



Beschlusskammer 10

BK10-19-0029\_E

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund der Beschwerde

des [REDACTED]  
vertreten durch die Geschäftsführung,

Beschwerdeführer,

g e g e n

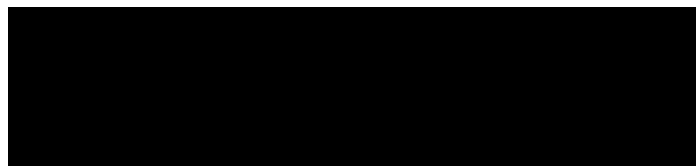
die DB Netz AG, Theodor-Heuss-Allee 7, 60486 Frankfurt am Main,  
vertreten durch den Vorstand,

Beschwerdegegnerin,

vom 19.02.2019 betreffend die Entgelte für die Nutzung der Schienenwege in den Netzfahrplanperioden [REDACTED] bis [REDACTED] soweit diese anhand von Regionalfaktoren berechnet wurden,

– Verfahrensbevollmächtigte

des Beschwerdeführers:



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

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,  
den Beisitzer Tobias Bühlmeier und  
den Beisitzer Wolfram Krick

auf die mündliche Verhandlung vom 07.05.2019

am 11.10.2019

beschlossen:

1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers wird als unzulässig verworfen.
2. Ein Verfahren von Amts wegen zum Erlass von Maßnahmen, die der von dem Beschwerdeführer geltend gemachten Beschwer abhelfen sollen, wird nicht eingeleitet.

## Inhaltsverzeichnis

I	Sachverhalt .....	5
II	Gründe .....	12
II.1	Anwendbares Recht .....	12
II.1.1	Keine Fortgeltung alten Rechts aufgrund abdrängender Übergangsvorschriften .....	12
II.1.2	Kein Vertrauensschutz in die Fortgeltung alter Ermächtigungsgrundlagen .....	15
II.2	Beschwerdeverfahren (Ziffer 1. des Tenors) .....	17
II.2.1	Auslegung der Anträge .....	17
II.2.2	Zulässigkeit der Beschwerde .....	18
II.2.2.1	Zuständigkeit und Verfahren .....	18
II.2.2.2	Zulässigkeit der auf eine Ungültigerklärung gerichteten Anträge im Übrigen .....	19
II.2.2.2.1	Kein tauglicher Verfahrensgegenstand .....	19
II.2.2.2.1.1	Regelung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens .....	19
II.2.2.2.1.2	Regelung noch beendbar .....	21
II.2.2.2.2	Rechtsfolgen nicht von Ermächtigungsgrundlage gedeckt .....	22
II.2.2.2.2.1	Entscheidung erga omnes .....	22
II.2.2.2.2.2	Keine Ermächtigungsgrundlage mit Wirkung für die Vergangenheit .....	23
II.2.2.2.2.3	Auslegung der ERegG-Ermächtigungsgrundlagen .....	23
II.2.2.2.2.3.1	Wörtliche Auslegung .....	24
II.2.2.2.2.3.2	Historische Auslegung .....	25
II.2.2.2.2.3.2.1	Ursprung im Richtlinienrecht .....	25
II.2.2.2.2.3.2.2	Die Regelungen des AEG a. F. .....	27
II.2.2.2.2.3.2.3	Die Gesetzgebungsmaterialien zum ERegG .....	28
II.2.2.2.2.3.2.4	Materialien zum § 68 Abs. 3 ERegG .....	29
II.2.2.2.2.3.2.5	Materialien zum § 68 Abs. 2 ERegG .....	30
II.2.2.2.2.3.3	Zwischenergebnis .....	31
II.2.2.2.2.3.4	Systematische Auslegung .....	32

II.2.2.2.3.4.1	Verhältnis zu Unterrichts- und Genehmigungsverfahren .	32
II.2.2.2.3.4.2	Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten .....	34
II.2.2.2.3.5	Zwischenfazit zur Auslegung nach Wortlaut, Historie und Systematik .....	35
II.2.2.2.3.6	Teleologische Auslegung .....	35
II.2.2.2.3.6.1	Unionsrechtliche Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität .....	35
II.2.2.2.3.6.2	Anforderungen der Rechtsweggarantie .....	40
II.2.2.2.3.6.2.1	Adäquater Rechtsweg stand zur Verfügung .....	41
II.2.2.2.3.6.2.2	Tatsächlich wurde Rechtsschutz gewährt.....	43
II.2.2.2.3.6.2.3	Gerichte haben Rechtsweg anerkannt .....	43
II.2.2.2.3.6.2.4	Keine Vertrauenstatbestände geschaffen.....	44
II.2.2.2.3.7	Ergebnis.....	47
II.2.2.2.3	Ermächtigungsgrundlagen des AEG a. F.....	48
II.2.2.3	Zulässigkeit des auf Rückzahlung von Entgelten gerichteten Antrages im Übrigen .....	48
II.2.2.4	Zulässigkeit des Feststellungsantrages, dass Entgelte rechtswidrig waren im Übrigen .....	48
II.2.2.5	Zulässigkeit des Antrages Feststellung der Wirksamkeit des Bescheides der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010 .....	49
II.2.2.6	Ergebnis zur Zulässigkeit der Beschwerde.....	49
II.3	Amtswegiges Verfahren (Ziffer 2. des Tenors) .....	49
III	Hinweis zu Kosten.....	51
	Rechtsbehelfsbelehrung.....	51

## I Sachverhalt

Der Beschwerdeführer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. [REDACTED]

[REDACTED] Der Beschwerdeführer übernimmt die Aufgabenträgerschaft für den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) im Gebiet seiner Verbandsmitglieder. Als SPNV-Aufgabenträger ist er für Planung, Organisation und Ausgestaltung des SPNV im Verbandsgebiet zuständig. Die von ihm vertraglich beauftragten Eisenbahnverkehrsunternehmen nutzen für die Erbringung der Verkehrsleistungen die Eisenbahninfrastruktur von Konzerntöchtern der Deutschen Bahn AG, insbesondere das Schienennetz der Beschwerdegegnerin sowie die Personenbahnhöfe der DB Station&Service AG. Der Beschwerdeführer finanziert neben der eigentlichen Verkehrsleistung auch die Kosten der Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Infrastrukturnutzung (sogenannte Durchreichung der Infrastrukturnutzungsentgelte). Somit trägt der Beschwerdeführer die wirtschaftlichen Lasten, die infolge der Nutzung der Eisenbahninfrastruktur unter anderem der Beschwerdegegnerin durch die beauftragten Eisenbahnverkehrsunternehmen entstehen.

Die Beschwerdegegnerin gehört zum Konzern der Deutschen Bahn AG. Sie betreibt das mit Abstand größte Schienennetz in der Bundesrepublik Deutschland. Für die Nutzung ihrer Schienenwege erhebt sie Entgelte. Die Entgelte (Trassenpreise) werden auf Basis der Entgeltgrundsätze in den jeweils gültigen Schienennetz-Nutzungsbedingungen (SNB) einschließlich der jeweils gültigen Entgeltliste erhoben.

Die Beschwerdegegnerin schließt mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen regelmäßig sogenannte Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge (G-INV) ab. In diesen wird das allgemeine Vertragsverhältnis geregelt. Unter anderem regeln die Verträge, dass sich das im Einzelnen zu entrichtende Entgelt aus der jeweils gültigen Trassenpreisliste der Beschwerdegegnerin ergebe. Darüber hinaus werden im Hinblick auf die einzelnen beantragten Nutzungen Einzelnutzungsverträge (ENV) abgeschlossen.

Das Trassenpreissystem (TPS) der Beschwerdegegnerin war in den vergangenen Jahren durch einen kontinuierlichen Wandel geprägt. Neben regelmäßigen Anpassungen der Entgelthöhen kam es in einigen Fällen auch zu Veränderungen in Bezug auf die Entgeltsystematik, anhand der die Bepreisung der Infrastrukturnutzung differenziert wird (Entgeltgrundsätze). Sowohl die Entgelthöhen als auch die Entgeltgrundsätze unterlagen der Vorabprüfung durch die Regulierungsbehörde, der im Falle rechtswidriger Regelungen ein Widerspruchsrecht zustand. Erst mit Änderung der Rechtslage im Jahr 2016 – also außerhalb des hier relevanten Streitgegenstandes – wurden Entgelthöhen und Entgeltgrundsätze genehmigungspflichtig.

Bestandteile des TPS, deren Einführung nicht widersprochen wurde, waren u. a. die sogenannten Regionalfaktoren, welche die Beschwerdegegnerin zum 01.01.2003 einführte. Das TPS hatte einen modularen Aufbau, der von einem kategorisierten Grundpreis je Strecke ausging. Je nach gewähltem Trassenprodukt wurde dieser Grundpreis mit einem bestimmten Faktor multipliziert. Darüber hinaus konnten auf den Trassenpreis (Streckenategorie x Produktfaktor) „sonstige Entgeltkomponenten“ als Faktor aufgeschlagen werden. Hierzu zählten u. a. die 40 Regionalfaktoren.

Gemäß dem Regelwerk der Beschwerdegegnerin erfolgte die Erhebung der Regionalfaktoren ausschließlich auf regionalen Strecken, die hauptsächlich vom SPNV genutzt wurden. Die Faktoren sollten nach Angaben der Beschwerdegegnerin eine vermeintliche Kostenunterdeckung der regionalen Strecken ausgleichen. Den Aufgabenträgern wurde angeboten, durch Mehrbestellungen und/oder durch die Bereitstellung von Fördermitteln (verhandelbaren) Einfluss auf die Höhe des jeweiligen Regionalfaktors zu nehmen. Für den Fall von Minderbestellungen oder Reduzierung von Zuschüssen kündigte die Beschwerdegegnerin eine Erhöhung der Regionalfaktoren an.

Betroffen waren rund 14.000 km des insgesamt knapp 34.000 km umfassenden Schienennetzes. Auf den nach dem o. g. Kriterienkatalog abgegrenzten Regionalnetzstrecken wurden ca. 105 Mio. Zugkilometer (Zug-km) gefahren.<sup>1</sup> Bei einer Gesamtbetriebsleistung auf den Strecken der Beschwerdegegnerin von 1.038 Mio. Zug-km entsprach der Anteil der vom Regionalfaktor betroffenen Betriebsleistung folglich etwa 10 %.

Die Höhe der Regionalfaktorenschwankte je nach Regionalbereich zwischen Werten um 1,00 (neutraler Faktor) und 1,91. Die genaue Höhe der Regionalfaktoren war einer Tabelle zu entnehmen, die in der Liste der Entgelte für Trassen, Neben- und Zusatzleistungen der Beschwerdegegnerin dargestellt war. In dieser Tabelle wurde bestimmten Regionalnetzen ein Faktor zugewiesen.

Seit seiner Einführung wurden die Regionalfaktoren von den Marktteilnehmern kritisiert,<sup>2</sup> die eine Überprüfung durch die Bundesnetzagentur forderten. Die Bundesnetzagentur leitete u. a. auch deshalb mit Schreiben vom 01.02.2008 unter dem Geschäftszeichen 10.050-F-07-607 ein entsprechendes Verfahren ein. Gegenstand des von Amts wegen eröffneten Verfahrens war die Überprüfung des Trassenpreissystems gemäß § 14f Abs. 1 AEG a. F im Allgemeinen. Im Besonderen standen dabei jedoch gerade auch die Regionalfaktoren im Fokus der Überprüfung.

Parallel wurde die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 17.03.2008 über die Einleitung einer gesonderten Überprüfung des Regionalfaktors *der Höhe nach* unter dem Geschäftszeichen 10.010-F-08-801 in Kenntnis gesetzt. Das Augenmerk der Überprüfung konzentrierte sich hierbei auf die Kosten-Erlös-Situation ausgewählter Regionalnetze sowie der Verteilung der Regionalfaktoreinnahmen auf die einzelnen Verkehre, um mögliche diskriminierende Wirkungen für den Wettbewerb zu ermitteln. In diesem Zusammenhang bat die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 06.10.2008 die Bundesländer um Stellungnahme zu der Anwendung und Berechnung des Regionalfaktors auf ihren SPNV-Strecken. Die Bundesländer beschrieben und bewerteten hierauf umfassend die Einführung der Regionalfaktoren auf ihren Strecken.

Das von der Beschwerdegegnerin im Schreiben vom 21.05.2008 übersandte Zahlenmaterial ließ erkennen, dass sich die Regionalfaktoren regelmäßig nicht (mehr) vollumfänglich mit der entsprechenden Kosten- und Erlössituation der jeweiligen Regionalnetzstrecken erklären ließen.

Für die Netzfahrplanperiode 2009/2010 senkte die Beschwerdegegnerin erstmals zehn Regionalfaktoren ab. In sieben von zehn Fällen erfolgte die Absenkung auf einen Regionalfaktor von 1,0. Für eine abschließende Bewertung, inwieweit die erfolgten sowie geplanten Absenkungen der Regionalfaktoren hinreichend gewesen wären, um die tatsächliche Kostensituation in den jeweiligen Regionalnetzen widerzuspiegeln, hätte es einer detaillierteren Prüfung der einzelnen Regionalnetze bedurft. Die Bundesnetzagentur entschloss sich jedoch, den Fokus der Prüfung auf die Rechtmäßigkeit der Regionalfaktoren *dem Grunde nach* zu legen. Maßgebend hierfür war, dass weitere interne Ermittlungen den Verdacht einer diskriminierenden Preisbildung erhärteten. Hieraus entstand die Überlegung, dass selbst wenn es der Bundesnetzagentur in einer weiteren Prüfungsrunde gelänge, eine Diskrepanz zwischen Faktorhöhe einerseits und den Regionalnetzkosten sowie den Einnahmen aus Bestellerentgelten und Länderzuschüssen andererseits festzustellen, die daraufhin angeordnete Anpassung eine ggf. diskriminierende Preisdifferenzierung mittels des Regionalfaktors perpetuieren würde.

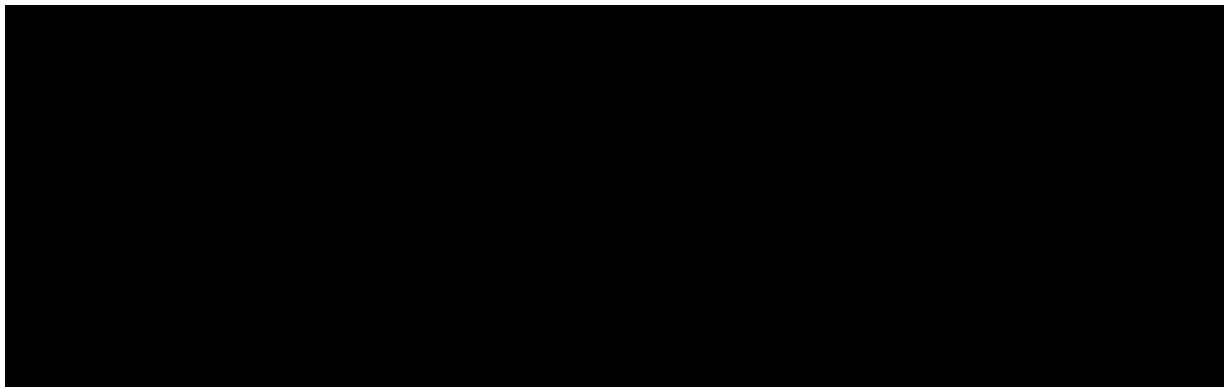
---

<sup>1</sup> So im Jahr 2007.

<sup>2</sup> Vgl. Moy, S. 5 ff., Engel, S. 11 ff in: derFahrgast 2002; Werner (kcw GmbH), Vortrag im Rahmen der Fachgespräche zur Eisenbahnregulierung in Remagen, Juni 2008.

Die Bundesnetzagentur überführte die bislang im Rahmen des Verfahrens zur allgemeinen Überprüfung des TPS erfolgte Untersuchung der Regionalfaktoren in ein eigenständiges Verfahren mit dem Aktenzeichen 10.001-65. Mit Bescheid vom 05.03.2010 erklärte die Bundesnetzagentur die Regelungen über die Erhebung der Regionalfaktoren in Ziffer 6.2.3.1 der SNB 2010 zum Ende der Netzfahrplanperiode 2009/2010 für ungültig. Die Beschwerdegegnerin legte mit Schreiben vom 19.03.2010 Widerspruch gegen diese Entscheidung ein.

Zur Vermeidung langwieriger Gerichtsverfahren und damit einhergehender Marktunsicherheiten vereinbarten Regulierungsbehörde und Beschwerdegegnerin am 30.07.2010 in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, dass die Regionalfaktoren ab dem 11.12.2011 nicht mehr erhoben würden (Streichung der Ziffer 6.2.3.1 SNB) und dass ausgewählte Regionalfaktoren ab dem 12.12.2010 nur noch in reduzierter Höhe erhoben würden. Mit diesem Vertrag wurde das Verwaltungsverfahren beendet.



Unterdessen hatte sich das Landgericht Berlin mit einem ähnlichen Fall befasst. Es schloss sich jedoch nicht der bis dahin gängigen Rechtsprechung der Zivilgerichte an, denen zufolge eisenbahnregulierungsrechtliche Kontrollmechanismen einer zivilrechtlichen Billigkeitsprüfung von Entgelten anhand des § 315 BGB nicht entgegenstünden, sondern legte zunächst dem Europäischen Gerichtshof mit Beschluss vom 03.09.2015 (Geschäftsnummer 20 O 203/14) sieben Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung (ABl. L 75/29 vom 15.03.2001) vor.

Der Europäische Gerichtshof entschied auf die Vorlage durch das Landgericht Berlin, dass es nicht mit Unionsrecht vereinbar sei, wenn die Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft und gegebenenfalls unabhängig von der nationalen Regulierungsbehörde abgeändert werden könnten (EuGH, Urteil C-489/15 vom 09.11.2017). Dem Urteil zufolge komme die Erstattung von Entgelten nach den Vorschriften des Zivilrechts nur in Betracht, wenn die Unvereinbarkeit des Entgelts mit der Regelung über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuvor von der Regulierungsstelle oder von einem Gericht, das die Entscheidung dieser Stelle überprüft habe, im Einklang mit den Vorschriften des nationalen Rechts festgestellt worden sei und der Anspruch auf Erstattung Gegenstand einer Klage vor den nationalen Zivilgerichten sein könne und nicht der in der genannten Regelung vorgesehene Klage (Rz. 97). Dafür sprächen eine Reihe von Gründen, so namentlich die Gefahr widersprüchlicher Ergebnisse bei paralleler Anwendung von Billigkeitskontrolle und Eisenbahnrecht (Rz. 75), die mit der Billigkeitskontrolle verbundene Einengung des Infrastrukturbetreibers (Rz. 81), der Eingriff in ausschließliche Rechte der Regulierungsstelle (Rz. 86), die Gefahr divergierender zivilgerichtlicher Entscheidungen (Rz. 88), die Umgehung der erforderlichen Erga-omnes-Wirkung von Entgeltentscheidungen (Rz. 94), der drohende Ausschluss der Regulierungsstelle aus Güteverhandlungen (Rz. 98 f.) sowie die fehlende Berücksichtigung eisenbahnrechtlicher Vorgaben etwa zur Bildung von Stornierungsentgelten bei der Billigkeitskontrolle (Rz. 100). Angesichts dieses Urteils wurde das Vorabentscheidungsersuchen seitens des Bundesgerichtshofes nicht aufrechterhalten

und die Rechtssache daraufhin im Register des Europäischen Gerichtshofs gestrichen (vgl. EuGH, Beschluss C-344/16 vom 23.01.2018). Der Beschwerdeführer hat dieses Urteil zum Anlass genommen, bei der Regulierungsbehörde eine Ungültigkeitserklärung bezüglich Nutzungsbedingungen und Entgeltlisten der Beschwerdegegnerin bzw. die Feststellung ihrer Ungültigkeit sowie die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Rückzahlung näher bezeichneter Entgelte zu beantragen. Nach Eingang des Beschwerdeschreibens vom 18.02.2019 bei der Bundesnetzagentur am 19.02.2019 hat die Beschlusskammer 10 unter dem Geschäftszeichen BK10-19-0029\_E ein Beschwerdeverfahren eröffnet und die Einleitung am 22.03.2019 auf ihrer Internetseite ([www.bnetza.de](http://www.bnetza.de)) veröffentlicht. Mit Schreiben vom 04.04.2019 hat die Bundesnetzagentur die Beschwerdegegnerin über den Antrag des Beschwerdeführers und die Verfahrenseinleitung informiert und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

In der Folge hat die Bundesnetzagentur eine sogenannte geschlossene Benutzergruppe eingerichtet, zu der sich die Verfahrensbeteiligten bzw. deren Verfahrensbevollmächtigte anmelden konnten. Die Bundesnetzagentur hat dort verfahrensrelevante Unterlagen in elektronischer Form eingestellt. Sie können seitdem von den Berechtigten abgerufen werden, wobei die Dokumente zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen teilweise geschwärzt sind.

Darüber hinaus hat die Beschlusskammer die Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 12.03.2019 auf neuere Rechtsprechung hingewiesen, die im Verlauf des Verfahrens ergangen war und Berührungspunkte zu den entscheidungserheblichen Rechtsfragen aufwies. Im Einzelnen ist den Verfahrensbeteiligten der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 29.01.2019 (KZR 12/15) und ein Beschluss des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 01.03.2019 (13 B 1349/18) übermittelt und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Am 07.05.2019 hat eine öffentliche mündliche Verhandlung zur Zulässigkeit der Anträge stattgefunden. Diese hat, da inzwischen eine Vielzahl weiterer Anträge auf Überprüfung von in der Vergangenheit liegenden Entgelten eingegangen war, insgesamt 28 Verfahren betroffen.<sup>3</sup> Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll Bezug genommen, das am 18.06.2019 in die GBG eingestellt wurde.

Die Beschlusskammer hat den Verfahrensbeteiligten nach der am 07.05.2019 abgehaltenen Verhandlung am 15.05.2019 die Agenda der mündlichen Verhandlung nebst Fundstellenverzeichnis zur Verfügung gestellt sowie Gelegenheit zur abschließenden Stellungnahme bis zum 07.06.2019 gegeben. Diese Frist hat sie am 17.05.2019 bis zum 21.06.2019 verlängert. Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Beschwerdegegnerin haben von dieser Möglichkeit jeweils mit Schreiben vom 19.06.2019 Gebrauch gemacht.

In ihrem Vortrag skizziert der Beschwerdeführer zunächst die Rollen der Beteiligten, erinnert sodann an Beanstandungen des TPS der Beschwerdegegnerin sowohl durch die Regulierungsbehörde als auch durch die Zivilgerichte und zeigt auf, aus welchen Gründen die Anwendung der Regionalfaktoren nicht mit zum fraglichen Zeitpunkt geltendem Recht vereinbar gewesen sei.

---

<sup>3</sup> Neben dem hiesigen Verfahren hat sich die Verhandlung auf die Verfahren mit den Geschäftszeichen BK10-17-0479\_E, BK10-18-0022\_E, BK10-18-0031, BK10-18-0038\_E, BK10-18-0094\_E, BK10-18-0263\_E, BK10-18-0264\_E, BK10-18-0265\_E, BK10-18-0266\_E, BK10-18-0267\_E, BK10-18-0268\_E, BK10-18-0269\_E, BK10-18-0270\_E, BK10-18-0271\_E, BK10-18-0272\_E, BK10-18-0273\_E, BK10-18-0274\_E, BK10-18-0275\_E, BK10-18-0276\_E, BK10-18-0277\_E, BK10-19-0011\_E, BK10-19-0023\_E, BK10-19-0024\_E, BK10-19-0025\_E, BK10-19-0033\_E, BK10-19-0034\_E und BK10-19-0036\_E bezogen.

Im Hinblick auf die Rechtslage trägt er vor, die Beschwerde sei zulässig. Die bislang bewältigten Rückforderungen müssten von der Bundesnetzagentur umfassend geprüft und gewährleistet werden können, da andernfalls dem Rechtsschutzbedürfnis der Zugangsberechtigten, das auch der Europäische Gerichtshof erkannt habe, entgegen verfassungsrechtlicher Grundsätze nicht genügt würde. Zudem bestärke der Vergleich mit dem kartellrechtlichen „private enforcement“ in der mündlichen Verhandlung vor dem Europäischen Gerichtshof die Auffassung, dieser habe in Rn. 97 seines Urteils an eine Vergangenheitsbewältigung gedacht. Da die Europäische Kommission die Pflicht zum behördlichen Einschreiten aufgrund von Artikel 30 der Richtlinie 2001/14/EG bestätigt habe, gelte gleiches auch für Artikel 56 der Richtlinie 2012/34/EU. Der Europäische Gerichtshof sei in seinem Urteil offensichtlich davon ausgegangen, dass die Regulierungsbehörde über die entsprechenden Befugnisse verfüge. Ansonsten wäre auch die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch nicht mehr möglich.

Die Befugnisse ergeben sich dem Beschwerdeführer zufolge aus den §§ 66 und 68 ERegG. Aus § 66 Abs. 4 ERegG müsse sich eine Überprüfungsbefugnis für die Vergangenheit herleiten lassen, da zum einen der Wortlaut „insbesondere“ anzeige, dass die Regelung nicht abschließend sei, und da zum anderen die Tatbestandsvariante „zu zahlen hat“ auf eine frühere Leistungserbringung hindeute. § 66 Abs. 1 ERegG sei als Auffangtatbestand zur Gewährleistung sämtlicher Befugnisse anzusehen, die nach der Richtlinie 2012/34/EU erforderlich sind. Ebenso sei auch § 68 Abs. 2 ERegG zu verstehen, da diese Vorschrift ausdrücklich an § 66 Abs. 1 ERegG anknüpfe. Für § 68 Abs. 1 ERegG gelte schließlich nichts anderes, da dort keine Beschränkungen der Abhilfemaßnahmen erkennbar seien. Die Bundesnetzagentur sei damit befugt, Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Rückzahlung rechtswidrig erhobener Entgelte, ggf. mit der Wirkung „erga omnes“, zu verpflichten.

Ferner trägt der Beschwerdeführer vor, die Beschwerde sei auch begründet, da die Regionalfaktoren gegen das Eisenbahnrecht verstießen, weil sie sich nicht mit besonderen Kosten des SPNV rechtfertigen ließen, kein sachlicher Grund für deren Beschränkung auf bestimmte Strecken ersichtlich sei und keine kosten- oder erlösbezogenen oder aus der Marktsituation abzuleitenden Gründe für die verschiedenen Faktorhöhen vorhanden seien. Außerdem liege ein Preishöhenmissbrauch vor, da sich das TPS weder an den Kosten orientiere noch Kostensenkungspotenziale gehoben würden. Die Regionalfaktoren seien systemwidrig, die übrige Kategorisierung werde mit ihnen durchbrochen, das System dadurch inkonsequent. Im Übrigen wird die Rechtswidrigkeit der Regionalfaktoren aus dem Bescheid der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010 abgeleitet.

Der Beschwerdeführer beantragt

1. die Unwirksamkeitserklärung von Nutzungsbedingungen und Entgeltlisten bzw. die Feststellung dieser Unwirksamkeit.

Im Einzelnen beantragt er

- a. festzustellen, dass der Bescheid der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010 wirksam ist, dass die von der Beschwerdegegnerin in den Netzfahrplanperioden [REDACTED] bis [REDACTED] erhobenen „Regionalfaktoren“ in dem darin festgestellten Umfang eisenbahnrechtswidrig waren und dass die entsprechenden SNB und Entgeltlisten, soweit sie die Erhebung von „Regionalfaktoren“ für Trassennutzungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV betreffen, ungültig sind,
- b. festzustellen, dass die seitens der Beschwerdegegnerin von Anfang [REDACTED] bis Anfang [REDACTED] für die Trassennutzungen auf den Strecken [REDACTED]

- [REDACTED]

- [REDACTED]  
 von der DB Regio AG vereinnahmten Entgelte rechtswidrig und mindestens in Höhe von [REDACTED] Euro überhöht waren,

- c. festzustellen, dass die seitens der Beschwerdegegnerin von Anfang [REDACTED] bis Anfang [REDACTED] für die Trassennutzungen auf den Strecken

- [REDACTED]  
 - [REDACTED]  
 von der DB Regio AG vereinnahmten Entgelte rechtswidrig und mindestens in Höhe von [REDACTED] Euro überhöht waren,

- d. festzustellen, dass die seitens der Beschwerdegegnerin von Anfang [REDACTED] bis Anfang [REDACTED] für die Trassennutzungen auf den Strecken

- [REDACTED]  
 - [REDACTED]  
 von der DB Regio AG vereinnahmten Entgelte rechtswidrig und mindestens in Höhe von [REDACTED] Euro überhöht waren,

hilfsweise zu a.

- e. die von der Beschwerdegegnerin in den Netzfahrplanperioden [REDACTED] bis [REDACTED] verwendeten jeweiligen SNB und Entgeltlisten auch mit Wirkung für die Vergangenheit mindestens insoweit für unwirksam zu erklären, wie sie die Erhebung von „Regionalfaktoren“ für Trassennutzungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV betreffen,

2. die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, an den Beschwerdeführer [REDACTED] Euro zu zahlen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung trägt die Beschwerdegegnerin vor, auf die Ungültigkeit der Entgeltlisten gerichtete nachträgliche Beschwerden seien unzulässig, da § 14f AEG a. F, auf den es vorliegend ankomme, keinen Anspruch begründe und da alle Antrags- bzw. Beschwerderechte durch Zeitablauf verwirkt worden seien. Hilfsweise hat sie vorgetragen, dass sich auch aus dem Eisenbahnregulierungsgesetz kein entsprechender Anspruch ableiten lasse, weder aus § 66 Abs. 4 noch aus § 68 Abs. 1 und 2 ERegG, und dass – da kein zwingender Grund des Gemeinwohls als Rechtfertigung vorliege – diesen Normen keine echte Rückwirkung zukomme.

Weiter trägt die Beschwerdegegnerin vor, dass auch der Feststellungsantrag des Beschwerdeführers unzulässig sei, da neben den bereits vorgebrachten Einwänden es diesem an dem nötigen Feststellungsinteresse mangle. Dieser Mangel lasse sich daraus ableiten, dass der Beschwerdeführer in der Vergangenheit keine Beschwerde bei der Bundesnetzagentur eingereicht habe.

Ferner sei, auch in Ansehung des Urteils des EuGH vom 09.11.2017, die Richtlinie 2001/14/EG nicht so auszulegen, dass die Regulierungsbehörde auch Sachverhalte aus der Vergangenheit auf ihre Vereinbarkeit mit eisenbahnrechtlichen Vorschriften zu prüfen habe.

Die Zulässigkeit ergebe sich auch nicht daraus, dass die Bundesnetzagentur die Zugangsberechtigten in der Vergangenheit auf den Zivilrechtsweg verwiesen habe, den der Europäische Gerichtshof später als den falschen Weg identifiziert habe.

Schließlich sei auch der Antrag auf Rückzahlung von Entgelten unzulässig, da die Bundesnetzagentur für die Entscheidung über Rückzahlungsansprüche nicht zuständig sei. Dies sei vielmehr unabhängigen, dem Gesetz unterworfenen Gerichten vorbehalten. Daher sei auch ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG nicht möglich.

Der Eisenbahninfrastrukturbeirat bei der Bundesnetzagentur ist in der Sitzung am 24.06.2019 über die von der Beschlusskammer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 07.05.2019 vertretene Auffassung in Kenntnis gesetzt worden.

Dem Bundeskartellamt ist mit E-Mail vom 24.09.2019 ein Musterentwurf für einen verfahrensabschließenden Beschluss übersandt worden. Das Amt hat mit E-Mail vom 01.10.2019 mitgeteilt, von einer Stellungnahme abzusehen.

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

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. sowie auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

## II Gründe

Die Beschwerde des Beschwerdeführers wird als unzulässig verworfen (hierzu unter Ziffer II.2). Die Einleitung eines Verfahrens auf amtswegige Überprüfung wird abgelehnt, weil auch dieses unzulässig wäre (hierzu unter Ziffer II.3). Vorgängig ist festzuhalten, dass für die Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragen die materiellen Regelungen des AEG a. F. und die Ermächtigungs- und Verfahrensvorschriften des ERegG maßgeblich sind (hierzu unter Ziffer II.1).

### II.1 Anwendbares Recht

Für die Entscheidung über die Beschwerden und Anregungen des Beschwerdeführers sind die materiellen Regelungen des AEG a. F. und die Ermächtigungs- und Verfahrensvorschriften des ERegG heranzuziehen.

Im Verfahren blieb unstreitig, dass sich die materiellen Prüfungsmaßstäbe, an denen die verfahrensgegenständlichen Entgelte hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Eisenbahnrecht zu messen wären, aus dem im Geltungszeitraum der Entgelte jeweils geltenden Recht ergeben, mithin dem Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG), das zwischen dem 30.04.2005 und dem 01.09.2016 in seiner jeweils gültigen Fassung die Vorschriften zur Regulierung von Zugangsentgelten enthielt (im Folgenden als AEG a. F. bezeichnet), und der am 02.09.2016 außer Kraft getretenen Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV).

Nach Auffassung der Beschlusskammer gründen dagegen die streitentscheidenden Ermächtigungs- und Verfahrensnormen auf dem zum 02.09.2016 in Kraft getretenen ERegG. Nach den Grundsätzen des intertemporalen Verwaltungsrechts sind mit der Außerkraftsetzung des AEG a. F. und mit der Inkraftsetzung des ERegG zum 02.09.2016 von der Verwaltungsbehörde grundsätzlich die neuen Vorschriften anzuwenden. Etwas Anderes ergäbe sich nur, wenn und soweit aus dem neuen Recht abdrängende Übergangsregeln folgten, die die fortbestehende Anwendbarkeit von Ermächtigungsvorschriften aus dem AEG a. F. auf Beschwerde- und Amtsverfahren mit AEG-Bezug anordneten, oder aber die Fortgeltung des alten Rechts aus Gründen des Vertrauensschutzes geboten wäre (vgl. zum intertemporalen Verwaltungsrecht: BVerfG, Beschluss 2 BvR 1339/06 vom 08.12.2006, Rz. 22 ff., BVerwG, Urteil 1 C 21/16 vom 25.10.2017, Rz. 18 ff., *Kopp*, Grundsätze des intertemporalen Verwaltungsrechts, SGB 1993, 595 ff.).

Im vorliegenden Fall sind der Beschlusskammer indes keine abdrängenden Sondervorschriften des ERegG erkennbar (dazu unter Ziffer II.1.1). Es sprechen auch keine Gründe des Vertrauensschutzes für die Anwendung des alten Rechts (dazu unter Ziffer II.1.2).

Es kann allerdings am Ende dahinstehen, ob die Ermächtigungs- und Verfahrensnormen des ERegG oder die Vorschriften des zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der verfahrensgegenständlichen Entgelte geltenden früheren Rechts vorliegend Anwendung zu finden haben. Denn nicht nur nach den Vorschriften des ERegG, sondern auch nach denen des AEG a. F. und der EIBV erweisen sich die Beschwerden und auch die Durchführung eines amtswegigen Verfahrens als unzulässig (hierzu ergänzend unter Ziffer II.2.2.2.3 sowie unter Ziffer II.3).

#### II.1.1 Keine Fortgeltung alten Rechts aufgrund abdrängender Übergangsvorschriften

Es finden sich im ERegG keine abdrängenden Übergangsvorschriften, nach denen auf Grundlage des AEG a. F. nach dem 02.09.2016 Beschwerde- oder Amtsverfahren gegen vor diesem Datum geltende Entgeltregelungen zu führen wären. Dieses Ergebnis erstaunt insofern nicht, als – wie weiter unten in Ziffer II.2.2.2.3 gezeigt werden wird – dem Gesetzgeber weder für das AEG noch für das ERegG überhaupt die Möglichkeit einer rückwirkenden Anwendung von Beschwerde- oder Amtsverfahren gegen nicht-genehmigungspflichtige Entgel-

te vor Augen stand. Im Gesetzgebungsverfahren kam somit die Frage nach möglichen diesbezüglichen Übergangsregelungen gar nicht erst auf. Dementsprechend lassen sich, wie nachfolgend im Einzelnen gezeigt wird, namentlich in der Vorschrift des § 80 ERegG keine abdrängenden Übergangsregelungen für rückwirkende Beschwerde- und Amtsverfahren ausmachen.

In der mit „Übergangsvorschriften“ überschriebenen Norm des § 80 ERegG finden sich in mittlerweile acht Absätzen Regelungen für verschiedenste Sachverhalte. Für die vorliegende Frage nach etwaigen Übergangsregelungen zu entgeltbezogenen Verfahren sind insbesondere die Absätze 1, 2 und 5 von Interesse. Die Vorschrift des § 80 Abs. 1 ERegG betrifft bestimmte materielle Vorschriften des früheren Rechts, § 80 Abs. 2 ERegG bezieht sich auf anhängige bzw. anstehende Mitteilungsverfahren nach § 14d AEG a.F., und § 80 Abs. 5 ERegG regelt die Einführung von Genehmigungsverfahren.

Von diesen entgeltrelevanten Übergangsvorschriften bezieht sich allerdings keine Vorschrift – dies ist zwischen den Verfahrensbeteiligten auch wohl unstreitig – ausdrücklich auf eine Überprüfung bereits außer Kraft getretener Entgelte. Entgegen der Auffassung namentlich der zum DB-Konzern gehörenden Beteiligten ist allerdings auch nicht ersichtlich, dass sich insbesondere aus der Vorschrift des § 80 Abs. 2 ERegG mittelbar ergibt, dass für ein etwaiges Vorgehen gegen Altentgelte die AEG-Ermächtigungsnormen – und nicht diejenigen des ERegG – maßgeblich wären.

Zwar ordnet § 80 Abs. 2 ERegG in bestimmten Fällen eine Fortgeltung der Regelungen des AEG a.F. an. Dort heißt es:

„Auf vor dem 2. September 2016 der Regulierungsbehörde nach § 14d des Allgemeinen Eisenbahngesetzes mitgeteilte beabsichtigte Entscheidungen und beabsichtigte Neufassungen und Änderungen von Schienennetz-Nutzungsbedingungen und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen sind die Vorschriften des Allgemeinen Eisenbahngesetzes und der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung in der bis zum Ablauf des 1. September 2016 geltenden Fassung anzuwenden. Dies gilt entsprechend für Mitteilungen, die ab dem 2. September 2016 vorgelegt werden, denen ein ordnungsgemäßes Stellungnahmeverfahren nach § 4 Absatz 4 der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung in der bis zum Ablauf des 1. September 2016 geltenden Fassung vorausgegangen ist.“

Damit wären nach einem weiten Verständnis auch die verfahrensgegenständlichen Entgelte und Entgeltregelungen vom Wortlaut erfasst. Diese waren der Bundesnetzagentur nach § 14d AEG a.F. sämtlich noch vor dem Inkrafttreten des ERegG mitgeteilt worden.

Doch gibt die vorgenannte Norm keine allgemeine Fortgeltung alten Rechts für Beschwerdeverfahren vor, die sich auf Entgelte beziehen, die vor Ablauf des Stichtags 01.09.2016 bereits mitgeteilt worden waren. Vielmehr ergibt sich, dass die Fortgeltung alten Rechts durch die Übergangsvorschrift des § 80 Abs. 2 ERegG nur für laufende bzw. durch das Stellungnahmeverfahren nach § 4 Abs. 4 EIBV bereits vorbereitete Vorabprüfungsverfahren nach § 14e AEG a.F., die zum Stichtag noch nicht abgeschlossen waren, angeordnet wird. Dies folgt zwar noch nicht unmittelbar aus der Formulierung und dem systematischen Zusammenhang der Regelungen in § 80 ERegG, wie teilweise vorgetragen wurde. Insoweit hätte näher gelegen, in § 80 Abs. 2 Satz 1 ERegG die behördlichen Vorabprüfverfahren nach § 14e AEG a.F. selbst und nicht die nur vorgelagerten Unterrichtungspflichten der Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach § 14d AEG a.F. in Bezug zu nehmen und insoweit eine Fortwirkung anzuordnen. Doch ergibt sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf des ERegG (ERegG-E) ein entsprechender gesetzgeberischer Wille. Denn zu § 80 Abs. 3 ERegG-E, welcher dem hier in Rede stehenden § 80 Abs. 2 ERegG entspricht, heißt es:

„Nach Absatz 3 sind daher beim Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes bereits der Regulierungsbehörde vorgelegte Mitteilungen nach § 14d AEG nach dem bisher geltenden Verfahren zu Ende zu führen. Durch § 77 Abs. 3 Satz 3 wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das Eisenbahnregulierungsgesetz in § 19 Abs. 2 eine gegenüber § 4 Abs. 4 EIBV längere Frist für Änderungen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen vorsieht. Die sofortige Anwendung des Eisenbahnregulierungsgesetzes könnte dazu führen, dass eine rechtzeitige Mitteilung nicht mehr möglich ist. In diesem Fall soll das Verfahren auf der Grundlage des AEG und der EIBV angewendet werden“ (BT-Drs. 18/8334, S. 228).

Aus der Entwurfsbegründung erhellt, dass die Vorschrift des § 80 Abs. 2 ERegG lediglich Bedeutung für Ex-ante-Verfahren, nicht aber für Ex-post-Verfahren beansprucht. Dieses Verständnis wird dadurch bestärkt, dass, wäre § 80 Abs. 2 ERegG als Regelung auch für Ex-post-Verfahren gedacht gewesen, dann wohl nicht nur – wie geschehen – auf die jeweils letzte, sondern vielmehr auf die jeweils gültige Fassung von AEG und EIBV für die Führung von Ex-post-Verfahren hätte verwiesen werden müssen. Zudem kann dem Gesetzgeber kaum der Wille unterstellt werden, dass er das in § 80 Abs. 2 Satz 2 ERegG normierte Wahlrecht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens nicht nur auf die Wahl zwischen AEG-Mitteilungs- und ERegG-Unterrichtungsverfahren, sondern zusätzlich auch auf Wahl der zu Lasten des Unternehmens anwendbaren Beschwerdevorschriften erstrecken wollte.

Im ursprünglichen Gesetzesentwurf war die o.g. Regelung des jetzigen § 80 Abs. 2 ERegG eingepasst in einer Reihe weiterer umfangreicher Übergangsvorschriften. Mit dem Ziel, angesichts der bereits überschrittenen Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2012/34/EU ein schnellstmögliches Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes zu gewährleisten, kürzte der Verkehrsausschuss mit seiner „Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur (15. Ausschuss)“ diese Reihe deutlich ein. Nach einem Hinweis auf einige wenige Vorschriften, bei denen Bedarf für eine Übergangsregelung bestehe (u. a. weiterhin § 80 Abs. 2 ERegG-E neu), heißt es zu § 80 ERegG-E in der Änderungsempfehlung ansonsten allgemein:

„Im Übrigen können die Regelungen unmittelbar ab Inkrafttreten des Gesetzes gelten“ (BT-Drs. 18/9099, S. 28).

Damit wird der gesetzgeberische Wille deutlich, auch in Ansehung der in § 80 Abs. 2 ERegG behandelten Unterrichtsverfahren nach § 14d AEG a. F. lediglich eine Regelung für laufende Verfahren in der Übergangszeit bis zum Ende der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts laufenden Netzfahrplanperiode zu schaffen. Nicht beabsichtigt war hingegen eine Regelung, die eine Fortwirkung des alten Rechts für alle Fälle anordnen sollte, die ihren Ursprung in Entgelten aus Zeitabschnitten vor dem Inkrafttreten des ERegG hatten. Insbesondere sind damit auch erst später eröffnete Verfahren zur nachträglichen Kontrolle von Entgelten und Entgeltregelungen aus Zeiträumen vor Inkrafttreten des neuen Rechts von der Anordnung der Fortgeltung alten Rechts aus § 80 Abs. 2 ERegG nicht erfasst. Vielmehr war lediglich die Vermeidung eines Bruchs für solche Vorabprüfverfahren beabsichtigt, die bereits vor Inkrafttreten des ERegG begonnen hatten, aber zum Stichtag noch nicht vollständig – sei es durch Beanstandung oder durch Zeitablauf ohne Beanstandung – abgeschlossen waren.

Sowohl das Fehlen einer allgemeinen Fortgeltungsklausel alten Rechts für einen definierten Übergangszeitraum, wie sie etwa in § 38 Abs. 7 AEG zu finden ist, als auch das Fehlen einer speziellen Regelung für solche Verfahren, die nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eröffnet werden und eine nachträgliche Überprüfung solcher Entgelte und Entgeltregelungen zum Inhalt haben, die unter der Geltung des AEG a. F. in Kraft waren, stellen vor dem Hintergrund dieser Erwägungen auch keine planwidrige Regelungslücke dar, die in der Weise zu schließen wäre, dass vorliegendes altes Verfahrensrecht zur Anwendung kommen müsste. Vielmehr kommt in der Begründung zum Regierungsentwurf ein gerade geplantes Regel-

Ausnahme-Verhältnis zum Ausdruck, nach dem nur in den im Einzelnen begründeten Ausnahmefällen noch auf das alte Recht zurückgegriffen werden soll, während in allen anderen Fällen das neue Recht anzuwenden ist. Fehlt es hingegen an einer ausdrücklichen Anordnung der Fortgeltung alten Rechts, soll im Umkehrschluss stets neues Recht Anwendung finden. Auch für die zuvor genannten Konstellationen einer späteren Ex-post-Prüfung ist dem gesetzgeberischen Plan daher eine Regelung zu entnehmen, nach der – dem Grundsatz entsprechend – neues Recht Anwendung findet (so auch mit Blick auf das intertemporale Prozessrecht OVG NRW, Urteil 13 A 3080/15 vom 01.12.2016, Rz. 30 ff., bestätigt von BVerwG, Beschluss 6 B 21/17 vom 15.01.2018, Rz. 5).

Ohne Bedeutung erscheint schließlich, dass sich § 68 Abs. 3 ERegG auf „Vorschriften dieses Gesetzes“ bezieht (vergleichbar § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG). Diese Formulierung ist dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber die Übergangsvorschriften in den §§ 63 und 80 ERegG konzentriert hatte und sich dementsprechend nicht weiter genötigt sah, bei der Ausgestaltung der einzelnen Ermächtigungen erneut Rücksicht auf etwaige Übergangssituationen zu nehmen.

### **II.1.2 Kein Vertrauensschutz in die Fortgeltung alter Ermächtigungsgrundlagen**

Eine Anwendung der (weitergehenden) Beschwerderechte nach dem ERegG auf Beschwerden zu gegebenenfalls noch unter Geltung des AEG a. F. erfolgten Verletzungen des Eisenbahnrechts ist auch nicht aus Gründen eines zugunsten der Beschwerdegegnerin zu gewährenden Vertrauensschutzes ausgeschlossen.

Die Beschwerdegegnerin reklamiert einen derartigen Vertrauensschutz für sich, weil es nach ihrem Vortrag unter dem AEG a. F. weder Beschwerdemöglichkeiten gegen erga omnes wirkende Entgeltregelungen noch überhaupt Beschwerdemöglichkeiten gegen Regelungen mit Vergangenheitsbezug gegeben habe. Sollten ERegG-Vorschriften diesbezügliche Beschwerderechte vorsehen, dürften sie aus Vertrauensschutzgründen nicht angewandt werden. Vielmehr müsse es bei den AEG-Regelungen verbleiben.

Für die Frage, ob und ggf. inwieweit ein derartiger Vertrauensschutz zu gewähren ist, ist zunächst zu klären, ob eine rückwirkende Anwendung von ERegG-Ermächtigungsnormen eine sogenannte echte oder eine unechte Rückwirkung auslösen würde. Denn während eine echte Rückwirkung verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig ist, unterliegt die unechte Rückwirkung weniger strengen Beschränkungen (vgl. BVerwG, Urteil 1 C 21/16 vom 25.10.2017, Rz. 22 f., m. w. N.).

Bei der grundsätzlich verbotenen echten Rückwirkung (oder Rückbewirkung von Rechtsfolgen) wird in der Vergangenheit angehörende Sachverhalte nachträglich ändernd eingegriffen. Eine unechte Rückwirkung (oder tatbestandliche Rückanknüpfung) liegt dagegen vor, wenn für ein noch andauerndes Rechtsverhältnis veränderte Rechtsfolgen nur für die Zukunft getroffen werden.

Nach diesen Maßgaben liegt im gegenständlichen Verfahren kein Fall der unzulässigen echten Rückwirkung vor. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin haben sich mit der damaligen Abrechnung und Bezahlung der verfahrensgegenständlichen Entgelte die Sachverhalte nicht erledigt. Die ursprüngliche Inkraftsetzung von Entgelten für bestimmte Entgeltperioden (die als solche allerdings bereits abgelaufen sind) dauert nach Ansicht der Beschlusskammer vielmehr noch an.

Hierfür spricht insbesondere eine Parallelwertung zu Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der dazu ergangenen Rechtsprechung. So hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss KVR 51/11 vom 15.05.2012, Rz. 21 – Wasserpreise Calw in Abgrenzung zu beendeten Zuwiderhandlungen im Sinne von § 32 Abs. 3 GWB ausgeführt:

„Für eine Anwendung des § 32 Abs. 2 GWB muss die Zuwiderhandlung noch fortbestehen. Bei der Auslegung dieses Merkmals darf kein zu enger Maßstab angelegt werden. Denn der Beseitigungsanspruch nach § 32 Abs. 2 GWB entspricht der Notwendigkeit eines wirksamen Rechtsgüterschutzes.“

Auch eine Parallele zu Genehmigungsentscheidungen bezüglich Zugangsentgelten legt dieses Verständnis nahe. Bei diesen erledigt sich eine Genehmigung ebenfalls nicht mit Ablauf des Genehmigungszeitraums (vgl. BVerwG, Urteil 6 C 17/05 vom 30.08.2006, Rz. 12). Vielmehr bleibt der per Vertragsabschluss und Genehmigung gesetzte Rechtsgrund für das einmalige Erheben und dauerhafte Behaltendürfen von Entgelten über den Genehmigungszeitraum hinaus in Kraft.

Nicht anders verhält es sich mit der vertragsbasierten Erhebung nicht genehmigungspflichtiger Zugangsentgelte, wie es vorliegend der Fall ist. Mangels zwischenzeitlicher Beendigung des Sachverhalts ist der vorliegende Fall somit in verfahrensrechtlicher Hinsicht nach den Grundsätzen der unechten Rückwirkung zu beurteilen.

Bei der bloß unechten Rückwirkung sind Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes mit dem Gewicht, das ihnen nach den jeweiligen Umständen zukommt, zu berücksichtigen und gegen die öffentlichen Belange, die eine nachteilige Änderung rechtfertigen, abzuwägen (BVerwG, Urteil 1 C 21/16 vom 25.10.2017, Rz. 23 m. w. N.). Die Grenzen ihrer Zulässigkeit sind – vorbehaltlich spezieller Anforderungen des einschlägigen Grundrechts – erst dann überschritten, wenn die Anknüpfung des Gesetzes an Tatbestände aus der Vergangenheit zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen das vom Gesetzgeber verfolgte Änderungsinteresse überwiegen. Dabei ist in jedem Einzelfall zu ermitteln, inwieweit und mit welchem Gewicht das Vertrauen in die bestehende günstige Rechtslage schützenswert ist und ob die öffentlichen Belange, die eine nachteilige Änderung rechtfertigen, dieses Vertrauen überwiegen (BVerfG, Beschluss 2 BvR 1339/06 vom 08.12.2006, Rz. 24 m. w. N.). Die Reichweite des Vertrauensschutzes hängt dabei auch davon ab, ob es sich bei einer unecht rückwirkend angewandten Vorschrift um eine (rein) verfahrensrechtliche oder eine (auch) materiell-rechtliche Norm handelt, da das Vertrauen in den Fortbestand verfahrensrechtlicher Regelungen im Allgemeinen von Verfassungen wegen weniger geschützt ist als das Vertrauen in die Aufrechterhaltung materieller Rechtspositionen (BVerwG, Urteil 1 C 21/16 vom 25.10.2017, Rz. 24 m. w. N.).

Nach diesen Maßgaben ist gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit von Ermächtigungsvorschriften aus dem ERegG auf Beschwerdeverfahren mit AEG-Bezug nichts zu erinnern. Wäre bei der Auslegung der genannten Vorschriften die Möglichkeit einer rückwirkenden Anwendung gegeben, hätte die Kammer im Rahmen dieser Auslegung zusätzlich Rücksicht sowohl auf den wegen der Restriktionen des Beschwerderechts nach AEG a. F. von der Beschwerdegegnerin reklamierten Vertrauensschutz als auch auf die aus dem Lager der Beschwerdeführerinnen vorgetragenen europarechtlichen Bedenken gegen diese Restriktionen zu nehmen und – falls erforderlich – praktische Konkordanz herzustellen. Etwaige Vertrauensschutzgesichtspunkte sind daher bereits bei der Auslegung des ERegG zu berücksichtigen und machen demzufolge eine Anwendung von Vorschriften des AEG a. F. nicht erforderlich.

Im Folgenden geht die Beschlusskammer deshalb von der Anwendbarkeit des ERegG auf das gegenständliche Beschwerdeverfahren aus. Allerdings ergäbe sich auch bei Annahme einer echten Rückwirkung und der daraus resultierenden Anwendung der Vorschriften des

AEG a. F. kein anders Ergebnis, wie im Anschluss an die Prüfung der Zulässigkeit nach neuem Recht hilfsweise erläutert wird (hierzu unter Ziffer II.2.2.2.3).

## **II.2 Beschwerdeverfahren (Ziffer 1. des Tenors)**

Die Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen. Für eine Beschwerde gegen Entgelte, die bereits wieder außer Kraft getreten sind, ist keine Grundlage im ERegG zu erkennen. Eine solche Beschwerde ist insbesondere weder gemäß § 68 Abs. 3 i. V. m. § 66 Abs. 4 noch nach § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG statthaft.

Gemäß § 68 Abs. 3 ERegG kann die Regulierungsbehörde mit Wirkung für die Zukunft das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung der Regelungen im Sinne des § 66 Abs. 4 verpflichten oder diese Regelungen für ungültig erklären, soweit diese nicht mit den Vorschriften dieses Gesetzes in Einklang stehen. § 66 Abs. 4 ERegG enthält einen Katalog verschiedener Regelbeispiele für Regelungen, die auf Antrag oder von Amts wegen insbesondere überprüft werden können. Zu diesen Regelungen zählen u. a. die Entgeltregelung (Nr. 5), die Höhe oder Struktur der Weegeentgelte, die der Zugangsberechtigte zu zahlen hat oder hätte (Nr. 6), und die Höhe und Struktur sonstiger Entgelte, die der Zugangsberechtigte zu zahlen hat oder hätte (Nr. 7).

§ 68 Abs. 2 Satz 1 ERegG bestimmt, dass, beeinträchtigt im Fall des § 66 Abs. 1 oder 3 die Entscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens das Recht des Zugangsberechtigten auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, die Regulierungsbehörde das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung der Entscheidung verpflichtet oder die Regulierungsbehörde über die Geltung des Vertrags oder des Entgeltes entscheidet, entgegenstehende Verträge für unwirksam erklärt und die Vertragsbedingungen oder Entgelte festsetzt. Gemäß Satz 2 kann die Entscheidung nach Satz 1 auch Schienennetz-Nutzungsbedingungen oder Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen betreffen. Nach § 66 Abs. 1 ERegG hat ein Zugangsberechtigter, der der Auffassung ist, durch Entscheidungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein, unabhängig von § 52 Abs. 7 ERegG das Recht, die Regulierungsbehörde anzurufen.

### **II.2.1 Auslegung der Anträge**

Der Beschwerdeführer begehrt mit seinen Beschwerdeanträgen sowie deren näheren Begründung und den sonstigen Einlassungen auch im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung von der Beschlusskammer sinngemäß, die gegenständlichen Entgelte mit Wirkung für die Vergangenheit für ungültig zu erklären oder die Ungültigkeit festzustellen sowie die Rückzahlung des rechtswidrigen Teils anzuordnen. Die Beschlusskammer geht in Bezug auf den Wortlaut seiner Anträge davon aus, dass die von ihm verwendeten Begriffe „unwirksam“ und „ungültig“ ohne Bedeutungsunterschied gebraucht werden und der Beschwerdeführer insoweit auch bei Benutzung des erstgenannten Begriffs auf eine Ungültigerklärung im Sinne von § 68 Abs. 3 ERegG bzw. § 14f Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AEG a. F. abstellt.

Soweit der Beschwerdeführer in seinen Anträgen die Ungültigerklärung von Entgelten beantragt, liegt ein im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach § 68 Abs. 2 und 3 ERegG grundsätzlich tauglicher Antrag vor. Im Hinblick darauf, dass diese Anträge sämtlich auf eine durch die Regulierungsbehörde erstrebte Gestaltung der Rechtslage gerichtet sind, werden diese Anträge im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zusammen behandelt (vgl. Ziffer II.2.2).

Soweit der Beschwerdeführer zusätzlich einen Antrag auf Anordnung einer Rückzahlung gestellt hat, ist dieser Antrag im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlagen des § 68 Abs. 2 und 3 ERegG auslegungsbedürftig. Eine ausdrückliche Ermächtigung der Regulierungsbehörde zur Anordnung von Rückzahlungen sieht das Eisenbahnrecht nicht vor. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens kann die Regulierungsbehörde jedoch nach § 68 Abs. 2 ERegG

über die Geltung von Entgelten entscheiden oder diese nach § 68 Abs. 3 ERegG für ungültig erklären bzw. zu deren Änderung verpflichten. Der Antrag ist daher in der Weise auszulegen, dass der Beschwerdeführer eine Ungültigerklärung der Entgelttabelle nach § 68 Abs. 3 bzw. Abs. 2 oder deren Änderung beantragt sowie zusätzlich ein amtswegiges Verfahren nach § 67 Abs. 1 Satz 1 für die daraus folgende Rückzahlungspflicht anregt. Die Zulässigkeit dieses Rückzahlungsantrags wird unter Ziffer II.2.2.3 behandelt.

Neben diesen Anträgen hat der Beschwerdeführer in seinem weiteren Vortrag auch beantragt, die Beschlusskammer möge (rückwirkend) feststellen, dass die Entgelte nicht den Vorgaben des Eisenbahnrechts entsprechen. Die Zulässigkeit dieses Feststellungsantrags wird unter Ziffer II.2.2.4 behandelt.

Soweit der Beschwerdeführer mit dem Antrag zu 1a) zugleich auch die Feststellung der Wirksamkeit des Bescheides der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010 begehrt, wird dies unter Ziffer II.2.2.5 behandelt.

## **II.2.2 Zulässigkeit der Beschwerde**

### **II.2.2.1 Zuständigkeit und Verfahren**

Die Beschlusskammer ist für die Durchführung der Beschwerdeverfahren zuständig. Die Zuständigkeit für die Durchführung von Beschwerdeverfahren liegt gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG bei einer Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur ist u. a. für Entscheidungen über Beschwerden nach § 66 Abs. 1 und 4 ERegG die Beschlusskammer 10, Eisenbahn, zuständig.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer wäre überdies auch für den Fall gegeben, dass hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlagen von einer Anwendbarkeit des AEG a. F. auszugehen wäre. Es ist nicht ersichtlich, dass der ERegG-Gesetzgeber, sollte er – quod non – auch die Ermächtigungsnormen des AEG auf Fälle wie den Vorliegenden für anwendbar erklärt haben, zusätzlich sogar die für alle Verfahrensbeteiligten verbesserten Bedingungen eines Beschlusskammersystems (vgl. dazu auch BVerwG, Urteil 6 C 47/06 vom 18.12.2007, Rz. 26) von der Anwendbarkeit ausgenommen haben. Im Übrigen dürfte aber jedenfalls kein Verfahrensbeteiligter durch die Anwendung des Beschlusskammersystems in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sein.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten und auf Grund öffentlicher mündlicher Verhandlung (§ 77 Abs. 6 ERegG). Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte und zur Sicherstellung, dass Regulierungsmaßnahmen aufeinander abgestimmt sind, ist die Entscheidung behördenintern abgestimmt worden.

Der Eisenbahninfrastrukturbeirat bei der Bundesnetzagentur ist in der Sitzung am 24.06.2019 über die von der Beschlusskammer in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 07.05.2019 vertretene Auffassung in Kenntnis gesetzt worden. Der Eisenbahninfrastrukturbeirat hat sich hierzu nicht weiter geäußert.

Das Bundeskartellamt wurde gemäß § 9 Abs. 3 Satz 3 BEVVG von der beabsichtigten Entscheidung in Kenntnis gesetzt und hat Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.

Die Zulässigkeit der Beschwerden im Übrigen wird unter Ziffer II.2.2.2, Ziffer II.2.2.3, Ziffer II.2.2.4 und Ziffer II.2.2.5 behandelt.

### **II.2.2.2 Zulässigkeit der auf eine Ungültigerklärung gerichteten Anträge im Übrigen**

Die Beschwerdeanträge des Beschwerdeführers gemäß § 68 Abs. 3 i.V.m. § 66 Abs. 4 ERegG bzw. nach § 68 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 1 ERegG sind indes nicht statthaft.

Die Beschwerde gegen die Höhe und Struktur von Zugangsentgelten aus bereits abgelaufenen Perioden richtet sich auf einen weder nach § 68 Abs. 3 i.V.m. § 66 Abs. 4 ERegG noch gemäß § 68 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 1 ERegG tauglichen Beschwerdegegenstand (dazu unter Ziffer II.2.2.2.1). Darüber hinaus ließen sich die von dem Beschwerdeführer angestrebten rückwirkenden Rechtsfolgen auch weder auf Grundlage des § 68 Abs. 3 i.V.m. § 66 Abs. 4 ERegG noch auf derjenigen des § 68 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 1 ERegG verwirklichen (dazu unter Ziffer II.2.2.2.2).

#### **II.2.2.2.1 Kein tauglicher Verfahrensgegenstand**

Das im Rahmen der Beschwerde angegriffene Verhalten ist nicht rügefähig. Die Beschwerde richtet sich nämlich gegen nicht mehr gültige Zugangsentgelte und damit gegen Regelungen, die vom Katalog der Beschwerdenorm des § 66 Abs. 4 ERegG ausgeschlossen sind (dazu unter Ziffer II.2.2.2.1.1). Nähme man allerdings an, dass auch nicht mehr gültige Zugangsentgelte rügefähig wären, so wäre das entsprechende Verhalten der Beschwerdegegnerin noch beendbar (dazu unter Ziffer II.2.2.2.1.2).

##### **II.2.2.2.1.1 Regelung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens**

Die Beschwerde richtet sich nicht gegen Regelungen, die im Katalog des § 66 Abs. 4 ERegG enthalten sind. Das angegriffene Verhalten kann aber auch nicht Gegenstand einer Beschwerde nach § 68 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 1 ERegG sein.

Vorweg ist der Klarheit halber festzuhalten, dass die Anwendung der genannten Vorschriften nicht bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil statt der Beschwerdevorschriften die §§ 45, 46 bzw. 33 ERegG i.V.m. §§ 48, 49 VwVfG einschlägig wären. Ein Vorrang der Aufhebungsvorschriften ist nur bei genehmigten Entgelten anzuerkennen, weil es bei diesen aufgrund der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde an einer eigenständigen Entgeltentscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens fehlt (vgl. auch OVG NRW, Beschluss 13 B 1349/18 vom 01.03.2019, juris Rz. 52 ff.). Bei den angegriffenen Entgelten handelt es sich jedoch nicht um genehmigungspflichtige Entgelte.

Gemäß § 66 Abs. 4 ERegG können auf Antrag und von Amts wegen insbesondere die Höhe und Struktur von Wegeentgelten (Nr. 6) bzw. sonstiger Entgelte (Nr. 7), die der Zugangsberechtigte an das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu zahlen hat oder hätte, überprüft werden. Daneben kann auch eine Entgeltregelung (Nr. 5) Überprüfungsgegenstand sein (zu den unionsrechtlichen Ursprüngen vgl. Art. 56 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU).

Im vorliegenden Fall rügt der Beschwerdeführer die Höhe und Struktur der Wegeentgelte im Sinne von § 66 Abs. 4 Nr. 6 ERegG. Denn er wendet sich sowohl gegen die von der Beschwerdegegnerin in abgelaufenen Entgeltperioden verwandte Entgeltstruktur, insbesondere im Hinblick auf die Komponente der Regionalfaktoren, als auch gegen die damit in Zusammenhang stehende Höhe der Entgelte.

Bei den angegriffenen Entgelten handelt es sich indes nicht mehr um solche Entgelte, die der Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin „zu zahlen hat oder hätte“. Die letztgenannten Tatbestandsvoraussetzungen implizieren, dass der Entgeltforderung gegenwärtig bzw. erst künftig erbrachte Leistungen zugrunde liegen müssen, für die bereits ein Vertrag abgeschlossen worden ist oder ein Vertragsschluss noch aussteht. Entgelte, die für bereits erbrachte Leistungen in Rechnung gestellt werden, fallen dagegen nicht unter den Tatbestand des § 66 Abs. 4 Nr. 6 oder 7 ERegG.

Das dargelegte Verständnis wird von den Schlussanträgen des Generalanwalts Mengozzi vom 24.11.2016 in der Rechtssache C-489/15, Rz. 58, gestützt. Dort heißt es:

„Als Erstes erscheint zweifelhaft, ob die gemäß Art. 30 der Richtlinie 2001/14 eingerichtete Regulierungsstelle für die Prüfung einer Beschwerde über die Höhe von Entgelten zuständig ist, die bereits entrichtet worden sind und die möglicherweise nicht mehr angewandt werden. Würde man anerkennen, wie die Kommission vorschlägt, dass die Verwendung des Begriffs „Antragsteller“ in Art. 30 Abs. 2 dieser Richtlinie nicht zwangsläufig bedeutet, dass eine Beschwerde nur so lange eingelegt werden kann, wie ein Vertrag mit dem Betreiber der Infrastruktur nicht geschlossen worden ist, bleibt nämlich die Tatsache, dass Art. 30 Abs. 2 Buchst. e dieser Richtlinie mit der Klarstellung, dass sich die Beschwerde auf die Höhe oder die Struktur der Entgelte beziehen kann, die die betreffende Person ‚zu zahlen hat oder hätte‘, eine Befassung der Regulierungsstelle wegen Beanstandungen auszuschließen scheint, die sich auf Entgelte beziehen, die nicht mehr angewandt werden, oder auf Verträge, die möglicherweise bereits durchgeführt worden sind.“

Auch wenn sich der Europäische Gerichtshof im Gesamtergebnis der Position des Generalanwalts nicht angeschlossen hat, sind diese Ausführungen des Generalanwalts zutreffend und durch das Urteil nicht widerlegt. Der Europäische Gerichtshof hatte sich nicht zu der Frage zu äußern, welche Voraussetzungen an eine Beschwerde bei der Regulierungsstelle zu knüpfen sind. Mit den vom Europäischen Gerichtshof gewählten Argumenten (insbesondere der überragenden Bedeutung der Einheitlichkeit der Entgelte) kommt es zudem auch nicht darauf an, ob die Voraussetzungen für ein Beschwerderecht eng oder weit gefasst sind. In beiden Fällen gebietet die Gewährleistung einheitlicher Entgelte eine Befassung der Regulierungsstelle. Die Antwort des Europäischen Gerichtshofs berücksichtigt in der Folge die vom Generalanwalt aufgeworfene Argumentation nicht. Da der Europäische Gerichtshof zudem für die Begründung seines Spruches auf andere Aspekte abstellt, befasst er sich weder positiv noch negativ mit den Ausführungen des Generalanwalts zur Reichweite des Beschwerderechts.

Eine Widerlegung liegt namentlich auch nicht darin, dass der Gerichtshof in Kenntnis des der Vorlagefrage des Landgerichts Berlin zugrunde liegenden Rechtsstreits über Zugangsentgelte bereits abgelaufener Zugangsperioden gleichwohl urteilte, dass die Erstattung von Entgelten nach den Vorschriften des Zivilrechts (nur) in Betracht komme, wenn die Unvereinbarkeit des Entgelts mit der Regelung über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuvor von der Regulierungsstelle oder von einem Gericht, das die Entscheidung dieser Stelle überprüft hat, im Einklang mit den Vorschriften des nationalen Rechts festgestellt worden ist und der Anspruch auf Erstattung Gegenstand einer Klage vor den nationalen Zivilgerichten sein kann und nicht der in der genannten Regelung vorgesehenen Klage (EuGH, Urteil C-489/15 vom 09.11.2017, Rz. 97). Denn der Verweis auf das Erfordernis einer „im Einklang mit den Vorschriften des nationalen Rechts“ getroffenen regulierungsbehördlichen Feststellung kann durchaus so verstanden werden, dass eine derartige Feststellung eine vom nationalen Gesetzgeber entsprechend gestaltete Beschwerdemöglichkeit und damit eine zugunsten der Zugangsberechtigten vorgenommene Erweiterung des Beschwerdekatalogs voraussetzt (vgl. zur Diskussion dieser Urteilspassage auch unten, Ziffer II.2.2.2.3.2.1). Gegen das dargestellte Verständnis des Richtlinienrechts ist auch im Lichte der fachrechtlichen Anforderungen (deren Ratio durchaus für eine Überprüfungsbeschränkung sprechen kann, siehe dazu auch unten, Ziffer II.2.2.2.3.6.1) und der Grundsätze zur Rechtsweggarantie (vgl. ebenfalls unten, Ziffer II.2.2.2.3.6.2) nichts zu erinnern.

Ist damit vorliegend kein tauglicher Beschwerdegegenstand nach § 66 Abs. 4 Nr. 6 bzw. 7 gegeben, so ergibt sich ein solcher auch nicht aus den Vorschriften des § 66 Abs. 4 Nr. 5 (die selbst wiederum spezieller gegenüber Nr. 1 bzw. Nr. 2 ist) oder des § 66 Abs. 1 ERegG. Denn gegenüber beiden vorgenannten Vorschriften stellt sich die Regelung des § 66 Abs. 4 Nr. 6 bzw. 7 als *lex specialis* dar.

Eine „Entgeltregelung“, wie sie in § 66 Abs. 4 Nr. 5 ERegG genannt wird, kann vom reinen Wortlaut her eine Vielzahl entgeltrelevanter Aspekte umfassen. Dies gilt namentlich auch für die Struktur und die Höhe von Entgelten. Die gleichwohl erfolgte Normierung der gesonderten Beschwerdetatbestände in den Nr. 6 und 7 ist daher nur verständlich, wenn damit gerade eine Einschränkung der ansonsten nach Nr. 5 eröffneten Beschwerdemöglichkeiten erreicht werden sollte. Dies jedoch schließt bei Nichterfüllung der Tatbestandsmerkmale des „zu zahlen hat oder hätte“ den Rückgriff auf die Norm des § 66 Abs. 4 Nr. 5 ERegG zur Überprüfung von Höhe und Struktur von Entgelten aus.

Des Weiteren lässt sich die Beschwerde aber auch nicht auf die Norm des § 66 Abs. 1 ERegG stützen. Zwar handelt es sich bei der gerügten Regelung grundsätzlich um eine Entscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens im Sinne von § 66 Abs. 1 ERegG. Die genannte Vorschrift ist allerdings subsidiär zur Bestimmung des § 66 Abs. 4 ERegG. Eine Beschwerde gegen die Höhe und Struktur von Zugangsentgelten beurteilt sich deshalb allein nach der Norm des § 66 Abs. 4 ERegG.

Dass die Vorschrift des § 66 Abs. 4 ERegG eine *lex specialis* zur Regelung des § 66 Abs. 1 ERegG darstellt, folgt einmal aus der Entwurfsbegründung zu § 66 Abs. 1 ERegG (BT-Drs. 18/8334, S. 219):

„Absatz 1

Die Zugangsberechtigten haben umfassende Möglichkeiten der Befassung der Regulierungsbehörde. Absatz 2 [gemeint: 1] ist der Auffangtatbestand für die Fälle, in denen ein Zugangsberechtigter auf andere Art und Weise als in Absatz 4 und 5 [gemeint: 3 und 4] beschrieben diskriminiert oder in seinen Rechten verletzt wird.“

§ 66 Abs. 1 ERegG bildet also lediglich einen Auffangtatbestand, wenn die Verletzung auf andere Art und Weise als durch eine der in § 66 Abs. 4 ERegG genannten Regelungen erfolgt. Die darin zum Ausdruck kommende Subsidiarität des antragsabhängigen Auffangtatbestands nach § 66 Abs. 1 ERegG korrespondiert darüber hinaus mit der von der Rechtsprechung festgestellten Subsidiarität der Vorschrift des § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG als amtswegigen Auffangtatbestand gegenüber den Regelungen des § 68 Abs. 3 i. V. m. § 66 Abs. 4 ERegG. Bereits aufgestellte Nutzungsregelungen sind danach dem Anwendungsbereich des Auffangtatbestands entzogen (vgl. OVG NRW, Urteil 13 A 3080/15 vom 01.12.2016, Rz. 41 f. m. w. N.). Auch im letztgenannten Fall tritt der Auffangtatbestand hinter die Spezialregelungen des § 68 Abs. 3 i. V. m. § 66 Abs. 4 ERegG zurück.

Die von dem Beschwerdeführer eingelegte Beschwerde ist derart mangels tauglichen Beschwerdegegenstands unstatthaft und damit als unzulässig zu verwerfen.

Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen allein hilfsweise für den Fall, dass sich die Gerichte den vorstehenden Erwägungen zur tatbestandlichen Nichterfüllung des § 66 Abs. 4 ERegG bzw. zur fehlenden Anwendbarkeit des § 66 Abs. 1 ERegG auf Beschwerden zur Höhe und Struktur von Zugangsentgelten nicht anschließen sollten.

#### **II.2.2.2.1.2 Regelung noch beendbar**

Bei der gerügten Entgeltbestimmung handelt es sich nach Ansicht der Beschlusskammer um eine gegenwärtige, d. h. noch andauernde Regelung bzw. Entscheidung im Sinne der § 68 Abs. 3 bzw. 2 ERegG.

Das Erfordernis einer gegenwärtigen Regelung bzw. Entscheidung ergibt sich aus § 68 Abs. 1 Satz 3 ERegG, der – wie auch die zugrundeliegende Vorschrift des Art. 59 Abs. 9 UAbs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2012/34/EU – von „Abhilfemaßnahmen“ spricht. „Abgeholfen“ werden kann allerdings nur einem aktuellen Verhalten. Insofern liegt eine Parallele zu den

Abstellungsverpflichtungen nach § 32 Abs. 1 bis 2a GWB vor. In der letztgenannten Norm wird die Abgrenzung insofern noch deutlicher, als in § 32 Abs. 3 GWB die „beendeten“ Zuwiderhandlungen ausdrücklich als Alternativkategorie benannt werden. Eine Beendigung liegt dabei erst vor, wenn keine wettbewerbswidrigen Wirkungen mehr bestehen (vgl. *Jaeger* in: *Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder*, *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, 93. Lieferung 04.2019, § 32 GWB, Rz. 42). Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann nicht der Fall, wenn die aus einer Rechtsverletzung resultierenden Vorteile noch bei dem dadurch begünstigten Unternehmen verblieben sind (vgl. BGH, Urteil KVR 2/08 vom 10.12.2008, Rz. 16; BGH, Urteil KVR 51/11 vom 15.05.2012, Rz. 21).

In diesem Zusammenhang spricht auch die Regelung des § 66 Abs. 1 ERegG nicht gegen das Erfordernis einer andauernden Entscheidung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens. Zwar wird dort mit der Formulierung

„durch Entscheidungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein“

eine Vergangenheitsform verwendet. Der § 66 Abs. 1 ERegG hat dabei jedoch nicht die Frage zum Gegenstand, ob die Entscheidung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens noch andauert oder beendet ist, sondern stellt vielmehr auf die Rechtsverletzung beim Zugangsberechtigten ab. Letztere muss allerdings ebenfalls noch gegenwärtig sein, wie die Vorschrift des § 68 Abs. 2 ERegG zeigt. Denn deren tatbestandliche Voraussetzung: „Beeinträchtigt im Fall des §§ 66 Abs. 1 oder 3 die Entscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur“ ist ebenfalls im Präsens formuliert.

Dass das angegriffene Verhalten, also die ursprüngliche Inkraftsetzung verschiedener Entgeltregelungen für bestimmte Zeiträume, derzeit noch andauert, ist bereits oben im Rahmen der Frage, ob eine echte oder unechte Rückwirkung vorliegt, gezeigt worden.

#### **II.2.2.2.2 Rechtsfolgen nicht von Ermächtigungsgrundlage gedeckt**

Abgesehen davon, dass es der Beschwerde – wie oben unter Ziffer II.2.2.2.1.1 gezeigt – bereits an einem tauglichen Beschwerdegegenstand fehlt, könnte ihr allerdings auch auf der Rechtsfolgenseite nicht zum Erfolg verholpen werden. Denn die im vorliegenden Beschwerdeverfahren von dem Beschwerdeführer erstrebten Rechtsfolgen erfordern sowohl eine Entscheidungsbefugnis mit Wirkung „erga omnes“, d. h. gegenüber allen betroffenen Zugangsberechtigten, als auch eine Entscheidungsbefugnis der Regulierungsbehörde mit Wirkung für die Vergangenheit. Der Beschlusskammer ist zwar eine Entscheidung mit Wirkung erga omnes möglich (dazu unter Ziffer II.2.2.2.2.1). Sie kann aber keine Entscheidung mit Wirkung für die Vergangenheit erlassen (dazu unter Ziffer II. 2.2.2.2.2).

##### **II.2.2.2.2.1 Entscheidung erga omnes**

Die Rechtsfolgen einer Entscheidung der Regulierungsbehörde im Beschwerdeverfahren gemäß § 68 Abs. 3 bzw. 2 ERegG umfassen eine Entscheidung erga omnes, d. h. mit Wirkung gegenüber allen betroffenen Zugangsberechtigten.

Diese Wirkung der Entscheidung ist erforderlich, weil eine Entscheidung mit Wirkung inter partes ihrerseits zu einer Ungleichbehandlung der Zugangsberechtigten führen würde. Unter Geltung des AEG a. F. hat bereits das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen die Erforderlichkeit einer Entscheidung erga omnes hervorgehoben (OVG NRW, Urteil 13 A 941/14 vom 29.04.2015, Rz. 41 ff. m. w. N.). Speziell zu der vorliegend gegenständlichen Frage hat zudem der Europäische Gerichtshof entschieden, dass zunächst eine Entscheidung der Regulierungsbehörde mit Wirkung gegenüber allen betroffenen Zugangsberechtigten zu erfolgen habe (EuGH, Urteil C-489/15 vom 09.11.2017, Rz. 94 und 96). Dies diene dazu, eine Ungleichbehandlung der Zugangsberechtigten zu vermeiden und solle zugleich einen fairen

Wettbewerb im Sektor der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen gewährleisten. Diese Entscheidung führte dazu, dass verschiedene Zugangsberechtigte Beschwerden mit dem Ziel einer Ungültigerklärung der früheren Entgelte bei der Regulierungsbehörde einlegten.

Eine Entscheidung mit Wirkung erga omnes ist sowohl nach § 68 Abs. 3 ERegG als auch nach § 68 Abs. 2 ERegG möglich. Soweit dem entgegengehalten worden ist, dass die Vorschrift des § 68 Abs. 2 Satz 1 ERegG nur Entscheidungen im Einzelfall ermöglicht, zielt dies auf den Ursprung dieser Vorschrift in den früheren Regelungen des § 14f Abs. 2 und 3 AEG a. F. ab. Letztlich erlaubt auch die Norm des § 68 Abs. 2 eine Entscheidung mit Wirkung erga omnes. Dies folgt einmal aus dem insoweit unbeschränkten Wortlaut des neu hinzugekommenen § 66 Abs. 1 ERegG für Beschwerdeverfahren. Daneben enthält auch die amtswegige Generalklausel in § 67 Abs. 1 ERegG keine Beschränkung auf eine Entscheidung im Einzelfall. Schließlich erstreckt die Vorschrift des § 68 Abs. 2 Satz 2 ERegG die Reichweite des § 68 Abs. 2 Satz 1 ERegG sogar explizit auf die Schienennetz-Nutzungsbedingungen und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen. Zu den Nutzungsbedingungen gehören allerdings auch die Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen, wie sich etwa aus § 72 Satz 1 Nr. 5 und Nr. 2 der Anlage 3 zum ERegG ergibt.

#### **II.2.2.2.2 Keine Ermächtigungsgrundlage mit Wirkung für die Vergangenheit**

Die vorliegend in Frage kommenden Rechtsgrundlagen erlauben der Beschlusskammer indes nicht den von dem Beschwerdeführer angestrebten Erlass einer Entscheidung mit Wirkung für die Vergangenheit.

Soweit in den Verfahren zur Überprüfung von in der Vergangenheit liegenden Entgeltregelungen Beteiligte (vgl. Sachverhalt, Ziffer I, Fn. 3) in diesem Zusammenhang vorgetragen haben, es bedürfe keiner Entscheidung mit Wirkung für die Vergangenheit, weil die Entscheidung lediglich das künftige Behaltendürfen bereits gezahlter Entgelte zum Gegenstand habe und der hiesige Prüfungspunkt deshalb ohne weitere Bedeutung für die Statthaftigkeit der Beschwerde sei, ist dem nicht zu folgen. Die juristisch geprägte Differenzierung zwischen dem Rechtsgrund für die Zahlung und dem Rechtsgrund für das Behaltendürfen verkennt, dass der Beschlusskammer gerade keine isolierte Entscheidung über das künftige Behaltendürfen von Entgelten, sondern vielmehr eine Entscheidung über die rückwirkende Umgestaltung der der Erhebung und dem Behaltendürfen gemeinsam zugrundeliegenden Entgeltregelungen abverlangt wird.

Wie zuvor dargestellt, kommen als Ermächtigungsgrundlagen für eine derartige Gestaltungsentscheidung im Beschwerdeverfahren einerseits die Vorschrift des § 68 Abs. 3 i. V. m. § 66 Abs. 4 ERegG und andererseits diejenige des § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG in Betracht.

#### **II.2.2.2.3 Auslegung der ERegG-Ermächtigungsgrundlagen**

In entgeltbezogenen Beschwerdeverfahren erlauben die Ermächtigungsgrundlagen des ERegG keine Entscheidung der Regulierungsbehörde mit Wirkung für die Vergangenheit. Das ergibt sich aus dem Wortlaut (dazu unter Ziffer II.2.2.2.3.1), der Geschichte (dazu unter Ziffer II.2.2.2.3.2), der Systematik (dazu unter Ziffer II.2.2.2.3.4) und dem Telos (dazu unter Ziffer II.2.2.2.3.6) des § 68 Abs. 3 i. V. m. § 66 Abs. 4 ERegG bzw. des § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG. Berücksichtigt werden hierbei insbesondere auch der unionsrechtliche Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz sowie die Anforderungen der Rechtsweggarantie.

### II.2.2.2.3.1 Wörtliche Auslegung

Während § 68 Abs. 3 ERegG seinem Wortlaut nach keine rückwirkenden Entscheidungen der Regulierungsbehörde vorsieht, erscheint der reine Wortlaut des § 68 Abs. 2 ERegG als diesbezüglich offen.

Der Wortlaut des § 68 Abs. 3 ERegG mit der Betonung einer „Wirkung für die Zukunft“ sieht weder für eine Änderungsverpflichtung noch für eine Ungültigerklärung die Möglichkeit einer rückwirkenden Entscheidung vor. Entgegen einer im Rahmen des Verfahrens vorgetragene Auffassung, die in § 68 Abs. 3 ERegG getroffene Vorgabe einer Entscheidung mit Wirkung für die Zukunft gelte nur für die in § 68 Abs. 3 1. Alternative ERegG geregelte Verpflichtung zur Änderung der Regelungen im Sinne des § 66 Abs. 4 ERegG, gilt diese Vorgabe auch für die Ungültigerklärung im Rahmen des § 68 Abs. 3 2. Alternative ERegG. Die Sichtweise, die Beschränkung auf eine Entscheidung mit Wirkung für die Zukunft beziehe sich nicht auf die Ungültigerklärung, findet keine Stütze in der grammatikalischen Struktur des Satzes. Der Wortlaut legt es vielmehr nahe, dass sich die Einschränkung auf beide Alternativen bezieht (vgl. zu § 14f Abs. 1 Satz 2 AEG a.F. *Kramer*, Allgemeines Eisenbahngesetz, 2012, Rn. 2; ähnlich auch *Linsmeier/Röckrath*, EuZW 2019, 412 (414); *el-Barudi* in *Staebe*, ERegG, 2018, § 68, Rn. 17; anderer Auffassung *Hauf/Baumgartner*, EuZW 2019, S. 154 [157]).

Die Gegenauffassung hätte zur Folge, dass der Gesetzgeber den Satzteil „mit Wirkung für die Zukunft“ noch einmal bei der Regelung der Ungültigerklärung hätte wiederholen müssen, um die Geltung in beiden Alternativen klar zum Ausdruck zu bringen. Dies widerspräche jedoch dem allgemeinen Sprachgefühl und wäre eine überflüssige Doppelung. Auch aus anderen Rechtstexten sind keine Beispiele ersichtlich, die einen derartigen Satzbau enthalten. Bei einer Aufzählung mit „und“ oder „oder“ spricht vielmehr die erste Vermutung dafür, dass beide Alternativen gleichberechtigt nebeneinander stehen und sich der vorangegangene Satzteil auf das folgende insgesamt bezieht. Die Einschränkung „mit Wirkung für die Zukunft“ ist damit gewissermaßen „vor die Klammer gezogen“, wie es auch einer anerkannten Regelungstechnik entspricht. Es wäre jedenfalls leichter gewesen, eine Geltung der Einschränkung „mit Wirkung für die Zukunft“ nur für die erste Alternative anzuordnen (etwa durch eine Normierung mit Aufzählungszeichen, bei der der Zusatz „mit Wirkung für die Zukunft“ sich nur auf die Verpflichtung zur Änderung bezieht), als zu begründen, dass die Einschränkung sich eindeutig nicht auf die zweite Alternative bezieht.

Soweit in den Verfahren Beteiligten vorgetragen haben, dass der Gesetzgeber bei der Übernahme des § 14f Abs. 1 AEG a.F. in § 68 Abs. 3 ERegG gerade nicht an einer Beschränkung auf eine Wirkung für die Zukunft festgehalten habe (*Hauf/Baumgartner*, EuZW 2019, S. 154 [157]), überzeugt dies nicht. Offenbar stützt sich diese Auffassung darauf, dass der § 14f Abs. 1 AEG a.F. die beiden Alternativen der Verpflichtung zur Änderung und der Ungültigerklärung als Aufzählung nannte, wobei die Beschränkung auf eine Wirkung in die Zukunft vor der Aufzählung stand. Bei der Übernahme in das ERegG hat sich die Struktur des Satzes praktisch nicht geändert. Dass allein aus der Weglassung der Aufzählungszeichen und der Regelung in einem durchgehenden Hauptsatz eine inhaltliche Änderung folgen soll, lässt sich nicht überzeugend begründen. Eine entsprechende Absicht lässt sich auch der Begründung des Gesetzentwurfs nicht entnehmen. Vielmehr erscheinen nach dem herkömmlichen sprachlichen Verständnis beide Regelungen in dieser Hinsicht als gleichbedeutend. Wie bereits dargelegt, gilt die Beschränkung auf eine in die Zukunft gerichtete Wirkung auch in der Fassung des § 68 Abs. 3 ERegG für beide Alternativen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin eines Verfahrens ergibt sich auch nicht aus dem Wesen einer Ungültigerklärung, dass diese per se rückwirkend wirken müsse. Der Gesetzgeber hat in § 68 Abs. 3 ERegG nicht den Begriff der Nichtigkeit verwendet, mit dem in der Regel eine Unwirksamkeit ex tunc angeordnet wird. Das BGB verwendet den Begriff der Nichtigkeit beispielsweise in den §§ 105, 117, 118, 125, 134 und 138. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Willenserklärung oder das Rechtsgeschäft einen besonders schwer-

wiegenden Fehler aufweist, der eine rückwirkende Unwirksamkeit rechtfertigt. Gleiches gilt nach § 44 Abs. 1 VwVfG für die Nichtigkeit von Verwaltungsakten (vgl. dazu *Sachs*, in *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, § 44, Rn. 2).

Insgesamt ist festzuhalten, dass der Wortlaut des § 68 Abs. 3 i. V. m. § 66 Abs. 4 Nr. 6 bzw. 7 ERegG die Überprüfung von Entscheidungen nur mit Blick auf gegenwärtige und zukünftige Zeiträume erlaubt.

Im Hinblick auf § 68 Abs. 2 ERegG ist dagegen festzuhalten, dass der Wortlaut keine ausdrückliche Beschränkung einer Regulierungsentscheidung auf eine Wirkung (bloß) für die Zukunft enthält.

### **II.2.2.2.3.2 Historische Auslegung**

Eine Betrachtung der zugrundeliegenden Richtlinien, der Rechtslage unter Geltung des AEG a. F. sowie der ERegG-Gesetzgebungsmaterialien führt dagegen zu dem Ergebnis, dass die Regulierungsbehörde nicht nur – wie bereits bei der Wortlautauslegung festgestellt – nach § 68 Abs. 3, sondern auch nach Abs. 2 ERegG nicht zu einer rückwirkenden Überprüfung von bereits außer Kraft getretenen Entgelten ermächtigt ist.

#### **II.2.2.2.3.2.1 Ursprung im Richtlinienrecht**

Die hier maßgeblichen Normen setzen Richtlinienrecht um, welches im Rahmen der Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung des Eisenbahnrechts zu berücksichtigen ist (vgl. dazu VG Köln, Beschluss 11 L 2563/03 vom 29.04.2004, Rz. 11). Das Richtlinienrecht überlässt allerdings die Entscheidung, ob regulatorische Beschlüsse auch mit Wirkung für die Vergangenheit ergehen können, dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber. Letzterer bleibt jedoch an den unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz gebunden.

Art. 56 Abs. 9 UAbs. 1 Satz 1 und 2 der Richtlinie 2012/34/EU lautet:

„Binnen eines Monats ab Erhalt einer Beschwerde prüft die Regulierungsstelle die Beschwerde und fordert gegebenenfalls einschlägige Auskünfte an und leitet Gespräche mit allen Betroffenen ein. Innerhalb einer vorab bestimmten angemessenen Frist, in jedem Fall aber binnen sechs Wochen nach Erhalt aller sachdienlichen Informationen entscheidet sie über die betreffenden Beschwerden, trifft Abhilfemaßnahmen und setzt die Betroffenen über ihre begründete Entscheidung in Kenntnis.“

In Art. 30 Abs. 5 der Vorgängerrichtlinie 2001/14/EG hieß es:

„Die Regulierungsstelle hat über Beschwerden zu entscheiden und binnen zwei Monaten ab Erhalt aller Auskünfte Abhilfemaßnahmen zu treffen.“

Der Art. 13 Abs. 1 Satz 2 der davor ergangenen Richtlinie 95/19/EG war wie folgt formuliert:

„Die Stelle entscheidet binnen zwei Monaten nach Vorlage aller erforderlichen Angaben.“

In den Erwägungsgründen der jeweiligen Richtlinien finden sich keine Ausführungen zu diesen Vorgaben.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin sprechen zwar die aus dem Europarecht stammenden Fristvorgaben nicht zwingend dafür, dass im Beschwerdeverfahren nur Maßnahmen mit einer Wirkung ex nunc zulässig sein sollen. Das Argument, für rückwirkende Entscheidungen bedürfe es keiner Fristvorgaben, überzeugt nur insoweit, als die engen zeitlichen Vorgaben einen Hinweis darauf geben könnten, dass der Richtliniengeber, wenn schon eine Rückwirkung ausscheidet, eine möglichst zügige Entscheidung und ggf. eine Ab-

hilfemaßnahme im Blick gehabt hat. Insofern erscheint die Annahme zutreffend, dass die Fristvorgaben sich auf den Regelfall einer Wirkung ex nunc beziehen. Allein daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass eine Ex-tunc-Wirkung ausgeschlossen ist.

Zutreffend ist dagegen der Einwand der Beschwerdegegnerin, dass der Umstand, dass Deutschland jedenfalls in § 14f Abs. 1 AEG a. F. und in § 68 Abs. 3 ERegG nur eine Wirkung ex nunc vorgesehen hatte, in den gegen die Bundesrepublik Deutschland geführten Vertragsverletzungsverfahren nicht aufgegriffen wurde. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung, die die rückwirkende Überprüfung von Entgelten für den Eisenbahnmarkt seit Jahren hatte, wäre es jedenfalls nicht fernliegend gewesen, dass die Europäische Kommission eine aus ihrer Sicht unzureichende Umsetzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts in einem der Vertragsverletzungsverfahren aufgegriffen hätte.

Auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt sich nicht entnehmen, dass eine rückwirkende Überprüfung bereits außer Kraft getretener Entgelte europarechtlich geboten ist. Vielmehr bleibt die Entscheidung über die Möglichkeit einer Rückwirkung dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang wie folgt ausgeführt (EuGH, Urteil C-489/15 vom 09.11.2017, Rz. 97):

„Die Erstattung von Entgelten nach den Vorschriften des Zivilrechts kommt also nur in Betracht, wenn die Unvereinbarkeit des Entgelts mit der Regelung über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuvor von der Regulierungsstelle oder von einem Gericht, das die Entscheidung dieser Stelle überprüft hat, im Einklang mit den Vorschriften des nationalen Rechts festgestellt worden ist und der Anspruch auf Erstattung Gegenstand einer Klage vor den nationalen Zivilgerichten sein kann und nicht der in der genannten Regelung vorgesehenen Klage.“

Im Hinblick auf die Erstattung ist festzuhalten, dass der Europäische Gerichtshof dabei den Regelfall einer nach dem Zeitpunkt der Leistungserbringung durch die Regulierungsbehörde geänderten Entgeltregelung vor Augen gehabt haben dürfte. Dagegen erscheint die Ansicht einer in den Verfahren Beteiligten, der Europäische Gerichtshof habe damit ausschließlich den Fall gemeint, dass ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit seiner Rechnungstellung gegen eine bereits ergangene Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde verstoßen habe und der Zugangsberechtigte trotzdem gezahlt habe, unter Berücksichtigung des dem Europäischen Gerichtshof vorliegenden Fallgestaltung eher fernliegend (vgl. dazu *Gerstner*, EuZW 2018, S. 74 [80]). Dass im vorgenannten Fall zivilrechtliche Erstattungsansprüche bestehen, ist kaum in Zweifel zu ziehen, und war daher auch nicht gesondert zu erwähnen.

Für die vorliegende Fragestellung aufschlussreich ist dagegen der Hinweis, dass vor einer zivilrechtlichen Erstattungsentscheidung die Unvereinbarkeit des Entgelts mit der Regelung über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur *„im Einklang mit den Vorschriften des nationalen Rechts“* festgestellt worden ist. Dies spricht dafür, dass nicht nur die Frage der möglichen Ausgestaltung des Beschwerdekansons (siehe dazu bereits oben, Ziffer II.2.2.2.1.1), sondern auch die Entscheidung über eine rückwirkende Überprüfbarkeit von Entgelten grundsätzlich dem nationalen Gesetzgeber obliegt.

Das Verständnis, dass bei der Umsetzung von Richtlinienrecht in nationales Recht die Ausgestaltung von Verfahrensregeln den Mitgliedstaaten obliegt, entspricht im Übrigen auch der ansonsten geübten Praxis des Unionsrechts. So hat der Europäische Gerichtshof diesbezüglich folgenden Grundsatz festgehalten (Urteil C-231/15 vom 13.10.2016, Rz. 23):

„In Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung ist es grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie unter Beachtung der sich aus den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität ergebenden Anforderungen die Verfahrensregeln für einen Rechtsbehelf wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden vorzusehen [Nachweise].“

Auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat die Auffassung vertreten, dass das Verhältnis des Ex-nunc-Erfordernisses in § 68 Abs. 3 ERegG zum EU-Recht dahinstehen könne, weil die Anforderungen des Richtlinienrechts einer Rückwirkung durch die Rücknahme von Entgeltgenehmigungen jedenfalls nicht entgegenstünden (OVG NRW, Beschluss 13 B 1349/18 vom 01.03.2019, juris Rz. 77):

„Diese stehen jedenfalls in Anbetracht des den Mitgliedstaaten überlassenen Gestaltungsspielraums der Einführung einer Entgeltgenehmigung, die ihrerseits den nationalen verfahrensrechtlichen Vorschriften über die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte unterliegt, nicht entgegen.“

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der nationale Gesetzgeber grundsätzlich Beschränkungen der zeitlichen Überprüfbarkeit vornehmen konnte. Die dabei zu beachtenden Grenzen, die sich aus dem Äquivalenz- und dem Effektivitätsgrundsatz jeweils ergeben, werden allerdings im Rahmen der Überprüfung der nationalen Regelungen auf ihre Unionsrechtskonformität hin zu untersuchen sein.

Soweit in den Verfahren vorgebracht wurde, dass der Europäische Gerichtshof, falls er eine Beschränkung der Entscheidung der Regulierungsbehörde in zeitlicher Hinsicht nach nationalem Recht gesehen hätte, dies auch in dem Urteil thematisiert hätte (*Hauf/Baumgartner*, EuZW 2019, 154 [155]), ist dem entgegenzuhalten, dass genau dies geschehen ist: Der Europäische Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass regulatorische Entscheidungen „im Einklang mit den Vorschriften des nationalen Rechts“ zu ergehen haben. Hätte der Europäische Gerichtshof die Rückwirkung regulatorischer Entscheidungen für unionsrechtlich erforderlich gehalten, wäre es für ihn angesichts der Ausgangslage ein Leichtes gewesen, darauf mit einem Satz hinzuweisen.

#### **II.2.2.2.3.2.2 Die Regelungen des AEG a. F.**

Unter der Geltung des AEG a. F. als der Vorgängerregelung zum ERegG war eine rückwirkende Überprüfung von bereits außer Kraft getretenen Entgelten ausgeschlossen.

Maßgebliche Vorschrift für die erga omnes wirkende Überprüfung von Entgelten war die Regelung des § 14f Abs. 1 AEG a. F.

Hiernach konnte die Regulierungsbehörde von Amts wegen Schienennetz-Benutzungsbedingungen und die Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen sowie Regelungen über die Höhe oder Struktur der Weegeentgelte und sonstiger Entgelte eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens überprüfen. Die Regulierungsbehörde konnte mit Wirkung für die Zukunft das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung der Bedingungen nach Satz 1 Nr. 1 oder der Entgeltregelungen nach Satz 1 Nr. 2 nach ihren Maßgaben verpflichten oder Bedingungen nach Satz 1 Nr. 1 oder Entgeltregelungen nach Satz 1 Nr. 2 für ungültig erklären, soweit diese nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprachen.

Die Vorschrift des § 14f Abs. 1 AEG a. F. wurde erst durch den Vermittlungsausschuss und ohne Einzelbegründung in das Gesetz eingebracht. Eine Betrachtung der Gesetzgebungsmaterialien kann daher keinen weiteren Aufschluss zu den Gründen bringen, die zur Beschränkung des Rechtsfolgenausspruchs führten.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung zum AEG a.F. kam die Beschränkung auf eine in die Zukunft gerichtete Wirkung deutlich zum Ausdruck. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat dazu ausgeführt (OVG NRW, Urteil 13 A 941/14 vom 29.04.2015, Rz. 58):

„[...] Die Bundesnetzagentur kann den Nutzungsbedingungen im Vorabprüfungsverfahren nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG widersprechen. Ergeben sich nach Inkrafttreten von Nutzungsbedingungen Zweifel hinsichtlich ihrer Eisenbahnrechtskonformität, ist die Regulierungsbehörde befugt, sie von Amts wegen zu überprüfen und gegebenenfalls mit Wirkung für die Zukunft das Infrastrukturunternehmen zu ihrer Änderung zu verpflichten oder aber sie für ungültig zu erklären (§ 14f Abs. 1 AEG). [...]“

Insofern vertrat die Rechtsprechung die Auffassung, dass es unter Geltung des AEG a.F. keine rückwirkende Änderung von Entgeltregelungen gab, vgl. dazu auch bereits zuvor BVerwG, Beschluss 6 B 47.14 vom 29.10.2014, Rz. 9 f.:

„Ergeben sich nach Inkrafttreten von Nutzungsbedingungen Zweifel hinsichtlich ihrer Eisenbahnrechtskonformität, ist die Regulierungsbehörde befugt, sie von Amts wegen zu überprüfen und gegebenenfalls mit Wirkung für die Zukunft das Infrastrukturunternehmen zu ihrer Änderung zu verpflichten oder aber sie für ungültig zu erklären (§ 14f Abs. 1 AEG). Veranlassung zu einer amtswegigen regulierungsbehördlichen Prüfung kann auch ein Antrag eines Zugangsberechtigten nach § 14f Abs. 2 AEG vermitteln.“

Die Befugnisse der Regulierungsbehörde nach § 14f Abs. 1 AEG stärken die Rechtsgewährleistungsfunktion der Nutzungsbedingungen. Rechtliche Defizite, die bei der Vorabüberprüfung übersehen wurden oder erst im Zuge der Anwendungspraxis sichtbar werden, bleiben einer nachträglichen Korrektur zugänglich. Kommt es zu einer Korrektur, entfaltet diese Wirkung gegenüber sämtlichen aktuell oder potentiell betroffenen Zugangsberechtigten. Die von § 14f Abs. 1 AEG vorgegebene Verfahrensweise wahrt so zugleich die Vereinheitlichungsfunktion der Nutzungsbedingungen.“

Die Rechtsprechung stellte darüber hinaus fest, dass die Norm des § 14f Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AEG a.F. nicht als Grundlage für eine Änderungsverpflichtung oder eine Ungültigerklärung von Entgeltregelungen herangezogen werden konnte.

Gemäß § 14f Abs. 2 AEG a.F. konnten, kam eine Zugangs- oder Rahmenvertragsvereinbarung nicht zustande, bestimmte Entscheidungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens durch die Regulierungsbehörde auf innerhalb definierter Frist von einem Zugangsberechtigten gestellten Antrag oder von Amts wegen überprüft werden. Beeinträchtigte die Entscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens das Recht des Antragstellers auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, konnte die Regulierungsbehörde gemäß § 14f Abs. 3 AEG a.F. das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung der Entscheidung verpflichten oder die Vertragsbedingungen festlegen, über die Geltung des Vertrags entscheiden und entgegenstehende Verträge für unwirksam erklären.

Die vorgenannte Rechtsgrundlage erlaubte nicht die Vornahme erga omnes wirkender Maßnahmen. Änderungs- oder Ungültigkeitserklärungen von Entgeltregelungen konnten deshalb nicht auf diese Norm gestützt werden (vgl. OVG NRW, Urteil 13 A 941/14 vom 29.04.2015, Rz. 41 ff. m. w. N.).

#### **II.2.2.2.3.2.3 Die Gesetzgebungsmaterialien zum ERegG**

Weder den Gesetzgebungsmaterialien zu § 68 Abs. 3 noch denjenigen zu § 68 Abs. 2 ERegG lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber mit dem ERegG an der unter dem AEG a.F. geltenden Einschränkung des Rechtsfolgenauspruchs etwas ändern wollte.

### II.2.2.2.3.2.4 Materialien zum § 68 Abs. 3 ERegG

Die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 68 Abs. 3 ERegG steckt die möglichen zeitlichen Wirkungen von regulierungsbehördlichen Entscheidungen ab. Dazu heißt es (BT-Drs. 18/8334, S. 221):

„Absatz 3

Um der Regulierungsbehörde flexibles Handeln zu ermöglichen, hat sie die Möglichkeit bei Rechtsverstößen das Verhalten eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens nicht nur sofort, sondern auch mit Wirkung für die Zukunft zu untersagen. Dies ist möglich, soweit das Verhalten des betreffenden Eisenbahninfrastrukturunternehmens gegen die Vorschriften dieses Gesetzes verstoßen.“

Diese Begründung lässt vor allem zwei Auslegungsvarianten zu, die allerdings beide nicht die gesetzgeberische Absicht erkennen lassen, die Regulierungsbehörde erstmals zu rückwirkenden Entscheidungen zu ermächtigen.

Zum einen könnte die Begründung den Schluss nahelegen, dass sich der Entwurfsverfasser an der Regelung des § 14f Abs. 1 AEG a.F. orientiert hat. Durch die Wortwahl „[...] nicht nur [...], sondern auch [...]“ werden die beiden abzugrenzenden möglichen Arten von Ex-nunc-Entscheidungen aufgezeigt, auf die im Rahmen des behördlichen Ermessens zurückgegriffen werden kann. Zwar mag die Formulierung verunglückt erscheinen, da die erstgenannte Variante letztendlich nur ein Unterfall der zweiten Variante ist. Durch Auslegung lässt sich aber aus der separaten Nennung beider Varianten schließen, dass Änderungsverpflichtungen und Ungültigerklärungen beide entweder mit sofortiger Wirkung ab Bekanntgabe (§ 43 Abs. 1 VwVfG) oder zu einem im Beschlusstenor bezeichneten Zeitpunkt in der Zukunft ergehen können sollen. Die Abwägung zwischen beiden Varianten bleibt dem Einzelfall überlassen – vorliegend ist entscheidend, dass § 68 Abs. 3 ERegG jedenfalls keine Befugnis eröffnet, eine Maßnahme mit Wirkung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt zu treffen.

Zum anderen kann die Entwurfsbegründung aber auch so verstanden werden, dass der Entwurfsverfasser glaubte, die Fortgeltung des § 14f Abs. 1 AEG a.F. begründen zu müssen, ohne dabei allerdings den Inhalt der Norm vollumfänglich in den Blick zu nehmen. So könnte sich die Passage „mit Wirkung für die Zukunft“ eher auf Verhütungs- als auf Beseitigungsmaßnahmen beziehen. Folgte man diesem Verständnis, so wäre allerdings vorliegend der Hinweis entscheidend, dass das inkriminierte Verhalten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens ansonsten nur „sofort“ zu untersagen ist. Eine Befugnis der Regulierungsbehörde zu rückwirkenden Maßnahmen lässt sich daraus ebenfalls nicht entnehmen.

Als Argument gegen die beiden vorgenannten Auslegungsvarianten des § 68 Abs. 3 ERegG wird vorgebracht, dass es sich bei der Entscheidungsbefugnis mit Wirkung für die Zukunft um eine zusätzliche Befugnis handeln sollte, durch die keinesfalls der Handlungsspielraum der Bundesnetzagentur eingeschränkt werden sollte. Hierzu wird auf die Begründung des Gesetzentwurfs in der Bundesrats-Drucksache 22/16, S. 324 verwiesen, die in die bereits zitierte Begründung zum Gesetzentwurf übernommen wurde. Auch diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Der Ansatz in der Begründung des Gesetzentwurfs, dass es sich bei der Entscheidungsbefugnis mit Wirkung für die Zukunft nur um eine zusätzliche Möglichkeit neben der Entscheidung mit sofortiger Wirkung handeln soll, hat keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden. Es erscheint auch fraglich, ob dabei eine hinreichende Unterscheidung vorliegen kann, weil auch Entscheidungen im Bereich der Nutzungsbedingungen mit sofortiger Geltung notwendigerweise in die Zukunft gerichtet sind. Insofern werden dabei zwei Aspekte betrachtet: die Rechtswirkung der Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Zusammenhang mit dem Beschwerdegegenstand (rückwirkend oder in die Zukunft gerichtet) und der Zeitpunkt, ab dem die Entscheidung Wirkung entfaltet (sofort oder

erst zu einem zukünftigen Zeitpunkt). Dabei liegt es nahe, dass durch den Einschub „mit Wirkung für die Zukunft“ gerade rückwirkende Entscheidungen ausgeschlossen werden sollen.

Ohne weitere Bedeutung bleibt der Einwand, es handele sich bei § 68 Abs. 3 ERegG um eine Ergänzung des deutschen Gesetzgebers, die keine Grundlage in der Richtlinie 2012/34/EU finde und daher, jedenfalls was ihre zeitliche Begrenzung anbelange, nicht angewendet werden dürfe. In der Begründung zum Gesetzentwurf heißt es, es gehe bei dem jetzigen § 68 Abs. 3 ERegG um eine „notwendige Ergänzung zur Sicherstellung des Gesetzesvollzugs“ (BT-Drs. 18/8334, S. 106). Diese Erläuterung deutet darauf hin, dass der deutsche Gesetzgeber für die von § 68 Abs. 3 ERegG erfassten Fälle in der Richtlinie keine Entsprechung zu dem durch § 68 Abs. 2 ERegG umgesetzten Art. 56 Abs. 9 UAbs. 3 der Richtlinie 2012/34/EU (der die Konstellation nicht zustande gekommenen Zugangs- und Rahmenverträge betrifft) gefunden hatte, gleichwohl aber – in Umsetzung des allgemeinen unionsrechtlichen Auftrags zur Verfahrensausgestaltung – eine ausdrückliche Normierung der Entscheidungsbefugnisse der Regulierungsbehörde für notwendig hielt. Gegen dieses Vorgehen ist vor dem bereits aufgezeigten unionsrechtlichen Hintergrund nichts zu erinnern.

#### **II.2.2.2.3.2.5 Materialien zum § 68 Abs. 2 ERegG**

Der Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte zu § 68 Abs. 2 ERegG zeigt, dass trotz des insoweit offenen Wortlauts nicht vorgesehen war, dass die Regulierungsbehörde auf dieser Grundlage rückwirkende Entscheidungen zu Entgeltregelungen erlassen können sollte.

Um den Regelungsgehalt des § 68 Abs. 2 ERegG zutreffend erfassen zu können, muss man sich zunächst die durchaus disparaten Anwendungsfälle dieser Norm vor Augen führen. Mit dieser Norm ermächtigt der Gesetzgeber die Regulierungsbehörde nämlich sowohl zu beantragten und amtswegigen Maßnahmen in dem Fall, dass ein Zugangs- oder Rahmenvertrag nicht zustande kommt (§ 66 Abs. 3 ERegG, seinerseits zurückgehend auf Art. 56 Abs. 9 UAbs. 3 der Richtlinie 2012/34/EU), als auch zu beantragten Maßnahmen in dem Fall, dass ein Zugangsberechtigter der Auffassung ist, durch Entscheidungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein (§ 66 Abs. 1 ERegG, seinerseits beruhend auf Art. 56 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU). Die Rechtsgrundlage für amtswegige Maßnahmen wegen sonstiger Verletzungen von Zugangsrechten ist dagegen in § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG zu finden.

In der Begründung zum Gesetzesentwurf heißt es zu der jetzigen Norm des § 68 Abs. 2 ERegG (BT-Drs. 18/8334, S. 221):

„Die Regelung gestaltet die Befugnisse der Regulierungsbehörde in den Fällen, in denen der Zugangsberechtigte der Auffassung ist, von Entscheidungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens beeinträchtigt zu sein. Die Vorgaben setzen Art. 56 Abs. 9 UAbs. 3 der Richtlinie 2012/34/EU um. Dazu wird der Regulierungsbehörde auch die Befugnis eingeräumt, selbst Vertragsbedingungen festzulegen und entgegenstehende Verträge für unwirksam zu erklären. Diese Entscheidung betrifft auch Schienennetz-Nutzungsbedingungen und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen.“

Auffällig an der Regelung des § 68 Abs. 2 ERegG ist, wie stark sie in ihrem Wortlaut an der ursprünglichen Vorschrift des § 14f Abs. 3 AEG a. F. haften geblieben ist. Sie ist nach wie vor vorrangig auf die Situation gemünzt, dass kein Vertrag zwischen Infrastrukturunternehmen und Zugangsberechtigtem zustande gekommen ist. Selbst die Erweiterung der Eingriffsbefugnisse auf Schienennetz-Nutzungsbedingungen und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen stellt sich in erster Linie als Reaktion auf die oben dargestellte Rechtsprechung zu § 14f Abs. 3 AEG a. F. dar. Auf die Ausgestaltung der Regulierungsbefugnisse beim von § 68 Abs. 2 ERegG ebenfalls in Bezug genommen antragsabhängigen Auffangtatbestand

des § 66 Abs. 1 ERegG hat der Gesetzgeber dagegen vergleichsweise geringe Mühe und Aufmerksamkeit verwandt. Wie gering die Rücksichtnahme ausfällt, zeigt der Vergleich mit dem amtswegigen Auffangtatbestand des § 67 Abs. 1 Satz 1 ERegG. Nach der letztgenannten Norm kann die Regulierungsbehörde gegenüber den nach dem ERegG Verpflichteten die Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um Verstöße gegen dieses Gesetz oder unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Union im Anwendungsbereich dieses Gesetzes zu beseitigen oder zu verhüten. Das Antragsverfahren nach § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG bleibt damit hinsichtlich seiner möglichen Rechtsfolgen deutlich hinter denjenigen des Amtsverfahrens nach § 67 Abs. 1 ERegG zurück.

Diese – ob nun bewusste oder unbewusste – Entscheidung des Gesetzgebers korrespondiert allerdings am Ende mit dem geringen tatbestandlichen Anwendungsbereich dieser Norm und auch mit demjenigen des § 67 Abs. 1 ERegG (siehe dazu genauer oben, Ziffer II.2.2.2.1.1); auch von der Beschlusskammer werden vorliegend die möglichen Rechtsfolgen des § 68 Abs. 2 ERegG nur hilfsweise und unter der Prämisse geprüft, dass die Gerichte die angenommene fehlende Anwendbarkeit des § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG nicht anerkennen, siehe ebenfalls oben, Ziffer II.2.2.2.1.1). Der ganz überwiegende Teil der Ex-post-Verfahren war unter Geltung des AEG a. F. auf Grundlage des § 14f Abs. 1 bzw. Abs. 3 AEG a. F. geführt worden. In Anbetracht der in § 66 Abs. 4 ERegG vorgesehenen Regelung war auch nicht zu erwarten, dass sich die Bedeutung der Generalklauseln unter dem neuen Gesetz künftig erhöhen würde. Es bestand daher kein Anlass, an dieser Stelle grundstürzende Änderungen des bisherigen Regulierungsregimes vorzunehmen.

Tatsächlich lässt sich in den Gesetzesmaterialien auch kein Beleg dafür finden, dass der Gesetzgeber die Absicht gehabt hätte, auf Grundlage des § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG rechtsfolgenseitig über die in § 68 Abs. 3 ERegG enthaltenen Möglichkeiten bei der Entgeltregulierung hinauszugehen. Insbesondere ist in keiner Weise ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG erstmals eine rückwirkende Überprüfbarkeit nicht-genehmigungspflichtiger Entgeltregelungen in das Eisenbahnrecht aufnehmen wollte. Ein solcher Hinweis wäre allerdings vor dem Hintergrund der bis dahin gültigen Rechtslage und geübten Rechtspraxis zu erwarten gewesen. Das diesbezügliche Schweigen des Gesetzgebers erscheint beredt.

Eine rückwirkende Anwendung des § 68 Abs. 2 i. V. m. § 66 Abs. 1 ERegG ist danach vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen. Auch unter zeitlichen Gesichtspunkten erscheint dies plausibel, erlangte die Rückwirkungsfrage doch erst mit der EuGH-Entscheidung vom November 2017 rechtliche Prominenz.

Die hier vertretene Sichtweise, dass die bisherige Überprüfungssystematik des AEG a. F. im ERegG ohne wesentliche Änderungen (wie etwa der Einführung rückwirkender Überprüfungsmöglichkeiten) fortgeführt wurde, wird auch durch die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen gestützt (OVG NRW, Beschluss 13 B 1349/18 vom 01.03.2019, juris Rz. 66). Dort heißt es nach einem Hinweis auf einen Systemwechsel durch Einführung einer Genehmigungspflicht:

„Zugleich hat der Gesetzgeber die überkommenen Instrumente der Vorabprüfung im Sinne des § 14e AEG a. F. mit § 73 ERegG und der nachträglichen Prüfung im Sinne des § 14f AEG a. F. mit § 68 Abs. 2 und 3 ERegG fortgeschrieben, ohne sie in jeder Hinsicht von der nunmehr hinzugetretenen Entgeltgenehmigung nach §§ 45, 46 ERegG abzugrenzen.“

### **II.2.2.2.3.3 Zwischenergebnis**

Die historische Auslegung spricht dafür, dass die Regulierungsbehörde weder nach § 68 Abs. 3 ERegG noch nach § 68 Abs. 2 ERegG zur rückwirkenden Überprüfung von Entgeltregelungen berechtigt ist.

#### II.2.2.2.3.4 Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung wendet sich dem Verhältnis der Vorschriften des ERegG untereinander sowie demjenigen zu den Vorschriften des übrigen Regulierungsrechts und des GWB zu. Den untersuchten Regelungen lässt sich im Rahmen der systematischen Auslegung allerdings ebenfalls nicht entnehmen, dass eine rückwirkende Anwendung der nach § 68 Abs. 3 bzw. 2 ERegG vorgesehenen Maßnahmen möglich ist.

##### II.2.2.2.3.4.1 Verhältnis zu Unterrichtungs- und Genehmigungsverfahren

Die Regelungen des ERegG sehen für Zugangsentgelte entweder einen Erlaubnis- oder einen Anzeigen- und Verbotsvorbehalt vor. Ein Genehmigungsverfahren in Form eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt findet sich in den §§ 33 und 45, 46 ERegG für Stations- und Trassenentgelte. Davon sind gewisse Ausnahmen und Befreiungen nach § 2 Abs. 3 sowie Abs. 5 bis 7 ERegG möglich. Soweit Zugangsentgelte nicht unter die §§ 33 und 45, 46 ERegG fallen, findet ein zweigliedriges System Anwendung, nach dem Neufassungen und Änderungen von Entgelten einem Verbot mit Anzeigevorbehalt (Ex-ante-Prüfung nach den §§ 72 und 73 ERegG, Ausnahmen sind nach § 73 Abs. 4 ERegG möglich) sowie sämtliche Entgelte grundsätzlich (auch hier sind Ausnahmen/Befreiungen möglich) einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt (Ex-post-Prüfung) sowohl im Beschwerdeweg (§§ 68 Abs. 3 i.V.m. 66 Abs. 4 und §§ 68 Abs. 2 i.V.m. 66 Abs. 1 bzw. 3 ERegG) als auch im Amtsweg (§§ 68 Abs. 3 i.V.m. 66 Abs. 4 ERegG, §§ 68 Abs. 2 i.V.m. 66 Abs. 3 und § 67 Abs. 1 ERegG) unterliegen. Letzteres entspricht der Rechtslage unter Geltung des AEG a. F., das eine Kombination eines vorgängigen Verbots mit Anzeigenvorbehalt und einer anschließenden Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt vorsah.

Der Umstand, dass die Nutzungsbedingungen der Eisenbahninfrastrukturunternehmen einer Ex-ante-Prüfung durch die Regulierungsbehörde gemäß § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG unterliegen, ist für das Verständnis der zeitlichen Reichweite von Beschwerdeentscheidungen durchaus von Bedeutung. Denn soweit die Nutzungsbedingungen nicht den gesetzlichen Voraussetzungen genügen, kann die Regulierungsbehörde nach § 73 Abs. 1 Nr. 5 ERegG die Neufassung oder Änderung ablehnen. Im Zusammenhang mit dem für die Schienennetz-Nutzungsbedingungen nach § 19 Abs. 1 und 2 ERegG vorgeschriebenen Konsultations- und Stellungnahmeverfahren soll verhindert werden, dass Nutzungsbedingungen Geltung erlangen, die mit schwerwiegenden Fehlern behaftet sind. Unter Geltung des AEG a. F. und der EIBV war ebenfalls eine Vorabprüfung vorgesehen und das Stellungnahmeverfahren grundsätzlich zusätzlich auch für die Neufassung oder Änderung der Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen vorgeschrieben (§ 10 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 4 Abs. 4 EIBV). Durch die Durchführung der Ex-ante-Prüfung soll gerade eine rückwirkende Unwirksamkeit der Nutzungsbedingungen wegen schwerwiegender Fehler vermieden werden (vgl. dazu die Begründung zum Gesetzentwurf aus Anlass der Einführung der damals geplanten Trassenagentur und des späteren § 14e AEG a. F., BT-Drs. 15/3280, S. 20):

„Um die Bedingungen der Überwachung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur weiter zu verbessern, wird zusätzlich zur Möglichkeit, bestehende Diskriminierungen zu beseitigen, die Möglichkeit geschaffen, präventiv einzugreifen. Diese Befugnis steht ausschließlich der Trassenagentur zu. Die Trassenagentur kann damit eingreifen, bevor ein diskriminierender Tatbestand geschaffen wird.“

Daraus, dass im Zuge des ERegG erstmals eine Entgeltgenehmigung eingeführt wurde, lassen sich jedenfalls keine positiven Argumente für etwaige Rückwirkungsmöglichkeiten in Beschwerdeverfahren ableiten. Zwar ist dem Eisenbahnrecht im Zusammenhang mit der Genehmigungspflicht eine Rückwirkung gemäß § 48 VwVfG i.V.m. §§ 33 und 45, 46 nicht fremd. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen nimmt dabei aber eine deutliche Abgrenzung zwischen den Rückwirkungsmöglichkeiten bei fehlerhaften Verwaltungsentscheidungen einerseits und einem behördlich nicht beanstandeten Marktverhalten anderer-

seits vor. Dort werden Gründe genannt, weshalb § 68 Abs. 3 ERegG eine Rückwirkung bei Genehmigungsverfahren nicht ausschließt (OVG NRW, Beschluss 13 B 1349/18 vom 01.03.2019):

Rz. 51: „Für die Berücksichtigung beider Aspekte – Wahrung von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz auf der einen Seite und ein aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgendes Gebot zur Korrektur einer fehlerhaften Verwaltungsentscheidung – bietet § 48 VwVfG ein differenziertes Prüfungsprogramm.“

Rz. 52: „Im Übrigen rechtfertigten auch die Bestimmungen des § 68 ERegG [...] nicht den Schluss, sie beanspruchten eine abschließende Regelung auch für den Bestand der nach §§ 45, 46 ERegG erteilten Entgeltgenehmigung, die eine Anwendung von § 48 VwVfG ausschließe. Vielmehr spricht bei gebotener Auslegung Überwiegendes dafür, dass vorab genehmigte Entgelte und Entgeltgrundsätze gar nicht der Regelung des § 68 Abs. 3 ERegG unterfallen, sondern rechtssystematisch eine eigene Kategorie bilden, deren Bestandskraft sich [...] nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen [...] richtet.“

Rz. 77: „Unterfällt eine nach §§ 45, 46 ERegG erteilte Entgeltgenehmigung schon im Ausgangspunkt nicht einer nachträglichen Überprüfung nach § 68 Abs. 3 ERegG, sondern den Regelungen über die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts nach § 48 VwVfG, ist damit ein anderes Prüfungsprogramm und in Abhängigkeit davon auch ein anderer Rechtsfolgenausspruch verbunden. Zudem steht im Anwendungsbereich des § 68 Abs. 3 ERegG allein die Frage nach der Vereinbarkeit eines bislang nicht behördlicherseits beanstandeten Marktverhaltens mit regulierungsrechtlichen Vorgaben im Raum, während im Rahmen von § 48 VwVfG als wesentlicher Aspekt die Korrektur fehlerhafter Verwaltungsentscheidungen als Gebot des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hinzutritt.“

Rz. 87: „Wenn aber der Bestand der Genehmigung und die mit ihr für den Genehmigungszeitraum einhergehende ökonomische Planungssicherheit für die Marktteilnehmer ohnehin durch die Anfechtbarkeit der Genehmigung im Klageverfahren relativiert werden, spricht jedenfalls ohne eine ausdrücklich gegenteilige Anordnung des Gesetzgebers alles dafür, dass es auch der Regulierungsbehörde nicht verwehrt sein kann, bei der Genehmigungsentscheidung unterlaufene Fehler im Verfahren nach § 48 VwVfG selber vollständig zu korrigieren.“

Im Umkehrschluss scheint das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen bei Entscheidungen nach § 68 Abs. 3 ERegG allein Ex-nunc-Entscheidungen für zulässig zu halten. Die Tatsache, dass gemäß § 68 Abs. 2, 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 ERegG stets eine Entscheidung durch die Regulierungsbehörde ergeht (vgl. allerdings auch VG Köln, Beschluss 18 L 1462/19 vom 30.08.2019; die Beschwerde gegen den Beschluss ist derzeit beim OVG NRW, Verfahren 13 B 1246/19, anhängig), während eine Entscheidung nach § 48 VwVfG schon hinsichtlich ihres Aufgreifens einer einzelfallbezogenen Ermessensausübung unterliegt, spricht insofern jedenfalls für einen generellen Ausschluss von Rückwirkungsentscheidungen.

Ein weiterer Punkt, der im Zusammenhang mit der Systematik auffällt, ist der Ausschluss der Anwendung von § 315 BGB in Genehmigungsfällen, vgl. § 33 Abs. 2 Satz 3 und § 45 Abs. 2 Satz 3 ERegG. Für die vorliegende Auslegungsfrage ist dieser Ausschluss ambivalent und letztlich wenig ergiebig: Er zeigt auf der einen Seite, dass der Gesetzgeber selbst bereits vor der EuGH-Entscheidung vom November 2017 die Regulierungsstelle für ausreichend kompetent hielt, Entgeltprüfungen ohne zivilgerichtliche Ergänzung durchzuführen. Andererseits hat er sich nicht dazu durchgerungen, die Anwendung von § 315 BGB in sonstigen Fällen ausdrücklich zu untersagen. Ob er sie für erforderlich oder für nicht erforderlich hält, wird daraus nicht klar.

#### II.2.2.2.3.4.2 Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten

Auch einem Vergleich mit anderen regulierten Rechtsgebieten lässt sich im Rahmen der systematischen Auslegung nicht entnehmen, dass eine rückwirkende Überprüfung von bereits außer Kraft getretenen Entgelten rechtlich geboten ist.

Das Telekommunikationsgesetz (TKG) enthält in § 38 Abs. 4 TKG folgende Regelung:

„Sofern die Bundesnetzagentur feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 28 genügen, untersagt sie das nach diesem Gesetz verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam.“

Damit sieht auch das TKG nur eine Ex-nunc-Wirkung von Regulierungsentscheidungen vor. Dagegen ist eine rückwirkende Änderung von Genehmigungsentscheidungen nach § 48 VwVfG i. V. m § 35 Abs. 5 TKG per Einzelfallentscheidung möglich.

Der Bereich der Energieregulierung kennt die Vorschrift des § 31 Abs. 1 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG):

„Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden, können bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Überprüfung dieses Verhaltens stellen.“

Dies wird durch § 65 Abs. 3 EnWG ergänzt:

„Soweit ein berechtigtes Interesse besteht, kann die Regulierungsbehörde auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.“

In der Gesamtschau spricht im EnWG die Systematik für einen Erst-recht-Schluss zur Anwendung des Beschwerderechts auch auf andauernde Sachverhalte mit Vergangenheitsbezug (vgl. BGH, Beschluss EnVR 12/17 vom 17.07.2018, Rz. 17). Allerdings fehlt im ERegG gerade eine dem § 65 Abs. 3 EnWG vergleichbare Regelung.

Das Allgemeine Wettbewerbsrecht enthält in § 32 GWB die folgende Regelung:

„(1) Die Kartellbehörde kann Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, eine Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift dieses Teils oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union abzustellen. [...]

(3) Soweit ein berechtigtes Interesse besteht, kann die Kartellbehörde auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.“

Insoweit ähnelt die Regelung im GWB derjenigen im EnWG. Dabei ist auffällig, dass die Kartellbehörde mit dem § 32 Abs. 3 GWB ausdrücklich zu – in ihrem Ermessen stehenden – Feststellungen über beendete Sachverhalte ermächtigt worden ist. Daher ist es dann auch naheliegend, eine Kompetenz für rückwirkende Abstellungsentscheidungen zuzuerkennen (vgl. dazu BGH, Beschluss KVR 51/11 vom 15.05.2012, Rz. 21 f. – Wasserpreise Calw).

Im Umkehrschluss sprechen aber insbesondere die Regelungen im EnWG und GWB dagegen, dass das ERegG, das eine solche nachträgliche Feststellungsbefugnis gerade nicht ausdrücklich normiert hat, die Möglichkeit eines rückwirkenden Vorgehens eröffnen würde. Im Rahmen der systematischen Auslegung ist festzuhalten, dass dem Gesetzgeber in anderen Rechtsgebieten durchaus die Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung bewusst war. Dabei sind auch die Unterschiede hervorzuheben, denn sowohl im EnWG als auch im GWB wird tatbestandlich ein berechtigtes Interesse an der Feststellung vorausgesetzt, die zusätzlich im Ermessen der Regulierungsbehörde liegt.

### **II.2.2.2.3.5 Zwischenfazit zur Auslegung nach Wortlaut, Historie und Systematik**

Insgesamt sprechen die Systematik ebenso wie Wortlaut und Gesetzgebungsgeschichte gegen die Möglichkeit rückwirkender Anordnungen. Das gilt jedenfalls im Ergebnis für § 68 Abs. 2 und § 68 Abs. 3 ERegG gleichermaßen. Dies ist auch insofern verständlich, als der nationale Gesetzgeber vor der EuGH-Entscheidung vom November 2017 und damit bei Erlass des ERegG im Jahr 2016 keinen besonderen Anlass hatte, der Regulierungsbehörde eine solche rückwirkende Überprüfungsmöglichkeit einzuräumen. Sofern gleichwohl im Wege der teleologischen Auslegung im Verbund mit Verfassungs- und Europarecht eine rückwirkende Anwendung zu befürworten sein sollte, müsste deshalb gesondert geprüft werden, inwieweit dies noch tatsächlich eine Auslegung oder aber bereits eine Verwerfung des nationalen Gesetzes darstellen würde.

### **II.2.2.2.3.6 Teleologische Auslegung**

Die Auslegung der Ermächtigungsgrundlagen nach dem Sinn und Zweck der Norm führt trotz der hier zu berücksichtigenden Besonderheiten ebenfalls nicht zu dem Ergebnis, dass § 68 Abs. 3 oder § 68 Abs. 2 ERegG rückwirkend anwendbar wären.

Die unionsrechtlich basierten Beschwerdenormen geben den Zugangsberechtigten ein Mittel an die Hand, mit dem sie eine behördliche Überprüfung des Verhaltens von Eisenbahninfrastrukturunternehmen auslösen können. Diese Überprüfung soll ihrerseits gewährleisten, dass das Fachrecht eingehalten wird und subjektiv-öffentliche Rechte von Zugangsberechtigten unverletzt bleiben.

Von Seiten der Zugangsberechtigten ist reklamiert worden, dass diese Ziele des Beschwerderechts wegen der seit dem EuGH-Urteil vom November 2017 weggefallenen zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle von Zugangsentgelten neue Bedeutung gewonnen hätten und insbesondere unter unions- und verfassungsrechtlichen Aspekten zu würdigen seien. Dementsprechend werden nachfolgend die unionsrechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität (dazu unter Ziffer II.2.2.2.3.6.1) sowie die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie (dazu unter Ziffer II.2.2.2.3.6.2) ins Auge gefasst.

#### **II.2.2.2.3.6.1 Unionsrechtliche Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität**

Den Vorgaben des Europäischen Unionsrechts lässt sich allerdings nicht entnehmen, dass eine rückwirkende Anwendung der Ermächtigungsgrundlagen in Beschwerdeverfahren vorzunehmen ist.

Zunächst folgt dies insbesondere nicht schon aus der Regelung in Art. 56 Abs. 9 UAbs. 2 Satz 2 RL 2012/34/EU, wonach die Regulierungsstelle Entscheidungen und gegebenenfalls geeignete Sanktionen einschließlich Geldbußen durchsetzen können muss. Repressive Maßnahmen, wozu auch das Verhängen von Bußgeldern im Ordnungswidrigkeitenverfahren zählt, beziehen sich zwar stets auf bereits zurückliegende Umstände. Doch sind derartige Sanktionen, die nach dem nationalen Recht bereits nicht vorgesehen sind, nicht gleichbedeutend mit einer auch rückwirkenden Überprüfung und ggf. Unwirksamkeitserklärung von bereits außer Kraft getretenen früheren Regelungen im Verwaltungsverfahren.

Die Ermächtigungs- und Verfahrensvorschriften der §§ 66 Abs. 1 bis 4 und 68 Abs. 1 bis 3 ERegG dienen, wie bereits dargestellt, der Umsetzung des europäischen Unionsrechts. Der den Mitgliedstaaten diesbezüglich eingeräumte Gestaltungsspielraum wird begrenzt durch die sich aus den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität ergebenden Anforderungen.

Das Äquivalenzprinzip kann im vorliegenden Fall keine im Rahmen der Gesetzesauslegung maßgeblichen Wirkungen entfalten. Nach diesem Grundsatz obliegt den Mitgliedstaaten in

Ermangelung einer Gemeinschaftsregelung die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, wobei diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (EuGH, Urteil in den Rechtssachen C-222/05 bis C-225/05 vom 07.06.2007). Vorliegend ist nicht ersichtlich, bei welchen Verfahren mit alleiniger Anwendung innerstaatlichen Rechts eine Besserstellung gegenüber der hiesigen Fallkonstellation gegeben sein sollte.

Auch aus der Pflicht zur effektiven Umsetzung des europäischen Unionsrechts ergeben sich vorliegend keine Gesichtspunkte, die eine Auslegung erfordern, nach der die Regulierungsbehörde zu einer rückwirkenden Überprüfung befugt wäre. Der Grundsatz der Effektivität (effet utile) verlangt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass im Falle mehrerer möglicher Auslegungen diejenige gewählt wird, durch die das Unionsrecht am besten und effektivsten umgesetzt wird.

Vgl. EuGH, Urteil C-349/17 vom 05.03.2019, zu einer Beihilferückforderung:

Rz. 138: „Zum Grundsatz der Effektivität hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Unionsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen ist [Nachweis].“

Rz. 139: „In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass das nationale Recht nicht zur Folge haben darf, die Anwendung des Unionsrechts insofern zu verhindern, als sie es den nationalen Gerichten oder den nationalen Stellen unmöglich machen, ihrer Verpflichtung nachzukommen, die Beachtung von Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu gewährleisten [Nachweis].“

Rz. 140: „Eine nationale Rechtsvorschrift, die die nationalen Gerichte oder eine nationale Stelle daran hinderte, sämtliche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV zu ziehen, ist nämlich als mit dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar anzusehen [Nachweis].“

In Abgrenzung zu der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 Grundgesetz (GG), die eher Vorgaben für die subjektive Überprüfbarkeit macht, handelt es sich im Rahmen des Grundsatzes der Effektivität eher um objektiv-rechtliche Überprüfungserfordernisse, ohne dass damit gewisse Überlappungen per se ausgeschlossen wären.

Im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz sind zunächst die fachrechtlichen Anforderungen des AEG an die Entgeltgestaltung zu erörtern.

In materieller Hinsicht ergaben sich diese aus den vom Richtlinien- und Gesetzgeber verfolgten Zielen: Die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur war in Deutschland bis zum 01.09.2016 durch das AEG a. F. und die EIBV geregelt, die die Richtlinie 2001/14/EG in nationales Recht umsetzten. Eines der Ziele der Richtlinie bestand darin, den Eisenbahnverkehrsunternehmen einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu bieten und soweit wie möglich den Bedürfnissen aller Nutzer und Verkehrsarten gerecht zu werden (siehe Erwägungsgrund 11). Die Entgeltregelungen sollten einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen ermöglichen (siehe Erwägungsgrund 16). Eisenbahninfrastrukturunternehmen waren demgemäß verpflichtet, die Benutzung der von ihnen betriebenen Schienenwege und Serviceeinrichtungen diskriminierungsfrei zu gewähren sowie die damit verbundenen Leistungen diskriminierungsfrei zu erbringen.

Gleichzeitig betonte insbesondere die Rechtsprechung die formellen Zwecke allgemeiner Entgeltregelungen (vgl. etwa OVG NRW, Beschluss 13 B 1349/18 vom 01.03.2019, juris Rz. 78 m. w. N.):

„Im Einzelnen kommt diesen hiernach zunächst eine Vereinheitlichungsfunktion zu, insofern sie bestimmte Regelungen zur Zugangsgewährung „vor die Klammer ziehen“, d. h. der individuellen Vereinbarung mit dem Infrastrukturunternehmen entziehen und ihnen so eine einheitliche Geltung gegenüber sämtlichen Zugangsberechtigten zumessen. Dies dient der Gleichbehandlung der Zugangsberechtigten. Zum anderen haben die Nutzungsbedingungen eine Rechtsgewährleistungsfunktion. Die Regulierungsbehörde soll im Rahmen des Vorabprüfungsverfahrens die Vereinbarkeit der Nutzungsbedingungen mit dem eisenbahnrechtlichen Zugangsregime sicherstellen. Die Nutzungsbedingungen sollen hierdurch inhaltlich auf die Regulierung der einschlägigen rechtlichen Maßstäbe ausgerichtet werden. In unmittelbarem Zusammenhang hiermit steht die Informationsfunktion der Nutzungsbedingungen, da diese den Zugangsberechtigten Transparenz, Planbarkeit und Kalkulationssicherheit sichern.“

Es ist nun nicht ersichtlich, dass der Regulierungsbehörde eine Erreichung dieser beiden fachrechtlichen Zwecke unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird, wenn an dem Auslegungsergebnis festgehalten wird, dass sie nach § 68 Abs. 3 und 2 ERegG nicht befugt ist, die ursprüngliche Inkraftsetzung von möglicherweise rechtswidrigen Entgelten rückwirkend zu beseitigen.

Zwar zeigt die Rechtslage bei Entgeltgenehmigungen, dass die Möglichkeit rückwirkender Entgeltentscheidungen mit Eisenbahnrecht jedenfalls vereinbar sein kann, wobei dort allerdings etwaige Änderungen per Einzelfallentscheidung auf Ermessensbasis vorzunehmen und zudem die Besonderheiten von Genehmigungsentscheidungen zu berücksichtigen sind, siehe bereits oben. Daraus ergibt sich bereits deutlich, dass rückwirkende Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Bereich der Entgelte sich in einem Spannungsfeld zwischen der Gewährleistung materieller Gerechtigkeit und der dadurch in Frage gestellten Rechtssicherheit bewegen.

Im Rahmen dieses Spannungsfeldes erscheint es indes mit Blick auf die materiellen und formellen Zwecke der Entgeltüberprüfung auch durchaus vertretbar, wenn der nationale Gesetzgeber eine rückwirkende Überprüfbarkeit von Entgelten ausschließt.

So ist einmal im Hinblick auf die materiellen Erfordernisse festzuhalten, dass die Regulierungsziele grundsätzlich prospektiv, also in die Zukunft gerichtet, ausgerichtet sind. Allerdings ist anzuerkennen, dass in der Rechtsprechung das Wettbewerbsziel auch in der Form maßgebliche Berücksichtigung gefunden hat, dass erfolgte Verstöße rückwirkend zu beseitigen sind (BGH, Beschluss KZR 12/15 vom 29.01.2019, Rz. 21):

„Bei einer richtlinienkonformen Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts ist [...] zu prüfen, wie [...] erreicht werden kann, dass Entgeltregelungen und ihre Anwendung einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen erlauben. Dies ist umso mehr geboten, als der Infrastrukturbetreiber sich [...] in einer marktbeherrschenden Stellung befindet [...]. Eine richtlinienkonforme Auslegung und Anwendung des gesamten, im vorliegenden Zusammenhang relevanten nationalen Rechts hat daher auch soweit möglich sicherzustellen, dass dem Infrastrukturbetreiber keine Entgelte verbleiben, die er nur vereinnahmen konnte, weil er mit den von ihm selbst aufgestellten Entgeltregelungen gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen hat.“

Ebenso hat sich der Bundesgerichtshof bereits zuvor geäußert (BGH, Beschluss KVR 51/11 vom 15.05.2012, Rz. 21 – Wasserpreise Calw):

[... D]er Beseitigungsanspruch nach § 32 Abs. 2 GWB entspricht der Notwendigkeit eines wirksamen Rechtsgüterschutzes."

Aus hiesiger Sicht erscheint jedoch zweifelhaft, ob in der vorgenannten Rechtsprechung die spezifisch eisenbahnrechtlichen Folgen einer rückwirkenden Entgeltanpassung hinreichend Berücksichtigung gefunden haben. Denn derartige Anpassungen müssten – anders als in den inter partes geführten Auseinandersetzungen vor den Zivilgerichten – mit Wirkung erga omnes ergehen. Aus diesem Grund hätte eine Entscheidung für eine rückwirkende Überprüfbarkeit Auswirkungen, die weit über die bisher vorliegenden Beschwerdeverfahren hinausgehen würden und sogar marktweite Bewegungen auslösen könnten.

Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass – weil nach hiesiger Kenntnis die Beschwerdegegnerinnen mit den Zugangsentgelten trotz zumindest im Trassenbereich bestehender Kostendeckungspflicht die Kosten der Zugangsleistungen tatsächlich nicht decken konnten – etwaige nachträgliche Änderungen in der Preisbildung zu ex ante nicht abschließend quantifizierbaren Verschiebungen bei den Kostendeckungsbeiträgen führen, damit gegenüber am Rechtsstreit bisher unbeteiligten Marktteilnehmern mit Blick auf Art. 12 GG problematische Nachforderungen auslösen und entsprechende Marktverwerfungen erheblichen Ausmaßes verursachen könnten.

Diese Gesichtspunkte sprechen dagegen, dass der Regulierungsbehörde aufgrund des übergeordneten Effektivitätsgrundsatzes eine Möglichkeit zur rückwirkenden Überprüfung eingeräumt werden *muss*. Damit ist allerdings keine Aussage zu der Frage verbunden, ob der Regulierungsbehörde eine solche Befugnis eingeräumt werden *kann*.

Die formellen Erfordernisse des Fachrechts sprechen ebenfalls gegen eine rückwirkende Beseitigung bereits erfolgter – möglicher – Verstöße. Die Informations- und Gewährleistungsfunktion der Schienennetz-Nutzungsbedingungen (vormals: Schienennetz-Benutzungsbedingungen) und Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen wird am ehesten dann erfüllt, wenn sie nachträglich nicht mehr geändert werden. Das soll anhand der folgenden – nicht abschließenden – Erwägungen verdeutlicht werden: Die Nutzungsbedingungen haben eine grundlegende Bedeutung für den Eisenbahnverkehrsmarkt. Sie werden zur Grundlage für die unternehmerischen Entscheidungen der Zugangsberechtigten und sind Voraussetzung zur Schaffung eines für alle Marktteilnehmer einheitlichen Wettbewerbsumfelds („level playing field“, so auch Gerstner, EuZW 2018, S. 74 [80]). Aus ihnen kann sich in Verbindung mit den jeweiligen Entgelten die Entscheidung für oder gegen die Realisierung eines Schienenverkehrs ergeben.

Es liegt in der Natur der Sache, dass diese grundlegenden Entscheidungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens nur unter besonderen Schwierigkeiten rückabgewickelt werden können. Die Höhe der Entgelte hat beispielsweise Wechselwirkungen zur Rentabilität der durchzuführenden Verkehre. Sofern ein Entgelt für ein bestimmtes Verkehrssegment im Vorwege abgesenkt wird, kann dies zu einer Ausweitung der Verkehrsmenge führen, die aus Sicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens einen Teil der Absenkung kompensiert. Dieser Effekt ist bei einer rückwirkenden Änderung ausgeschlossen, sodass die Tendenz entstände, Entgeltreduzierungen durch Nachforderungen an anderer Stelle auszugleichen. Zudem ist im Hinblick auf die bereits verstrichene Zeitspanne unklar, ob mögliche Erstattungen oder Nachforderungen noch einbringbar wären, weil bestimmte Unternehmen inzwischen aus dem Markt ausgeschieden sein könnten. Dagegen hätten Zugangsberechtigte, die mit Nachforderungen konfrontiert wären, diese ggf. in ihre laufende Kalkulation einzupreisen und könnten dadurch Wettbewerbsnachteile gegenüber Zugangsberechtigten erleiden, die erst später in den Eisenbahnverkehrsmarkt eingestiegen sind. Bereits aus diesen Erwägungen

ergibt sich, dass eine Rückabwicklung vielfältige Herausforderungen verursachen würde, die ihrerseits den Wettbewerb beeinträchtigen könnten.

Auch das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat im Hinblick auf die Rücknahme nach § 48 VwVfG das Erfordernis der Planbarkeit und Kalkulationssicherheit angedeutet (OVG NRW, Beschluss 13 B 1349/18 vom 01.03.2019, juris Rz. 80):

„Soweit dabei insbesondere ein Zusammenhang zwischen der Informationsfunktion der Schienennetz-Nutzungsbedingungen und einer durch die Regelung des § 14f AEG a. F. nur mit Wirkung für die Zukunft ermöglichten Änderungsbefugnis der Regulierungsbehörde im Hinblick auf die den Marktteilnehmern vermittelte Planbarkeit und Kalkulationssicherheit auszumachen sein sollte, bietet allerdings auch das ausdifferenzierte Prüfungsprogramm des § 48 VwVfG hinreichend Raum, mit der nunmehr vorgesehenen Entgeltgenehmigung [...] einhergehenden Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzgesichtspunkten – auch abhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der Änderung – angemessen Rechnung tragen zu können.“ [Unterstreichung nur hier]

Auch die Tatsache, dass im Rahmen des § 68 Abs. 2 und 3 i. V. m. § 68 Abs. 1 und § 66 Abs. 1 und 4 ERegG aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben kein Entschließungsermessen der Regulierungsbehörde besteht (a. A., aber ohne Auseinandersetzung mit den Vorgaben des Art. 56 Abs. 9 UAbs. 1 RL 2012/34/EU: VG Köln, Beschluss 18 L 1462/19 vom 30.08.2019, S. 7 f. des amtlichen Umdrucks; eine Beschwerde gegen den Beschluss ist derzeit beim OVG NRW, Verfahren 13 B 1246/19, anhängig), spricht – wenn auch keineswegs allein entscheidungstragend – gegen eine im Wege der Auslegung begründete rückwirkende Überprüfungsbefugnis der Regulierungsbehörde. Ermessenserwägungen sind erst auf der Rechtsfolgenseite und nicht bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung anzustellen. In der Folge würde dies bedeuten, dass, sollten Beschwerden über Entgeltregelungen vergangener Perioden statthaft sein, Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzgesichtspunkte allenfalls noch im Wege von Verjährungs- und Verwirkungsvorschriften, nicht aber in der Begründetheitsprüfung berücksichtigt werden könnten. Die damit einhergehende Vernachlässigung von Vertrauensschutzgesichtspunkten könnte ihrerseits verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen.

Im Übrigen wäre ein solches Ergebnis auch insofern nicht überzeugend, als mittlerweile nach dem ERegG die bedeutsamsten Entgeltarten durchgehend (Trassenentgelte) bzw. dann, wenn keine Befreiungen ausgesprochen worden sind (Stationsentgelte), einer Genehmigungspflicht unterliegen. Es dürfte ein Anspruch des Eisenbahninfrastrukturunternehmens darauf bestehen, für genehmigungspflichtige Entgelte auch rückwirkend eine Entgeltgenehmigung zu erhalten. Die rückwirkende Änderung einer rechtswidrigen Entgeltgenehmigung ist dagegen nur unter Vornahme von Ermessenserwägungen möglich. Es wäre widersprüchlich, würde das ERegG für die nunmehr noch dem System von Ex-ante- und Ex-post-Prüfung unterliegenden Entgelten eine Rückwirkungsentscheidung ohne Entschließungsermessen verlangen, während die wettbewerblich höher bewerteten Entgelte nur im Wege einer vollständigen Ermessensentscheidung rückwirkend geändert werden könnten.

Soweit in den Verfahren vorgebracht wurde, dass neben der rückwirkenden Änderung einer behördlichen Entgeltgenehmigung „erst recht“ eine rückwirkende Prüfung nicht genehmigter Entgelte möglich sein müsse, greift dieser Einwand nicht durch. Sie verkennen dabei, dass es nicht um den Vergleich der Rechtslage im Falle genehmigter und ungenehmigter Entgelte geht. Der Unterschied resultiert vielmehr aus den jeweiligen Rechtsgrundlagen. Wie bereits dargestellt, ist anerkannt, dass § 48 VwVfG eine rückwirkende Änderung ermöglicht. Diese Wertung kann aber nicht im Zuge eines Erst-recht-Schlusses auf den § 68 Abs. 3 ERegG übertragen werden, weil sie mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar ist.

Insofern ist nicht ersichtlich, dass der Bundesnetzagentur eine Erreichung der fachrechtlichen Zwecke dadurch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird, dass sie nach

§ 68 Abs. 2 und 3 ERegG nicht befugt ist, die ursprüngliche Inkraftsetzung – angenommen – rechtswidriger Entgelte rückwirkend zu beseitigen. Zwar wäre auch eine Befugnis der Bundesnetzagentur zur rückwirkenden Beseitigung von Verstößen vermutlich unionsrechtskonform. Umgekehrt liegt das Fehlen einer solchen Regelung noch innerhalb des dem nationalen Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums. Mit Blick auf die Erga-omnes-Wirkung von Abhilfemaßnahmen begründet das Fehlen dieser Befugnis allerdings keinen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.07.2019 in der Rechtssache C-210/18. In den Verfahren haben Beteiligte geltend gemacht, dass der Europäische Gerichtshof in diesem Urteil eine rückwirkende Zuordnung der Halte in Personenbahnhöfen zum Mindestzugangspaket angeordnet habe. Daher seien die Stationsentgelte ab dem Zeitpunkt, in dem die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU abgelaufen sei, zusätzlich aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für ungültig zu erklären. Diese Auffassung verkennt, dass der Europäische Gerichtshof sich lediglich zur Auslegung materiellen Rechts geäußert hat. Er hat sich aber nicht zur – hier relevanten – Frage der Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts geäußert.

#### II.2.2.2.3.6.2 Anforderungen der Rechtsweggarantie

Eine Berücksichtigung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 GG im Rahmen der teleologischen Auslegung des § 68 Abs. 3 und 2 ERegG rechtfertigt ebenfalls keine Auslegung dahingehend, dass zumindest eine dieser Normen als Ermächtigungsgrundlage für eine rückwirkende Überprüfung von AEG-Entgelten dienen kann.

Art. 19 Abs. 4 eröffnet demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, den Rechtsweg. Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gilt dies auch für inländische juristische Personen, soweit das Grundrecht seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist. Zweck der Vorschrift ist die Gewähr von Rechtsschutz gegen Handeln der öffentlichen Gewalt, wobei auch die Effektivität dieses Rechtsschutzes gewährleistet wird.

Vgl. BVerwG, Urteil 6 C 8/01 vom 10.10.2002, Rz. 37 (vergleichbar BVerwG, Beschluss 3 C 20/16 vom 12.04.2018, Rz. 20):

„Für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten verlangt das Gebot effektiven Rechtsschutzes i. S. von Art. 19 Abs. 4 GG, dass dem Einzelnen im Hinblick auf die Wahrung oder Durchsetzung seiner subjektiv-öffentlichen Rechte eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle zuteil wird. Dazu gehört es, dass das Gericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen kann und genügende Entscheidungsbefugnisse besitzt, um eine Rechtsverletzung abzuwenden oder erfolgte Rechtsverletzungen zu beheben (stRspr, vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 – BVerfGE 101, 106 <122 f.> m.w.N.). Entsprechendes ergibt sich für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Dieser verlangt eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter (stRspr, vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 1992 – 1 BvL 1/89 – BVerfGE 85, 337 <345>). Angesichts des deshalb grundsätzlich gebotenen umfassenden Rechtsschutzes durch staatliche Gerichte ist es von Verfassungs wegen im Grundsatz nicht zulässig, bei staatlich regulierten Entgelten sowohl eine verwaltungsgerichtliche als auch eine zivilgerichtliche Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit der Entgelte zu Gunsten derjenigen zu versagen, die diese zu entrichten haben (vgl. auch Urteil vom 21. Dezember 1995 – BVerwG 3 C 34.94 – BVerwGE 100, 230 <236>); BVerfG - Kammer -, Beschluss vom 28. Dezember 1999 – 1 BvR 2203/98 – DVBl 2000, 556 <556 f.>). Daran gemessen wäre es verfassungsrechtlich bedenklich, die von Nutzern

von Telekommunikationsdienstleistungen im Verwaltungsstreitverfahren angestrebte Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit der von ihnen für diese Leistungen entrichteten und der staatlichen Regulierung unterliegenden Entgelte mit der Begründung zu versagen, es fehle insoweit an einem subjektiv-öffentlichen Recht, wenn auch die Zivilgerichte keine materielle Rechtmäßigkeitsprüfung der Entgelte vornehmen. [...]“  
[Unterstreichung nur hier]

Bezogen auf die hier gegenständliche Überprüfung von eisenbahnrechtlichen Entgelten bedeutet dies, dass eine Rechtmäßigkeitskontrolle der Entgelte nach dem AEG durch ein Gericht möglich gewesen sein muss. Gemäß Art. 19 Abs. 4 GG muss eine umfassende Überprüfung des Verfahrensgegenstands in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie eine angemessene Entscheidungsart und Entscheidungswirkung bezogen auf das Rechtsschutzbegehren gewährleistet und im Rahmen einer gerichtlichen Prozessordnung festgeschrieben sein. Soweit diese Voraussetzungen nicht gegeben wären, müssten im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung der aktuellen Verfahrensvorschriften Möglichkeiten zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes erwogen werden.

Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 GG ist, bezogen auf den Streitgegenstand des Verfahrens, nicht verletzt. Erstens stand den Betroffenen ein Rechtsweg zur Verfügung (hierzu unter Ziffer II.2.2.2.2.3.6.2.1), zweitens wurde in tatsächlicher Hinsicht auch Rechtsschutz gewährt (hierzu unter Ziffer II.2.2.2.2.3.6.2.2). Die Verwaltungsgerichte haben den so gewährten Rechtsschutz als ausreichend akzeptiert (hierzu unter Ziffer II.2.2.2.2.3.6.2.3). Schließlich führen auch Aspekte möglichen Vertrauensschutzes zu keiner anderen Bewertung (hierzu unter Ziffer II.2.2.2.2.3.6.2.4).

#### **II.2.2.2.2.3.6.2.1 Adäquater Rechtsweg stand zur Verfügung**

Den Betroffenen stand ein adäquater Rechtsweg zur Verfügung. Eine Verletzung der Rechtsweggarantie besteht, wenn dem Betroffenen kein Rechtsweg offensteht und ein Akt der öffentlichen Gewalt so nicht überprüfbar ist, also ein Rechtsschutzdefizit vorliegt, siehe oben.

Während der Geltung des AEG bestand kein Rechtsschutzdefizit bezogen auf die Überprüfung der Entgeltbildung. Die Rechtmäßigkeit der Entgeltbildung war durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit vollständig anhand der öffentlich-rechtlichen Vorschriften überprüfbar. Es bestand die Möglichkeit einer Entgeltprüfung durch die Bundesnetzagentur im Rahmen eines Vorabprüfungsverfahrens gemäß § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG a.F. sowie einer nachträglichen Prüfung gemäß § 14f Abs. 1 AEG a.F. Gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde stand anschließend der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen. Bei einem Nichthandeln der Behörde von Amts wegen hätte ebenfalls der Klageweg durch die Zugangsberechtigten beschritten werden können, um ein Tätigwerden zu erzwingen. Dieser Weg über einen Verpflichtungswiderspruch bzw. eine Verpflichtungsklage stand im Übrigen stets auch parallel zu dem zivilgerichtlichen Vorgehen offen, solange letzterer scheinbar eröffnet war.

Das heute noch in Bezug auf nicht zu genehmigende Entgelte sowie Nutzungsbedingungen anwendbare Prüfprogramm aus Vorabprüfungsverfahren und nachträglicher Prüfung bot hinsichtlich der in Rede stehenden Entgeltregelungen einen ausdifferenzierten Katalog an Instrumenten, um den Zugangsberechtigten zu wettbewerbskonformen Entgelten zu verhelfen.

Gemäß § 14e AEG a.F. konnte die Bundesnetzagentur in einem Vorabprüfungsverfahren der beabsichtigten Entscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens zur Änderung oder Neufassung von Nutzungsbedingungen einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen (§ 14d Nr. 6 AEG a.F.) widersprechen, soweit die beabsichtigten Entscheidungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur

Eisenbahninfrastruktur entsprachen. Bei Ausübung dieses Widerspruchrechts traten die Nutzungsbedingungen bzw. die Entgeltgrundsätze oder Entgelthöhen insoweit nicht in Kraft.

Darüber hinaus war die Bundesnetzagentur gemäß § 14f Abs. 1 AEG a.F. ermächtigt, die Regelungen über die Höhe oder Struktur der Wegeentgelte und sonstigen Entgelte von Amts wegen nachträglich zu überprüfen. Soweit ein Verstoß gegen Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Infrastruktur vorlag, konnte sie diese Regelungen für ungültig erklären bzw. die Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung verpflichten. Bezogen auf Vereinbarungen über den Zugang sowie Rahmenverträge bestand bei Nichtzustandekommen zusätzlich zur Ermittlung von Amts wegen eine Antragsmöglichkeit der Zugangsberechtigten an die Regulierungsbehörde. Vgl. OVG NRW, Urteil 13 A 941/14 vom 29.04.2015:

Rz. 58: „Durch eine solche Vorgehensweise [Abweichungsverbot von Entgeltregelungen, d. Verf.] wird den Zugangsberechtigten auch nicht die Möglichkeit genommen, sich effektiv gegen eine materielle Diskriminierung und damit gegen eine konkrete Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsstellung zu wehren. Beabsichtigte Neufassungen oder Änderungen von Nutzungsbedingungen sind frühzeitig vor ihrem Inkrafttreten zu veröffentlichen (§ 4 Abs. 4 Satz 1 EIBV) und der Bundesnetzagentur mitzuteilen (§ 14d Satz 1 Nr. 6 AEG). Zugangsberechtigte können einen Monat lang dazu Stellung nehmen (§ 4 Abs. 4 Satz 2 EIBV). Die Bundesnetzagentur kann den Nutzungsbedingungen im Vorabprüfungsverfahren nach § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG widersprechen. Ergeben sich nach Inkrafttreten von Nutzungsbedingungen Zweifel hinsichtlich ihrer Eisenbahnrechtskonformität, ist die Regulierungsbehörde befugt, sie von Amts wegen zu überprüfen und gegebenenfalls mit Wirkung für die Zukunft das Infrastrukturunternehmen zu ihrer Änderung zu verpflichten oder aber sie für ungültig zu erklären (§ 14f Abs. 1 AEG). Veranlassung zu einer regulierungsbehördlichen Prüfung kann auch ein Antrag eines Zugangsberechtigten nach § 14f Abs. 2 AEG vermitteln. Rechtliche Defizite, die bei der Vorabüberprüfung übersehen wurden oder erst im Zuge der Anwendungspraxis sichtbar werden, bleiben nach § 14f Abs. 1 AEG einer nachträglichen Korrektur zugänglich. Kommt es zu einer Korrektur, entfaltet diese Wirkung gegenüber sämtlichen aktuell oder potentiell betroffenen Zugangsberechtigten.“

Rz. 60: „Nur diese von § 14f Abs. 1 AEG vorgegebene Vorgehensweise steht im Einklang mit § 4 Abs. 6 EIBV und wahrt das Recht der Zugangsberechtigten auf diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur aus § 14 Abs. 1 AEG, bei dessen Gewährleistung den Nutzungsbedingungen eine zentrale Rolle zukommt.“

Soweit Beschwerdeführer Beschwerden gegen Entgelte erheben, die vor Inkrafttreten der Regelungen in § 14e Abs. 1 Nr. 4 sowie § 14f Abs. 1 AEG a.F. zur Entgeltprüfung durch die Regulierungsbehörde sowie der materiellen Vorgaben zur Entgeltbildung in § 14 Abs. 4 AEG a.F. am 30.04.2005 wirksam waren, ist keine andere Bewertung angezeigt.

Bis zum Jahr 2005 regelte § 14 Abs. 4 und 5 AEG a.F. in Umsetzung von Art. 13 der RL 95/19/EG, dass Einzelheiten des Zugangs sowie das zu entrichtende Entgelt zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu vereinbaren waren. Soweit keine Einigung zustande kam, entschied auf Antrag eines der beteiligten Unternehmen das Eisenbahn-Bundesamt.

In materieller Sicht traf die Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung vom 17.12.1997 (BGBl. I S. 3153) in § 5 ff. Vorgaben zur Entgeltbildung.

Mithin bestanden auch in der vor dem 30.04.2005 geltenden Rechtslage – wenngleich vergleichsweise rudimentär ausgeprägt – gesetzliche Vorschriften zur Sicherstellung des diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur einschließlich Überprüfungsbefugnissen durch die Regulierungsstelle.

Es kann hier dahinstehen, ob der Rechtsschutz durch die Regulierungsbehörde genauso ausgeprägt war, wie später unter Geltung des AEG 2005. Einerseits könnte argumentiert werden, dass die Funktion der Regulierungsstelle, wofür hier einiges spricht, auch unter Berücksichtigung der weniger ausgeprägten Regelungen des AEG 2000 ähnlich zentral war, wie sie später vom Europäischen Gerichtshof unter der Geltung der RL 2001/14/EG festgestellt wurde. Dann wäre auch für die Zeit vor 2005 ein adäquater Rechtsschutz über die Regulierungsbehörde gewährt worden.

Andererseits könnte argumentiert werden, dass es zuvor an der zentralen Stellung der Regulierungsstelle gemangelt habe. Wäre die zentrale Rolle der Regulierungsbehörde nicht gegeben, entfällt damit aber nicht der Rechtsschutz insgesamt. Für diesen Fall wäre die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs an den Randstellen 55 ff. im Urteil C-489/15 nicht mehr einschlägig, in denen an die zentrale Rolle der Regulierungsstelle angeknüpft wird. Ein Mangel an Rechtsschutz über die Regulierungsstelle hätte mithin zur Folge, dass der Ausschluss des Zivilrechtswegs nicht mehr greifen und über diesen Weg Rechtsschutz gewährt würde.

Beide Argumentationsstränge führen zu der Erkenntnis, dass auch in der Zeit vor Einführung des AEG 2005 kein Rechtsschutzdefizit festzustellen ist.

#### **II.2.2.2.3.6.2.2 Tatsächlich wurde Rechtsschutz gewährt**

Tatsächlich führte die Bundesnetzagentur seit dem Jahr 2006 sowohl Vorabprüfungen mitgeteilter Änderungen und Neufassungen von Entgeltregelungen als auch diverse Ex-post-Verfahren hinsichtlich verschiedener Entgeltregelungen durch.

In der Regel lag zudem zwischen der Veröffentlichung der neuen Entgeltregelungen durch das jeweilige Eisenbahninfrastrukturunternehmen und dem Inkrafttreten der Regelungen jeweils ein mehrmonatiger Zeitraum, in dem es Zugangsberechtigten möglich gewesen wäre, sich noch vor Inkrafttreten per Beschwerde/Eingabe an die Bundesnetzagentur zu wenden bzw. die Gerichte wegen Untätigkeit der Bundesnetzagentur anzurufen. Anträge auf Überprüfung von Entgeltregelungen gingen in diesen Jahren allerdings nur vereinzelt bei der Behörde ein. Teilweise dienten sie als Anstoß für tatsächlich durchgeführte Ex-post-Verfahren oder wurden in solche Verfahren, soweit sie schon in Gang gesetzt waren, eingebracht.

#### **II.2.2.2.3.6.2.3 Gerichte haben Rechtsweg anerkannt**

Zum damaligen Zeitpunkt wurde ein „doppelter Rechtsweg“ bestehend aus einer behördlichen Überprüfung mit anschließendem Verwaltungsrechtsweg sowie dem Zivilrechtsweg angenommen. Diese Doppelung führte jedoch nicht dazu, dass die Prüfung durch die Verwaltungsgerichte minderwertig oder unvollständig gewesen wäre bzw. davon ausgegangen werden musste, dass nur im Zusammenspiel mit der zivilgerichtlichen Kontrolle ein wirksamer Rechtsschutz bezüglich der AEG- Entgelte zu erreichen gewesen sei.

Die Annahme der vollen Überprüfbarkeit der Entgelte ohne eine Notwendigkeit der Beschreitung des Zivilrechtswegs spiegelt sich in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wider.

Zwar wird ebenso wie in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung auf ein Nebeneinander von öffentlich-rechtlichen sowie zivilrechtlichen Prüfungsmaßstäben durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit verwiesen und die Kompetenz der Regulierungsbehörde sowie der Verwaltungsgerichte auf die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Regelungen begrenzt (BVerwG, Urteil 6 C 17/10 vom 29.09.2011, Rz. 29; OVG NRW, Urteil 13 A 172/10 vom 23.09.2010, Rz. 148). Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, dass eine vollständige Kontrolle nur bei gleichzeitigem Beschreiten beider Rechtswege möglich wäre bzw. die Überprüfung nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben unzureichend gewesen wäre. Die Prüfung der korrekten

Entgeltbildung erfolgte nämlich gerade nicht nur im Zusammenspiel von Regulierungstätigkeit und einer parallelen zivilgerichtlichen Kontrolle.

Insbesondere hat es für die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte keine Rolle gespielt, dass parallel eine Kontrolle der Entgelte nach § 315 und §§ 305ff. BGB durch die Zivilgerichte stattgefunden hatte. Die AGB- sowie die Billigkeitskontrolle sind originär zivilrechtliche Prüfungspunkte, die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht vorgenommen worden sind. Die Entgeltkontrolle ist durch die Verwaltungsgerichte anhand originär öffentlich-rechtlicher Regelungen ausgeübt worden (vgl. OVG NRW, Urteil 13 A 172/10 vom 23.09.2010, Rz. 147; ebenso schon OVG NRW, Urteil 13 A 2557/09 vom 17.06.2010, Rz. 167):

„Die Regulierungsbefugnisse der Bundesnetzagentur ermöglichen keine zivilrechtliche Kontrolle von eisenbahnrechtlichen Zugangs- und Entgeltfragen. Anknüpfungspunkt bleiben die eisenbahnrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen.“

Es finden sich letztlich keine Belege dafür, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit die zusätzliche Billigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte als erforderlich ansah, um das Rechtsschutzprogramm des Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 GG zu erfüllen. Im Gegenteil, die o.g. Ausführungen des OVG NRW (Urteil 13 A 941/14 vom 29.04.2015) lassen den Schluss zu, dass bereits das verwaltungsrechtliche Instrumentarium als für den Schutz der Zugangsberechtigten ausreichend angesehen wurde. So war insbesondere von Anfang an anerkannt, dass es sich bei den Entgeltregelungen des AEG a. F. und der EIBV – anders als ursprünglich in den Fallgestaltungen, die den o. g. Entscheidungen des BVerwG vom 10.10.2002 (6 C 8/01) und vom 12.04.2018 (3 C 20/16) zugrunde lagen – um Schutznormen zugunsten der Zugangsberechtigten handelte, die diesen entsprechende subjektiv-öffentliche Rechte verliehen. Die zusätzliche zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle wurde danach zwar von den Verwaltungsgerichten akzeptiert, nicht aber als verfassungsrechtlich erforderlich angesehen.

Vor diesem Hintergrund bedeutet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach eine Billigkeitskontrolle regulierter Entgelte nach § 315 BGB ausgeschlossen ist, keine Veränderung bezogen auf eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 GG (so auch *Staebe*, EuZW 2018, S. 118 [122], anderer Auffassung dagegen *Hauf/Baumgartner*, EuZW 2018, S. 1028 [1029 f.]). Eine Rechtsschutzmöglichkeit bestand daher sowohl durch die Regulierungsbehörde als auch durch die Verwaltungsgerichte. Der nachträgliche Wegfall einer zunächst angenommenen zusätzlichen und unabhängig bestehenden Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Zivilrechtswegs ändert daran nichts.

#### **II.2.2.2.2.3.6.2.4 Keine Vertrauenstatbestände geschaffen**

Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 GG gewährt auch keinen Schutz bei schuldhafter Nichtinanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten. Einem Rechtssuchenden obliegt es, stets alle Möglichkeiten des Rechtsschutzes auszunutzen, um sicherzustellen, dass er den vollen Schutz genießt. Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 GG bewirkt keine nachträgliche Gewährung von Rechtsschutz für denjenigen, der seine Möglichkeiten im Vorfeld nicht vollständig wahrgenommen hat.

Dies ist vergleichbar mit der Konstellation, dass ein Rechtssuchender eine Rechtsmittelfrist schuldhaft verstreichen lässt. Dies löst auch keine Verletzung von Art. 19 Abs.4 i.V.m. Abs. 3 GG aus. In die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG wird nicht eingegriffen, wenn bestimmte formale Prozessvoraussetzungen für die Beschreitung des Rechtswegs, z. B. bestimmte Fristen, vorausgesetzt werden (vgl. *Burghart* in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, 78. Lieferung 05.2019, Art. 19 GG, Rn. 366):

„Der Rechtsweg, den Art. 19 Abs. 4 den Rechtssuchenden gewährleistet, bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung. Rechtsschutz ist eine staatliche Leistung, deren Voraussetzungen erst geschaffen, deren Art näher bestimmt und deren Umfang im Einzel-

nen festgelegt werden müssen. Art. 19 Abs. 4 gibt dem Gesetzgeber dabei nur die Zielrichtung und die Grundzüge der Regelung vor, lässt ihm im Übrigen aber einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum (BVerfGE 133, 1, 23). Der Rechtsweg steht nicht schrankenlos „offen“. Wenn Art. 19 Abs. 4 den Bürgern umfassenden Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt gewährt, so ist damit nicht gemeint, dass alle herkömmlichen Grundsätze des Prozessrechts, die rechtlich oder tatsächlich eine Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten bewirken, außer Kraft gesetzt würden; die meisten dieser Grundsätze sollen Rechtssicherheit und geordneten Gang der Rechtspflege verbürgen und dienen damit im weiteren Sinne ebenfalls dem Rechtsschutz des Bürgers. Deshalb ist nie bezweifelt worden, dass Art. 19 Abs. 4 den Rechtsweg nur im Rahmen der jeweils geltenden Prozessordnungen gewährleistet, dass mithin die Anrufung der Gerichte von der Erfüllung der hier bestimmten formalen Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf, wie etwa der Einhaltung bestimmter Fristen, der ordnungsmäßigen Vertretung usw. (BVerfGE 10, 267 f. unter Hinweis auf BVerfGE 9, 199 f.; vgl. ferner BVerfGE 27, 310; 40, 274), der Durchführung eines vorgeschalteten Widerspruchsverfahrens (BVerfGE 35, 72 f.) oder auch davon, dass auf ein Rechtsmittel nicht rechtswirksam verzichtet ist (BVerfGE 9, 199 f.).“ [Unterstreichungen nur hier]

Ein treuwidriges Verhalten der Bundesnetzagentur, durch das Zugangsberechtigte von der Stellung entsprechender Anträge abgehalten worden und eine Verwirklichung des von der Rechtsprechung vorgesehenen Drittschutzprogramms vereitelt worden wären, liegt – entgegen der Auffassung einzelner in den Verfahren Beteiligten – ebenfalls nicht vor.

Soweit durch Beteiligte in den Verfahren geltend gemacht wird, die Bundesnetzagentur habe jahrelang auf den Zivilrechtsweg verwiesen, und als Beleg einen Bescheid der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010 anführen (*Hauf/Baumgartner*, EuZW 2019, 154 [154], Fn. 4), greift dieser Einwand nicht durch. Die angeführte Entscheidung der Bundesnetzagentur hat die Regionalfaktoren mit Wirkung ab dem 12.12.2010 für ungültig erklärt und wurde später im Widerspruchsverfahren durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ersetzt. Dabei ging die Behörde davon aus, dass der Zeitpunkt der Wirkung der behördlichen Entscheidung die zivilrechtlichen Rückforderungsansprüche nicht beeinflusst (Verwaltungsakt vom 05.03.2010, Geschäftszeichen 10.010-F-08-801, S. 29). Die zivilrechtlichen Auswirkungen einer Entscheidung der Regulierungsbehörde werden als noch ungeklärt dargestellt. Diese Entscheidung obliege den Zivilgerichten.

Festzuhalten ist insofern, dass der Bescheid die Rechtslage nach damaligen und nach heutigem Erkenntnisstand zutreffend wiedergibt. Ein Verweis auf den Zivilrechtsweg findet sich nur im Zusammenhang mit einer behördlichen Entscheidung, die die Unwirksamkeit der Regionalfaktoren anordnet. Damit trägt der Bescheid den – späteren – Vorgaben des EuGHs Rechnung, nach der eine zivilgerichtliche Rückerstattung eine vorherige Entscheidung der Regulierungsbehörde voraussetzt. Eine zusätzliche Klärung der Rechtslage hat sich durch die EuGH-Entscheidung nur insofern ergeben, dass für den Zeitraum vor der Entscheidung der Regulierungsbehörde eine zivilrechtliche Rückerstattung unzulässig sein könnte. Von einem „jahrelangen Verweis auf den Zivilrechtsweg“, der von einigen Verfahrensbeteiligten vorgetragen wird, kann insofern nicht die Rede sein.

Dazu fehlt es bereits an dem Setzen eines entsprechenden Vertrauenstatbestandes, den die Bundesnetzagentur in vorwerfbarer Weise gesetzt hätte. Es gab keine formale Ablehnung von Prüfungen unter Verweis auf die zivilgerichtliche Prüfung. Das Schreiben des Präsidenten an den Vorsitzenden des Eisenbahninfrastrukturbeirats vom 17.12.2013 mit der Aussage

„Eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle ist allerdings im bilateralen Vertragsverhältnis auch weiterhin möglich“

gab nur die damalige Praxis der Zivilgerichte wieder; damit war keine Empfehlung einer entsprechenden Vorgehensweise verbunden. Das Setzen eines Vertrauenstatbestandes wird bereits dadurch ausgeschlossen, dass das Schreiben nicht an Verfahrensbeteiligte adressiert war.

Auch die in einigen Verfahren von Beteiligten vorgebrachten – im Wesentlichen gleichlautenden – damaligen mündlichen Auskünfte der Regulierungsbehörde können keinen Vertrauenstatbestand begründen. Zwar hat eine Behörde gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 VwVfG Auskunft über die den Beteiligten im Rahmen des Verwaltungsverfahrens zustehenden Rechte und die Ihnen obliegenden Pflichten zu erteilen, soweit dies erforderlich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Auskünfte, die ein Beamter erteilt, dem Stand seiner Erkenntnismöglichkeit entsprechend sachgerecht, d. h. vollständig, richtig und unmissverständlich sein, so dass der Empfänger der Auskunft entsprechend disponieren kann (BGH, Urteil 3 ZR 76/90 vom 13.06.1991, Rz. 8). Das soll auch dann gelten, wenn eine Verwaltungsbehörde den Rahmen ihrer verfahrensbezogenen Hinweispflicht überschreitet. Soweit Gerichte in der Vergangenheit eine Haftung für falsche Auskünfte von Behördenvertretern bejaht haben, lagen dem objektiv unrichtige Auskünfte zugrunde (vgl. dazu OLG Zweibrücken, Urteil 6 U 24/98 vom 24.06.1998). Eine erkennbar unrichtige Auskunft lag aber zum damaligen Zeitpunkt nicht vor. Die Auskunft gab nur die damalige gerichtliche Entscheidungspraxis wieder und enthielt keine Prognose hinsichtlich einer Fortführung und der Erfolgsaussichten einer Klage.

Zudem ist das Vertrauen in die Fortsetzung einer bestimmten Rechtsprechung nicht schutzwürdig (vgl. *Renner*, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht, 2016, S. 9). Eine entsprechende Beratung obliegt vielmehr den Rechtsbeiständen der Verfahrensbeteiligten. Dabei sind mögliche Rechtsrisiken, die sich auch aus einem späteren Ausschluss des gewählten Rechtsweges ergeben können, ggf. in die Beratung einzubeziehen. Dass europarechtliche Gründe für einen Ausschluss der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle sprechen können, war spätestens mit dem Erscheinen eines entsprechenden Gutachtens im Jahr 2014 (*Ludwigs*, Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und europäisches Eisenbahnregulierungsrecht, 2014) bekannt. In diesem Jahr war diese Frage zudem Gegenstand eines Vortrags bei den eisenbahnrechtlichen Forschungstagen am 03.09.2014 in Tübingen. Dabei ist davon auszugehen, dass diese Frage im Rahmen der zivilgerichtlichen Verfahren bereits vor diesem Zeitpunkt erörtert wurde. Formelle Anträge auf eine eisenbahnrechtliche Überprüfung waren im Anschluss daran nicht zu verzeichnen.

Auch der Umstand, dass sich Beteiligte in den Verfahren rückblickend auf eine Gewährleistungspflicht der Regulierungsbehörde gemäß der Richtlinie 2001/14/EG hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Entgeltregelungen berufen (*Hauf/Baumgartner*, EuZW 2019, 154 [156]), führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Regulierungsbehörde hat im Rahmen ihrer gesetzlichen Möglichkeiten die Entgeltregelungen geprüft und Weiterentwicklungen angestoßen. Die in der Richtlinie angelegte Gewährleistungspflicht ist nicht als eine Garantienstellung oder ein absolutes Einstehenmüssen zu verstehen, sondern in erster Linie als eine Zuständigkeitsübertragung an die Regulierungsbehörde. Die Gewährleistungsverantwortung des Art. 87f Abs. 4 GG begründet beispielsweise eine Dauerverantwortung, aus der aber keine besonderen Handlungspflichten des Staates mehr folgen (vgl. *Möstl* in Maunz/Dürig, 86. EL Januar 2019, GG Art. 87f Rn. 75). Gegenüber dem Konzept einer unmittelbar staatlichen Leistungserbringung (Leistungsverwaltung) ist im Zuge einer Liberalisierung hinzunehmen, dass die Gewährleistungsverantwortung des Staates sich gegenüber den regulierten Unternehmen nur der ggf. begrenzten Mittel der Eingriffsverwaltung bedienen kann. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit ist die Regulierungsbehörde somit an ihre gesetzlichen Befugnisse gebunden, die sie in der Vergangenheit auch eingesetzt hat.

Damit ist im Umkehrschluss nicht die Aussage verbunden, dass die gesetzlichen Verfahrensregelungen und Befugnisse der Behörde nicht noch hätten verbessert werden können. Gerade die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens durchgeführte öffentliche mündliche Ver-

handlung und die ausdrückliche Regelung der Beschwerdebefugnisse stellen ebenso wie eine Reihe weiterer Maßnahmen spürbare Verbesserungen gegenüber dem AEG a.F. zur Durchsetzung des materiellen Rechts dar. Gleichzeitig waren die AEG-Befugnisse und -Verfahrensregelungen auf der anderen Seite nicht so unzulänglich, dass Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 GG nunmehr von Verfassungs wegen und als subjektives Recht eine rückwirkende Anwendung von § 68 Abs. 2 und 3 GG verlangen würde.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergeben sich aus Art. 47 der Charta der Grundrechte keine gegenüber Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Abs. 3 GG weitergehenden Rechte (EuGH, Urteil C-432/05 vom 13.03.2007).

Im Übrigen ist auch kein Verstoß des Gesetzgebers gegen etwaige aus Art. 87e GG herrührende Schutzpflichten ersichtlich. Dazu entschied das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Urteil 6 C 8/01 vom 10.10.2002, Rz. 42):

„Das vorliegende Verfahren gibt keinen Anlass zur Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls mit welchem konkreten Inhalt aus den Grundrechten der Nutzer von Telekommunikationsdienstleistungen, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG, in Verbindung mit dem Privatisierungsauftrag in Art. 87 f. GG Schutzpflichten des Gesetzgebers hergeleitet werden können, die darauf gerichtet sind, den aus dem ehemaligen Staatsmonopolbetrieb hervorgegangenen privaten Anbieter an einer missbräuchlichen Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung (u. a.) im Bereich der Entgelterhebung zu hindern. Die Ablehnung des Bestehens eines subjektiven Rechts der Klägerinnen im Zusammenhang mit der von ihnen erstrebten Anpassungsanordnung läuft einer etwa bestehenden Schutzpflicht nicht zuwider. Eine aus einem Grundrecht folgende Schutzpflicht ist erst dann verletzt, wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzniveau zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben (vgl. BVerfG, Urteil vom 10. Januar 1995 – 1 BvF 1/90 u. a. – BVerfGE 92, 26 <46> m. w. N.).“

Es ist vorliegend – wie gezeigt – gerade nicht so, dass Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich waren, um das gebotene Schutzniveau zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückblieben.

Auch von Verfassungs wegen ist keine rückwirkende Entscheidungsmöglichkeit der Regulierungsbehörde erforderlich.

#### **II.2.2.2.3.7 Ergebnis**

Nach den anerkannten Auslegungsmethoden enthält das ERegG keine Ermächtigungsgrundlagen für eine rückwirkende Überprüfung von Entgelten. Europarechtliche oder verfassungsrechtliche Gesichtspunkte führen zu keinem anderen Ergebnis.

Im Übrigen stellt auch § 68 Abs. 1 Satz 4 ERegG keine Befugnisnorm dar, die das mit der Beschwerde verfolgte Begehren trägt. Soweit in den Verfahren Beteiligte geltend gemacht haben, dass § 68 Abs. 1 Satz 4 ERegG eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage darstelle und über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch in Beschwerdeverfahren Anwendung finde, führt dies im vorliegenden Fall schon deshalb nicht weiter, weil nach § 68 Abs. 1 Satz 4 ERegG lediglich geeignete Maßnahmen zur Verhütung, nicht aber zur Beseitigung von Diskriminierung und Marktverzerrung getroffen werden können.

### **II.2.2.2.3 Ermächtigungsgrundlagen des AEG a. F.**

Etwas Anderes ergäbe sich auch dann nicht, wenn die Ermächtigungsgrundlagen des AEG a. F. Anwendung fänden. Auch insoweit erweisen sich die Beschwerden als unstatthaft. Erneut fehlte es an einer Rechtsfolgenanordnung, die das objektive Begehren des Beschwerdeführers trägt.

Dies ergibt sich schon im Wege eines Erst-recht-Schlusses aus der Unstatthaftigkeit entsprechender Beschwerden nach dem ERegG. Wenn bereits die Vorschriften des ERegG keine rückwirkenden Überprüfungsentscheidungen der Bundesnetzagentur zulassen, gilt dies erst recht für Anträge von Zugangsberechtigten auf Maßnahmen nach § 14f Abs. 2 und 3 i. V. m. Abs. 1 AEG a. F. Gegenüber der Rechtslage unter dem AEG a. F. sind mit dem ERegG die Beschwerderechte von Zugangsberechtigten nämlich ausgedehnt worden. So können sich Beschwerden nunmehr – was vorher in dieser Eindeutigkeit nicht möglich war – unmittelbar und zudem ohne explizite Ausschlussfristen gegen in Kraft befindliche Entgeltregelungen richten, sofern es sich nicht um genehmigungspflichtige Entgelte handelt.

Nach dem AEG a. F. konnten Entgeltregelungen dagegen nur gemäß § 14f Abs. 1 Satz 2 im amtswegigen Verfahren mit Ex-nunc-Wirkung erga omnes geändert werden (vgl. hierzu oben unter Ziffer II.2.2.2.3.2.2).

### **II.2.2.3 Zulässigkeit des auf Rückzahlung von Entgelten gerichteten Antrages im Übrigen**

Der Antrag auf Rückzahlung von Entgelten ist nicht statthaft. Eine entsprechende Ermächtigung der Regulierungsbehörde sehen weder § 68 Abs. 2 ERegG noch § 68 Abs. 3 ERegG vor. Es fehlt damit erneut an einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage für die begehrte Rückzahlungsanordnung. Der Rückzahlungsantrag ist auch nicht nach der Generalklausel gemäß § 67 Abs. 1 ERegG statthaft. Denn die Rückzahlungsanordnung setzt eine vorgängige bzw. gleichzeitige rückwirkende Unwirksamkeitserklärung der betreffenden Entgeltregelungen voraus, wozu – wie gezeigt – keine Befugnis besteht. Ein Verfahren auf Anordnung von Rückzahlungen ist damit erst recht nicht statthaft.

### **II.2.2.4 Zulässigkeit des Feststellungsantrages, dass Entgelte rechtswidrig waren im Übrigen**

Der Antrag auf eine nachträgliche Feststellung, dass die von der Beschwerdegegnerin erhobenen Entgelte rechtswidrig waren, ist nicht statthaft. Zwar ist es der Regulierungsbehörde grundsätzlich möglich, im Rahmen ihrer Befugnisse auch Feststellungen zu treffen. Dies gilt allerdings nicht für eine nachträgliche Feststellung über die Rechtmäßigkeit von Entgelten, die in der Vergangenheit gültig waren.

Die Rechtsprechung verlangt auch für feststellende Verwaltungsakte das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage (BVerwG, Urteil 8 C 105.83 vom 29.11.1985, Rz. 12). Dabei kann sich eine Ermächtigung zum Erlass feststellender Verwaltungsakte auch aus der Auslegung einer Befugnisnorm ergeben (BVerwG, Urteil 6 C 39/10 vom 07.12.2011, Rz. 14). Nach diesen Maßstäben stellt § 66 Abs. 1 i. V. m. § 68 Abs. 2 und 3 ERegG eine ausreichende Rechtsgrundlage zum Erlass feststellender Verwaltungsakte dar. Bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit handelt es sich verglichen mit der Ungültigerklärung im Rahmen des § 68 Abs. 3 ERegG um ein Minus im Rechtsfolgenausspruch. Gleiches gilt für die Entscheidung über die Geltung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen oder Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen nach § 68 Abs. 2 Satz 1 und 2 ERegG. Sofern die Regulierungsbehörde die genannten Entscheidungen mit rechtsgestaltender Wirkung treffen kann, ist sie erst recht zu bloßen Feststellungen befugt, wenn Zugangsberechtigte entsprechende Beschwerden an die Regulierungsbehörde richten und ein berechtigtes Interesse an einer Feststellung haben.

Dies gilt allerdings dann nicht, wenn bereits eine Entscheidung mit rechtsgestaltender Wirkung nicht von der Ermächtigungsgrundlage umfasst wäre, wie es vorliegend der Fall ist. § 68 Abs. 2 und 3 ERegG ermöglicht keine nachträgliche Überprüfung von Entgelten, die bereits außer Kraft getreten sind. Dies gilt auch im Rahmen von Feststellungsanträgen. Die Befugnis der Regulierungsbehörde kann in diesem Fall nicht weiter reichen, als der Wortlaut der Norm unter Berücksichtigung der anerkannten Auslegungsmethoden es ihr hinsichtlich einer rechtsgestaltenden Wirkung ermöglichen würde. Sinn und Zweck des § 68 Abs. 2 und 3 ERegG, Rechtsfrieden durch eine auf eine Wirkung in die Zukunft beschränkte Befugnis zu schaffen, würde ansonsten durch rückwirkende Feststellungen in Frage gestellt werden. Zusätzlich könnte auch die alleinige Feststellung, dass Entgelte rechtswidrig waren, keine Rechtswirkungen zeitigen, solange die Entgelte selbst noch in Geltung stehen.

#### **II.2.2.5 Zulässigkeit des Antrages Feststellung der Wirksamkeit des Bescheides der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010**

Der Antrag auf Feststellung, dass der Bescheid der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010 wirksam ist, ist schließlich ebenfalls nicht statthaft.

Zwar ist es der Regulierungsbehörde grundsätzlich möglich, im Rahmen ihrer Befugnisse auch Feststellungen zu treffen. Die Rechtsprechung verlangt jedoch auch für feststellende Verwaltungsakte das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage, wobei sich eine Ermächtigung zum Erlass feststellender Verwaltungsakte auch aus der Auslegung einer Befugnisnorm ergeben (vgl. Ziffer II.2.2.4). Nach diesen Maßstäben fehlt es für die hier begehrte Feststellung allerdings an einer entsprechenden Ermächtigung. Im Gegensatz zur ebenfalls begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit vergangener Entgelte stellt das hier gegenständliche Begehren nämlich kein bloßes Minus zu einer nach § 66 Abs. 1 bzw. 4 i. V. m. § 68 Abs. 2 bzw. 3 ERegG grundsätzlich statthaften Ungültigkeitserklärung dar. Die begehrte Feststellung der Wirksamkeit des Bescheides der Bundesnetzagentur vom 05.03.2010 ist nicht vom Rechtsfolgenausspruch einer Ungültigkeitserklärung mit umfasst, sondern ist vielmehr auf einen anderen Gegenstand gerichtet. Die Antragsrechte aus § 66 Abs. 1 bis Abs. 4 ERegG sehen auch im Übrigen keine Ermächtigung für Feststellungen hinsichtlich der Wirksamkeit früherer Bescheide der Regulierungsbehörde vor. Damit fehlt es hinsichtlich der begehrten Feststellung in jedem Fall bereits an einem tauglichen Beschwerdegegenstand.

Darüber hinaus hätte der Feststellungsantrag auch in der Sache keinen Erfolg. Der Bescheid vom 05.03.2010 hat keine Wirkung mehr. Hierzu heißt es unter § 3 des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 30.07.2010: „Das zum Az. 10.001-65 bei der BNetzA geführte Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Regionalfaktoren wird durch diesen Vertrag im Vergleichswege beendet. Der Vertrag dient dazu, das Verwaltungsverfahren zu einem Abschluss zu bringen, ohne dass es einer abschließenden rechtlichen Bewertung der Regionalfaktoren durch die BNetzA und in der Folge der Gerichtsbarkeit bedarf.“

#### **II.2.2.6 Ergebnis zur Zulässigkeit der Beschwerde**

Die Beschwerden sind demnach insgesamt als unzulässig zu verwerfen.

### **II.3 Amtswegiges Verfahren (Ziffer 2. des Tenors)**

Ein Verfahren von Amts wegen ist nicht einzuleiten. Die von dem Beschwerdeführer erstrebte rückwirkende Überprüfung von bereits außer Kraft getretenen Entgelten kann auch im Wege eines amtswegigen Verfahrens nicht erreicht werden. Eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage steht der Regulierungsbehörde nicht zur Verfügung.

Gemäß § 66 Abs. 4 i. V. m. § 68 Abs. 3 ERegG kann die Regulierungsbehörde die Schienen-netz-Nutzungsbedingungen und die darin enthaltenen Entgeltregelungen von Amts wegen überprüfen. Darüber hinaus bestimmt § 67 Abs. 1 ERegG, dass die Regulierungsbehörde u.

a. gegenüber Eisenbahnen die Maßnahmen treffen kann, die erforderlich sind, um Verstöße gegen dieses Gesetz zu beseitigen. Entsprechende Anregungen auf Einleitung eines amtswegigen Verfahrens sind nach der erforderlichen Auslegung gemäß § 88 VwGO in den Anträgen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens als „Minus“ enthalten. Die Möglichkeit eines amtswegigen Verfahrens hat auch der Bundesgerichtshof angesprochen (BGH, Beschluss KZR 12/15 vom 29.01.2019, Rz. 27):

„[...] Soweit Antragsfristen einzuhalten sein sollten, ist zu beachten, dass die Regulierungsbehörde auch von Amts wegen tätig werden kann. [...]“

Die Erwägungen zur Statthaftigkeit von Amtsverfahren unterscheiden sich nicht wesentlich von denjenigen zur Statthaftigkeit von Beschwerdeverfahren. Ein Unterschied besteht zwar dahingehend, dass in Beschwerdeverfahren kein Entschließungsermessen besteht (vgl. Ziffer II.2.2.2.2.3.4.1), im Amtsverfahren dagegen vollständige Ermessensentscheidungen vorgesehen sind. Der vorbezeichnete Umstand war allerdings nur ein und nicht der allein ausschlaggebende Aspekt dafür, an den sich nach Wortlaut, Gesetzgebungsgeschichte und Systematik ergebenden Auslegungsergebnissen festzuhalten.

Im Übrigen ist auch hier festzuhalten, dass die Generalklausel (in § 67 Abs. 1 ERegG) durch die spezielleren Regelungen in §§ 68 und 73 ERegG verdrängt wird (OVG NRW, Urteil 13 A 3080/15 vom 01.12.2016, Rz. 41 m. w. N. in Rz. 42):

„Die Anwendung der Vorschrift kommt hier in Betracht, weil die spezielleren Eingriffsermächtigungsnormen §§ 68 und 73 ERegG nicht einschlägig sind, nach denen die Regulierungsbehörde allein bereits aufgestellte Nutzungsbedingungen prüfen kann.“

Eine rückwirkende Überprüfung im Rahmen eines Verfahrens von Amts wegen ist daher ebenfalls nicht möglich.

Nichts Anderes gilt für die Einleitung eines amtswegigen Verfahrens unter Geltung der Vorschriften des AEG a. F. Auch die §§ 14f Abs. 1 sowie 14c AEG a. F. ermöglichen keine rückwirkende Überprüfung von nicht mehr in Geltung befindlichen Entgelten.

### III Hinweis zu Kosten

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Geltendmachung der Gebühren erfolgt nach § 77 Abs. 1 Satz 2 ERegG in einem gesonderten Bescheid. Mit E-Mail vom 24.05.2019 hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Verbändeanhörung zu einem Entwurf einer Besonderen Gebührenverordnung für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen im Bereich der Eisenbahnregulierung (EReg-BGebV) eingeleitet. Dem Entwurf ist eine Anlage mit dem Gebührenverzeichnis beigefügt. § 5 dieses Entwurfs enthält unter der Überschrift „Alt-Sachverhalte“ folgenden Regelungsvorschlag: „Für Sachverhalte, die nach dem 2. September 2016 und vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieser Verordnung nach Artikel 3] entstanden sind, gilt die Anlage mit Wirkung ab dem (einsetzen: Datum des Beginns der Verbändeanhörung).“

### Rechtsbehelfsbelehrung

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

Bonn, den 11.10.2019

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Bühlmeier

Krick