

13 A 108/07  
18 K 2670/05 Köln

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der DB Netz AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. Volker Kefer und  
den Vorstand Dagmar Haase, Theodor-Heuss-Allee 7, 60486 Frankfurt,  
Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Freshfields und andere,  
Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin,  
Az.: MK 115776-0011,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesnetzagentur für Elektri-  
zität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, vertreten durch den  
Präsidenten, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Hümmerich und andere,  
Lieselingweg 125, 53119 Bonn, Az.: 66/07M44,

Beteiligter: Vertreter des öffentlichen Interesses beim Oberverwaltungsgericht  
für das Land Nordrhein-Westfalen, Innenministerium, Haroldstraße 5,  
40213 Düsseldorf, Az.: 56-37.02.01 13 A 108/07,

wegen Eisenbahnrechts

hat der 13. Senat des

**OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN**

am 31. August 2007

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. L a u ,  
den Richter am Oberverwaltungsgericht A n l a u f ,  
den Richter am Oberverwaltungsgericht P e n t e r m a n n

beschlossen:

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 20. Oktober 2006 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Der Streitwert wird auch für das Zulassungsverfahren auf 1.000.000,- € festgesetzt.

### Gründe:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung, über den aufgrund von § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO nur im rechtlichen Rahmen der fristgerechten Darlegungen der Klägerin zu entscheiden ist, ist unbegründet.

I. Der geltend gemachte Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) liegt nicht vor.

Bei diesem Zulassungsgrund, der die Einzelfallgerechtigkeit gewährleisten und ermöglichen soll, unbillige oder grob ungerechte Entscheidungen zu korrigieren, kommt es nicht darauf an, ob die angefochtene Entscheidung in allen Punkten der Begründung richtig ist, sondern nur darauf, ob ernstliche Zweifel im Hinblick auf das Entscheidungsergebnis bestehen. Ernstliche Zweifel sind dabei anzunehmen, wenn gegen die Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nach summarischer Prüfung gewichtige Gesichtspunkte sprechen, d. h. wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung in der angefochtenen Gerichtsentscheidung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2000 - 1 BvR 830/00 -, NVwZ 2000, 1163; BVerwG, Beschluss vom 10. März 2004 - 7 AV 4.03 -, DVBl. 2004, 838; OVG NRW, Beschluss vom 13. August 2007 - 13 A 1067/07 -.

In diesem Sinne hat der Senat im vorgegebenen Prüfungsrahmen keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Abweisung der Anfechtungsklage durch das Verwaltungsgericht.

1. Soweit die Klägerin vorträgt, das Verwaltungsgericht habe § 5 Abs. 3 Satz 2 der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung - EIBV - in der hier maßgeblichen Fassung vom 17. Dezember 1997 falsch ausgelegt, greift das nicht durch.

Gemäß § 5 Abs. 1 EIBV können Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Entgelte für die Benutzung ihrer Eisenbahninfrastruktur frei gestalten, soweit sich aus der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung nichts anderes ergibt. Gemäß § 3 Abs. 1 dieser Verordnung haben die Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Benutzung ihrer Infrastruktur diskriminierungsfrei im Sinne des § 14 Allgemeines Eisenbahngesetz - AEG - in der hier maßgeblichen Fassung vom 27. Dezember 1993 zu gewähren. Wie der Vorbehalt "soweit ..." rechtsdogmatisch einzuordnen ist, mag dahinstehen. Die Klägerin räumt jedenfalls selbst ein, dass der Grundsatz der freien Entgeltgestaltung durch die Verpflichtung zur Gewährung diskriminierungsfreien Zugangs eingeschränkt wird und Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG dem nicht entgegensteht. Eine ausdrückliche Verbotsnorm verlangt § 5 Abs. 1 EIBV nicht; insoweit reicht das sinn-gemäße Verbot der Diskriminierung aus § 3 Abs. 1 EIBV als Beschränkungsnorm aus. Eine Diskriminierung im Sinne des § 14 Abs. 1 AEG liegt nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichts vor, wenn Eisenbahnverkehrsunternehmen beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 16. Februar 2006  
- 20 B 758/05 - und vom 26. März 2007 - 13 B  
2592/06 -; Beck'scher AEG-Kommentar, § 14  
Rdn. 78.

Vor dem Hintergrund des gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Diskriminierungsverbots

vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 07. Juni 2005 - Rs. C-  
17/03 -, Slg 2005-6 (A), I - 5016/5035,

ist es entgegen der Ansicht der Klägerin nicht geboten, eine Diskriminierung erst dann anzunehmen, wenn das beanstandete Verhalten die Missbrauchsgrenzen

überschreitet, d. h. auf Willkür oder wirtschaftsfremden unternehmerischen Entscheidungen beruht.

Im vorliegenden Fall werden Besteller von Trassen, die die Frist des § 4 Abs. 2 Satz 1 EIBV nicht wahren und bis zu 30-tägige Nutzungen dieser Trassen beantragen (nach Bezeichnung der Klägerin: unterjährige Sonderverkehre), gegenüber Bestellern, die die vorgenannte Frist einhalten oder bei unterjähriger Bestellung mehr als 30-tägige Nutzungen beantragen (nach Bezeichnung der Klägerin: Regelverkehre), insoweit anders behandelt, als erstere mit dem umstrittenen Zuschlag belegt werden, letztere aber nicht.

Entgegen der Ansicht der Klägerin liegen nicht etwa deshalb ungleiche, eine unterschiedliche entgeltliche Behandlung rechtfertigende Sachverhalte vor, weil den von ihr auf die jeweiligen Bestellungen zu liefernden Trassennutzungen unterschiedliche Leistungen zu Grunde liegen. Die der Klägerin zu entgeltenden Leistungen, nämlich die Bearbeitung der Bestellung, Konstruktion der jeweiligen gewünschten Trasse und Einrichtung ihrer Nutzung für Sonderverkehre, sind im Fall der Bestellung von Regelverkehren und im Fall der Bestellung unterjähriger Sonderverkehre als gleich zu werten. Soweit letztere, wie die Klägerin behauptet, längere Konstruktionszeiten und damit erhöhten Personaleinsatz und Kosten erfordern sollten, ist das kein Umstand, der ihre diesbezügliche Leistung als wesentlich anders als ihre Leistung bei Bestellung von Regelverkehren qualifiziert. Auch fristwahrende Bestellungen von Regelverkehren erfordern im Konfliktfall lange Verhandlungen unter hohem Personaleinsatz und Kosten, was aber für die Entgelthöhe irrelevant ist. Auch aus sonstigen Gründen kostenintensive Bestellungen von Regelverkehren gehen insoweit in die Mischkalkulation der entgeltbestimmenden Kosten ein. Hieraus folgt, dass im Ausgangspunkt eine möglicherweise personalaufwändigere unterjährige Bestellung von Sonderverkehren entgeltmäßig gleich zu behandeln ist und in die Kosten-Mischkalkulation für Trassenbestellungen einzustellen ist. Eine Ausnahme hiervon könnte allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn der von der Klägerin behauptete Personal- und damit Kostenmehraufwand generell einen Umfang annimmt, der billigerweise eine Gleichbehandlung mit Bestellungen von Regelverkehren unzumutbar erscheinen lässt, etwa weil der Mehraufwand stets anfällt und nicht durch weniger aufwändige Sonderbestellungen aufgefangen wird sowie ein Vielfaches der durchschnittlichen Kosten bei

Bestellungen von Regelverkehren ausmacht. Das hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, wenn die dazu behaupteten Abläufe und Gegebenheiten nicht ohne weiteres einleuchtend sind oder eine entgeltliche Andersbehandlung hier in Form eines Zuschlags nicht bereits normativ erlaubt oder geboten ist, substantiiert und detailliert darzulegen und zur Überzeugung der Behörde und der Gerichte nachzuweisen. Hieran fehlt es, wie noch ausgeführt wird.

2. Eine sachliche Rechtfertigung der entgeltmäßigen Ungleichbehandlung unterjähriger Bestellungen von Sonderverkehren wäre anzunehmen, wenn die Klägerin normativ gehalten wäre, erhöhte Kosten für die Bereitstellung solcher Verkehre nur bei der Ermittlung der Entgelte für diese Trassen zu berücksichtigen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin kann § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV die 10-prozentige Entgelterhöhung wegen erhöhter Kosten für die Bereitstellung von unterjährigen Sonderverkehren nicht rechtfertigen. Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, dass mit dem Begriff "Verkehrsleistung" in § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV nicht der von der Klägerin so bezeichnete Sonderverkehr gemeint sei, sondern nur die Verkehrsarten Personenfernverkehr, Personennahverkehr und Güterverkehr, die Vorschrift finde daher bereits keine Anwendung. Die Klägerin hat innerhalb der Darlegungsfrist nicht dargelegt, dass diese Rechtsauffassung falsch oder zumindest zweifelhaft ist. Sie hat sich in der Antragschrift zwar mit dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 5 Abs. 1 EIBV befasst, die Prüfung vermisst, ob § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV eine einschlägige Einschränkung des Grundsatzes des Entgeltgestaltungs-freiheit enthält, und die Typisierung der "Verkehrsleistungen" durch das Verwaltungsgericht für falsch gehalten sowie die Folgen der einen und der anderen Interpretation aufgezeigt (C. I.1.1 - 1.3). Warum die Interpretation des Verwaltungsgerichts unter Heranziehung der Grundlagen des Gemeinschaftsrechts nicht haltbar und der eigenen Interpretation zu folgen sei, hat sie nicht dargelegt; mit den argumentativen Ausführungen des Verwaltungsgerichts insoweit setzt sich der Zulassungsantrag nicht auseinander.

Soweit die Klägerin unter dem 19. Juni 2007 (F. 1.2) - nach Ablauf der Darlegungsfrist - anführt, auch Sonderverkehre und Regelverkehre seien Verkehrsleistungen, unter letzteren könne auch nach anderen Kriterien als der Trias Personenfern-, Personennah- und Güterverkehr differenziert werden, sei lediglich angemerkt: Der Begriff "Verkehrsleistung" in § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV dürfte an die Definition der Eisenbahnverkehrsleistung in § 2 Abs. 2 Satz 2 AEG - ... Beförderung von Personen oder

Gütern ... - anknüpfen. Davon ausgehend könnte einiges dafür sprechen, den Begriff „Verkehrsleistung“ im Sinne von Verkehrsart Beförderung von Personen - im Fernverkehr oder Nahverkehr - oder Beförderung von Gütern zu verstehen und das Anliegen des § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV darin zu sehen, erhöhte Kosten der einen Verkehrsart nur in die Entgelte dieser Verkehrsart einfließen zu lassen. Satz 1 des § 5 Abs. 3 EIBV, zu dem Satz 2 der Vorschrift in innerem Zusammenhang steht, ermöglicht Entgelte für die dort angeführte Infrastruktur auf der Basis von Mischkalkulationen. Nach Satz 2 dürften Verkehrsunternehmen der einen Verkehrsart auch nicht über eine Mischkalkulation mit erhöhten Kosten einer anderen Verkehrsart belastet werden können. Ein solches Verständnis passte in seiner Tendenz zur Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 3 EIBV, der den Begriff „Verkehrsleistungen“ ebenfalls enthält und nach dem eine auf eine bestimmte Verkehrsart beschränkte Investition nur dieser - und damit über die Entgelte den sie bedienenden Unternehmen - zugute kommen soll. Im Übrigen könnte das Verständnis der Klägerin zur Folge haben, dass die große Menge von Zugtrassen mit unterschiedlich hohen Kosten für die Klägerin zu einer Vielzahl unterschiedlicher Entgelte führte und die angestrebten Entgelte auf Mischkalkulationsbasis weitgehend in den Hintergrund träten. Schließlich verursacht, genau betrachtet, nicht die Verkehrsleistung, diese im Sinne der Klägerin schlicht als Beförderungsvorgang verstanden, eines unterjährig bestellten Sonderverkehrs eventuell erhöhte Kosten für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, sondern dessen nicht fristwahrende Bestellung. Die Trassennutzung als solche verursacht dem Infrastrukturunternehmen bei fristwahrender Bestellung von Regelverkehr wie bei unterjähriger Bestellung von Sonderverkehr die gleichen Kosten. Dem u. a. das Anreizsystem betreffenden Senatsbeschluss vom 26. März 2007 - 13 B 2592/06 - lässt sich die von der Klägerin vertretene Interpretation des Begriffs "Verkehrsleistung" nicht entnehmen.

Einer abschließenden Entscheidung zum Verständnis des Begriffs Verkehrsleistung i. S. d. § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV bedarf es indes nicht. Denn der von der Klägerin behauptete Bearbeitungsmehraufwand ist, wie an anderer Stelle ausgeführt, jedenfalls nicht überzeugend und nicht nachgewiesen. Kann diese weitere tatbestandliche Voraussetzung des § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV nicht festgestellt werden, scheidet die Vorschrift als sachliche Rechtfertigung der geschilderten entgeltlichen Ungleichbehandlung ohnehin aus und kommt es auf die Interpretation des Begriffs „Verkehrsleistung“ nicht an.

3. a) Eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung lässt sich, wie das Verwaltungsgericht und die Beklagte angenommen haben, auch nicht aus § 6 Abs. 2 EIBV herleiten. Das Verwaltungsgericht hat zwar zunächst Gründe dafür angeführt, dass § 6 Abs. 2 EIBV bei der Berechnung von Zu- und Abschlägen wohl nur solche Faktoren erfasse, die ihrer Art nach den beispielhaft genannten Kostenelementen entsprechen, Kosten für behaupteten Verwaltungsmehraufwand bei Sondertrassenbestellungen aber eher nicht berücksichtige. Es hat dann aber, selbst wenn ein Zuschlag wegen erhöhten Verwaltungsaufwands für Bearbeitung von unterjährigen Sonderverkehren nach § 6 Abs. 2 EIBV grundsätzlich zulässig wäre, einen sachlichen Grund für die unterschiedliche entgeltliche Behandlung letzterer Verkehre beim Zugang zur Infrastruktur verneint, weil der behauptete Mehraufwand von der Klägerin weder hinreichend dargelegt noch nachgewiesen sei. Letzteres ist nicht zu beanstanden. Die Frage nach der rechtsdogmatischen Einordnung des § 6 Abs. 2 EIBV als offener oder als einschränkender Tatbestand stellt sich nicht. Denn ein an sich unter § 6 Absätze 1 und 2 EIBV erfassbarer Kostenmehraufwand kann den Diskriminierungsvorwurf nur dann ausräumen, wenn er nachvollziehbar und überzeugend ist und den Zuschlag der Höhe nach rechtfertigt.

In dem Zusammenhang spricht die Klägerin der Regulierungsbehörde und dem Verwaltungsgericht zu Unrecht das Recht ab, ihre Behauptung von Bearbeitungsmehrkosten für unterjährige Bestellungen von Sonderverkehren auf ihre Richtigkeit prüfen zu können; einen diskriminierenden Zuschlag will sie nur dann annehmen, wenn er auf willkürlicher oder wirtschaftsfremder unternehmerischer Entscheidung beruht. Der Gestaltungsspielraum des Infrastrukturunternehmens bei der Entgeltbestimmung steht einer Prüfungsberechtigung und -verpflichtung der Behörde und der Gerichte jedoch nicht entgegen. Er bleibt unverändert, wird aber auf seine Einhaltung durch das Unternehmen überprüft. Ohne diese Kontrolle könnten etwa das Diskriminierungsverbot leer laufen oder gesetzeswidrige Entgelte verlangt werden. Selbst wenn man entgegen den obigen Ausführungen der kartellrechtlichen Sicht der Klägerin folgte, wäre ein mit Bearbeitungsmehrkosten begründeter Zuschlag bei fehlendem oder jedenfalls nicht nachgewiesenem Bearbeitungsmehraufwand für unterjährige Bestellungen von Sonderverkehren willkürlich. Insbesondere ist die Willkürgrenze aus einem weiteren Grund überschritten. Die von der Klägerin eingeräumte Absicht,

die unterjährigen Besteller von bis zu 30-tägigen Trassen für Sonderverkehr zu veranlassen, die Trassenbestellungen in der Frist des § 4 Abs. 2 Satz 1 EIBV vorzunehmen, trifft die kleinen und mittelständischen Eisenbahnverkehrsunternehmen des Güterverkehrs, die sog. ad-hoc-Verkehre betreiben und mit Konzernunternehmen der Klägerin konkurrieren. Diese Konkurrenzunternehmen sind aber, wie die Klägerin selbst betont, nicht in der Lage, derartige Verkehre für eine Berücksichtigung bei der Fahrplangestaltung fristgerecht anzumelden. Der umstrittene Zuschlag gilt zwar auch für Konzernunternehmen der Klägerin, die ad-hoc-Verkehre durchführen. Was sich jedoch bei diesen durch den anfallenden Zuschlag belastend auswirkt, stellt sich bei der Klägerin und im Konzern als Erlös dar. Die Klägerin als marktmächtiges Unternehmen nutzt auf diese Weise eine Zwangslage der Konkurrenzunternehmen aus und benachteiligt diese im Wettbewerb, ohne dass ein rechtfertigender sachlicher Grund für einen Zuschlag besteht oder dargetan ist. Das ist ein wettbewerbswidriges Ausnutzen der Marktmacht.

Die erklärte Absicht der Klägerin, die Besteller von unterjährigen Sonderverkehren zu einer fristwahrenden Bestellung und damit zur Bestellung von Regelverkehren zu veranlassen, kommt aus einem weiteren Grund als sachliche Rechtfertigung für einen Zuschlag und für die oben geschilderte Ungleichbehandlung nicht in Betracht. Die Klägerin hat selbst vorgetragen, dass das Mittel des Zuschlags insoweit erfolglos war und ist, eben weil den ad-hoc-Verkehre betreibenden Unternehmen eine fristwahrende Trassenbestellung nicht möglich ist. Ein insoweit von vornherein als unwirksam erkennbares Mittel kann eine Diskriminierung nicht rechtfertigen.

b) Die Behauptungen der Klägerin zur Bearbeitung von Bestellungen von unterjährigen Sonderverkehren, dass sie einen derartigen Bearbeitungsmehraufwand erfordern, der billigerweise eine entgeltmäßige Gleichbehandlung mit Bestellungen von Regelverkehren unzumutbar erscheinen lässt, vermögen nicht zu überzeugen.

Dagegen spricht, dass eine Trassenkonstruktion weitgehend unter Einsatz von moderner Software und Trassensuchmaschinen erfolgt, die nach Fahrplanerstellung noch verfügbaren Kapazitäten regelmäßig bekannt sind und die gewünschte Trasse im Allgemeinen nur aus den so beschränkten Möglichkeiten auszuwählen ist; der Verordnungsgeber der aktuellen EIBV 2005 hält im Übrigen ein Trassenangebot oder eine Ablehnung der Bestellung innerhalb von fünf Tagen nach Bestellung für möglich



(§ 14 Abs. 2 Satz 1 EIBV 2005), was dafür spricht, dass die Entscheidungsphase regelmäßig nicht überaus langwierig ist und nicht mit umfangreicheren Verhandlungen einhergeht. Dem gegenüber dürften Fälle ganz besonders aufwändiger Bearbeitung (§ 14 Abs. 2 Satz 2 EIBV 2005) die Ausnahme darstellen und einen generellen Zuschlag der vorliegenden Art nicht rechtfertigen.

Die Klägerin meint, hinreichend konkrete Anhaltspunkte für den ihr entstehenden Mehraufwand für unterjährige Trassenbestellungen für Sonderverkehre gegeben zu haben; das Eisenbahnrecht, wie insbesondere aus § 14 Abs. 4 AEG folge, erfordere nicht, die Mehrkosten im Einzelnen darzulegen oder zu beziffern, so lange dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine allgemeine, nicht widerlegbare Plausibilisierung des Mehraufwands und des angemessenen Mehraufwand-Zuschlag-Verhältnisses gelinge. Dem Senat wie dem Verwaltungsgericht ist jedoch aus den dargelegten Gründen ein genereller Mehraufwand bei Bearbeitung unterjähriger Trassenbestellungen für Sonderverkehre und überdies die Angemessenheit des Zuschlags nicht plausibel.

In einer solchen Situation hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen alle Erläuterungen und ggf. Nachweise zu erbringen, um dem Gericht wie zuvor der Behörde bestehende Plausibilitätsbedenken zu nehmen und die Überzeugung von dem behaupteten Mehraufwand zu verschaffen. Dazu hatte die seinerzeit zuständige Behörde der Beklagten bereits im Verwaltungsverfahren mit - weiterem - Schreiben vom 30. November 2004 u.a. um substantiierte Darstellung der Prozessabläufe bei Konstruktion einer Sondertrasse in der Praxis sowie des Personalaufwands unter Vorlage einer tabellarischen Übersicht über Einzeltätigkeiten mit jeweiligen Zeitwerten gebeten. Dem ist die Klägerin nicht wie erbeten nachgekommen. Vielmehr hat sie in Reaktion hierauf als wesentlichen Kostenfaktor den Umstand angegeben, dass Sondertrassen nur für wenige Tage bestellt und erst ab 31 Nutzungen für sie rentabel würden. Das belegt aber nicht einen Mehraufwand bei der Konstruktion der Trassen, sondern spricht nur den Erlös der Klägerin aus einer konstruierten Trasse an, der um so höher ist, je mehr sie benutzt wird und je mehr entgeltpflichtige Trassenkilometer damit verbunden sind. Die maßgeblichen objektiven Konstruktionskosten werden durch einen Bezug auf die erzielbaren Trassenkilometer nicht dargelegt. Kommt ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen seinen Pflichten zur Darlegung von Umständen, die in seiner Sphäre liegen, trotz dezidierter Aufforderung nicht nach und bietet es

keinen geeigneten Alternativnachweis, haben die Behörde und die Gerichte nicht statt seiner im Rahmen der Amtsermittlung zu erforschen, ob der behauptete Personal- und Kostenmehraufwand bei der Bearbeitung von unterjährigen Trassenbestellungen für Sonderverkehre tatsächlich vorliegt. Im Gegenteil kann sogar davon ausgegangen werden, dass der behauptete Mehraufwand nicht belegbar ist.

Nachdem die Klägerin auch im Zulassungsverfahren nicht vorgetragen hat, den behaupteten personellen Mehraufwand bei unterjährigen Trassenbestellungen für Sonderverkehre nachweisen zu wollen und zu können, sondern es im Grunde bei der bloßen Behauptung eines Mehraufwands belässt, ist nach wie vor eine sachliche Rechtfertigung für die oben dargestellte Diskriminierung nicht überzeugend dargetan und die Richtigkeit der Klageabweisung nicht erschüttert.

II. Grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) kommt der Rechtssache nicht zu. Die Klägerin hat keine den vorliegenden Einzelfall überschreitende, verallgemeinerungsfähige Frage tatsächlicher oder rechtlicher Art, die der Rechtsfortbildung und/oder -vereinheitlichung dienlich und in der Berufung klärungsbedürftig und klärungsfähig ist, dargelegt.

1. Soweit die Klägerin die sinngemäße Frage aufwirft, ob unter Verkehrsleistungen im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV nur die Verkehrsarten Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr zu verstehen sind, und eine Mischkalkulation nur innerhalb dieser Verkehrsarten zulässig ist und daher eine preisliche Differenzierung zwischen Sonderverkehr und Regelverkehr durch die genannte Vorschrift nicht erfasst wird, kommt es auf diese Frage jedenfalls nicht entscheidungserheblich an. Mangels dargelegter und nachgewiesener erhöhter Bearbeitungskosten für unterjährig bestellte Sonderverkehre scheidet § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV als sachliche Rechtfertigung aus; der Beantwortung der von der Klägerin für klärungsbedürftig gehaltenen Frage bedarf es nicht.

2. Die weitere Frage, ob sich aus den Regelbeispielen in § 6 Abs. 2 EIBV ein Verbot der Berücksichtigung solcher Kosten ergibt, die ihren Grund in dem Mehraufwand bei der Bearbeitung von Trassenbestellungen haben und keinen Zusammenhang mit der Benutzung der Infrastruktur als solcher aufweisen, stellt sich ebenfalls nicht. Das

Verwaltungsgericht hat diese Frage letztlich nicht entschieden und darauf abgestellt, dass der behauptete Mehraufwand weder dargelegt noch bewiesen sei. So stellt sich auch die Situation im Zulassungsverfahren dar. Rechtfertigte der behauptete Bearbeitungsmehraufwand grundsätzlich einen Zuschlag nach § 6 EIBV, ist der behauptete Mehraufwand aber nicht dargelegt und nicht nachgewiesen, so kann er deshalb die eingangs dargelegte entgeltliche Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen; diese bliebe diskriminierend. Fielen die behaupteten Mehrkosten bereits nicht unter den offenen Tatbestand des § 6 Abs. 2 EIBV, könnten sie ohnehin den Zuschlag nicht rechtfertigen und die Diskriminierung nicht beseitigen.

Die Frage, ob die Beklagte und demzufolge auch das Verwaltungsgericht auf der Grundlage des § 14 Abs. 3a AEG zu einer derart weitgehenden Zweckmäßigkeitsskontrolle der konkreten Entgeltgestaltung wie angenommen berechtigt ist, beantwortet sich ohne weiteres aus Sinn und Zweck des Gesetzes. Diese gehen u.a. dahin, Diskriminierungen beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur aufzudecken und "wirksam" zu unterbinden.

3. Die Frage, ob der hier streitgegenständliche Sonderverkehrszuschlag in einen (versteckten) Entgeltnachlass im Sinne des § 7 Abs. 1 u. 2 EIBV umgedeutet werden kann..., stellt sich auch nicht. Die diesbezüglichen Ausführungen des Verwaltungsgerichts, die in der Tat zu rechtlichen Zweifeln Anlass geben, dienen lediglich einer zusätzlichen Begründung der diskriminierenden Wirkung des umstrittenen Zuschlags. Ob der Zuschlag ein versteckter Entgeltnachlass im Sinne des § 7 Abs. 1 u. 2 EIBV ist oder nicht, ändert an der bereits aus anderen Gründen gegebenen diskriminierenden Wirkung des Zuschlags nichts.

Schließlich kommt den von der Klägerin aufgeworfenen Fragen auch nicht mit Blick auf eventuell noch anhängige zivilgerichtliche Streitigkeiten grundsätzliche Bedeutung zu. Eine rechtsvereinheitlichende Wirkung könnte eine Berufungsentscheidung hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen nicht haben, denn die Zivilgerichte wären an die Rechtsansichten der Verwaltungsgerichte nicht gebunden; ihnen ist eine Parallelwertung der verwaltungsrichterlichen Ansichten auch ohne eine Berufungsentscheidung anhand der vorliegenden Entscheidung über die Nichtzulassung der Berufung möglich.

Schließlich steht der grundsätzlichen Bedeutung der von der Klägerin aufgeworfenen Fragen entgegen, dass diese ausgelaufenes Recht nach dem AEG 1993 und der EIBV 1997 betreffen und ihre Beantwortung keine Bedeutung für die Anwendung des aktuellen Rechts in vergleichbaren Streitfällen hätte. Zwar finden sich eine mit der im vorliegenden Fall von der Behörde angewendeten Ermächtigungsgrundlage vergleichbare Vorschrift in § 14c Abs. 1 AEG 2005 und ein vergleichbares Diskriminierungsverbot bezüglich des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG 2005, doch sind die aktuellen Entgeltgrundsätze andere. Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtsgrundlagen für Entgeltzuschläge gibt es in der EIBV 2005 so nicht mehr. Die aktuellen Entgeltgrundsätze finden sich in § 21 EIBV 2005, wobei Absatz 6 Satz 1 das Gebot einer gleichen Entgeltberechnungsweise gegenüber jedem Zugangsberechtigten aufstellt. Der Gelegenheitsverkehr ist in § 14 EIBV 2005 geregelt, ohne dass die Entgeltgrundsätze den Gelegenheitsverkehr aufgreifen und Grundlagen für Zuschläge bieten. Hieraus folgt, dass eventuelle Bearbeitungsmehrkosten für Sondertrassenbestellungen nach aktuellem Recht nicht zuschlagsfähig sein dürften. Demgemäß tauchen Zuschläge für Sonderverkehre im aktuellen modularen Trassenpreissystem, Liste der Entgelte, auch nicht mehr auf.

III. Der Zulassungsgrund der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeit (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) liegt nicht vor.

Die Rechtssache weist mit Blick auf die entscheidungserheblichen Erwägungen, insbesondere darauf, dass die behaupteten Mehrkosten für unterjährige Trassenbestellungen für Sonderverkehre von der Klägerin weder dargelegt noch nachgewiesen sind, kein das normale Schwierigkeitsmaß eisenbahnrechtlicher Streitigkeiten überschreitendes Niveau auf. Die Frage nach den Voraussetzungen für einen Diskriminierungsvorwurf sind in der Rechtsprechung des Gerichts geklärt; entscheidungserhebliche Rechtsfragen, die nicht bereits ohne weiteres aus dem Gesetz zu beantworten sind, stellen sich nicht; Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht sind nicht erkennbar.

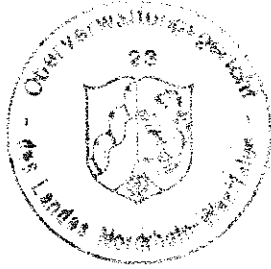
Die Nebenentscheidungen folgen aus § 154 Abs. 2 VwGO und §§ 47 Abs. 1 u. 3, 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Dr. Lau

Anlauf

Pentermann



Ausgefertigt

am 04. SEP. 2007

*[Handwritten signature]*

Vorsitzungsmitglied  
des Verwaltungsausschusses