

ORTH · KLUTH

RECHTSANWÄLTE

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

Berlin, den 21. Oktober 2016
Az. 902-16

Düsseldorf

Dr. Robert Orth
Dr. Peter Kluth
Dr. Guido Matthey¹
Dr. Gary Klaf²
Dr. Marc Henze
Dr. Julius Böckmann
Dr. Philipp Mels³
Dr. Ulla Kelp^{1,3}, LL.M.
Boris Körner
Dr. Lars Karsten
Dr. Frank Wältermann
Dr. Christian Meyer
Dominique Faßbender¹
Dr. Kai-Michael König
Dr. Christiane Hoffbauer
Dafni Nikolakudi
Carolin Bergermann
Timo Nossek²
Dr. René Runte
Dr. Simon Grosse-Brockhoff¹
Dr. Christina Cannistra
Dr. Michael Sitsen⁴
Jan Söffing, Staatssekretär a.D.
Jürgen Kapplinghaus, Oberstaatsanwalt a.D.
Thomas Krahwinkel¹
Philipp R. Galaske
Boxi Xie
Natalie Ott
Andreas Broich
Dr. Tim Christian Giebelmann⁵
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 Bohne⁶

Berlin

Dr. Anselm Grün
Dr. Nils Neumann, LL.M.
Dr. Bastian Mehle
Dieter Posch, Staatsminister a.D.
Prof. Dr. Patrick Ostendorf⁶, LL.M.
Dr. Stefan Buske

¹ zugleich Fachanwalt für Arbeitsrecht

² zugleich Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

³ zugleich Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz

⁴ zugleich Fachanwalt für Verwaltungsrecht

⁵ zugleich Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

⁶ Of Counsel

(nicht als Rechtsanwalt zugelassen)

Antrag der DB Netz AG auf Genehmigung der Entgelte und Entgeltgrundsätze für die Netzfahrplanperiode 2017 / 2018

Ihr Zeichen: BK10-16-0008_E

Stellungnahme

- der Dortmunder Eisenbahn GmbH
- der Regiobahn Bitterfeld Berlin GmbH
- der ITL- Eisenbahngesellschaft mbH
- der SBB Cargo Deutschland GmbH
- der Captrain Deutschland CargoWest GmbH
- des Netzwerks Europäischer Eisenbahnen e.V.

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir beziehen uns auf unsere Beiladungsanträge vom 14. Oktober 2016, vom 20. Oktober 2016 und vom 21. Oktober 2016, in denen wir uns für die oben benannten Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) bestellt haben. Nachfolgend nehmen wir im Namen und mit Vollmacht dieser EVU zu den beantragten Entgelten und Entgeltgrundsätzen wie folgt Stellung.

Orth Kluth Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB • Sitz Düsseldorf • AG Essen PR 2898

Kaistraße 6
40221 Düsseldorf
Telefon +49. (0)211. 600 35-0
Telefax +49. (0)211. 600 35-150

Friedrichstraße 186
10117 Berlin
Telefon +49. (0)30. 206 09 70-0
Telefax +49. (0)30. 206 09 70-29

Deutsche Bank Düsseldorf
Konto 649 112 000
BLZ 300 700 10

Commerzbank Düsseldorf
Konto 461 060 600
BLZ 300 400 00

Vorab ist vorauszuschicken, dass die mit den SNB 2018 im Entwurf vorgelegte Entgeltliste in ihrer Systematik und mit Blick auf Berechnung und Höhe der Entgelte gegenüber den bisherigen Trassenpreissystemen grundlegend neu gestaltet wurde. Es handelt sich zudem um die erste Entgeltliste der DB Netz AG, die nach dem Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) vorgelegt wird. Die Wirkung des neuen Trassenpreissystems auf den Wettbewerb und die unternehmerische Praxis sind für die von uns vertretenen EVU aufgrund fehlender praktischer Erfahrung und mangels Vergleichbarkeit mit den bisherigen Entgelten derzeit **noch in keiner Weise abschätzbar**. Die folgende Stellungnahme beschränkt sich daher auf wenige ausgewählte, in ihrer Bedeutung für die EVU allerdings besonders relevante Punkte. Im Übrigen behalten wir uns das Recht zu einer weitergehenden Stellungnahme ausdrücklich vor.

I. Stornierungsentgelte

Die Regelungen zu den Stornierungsentgelten werfen Fragen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben des § 40 Abs. 1 ERegG auf, die zwingend geklärt werden müssen, bevor die beantragte Genehmigung erteilt werden kann.

1. Die Regelungen zum Stornierungsentgelt und ihre Auswirkungen

Wie auch schon bislang unterscheiden die beabsichtigten Regelungen in den SNB 2018 abhängig vom Zeitpunkt der Stornierung zwischen einem so genannten Mindeststornierungsentgelt und einem erhöhten Stornierungsentgelt.

a. Mindeststornierungsentgelt

Die Regelungen zum Mindeststornierungsentgelt, die für Stornierungen ab Vereinbarung der Trasse bis zum 30. Tag vor Abfahrt gelten, bauen auf den Regelungen zum Entgelt für die Angebotserstellung auf. Nimmt der Zugangsberechtigte die bestellte Trasse an, ist der Aufwand für die Angebotserstellung grundsätzlich mit dem Trassenentgelt abgegolten (Ziff. 6.4.7. Satz 1 SNB 2018). Das Entgelt für die Angebotserstellung wird damit zunächst nur bei Nichtannahme der Trasse (Ziff. 6.4.7. Satz 2 SNB 2018) erhoben. Wird eine angenommene Trasse später allerdings wieder storniert, wird der Entgeltbetrag für die Angebotserstellung als „Mindeststornierungsentgelt“ erhoben

(Ziff. 6.4.8.2 SNB 2018). In der Struktur gab es diese Regelungen bislang auch schon.

Neu ist allerdings die Berechnung des Entgelts für die Angebotsstellung. Bislang wurde ein Betrag **von pauschal 80 € unabhängig von der Trassenlänge und unabhängig von der Zahl der Verkehrstage erhoben** (Ziff. 2.3.3 TPS 2017). Mit den SNB 2018 errechnet sich das Entgelt für die Angebotserstellung durch die Multiplikation der sogenannten „Fahrplankosten“ (3 Cent im Schienengüterverkehr) mit der Anzahl der von der beantragten Trasse erfassten Trassenkilometer und der Anzahl der beantragten Verkehrstage (Ziff. 6.3.2.2 SNB 2018). Das Mindeststornierungsentgelt errechnet sich entsprechend, wobei jeweils die von der Stornierung betroffenen Trassen und Verkehrstage zugrunde gelegt werden (Ziff. 6.4.8.2 SNB 2018).

Die Multiplikation der relativ hohen Fahrplankosten von 3 Cent mit der Zahl der Trassenkilometer und Verkehrstage wird künftig zu **massiven Mehrkosten bei den EVU und umgekehrt zu erheblichen Mehreinnahmen bei der Antragstellerin** führen. So werden etwa bei der Stornierung einer Trasse von 600 km Länge und 250 Verkehrstagen statt bislang 80 € künftig Angebotserstellungskosten/Mindeststornierungsentgelte **in Höhe von 4.500 € erhoben** werden, was dem 56fachen des bisherigen Entgeltes entspräche.

b. Erhöhtes Stornierungsentgelt

Ab dem 30. Tag vor Abfahrt des Zuges soll statt des Mindeststornierungsentgelts künftig ein erhöhtes Stornierungsentgelt erhoben werden, das im Ausgangspunkt abhängig vom Stornierungszeitpunkt als prozentualer Anteil einer sogenannten „Berechnungsbasis“ ermittelt wird.

Die Berechnungsbasis entspricht dabei dem Entgelt der stornierten Trasse abzüglich der ersparten *„unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs für die Instandhaltung und für die Abschreibung“*. Dabei handelt es sich offenbar um eine Teilmenge der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs. Aus dem Entwurf der beabsichtigten Liste der Entgelte lässt sich errechnen, dass die *„unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs für die Instandhaltung*

und für die Abschreibung“ für einen Standard-Zug im Güterverkehr 1,047€/Trkm betragen (bei 1,315€/Trkm unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs insgesamt). Das heißt, dass sich die Berechnungsbasis beim Standard-Zug im Güterverkehr auf 1,933 €/Trkm beläuft.

Das erhöhte Stornierungsentgelt beträgt bei einer Stornierung zwischen 30 bis einschließlich 5 Tagen vor Abfahrt 15%, im Zeitfenster unter 4 Tagen bis 24 Stunden vor Abfahrt 30% und unter 24 Stunden vor Abfahrt 80% der Berechnungsbasis.

Wie schon beim Mindeststornierungsentgelt **wird auch das erhöhte Stornierungsentgelt künftig mit der Zahl der von der Stornierung betroffenen Trassenkilometer und Verkehrstage multipliziert**. Auch hierin liegt ein Unterschied zu der bisherigen Regelung, bei der das erhöhte Stornierungsentgelt je Stornierungsvorgang nur einmal erhoben wird, unabhängig davon, ob die Trasse für einen oder mehrere Verkehrstage storniert wird. Wie auch beim Mindeststornierungsentgelt führt der relativ hohe Satz der prozentualen Berechnungsbasis in Verbindung mit der Multiplikation mit den Trassenkilometern und den Verkehrstagen daher bei den erhöhten Stornierungsentgelten zu **drastisch höheren Kosten für die EVU bzw. Einnahmen für die Antragstellerin**. Dies soll folgendes (reales) Beispiel zeigen:

Bei einer Trasse mit einer Lauflänge von 800 km und einem Trassenpreis von 2.000€/Zug, die an 5 Verkehrstagen je Woche und durchgängig für eine ganze Netzfahrplanperiode gebucht wurde, belaufen sich die erhöhten Stornierungskosten nach dem bisherigen System im Fall einer einheitlichen Stornierung je nach Stornierungszeitpunkt auf 10%, 20% oder 40% von 2.000 €, mithin auf 200€, 400€ oder 800€.

Nach dem neuen System würden sich die Kosten bei einem Standard-Zug im Güterverkehr auf rund € 12.208 belaufen (s. folgende Tabelle).

Marktsegment	Standardzug	Standardzug	Standardzug	Standardzug	
Abbestellzeitpunkt	>30 Tage	<30>4 Tage	<4Tage>24h	<24h	
km	800	800	800	800	
VT	5	5	4	1	
km-Preis	2.98	2.98	2.98	2.98	
Zugpreis	2'384.00	2'384.00	2'384.00	2'384.00	
Stornierungsentgelt	120.00	1'160.00	1'856.00	1'232.00	
	Beispiel Jahresabbestellung				
abrechenbare Wochen/a	47	3	1	1	Total/a
Jahreskosten	5'640.00	3'480.00	1'856.00	1'232.00	<u>12'208.00</u>

2. Kostenbezug der Regelungen fraglich

Angesichts der erheblichen Mehreinnahmen, welche die Antragstellerin durch die beantragte Berechnung des Stornierungsentgelts voraussichtlich erzielen dürfte, ist bereits zweifelhaft, ob die dargestellten Regelungen zum Stornierungsentgelt **überhaupt einen Kostenbezug** aufweisen. Dies wird im Beschlusskammerverfahren zu untersuchen sein.

a. Gesetzliche Vorgabe zum Kostenbezug

Gesetzlich ist ein Kostenbezug der Stornierungsentgelte vorgeschrieben.

Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 ERegG kann ein Betreiber der Schienenwege von einem Zugangsberechtigten ein **angemessenes** Entgelt für Schienenwegkapazität verlangen, die vertraglich zugewiesen, aber nicht in Anspruch genommen wurde. Das Entgelt ist nach § 40 Abs. 1 Satz 2 ERegG insbesondere angemessen, wenn es Anreize für die effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität schafft.

Diese Vorschrift dient der Umsetzung des Art. 36 der RiL 2012/34/EU, der die Festsetzung eines „**angemessenen**“ Stornierungsentgeltes verlangt (Satz 1). Darüber hinaus soll das Stornierungsentgelt auch nach Vorgabe der Richtlinie „Anreize für die effiziente

Nutzung der Fahrwegkapazität“ schaffen (Satz 2). Die beiden Anforderungen stehen dabei nach dem Aufbau der Bestimmungen der Richtlinie allerdings kumulativ nebeneinander, d.h. das Stornierungsentgelt muss angemessen sein und Anreize für eine effiziente Nutzung der Fahrwegkapazität schaffen. Besonders deutlich wird dies aus der englischen Fassung der RiL, wo es heißt:

*“Infrastructure managers may levy an **appropriate** charge for capacity that is allocated but not used. That non-usage charge shall provide incentives for efficient use of capacity.”*

Die Umsetzung dieser Vorgabe in § 40 Abs. 1 Satz 1 und 2 ERegG ist insoweit missverständlich, als dort im Gegensatz zur RiL die Vermutung aufgestellt wird, ein Anreizsetzendes Entgelt sei als angemessenes Entgelt zu bewerten. Eine solche Vermutung verkürzt die nach der RiL getrennt zu erfüllenden Vorgaben unzulässiger Weise auf nur eine einzige Vorgabe. Das Ergebnis wäre abwegig: So wäre ein Stornierungsentgelt von 1 Mio. € je Stornierung sicherlich geeignet, die Zugangsberechtigten zu erhöhter Disziplin bei der Fahrwegbuchung anzuhalten, hätte aber jeden Bezug zu den Kosten verloren und würde sich in seiner Höhe als reine Willkür darstellen. Im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung ist daher die „Insbesondere“-Öffnung des Satz 2 so auszulegen, dass das Entgelt neben seiner Anreizfunktion zusätzlich auch angemessen sein muss. Eine solche Auslegung wird auch durch die Gesetzesbegründung gestützt, welche allgemein eine möglichst richtliniennahe Umsetzung befürwortet (vgl. BT-Drucksache 18/8334, S. 1: „Die Richtlinie wird grundsätzlich 1:1 umgesetzt“). Konkret zeigt auch die Gesetzesbegründung zu § 40 Abs. 1 ERegG, dass die Angemessenheit und die Anreizsetzung zwei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen sind. Es heißt dort (Unterstreichungen durch uns):

„Die Nichtnutzung von zugewiesenen Schienenwegkapazitäten führt zu einer Schwächung des Verkehrssystems Eisenbahn, da die Kapazität unter Umständen von anderen Zugangsberechtigten zur Erbringung von Verkehrsdiensten genutzt worden wäre. Um Missbrauch vorzubeugen, sieht die Regelung daher vor, dass angemessene Entgelte trotz Nichtnutzung von Trassen seitens der Zugangsberechtigten von Betreibern der Schienenwege erhoben werden müssen. Dieses Nichtnutzungsentgelt soll zugleich Anreize für die effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität schaffen.“

BT-Drs. 18, 8334, S. 202.

Vor diesem Hintergrund muss das von der Antragstellerin zur Genehmigung vorgelegte erhöhte Stornierungsentgelt den Anforderungen sowohl an die Angemessenheit als auch an die Anreizfunktion erfüllen.

Der Begriff der „Angemessenheit“ wird in der RiL 2012/34/EU nicht definiert, aber an verschiedenen Stellen verwendet (z.B. in Art. 31 Abs. 7 zum angemessenen Gewinn bei Serviceeinrichtungen). Angemessenheit verlangt dabei nach seinem Wortsinn zunächst eine Bewertung in Relation zu einer bestimmten Größe. Bei der Angemessenheit eines Entgelts sind im regulatorischen Rahmen in erster Linie die Kosten der Leistung die zutreffende Bezugsgröße. Beim Stornierungsentgelt sind die Bezugsgrößen sinnvollerweise

- der ursprüngliche Trassenpreis
- abzüglich der Kosten der ersparten Aufwendungen aufgrund der Stornierung und
- abzüglich der Höhe der Einnahmen, die aufgrund des Freiwerdens der stornierten Trasse mit der Wiedervermarktung erzielt werden können.

Eine solche Sichtweise entspricht auch den Grundsätzen des BGB an eine gerechte Lasten-/Nutzenverteilung im Falle eines vertraglich zugelassenen Rücktritts. So besteht etwa nach dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrages zugunsten des Bestellers das Recht, den Vertrag vor Vollendung des Werks jederzeit zu kündigen, § 649 BGB. Folge ist dann, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers auf Werklohn um die Höhe der ersparten Aufwendungen sowie des durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft Erworbenen (bzw. böswillig nicht Erworbenen) zu reduzieren ist. Auch im Mietrecht bleibt der Mieter nach Maßgabe von § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB zwar im Fall einer Nichtnutzung der Mietsache durch einen in seiner Sphäre liegenden Grund zur Weiterzahlung der vereinbarten Miete verpflichtet. Allerdings muss der Vermieter ersparte Aufwendungen und Vorteile aus anderweitiger Verwertung anrechnen. Beim Reisevertrag verliert der Reiseveranstalter den Anspruch auf den vereinbarten Reisepreis, wenn der Reisende vom Vertrag zurücktritt, kann jedoch gem. § 651i Abs. 2 Satz

2 BGB eine **angemessene** Entschädigung verlangen. Der Maßstab der Angemessenheit ist in § 651i Abs. 2 S. 3 BGB näher ausgestaltet: Danach bestimmt sich die Höhe der geschuldeten Entschädigung „nach dem Reisepreis **unter Abzug des Wertes der vom Reiseveranstalter ersparten Aufwendungen** sowie dessen, **was er durch anderweitige Verwendung der Reiseleistungen erwerben kann.**“ Nur bei Beachtung dieser allgemeinen Grundsätze ist im Übrigen auch eine Pauschalierung von Stornierungsentgelten in AGB angemessen im Sinne von § 308 Nr. 7 BGB.

Diese Maßstäbe entsprechen auch der zur Billigkeit (i.S.d. § 315 Abs. 3 BGB) von Stornierungsentgelten der Antragstellerin ergangenen Rechtsprechung. Grundlegend ist insoweit das Urteil des OLG Düsseldorf vom 3. März 2010 (VI-U (Kart) 16/09). Dieses Urteil ist vom BGH, Urteil vom 3. Oktober 2011 (KZR 18/10) bestätigt worden. Das OLG München hat sich mit Urteil vom 7. April 2011 (U 3363/10 Kart) diesen Maßstäben angeschlossen. In einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 9. Dezember 2015, VI-U (Kart) 3/15) hat das OLG Düsseldorf diese Maßstäbe noch einmal bestätigt.

Schaut man sich vor diesem Hintergrund die Ausgestaltung der Stornierungsentgelte der Antragstellerin an, sind Zweifel angebracht, ob diese Vorgaben eingehalten werden.

b. Erhöhtes Stornierungsentgelt

In dem die Antragstellerin die Berechnungsbasis durch Abzug der „*unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs für die Instandhaltung und für die Abschreibung*“ von dem Vollkostenpreis ermittelt, beabsichtigt sie offenbar, die Kosten der ersparten Aufwendungen aufgrund der Stornierung zu berücksichtigen. Dieser Ansatz ist im Grundsatz zutreffend. Im Genehmigungsverfahren ist allerdings zu klären, ob der von der Antragstellerin ermittelte Betrag (für einen Standard-Zug im Güterverkehr 1,047€/Trkm) tatsächlich den Kosten der ersparten Aufwendungen entspricht.

Fraglich ist weiter, ob die Antragstellerin zutreffend die Einnahmen, die aufgrund des Freiwerdens der stornierten Trasse mit der Wiedervermarktung erzielt werden können,

berücksichtigt. Bei einer fehlenden oder unzureichenden Berücksichtigung dieser Einnahmen würde sie für ein und dieselbe Trasse ihren Gemeinkosten- und Gewinnanteil zwei Mal erhalten, was nicht mehr "angemessen" wäre.

Bei der Ermittlung der Berechnungsbasis sind durchschnittliche Weitervermarktungserlöse schon nach der Begründung der Antragstellerin selbst noch nicht einkalkuliert. Zu prüfen bleibt daher, ob entsprechende Erlöse durch die festgesetzten prozentualen Abschläge von der Berechnungsbasis je nach Zeitpunkt der Stornierung zutreffend berücksichtigt werden. Letztlich kommt es dabei auf die Frage an, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin, abhängig jeweils vom Stornierungszeitpunkt, die stornierten Trassen erneut vergeben kann. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass durch die neu in die Stornierungsentsgeltberechnung eingeführte Multiplikation des Entgelts je Trasse mit der Zahl der Verkehrstage die Einnahmen der Antragstellerin aus den Stornierungsentsgelten die bisherigen Einnahmen um ein Vielfaches übersteigen werden. Insofern müssen die so erzielten, deutlich höheren Einnahmen (je Stornierungszeitfenster) mit den Weitervermarktungserlösen der stornierten Trassen abgeglichen werden.

Darüber hinaus wird zu prüfen sein, ob der Kostenanteil der stornierten Trassen nicht bereits in den Kosten für die nicht stornierten Trassen enthalten ist. Ermittelt die Antragstellerin ihren Trkm-Preis im Grundsatz, in dem sie ihre Kosten durch die Anzahl der erwarteten Trassenkilometer teilt, dürfte sie bei den Stornierungsentsgelten einen Kostenanteil dann nicht ansetzen, wenn sie ihre Gesamtkosten nur durch die Anzahl nicht stornierter Trassenkilometer teilt.

c. Mindeststornierungsentsgelt

Bei dem Mindeststornierungsentsgelt wirft die Multiplikation der relativ hohen Fahrplankosten mit der Zahl der Trassenkilometer und insbesondere der Verkehrstage Fragen sowohl zur Höhe der absoluten Einnahmen als auch zur Berechnungsweise auf.

In Summe dürften die absoluten Mehreinnahmen der Antragstellerin aus Angebotserstellungskosten/Mindeststornierungsentsgelten **massiv ansteigen**. Angesichts des

Umstandes, dass die Antragstellerin seit Jahren lediglich 80€ für Angebotserstellungskosten/Mindeststornierungsentgelt verlangt hat, ist äußerst zweifelhaft, ob die beantragten neuen Mindeststornierungsentgelte tatsächlich mit korrespondierenden Kosten gerechtfertigt werden können.

Aber nicht nur die absolute Kosten-/Einnahmenrelation muss geprüft werden, sondern auch die Berechnungsweise. Die schlichte Multiplikation der Fahrplankosten mit den Trassenkilometern und den Verkehrstagen führt zu einem linearen Entgeltanstieg, der keinesfalls dem entsprechenden Kostenanstieg entsprechen dürfte. Vielmehr ist naheliegend, dass sich die Mehrkosten im Fall der Stornierung mehrerer Verkehrstage bzw. längerer Trassen **degressiv entwickeln**. Anders wäre auch gar nicht erklärbar, warum die DB Netz AG die bislang (unabhängig von Trassenlänge und Anzahl der stornierten Verkehrstage) erhobene Pauschale offenkundig als auskömmlich angesehen hat.

d. Zwischenergebnis

Die Beschlusskammer wird daher in dem Entgeltgenehmigungsverfahren zu prüfen haben, ob

- bei dem erhöhten Stornierungsentgelt der Betrag von 1,047€/Trkm im Güterverkehr **tatsächlich den ersparten Aufwendungen aufgrund der Stornierung entspricht**,
- bei dem erhöhten Stornierungsentgelt durch die prozentualen Abschläge von der Berechnungsbasis je nach Zeitpunkt der Stornierung **die Weitervermarktungserlöse zutreffend berücksichtigt** werden,
- bei dem erhöhten Stornierungsentgelt **der Kostenanteil der stornierten Trassen nicht bereits in den Kosten für die nicht stornierten Trassen** enthalten ist,
- bei dem Mindeststornierungsentgelt der Summe der absoluten Mehreinnahmen **tatsächlich Kosten in gleicher Höhe** gegenüberstehen

- und der **lineare Anstieg des Mindeststornierungsengelts dem realen Kostenverlauf entspricht.**

Gelingt in dem Beschlusskammerverfahren nicht der Nachweis, dass die Stornierungsentgelte diesen Anforderungen entsprechen, ist die beantragte Genehmigung insoweit zu versagen. Denn die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn positiv festgestellt ist, dass die Stornierungsentgelte der Anforderung des § 40 Abs. 1 ERegG entsprechen (§ 45 Abs. 1 Satz 2 ERegG).

Dass der für die Genehmigung notwendige Nachweis gelingt, erscheint vor dem Hintergrund der Erkenntnisse aus den Zivilverfahren zu den Stornierungsentgelten mehr als zweifelhaft. So hatten die Land- und Oberlandesgerichte von der Antragstellerin etwa konkrete Nachweise über die Weitervermarktungsquote je Zeitfenster der Stornierungsentgelte verlangt, welche die Antragstellerin aber nicht vorlegen konnte. Wenn sich aber schon das seinerzeitige Stornierungsentgelt nicht durch Kostenbezug rechtfertigen ließ, spricht alles dafür, dass das nun beabsichtigte, deutlich angehobene Stornierungsentgelt erst Recht nicht rechtskonform sein kann.

3. Keine Anreizwirkung und Interessen der Zugangsberechtigten verfehlt

Selbst wenn die Feststellungen der Beschlusskammer ergeben würden, dass die Stornierungsentgelte nach den SNB 2018 tatsächlich kostenbasiert sind, bleibt zu berücksichtigen, dass die Kosten nach den weiteren zu beachtenden gesetzlichen Maßstäben nicht vollständig in die Stornierungsentgelte eingepreist werden dürfen, sondern zu einem erheblichen Umfang über den regulären Trassenpreis abgebildet werden müssen.

a. Abwägung geboten

Das Merkmal der „Angemessenheit“ in Art. 36 der RiL 2012/34/EU und § 40 Abs. 1 Satz 1 und 2 ERegG sowie die dort im Grundsatz vorgesehene Kann-Formulierung bezüglich der Frage, ob überhaupt Stornierungsentgelte zu erheben sind (die damit dem Betreiber der Schienenwege ein Ermessen einräumt) verdeutlichen, dass nicht sämtliche Kosten der Stornierung vollständig in die Stornierungsentgelte einkalkuliert werden müssen.

Bei der gebotenen Abwägung ist auf der einen Seite der durch Art. 36 Satz 2 RIL 2012/34/EU bzw. § 40 Abs. 1 Satz 2 ERegG gesetzgeberisch vorgegebene Belang der Schaffung von Anreizen für die effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite sind aber auch die Interessen der Zugangsberechtigten in die Abwägung des Schienenwegsbetreibers einzustellen. Eine solche, insbesondere auch die Interessen der Zugangsberechtigten in den Blick nehmende Auslegung entspricht auch der Rechtsprechung des BGH zur Angemessenheit der Stornierungsentgelte der Antragstellerin nach dem Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB, der als Maßstab für die zu genehmigenden Entgelte auch nach dem ERegG in den Blick genommen wird: **Die in § 45 Abs. 2 Satz 3 ERegG aufgestellte Vermutung der Billigkeit genehmigter Entgelte setzt voraus, dass die Billigkeitsmaßstäbe des § 315 Abs. 3 BGB auch im Entgeltgenehmigungsverfahren zur Anwendung kommen.** Die Billigkeitsmaßstäbe verlangen dabei *„zu prüfen, ob die DB Netz im Rahmen ihres nach dem eisenbahnrechtlichen Regulierungsrecht bestehenden Ermessens bei der Preisfestsetzung auch über die den diskriminierungsfreien Netzzugang hinausgehenden Interessen der Klägerin angemessen berücksichtigt hat“* (so wörtlich der BGH in seiner Entscheidung zu den Stornierungsentgelten, Urteil vom 18. Oktober 2011, KZR 18/10, Rdn. 17).

b. Mindeststornierungsentgelt

Zunächst erscheint mit Blick auf das Mindeststornierungsentgelt äußerst zweifelhaft, ob die Ausgestaltung den Abwägungsbelangen der Kapazitätsnutzung und der Nutzerinteressen hinreichend Rechnung trägt.

Im Schienengüterverkehr werden Transportaufträge in der Regel allenfalls für ein Jahr vergeben, selten länger. Während die EVU ihre Trassen zum Netzfahrplan aber schon im April anmelden müssen (§ 50 i.V.m. Anlage 8 Nr. 3 ERegG), vergeben die Operateure und Spediteure die Jahresverträge für das kommende Jahr erst im September/Oktober des Vorjahres. Zum Zeitpunkt der Trassenanmeldung wissen die EVU daher noch gar nicht, ob sie den erstrebten Transportauftrag wirklich erhalten oder nicht.

Erhalten sie den Transportauftrag nicht, müssen sie ihre im Hinblick auf den angestrebten Auftrag gebuchten Trassen wieder stornieren und die dann anfallenden Mindeststornierungsentgelte selber tragen.

Anreize für eine effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität können mit den Mindeststornierungsentgelten in dieser Situation praktisch so gut wie nicht geschaffen werden. Insofern führt auch eine Erhöhung der Stornierungsentgelte in der geschilderten Situation nicht zu einem anderen Verhalten der EVU. Allenfalls könnte eine drastische Erhöhung der Stornierungsentgelte bewirken, dass die Güterverkehrsunternehmen ihre Trassen für angestrebte Transportaufträge nicht mehr zum Netzfahrplan, sondern nur noch zum Gelegenheitsverkehr anmelden. Damit würde aber ein großer Teil der auf den SGV entfallenden Trassen nur noch über den Gelegenheitsverkehr abgewickelt. Die ordnende und gestaltende Funktion der Netzfahrplanerstellung käme damit für den Güterverkehr kaum noch zum Tragen. Vielmehr würden die Netzfahrpläne der Antragstellerin große Auslastungslücken aufweisen und der Antragstellerin damit Planungs- und Einnahmensicherheit nehmen. Gleichzeitig wäre die Antragstellerin im Oktober/November eines Jahres, nachdem die Auftragsvergaben der Operateure und Spediteure an die EVU erfolgt sind, mit einer Vielzahl von Trassenanmeldungen für regelmäßige Verkehrstage über ein Jahr zum Gelegenheitsverkehr konfrontiert. Eine effiziente Nutzung der Schienenwegkapazität könnte mit einem solchen Procedere sicherlich nicht geleistet werden.

Insofern kann in der Abwägung der Aspekt der Anreizsetzung nur sehr begrenzt herangezogen werden, um die Ausgestaltung des beantragten Mindeststornierungsentgelts zu begründen.

Gleichzeitig wiegen die Interessen der Verkehrsunternehmen gegen die mit der Multiplikation des relativ hohen Fahrplansatzes mit den Trassenkilometern und den Verkehrstagen bewirkte enorme Verteuerung des Mindeststornierungsentgelts umso schwerer. Die Kosten verringern damit die ohnehin schon schwache Marge der EVU. Nach der Marktuntersuchung Eisenbahnen 2015 der Bundesnetzagentur verbuchen die Unternehmen im SGV je Trassenkilometer einen durchschnittlichen Verlust von 37

Cent bzw. von 0,07 Cent je Tonnenkilometer.

Bei einer solch erheblichen Mehrbelastung ohne gleichzeitige effektive Anreizsetzung spricht die Abwägung eindeutig dafür, das Mindeststornierungsentgelt nicht wie geplant zu erhöhen. Sollte sich wirklich erweisen, dass die Antragstellerin Kosten durch Stornierungen im Zeitfenster des Mindeststornierungsentgelts hat, die ihren zu erwartenden Mehreinnahmen aus dem Mindeststornierungsentgelt entsprechen, wären diese Kosten durch den regulären Trassenpreis mit abzudecken. Die Trassenpreise können die EVU nämlich im Grundsatz an die auftraggebenden Verloader weiterreichen, die damit indirekt auch an den Kosten ihrer Auftragsvergabe beteiligt würden.

c. Erhöhtes Stornierungsentgelt

Im Zeitfenster der erhöhten Stornierungsentgelte stellt sich die Situation insofern anders dar, weil die EVU zu diesem Zeitpunkt regelmäßig über bestehende Transportverträge verfügen dürften. (Pauschale, oft nicht kostendeckende) Stornierungsentgelte gegenüber ihren Vertragspartnern (den Operateuren, teilweise auch Spediteuren) können die EVU allerdings auch hier regelmäßig nur bei Stornierungen **unterhalb einer Woche vor Fahrtantritt** durchsetzen. An dieser Stelle setzen nämlich der Straßen- und Binnenschiffgüterverkehr - für den mangels Trassenbuchungen längere Stornierungsfenster nicht üblich sind - auch für den SGV Maßstäbe. Der intermodale Wettbewerb lässt keine weitergehende Berücksichtigung der netzseitigen Vorgaben zu.

Dabei werden die Stornierungen von den Bedarfsschwankungen, Planungen, Lieferanten-Kundenbeziehungen, und einer Vielzahl weiterer externer Faktoren auf Ebene der industriellen Auftraggeber bestimmt, die das EVU regelmäßig nicht kennt und auch nicht beeinflussen kann. Auftraggeber der EVU im Schienengüterverkehr sind regelmäßig die Operateure, seltener die Spediteure und nur ausnahmsweise direkt die verladende Industrie. Die Operateure werden ihrerseits wieder von den Spediteuren beauftragt. Einen direkten Zugang zur verladenden Industrie, welche letztlich den Transport benötigt und finanziert, haben die EVU daher so gut wie nicht.

Storniert werden entweder einzelne Transporttage als auch ganze Transportaufträge.

Die Höhe eines Stornierungsentgelts hat dabei keinen Einfluss auf die Entscheidung, ob ein Auftrag storniert wird, d.h. es wird kein unnütz gewordener Transport nur deshalb durchgeführt, um Stornierungsentgelte zu sparen.

Haben die EVU also praktisch keinen Einfluss auf das Ob und den Zeitpunkt einer Stornierung und können sie Stornierungsentgelte nur bei Stornierungen von einer Woche oder weniger vor Fahrtantritt, und dann auch nur in begrenztem Umfang weitergeben, ist auch insoweit die Anreizwirkung eines Stornierungsentgelts der Antragstellerin äußerst begrenzt.

Hinzu kommt ein weiteres: Da die jeweils einschlägigen Zeitfenster für den Satz des erhöhten Stornierungsentgelts künftig für jeden zu stornierenden Verkehrstag separat betrachtet werden, werden selbst bei frühzeitigem Wegfall eines längerfristigen Auftrags Anreize gesetzt, die einzelnen Verkehrstage einzeln und jeweils erst kurz vor Ablauf der 30-Tages-Frist zu stornieren, um sich so die Kapazität möglichst langfristig reservieren zu können. Dies ist bislang anders, da derzeit das Stornierungsentgelt je Stornierungsvorgang nur einmal, unabhängig von der Anzahl der stornierten Verkehrstage, erhoben wird, so dass derzeit noch Anreiz besteht, die nicht mehr benötigte Kapazität frühzeitig und mit nur einer Stornierung wieder frei zu machen. Die geplante Neuregelung setzt unter diesem Aspekt damit sogar kapazitätsmindernde Anreize.

Demgegenüber stehen auch hier mit der Neuregelung der Stornierungsentgelte, die über die Multiplikation der prozentualen Berechnungsbasis mit den Trassenkilometern und den Verkehrstagen deutlich teurer werden, Mehrkosten für die EVU an, die ihre ohnehin schon schwache Marge weiter drücken. Die Abwägung spricht daher dafür, etwaig nachgewiesene Unterdeckungen aufgrund der Stornierungen in den Zeitfenstern des erhöhten Stornierungsentgelts auf die regulären Trassenpreise umzulegen und so auch die auftraggebende Industrie indirekt mit den Stornierungskosten zu belasten.

II. 20-Stunden Regelung

Bei einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr benötigt das EVU wie bisher auch

schon (vgl. Ziff. 3.5.4.2.2 der Anlage 1.6 SNB 2017) eine neue Trasse, die dann ggf., je nach verfügbarer Kapazität, einen abweichenden Laufweg von der ursprünglichen Trasse aufweist. Bislang zahlt das EVU lediglich für eine Trasse, und zwar für die Trasse mit dem ursprünglichen Laufweg (vgl. Ziff. 6.2.5.14 SNB 2017). Nunmehr ist beabsichtigt, dass für die neu zugewiesene (ggf. längere) Trasse zu zahlen ist sowie zusätzlich 80% des Entgelts für die nicht genutzte Trasse (vgl. Ziff. 6.4.2 i.V.m. Ziff. 6.4.8.3 SNB 2018), es sei denn, DB Netz AG hat die Verspätung zu verschulden.

Die geplante Neuregelung läuft darauf hinaus, dass ein EVU im Fall einer Verspätung von 20 Stunden oder mehr regelmäßig fast den Preis von zwei Trassen zu zahlen hat, obwohl es lediglich eine Trasse in Anspruch nimmt. Wir bezweifeln, dass dieser drastische Kostenanstieg bei den 20h-Verspätungen kostenindiziert ist, insbesondere da nur für eine Trasse die fahrtbezogenen Dienstleistungen erbracht und die Wegenutzung in Ansatz gebracht werden muss. Insofern steht zu befürchten, dass die gesetzliche Vorgabe eines strikten Kostenbezugs (§ 34 Abs. 3 Satz 1 ERegG) verletzt wird.

Gleichzeitig belastet diese Regelung den Güterverkehr monetär in besonderer Weise, da die Güterverkehrs-EVU nicht in der Lage sind, die Kosten an ihre Kunden (Spediteure, Verloader) weiter zu reichen. Hinzu kommt, dass die Verspätung in den wenigsten Fällen in der Verantwortung der EVU liegt, sondern ihre Gründe in den Logistik- oder Produktionsabläufen der Spediteure oder Verloader oder in einer verspäteten Abfertigung in den Terminals hat. Insofern verletzt die beabsichtigte Regelung mit Bezug zum Güterverkehr auch das Gebot, dass mit den Entgelten „die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit der Segmente des Eisenbahnmarktes zu gewährleisten“ ist (§ 36 Abs. 1 Satz 1 ERegG).

III. Wegfall der Bedarfstrassen

Die beabsichtigte Fassung der SNB 2018 enthält nicht mehr die bislang angebotenen Bedarfstrassen, die nach Bedarf aktiviert werden konnten und für die bei fehlender Aktivierung lediglich 10% des Trassenentgelts anfiel (vgl. Ziff. 6.2.5.2 SNB 2017; Ziff. 2.3.2 TPS 2017). Die Bedarfstrassen sind mit Blick auf die langen Anmeldefristen für

den Netzfahrplan und die hohen Kosten im Fall einer Stornierung für die Flexibilität des Güterverkehrs gerade im intermodalen Wettbewerb unverzichtbar und daher wieder aufzunehmen (§ 36 Abs. 1 ERegG). Es steht zu befürchten, dass in der Konsequenz des Wegfalls der Bedarfstrassen die EVU verstärkt von Anmeldungen zum Netzfahrplan absehen und dafür Trassen des Gelegenheitsverkehrs wählen. Dies führt nicht nur zu einem erheblichen Mehraufwand bei den EVU und dem Netzbetreiber, sondern verhindert auch, dass die Ordnungs- und Gestaltungsfunktion der Netzfahrplanerstellung zum Tragen kommt.

IV. Lokfahrt

Die Beschränkung auf drei Lokomotiven im SGV-Marktsegment „Lokfahrt“ (Ziffer 6.2.1.4.4 SNB 2018) führt zu unnötigen Kapazitätsbehinderungen, da sie Anreize setzt, die Überführung von mehreren Lokomotiven aufzuteilen. Gleichzeitig erhöht sie die Kosten für die Güter-EVU. In dem entsprechenden Marktsegment im SPFV und SPNV ist eine derartige Beschränkung nicht enthalten. Dies zeigt, dass eine solche Beschränkung objektiv auch nicht erforderlich ist.

Vor diesem Hintergrund entspricht die Beschränkung auf drei Lokomotiven im SGV-Segment „Lokleerfahrt“ nicht der Vorgabe des § 36 Abs. 1 ERegG, wonach die Aufschläge auf die Grenzkosten auf Grundlage effizienter und nichtdiskriminierender Grundsätze zu erheben sind und die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit der Segmente des Eisenbahnmarktes zu gewährleisten ist.

V. Leistungsabhängige Entgeltregelung

Die leistungsabhängige Entgeltregelung ist - wie es in Ziff. 6.5 SNB 2018, Satz 1, ausgeführt wird - von der DB Netz AG „aufgestellt“. Das ERegG verlangt in Anlage 7 Nr. 2a indes eine „Vereinbarung“ mit den Zugangsberechtigten über die Eckwerte der leistungsabhängigen Entgeltregelung. Eine solche Vereinbarung setzt ein Miteinander auf Augenhöhe voraus. In diesem Fall besteht auch die Chance, dass ein System im Sinne des § 39 Abs. 2 ERegG erzielt wird, welches tatsächlich Anreize setzt und nicht ein den

Schieneverkehr weiter verteuern, in der Sache aber leer laufendes System etabliert. Wir fordern daher, dass die DB Netz AG mit den EVU und sonstigen Zugangsberechtigten in einen Dialog über ein solches System eintritt. Das nunmehr einseitig vorgesezte System, das in seinen Wirkungen noch nicht gänzlich absehbar ist, dürfte sonst in Zukunft sicherlich noch zum Gegenstand auch rechtlicher Auseinandersetzungen werden.

Gerne stehen wir bei Rückfragen oder bei weiterem Aufklärungsbedarf jederzeit zur Verfügung.

Diese Stellungnahme enthält keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Anselm/Grün
Rechtsanwalt