



## Beschlusskammer 10

BK10-18-0014\_E

# Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

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

Antragstellerin zu 1.,

und

der DB RegioNetz Infrastruktur GmbH, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main,  
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin zu 2.,

vom 21.02.2018, 09.03.2018 und 14.05.2018 zur Genehmigung leistungsabhängiger Entgeltbestandteile (Anreizsystem) und von Regelungen zur Entgeltminderung mit Wirkung ab dem 09.12.2018,

Hinzugezogene:

1. Bayerische Eisenbahngesellschaft mbH (BEG), Boschetsrieder Straße 69, 81379 München, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Bundesarbeitsgemeinschaft der Aufgabenträger des SPNV e.V. (BAG-SPNV), Wilmersdorfer Straße 50/51, 10627 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
3. DB Cargo AG, Rheinstraße 2, 55116 Mainz, vertreten durch den Vorstand,
4. DB Fernverkehr AG, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main, vertreten durch den Vorstand,
5. DB Regio AG, Stephensonstraße 1, 60326 Frankfurt am Main, vertreten durch den Vorstand,
6. Freistaat Thüringen, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landwirtschaft, Werner-Seelenbinder-Straße 8, 99096 Erfurt,
7. Internationale Gesellschaft für Eisenbahnverkehr IGE GmbH & Co. KG, Bahngelände 2, 91217 Hersbruck, vertreten durch die Gesellschafterin IGE – Verwaltungs-GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer,

8. KombiRail Europe B.V., Oudelandseweg 33, 3194 AR Hoogvliet-Rotterdam, NL, vertreten durch den Vorstand,
9. Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt, Am Köllnischen Park 3, 10179 Berlin,
10. Land Brandenburg, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung, Henning-von-Tresckow-Straße 2-8, 14467 Potsdam,
11. Metrans Rail (Deutschland) GmbH, Grimmaische Straße 13-15, 04109 Leipzig, vertreten durch die Geschäftsführung,
12. Nahverkehr Westfalen-Lippe (NWL), Friedrich-Ebert-Straße 19, 59425 Unna, vertreten durch den Vorstandsvorsteher,
13. NETINERA Deutschland GmbH, Bahnhofplatz 1, 94234 Viechtach, vertreten durch die Geschäftsführung,
14. Netzwerk Europäischer Eisenbahnen e.V. (NEE), Reinhardtstraße 46, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,
15. ODEG - Ostdeutsche Eisenbahn GmbH, Möllendorffstraße 49, 10367 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
16. SBB Cargo Deutschland GmbH, Schifferstraße 166, 47059 Duisburg, vertreten durch die Geschäftsführung,
17. Transdev GmbH, Georgenstraße 22, 10117 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
18. Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e. V. (VDV), Kamekestrasse 37 – 39, 50672 Köln, vertreten durch den Vorstand,
19. Verkehrsverbund Rhein-Ruhr AöR (VRR), Augustastraße 1, 45879 Gelsenkirchen, vertreten durch den Vorstand,
20. Zweckverband Schienenpersonennahverkehr Rheinland-Pfalz Nord (SPNV-Nord), Friedrich-Ebert-Ring 14 – 20, 56068 Koblenz, vertreten durch den Vorstandsvorsteher,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragstellerin zu 2.:

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 3, 4 und 5:

[REDACTED]

des Hinzugezogenen zu 6:

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 8:



der Hinzugezogenen zu 9. und 10.:



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

durch

den Vorsitzenden Prof. Dr. Karsten Otte,  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers und  
den Beisitzer Roland Naas

auf die mündliche Verhandlung vom 03.05.2018

am 31.08.2018

beschlossen:

1. Der Antrag auf Abänderung des Beschlusses zum Trassenpreissystem der Antragstellerinnen für die Netzfahrplanperiode 2018/2019 (TPS 2019) vom 17.01.2018 (BK10-18-0314\_E) wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Verfahrens. Die Entscheidung über die Höhe der Kosten bleibt einem gesonderten Bescheid vorbehalten.

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	4
I. Sachverhalt .....	6
II. Gründe .....	12
II. 1 Formelle Anspruchsvoraussetzungen .....	12
II. 2 Materielle Anspruchsvoraussetzungen .....	14
II. 2.1 Rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt .....	14
II. 2.2 Verwaltungsakt mit gleichem Inhalt .....	15
II. 2.2.1 Genehmigungspflichtigkeit .....	15
II. 2.2.2 Formale Voraussetzungen des Entgeltgenehmigungsverfahrens .....	15
II. 2.2.3 Genehmigungsfähigkeit .....	17
II. 2.2.3.1 Vereinbarung der Eckwerte der Entgeltregelung .....	18
II. 2.2.3.2 Pünktlichkeitsanforderungen und durchschnittliche Verspätung .....	24
II. 2.2.3.2.1 Durchschnittliche Verspätung und Schwellenwerte SGV und SPV .....	25
II. 2.2.3.2.2 Pünktlichkeitsanforderungen und Differenzierung im SGV .....	27
II. 2.2.3.3 Korrekturverfahren .....	30
II. 2.2.3.3.1 Unparteiliches Streitbeilegungssystem .....	30
II. 2.2.3.3.2 Fristigkeit des Umkodierungsprozesses .....	33
II. 2.2.3.4 Verhältnis zu vertraglichen Sekundärrechten .....	35
II. 2.2.3.4.1 Minderung .....	35
II. 2.2.3.4.2 Schadensersatz .....	43
II. 2.2.3.5 Wirtschaftliche Tragfähigkeit der Verkehrsdienste .....	45
II. 2.2.3.6 Kodierungen und Kodierungsauswahl .....	49
II. 2.2.3.6.1 Verkehrsleistungsfremde Kodierungen (VU 62 , VU 63) .....	49
II. 2.2.3.6.2 Netzfahrzeuge (VU 27) .....	51
II. 2.2.3.6.3 Baumaßnahmen (VU 31, VU 32, VU 10 Bau) .....	52
II. 2.2.3.6.4 Zugfolge (VU 91, VU 92) .....	53
II. 2.2.3.6.5 Eingeschleppte Verspätungen (VU 41) .....	54
II. 2.2.3.6.6 Behördliche Maßnahmen (VU 84) .....	55
II. 2.2.3.6.7 Streik (VU 81) .....	55
II. 2.2.3.6.8 Witterung (VU 82) .....	56
II. 2.2.3.6.9 Ausgefallene Züge .....	57
II. 2.2.3.7 Herleitung und Höhe der Anreizentgelte .....	59
II. 2.2.4 Entscheidung vom 17.01.2018 weiterhin richtige Entscheidung .....	62
II. 3 Kosten .....	62
Rechtsbehelfsbelehrung .....	63

**Tabellenverzeichnis**

Tabelle 1 – Anlagen zum Genehmigungsantrag .....	8
Tabelle 2 – Übersicht Tenorziffern und Abhandlung im Beschluss .....	18
Tabelle 3 – Anreizentgelte je pönalrelevanter Verspätungsminute .....	59

## I. Sachverhalt

Der Antrag betrifft die Einführung leistungsabhängiger Entgeltregelungen (Anreizsystem) und die Änderung von Regelungen zu Entgeltminderung und Schadenersatz durch die Antragstellerinnen.

Die Antragstellerinnen gehören beide zum Konzern der Deutsche Bahn AG. Sie betreiben das mit Abstand größte Schienennetz in der Bundesrepublik Deutschland.

Die Entgeltregelungen für die Schienenwegnutzung müssen leistungsabhängige Bestandteile enthalten, die den Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem jeweiligen Betreiber der Schienenwege Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten (vgl. § 39 Abs. 2 Eisenbahnregulierungsgesetz, ERegG). Die Antragstellerinnen legten daher zuletzt im Verfahren zur Genehmigung der Entgelte zum Trassenpreissystem zur Netzfahrplanperiode 2017/2018 (TPS 2018) einen Antrag vor, der auch leistungsabhängige Entgeltbestandteile beinhalten sollte. Mit Beschluss vom 06.02.2017 lehnte die Beschlusskammer eine Genehmigung der beabsichtigten leistungsabhängigen Entgeltbestandteile ab<sup>1</sup>, weil nach den Feststellungen der Kammer

- die Eckwerte des Anreizsystems entgegen Anlage 7 Ziffer 2a ERegG nicht mit dem Markt abgestimmt waren,
- das Anreizsystem entgegen § 39 Abs. 3 ERegG nicht das gesamte Netz der Antragstellerinnen betraf (die S-Bahn-Netze in Hamburg und Berlin wurden ausgelassen),
- bei der Berechnung der Zahlungen aus dem Anreizsystem entgegen Anlage 7 Nr. 2e ERegG nicht berücksichtigt wurde, dass der kurzfristige Gelegenheitsverkehr über abweichende Pünktlichkeitsanforderungen verfügt, und
- entgegen § 39 Abs. 2 ERegG die Anreize so gering waren, dass keine Steuerungswirkung zu erwarten war.

Gegen den Beschluss legten die Antragstellerinnen Klage ein. Ein zusätzlich eingereichter Antrag auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage verlief ohne Erfolg. Im TPS 2018 werden daher aktuell keine leistungsabhängigen Entgelte erhoben.

In der Folge zur Versagung der Genehmigung im TPS 2018 wurden die bereits zuvor begonnenen Gespräche zwischen den Antragstellerinnen, dem Markt und der Bundesnetzagentur fortgesetzt. In diesen Gesprächen wiesen die Antragstellerinnen wiederholt darauf hin, dass sie bei der Überarbeitung ihres Entwurfes gerne auf die Erkenntnisse des „Runden Tisches Bau“ zurückgreifen würde, der inzwischen ins Leben gerufen worden sei. Aus zeitlichen Gründen war es nicht mehr möglich, die Ergebnisse des "Runden Tisches" in das Genehmigungsverfahren des Trassenpreissystems zur Netzfahrplanperiode 2018/2019 (TPS 2019) einfließen zu lassen.

Die Entgeltgenehmigung zum TPS 2019 erfolgte daher ohne Beantragung und ohne Genehmigung von entsprechend § 39 Abs. 2 ERegG notwendigen leistungsabhängigen Entgeltbestandteilen zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Netzes.<sup>2</sup> Der Genehmigungsantrag zum TPS 2019 enthielt an der entsprechenden Stelle lediglich den Eintrag „bleibt frei“. Die Beschlusskammer hatte im Verfahren TPS 2019 des-

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Ausführungen im Beschluss zum TPS 2018 (BK10-16-0008\_E) vom 06.02.2017, S.143 ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Ausführungen im Beschluss zum TPS 2019 (BK10-17-0314\_E) vom 17.01.2018, S. 102 f.

halb unter der Annahme, dass ein überarbeitetes Konzept in Nachgang der Genehmigung vorgelegt werden würde (was mit vorliegendem Antrag nun eingetreten ist), eine Genehmigung auch ohne vorhandene Entgeltbestandteile zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Netzes ausgesprochen.

Mit Antrag vom 21.02.2018 begehren die Antragstellerinnen die Einführung eines Anreizsystems durch Änderung der genehmigten Schienennetz-Benutzungsbedingungen und Genehmigung der Ziffern „6.4.2 Anreizsystem zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit“ und „6.4.3 Minderung“ mit Wirkung zum 09.12.2018 (SNB 2019) gemäß §§ 45 f. ERegG.

Die Antragstellerinnen haben ihren Antrag mit Schreiben vom 09.03.2018 bezüglich der SNB Ziffer 6.4.2.3 (Anreizentgelte) modifiziert. Die unter diesem Punkt enthaltene Liste der Anreizentgelte wurde um die Kodierungen 59, 61 und 69 ergänzt.

Mit Schreiben vom 14.05.2018 haben die Antragstellerinnen ihren Antrag zudem bezüglich der SNB Ziffer 6.4.2.2.1 (Anreizrelevante Kodierungen) und bezüglich der SNB Ziffer 6.4.2.3 (Anreizentgelte) dahingehend modifiziert, dass die Kodierung 27 (Netzfahrzeuge) als anreizrelevant ergänzt wurde. Mit selbigem Schreiben haben die Antragstellerinnen einen Hilfsantrag für den Fall gestellt, dass die Beschlusskammer die vorgelegten neuen Regelungen der SNB Ziffer 6.4.3.1 (Minderung auf Verlangen) nicht genehmige. Ebenfalls mit Schreiben vom 14.05.2018 haben die Antragstellerinnen ihren Antrag bezüglich der SNB Ziffer 6.4.3.2 (Ausschluss von Schadensersatzansprüchen der Zugangsberechtigten bei Buchungen im Anreizsystem zu Gunsten der Zugangsberechtigten) modifiziert.

Zusammenfassend beantragen die Antragstellerinnen,

den Bescheid vom 17.01.2018 – Geschäftszeichen BK10-17-0314\_E – dahingehend abzuändern, als dass die im Schreiben vom 21.02.2018 dargestellten und mit Schreiben vom 09.03.2018 und 14.05.2018 modifizierten Regelungen zur Einführung des Anreizsystems und zur Änderung der Minderung und Regelung eines Haftungsausschlusses genehmigt werden, und

hilfsweise, dass für den Fall der Nichtgenehmigung der Ziffer 6.4.3.1 die Streichung sämtlicher Minderungsregelungen genehmigt wird.

Die Antragsunterlagen umfassen neben dem eigentlichen Antragsschreiben insgesamt acht Anlagen bzw. Anlagenkonvolute. Zu diesen Anlagen zählen neben den beabsichtigten Schienennetz-Nutzungsbedingungen (SNB) die Auswertung der Stellungnahmen der Zugangsberechtigten aus dem Stellungnahmeverfahren nach § 19 Abs. 1 ERegG. Zudem reichen die Antragstellerinnen eine Liste von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Fahrzeughaltern ein. Die Anhänge und Anlagen zum Antrag sind in der Tabelle 1 aufgeführt.

**Tabelle 1 – Anlagen zum Genehmigungsantrag**

<b>Beschreibung</b>	<b>Anlage/Anhang</b>
Text der SNB, für die vorliegend die Genehmigung beantragt wird	Anlage 1
Text der Anlage 6.1 zu den SNB für die vorliegend die Genehmigung beantragt wird	Anlage 2
Text der SNB der Grundlage des Stellungnahmeverfahrens war	Anlage 3
Liste der Stellungnahmen mit Anmerkungen der Antragstellerinnen	Anlage 4
Originale der Stellungnahmen	Anlage 5
Liste zu beteiligender EVU und Wagenhalter	Anhang 1
Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder	Anhang 2
Protokoll Runder Tisch Baustellenmanagement (RTB)	Anhang 3

Mit dem Antrag beabsichtigen die Antragstellerinnen die unterjährige Änderung der Entgelte und Entgeltgrundsätze mit Bezug zum Anreizsystem. Das Anreizsystem soll nach den Vorstellungen der Antragstellerinnen mit Beginn der Netzfahrplanperiode 2018/2019 wirken. Der Antrag enthält geänderte Regelungen und begründende Ausführungen, die sich mit der bisherigen Kritik der Beschlusskammer am von den Antragstellerinnen vormals beabsichtigten Anreizsystem auseinandersetzen. Das Anreizsystem soll insbesondere höhere Pönalen aufweisen und für das gesamte Netz der Antragstellerinnen gelten. Gleichzeitig werden neue Schwellenwerte für Zahlungen im Anreizsystem definiert. Für Lastfahrten im SPV soll ein Schwellenwert von 4:00 Minuten gelten, für den SGV und für Leerfahrten ein Schwellenwert von 31:00 Minuten. Besonders an dem vorgelegten Anreizsystem hervorzuheben ist der klare Fokus auf baubedingte Zusatzverzögerungen. Es ist beabsichtigt, baubedingte Verspätungen mit einer höheren Pönale zu versehen. Diese Besonderheit des Anreizsystems ist ein spezielles Ergebnis der Gespräche am „Runden Tisch Bau“.

Zugleich mit dem Anreizsystem beabsichtigen die Antragstellerinnen auch eine Änderung der Regelungen zur Minderung. Die bisherige „automatische Minderung“ soll in die Beträge des Anreizsystems eingerechnet werden<sup>3</sup>. Die bisherige „Minderung auf Verlangen“ wird auf wenige Tatbestände reduziert.

Die Antragstellerinnen begehren schließlich, dass verschiedene von ihnen benannte Zugangsberechtigte einschließlich sämtlicher Aufgabenträger im Schienenpersonennahverkehr zum Verfahren hinzugezogen werden.

Die Hinzugezogenen haben in mehreren Schreiben zu den Regelungen und Herleitungen des zur Genehmigung vorgelegten Anreizsystems Stellung genommen. Dabei geht es vorrangig um folgende Aspekte:

- Im Bereich der nach Anlage 7 Nr. 2a) ERegG geforderten Vereinbarung mit den Zugangsberechtigten kritisieren die Hinzugezogenen zu 1, zu 14 und zu 18, dass eine

---

<sup>3</sup> Automatische Minderung und Anreizsystem knüpfen beide an Verspätungen an. Das Anreizsystem verpflichtet den Verursacher einer Verspätung zu einer Zahlung. Im Falle infrastrukturseitiger Mängel entsteht zudem der Entgeltanspruch des Infrastrukturbetreibers nur in reduzierter Höhe (Minderung). Für infrastrukturbedingte Mängel erfolgt die Minderung „automatisch“, weil der jeweilige Mangel den Antragstellerinnen in der Regel bekannt ist und eine Mängelanzeige daher obsolet ist. Anreizsystem und automatische Minderung sollen nach dem Genehmigungsantrag wirtschaftlich vereint werden. Hierzu werden die Beträge, die im beantragten Anreizsystem für infrastrukturbedingte Mängel von den Antragstellerinnen an die Zugangsberechtigten zu zahlen sind, so kalkuliert, dass sie um die bisherigen Beträge für die Absenkung der Trassenentgelte durch die automatische Minderung höher ausfallen als Zahlungen für Verspätungen aus anderen Gründen.



solche Vereinbarung mit ihnen bzw. ihren verbandsseitigen Mitgliedern nicht getroffen worden sei.

- Im Bereich der nach Anlage 7 Nr. 2e) ERegG geforderten Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätung bei der Berechnung der Zahlungen für Eisenbahnverkehrsdienste mit ähnlichen Pünktlichkeitsanforderungen monieren die Hinzugezogenen zu 11 und zu 14, dass es unklar sei, welche Zielgröße das zu erreichende Pünktlichkeitsniveau haben solle, bzw. dass konkret festgelegte Pünktlichkeitsziele fehlen würden. Die Hinzugezogenen zu 14 und zu 18 bemängeln zudem, dass Verkehre des kurzfristigen Schienengüterverkehrs andere Pünktlichkeitsziele aufweisen würden als sonstige Schienengüterverkehre und deshalb gesonderte Pünktlichkeitsziele erhalten müssten. Die Hinzugezogene zu 5 ist der Auffassung, dass der Gelegenheitsverkehr eine relevante Größenordnung habe und sichergestellt werden müsse, dass über ein geeignetes Anreizsystem auch der Gelegenheitsverkehr die Pünktlichkeitsziele im Gesamtsystem unterstützen müsse.
- Im Bereich der nach Anlage 7 Nr. 2g) ERegG beschriebenen Anforderungen an ein einzurichtendes Streitbeilegungssystem und das entsprechende Korrekturverfahren haben die Hinzugezogenen zu 1, zu 2, zu 6, zu 8, zu 11, zu 14, zu 15 und zu 19 Stellung genommen. Einerseits wird von einigen Hinzugezogenen bezweifelt, dass die in die Antragstellerin zu 1 integrierte Streitbeilegungsstelle im Rahmen der vorgesehenen Regelungen unparteilich sein könne. Teils wird von Hinzugezogenen die Einrichtung einer unabhängigen (externen) Streitbeilegungsstelle gefordert. Zum anderen kritisieren die Hinzugezogenen die Frist, binnen derer eine Umkodierung von – aus ihrer Sicht – falsch kodierten Verspätungen beantragt werden kann. Die vorgesehene Frist von drei Tagen für Umkodierungsanträge sei zu kurz bemessen. Als angemessene Fristen werden von den Hinzugezogenen Fristen zwischen drei Werktagen (statt drei Kalendertagen) und sieben Werktagen genannt. Zudem wird von Hinzugezogenen kritisiert, dass die vorgesehenen Regelungen einen hohen Verwaltungsaufwand bedeuten würden und keine ausreichende EDV-seitige Optimierung der vorgesehenen Verfahren gegeben sei.
- Im Bereich der Verhältnisse der vorgesehenen Regelungen des Anreizsystems zu Sekundärrechten (Minderungen, Schadenersatz) haben die Hinzugezogenen zu 1, zu 2, zu 5, zu 6, zu 9, zu 10, zu 14, zu 15, zu 17, zu 18 und zu 19 Stellung genommen. Aus dem Kreis der Hinzugezogenen werden die beantragten Änderungen der Genehmigung insbesondere dahingehend kritisch beurteilt, dass eine Minderung nach den beantragten Regelungen zukünftig nicht mehr automatisch, sondern nur noch auf ein entsprechendes Verlangen der Zugangsberechtigten erfolgen solle, und dass eine Minderung danach nicht mehr verschuldensunabhängig möglich sein solle. Zudem sei die Ausschlussfrist von 15 Tagen für ein Minderungsverlangen zu kurz. Aus dem Kreis der Hinzugezogenen wird ebenso der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen im Anreizsystem kritisiert.
- Bezüglich des in 7 Nr. 2a) ERegG genannten Ziels der Vermeidung der Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit der Verkehrsdienste kritisieren die Hinzugezogenen zu 14 und zu 18, dass der kurzfristige Schienengüterverkehr benachteiligt würde und dass erkennbare Risiken für die Tragfähigkeit des Schienengüterverkehrs und insbesondere des kurzfristigen Schienengüterverkehrs bestünden.
- Bezüglich den Definitions-, Abgrenzungs- und Zuordnungsfragen zu einzelnen Verspätungsursachen haben die Hinzugezogenen zu 1, zu 2, zu 5, zu 6, zu 11, zu 14, zu

15, zu 16, zu 17, zu 18, zu 19 und zu 20 Stellung genommen. Die Hinzugezogenen kritisieren in verschiedenen Fällen, dass Regelungen unklar gefasst seien. Teils wird gefordert, dass einige im vorgelegten Anreizsystem als „neutral“ gefasste Sachverhalte tatsächlich einer Partei als pönalrelevant zuzuordnen seien, etwa bei Zugfolgeverspätungen. Ein weiterer Schwerpunkt der Stellungnahmen betrifft die Abgrenzung und Reichweite von baustellenbedingten Verspätungsursachen.

- Zur Herleitung und Höhe der Anreizentgelte haben die Hinzugezogenen zu 5, zu 11, zu 14, zu 15 zu 17, zu 18 und zu 20 Stellung genommen. Die Hinzugezogenen befürworten in weiten Teilen die zur Genehmigung beantragte Anhebung der durch die Antragstellerinnen zu zahlenden Anreizentgelte für baubedingte Verspätungen.

Mit Schreiben vom 22.02.2017 hat die Beschlusskammer den Eingang der Entgeltgenehmigungsanträge bestätigt. Die von den Antragstellerinnen beantragten Entgeltmaßnahmen sind am 22.02.2017 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur ([www.bnetza.de](http://www.bnetza.de)) veröffentlicht worden. Hierbei ist eine Frist bis zum 08.03.2018 gesetzt worden, binnen derer Hinzuziehungsanträge zu stellen waren. Für die Abgabe von Stellungnahmen der Hinzugezogenen zu den veröffentlichten Unterlagen ist eine Frist bis zum 12.03.2018 festgesetzt worden.

Innerhalb der genannten Frist sind 20 Hinzuziehungsanträge gestellt und positiv beschieden worden. Nach Ablauf der Hinzuziehungsfrist haben zwei Unternehmen weitere Hinzuziehungsanträge gestellt, die von der Beschlusskammer abgelehnt worden sind. Ein weiteres Unternehmen hat zunächst einen Hinzuziehungsantrag gestellt, diesen aber später zurückgezogen.

Im Rahmen des Verfahrensverlaufes hat die Beschlusskammer mehrere Auskunftersuchen in Form von Anhörungen versandt. Im Vorlauf zur öffentlichen mündlichen Verhandlungen hat die Beschlusskammer eine umfassende Übersicht zum Verfahrensstand und zur aktuellen Einschätzung der Beschlusskammer der jeweiligen Themen versandt.

Den Antragstellerinnen und den Hinzugezogenen ist in der am 05.03.2018 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung auch Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme gegeben worden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

In der Folgezeit haben die Antragstellerinnen und Hinzugezogenen ihre jeweiligen Auffassungen auch schriftsätzlich weiter vertieft. Die Beschlusskammer hat im Nachgang der öffentlichen mündlichen Verhandlung in einem Schreiben u. a. nochmals den Verfahrensstand zusammengefasst und mögliche Vorbehalte am vorgelegten Anreizsystem erläutert. Teile der Hinzugezogenen haben in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass die Ergebnisse des „Runden Tisches“ positiv zu bewerten seien und mit Blick auf die erheblichen Wirkungen des Baugeschehens aus ihrer Sicht ein Interesse an der kurzfristigen Einführung der „Beanreizung von baustellenbedingten Auswirkungen“ bestehe. Die Beschlusskammer hatte in der Folge nochmals darauf hingewiesen, dass die Antragstellerinnen ebenfalls erwägen könnten, die am Runden Tisch besprochenen baubedingten Zahlungsverprechen unabhängig vom System leistungsabhängiger Entgeltregelungen im Sinne von § 39 Abs. 2ff. ERegG im Rahmen einer Unterrichtung nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG vorzulegen. In diesem Zusammenhang wären nur vergleichsweise geringe Anforderungen an entsprechende Regelungen zu stellen, die aus Sicht der Beschlusskammer bereits jetzt erfüllt wären oder jedenfalls alle noch kurzfristig erfüllbar wären. Hierauf haben die Antragstellerinnen nicht weiter reagiert.

Mit Schreiben vom 29.03.2018 hat die Beschlusskammer den Antragstellerinnen und den Hinzugezogenen unter Erläuterung der hierfür ausschlaggebenden Gründe mitgeteilt, dass die Entscheidungsfrist bis zum 31.08.2018 verlängert werde.

Der Eisenbahninfrastrukturbeirat ist in seiner 57. Sitzung am 25.06.2018 angehört worden. Der Eisenbahninfrastrukturbeirat hat keine Stellungnahme abgegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. sowie auf die Akten verwiesen.

## II. Gründe

Die beantragte Abänderung des Beschlusses vom 17.01.2018 – Geschäftszeichen BK10-17-0314\_E – dahingehend, dass auch die nunmehr beantragten Regelungen zur Einführung eines Anreizsystems und zur Änderung von Minderungsvorschriften genehmigt würden, war abzulehnen.

Der Antrag ist darauf gerichtet, die am 17.01.2018 erteilte Genehmigung teilweise aufzuheben und durch neu beantragte Regelungen zu ersetzen. Dabei enthält der Antrag zwei Elemente: Die Neueinführung des Anreizsystems nach § 39 Abs. 2ff ERegG und die Änderung von Regelungen zur Minderung von Trassenentgelten und zum Schadenersatz bei Pflichtverletzungen. Der Antrag ist aber nicht teilbar (vgl. Hinweis der Beschlusskammer vom 13.07.2018 an die Verfahrensbeteiligten). Die beiden genannten Elemente bauen vielmehr inhaltlich aufeinander auf – die Zahlungen im Rahmen der sogenannten automatischen Minderung gemäß Ziffer 6.4.3. der (insoweit genehmigten) SNB der Antragstellerinnen sollen in die Zahlbeträge des Anreizsystems integriert werden. Durch die Zahlung des Anreizentgeltes sollen zudem Schadenersatzansprüche abgegolten werden (vgl. beantragte Ziffer 6.4.3.2 der SNB). Die Einführung des beantragten Anreizsystems ohne eine Änderung der Regelungen zur Minderung und zum Schadenersatz ist daher aus Sicht der Antragstellerinnen nicht gewollt. Auch die haupt- und hilfsweise beantragte Änderung der Regelungen zur Minderung und/oder zum Schadenersatz ergibt ohne eine Einführung des Anreizsystems keinen Sinn.<sup>4</sup> Es stellt sich insofern als nicht ausreichend dar, die nunmehr beantragten Entgeltregelungen (zusätzlich) zu genehmigen. Einer neuen Genehmigung steht die bestehende Genehmigung entgegen, so dass diese zunächst (teil-)aufzuheben wäre (vgl. BVerwG, Urteil vom 09.05.2012, Az. 6 C 3/11, Rn. 15ff).

Rechtsgrundlage der Entscheidung ist § 49 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) i. V. m. § 45 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG). Zwar sind die formellen Anspruchsvoraussetzungen gegeben (hierzu unter Ziffer II.1), jedoch liegt materiell kein Anspruch auf die beantragte Entscheidung vor (hierzu unter Ziffer II.2).

### II. 1 Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Die formellen Anspruchsvoraussetzungen liegen vor.

Die Beschlusskammer ist für die Entscheidung über die Abänderung, d. h. über die uno actu erfolgende Aufhebung (hier: Teilwiderruf) und Erteilung von Entgeltgenehmigungen für Betreiber der Schienenwege, zuständig.

Zuständig für einen Widerruf ist gemäß § 49 Abs. 5 VwVfG die nach § 3 VwVfG zuständige Behörde. Zuständig für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens und somit auch für den Widerruf einer Genehmigung ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 Bundes Eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG eine Beschlusskammer der Bundesnetzagentur.

---

<sup>4</sup> Die Antragstellerinnen stellen sowohl bezüglich des Hauptantrags, als auch bezüglich des Hilfsantrags eine Verbindung der beabsichtigten Regelungen zur Minderung zum Anreizsystem her. Sie geben zum Hauptantrag an, dass die Regelungen zur Entgeltminderung „auch mit Blick auf ihr Zusammenwirken mit dem Anreizsystem“ neu gestaltet wurden (vgl. Antrag vom 21.02.2018, S. 3). Die Begründung des Hilfsantrags verweist darauf, dass die Zugangsberechtigten aufgrund der Übertragung der wirtschaftlichen Effekte der bisherigen automatischen Minderung auf das Anreizsystem nicht unangemessen benachteiligt seien (Schreiben vom 14.05.2018, S. 9, Punkt 9).

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 1 ERegG). Eine öffentliche mündliche Verhandlung hat am 03.05.2018 stattgefunden.

Die Bundesnetzagentur hat die beantragten Entgelte am 22.02.2018 gemäß § 46 Abs. 3 ERegG auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 08.03.2018 festgelegt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten.

Die Hinzuziehungen sind ordnungsgemäß auf der Grundlage des § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG erfolgt. Auf entsprechenden Antrag sind 20 Unternehmen, Personen oder Personenvereinigungen zum Verfahren hinzugezogen worden.

Mit ihrem Antrag haben die Antragstellerinnen zugleich die förmliche Beteiligung einer Vielzahl von Zugangsberechtigten sowie aller Aufgabenträger im Schienenpersonennahverkehr gemäß § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG beantragt. Zur näheren Bezeichnung der hinzuzuziehenden Unternehmen haben die Antragstellerinnen eine Liste aller vom Eisenbahn-Bundesamt veröffentlichten Eisenbahnverkehrsunternehmen und Fahrzeughalter als Anhang 1 zur Unterrichtung eingereicht.

Soweit die Antragstellerinnen die förmliche Beteiligung der in Anhang 1 genannten Zugangsberechtigten nach § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG beantragt haben, könnte der Antrag dahingehend auszulegen sein, dass die Antragstellerinnen bereits von einer Beteiligung der in Anhang 1 genannten Zugangsberechtigten von Gesetzes wegen ausgehen. Dies ist unzutreffend. Nach § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG sind beteiligt lediglich „der Zugangsberechtigte“ bzw. „der beschwerdeführende Verband“. Angesprochen sind damit nur solche Zugangsberechtigten, die selbst einen Antrag oder eine Beschwerde bei der Bundesnetzagentur eingereicht haben bzw. in einen Zugangskonflikt verwickelt sind, nicht jedoch auch Dritte. Davon geht insbesondere auch § 46 Abs. 3 ERegG aus, in dem geregelt ist, dass eine Frist für Hinzuziehungsanträge nach § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG zu setzen ist. Einer solchen Frist bedürfte es nicht, wenn die überwiegende Mehrzahl aller Betroffenen bereits aus der Sache heraus Verfahrensbeteiligte wären.

Dagegen könnte der Antrag auch dahingehend auszulegen sein, dass eine Hinzuziehung der genannten Zugangsberechtigten zum Verfahren gemäß § 77 Abs. 1 Nr. 3 ERegG begehrt wird. Auch der so verstandene Antrag ist abzulehnen.

Nach § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG sind nur solche Personen oder Personenvereinigungen beteiligt, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die die Regulierungsbehörde auf „deren“ Antrag hinzugezogen hat. Danach ist der Hinzuziehungsantrag im Interesse der jeweiligen Zugangsberechtigten und durch diese selbst zu stellen. Dies folgt auch aus der Begründung des Regierungsentwurfs für § 77 ERegG. Danach erfolgt die Hinzuziehung in den Fällen des § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG nur auf Antrag, weil der Kreis der „Personen oder Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden“, nicht bestimmt genug ist, um als Behörde selbst (abschließend) entscheiden zu können, wer zu diesem Kreis gehört (vgl. BT Drs. 18/8334, S. 227). Dass die Zahl der Zugangsberechtigten unbestimmt ist, lässt sich auch anhand der eingereichten Unterlagen erkennen. So beinhaltet die von den Antragstellerinnen eingereichte Liste nur Eisenbahnverkehrsunternehmen, Fahrzeughalter und Aufgabenträger. Nicht abschließend benannt sind dagegen z. B. Zugangsberechtigte nach § 1 Abs. 12 Nr. 2 b) ERegG.

Schließlich besteht auch kein Raum für eine notwendige Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG. Nach dieser Norm ist ein Dritter auf Antrag als Beteiligter zu dem Verfahren hinzuzuziehen, wenn der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für diesen hat;

soweit er der Behörde bekannt ist, hat diese ihn von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen. Notwendige Hinzuziehungen setzen danach einen Antrag des hinzuzuziehenden Dritten voraus (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Auflage 2015, § 13 Rz. 45f.). Selbst für den Fall also, dass man vorliegend die Vorschrift des § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG für subsidiär anwendbar hielte (vgl. zur Parallelvorschrift des § 134 TKG die Ausführungen des BVerwG, Beschluss 6 B 50.13 vom 22.07.2014, Rz. 6, und des VG Köln, Urteil 21 K 5400/14 vom 10.06.2015, Rz. 22f. (juris)), müsste der entsprechende „Antrag“ der Antragstellerinnen ohne Erfolg bleiben. Soweit dagegen Dritte – die gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 ERegG per Veröffentlichung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur über die Einleitung des vorliegenden Verfahrens benachrichtigt worden sind – Hinzuziehungsanträge gestellt haben, sind diese Anträge positiv beschieden worden, soweit die Anträge innerhalb der veröffentlichten Frist gestellt wurden.

Eine weitere förmliche Beteiligung der in Anhang 1 genannten Zugangsberechtigten sowie der für die Lastfahrten SPNV zuständigen Aufgabenträger gemäß § 77 Abs. 3 Nr. 1 ERegG war daher nicht notwendig.

Nicht hinzugezogen wurden die [REDACTED], die [REDACTED] und die [REDACTED], da deren Hinzuziehungsanträge nach Ablauf der Frist gemäß § 46 Abs. 3 Satz 2 ERegG gestellt wurden und daher abzulehnen waren. Die Eisenbahn-Bau- und Betriebsgesellschaft Pressnitztalbahn GmbH hat ihren Antrag auf Hinzuziehung vor einer Entscheidung zurückgezogen.

Von einer Beteiligung der Eisenbahnaufsichtsbehörde sowie der Kartellbehörde i.S.d. § 9 Abs. 3 BEVVG wurde abgesehen, da die Entscheidung keine Bedeutung für die Erfüllung ihrer Aufgaben hat.

Gemäß § 79 S. 4 ERegG gibt es ferner ein Anhörungsrecht des Eisenbahninfrastrukturbeirats bei „grundlegenden Entscheidungen der Regulierungsbehörde mit erheblichen Auswirkungen auf den Eisenbahnmarkt“. Die Anhörung des Eisenbahninfrastrukturbeirates ist in der 57. Sitzung des Gremiums am 25.06.2018 erfolgt. Der Beirat hat keine Stellungnahme abgegeben.

## **II. 2 Materielle Anspruchsvoraussetzungen**

Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen für die begehrte Abänderung des Genehmigungsbeschlusses vom 17.01.2018 – Geschäftszeichen BK10-17-0314\_E – liegen nicht vor.

Was den in der begehrten Abänderung liegenden Teilwiderruf anbelangt, so kann nach § 49 Abs. 1 VwVfG ein rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, außer wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste oder aus anderen Gründen ein Widerruf unzulässig ist.

Vorliegend ist ein rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt gegeben (hierzu unter II. 2.1), jedoch müsste im Falle des Widerrufs ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden (hierzu unter II. 2.2).

### **II. 2.1 Rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakt**

Der Genehmigungsbeschluss vom 17.01.2018 – Geschäftszeichen BK10-17-0314\_E – ist aus den im Beschluss aufgeführten Gründen rechtmäßig.

Der Genehmigungsbeschluss wäre nach den Regeln für nicht begünstigende Verwaltungsakte aufzuheben. Zwar ist die Entgeltgenehmigung grundsätzlich als begünstigender Verwaltungsakt einzuordnen, weil sie den dauerhaften rechtlichen Vorteil begründet, ein Entgelt

erheben zu dürfen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 01.02.2005, Az. 6 B 66/04; Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 35 Rn. 224). Jedoch steht die erteilte Genehmigung im vorliegenden Fall der neu beantragten (Teil-)Genehmigung im Wege und belastet hierdurch die Antragstellerinnen. Der Teilwiderruf hätte daher nach den Regelungen für belastende Verwaltungsakte zu erfolgen (vgl. BVerwG, Urteil vom 09.5.2012, Az. 6 C 3/11, Rn. 48). Gegen eine Anwendung von § 49 Abs. 2 VwVfG spricht auch, dass durch die einschränkenden Voraussetzungen zum Widerruf das Vertrauen des Adressaten des Verwaltungsaktes in den Bestand des begünstigenden Verwaltungsaktes geschützt werden soll. Da aber die Antragstellerinnen, die Aufhebung des Genehmigungsbeschlusses vom 17.01.2018 begehren, besteht für ein schutzwürdiges Vertrauen in den Beschluss kein Raum. Ein Vertrauensschutz scheidet aber auch aus, weil die Beschlusskammer im Beschluss vom 17.01.2018 darauf hingewiesen hat, dass die Einführung von Regelungen zum Anreizsystem erforderlich wären (vgl. Beschluss vom 17.01.2018, Gz. BK10-17-0314\_E, Seite 102f.). Die Situation ist daher vergleichbar mit dem Regelungsgegenstand von § 50 VwVfG. Danach gelten Regelungen für die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte nicht, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird. Auch in dieser Konstellation besteht kein Raum für ein schutzwürdiges Vertrauen des Adressaten des begünstigenden Verwaltungsaktes.

## **II. 2.2 Verwaltungsakt mit gleichem Inhalt**

Im Falle des (Teil-)Widerrufs des Genehmigungsbeschlusses vom 17.01.2018 – Geschäftszeichen BK10-17-0314\_E – müsste ein inhaltsgleicher Verwaltungsakt neu erlassen werden, weil die neu beantragten Regelungen zwar genehmigungspflichtig (vgl. hierzu unter II. 2.2.1) sind und auch die formalen Voraussetzungen des Entgeltgenehmigungsverfahrens vorliegen (vgl. hierzu unter II. 2.2.2), die Regelungen aber nicht genehmigungsfähig (vgl. hierzu unter II. 2.2.3) sind und sich hierdurch die Entscheidung vom 17.01.2018 als weiterhin richtige Entscheidung darstellt (vgl. hierzu unter II. 2.2.4).

### **II. 2.2.1 Genehmigungspflichtigkeit**

Die vorgelegten Entgelte und Entgeltgrundsätze sind nach §§ 45, 46 ERegG genehmigungspflichtig.

Die vorliegende Prüfung erstreckt sich (allein) auf die beantragten Entgelte für die Erbringung des Mindestzugangspaketes einschließlich der Entgeltgrundsätze. Das Mindestzugangspaket ergibt sich aus § 11 ERegG i. V. m. Anlage 2 Nummer 1 zum ERegG. Damit werden die zur Genehmigung vorgesehenen Entgelte von den Entgelten für den Zugang zu Serviceeinrichtungen sowie für Zusatz- und Nebenleistungen abgegrenzt. Andererseits stellt die Regelung aber auch klar, dass alle Entgelte für die Erbringung des Mindestzugangspaketes der Entgeltgenehmigung unterliegen. Neben dem Grundentgelt sind daher auch mögliche Entgeltgestaltungsvarianten, wie umweltbezogene Aufschläge oder (wie im vorliegenden Fall) Anreizsysteme, von der Entgeltgenehmigung umfasst. Die Zahlungsströme, die durch diese Gestaltungsvarianten erzielt werden, dienen der Finanzierung der Kosten des Mindestzugangspaketes.

### **II. 2.2.2 Formale Voraussetzungen des Entgeltgenehmigungsverfahrens**

Die formalen Voraussetzungen des Entgeltgenehmigungsverfahrens liegen vor.

Zwar ist die Frist, binnen derer eine Entgeltgenehmigung zu beantragen ist, abgelaufen, jedoch handelt es sich bei leistungsabhängigen Entgeltbestandteilen um eine verpflichtende Entgeltkomponente, so dass es einer Ergänzung der Regelungen in den SNB bedarf.

Gemäß § 46 Abs. 1 ERegG ist die Genehmigung der Entgelte mindestens sechs Monate vor Ablauf der nach Anlage 3 Nummer 3 Satz 3 ERegG bestimmten Frist für die Stellung von Anträgen auf Zuweisung von Zugtrassen für den Netzfahrplan schriftlich oder elektronisch bei der Regulierungsbehörde zu beantragen. Die Frist, binnen derer Anträge auf Zuweisung von Zugtrassen gestellt werden können, endet gemäß § 19 Abs. 3 i. V. m. Anlage 3 Ziffer 3 ERegG i. V. m. Ziffer 4.2.1.3 der SNB 2019 im Einklang mit Anlage 8 Ziffer 3 ERegG am 09.04.2018. Die Antragstellerinnen haben die beabsichtigte Änderung am 21.02.2018 bei der Bundesnetzagentur beantragt. Die Frist zur Beantragung der Entgeltgenehmigung war daher bereits abgelaufen.

Die Frist zur Beantragung der Entgeltgenehmigung stellt sicher, dass die Entgelte zum Zeitpunkt der Trassenbestellung bekannt sind. Hierdurch werden die Interessen der Zugangsberechtigten an verlässlichen und kalkulierbaren Entgelten geschützt.

Die verbindlich einzuführenden leistungsabhängigen Entgelte sind an Störungen des Netzbetriebs oder Leistungsniveaus gekoppelt. Sie dienen dazu, Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes zu geben und schützen damit ebenfalls die Interessen der Zugangsberechtigten. Sie sind so auszugestalten, dass die durchschnittlichen Verspätungen, die ein Verkehrsdienst erzielt, bei den Zahlungen zu berücksichtigen sind.

Beide Vorgaben – die Frist für den Antrag der Entgeltgenehmigung und die Frist zur Berücksichtigung leistungsabhängiger Entgeltregelungen – stehen in einem Konkurrenzverhältnis zueinander und dienen beide (zumindest auch) dem Schutz der Zugangsberechtigten. Die Regelungen sind daher so auszulegen, dass die Interessen der Zugangsberechtigten so weit wie möglich berücksichtigt werden können. Dabei ist im vorliegenden Fall auch zu berücksichtigen, dass die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile typischerweise nicht bei der Planung von Trassen berücksichtigt werden können, da es auf die tatsächliche Leistung ankommt. Die zwingende Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätungen der Verkehrsdienste stellt überdies sicher, dass die Verkehrsdienste nicht zu stark belastet werden. Im vorliegenden Fall ist daher das Interesse an der möglichst kurzfristigen Einführung leistungsabhängiger Entgeltregelungen höher zu bewerten als der Verstoß gegen die Fristen zur Beantragung der Entgeltgenehmigung.

Dem Antrag vom 21.02.2018 in der durch die Schreiben vom 09.03.2018 und 14.05.2018 modifizierten Fassung waren zudem Unterlagen zur Darlegung der Übereinstimmung mit den Vorgaben des ERegG beigefügt.

Einer Entscheidung der Beschlusskammer im vorliegenden Verfahren steht schließlich auch nicht der zwischenzeitliche Eintritt einer Genehmigungsfiktion im Sinne von § 46 Abs. 5 ERegG entgegen. Aufgrund der entgegenstehenden Entgeltgenehmigung vom 17.01.2018 konnte die beantragte Änderung nicht durch Fiktion in Kraft treten. Hierzu wäre es erforderlich, dass sich die Fiktionswirkung auch auf die Entscheidung zum (Teil-)Widerruf der Entgeltgenehmigung vom 17.01.2018 erstrecken würde. Die Fiktionswirkung beschränkt sich aber ausweislich des eindeutigen Wortlauts auf die Entgeltgenehmigung. Die Verlängerung der Entscheidungsfrist durch die Beschlusskammer mit Schreiben vom 29.03.2018 erfolgte aus Gründen äußerster Vorsicht; sie ist letztlich aber ohne Belang.



### **II. 2.2.3 Genehmigungsfähigkeit**

Die neu beantragten Entgelte und Entgeltgrundsätze sind nicht genehmigungsfähig.

Rechtsgrundlage der Entscheidung ist § 45 ERegG. Danach sind die Entgelte zu genehmigen, soweit die Ermittlung der Entgelte den Anforderungen der §§ 24 bis 40 und 46 und die Entgeltgrundsätze den Vorgaben der Anlage 3 Nummer 2 entsprechen.

Vorliegend sind die Regelungen von § 39 Abs. 2 und 3 ERegG von besonderer Bedeutung. Danach müssen die Entgeltregelungen für die Schienenwegnutzung durch leistungsabhängige Bestandteile den Eisenbahnverkehrsunternehmen und dem jeweiligen Betreiber der Schienenwege Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten. Diese Regelungen können Vertragsstrafen für Störungen des Netzbetriebs, eine Entschädigung für von Störungen betroffene Unternehmen und eine Bonusregelung für Leistungen, die das geplante Leistungsniveau übersteigen, umfassen.

Zudem müssen die Grundsätze der leistungsabhängigen Entgeltregelung nach Anlage 7 Nummer 2 zum ERegG für das gesamte Netz eines Betreibers der Schienenwege gelten. Danach sind folgende Grundsätze einzuhalten:

- a) Um ein vereinbartes Leistungsniveau zu erreichen und die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Verkehrsdienstes nicht zu gefährden, vereinbart der Betreiber der Schienenwege mit den Zugangsberechtigten die Eckwerte der leistungsabhängigen Entgeltregelung, insbesondere die Dauer von Verspätungen und die Grenzwerte, ab denen nach Maßgabe der leistungsabhängigen Entgeltregelung Zahlungen fällig werden, und zwar sowohl für Einzelfahrten als auch für sämtliche Zugbewegungen, die ein Eisenbahnverkehrsunternehmen in einer bestimmten Zeit durchführt.
- b) Der Betreiber der Schienenwege teilt den Eisenbahnverkehrsunternehmen den Netzfahrplan, anhand dessen die Verspätungen berechnet werden, mindestens fünf Tage vor der Zugfahrt mit. Im Falle höherer Gewalt oder kurzfristiger Netzfahrplanänderungen kann der Betreiber der Schienenwege eine kürzere Mitteilungsfrist anwenden.
- c) Alle Verspätungen sind im Einzelnen in Anlage 7 Nr. 2 zum ERegG aufgeführten Kategorien und Unterkategorien zuzuordnen.
- d) Verspätungen sollten nach Möglichkeit nur einer einzigen Organisation zugeschrieben werden, wobei sowohl die Verantwortung für die Störung als auch die Fähigkeit zur Wiederherstellung des normalen Verkehrsbetriebs zu berücksichtigen sind.
- e) Bei der Berechnung der Zahlungen ist die durchschnittliche Verspätung von Eisenbahnverkehrsdiensten zu berücksichtigen, für die ähnliche Pünktlichkeitsanforderungen gelten.
- f) Der Betreiber der Schienenwege teilt den Eisenbahnverkehrsunternehmen so rasch wie möglich die Berechnung der nach der leistungsabhängigen Entgeltregelung fälligen Zahlungen mit. Die Berechnung umfasst sämtliche verspäteten Zugfahrten innerhalb eines Zeitraums von höchstens einem Monat.
- g) Unbeschadet der bestehenden Rechtsbehelfe und des § 66 ist für Streitfälle in Bezug auf die leistungsabhängige Entgeltregelung ein Streitbeilegungssystem einzurichten, damit solche Angelegenheiten rasch bereinigt werden können. Dieses Streitbeilegungssystem gewährleistet Unparteilichkeit gegenüber den beteiligten Parteien. Ge-

langt dieses System zur Anwendung, ist innerhalb von zehn Arbeitstagen eine Entscheidung zu treffen.

- h) Auf der Grundlage der in der leistungsabhängigen Entgeltregelung vereinbarten Eckwerte veröffentlicht der Betreiber der Schienenwege einmal jährlich das von den Eisenbahnverkehrsunternehmen im Jahresdurchschnitt erzielte Leistungsniveau.

Die von den Antragstellerinnen vorgelegten Regelungen sind nicht genehmigungsfähig, weil die Eckwerte der Regelung nicht mit den Zugangsberechtigten vereinbart wurden (vgl. hierzu unter Ziffer II. 2.2.3.1), die Pünktlichkeitsanforderungen und durchschnittlichen Verspätungen der Verkehrsdienste nicht berücksichtigt wurden (vgl. hierzu unter Ziffer II. 2.2.3.2), kein unparteiliches Streitbeilegungssystem eingerichtet wurde und die Regelungen für die Durchführung des Streitbeilegungssystems unangemessen sind (vgl. hierzu unter Ziffer II. 2.2.3.3), die beabsichtigten Regelungen zu vertraglichen Sekundärrechten die Zugangsberechtigten unangemessen benachteiligen (vgl. hierzu unter Ziffer II. 2.2.3.4), nicht ausgeschlossen werden kann, dass die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Verkehrsdienste überschritten wurde (vgl. hierzu unter Ziffer II. 2.2.3.5) und Teile der Kodierungen nicht die Transparenzanforderungen erfüllen (vgl. hierzu unter Ziffer II. 2.2.3.6). Die Herleitung und Höhe der Anreizentgelte war hingegen nicht zu beanstanden (vgl. hierzu unter Ziffer II. 2.2.3.7).

Nachrichtlich: Die für die Tenorierung entscheidenden Aspekte werden an folgenden Stellen erörtert:

**Tabelle 2 – Übersicht Tenorziffern und Abhandlung im Beschluss**

<b>Tenor</b>	<b>Beschreibung</b>	<b>Abschnitt Beschluss</b>
Ziffer 1	Vereinbarung	II. 2.2.3.1
Ziffer 1	Durchschnittliche Verspätung und Pünktlichkeitsanforderungen	II. 2.2.3.2
Ziffer 1	<i>Berücksichtigung durchschnittliche Verspätung</i>	II. 2.2.3.2.1
Ziffer 1	<i>Berücksichtigung Pünktlichkeitsanforderungen kurzfristiger SGV</i>	II. 2.2.3.2.2
Ziffer 1	Streitbeilegungssystem	II. 2.2.3.3
Ziffer 1	<i>Unparteilichkeit Streitbeilegungssystem</i>	II. 2.2.3.3.1
Ziffer 1	<i>Fristen Umkodierungsbegehren</i>	II. 2.2.3.3.2
Ziffer 1	Vertragliche Sekundärrechte	II. 2.2.3.4
Ziffer 1	<i>Minderungen</i>	II. 2.2.3.4.1
Ziffer 1	<i>Schadenersatz</i>	II. 2.2.3.4.2
Ziffer 1	Kodierungen und Kodierungsauswahl	II. 2.2.3.6
Ziffer 1	<i>Verkehrsleistungsfremde Kodierungen – VU 62, VU 63</i>	II. 2.2.3.6.1
Ziffer 2	Kostentragung	II. 3

### **II. 2.2.3.1 Vereinbarung der Eckwerte der Entgeltregelung**

Die gesetzlich geforderte Vereinbarung zwischen den Antragstellerinnen und den Zugangsberechtigten hinsichtlich der Eckwerte der leistungsabhängigen Entgeltregelung, insbesondere der Dauer von Verspätungen und der Grenzwerte, ab denen nach Maßgabe der leistungsabhängigen Entgeltregelung Zahlungen fällig werden, ist nicht hinreichend erfolgt.

Gemäß Anlage 7 Nr. 2a) ERegG haben Betreiber der Schienenwege die Eckwerte der leistungsabhängigen Entgeltregelung, insbesondere die Dauer von Verspätungen und die Grenzwerte, ab denen nach Maßgabe der leistungsabhängigen Entgeltregelung Zahlungen fällig werden, mit den Zugangsberechtigten zu vereinbaren.

Eine Vereinbarung ist grundsätzlich eine Übereinkunft, eine Abmachung oder eine Verabredung zwischen zwei oder mehr Parteien. Sie kann in einem Vertrag festgehalten oder auch nur in gegenseitiger Absprache getroffen werden. In jedem Fall müssen sich die Beteiligten einvernehmlich auf ein bestimmtes Ziel verständigen und einigen. Eine Vereinbarung unterscheidet sich daher grundsätzlich von einer einseitigen Bestimmung, die von der Gegenseite, deren Interessen dabei (etwa über ein Stellungnahmeverfahren) durchaus berücksichtigt werden können, lediglich hingenommen werden könnte.

Dass der Begriff „Vereinbarung“, wie die Antragstellerinnen vortragen, im Kontext des ERegG (in der englischen Fassung der Richtlinie 2012/34/EU, Anhang VI Nr. 2 a), „to agree“) hinter dieser Bedeutung zurückbleibe, ist nicht anzunehmen. Dafür spricht zum einen die übrige Verwendung dieses Begriffes in der Richtlinie bzw. dem ERegG, beispielsweise in § 1 Abs. 16 ERegG, wo mit „Vereinbarung“ der Inhalt eines Vertrages gemeint ist. Nach §§ 20 sowie 29 Abs. 1 ERegG sind Vereinbarungen miteinander zu schließen. Zum anderen spricht auch die Zielrichtung dieser Vorschrift für ein solches Verständnis. Es geht einmal darum, Eckwerte (Verspätungsdauer, Schwellenwerte etc.) zu finden, die sich am tatsächlichen Verkehrsgeschehen und den Rahmenbedingungen der Nutzer orientieren. Darüber hinaus sollen die Zugangsberechtigten aber auch Strafzahlungsversprechen für den Fall eigener Pflichtverletzungen abgeben. Diese Umstände verlangen nach substantiellen Mitwirkungsmöglichkeiten der unmittelbar betroffenen Zugangsberechtigten bei der Ausgestaltung des Anreizsystems.

Zutreffend ist hingegen, dass eine individuelle Vereinbarung mit jedem einzelnen Zugangsberechtigten aufgrund des Diskriminierungsverbotes nicht erlaubt ist. Das lässt befürchten, dass eine gemeinsame Vereinbarung zwischen den Antragstellerinnen und allen Zugangsberechtigten dann nicht zustande kommen könnte, wenn innerhalb des Kreises der Zugangsberechtigten unterschiedliche Interessen verfolgt würden. Um dies zu verhindern, ist aber ein vollständiger Verzicht auf das Erfordernis einer irgendwie gearteten Vereinbarung nicht gerechtfertigt. Vielmehr bietet sich hier der bereits eingeschlagene Weg einer Fachveranstaltung unter Einbeziehung der Zugangsberechtigten bzw. der Verbände, in denen sich die Zugangsberechtigten organisiert haben, an.

Weder auf diesem noch auf einem anderen vergleichbaren Weg wurde eine solche Vereinbarung erzielt. Die Antragstellerinnen gaben auf S. 22 ihres Antragsschreibens vom 21.02.2018 an, die im Personenverkehr tätigen Zugangsberechtigten hätten zwar ihre Zustimmung zum geplanten System versichert, mit den im Güterverkehr tätigen Zugangsberechtigten habe jedoch kein Konsens erzielt werden können. Der Hinzugezogene zu 18. erklärte mit seiner Stellungnahme vom 22.12.2017 (2. Absatz unter der Überschrift „Zu Ziffer 6.4.2 ...“) wie auch mit seiner Stellungnahme vom 12.03.2018 (1. Absatz), dass zwischen den Antragstellerinnen und den EVU keine Vereinbarung gemäß Anlage 7 Nr. 2a) ERegG getroffen worden sei. Die Hinzugezogene zu 1. führt in ihrer Stellungnahme vom 12.03.2018 (Umbruch S. 7 auf 8) aus, in eine Vereinbarung entsprechender Eckwerte nicht aktiv eingebunden worden zu sein und keine Erkenntnisse darüber zu besitzen, dass eine solche Vereinbarung überhaupt existiere.

In der Antwort der Antragstellerinnen vom 09.03.2018 auf die Anhörung vom 02.03.2018 bestätigen die Antragstellerinnen die Abwesenheit einer umfassenden Vereinbarung, insbesondere im Verhältnis zum Hinzugezogenen zu 14, der als Verband die Interessen mehrerer Zugangsberechtigter vertritt. Das Fehlen der Vereinbarung habe seine Ursache darin, dass seitens der Zugangsberechtigten das Leitbild verworfen werde, wonach der Fahrplan eine verbindliche Vorgabe für jegliche Fahrt sein müsse.

Es liegt auf der Hand, dass eine Vereinbarung nur schwerlich gelingen kann, wenn unterschiedliche Leitbilder verfolgt werden. Die Beschlusskammer hat daher geprüft, ob im vorliegenden Fall eine Vereinbarung zu fingieren wäre. Dafür spricht, dass das Eisenbahnregulierungsrecht vorsieht, dass der Betreiber der Schienenwege Nutzungsbedingungen aufstellt, die leistungsabhängige Entgeltbestandteile enthalten müssen. Wenn einzelne Zugangsberechtigte sich ohne tragfähige Gründe einem Anreizsystem verweigerten oder die Interessen einzelner Zugangsberechtigter einander widerstritten, so dass eine Vereinbarung nicht herbeizuführen wäre, könnte der Betreiber der Schienenwege im Extremfall darin gehindert sein, seinen Verpflichtungen, leistungsabhängige Entgelte zu regeln und anzuwenden, nachzukommen. Es ist daher denkbar, dass dem Betreiber der Schienenwege ein Letztentscheidungsrecht zukommt. Voraussetzung für ein solches Letztentscheidungsrecht wäre, dass sich am Ende einer offenen Verhandlung herausstellt, dass aufgrund obstruktiven Verhaltens der Zugangsberechtigten oder durch nicht miteinander in Einklang zu bringende Interessen der Abschluss einer Vereinbarung gehindert ist.

Ob eine solche fingierte Vereinbarung möglich ist, war im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden, weil die Voraussetzungen jedenfalls nicht vorliegen.

- Denn Voraussetzung wäre dazu zum einen, dass eine angemessene Verhandlung stattgefunden hätte. Eine angemessene Verhandlung bedingt, dass die Antragstellerinnen und die Zugangsberechtigten auf Augenhöhe miteinander in der Sache verhandeln können. Verhandlung auf Augenhöhe ist nur möglich, wenn nicht eine Partei das Herrschaftswissen besitzt, um die Auswirkungen ihres Handelns zu verstehen, und die andere Partei im Ungewissen bleibt. Das bedeutet auch, dass Wissensmonopole abzubauen sind.
- Eine weitere Voraussetzung wäre, dass eine offene Verhandlung stattgefunden hätte. Die Verhandlungen müssen allen interessierten Zugangsberechtigten oder seinen Verbänden offen gestanden haben.
- Eine zusätzliche Voraussetzung wäre, dass aufgrund obstruktiven Verhaltens der Zugangsberechtigten oder durch nicht miteinander in Einklang zu bringende Interessen keine Einigung erzielt werden kann. Der Infrastrukturbetreiber muss den abweichenden Vorschlägen der Zugangsberechtigten aus sachlichen Gründen heraus nicht folgen können.

Alle drei Voraussetzungen liegen im hiesigen Genehmigungsverfahren nicht vor.

Eine angemessene Verhandlung hat nicht stattgefunden. Den Hinzugezogenen zu 14 und 18, die einen Großteil der Zugangsberechtigten im Schienengüterverkehr abdecken, liegt nach dem Kenntnisstand der Beschlusskammer kein Zahlenmaterial vor, aus dem diese ersehen könnten, wie sich die finanziellen Be- und Entlastungen für die von ihnen vertretenen Unternehmen darstellen. Es liegt den beiden genannten Hinzugezogenen generell kein Zahlenmaterial vor, das eine Bewertung unterschiedlicher Parameter (unterschiedliche Schwellenwerte, unterschiedliche Bemessungskriterien und Bemessungsgrundlagen) erlauben würde. Es liegt ihnen kein Zahlenmaterial zur Frage der Betroffenheit von Verspätungsminuten unterhalb der Ebene der Verkehrsdienste vor, das eine Bewertung von Schwellenwerten erlauben würde. Es liegt ihnen kein Zahlenmaterial zur durchschnittlichen Verspätung verschiedener Verkehrsdienste vor. Den Antragstellerinnen hingegen liegen diese Informationen jedenfalls zum Teil vor. Einer Offenlegung verschließt sie sich jedoch. Für den Teil der un-

ternehmensspezifischen Verspätungen sowie Be- und Entlastungen begründet sie dies damit, dass es sich nach ihrer Ansicht um schützenswerte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handele (vgl. ihr Schreiben vom 08.06.2018, S. 3), ohne diesen Umstand mit den betroffenen Unternehmen erörtert zu haben. Für die Frage etwa der quantitativen (Aus-) Wirkungen unterschiedlicher Bemessungsgrundlagen (vgl. Abschnitt II. 2.2.3.1) ist dieser Einwand nach Auffassung der Beschlusskammer jedenfalls nicht einschlägig.

- Eine offene Verhandlung hat nicht stattgefunden. Die Verhandlungen bezüglich der Eckwerte der leistungsabhängigen Entgeltregelung, insbesondere die Dauer von Verspätungen und die Grenzwerte, ab denen nach Maßgabe der leistungsabhängigen Entgeltregelung Zahlungen fällig werden, wurden nach den Darstellungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung in einem limitierten Teilnehmerkreis (Runder Tisch Bau) geführt. Dabei kommt es nach Ansicht der Beschlusskammer nicht darauf an, ob die Limitierung der Teilnehmerzahl von Seiten der Zugangsberechtigten oder der Antragstellerinnen gewünscht war. Wichtig erscheint, dass alle Zugangsberechtigten ein Partizipationsrecht haben. Dazu gehört auch, dass der Fachöffentlichkeit bekannt ist, dass eine Partizipationsmöglichkeit besteht bzw. ein entsprechender Arbeitskreis tagt, dessen Ziel es ist, eine Vereinbarung über die Eckwerte eines Anreizsystems zu schließen. Im vorliegenden Fall ist – neben der Limitierung des Teilnehmerkreises – ebenfalls festzustellen, dass der Projektauftrag des Runden Tisches Baustellenmanagement nicht darin bestand, eine Vereinbarung über Eckwerte eines Anreizsystems zu schließen. Vielmehr war der Auftrag, eine „Empfehlung des Runden Tisches“ abzugeben. So stellt sich dann später auch die Schlusserklärung dar. Bezogen auf das Anreizsystem lautet die Eingangsformel: „Es wird daher empfohlen, das bestehende Anreizsystem [...] dahingehend anzupassen, dass [...]“ (vgl. Schlusserklärung des RTBM, S. 14). Selbst wenn also ein Zugangsberechtigter Kenntnis von der Tagung des Runden Tisches erlangt hätte, hätte er nicht erkennen können und müssen, dass Ziel des Runden Tisches der Abschluss einer Vereinbarung über Eckwerte eines Anreizsystems sein sollte.<sup>5</sup> Bereits hierdurch wird das Partizipationsrecht eingeschränkt, weil der Inhalt der Veranstaltung verschleiert wird. Unklar ist im vorliegenden Fall, ob die Limitierung der Teilnehmer bzw. die unzureichenden Informationen über den Gesprächsgegenstand dazu geführt haben, dass Zugangsberechtigte, die an den Verhandlungen teilnehmen wollten, nicht teilnehmen konnten.
- Ein obstruktives Verhalten von Zugangsberechtigten oder objektiv nicht miteinander in Einklang zu bringende Interessen lagen nicht vor. Bei der Prüfung, ob es sachliche Gründe dafür gab, dass die Antragstellerinnen Einwänden der Zugangsberechtigten nicht folgen konnten, ist davon auszugehen, dass keine Zustimmung zu einem Anreizsystem verlangt werden kann, das schon die gesetzlichen Vorgaben nicht erfüllt. Insofern führt die Verletzung einer der übrigen Voraussetzungen für ein rechtmäßiges Anreizsystem immer dann, wenn sich ein Zugangsberechtigter darauf beruft, auch zu

---

<sup>5</sup> Diesen Erklärungswert als Vereinbarung erhält das Abschlussdokument zum Runden Tisch – selbst bezogen auf den SPV – nur dadurch, dass im Verfahren vor der Beschlusskammer ein entsprechender Vortrag erfolgte und von den Parteien getragen wurde. Aus dem Abschlussdokument heraus ist bei isolierter Betrachtung nicht zu erkennen, dass eine Vereinbarung getroffen werden sollte.

einer Verletzung des Vereinbarungsgebots. Die Antragstellerinnen haben gegenüber den Zugangsberechtigten jedoch nicht hinreichend dargelegt, aus welchen sachlichen Gründen das von diesen vorgeschlagene Alternativkonzept nicht verfolgt werden könnte.

Im vorliegenden Fall berufen sich die Unternehmen des SGV z. B. darauf, dass der kurzfristige Gelegenheitsverkehr strukturell benachteiligt sei. Der kurzfristige Gelegenheitsverkehr verfügt über andere Pünktlichkeitsanforderungen als die übrigen Verkehre. Dabei mag dahinstehen, ob der Schienengüterverkehr lieber mit allen Verkehren pünktlich fahren würde oder nicht. Wichtig erscheint, ob die Pünktlichkeitsanforderungen auch unter den gegebenen Bedingungen identisch sind. In diese Betrachtung fließt auch ein, welche Kapazität das Schienennetz bei kurzfristigen Bestellungen aufweist und welche fahrplanerischen Besonderheiten vorliegen. Als einen Indikator für die Pünktlichkeitsanforderungen einer Gruppe von Verkehrsdiensten wertet die Beschlusskammer die tatsächlich erreichte Pünktlichkeit. Die Beschlusskammer hat die Antragstellerinnen hierzu um Darlegung der durchschnittlichen Verspätung gebeten. Hierzu haben sie keine entsprechenden Daten vorgelegt (vgl. Ausführungen in Abschnitt II. 2.2.3.2), was zu ihren Lasten zu werten ist.

Die Unternehmen berufen sich zudem darauf, dass eine Berücksichtigung der Endpünktlichkeit aus ihrer Sicht vorzugswürdig zu einer Berücksichtigung der Unterwegspünktlichkeit sei. Aus Sicht der Beschlusskammer ist einerseits nachvollziehbar, dass – entsprechend den Ausführungen der Antragstellerinnen – für den SGV die Anreizung zur Einhaltung des Fahrplans auf dem Laufweg (Unterwegspünktlichkeit) direktere Auswirkung auf das Pünktlichkeitsniveau und die Leistungsfähigkeit des Netzes haben könnte als die Anreizung ausschließlich der Pünktlichkeiten bei Ankunft (Endpünktlichkeit). Zudem wäre die Zielgröße bei diesem Vorgehen im SPV und SGV identisch. Andererseits wäre möglich, dass die Anreizung der für SGV-EVU entscheidenden Endpünktlichkeit eine größere Wirksamkeit auf das Pünktlichkeitsniveau und die Leistungsfähigkeit des Netzes entfalten könnte als die Anreizung der Unterwegspünktlichkeit. Zudem weisen die Stellungnahmen der Hinzugezogenen auf den möglichen Verlust an betrieblicher Flexibilität bei Rückgriff auf die Unterwegspünktlichkeit hin. Nach Auffassung der Beschlusskammer sind grundsätzlich beide Zielgrößen (Unterwegspünktlichkeit, Endpünktlichkeit) geeignet, die in § 39 Abs. 2 ERegG genannten Ziele anzureizen. Beide Zielgrößen sind auch praktisch umsetzbar. Auch wenn die Antragstellerinnen die von ihnen vorgelegte Variante der Anreizung der Unterwegspünktlichkeit bevorzugen, ist im Verfahren nicht dargelegt worden, dass die von den SGV-EVU vorgetragene Variante der Anreizung der Endpünktlichkeit nicht ähnlich wirksam oder nicht umsetzbar sei. Die Antragstellerinnen können jedoch keine Zustimmung zu einem aus ihrer Sicht optimalen Anreizsystem verlangen. Die Vorgabe, Eckwerte des Anreizsystems zu verhandeln, soll gerade dazu führen, dass die unterschiedlichen Prioritäten der Verhandlungspartner zusammengeführt werden. § 39 Abs. 3 ERegG i. V. m. Anlage 7 Nr. 2e) ERegG gibt vor, dass nicht der Optimalzustand zum Maßstab des Anreizes zu machen ist, sondern die (aktuelle) durchschnittliche Verspätung von Verkehrsdiensten. Die Vorgabe hat den Hintergrund, dass alle am Gesamtsystem Schiene Beteiligten die von ihnen verursachten Verspätungen reduzieren sollen. Es ist in diesem Kontext nicht richtig, den Anreiz am Optimum zu orientieren und so den Gruppen von Verkehren, die relativ weit von diesem Optimum entfernt sind, einen überproportionalen Anreiz zu geben. Die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Verkehrsdienstes soll nicht gefährdet werden. Alle Verkehre sollen

pünktlicher werden, als sie es bislang sind (vgl. Ausführungen im Abschnitt Ziffer II. 2.2.3.2.1).

Aufgrund der letztlich somit nur eingeschränkten Möglichkeiten der Einflussnahme durch die Zugangsberechtigten ist zu befürchten, dass das Anreizsystem keinen ausgewogenen Kompromiss der jeweiligen Interessen beinhaltet. Eine Vereinbarung zwischen den Antragstellerinnen und den Zugangsberechtigten ist daher zwingend erforderlich. Da diese nicht hinreichend erfolgt ist, wurde § 39 Abs. 3 ERegG i. V. m. Anlage 7 Nr. 2a) ERegG insoweit verletzt.

Die Beschlusskammer hat – insbesondere mit Blick auf die Stellungnahmen der Hinzugezogenen zu 5 und des Hinzugezogenen zu 18 – erwogen, ob die am Runden Tisch Baumaßnahmen getroffene Empfehlung als Einigung über einen abgeschlossenen und isoliert einführbaren Teil des Anreizsystems zu verstehen sein könnte. Die Hinzugezogenen haben angeregt, die im Runden Tisch Baumaßnahmen gefundenen Regelungen zu baustellenbedingten Verspätungen möglichst kurzfristig einzuführen, weil hierüber zwischen allen Parteien Einigkeit geherrscht habe. Über die übrigen, „konfliktbehafteten“ Regelungen solle die BNetzA im Rahmen ihrer Befugnisse entscheiden. Die Hinzugezogenen unterstreichen Ihre Anregung mit einer Schilderung der Dringlichkeit der Umsetzung eines Maßnahmenpakets und der politischen Dimension des Kompromisses am Runden Tisch.

Aus Sicht der Beschlusskammer ist die Bewertung des Runden Tisches durch die Hinzugezogenen zu bestätigen. Es ist sehr deutlich das Bemühen zu erkennen, unter weitgehender Branchenbeteiligung Fortschritte bei der Bewältigung der erheblichen baubedingten Betriebseinschränkungen zu erreichen. Insbesondere die Ergebnisse zu verbesserten Bauprozessen und zu verbesserter Baukommunikation versprechen für alle Parteien eine Optimierung. Dabei ist sich die Beschlusskammer auch bewusst, dass die außerordentlichen Anstrengungen, die alle Beteiligten unternommen haben, in einem gemeinsamen Maßnahmenpaket möglichst schnell umgesetzt werden müssen. Die Beschlusskammer übersieht dabei jedoch freilich nicht, dass allen Parteien auch bewusst war, dass in Bezug auf den Güterverkehr keine Einigung erzielt wurde und insofern folglich auch keine Unterstützung der Branche, des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) oder sonst einer Institution zugesagt werden konnte oder wurde.

Eine Teilgenehmigung nur für Zahlungsströme aus baubedingten Zusatzverspätungsminuten kam letztendlich nicht in Betracht, weil der Antrag der DB Netz AG nicht teilbar war. Grund dafür ist im Wesentlichen, dass mit einer entsprechenden Teilung der Kernbereich des beantragten Anreizsystems und der beantragten Verteilungsarithmetik angegriffen würde und eine Teilentscheidung aus Sicht der Beschlusskammer nicht (auch nicht als wesensgleiches „Minus“) vom Antrag der DB Netz AG gedeckt wäre.

Hinzu kam, dass auch ein auf baustellenbedingte Pönalen reduzierter Anwendungsbereich des Anreizsystems aus den später unter Ziffer II. 2.2.3.2 des Beschlusses zu diskutierenden Anforderungen nicht genehmigungsfähig wäre. Die vereinbarten Zahlungen für baubedingte Verspätungen müssen sich, wenn sie als Anreizsystem eingeführt werden, auch am Maßstab von § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2 e) ERegG messen und sich folglich an den durchschnittlichen Verspätungen der betroffenen Eisenbahnverkehrsdiensten orientieren.

#### **Hinweis zur Möglichkeit der kurzfristigen Einführung von Zahlungen für baubedingte Verspätungen:**

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie offen dafür ist, dass Betreiber der Schienenwege, wie im vorliegenden Fall für unvorhergesehene und nicht dem Leistungssoll ent-

sprechende Folgen von Baumaßnahmen, Zahlungen an die Nutzer versprechen. Es stellt sich aber die Frage, ob das Anreizsystem für die vorgesehenen Zahlungen die richtige Stelle ist, oder ob die Interessen nicht vielmehr ein Zahlungsverprechen abseits des Anreizsystems nahelegen, für das dann geringere Anforderungen gelten würden. Hierfür spricht insbesondere, dass alle Beteiligten kein Interesse an einer Anknüpfung der Zahlungen an die durchschnittliche Verspätung der Verkehrsdienste gezeigt haben, die im Anreizsystem verbindlich ist.

Die Beschlusskammer hat daher angeregt und regt weiter an, dass die Antragstellerinnen erwägen sollten, die am Runden Tisch besprochenen baubedingten Zahlungsverprechen losgelöst vom System leistungsabhängiger Entgeltregelungen im Sinne von § 39 Abs. 2ff. ERegG im Rahmen einer Unterrichtung nach § 72 Satz 1 Nr. 5 ERegG möglichst kurzfristig vorzulegen. In diesem Zusammenhang wären nur vergleichsweise geringe Anforderungen an entsprechende Regelungen zu stellen, die aus Sicht der Beschlusskammer bereits jetzt erfüllt wären oder jedenfalls alle noch kurzfristig erfüllbar wären. Im Wesentlichen müssen die Regelungen lediglich angemessen, nichtdiskriminierend und transparent sein (vgl. § 11 Abs. 1 ERegG).

- Mit Blick auf die Angemessenheit entsprechender Zahlungen spricht vieles dafür, dass der weitgehende Branchenkonsens eine Angemessenheit vermuten lässt. Aus Sicht der Beschlusskammer kann eine entsprechende Zahlung freilich nicht abschließend in dem Sinne sein, dass Minderungen der Hauptleistung oder bei Beweis eines höheren Schadens eine Geltendmachung ausgeschlossen wäre.
- Da die unterschiedlichen Zahlungsverprechen auf dem zuvor genannten weitgehenden Branchenkonsens basieren, besteht aus Sicht der Beschlusskammer – trotz der verkehrsleistungsbezogen sehr deutlich unterschiedlichen Zahlungsströme – auch die Vermutung einer Diskriminierungsfreiheit.
- An der Transparenz einer möglichen Regelung bestehen bei Durchsicht der aktuellen Regelung keine durchgreifenden Bedenken, so dass eine entsprechende Regelung einfach aus dem vorhandenen Text ableitbar wäre.

Aus Sicht der Beschlusskammer könnte eine entsprechende Unterrichtung formal von den Antragstellerinnen alleine initiiert werden, weil keine Vereinbarung im Sinne § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2 a) vorgesehen ist. Die Beschlusskammer regt aber an, für diesen Fall ebenfalls einen Konsens über die vorzulegenden Bedingungen herbeizuführen. Aus Sicht der Beschlusskammer könnte das hier dargestellte Vorgehen eine wesensgleiche, wenn nicht bessere Umsetzung der am Runden Tisch Baumaßnahmen erarbeiteten Überlegungen darstellen und würde auch erlauben, das Thema Anreizsystem weniger stark aufgeladen zu betrachten.

### **II. 2.2.3.2 Pünktlichkeitsanforderungen und durchschnittliche Verspätung**

Die gesetzlich geforderte Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätung von Eisenbahnverkehrsdiensten, für die ähnliche Pünktlichkeitsanforderungen gelten, wurde von den Antragstellerinnen nicht hinreichend umgesetzt.

Bei der Berechnung der Zahlungen im Anreizsystem ist gemäß § 39 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2e) ERegG die durchschnittliche Verspätung von Eisenbahnverkehrsdiensten zu berücksichtigen, für die ähnliche Pünktlichkeitsanforderungen gelten.

Die Antragstellerinnen tragen in ihrem Entgeltgenehmigungsantrag hierzu vor, dass die Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätung eines Verkehrsdienstes über die Schwellenwerte bzgl. der Berücksichtigung von Zusatzverspätungen erfolge, wobei aufgrund der



unterschiedlichen Pünktlichkeitsanforderungen nach Schienenpersonenverkehr (SPV) und Schienengüterverkehr (SGV) unterschieden werde. Der Schwellwert, ab dem die Pönalen greifen, betrage 4:00 min im SPV (Lastfahrten) und 31:00 min im SGV sowie bei Leerfahrten des SPV.

Eine weitergehende Differenzierung innerhalb der Verkehrsdienste erfolgt nicht.

Gerade im SGV ist aus Sicht der Beschlusskammer fraglich, ob nicht weiter zwischen regelmäßigen Verkehren des Netzfahrplans einerseits und gelegentlichen Verkehren andererseits unterschieden werden müsste. Die Ausgestaltung des vorgelegten Anreizsystems ist dahingehend unverändert zum Vorgängerantrag, der insoweit durch die Beschlusskammer bereits im Verfahren zum Trassenpreissystem 2018 (BK10-16-0008\_E) beanstandet wurde. Darüber hinaus ist zu fragen, inwiefern mit den o. g. Schwellwerten die durchschnittliche Verspätung des SGV und des SPV Berücksichtigung findet. Die beiden Themenbereiche

- Durchschnittliche Verspätung und Schwellenwerte im SGV und SPV
- Pünktlichkeitsanforderungen und Differenzierung im SGV

werden in den folgenden Abschnitten im Einzelnen erläutert.

#### **II. 2.2.3.2.1 Durchschnittliche Verspätung und Schwellenwerte SGV und SPV**

Das aktuell vorgelegte Anreizsystem verstößt gegen § 39 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2e) ERegG, da weder im SGV noch im SPV die durchschnittliche Verspätung von Verkehrsdiensten eine Rolle für die Gestaltung des aktuell vorgelegten Anreizsystems gespielt hat.

Die Antragstellerinnen tragen vor, dass der Schwellwert, ab dem die Pönalen greifen, 4:00 Zusatzverspätungsminuten im Schienenpersonenverkehr (Lastfahrten) und 31:00 Zusatzverspätungsminuten im Schienengüterverkehr und bei Leerfahrten des Schienenpersonenverkehrs betragen.

Auf die erste Anhörung vom 02.03.2018 erläuterten die Antragstellerinnen in ihrer Stellungnahme vom 09.03.2018 näher, dass die durchschnittliche Zusatzverspätung zwischen zwei Messpunkten im SGV -0,98 Sekunden, im SPNV 0,21 Sekunden und im SPFV 1,2 Sekunden betrage. Die Antragstellerinnen haben im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf Nachfrage der Beschlusskammer, welche Rechnungen durchgeführt wurden, mittels derer man auf die Werte von 4:00 Minuten und 31:00 Minuten gekommen sei, ausgeführt, dass es sich bei diesen Werten nicht um mathematisch oder statistisch abgeleitete Ergebnisse handele, sondern sich diese letztlich aus dem Diskussionsprozess mit den Marktbeteiligten ergeben hätten. Die Antragstellerinnen haben im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.05.2018 mit Schreiben vom 14.05.2018 und 08.06.2018 weiterhin vorgetragen, dass Ausgangspunkt der Diskussion zum Thema der Durchschnittsverspätung die bisherigen Schwellenwerte der automatischen Entgeltminderung von 6:00 Minuten (Schienenpersonenverkehr) bzw. 31:00 Minuten (Schienengüterverkehr) gewesen seien. Im Schienenpersonenverkehr sei eine Reduzierung des Schwellenwertes auf vier Minuten erfolgt. Dies entspreche dem Trend der letzten Jahre betreffend die Absenkung von Pünktlichkeitsschwellenwerten in Verkehrsverträgen zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Aufgabenträgern und sei am Runden Tisch Baustellenmanagement so vereinbart. Für den Güterverkehr existiere keine vergleichbar einheitliche Pünktlichkeitsvereinbarung. Bei vielen Unternehmen gelte ein Verkehr jedoch als unpünktlich, wenn eine Lieferung zwischen 30:00 Minuten und zwei Stunden Verspätung aufweise. Vor diesem Hintergrund sei der Schwellenwert im Schienengüterverkehr bei 31:00 Minuten belassen worden. Sollte die Auswertung der durchschnittlichen Verspätungen – so die Antragstellerinnen im Schreiben vom

08.06.2018 – im ersten Jahr im Anreizsystem dies nahelegen, würden die Antragstellerinnen in den Folgejahren die entsprechenden Anpassungen bei der „Berechnung der Zahlungen“ (Ziff. 2e) Anlage 7 zu § 39 ERegG) vornehmen.

Die Hinzugezogene zu 11 führt in der Stellungnahme vom 08.03.2018 aus, dass die Darstellung einer Zielgröße für das zu erreichende Pünktlichkeitsniveau im Netz völlig vermisst werde. Der Hinzugezogene zu 14 trägt in der Stellungnahme vom 12.03.2018 vor, dass mangels konkret festgelegter Pünktlichkeitsziele und transparenter Dokumentation die Ausgangslage wie auch die Nachverfolgung eines neuen/geänderten Anreizsystems in seinen Wirkungen derzeit nicht bewertbar sei und es auch in Zukunft nicht wäre. Der Hinzugezogene zu 18 sieht gemäß Stellungnahme vom 23.05.2018 weiterhin großen Diskussionsbedarf für die Bemessung der Schwellwerte.

Die Beschlusskammer stellt fest, dass weder im SGV noch im SPV die tatsächliche durchschnittliche Verspätung von Verkehrsdiensten mit ähnlichen Pünktlichkeitsanforderungen eine Rolle für die Gestaltung des Anreizsystems gespielt hat. Die Beschlusskammer weist zudem darauf hin, dass die Antragstellerinnen im vorliegenden Verfahren die tatsächliche durchschnittliche Verspätung je Verkehrsdienst nicht hinreichend dargelegt haben.

Entsprechend den Ausführungen der Antragstellerinnen u. a. im Schreiben vom 14.05.2018 basiert die Herleitung der Schwellwerte im vorgelegten Anreizsystem auf einem Diskussionsprozess mit den Zugangsberechtigten, bei denen die bisherigen Schwellwerte im Rahmen der automatischen Minderungen und entsprechenden Trends zu Pünktlichkeitsanforderungen der vergangenen Jahre eine Rolle gespielt haben. Tatsächliche durchschnittliche Verspätungen wurden nach den Ausführungen der Antragstellerinnen nicht berücksichtigt.

Die tatsächliche durchschnittliche Verspätung zwischen zwei Messpunkten, um die die Beschlusskammer im Rahmen des ersten Anhörungsschreibens gebeten hatte, haben die Antragstellerinnen bis zum Ende des Verfahrens nicht vorgelegt. Die mit Schreiben vom 09.03.2018 übermittelten Werte, welche für den SGV eine negative Verspätung auswiesen, stellten sich als Durchschnitte über die Soll/Ist-Abweichungen heraus, womit auch „vor Plan“ fahrende (verfrühte) Züge in die Durchschnittsbildung eingingen. Diese Abgrenzung der Messwerte entsprach aber nicht der von den Antragstellerinnen selbst definierten (Richtlinie 420.9001 Abschnitt 3 Punkt 2) und von der Beschlusskammer bei der Datenabfrage gemeinten Abgrenzung, nach der ausschließlich „hinter Plan“ (verspätet) fahrende Züge in die Durchschnittsbildung eingehen dürften. Letztlich könnte gar dahingestellt bleiben, welche Spielräume und Definitionen die gesetzliche Formulierung („durchschnittliche Verspätung“) zuließe. Die von den Antragstellerinnen gelieferten Angaben zur durchschnittlichen Zusatzverspätung „vor“ und „hinter“ Plan fahrender Zügen war in keiner Weise geeignet, die vorgesehenen Schwellwerte zu begründen. Angaben zur durchschnittlichen Zusatzverspätung ausschließlich der „hinter“ Plan fahrenden Züge sind die Antragstellerinnen im Verfahren schuldig geblieben. Da die Antragstellerinnen entsprechende Unterlagen zur Darlegung der Übereinstimmung der beantragten Entgeltregelungen mit den Vorgaben des ERegG beizubringen haben (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 ERegG), fällt das Begründungsdefizit den Antragstellerinnen zur Last.

Da die Antragstellerinnen selbst angeben, dass die tatsächliche durchschnittliche Verspätung bei der Herleitung der Schwellwerte keine Rolle gespielt habe, mag dieser – einer Genehmigung zusätzlich entgegenstehende – Aspekt der fehlenden Datengrundlage unerheblich sein. Andererseits konnte durch die Beschlusskammer auch nicht geprüft werden, ob möglicherweise die vorgesehenen Schwellwerte – wenngleich durch die Antragstellerinnen

gar nicht intendiert – durch die tatsächlichen durchschnittlichen Zusatzverspätungen ausschließlich der „hinter“ Plan fahrenden Züge hätten gestützt werden können.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die in § 39 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2e) ERegG geforderte Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätung von Verkehrsdiensten keinen Eingang in das zur Genehmigung vorgelegte Anreizsystem gefunden hat.

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie grundsätzlich einen Spielraum der Antragstellerinnen (und der Zugangsberechtigten) bei der Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätung von Eisenbahnverkehrsdiensten sieht. Im vorliegenden Fall beschränkt sich die Prüfung auf die von den Antragstellerinnen (anfänglich) vorgetragene Form der Berücksichtigung, zumal keine andere Berücksichtigung durch die Antragstellerin erkennbar ist. Es wären aber andere Formen der Berücksichtigung der tatsächlichen Verspätungen denkbar, was sich aus folgenden Überlegungen ergibt:

§ 39 Abs. 3 ERegG i. V. m. Anlage 7 Ziffer 2 a) schreibt vor, dass insbesondere die Dauer von Verspätungen und die Grenzwerte, ab denen nach Maßgabe der leistungsabhängigen Entgeltregelung Zahlungen fällig werden, sowohl für Einzelfahrten, als auch für sämtliche Zugbewegungen in einer definierten Zeit zu regeln sind. Bei der Berechnung der Zahlungen ist gemäß Buchstabe e) die durchschnittliche Verspätung von Eisenbahnverkehrsdiensten zu berücksichtigen, für die ähnliche Pünktlichkeitsanforderungen gelten. Die Antragstellerinnen haben einen einzigen Eckwert festgelegt, nämlich den Schwellwert, der eine verspätete Ankunft zu einer Verspätung im Sinne des Anreizsystems definiert. Die Antragstellerinnen haben zudem erläutert, dass dieser Schwellwert die durchschnittliche Verspätung von Eisenbahnverkehrsdiensten berücksichtige (vgl. Antrags schreiben, S. 27, Ziffer 3.10).

Aus Sicht der Beschlusskammer ist es nicht zwingend, die durchschnittlichen Verspätungen von Eisenbahnverkehrsdiensten ausschließlich bei der Bemessung der in dem Antrag zugrunde gelegten Pünktlichkeitsschwellen zu berücksichtigen. Es wäre auch möglich einen zusätzlichen Eckwert zu regeln, der einen Grenzwert definiert, ab dem für die Gesamtzahl aller Verkehre eines Zeitraums Zahlungen fällig werden. Auch in der externen Kommunikation des Konzerns der Antragstellerinnen wird überwiegend ein zusätzlicher Eckwert verwendet, der die Verspätung aller Züge berücksichtigt. So wird etwa die Pünktlichkeit der Züge des DB Personenverkehrs über die Schwellwerte 5:59 Minuten und 15:59 Minuten in Prozent über alle Züge gemessen.<sup>6</sup> Angesichts der Formulierung in Anlage 7 Ziffer 2 a) wäre ohnehin naheliegend, nicht nur einen Schwellwert zu definieren.

#### **II. 2.2.3.2.2 Pünktlichkeitsanforderungen und Differenzierung im SGV**

Die Gleichbehandlung von kurzfristigen Gelegenheitsverkehren des SGV mit anderen Verkehren des SGV verstößt gegen § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2e) ERegG, weil Verkehrsdienste mit unterschiedlichen Pünktlichkeitsanforderungen gleich behandelt werden.

Die Antragstellerinnen führen in ihrem Genehmigungsantrag aus, dass eine Differenzierung der Höhe der Entgelte (lediglich) für unterschiedliche Verkehrsarten angemessen sei. Ebenso sei anknüpfend an die durchschnittliche Verspätung der Verkehrsarten eine Differenzierung der Schwellenwerte geboten. Eine Differenzierung dieser Werte für Segmente innerhalb des SGV erfolge jedoch nicht.

---

<sup>6</sup> [https://www.bahn.de/p/view/service/auskunft/puenktlichkeit\\_personenverkehr.shtml](https://www.bahn.de/p/view/service/auskunft/puenktlichkeit_personenverkehr.shtml) (Aufgerufen am 22.08.2018)

Zum Sachverhalt der weitergehenden Differenzierung des SGV haben insbesondere die Hinzugezogenen zu 14 und 18 Stellung genommen. Mit beiden Hinzugezogenen liegt ein offener Dissens zur Position der Antragstellerinnen vor, ob insbesondere kurzfristige Gelegenheitsverkehre gesonderte Pünktlichkeitsziele erhalten sollen. Die beiden Hinzugezogenen nehmen Bezug darauf, dass die Pünktlichkeitsanforderungen für diese Verkehre häufig andere seien, zumal auch die Fahrpläne anderen Pünktlichkeitszielen entsprächen. Es bestehe die Vermutung, dass Unternehmen, die stark im kurzfristigen SGV tätig seien, deutlich stärker belastet würden als andere Unternehmen des SGV (wie bspw. die Hinzugezogene zu 3). Die besonderen Bedingungen des Gelegenheitsverkehrs seien im vorgelegten Anreizsystem nicht angemessen berücksichtigt.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung haben die Antragstellerinnen angezweifelt, ob die Einführung des kurzfristigen SGV in das Anreizsystem statthaft sei. Was ein Eisenbahnverkehrsdienst sei, werde in § 36 Abs. 2 ERegG definiert. Ein Verkehrsdienst „Gelegenheitsverkehr“ sei dort nicht genannt. Zudem sei in den Beschlüssen zum Trassenpreissystem 2018 und 2019 ein Marktsegment für den Gelegenheitsverkehr nicht berücksichtigt worden. Dies sei auch folgerichtig, denn die Marktsegmentierung müsse endkundenbetrachtet durchgeführt werden. Dem Endkunden sei es vollkommen gleichgültig, wann die Trasse bestellt worden sei. Ob kurzfristig oder nicht kurzfristig bestellt werde, spiele dabei überhaupt keine Rolle.

Weiterhin haben die Antragstellerinnen im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.05.2018 mit Schreiben vom 08.06.2018 vorgetragen, dass aus ihrer Sicht ein grundlegender Denkfehler bestehe, soweit aus den Fahrzeiten der Fahrpläne des kurzfristigen Gelegenheitsverkehrs argumentiert werde, dass das Anreizsystem den kurzfristigen Gelegenheitsverkehr strukturell benachteilige. Wenn nunmehr in Betracht gezogen werde, dass der kurzfristige Gelegenheitsverkehr aufgrund der längeren Fahrtzeiten entsprechend der Fahrplananordnungen anders im Anreizsystem behandelt werden solle als alle anderen Verkehre, führe dies zu einer Diskriminierung aller anderen Verkehre. Dadurch, dass dann ein Anreiz für den kurzfristigen Gelegenheitsverkehr gesetzt werde, sich gerade nicht an seinen jeweiligen Fahrplan zu halten, würden im Bereich der Zugfolgen alle anderen Verkehre beeinträchtigt werden. Zielsetzung solle vielmehr sein, dass sich die Verkehre möglichst an ihre Fahrpläne halten.

In diesem Zusammenhang führen die Antragstellerinnen weiter aus, dass das Argument der Beschlusskammer, bestimmte Gruppen würden bei einer Messung gegenüber dem Optimum überproportional angereizt, verkenne, dass die Erfassung von Pünktlichkeit bzw. Verspätung alleine noch keinen Anreiz setze. Dieser Anreiz werde erst durch die Hinterlegung mit Pönalen gesetzt. Allein die Tatsache, dass eine Gruppe bislang besonders weit vom Optimum entfernt sei, erscheine jedoch nicht als ausreichender Grund, dieser Gruppe einen geringeren Anreiz zu setzen. Denn ansonsten würden diejenigen, die jetzt schon gute Pünktlichkeitsziele erreichen, eher bestraft im Vergleich zu denjenigen, die schlechte Pünktlichkeitswerte erreichen. Allein die Tatsache, dass z. B. Verkehre im SGV oftmals keine intrinsische Motivation zu Erzielung von Pünktlichkeit hätten, sei für sich alleine kein Grund, ihnen einen geringeren Anreiz zu setzen.

Im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.05.2018 bekräftigt der Hinzugezogene zu 14 mit Schreiben vom 14.05. und 23.05.2018 seine Auffassung, dass eine strukturelle Benachteiligung des kurzfristigen Güterverkehrs bestehe. Ähnlich äußert sich der Hinzugezogene zu 18 mit Schreiben vom 23.05.2018. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung seien die besonderen betrieblichen und fahrplanseitigen Bedingungen des Gele-

genheitsverkehrs und deren Unvereinbarkeit mit den Mechanismen des Anreizsystems besonders hervorgehoben worden.

Mit E-Mail vom 18.05.2018 teilt die Hinzugezogene zu 5 mit, dass nach ihrer Auffassung der Gelegenheitsverkehr eine relevante Größenordnung sei, die nicht unberücksichtigt bleiben solle. Sichergestellt werden solle dabei, dass über ein geeignetes Anreizsystem der Gelegenheitsverkehr die Pünktlichkeitsziele im Gesamtsystem unterstütze.

Als einen Indikator für die Pünktlichkeitsanforderungen einer Gruppe von Verkehrsdiensten wertet die Beschlusskammer die tatsächlich erreichte Pünktlichkeit. Während die Pünktlichkeit beim SPNV und beim SPFV eine sehr wichtige Rolle spielt, etwa um Anschlussverbindungen sicherzustellen, werden an den SGV geringere Anforderungen im Hinblick auf eine zeitige Ankunft gestellt. Diesem Umstand tragen die Antragstellerinnen dadurch Rechnung, dass sie bei letzterem einen Schwellenwert von 31 Minuten ansetzen, während ersteren ein Schwellenwert von 4 Minuten zugeordnet wird, ab dem Anreizzahlungen zu leisten sind. Eine weitere Differenzierung innerhalb dieser Verkehrsdienste erfolgt nicht.

Gerade im SGV ist jedoch zwischen regelmäßigen Verkehren, die im Netzfahrplan berücksichtigt werden, und gelegentlichen Verkehren, die aus speziellen Anlässen durchgeführt werden, zu unterscheiden (vgl. auch Anlage 7 Nr. 1 g) ERegG). Letztere werden z. T. erst sehr kurzfristig organisiert, da der Transportauftrag relativ spontan erteilt wird. Der Beschlusskammer ist bereits im Verfahren zum Trassenpreissystem 2018 (BK10-16-0008\_E) bekannt gewesen, dass kurzfristige Gelegenheitsverkehre oftmals schon mit Verspätungen starten, weil die Fahrplanunterlagen insbesondere an den Grenzen der Regionalbereiche der Antragstellerinnen nicht rechtzeitig vorliegen, und weil aufgrund der größtenteils dispositiven Eingliederung in den ansonsten fahrplanorientierten Gesamtverkehr die vorgesehenen Zeitlagen kaum eingehalten werden können. Die durchschnittliche Verspätung bei kurzfristigen Gelegenheitsverkehren liegt daher wesentlich höher als im übrigen SGV.

Weil bei den kurzfristigen Güterverkehren regelmäßig nur unbefriedigende Pünktlichkeitswerte erreicht werden können, kommt ein Transport auf der Schiene in diesen Fällen meistens nur dann in Betracht, wenn es sich nicht um eilbedürftige Transportgüter handelt. Andernfalls wird auf den Verkehrsträger Straße ausgewichen, der hohen Pünktlichkeitsanforderungen besser gerecht werden kann. Entscheidet sich der Auftraggeber in Kenntnis des erhöhten Risikos dennoch für einen Eisenbahntransport, ist die rechtzeitige Ankunft häufig nur von zweitrangiger Priorität. Daher ist bei kurzfristigen Gelegenheitsverkehren von einer anderen Anforderung an die Pünktlichkeit auszugehen als bei Verkehrsdiensten, die langfristiger geplant werden können.

Diese Erwägungen haben die Hinzugezogenen sowohl in Ihren Stellungnahmen und im Rahmen der mündlichen Verhandlung zum aktuellen Verfahren bestätigt.

Dem von den Antragstellerinnen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung geäußerten Einwand, die Einführung des kurzfristigen SGV in das Anreizsystem sei nicht statthaft, ist entgegenzuhalten, dass der von ihnen in Bezug genommene § 36 Abs. 2 ERegG zunächst einmal nur die größtmögliche Unterteilung in die Verkehrsdienste SPNV, SPGV und SGV vorgibt, einer feineren Differenzierung aber nicht entgegensteht. Die Antragstellerinnen selbst sehen in ihrem Genehmigungsantrag im SPNV und SPFV eine Differenzierung innerhalb der jeweiligen Verkehrsdienste in Lastfahrten einerseits und Leerfahrten andererseits vor. Zudem kann allein aus der Tatsache, dass die Trassenpreisgenehmigungen das Segment des kurzfristigen SGV nicht enthalten, nicht geschlussfolgert werden, dass deshalb im Anreizsystem dieses Segment nicht berücksichtigt werden darf. Im Rahmen des Trassenpreissystems sind Marktsegmente nach ihren Tragfähigkeiten zu unterscheiden und entspre-

chend zu berücksichtigen. Beim Anreizsystem ist dagegen nach unterschiedlichen Pünktlichkeitsanforderungen der Verkehrsdienste zu differenzieren. Demnach ist eine sich zwischen Trassenpreis- und Anreizsystem unterscheidende Kategorisierung sehr wohl möglich und auch geboten.

Bei der Berechnung von Anreizzahlungen muss die durchschnittliche Verspätung von Eisenbahnverkehrsdiensten mit ähnlichen Pünktlichkeitsanforderungen berücksichtigt werden (Anlage 7 Nr. 2e) ERegG). Die durchschnittliche Verspätung unter Einbeziehung des gesamten Schienengüterverkehrs zu ermitteln, ist jedenfalls dann nicht eisenbahnrechtskonform, wenn Untergruppen existieren, deren Pünktlichkeitsanforderungen sich nennenswert von den übrigen Gruppen unterscheiden. Dies ist in Bezug auf kurzfristige Gelegenheitsverkehre anzunehmen, sodass bei der Bemessung des Anreizentgeltes die durchschnittliche Verspätung dieser Verkehrsdienste eigens zu berücksichtigen ist. Die Antragstellerinnen nehmen eine solche Betrachtung nicht vor. Anlage 7 Nr. 2e) ERegG wird somit nicht eingehalten.

Aus Sicht der Beschlusskammer besteht mit Blick auf die obigen Ausführungen damit aktuell keine Veranlassung, von der Bewertung im Verfahren BK10-16-0008\_E abzurücken, wonach die Gleichbehandlung von kurzfristigen Gelegenheitsverkehren des SGV mit anderen Verkehren des SGV gegen § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2e) ERegG verstößt, weil Verkehrsdienste mit unterschiedlichen Pünktlichkeitszielen gleich behandelt werden.

Diese gesetzliche Regelung des § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2e) zielt darauf ab, eine gleiche Belastung der verschiedenen Bereiche des Eisenbahnsektors mit Anreizen zu erzielen. Nicht der Optimalzustand ist zum Maßstab des Anreizes zu machen, sondern die (aktuelle) durchschnittliche Verspätung von Verkehrsdiensten. Würden Bereiche, für die geringere Pünktlichkeitsanforderungen gelten, genauso behandelt wie andere Bereiche, entstünden für diese Verkehre relativ höhere Anreize, was die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Segments beeinträchtigen kann. Dieses Argument ist zugleich Grund für die Vorgabe, dass die Eckpunkte des Anreizsystems zwischen den Zugangsberechtigten und den Antragstellerinnen zu vereinbaren sind (vgl. Anlage 7 Ziffer 2a) zum ERegG).

### **II. 2.2.3.3 Korrekturverfahren**

Den Korrekturprozess unkorrekter Kodierungen regeln die Antragstellerinnen in der Richtlinie 420.9001 als Bestandteil der SNB. Im Genehmigungsantrag vom 21.02.2018 sind verschiedene Punkte streitig, auf die im Folgenden eingegangen wird:

- Unparteiliches Streitbeilegungssystem
- Fristigkeit des Umkodierungsprozesses.

#### **II. 2.2.3.3.1 Unparteiliches Streitbeilegungssystem**

Die beabsichtigten Regelungen in Bezug auf ein unparteiliches Streitbeilegungssystem sind nicht hinreichend, um die Anforderungen von § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2g) ERegG zu erfüllen.

Für Streitfälle in Bezug auf die leistungsabhängige Entgeltregelung ist nach Maßgabe von Anlage 7 Nr. 2g) ERegG ein unparteiliches Streitbeilegungssystem einzurichten. Die beantragten Regelungen sehen vor, dass im Streitfall ein entsprechender Antrag an die zuständige Betriebszentrale der Antragstellerinnen zu richten ist. Die Betriebszentrale fungiert als Streitbeilegungsstelle. Sie prüft den Antrag und sendet ihn nach drei Tagen zurück. Im Ablehnungsfalle werden durch die Betriebszentrale die Gründe dafür angegeben. Im Verfahren streitig war insbesondere, ob bzw. wie die Unparteilichkeit des Streitbeilegungssystems sichergestellt werden kann, wenn die Streitbeilegungsstelle nicht organisatorisch unabhängig

(externe Stelle) ist, sondern bei den Antragstellerinnen selbst angesiedelt und in die Regelprozesse integriert ist.

Die Antragstellerinnen haben als Antwort auf Fragen der Beschlusskammer zur Sicherstellung der Unparteilichkeit und Weisungsfreiheit betroffener Mitarbeiter im Rahmen der ersten Anhörung mit Schreiben vom 09.03.2018 mitgeteilt, sie beabsichtigten, die Weisungsfreiheit der Streitbelegungsstelle durch eine interne Richtlinie sicherzustellen, die dem Schreiben beigelegt sei. Eine gesetzliche Pflicht zur Veröffentlichung der Richtlinie sehe man nicht. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung trugen die Antragstellerinnen zudem vor, dass die Schaffung einer neuen bzw. externen Stelle zur Streitschlichtung kostenintensiv sei und diese Kosten wiederum vom Markt getragen werden müssten. Mit Schreiben vom 23.05.2018 verweisen die Antragstellerinnen mit Bezug auf die Eingaben der Hinzugezogenen zu 1 (vgl. im Folgenden) nochmals auf ihre Ausführungen im Schreiben vom 09.03.2018. Mit Schreiben vom 14.07.2018 führen die Antragstellerinnen aus, dass sie die Richtlinie zur Weisungsfreiheit im Nachgang der öffentlichen mündlichen Verhandlung noch präzisiert hätten und die ergänzte Fassung der Richtlinie selbigem Schreiben beigelegt sei.

Zu den beabsichtigten Regelungen mit Bezug zum unparteilichen Streitbeilegungssystem wurde von Hinzugezogenen vielfach Stellung genommen. Die Hinzugezogene zu 1 führt mit Schreiben vom 14.05.2018 aus, dass bei einer in die Antragstellerin zu 1 eingegliederten Streitbelegungsstelle Fallzahlen zu Anträgen und Entscheidungen erhoben werden sollten, damit hinreichend Transparenz über die Arbeit dieser integrierten Belegungsstelle herrsche und eine valide Grundlage für eine zukünftige Evaluierung des Streitbeilegungssystems zur Verfügung stünde. Die Hinzugezogene zu 8 führt mit Schreiben vom 06.04.2018 aus, dass bei der Vielzahl von Umkodierungsanträgen eine [unabhängige] Schlichtungsstelle unabdingbar sei. Die Hinzugezogene zu 11 fordert mit Schreiben vom 08.03.2018, dass in dem Streitbeilegungssystem vorzusehen sei, dass die Antragstellerinnen die Korrektheit der Kodierungen zu belegen hätten und nicht die EVU einen Fehler der Antragstellerinnen nachzuweisen hätten. Zudem sei ein Nachweis über die Schulung der eingesetzten Mitarbeiter durch die Antragstellerinnen zu erbringen. Der Hinzugezogene zu 14 fordert mit Schreiben vom 12.03.2018 die Einrichtung einer [unabhängigen] Schlichtungsstelle und eine Klarstellung, dass die Beweispflicht für die Richtigkeit der Kodierungen bei den Antragstellerinnen liege. Mit Schreiben vom 14.05.2018 stellt der Hinzugezogene zu 14 klar, dass auch nach der öffentlichen mündlichen Verhandlung Vorbehalte bezüglich der Unparteilichkeit der bei den Antragstellerinnen vorgesehenen Streitbelegungsstelle bestünden. Mit Schreiben vom 23.05.2018 führt der Hinzugezogene weiter aus, dass der im Nachgang der öffentlichen mündlichen Verhandlung durch die Antragstellerinnen vorgelegte Entwurf der Richtlinie, der die Unabhängigkeit von Mitarbeitern bei ihrer Tätigkeit zur Prüfung von Umkodierungsanträgen gewährleisten solle, die Bedenken der Hinzugezogenen nicht wirksam zerstreuen könne. Die Richtlinie habe letztlich nur deklaratorischen Charakter, da sie die arbeitsvertraglichen oder dienstlichen Verhältnisse zwischen den betroffenen Mitarbeitern und Vorgesetzten nicht berühre. Weiterhin ignoriere die Richtlinie den hohen Grad an informeller Konformität des unternehmerischen Handelns, so dass auch ohne ausdrückliche Betonung der Unabhängigkeit Mitarbeiter vermutlich geneigt wären, die Interessen der Antragstellerinnen in ihrem Handeln vorrangig zu berücksichtigen. Zudem sei Aufgabe eines Streitbeilegungssystems auch, u. a. in nicht mehr eindeutig aufklärbaren Sachverhalten einen Interessenausgleich herzustellen. Diese Funktion könne vermutlich nur eine externe und von Infrastrukturbetreiber und Verkehrsunternehmen unabhängige Stelle gewährleisten.

Die Beschlusskammer hält es für nicht ausreichend sichergestellt, dass die beabsichtigten Regelungen in Bezug auf ein Streitbeilegungssystem die Anforderungen von § 39 Abs. 3 i. V.

m. Anlage 7 Nr. 2g) ERegG erfüllen. Aus Sicht der Beschlusskammer ist es aus Gründen der Bürokratievermeidung und Kosteneffizienz zwar grundsätzlich möglich, keine zusätzliche externe Stelle zur Streitbeilegung zu schaffen, sondern diese Stelle in den Arbeitsprozess der Antragstellerinnen zu integrieren. Entscheidend ist dann aber, dass die mit dem Streitbeilegungsprozess beauftragten Mitarbeiter unparteiisch agieren und dass die diesbezüglichen Regelungen transparent nachvollzogen werden können. Gerade dies ist aber mit der vorgesehen internen Richtlinie – auch in dessen ergänzter Fassung (Anlage 7 zum Schreiben von 14.05.2017) – nicht sichergestellt.

Es ist zum einen mit dem Transparenzgedanken und den Regelungen zu den Inhalten der Schienennetz-Nutzungsbedingungen nicht vereinbar, dass eine Veröffentlichung der Richtlinie zur Weisungsfreiheit nicht geplant und der Genehmigungsantrag nicht auf die Richtlinie ausgeweitet worden ist. Erstens schreiben die Regelungen nach Anlage 3 Nr. 2 ERegG vor, dass in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen im Einzelnen aufzuführen ist, welche *„Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen zur Durchführung der §§ 34 bis 40 [ERegG] in Bezug sowohl auf Kosten als auch auf Entgelte angewandt werden“*. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Regelung aus Anlage 7 Nr. 2g) ERegG zunächst ein unabhängiges externes Streitbeilegungssystem als Regelfall vorsieht. Die Antragstellerinnen verfolgen mit ihrem Antrag das Ansinnen, ein integriertes Streitbeilegungssystem einzurichten und befinden sich somit außerhalb der als Regelfall definierten Systematik. Das dem integrierten Konzept inhärente Spannungsverhältnis von spezifischer Weisungsfreiheit in einem Tätigkeitsbereich und grundsätzlicher Weisungsabhängigkeit, findet sich in ähnlicher Form bei der Frage der Unabhängigkeit der Entscheidungen integrierter Betreiber der Schienenwege. Die entsprechenden Regelungen sehen hier in § 8 Abs. 4 ERegG eine Veröffentlichung entsprechender Regelungen zur Weisungsfreiheit vor: für integrierte Unternehmen sind demnach *„unternehmensinterne Regelungen zu schaffen, aufrechtzuerhalten und zu veröffentlichen, die die Einflussnahme von Dritten auf die Entscheidungen [...] unterbinden“*. Drittens ergeben sich aus Sicht der Beschlusskammer (erhöhte) Transparenzanforderungen bei einer internen Ansiedlung der Streitbeilegungsstelle aber auch aus den Zielen der Vorschriften der Anlage 7 Nr. 2g) ERegG selbst. Ziel der Regelung ist, dass streitige Angelegenheiten *„rasch bereinigt werden können“*. Diese befriedende Wirkung kann aber nicht erreicht werden, wenn die Arbeits- und Funktionsweise der Streitbeilegungsstelle trotz Kritik der Zugangsberechtigten nicht mit angemessener Transparenz zu den Regelungen entgegnet wird. Dies gilt insbesondere deshalb, da keine gewichtigen Gründe erkennbar waren, die gegen eine Aufnahme der Richtlinie in den Genehmigungsantrag gesprochen hätten.

Zum anderen ist die vorgelegte Richtlinie aber auch inhaltlich nicht geeignet, die Unparteilichkeit des integrierten Streitbeilegungssystems sicherzustellen. Die Kodierung ist weiterhin davon abhängig, dass die Netzleitzentrale, deren handelnde Personen nach der neu vorgeschlagenen Regelung erst für den nachgelagerten Validierungs- und Umkodierungsprozess weisungsfrei sein sollen, eine entsprechende Anordnung getroffen hat. Die Weisungsunabhängigkeit der Mitarbeiter der regelwerksgebenden Stelle ist in der neu beabsichtigten Regelung aufgegriffen, jedoch insoweit unklar geregelt, als dass die Mitarbeiter von Satz 1 der Regelung zum Geltungsbereich nicht erfasst sind, dann aber wohl von Satz 2. Eine Verpflichtung für die Mitarbeiter im Validierungs- und Umkodierungsprozess zur unabhängigen Entscheidung zwischen den Antragstellerinnen und den Zugangsberechtigten fehlt weiterhin. Zusätzlich zu möglichen Vorgaben für eine einheitliche Auslegung der Richtlinie 420.9001 durch die regelwerksgebende Stelle ist nunmehr eine – nicht weiter konditionierte – Möglichkeit zur Anordnung zur einheitlichen Handhabung durch die Mitarbeiter der Netzleitzentrale an alle Mitarbeiter der Betriebszentralen installiert worden. Durch entsprechende Anordnungen wird die Weisungsfreiheit der Streitbeilegungsstelle weiter eingengt.



Im Ergebnis hält es die Beschlusskammer für nicht ausreichend sichergestellt, dass die beabsichtigten Regelungen in Bezug auf ein Streitbeilegungssystem die Anforderungen von § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2g) ERegG erfüllen.

#### **II. 2.2.3.3.2 Fristigkeit des Umkodierungsprozesses**

Die von den Antragstellerinnen vorgesehene Frist von drei Tagen zur Stellung eines Umkodierungsantrags ist nicht angemessen.

Den Korrekturprozess bezüglich unkorrekter Kodierungen von Zusatzverspätungen haben die Antragstellerinnen in Ziffer 6.4.2.1 der beabsichtigten SNB und in der Richtlinie 420.9001 Abschnitt 6 „Korrekturprozess“ geregelt: *„Sind Verspätungskodierungen nach dem Validierungsprozess unkorrekt, können diese mittels eines Umkodierungsantrages innerhalb von drei Tagen beanstandet werden“*. Ziffer 6.4.2.1.2 der SNB: *„Nach der Drei-Tagesfrist eingehende Umkodierungsanträge werden nicht mehr berücksichtigt.“*

Prüfungsgegenstand ist vorliegend insbesondere Ziffer 6.4.2.1 der SNB – einmal mit Blick auf die Regelung der Drei-Tagesfrist selbst und auch mit Blick auf den Verweis auf die (bereits genehmigte) Ril 420.9001 Abschnitt 6. Durch den Verweis auf die Richtlinie zum Korrekturprozess wird der Anwendungsbereich des Korrekturprozesses ausgeweitet. Auch wenn der Korrekturprozess sich zum Zeitpunkt der Genehmigung des TPS 2019 am 17.01.2018 als angemessen dargestellt hat, kann er sich mit verändertem Anwendungsbereich auch als unangemessen darstellen. Prüfungsgegenstand ist dann primär nicht die Regelung der Richtlinie, sondern vielmehr der in diesem Verfahren beantragte Rückgriff auf die Richtlinie.

Fraglich war inhaltlich insbesondere, ob die Frist von drei Tagen zur Anmeldung von Umkodierungsbegehren angemessen ist und ab wann eine ggf. verlängerte Frist gelten kann.

Die Antragstellerinnen tragen in ihrem Entgeltgenehmigungsantrag vom 21.02.2018 vor, dass sie planen, zum Dezember 2019 im Rahmen der SNB 2020 eine neue Frist von zwölf Tagen im Korrekturverfahren der Ril 420.9001 einzuführen. Mit der Ausdehnung des Umkodierungsprozesses im Korrekturverfahren auf zwölf Tage ergäbe sich für die Eisenbahnverkehrsunternehmen eine Verlängerung der Antragsfrist von aktuell drei auf acht Tage. Eine vorzeitige Anpassung der genannten Richtlinie und möglicher Fristen sei nicht möglich, da die Richtlinie 420.9001 Bestandteil der SNB sei und Anpassungen deshalb nur im Rahmen des Regulierungsverfahrens unter Einbeziehung der Eisenbahnverkehrsunternehmen, der Bundesnetzagentur, des Regelwerkausschusses und der Mitbestimmungsgremien der Antragstellerinnen durchgeführt werden könnten. Des Weiteren seien hier erforderliche Schulungsmaßnahmen zu berücksichtigen.

Im Schreiben vom 14.05.2018 ergänzen die Antragstellerinnen nochmals, dass im regelmäßigen Fortbildungsunterricht der im Bereich Netzdisposition tätigen Mitarbeiter u. a. auch sicherheitsrelevante Sachverhalte thematisiert würden. Aus diesem Grunde erfolge die Entwicklung und Durchführung der regelmäßigen Fortbildung in Form von „Fachlicher Information und Training“ (FIT) der im Bereich Netzdisposition eingesetzten Mitarbeiter auf Grundlage festgelegter Regeln und Prozesse. Darüber hinaus seien betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen. Schulungsumfang und -inhalte würden durch ein fest etabliertes Expertenteam definiert, erarbeitet und abgestimmt. Ein Abweichen von diesem Prozess sei nicht vorgesehen. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Aspekte wäre eine kurzfristige Schulung der betroffenen Mitarbeiter sowohl aus fachlichen als auch betriebsverfassungsrechtlichen Gründen nicht möglich.

In den Stellungnahmen der Zugangsberechtigten wird die zur Genehmigung vorgelegte Regelung als zu kurzfristig kritisiert. Im Hinblick auf die künftige Erfassung aller Zugverkehre im

Anreizsystem sei die Frist von drei Tagen zur Stellung von Umkodierungsbegehren zu kurz. Die Zugangsberechtigten vertreten überwiegend die Auffassung, es sei eine Frist von mindestens fünf bzw. sieben Werktagen nach Erhalt des Stundennachweises zu gewähren. Hierzu argumentiert die Hinzugezogene zu 1 in ihrer Stellungnahme vom 12.03.2018, dass eine Frist von nur drei Tagen für Umkodierungsbegehren vorgesehen sei und diese Frist unangemessen kurz sei. Ein Abstellen auf Kalendertage höhle die Effektivität der Anreizregelung aus, da die im Einzelfall, d. h. bei aufeinanderfolgenden Sonn- und Feiertagen, Umkodierungsbegehren faktisch unmöglich gemacht würden. Es müsse den EVU möglich sein, an Werktagen die Korrekturen durchführen zu können. Ausgehend von einer regulären Arbeitswoche sei deshalb aus Sicht der Hinzugezogenen zu 1 eine Frist von mindestens fünf Werktagen zu gewähren. Auch die Hinzugezogene zu 2 argumentiert in ihrer Stellungnahme vom 09.03.2018 dass die angegebene Frist von drei Tagen nach Erhalt des Stundennachweises für ein Umkodierungsbegehren deutlich zu kurz sei, zumal sich diese Frist bei Zusendung an einem Freitag faktisch auf nur einen Arbeitstag reduzieren würde. Ein Bezug auf Arbeitstage mit angemessener Frist sei notwendig. Auch die Hinzugezogene zu 6 schließt sich in ihrer Stellungnahme vom 12.05.2018 dieser Argumentation an. Die Hinzugezogene zu 15 fordert in ihrer Stellungnahme vom 12.03.2018 eine Frist von „drei Werktagen außer Samstag“ statt drei Kalendertagen. Die Hinzugezogene zu 19 verlangt in ihrer Stellungnahme vom 06.03.2018 für einen Bezug auf „Arbeitstage mit angemessener Frist“, die Hinzugezogene zu 18 hält in ihrer Stellungnahme vom 23.05.2018 eine Frist von acht Tagen für erforderlich.

Auf Grund der Darstellungen der Antragstellerinnen und der Zugangsberechtigten hält die Beschlusskammer eine Antragsfrist von drei Kalendertagen für unangemessen kurz. Eine Ausweitung auf acht Tage, wie von den Antragstellerinnen für die kommende Netzfahrplanperiode angestrebt, ist dagegen angemessen. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Regelung Anlage 7 Nr. 2g) ERegG für die Angemessenheit der Beanstandungsfrist prägend ist. Kommt das Streitbeilegungssystem zur Anwendung, ist innerhalb von zehn Arbeitstagen eine Entscheidung zu treffen. Diese Festlegung entfaltet nach Ansicht der Beschlusskammer auch eine Ausstrahlungswirkung auf die Fristen für die Beantragung von Umkodierungen, da hierdurch das Streitbeilegungssystem einzuleiten ist.

Ein Umsetzungszeitraum für eine geänderte Antragsfrist frühestens zur Netzfahrplanperiode 2019/2020 ist nicht angemessen. Die Beschlusskammer hält es für nicht ausreichend dargelegt, dass eine Änderung der Frist erst für die Netzfahrplanperiode 2019/2020 möglich wäre. Der Vortrag der Antragstellerinnen in ihrem Schreiben vom 14.05.2018, eine Umsetzung einer geänderten Antragsfrist für Umkodierungsbegehren wäre erst mit den SNB für die Netzfahrplanperiode 2019/2020 umsetzbar, weil hierbei noch die Mitbestimmungsgremien und der Regelwerksausschuss zu beteiligen wären, überzeugt nicht. Die Antragstellerinnen unterhalten ein etabliertes System zur kurzfristigen Information ihrer Mitarbeiter, überregional in Form von „Betrieblichen Weisungen“, regional in Form von „Aufträgen“ (früher „Dienstauftrag“), in denen betroffene Personale u. a. über sicherheitsrelevante Regelwerksänderungen oder andere wichtige Sachverhalte kurzfristig und nachweislich verständigt werden. Auch die Hinzugezogene zu 1 kann gemäß ihrer Stellungnahme vom 23.05.2018 nicht nachvollziehen, weshalb die Antragstellerinnen eine Verlängerung der Korrekturfristen erst mit erheblicher Verzögerung umsetzen wollen. Die Begründung – eine Anbindung an Fortbildungs-/Schulungsmaßnahmen der betroffenen Mitarbeiter – könne die Hinzugezogene zu 1 nicht nachvollziehen. Die relevante Frist stelle eine Angabe dar, deren Änderung den im Wege einer (verbindlichen) Mitteilung an die betroffenen Mitarbeiter kommuniziert werden könne. Eine Integration in ein Schulungskonzept sei aus ihrer Sicht nicht notwendig und von den Antragstellerinnen auch nicht plausibel dargelegt worden. Die Berufung auf einen (internen)

Prozess, von denen die Antragstellerinnen nicht abweichen wollen, könne insoweit nicht genügen.

Im Hinblick auf ein bei den Antragstellerinnen bereits etabliertes System von „Betrieblichen Weisungen“ und „Aufträgen“ erscheint eine kurzfristige Umsetzung einer veränderten Frist von Umkodierungsbegehren realisierbar. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass eine tatsächliche kurzfristige Umsetzung der veränderten Frist nicht erfolgen muss, da der Antrag bereits insgesamt nicht genehmigungsfähig war.

Des Weiteren fordern verschiedene Zugangsberechtigte, die Möglichkeit eines elektronischen Datenaustauschs für Umkodierungsbegehren zu schaffen. Die Hinzugezogene zu 15 schreibt hierzu in ihrer Stellungnahme vom 12.03.2018, das Korrekturverfahren zeige sich bisher als äußerst aufwendig und zeitintensiv. Die Antragstellerinnen mögen dies künftig nicht mehr manuell über Excel-Tabellen, sondern über ein einheitliches IT-System erfolgen lassen. Der Hinzugezogene zu 18 fordert ebenfalls die Möglichkeit eines elektronischen Datenaustauschs, um den Zugangsberechtigten einen leichten Zugang zu Informations- und Korrekturmöglichkeiten zu eröffnen. Die Beschlusskammer unterstützt die Forderungen nach einer aufwands- und bürokratieminierenden Gestaltung des Umkodierungsprozesses. Soweit dienlich, scheinen auch entsprechende IT-Schnittstellen zur medienbruchfreien Abwicklung des Umkodierungsverfahrens erstrebenswert. Eine Weiterentwicklung und Optimierung der Verfahrensabläufe scheint der Beschlusskammer aber insbesondere auch mit Blick auf die Erfahrungen „im Wirkbetrieb“ sinnvoll. Eine Versagung der Regelungen mit Blick auf die vorgesehenen Verfahrensabläufe zum Umkodierungsprozess war aus Sicht der Beschlusskammer nicht geboten.

#### **II. 2.2.3.4 Verhältnis zu vertraglichen Sekundärrechten**

Die Antragstellerinnen beantragen Änderungen des Bescheides vom 17.01.2018 auch insoweit, als dass damit Regelungen zu vertraglichen Sekundärrechten genehmigt werden mögen. Dies betrifft Regelungen zur Minderung und zum Schadenersatz in Konstellationen, in denen auch Zahlungen nach dem Anreizsystem in Betracht kommen. Wegen der Ablehnung der Regelungen zum Anreizsystem können die sich ihrem Wortlaut nach darauf beziehenden und inhaltlich davon letztlich nicht abtrennbaren (siehe bereits oben, Einleitung zu Ziffer II.) Regelungen zur Minderung und zum Schadenersatz ebenfalls nicht genehmigt werden; der Genehmigungsantrag ist deshalb auch insoweit abzulehnen.

Nur hilfsweise und der Vollständigkeit halber weist die Beschlusskammer darauf hin, dass sich aus ihrer Sicht die beabsichtigten Regelungen als unangemessen und damit inhaltlich nicht genehmigungsfähig erweisen.

##### **II. 2.2.3.4.1 Minderung**

Die Antragstellerinnen beantragen die Genehmigung von Änderungen der Regelungen zur Minderung. Die beantragten Änderungen sind nicht genehmigungsfähig. Sie erweisen sich als unangemessen.

Zunächst beantragen die Antragstellerinnen die Genehmigung einer Änderung der bisher unter Ziffer 6.4.3.2 SNB vorgesehenen Regelung zur sogenannten Minderung auf Verlangen, welche mit Beschluss vom 17.01.2018 zum sogenannten TPS 2019 wie folgt antragsgemäß genehmigt wurde:

Mängel, die nicht unter Ziffer 6.4.3.1 der SNB aufgeführt sind, können nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln geltend gemacht werden. Gleiches gilt auch für

Mängel nach Ziffer 6.4.3.1, soweit ein Mängelbegehren über den dort genannten Werten geltend gemacht wird.

Die Antragstellerinnen beantragen nunmehr unter Ziffer 6.4.3.1 SNB die Änderung der antragsgemäß erteilten Genehmigung zum TPS 2019 und Genehmigung der folgenden Regelung der Minderung auf Verlangen.

#### 6.4.3.1 Minderung auf Verlangen

Die ZB können nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen Minderungen nach folgenden Maßgaben geltend machen. Eine Minderung kommt nur in Betracht, wenn Zusatzverspätungen nach Maßgabe der Ziffer 6.4.2.2.3 SNB auftreten und die Schwellenwerte nach Ziffer 6.4.2.2.3 SNB erreicht oder überschritten wurden, die jeweilige Verspätungsursache in die Zuständigkeit der DB Netz AG fällt und die DB Netz AG diese Verspätungsursache schuldhaft verursacht hat. Die Durchsetzung der Minderung durch Abzug von den geschuldeten Trassenentgelten ist ausgeschlossen. Weiterhin ist die Minderung nur zulässig, wenn die Minderung innerhalb von 15 Werktagen nach Auftreten der Verspätung der DB Netz AG angezeigt wurde. Von dem Minderungsbetrag sind jene Zahlungen in Abzug zu bringen, die dem ZB bereits auf Grundlage des Anreizsystems gemäß Ziffer 6.4.2 SNB zugeflossen sind. Weiterhin ist eine Minderung ausgeschlossen, wenn der ZB zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Minderung mit der Zahlung der Infrastrukturnutzungsentgelte in Verzug ist.

Die Antragstellerinnen begründen ihren Antrag insoweit auf den Seiten 14 bis 20 des Übertragungsschreibens zum Antrag vom 21.02.2018. Sie meinen darin, dass die Regelungen zur Minderung auf Verlangen – jedenfalls im Sinne einer Parallelwertung – mit zivilrechtlichen Vorgaben des BGB zur Angemessenheit von allgemeinen Geschäftsbedingungen, vereinbar seien. Unbeschadet der Feststellung, dass der gesetzliche Wertungsmaßstab nicht zwingend der des Mietrechts sei, seien Abweichungen von dem gesetzlichen Leitbild der Minderung bei Mietverträgen jedenfalls zulässig. Im Rahmen der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB ergebe eine Abwägung der typisierten Interessen beider Seiten, dass die einzelnen Abweichungen der Minderungsregelungen der beantragten SNB vom gesetzlichen Leitbild gerechtfertigt seien.

Weiterhin beantragen die Antragstellerinnen die Streichung der bisher in Ziffer 6.4.3.1 SNB vorgesehenen sogenannten automatischen Minderung.

Nach dieser bisherigen Regelung reduzieren die Antragstellerinnen verschuldensunabhängig und unabhängig von einem Minderungsverlangen des Zugangsberechtigten unaufgefordert das geschuldete Nutzungsentgelt in näher bestimmten anreizrelevanten Fällen. Die Minderung erfolgt danach in pauschalierter Höhe von 3,00 EUR je Zusatzverspätungsminute im SPFV, 2,00 EUR je Zusatzverspätungsminute im SPNV und 1,00 EUR je Zusatzverspätungsminute im SGV. Die Antragstellerinnen begründen die beabsichtigte Streichung der automatischen Minderung mit dem Wegfall der Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung durch eine beabsichtigte Überführung der jeweiligen Minderungsbeträge in das Anreizsystem. So sollten die jeweiligen pauschalierten Minderungsbeträge in der Berechnung einer gemeinsamen Zahlung aus Anreizsystem und Minderung aufgehen. Die vorgesehenen Zahlungen aus dem Anreizsystem ergeben sich aus den entsprechenden Minderungsbeträgen je Verspätungsminute zuzüglich eines Betrages, der den Wegfall der automatischen Minderung wirtschaftlich kompensiert. Eine entsprechende Ausgestaltung der Anreizentgelte ist in den gegenständlichen beabsichtigten Änderungen vorgesehen (vgl. hierzu Ausführungen in Abschnitt II. 2.2.3.7).

Mit Schreiben vom 14.05.2018 beantragen die Antragstellerinnen zudem hilfsweise

für den Fall, dass die Bundesnetzagentur unsere mit Schreiben vom 21.02.2018 vorgelegte Regelung zur Ziffer 6.4.3.1 „Minderung auf Verlangen“ nicht genehmigt, die derzeitige Ziffer 6.4.3.1 „automatische Minderung“ ersatzlos zu streichen, so dass die Schienen-Benutzungsbedingungen keine Regelung zur Minderung mehr enthalten.

Die Antragstellerinnen führen zur Begründung ihres Hilfsantrages aus, dass nach dem ERegG und der zugrundeliegenden Richtlinie 2012/34/EU eine zwingende Minderungsmöglichkeit für die Zugangsberechtigten nicht vorgesehen sei. Sie seien daher nicht verpflichtet eine solche Regelung vorzusehen, zumal die Zugangsberechtigten durch die Überführung der wirtschaftlichen Effekte der bisherigen Regelungen zur automatischen Minderung in das Anreizsystem bei einem Wegfall der Minderung auf Verlangen nicht unzulässig benachteiligt würden.

Die Beschlusskammer hat die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 02.03.2018 dazu angehört, warum eine Änderung der gegenständlichen Regelungen aus Sicht der Antragstellerinnen erforderlich ist. Mit einem zweiten Auskunftersuchen vom 12.03.2018 hat die Beschlusskammer die Antragstellerinnen zur Angemessenheit der beantragten Änderung angehört; insbesondere dazu, inwieweit die beabsichtigte Regelung nach gegebenenfalls hilfsweise heranzuziehenden zivilrechtlichen Wertungen mit dem gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages vereinbar ist. Weitere Gelegenheit zur Abgabe von Stellungnahmen haben die Beteiligten im Nachgang zur öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 03.05.2018 erhalten.

Die Antragstellerinnen meinen in ihrer Stellungnahme vom 09.03.2018 auf die erste Anhörung, dass die beantragten Änderungen erforderlich seien, da sich die gesetzliche Grundlage insoweit geändert habe und die Regelung der Minderung hierdurch mit den Regelungen zum Anreizsystem in Einklang zu bringen seien. Sie führen hierzu insbesondere weiter aus, dass durch die Einführung des ERegG die gesetzliche Pflicht zur Entgeltminderung aus § 21 Abs. 6 Satz 2 EIBV weggefallen sei.

In ihrer Stellungnahme vom 19.03.2018 auf die zweite Anhörung tragen die Antragstellerinnen zur Angemessenheit der beantragten Änderung der Regelung zur Minderung auf Verlangen vor. Sie meinen im Wesentlichen zunächst, dass ein Rückgriff auf mietrechtliche Wertungen ausgeschlossen sei. Mietvertragliche Elemente des Trassennutzungsvertrags würden im Verhältnis zu den zugleich erbrachten Planungs- und Koordinierungsleistungen nicht derart überwiegen, dass insgesamt von einer Anwendbarkeit des Mietrechts ausgegangen werden könne. Zudem seien auch die ordnungspolitischen Annahmen des gesetzlich geregelten mietvertraglichen Leistungsstörungsrechts nicht auf den Trassennutzungsvertrag übertragbar. Es fehle nämlich an der Notwendigkeit der Wiederherstellung einer wirtschaftlichen Äquivalenz durch eine Minderungsregel, wenn diese Äquivalenz bereits auf anderem Wege wieder hergestellt wird. Dies sei durch die Regelungen des Anreizsystems bereits der Fall. Die Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB sei zudem eine mietrechtliche Besonderheit, welche daher eng auszulegen sei.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung und den nachfolgenden Stellungnahmen vom 14.05.2018 und dem 23.08.2018 wiederholen die Antragstellerinnen im Wesentlichen diesen Vortrag. Weiterhin führen sie in der öffentlichen mündlichen Verhandlung wie folgt aus. Gegen die Annahme der Übertragbarkeit von mietvertraglichen Regelungen spreche auch, dass die Antragstellerinnen nach ihrem Eisenbahnregelwerk das Recht hätten, Nutzer etwa im Falle von Störungen auf einen anderen Laufweg als zunächst im Trassennutzungsvertrag vereinbart, umzuleiten. Diese Befugnis, einen anderen als den zunächst vereinbarten Leistungsgegenstand zu leisten, sei dem Mietrecht grundlegend fremd. Jedenfalls sei die Wer-

tung des § 536 BGB aus dem Grund kein tauglicher Maßstab, dass dieser für Wohnraummietverträge gelte und nicht auch für Gewerbemietverträge. Die Regelungen des Gewerbemietrechts erlaubten insbesondere auch ein Verschuldenserfordernis für Minderungsverlangen vorzusetzen. Es handele sich bei dem Trassennutzungsvertrag daher um einen allgemeinen Gestattungsvertrag, auf den die Wertungen des Mietrechts im Allgemeinen und des § 536 BGB im Besonderen, nicht anzuwenden seien.

Aus dem Kreis der Hinzugezogenen wurden die beantragten Änderungen der Genehmigung kritisch beurteilt. Sie wenden sich insbesondere dagegen, dass eine Minderung nach Ziffer 6.4.3.1 der beantragten SNB zukünftig nicht mehr automatisch, sondern nur noch auf ein entsprechendes Verlangen der Zugangsberechtigten hin erfolgen soll, dass eine Minderung danach nicht mehr verschuldensunabhängig möglich sein soll und dass die Ausschlussfrist von 15 Tagen für ein Minderungsverlangen zu kurz sei. Zum Teil wurde auch kritisiert, dass die Minderung nur noch in Fällen möglich sein soll, in denen Zusatzverspätungen nach Maßgabe der Ziffer 6.4.2.2.3 SNB auftreten. Eine derartige Begrenzung des gesetzlichen Minderungsrechts auf anreizrelevante Schlechtleistungen verstoße gegen AGB-rechtliche Wertungen und sei daher rechtswidrig.

Die mit dem Hauptantrag vom 21.02.2018 beantragte Änderung des Beschlusses zum TPS 2019 vom 17.01.2018 und auf Genehmigung der zugleich beantragten geänderten Regelungen zur Minderung ist nicht genehmigungsfähig.

Die beantragten Regelungen erweisen sich als rechtswidrig. Sie verstoßen gegen das Angemessenheitsgebot des § 39 Abs. 1 ERegG.

Dies gilt zunächst für die beantragte Änderung der Regelung zur Minderung auf Verlangen in Ziffer 6.4.3.2 der SNB der Antragstellerinnen.

Die beabsichtigte Regelung stellt sich als unangemessene Entgeltregelung gegenüber den Zugangsberechtigten dar und ist daher nach § 39 Abs. 1 ERegG nicht genehmigungsfähig.

Der Begriff der Angemessenheit wird, abgesehen von den Regelbeispielen in § 32 Abs. 2 Satz 2 ERegG, nicht weiter präzisiert. Sie dient ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 39 Abs. 1 ERegG als Auffangtatbestand für Sachverhalte, für die es keine gesetzlich normierte Entgeltbildung gibt (BT-Drs. 18/8334, S. 201). Weiter heißt es dort wörtlich: „Eine solche Regelung ist zum Beispiel erforderlich, um einen Maßstab für Entgelte im Falle von Sekundärrechtsansprüchen zu haben, also bei einer Minderung von Trassenentgelten im Falle einer Schlechtleistung des Betreibers der Schienenwege.“

Die Regelung trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die genehmigten Entgelte und Entgeltgrundsätze einerseits gemäß § 45 Abs. 2 Satz 3 ERegG als billiges Entgelt im Sinne des § 315 BGB gelten sollen und mithin von einer zivilgerichtlichen Kontrolle insoweit ausgeschlossen sind. Andererseits muss sich ein Trassennutzungsvertrag als (wenn auch öffentlich-rechtlich überformter) zivilrechtlicher Vertrag, wie jeder andere Netznutzungsvertrag, neben den speziellen Regelungen des sektorspezifischen Rechts zudem an den allgemeinen Vorgaben des BGB, insbesondere den Vorschriften zur AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB messen lassen (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 20 Rn. 4-22, beck-online). Geschäftsbedingungen, die sich bereits nach dem Maßstab der allgemeinen AGB-Kontrolle als unangemessene Benachteiligung der Vertragsgegenseite erweisen, stellen erst recht eine unangemessene Nutzungsbedingung eines Netzmonopolisten gegenüber den Zugangsberechtigten dar.

Die Angemessenheitsprüfung gibt daher einen zweistufigen Prüfungsaufbau vor:

Zunächst ist zu prüfen, ob und inwieweit die zu überprüfende Regelung dem sektorspezifischen Recht entspricht. Soweit eine Regelung zwingendes Recht ist und dem Infrastrukturbetreiber kein Spielraum verbleibt, ist durch die gesetzliche Vorgabe die Angemessenheit der Regelung vorgegeben. Soweit dem Infrastrukturbetreiber Spielraum verbleibt, ist dieser Spielraum durch eine Angemessenheitskontrolle im engeren Sinne zu überprüfen (so auch zur bisher möglichen zivilrechtlichen Missbrauchskontrolle: BGH, KZR 18/10, Rz. 17). Für diese Angemessenheitskontrolle bietet sich in einem ersten Schritt eine Anlehnung an die Vorgaben zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 307 BGB an. § 307 Abs. 2 BGB enthält insofern Maßstäbe zur Bewertung einer unangemessenen Benachteiligung eines Vertragspartners, die durch die Rechtsprechung näher ausgestaltet worden sind (Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG § 21 Rn. 26-63, beck-online). Das AGB-Recht bietet hier eine gesetzlich normierte Abwägungsgrundlage, die vergleichbare Situationen bereits einer Grundentscheidung zugeführt hat. Daraus folgt, dass sich die tradierte Dogmatik zur Verteilung von Risiken und Leistungspflichten aus § 305 ff. BGB auf das Tatbestandsmerkmal übertragen lässt. So muss sich jede Bedingung des EIU für den Zugang daran messen lassen, ob sie zu einer grundlegenden Störung des Gleichgewichts vertraglicher Rechte und Leistungen führen würde (Wurmnest, in: Münchner Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2016, § 307 Rn. 52).

Dabei darf nicht vergessen werden, dass § 307 BGB eine Negativabgrenzung vornimmt. Regelungen, die gegen § 307 BGB verstoßen, sind bereits von Gesetzes wegen unwirksam. Ein Verstoß gegen § 307 BGB ist damit die größtmögliche Ausprägung einer unangemessenen Bedingung. Was verboten ist, gar unwirksam, kann nicht angemessen sein. Gleichzeitig ist aber nicht jede Regelung, die nicht direkt unwirksam ist, auch angemessen. Hierzu bedarf es gegebenenfalls einer weiteren individuellen Auseinandersetzung mit der Regelung selbst und allen weiteren zur Verfügung stehenden Rechtsquellen. Insbesondere ist festzustellen, ob und inwieweit eine Regelung einer zivilrechtlichen Vorprägung im (häufig dispositiven) allgemeinen Recht entspricht. Das allgemeine Recht bietet die Vorprägung der Angemessenheit. Der Gesetzgeber hat die Bedingungen formuliert, die er im Allgemeinen für angemessen hält. Zwar darf der Infrastrukturbetreiber von diesen allgemeinen Regelungen grundsätzlich auch abweichen. Jedoch muss die Abweichung eben angemessen sein, also unter Berücksichtigung der Ziele des sektorspezifischen Rechts eine ausgewogene Zweck-Mittel-Relation aufweisen.

Die Folgen einer Regelung für die Zugangsberechtigten (genauer: für die beabsichtigten Vertragsverhältnisse) sind daher im Lichte der Vorgaben von § 3 ERegG, also

1. der Steigerung des Anteils des schienengebundenen Personen- und Güterverkehrs am gesamten Verkehrsaufkommen
2. der Wahrung der Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Wahrung der Interessen der Verbraucher,
3. der Förderung von Investitionen der Eisenbahninfrastruktur- und -verkehrsunternehmen und die Unterstützung von Innovationen,
4. der Förderung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnmarktes und
5. der Gewährleistung eines sicheren, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs der Eisenbahninfrastruktur,

mit den Gründen des Infrastrukturbetreibers für eine Regelung abzuwägen.

Nach diesen Maßstäben erweist sich die vorgesehene Streichung der automatischen Minderung als unangemessen. Nach der Wertung des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB benachteiligt sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, da sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Aus Sicht der Beschlusskammer dürfte insoweit der Gestattungsvertrag als Maßstab heranzuziehen sein, wie er in Form des Mietvertrages als dem gesetzlichen Leitbild für die entgeltliche Gebrauchsüberlassung von Sachen gesetzlich näher ausgestaltet ist. Wie bereits in der Anhörung vom 12.03.2018 dargelegt, sieht die Beschlusskammer es hierbei als unschädlich an, dass neben der eigentlichen Gebrauchsüberlassung auch weitere Planungs- und Koordinierungsleistungen geschuldet sind. An diesen besteht nämlich kein eigenständiges, den Vertrag prägendes Hauptleistungsinteresse des Leistungsgläubigers. Vielmehr dienen diese weiteren Leistungen lediglich der Ermöglichung und störungsfreier Inanspruchnahme der primär geschuldeten Nutzungsüberlassung der jeweiligen Zugtrassen. Die weiteren Planungs- und Koordinierungsleistungen stellen sich damit als typische Nebenleistungspflichten dar, die bei der Bestimmung des maßgeblichen Vertragstyps unbeachtlich sind.

Soweit die Antragstellerinnen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ausführten, dass gegen eine Übertragbarkeit von mietvertraglichen Regelungen auch spreche, dass die Antragstellerinnen nach ihrem Eisenbahnregelwerk das Recht hätten, Nutzer auf einen anderen Laufweg als zunächst im Trassennutzungsvertrag vereinbarten, umzuleiten folgt die Beschlusskammer diese Rechtsansicht nicht. Diese Befugnis, einen anderen als den zunächst vereinbarten Leistungsgegenstand zu leisten, ist dem Mietrecht entgegen der Ansicht der Antragstellerinnen nicht grundlegend fremd. Entsprechende Regelungen im Eisenbahnregelwerk, etwa die Richtlinie 420.0211 „Operatives Umleiten veranlassen“ aus dem betrieblich-technischen Regelwerk der Antragstellerinnen werden als Teil der SNB zum Vertragsbestandteil zwischen den jeweiligen Parteien. Sie dürften lediglich eine nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zulässige schuldrechtlich vereinbarte Ersetzungsbefugnis der Leistungsschuldnerin darstellen. Das eine derartige Ersetzungsbefugnis im Mietrecht ausscheidet ist weder konkret vorgetragen, noch sonst ersichtlich.

Die Antragstellerinnen tragen zudem in ihrer Stellungnahme vom 19.03.2018 und in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor, dass das mietvertragliche Leistungsstörungsrecht als Maßstab für eine zivilrechtliche Parallelwertung auch aus dem Grund ausscheidet, dass die ordnungspolitischen Annahmen des gesetzlich geregelten Leistungsstörungsrechts unter der Bedingung eines Anreizsystems auf den Trassennutzungsvertrag nicht zutreffen würden. Anliegen des Minderungsrechtes sei es, eine gestörte wirtschaftliche Äquivalenz wiederherzustellen, wofür dann kein Bedürfnis mehr bestünde, wenn die Äquivalenz bereits durch andere Instrumente – hier durch anreizrelevante Abrechnungen – wiederhergestellt worden sei.

Aus Sicht der Beschlusskammer verkennt diese Sichtweise hingegen die unterschiedlichen Zweckrichtungen der Minderung und des Anreizsystems. Das Anreizsystem soll unmittelbar dazu beitragen, dass die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur im Interesse aller Nutzer zukünftig verbessert wird, wogegen das Entgeltminderungsgebot solche Wirkungen nur mittelbar entfalten kann, jedoch zuvörderst darauf gerichtet ist, im konkreten Fall der mangelhaften Leistung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens die Gegenleistung anzupassen (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.09.2011, Az. 6 C 17/10, Rz. 51 mit Verweis auf *Kramer*, N&R 2010, 57 (60) und *Steinmann/Kirchhartz/Danz*, N&R 2009, 114 (117 f.)).

Der Gesetzgeber hat daher vor dem Hintergrund eines bereits bestehenden Leistungsstörungsregimes das Anreizsystem gerade als zusätzliches Instrument der Qualitätsverbesserung



rung geschaffen. Damit war offenkundig bezweckt, ein System zu schaffen, das über die bestehenden Möglichkeiten der Wiederherstellung einer bloßen wirtschaftlichen Äquivalenz hinausreicht. Dieses Ziel eines zusätzlichen Anreizes würde hingegen verfehlt, soweit die gezahlten Anreizentgelte bei der Berechnung einer Minderung oder eines Schadenersatzes wiederum in Abzug gebracht würden. Der gesetzlichen Vorgabe zur Schaffung eines Anreizsystems hätte es dann schon nicht bedurft.

Ein derartiges Verständnis von einem kumulativen Nebeneinander des Anreizsystems einerseits und gesetzlichen Sekundärrechten drückt sich nicht zuletzt auch in dem Hauptantrag der Antragstellerinnen auf Streichung der Regelung zur automatischen Minderung selbst aus. Soweit diese nämlich die Angemessenheit der Streichung damit begründen, dass eine unangemessene Benachteiligung der Zugangsberechtigten nicht drohe, da die vorgesehenen Zahlungen aus dem Anreizsystem um die entsprechenden Minderungsbeträge je Verspätungsminute *angehoben* würden, geht sie offensichtlich ebenfalls davon aus, dass eine Addition der jeweiligen Beträge vorgesehen ist.

Die Antragstellerinnen meinen schließlich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass jedenfalls nicht auf die Regelungen des Wohnraummietrechts abzustellen sei. Allenfalls sei auf die Regelungen des Gewerbemietrechts abzustellen. Soweit sich die Antragstellerinnen hiermit gegen eine Anwendbarkeit der Regelung aus § 536 Abs.1 BGB wenden wollen, folgt die Beschlusskammer diesem Vortrag nicht. Die Regelung zur Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB steht im Untertitel 1 der Regelungen zum Mietrecht bei den allgemeinen Vorschriften zum Mietrecht und gilt damit nicht nur für Wohnraummietverträge.

Nach dem daher maßgeblichen gesetzlichen Leitbild der Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB mindert sich die Miete im Fall von Mängeln bereits kraft Gesetzes. Dem Mieter steht demnach eine rechtsvernichtende Einwendung gegen den Zahlungsanspruch zu. Von diesem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung weicht die beantragte Regelung zur Minderung auf Verlangen zum Nachteil der Zugangsberechtigten ab. Die beabsichtigte Bestimmung in Ziffer 6.4.3.1 der SNB wonach eine Minderung nur in Betracht kommt, wenn der Zugangsberechtigte die Minderung innerhalb von 15 Werktagen nach Auftreten der Verspätung den Antragstellerinnen anzeigt (Satz 4) ist mit diesem Grundgedanken nicht zu vereinbaren.

Nach dem Gesetzlichen Leitbild setzt die Minderung nach § 536 BGB zudem kein Verschulden des Leistungsschuldners voraus. Es stellt erneut einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung dar, dass die Miete verschuldensunabhängig gemindert ist. Die beantragte Bestimmung in Ziffer 6.4.3.1. Satz 2 der SNB, wonach hiervon abweichend eine Minderung nur in Betracht kommt, wenn die Antragstellerinnen die Verspätungsursache zu vertreten haben, ist mit diesem Grundgedanken erneut nicht zu vereinbaren.

Eine Beschränkung auf nur bestimmte Arten von Mängeln ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werden soll, ebenfalls nicht. Diese wäre auch nicht mit dem wesentlichen Grundgedanken der Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB vereinbar, nach dem die wirtschaftliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung umfassend gesichert werden soll. Die Beschränkung des Minderungsrechts auf Mängel in Form von Zusatzverspätungen nach Ziffer 6.4.3.1 Satz 2 SNB entspricht daher den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung aus § 536 Abs. 1 BGB nicht. Ausgeschlossen wäre danach eine Minderung in allen Fällen, in denen Mängel nicht zu anreizrelevanten Verspätungen führen (z. B. wenn ein Zug wegen infrastruktureller Mängel zwar pünktlich, aber nicht mit der vorgesehenen Tonnage durchgeführt werden kann).

Schließlich sieht die Beschlusskammer auch in der beabsichtigten Verrechnung des Minderungsbetrages mit Zahlungen aus dem Anreizsystem nach Ziffer 6.4.3.1 Satz 5 der beantragten Regelung einen Verstoß gegen die grundsätzlichen Wertungen der gesetzlichen Regelung aus § 536 Abs. 1 BGB. Das Minderungsrecht soll im Fall einer mangelhaften Leistung des Vermieters die Gegenleistung entsprechend anpassen um die wirtschaftliche Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu sichern. Durch eine Kürzung des Minderungsbetrages um den Betrag des Anreizentgeltes würde dieses Ziel einer verhältnismäßigen Kürzung auf Ebene der Minderung zunächst verfehlt. Dass sodann zwar ein Anreizentgelt in Höhe dieses Fehlbetrages gezahlt wird, vermag die Vermutungsregel in § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht zu erschüttern, wonach eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regel abgewichen wird. Wie bereits zuvor ausgeführt verfolgen die Minderung einerseits und das Anreizsystem andererseits nämlich unterschiedliche Zweckrichtungen. So soll das Anreizsystem gerade ein über das ohnehin bestehende gesetzliche Leistungsstörungenrecht hinausgehendes, zusätzliches Instrument zur Qualitätsverbesserung darstellen. Eine Verrechnung der Minderungsbeträge mit Zahlungen aus dem Anreizsystem würde diesem Ziel zuwider laufen. Danach verbietet sich eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung, nach der die Kürzung auf Ebene der Minderung durch eine zusätzliche Zahlung des Anreizentgeltes in Höhe des Fehlbetrages ausgeglichen werden könnte.

Die mit dem Hauptantrag vom 21.02.2018 weiterhin beantragte Streichung der bisher in Ziffer 6.4.3.1 der SNB der Antragstellerinnen vorgesehenen Regelung zur automatischen Minderung ist nicht genehmigungsfähig.

Die Beschlusskammer hegt zwar keine grundsätzlichen Bedenken gegen die von den Antragstellerinnen beabsichtigte Überführung der wirtschaftlichen Effekte einer pauschalierten Minderung für die in Ziffer 6.4.3.1 lit. a) bis d) der SNB der Antragstellerinnen vorgesehenen Fälle anreizrelevanter Mängel, die aufgrund einer Störung zu Zusatzverspätungsminuten geführt haben, in die Regelungen zum Anreizsystem. Insoweit handelte es sich nur um eine andere Ausgestaltung des System nach dem die Auszahlungen vorgenommen werden, ohne nachteilige Auswirkungen auf die Zugangsberechtigten.

Doch steht einer Genehmigung entgegen, dass die entsprechende Erhöhung der Zahlungen nach dem Anreizsystem in Folge der auch im Übrigen abweisenden Entscheidung der Beschlusskammer zu den Regelungen des Anreizsystems der Antragstellerinnen nicht wirksam wird. Eine Genehmigung der beantragten Streichung der Regelung zur automatischen Minderung bedeutete damit gerade keine Überführung der wirtschaftlichen Effekte in das Anreizsystem, sondern eine zunächst ersatzlose Streichung der entsprechenden Minderungsbeträge. Eine ersatzlose Streichung der bisherigen automatischen Minderung in den betreffenden Fällen stellte sich hingegen als unangemessene Entgeltregelung gegenüber den Zugangsberechtigten dar und ist daher nach § 39 Abs. 1 ERegG nicht genehmigungsfähig. Das gänzliche Fehlen einer Minderungsregel für Fälle von anreizrelevanten Mängeln stellt nämlich erst Recht einen Verstoß gegen die, zur Ausfüllung des Begriffs der Angemessenheit hilfsweise heranzuziehenden zivilrechtlichen Wertungen aus § 307 Abs. 1 und 2 Nr.1 BGB i.V.m. § 536 Abs. 1 BGB dar. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Die mit dem Hilfsantrag vom 14.05.2018 beantragte ersatzlose Streichung der derzeit in Ziffer 6.4.3.1 geregelten automatischen Minderung für den Fall, dass die Beschlusskammer die mit Schreiben vom 21.02.2018 vorgelegte Regelung zur Ziffer 6.4.3.1 „Minderung auf Verlangen“ nicht genehmigt, wird abgelehnt.

Die ersatzlose Streichung der automatischen Minderung aus Ziffer 6.4.3.1 der SNB stelle eine unangemessene Entgeltregelung nach § 39 Abs. 1 ERegG dar. Es würde in diesem Fall insgesamt an einer Minderungsregelung in den SNB der Antragstellerinnen fehlen. Denn im Falle des Eintritts der prozessualen Bedingung für den Hilfsantrag, mithin der Versagung der begehrten Änderungen der Regelung zur Minderung auf Verlangen, fehlte es auch insoweit im geänderten Antrag der Antragstellerinnen an einer Minderungsregel (hierzu unten unter Ziffer II. 2.2.4 des Beschlusses). Das gänzliche Fehlen einer Minderungsregel stellte jedoch erst Recht einen Verstoß gegen die zur Ausfüllung des Begriffs der Angemessenheit hilfsweise heranzuziehenden zivilrechtlichen Wertungen aus § 307 Abs. 1 und 2 Nr.1 BGB i.V.m. § 536 Abs. 1 BGB dar. Insoweit wird erneut auf die obigen Ausführungen verwiesen.

#### **II. 2.2.3.4.2 Schadenersatz**

Die Antragstellerinnen begehren die Genehmigung einer Regelung zum Schadenersatz. Die beantragten Änderungen erweisen sich als unangemessen.

Die Antragstellerinnen beantragen unter der neu einzufügenden Ziffer 6.4.3.2 der beantragten SNB die Änderung der Genehmigung zum TPS 2019 und Genehmigung der folgenden Regelung zum Ausschluss von Schadenersatzansprüchen der Zugangsberechtigten bei gleichzeitigen Zahlungen über das Anreizsystem.

6.4.3.2 Ausschluss von Schadenersatzansprüchen der Zugangsberechtigten bei Buchungen im Anreizsystem zu Gunsten der Zugangsberechtigten

Wird wegen einer Verspätung ein Anreizentgelt nach den Regeln des Anreizsystems (Ziffer 6.4.2 der SNB) zu Gunsten eines Zugangsberechtigten verbucht, stehen dem Zugangsberechtigten wegen derselben Verspätung keine Schadenersatzansprüche gegen die DB Netz AG zu.

Danach sollen einem Zugangsberechtigten wegen einer Verspätung, für die bereits ein Anreizentgelt nach den Regeln des Anreizsystems zu Gunsten des Zugangsberechtigten verbucht worden ist, keine Schadenersatzansprüche gegen die Antragstellerinnen mehr zustehen. Diese Rechtsfolge soll unabhängig von der Höhe des Schadens bzw. eines gezahlten Anreizentgeltes gelten.

Die Antragstellerinnen begründen ihren Antrag insoweit zunächst auf Seite 26 des Übersendungsschreibens zum Antrag vom 21.02.2018 und in ihrer Stellungnahme vom 19.03.2018. Sie meinen im Wesentlichen, dass die Regelung eine vermeintliche Überkompensation der Zugangsberechtigten durch eine Kumulation von Ausgleichszahlungen nach dem Anreizsystem und Schadenersatzzahlungen vermeide. Es sei weder Anliegen des ERegG noch des BGB, eine Überkompensation der Zugangsberechtigten herbeizuführen. Das Anreizsystem wolle nicht erreichen, dass eine der beteiligten Seiten von Verspätungen wirtschaftlich profitiert, sondern nur für die andere Seite den Anreiz setzen, Verspätungen zu vermeiden. Das in §§ 249ff. BGB geregelte zivilrechtliche Schadenersatzregime folge dem Gedanken, dass der Geschädigte so zu stellen sei, wie er ohne das schädigende Ereignis stünde. Dies schließe aus, dass der Geschädigte vom schädigenden Ereignis im Sinne einer Überkompensation profitiert. Zudem ergebe sich auch ohne Überkompensation ein genügender Anreiz Störungen zu vermeiden. Dies ergebe sich daraus, dass es deutlich leichter sei Zahlungen aus dem Anreizsystem zu bekommen, als Schadenersatzansprüche, welche insbesondere ein Verschulden voraussetzten. Umgekehrt habe derjenige, der eine Störung verursache, unter diesen erleichterten Voraussetzungen in das Anreizsystem einzuzahlen und daher einen Anreiz Störungen zu vermeiden.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung erläutern die Antragstellerinnen weiter, warum die beabsichtigte Regelung aus ihrer Sicht erforderlich sei. So sei vermehrt zu beobachten, dass Zugangsberechtigte wegen Verspätungen Schadenersatzforderungen geltend machen, die ihrer Höhe nach zu großen Teilen daher rühren, dass die Zugangsberechtigten ihrerseits in den Verkehrsverträgen mit den Aufgabenträgern hohe Strafzahlungsversprechen bei Verspätungen eingegangen seien. Diese vertraglichen Strafzahlungen bei Verletzungen der vereinbarten Pünktlichkeitsziele würden über Schadenersatzforderungen gegenüber den Antragstellerinnen an diese weitergereicht.

Aus dem Kreis der Hinzugezogenen wurde der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen bei Buchungen im Anreizsystem kritisiert.

Die beantragte Regelung erweist sich als rechtswidrig. Sie verstößt gegen das Angemessenheitsgebot des § 39 Abs. 1 ERegG.

Eine Kombination von Schadenersatzansprüchen und Anreizentgelten stellt keine ungewollte Überkompensation dar. Das Anreizsystem soll gerade als zusätzliches Instrument der Qualitätsverbesserung neben die ohnehin bestehenden Rechte aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht treten. Das gesetzgeberische Ziel, einen zusätzlichen Anreiz zu schaffen würde verfehlt, wenn Anreizentgelte einen Schadenersatz ausschließen. Insbesondere ist auch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Anreizsystems lediglich eine Erleichterung der Durchsetzungsmöglichkeiten bestehender Regelungen des Leistungsstörungenrechts bezweckt hätte. Insoweit wird ergänzend auf die entsprechenden Ausführungen zur Minderung auf Verlangen verwiesen.

Die beabsichtigte Regelung in Ziffer 6.4.3.2 der beantragten SNB stellt zudem schon aus dem Grund eine unangemessene Entgeltregelung nach § 39 Abs. 1 ERegG dar, dass diese einseitig die gesetzlichen Rechte der Zugangsberechtigten im Falle von anreizrelevanten Verspätungen beschränkt, jedoch keine entsprechende Beschränkung des Schadenersatzanspruches auch zulasten der Antragstellerinnen selbst vorsieht. Erhielten die Antragstellerinnen nach dem beantragten Entgeltsystem wegen einer Verspätung nach Ziffer 6.4.2 der SNB Zahlungen aus dem Anreizsystem, wären zusätzliche und gegebenenfalls weitergehende Schadenersatzansprüche gegen die verursachenden Zugangsberechtigten nicht gleichermaßen ausgeschlossen. Es ist insoweit kein Umstand ersichtlich, der eine solche Ungleichbehandlung im Rahmen einer Abwägung der jeweiligen Interessenslagen rechtfertigen könnte. Insbesondere dürfte auch in der Behauptung der Antragstellerinnen, dass die Zugangsberechtigten oftmals hohe Strafzahlungsversprechen gegenüber den Aufgabenträgern über Schadenersatzverlangen an die Antragstellerinnen weiterreichen würden, keinen solchen Umstand bedeuten. Denn das Prinzip der Totalrestitution ist gerade ein tragendes Prinzip des Schadenersatzrechtes. Der Geschädigte soll wirtschaftlich so gestellt werden, wie er stünde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Damit sind aber grundsätzlich auch solche Schäden erfasst, die aus einem obligatorischen Strafversprechen des Geschädigten gegenüber Dritten herrühren. Sofern aus Sicht der Antragstellerinnen durch ein derartiges obligatorisches Strafversprechen eines Zugangsberechtigten im Ergebnis eine unbillige Schadensverlagerung auf sie erfolgt, obliegt es den Antragstellerinnen dem Schadenersatzverlangen des Zugangsberechtigten im Einzelfall zivilrechtlich entgegen zu treten. Ein pauschaler Ausschluss von Schadensersatzansprüchen über die SNB für sämtliche Fälle von anreizrelevanten Buchungen, kann hierdurch hingegen nicht gerechtfertigt werden. Bemerkenswert erscheint aus Sicht der Beschlusskammer in diesem Zusammenhang zudem, dass die vermeintliche Überkompensation durch eine Kombination aus Schadenersatz und Anreizentgelt von den Antragstellerinnen insoweit offensichtlich nicht

befürchtet wird, wie diese in Folge des nur einseitig wirkenden Ausschlusses des Schadenersatzes bei ihnen selbst eintreten könnte.

Der beantragte Ausschluss von Schadensersatzansprüchen der Zugangsberechtigten bei Buchungen im Anreizsystem zugunsten der Zugangsberechtigten stellt zudem auch einen Verstoß gegen die, zur Ausfüllung des Begriffs der Angemessenheit hilfsweise heranzuziehenden zivilrechtlichen Wertungen aus § 309 Nr. 7 BGB dar. Danach ist eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Wertungsmöglichkeiten unwirksam, die einen Haftungsausschluss unter anderem auch bei einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders vorsieht. Dies ist bei der beabsichtigten Regelung hingegen der Fall. Nach deren Wortlaut sind Schadensersatzansprüche nämlich auch dann ausgeschlossen, wenn die schadenverursachenden Verspätungen, derentwegen bereits ein Anreizentgelt nach Ziffer 6.4.2. der SNB zugunsten eines Zugangsberechtigten verbucht wurde, auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung der Antragstellerinnen beruht.

Soweit die Antragstellerinnen meinen, ein ausreichender Anreiz zur Vermeidung von Verspätungen sei jedenfalls dadurch gegeben, dass derjenige, der eine Störung verursache, unter erleichterten Voraussetzungen in das Anreizsystem einzuzahlen und daher einen Anreiz Störungen zu vermeiden habe, folgt die Beschlusskammer dieser Ansicht nicht. Es erscheint insoweit bereits fraglich, ob tatsächlich von einer solchen vereinfachten Voraussetzung der Zahlung nach dem Anreizsystem ausgegangen werden kann. Zwar setzen die Regeln des Anreizsystems unter Ziffer 6.4.2 der SNB nach ihrem Wortlaut kein Verschulden voraus. Doch werden die anreizrelevanten Kodierungen nach Ziffer 6.4.2.2.1 der beantragten SNB jeweils entweder der Zuständigkeit der DB Netz AG oder eines EVU zugerechnet. Diese Zuordnung zu den jeweiligen Zuständigkeitsbereichen beruht (jedenfalls in generell-typisierender Betrachtung) auf der Annahme einer entsprechenden Verantwortlichkeit für die jeweilige Verspätungsursache. Es dürfte sich damit jedenfalls typischerweise bei solchen Verspätung, derentwegen ein Anreizentgelt nach den Regeln des Anreizsystems zu Gunsten eines Zugangsberechtigten verbucht wurde, um eine von den Antragstellerinnen verschuldete Verspätung handeln. Eine im Ergebnis vergleichbare Verschuldensvermutung findet sich hingegen auch in der für den vertraglichen Schadenersatz maßgeblichen Bestimmung in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein ausreichender Anreiz folgt aus dieser Überlegung der Antragstellerinnen aber auch im Übrigen nicht. Wie bereits ausgeführt wurde, bezweckte der Gesetzgeber bei der Schaffung des Anreizsystems gerade einen zusätzlichen Anreiz für Qualitätsverbesserungen zu schaffen, der über die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts hinausgeht. Beabsichtigt ist damit gerade eine Kumulation der Zahlungen, sofern die jeweiligen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind. Ein verbleibender Anreizeffekt durch die in bestimmten atypischen Einzelfällen möglicherweise gegebenen erleichterten Voraussetzungen für Einzahlungen nach dem Anreizsystem bliebe damit jedenfalls erheblich hinter diesen gesetzgeberisch bezweckten Anreizwirkungen zurück.

#### **II. 2.2.3.5 Wirtschaftliche Tragfähigkeit der Verkehrsdienste**

Die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Vermeidung der Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit von Eisenbahnverkehrsdiensten ist teils unzureichend dargelegt worden. Da die Genehmigung wegen weiterer Verstöße gegen die gesetzlichen Vorgaben ohnehin insgesamt versagt wurde, kann die Frage der Genehmigungsfähigkeit in diesem Punkt aber dahingestellt bleiben.

Entsprechend Anlage 7 Nr. 2a) ERegG ist Ziel der Vereinbarung von Eckwerten zwischen dem Betreiber der Schienenwege mit den Zugangsberechtigten u. a. die Vermeidung der Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit eines Verkehrsdienstes. Eine Genehmigung

des vorgelegten Anreizsystems ist entsprechend zu versagen, wenn die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Verkehrsdienstes gefährdet ist. Im vorliegenden Verfahren fokussierte sich die Diskussion bzgl. der möglichen Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit auf den Schienengüterverkehr und den kurzfristigen Schienengütergelegenheitsverkehrs innerhalb des Schienengüterverkehrs.

Die Antragstellerinnen haben zu diesem Thema insbesondere in zwei Schreiben Stellung genommen. Mit Antwortschreiben vom 09.03.2018 auf das erste Anhörungsschreiben der Beschlusskammer führen die Antragstellerinnen aus, dass die Sorge des Hinzugezogenen zu 14, dass das Anreizsystem eine Belastung für den Schienengüterverkehr darstelle, aus Sicht der Antragstellerinnen einvernehmlich ausgeräumt werden konnte. Hierzu habe aus Sicht der Antragstellerinnen die Spreizung der zwischen den von den Antragstellerinnen und den Eisenbahnverkehrsunternehmen jeweils zu zahlenden Anreizentgelte beigetragen. Die Spreizung führe im Ergebnis dazu, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienengüterverkehr finanziell vom Anreizsystem profitierten, obwohl die absolute Menge an EVU-bedingten Zusatzverspätungen jene der netzbedingten Zusatzverspätungsminuten weit überschreite. Weiter führen die Antragstellerinnen aus, dass zwar wesentliche Teile des Schienengüterverkehrs derzeit nicht pünktlich verkehrten, eine deutliche Verbesserung der Pünktlichkeit aber notwendig sei. Das Ziel der Verbesserung der Pünktlichkeit müsse für alle Bereiche des Schienengüterverkehrs gelten, insbesondere auch für Züge des kurzfristigen Gelegenheitsverkehrs. Für die Stabilität des Gesamtsystems seien Züge des kurzfristigen Gelegenheitsverkehrs von ebenso großer Bedeutung wie alle anderen Züge. Mit Schreiben vom 08.06.2018 führen die Antragstellerinnen weiter aus, dass keine strukturelle Benachteiligung des kurzfristigen Gelegenheitsverkehrs vorliege. Ziel des Anreizsystems sei es, Anreize zu setzen, Fahrten entsprechend dem Fahrplan durchzuführen. Die Trassenvergabe im kurzfristigen Gelegenheitsverkehr erfolge zwar aus Restkapazitäten. Dies dürfe jedoch nicht zu einer Andersbehandlung oder Herausnahme des kurzfristigen Gelegenheitsverkehrs im Anreizsystem führen, sonst seien andere Verkehre benachteiligt.

Hinzugezogene haben zum Thema der Tragfähigkeit insbesondere mit Bezug auf den Schienengüterverkehr Stellung genommen. Der Hinzugezogene zu 14 führt mit Schreiben vom 12.03.2018 aus, dass nicht dargelegt worden sei, dass sich das Anreizsystem diskriminierungsfrei im intermodalen Wettbewerb auswirke. Es bestünde die Vermutung, dass Unternehmen, die stark im kurzfristigen Güterverkehr tätig seien, deutlich stärker belastet würden als andere Unternehmen und insbesondere stärker belastet würden als die Hinzugezogene zu 3. Der Hinzugezogene zu 14 bemängelt mit Schreiben vom 14.05.2018, es läge eine strukturelle Benachteiligung des kurzfristigen Güterverkehrs vor. Er führt mit Schreiben vom 14.05.2018 weiter aus, dass eine Zunahme von „Ausregelungen“ von Baustellen zu (zukünftig) deutlich geringeren Zahlungen führen würde und somit zu erheblichen Zahlungen des Schienengüterverkehrs an die Antragstellerinnen. Weiter führt der Hinzugezogene zu 14 mit Schreiben vom 23.05.2018 aus, dass entgegen der Einschätzung der Antragstellerinnen durchaus unterschiedliche Pünktlichkeitsanforderungen auch innerhalb des Schienengüterverkehrs existierten und eine Nichtberücksichtigung dieses Sachverhaltes aus Sicht der Wettbewerbsbahnen mit den Anforderungen u. a. an die wirtschaftliche Tragfähigkeit nicht vereinbar sei. Der Hinzugezogene zu 18 führt mit Schreiben vom 12.03.2018 aus, dass aus Sicht der Güterverkehrs-EVU nach wie vor erheblicher Abstimmungsbedarf im Sinne einer marktgerechten und diskriminierungsfreien Regelung bestehe und dass erkennbare Risiken für die wirtschaftliche Tragfähigkeit des Güterverkehrs und hier insbesondere des Gelegenheitsverkehrs bestünden. Weiter führt der Hinzugezogene zu 18 mit Schreiben vom 23.05.2018 aus, dass in der öffentlichen mündlichen Verhandlung die besonderen betrieblichen und fahrplanseitigen Bedingungen des Gelegenheitsverkehrs und deren Unvereinbar-

keit mit den Mechanismen des Anreizsystems besonders hervorgehoben worden seien und die Anwendung des Anreizsystems in der Folge mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken verbunden sei. Der Hinzugezogene plädierte deshalb dafür, den im Gelegenheitsverkehr stattfindenden Schienengüterverkehr vom Anreizsystem auszunehmen.

Nach Auffassung der Beschlusskammer kann die Möglichkeit eine Gefährdung der Tragfähigkeit von (Teilen) des Schienengüterverkehrs nicht abschließend ausgeschlossen werden. Da Auswirkungen und Diskussion der besonderen Bedingungen des Schienengüterverkehrs bzw. Teilen davon im Rahmen der Fragen der Vereinbarung (vgl. Abschnitt II. 2.2.3.1 ) und der Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätung (vgl. Abschnitt II. 2.2.3.2) erörtert werden und eine Genehmigung bereits diesbezüglich zu versagen war, kann die Beantwortung der Frage der Gefährdung der Tragfähigkeit in diesem Verfahren allerdings letztlich dahingestellt bleiben.

Zu der Sachlage im Detail: Zuzustimmen ist den Antragstellerinnen, dass in der vorgelegten Simulationsrechnung<sup>7</sup> (Basis: Ist-Verspätungsdaten des Jahres 2016) der Schienengüterverkehr im Saldo der Zahlungen des Anreizsystems Empfänger von Zahlungen wäre. So wären in der Simulationsrechnung

- Zahlungen der Antragstellerinnen aus baubedingten Verspätungsursachen in Höhe von rund 9,5 Mio. € geschuldet,
- Zahlungen der Antragstellerinnen aus nicht-baubedingten Verspätungsursachen in Höhe von rund 1,3 Mio. € geschuldet,
- Zahlungen der Zugangsberechtigten an die Antragstellerinnen in Höhe von 9,5 Mio. € geschuldet,

was im Saldo der drei Zahlungsströme zu einer Zahlungsverpflichtung der Antragstellerinnen an die Zugangsberechtigten des Schienengüterverkehrs in Höhe von rund 1,3 Mio. € führen würde. Dieses Ergebnis spricht zunächst dafür, dass eine Gefährdung der Tragfähigkeit des Schienengüterverkehrs gerade nicht angenommen werden könnte.

Bei differenzierter Betrachtung der Zahlungsströme in der Simulationsrechnung der Antragstellerinnen ist allerdings auch festzustellen, dass ein weit überwiegender Teil der Unternehmen im Schienengüterverkehr Nettozahler in das Anreizsystem wäre. Von 153 EVU des Schienengüterverkehrs wären 124 EVU Nettozahler in das Anreizsystem und lediglich 29 EVU Nettoempfänger aus dem Anreizsystem. Großen Nettoempfängern, wie der [REDACTED] (+ [REDACTED] Mio. €), [REDACTED] (+ [REDACTED] Mio. €), [REDACTED] (+ [REDACTED] Mio. €), [REDACTED] (+ [REDACTED] Mio. €) und der [REDACTED] (+ [REDACTED] Mio. €), stünden Nettozahler mit erheblichen Zahlungsverpflichtungen gegenüber ([REDACTED] - [REDACTED] Mio. €, [REDACTED] - [REDACTED] Mio. €, [REDACTED] - [REDACTED] Mio. €, [REDACTED] - [REDACTED] Mio. €). Setzt man die Zahlungen in Relation zu den (in 2016) jeweils geleisteten Betriebsleistungen (Trassenkilometer), so zeigt sich, dass bei einem durchschnittlichen Trassenpreis im Schienengüterverkehr in 2019 in Höhe von 2,81 €/Trkm 14 EVU einen erhöhten Trassenpreis von 10% oder mehr durch das Anreizsystem (negativer Zahlungssaldo aus Anreizsystem größer 0,281 €/Trkm) zu tragen hätten. Mit gleicher Berechnungslogik hätten 28 EVU einen erhöhten Trassenpreis von 5% oder mehr durch das Anreizsystem zu tragen.

---

<sup>7</sup> Vgl. Anlage 1 zum Schreiben der Antragstellerinnen vom 10.04.2018; die folgenden Ausführungen basieren auf dem durch die Antragstellerinnen vorgelegten Datenmaterial zu tatsächlichen pönalrelevanten Verspätungsminuten nach Verspätungsursachen, entsprechend simulierten Zahlungsströmen und tatsächlicher Betriebsleistung je Eisenbahnverkehrsunternehmen.

Gleichzeitig zeigt sich aber auch, dass EVU mit (sehr) hoher relativer Betroffenheit durch Zahlungen in das Anreizsystem in der Regel auch (sehr) geringe Betriebsleistungen aufweisen. Die 14 EVU mit einem (unter obigen Annahmen) um 10% oder mehr erhöhten Trassenpreis weisen in Summe einen Marktanteil (auf Betriebsleistungsbasis) von lediglich 0,3% auf. Selbst wenn sich bei wenigen Unternehmen also eine erheblich, gegebenenfalls sogar tragfähigkeitsgefährdende Wirkung aus dem Anreizsystem entfalten würde, scheint auf dieser Grundlage in der Folge eine Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Schienengüterverkehrs insgesamt wenig wahrscheinlich.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass aus Sicht der Beschlusskammer auch relevante Teilbereiche des Schienengüterverkehrs – wie etwa der kurzfristige Schienengütergelegenheitsverkehr – nicht in der wirtschaftlichen Tragfähigkeit durch ein Anreizsystem gefährdet sein dürfen. Der Wortlaut der Ziffer 2 a der Anlage 7 zum ERegG („[...] die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Verkehrsdienstes nicht zu gefährden [...]“) ist nach Auffassung der Beschlusskammer nicht dahingehend einschränkend zu verstehen, dass eine Betrachtung und Differenzierung des Anreizsystems auf Teilbereiche der Verkehrsdienste nicht möglich oder nicht geboten sein soll. Selbst wenn man die Auffassung verträte, dass im Anreizsystem nur auf Ebene der Verkehrsdienste differenziert werden dürfe, wäre die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Verkehrsdienstes (bspw. des Schienengüterverkehrs) nach Auffassung der Beschlusskammer dessen ungeachtet dennoch gefährdet, wenn signifikante *Teile* des Verkehrsdienstes (bspw. der kurzfristigen Schienengütergelegenheitsverkehr) in ihrer Tragfähigkeit gefährdet wären.

Die Stellungnahmen der Hinzugezogenen und die durch die Antragstellerinnen übermittelte detaillierte Simulationsrechnung lassen einen Zusammenhang zwischen dem Anteil an kurzfristigen Gelegenheitstrassen und der Belastung durch das zur Genehmigung vorgelegte Anreizsystem vermuten. Da aber keine nach Fristigkeit der Trassenbestellung differenzierten Daten zur Wirkung des geplanten Anreizsystems vorlagen, bleibt diese These in der quantitativen Analyse letztlich unbestätigt. Da zudem eine „Ungleichbelastung“ ohne Gefährdung der jeweiligen wirtschaftlichen Tragfähigkeit in dem hier beschriebenen gesetzlichen Kontext keine Genehmigungshindernis darstellt, blieben weitere Analysen und Datenanforderungen zu diesem Themenblock in vorliegenden Verfahren aus. Der notwendigen Berücksichtigung der spezifischen Anforderungen des kurzfristigen Schienengütergelegenheitsverkehrs mit Blick auf adäquate Belastungswirkung des Anreizsystems wird zudem insbesondere im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Thema der Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätung (vgl. Abschnitt II. 2.2.3.2) Rechnung getragen.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass – im Gegensatz zum Schienengüterverkehr – auf Grundlage der Simulationsrechnung für 2016 für den Schienenpersonennahverkehr und den Schienenpersonenfernverkehr keine Gefährdung der Tragfähigkeit für diese Verkehrsdienste angenommen werden kann.

Hervorzuheben ist zudem allerdings noch, dass sich in der Simulationsrechnung der Antragstellerinnen für 2016 die Nettozahlungsüberschüsse von den Antragstellerinnen an die Zugangsberechtigten maßgeblich aus der Höhe der baubedingten Pönalen bestimmen. Insbesondere bei zunehmender Berücksichtigung von Baumaßnahmen bereits im Netzfahrplan wäre ein Absinken dieser Zahlungen an die Zugangsberechtigten im Zeitverlauf wahrscheinlich. Dies würde zu einem Absinken des Nettozahlungsüberschusses an die Hinzugezogenen oder sogar zu einer Umkehrung des Saldozahlungsstroms (Zahlungen der Zugangsberechtigten würden die Zahlungen der Antragstellerinnen übersteigen) führen.



Letztlich ist das zur Genehmigung vorgelegte Anreizsystem bereits wegen weiterer Verstöße gegen die eisenbahnrechtlichen Vorschriften nicht genehmigungsfähig (vgl. hierzu bspw. Ausführungen unter Abschnitt II. 2.2.3.1, Abschnitt II. 2.2.3.2, Abschnitt II. 2.2.3.3, Abschnitt II. 2.2.3.4), so dass eine abschließende Beurteilung zur Frage der Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit dahingestellt bleiben kann.

#### **II. 2.2.3.6 Kodierungen und Kodierungsauswahl**

Die Regelungen zur Kodierung von Verspätungsursachen bzw. der Rückgriff auf die entsprechenden Regelungen in der Richtlinie 420.9001 sind bezüglich der Verspätungsursachen VU 62 und 63 intransparent und daher rechtswidrig (vgl. unter Ziffer II. 2.2.3.6.1). Hingegen waren die im Verfahren ebenfalls diskutierten Regelungen zur Kodierung von den Verspätungsursachen Netzfahrzeuge (VU 27), Baumaßnahmen (VU 31, VU 32, VU 10 Bau), Zugfolge (VU 91, VU 92), Eingeschleppte Verspätungen aus fremder Infrastruktur (VU 41), Behördliche Maßnahmen (VU 84), Streik (VU 81), Witterung (VU 82) und die fehlende Berücksichtigung ausgefallener Züge nicht zu beanstanden (vgl. hierzu Ziffern II. 2.2.3.6.2 ff.).

##### **II. 2.2.3.6.1 Verkehrsleistungsfremde Kodierungen (VU 62 , VU 63)**

Die Regelungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen durch Reisezugwagen (Verspätungsursache 62) und Güterwagen (Verspätungsursache 63) sind intransparent und in der Folge nicht genehmigungsfähig.

Das Gebot der Transparenz erfordert, dass notwendige Informationen (einschließlich derjenigen zu den geltenden Zugangsregelungen) leicht auffindbar, klar aufbereitet und verständlich formuliert sein müssen. Die Inanspruchnahme der Zugangsleistungen darf nicht durch vermeidbare Nicht- oder Fehlinformationen auf Seiten der Zugangsberechtigten erschwert oder sogar verhindert werden. Bei der Beurteilung der Frage, ob Nutzungsbedingungen klar und eindeutig dargestellt sind, kommt es auf die Form und den Inhalt der Angaben an. Die Angaben müssen hinreichend wahrnehmbar und verständlich sein. Die Nutzer in Form der Zugangsberechtigten müssen sie ohne Schwierigkeiten erfassen können und sie dürfen nicht im Zweifel gelassen werden, welche Bedingungen im Einzelnen gelten. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach dem Verständnis des durchschnittlich informierten und verständigen Zugangsberechtigten. Mangelnde Transparenz ist vor allem dann anzunehmen, wenn Begriffe mit mehrdeutigem Inhalt verwendet werden (vgl. BGH, Urteil vom 14.4.2011, I ZR 50/09; in: GRUR 2011, S. 630).

Die vorliegenden Regelungen sind intransparent, weil in den SNB und der Richtlinie sich widersprechende Regelungen getroffen werden.

Prüfungsgegenstand sind vorliegend insbesondere Ziffern 6.4.2.1.1 und 6.4.2.3 der SNB. Bezüglich Ziffer 6.4.2.3 ist die Regelung der Kodierung für defekte Reisezugwagen in Güterzügen und für defekte Güterwagen in Reisezügen betroffen. Mit Blick auf Ziffer 6.4.2.1.1 ist die entsprechende Regelung in der Ril 420.9001 betroffen. Durch den Verweis auf die Richtlinie zum Datenerfassungsprozess wird der Anwendungsbereich der Datenerfassung ausgeweitet. Auch wenn der Datenerfassungsprozess sich zum Zeitpunkt der Genehmigung des TPS 2019 am 17.01.2018 als angemessen dargestellt hat, kann er sich mit verändertem Anwendungsbereich auch als unangemessen darstellen – zum Beispiel, wenn durch den neuen Anwendungsbereich ein Widerspruch erzeugt wird. Prüfungsgegenstand ist dann primär nicht die Regelung der Richtlinie, sondern vielmehr der in diesem Verfahren beantragte Rückgriff auf die Richtlinie.

Unter Punkt 6.4.2.3. der beantragten SNB des Entgeltgenehmigungsantrags vom 21.02.2018 sind tabellarisch die nach Verkehrsarten und Verspätungsursachen differenzierten Höhen der von den Antragstellerinnen und vom jeweiligen EVU zu zahlenden Anreizentgelte aufgeführt. Nach den Regelungen in den SNB sind Kodierungen von Verspätungen durch defekte Reisezugwagen (Verspätungsursachen 62) auch in Güterzügen möglich. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn Reisezugwagen als artfremde Wagen in einem Güterzug mitgeführt werden. Die den SNB zu entnehmenden Regelungen zur Verspätungsursache 62 „Reisezugwagen“ ist allerdings nicht übereinstimmend mit den diesbezüglichen textlichen Erläuterungen der als Bestandteil der SNB 2019, Anlage 6.5.1, veröffentlichten Richtlinie 420.9001A02 „Leitfaden für die Zuordnung von Verspätungskodierungen“. Für das Beispiel der Verspätungsursache 62 „Reisezugwagen“ regelt die Richtlinie (abweichend von den SNB): „Kodiert werden Zusatzverspätungen durch Störungen an Reise- und Steuerwagen sowie mitgeführte nichtaktiven Tzf *in Reisezügen*, die nicht durch Witterung oder Fremdeinwirkung verursacht wurden“. Demnach wäre die Verspätungsursache 62 „Reisezugwagen“ nur bei Reisezügen anwendbar. Dagegen wäre nach der Richtlinie eine Verspätung, die durch einen in einem Güterzug mitlaufenden Reisezugwagen verursacht würde, nicht kodierbar. Für die Verspätungsursache 63 „Güterwagen“ gilt die Problematik der Widersprüche von SNB zu Richtlinie in analoger Weise. Die Bundesnetzagentur hat auf diese Widersprüche zwischen SNB und Richtlinie hingewiesen.

Die Antragstellerinnen tragen in ihrem Schreiben vom 09.03.2018 diesbezüglich vor, dass die Hinweise der Beschlusskammer im Prozess zur Überarbeitung der Richtlinie 420.9001 aufgenommen würden. Die Überarbeitung sei derzeit für Dezember 2019 geplant. Bei der Überarbeitung würden die Erläuterungen zu den Verspätungsursachen 62 und 63 dahin gehend ergänzt, dass sich die Kodierung von Wagenstörungen grundsätzlich an der *Zugart* ausrichten würde, auch wenn artfremde eingestellte Fahrzeuge betroffen wären (analog nichtaktive Triebfahrzeuge/Triebzüge). In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 03.05.2018 hatten die Antragstellerinnen schließlich dargelegt, dass aus ihrer Sicht kein Widerspruch zu erkennen sei.

Von Zugangsberechtigten wurde auf die missverständlichen Ausführungen zu den Verspätungsursachen der Ziffer 62 und 63 im Regelwerk der Antragstellerinnen hingewiesen. Die Hinzugezogenen zu 2 bzw. zu 6 führen mit Schreiben vom 09.03.2018 bzw. vom 12.03.2018 aus, es erschließe sich nicht, warum in den SNB unter Punkt 6.4.2.3 für den SPV unter Verspätungsursache 63 (Güterwagen) Werte eingetragen seien. Gleiches gelte umgekehrt für den SGV unter der Verspätungsursache 62 (Reisezugwagen). Hier sei zu prüfen, ob die Eintragungen ihre Berechtigungen hätten.

Die Beschlusskammer hält die beabsichtigten Kodierungsregeln für intransparent, weil sie in den SNB und der Richtlinie 420.9001 widersprüchlich geregelt sind. Der Genehmigungsantrag war folglich in diesem Punkt nicht genehmigungsfähig. Dass dies kein hypothetisches Transparenzproblem, sondern ein tatsächliches Regelungsproblem darstellt, ergibt sich auch daraus, dass die Hinzugezogenen zu 2 und 6 in ihren Stellungnahmen eine falsche Darstellung in den SNB vermuteten, obwohl tatsächlich die Darstellung in den SNB (vermutlich) richtig und die Erläuterung in der Richtlinie (vermutlich) falsch sind. Selbst die Antragstellerinnen haben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung widersprüchlich zu der Frage vorgetragen, ob nun für einen Güterzug eine Kodierung auf einen mitgeführten defekten Reisezugwagen möglich ist (und umgekehrt) oder nicht. Zur Auflösung der Widersprüchlichkeit wäre aus Sicht der Beschlusskammer die Genehmigung der Richtlinie 420.9001 aufzuheben und diese in geänderter Form durch die Antragstellerinnen neu zur Genehmigung vorzulegen. Dies hatten die Antragstellerinnen jedoch zunächst nur für einen späteren Zeitpunkt in

Aussicht gestellt; im Lauf der Verhandlungen hatten sie dann eine Widersprüchlichkeit der Regelungen gänzlich bestritten.

Die textlichen Darstellungen der Richtlinie 420.9001A02 „Leitfaden für die Zuordnung von Verspätungskodierungen“ bezüglich der Verspätungsursachen VU 62 „Reisezugwagen“ und 63 „Güterwagen“ bedürfen aus Sicht der Beschlusskammer einer Klarstellung, um diese für das Anreizsystem in Bezug nehmen zu können.

#### **II. 2.2.3.6.2 Netzfahrzeuge (VU 27)**

Die Regelungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen durch Züge der Antragstellerinnen (Verspätungsursache 27) waren nicht zu beanstanden.

Die in der ursprünglichen Fassung des Entgeltgenehmigungsantrags vom 21.02.2018 enthaltene Übersicht der anreizrelevanten Kodierungen gemäß Ziffer 6.4.2.2.1 der SNB und der Übersicht der Anreizentgelte gemäß Ziffer 6.4.2.3 der SNB enthielt keinen Eintrag bezüglich Verspätungsursache 27 (Netzfahrzeuge). Damit waren auf die Verspätungsursache 27 kodierte Zusatzverspätungen nach dem Genehmigungsantrag für das Anreizsystem „neutral“. Fraglich war, ob die Kodierung nicht zulasten der Antragstellerinnen gewertet werden müsste, wenn durch Fahrten der Antragstellerinnen oder in deren Auftrag fahrende Fahrzeuge die Zugverkehre anderer EVU beeinträchtigen würden.

Die Antragstellerinnen begründeten die Nichtaufnahme der Verspätungsursache 27 zunächst damit, dass eine Berücksichtigung der von den Antragstellerinnen selbst genutzten Trassen im Anreizsystem im Verspätungsfall zu einer Zahlung der Antragstellerinnen an sich selbst führen würde. Davon würde kein Anreiz ausgehen. Zudem handele es sich um eine sehr geringe Anzahl von Fahrten. Im Nachgang der öffentlichen mündlichen Verhandlung teilten die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 14.05.2018 demgegenüber mit, dass *die Verspätungsursache 27* („Netzfahrzeuge“) nun doch im Anreizsystem berücksichtigt werden solle. Dementsprechend würden die Tabellen in Ziffer 6.4.2.2.1 und Ziffer 6.4.2.3 angepasst. Auf Grund der (unveränderten) Klarstellung in Ziffer 6.4.2.2.2 (Anlage 1 zum Antrag vom 21.02.2018) würden *die eigenen Züge* der Antragstellerinnen bzw. in *deren Auftrag fahrende Züge* nicht zu Zahlungen an die Antragstellerinnen verpflichtet und insofern nicht im Anreizsystem berücksichtigt.

Stellungnahmen Dritter zu diesem Themenkomplex liegen nicht vor.

Die Beschlusskammer ist der Auffassung, dass es sich bei der Verspätungsursache 27 „Netzfahrzeuge“ um eine Untergruppe der Kategorie 2.8 „Andere Ursachen“ von Verspätungen in Bezug auf Infrastruktureinrichtungen gemäß § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2.c) Abs. 2 ERegG handelt. Entsprechende Verspätungen müssen zulasten der Antragstellerinnen in ihrer Eigenschaft als Infrastrukturbetreiber gewertet werden und sind nicht neutral. Die initiale Argumentation der Antragstellerinnen überzeugte insofern nicht, als dass nicht die Züge der Antragstellerinnen kodiert werden, sondern Verspätungen durch Züge der Antragstellerinnen. Wenn ein Zug eines Zugangsberechtigten eine Zusatzverspätung erleidet, weil der vor ihm fahrende Messzug der Antragstellerinnen eine gestörte Messeinrichtung aufweist, ist nach den Regeln der Richtlinie 420.9001 die Zusatzverspätung dieses Zuges auf die Verspätungsursache 27 zu kodieren. Die Antragstellerinnen sind zu einer Pönalzahlung an das behinderte Verkehrsunternehmen verpflichtet.

Dieser Einschätzung sind die Antragstellerinnen mit der Abänderung des Genehmigungsantrags mit Schreiben vom 14.05.2018 auch gefolgt. Die Übersichten in Ziffer 6.4.2.2.1 (neu) und Ziffer 6.4.2.3 enthalten in der neuen Vorlage vom 15.05.2018 nun auch die Verspätungsursache VU 27 „Netzfahrzeuge“, in der (neuen) Übersicht unter Ziffer 6.4.2.3 ist

unter VU 27 „Netzfahrzeuge“ nun eine Pönalisierung vorgesehen. Den Antragstellerinnen ist dahingehend zuzustimmen, dass eine Zahlung der Antragstellerinnen in ihrer Eigenschaft als Verkehrsunternehmen an sich selbst in ihrer Eigenschaft als Infrastrukturunternehmen nicht geboten ist. Führen Verspätungen in ihrer Eigenschaft als Verkehrsunternehmen jedoch zu Verspätungen anderer Verkehrsunternehmen, sind die Antragstellerinnen zu Zahlungen wegen infrastrukturbedingter Verspätungen entsprechend Verspätungsursache 27 an die betroffenen Verkehrsunternehmen verpflichtet. Dies haben die Antragstellerinnen mit Ihrem geänderten Genehmigungsantrag klargestellt.

Die überarbeitete Regelung zum Umgang mit der Verspätungsursache 27 war im Ergebnis nicht zu beanstanden.

### **II. 2.2.3.6.3 Baumaßnahmen (VU 31, VU 32, VU 10 Bau)**

Die Regelungen bezüglich der Kodierung von baubedingten Verspätungsursachen (Verspätungsursache 31, Verspätungsursache 32) waren nicht zu beanstanden. Die angekündigte Berücksichtigung von baustellenbedingten Verspätungen bei der Fahrplanerstellung (Verspätungsursache 10 Fahrplanerstellung/Bau) hält die Beschlusskammer für sinnvoll.

Bei Baumaßnahmen kommt es regelmäßig zu verspäteten Zugfahrten. Entsprechende durch die Baustelle selbst entstehende Verspätungsminuten sind auf die Verspätungsursache 31 „Bauarbeiten“ oder 32 „Unregelmäßigkeiten bei Bauarbeiten“ zu kodieren.

Diskussionsbedarf ergab sich insbesondere zu Grenzfällen bei der Frage, ob baubedingte Verspätungen zu Pönalzahlungen führen (etwa bei Unregelmäßigkeiten bei den Bauarbeiten) oder nicht (etwa wenn die Bauarbeiten vollständig im Fahrplan berücksichtigt bzw. ausgeregelt sind). Fraglich war zudem auch, ob und inwieweit fehlerhafte Ausregelungen von Baumaßnahmen gemäß Kodierungsziffer 31 (Bauarbeiten, hohe Pönale) oder Ziffer 10 (Fahrplanerstellung, niedrige Pönale) belegt würden.

Die Antragstellerinnen haben dargestellt, dass Baumaßnahmen als „ausgeregelt“ bezeichnet würden, wenn für alle Züge des Netzfahrplans ein *konfliktfrei* ausgeregelter Fahrplan vorläge, der an die eingeschränkte Infrastruktur angepasst sei. Die Bundesnetzagentur versteht diese Aussage so, dass in diesem Fall der Fahrplan der betreffenden Zugverkehre unter Berücksichtigung der eingeschränkten Infrastruktur konfliktfrei neu konstruiert wird. Baumaßnahmen, für die nur eine „Grundentlastung“ vorgenommen worden sei, zählten nicht als ausgeregelte Baumaßnahmen, weil zu der Grundentlastung gegebenenfalls weitere unterjährige Fahrplanregelungen hinzukommen könnten. Bei ausgeregelten Baumaßnahmen entstünden – einen planmäßigen Bauablauf unterstellt – vom Grundsatz her *keine* Zusatzverspätungen, da die eingeschränkte Kapazität im Fahrplan bereits berücksichtigt wäre. Zusatzverspätungen durch eine fehlerhafte Fahrtzeitenberechnung würden mit der Kodierung 10 „Fahrplanerstellung“ erfasst. Zusatzverspätungen durch Unregelmäßigkeiten bei ausgeregelten Bauarbeiten würden mit der Kodierung 32 „Unregelmäßigkeiten im Bauablauf“ kodiert. Eine Differenzierung zwischen vollständig im Netzfahrplan ausgeregelten Baumaßnahmen und solchen mit geringerem fahrplanerischem Ausregelungsgrad erfolge, weil die Antragstellerinnen im Falle der *vollständig* ausgeregelten Baumaßnahmen eine maximale Optimierung der Bauprozesse durchführen würde und dadurch bei Planbetriebslage keine betrieblichen Auswirkungen der Baumaßnahme entstünden. Der Fahrplan würde an die gegebene Infrastruktur angepasst, Zusatzverspätungen könnten nur durch *zusätzlich* wirkende Störungen entstehen. Für Baumaßnahmen, die *nicht* voll ausgeregelt seien, gelte dies nicht. Hier könnten zu der im Fahrplan berücksichtigten Verspätung auch bei planmäßigem Bauverlauf weitere Fahrplanregelungen hinzukommen. Hierbei auftretende Zusatzverspätungen würden auf die Verspätungsursache VU 31 „Bauarbeiten“ geschlüsselt. Das gelte auch bei außerplan-

mäßig an der Baustelle eintreffenden Zügen für die durch die Baustelle auftretenden Zusatzverspätungsminuten. Im Schreiben vom 14.05.2018 im Nachgang der Diskussionen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung räumen die Antragstellerinnen ein, dass im Ausregelungsprozess von Baustellen Unregelmäßigkeiten auftreten könnten, die sich in den Verspätungen der Verspätungsursachen VU 10 niederschlagen, was auch in Zukunft nicht ausgeschlossen werden könne. Um der Sorge, dass Fehlanreize gesetzt werden könnten, Rechnung zu tragen, würden die Antragstellerinnen für die SNB 2020 beantragen, dass die Verspätungsminuten der Verspätungsursache VU 10, die im Zusammenhang mit Bauarbeiten stünden, mit einem erhöhten Anreizentgelt belegt würden („VU 10 Bau“).

Die Stellungnahmen der Zugangsberechtigten ließen einen Erläuterungsbedarf der Begrifflichkeiten, insbesondere zu deren fahrplantechnischen Folgen und Wirkung im Anreizsystem, erkennen. Verschiedene Zugangsberechtigte vertraten überdies die Auffassung, dass *alle* baustellenbedingte Verspätungen mit VU 31 zu kodieren wären, so zum Beispiel die Hinzugezogene zu 2 in ihrem Schreiben vom 09.03.2018.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die Kodierung 31 „Bauarbeiten“ immer dann zum Tragen kommt, wenn die Verzögerung an einer Baustelle nicht auf einer Unregelmäßigkeit im Bauablauf basiert, der Fahrplan nicht voll ausgeregelt ist und im Fahrplan die Verzögerung in der Baustelle (durch Bauzuschläge) nur unzureichend berücksichtigt wurde. Die Verspätungsursache 32 „Unregelmäßigkeiten bei Bauarbeiten“ kommt zum Tragen, wenn die Baumaßnahme nicht planmäßig verläuft und hierdurch zusätzliche Verspätungsminuten entstehen. Die Regelungen bezüglich der Verspätungsursachen 31 und 32 sind diesbezüglich verständlich und nicht zu beanstanden. Insbesondere stimmt die Beschlusskammer den Antragstellerinnen dahingehend zu, dass eine Verkehrsbeeinträchtigung durch eine Baumaßnahme bei planmäßiger Durchführung nicht pönalisiert werden sollte, da sonst ein Anreiz zur Vermeidung von Baumaßnahmen insgesamt entstünde. Baumaßnahmen sind jedoch wesentlich zur Instandhaltung, Instandsetzung und Erweiterung der Infrastruktur und sollten insofern nicht per se pönalisiert werden.

Die Verspätungsursache 10 „Fahrplan“ wird in den beantragten Regelungen zum Anreizsystem verwendet, wenn Fehler bei der Fahrplanerstellung ursächlich für eine Verspätung sind. Gemäß Schreiben der Antragstellerinnen vom 14.05.2018 planen die Antragstellerinnen, für die SNB 2020 zu beantragen, dass die Verspätungsminuten der Verspätungsursache VU 10, die im Zusammenhang mit ausgeregelten Verkehren bei Bauarbeiten stünden, mit einem erhöhten Anreizentgelt belegt würden („VU 10 Bau“). Diese Planung zielt nach Meinung der Beschlusskammer in die richtige Richtung. Die für die SNB 2020 angekündigte vorgesehene Pönalisierung einer fehlerhaften Fahrplanerstellung im Zusammenhang mit Baumaßnahmen („VU 10 Bau“) wäre insofern und aus aktuellem Blickwinkel nicht zu beanstanden. Eine Anwendung der Regelung erst für den Netzfahrplan 2020 und nicht bereits im anstehenden Netzfahrplan 2019 erscheint mit Blick auf die eher untergeordnete Bedeutung der Verspätungskategorie möglich. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass denkbaren Fehlanreizen mindestens in Teilen für die anstehende Netzfahrplanperiode ohnehin nicht mehr entgegengesteuert werden könnte, da die Anmeldungen für Baustellen für den Netzfahrplan 2019 bereits erfolgt sind.

#### **II. 2.2.3.6.4 Zugfolge (VU 91, VU 92)**

Die Regelung zur Berücksichtigung der Verspätungsursachen VU 91 „Zugfolge – wegen Vorrang anderer Züge“ und VU 92 „Zugfolge – betroffener Zug war verspätet“ waren nicht zu beanstanden.

Als Zugfolgeverspätungen werden insbesondere solche Verspätungen bezeichnet, die aufgrund der Belegung der Strecke durch einen verspäteten anderen Zug verursacht werden („Zugfolge“).

Die Antragstellerinnen haben in der Richtlinie 420.9001 mit Ziffern 91 „Zugfolge – wegen Vorrang anderer Züge“ und 92 „Zugfolge – betroffener Zug war verspätet“ entsprechende Fälle aufgegriffen. Entsprechende Verspätungen sind demnach weder dem Betreiber der Schienenwege noch dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zuzuordnen.

Hinzugezogene, z. B. die Hinzugezogene zu 15 in ihrem Schreiben vom 12.03.2018, rügen, dass die neutrale Bewertung von Zugfolgeverspätungen zu einer Unvollständigkeit des Anreizsystems führe. Insbesondere würden sich infrastrukturbedingte Störungen kettenreaktionsartig auf viele andere Zugfahrten auswirken; dies sollte berücksichtigt werden. Auf diese Kettenreaktion verweist auch die Hinzugezogene zu 17 in ihren Stellungnahmen vom 12.03.2018 und 09.05.2018.

Die Beschlusskammer hält die Kodierung von Zugfolgeverspätungen als „neutral“ für rechtmäßig. Die neutrale Kodierung entspricht den Vorgaben des Eisenbahnrechts. Gemäß § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2c) Abs. 9.2 und 9.3 ERegG sind Verspätungen aufgrund der Belegung der Strecke durch einen verspäteten anderen Zug oder wegen der Verspätung des betroffenen Zuges, die „Zugfolge“, sekundäre Ursachen, die weder dem Betreiber der Schienenwege noch dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zuzuschreiben sind. Aus Sicht der Beschlusskammer hilft diese Regelung, eine unbeherrschbare Komplexität des Systems zu vermeiden. Aus Sicht der Beschlusskammer ist wichtig, dass nicht jeder Fall eines belegten Gleises automatisch zu einer Kodierung auf die Verspätungsursachen VU 91 und VU 92 führen kann. Ist die Ursache eines *Staueffektes* nachvollziehbar, ist die Kodierung auf die *primäre* Ursache vorrangig. Die Antragstellerinnen haben diese Logik in ihrer Richtlinie 420.9001 in Ziffer 4, „Kodierungsprinzip“, umgesetzt.

Die Antragstellerinnen haben mit diesen Regelungen einen angemessenen Ausgleich zwischen Kodierungsgenauigkeit und Aufwandsreduzierung geschaffen.

#### **II. 2.2.3.6.5 Eingeschleppte Verspätungen (VU 41)**

Die Regelungen zur Berücksichtigung von Zusatzverspätungen bei der Übernahme aus fremder Infrastruktur waren nicht zu beanstanden.

Bei Übernahme von Zügen oder Fahrzeuggruppen aus Terminals (oder aus anderen Infrastrukturen) kommt es gelegentlich zu verspäteten Übernahmen in das Netz der Antragstellerinnen. Entsprechende Verspätungsminuten sind auf die Kodierung VU 41 „Vorheriger Eisenbahninfrastrukturunternehmer (EIU)“ zu kodieren. Es wurde von Hinzugezogenen darauf hingewiesen, dass diesbezügliche textliche Regelungen deutlicher gefasst werden sollten.

Die Antragstellerinnen haben sich dahingehend geäußert, dass die Richtlinie 420.9001 nicht geändert worden sei und daher nicht Gegenstand des Verfahrens wäre. Zudem seien die Regelungen transparent und sachlich angemessen, so dass ein Änderungsbedarf nicht gesehen werde.

Die Hinzugezogene zu 11 fordert im Rahmen des Stellungnahmeverfahrens in ihrem Schreiben vom 08.03.2018 u. a. eine Verdeutlichung der textlichen Regelungen bei Zusatzverspätungen, die aus der Übernahme von fremder Infrastruktur, z. B. DUSS-Terminal, entstehen. Hierdurch solle eine einheitliche Anwendung bei allen Stellen der Antragstellerinnen sichergestellt werden. Der Hinzugezogene zu 14 erläutert in seinem Schreiben vom 12.03.2018, dass er eine neutrale Kodierung aller Verspätungen von und auf Grund anderer Infrastrukturen, inkl. Terminals der DUSS, für notwendig halte.

Die Beschlusskammer hält die Regelungen zur Kodierung eingeschleppter Verspätungen für rechtmäßig. Die textlichen Festlegungen der Richtlinie 420.9001A02 erscheinen schlüssig und auch hinreichend deutlich für eine praktische Anwendung. Die Beschlusskammer sieht daher nach gegenwärtigem Stand der Dinge keinen Bedarf, die Genehmigung der Richtlinie 420.9001 aus diesem Gesichtspunkt heraus aufzuheben. Die Regelungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen, die als Folge technischer oder betrieblicher Einschränkungen auf externer Infrastruktur entstehen, waren nicht zu beanstanden

#### **II. 2.2.3.6.6 Behördliche Maßnahmen (VU 84)**

Die Regelungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen durch behördliche Maßnahmen (Verspätungsursache 84) waren nicht zu beanstanden.

Zusatzverspätungen, die auf Verwaltungsformalitäten zurückzuführen sind, sind gemäß § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2c) Abs. 8.2 ERegG unstreitig als externe Ursachen zu qualifizieren, die weder dem Betreiber der Schienenwege noch dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zuzuordnen sind. Vorliegend war allerdings fraglich, wie behördliche Anweisungen zu behandeln wären, die auf ein vorgelagertes Verschulden des Infrastrukturbetreibers zurückzuführen sein könnten.

Die Antragstellerinnen haben in ihre Richtlinie 420.9001 Ausführungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen auf behördliche Anweisungen unter Verspätungsursache VU 84 „Behörden“ aufgenommen. Die Verspätungsursache 84 wäre demnach weder dem Infrastrukturbetreiber noch dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zuzuordnen.

Die Hinzugezogene zu 6 trägt in ihrem Schreiben vom 12.03.2018 u. a. vor, es sei zu prüfen, wie Verspätungen kodiert würden, die durch Vorgaben des Eisenbahnbundesamtes (z. B. Einrichtung einer Langsamfahrstelle wegen fehlenden Grünschnitts) kodiert würden. Wenn diese mit der Kodierung 84 „Behörden“ versehen würden, seien sie nicht relevant für das Anreizsystem, obwohl die Ursache, nämlich fehlender Grünschnitt, im direkten Einflussbereich der Antragstellerinnen liege.

Die Beschlusskammer hält die Regelungen zur Kodierung von behördlichen Maßnahmen nach derzeitiger Auffassung für rechtmäßig. Aus Sicht der Beschlusskammer ist das Regelwerk der Antragstellerinnen dahingehend zu verstehen, dass etwa – mit Blick auf den Vortrag der Hinzugezogenen zu 6 – Verspätungen aufgrund notwendiger Geschwindigkeitsreduzierungen wegen Vegetation im Fahrwegprofil der Verspätungsursache VU 23 „Fahrbahn“ zugeordnet werden. Die Richtlinie 420.9001A02 „Leitfaden für die Zuordnung von Verspätungskodierungen“ der Antragstellerinnen nennt unter der Rubrik „Feinkodierungen“ zur VU 23 „Fahrbahn“ u. a. „Vegetation im Fahrweg“.

Eine Kodierung auf die Ziffer 84 „Behörden“ erscheint demgegenüber nicht zulässig. Die diesbezüglich getroffene Regelung der Antragstellerinnen ist daher nicht zu beanstanden.

#### **II. 2.2.3.6.7 Streik (VU 81)**

Die Regelungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen durch Streikmaßnahmen (Verspätungsursache 81) waren nicht zu beanstanden.

Gemäß § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2c) Abs. 8.1 ERegG handelt es sich bei Streik um eine neutrale Verspätungsursache, die weder dem Infrastrukturbetreiber noch dem Verkehrsunternehmen zuzuordnen ist. Ausführungen der Antragstellerinnen bezüglich der Kodierung auf Streik sind unter Verspätungsursache VU 81 „Anordnung NLZ – Streik“ in der Richtlinie 420.9001 zu finden. Die Verspätungsursache 81 wäre demnach weder dem Infrastrukturbetreiber noch dem Verkehrsunternehmen zuzuordnen.

Verschiedene Zugangsberechtigte begehren in ihren Stellungnahmen die Aufnahme der Verspätungsursache 81 zulasten des Infrastrukturbetreibers, da die Verspätungsursache 81 auf Streiks bei den Personalen des Infrastrukturbetreibers abstellen könnte. Die Hinzugezogene zu 15 und die Hinzugezogene zu 6 vertreten in ihren Schreiben jeweils vom 12.03.2018 die Auffassung, dass Streiks beim EVU mit Verspätungsursache VU 58 „Verkehrliches Personal EVU“, also zu Lasten des EVU, gebucht würden.

Aus Sicht der Beschlusskammer ist hinreichend klar, dass auf die Kodierung 81 „Streik“ alle streikbedingten Zusatzverspätungsminuten zu buchen sind. Das betrifft sowohl Streik von Personalen des Infrastrukturbetreibers als auch Streik von Personalen der Verkehrsunternehmen. Eine Kodierung auf Ziffer 58 „Verkehrliches Personal EVU“ ist daneben nicht anwendbar.

Die Beschlusskammer sieht daher aus diesem Grund keinen Anlass, die Genehmigung der Richtlinie 420.9001 aufzuheben. Die Regelungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen, die auf Streikmaßnahmen basieren, sind nicht zu beanstanden. Die Antragstellerinnen müssen allerdings sicherstellen, dass die jeweiligen Anordnungen und Kodierungen der Netzleitzentrale entsprechende Streiksituationen – insbesondere von externen EVU – auch entsprechend berücksichtigen.

#### **II. 2.2.3.6.8 Witterung (VU 82)**

Die Regelungen bezüglich der Kodierung von Zusatzverspätungen durch Witterung (Verspätungsursache 82) waren nicht zu beanstanden.

Gemäß § 39 Abs. 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2c) Abs. 8.4 ERegG handelt es sich bei wetterbedingten Auswirkungen und natürlichen Ursachen um neutrale Verspätungsursachen, die weder dem Infrastrukturbetreiber noch dem Verkehrsunternehmen zuzuordnen sind. Die Antragstellerinnen treffen die gleiche Regelung in der Richtlinie 420.9001 mit der Verspätungsursache VU 82 „Anordnung NLZ Witterung“.

Im Entgeltgenehmigungsantrag vom 21.02.2018, Anlage 4, lfd. Nr. 13, tragen die Antragstellerinnen vor, dass gemäß Anlage 7 Ziffer 2c 8.4 ERegG wetterbedingte Auswirkungen und natürliche Ursachen externe Ursachen seien, die weder dem Infrastrukturbetreiber noch dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zuzuschreiben wären und auch nicht sanktioniert würden.

In der Kritik der Zugangsberechtigten stand die scheinbar fehlende Berücksichtigung von vermeidbaren Störungen durch Sturmwarnungen im Anreizsystem. Z. B. trägt die Hinzugezogene zu 1 mit Schreiben vom 12.03.2018 vor, dass Verspätungen auf Grund von Stürmen selbstverständlich nicht im Verantwortungsbereich des Infrastrukturbetreibers lägen. Es läge jedoch im Verantwortungsbereich des Infrastrukturbetreibers, wenn wegen Sturmwarnungen die Streckengeschwindigkeit auf Streckenabschnitten mit nicht ausreichender Vegetationspflege reduziert würde. Die Vegetationspflege liege im Verantwortungsbereich des Infrastrukturbetreibers. Auch die Hinzugezogene zu 15 vertritt in ihrer Stellungnahme vom 12.03.2018 die Auffassung, dass die Verspätungsursache VU 82 zu Lasten des Infrastrukturbetreibers zu werten sei.

Aus Sicht der Beschlusskammer enthält die gesetzliche Vorgabe, dass wetterbedingte Auswirkungen und natürliche Ursachen neutral zu kodieren sind, aus sich heraus noch keine zweifelsfreie Definition der kodierungserheblichen Sachverhalte. Es ist daher eine Abgrenzung zwischen Risiken vorzunehmen, die einem Wetterereignis zuzuschreiben sind, und solchen, die in der Risikosphäre des Betreibers der Schienenwege liegen. Die Antragstellerinnen haben eine entsprechende Abgrenzung in ihrer Richtlinie 420.9001, VU 82 „Anordnung NLZ - Witterung“, getroffen. Sie definiert, dass Störungen aufgrund außergewöhnlicher



Witterungseinflüsse auf diese Kodierungsziffer zu schlüsseln sind. Sachverhalte, die sich unterhalb der Schwelle außergewöhnlicher Witterungseinflüsse bewegen, sind im Umkehrschluss nicht nach Ziffer 82 zu kodieren. Diese Definition ist aus sich heraus aus Sicht der Beschlusskammer nicht zu beanstanden. Sie deckt sich mit Risikozuweisungen aus anderen Lebensbereichen. Mit Blick auf die von der Hinzugezogenen zu 1 vorgetragene Verspätung aufgrund von reduzierten Geschwindigkeiten bei Warnungen vor Sturm geht die Beschlusskammer allerdings davon aus, dass diesbezüglich eine Kodierung auf Ziffer 82 „Anordnung NLZ - Witterung“ nicht in jedem Fall zulässig ist, weil es sich nicht immer um ein außergewöhnliches Wetterphänomen handelt. Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass (jedenfalls außerhalb exponierter Lagen) frühestens mit einer Unwetterwarnung davon auszugehen ist, dass die Reduzierung der Fahrgeschwindigkeit als Vorsichtsmaßnahme vor einem außergewöhnlichen Witterungseinfluss dient und auf VU 82 kodiert werden kann. Geschwindigkeitsreduzierungen im Vorfeld dieser Maßnahme können zweckmäßig sein, wenn der Zustand der Strecke dies erfordert. Die Geschwindigkeitsreduzierung wäre dann nach der Definition der Antragstellerinnen aber nicht wetterinduziert, sondern durch den Streckenzustand verursacht. Im Ergebnis sind die die Regelungen zur Berücksichtigung von Zusatzverspätungen durch Witterung (VU 82) aber nicht zu beanstanden.

#### **II. 2.2.3.6.9 Ausgefallene Züge**

Die Regelung zum Umgang mit ausgefallenen Zügen (keine Berücksichtigung im Anreizsystem) war nicht zu beanstanden.

Gemäß § 39 Abs. 2 und 3 i. V. m. Anlage 7 Nr. 2a) und f) ERegG müssen die Entgeltregelungen leistungsabhängige Bestandteile aufweisen, die Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit bieten. Nach diesen Bestandteilen müssen die Dauer von Verspätungen und Grenzwerte definiert werden, ab denen für sämtliche Zugbewegungen Zahlungen fällig werden. Fraglich war, wie mit ausgefallenen Zügen umzugehen ist.

Entsprechend der Ausgestaltungen des von den Antragstellerinnen zur Genehmigung vorgelegten Anreizsystems sind ausgefallene Züge nicht über das Anreizsystem zu pönalisieren. Die Beschlusskammer sah zunächst noch Gesprächsbedarf zu der Frage, ob auch ausgefallene Züge im Anreizsystem zu berücksichtigen wären, und bat im Hinweisschreiben vom 18.04.2018 um entsprechende Stellungnahmen. In ihrer Stellungnahme vom 14.05.2018 teilen die Antragstellerinnen mit, dass es sich nach ihren Auswertungen bei Zugausfällen mehrheitlich um Teilausfälle handeln würde. Die entsprechenden Zugfahrten wären auf dem gefahrenen Abschnitt auch relevant für das Anreizsystem. Beispielhaft würde bei starker Verspätung eine vorzeitige Wende für das System stabilisierend wirken. Im Übrigen wären auch Zugausfälle z. B. auf Vandalismus zurückzuführen und mithin weder dem Infrastruktur- noch dem Fahrzeugbetreiber anzulasten. In ihrer Stellungnahme vom 23.05.2018 führen die Antragstellerinnen unter Punkt 2 b weiter aus, dass auch nach Sinn und Zweck des Anreizsystems eine Aufnahme ausgefallener Züge in das Anreizsystem nicht vorgesehen sei. Dessen Sinn sei es, die Leistungsfähigkeit des Schienennetzes insgesamt zu steigern. Dabei könne es sogar im Interesse der Gesamtpünktlichkeit sein, einen einzelnen Zug ausfallen zu lassen. Dies sei auch bei anderen europäischen Schienennetzen gängige Praxis. Würde man diesen Zug in das Anreizsystem aufnehmen, entstünde u. U. der Fehlanreiz, Züge auf dem Schienennetz verkehren zu lassen, die noch weitere Verspätungen anderer Züge mit sich brächten.

Die Hinzugezogene zu 1 befürwortet in ihrem Schreiben vom 14.05.2018, ausgefallene Züge in das Anreizsystem einzubeziehen. Sie hält ein entsprechendes Vorgehen für notwendig,

um Lücken in der Effektivität des Anreizsystems zu vermeiden. Hierbei verweist die Hinzugezogene zu 1 auch auf die Bundestag-Drucksache 19/1791. Hierbei handelt es sich um eine Kleine Anfrage zu Zugausfällen in den Jahren 2000 bis 2017. Die Anzahl der Zugausfälle läge für 2017 bei rund 140.000 Zügen und sei gegenüber 2016 zudem deutlich gestiegen. In ihrer Stellungnahme vom 23.05.2018 widerspricht die Hinzugezogene zu 1 der Auffassung der Antragstellerinnen zur Bedeutung von Zugteilausfällen. Nach Auffassung der Hinzugezogenen sei bei Teilausfällen von Zugfahrten nicht der gefahrene, sondern der entfallene (Fahrt-)Abschnitt maßgeblich. Auch sei der Hinweis auf vorzeitige Wenden und die Verursachung von Ausfällen durch das Verhalten Dritter (Vandalismus u. ä.) irreführend. Hieraus könne sich nicht von vorneherein ergeben, dass die Einbeziehung von Zugausfällen in das Anreizsystem entbehrlich wäre. Die Hinzugezogene zu 1 hält eine Aufnahme von netzseitig verursachten (Teil-)Ausfällen ebenso für notwendig wie eine Aufnahme von EVU-seitig verursachten (Teil-)Ausfällen. Für den Güterverkehr bezieht der Hinzugezogene zu 14 im Schreiben vom 23.05.2018 Stellung. Er weist darauf hin, dass die vom Schienenpersonenverkehr vorgetragene Forderung, auch ausgefallene Züge in einem Anreizsystem zu berücksichtigen, im Schienengüterverkehr zwar eine minder schwere Rolle spielen würde, aber dennoch durch den Ausfall in allen Verkehrsarten negative Auswirkungen vor allem auf die Leistungsfähigkeit der Infrastruktur festgestellt werden könnten. Im Schienengüterverkehr würde ein Zugausfall nicht ersatzlos bleiben, sondern der Transport müsse entweder über eine gänzlich andere Strecke oder zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden, und damit würde Infrastrukturkapazität sehr kurzfristig wieder in Anspruch genommen. Im Schienenpersonenverkehr würden bei ausgefallenen Zügen Störungen durch erhöhtes Fahrgastaufkommen bei folgenden Zügen (oder durch zusätzliche Halte) in vielen Fällen auftreten. Im Ergebnis schließt sich der Hinzugezogene zu 14 der Forderung der Hinzugezogenen zu 1 an, dass die Regelungen des Anreizsystems auch für ausgefallene Züge anzuwenden seien.

Die Beschlusskammer hält es einerseits für grundsätzlich möglich, auch ausgefallene Züge in das Anreizsystem zu integrieren. Erstens ist der Zugausfall im Regelfall schlimmer als eine Verzögerung, was gegen eine Herausnahme ausgefallener Züge spräche. Zweitens könnte die Vorgabe, dass alle Zugbewegungen, die stärker als ein bestimmter Grenzwert verspätet sind, in das Anreizsystem zu integrieren sind, nahelegen, dass auch ausgefallene Züge zu berücksichtigen wären. Die Berücksichtigung ausgefallener Züge wäre nach Auffassung der Beschlusskammer auch tatsächlich möglich, wie Regelungen in Italien, Belgien, Portugal und im Vereinten Königreich zeigen.

Auf der anderen Seite ist aber zu berücksichtigen, dass im Falle eines netzseitigen Zugausfalls keine Trassenentgelte zu entrichten sind, worin bereits ein wirtschaftlicher Schaden zu erkennen ist. Eisenbahnverkehrsunternehmen müssen bei (EVU-seitig) ausgefallenen Zügen ein Stornierungsentgelt zahlen und erleiden hierdurch ohnehin einen wirtschaftlichen Nachteil. Beide Argumente könnten aus Sicht der Beschlusskammer dafür sprechen, Zugausfälle aus dem Anreizsystem auszunehmen. Als weiteres Argument ist zu berücksichtigen, dass ein ausgefallener Zug eines Eisenbahnverkehrsunternehmens gerade nicht zu einer Störung des Eisenbahnbetriebs führen kann. Zudem wirken Zugausfälle bzw. Zugteilausfälle zum Teil netzstabilisierend. Dies ist etwa der Fall, wenn durch eine frühere Wende (Zugteilausfall) die Gegenrichtung wieder pünktlich gefahren werden kann. In diesem Falle würde eine Pönalisierung der netzstabilisierenden Maßnahme in Form eines Zugteilausfalls eine zielkonträre Wirkung entfalten. Maßgeblich ist aber auch die Frage, wie erheblich der Anteil der ausgefallenen und teilausgefallenen Züge im Gesamtsystem ist und ob dieser Anteil so erheblich ist, dass eine Herausnahme dieser Züge die Wirkungsfähigkeit des Anreizsystems in Frage stellen würde. Entsprechend den Ausführungen der Antragstellerinnen vom 14.05.2018 und der Antwort zur kleinen Anfrage zu Zugausfällen auf bundeseigenen Schienenwegen (Bundes-

tag-Drucksache 19/1999) belief sich die Anzahl der ausgefallenen oder teilausgefallenen Züge für das Jahr 2017 auf rund 140.000. Trotz der erheblichen absoluten Zahl der Zug(teil)ausfälle entspricht dies in 2017 allerdings lediglich einem Anteil von 1%<sup>8</sup> an der Gesamtzugzahl. Die Anzahl der (teil-)ausgefallenen Züge ist zwar in 2017 mit rund 140.000 deutlich höher als in 2016 (118.000), andererseits aber auch deutlich niedriger als in 2015 (170.000) und in 2014 (161.000). Unabhängig von der relativen Signifikanz der Zug(teil)ausfälle ist festzustellen, dass sich das zur Genehmigung vorgelegte Anreizsystem auf alle tatsächlich fahrenden Züge erstreckt. Eine Herausnahme ausgefallener Züge aus dem Anreizsystem steht einer Genehmigung nach Auffassung der Beschlusskammer nicht entgegen.

### II. 2.2.3.7 Herleitung und Höhe der Anreizentgelte

Die Herleitung und Höhe der beantragten Anreizentgelte war – isoliert betrachtet – nicht zu beanstanden. Da die Genehmigung wegen weiterer Verstöße gegen die gesetzlichen Vorgaben allerdings insgesamt zu versagen war, haben die folgenden Ausführungen im Wesentlichen hinweisenden bzw. informatorischen Charakter.

Grundlage für die Ausgestaltung der leistungsabhängigen Entgeltbestandteile ist § 39 ERegG i. V. m. Anlage 7 Nr. 2 zum ERegG. Darin ist unter anderem geregelt, dass der Betreiber der Schienenwege den Zugangsberechtigten den Zugang zu Eisenbahnanlagen zu angemessenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Entgelten und Entgeltregelungen zu gestatten hat (§ 39 Abs. 1 ERegG) und dass die Entgeltregelungen den EVU und dem jeweiligen Betreiber der Schienenwege Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten müssen (§ 39 Abs. 2 Satz 1 ERegG). Die Anreizentgelte (Pönalhöhen) des Genehmigungsantrags werden in € je pönalrelevanter Verspätungsminute angegeben und sind in der folgenden Tabelle 3 aufgeführt.

**Tabelle 3 – Anreizentgelte je pönalrelevanter Verspätungsminute**

Bereich	SPFV	SPNV	Leer SPV	SGV
Antragstellerinnen (baubedingt) an EVU	54,00 €	18,00 €	6,00 €	6,00 €
Antragstellerinnen (nicht-baubedingt) an EVU	4,00 €	3,00 €	1,20 €	1,20 €
EVU an Antragstellerinnen	1,00 €	1,00 €	0,20 €	0,20 €
Schwellwert für Pönalrelevanz [Minuten]	04:00	04:00	31:00	31:00

Die Antragstellerinnen führen in Ihrem Genehmigungsantrag vom 21.02.2018 aus, dass die von den Antragstellerinnen zu zahlenden baubedingte Pönalhöhen sich an den vom „Runden Tisch Baustellenmanagement“ (RTB) ermittelten Bauerschwerniskosten orientieren sollten. Die Spreizung der Pönalhöhen sei bewusst geringer gehalten als die vom RTB ermittelten Pönalhöhen. Ziel des Anreizsystems sei zudem nicht, die Erschwerniskosten vollständig zu kompensieren. Die von den Antragstellerinnen zu zahlenden nicht baubedingten Pönalhöhen ergäben sich aus der Höhe der bisherigen Entgeltminderung zuzüglich der von EVU zu zahlenden Betragshöhen. Auf diese Weise bliebe die Differenz der von den Antragstellerinnen und der von den EVU im bisherigen System zu zahlenden Beträge gegenüber unverändert. Die von den EVU zu zahlenden Pönalhöhen richte sich ausschließlich an den Erschwerniskosten für Sekundärverspätungen aus. Die EVU hätten selbst einen Anreiz zur Reduzierung

<sup>8</sup> Davon 0,7% Teilausfälle und 0,3% vollständige Ausfälle.

der Verspätungsminuten. Eine Einpreisung der Erschwerniskosten der eigenen Primärverspätung sei deshalb nicht zu berücksichtigen.

Die Hinzugezogene zu 5 führt mit Schreiben vom 21.06.2018 aus, dass die Ergebnisse des „Runden Tisches Bau“ aus Ihrer Sicht ein guter Kompromiss der verschiedenen Sichtweisen seien und die entsprechend im Genehmigungsantrag enthaltenen Anreizentgelte – insbesondere mit der Anreizung zu den baustellenbedingten Auswirkungen – aus Ihrer Sicht tragfähig seien. Der Hinzugezogene zu 14 führt mit Schreiben vom 12.03.2018 aus, dass mit der erhöhten Pönalisierung von baustellenbedingten Zusatzverspätungen für den Infrastrukturbetreiber ein Schritt in die richtige Richtung gegangen worden sei. Gleichzeitig wird bemängelt, dass die vorgesehenen Regelungen einen Geldkreislauf im Umfang von 10 Mio. € pro Jahr etablierten. Jene Mittel, die für baustellenbedingte Verspätungen von den Antragstellerinnen an die EVU ausgezahlt werden sollten, würden durch Zahlungen der EVU an die Antragstellerinnen erst erhoben. Mit Schreiben vom 12.03.2018 begrüßt die Hinzugezogene zu 15, dass die Anreizentgelte für baumaßnahmenbedingte Störungen auf ein marktfähiges Niveau angepasst worden seien, kritisiert aber zugleich, dass die Pönalhöhen von 3 € bzw. 4 € bei nicht baubedingten Verspätungen im Bereich des Infrastrukturbetreibers nur einen geringen Anreiz zur Beseitigung von operativen Störungen bieten würden. Sie fordert deshalb deutlich höhere Anreizentgelte für nicht baubedingte Verspätungen. Mit Schreiben vom 12.03.2018 kritisiert die Hinzugezogene zu 17, dass hinsichtlich der infrastrukturbedingten Ursachen dem SPFV das dreifache dessen an Zahlungen zugestanden werde, was für den SPNV bei Bauarbeiten vorgesehen sei, obwohl die Verpflichtungen von EVU-Seite im SPNV und SPFV einheitlich seien. Ein sachlicher Grund dafür sei nicht ersichtlich. Mit Schreiben vom 09.05.2018 führt die Hinzugezogene zu 17 aus, dass mit Blick auf die Erörterungen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie die im Rahmen des Runden Tisches Baustellenmanagement geführten Diskussionen an der vorherigen Kritik der unterschiedlichen Behandlung der Verkehrsarten bezüglich der Höhe der Anreizentgelte nicht mehr festgehalten werde. Der Hinzugezogene zu 18 verweist mit Schreiben vom 19.06.2018 darauf, dass die Beteiligten des Runden Tisches Baustellenmanagement verabredet hätten, die dort gefundenen Regelungen zu den leistungsabhängigen Entgelten bei baustellenbedingten Verspätungen mitzutragen, und regt an, zumindest die baustellenbezogenen Bestandteile des Anreizsystems zu genehmigen. Die Hinzugezogene zu 20 führt mit Schreiben vom 12.03.2018 aus, dass sie die deutlich erhöhten Anreizentgelte für baustellenbedingte Verspätungen ausdrücklich begrüße.

Die Herleitung und Höhe der beantragten Anreizentgelte ist nach Auffassung der Beschlusskammer – unbeschadet der Ausführungen zur Berücksichtigung der durchschnittlichen Verspätungen (vgl. Abschnitt II. 2.2.3.2) und der wirtschaftlichen Tragfähigkeiten (vgl. Abschnitt II. 2.2.3.5) – nicht zu beanstanden.

Die Herleitung der einzelnen Pönalhöhen haben die Antragstellerinnen in Ihrem Genehmigungsantrag nachvollziehbar dargelegt. Bei der Herleitung der baubedingten Anreizentgelte (Tabelle 3, Zeile 1) dienen die Ergebnisse des „Runder Tisch Baustellenmanagement“ zu den Erschwerniskosten durch baubedingte Verspätungen als Ausgangsbasis. Die weitere Herleitung führt zu einer – gegenüber den Erschwerniskosten – geringeren Spreizung zwischen den Verkehrsdiensten bei den Anreizentgelten, welche plausibel erläutert wird.

Bei der Herleitung der nicht baubedingten Anreizentgelte (Tabelle 3, Zeile 2) leitet sich die Höhe der Anreizentgelte aus der Höhe der bisherigen Entgeltminderung zuzüglich der Kosten aus Sekundärverspätungen ab. Soweit die Hinzugezogene zu 15 ausführt, dass im operativen Netzbetrieb höhere Anreizentgelte einen höheren Anreiz zur Vermeidung von operativen Störungen böten, so ist dem zwar zuzustimmen. Nicht genehmigungsfähig sind die

Anreizentgelte nach Auffassung der Beschlusskammer allerdings nur dann, wenn – entgegen der Vorschriften aus § 39 Abs. 2 Satz 1 – kein Anreiz zur Vermeidung von (operativen) Störungen zu erwarten ist. Dies ist aus Sicht der Beschlusskammer mit den zur Genehmigung vorgelegten Anreizentgelten für nicht baubedingte Verspätungen aber nicht der Fall.

Die durch die Zugangsberechtigten zu zahlenden Anreizentgelte (Tabelle 3, Zeile 3) ergeben sich aus den entstehenden Sekundärverspätungskosten. Die Darlegung durch die Antragstellerinnen erfolgte insbesondere im Rahmen der Ausführungen zum Genehmigungsantrag und ist nachvollziehbar erläutert.

Soweit der Hinzugezogene zu 14 bemängelt, es würde auf Ebene der aus den Einzelentgelten entstehenden Zahlungsströmen ein „Geldkreislauf“ entstehen, in dem jene Mittel, die für baustellenbedingte Verspätungen von den Antragstellerinnen an die EVU ausgezahlt werden sollten, durch Zahlungen der EVU an die Antragstellerinnen erst erhoben würden, so scheint dies zunächst verständlich. Bei entsprechend § 39 Abs. 2 Satz 2 ERegG ausgestalteten Anreizsystemen dürfte es allerdings regelmäßig der Fall sein, dass Zahlungen von EIU an EVU auch Zahlungen von EVU an EIU gegenüberstehen, so dass sich im Ergebnis ein gewisser Ausgleich der gegenseitigen Zahlungsverpflichtungen ergibt. Dieser Zusammenhang steht jedoch der Anreizwirkung aus den potentiellen jeweiligen eigenen Zahlungsverpflichtungen in keiner Weise entgegen. Der Anreiz, die jeweils eigene Zahlungsverpflichtung durch Vermeidung von Störungen zu minimieren, besteht unabhängig von der Frage, inwieweit sich entgegengerichtete Zahlungsströme saldieren.

Die Frage, ob die vorgelegten Entgeltregelungen – insbesondere mit Blick auf die Höhe der Entgelte bzw. Pönalen – grundsätzlich Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Netzes bieten, wurde mit Blick auf die nicht baubedingten Anreizentgelte bereits bejaht (vgl. Ausführungen weiter oben in diesem Abschnitt). Auch für baubedingte Verspätungen und durch EVU bedingte Verspätungen sind die vorgesehenen Entgelte bzw. Pönalen zur Erreichung der in § 39 Abs. 2 Satz 1 ERegG genannten Ziele nach Auffassung der Beschlusskammer geeignet. Im Verfahren zum TPS 2018 (BK10-16-0008\_E) hatte die Beschlusskammer die im damaligen Genehmigungsantrag vorgesehenen Pönalhöhen von einheitlich je 0,10 € je Verspätungsminute als zu gering angesehen, als dass eine Anreizwirkung angenommen werden könnte.<sup>9</sup> Die im vorliegenden Genehmigungsantrag entsprechend Tabelle 3 vorgesehenen Pönalhöhen liegen sämtlich oberhalb der im Verfahren zum TPS 2018 als zu gering eingeschätzten einheitlichen Pönalhöhe. Dies ist auch dann noch der Fall, wenn man von einer „Einpreisung“ der bisherigen automatischen Minderung (3 € im SPFV, 2 € im SPNV, 1 € im SGV) in das vorgelegte Anreizsystem zum TPS 2019 ausgehen würde. Die stärkste Erhöhung gegenüber den im Verfahren zu TPS 2018 als zu niedrig beanstandeten Pönalhöhen ergibt sich im Bereich der baubedingten Verspätungen für Verkehre des SPFV, die statt bei 0,10 € je Verspätungsminute (TPS 2018) bei nunmehr 54,00 € je Verspätungsminute liegen würden. Die geringste Abweichung ergäbe sich bei Verspätungen, welche durch EVU des SGV verursacht würden, die statt bei 0,10 € je Verspätungsminute (TPS 2018) nun bei 0,20 € je Verspätungsminute liegen würde. Gerade im SGV ist jedoch zu beachten, dass die in § 39 Abs. 2 Satz 1 ERegG geforderte Wirksamkeit der Anreizentgelte wiederum eine Schranke in der in Anlage 7 zum ERegG Ziffer 2 a) geforderten Vermeidung der Gefährdung der wirtschaftlichen Tragfähigkeiten eines Verkehrsdienstes findet. Wie unter Abschnitt II. 2.2.3.5 ausgeführt, ist gerade im SGV von be-

---

<sup>9</sup> Vgl. Beschluss zum TPS 2018, BK10-16-0008\_E, Seite 149 f.

sonders hohem intermodalen Wettbewerbsdruck und kostensensitiven Rahmenbedingungen auszugehen, so dass ein – im Vergleich der beantragten Pönalen – relativ geringeres Anreizentgelt dennoch gerechtfertigt scheint.

#### **II. 2.2.4 Entscheidung vom 17.01.2018 weiterhin richtige Entscheidung**

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Entscheidung vom 17.01.2018 inhaltlich weiterhin als richtige Entscheidung dar und müsste im Falle eines Widerrufs der Entscheidung inhaltsgleich neu erlassen werden.

Durch einen (Teil-)Widerruf der Entscheidung vom 17.01.2018 würde der Genehmigungsantrag vom 06.10.2017 unter Berücksichtigung der Änderungsanträge vom 27.10.2017 und 06.11.2017 in der durch den Antrag vom 21.02.2018 modifizierten Form in dem Umfang, in dem der Beschluss aufgehoben würde, wiederaufleben und müsste neu beschieden werden.

Mit Blick auf die Neuregelungen zum Anreizsystem wäre, wie zuvor ausgeführt, die Genehmigung zu versagen, so dass die Regelungen zum Anreizsystem auch bei einer Neugenehmigung freibleiben müssten.

Mit Blick auf die beabsichtigten Regelungen zur Minderung wäre ebenfalls eine zum Beschluss vom 17.01.2018 inhaltsgleiche Regelung zu treffen. Wie bereits dargestellt, stehen Anreizsystem und Minderung in einem Konnexitätsverhältnis. Der Antrag vom 21.02.2018 und der Hilfsantrag vom 14.05.2018 waren daher so auszulegen, dass, wenn der Hauptantrag zum Anreizsystem abgelehnt würde, es bezüglich der Minderung bei den bisherigen Anträgen vom 06.10., 27.10. und 06.11.2017 bleiben sollte. Aus diesem Grund – und weil sich zwischenzeitlich kein geänderter Sachverhalt ergeben hat – wäre erneut so zu beschieden, wie zuletzt am 17.01.2018.

Mit Blick auf die begehrte Regelung zum Ausschluss des Schadenersatzes wäre, wie zuvor ausgeführt, die Genehmigung zu versagen, so dass die Regelung zur Eingrenzung der Schadenersatzansprüche auch bei einer Neugenehmigung freibleiben müsste.

Hilfsweise stellt die Beschlusskammer fest, dass für den hypothetischen Fall, dass ein Spielraum für eine von der Entscheidung vom 17.01.2018 abweichende Neubescheidung erkennbar wäre, jedenfalls aus Ermessensgesichtspunkten eine Aufhebung der Entscheidung vom 17.01.2019 nicht in Betracht kommt, weil eine neu zu treffende Entscheidung vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen keinen Mehrwert bieten würde.

#### **II. 3 Kosten**

Gemäß § 69 ERegG in Verbindung mit der Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen der Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEGebV) erhebt die Regulierungsbehörde Kosten für ihre Entscheidung. Die Geltendmachung der entstandenen Höhe der Kosten erfolgt in einem gesonderten Bescheid.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Bonn, den 31.08.2018

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Prof. Dr. Otte

Naas

Dr. Geers