsgericht ohne Verstoß gegen Bundesrecht angenommen, der Bescheid der Bundesnetzagentur sei rechtswidrig, soweit sie der Schienennetz-Benutzungsbedingung widersprochen hat, nach der bei Verspätungen von 20 Stunden oder mehr ein zusätzliches Entgelt für die neu zugewiesene Trasse zu zahlen ist (Ziffer 6.2.5.14 SNB 2013).
- 12 1. Nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG kann die Bundesnetzagentur der beabsichtigten Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen eines öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmens widersprechen, soweit die beabsichtigte Änderung nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entspricht. Die Nutzungsbedingung der Klägerin in Ziffer 2.2.1 c Satz 1 SNB 2013 und Ziffer 2.2 Abs. 2 AGB-IN 2013 widerspricht den §§ 14 Abs. 1 Satz 1, 14 Abs. 2 Nr. 2, 14 Abs. 6 AEG über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur.
- 13 a) Diesen Verstoß bereits gegen Vorschriften des Gesetzes hat die Bundesnetzagentur zutreffend mit ihrem streitigen Bescheid aufgegriffen und ihren Widerspruch allein hierauf gestützt. Ob die beanstandete Nutzungsbedingung den Vorschriften der nachrangigen Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung entspricht, ist unerheblich.
- 14 Zu Unrecht macht die Klägerin geltend, die Bundesnetzagentur habe die in Rede stehende Nutzungsbedingung vorrangig an den Vorschriften der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung prüfen müssen, an welche die Bun-

desnetzagentur gebunden sei und denen die Nutzungsbedingung entspreche. Auf die gesetzliche Regelung in § 14 Abs. 6 AEG hätte die Bundesnetzagentur nur zurückgreifen dürfen, wenn die vorrangig heranzuziehenden Vorschriften der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, namentlich § 6 Abs. 1 EIBV, nichtig wären. Die Bundesnetzagentur habe sich damit der Sache nach die Kompetenz angemäßt, eine Rechtsverordnung als nichtig zu verwerfen. Eine solche Befugnis stehe ihr als Behörde nicht zu. Allein deshalb sei ihr Bescheid rechtswidrig, ohne dass es noch darauf ankomme, ob die beanstandete Nutzungsbedingung mit der gesetzlichen Vorschrift des § 14 Abs. 6 AEG vereinbar sei.

- 15 Der Widerspruch der Bundesnetzagentur gegen die in Rede stehende Nutzungsbedingung beruht nicht entscheidungstragend auf der Annahme, Vorschriften der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung seien nichtig. Die Bundesnetzagentur hat die Nutzungsbedingung unmittelbar an den gesetzlichen Vorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur gemessen und durfte dies auch.
- 16 Gegenteiliges lässt sich nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts herleiten. Danach bedarf es zwar eines Rückgriffs auf das allgemeine Zugangsrecht nicht, wenn sich Zugangsberechtigte auf besondere Vorschriften in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung berufen können (BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 - BVerwGE 140, 359 Rn. 24). Diese Aussage betrifft aber nur das Verhältnis spezieller konkreter Regelungen in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung zu allgemeinen konkretisierungsbedürftigen Vorschriften im Gesetz. Hat der Ordnungsgeber im Rahmen der ihm erteilten Ermächtigung zulässigerweise eine allgemeine Bestimmung des Gesetzes, wie beispielsweise das Diskriminierungsverbot in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, ausgestaltet und konkretisiert, sind diese konkreten Regelungen heranzuziehen, wenn zu beurteilen ist, ob das Zugangsrecht eines Zugangsberechtigten entgegen den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur durch eine Nutzungsbedingung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens eingeschränkt wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber nicht in Frage gestellt, dass die Ermächtigung an den Verord-

nungsgeber, das Zugangsrecht auszugestalten, durch gesetzliche Vorgaben an anderer Stelle des Gesetzes beschränkt sein kann. Der Ordnungsgeber ist nur zur systemimmanenten Regelung berufen, wie das Bundesverwaltungsgericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich hervorgehoben hat (BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 - BVerwGE 140, 359 Rn. 24). Hat der Gesetzgeber selbst im Gesetz das Zugangsrecht bereits in bestimmter Hinsicht inhaltlich abschließend konkretisiert, ist an dieser Vorschrift zu messen, ob eine Schienennetz-Benutzungsbedingung im Sinne des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entspricht.

- 17 So ist die Bundesnetzagentur hier vorgegangen. Sie hat angenommen, dass die Frage, mit wem das Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Nutzungsvertrag zu schließen hat, auch mit Blick auf Verlater abschließend bereits in § 14 Abs. 6 AEG geregelt ist und die beanstandete Nutzungsbedingung dieser Vorschrift nicht entspricht. Trifft die Auffassung der Bundesnetzagentur zu, ist ihr darauf gestützter Widerspruch gegen die Nutzungsbedingung begründet und ihr Bescheid aus diesem Grund rechtmäßig. Aus ihrer Auffassung mag sich als weitere Folge ergeben, dass eine abweichende Regelung in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nichtig ist oder jedenfalls einer gesetzeskonformen Auslegung bedarf. Für die Rechtmäßigkeit ihres Bescheides kommt es auf diese Folgen aber nicht mehr an. Der Zugriff auf die gesetzliche Regelung des Zugangsrechts wird nicht erst durch die Annahme eröffnet, möglicherweise anders lautende Vorschriften der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung seien nichtig. Die Nichtigkeit der verordnungsrechtlichen Vorschriften ist nicht Voraussetzung für die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften, sondern allenfalls Folge von deren Auslegung, die aber im Bescheid nicht mehr zu ziehen ist.
- 18 Hierin liegt der Unterschied zu anderen Fallgestaltungen, in welchen die Rechtsprechung angenommen hat, eine Behörde habe unzulässig für sich eine Kompetenz in Anspruch genommen, untergesetzliche Rechtsnormen zu verwerfen, indem sie diese nicht anwendet. Diesen Fallgestaltungen lag zugrunde, dass eine untergesetzliche Rechtsnorm den Zugriff auf eine bestimmte Vorschrift des

Gesetzesrechts hindert, diese also nur dann herangezogen werden kann, wenn die untergesetzliche Rechtsnorm nichtig ist. So verhält es sich etwa im Bauplanungsrecht. Besteht ein Bebauungsplan, hat die Behörde nach § 30 BauGB ein Vorhaben an Hand dessen Festsetzungen zu beurteilen; auf die Vorschriften des unbeplanten Innenbereichs (§ 34 BauGB) oder des Außenbereichs (§ 35 BauGB) kann sie nur zugreifen, wenn der Bebauungsplan nichtig ist. Die Nichtigkeit des Bebauungsplans ist entscheidungserheblich für die Anwendung dieser Vorschriften (vgl. zu einer solchen Fallgestaltung: OVG Koblenz, Beschluss vom 14. Mai 2013 - 8 A 10043/13 - NVwZ-RR 2013, 747).

- 19 Davon abgesehen hat die Bundesnetzagentur in ihrem angegriffenen Bescheid die hier einschlägigen Vorschriften der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, namentlich deren § 6 Abs. 1, § 11 Abs. 1 EIBV, nicht für nichtig gehalten, sondern sie einer gesetzeskonformen Auslegung zugeführt. Auch in einem solchen Fall ist der Vorwurf nicht begründet, die Behörde maße sich die ihr nicht zustehende Kompetenz an, eine untergesetzliche Rechtsnorm zu verwerfen (vgl. hierzu: OVG Koblenz, Urteil vom 16. Januar 2008 - 8 A 10976/07 - NVwZ-RR 2008, 527). Zudem spricht alles dafür, dass die Vorschriften gesetzeskonform ausgelegt werden können. Unter Zuweisung einer Trasse im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 2 EIBV kann die faktische Zuteilung von Nutzungskapazität für das eingeschaltete Eisenbahnverkehrsunternehmen verstanden werden. Das Angebot zum Abschluss eines Nutzungsvertrages ist nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EIBV gegenüber dem Zugangsberechtigten oder dem von ihm eingeschalteten Eisenbahnverkehrsunternehmen abzugeben. Die letztgenannte Variante kommt nur in Betracht, wenn der Verloader von sich aus die Möglichkeit wählt, den Nutzungsvertrag nicht selbst abzuschließen, sondern durch das von ihm eingeschaltete Eisenbahnverkehrsunternehmen abschließen zu lassen.
- 20 b) Nach § 14 Abs. 1 Satz 1, § 14 Abs. 2 Nr. 2, § 14 Abs. 6 AEG steht Unternehmen, welche Güter durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen befördern lassen wollen (Verladern), das Recht zu, selbst mit der Klägerin als Eisenbahninfrastrukturunternehmen Verträge über die Nutzung ihres Schienennetzes zu schließen. Im Widerspruch hierzu schließt die Klägerin mit der beanstandeten Nutzungsbedingung dieses Recht aus.

- 21 aa) Dass den Verladern in § 14 Abs. 6 AEG das Recht eingeräumt ist, selbst den Nutzungsvertrag mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen abzuschließen, ergibt sich neben dem Wortlaut der Vorschrift vor allem aus ihrem systematischen Zusammenhang mit § 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 2 AEG.
- 22 Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur in dem Umfang zu gewähren, der durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung bestimmt ist. Nach § 14 Abs. 6 AEG sind Einzelheiten des Zugangs zwischen den Zugangsberechtigten und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung zu vereinbaren. Nach diesen gesetzlichen Vorgaben hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Benutzung seiner Eisenbahninfrastruktur zu ermöglichen und hierfür zivilrechtliche Verträge abzuschließen. Der Abschluss des privatrechtlichen Nutzungsvertrages ist das im Gesetz vorgegebene Instrument, durch das im Einzelfall der öffentlich-rechtlich eingeräumte Zugangsanspruch verwirklicht wird. Das Zugangsrecht ist darauf gerichtet, dass das zugangsverpflichtete Eisenbahninfrastrukturunternehmen dem Zugangsberechtigten ein vertragliches Benutzungsrecht einräumt.
- 23 § 14 Abs. 6 AEG benennt in seinem Wortlaut als Partner, mit welchen das zugangsverpflichtete Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Vereinbarung abzuschließen hat, die Zugangsberechtigten. Zugangsberechtigt sind nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG nicht nur Eisenbahnverkehrsunternehmen, sondern auch solche Unternehmen, die Güter durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen befördern lassen wollen (Verlader). § 14 Abs. 2 AEG unterscheidet nicht zwischen den dort aufgezählten verschiedenen Zugangsberechtigten, sondern räumt ihnen die jeweils gleiche Zugangsberechtigung ein. Insbesondere hat der Gesetzgeber es in § 14 Abs. 2 AEG nicht dem Ordnungsgeber vorbehalten, die Zugangsberechtigung näher auszugestalten, sie insbesondere nach einzelnen Zugangsberechtigten inhaltlich abzustufen. Ebenso wenig differenziert § 14 Abs. 6 AEG zwischen den verschiedenen Gruppen von Zugangsberechtigten, sondern behandelt alle Zugangsberechtigten den Vorgaben des § 14 Abs. 2

AEG entsprechend gleich. Schon deshalb können alle Zugangsberechtigten gleichermaßen den Abschluss der Zugangsvereinbarung mit sich verlangen, wenn sie mit einem Antrag auf Nutzung der Eisenbahninfrastruktur ihr Zugangsrecht in einem konkreten Einzelfall verwirklichen wollen.

- 24 Der weitere Wortlaut des § 14 Abs. 6 AEG bestätigt, dass die Vorschrift selbst schon festlegt, mit wem die Vereinbarung zu schließen ist, und diese Regelung nicht dem Verordnungsgeber überantwortet. Nach § 14 Abs. 6 AEG sind (nur) Einzelheiten des Zugangs nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung zu vereinbaren. Die Vorschrift zählt hierzu Zeitpunkt und Dauer der Nutzung, das zu entrichtende Entgelt und die sonstigen Nutzungsbedingungen einschließlich der Bestimmungen, welche der Betriebssicherheit dienen. Diese Einzelheiten (nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung) zu vereinbaren, sind gerade die Zugangsberechtigten selbst aufgerufen. Die Vorschrift stellt, soweit sie den Verordnungsgeber anspricht, damit auf den Inhalt der Vereinbarung ab und entzieht ihm die vorgelagerte Regelung, ob und zwischen wem die Vereinbarung zu schließen ist.
- 25 Gegen diese systematische Ableitung lässt sich nicht einwenden, die tatsächliche Nutzung der Eisenbahninfrastruktur sei allein den Eisenbahnverkehrsunternehmen möglich. Zwar beschreibt § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG den Gegenstand des Zugangs mit Benutzung der Eisenbahninfrastruktur. Tatsächlich will und kann der Verlager die Schienenwege der Klägerin nicht selbst nutzen. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, weil eine tatsächliche Nutzung nur den Eisenbahnverkehrsunternehmen möglich sei, könne das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur mit ihnen die Einzelheiten des Zugangs vereinbaren, dessen Gegenstand eben diese Nutzung sei. Der Gesetzgeber hat in § 14 Abs. 2 AEG über die Eisenbahnverkehrsunternehmen hinaus weiteren Unternehmen, Stellen und Behörden unterschiedslos die Zugangsberechtigung zuerkannt, welche selbst keine Eisenbahnverkehrsunternehmen sind, sondern die Eisenbahninfrastruktur durch ein von ihnen eingeschaltetes Eisenbahnverkehrsunternehmen nutzen lassen. Jedenfalls seither ist Gegenstand des Zugangs nicht mehr allein die eigene Nutzung der Eisenbahninfrastruktur, sondern auch deren Nutzung durch ein eingeschaltetes Eisenbahnverkehrsunternehmen. Zu den Einzelheiten des

Zugangs, die durch eine Vereinbarung zu regeln sind, gehören deshalb die Einzelheiten dieser mittelbaren Nutzung der Eisenbahninfrastruktur durch den zugangsberechtigten Verloader. Dass sein Zugang auf eine Nutzung der Eisenbahninfrastruktur durch einen anderen gerichtet ist, ändert weder etwas an seiner Zugangsberechtigung noch an seiner Befugnis, die Einzelheiten dieses Zugangs selbst mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu vereinbaren. Dass Verloader faktisch wie rechtlich auf Eisenbahnverkehrsunternehmen angewiesen sind, um ihr Zugangsrecht praktisch wahrzunehmen, schließt weder rechtlich noch logisch aus, dass sie - wie in § 14 Abs. 6 AEG vorgesehen - selbst Vertragspartei der Nutzungsvereinbarung werden.

- 26 Das Gegenteil lässt sich nicht daraus herleiten, dass § 14 Abs. 6 AEG die Bestimmungen, welche der Betriebssicherheit dienen, zu den Einzelheiten rechnet, welche mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu vereinbaren sind. Dabei kann offenbleiben, ob - wie die Klägerin vorträgt - das eingeschaltete Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Grund seiner größeren Sachnähe eher als der Verloader berufen wäre, mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen die notwendigen Bestimmungen zur Betriebssicherheit zu vereinbaren. Soweit die Bestimmungen zur Betriebssicherheit nicht ohnehin Teil der Nutzungsbedingungen und über die dafür geltenden Regeln in den Vertrag einbezogen sind, ist nicht ersichtlich, warum sie nicht mit dem Verloader vereinbart werden könnten. Für ihre Einhaltung ist ohnehin das Eisenbahnverkehrsunternehmen als Erfüllungsgehilfe des Verloaders verantwortlich. Davon abgesehen, geht die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung davon aus, dass die dem Betrieb der Eisenbahn noch ferner stehenden öffentlich-rechtlichen Zugangsberechtigten nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AEG ebenfalls die Nutzungsvereinbarung schließen, die Sicherheitsbestimmungen jedoch gesondert mit dem eingeschalteten Eisenbahnverkehrsunternehmen zu vereinbaren sind (§ 11 Abs. 1 Satz 3 EIBV). Diese Regelung lässt sich ohne weiteres auf Zugangsberechtigte nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG entsprechend anwenden.
- 27 bb) Sinn und Zweck des § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG sprechen ebenfalls für eine Auslegung des § 14 Abs. 6 AEG, nach welcher den Zugangsberechtigten im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 2 AEG das Recht eingeräumt ist, die Nutzungsver-

einbarung mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen selbst als Vertragspartner abzuschließen.

- 28 Die Bundesregierung hat in der Begründung ihres Entwurfs für das Dritte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften hervorgehoben, der Kreis der Zugangsberechtigten werde erweitert, um (unter anderem) den Schienengüterverkehr zu stärken (BT-Drs. 15/3280 S. 18). Verlader konnten schon davor Eisenbahnverkehrsunternehmen einschalten und so Güter auf die Schiene bringen. Wenn ihnen der Gesetzgeber jetzt eine eigene Zugangsberechtigung zuspricht, um ihren Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu stärken, verfolgt er damit das Ziel, ihre Position im Verhältnis nicht nur zu dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen, sondern auch im Verhältnis zum Eisenbahnverkehrsunternehmen zu stärken. Sie sollen ihren Zugang zur Schiene und zu Serviceeinrichtungen nicht mehr in rechtlicher Abhängigkeit von einem Eisenbahnverkehrsunternehmen und vermittelt durch dieses erreichen. Die Überlegungen des Gesetzgebers knüpfen damit zugleich an das allgemeine Regulierungsziel des § 1 Abs. 1 Satz 1 AEG an, neben einem sicheren Betrieb der Eisenbahn ein attraktives Verkehrsangebot auf der Schiene zu gewährleisten sowie einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf der Schiene bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen zu sichern.
- 29 Die Effektivität des Zugangsrechts der Verlader wäre gemindert, wenn diese darauf beschränkt wären, von dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Abschluss der Nutzungsvereinbarung mit einem von ihnen eingeschalteten Eisenbahnverkehrsunternehmen zu verlangen. Zwar steht den Verladern nach § 6 Abs. 1 EIBV das Recht zu, bei den Betreibern der Schienenwege selbst die Nutzung der Schienenwege durch ein von ihnen beauftragtes Unternehmen zu beantragen. Als Zugangsberechtigte sind sie an dem Zuweisungsverfahren nach § 8 EIBV und dem darin eingeschlossenen Koordinierungsverfahren nach § 9 Abs. 3 EIBV zu beteiligen. Sie können dadurch ihr Verkehrskonzept einbringen und auf dessen Umsetzung Einfluss nehmen. Fehlt ihnen ein eigenes Recht zum Vertragsschluss, wären sie jedoch in allen Stadien der Zugangsrealisierung von der Mitwirkungsbereitschaft und (anhaltenden) Mitwirkungsfähig-

keit des eingeschalteten Eisenbahnverkehrsunternehmens abhängig. Dem Ver-  
lader erwüchse mangels unmittelbarer vertraglicher Beziehung zum Eisen-  
bahninfrastrukturunternehmen in eigener Person kein Nutzungsanspruch, son-  
dern lediglich ein Recht, die Nutzung durch einen vertragsschließenden Dritten  
zu verlangen. Dem eingeschalteten Eisenbahnverkehrsunternehmen gegen-  
über verblieben ihm rein vertragliche Steuerungsmittel. Sofern diese im Einzel-  
fall versagten, wäre er auf Schadensersatzansprüche verwiesen. Sein auf Be-  
nutzung gerichtetes Zugangsrecht wäre dann nicht zu realisieren. Das offen-  
kundige Ziel des Gesetzgebers würde nicht voll erreicht, den Verladern mehr  
Flexibilität dadurch einzuräumen, dass sie zunächst die Nutzung der Ser-  
viceeinrichtung bestellen und erst dann oder auch später wieder erneut ein Ei-  
senbahnverkehrsunternehmen mit deren Nutzung beauftragen können.

- 30 cc) Die Entstehungsgeschichte des § 14 Abs. 2 und Abs. 6 AEG in seiner jetzi-  
gen Fassung widersprechen nicht der hier gefundenen Auslegung.
- 31 Der Gesetzgeber hat mit dem Dritten Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtli-  
cher Vorschriften den Verladern in § 14 Abs. 2 AEG ein eigenes Zugangsrecht  
eingeräumt. Zugleich hat er § 14 Abs. 6 AEG geändert. Die Einzelheiten des  
Zugangs sind nicht mehr wie bis dahin zwischen den Eisenbahnverkehrsunter-  
nehmen und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen, sondern zwischen den  
Zugangsberechtigten und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu vereinba-  
ren. Obwohl die Eisenbahnverkehrsunternehmen anders als die neu hinzuge-  
tretenen Zugangsberechtigten weiterhin allein in der Lage sind, die Eisen-  
bahninfrastruktur tatsächlich zu nutzen, hat der Gesetzgeber es nicht dabei be-  
lassen, sie wie bisher allein als mögliche Vertragspartner zu bestimmen, son-  
dern hat ausdrücklich auch die neu hinzugetretenen Zugangsberechtigten als  
diejenigen bezeichnet, mit denen der Nutzungsvertrag abzuschließen ist.
- 32 Zwar hat die Bundesregierung in der Begründung ihres Gesetzentwurfs ausge-  
führt, die Regelungen zum Vertragsabschluss würden in der Eisenbahninfra-  
struktur-Benutzungsverordnung festgelegt; danach sei das Angebot zum Ab-  
schluss eines Vertrages über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur je nach  
Sachlage gegenüber dem Zugangsberechtigten oder einem von ihm bezeichne-

ten Eisenbahnverkehrsunternehmen abzugeben (BT-Drs. 15/3280 S. 12). Da gleichzeitig aber als Vertragspartner im geänderten § 14 Abs. 6 AEG unterschiedslos alle Zugangsberechtigten genannt sind, kann diese Passage in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht in dem Sinne verstanden werden, ausschließlich der Verordnungsgeber habe in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung festlegen sollen, wer Partei der Nutzungsvereinbarung werden dürfe. Vielmehr hat der Gesetzgeber nur seiner Erwartung Ausdruck verliehen, der Verordnungsgeber werde in der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung Regelungen für den Fall treffen, dass ein Zugangsberechtigter nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 AEG aus eigenem Entschluss verlangt, das Eisenbahninfrastrukturunternehmen möge die Nutzungsvereinbarung mit dem von ihm eingeschalteten Eisenbahnverkehrsunternehmen abschließen. Dies steht nicht im Widerspruch zu dem Verständnis, dass § 14 Abs. 6 AEG den Zugangsberechtigten das Recht einräumt, die Nutzungsvereinbarung selbst abzuschließen. Daraus folgt nicht, dem Zugangsberechtigten sei es verwehrt, von dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Abschluss mit einem Dritten zu verlangen.

- 33 dd) § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG zwingt nicht dazu, den nachfolgenden Absatz 6 entgegen Wortlaut und Systematik dahin auszulegen, dass der Gesetzgeber den Verordnungsgeber zur Regelung auch der Frage befugt hat, wer Partner der Nutzungsvereinbarung wird.
- 34 Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG sind die Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, die Benutzung ihrer Eisenbahninfrastruktur in dem Umfang zu gewähren, welcher in der Rechtsverordnung bestimmt ist, die auf Grund des § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, 7 und Abs. 4 Nr. 1 AEG ergangen ist. Diese Vorschriften ermächtigen den Verordnungsgeber nicht nur, das allgemeine Zugangsrecht auszugestalten, sondern überlassen es ihm darüber hinaus, andere Aspekte des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur in systemimmanenter Weise zu regeln (BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 - BVerwGE 140, 359 Rn. 24). Der Begriff des Umfangs in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG ist mithin weit zu verstehen. Er zielt in umfassender Weise auf Inhalt und Ausgestaltung der Benutzung der Eisenbahninfrastruktur. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen,

dass der Gesetzgeber selbst an anderer Stelle im Gesetz den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur näher ausgestaltet hat. Es bedarf deshalb stets der Prüfung, ob eine gesetzliche Vorschrift - wie hier § 14 Abs. 6 AEG - das in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG normierte Zugangsrecht bereits in bestimmter Hinsicht inhaltlich abschließend konkretisiert hat. Soweit dies der Fall ist, bindet dies den Verordnungsgeber. Seine Befugnis, den Umfang der Benutzung (§ 14 Abs. 1 Satz 1 AEG) und die Einzelheiten des Zugangs (§ 14 Abs. 6 AEG) auf der Grundlage der ihm erteilten Ermächtigung zu regeln, ist auf die Fragen beschränkt, welche der Gesetzgeber nicht bereits entschieden hat.

- 35 Demgemäß widerspricht § 14 Abs. 6 AEG in der hier für zutreffend erachteten Auslegung nicht § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AEG. Die Vorschrift ermächtigt den Verordnungsgeber, eine Rechtsverordnung über den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu erlassen, welche unter anderem die Ausgestaltung des Zugangs, die hierfür erforderlichen Verträge und Rechtsverhältnisse sowie die Regelungen über deren Zustandekommen und Beendigung einschließt. Der Verordnungsgeber kann den notwendigen Inhalt der Verträge regeln, welche für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur erforderlich sind. Er kann Bestimmungen über das Zustandekommen der Verträge treffen, indem er insbesondere das Verfahren regelt, das dem Vertragsschluss vorausgeht, namentlich die Behandlung von Anträgen über zeitgleiche, miteinander nicht zu vereinbarende Nutzungen. Die Ermächtigung in § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AEG behält ihren vollen Sinn auch dann, wenn sie nicht zusätzlich auf die Regelung der Frage bezogen wird, mit wem der erforderliche Vertrag über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu schließen ist.
- 36 2. Die Nutzungsbedingung der Klägerin in Ziffer 6.2.5.14 SNB 2013, wonach ein weiteres Entgelt bei Verspätungen von 20 Stunden oder mehr erhoben wird, widerspricht nicht den eisenbahnrechtlichen Vorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, auf welche die Bundesnetzagentur ihren Widerspruch in ihrem angegriffenen Bescheid gestützt hat.
- 37 a) Die Nutzungsbedingung ist entgegen der Annahme der Bundesnetzagentur mit § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG vereinbar. Nach dieser Vorschrift sind Eisen-

bahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen in dem Umfang zu gewährleisten, der durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung bestimmt ist.

- 38 aa) Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot fordert die Gleichbehandlung beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und erlaubt die unterschiedliche Behandlung nur bei sachlich gerechtfertigtem Grund. Der Kern des Diskriminierungsverbots entspricht damit dem Regelungsgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG (BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 - 6 C 17.10 - BVerwGE 140, 359 Rn. 71).
- 39 Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet nicht nur wesentliches Gleiches willkürlich ungleich, sondern auch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln. Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot erfasst auch diesen Regelungsgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes. § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG steht danach Schienennetz-Benutzungsbedingungen entgegen, welche Unternehmen beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur formal gleich behandeln, obwohl zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die diese Gleichbehandlung als diskriminierende Behinderung des Zugangs für einzelne Zugangsberechtigte erscheinen lässt.
- 40 Schienennetz-Benutzungsbedingungen können auch dann im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG diskriminieren, wenn sie zwar formal für alle Adressaten der Nutzungsbedingung gelten, also nach ihrem Tatbestand allen zugangsberechtigten Unternehmen eine Pflicht auferlegen oder eine Vergünstigung gewähren, die Nutzungsbedingung faktisch aber nur einzelne von ihnen benachteiligt oder begünstigt.
- 41 Außer Betracht zu bleiben hat dabei jedoch, dass die Nutzungsbedingung mal dieses, mal jenes Unternehmen oder ein Unternehmen häufiger trifft als andere. Es entspricht der Eigenart abstrakt-genereller Regelungen, dass sie bei ihren Adressaten nicht gleich häufig zum Tragen kommen. Eine faktische Ungleichbehandlung liegt nur vor, wenn dieses Ergebnis normativ dadurch vorgezeich-

net ist, dass eine Regelung im Tatbestand an Merkmale anknüpft, die ausschließlich oder jedenfalls typischerweise nur bei bestimmten Unternehmen als Adressaten der Regelung eintreten können.

- 42 Insoweit erfordert die Feststellung, dass eine Schienennetz-Benutzungsbedingung zugangsberechtigte Unternehmen faktisch ungleich behandelt, die Bildung von Vergleichsgruppen. Zu vergleichen sind zugangsberechtigte Unternehmen. Sie sind einerseits Adressaten des Zugangsrechts und andererseits Adressaten der Schienennetz-Benutzungsbedingungen, mit denen das Eisenbahninfrastrukturunternehmen das Zugangsrecht ausgestalten will. § 1 Abs. 1 Satz 1 AEG definiert als ein Ziel des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf der Schiene beim Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen zu gewährleisten. In die Bildung von Vergleichsgruppen sind vor diesem Hintergrund nur Zugangsberechtigte einzubeziehen, die miteinander im Wettbewerb stehen. Es müssen Unternehmen identifiziert werden können, welche sich in ihren Strukturmerkmalen oder Geschäftsfeldern unterscheiden. Mit Blick auf diese zugangsberechtigten Unternehmen ist zu fragen, ob eine Schienennetz-Benutzungsbedingung Unternehmen als Adressaten dieser Bedingung ungleich behandelt, weil sie im Tatbestand an Merkmale anknüpft, die ausschließlich oder typischerweise bei nur einer dieser Gruppen auftreten.
- 43 Gemessen hieran entfaltet die beanstandete Schienennetz-Benutzungsbedingung der Klägerin keine diskriminierende Wirkung im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG.
- 44 Die Nutzungsbedingung behandelt zugangsberechtigte Unternehmen nicht unterschiedlich. Sie findet auf alle zugangsberechtigten Unternehmen in gleicher Weise Anwendung. Ein weiteres Entgelt für eine neu zugewiesene Trasse hat jedes Unternehmen zu zahlen, wenn eine Verspätung seines Zuges bereits am Anfangs- oder Übergabebahnhof vom benachbarten Eisenbahninfrastrukturunternehmen 20 Stunden oder mehr beträgt und das zugangsberechtigte Unternehmen oder das einbezogene Eisenbahnverkehrsunternehmen den Zug nicht

innerhalb dieser 20 Stunden abfahrbereit gemeldet hat, es sei denn die Klägerin hat die Verspätung von 20 Stunden oder mehr verschuldet.

- 45 Indem die Nutzungsbedingung in ihrem Tatbestand an das Merkmal der Verspätung anknüpft, bewirkt sie keine faktische Ungleichbehandlung von Zugangsberechtigten Unternehmen. Das wäre nur dann der Fall, wenn Verspätungen von 20 Stunden oder mehr typischerweise bei einer bestimmten Gruppe von Unternehmen etwa wegen deren Geschäftsfelds oder sonstigen, sie von anderen Unternehmen unterscheidenden Strukturmerkmalen aufträten. Sie würden durch die gleiche Anwendung der Schienennetz-Benutzungsbedingung gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen schlechter gestellt, weil das Tatbestandsmerkmal "Verspätung" typischerweise nur bei ihnen, nicht aber bei ihren Wettbewerbern eintritt.
- 46 Einen solchen Sachverhalt hat das Oberverwaltungsgericht indes nicht festgestellt, namentlich nicht mit Blick auf den grenzüberschreitenden Verkehr, welchen die Beklagte insoweit vor allem anführt. Zwar hat das Oberverwaltungsgericht nicht ausgeschlossen, dass Verspätungen des hier in Rede stehenden Umfangs vor allem im grenzüberschreitenden Güterverkehr und bei Verkehren unter Einbindung von Seehäfen auflaufen. Das Oberverwaltungsgericht hat aber mangels insoweit erhobener Verfahrensrügen zugleich bindend festgestellt (§ 137 Abs. 2 VwGO), dass die in diesen Marktsegmenten tätigen Unternehmen untereinander gleich behandelt werden und nicht mit anderen Unternehmen in Wettbewerb stehen, denen gegenüber sie benachteiligt werden.
- 47 Entgegen der Auffassung der Beklagten können ebenso wenig Unternehmen des Personenverkehrs den Unternehmen des Güterverkehrs gegenübergestellt werden. Zwar mag es sein, dass Verspätungen in der hier in Rede stehenden Größenordnung in erster Linie im Güterverkehr auftreten. Unternehmen des Personenverkehrs stehen jedoch nicht im Wettbewerb mit Unternehmen des Güterverkehrs. Durch die ungleiche Wirkung der Schienennetz-Benutzungsbedingung werden Unternehmen des Güterverkehrs nicht in ihrem Zugang zum Schienennetz der Klägerin behindert.

- 48 Damit fehlt es bereits an einer Ungleichbehandlung. Es kommt nicht mehr darauf an, ob es für die Wahl des Tatbestandsmerkmals der Verspätung als Anknüpfungspunkt für die Regelung einen sachlich rechtfertigenden Grund gibt. Nur auf diese Ebene der Rechtfertigung einer festgestellten Ungleichbehandlung beziehen sich im Übrigen die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, welche die Beklagte in ihrem zuletzt eingereichten Schriftsatz vom 26. Oktober 2015 angeführt hat.
- 49 bb) Die Pflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu gewähren, umfasst entgegen der Auffassung der Beklagten nicht über das Verbot einer Ungleichbehandlung hinaus die allgemeine Pflicht, angemessene Nutzungsbedingungen aufzustellen.
- 50 Nur wenn eine Nutzungsbedingung zugangsberechtigte und im Wettbewerb zueinander stehende Unternehmen ungleich trifft, kommt es darauf an, ob die Ungleichbehandlung durch Sachgründe gerechtfertigt ist, die Nutzungsbedingung also in diesem Sinne angemessen ist oder bestimmte Zugangsberechtigte gegenüber anderen Zugangsberechtigten unangemessen benachteiligt. Demgemäß steht der Bundesnetzagentur nur ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab zur Verfügung. Die Bundesnetzagentur und die Verwaltungsgerichte dürfen nur die öffentlich-rechtlichen Vorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Prüfungsmaßstab heranziehen. Dagegen ist es ihnen versagt, auf spezifisch zivilrechtliche Kontrollmaßstäbe abzustellen, etwa Klauseln anhand der Bestimmungen der §§ 307 ff. BGB zu kontrollieren, zu denen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB das Verbot einer unangemessenen Benachteiligung gehört (zur zivilgerichtlichen Überprüfung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 - KZR 18/10 - NVwZ 2012, 189).
- 51 § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG bietet insbesondere keinen grundsätzlichen Schutz vor unangemessenen Entgelten. Wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend dargelegt hat, gibt die Vorschrift weder angemessene Entgelthöhen vor, wie § 5 Abs. 1 EIBV für die Sicherheitsleistung, noch verbietet sie, einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen zu verlangen, wie dies § 308 Nr. 7 BGB regelt.

- 52 Unbehelflich ist der Hinweis der Beklagten auf § 19 TKG. Die Vorschrift umschreibt das telekommunikationsrechtliche Diskriminierungsverbot dahin, dass Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen müssen. Die Vorschrift kann nicht zur Auslegung des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbots herangezogen werden. Die öffentlich-rechtliche Kontrolle der Zugangsbedingungen ist im Bereich der Telekommunikation anders ausgestaltet als im Bereich des Schienenverkehrs.
- 53 Ebenso wenig lässt sich aus Art. 5 der Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung herleiten, das Diskriminierungsverbot umfasse die Pflicht, angemessene Nutzungsbedingungen aufzustellen. Diese Bestimmung gibt den Mitgliedstaaten vor, einen Anspruch auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung zu normieren. Dass "jegliche" Diskriminierung auszuschließen ist, besagt nichts darüber, wodurch eine Diskriminierung inhaltlich gekennzeichnet ist.
- 54 Diese Beschränkung des Prüfungsmaßstabs schließt es aus, Zugangssachverhalte miteinander zu vergleichen, wie es der Beklagten vorschwebt. Die Beklagte meint, zwischen einem pünktlichen Zug und einem Zug mit einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr bestehe kein Unterschied, diese Zugangssachverhalte seien vielmehr gleich und dürften deshalb nicht mit einem unterschiedlichen Entgelt belegt werden. Ob die Bedingungen für verschiedene Zugangssachverhalte untereinander betrachtet in einem angemessenen Verhältnis stehen, lässt sich nur feststellen, wenn zunächst für jeden einzelnen der einbezogenen Zugangssachverhalte Leistung und Gegenleistung wertend in Relation gesetzt werden. Nur weil sie das zusätzliche Entgelt bereits für sich genommen für unangemessen hält, kommt die Beklagte dazu, die Zugangssachverhalte "pünktlich" und "unpünktlich" für gleich und die Differenzierung mit Blick auf das Entgelt für eine unangemessene Ungleichbehandlung zu halten.

- 55 b) Ob die in Rede stehende Schienennetz-Benutzungsbedingung mit § 14 Abs. 4 AEG vereinbar ist, kann im Revisionsverfahren nicht nachgeprüft werden.
- 56 Nach dieser Vorschrift haben Betreiber von Schienenwegen ihre Entgelte nach Maßgabe der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung so zu bemessen, dass die ihnen insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, ausgeglichen werden. Hierbei können sie Aufschläge auf die Kosten, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, erheben, wobei sowohl je nach den Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr oder Schienengüterverkehr als auch nach Marktsegmenten innerhalb dieser Verkehrsleistungen differenziert werden kann und die Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere des grenzüberschreitenden Schienengüterverkehrs, zu gewährleisten ist. Die Höhe der Entgelte darf jedoch in diesem Fall bezogen auf ein Marktsegment nicht die Kosten, die jeweils unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen, zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, übersteigen.
- 57 aa) Das Oberverwaltungsgericht hat in dem angefochtenen Urteil nicht nachgeprüft, ob der Widerspruch der Bundesnetzagentur gegen die in Rede stehende Klausel deshalb rechtmäßig ist, weil die Bestimmung eines weiteren Entgelts in Fällen einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr gegen § 14 Abs. 4 AEG verstößt. Durch die Nichtanwendung dieser Bestimmung hat das Oberverwaltungsgericht kein Bundesrecht verletzt.
- 58 Die Bundesnetzagentur hat in ihrem angegriffenen Bescheid der in Rede stehenden Klausel nicht mit der Begründung widersprochen, sie entspreche nicht den Anforderungen des § 14 Abs. 4 AEG. Es steht im Ermessen der Bundesnetzagentur, ob sie die Unvereinbarkeit einer Schienennetz-Benutzungsbedingung mit den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur aufgreifen und dieser Schienennetz-Benutzungsbedingung widersprechen will. Greift sie einen (angeblichen) Verstoß gegen die Entgelt-

grundsätze des § 14 Abs. 4 AEG nicht auf, sondern nur einen solchen gegen das Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG, verhalten sich ihre Ermessenserwägungen nur zu einem solchen Verstoß und der Notwendigkeit, ihn abzustellen.

- 59 Das Oberverwaltungsgericht brauchte deshalb nicht der Frage nachzugehen, ob sich der Widerspruch der Bundesnetzagentur durch einen Verstoß gegen § 14 Abs. 4 AEG rechtfertigen ließe. Diese Möglichkeit hätte das Oberverwaltungsgericht nur in Betracht ziehen müssen, wenn es sich bei § 14 Abs. 4 AEG lediglich um eine spezielle Ausprägung des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG handelte und der Austausch der konkreten rechtlichen Grundlage für den Widerspruch an diesem in der Sache nichts geändert hätte. So verhält es sich indes nicht. § 14 Abs. 4 AEG normiert andere rechtliche Voraussetzungen als § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG.
- 60 bb) Die Beklagte kann ihren Widerspruch nicht im Revisionsverfahren auf einen Verstoß der beanstandeten Schienennetz-Benutzungsbedingung gegen § 14 Abs. 4 AEG stützen.
- 61 Nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht dürfen neue Gründe für einen Verwaltungsakt nur nachgeschoben werden, wenn sie schon bei Erlass des Verwaltungsakts vorlagen, dieser nicht in seinem Wesen verändert und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird. § 114 Satz 2 VwGO schafft die prozessualen Voraussetzungen dafür, dass defizitäre Ermessenserwägungen ergänzt werden (BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 - 8 C 46.12 - BVerwGE 147, 81 Rn. 31 und 34).
- 62 Im Revisionsverfahren scheidet ein solches Nachschieben von Ermessenserwägungen regelmäßig aus. Die Bindung an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nach § 137 Abs. 2 VwGO hindert das Bundesverwaltungsgericht regelmäßig daran, nachgeschobene Erwägungen zu berücksichtigen. Mit ihnen stellt die Behörde auf Tatsachen ab, die weder von der Vorinstanz festgestellt noch bisher Gegenstand des Rechtsstreits waren.

- 63 Hier hatte das Oberverwaltungsgericht keinen Anlass, tatsächliche Feststellungen zu den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 AEG zu treffen; es hat insoweit auch keine Feststellungen getroffen. Unerheblich ist, ob die Beklagte mit ihrem tatsächlichen Vortrag zum eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot Tatsachen vorgetragen hat, von denen sie meint, mit ihnen ließe sich ein Verstoß gegen § 14 Abs. 4 AEG belegen. Denn das Oberverwaltungsgericht ist hierauf nicht eingegangen, weil es nach seinem Verständnis des allein in Mitten stehenden Diskriminierungsverbots hierauf nicht ankam.
- 64 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Neumann

Dr. Heitz

Dr. Möller

Hahn

Dr. Tegethoff

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird unter Änderung der Wertfestsetzung des Verwaltungsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts für alle drei Instanzen auf jeweils 100 000 € festgesetzt.

### G r ü n d e :

- 1 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 1, § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG. Der Senat bemisst das Interesse eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens daran, dass seine Nutzungsbedingungen in vollem Umfang in Kraft treten können, grundsätzlich pauschal mit 100 000 €. Sind zahlreiche Klauseln betroffen, ist der Betrag pauschalierend zu erhöhen, ist nur eine Klausel betroffen, ist das Interesse des Eisenbahninfrastrukturunternehmens mit 50 000 € zu bemessen. Weder in den Vorinstanzen noch im Revisionsverfahren sind Anhaltspunkte dafür hervorgetreten, dass das Interes-

se der Klägerin an dem Inkrafttreten einer der streitigen Bedingungen für sie einen abweichenden konkret greifbaren wirtschaftlichen Wert haben könnte.

Neumann

Dr. Heitz

Dr. Möller

Hahn

Dr. Tegethoff