

Stellungnahme
des Netzwerks Privatbahnen e.V.
zur Vereinbarkeit
der Entgeltgrundsätze
in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG
für das Netzfahrplanjahr 2007/08
mit den eisenbahnrechtlichen Vorschriften

von

Rechtsanwalt Dr. Anselm Grün und Rechtsanwalt Dr. Patrick Ostendorf

13. Oktober 2006

A. Gegenstand und Zielsetzung dieser Stellungnahme

- (1) Mit Datum vom 14. September 2006 hat die DB Netz AG geänderte Schienennetz-Benutzungsbedingungen vorgelegt, die am 10. April 2007 in Kraft treten sollen und deren Entgeltgrundsätze damit, vorbehaltlich einer Selbstkorrektur der DB Netz AG oder einer abändernden Entscheidung der Regulierungsbehörde, für die **Netzfahrplanperiode 8. Dezember 2007 – 14. Dezember 2008** gelten.¹ Die zugangsberechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmen haben bis zum 13. Oktober 2006 die Gelegenheit, eine Stellungnahme zu den geänderten Schienennetz-Benutzungsbedingungen abzugeben.² Anschließend sind die Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Regulierungsbehörde vorzulegen, die im Rahmen einer Vorabprüfung innerhalb von vier Wochen die Vereinbarkeit mit den netzzugangsrelevanten Vorschriften prüfen und ihrer Einführung widrigenfalls widersprechen kann (§ 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG).
- (2) Die vorliegende Stellungnahme kommentiert die **Entgeltgrundsätze für das Pflichtleistungspaket** der vorbenannten Schienennetz-Benutzungsbedingungen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den eisenbahnrechtlichen Vorschriften.

Die kommentierten Entgeltgrundsätze finden sich konkret in Kapitel 6, in der Anlage 7 („Entgeltgrundsätze und Aufbau des Trassenpreissystems“) und in der Anlage 8 („Entgeltminderungssätze nach § 21 Abs. 6 EIBV“) der Schienennetz-Benutzungsbedingungen. Die wichtigste Komponente der Entgeltgrundsätze ist das im Markt bekannte, von der DB Netz AG im Jahr 2001 entwickelte „Trassenpreissystem“. Weitere wichtige Komponenten der Entgeltgrundsätze sind das „Anreizsystem“ sowie die Entgeltminderung. **Nicht Gegenstand der Entgeltgrundsätze**

¹ Nach dem Gesetz treten Änderungen der Schienennetz-Benutzungsbedingungen stets zum Datum des Fristablaufs für die Stellung von Anträgen zum Netzfahrplan in Kraft (d.h. Mitte April eines jeden Jahres), § 4 Abs. 5 Satz 2 EIBV. Änderungen der Liste der Entgelte (die nicht Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen ist) treten hingegen stets mit dem Wechsel des Netzfahrplanes in Kraft (§ 21 Abs. 7 Satz 2 EIBV), d.h. zum zweiten Samstag im Dezember (§ 8 Abs. 2 Satz 1 EIBV). Sowohl die DB Netz AG als auch die Bundesnetzagentur gehen offensichtlich davon aus, dass sich die Entgeltgrundsätze der Schienennetz-Benutzungsbedingungen an dem Wirksamwerden von Änderungen in der Entgeltliste orientieren und damit auch erst zum Wechsel des Netzfahrplanes in Kraft treten. Die Entgeltgrundsätze gelten damit zu dem Rest der Schienennetz-Benutzungsbedingungen zeitlich verschoben.

² Rechtsgrundlage für die Gelegenheit zur Stellungnahme ist § 4 Abs. 4 Satz 2 EIBV. Nach § 4 Abs. 4 Satz 3 EIBV hat die DB Netz AG mitzuteilen, auf welchem Weg die Stellungnahmen erfolgen können. Sie hat zu diesem Zweck die folgende e-Mailadresse angegeben: **stellungnahmen.zu.snb.2008@bahn.de**.

sind die konkreten Entgelthöhen,³ die nach den gesetzlichen Vorgaben erst mit einer Vorlaufzeit von einem Monat vor Ablauf der Frist für die Stellung von Anträgen zum Netzfahrplan zu veröffentlichen sind⁴ (d.h. im vorliegenden Fall am **10. März 2007**). Die in dieser Stellungnahme enthaltenen Ausführungen zur Höhe von Entgelten beschränken sich daher auf die grundlegenden formalen gesetzliche Anforderungen.

(3) **Nicht Gegenstand dieser Stellungnahme** sind die Entgelte der DB Netz AG für Zusatz- und Nebenleistungen, für Serviceeinrichtungen und für sonstige von der DB Netz AG angebotene Dienstleistungen. Ebenfalls nicht Gegenstand dieser Stellungnahme ist die Bewertung der Pflichtleistungsentgelte im Hinblick auf andere Rechtsvorschriften außerhalb des netzzugangsrelevanten Eisenbahnrechts, namentlich zivilrechtliche Bestimmungen (z.B. die AGB-Inhaltskontrolle in den §§ 307 ff. BGB sowie die Vorschriften zur einseitigen Leistungsbestimmung in § 315 BGB) und Bestimmungen des Kartellrechts (§§ 1 ff. GWB, Art. 81, 82 EG).

(4) **Diese Stellungnahme dient zwei Zielen:**

- Zum einen ist sie die **Stellungnahme der Mitglieder des Netzwerks Privatbahnen e.V. gegenüber der DB Netz AG** im Rahmen der nach § 4 Abs. 4 Satz 2 EIBV eingeräumten Möglichkeit der Stellungnahme von Nutzungsberechtigten. Aus diesem Grund werden vorrangig auch diejenigen Entgeltgrundsätze aufgegriffen, die sich insbesondere für den **Güterverkehr** auswirken. Zudem wird auf eine vertiefte Erörterung der theoretischen und im Eisenbahnrecht noch weitgehend ungelösten Fragen der Entgeltregulierung verzichtet.
- Zum anderen richtet sich diese Stellungnahme an die **Regulierungsbehörde** für den Fall, dass die DB Netz AG keine Selbstkorrektur der beanstandeten Punkte vornimmt und regt insofern den **Widerspruch durch die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer vierwöchigen Vorabprüfung** an (§ 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG). Den Verfassern ist bewusst, dass die Regulierungsbehörde organisatorisch bislang noch nicht ausreichend für eine vertiefte Entgeltregulie-

³ § 4 Abs. 2 Satz 2 EIBV bestimmt ausdrücklich, dass die „Liste der Entgelte“ nicht Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen ist.

⁴ § 21 Abs. 7 Satz 1 EIBV.

rung ausgestattet worden ist. Gleichwohl **sollten Maßnahmen rechtzeitig** ergriffen werden, da ansonsten die Gefahr besteht, dass die Zugangsberechtigten *auch über die Netzfahrplanperiode 2007/08 hinaus* mit teilweise rechtswidrigen Entgeltgrundsätzen konfrontiert würden. Vor dem Hintergrund, dass die zugrunde liegenden Vorschriften der EG-Richtlinie 2001/14/EG bereits zum 15. März 2003 hätten umgesetzt sein müssen,⁵ wäre ein solches weiteres Zuwarten nicht akzeptabel. Dabei sollte die Regulierungsbehörde entsprechende Maßnahmen entweder während der laufenden Widerspruchsfrist des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG oder im zeitlich engem Zusammenhang (also bis Anfang 2007) ergreifen, um zu verhindern, dass unterjährig in bereits geltende Schienennetz-Benutzungsbedingungen eingegriffen werden muss, was zu praktischen Problemen führen kann. Zudem sollte sicher gestellt werden, dass die vorliegenden Entgeltgrundsätze, soweit sie nicht abgeändert werden oder Ihnen durch die Bundesnetzagentur nicht bereits im Wege der Vorabprüfung widersprochen wird, jedenfalls nur befristet für ein Jahr gelten, um nach der praktischen Überprüfung rechtzeitig Korrekturen zu ermöglichen.

(5) Im weiteren Verlauf dieser Stellungnahme werden die nachfolgenden **Abkürzungen** verwandt:

- **SNB:** Die mit Datum vom 14. September 2006 vorgelegten Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG, wie sie zum 10. April 2007 in Kraft treten sollen.
- **TPS:** Das „Trassenpreissystem“ der DB Netz AG in der Fassung, in der es zum Bestandteil der Entgeltgrundsätze der SNB gemacht wird.

⁵ Art. 38 der Richtlinie 2001/14/EG.

B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- (6) Die SNB begegnen insbesondere in den nachfolgend benannten Punkten erheblichen eisenbahnrechtlichen Bedenken. Eine Korrektur durch die DB Netz AG bzw. durch die Regulierungsbehörde wird daher angeregt.
1. In das Entgelt für die Pflichtleistungen dürfen allein solche Kosten einfließen, die zur Erbringung der Pflichtleistungen erforderlich sind. Andere Kosten der DB Netz AG dürfen sich nicht auf das Entgelt für die Pflichtleistungen auswirken. Um hier eine effektive Kontrolle zu ermöglichen, wird die DB Netz AG ihre Kalkulationsgrundlagen offen legen müssen (dazu vertiefend auf S. 7 ff.)
 2. Die Bepreisung nach „Streckenkatégorien“ führt dazu, dass die Güterbahnen für infrastrukturelle Ausrüstungen zahlen, die letztlich nur dem Personenverkehr zu Gute kommen. Derartige Subventionierungen einer Verkehrsleistung durch eine andere Verkehrsleistung sind unzulässig. Geboten ist daher, dass die SNB so umgestellt werden, dass die Güterbahnen lediglich ein Entgelt entrichten, das in seiner Höhe der von ihnen nutzbaren Infrastruktur entspricht (S. 12 ff.).
 3. Das unterschiedliche Preisniveau der Express-Trasse zu der Standard-Trasse muss das dahinter stehende Leistungsgefälle proportional widerspiegeln. Dies wird im Rahmen der offen zu legenden Kalkulation zu untersuchen sein (S. 14 ff.).
 4. Die Leistungsmerkmale der einzelnen Trassenprodukte (insbesondere die Leistungsmerkmale, bei denen sich Express- und Standard-Trasse unterscheiden, sowie die Voraussetzungen, unter denen die günstige „Zubringer-Trasse“ in Anspruch genommen werden kann) sind zu präzisieren (S. 14 ff.).
 5. Das „Anreizsystem zur Verringerung von Störungen“ erfasst die in ihrer Priorität wichtigsten Störungsursachen auf dem Netz – z.B. Langsamfahrstellen, überlange Baustellen, ungenehmigter Rückbau von Infrastruktur – überhaupt nicht. Hier sind neue Prioritäten zu setzen. Zudem wird das „Anreizsystem“ durch Überkomplexität

zu praktischer Ineffektivität führen und damit seinen Zweck verfehlen. Es ist daher stark zu vereinfachen (S. 17 ff.).

6. Ein „Anreizsystem zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes“, das Anreize für den Betreiber der Schienenwege setzt, ist entgegen der gesetzlichen Vorgaben nicht vorhanden (S. 23 ff.).
7. Der Auslastungsfaktor ist als knappheitsbedingter Zuschlag solange unzulässig, wie nicht für den betreffenden Schienenwegeabschnitt ein Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität erstellt und mit seiner Verwirklichung Fortschritte erzielt werden (S. 23 ff.).
8. Die Möglichkeit, den Regionalfaktor ohne weitere Bedingungen auch für Güterverkehre erheben zu können, ist unzulässig (S. 26 ff.).
9. Die in den SNB vorgesehene Möglichkeit der Entgeltminderung schränkt die gesetzlich vorgesehene Minderung hinsichtlich der Minderungstatbestände und der Minderungshöhe zu stark ein. Die Minderung muss verschuldensunabhängig auch dann eingreifen, wenn die Strecke nicht oder nicht unter zumutbaren Bedingungen befahrbar ist (nachträgliche, unabgestimmte Baumaßnahmen, höhere Gewalt, Eingriffe Dritter, etc.), sie muss auch dann eingreifen, wenn die Strecke nicht entsprechend ihrer Streckenkategorie nutzbar ist, und sie muss in ihrer Höhe der tatsächlichen Einschränkung entsprechen (S. 27 ff.).
10. Die „TPS-Preisauskunft-Software“ oder eine vergleichbare Software muss zum Bestandteil der SNB gemacht werden, da ohne eine solche Software die Kosten für die Nutzung einer konkreten Strecke nicht hinreichend genau kalkuliert werden können (S. 30 ff.).

C. Stellungnahme

I. Zur Festlegung der Entgelthöhe

1. Aussage der SNB

- (7) Die Gesamthöhe des Entgeltes, die die Zugangsberechtigten für eine „Leistungseinheit“ der Pflichtleistungen zu erbringen haben, ist nicht einheitlich festgelegt, sondern wird nach dem „Trassenpreissystem“ durch variabel bestimmte Regeln berechnet und hängt letztlich von einer Vielzahl von Faktoren ab. In Kapitel 6.1 der SNB findet sich der Hinweis, die Summe der Entgelte aus dem Trassenpreissystem für das gesamte Netz übersteige nicht die insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite. Dagegen **fehlen Angaben, wie die Höhe der einzelnen Entgeltfaktoren sowie die Höhe des für eine Trasse insgesamt zu entrichtenden Entgelts zustande kommt** und welche Kostenfaktoren bei der Entgeltbildung berücksichtigt wurden. Ebenfalls unbekannt ist, in welcher Weise staatliche Subventionen bei der Entgeltbildung erfasst werden und ob bzw. in welcher Höhe eine Rendite berechnet wird. Weder finden sich derartige Kalkulationsgrundlagen in den SNB, noch liegen sie bislang der Regulierungsbehörde vor.

2. Stellungnahme

- (8) Ob das von den Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) zu entrichtende Gesamtentgelt für das Paket der Pflichtleistungen mit den gesetzlichen Maßstäben übereinstimmt, lässt sich mangels entsprechender veröffentlichter Kalkulationsgrundlagen derzeit nicht überprüfen. Da die SNB auf dem Trassenpreissystem aufbauen, das im Jahr 2001 neu gefasst wurde, spricht jedoch einiges dafür, dass sich die Entgeltkalkulation nicht vollständig an dem erst 2005 eingeführten gesetzlichen Maßstab orientiert. Das neue Eisenbahnregulierungsrecht stellt jedoch einige Anforderungen an die Gesamthöhe des für die Pflichtleistungen zu entrichtenden Entgelts, deren Einhaltung nur wirksam überprüft werden kann, wenn die Kalkulationsgrundlagen offen gelegt werden. Im Einzelnen:
- (9) **Erfordernis der Offenlegung von Kalkulationsgrundlagen:** Bei der anstehenden Prüfung der in den SNB enthaltenen Entgeltgrundsätze und der in der Liste der

Entgelte enthaltenen Entgelthöhen wird die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Aufgabe, die Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen am Maßstab der eisenbahnrechtlichen Zugangsvorschriften zu überprüfen (§ 14b Abs. 1 Nr. 4 AEG) die entsprechenden Nachweise durch die DB Netz AG verlangen müssen, da andernfalls eine sachgemäße Prüfung nicht möglich ist. Die inhaltlichen Vorgaben stellen hohe Anforderungen an die Entgeltbildung des Betreibers der Schienenwege. Damit die gesetzlich vorgeschriebene Entgeltbildung kein Zufallsergebnis bleibt, wird der Betreiber der Schienenwege bei seiner Kostenrechnung allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze zugrunde legen müssen. Damit wird er, um die gesetzlichen Anforderungen rational zu erfüllen, ab einem gewissen Komplexitätsgrad auch ein EDV-gestütztes Rechnungswesen einsetzen müssen. Das heißt: Sofern die DB Netz AG die gesetzlichen Vorgaben zur Entgeltbildung beachtet, wird sie auch über eine nachvollziehbare Dokumentation verfügen. Um der Regulierungsbehörde zu ermöglichen, die Übereinstimmung der Entgelte mit den gesetzlichen Vorgaben zu prüfen, ist es unerlässlich, dass die DB Netz AG diese Dokumentation zur Verfügung stellt. Für eine derartige Pflicht zur Offenlegung der Kalkulationsgrundlage lassen sich letztlich drei verschiedene Ansätze im Gesetz ausmachen:

- **Entgeltgrundsätze in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen:** Vieles spricht dafür, dass der Betreiber der Schienenwege seine Kalkulationsgrundlagen bereits zum Bestandteil der Entgeltgrundsätze der Schienennetz-Benutzungsbedingungen machen muss. Die Entgeltgrundsätze der Schienennetz-Benutzungsbedingungen hätten dann die Doppelfunktion, einerseits den Zugangsberechtigten Informationen über die Entgelttatbestände und deren Berechnung an die Hand zu geben, andererseits gegenüber der Regulierungsbehörde nachvollziehbar die internen Kalkulationsgrundlagen offen zu legen.
- **Parallele Begründungspflicht:** Ein anderer Ansatz kann darin liegen, in die Entgeltgrundsätze der SNB lediglich die für die Zugangsberechtigten relevanten Informationen über Entgelttatbestände und Berechnungsmethoden aufzunehmen, während die internen Kalkulationsgrundlagen lediglich in der parallel erforderlichen Begründung nach § 14d Abs. 1 Satz 3 AEG im Rahmen der Vorlagepflicht enthalten sein müssen.

- **Kontrollbefugnisse:** Statt einer „Bringschuld“ des Betreibers der Schienenwege lässt sich auch eine bloße Kontrollbefugnis der Regulierungsbehörde nach § 14c AEG annehmen; die Regulierungsbehörde müsste dann die entsprechenden Kalkulationsgrundlagen gesondert anfordern.

Es bleibt abzuwarten, welchen dieser Ansätze die Regulierungsbehörde als den am vertretbarsten und regulatorisch effektivsten Weg wählen wird. Ebenfalls bleibt abzuwarten, ob die Regulierungsbehörde davon ausgeht, dass die Widerspruchsfrist des § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG erst dann zu laufen beginnt, wenn alle entscheidungsrelevanten Unterlagen vorliegen.

- (10) **Inhaltlicher Maßstäbe für die Festlegung der Entgelthöhe:** Inhaltlich ist zu beachten, dass das von den Zugangsberechtigten für das Pflichtleistungspaket zu zahlende Entgelt dem zentralen Maßstab des § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG entsprechen muss. Danach haben die Betreiber der Schienenwege ihre Entgelte so zu bemessen, dass die ihnen insgesamt für die Erbringung der Pflichtleistungen entstehenden Kosten zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, ausgeglichen werden.

Erste Voraussetzung für eine korrekte Entgeltbildung ist es, dass mit den Entgelten der Pflichtleistungen die „**für die Erbringung der Pflichtleistung entstehenden Kosten**“ ausgeglichen werden sollen. Diese Formulierung enthält eine *Begrenzung der berücksichtigungsfähigen Kosten* insofern, als allein solche Kosten in die Pflichtleistungsentgelte einfließen dürfen, die bei der Produktion der Pflichtleistungen entstehen. Kosten, die für die anderen Leistungen des Betreibers der Schienenwege entstehen (z.B. für den Betrieb von Serviceeinrichtungen, für Zusatz- oder Nebenleistungen sowie für sonstige Dienstleistungen), dürfen in das Entgelt für die Pflichtleistungen nicht einfließen. Insofern ist dem Betreiber der Schienenwege eine Mischkalkulation seiner Leistungen verboten; Quersubventionierungen werden so ausgeschlossen. Um der gesetzlichen Anforderung gerecht zu werden, in die Entgelte für die Pflichtleistungen allein die Kosten für deren Produktion einfließen zu lassen, ist es erforderlich, dass der Betreiber der Schienenwege die bei ihm insgesamt anfallenden Kosten für die Pflichtleistungen identifiziert und die Kosten für andere Leistungen klar davon separiert. Er muss zu diesem Zweck eine interne Kostenrechnung erstellen, die alle anfallenden Kosten erfasst (Ermittlung der „Kos-

tenarten“) und sie den verschiedenen unternehmensinternen Kostenverursachern (den „Kostenstellen“) zuordnet. Die Einzelkosten, die direkt der Produktion der Pflichtleistung dienen, sind dabei ebenso zu identifizieren wie der Anteil der Gemeinkosten, der auf die Produktion der Pflichtleistungen entfällt.

- (11) In einem zweiten Schritt wird der Betreiber der Schienenwege aus den Gesamtkosten für die Produktion der Pflichtleistungen die **erhaltenen Subventionen herausrechnen** müssen, soweit sie zur Erstellung der Pflichtleistungen gewährt wurden. Dazu zählen in erster Linie die Gelder zum Erhalt und Ausbau der Schienenwege. Das Gesetz trifft zwar keine explizite Vorgabe, dass und in welchem Umfang bei der Entgeltbildung Subventionszahlungen herauszurechnen sind.⁶ Eine Nichtanrechnung würde jedoch zur Folge haben, dass der Betreiber der Schienenwege den entsprechenden Betrag zwei Mal erhält, ein Mal im Wege der öffentlichen Zuwendung und ein weiteres Mal über die Berücksichtigung in den Entgelten. Dies würde der Vorgabe des § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG widersprechen, wonach nur die wirklich entstehenden Kosten in den Entgelten berücksichtigt werden dürfen.
- (12) In einem weiteren Schritt wird der Betreiber der Schienenwege zudem Kostentreiber, die zur Produktion der Pflichtleistung nicht unvermeidbar anfallen, herausrechnen müssen. Diese Vorgabe ist zwar umstritten, weil es der deutsche Gesetzgeber versäumt hat, den Maßstab der *effizienten Leistungsbereitstellung* explizit in das Gesetz zu übernehmen. Gleichwohl gibt § 14 Abs. 4 Satz 1 AEG vor, dass (nur) die *entstehenden* Kosten bei der Entgeltbildung berücksichtigt werden dürfen. Kosten entstehen aber nur, soweit sie zur Erstellung der betrieblichen Leistung *notwendig* sind. Zwar mögen in einem nicht wirtschaftlich geführten Betrieb über die notwendigen Ausgaben hinaus noch weitere Ausgaben hinaus getätigt werden, diese Kosten *entstehen* aber nicht im engeren Sinne dieses Wortes, sondern werden willkürlich und ohne jede Notwendigkeit getätigt. Genau aus diesem Grund wird der betriebswirtschaftliche Kostenbegriff auch definiert als der „bewertete Verbrauch an Produktionsfaktoren, welche zur Erstellung der betrieblichen Leistung *notwendig* sind“. Der nicht notwendige Verbrauch an Produktionsfaktoren stellt hingegen keinen Kostenfaktor dar. Dieses Auslegungsergebnis stimmt auch mit dem Zweck der staatlichen Regulierung überein, den fehlenden Wettbewerbsdruck durch staatliche

⁶ Eine Regelung, wie mit Investitionen Dritter in die Schienenwege zu verfahren ist, enthält nunmehr § 20 EIBV, der allerdings bislang wohl nicht zur Anwendung gekommen ist.

Maßnahmen zu kompensieren. In monopolartig betriebenen Infrastrukturnetzen fehlt der in anderen Wirtschaftszweigen durch Wettbewerb erzeugte Druck zur rationalen und effizienten Produktion, weshalb Monopole zu Ineffizienzen (sog. „X-Ineffizienzen“) neigen.⁷ Eine wichtige Aufgabe der staatlichen Regulierung liegt darin, der Entstehung von solchen Ineffizienzen vorzubeugen.

Letztlich wird dieser Ansatz auch durch die Europäische Richtlinie 2001/14/EG geboten. Die entscheidenden Entgeltregelungen in der Richtlinie finden sich in Art. 7 Abs. 3 und in Art. 8 Abs. 1. In Art. 7 Abs. 3 wird als Grundsatz festgeschrieben, das Entgelt für das Mindestzugangspaket sei [nur] in Höhe der Kosten festzulegen, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallen (d.h. Bepreisung nur auf Basis der Grenzkosten). Allerdings gilt diese Regel „unbeschadet des Artikels 8“. In Art. 8 Abs. 1 Satz 1 heißt es, ein Mitgliedstaat könne, um eine volle Deckung der dem Betreiber der Infrastruktur entstehenden Kosten zu erhalten (d.h. Bepreisung auf Basis des Vollkostenprinzips), Aufschläge auf der Grundlage *effizienter* Grundsätze erheben. Wörtlich genommen macht dieser Satz wenig Sinn, denn es ist nicht verständlich, was mit „effizienten Grundsätzen“ gemeint sein soll. Man wird die Vorschrift daher so auslegen müssen, dass die Grundsätze, wonach die Aufschläge möglich sein sollen, so zu gestalten sind, dass sie nur die Weitergabe effizienzbasierter Kosten erlauben. Deutlich wird diese Intention im 40. Erwägungsgrund der Richtlinie, der feststellt, dass der Fahrweg ein natürliches Monopol ist, weshalb es erforderlich sei, den Betreibern der Infrastruktur Anreize zur effizienten Verwaltung ihrer Fahrwege zu geben.⁸

⁷ Bescheid des Eisenbahn-Bundesamtes vom 1. April 2005, Az.: 15 Nz 0436-04, S. 30.

⁸ Ein Punkt, der immer wieder zu Diskussionen führt, sei an dieser Stelle noch angesprochen: Dem Betreiber der Schienenwege ist es eisenbahnrechtlich nicht verwehrt, seine Leistungen ineffizient zu erstellen, es ist ihm lediglich verwehrt, die auf den Ineffizienzen basierenden Mehrkosten den Zugangsberechtigten in Rechnung zu stellen. Sofern bestimmte Ineffizienzen aus politischen Gründen aufrechterhalten werden sollen (z.B. Betrieb unwirtschaftlicher Strecken), sind die damit verbundenen Kosten von dritter Seite, z.B. der Allgemeinheit (etwa im Wege von Subventionen) zu tragen, nicht aber von den einzelnen Zugangsberechtigten.

II. Zur Entgeltdifferenzierung nach Streckenkategorien

1. Aussage der SNB

- (13) Basis der Bepreisung von Trassen durch die DB Netz AG ist ein kilometerabhängiger Grundpreis, dessen Höhe sich nach der Kategorie der jeweiligen Strecke richtet. Sämtliche Schienenwege der DB Netz AG sind in insgesamt 12 Kategorien eingeteilt (Fernstrecken Fplus, F1-F6; Zulaufstrecken Z1 und Z2 sowie Strecken des Stadtschnellverkehrs S1-S3); sie orientieren sich nach Aussage der SNB, Kapitel 6.1, an den „spezifischen, aufwandswirksamen Ausstattungselementen der Infrastruktur“, berücksichtigten gleichzeitig aber auch die „verkehrliche Bedeutung, die jeder Abschnitt als Teil des Gesamtnetzes für die Nutzer hat“. Die Infrastruktur der Kategorien FPlus, F1 - F 4 ist – etwa durch besondere Weichen für höhere Geschwindigkeiten, aber auch Sicherungssysteme für Reisende etc. – vor allem für den Personenverkehr ausgelegt. Die Streckenkategorie FPlus erlaubt überwiegend Geschwindigkeiten bis zu 300 km/h, wobei die Infrastruktur im besonderen Maße für den *Schiene*personenfernverkehr ausgelegt ist. In der Kategorie F1 sind Strecken zusammengefasst, die für eine Regelgeschwindigkeit zwischen 201km/h bis 280 km/h ausgelegt sind. Die Kategorie F2 umfasst Strecken, die mit Geschwindigkeiten zwischen 161-200km/h befahrbar sind. Die Kategorien F3 und F4 wiederum sind für eine Regelgeschwindigkeit von 101-160 km/h ausgelegt. Lediglich die Kategorie F5 ist in ihrer Trassierung vorrangig an den Anforderungen des Schienengüterverkehrs ausgerichtet.⁹ Bis auf einzelne Neubaustrecken sind prinzipiell alle genannten Streckenkategorien auch für den Schienengüterverkehr nutzbar. Für eine Vielzahl von Streckenführungen sind Güterverkehrsbahnen regelmäßig sogar zwangsläufig auf die Nutzung von Streckenkategorien angewiesen, die nicht für den Güterverkehr - der regelmäßig nicht höhere Geschwindigkeiten als 100km/h erreicht – konzipiert sind. Eine nutzerabhängige Bepreisung sehen die SNB beim Grundpreis nicht vor. Das heißt: **Die Güterverkehrsbahnen zahlen den vollen Grundpreis auch für Streckenkategorien, die aufgrund ihrer infrastrukturellen Ausrüstung vorrangig für den Personenverkehr bestimmt sind.**

⁹ Die Grundpreise für die einzelnen Kategorien unterscheiden sich erheblich. So betragen etwa die Grundpreise ab Dezember 2006 pro Kilometer für Strecken der Kategorie Fplus €9,48, F1 €4,82, F2 €3,34, F3 €2,96, F 4 € 2,83 und die vorrangig für den Güterverkehr ausgelegte Kategorie F5 €2,18.

2. Stellungnahme

- (14) Die – streckenbezogen – unterschiedlichen Weegeentgelte begegnen erheblichen Bedenken hinsichtlich ihrer eisenbahnrechtlichen Zulässigkeit, da sie **interne Subventionierungen einzelner Verkehrsleistungen** ermöglichen. Differenzierungen bei der Berechnung des Entgelts sind nur in engen Grenzen zulässig. Nach § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG darf das Infrastrukturunternehmen zwischen den Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr unterscheiden. Darüber hinaus darf nach „Marktsegmenten“ innerhalb dieser Verkehrsleistungen differenziert werden. Wie die Differenzierung nach Verkehrsleistungen vorzunehmen ist, gibt § 21 Abs. 4 EIBV vor. Danach dürfen die erhöhten Kosten, die eine Verkehrsleistung gegenüber einer anderen Verkehrsleistung erbringt, nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Sofern also ein Schienenweg über spezifische Infrastrukturmerkmale verfügt, die letztlich ausschließlich einer bestimmten Verkehrsleistung zu Gute kommen (etwa spezielle Weichen für höhere Geschwindigkeiten und Sicherungssysteme für Reisende), können die erhöhten Kosten auch nur auf diese Verkehrsleistung umgelegt werden. Begründet wird dies damit, dass für den Personenverkehr bezüglich Erstellung und Instandhaltung des Schienennetzes teilweise höhere Kosten entstehen als bei einem ausschließlich für den Güterverkehr konzipierten Netz.¹⁰ Durch eine differenzierte Berechnung der Entgelte soll so verhindert werden, dass der Güterverkehr mit seinen anspruchloseren Bedürfnissen die höheren Kosten für den Personenverkehr mitfinanziert, ohne sie nutzen zu können.¹¹
- (15) Demgegenüber sehen die SNB eine Differenzierung der Grundentgelte in den einzelnen Kategorien **ohne nutzerabhängige Komponente** vor. Im Ergebnis führt die streckenbezogene Kategorisierung damit dazu, dass der Güterverkehr insbesondere in den Streckenkategorien F1-F4, deren Nutzung für die vorgesehene Transportroute mangels einfacher Güterverkehrstrassen vielfach nicht zu vermeiden ist, Nutzungsentgelte für eine erweiterte infrastrukturelle Ausrüstung zahlen muss, die im Ergebnis ausschließlich dem Personenverkehr zugute kommt. Soweit die SNB bei der Kategorisierung der Strecken darüber hinaus nicht nur auf die infrastrukturelle Ausrüstung, sondern zusätzlich auch auf die „verkehrliche Bedeutung“ einer Strecke abstellt, findet diese Differenzierung im Gesetz ebenfalls keine Stütze. Eine

¹⁰ Siehe Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2001/14/EG.

¹¹ Vgl. insgesamt die Erwägungsgründe 21 – 23 der Richtlinie 2001/14/EG.

entsprechende Differenzierung zur Ausnutzung unterschiedlicher Nachfrageelastizitäten ist zwar betriebswirtschaftlich nachvollziehbar. Allerdings kann dieser Aspekt bereits nach den gesetzlichen Vorgaben allenfalls durch die Erhebung eines Zuschlages für überlastete Strecken erhoben werden (§ 21 Abs. 3 EIBV, vgl. dazu sogleich Randnummer 32).

- (16) Im **Ergebnis** ist vor dem Hintergrund der § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG und § 21 Abs. 4 EIBV zu fordern, dass die Güterbahnen nicht mehr, wie bisher, ein Entgelt entsprechend der von ihnen genutzten Kategorie zahlen. Statt dessen wird sich das von den Güterbahnen zu entrichtende Entgelt an den Leistungen orientieren müssen, die die Güterbahnen tatsächlich in Anspruch nehmen können.

III. Der Faktor für die „Trassenprodukte“

1. Aussage der SNB

- (17) Der Grundpreis je Trassenkilometer und Streckenkategorie ist nach dem Preissystem der Entgeltliste mit dem Faktor des jeweiligen „Trassenprodukts“ zu multiplizieren (Kap. 6.2.1.2 SNB). Das „Trassenprodukt“ erfasst bestimmte Modalitäten der Schienennutzung und den damit verbundenen Netzdispositions- und Verwaltungsaufwand bei der DB Netz AG. Dabei ist die Wahl des „Trassenproduktes“ grundsätzlich von der Wahl der jeweiligen Trassen und ihrer Streckenkategorien unabhängig. Theoretisch kann daher jede Trasse und jede Streckenkategorie mit jedem „Trassenprodukt“ kombiniert werden. Die SNB unterscheiden zwischen „Trassenprodukten für den Personenverkehr“ und „Trassenprodukten für den Güterverkehr“. Innerhalb der „Trassenprodukte für den Güterverkehr“ unterscheiden die SNB vier Trassenprodukte: Die „Express-Trasse“, die „Standard-Trasse“, die „LZ-Trasse“ und die „Zubringer-Trasse“.

Die für reguläre Zugfahrten relevanten „Trassenprodukte“ sind die „Express-Trasse“ (derzeitiger Faktor: 1,65) und die „Standard-Trasse“ (derzeitiger Faktor: 1,0). Sinn und Zweck einer „Express-Trasse“ ist die hohe Pünktlichkeit von Abfahrt und Ankunft sowie die direkte Verbindung zwischen Abfahrts- und Ankunftsort. Die „Express-Trasse“ erhält daher bei der betrieblichen Durchführung höchste Priorität.

Ob sie auch im Rahmen der Netzfahrplanerstellung Priorität genießt, ergibt sich aus den SNB nicht unmittelbar.

Bei der „Standard-Trasse“ besteht bereits bei der Erstellung im Rahmen des Netzfahrplans eine gewisse Flexibilität. Der Zugangsberechtigte gibt die für ihn wichtigen Parameter vor (z.B. Ankunftszeit, Anschlüsse), im Übrigen unterliegt die weitere Ausarbeitung der Trasse keinen besonderen Anforderungen und kann daher von der DB Netz AG flexibel konstruiert werden. Bei der betrieblichen Durchführung erhält die Standard-Trasse keine Priorität.

Die „LZ-Trasse“ (derzeitiger Faktor: 0,65) ermöglicht die Durchführung dispositiver Lok- und Triebfahrzeugfahrten. Die „Zubringer-Trasse“ (derzeitiger Faktor: 0,50) dient der Überführung beladener und leerer Wagen im Einzelwagenverkehr zwischen den Güterverkehrsstellen und den Zugbildungsanlagen der DB Netz AG. Voraussetzung ist u.a., dass die Wagen zur Sammlung „bzw. Verteilung“ auf mehrere Güterverkehrsstellen vorgesehen sind. Zudem muss ein „schlüssiges“ Bedienkonzept „für die betreffende Region“ vorgelegt werden.

2. Stellungnahme

- (18) Die Faktoren für die „Trassenprodukte“ verkomplizieren die Nachvollziehbarkeit des insgesamt für die Pflichtleistung zu entrichtenden Entgelts und schaffen eine Intransparenz, die letztlich versteckte Quersubventionierungen einzelner Verkehre ermöglicht. Auch besteht die Gefahr, dass sich die Entgeltbildung durch die Verwendung der Trassenprodukte von dem Grundsatz der Kostenorientierung entfernt. Den gesetzlichen Anforderungen genügen die „Trassenprodukte“ daher allenfalls dann, wenn der jeweilige Faktor zutreffend den Kosten für den entsprechenden Leistungsaufwand widerspiegelt. Insbesondere muss das Entgelt für die „Standard-Trasse“, bei der wichtige Elemente der Pflichtleistungen fehlen, proportional in dem Umfang unterhalb des Niveaus des Preises für die „Express-Trasse“ liegen, wie es dem Leistungsgefälle dieser beiden „Trassenprodukte“ entspricht. Es wird Aufgabe der DB Netz AG sein, dies im Rahmen der Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen nachvollziehbar darzulegen.
- (19) Die Definition der Trassenprodukte in den SNB arbeitet teilweise mit **unklaren Begriffen** und Beispielen, die der DB Netz AG einen Auslegungsspielraum lassen.

So werden die Leistungen im Zusammenhang mit der „Express-Trasse“ im Vergleich zu denen der „Standard-Trasse“ wenig präzise beschrieben. Welchen Vorteil der Zugangsberechtigte mit der deutlich höherpreisigen „Express-Trasse“ erwirbt bzw. welche Minderleistungen er bei Erwerb der „Standard-Trasse“ in Kauf nehmen muss, bleibt unklar. Vor dem Hintergrund der soeben dargestellten gesetzlichen Anforderung, wonach die Kosten des jeweiligen „Trassenproduktes“ Grundlage des entgeltrelevanten Faktors sein müssen, ist eine unpräzise Beschreibung der Leistungsmerkmale der „Trassenprodukte“ äußerst problematisch.

Unklar ist auch die Definition der „**Zubringer-Trasse**“. In der Vergangenheit hatte es mehrfach Differenzen zwischen einzelnen EVU und der DB Netz AG über die zutreffende Auslegung der Definitionsmerkmale gegeben („schlüssiges Bedienkonzept“, „zur Sammlung bzw. Verteilung auf mehrere Güterverkehrsstellen“, „unmittelbarer Zusammenhang“ zur Nutzung einer Standard-Trasse.) Durch die Wahl dieser unklaren Begrifflichkeiten hat es die DB Netz AG letztlich in der Hand, einzelfallorientiert zu entscheiden, ob der günstige Tarif der Zubringer-Trasse zur Anwendung kommt. Es lässt sich nicht ausschließen, dass hauptsächlich DB-Konzernunternehmen in den Genuss der Anerkennung einzelner Trassen als „Zubringer-Trassen“ gelangen. Auch ist nicht einsichtig, warum die „Zubringer-Trasse“ auf die „Zugbildungsanlagen der DB Netz AG“ beschränkt sein soll, da doch der entsprechend niedrigere Leistungsaufwand, der den günstigen Faktor rechtfertigt, auch bei den Zugbildungsanlagen anderer Unternehmen gegeben sein sollte.

Die Regulierungsbehörde hat in einer vergleichbaren Konstellation entschieden, dass unkonditionierte Ermessensspielräume bei belastenden Maßnahmen in den Nutzungsbedingungen einer Serviceeinrichtung Diskriminierungen im Einzelfall ermöglichen und daher bereits im Vorfeld einer konkreten Diskriminierung zu beanstanden sind.¹² Die Konstellation der Zubringer-Trassen unterscheidet sich von dem der benannten Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt zwar dadurch, dass hier unklare Tatbestandsmerkmale (und nicht Ermessensspielräume) vorliegen und dass es um die Frage einer möglichen Begünstigung (und nicht Belastung) geht. Gleichwohl können die Grundsätze der benannten Entscheidung auch hier Anwendung finden. Denn auch **eine Begünstigung einzelner Nutzer gegenüber anderen stellt eine Diskriminierung dar** und kann wettbewerbsverzerrende Effek-

te auf den nachgelagerten Märkten haben. Ob unkonditionierte Entscheidungsspielräume in den Tatbestand oder das Ermessen einer Bestimmung verlagert werden, ist eine Frage der technischen Gestaltung, die keine sachlich andere Beurteilung rechtfertigt. Statt einer Untersagung sollte die behördliche Entscheidung im Falle unklarer, und damit diskriminierender *Begünstigungen* jedoch die Vorgabe im Tenor enthalten, den **Begünstigungstatbestand zu präzisieren**.

- (20) Im **Ergebnis** wird daher zu prüfen sein, ob die „Standard-Trasse“ proportional zu ihren geringeren Anforderungen im Verhältnis zu dem gesetzlichen Pflichtleistungspaket bepreist wird. Zudem werden die Leistungsmerkmale der „Trassenprodukte“ zu präzisieren sein.

IV. Anreizsysteme

1. Anreizsystem zur Verringerung von Störungen

a. Regelung im TPS

- (21) Die SNB sehen in Kapitel 6.2.2.1 ein „Anreizsystem zur Verringerung von Störungen“ vor. Ausgenommen von dem Anreizsystem sind für das Fahrplanjahr 2008 u.a. die Trassen des Gelegenheitsverkehrs.¹³ Als relevante Störung werden **Zugverspätungen** angesehen, die in Abweichungen von zwei oder mehr Minuten, den sog. „Verspätungsminuten“ gemessen werden. Grundlage der Bemessung von Verspätungsminuten ist der jeweilige Fahrplan für den konkreten Zug. Die Messung erfolgt an eigens errichteten Messpunkten. Die dort erfassten Verspätungsminuten werden vom zuständigen Fahrdienstleiter oder IT-gestützt registriert. Die Verspätungsminuten werden Verspätungsursachen zugewiesen, die entweder in die Verantwortung der DB Netz AG, des EVU (sog. „maßgebliche Verspätungsminuten“) oder keiner Partei fallen. Die Verteilung der Verantwortungsbereiche ergibt sich aus den SNB und einer in Bezug genommenen „Richtlinie 420.9001“. Die Zuordnung

¹² Bescheid des Eisenbahn-Bundesamtes vom 21. Oktober 2005, Az.: 15 Nz 043-05.

¹³ Für das Fahrplanjahr 2006/07 sind die Trassen des Gelegenheitsverkehrs noch Bestandteil des Anreizsystems. Dies ist nicht unproblematisch. Denn in der Praxis entsprechen die von der DB Netz AG im Gelegenheitsverkehr vorgelegten Zeitfenster oft nicht dem zugewiesenen Fahrplan, da häufig kurzfristige betriebliche Gründe eine spätere Abfahrt als günstiger erscheinen lassen („geplante Verspätung“). Weil bei derartigen Trassen eine vereinbarte Bemessungsgrundlage fehlt, können sie vernünftigerweise auch nicht innerhalb eines verspätungsminutenbasierten Anreizsystems berücksichtigt werden.

der Verspätungsminuten zu einzelnen Verspätungsursachen geschieht durch den jeweiligen Fahrdienstleiter vor Ort.

Für jede Partei werden die „maßgeblichen Verspätungsminuten“ auf sog. „Verspätungsminutenkonten“ erfasst.¹⁴ Zum Ende eines jeden Monats werden die maßgeblichen Verspätungsminuten saldiert. Die Partei, zu deren Lasten sich ein Saldo ergibt, hat der anderen Partei einen Betrag in € (derzeit € 0,10) pro Verspätungsminute aus dem Saldo zu leisten. Beanstandungen bezüglich des ausgewiesenen Saldos müssen die EVU binnen eines Monats schriftlich unter Darlegung der Gründe bei der zuständigen Niederlassung der DB Netz AG einreichen. Beruht die Beanstandung auf der angeblich unzutreffenden Einordnung der Verantwortlichkeit, trägt das EVU die Beweislast dafür. Bei Beanstandungen wird die DB Netz AG ein „Korrekturverfahren“ gemäß der vorbenannten „Richtlinie 420.9001“ durchführen; erst nach dessen (erfolglosem) Abschluss steht den EVU der Rechtsweg offen.

b. Stellungnahme

- (22) Die rechtliche Grundlage für das Anreizsystem findet sich in § 21 Abs. 1 EIBV. Danach hat der Betreiber der Schienenwege seine Entgelte für die Pflichtleistungen so zu gestalten, dass sie durch leistungsabhängige Bestandteile den EVU und dem Betreiber der Schienenwege Anreize zur Verringerung von Störungen bieten. Weitere Vorgaben trifft das Gesetz nicht. Die zugrunde liegende EG-Richtlinie 2001/14/EG führt jedoch exemplarisch aus, die leistungsabhängige Ausgestaltung könne Strafen für Störungen des Netzbetriebs, Entschädigungen für von Störungen betroffene Unternehmen und Bonusregelungen für Leistungen, die das geplante Leistungsniveau übersteigen, vorsehen (Art. 11 Abs. 1).
- (23) Das nunmehr von der DB Netz AG vorgelegte Anreizsystem **wird den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht**. Die größte Störungsursache auf Seiten der Infrastruktur ist derzeit wohl in der **baulichen Vernachlässigung der Schienenwege** zu sehen. Dazu zählen insbesondere **nicht voll funktionsfähige Gleise** („Langsamfahrstellen“), eine **Vielzahl an Baustellen** und der teilweise „schwarze“ (ungenehmigte) Rückbau von Infrastruktur. Derartige Störungen werden von dem

¹⁴ Jedes EVU erhält ein Verspätungsminutenkonto. Die DB Netz AG erhält ihrerseits für jedes EVU ein separates Verspätungsminutenkonto.

Anreizsystem in seiner jetzigen Fassung fast gar nicht erfasst, bleiben also folgenlos. Denn Soll-Maßstab für die Bemessung von Verspätungsminuten ist der jeweilige Fahrplan, der in der überwiegenden Zahl der Fälle die Netzstörung (Langsamfahrstelle, Baustelle, etc.) bereits berücksichtigt. Lediglich Störungsfälle, die erst nach Erstellung des Fahrplans auftreten, entfalten Relevanz für die Verspätungsmessung. Es ist nicht ersichtlich, warum das Anreizsystem eine bestimmte Netzstörung in Abhängigkeit davon erfasst, ob sie vor oder nach Fahrplanerstellung aufgetreten ist. Um effektiv Anreize für eine Verbesserung der Netzqualität zu schaffen, muss der Soll-Maßstab auf Grundlage **objektiver Qualitätsparameter** bemessen werden. Als ein derartige Qualitätsparameter würden sich etwa die von der DB Netz AG selbst vorgenommene Kategorieneinteilung anbieten, die ja bestimmte Mindestleistungsstandards festschreiben.

- (24) Ein Umstand, der wohl zu einer **praktischen Ineffektivität** des gesamten Anreizsystems führen wird, liegt in seiner **Überkomplexität**. Mit einer minutengenauen Zuordnung von Verspätungen zu konkreten Verursachern versucht das Anreizsystem perfektionistisch, konkrete Wirkungen differenziert ihren jeweiligen Urhebern zuzuweisen. In einem Netzwerk bedingen sich Ursachen aber in der Regel gegenseitig; es grenzt an Unmöglichkeit, in der letzten Wirkung die jeweiligen Ursachen zu identifizieren und anteilig zuzuordnen. Als ein Beispiel sei folgender Fall genannt: Bei einem Zug von Duisburg nach Wien wird der Lokführer in Hanau ausgewechselt, um dort seine gesetzlich vorgeschriebene Mindestruhezeit wahrzunehmen. Es ist vorgesehen, dass er nach Ablauf dieser Ruhezeit einen anderen, aus München kommenden Zug nach Hamburg fahren soll. Weil auf der Strecke Duisburg-Hanau ein Stellwerk nicht ordnungsgemäß besetzt ist (=Verantwortlichkeit der DB Netz AG), verzögert sich die Ankunft in Hanau um drei Stunden. Aus diesem Grund verschiebt sich auch der Beginn der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestruhezeit um drei Stunden, so dass der Zug nach Hamburg am folgenden Tag ebenfalls um drei Stunden später weiter fahren kann. Es wird künftig die schwierige Aufgabe der DB Netz AG sein, die verspätete Ankunft des Zuges München-Hamburg ihrem eigenen Verantwortungsbereich deshalb zuzuordnen, weil am Vortag auf der Strecke Duisburg-Hanau ein Stellwerk nicht ordnungsgemäß besetzt war. Der Fall ließe sich beliebig weiter spinnen und verdeutlicht die Schwierigkeit – in vielen Fällen: die Unmöglichkeit – eine Gesamtverspätung den jeweiligen Verursachern anteilig zuzuordnen. Unklar ist zudem, auf welche Weise

der Fahrdienstleiter bei der Zuordnung der Verantwortlichkeit Kenntnis von der Verspätungsursache erlangt. Allein aus dem Umstand, dass eine Verspätung vorliegt, lassen sich noch keine Rückschlüsse auf ihre Ursache ziehen. Angesichts der in Netzwerken vielschichtigen Kausalitäten von Verspätungsursachen muss sichergestellt werden, dass der Fahrdienstleiter die Verspätungsursachen eindeutig erkennen und zuordnen kann.

In diesem Zusammenhang ist auch der Verantwortungstatbestand „Sonstiges“ in dem Anreizsystem als bedenkliche Möglichkeit zu kritisieren, dem Fahrdienstleiter bei unübersichtlichen Verspätungssituationen ohne nähere Begründungspflicht (und Kontrollmöglichkeit) der einen oder anderen Seite die Verspätung anzulasten.

Die letztlich zur Unwirksamkeit führende Überkomplexität spricht entscheidend gegen das gesamte „verspätungsminutenbasierte“ Anreizsystem der DB Netz AG. Ein unwirksames Anreizsystem wird den gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht.

- (25) Solange das „verspätungsminutenbasierte“ Anreizsystem gleichwohl aufrechterhalten wird, ist es jedenfalls unabdingbar, sicherzustellen, dass die EVU nicht mit Verspätungsminuten belastet werden, die ihnen aufgrund längerer, nicht mehr durchschaubarer Ursachenketten überhaupt nicht zurechenbar sind. Die DB Netz AG akzeptiert selber die Notwendigkeit, die Komplexität zu reduzieren, in dem sie den Tatbestand der „Zugfolge“ (= Stau auf den Gleisen), der „gefährlichen Ereignisse“ und der „Baumaßnahmen“ der neutralen Sphäre zuordnet. **Die Neutralität dieser Ereignisse muss dann aber auch für die EVU gelten, wenn sich Folgeverspätungen nach einem derartigen Ereignis hochschaukeln:** Ein EVU, das mit einem der genannten Ereignisse („Zugfolge“, „gefährliches Ereignis“ oder Baumaßnahme) konfrontiert wird und deshalb den ursprünglichen Fahrplan nicht mehr einhalten kann, wird häufig in Konflikte mit anderen Nutzern geraten, die vorab überhaupt nicht absehbar sind. Aus diesem Grund dürfen Folgeverspätungen, die sich nach einem der genannten Ereignisse hochschaukeln, nicht dem betreffenden EVU zugeordnet werden.
- (26) Äußerst problematisch ist vor dem Hintergrund der nicht zweifelsfrei störungsfreien Erhebung und Zuordnung von Verspätungsminuten das **Beanstandungsverfahren**. Die EVU, die keinerlei Einblick in die Messstationen haben und auch die Ent-

scheidungsfindung des Fahrdienstleiters nicht zweifelsfrei nachvollziehen können, werden den von der DB Netz AG erstellten Salden letztlich wenig substantiierte Einwendungen entgegensetzen können. Die Regelung, wonach Beanstandungen binnen Monatsfrist schriftlich und konkret begründet werden müssen, wenn verhindert werden soll, dass die Fiktion der Anerkennung eintreten soll, stellt die EVU vor eine unmögliche Aufgabe. Weder können sie den Prozess der Erhebung von Verspätungsminuten nachvollziehen, noch können sie in irgend einer Form kontrollieren, auf welcher Grundlage der Fahrdienstleiter seine Entscheidung der Zuordnung getroffen hat.

Wenn die SNB schon eine Ausschlussfrist bei nicht rechtzeitigen Einwänden vorsehen, sollte diese zudem symmetrisch ausgestaltet sein. So wie die EVU den Ablauf der Ausschlussfrist für ihre Beschwerden nur durch eine schriftlich begründete Beanstandung unterbrechen können, sollte umgekehrt auch gelten, dass die DB Netz AG ebenfalls innerhalb der Frist eines Monats schriftlich und begründet reagieren muss, andernfalls gilt die Beanstandung als gerechtfertigt. Das derzeitige Verfahren (schriftliche Erörterungen) begründet die Gefahr, dass die DB Netz AG letztlich einer substantiierten Stellungnahme ausweicht und so die Beweislastregel zu Lasten der EVU eingreift. Auch ist nicht ersichtlich, warum der Rechtsweg dem EVU nur *nach Ablehnung der Entscheidung* offen steht. Der Rechtsweg sollte auch dann eröffnet sein, wenn die DB Netz AG innerhalb der Monatsfrist versäumt, eine substantiiert begründete Entscheidung mitzuteilen.

Unzumutbar ist weiterhin auch, dass Beschwerden bei der Niederlassung anzubringen sind, in deren Bezirk die Verspätung gemessen wurde. Bei längeren Strecken würde dies dazu führen, dass sich die EVU wegen ein und derselben Verspätungsursache an mehrere Niederlassungen wenden müssten. Dies würde die Erhebung von Einwänden im Beanstandungsverfahren deutlich erschweren.

Insgesamt wird das gesamte Beschwerdeverfahren aus den benannten Erschwernissen praktisch leer laufen, de facto wird die – nicht nachvollziehbare – Entscheidung der DB Netz AG daher bindend sein. Letzteres gilt um so mehr, als die kleineren und mittleren EVU nicht über die Ressourcen verfügen, die Entscheidungen der DB Netz AG erst im Beanstandungsverfahren und dann im Rechtsweg anzugreifen. Auch insoweit wird das Anreizsystem daher den gesetzlichen Zweck verfehlen, u.a.

dem Betreiber der Schienenwege echte Leistungsanreize zu setzen, Störungen zu verringern und die Leistungsfähigkeit des Schienennetzes zu erhöhen.

- (27) Die Zuordnung der Verspätungsminuten *durch den Fahrdienstleiter* ist auch insofern problematisch, als nach der derzeitigen Praxis in den sieben Betriebszentralen (BZ) der DB Netz AG Disponenten der DB-Transporttöchter (.u.a. die Railion AG) vertreten sind, während Wettbewerbern dieser Zugang auf Anfrage explizit verweigert wurde. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die Disponenten z.B. der Railion AG Einfluss auf die Zuordnung der Verspätungsminuten nehmen. Insofern besteht die Gefahr eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 AEG.
- (28) Im **Ergebnis** ist festzustellen, dass mit der Einführung des weitgehend ineffektiven Anreizsystems die DB Netz AG der gesetzlichen Vorgabe des § 21 Abs. 1 EIBV nicht nachgekommen ist. Da das Gesetz keine näheren inhaltlichen Vorgaben zur Ausgestaltung des leistungsabhängigen Entgelts macht und dem Betreiber der Schienenwege einen weiten Spielraum diesbezüglich einräumt, kann an dieser Stelle lediglich gefordert werden, dass ein neues, effektiv Leistungsanreize setzendes System etabliert wird. Dazu gehören sicherlich folgende Elemente:
- **Prioritäten** richtig setzen: Die derzeit größten Belastungen bei der Nutzung des Schienennetzes – **Langsamfahrstellen, auffällige Infrastruktur und überlange Baustellendauer** – müssen in höchster Priorität zum Anknüpfungspunkt für Anreize genommen werden. Derartige Anreize sollten, wie es die Richtlinie 2001/14/EG vorschlägt, in einer Kombination aus „Strafen für Störungen“ und „Entschädigungen für die betroffenen Unternehmen“ bestehen. Dabei müssen diese Anreize so ausgestaltet werden, dass sich für alle Beteiligten die Behebung der Probleme eher lohnt als die Duldung der Strafen und Entschädigungszahlungen.

Eine solche Anreizgestaltung sollte insbesondere den in der Praxis besonders dringenden Fall aufgreifen, dass die DB Netz AG **Baustellen, die die Nutzung einer Trasse nach ihrer Zuweisung unmöglich machen, dem EVU nicht rechtzeitig mitteilt**. Die dadurch bedingten Mehrkosten (zusätzliche Trassenkilometer, höhere Energiekosten, höhere Personalkosten, etwa weil mit einem

„Lotsen“ gefahren werden muss) treffen das EVU dann in der Regel unvorbereitet, kostensenkende Dispositionen oder Anpassungen der Kundenverträge sind nicht mehr möglich. Da es der DB Netz AG jedoch in den meisten Fällen durchaus möglich ist, den EVU rechtzeitig Mitteilung zu machen, sollten mindestens im Anreizsystem (unbeschadet der Möglichkeit, Schadensersatzansprüche geltend zu machen) Maßnahmen zur Entschädigung des EVU für unterbliebene rechtzeitige Mitteilungen vorgesehen sein, ggf. pauschaliert, z.B. durch den Wegfall der Trassenkosten für die Alternativstrecke.

- **Vereinfachung:** Die Berechnung von Strafen, Boni und Entschädigungen, die Datenerhebung und die Ursachenzuordnung müssen deutlich vereinfacht werden.
- **Umkehr der Beweislast:** Bei Beschwerden einzelner EVU ist die DB Netz AG in der Verantwortung, die Richtigkeit ihrer Entscheidung darzulegen, da auch nur sie die Möglichkeit hat, diese Entscheidung intern nachzuvollziehen.
- **Einrichtung einer Schiedsstelle:** Zur Klärung von Streitigkeiten über die zutreffende Verhängung von Anreizsanktionen bietet sich die Einrichtung einer neutralen Schiedsstelle an, deren Spruch für die beide Beteiligten bindend ist. Auf diese Weise kann eine effektive Nachprüfung der Entscheidungen der DB Netz AG sichergestellt werden; zudem lassen sich so Streitigkeiten schneller, sachnäher und kostengünstiger erledigen als bei einer Inanspruchnahme der Zivilgerichte.
- **Begleitende Evaluation:** Ob ein Anreizsystem seine Funktion effektiv erfüllen wird, lässt sich erst nach einer umfangreicheren Praxiserprobung bestimmen. Um so wichtiger ist daher eine begleitende Evaluation anhand objektiver, präziser Maßstäbe und ggf. Korrekturen auf Basis der Evaluationsberichte.

2. Anreizsystem zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit

a. Aussage der SNB

- (29) Als ein „Anreizsystem zur effizienten Nutzung der Schienenwege“ wird nach Kapitel 6.2.2.2 lit. a) der SNB der aus dem „Trassenpreissystem“ von 2001 bekannte

„**Auslastungsfaktor**“ erhoben. Dabei ist der Grundpreis je Trassenkilometer und Streckenkategorie auf einzelnen Strecken mit einem Faktor (iHv von derzeit 1,2) zu multiplizieren. Nach Aussage der SNB erhebt die DB Netz AG den Auslastungsfaktor auf „*besonders stark ausgelasteten*“ Streckenabschnitten. Zielsetzung ist es, einen Anreiz zur besseren Netzauslastung zu schaffen und damit korrespondierend die Leistungsfähigkeit des Netzes zu steigern. Nähere Kriterien für die Einstufung von Strecken als „besonders stark ausgelastete Streckenabschnitte“ enthalten die SNB nicht. Ebenfalls keine Angaben enthalten die SNB dazu, auf welche Strecken konkret der „Auslastungsfaktor“ erhoben wird und ob begründet werden wird, warum die jeweils konkret mit dem „Auslastungsfaktor“ bepreisten Streckenabschnitte als „besonders stark ausgelastet“ anzusehen sind.

b. Stellungnahme

- (30) Grundlage für ein Anreizsystem zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes ist § 21 Abs. 1 EIBV. Danach hat der Betreiber der Schienenwege seine Entgelte für die Pflichtleistungen so zu gestalten, dass sie durch leistungsabhängige Bestandteile den EVU und dem Betreiber der Schienenwege Anreize zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten. Unabhängig von der Frage, ob der „Auslastungsfaktor“ derartige Anreize für die EVU setzt, **fehlt jeder Anreiz für die DB Netz AG, die Leistungsfähigkeit ihres Schienennetzes zu erhöhen**. Der Auftrag des § 21 Abs. 1 EIBV ist insofern also nicht erfüllt.

Die DB Netz AG wird ihre SNB daher um Bestandteile ergänzen müssen, die ihr selber Anreize zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit setzen. Derartige Anreize sollten u. a. entgeltrelevante Auswirkungen für den Fall vorsehen, dass Kapazitätsengpässe dauerhaft nicht behoben werden. Für den Fall, dass eine Erweiterung der Kapazität i. S. d. §§ 16 ff. EIBV nicht oder nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen durchgeführt wird, könnte ein entsprechender Anreiz zur Kapazitätserweiterung beispielsweise dadurch geschaffen werden, dass umwegbedingte Trassenmehrkosten von dem betroffenen EVU nicht zu zahlen sind, solange der Kapazitätsengpass besteht.

- (31) Die Erhebung des „Auslastungsfaktors“ kann aus mehreren Gründen nicht auf die Vorschrift des § 21 Abs. 1 EIBV gestützt werden. Zunächst ist der Auslastungsfaktor überhaupt kein „leistungsabhängiger Bestandteil“ des Entgelts, der Anreize zur

Erhöhung der Leistungsfähigkeit bietet. Denn die Buchung eines stark ausgelasteten Streckenabschnitts durch ein EVU führt nicht zu erhöhten Leistungen des Infrastrukturbetreibers. Darüber hinaus müssen die Grundsätze der leistungsabhängigen Entgeltregulierung gem. § 21 Abs. 1 Satz 2 EIBV *für das gesamte Schienennetz* des Betreibers gelten und können daher nicht auf einzelne Streckenabschnitte begrenzt werden. Hinzu kommt, dass die Regelung der § 21 Abs. 3, § 18 Abs. 3 EIBV dem § 21 Abs. 1 EIBV jedenfalls aus den sogleich genannten Gründen als *lex specialis* vorgehen muss.

- (32) Entscheidend gegen die Rechtmäßigkeit des „Auslastungsfaktors“ in seiner jetzigen Ausgestaltung sprechen die Vorschriften des § 18 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 3 EIBV, wonach **knappheitsbedingte Zuschläge nur zulässig sind, wenn der Betreiber der Schienenwege mindestens einen Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität vorlegt.**

Da der Auslastungsfaktor auf „besonders stark ausgelasteten“ Streckenabschnitten erhoben werden und **Lenkungseffekte** zur besseren Netzauslastung entfalten soll, stellt er letztlich einen **Zuschlag für Kapazitätsengpässe** dar. Gemäß § 21 Abs. 3 EIBV kann das Weegeentgelt einen Entgeltbestandteil umfassen, der die Knappheit der Schienenwegkapazität auf einem bestimmbar Schienenwegabschnitt „in Zeiten der Überlastung“ widerspiegelt. Der Begriff der „überlasteten Schienenwege“ wird in § 2 Nr. 5 EIBV definiert als ein Schienenwegabschnitt, auf dem der Nachfrage nach Zugtrassen auch nach Koordinierung der verschiedenen Anträge während bestimmter Zeitabschnitte nicht in angemessenem Umfang entsprochen werden kann. Liegen „überlastete Schienenwege“ vor, hat der Betreiber der Schienenwege dies unverzüglich der zuständigen Eisenbahnaufsichtsbehörde und der Regulierungsbehörde mitzuteilen und den betreffenden Schienenwegeabschnitt **förmlich für „überlastet“ zu erklären**, § 16 EIBV. In der Folge hat der Betreiber der Schienenwege eine sog. **Kapazitätsanalyse** durchzuführen (§ 17 EIBV) und einen **„Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität“** vorzulegen und die in dem Plan benannten Maßnahmen durchzuführen (§ 18 EIBV). Das erhöhte Entgelt nach § 21 Abs. 3 EIBV, das „die Knappheit der Schienenwegkapazität auf einem bestimmbar Schienenwegabschnitt in Zeiten der Überlastung widerspiegelt“, darf er nicht vor Ergreifen dieser Maßnahmen erheben, § 18 Abs. 3 EIBV.

Diese Regelungen erfassen abschließend die Möglichkeiten, mit den Entgelten auf Kapazitätsengpässe zu reagieren; preisliche Reaktionen auf knappe Kapazitäten jenseits des geschilderten Verfahrens sind unzulässig. Andernfalls könnte der Betreiber der Schienenwege ohne Not die benannten Voraussetzungen umgehen, die das Gesetz für den Knappheitszuschlag aufgestellt hat. Zudem würde ihm jeder Anreiz genommen, die Kapazitätsanalyse und den Plan zur Erhöhung Schienenwegkapazität durchzuführen. Darüber hinaus bestimmt das Gesetz ausdrücklich, dass die Entgelte gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen sind, sofern nicht ausdrücklich gesetzlich etwas angeordnet wird (§ 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV). Die Berücksichtigung der Streckenauslastung bei der Entgeltbestimmung ist als zulässige Ausnahme aber allein in § 21 Abs. 3 EIBV vorgesehen, der aber wiederum die Maßnahmen im Zusammenhang mit „überlasteten Schienenwegen“ zur Voraussetzung hat.

Letztlich „bestraft“ der Auslastungsfaktor denjenigen, der sich um eine mehrfach begehrte Trasse bewirbt. Eine solche „Strafe“ muss der Zugangsberechtigte aber nicht dulden; vielmehr sehen die Vorschriften zur Auflösung von Nutzungskonflikten abschließend vor, welches von mehreren um eine Trasse konkurrierenden EVU sich durchsetzt (§ 9 Abs. 3 bis Abs. 7 EIBV). Wer eine hohe Prioritätsstufe erfüllt (z.B. grenzüberschreitende Verkehre) hat in der Regel Anspruch auf Zuweisung der Trasse. Dass derjenige, der sich nach den gesetzlichen Prioritätsstufen durchsetzen würde, mit einem erhöhten Entgelt zu einer anderen Trassenwahl bewegt werden soll, ist mit dieser Systematik nicht vereinbar. Hinzu kommt, dass bei Konflikten innerhalb einer Prioritätsstufe das „Höchstpreisverfahren“ zur Anwendung kommt, bei dem letztlich um die begehrte Trasse geboten wird (§ 9 Abs. 6 EIBV). Auf diese Weise erhält derjenige die Trasse, für den sie den höheren Wert hat. Auch mit dieser Systematik ist es nicht vereinbar, bereits auf einer früheren Stufe den Erwerb der Trasse von einem erhöhten Wert abhängig zu machen.

Ausweislich der Angaben der SNB ist die Definition überlasteter Schienenwege und die Entwicklung der notwendigen Verfahren zu ihrer Erkennung weiterhin noch nicht abgeschlossen.¹⁵ Im **Ergebnis** wird man daher konstatieren müssen, dass die Erhebung des Auslastungsfaktors für die Streckenabschnitte, die nicht formal als „überlastet“ erklärt wurden, gegen §§ 18 Abs. 3, 21 Abs. 3, 6 EIBV verstößt.

V. Zusätzliche Entgeltbestandteile

1. Regionalfaktor

a. Aussage der SNB

(33) Für verschiedene regionale Streckennetze erhebt die DB Netz AG einen zusätzlichen Regionalfaktor. Als Begründung wird der Weiterbetrieb solcher Schienenstrecken im Regionalnetz genannt, die mittelfristig keine tragfähige Kosten-/ Erlösstruktur ausweisen. Nach Aussage der SNB beschränkt sich die Anwendung des Regionalfaktors auf den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) als Hauptnutzer der Regionalstrecken. Nach dem Wortlaut von Kap. 6.2.3.1. SNB **„können sie auf bestimmten Strecken aber auch für andere Verkehre“ angewendet werden**. Weder innerhalb der SNB noch in den relevanten Passagen der Entgeltliste inklusive der Anlagen finden sich indes nähere Angaben zu solchen Strecken, auf denen der Regionalfaktor auch bei anderen Verkehrsarten angewandt werden „kann“.

b. Stellungnahme

(34) Für eine Differenzierung der Entgelte auf der Grundlage des (geringen) Auslastungsfaktors und dadurch bedingter Unwirtschaftlichkeit einzelner Streckenabschnitte findet sich **keine hinreichende gesetzliche Grundlage**, vgl. § 21 Abs.1 EIBV. Darüber hinaus verstößt die Regelung in den SNB, wonach der Regionalfaktor für bestimmte Strecken auch bei anderen Verkehrsarten angewandt werden „kann“, gegen das dem Zugangsrecht immanente **Verbot „unkonditionierter Ermessensspielräume“** (vgl. bereits oben C.III.2., Rdn. 19).¹⁶ Durch das Ermessen der DB Netz AG („kann“) werden nämlich unkonditionierte Verhaltensspielräume des Infrastrukturbetreibers eröffnet, die eine Berechenbarkeit der zu zahlenden Entgelte nicht möglich macht. Für die außerhalb des SPNV tätigen EVU ist bei der gegenwärtigen Gestaltung nicht erkennbar, unter welchen Voraussetzungen und bei welchen Strecken die Erhebung eines Regionalfaktors überhaupt erfolgt.

¹⁵ SNB, Ziff. 3.3.6.

¹⁶ Vgl. Bescheid des Eisenbahnbundesamtes v. 23.12.2005, Az.: 15 Nz 050-05, S. 57.

- (35) Im **Ergebnis** muss der Regionalfaktor insgesamt wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der einheitlichen Entgeltberechnung als unzulässig eingestuft werden. Darüber hinaus ist die Erhebung des Regionalfaktors im Güterverkehr wegen des Verbots „unkonditionierter Ermessensspielräume“ unzulässig.

2. Entgeltminderung

a. Aussage der SNB

Aus Kapitel 6.2.3.7 SNB ergibt sich, dass bei einem nicht vertragsgemäßen Zustand der Infrastrukturmerkmale das Entgelt entsprechend der Regelungen in Anlage 8 SNB („Entgeltminderungsgrundsätze nach § 21 Abs. 6 EIBV“) zu mindern ist. Die Eigenschaften, die die Infrastrukturmerkmale aufweisen müssen, damit der „vertragsgemäße Zustand“ in diesem Sinne gegeben ist, ergeben sich aus der aufgeführten Tabelle in den SNB. Diese enthält eine Reihe von Infrastrukturmerkmalen wie z.B. Lichtraumprofil, Profile für den Containerverkehr, signaltechnische Ausrüstung, Zugfunktypen, etc. Weicht die tatsächliche Infrastruktur von dem Soll-Zustand in Bezug auf die in der Tabelle genannten Merkmale ab, greift die Minderung ein, sofern die Fahrt des Zuges dadurch auch tatsächlich eingeschränkt wird. Die Definition des Soll-Zustand aller einzelnen Schienenwege in Bezug auf die in der Tabelle genannten Merkmale ergibt sich aus Kapitel 3.2 der SNB in Verbindung mit den Anlagen 5 und 6 der SNB. Die Minderungsstatbestände der benannten Tabelle dürften als abschließende Aufzählung zu verstehen sein, d.h., andere Umstände, die zu einer Einschränkung der Zugfahrt führen können, lösen keine Minderung aus. In der Anlage 8 der SNB wird zudem klar gestellt, dass in Fällen „höherer Gewalt“ und in Fällen von „Bau und Instandhaltung“ keine Entgeltminderung statt findet. **Letztlich führt damit ein Großteil der möglichen Ursachen für Abweichungen von den vereinbarten Infrastrukturmerkmalen /der Gesamtfahrzeit nicht zu einer Entgeltminderung.**

- (36) Hinsichtlich der Höhe der Minderung bestimmt Anlage 8 SNB, dass bei einer Abweichung bis 10% keine Minderung, bei einer Abweichung bis zu 20% eine Minderung von 10%, bei einer Abweichung bis 30% eine Minderung von 20% usw. anzusetzen ist.

b. Stellungnahme

(37) Das Minderungsgebot ergibt sich aus § 21 Abs. 6 Satz 2 EIBV. Nach dieser Vorschrift sind die Trassenentgelte bei nicht vertragsgemäßigem Zustand des Schienenweges, der zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme sowie der zugehörigen Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zu mindern. Entscheidend für die Zulässigkeit der von der DB Netz AG definierten Minderungstatbestände ist die Frage, welche Tatbestände nach dem Gesetz zu dem „**vertragsgemäßen Zustand**“ des Schienenweges etc. gehören sollen. Dadurch, dass die DB Netz AG ganz bestimmte, eng umrissene Minderungstatbestände definiert und alle anderen infrastrukturellen Defizite damit für unerheblich erklärt, schränkt sie den Anwendungsbereich der Minderung erheblich ein. Entgeltminderungen für baustellenbedingte Einschränkungen, Langsamfahrstellen, für Witterungsschäden oder Eingriffe Dritter oder führen so a priori nicht zu einer Minderung. Es ist jedoch rechtlich zweifelhaft, ob die DB Netz AG dergestalt den „vertragsgemäßen Zustand“ reduzieren darf.

Zum vertragsgemäßen Zustand der Infrastruktur gehört mindestens die Nutzbarkeit im Rahmen des gesetzlichen Pflichtleistungspakets, also insbesondere die **Möglichkeit, auf der Strecke zu zumutbaren Bedingungen fahren zu können**. Ist diese Möglichkeit nicht gegeben, etwa weil aufgrund von **Baumaßnahmen oder Langsamfahrstellen** nur verlangsamt gefahren werden kann oder weil sonstige Gründe, z.B. witterungsbedingter Ursachen oder Eingriffe Dritter den Bahnverkehr stören und die Sicherheit beeinträchtigen, muss die Minderung ebenfalls eingreifen.¹⁷ Dabei **spielt es keine Rolle, ob derartige Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten außerhalb des Einflussbereichs der DB Netz AG liegen oder nicht**. Denn die Minderung des § 21 Abs. 6 EIBV hängt nicht von einem Verschulden oder einer Sphärenzuordnung ab. Dies entspricht den Grundätzen der Minderung, wie sie aus dem Mietrecht bekannt sind: Auch hier greift die Minderung kraft Gesetzes und unabhängig von einer Verantwortlichkeit des Vermieters (§ 536 BGB). Es lässt sich auch gut begründen, bei dem Trassennutzungsvertrag auf die

¹⁷ Daneben besteht zudem die Möglichkeit, dass zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegeben sind, etwa aufgrund baustellenbedingter Mehrkosten (z.B. erhöhte Trassen- und Energiekosten sowie weitere Personalkosten, die auf einem baustellenbedingten Umweg beruhen). Die Minderung schließt solche Schadensersatzansprüche nicht aus.

Grundsätze der mietrechtlichen Minderung zurückzugreifen, bestehen doch erhebliche Parallelen zum Mietrecht.¹⁸

- (38) Ebenfalls zum vertragsgemäßen Zustand muss die **Nutzbarkeit der Strecke entsprechend der von der DB Netz AG festgelegten Streckenkategorien** angesehen werden, orientiert sich doch auch das Entgelt an den damit verbundenen Leistungsmerkmalen. Soweit also ein Schienenwegabschnitt nicht in dem entsprechend der Kategorie definierten Umfang (insbesondere in Bezug auf die Fahrgeschwindigkeit) nutzbar ist, greift die Minderung ein. Auf diese Weise werden insbesondere die **Langsamfahrstellen** zu einem die Minderung auslösenden Tatbestand.
- (39) Unzulässig dürfte es sein, dass die Minderung der SNB stets bis zu 10% hinter der tatsächlich verminderten Tauglichkeit zurückbleibt. Nach den einschlägigen Vorschriften des Mietrechts (§ 536 BGB) verringert sich der geschuldete Mietzins bei Sach- und Rechtsmängeln entsprechend der tatsächlich verminderten Tauglichkeit.¹⁹ Lediglich eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht, § 536 Abs.1 S. 3 BGB. Warum im Rahmen von Trassennutzungsverträgen etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich.
- (40) Im **Ergebnis** ist daher festzuhalten, dass die SNB die gesetzliche Minderung unzulässig einschränken. Entgegen den SNB muss die Minderung auch dann eingreifen, wenn die Strecke aus Gründen nicht befahrbar ist, die von der DB Netz AG nicht verschuldet worden sind. Sie muss zudem auch dann eingreifen, wenn die Strecke nicht so befahrbar ist, wie es der Kategorienzuordnung entspricht. Die Höhe der Minderung muss sich proportional an dem Umfang des Nutzungsausfalls orientieren.

VI. Trassenpreisssoftware

1. Ausgangslage nach den SNB

- (41) Aufgrund der kilometerabhängigen Bepreisung sowie der Notwendigkeit der Information über eine Vielzahl von streckenbezogenen Faktoren, die zur Berechnung

¹⁸ Ebenso Eisenbahn-Bundesamt, Bescheid vom 23. Dezember 2005, Az.: 15 Nz 050-05, S. 35.

¹⁹ Vgl. Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, 2005, § 536, Rn. 17. Zur Übertragbarkeit der mietrechtlichen Vorschriften auf den § 21 Abs. 6 EIBV Bescheid des Eisenbahnbundesamtes v. 23.12.2005, Az.: 15 Nz 050-05S. 35.

des endgültigen Endpreises erforderlich sind (Streckenkatgorien, Auslastungsfaktor), ist es den Zugangsberechtigten derzeit nicht möglich, allein mit Hilfe der SNB das konkrete Entgelt für ihre Trassen eigenständig zu berechnen. Eine eigenständige Berechnung unter zumutbarem Aufwand durch die Zugangsberechtigten setzt voraus, dass die Parameter

- Kilometerlänge eines Schienenweges,
- Einordnung des Schienenweges in eine der Streckenkatgorien,
- Auslastungsfaktor

jeweils kombiniert und für jeden Schienenweg gesondert ausgewiesen werden. Dies ist derzeit ausschließlich in der so genannten „TPS-Preisaukunft-Software“ der Fall. Diese ist jedoch nicht Bestandteil der SNB, sondern stellt nach Ansicht der DB Netz AG eine „freiwillige“ Serviceleistung dar, die jederzeit wieder vom Markt genommen werden könne.

2. Stellungnahme

- (42) Entscheidet sich ein Betreiber der Schienenwege, sein Entgelt so zu gestalten, dass die spitze Berechnung des Entgelts für eine konkrete Trassennutzung allein mit Hilfe einer eigenen Software berechnet werden kann, dann muss er diese **Software zum Bestandteil seiner Entgeltgrundsätze** machen. Zwar schreibt die einschlägige Vorschrift in Anlage 2 Nr. 2 der EIBV nicht vor, ob und welche Hilfsmittel der Betreiber der Schienenwege zu verwenden hat. Doch gibt ihm diese Vorschrift immerhin ein Ziel vor, nämlich „Einzelheiten der Entgeltregelung“ und entsprechende „Informationen“ zu veröffentlichen. Da der Zweck der SNB in erster Linie darin liegt, für alle Zugangsberechtigten die kommerziellen, technischen und rechtlichen Bedingungen der Nutzung des Schienennetzes transparent zu machen,²⁰ **muss mit den Informationen, die in den Entgeltgrundsätzen enthalten sind, der Preis für konkrete Trassennutzungen berechenbar sein.** Ähnlich hat dies bereits die Regulierungsbehörde in einem Bescheid zu den SNB 2005/06 gesehen, in dem sie gefordert hat, es müsse in den SNB eine Methode zur Berechnung des Entgelts entwickelt werden, anhand derer die Nutzer kalkulieren und planen können. Die Kalkulierbarkeit sei Maßstab für die Intensität der Darlegung der

Entgeltgrundsätze. Die bloße Darstellung der Preiskomponenten im „Trassenpreissystem“ wurde als nicht ausreichend angesehen.²¹ Gibt also die EIBV dem Betreiber der Schienenwege die Zielvorgabe, die Entgeltgrundsätze so zu gestalten, dass eine spitze Kalkulation einzelner Trassen ermöglicht wird, so überlässt sie ihm dabei die Wahl der Mittel. Bei dem von der DB Netz AG konzipierten Entgeltgrundsätzen (kilometer- und streckenabhängige Bepreisung) genügt zur Erreichung dieses Ziels die bloße Darstellung einer „Berechnungsmethode“ nicht; erforderlich ist bei einem Streckennetz von ca. 34.000 km die Verwendung einer entsprechenden Software. Im Ergebnis wird die DB Netz AG daher die „TPS-Preisauskunft-Software“ oder eine vergleichbare Software zum verbindlichen Bestandteil ihrer Entgeltgrundsätze machen müssen.

Berlin, den 13. Oktober 2006



Dr. Anselm Grün
Rechtsanwalt



Dr. Patrick Ostendorf
Rechtsanwalt

²⁰ Vgl. auch Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2001/14/EG.

²¹ Eisenbahn-Bundesamt, Bescheid vom 23. Dezember 2005, Az.: 15 Nz 050-05, S. 30.