

Orth Kluth Rechtsanwälte PartG mbB • Friedrichstraße 186 • 10117 Berlin

**Bundesnetzagentur  
Beschlusskammer 10**  
Tulpenfeld 4  
53113 Bonn

Dr. Anselm Grün  
Tel.: +49. (0)30. 206 09 70 - 0  
Fax: +49. (0)30. 206 09 70 - 29  
E-Mail: [anselm.gruen@orthkluth.com](mailto:anselm.gruen@orthkluth.com)

Berlin, den 1. Dezember 2016  
Az. 902-16

**Antrag der DB Netz AG auf Genehmigung der Entgelte und Entgeltgrundsätze für die  
Netzfahrplanperiode 2017 / 2018  
Ihr Zeichen: BK10-16-0008\_E  
Stellungnahme der DB Netz AG zu den Stornierungsentgelten im Schreiben vom 23.  
November 2016**

**Dieses Schreiben enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**

Sehr geehrter Herr Kirchhartz,  
sehr geehrte Damen und Herren,

für die von uns in dem o.g. Verfahren vertretenen Beigeladenen nehmen wir zu den Ausführungen der DB Netz AG zu den beantragten Stornierungsentgelten im Schreiben vom 23. November 2016 wie folgt Stellung.

## I. Anreizsetzung

Die DB Netz AG lehnt jeden Kostenbezug bei den Stornierungsentgelten ab und meint, angemessen sei ein Stornierungsentgelt immer dann, wenn es einen Anreiz für die

### Düsseldorf

Dr. Robert Orth  
Dr. Peter Kluth  
Dr. Guido Matthey<sup>1</sup>  
Dr. Gary Kluft<sup>2</sup>  
Dr. Marc Henze  
Dr. Julius Böckmann  
Dr. Philipp Mels<sup>3</sup>  
Dr. Ulla Kelp<sup>1,3</sup>, LL.M.  
Boris Körner  
Dr. Lars Karsten  
Dr. Frank Wältermann  
Dr. Christian Meyer  
Dominique Faßbender<sup>4</sup>  
Dr. Kai-Michael König  
Dr. Christiane Hoffbauer  
Dafni Nikolakudi  
Carolin Bergermann  
Timo Nossek<sup>2</sup>  
Dr. René Runte  
Dr. Simon Grosse-Brockhoff<sup>1</sup>  
Dr. Christina Cannistra  
Dr. Michael Sitsen<sup>4</sup>  
Jan Söffing, Staatssekretär a.D.  
Jürgen Kapplinghaus, Oberstaatsanwalt a.D.  
Thomas Krahwinke<sup>1</sup>  
Philipp R. Galaske  
Boxi Xie  
Natalie Ott  
Andreas Broich  
Dr. Tim Christian Gießelmann<sup>5</sup>  
Dr. Janis Heiliger  
Dr. Hans-Gert Bovelett  
Dr. Anja Bertrand  
Elisaveta Breckheimer  
Kai Enzweiler

Manja Steinicke, LL.M.  
Laura Wollner, LL.M.  
Dr. Christoph Florian, LL.M.  
Marieke Schwarz  
Dr. Marc Menrath  
Sarah-Jane Prinz  
Dr. Christian Krenz  
Rick Marleaux  
Florian Höfer, LL.M.  
Constanze Schmall  
Dr. Sanela Rovcanin  
Golo Edel  
Dr. Kerstin Bogusch  
Isabel Ellinger  
Igor Gruevski  
Denis Schütz  
Prof. Dr. Michael Bohne<sup>6</sup>

### Berlin

Dr. Anselm Grün  
Dr. Nils Neumann, LL.M.  
Dr. Bastian Mehle  
Dieter Posch, Staatsminister a.D.  
Prof. Dr. Patrick Ostendorf<sup>6</sup>, LL.M.  
Dr. Stefan Buske

<sup>1</sup> zugleich Fachanwalt für Arbeitsrecht

<sup>2</sup> zugleich Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

<sup>3</sup> zugleich Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz

<sup>4</sup> zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht

<sup>5</sup> zugleich Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

<sup>6</sup> Of Counsel

(nicht als Rechtsanwalt zugelassen)

effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität setze und sich auf die hierfür erforderliche Höhe beschränke (Schreiben, S. 12).

Unterstellt man einmal die Richtigkeit dieses Ansatzes – der Ansatz ist freilich nicht richtig, dazu sogleich – dann lässt sich den bisherigen Ausführungen der DB Netz AG nicht entnehmen, dass das zur Genehmigung beantragte Stornierungsentgelt überhaupt Anreiz für die effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität setzt und dass es sich auf die hierfür erforderliche Höhe beschränkt.

**1. Ziel der Anreizsetzung**

Zunächst ist schon kein nachvollziehbares Ziel einer Anreizsetzung erkennbar. Die DB Netz AG nennt, in Übereinstimmung mit § 40 Abs. 1 ERegG, als Anreizziel die effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität. Es lässt sich aber weder dem Genehmigungsantrag noch den Ausführungen der DB Netz AG in der mündlichen Verhandlung vom 14./15. November 2016 noch ihrem Schreiben vom 23. November 2016 entnehmen, welches Ziel genau die DB Netz AG mit ihrem beantragten Stornierungsentgelt insoweit zu verfolgen beabsichtigt.

**a. Steigerung der Trassen nicht Ziel der Anreizsetzung**

So ergibt sich aus den Ausführungen der DB Netz AG im Schreiben vom 23. November 2016 zunächst, dass praktisch jedes EVU, das Schienenwegkapazität benötigt, diese auch erhält. Nach den Tabellen auf S. 16 des Schreibens sind in den Jahren 2013 und 2014 im SGV keine Trassenanträge abgelehnt worden. Die vorhandene Kapazität reicht nach den Ausführungen der DB Netz AG also vollkommen aus, um alle Trassenwünsche zu bedienen.

Das beantragte Stornierungsentgelt kann damit weder die Wirkung noch das Ziel haben, die Auslastung auf dem Netz zu erhöhen und mehr Zugangsberechtigten die Nutzung der Schienenwege zu ermöglichen. Ohne die beantragten Stornierungsentgelte gäbe es keine Trasse weniger auf dem Netz. Die beantragten Stornierungsentgelte führen zu keinem einzigen zusätzlichen Trassenkilometer. Insoweit scheidet schon einmal eine mit einem Anreiz zu verfolgende Zielsetzung aus.

**b. Ziel der „Verringerung der Abweichungen von der Trassenanmeldung“**

Dies erkennt auch die DB Netz AG an, wenn sie auf S. 25 ihres Schreibens einschränkt, das Stornierungsentgelt solle lediglich verhindern, „*dass die Betriebsqualität sinkt oder die Trassen zeitlich und räumlich verlegt werden*“. Das beanreizte Stornierungsverhalten solle „*lediglich zu einer Verringerung der Abweichungen von der Trassenanmeldung*“ führen.

Ein derart vage und unbestimmt formuliertes Ziel ist indes in keiner Weise geeignet, der DB Netz AG als Grundlage für die Formulierung spezifischer Anreizsetzungen zu dienen. Gleichzeitig verhindert ein solcherart formuliertes Ziel auch, dass die Bundesnetzagentur die Sinnhaftigkeit und Stimmigkeit beantragter Anreizsetzungen nachvollzieht. Damit lässt sich eine behauptete Anreizwirkung, die angeblich mit dem Stornierungsentgelt verfolgt werden soll, nicht einmal im Ansatz nachvollziehen.

Es scheint ganz offenbar so, dass die DB Netz AG eine vage und undefinierte Zielsetzung für ihre vermeintlichen Anreize als quasi-Legitimation gebraucht, um weitgehend freie Hand bei der Festlegung ihrer Stornierungsentgelte zu haben. Die Anerkennung derartiger „Anreizziele“ durch die Bundesnetzagentur würde bei der Festlegung der Stornierungsentgelte jeder Willkür Tor und Tür öffnen.

**c. Zielerreichung auch gar nicht gefährdet**

Hinzu kommt: Nach dem eigenen Befund der DB Netz AG gibt es für ein Stornierungsentgelt zur Hebung der Fahrplanqualität auch schon gar kein tatsächliches Bedürfnis!

Wie die DB Netz AG auf den Seiten 20-22 ihres Schreibens nämlich selber ausführt, kam es an den zwei stichprobenhaft untersuchten Tagen praktisch zu keinen Kollisionen zwischen den stornierten Trassen und den kurzfristig bestellten Trassen. In den untersuchten Fällen hätte der Laufweg der kurzfristig bestellten Trassen nur im Umfang von 2,5% bzw. 2,4% geändert werden müssen, wenn die Stornierung unterblieben wäre.

Da aber die Vermeidung genau solcher Laufweganpassungen erklärtes Ziel der mit den Stornierungsentgelten verfolgten Anreizwirkung ist, entzieht die DB Netz AG mit ihrem Befund, dass solche Anpassungen auch ohne Stornierungen praktisch nicht notwendig sind, ihrem Stornierungsentgelt jegliche Grundlage.

## **2. Mittel der Anreizsetzung**

Ist damit schon kein legitimes Ziel einer Anreizsetzung erkennbar, lässt sich darüber hinaus auch nicht erkennen, inwiefern die beantragten Stornierungsentgelte überhaupt ein geeignetes Mittel sind, eine Anreizwirkung zu erzielen.

Die DB Netz AG lässt jede Aussage dazu vermissen, inwiefern das Mindeststornierungsentgelt von 0,03€/Trkm und die erhöhten Stornierungsentgelte von 0,29€/Trkm, 0,58€/Trkm und 1,54€/Trkm (im Standardsegment SGV) geeignet sind, die Abweichungen bei den Trassenanträgen bzw. „die Betriebsqualität“ zu steigern. Da sie eine kostenbasierte Herleitung der Stornierungsentgelte verbal ablehnt, muss sie sich der Frage stellen, inwieweit die absolute Höhe der Stornierungsentgelte in € je Zeitpunkt faktisch geeignet ist, Anreize zu setzen.

Hier unternimmt die DB Netz AG aber nicht einmal ansatzweise einen Erklärungsversuch. Ihre Argumentation geht vielmehr pauschal dahin, dass (i) frühzeitige Stornierungen eher geeignet sind als spätere Stornierungen, die Trassenqualität zu steigern, und (ii) dass hohe Stornierungsentgelte Anreize setzen, frühzeitig zu stornieren. In der Konsequenz setzt die DB Netz AG für spätere Stornierungen höhere Stornierungsentgelte fest als für frühere Stornierungen und meint, eine weitere Rechtfertigung der gewählten Zeitpunkte und der Entgelthöhen sei damit entbehrlich.

Auch hier zeigt sich wieder: Die Argumentation der DB Netz AG läuft darauf hinaus, ungestört von jeder Einmischung durch die Regulierung nach eigener Willkür die Stornierungsentgelte festlegen zu können.

Darüber hinaus ist die pauschale Annahme der DB Netz AG auch schon sachlich äußerst zweifelhaft:

**a. Frühe Stornierungen steigern nicht die Trassenqualität**

Zu hinterfragen ist zunächst die pauschale Annahme, dass frühzeitige Stornierungen eher geeignet sind als spätere Stornierungen, die Trassenqualität der Bestellungen anderer Nutzer zu steigern.

So ändert etwa jede Stornierung nach Fertigstellung des Netzfahrplans nichts mehr daran, dass bei der Erstellung des Netzfahrplans einzelne konkurrierende Trassen aufgrund der später stornierten Trasse verschoben werden mussten. Ob die Trasse nach Netzfahrplanerstellung dann früher oder später vor ihrem Verkehrstag storniert wird, macht für die Nutzer, die bei der Fahrplanerstellung Einbußen hinnehmen mussten, keinen Unterschied mehr.

Aber auch im Gelegenheitsverkehr ist der Zeitpunkt der Stornierung einer Trasse für die Fahrplanqualität anderer Trassen allenfalls zufällig von Belang. Eine Trasse, die zu einem bestimmten Zeitpunkt (z.B. 60 Tage oder 4 Tage) vor ihrem Verkehrstag storniert wird, mag für den einen die Kapazität begehrenden Zugangspetenten zu spät, für den anderen zeitlich gerade richtig storniert sein.

Viel entscheidender als der Zeitpunkt der Stornierung dürfte ohnehin sein, ob von der Stornierung hochfrequentierte Kapazität betroffen ist oder eher Kapazität, die wenig nachgefragt wird. Im ersteren Fall kann die anfängliche Belegung der Kapazität durch die später stornierte Trasse sicherlich Auswirkungen für andere Trassen haben, ohne dass dabei allerdings der Zeitpunkt der Stornierung eine relevante Rolle spielt. Im letzteren Fall hingegen dürfte die Frage, ob die später stornierte Trasse Kapazität gebunden hat, mangels konkurrierender Nachfrage praktisch keine relevanten Auswirkungen haben.

**b. Höhere Stornierungsentgelte setzen nicht höhere Anreize**

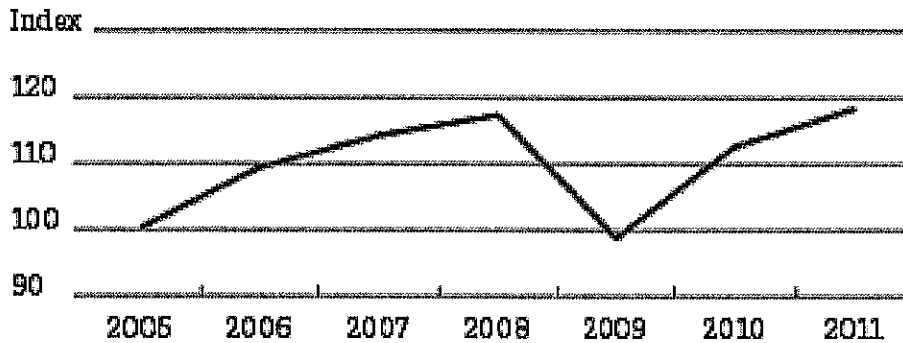
Auch die weitere Annahme, dass hohe Stornierungsentgelte Anreize setzen, frühzeitig zu stornieren, ist zu hinterfragen. In unserem Schreiben vom 21. Oktober 2016 haben wir dargelegt, dass mit den Stornierungsentgelten nur sehr schwer Verhaltensanreize

gesetzt werden können, da nicht die EVU, sondern die Auftraggeber über die Verkehrsdurchführung (und damit über die Stornierung) entscheiden, die aber von den Stornierungsentgelten in der Regel nicht betroffen sind. Die von der DB Netz AG vorgelegten Zahlen bestätigen den Befund, dass es keinen nachweisbaren Zusammenhang zwischen der Erhöhung von Stornierungsentgelten und dem Stornierungsverhalten der Netznutzer gibt.

Die Tabelle auf S. 28 des Schreibens vom 23. November 2016 zeigt, dass die Zahl der Stornierungen in den Jahren des erhöhten Stornierungsentgelts (2008 bis 2011) mit Ausnahme des Jahres 2007 deutlich oberhalb der Zahl der Stornierungen in den Jahren 2005 und 2006 lag, in denen das abgesenkte Stornierungsentgelt galt. Bereits dieser Befund spricht gegen die von der DB Netz AG behauptete Anreizsetzung. Die in der rechten Spalte vermerkte „Veränderung in Prozent“ bezieht sich dabei immer nur auf das Vorjahr und ist damit zum Nachweis einer Anreizwirkung gänzlich ungeeignet.

Im Übrigen haben die in absoluten Zahlen ausgedrückten Stornierungsfälle ohnehin keinerlei Aussagekraft. Sie lassen keinen Schluss auf das Verhalten der EVU zu. Zu diesem Zweck müsste ein Quotient errechnet werden, der sich z.B. auf die Zahl der Trassenbestellungen bezieht (Anteil der Stornierungen an der Gesamtzahl von Trassenbestellungen). Erst dann ließe sich eine Tendenz erkennen. Wenn z.B. in den Jahren 2009 und 2010 die Zahl der Trassenanmeldungen jeweils 20% zurückgegangen wäre, wäre der Rückgang der Stornierungen ggf. unterproportional.

Insoweit ist auch zu beachten, dass der Rückgang der Stornierungen in den Jahren 2008-2010 sicherlich auch ganz überwiegend mit den Folgen der Weltwirtschaftskrise erklärt werden kann. Das belegt die folgende graphische Darstellung des Schienengüterverkehrsaufkommens in Deutschland für die Jahre 2005-2011 nachhaltig: Deutlich erkennbar fiel das Verkehrsaufkommen der auf der Schiene beförderten Güter bereits im Jahr 2008 deutlich ab und erreichte im Jahr 2009 einen Tiefpunkt. Erst im Jahr 2011 wurde wieder das Niveau vor Ausbruch der weltweiten Wirtschaftskrise erreicht.



Quelle: <http://www.vdv.de/statistik-gueterverkehr.aspx>

Es ist daher grob irreführend zu suggerieren, die gegenüber den Jahren 2007 und 2012 geringere absolute Zahl an Stornierungsfällen in den Jahren 2008 bis 2011 sei auf das erhöhte Stornierungsentgelt zurückzuführen.

Soweit die DB Netz AG in ihrer Tabelle auf S. 29 des Schreibens darlegt, dass in den Jahren 2008 bis 2011 der Anteil der Stornierungen unterhalb von 24 Stunden vor Abfahrt stark zurück gegangen sei, will sie dies offenbar als Beleg dafür verstanden wissen, dass aufgrund der erhöhten Stornierungsentgelte Schienenwegkapazität effizienter genutzt wurde. Das ist aber ein Trugschluss: Denn in den erfassten Jahren betrug das Stornierungsentgelt bei Stornierungen von 24 Stunden oder weniger vor Abfahrt 100% des Trassenpreises. Einen Anreiz zu späten Stornierungen gab es also in dieser Zeit nicht. Aus den insoweit zurückgegangenen Stornierungen kann man daher nicht schließen, dass Kapazität effektiver genutzt wurde, sondern nur, dass gebuchte und nicht genutzte Kapazität mangels Stornierungen auch anderweitig nicht eingesetzt werden konnte.

**c. Stornierungsentgelte abhängig nach Verkehrstag setzt Anreiz zur verzögerten Stornierung**

In dem das erhöhte Stornierungsentgelt in Abhängigkeit seiner zeitlichen Entfernung zum jeweiligen Verkehrstag erhoben wird, mag dies bei einigen EVU Anreize setzen, nach dem Wegfall eines Jahresauftrags die jeweiligen Verkehrstage immer nur inso-

weit zu stornieren, als die jeweilige 30-Tages-Frist einzuhalten ist, im Übrigen die Trassen aber erst einmal auf Vorrat zu behalten. Eine solche Anreizsetzung wäre absolut kontraproduktiv zu der behaupteten Zielsetzung. Bei dem bisherigen Stornierungsentgeltsystem besteht ein solcher Anreiz nicht, da das Stornierungsentgelt bislang nur einmalig je Stornierungsvorgang unabhängig von der Zahl der erfassten Verkehrstage anfällt. Leidtragende eines derartigen künftig beanreizten strategischen Verhaltens wären alle anderen EVU, die auf die solcherart geblockten Kapazitäten nicht mehr zugreifen könnten. Insofern besteht die Sorge, dass die Entgeltbemessung abhängig vom Verkehrstag zu Verknappungen der verfügbaren Kapazitäten führt.

## **II. Kostenbezug**

Die DB Netz AG wendet sich prinzipiell gegen einen Kostenbezug bei der Kalkulation der Stornierungsentgelte und meint zudem, bei der Forderung nach einem „Kostenbezug“ sei schon unklar, was genau damit gemeint sei (Schreiben, S. 10). Sie selber entscheidet sich dann aber für einen bestimmten Weg der kostenbasierten Ermittlung der Stornierungsentgelte, und muss sich insofern zumindest an ihrer eigenen Logik festhalten lassen. So berechnet sie das beantragte Mindeststornierungsentgelt nach den Fahrplanerstellungskosten. Das erhöhte Stornierungsentgelt leitet sie von dem (kostenbasierten) Trassenpreis ab, in dem sie durch Abzug ihrer ersparten Aufwendungen („unmittelbare Kosten des Zugbetriebs für die Instandhaltung und für die Abschreibung“) ein Basisentgelt bildet, von dem sie dann je nach Stornierungszeitpunkt prozentuale Abschläge macht.

Die Argumentation, wonach die Stornierungsentgelte keinen Kostenbezug aufzuweisen hätten, dient ganz offensichtlich dazu, einen zu scharfen Blick auf die Kostensituation bei der Stornierung abzuwehren. Letztlich läuft die Argumentation auf ein Rosinenpicken hinaus: Kalkuliert werden die Entgelte orientiert an den Kosten, wo dies aber näher hinterfragt wird, wird auf den Anreizzweck der Entgelte verwiesen.

### **1. Weitervermarktungserlöse müssen angerechnet werden**

Entgegen ihrer Argumentation muss sich die DB Netz AG die Erlöse aus einer Weitervermarktung durchaus anrechnen lassen.



Denn indem die DB Netz AG das Stornierungsentgelt am Maßstab des Preises der jeweiligen Trasse (abzüglich ersparter Aufwendungen) berechnet, setzt sie auch den Gemeinkosten- und Gewinnanteil der jeweiligen Trasse an. Soweit sie die Trasse, und sei es nur partiell, weitervermarktet, setzt sie in dem dann von dem neu akquirierten Nutzer erzielten Trassenpreis den Gemeinkosten- und Gewinnanteil dieser (partiell) schon einmal bepreisten Trasse ein zweites Mal an und erzielt dann mit ein und demselben Trassenkilometer zwei Mal ihren jeweiligen Gemeinkosten- und Gewinnanteil.

Die dagegen gerichtete Argumentation der DB Netz AG, wonach ohnehin ausreichend Kapazität für alle Nutzer vorhanden sei, verkennt, dass die spezifische Kapazität (definiert über die konkrete jeweilige Strecke und den konkreten jeweiligen Zeitpunkt) nur einmal genutzt werden kann. Wird diese spezifische Kapazität aufgrund der Stornierung ein weiteres Mal vermarktet, kommt es insoweit nicht zu einem Erlösausfall. Ob in solchen Fällen mitunter die Netzkapazität nicht vollständig ausgelastet gewesen ist bzw. die Trasse zu einem anderen Zeitpunkt frei gewesen wäre und zur Nutzung durch das weitere EVU bereit gestanden hätte, ändert an diesem Befund nichts (so auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 3. März 2010, VI-U (Kart) 16/09, S. 21 und Urteil vom 9. Dezember 2015, VI-U (Kart) 3/15, S. 32).

Soweit die DB Netz AG weiter einwendet, es komme nicht zu einer Weitervermarktung der stornierten Trassen, da die identische Trasse so nicht ein zweites Mal nachgefragt werde, unterschlägt diese Argumentation, dass Teilstücke der stornierten Kapazität durchaus weitervermarktet werden. Da die Stornierungsentgelte pro Trassenkilometer erhoben werden, muss natürlich auch pro Trassenkilometer geschaut werden, ob es insoweit zu einer Weitervermarktung kommt oder nicht. Die Fokussierung der DB Netz AG auf die Frage der Weitervermarktung der *gesamten* Trasse in ihrer ursprünglich gebuchten Identität lenkt von der notwendigen Betrachtung der Teilstücke ab. Die Einnahmen aus der so partiell weitervermarkteten Trasse muss sich die DB Netz AG bei der Kalkulation des Stornierungsentgelts dann aber anrechnen lassen.

Soweit die DB Netz AG auf den Seiten 20-22 ihres Schreibens ausführt, dass es nur

zu sehr wenig Überschneidungen zwischen stornierten und kurzfristig bestellten Trassen kommt, stellt dieser Befund wie schon dargelegt massiv das verfolgte Anreizziel einer Verbesserung der Trassenqualität in Frage. Zum anderen handelt es sich aber auch nur um die punktuelle Betrachtung zweier einzelner Tage. Da selbst bei diesen beiden Tagen die Überschneidungen nicht bei Null liegen, kann ein vertiefter Befund über den Umfang der Weitervermarktungserlöse nur durch die Betrachtung größerer Zeiträume gewonnen werden. Dabei darf sich die Betrachtung auch nicht nur auf den 24h-Zeitraum vor der Abfahrt beziehen. Der Großteil der Weitervermarktungen findet nämlich im Zweifel in dem Zeitraum von einer Woche vor Abfahrt statt, da in diesem Zeitraum die Anfragen für Wochenprogrammverkehre eingehen. Diese sind die eigentlichen Restkapazitätsnutzer. Eine solche Betrachtung hat die DB Netz AG aber nicht angestellt, so dass ihre Darstellung weitgehend wertlos ist.

Die Behauptung der DB Netz AG, ihre IT-Systeme seien zur Erfassung der Weitervermarktungserlöse derzeit noch nicht in der Lage, darf keine Rechtfertigung sein, die Weitervermarktungserlöse zu Lasten der Netznutzer einfach nicht in die Kalkulation einzubeziehen. Wenn sich die DB Netz AG entschließt, Stornierungsentgelte zu erheben, dann muss sie auch die technischen Voraussetzungen schaffen, eine regulierungskonforme Kalkulation zu ermöglichen. Die notwendigen Daten sind in ihrem Unternehmen ganz offenbar auch vorhanden. Sie werden derzeit nur noch nicht automatisiert zusammengeführt.

## **2. Überkompensation kann nicht ausgeschlossen werden**

Da insoweit die Höhe der Weitervermarktungserlöse nicht bekannt ist, kann auch nicht geprüft werden, ob die behaupteten prognostizierten Einnahmen aus den Stornierungsentgelten in Höhe von 32,9 Mio. € für 2018 oberhalb oder unterhalb der Kosten der Stornierungen (im Sinne des Wegfalls des Trassenerlöses abzüglich ersparter Aufwendungen und Weitervermarktungserlöse) liegen. Zu hinterfragen ist auch die pauschale Behauptung des prognostizierten Erlöses von 32,9 Mio. € aus den Stornierungsentgelten für das Fahrplanjahr 2018. Mangels jeglicher Aufschlüsselung kann der Betrag nicht nachvollzogen werden. Damit lässt sich schlicht nicht feststellen, ob die beantragten Stornierungsentgelte kostenbasiert sind oder nicht.

Es spricht im Übrigen sehr viel dafür, dass der behauptete Einnahmenbetrag von 32,9 Mio. € nicht richtig sein kann. Wie in unserer Stellungnahme vom 21. Oktober 2016 ausgeführt, wird es gerade bei der Stornierung mehrerer Verkehrstage auf längeren Trassen zu dramatisch höheren Stornierungsentgelten kommen. Da die EVU im SGV zudem im September oftmals erfahren, dass ihre erwarteten Verkehre, für die sie im April die Trassen buchen mussten, nicht stattfinden werden (siehe dazu ebenfalls unsere Stellungnahme), geschieht es leider auch sehr häufig, dass auf einen Schlag gleich eine große Anzahl von Verkehrstagen zu stornieren ist. Dabei sind die im September erfolgenden Abbestellungen in der Regel Vertragswechsel von einem zum anderen EVU im liberalisierten Markt, sodass diese Abbestellungen auch keine Einnahmeausfälle für die DB Netz AG zur Folge haben, sondern lediglich ein Wechsel des EVU erfolgt. Eine große Anzahl zu stornierender Verkehrstage entsteht zudem, wenn unterjährig ein Transportauftrag beendet wird. Da im Güterverkehr die große Anzahl der Trassen relativ lang ist, werden in entsprechend hohem Umfang auch die dramatisch gestiegenen Stornierungsentgelte anfallen. Die Prognose der DB Netz AG, dass die Einnahmen aus den Stornierungsentgelten gleich bleiben werden, ist daher äußerst zweifelhaft und bedarf dringend einer näheren Hinterfragung. In der jetzigen Form darf sie keinesfalls ungeprüft zugrunde gelegt werden.

### **3. Stornierungsentgelte je Verkehrstag**

Die DB Netz AG lässt den Einwand nicht gelten, dass der Aufwand für die Stornierung einer Trasse mit mehreren Verkehrstagen geringer sei, was durch die bislang geltende Regelung, nach der für die Stornierung identischer Trassen an mehreren Verkehrstagen nur ein Stornierungsentgelt erhoben wird, angemessen abgebildet werde. Die DB Netz AG lehnt diesen Einwand indes ohne jede weitere Erläuterung in wenig nachvollziehbarer Weise allein damit ab, dass ansonsten eine „*individuelle Betrachtung des Aufwands für konkrete Trassen*“ erforderlich sei. Dabei verkennt sie, dass sie nicht gezwungen ist, eine individuelle Betrachtung für jeden Einzelfall vorzunehmen, sondern auch auf Basis entsprechender Erfahrungswerte über typischer Weise in dieser Konstellation auftretende Kosten Durchschnittsbeträge ansetzen kann. Es geht aber nicht

an, dass die DB Netz AG offensichtliche Skalenvorteile bei der Bearbeitung von Stornierungen für identische Trassen an mehreren Verkehrstagen in Gänze mit dem Argument ignoriert, dass degressive Bearbeitungskosten nur durch individuelle Betrachtung festzustellen seien.

#### **4. Anwendbarer Maßstab der Angemessenheit**

Nicht zutreffend ist die Behauptung der DB Netz AG, die Setzung eines angemessenen Anreizes sei Hauptzweck der gesetzlichen Regelungen über das Stornierungsentgelt, während die geforderte „Angemessenheit“ gerade auf diese Zielsetzung bezogen werden müsse. Tatsache ist vielmehr, dass die beiden zentralen Maßstäbe der Angemessenheit auf der einen und der Anreizwirkung auf der anderen Seite sowohl nach Maßgabe von Art. 12 RL 2001/14/EG als auch der Nachfolgeregelung in Art. 36 RL 2012/24/EU ausdrücklich selbstständig nebeneinander stehen und eine Verbindung beider Begrifflichkeiten nur in der insoweit misslungenen Umsetzung im deutschen Recht (namentlich § 40 ERegG) erfolgt ist (siehe vertiefend unser Schreiben vom 21. Oktober 2016).

Bestätigt wird dies durch die kürzlich veröffentlichten Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH Mengozzi in der Rechtssache C-489/15 (CTL Logistics GmbH ./ DB Netz AG) vom 24. November 2016, in der ebenfalls Stornierungsentgelte im Streit standen. Der Generalanwalt führt hierzu unter der Randnummer 46 das Folgende aus:

*„Was insbesondere die Entgelte betrifft, um die es im Ausgangsrechtsstreit geht, werden die Gerichte in diesem Zusammenhang darüber hinaus zu beachten haben, dass diese gemäß Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14 angemessen sein müssen und Anreize für die effiziente Nutzung der Fahrwegkapazität bieten sollen.“*

Die Anreizwirkung ist daher nur eine Zielsetzung und zugleich Rechtfertigung für die Erhebung von Stornierungsentgelten überhaupt. Das ändert aber nichts daran, dass die Stornierungsentgelte unabhängig davon, ob sie Anreize schaffen, auch angemessen sein müssen. Wäre dies anders, könnten die Infrastrukturbetreiber Stornierungsentgelte in beliebiger Höhe festsetzen.

## 5. Argumente der DB Netz AG bereits mehrfach verworfen

Die DB Netz bemüht in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen die gleichen Argumente, mit denen sie bislang bei allen Zivilgerichten gescheitert ist, die mit dieser Thematik befasst waren (siehe vertiefend unser Schreiben vom 21. Oktober 2016).

Relevant ist das nicht zuletzt deswegen, weil die zivilrechtlichen Maßstäbe der Billigkeit (§ 315 BGB) materiell-rechtlich große Schnittmengen mit dem Begriff der „Angemessenheit“ aufweisen, der mit Blick auf die Anforderungen an die Entgeltbildung im neuen Eisenbahnregulierungsrecht den Schlüsselbegriff darstellt.

Bestätigt wird dies durch die bereits zitierten Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-489/15. Der Generalanwalt hält die zivilrechtliche Billigkeitskontrolle gem. § 315 BGB für unionsrechtlich unter anderem auch deswegen für zulässig, weil die Maßstäbe der Billigkeit auf der einen und der der Angemessenheit auf der anderen Seite gleichermaßen darauf abzielen, Entgelte zu verhindern, die gemessen am Vertragsgegenstand übermäßig oder unverhältnismäßig sind (s. Schlussanträge, Rn. 30 ff.).

Wörtlich führt der Generalanwalt mit Blick auf die auch in dem laufenden Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH maßgeblichen Stornierungsentgelte und dem gerade auch an dieser Stelle unionsrechtlich gebotenen Kostenbezug bei ihrer Festsetzung das Folgende aus (Schlussanträge, Rn. 33 ff.):

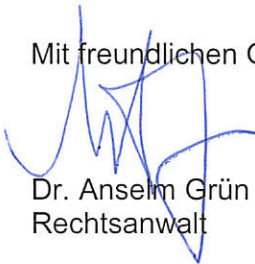
*„Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass die Kontrolle nach § 315 BGB, wie aus den Akten hervorgeht, von den deutschen Zivilgerichten als Instrument zur Anpassung von Entgelten eingesetzt wird, die der Infrastrukturbetreiber gemessen am Vertragsgegenstand übermäßig oder unverhältnismäßig hoch festgelegt hat. Auch dieses Ziel ist jedoch nicht unvereinbar mit der Richtlinie 2001/14, die im Gegenteil auch das Erfordernis eines nicht diskriminierenden und gerechten Zugangs zum Netz betont. Das Bestreben des Unionsgesetzgebers, zu verhindern, dass die verlangten Entgelte eine solche Höhe erreichen, dass ein gerechter Netzzugang nicht mehr gewährleistet wäre – ein Bestreben, das u. a. aus den Voraussetzungen hervorgeht, denen der Rückgriff auf die Ausnahmen*

*von dem in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2001/14 festgeschriebenen „Grundsatz der unmittelbar anfallenden Kosten“ unterliegt –, ist auch bei der Festlegung des Entgelts zu erkennen, um das es im Ausgangsverfahren geht, nämlich des Entgelts, das der Infrastrukturbetreiber gemäß Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14 für Fahrwegkapazität erheben kann, die beantragt, aber nicht in Anspruch genommen wurde.“*

### III. Fazit

Es zeigt sich, dass die beantragten Stornierungsentgelte weder angemessen sind noch Anreize für die effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität setzen. Damit erfüllen sie nicht die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 ERegG. Ihnen ist daher vollumfänglich die Genehmigung zu versagen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'AG', is written over the typed name and title.

Dr. Anselm Grün  
Rechtsanwalt