

Orth Kluth Rechtsanwälte · Am Weidendamm 1 A · 10117 Berlin

Landgericht Frankfurt  
Gerichtsstr. 2  
60313 Frankfurt am Main

**Vorab per Telefax: 069-1367 6050**  
**(ohne Anlagen)**

**Eilt! Bitte sofort vorlegen!**

Dr. Anselm Grün  
Dr. Patrick Ostendorf  
Tel.: +49 (0)30 59 00 99-613  
Fax.: +49 (0)30 59 00 99-623  
E-Mail: [anselm.gruen@orthkluth.com](mailto:anselm.gruen@orthkluth.com)  
[patrick.ostendorf@orthkluth.com](mailto:patrick.ostendorf@orthkluth.com)

Berlin, den 12. Juli 2007  
Az. 348-07

### **Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung**

des Netzwerk Privatbahnen e.V., Am Weidendamm 1 A, 10117 Berlin, gesetzlich vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstandes Hartmut Gasser sowie den 2. Vorsitzenden Raimund Stürer, geschäftsansässig ebenda,

Antragsteller,

- Verfahrensbevollmächtigte: Orth Kluth Rechtsanwälte, Am Weidendamm 1 A, 10117 Berlin -

gegen

die DB Netz AG, Theodor-Heuss-Allee 7, 60486 Frankfurt am Main, gesetzlich vertreten durch ihre Vorstände Dr. Volker Kefer, Dagmar Haase, Oliver Kraft, Karl-Heinz Stroh, Harald Stumpf, geschäftsansässig ebenda,

Antragsgegnerin,

■ **Rechtsanwälte Düsseldorf**

Dr. Robert Orth  
Dr. Peter Kluth  
Dr. Guido Matthey<sup>1</sup>  
Dr. Gary Klafit<sup>2</sup>  
Dr. Marc Henze  
Dr. Julius Böckmann  
Dr. Philipp Mels  
Dr. Ulla Kelp<sup>1</sup>, LL.M.  
Boris Körner  
Dr. Lothar Kleingers  
Dr. Lars Karsten  
Reinhard Fischer  
Sonja Ruland, LL.M.  
Dr. Frank Wältermann  
Dorothee Rammert  
Sebastian Maib  
Benedikt Graf von der Goltz, LL.M. (HZ)  
Dr. Christian Meyer  
Vera Ganzenmüller  
Jan Hermes, LL.M.  
Boxi Xie  
Dr. Karl-Heinz Mücher

■ **Rechtsanwälte Berlin**

Dr. Anselm Grün  
Dr. Barbara Fröndhoff, LL.M.  
Dr. Patrick Ostendorf, LL.M.  
Dr. Nils Neumann, LL.M.

■ **Rechtsanwälte München**

Dr. Daniela Otten  
Nicholas Storm

■ **In Zusammenarbeit mit**

Hansen · Schotenroehr · Müller · Voets  
Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

<sup>1</sup> zugleich Fachanwalt für Arbeitsrecht  
<sup>2</sup> zugleich Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

■ Grafenberger Allee 125  
40237 Düsseldorf  
Telefon +49. (0)211. 600 35-0  
Telefax +49. (0)211. 600 35-150  
[www.orthkluth.com](http://www.orthkluth.com)  
[info@orthkluth.com](mailto:info@orthkluth.com)

■ Am Weidendamm 1 A  
10117 Berlin  
Telefon +49. (0)30. 59 00 99 - 613  
Telefax +49. (0)30. 59 00 99 - 623  
[www.orthkluth.com](http://www.orthkluth.com)  
[info@orthkluth.com](mailto:info@orthkluth.com)

■ Südliche Auffahrtsallee 29  
80639 München  
Telefon +49. (0)89. 17 11 78 76  
Telefax +49. (0)89. 17 11 79 26  
[www.orthkluth.com](http://www.orthkluth.com)  
[info@orthkluth.com](mailto:info@orthkluth.com)

■ Deutsche Bank Düsseldorf  
Konto 649 112 000  
BLZ 300 700 10  
Commerzbank Düsseldorf  
Konto 461 060 600  
BLZ 300 400 00

wegen: Untersagung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen  
nach dem Unterlassungsklagegesetz

Vorläufiger Streitwert: EUR 10.000,00.

Namens und in Vollmacht des Antragstellers beantragen wir

**- wegen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung -**

**der Antragsgegnerin bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung  
fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ord-  
nungshaft, – zu vollstrecken an ihrem Vorstand –, zu untersagen,**

**die in der Anlage AS 1 aufgeführten oder inhaltsgleiche Bestimmungen in  
Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

**in Bezug auf Verträge über die Nutzung ihrer Schieneninfrastruktur**

**beim Abschluss von Verträgen zu verwenden und sich bei der Abwicklung  
bestehender Vertragsverhältnisse auf die Bestimmungen zu berufen.**

### **Begründung:**

#### **A. Sachverhalt**

##### **I. Die Parteien**

Der **Antragsteller** ist ein eingetragener Verein, der die **gewerblichen Interessen Europäischer Eisenbahngüterverkehrsunternehmen** verfolgt. Mitglieder des Antragstellers sind Eisenbahngüterverkehrsunternehmen, die zum Schienenverkehr in Deutschland zugelassen sind.

Satzungsmäßiges Ziel des Antragstellers ist insbesondere „*die Förderung der Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb auf der Schiene in Deutschland und Europa*“, wobei er u.a. die Durchsetzung „*diskriminierungsfreier und betreiberneutraler Regelungen auf den Gebieten Infrastruktur, Fahrzeuge, internationaler Verkehr und Vorschriftenwesen*“ unterstützt und initiiert.

**Beweis:** Satzung des Antragstellers, anbei als **Anlage AS 2**

Der Antragsteller ist zur Interessenvertretung der sogenannten „Privatbahnen“ im Güterverkehr gegründet worden, die sich – in Konkurrenz zu den Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutschen Bahn AG – die Liberalisierung des Schienengüterverkehrs zu Nutze machen. Die 24 Mitgliedsunternehmen des Antragstellers generieren rund 70% der insgesamt von privaten Güterverkehrsbahnen in Deutschland erbrachten Transportleistungen; ihr gemeinsamer Jahresumsatz lag zuletzt bei rund 400 Mio. Euro.

Der Antragsteller unterhält eine Geschäftsstelle in Berlin und wird von einem Vorstand geleitet, der sich aus sieben Personen zusammensetzt. Gerichtlich und außergerichtlich wird der Verein durch zwei Mitglieder des Vorstandes vertreten. Organisation und Führung der täglichen Geschäfte obliegen einem angestellten Geschäftsführer. Der Verein finanziert sich aus Mitgliedsbeiträgen und projektbezogenen finanziellen Zuwendungen der Mitglieder.

**Beweis:** Ausdruck eines Auszugs der Internetseite des Antragstellers, anbei als **Anlage AS 3**

Die Antragsgegnerin betreibt als Konzernunternehmen der Deutschen Bahn AG nahezu das gesamte bundesdeutsche Schienennetz mit einem Gesamtumfang von ca. 34.000 Streckenkilometern, das deutschlandweit alle wichtigen Orte verbindet.

**Beweis:** Internetdarstellung der Antragsgegnerin, anbei als **Anlage AS 4**

Jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen, das deutschlandweite Schienenverkehre anbietet, ist zwingend auf den Zugang zu dem Schienennetz der Antragsgegnerin angewiesen. Ein Ausweichen auf andere Netzinfrastrukturen bei deutschlandweiten Verkehren ist mangels Alternative ausgeschlossen.

## II. Gesetzliche und vertragliche Grundlagen für die Nutzung der Infrastruktur

Gesetzliche Grundlage für die Nutzung der Infrastruktur der Antragsgegnerin durch die Mitglieder des Antragstellers ist der **Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang nach § 14 Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)**, der durch die **Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)** näher konkretisiert wird. Einzelheiten des Zugangs sind im Übrigen nach Maßgabe der EIBV zwischen Nutzungsberechtigten und der Antragsgegnerin auf vertraglicher Basis zu vereinbaren (§ 14 Abs. 6 AEG).

Vertragliche Grundlage für die Nutzung der Infrastruktur der Antragsgegnerin durch die Mitglieder des Antragstellers sind jeweils so genannte „**Infrastrukturnutzungsverträge**“. Die Infrastrukturnutzungsverträge verweisen jeweils in Bezug auf die Nutzung der Zugtrassen und sonstigen Anlagen und Einrichtungen der Antragsgegnerin auf die „Allgemeinen Bedingungen für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der DB Netz AG (ABN)“. In Bezug auf die Entgelte für die Trassennutzung verweisen die jeweiligen Infrastrukturnutzungsverträge auf das von der Antragsgegnerin entwickelte „**Modulare Trassenpreissystem**“ („TPS“).

Mit Wirkung zum 1. August 2005 hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen die **Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV)** novelliert. § 4 EIBV verpflichtet den Betreiber der Schienenwege, „**Schienennetz-Benutzungsbedingungen**“ zu erstellen, die „Angaben“ gemäß Anlage 2 sowie die **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** für die Nutzung der Zugtrassen enthalten müssen (§ 4 Abs. 2 EIBV). Insbesondere müssen die Schienennetz-Benutzungsbedingungen die „**Entgeltgrundsätze**“ für die Entgelte der Nutzung der Schienenwege enthalten, d.h. Informationen zu den Entgelten für die einzelnen Leistungen wie z.B. Trassenvergabe (vgl. Anlage 2 Nr. 2 EIBV). Nicht von den Entgeltgrundsätzen erfasst ist jedoch die konkrete Höhe der Preise, die „**Liste der Entgelte**“.

Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen treten jeweils Mitte April eines Jahres in Kraft. Dies ergibt sich mittelbar bereits aus § 4 Abs. 5 Satz 2 EIBV. Zu beachten ist allerdings, dass die „**Liste der Entgelte**“ (d.h. die Preisliste für die einzelnen Leistungen,

z.B. Trassenpreise) nicht Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen ist (§ 4 Abs. 2 Satz 2 EIBV) und dass diese „Liste der Entgelte“ erst mit dem Wechsel des Netzfahrplans in Kraft tritt (§ 21 Abs. 7 Satz 2 EIBV), das ist der zweiten Samstag im Dezember (§ 8 Abs. 2 Satz 1 EIBV). Um einen Gleichklang der Preisliste mit den „Entgeltgrundsätzen“ zu erzielen, die Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen sind, tritt das Kapitel „Entgeltgrundsätze“ im Gegensatz zu dem Rest der Schienennetz-Benutzungsbedingungen ebenfalls erst mit dem Wechsel des Netzfahrplans, d.h. am zweiten Samstag im Dezember, in Kraft.

Die ersten **Schienennetz-Benutzungsbedingungen der Antragsgegnerin (nachfolgend: „SNB“)** nach dem neuen Rechtsregime (der von der Antragsgegnerin benannte Stand lautet auf 10. März 2006) wurden erstmalig Mitte April 2006 angewandt. Davon ausgenommen war allerdings, wie dargelegt, das Kapitel „Entgeltgrundsätze“, das erst mit dem Wechsel des Netzfahrplans am zweiten Samstag im Dezember 2006 angewandt wurde (d.h. am 09. Dezember 2006) und bis zum Wechsel des folgenden Netzfahrplans, d.h. bis zum zweiten Samstag im Dezember 2007 (das ist der 08. Dezember 2007) Gültigkeit hat. Als „Liste der Entgelte“, d.h. als die Preisliste mit den konkreten Preisen für die einzelnen Leistungen, legt die Antragsgegnerin ihr aus der Vergangenheit bekanntes **„Modulare Trassenpreissystem“** („TPS“) zugrunde, das sie jährlich aktualisiert.

### **III. Einführung des hier streitgegenständlichen Anreizsystems**

§ 21 Abs. 1 EIBV in der seit dem 1. August 2005 geltenden Fassung gibt den Betreibern der Schienenwege auf, ihre Entgelte für die „Pflichtleistungen“ (das ist im Wesentlichen der Trassenzugang, vgl. Anlage 1 Nr. 1a EIBV) so zu gestalten, dass sie durch **„leistungsabhängige Bestandteile** *den Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Betreibern der Schienenwege Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten*“. Hintergrund ist Art. 11 der Richtlinie 2001/14/EG, wonach die Entgeltregelungen für die Nutzung der Fahrwege **„leistungsabhängige Bestandteile“** zu enthalten haben, die den Eisenbahnunternehmen und den Betreibern der Infrastruktur *„Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistung des Schienennetzes bieten. Dies kann Strafen für Stö-*

*rungen des Netzbetriebes, eine Entschädigung für von Störungen betroffene Unternehmen und eine Bonusregelung für Leistungen, die das geplante Leistungsniveau übersteigen, umfassen."*

Entsprechend der Vorgabe in § 21 Abs. 1 EIBV enthalten die SNB auch das hier streitgegenständliche, von der Antragsgegnerin eigenständig entwickelte so genannte „**Anreizsystem zur Verringerung von Störungen**“. Als Bestandteil der entgeltrelevanten Angaben begann die Antragsgegnerin mit der Anwendung des Anreizsystems erstmalig am zweiten Samstag im Dezember 2006, d.h. am 9. Dezember 2006, 24 Uhr.

Die in Bezug auf das hier streitgegenständliche Anreizsystem aktuellen SNB (Stand: 10. März 2006) fügen wir im relevanten Auszug, dem **Kapitel 6: „Entgeltgrundsätze“**, als

#### **Anlage AS 5**

bei. Das Anreizsystem wird dort auf den Seiten 9 bis 12 dargestellt.

Bezüglich wesentlicher Bestandteile des Anreizsystems verweisen die SNB auf eine der „Konzernrichtlinien“ der Antragsgegnerin, konkret die „**Richtlinie 420.9001**“ (vgl. Anlage AS 5, S. 9 „Aufzeichnung von Verspätungsminuten“). Diese ist nicht Bestandteil der SNB, sondern wurde den Mitgliedern des Antragstellers postalisch übersandt. Wir reichen die Richtlinie 420.9001 als

#### **Anlage AS 6**

zu den Akten. Im „Modularen Trassenpreissystem“, d.h. der „Preisliste“ der Antragsgegnerin, das wir mit dem aktuell gültigen Stand (d.h. Gültigkeitszeitraum 9. Dezember 2006 bis 8. Dezember 2007, jeweils 24 Uhr) als

#### **Anlage AS 7**

zu den Akten reichen, findet sich auf Seite 4 unter Ziffer 3.2.a) die **Festlegung der Höhe der Strafzahlungen** (dazu sogleich).

#### **IV. Die Regelungen des hier streitgegenständlichen Anreizsystems**

Das hier streitgegenständliche, von der Antragsgegnerin entwickelte „Anreizsystem zur Verringerung von Störungen“ greift als relevante Störung **Zugverspätungen** auf, die in Abweichungen von zwei oder mehr Minuten, den sog. „**Verspätungsminuten**“ gemessen werden (vgl. Anlage AS 5, Seite 9, „Grundbegriffe des Anreizsystems“). Grundlage der Bemessung von Verspätungsminuten ist der jeweilige „**Fahrplan**“ für den konkreten Zug. Der „Fahrplan“ wird den Eisenbahnverkehrsunternehmen im Rahmen der Trassenbuchung zugewiesen und erfasst die relevanten Trassenparameter „Zeit“ (Fahrbeginn und Ende) und „Ort“ (Startpunkt, Zielpunkt).

**Beweis:** Vorlage eines exemplarischen Fahrplans, anbei als **Anlage AS 8**

Die Zeitmessung der Züge erfolgt an eigens errichteten **Messpunkten** entlang der Schienenwege. Der jeweilige **Fahrdienstleiter, der zum Netzbetriebspersonal der Antragsgegnerin gehört**, gleicht die Ist-Zeit mit der nach Maßgabe des Fahrplans zu bestimmenden Soll-Zeit ab und registriert für den jeweiligen Zug dann ggf. die entstandenen Verspätungsminuten (vgl. Anlage AS 5, Seite 9, „Aufzeichnung von Verspätungsminuten“).

Gleichzeitig ordnet der Fahrdienstleiter die entstandenen Verspätungsminuten so genannten „**Verspätungsursachen**“ zu (vgl. Anlage AS 5, Seite 9 f., „Verantwortlichkeiten für Verspätungsminuten“). Kann der Fahrdienstleiter die Ursachen einer Verspätung nicht feststellen, hat er nach der Richtlinie 420.9001 den „zuständigen Disponenten der BZ“ zu verständigen (vgl. Anlage AS 6, Seite 1 der Richtlinie, dort Ziffer 1 „Allgemeines“, (2)). Die Verspätungsursachen werden in den SNB in sehr allgemeiner Form definiert und decken die wesentlichen denkbaren Ereignisse ab, die zu Zugverspätungen führen können (Triebwagenstörung, verspäteter Fahrtbeginn, etc., vgl. Anlage AS 5, Tabelle auf Seite 10). Die Richtlinie 420.9001 benennt diverse Beispiele in Bezug auf die jeweiligen Verspätungsursachen (vgl. Anlage AS 6, Seite 4 ff. der Richt-

linie, Ziffer 3 „Zuordnungsbeispiele“). Für die Einzelheiten nehmen wir Bezug auf die Anlage AS 5, Seite 9 bis Seite 12 sowie Anlage AS 6).

Die jeweiligen Verspätungsursachen weist das Anreizsystem schematisch der **Verantwortung** entweder der Antragsgegnerin oder einem Eisenbahnverkehrsunternehmen („**maßgebliche Verspätungsminuten**“) oder keiner Partei zu. Die Verspätungsursache „Verspätete Übergabe [des Zuges] an die DB Netz AG“ wird beispielsweise der Verantwortung des Eisenbahnverkehrsunternehmens zugewiesen, die Verspätungsursache „Oberleitungsstörung“ wird etwa zu Lasten der Antragsgegnerin vermerkt.

Wahlweise in stündlichen oder 24h-Zeitintervallen übersendet die Antragsgegnerin an die jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen per e-mail so genannte „**Stundennachweise**“, aus denen sich die jeweilige Zugnummer der innerhalb des Intervalls gefahrenen Züge, deren Fahrparameter (Zeit und Strecke der Fahrt) sowie die Anzahl der generierten Verspätungsminuten und ihre Zuordnung zu Verantwortungsbereichen ergibt.

Halten die Eisenbahnverkehrsunternehmen die in dem Stundennachweis benannten Verspätungsminuten oder die Zuordnung zu einem Verantwortungsbereich für unzutreffend, sind sie gehalten, das so genannte „**Korrekturverfahren**“ durchzuführen. Dieses Erfordernis ergibt sich mittelbar aus dem Text der SNB (vgl. Anlage AS 5, Seite 11, „Beanstandungsverfahren“). Einzelheiten über den Ablauf des Korrekturverfahrens (die jedoch diverse Fragen offen lassen) ergeben sich aus der Richtlinie 420.9001 (vgl. Anlage AS 6, Seite 3 der Richtlinie, Ziffer 2 (4)) sowie einer von dem Antragsteller zufällig im Internet gefundenen Informationsbroschüre der Antragsgegnerin („Das Anreizsystem der DB Netz AG“), anbei als

### **Anlage AS 9**

(vgl. dort Seite 6 f.).

Nach der Richtlinie 420.9001 sind die Eisenbahnverkehrsunternehmen gehalten, „zeit-

nah", vgl. Anlage AS 6, Seite 4 der Richtlinie, Ziffer 2 (4), (nach der Informationsbroschüre: binnen drei Tagen, vgl. Anlage AS 9, Seite 7) und unter Verwendung des Vordrucks „420.0107V02“ (vgl. Anlage AS 6, Seite 4 der Richtlinie, Ziffer 2 (4)), der allerdings weder in den SNB oder der Richtlinie enthalten noch den Mitgliedern des Antragstellers übersandt wurde) einen Antrag auf Änderung der Kodierung bei der „BZ“ zu stellen. Lehnt diese den „Korrekturantrag“ ab, ist erneut ein Antrag zur schriftlichen Entscheidung an das Arbeitsgebiet „PA der BZ“ zu richten (vgl. Anlage AS 6, Seite 4 der Richtlinie, Ziffer 2 (4)). Die zitierten Abkürzungen werden von den Bedingungswerken der Antragsgegnerin nicht erläutert und sind auch nicht branchenüblich. Nach der oben genannten Informationsbroschüre der Antragsgegnerin zum Anreizsystem führt ein verspäteter oder versäumter Antrag dazu, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Einwendungen der falschen Ursachenkodierung in Bezug auf die jeweiligen Zugfahrten im nachfolgenden Beanstandungsverfahren ausgeschlossen sind (vgl. Anlage AS 9, Seite 12. In den SNB bzw. der Konzernrichtlinie 420.9001 ist diese Rechtsfolge dagegen nicht ausdrücklich vorgesehen. Ausführungen in den SNB zum Korrekturverfahren beschränken sich vielmehr auf den Hinweis, dass vor der Beanstandung durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen ein Korrekturverfahren nach der Richtlinie 420.9001 durchgeführt werden „soll“ (vgl. Anlage AS 5, Seite 11, „Beanstandungsverfahren“).

Die „maßgeblichen Verspätungsminuten“ werden für jede Seite auf so genannten „**Verspätungsminutenkonten**“ erfasst, die bilateral im Verhältnis der Antragsgegnerin zu den jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen geführt werden. Zum Ende eines jeden Monats werden die maßgeblichen Verspätungsminuten **saldiert**. Die Partei, zu deren Lasten sich ein Saldo ergibt, hat der anderen Partei einen **Betrag in Höhe von derzeit Euro 0,10 pro Verspätungsminute aus dem Saldo** zu leisten (vgl. Anlage AS 5, Seite 11, „Beanstandungsverfahren“, bzw. zur Höhe der Zahlung Anlage AS 7, Seite 4, Ziffer 3.2 a).

**Beanstandungen gegen den übersandten Saldo** müssen die Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß den SNB binnen eines Monats schriftlich unter Darlegung der Gründe bei der „zuständigen Niederlassung“ der Antragsgegnerin einreichen. Nach Ablauf

dieser Frist ist die Erhebung von Einwänden ausgeschlossen; die Unterlassung einer rechtzeitigen Beanstandung gilt als Genehmigung. Beruht die Beanstandung auf der angeblich unzutreffenden Einordnung der Verantwortlichkeit, trägt das Eisenbahnverkehrsunternehmen die Beweislast dafür. Vor dem Beanstandungsverfahren „soll“ das Korrekturverfahren durchgeführt worden sein (s.o.). Sofern die Antragsgegnerin die Beanstandung nicht anerkennt, gibt die Antragsgegnerin dem Eisenbahnverkehrsunternehmen innerhalb eines Monats Gelegenheit zur schriftlichen Erörterung der Beanstandung. Kommt eine Einigung nicht zustande, teilt die Antragsgegnerin dem Eisenbahnverkehrsunternehmen die Ablehnung unverzüglich schriftlich mit. Der Rechtsweg steht dem Eisenbahnverkehrsunternehmen erst nach Ablehnung der Beanstandung offen (vgl. zu allem vorstehenden Anlage AS 5, Seite 11, „Beanstandungsverfahren“).

#### **V. Einseitige Benachteiligungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen**

Seit Beginn der tatsächlichen Anwendung des Anreizsystems (zweiter Samstag im Dezember 2006) zeigt sich, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Rahmen der Verantwortungszuweisung und Saldenerstellung durch das Anreizsystem einseitig benachteiligt werden. Die Gründe dafür liegen insbesondere darin,

1. dass den Eisenbahnverkehrsunternehmen solche Verspätungen angelastet werden, für die sie überhaupt keine Verantwortung tragen,
2. dass wesentliche Mängel der Schieneninfrastruktur, die eigentlich zu Lasten der Antragsgegnerin gehen müssten, vom Anreizsystem der Verantwortung keiner Partei zugewiesen oder überhaupt nicht erfasst werden,
3. dass die Verfahrensgestaltung des Anreizsystems den Eisenbahnverkehrsunternehmen einseitig das Risiko einer fehlerhaften Erfassung und/oder Zuordnung von Verspätungsminuten zuweist.

Bevor auf die Punkte im Einzelnen eingegangen wird, sei die Einseitigkeit der Belastungen anhand einiger Zahlen dargestellt: Nach eigener Aussage der Antragsgegnerin sind im Monat Februar 2007 zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen 3.194.785

Verspätungsminuten angefallen, zu Lasten der Antragsgegnerin hingegen lediglich 498.037. **Die entspricht einem Verhältnis von 13% zu 87% zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen.**

**Beweis:** Präsentation der Antragsgegnerin auf einer Veranstaltung der Bundesnetzagentur, anbei als **Anlage AS 10**, vgl. dort Seite 17

Die Durchsicht der insgesamt seit Anwendung des Anreizsystems an die Mitglieder des Antragstellers versandten Saldenmitteilungen zeigt, dass positive Salden zu Gunsten der Eisenbahnverkehrsunternehmen so gut wie gar nicht auftreten. Wir legen exemplarisch die vollständigen Saldenmitteilungen von drei Mitgliedern des Antragstellers vor. Jeden Monat wurden ihnen zwischen über zweitausend bis über achttausend Euro in Rechnung gestellt.

**Beweis:** Vorlage von Saldenmitteilungen dreier Mitglieder des Antragstellers, anbei als **Anlagenkonvolut AS 11**

Es ist lebensfremd anzunehmen, dass das Verhältnis der Verspätungsminuten von fast 9:1 zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen (d.h. von 10 Verspätungsminuten fallen fast 9 Verspätungsminuten in die Verantwortung der Eisenbahnverkehrsunternehmen) allein auf der schlechten Organisation in den Betrieben der Eisenbahnverkehrsunternehmen zurückzuführen ist. Sicherlich gibt es auch weniger gut organisierte Eisenbahnverkehrsunternehmen: Die ermittelten Zahlen würden jedoch voraussetzen, dass die ganz überwiegende Zahl der zugelassenen Eisenbahnverkehrsunternehmen ihren Betrieb nicht unter Kontrolle hätte. Davon ist schon aufgrund der Lebenserfahrung sowie fehlender Beanstandungen seitens der Aufsichtsbehörde (Eisenbahn-Bundesamt) nicht auszugehen; die wahren Gründe für die einseitige Belastung der Eisenbahnverkehrsunternehmen mit den Verspätungsminuten sollen nachfolgend dargestellt werden.

## **1. Belastung der Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne entsprechende Ve-**

### **antwortung**

Das Anreizsystem der Antragsgegnerin enthält eine systemimmanente Fehlkonstruktion, die sich allein zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen auswirkt, und zwar dergestalt, dass Verspätungen, die sich auf einer Strecke von A nach B ereignen und zu einer Folgeverspätung des Eisenbahnverkehrsunternehmens auf der Strecke B – C auswachsen, in Bezug auf diese zweite Strecke (B-C) undifferenziert und ohne Erforschung der wahren Ursachen den Eisenbahnverkehrsunternehmen wegen „**verspäteter Übergabe an DB Netz AG**“ angelastet werden.

Im Einzelnen:

Zunächst ist festzustellen, dass die Verantwortungszuweisung „Verspätete Übergabe an DB Netz AG“ die mit Abstand häufigste Ursachenzuweisung überhaupt im Anreizsystem darstellt. Aus der als **Anlage AS 10** vorgelegten Präsentation der Antragsgegnerin ergibt sich, dass im Monat Februar 2007 von insgesamt 3.692.822 einer Seite zugewiesenen Verspätungsminuten 2.080.935 Verspätungsminuten zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf die Ursache „verspätete Übergabe an DB Netz AG“ entfallen. Dies entspricht einem Anteil von insgesamt 56%. Im Verhältnis der allein den Eisenbahnverkehrsunternehmen zugeordneten Verspätungsminuten (insgesamt 3.194.785) entspricht dies einem Anteil von 65%. Eine Durchsicht der Saldenmitteilung an die Mitglieder des Antragstellers (**Anlagenkonvolut AS 11**) bestätigt diese Tendenz. Auf Basis des derzeitigen „Satzes“ von EUR 0,10/Verspätungsminute hat die Antragsgegnerin aus der Verspätungsursache „verspätete Übergabe an DB Netz AG“ allein im Februar 2007 einen Betrag von EUR 208.093,00 eingenommen, auf das Jahr hochgerechnet sind dies ca. EUR 2,5 Millionen.

**Hintergrund dieser Zahlen ist eine systemimmanente Fehlkonstruktion im Anreizsystem, die sich allein zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen auswirkt:**

Das Anreizsystem weist die Verspätungsminuten ursachenbezogen der Verantwortung der einen oder anderen Seite zu. In einem netzförmigen System wie dem Schienen-

netz der Antragsgegnerin lassen sich Störungen jedoch nur schwer ihren ersten Ursachen zuordnen. Eine Störungsursache an einem Ort führt häufig zu einer Störung an ganz anderer Stelle im Netz, die ihrerseits wieder eine zweite Störung an dritter Stelle bedingt usw. Hinzu kommt, dass in Störungen nicht selten mehrere unabhängige Ursachen zusammentreffen. Nachträglich lassen sich derartige Kausalketten kaum zurückverfolgen, insbesondere gelingt es kaum, den jeweiligen Verursachungsanteil der einzelnen Ursachen quantitativ zu bestimmen.

**Beispiel:** Auf der Strecke A – B bleibt das Eisenbahnverkehrsunternehmen E1 aufgrund eines Maschinenschadens liegen, so dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen E2 30 Minuten warten muss. Dadurch verzögert sich die spätere Weiterfahrt von E2 auf der Folgestrecke B – C um ebenfalls 30 Minuten. Wenn jetzt auf B – C zudem noch ein anderes, E2 nicht zurechenbares Ereignis den Schienenverkehr für 120 Minuten aufhält (z.B. umgestürzter Baum) und anschließend E2 aufgrund eigenen Verschuldens 60 Minuten liegen bleibt, ist eine Gesamtverspätung von 210 Minuten gegeben, die kausal auf drei Ursachen zurückzuführen ist. Jede Ursache hat dabei quantitativ unterschiedliche Beiträge zu der Gesamtverspätung geliefert und ist jeweils unterschiedlichen Verantwortungssphären zuzuordnen.

Die Aufgabe, jeder Verspätung anteilig ihre jeweiligen Ursachen zuzuordnen, lässt sich praktisch nicht bewältigen. Aus diesem Grund unterbricht das Anreizsystem der Antragstellerin die Ursachenforschung bei den Kausalitäten ab einem gewissen Punkt: Das Anreizsystem ordnet Verspätungen nämlich jeweils nur auf der einer konkreten Strecke A – B ihren jeweiligen Ursachen zu. Wirken sich die Verspätungen hingegen auf eine verspätete Abfahrt durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der anschließende Strecke B – C aus, fragt das Anreizsystem nicht mehr nach dem Warum für diese verspätete Abfahrt, sondern weist dem Eisenbahnverkehrsunternehmen undifferenziert die Verspätungsursache „verspätete Übergabe an die DB Netz AG“ zu.

Zwar differenziert die Richtlinie 420.9001 unter dem Punkt 1 „Allgemeines“ unter Ziffer (6) zwischen „Primärverspätungen“ und „Folgeverspätungen“, gemeint ist hier jedoch die Beziehung zweier Verspätungen auf ein und derselben Strecke A – B. Wirkt sich

die Verspätung auf die Folgestrecke B – C aus, bricht die Ursachenforschung ab; das Anreizsystem fordert quasi eine vollkommene Neubewertung des Vorgangs.

Die Wirkungen seien zunächst exemplarisch anhand des folgenden Falles aus der Praxis dargestellt:

Der Zug-Nr. 59635 der TX Logistik AG, einem Mitglied des Antragstellers, fuhr am 12. Januar 2007 von Bremerhaven-Speckenbüttel mit Ziel Landshut mit einer Verspätung von 27 Minuten ab, weil sein Triebfahrzeug im Abstellbahnhof Bremerhaven-Lehe durch ein fremdes Fahrzeug „zugeparkt“ war. Durch einen Oberleitungsschaden, den ein anderes Eisenbahnverkehrsunternehmen in Wunstorf verursachte, addierte sich die Verspätung des Zuges Nr. 59635 im Raum Seelze auf 146 Minuten. Durch zügige Fahrt gelingt dem Zug eine Ankunft in Landshut mit einer Verspätung von 115 Minuten. Das Triebfahrzeug dieses Zuges ist zur anschließenden Traktion des Zuges Nr. 59648 ab Landshut eingeplant, der aufgrund des verspäteten Eintreffens mit einer Anfangsverspätung von 113 Minuten startet.

Die Antragsgegnerin ordnete der TX Logistik AG daher 113 Verspätungsminuten wegen „verspäteter Übergabe“ des Zuges Nr. 59648 (ab Landshut) zu. Im anschließenden Korrekturverfahren lehnte sie die Zuordnung der Verspätung zu der Primärursache ab, weil die „*Urverspätung zu weit weg*“ sei.

**Beweis:** Korrespondenz zwischen der TX Logistik AG und der Antragsgegnerin, anbei als **Anlage AS 12**

Die Nichtberücksichtigung von Verspätungsursachen, die erstmals auf der Strecke A – B auftreten und zu einer Anfangsverspätung auf der Folgestrecke B – C führen, hat zur Folge, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Ergebnis Strafen für Verspätungen zahlen müssen, für die sie überhaupt nicht verantwortlich sind. Resultiert die Primärverspätung zudem aus einer Verantwortung eines anderen Eisenbahnverkehrsunternehmens, kassiert die Antragsgegnerin zudem für ein und dieselbe Verspätungsursache doppelt Strafen.

Dies soll anhand der nachfolgenden drei Konstellationen näher dargestellt werden:

### **Konstellation 1 (Primärverspätung beruht auf Verantwortung eines anderen Eisenbahnverkehrsunternehmens)**

**Beispiel:** Auf der Strecke A – B bleibt das Eisenbahnverkehrsunternehmen E1 aufgrund eines Maschinenschadens liegen, so dass das nachfolgende Eisenbahnverkehrsunternehmen E2 30 Minuten warten muss. Dadurch verzögert sich die spätere Weiterfahrt von E2 auf der Folgestrecke B – C um ebenfalls 30 Minuten. Die Verspätungsminuten von E1 werden im bilateralen Verhältnis E1 – Antragsgegnerin als maßgebliche Verspätungsminuten zu Lasten von E1 notiert. Die Ursachendefinition nach den SNB lautet insofern „Triebfahrzeugstörung“, die Verantwortung trägt das verursachende Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Verspätungsminuten von E2 auf der Strecke B – C werden im bilateralen Verhältnis E2 – Antragsgegnerin als maßgebliche Verspätungsminuten zu Lasten von E2 notiert. Die Ursachendefinition nach den SNB lautet insofern „verspätete Übergabe an die DB Netz AG“, da E2 auf der Strecke B – C verspätet fertig gemeldet hat; die Verantwortung trägt das verspätete Eisenbahnverkehrsunternehmen.

Die Antragsgegnerin bekommt in dieser Konstellation für ein und dieselbe Verspätungsursache (hier: Triebwagenstörung bei E1) zwei Mal Verspätungsminuten zu ihren Gunsten gutgeschrieben. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen, das unverschuldet eine Verspätung aufgrund Primärursache erleidet, erhält zudem strafbewehrte Verspätungsminuten zu seinen Lasten angerechnet, obwohl es keinerlei Verantwortung für diese Verspätung trägt.

### **Konstellation 2 (Primärverspätung beruht auf Verantwortung keiner Partei)**

**Beispiel:** Auf der Strecke A – B tritt eine keiner Seite zurechenbare Störung auf, so dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen E dort 180 Minuten warten muss und dementsprechend – nach einem Zugnummernwechsel – die Fahrt auf der Folgestrecke B –

C ebenfalls mit einer Verspätung von 180 Minuten antritt.

Die Verspätungsminuten von E für die Strecke A – B werden keiner Seite als maßgebliche Verspätungsminuten angelastet, weil das maßgebliche Ereignis in die Sphäre keiner Partei fällt. Die Verspätungsminuten von E auf der Folgestrecke B – C werden jedoch als maßgebliche Verspätungsminuten zu Lasten von E notiert, weil eine „verspätete Übergabe an die DB Netz AG“ vorliegt.

Auch in dieser Konstellation muss das Eisenbahnverkehrsunternehmen, das ohne eigene Verantwortung eine Verspätung aufgrund einer Primärursache erleidet, strafbewehrte Verspätungsminuten zu seinen Lasten dulden, obwohl es keinerlei Verantwortung für diese Verspätung trägt.

### **Konstellation 3 (Primärverspätung beruht auf Verantwortung der Antragsgegnerin)**

**Beispiel:** Auf der Strecke A – B tritt eine Störung an der Oberleitung auf, so dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen E dort 60 Minuten warten muss und dementsprechend die Fahrt auf der Folgestrecke B – C ebenfalls mit einer Verspätung von 60 Minuten antritt.

Hier werden die Verspätungsminuten von E für die Strecke A – B der Antragsgegnerin angelastet, weil „Oberleitungsstörungen“ in die Verantwortung der Antragsgegnerin fallen. E erhält insofern also im Saldo Verspätungsminuten gutgeschrieben. Die Verspätungsminuten von E auf der Folgestrecke B – C werden jedoch als maßgebliche Verspätungsminuten *zu Lasten* von E notiert, weil eine „verspätete Übergabe an die DB Netz AG“ vorliegt.

In dieser Konstellation trägt das Eisenbahnverkehrsunternehmen im Ergebnis keine Belastung, die Antragsgegnerin trotz ihrer Verantwortlichkeit für die Verspätung allerdings auch nicht.

Zu berücksichtigen ist, dass die Konstellation 3 eher selten auftritt, da die SNB wesentliche Ereignisse, die sachgerechter Weise der Verantwortung der Antragsgegnerin hätten zugeordnet werden müssen, als „Verantwortung keiner Partei“ definiert werden (so dass Konstellation 2 einschlägig ist). Zu nennen sind insbesondere die Tatbestände der „Zugfolge“ (damit ist letztlich ein „Stau“ auf dem Netz gemeint“) und der „planmäßigen Baumaßnahmen“, dazu sogleich vertiefter. In der Praxis sind nach der Einschätzung des Antragstellers jedoch gerade Engpässe auf den Gleisen und Baumaßnahmen, die auf der ersten Strecke auftreten, die häufigsten Ursachen für Anfangsverspätungen auf der Folgestrecke.

## **2. Zuweisung wesentlicher Mängel der Schieneninfrastruktur zur „neutralen Sphäre“ bzw. vollständige Nichtberücksichtigung von Infrastrukturmängeln im Anreizsystem**

Die Antragsgegnerin hat das Anreizsystem so konzipiert, dass

- die wesentlichen Mängel ihrer Schieneninfrastruktur entweder der „neutralen Sphäre“ zugeordnet oder
- vom Anreizsystem überhaupt nicht erfasst werden.

Neben den bereits benannten Gründen wird die Antragsgegnerin auch aus diesem Grund in erheblichem Umfang von Strafzahlungen aus dem Anreizsystem verschont. Neben der damit verbundenen einseitigen Belastung der Eisenbahnverkehrsunternehmen verfehlt das Anreizsystem so eine seiner wesentlichen gesetzlich zugedachten Funktionen, *dem Betreiber der Schienenwege* Anreize „zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes“ zu setzen (§ 21 Abs. 1 EIBV).

Bevor unter b.) und c.) auf die aus unserer Sicht unhaltbare Ausgestaltung des Anreizsystems in diesem Punkt eingegangen wird, soll unter a.) zu den gravierenden Mängel in der Schieneninfrastruktur der Antragsgegnerin vorgetragen werden.

### **a. Vorliegen gravierender Infrastrukturmängel**

Die wesentlichen Mängel der Schieneninfrastruktur liegen darin, dass das Netz an vie-

len Stellen baufällig und marode ist. Vielfach werden notwendige Instandhaltungsmaßnahmen zu spät angegangen, so dass sich die Schienenwege kaum noch oder – wegen der fehlenden Belastbarkeit der Gleise – nur sehr langsam befahren lassen („**Langsamfahrstellen**“). Die Folge ist, dass teilweise ganze Strecken gesperrt werden, so dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen Umwege oder Staus in Kauf nehmen müssen. Die Langsamfahrstellen, bei denen oft über Dutzende von Kilometern allenfalls mit maximal 10 - 50 km/h gefahren werden darf, verzögern die Fahrtzeit zusätzlich.

Zur Substantiierung dieses Vortrages sei angeführt: Die vorbenannten Missstände sind in der Vergangenheit mehrfach durch Presse, Politik, Verbände und den Bundesrechnungshof gerügt worden.

So schreibt der Bundesrechnungshof in einem Entwurf eines Berichts an den Haushaltsausschuss des Bundestages:

*„Das Eisenbahn-Bundesamt dokumentierte im Rahmen der Eisenbahnaufsicht zahlreiche sicherheitsrelevante Mängel an den Bundesschienenwegen. Die Mängel wertet der Bundesrechnungshof als Beleg dafür, dass die DB Netz AG erforderliche Instandhaltungsmaßnahmen jahrelang vernachlässigte. [...] Ein anerkannter Indikator für die Qualität des Schienennetzes sind Mängelstellen, die nur mit verringerter Geschwindigkeit befahrbar sind. Im Jahr 2003 gab die DB Netz AG für die Jahre 2000 bis 2002 jeweils deutlich mehr als 2300 Mängelstellen an. [...] In den Jahren 2001 bis 2005 unterschritten die jährlichen Instandhaltungsaufwendungen der DB Netz AG den festgestellten Bedarf deutlich.“*

(Weil es Unstimmigkeiten über die Vorveröffentlichung des Entwurfs in der Presse gegeben hatte, hat der Bundesrechnungshof auf eine Widergabe des Entwurfes im endgültigen Beschluss verzichtet, ohne jedoch seine Aussagen inhaltlich aufgeben zu wollen.)

In einem Bericht des Magazins „Kontraste“ heißt es etwas plastischer:

*„Züge schleichen immer öfter im Schneckentempo. Mit fünfzig, dreißig oder sogar nur zehn Kilometer pro Stunde. Und das über weite Strecken. Der Grund: Die Bahn spart. Das Schienennetz verkommt. Wasser steht, Schwellen faulen, Gleise verlieren an Stabilität.“*

In einem Artikel des Branchenmagazins „Bahn-Report“ (Ausgabe 1/06) wiederum wird Folgendes ausgeführt:

*„Ein Mitarbeiter von DB Netz zitiert seinen Chef so: >Es ist kein Geld mehr für irgendwas da. Selbst für die Beseitigung von La-Stellen [Langsamfahrstellen] fehlen die Mittel. Erst wenn eine unmittelbare Sperrung droht, darf noch etwas gemacht werden. Auch 10 km/h-La-Stellen dürfen sonst nicht repariert werden. Die Folgen wirken sich massiv auf den Betrieb aus: Die zuletzt ohnehin nicht sehr berauschende Betriebsqualität geht seit Anfang September 2005 in den Keller. Im Oktober setzte sich die Talfahrt ungebremst fort, denn täglich kamen neue Mängel-La-Stellen hinzu. Das Schienennetz präsentiert sich vielerorts in einem unglaublich maroden Zustand.“*

In der Münchner Tageszeitung heißt es am 5. Oktober 2005:

*„Bayerns Lokführer schlagen Alarm. Das Schienennetz der Bahn ist in einem jämmerlichen Zustand. Noch nie gab es so viele Langsamfahrstrecken im Freistaat. Die Folge: Während DB-Regio und S-Bahn mit pünktlichen Zügen und guten Angeboten Kunden gewinnen wollen, macht DB-Netz alle Anstrengungen zunichte, weil es das Schienennetz vergammeln lässt.“*

Auch nach Erkenntnissen des Antragstellers (Pressemitteilung 04/2007) selbst hat sich die Zahl der Langsamfahrstellen auch im Jahr 2007 weiter erhöht, wobei annähernd die Hälfte der Langsamfahrstellen älter als 12 Monate sind.

Die zitierten Berichte und die Pressemitteilung des Antragstellers fügen wir als

### **Anlagenkonvolut AS 13**

anbei. Wir verweisen im Einzelnen auf Seite 4, Ziffer „0.2“ und „0.3“ des Berichtsentwurfs des Bundesrechnungshofs, auf Seite 1 unten und 2 oben des Manuskriptes des Kontraste-Beitrags, auf die erste Spalte des Artikels aus dem Bahn-Report, die ersten Zeilen aus dem Artikel der „TZ“ (Überschrift: „Langsam-lahm-Bahn“) und auf die gesamte Pressemitteilung des Antragstellers.

#### **b. Zuweisung wesentlicher Mängel der Schieneninfrastruktur zur „neutralen Sphäre“**

Das Anreizsystem weist die Verantwortlichkeit der Ereignisse „eingeschränkte Fahrwegverfügbarkeit“, „Baumaßnahmen“ und „Zugfolge“ der Verantwortung keiner Partei zu (vgl. Anlage AS 5, Tabelle auf Seite 10, re. Spalte) obwohl diese Ereignisse eigentlich in die Sphäre der Antragsgegnerin fallen und entsprechende Parallelereignisse bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen gerade nicht „neutralisiert“ werden.

Der Tatbestand der „eingeschränkten Fahrwegverfügbarkeit“ wird weder in den SNB noch in der Richtlinie 420.9001 näher definiert, sondern lediglich mit Beispielen hinterlegt (vgl. Anlage AS 6, Seite 6 der Richtlinie, dort Ziffer 14). Während die Richtlinie 420.9001 dieses Ereignis der Verantwortungssphäre der Antragsgegnerin zuweist (vgl. Anlage AS 6, Seite 5 der Richtlinie), ist es in den SNB als „keine Verantwortlichkeit einer Partei“ dargestellt (vgl. Anlage AS 5, Tabelle auf Seite 10, re. Spalte). Die Antragsgegnerin hat es damit letztlich in der Hand, durch entsprechende Kodierung einen Ausfall der Fahrwegsverfügbarkeit ihrer Verantwortlichkeit zu entziehen. Zudem umschreibt der Tatbestand der „eingeschränkten Fahrwegverfügbarkeit“ einen Umstand, der grundsätzlich in die Sphäre der Antragsgegnerin fällt und damit auch ihrem Verantwortungsbereich zugewiesen werden sollte – unabhängig von einem echten Verschulden im Einzelfall. Denn auch bei den Ereignissen, die das Anreizsystem der Verantwortung der Eisenbahnverkehrsunternehmen zuweist, kommt es allein auf den Sphärengedanken an, nicht auf ein echtes Verschulden. So wird die „verspätete Übergabe“, die „planmäßige oder außerplanmäßige Unterwegsbehandlung“, die „Triebfahrzeugstörung etc. den Eisenbahnverkehrsunternehmen zugewiesen, ohne dass es auf

die Gründe bzw. ein Verschulden diesbezüglich ankommt (vgl. Anlage AS 5, Tabelle auf Seite 10, 3. Spalte von links sowie Anlage AS 6, Seite 13 ff. der Richtlinie, Ziffern 50, 53, 55).

Teilweise lässt sich der Richtlinie 420.9001 sogar explizit entnehmen, dass die Verantwortungszuweisung ohne jedes Verschulden rein sphärenbezogen stattfindet. So tragen die Eisenbahnverkehrsunternehmen etwa die Verantwortung für eine „Abweichung von den Fahrplandaten“ aufgrund „schlechter Sicht/Witterung, Windwarnung“ (vgl. Anlage AS 6, Seite 15 der Richtlinie, Ziffer 58). Vor diesem Hintergrund stellt es sich als einseitige Begünstigung der Antragsgegnerin dar, dass das Ereignis der „eingeschränkten Fahrwegverfügbarkeit“ pauschal der neutralen Sphäre zugeordnet wird. Das gleiche gilt für „Baumaßnahmen“, die gemäß den SNB nicht der Verantwortung der Antragsgegnerin zugeordnet werden (vgl. Anlage AS 5, Tabelle auf Seite 10, re. Spalte). Durch die pauschale Zuweisung der „Baumaßnahmen“ zu der neutralen Sphäre haftet die Antragsgegnerin im Anreizsystem selbst für solche Baumaßnahmen nicht, die durch Vernachlässigung der Infrastruktur erforderlich geworden sind. Hinzu kommt, dass die Durchführung von Baumaßnahmen letztlich im freien Ermessen der Antragsgegnerin steht, wobei die Frage der Notwendigkeit der jeweiligen Dauer und des Umfangs der Maßnahme von Außenstehenden kaum wirksam nachvollzogen werden kann.

Auch durch die Zuordnung der „Zugfolge“ zur neutralen Sphäre entlastet sich die Antragsgegnerin in weitem Umfang (vgl. Anlage AS 5, Tabelle auf Seite 10, re. Spalte). „Zugfolge“ meint den Stau auf den Gleisen und reduziert damit die Komplexität, in dem auf die Ursachenforschung für diesen Stau verzichtet wird. In vielen Fällen wird dieser Stau jedoch durch Kapazitätsengpässe hervorgerufen, die durch fehlerhafte Netzplanungen (Überbuchungen) oder den technischen Ausfall einzelner Gleise verursacht werden. In der Richtlinie 420.9001 wird als ein Beispiel für „Zugfolge“ genannt, dass Gleise besetzt sind (vgl. Anlage AS 6, Seite 4 der Richtlinie, Ziffer 4). Die Zuordnung der „Zugfolge“ zu der neutralen Sphäre bewirkt, dass die Antragsgegnerin lediglich in Bezug auf das erste Eisenbahnverkehrsunternehmen, das aufgehalten wird, mit Verspätungsminuten belastet wird, nicht mehr jedoch in Bezug auf alle folgenden Eisen-

bahnverkehrsunternehmen.

**Beispiel:** auf der Strecke A – B fällt ein Gleis aus, so dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen E1 umgeleitet werden muss und so eine Verspätung von 120 Minuten eintritt. Diese 120 Verspätungsminuten werden als „Fahrbahnstörung“ der Antragsgegnerin angelastet. Auf der Umleitungsstrecke kommt es nunmehr aufgrund der außerplanmäßigen Nutzung durch E1 zu einem Stau, der den nachfolgenden Eisenbahnverkehrsunternehmen E2 – E3 eine Verspätung von ebenfalls 120 Minuten aufzwingt. Die dadurch bei E2 und E3 insgesamt entstehenden 240 Verspätungsminuten werden als „Zugfolge“ schon nicht mehr der Antragsgegnerin angelastet.

### **c. Vollständige Nichtberücksichtigung von Infrastrukturmängeln im Anreizsystem**

Langsamfahrstellen, marode Schienenwege, Streckensperrungen und Baustellen finden im Anreizsystem der Antragsgegnerin ohnehin fast keine Berücksichtigung. Hintergrund ist der Umstand, dass Bemessungsgrundlage für die Verspätungsminuten der Fahrplan für die jeweilige Fahrt ist. Bei der Erstellung des Fahrplans, der die Strecke und die Fahrtzeit ausweist, kann die Antragsgegnerin alle bereits bekannten Verzögerungen berücksichtigen. Befindet sich etwa auf einer Strecke von 100 km eine Langsamfahrstelle von 40 km, wird in dem Fahrplan bei der Bemessung der Fahrtzeit die Langsamfahrstelle selbstverständlich berücksichtigt. „Verspätungsminuten“ im Sinne des Anreizsystems sind jedoch nur solche, die sich vor dem Hintergrund der in dem jeweiligen Fahrplan ausgewiesenen Fahrtzeit als Verzögerung darstellen. Die durch die Langsamfahrstelle bedingte, bereits bei der Fahrtzeit im Fahrplan berücksichtigte Verzögerung ist daher im Anreizsystem nicht relevant.

Zwar weist die Antragsgegnerin in den SNB bzw. der Richtlinie 420.9001 „Mängellangsamfahrstellen“, „Fahrbahnstörungen“, „Bau- und Instandhaltungsarbeiten“ und weitere Infrastrukturstörungen als Ursachen aus, die ihrem Verantwortungsbereich zugeordnet werden (vgl. Anlage AS 5, Tabelle auf Seite 10, li. Spalte). Entsprechende Verspätungsminuten im Sinne des Anreizsystems werden jedoch nur erfasst, wenn die verursachende Schadhafte der Infrastruktur *nach Fahrplanerstellung* bekannt wird. In

der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sind Schadhafigkeiten der Antragsgegnerin jedoch bereits bei Fahrplanerstellung bekannt. Dies gilt insbesondere für langfristige Langsamfahrstellen, die im Netz der Antragsgegnerin durchaus häufig auftreten (vergleiche oben, lit. a). Auch kurzfristig auftretende Schäden können meistens noch bei der Fahrplanerstellung berücksichtigt werden, weil die privaten Güterbahnen vor dem Hintergrund einer flexibel agierenden Kundschaft auf die kurzfristige Buchung von „Sondertrassen“ – außerhalb des Netzfahrplanes – angewiesen sind. Bei den damit verbundenen kurzen Vorlaufzeiten liegt es in der Natur der Sache, dass die Schadhafigkeiten auf der betreffenden Strecke bei der Fahrplanerstellung bekannt sind und dementsprechend bei der zugewiesenen Fahrtzeit berechnet werden.

### **3. Einseitige Zuweisung des Risikos einer fehlerhaften Erfassung und/oder Zuordnung von Verspätungsminuten zu den Eisenbahnverkehrsunternehmen**

Das von der Antragsgegnerin eingeführte System der Übersendung von Stundenachweisen und Saldenmitteilungen sowie das Erfordernis der fristgerechten Durchführung eines Korrektur- und Beanstandungsverfahrens wälzt **das Risiko, dass zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen Verspätungsminuten falsch notiert oder falsch zugeordnet werden**, ausschließlich und einseitig auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen über. Wollen die Eisenbahnverkehrsunternehmen vermeiden, dass in Bezug auf die übersandten Salden die Genehmigungsfiktion eintritt, müssen sie das Beanstandungsverfahren durchführen, in dem sie die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der gerügten Zählung oder Zuordnung von Verspätungsminuten tragen. Im Ergebnis sind die Eisenbahnverkehrsunternehmen daher gehalten, *alle* Verspätungsminuten auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen und ggf. Erkundigungen bei ihrem Personal (insbesondere Lokführer) über deren wahre Ursache einzuholen, wollen sie das Risiko fehlerhafter Entscheidungen zu ihren Lasten vermeiden.

Als besonders belastend wirkt sich in dieser Situation aus, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen kaum Möglichkeiten zu einer effektiven Richtigkeitskontrolle der Stundennachweise und Saldenmitteilung haben: Da sie das Gesamtgeschehen auf dem Netz nicht überblicken, sind sie vielfach nicht in der Lage, die wahren Ursachen von Verspätungen ausfindig zu machen. Auch verfügen sie über keine Meßsysteme an

Bord der Lok, die eine exakte Aufzeichnung der Verspätungsminuten leisten (die Meßpunkte des Anreizsystems sind Bestandteil der Schieneninfrastruktur und werden ausschließlich von der Antragsgegnerin kontrolliert). Die Kontrolle, ob die Anzahl der notierten Verspätungsminuten oder ihre Zuordnung im Einzelfall zutreffend sind, können die Eisenbahnverkehrsunternehmen daher nur unzureichend leisten.

Hinzu kommt, dass der Aufwand für die erforderlichen Recherchen, die Durchführung eines Korrektur- und Beanstandungsverfahrens und ggf. eines anschließenden Gerichtsverfahrens in fast allen Fällen die Vorteile einer etwaigen Korrektur weit überwiegt. Eine durchaus beachtliche Verspätung von 3 Stunden beispielsweise kostet das Eisenbahnverkehrsunternehmen bei dem derzeitigen „Satz“ von EUR 0,10/Verspätungsminute im Falle der Verantwortungszuordnung eine Strafzahlung von EUR 18,00. Für diesen Betrag lassen sich die Stundennachweise und Saldenmitteilungen nicht kostendeckend überprüfen, geschweige denn, in den erforderlichen Verfahren angreifen. In der Konsequenz sind die Eisenbahnverkehrsunternehmen praktisch gehindert, effektiv die erforderliche Kontrolle auszuüben. Selbst ein mittelgroßes Eisenbahnverkehrsunternehmen müsste letztlich **eine volle Arbeitskraft ausschließlich für die Prüfung und ggf. Beanstandung von Stundennachweisen und Saldenmitteilungen** einsetzen, um den hierbei entstehenden administrativen Aufwand einigermaßen bewältigen zu können.

Diese einseitige Zuweisung des Risikos von Fehlentscheidungen zu ihren Lasten ist für die Eisenbahnverkehrsunternehmen insbesondere auch deshalb so gefährlich, weil die hohe Komplexität die Anwendung des Anreizsystems besonders fehleranfällig macht. Aufgrund des oben unter V.1. beschriebenen Mechanismus gehen Fehler dabei ganz überwiegend zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen, nicht der Antragsgegnerin. Verschärft wird diese Situation zudem noch dadurch, dass der Fahrdienstleiter vor Ort eigentlich andere Aufgaben als die Zuordnung von Verspätungsminuten hat, so dass die Gefahr von Flüchtigkeitsfehlern noch gesteigert wird. Zuletzt darf man auch nicht die Augen davor verschließen, dass der Fahrdienstleiter als lohnabhängig Beschäftigter der Antragsgegnerin die Zuweisung von Verantwortungsminuten zu der einen oder anderen Seite letztlich als „Richter in eigener Sache“ vornimmt. Es lässt sich

daher nicht ausschließen, dass zumindest in nicht eindeutigen Fällen eine Entscheidung tendenziell zu Gunsten der eigenen Partei gefällt wird.

Wie schnell sich selbst grobe Fehler zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen einschleichen können, sei exemplarisch dargelegt:

In einem Fall der RSE Rhein-Sieg Eisenbahn GmbH wurde der Zug Nr. 89569 von Troisdorf nach Bonn-Beuel planmäßig um 18.10 Uhr fertiggemeldet. Da die relevanten Gleise 3 und 4 im Bahnhof Bonn-Beuel durch abgestellte Züge besetzt waren, musste der Zug Nr. 89569 im südlichen Bereich (in Richtung Bonn-Oberkassel) auf Gleis 2 umsetzen. Die Abfahrt aus Gleis 2 in den Bahnhof erfolgte um 18.30 Uhr mit einer Verspätung von 20 Minuten. Die Antragsgegnerin belastete die RSE Rhein-Sieg Eisenbahn GmbH wegen „verspäteter Übergabe an die DB Netz AG“ mit einer Verspätung von 22 Minuten. Die Antragsgegnerin ließ diese Zuordnung erst im Korrekturverfahren wieder fallen.

**Beweis:** Korrespondenz zwischen der RSE Rhein-Sieg Eisenbahn GmbH und der Antragsgegnerin, anbei als **Anlage AS 14**

#### **4. Keine anderweitige effektive Rechtsschutzmöglichkeit**

Die Antragsgegnerin ist eisenbahnrechtlich verpflichtet, die SNB der Bundesnetzagentur vor Anwendung vorzulegen. Die Bundesnetzagentur hat Ermessen, ob sie die vorgelegten SNB ganz oder teilweise prüft und ggf. beanstandet oder ob sie gar nicht reagiert. Daneben hat sie die Möglichkeit, nach ihrem Ermessen nachträglich die SNB zu prüfen und ggf. zu beanstanden. Entsprechende Prüfungen sind auf die Vorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beschränkt, d.h. auf § 14 AEG sowie die Vorschriften der EIBV (vgl. § 14e und § 14f AEG). Zivilrechtliche Vorschriften, insbesondere die des AGB-Rechts, prüft die Bundesnetzagentur nicht.

Nach Vorlage der derzeit gültigen SNB hat die Bundesnetzagentur den Bestimmungen über das Anreizsystem nicht widersprochen. Hintergrund war der Umstand, dass der gerade erst im Aufbau befindliche „Aufbaustab Schiene“ der Bundesnetzagentur zu

diesem Zeitpunkt seine Ressourcen auf andere Punkte der SNB konzentrierte.

Hinsichtlich der künftigen SNB, die mit ihren entgeltrelevanten Kapiteln (zu denen das Anreizsystem gehört) für die Fahrplanperiode Dezember 2007 bis Dezember 2008 Anwendung finden sollen, hat die Bundesnetzagentur mit Bescheid vom 20. November 2006 in weitem Umfang den Regelungen zum Anreizsystem widersprochen, weil sie insofern Verstöße gegen Eisenbahnrecht festgestellt hat. Den Bescheid fügen wir in seinem relevanten Auszug als

#### **Anlage AS 15**

zu den Akten. Die Antragsgegnerin hat diesbezüglich Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht Köln eingelegt, über die noch nicht entschieden ist, und vor dem OVG NRW mit Beschluss vom 26. März 2007 die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs erwirkt. In seinem Beschluss zur Herstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs hat das OVG ausgeführt, dass mit Hinblick auf die eher programmatischen Aussagen des § 21 Abs. 1 EIBV sowie das Fehlen einer echten Diskriminierung einzelner Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen die **eisenbahnrechtliche** Rechtswidrigkeit des Anreizsystems zweifelhaft sei. Im Hinblick auf den administrativen Aufwand, den die Erfüllung der Auflagen der Bundesnetzagentur für die Antragsgegnerin bedeuten würde, sei der Bescheid daher vorläufig bis zur Hauptsacheentscheidung auszusetzen. Den Beschluss des OVG NRW fügen wir als

#### **Anlage AS 16**

zu den Akten.

Am 3. April 2007 hat die Bundesnetzagentur dann eine Anhörung zum Anreizsystem veranstaltet. In der Folgezeit zeigte sich jedoch, dass die Bundesnetzagentur nach der für sie ungünstigen Entscheidung des OVG NRW aller Voraussicht nach wohl keine kurzfristig wirkenden Maßnahmen ergreifen wird. Konkret sind deshalb weitere

Maßnahmen der Bundesnetzagentur in Bezug auf das Anreizsystem frühestens mit Wirkung zur Fahrplanperiode Dezember 2008 – Dezember 2009 zu erwarten.

Eine vorläufige Aussetzung des Anreizsystems selber im Hinblick auf die den Eisenbahnverkehrsunternehmen entstehenden administrativen Aufwand ist trotz des schwebenden Anfechtungsklageverfahrens und der damit verbundenen bestehenden Unklarheit über die Rechtmäßigkeit der derzeitigen Form des Anreizsystems weder von der Bundesnetzagentur noch dem OVG NRW erwirkt worden.

Im Hinblick darauf, dass die Mitglieder des Antragstellers täglich Stundennachweise erhalten, in denen Verspätungsminuten zu ihren Lasten festgestellt werden und monatlich mit ganz überwiegend belastenden Saldenmitteilungen konfrontiert werden, ist die fehlende Aussetzung des Anreizsystems äußerst misslich. Da eine vertiefte Kontrolle der übersandten Salden, wie dargestellt, nicht möglich ist und daher insoweit die Richtigkeitsfiktion im Hinblick auf die belastenden Salden eintritt, müssen die Mitglieder des Antragstellers Monat für Monat die entsprechenden Zahlungen begleichen, obwohl die Rechtmäßigkeit des Anreizsystems ungeklärt ist. Hinzu kommt die hohe administrative Belastung, die aus der Befassung mit dem Anreizsystem, insbesondere den Plausibilitätsprüfungen der Stundennachweise, herrührt.

## **B. Rechtliche Würdigung**

Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten ist eröffnet (§ 13 GVG). Der Antrag ist auch zulässig (§§ 935, 940 ZPO i.V.m. mit § 5 Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) und begründet (§ 1 UKlaG).

### **I. Rechtsweg / Zulässigkeit**

#### **1. Rechtswegeröffnung**

Der Rechtsweg zu den Zivilgerichten ist gemäß § 13 GVG eröffnet, da es sich vorliegend um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

Sowohl der Antragsteller als auch die Antragsgegnerin sind Privatrechtssubjekte. Das hier streitgegenständliche Anreizsystem als Bestandteil der SNB ist auch Bestandteil der privatrechtlichen Vertragsbeziehung der Antragsgegnerin zu den Eisenbahnverkehrsunternehmen. Dies folgt nicht zuletzt aus § 14 Abs. 6 AEG und Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG.

Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG bestimmt, dass die „Eisenbahnen des Bundes als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form“ geführt werden. Mit „Eisenbahnen“ sind auch die Eisenbahninfrastrukturunternehmen erfasst (vgl. Art. 87e Abs. 3 Satz 2 GG), deren Rechtsbeziehungen gegenüber ihren Nutzern sich folglich nach dem Privatrecht richten. § 14 Abs. 6 AEG bestimmt, dass die Einzelheiten des Zugangs, insbesondere die Nutzungsbedingungen „zu vereinbaren“ sind. Die eisenbahnrechtliche Literatur spricht insofern vom „verhandelten Netzzugang“ bzw. vom „Primat des Vertrages“. Einhellige Auffassung besteht darüber, dass es sich dabei um zivilrechtliche Verträge handelt und bei Streitigkeiten um die Wirksamkeit einzelner Bestimmungen aus den Nutzungsbedingungen daher der Zugang zu den Zivilgerichte eröffnet ist (Basedow, ZHR 2006, 178, 192 ff.; Kramer, in: Kunz [Hrsg.], Eisenbahnrecht, Erl. Ziffer 2 zu § 14e Abs. 1 AEG, 19. Ergänzungslieferung 2005; Ruge, DVBl. 2005, 1405, 1406 f.; Trute/Broemel, ZHR 2006, 706, 709 f.; Gerstner, Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14 Rdn. 224). Auch die Bundesnetzagentur (Bescheid vom 20. November 2006, 7 S3-06-054, S. 68, **Anlage AS 15**) steht auf diesem Standpunkt. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte hat in diversen Rechtsstreitigkeiten, in denen es um die Nutzungsbedingungen der Antragsgegnerin ging, die Eröffnung des Zivilrechtswegs bejaht (beispielhaft erwähnt sei etwa das OLG Düsseldorf vom 7.2.2007 zur Zulässigkeit der „Kurzfrist- und Änderungsbepreisung im TPS“, VI-U (kart) 3/06 oder LG Berlin vom 27.4.2004 zur Aufnahme konkurrierender Personenzüge in die Fahrplandaten der Deutschen Bahn).

## **2. Keine Verdrängung nach den §§ 14 ff. AEG**

Der vorliegende Antrag ist auch nicht aufgrund der Prüfungszuständigkeit der Bundesnetzagentur nach den §§ 14 ff. AEG verdrängt.

Dem Verfahren nach § 1 UKlaG unterliegen nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH (vgl. grundlegend BGHZ 86, 284) und der einhelligen Ansicht der Literatur (vgl. etwa Palandt, 66. Aufl., 2007, § 8 UKlaG Rdn. 5; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., 2006, § 1 UKlaG, Rdn. 3, § 8 UKlaG Rdn. 6) auch die von Aufsichtsämtern oder sonstigen Verwaltungsbehörden genehmigten AGB. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, wie dem Text des § 8 Abs. 2 UKlaG sowie dessen Gesetzesbegründung zu entnehmen ist.

Um so mehr muss dies vorliegend gelten, weil die SNB nach den §§ 14 ff. AEG überhaupt keiner Genehmigungspflicht, sondern lediglich einer ermessensabhängigen Kontrolle unterliegen. Eine Kontrolle der Bundesnetzagentur kann die Prüfung nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB aber auch inhaltlich gar nicht ersetzen, weil die Bundesnetzagentur lediglich die **eisenbahnrechtlichen Vorschriften über den Zugang** zur Infrastruktur zugrunde legen darf (vgl. §§ 14 d, 14 f AEG), nicht jedoch die §§ 305 ff. BGB und §§ 19, 20 GWB. Auf das Anreizsystem etwa ist eisenbahnrechtlich allein der pauschale Programmsatz des § 21 Abs. 1 EIBV sowie das generelle Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 AEG anwendbar. Letzteres thematisiert jedoch lediglich die Gleichbehandlung der Nutzer untereinander, scheidet jedoch als Prüfungsmaßstab, wenn alle Nutzer gleichermaßen unangemessen benachteiligt werden (vgl. nur Ruge, DVBI. 2005, 1405). Würde man die Inhaltskontrolle auf diese geringe Prüfungsdichte reduzieren, wäre die Antragsgegnerin gegenüber allen anderen Unternehmen, deren Standardbedingungen an den §§ 307 ff. BGB und ggf. §§ 19, 20 GWB zu messen sind, deutlich privilegiert. Auch die herrschende Meinung im Eisenbahnrecht vertritt daher die Auffassung einer Parallelität von eisenbahnrechtlicher Prüfung durch die Bundesnetzagentur und zivilrechtlicher Kontrolle durch die Zivilgerichte (vgl. Kramer, in: Kunz [Hrsg.], Eisenbahnrecht, Erl. zu § 14e Abs. 1 AEG, dort Ziffer 2, 19. Ergänzungslieferung 2005; Basedow, ZHR 2006, 178, 181, 187, 192 ff; Ruge, DVBI. 2005, 1405, 1406 f.; Trute/Broemel, ZHR 2006). Auch die Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte hat bislang nicht beanstandet, dass Nutzungsbedingungen, die zugleich der eisenbahnrechtlichen Kontrolle unterliegen, vor die Zivilgerichte getragen werden (verwiesen sei insofern auf die oben beispielhaft benannten Entscheidungen). Das OVG

NRW hat den Eisenbahnverkehrsunternehmen zudem in einem Beschluss die Beiladung zu einem Rechtsstreit zwischen der Antragsgegnerin und der Bundesnetzagentur, dem einzelne Zugangsbedingungen der Antragsgegnerin zugrunde lagen, verweigert und diese darauf verwiesen, ihre „*Interessen [...] mit den ihr zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Verteidigungsmitteln [zu] wahren*“, vgl. Beschluss des OVG NRW vom 12.12.2005 (20 E 1471/05).

Wir fügen zum weiteren Beleg den zitierten Beschluss des OVG NRW sowie die Kommentierung von Kramer zu §§ 14 ff. AEG und den Aufsatz von Basedow als

### **Anlagenkonvolut AS 17**

zu den Akten.

#### **3. Zuständiges Gericht**

Das angerufene Gericht ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 sowie Abs. 2 UKlaG i.V.m. der Zweiten Verordnung zur Anpassung gerichtsorganisatorischer Regelungen des Landes Hessen zuständig, da die Antragsgegnerin ihren Sitz in Frankfurt/Main hat.

#### **4. Prozessführungsbefugnis**

Der Antragsteller ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 2, 1. Halbsatz UKlaG prozessführungsbefugt. Sollte das Gericht zu unserem diesbezüglicher Vortrag Ergänzungen für erforderlich halten, bitten wir um einen richterlichen Hinweis.

### **II. Begründetheit**

Der Antrag ist auch begründet. Dem Antragsteller steht sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund zur Seite.

#### **1. Verfügungsanspruch**

Ein Verfügungsanspruch ergibt sich aus den §§ 1, 3a UKlaG in Verbindung mit den §§ 307 ff. BGB.

**a. Schienennetz-Benutzungsbedingungen und Richtlinie 420.9001 als AGB der Antragsgegnerin**

Die Bestimmungen zum Anreizsystem in den SNB und der Richtlinie 420.9001 sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB einzuordnen (so auch Kramer, in: Kunz [Hrsg.], Eisenbahnrecht, Erl. zu § 14 Abs. 6 AEG, 19. Ergänzungslieferung 2005).

Dass die SNB nicht in die ursprünglichen AGB der Antragstellerin, die „ABN“, inkorporiert sind und auch nicht durch den „Infrastrukturnutzungsvertrag“ einbezogen werden, ist für die Frage der AGB-Qualität ohne Belang. Darüber hinaus unterliegen selbst formell nicht korrekt einbezogene AGB dem Anspruch des § 1 UKlaG, sofern sie im rechtsgeschäftlichen Verkehr faktisch benutzt werden (BGH, NJW 1987, 2867). Auch die von der Antragsgegnerin vorgenommene terminologische Unterscheidung zwischen ihren „ABN“, dem „TPS“ und den „SNB“ kann nicht dazu führen, dass sich die Antragsgegnerin nach Gutdünken dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB entziehen kann. Auf die Bezeichnung von AGB durch den Verwender kommt es nicht an. Zwar sieht § 4 Abs. 6 Satz 2 EIBV ebenfalls eine terminologische Unterscheidung zwischen SNB und „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ vor. Würde man diese Bestimmung in der EIBV jedoch so auslegen, dass die SNB keine AGB i. S. d. §§ 305 ff. BGB sein sollen, käme ihnen allenfalls die Bedeutung einer Informationssammlung zu (dafür spricht in der Tat Anlage 2 zur EIBV), nicht jedoch eine verbindliche Geltung. „Einseitige Bedingungen sui generis“ sind im Privatrecht vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Verbots von Verträgen zu Lasten Dritter sowie dem abschließenden numerus clausus privatrechtlicher Rechtsquellen jedenfalls nicht zulässig; auch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen als „Gesetzgeber“ der EIBV könnte ein derartiges Rechtsinstitut nicht im Verordnungswege einführen.

**b. Verstoß gegen die Generalklausel § 307 Abs. 1 BGB**

Ein Verstoß gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung aus der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die relevante Vertragsbestimmung

missbräuchlich versucht, einseitig Interessen des Verwenders durchzusetzen, ohne die Belange des Vertragspartners durch einen angemessenen Ausgleich ausreichend zu berücksichtigen (vgl. BGH NJW 1999, 635). Letzteres ist durch die Ausgestaltung des Anreizsystems sowohl in materiellrechtlicher als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Fall.

#### **aa. Unangemessene Benachteiligung durch die materiellrechtliche Ausgestaltung**

Grundsätzliche Zielsetzung des durch § 21 EIBV vorgegebenen Anreizsystems ist die Steigerung der Effizienz bei der Nutzung des Schienennetzes insbesondere durch die Vermeidung von Verspätungen im Zugbetrieb. Sowohl Betreiber als auch Nutzer des Netzes sollen bei Androhung von Strafzahlungen dazu angehalten werden, von Ihnen beeinflussbare Störungen nach Möglichkeit ganz zu vermeiden oder doch zumindest zu minimieren. Einen gerechten Ausgleich kann das System dabei nur dann erzielen, wenn die relevanten Störungsursachen überhaupt erfasst werden und anschließend soweit wie möglich verursachungsgerecht zugeordnet werden. Entsprechend sieht Art. 11 Abs. 1 der Europäischen Richtlinie 2001/14/EG, auf der § 21 EIBV beruht, auch vor, dass das Anreizsystem sowohl den Eisenbahnverkehrsunternehmen **als auch dem Infrastrukturbetreiber Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistung des Schienennetzes bieten muss.**

Diese Zielsetzung verfehlt das Anreizsystem der Antragsgegnerin aber bereits im Ansatz. Durch eine Kombination verschiedener Instrumentarien führt die Anwendung des Systems im Ergebnis zwangsläufig dazu, dass die Nutzer gegenüber dem Netzbetreiber weitaus überproportional belastet werden. Die Ergebnisse in der Praxis bestätigen diesen Befund eindrucksvoll, entfallen doch nach den eigenen Angaben der Antragsgegnerin rund 87 % aller anfallenden Verspätungsminuten auf die Nutzer und lediglich 13 % auf die Antragsgegnerin (s.o.). Da alle Eisenbahnverkehrsunternehmen des Antragstellers mit einem im Regelfall negativen Saldo konfrontiert werden, kann diese auffallende Ungleichgewichtung letztlich auch nur mit den bereits im Sachverhalt dargestellten und nachfolgend noch einmal zusammengefassten Strukturvorgaben des Anreizsystems, nicht aber der mangelnden Effizienz (einzelner) Eisenbahnverkehrsunter-

nehmen begründet werden.

Die Antragsgegnerin minimiert durch die Vorgabe der Fahrplandaten effektiv die aus ihrem Verantwortungsbereich stammenden Verspätungsrisiken. Bereits bei Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages bekannte Langsamfahrstellen etc. werden automatisch bei Fahrplanerstellung berücksichtigt und lösen trotz der damit verbundenen Verzögerungen keine Verspätungsminuten zu Lasten der DB Netz AG aus.

Zugleich entziehen die SNB grundsätzlich aus der Sphäre des Netzes stammende Verantwortungsbereiche wie etwa „Zugfolge“, „eingeschränkte Fahrwegverfügbarkeit“, „Baumaßnahmen“, „gefährliche Ereignisse“ und andere Störungsursachen bereits a priori der Verantwortung der Antragsgegnerin. Auf der anderen Seite fällt die verspätete Übergabe an die Antragsgegnerin bei Fahrtantritt durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen (Abgabe der Zugvorbereitungsmeldung zu Beginn eines Zuglaufs) grundsätzlich immer in den Verantwortungsbereich der Eisenbahnverkehrsunternehmen, auch wenn sich diese Verspätung als Folge von anderen, nicht dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zurechenbaren Verspätungen aus vorangegangenen Zugläufen herausstellt. Selbst Ereignisse höherer Gewalt werden teilweise in den Verantwortungsbereich der Eisenbahnverkehrsunternehmen übergewälzt (so etwa verlangsamtes Fahren im Fall schlechter Witterung/Sichtverhältnisse).

Auch nach Auffassung des bereits oben zitierten Bescheids der Bundesnetzagentur bietet das Anreizsystem der Antragsgegnerin aus diesen Gründen insgesamt **keinen realistischen Anreiz, die von ihr erbrachten Leistungen zu verbessern und Störungen zu verringern**. Grund dafür ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur, **dass zahlreiche für das Setzen von Anreizen wesentliche Fälle zugunsten der Bescheidadressatin** außer Acht gelassen würden (vgl. **Anlage AS 15**, Bescheid der Bundesnetzagentur, S. 65 unten).

Was sich in eisenbahnrechtlicher Hinsicht also als Verfehlung der regulatorischen Zielsetzung des Anreizsystems darstellt, führt auf der zivilrechtlichen Ebene im jeweiligen bilateralen Verhältnis zwischen der Antragsgegnerin und den Netznutzern zu einer un-

angemessenen Benachteiligung der Nutzer.

#### **bb. Unangemessene Benachteiligung durch die verfahrensrechtliche Ausgestaltung**

Eine unangemessene Benachteiligung der Eisenbahnverkehrsunternehmen muss des Weiteren auch in der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung von Korrekturen im Falle fehlerhafter Zuordnungen gesehen werden. Durch das zweistufig ausgestaltete Verfahren, das den Eisenbahnverkehrsunternehmen zunächst einen obligatorischen Antrag auf Umkodierung und anschließend die Durchführung eines Beanstandungsverfahrens abverlangt, entstehen den Eisenbahnverkehrsunternehmen unverhältnismäßig hohe administrative Aufwendungen. Da die Nichteinhaltung der formalen Anforderungen des vorgesehenen Verfahrens zum Ausschluss möglicher Einwendungen führt und den Eisenbahnverkehrsunternehmen zugleich die Beweislast für eine falsche Kodierung von Verspätungsminuten obliegt (dazu auch unten), werden Korrekturen des auch in der Praxis fehleranfälligen Systems im **Ergebnis einseitig auf die Netznutzer** überwälzt. Jedenfalls im Bereich kleinerer finanzieller Beträge sind die so aufgerichteten Hürden geeignet, die Eisenbahnverkehrsunternehmen davon abzuhalten, mögliche Fehlzusordnungen korrigieren zu lassen. Die Ausgestaltung des Korrektur- und Beanstandungsverfahrens erscheint in Kombination mit der Beweislastumkehr insbesondere auch deswegen als unangemessen, weil die Antragsgegnerin als Betreiberin des Mess-Systems und über ihre Fahrdienstleiter über einen immensen Informationsvorsprung gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen verfügt. Letztlich sind es die Nutzer, die im Rahmen dieser Verfahren versuchen müssen, Sachverhalte aufzuklären, die entweder unmittelbar aus der Sphäre des Netzbetreibers stammen oder doch für diesen auf Grundlage seiner Gesamtübersicht über den Netzbetrieb um ein vielfaches leichter zugänglich sind.

#### **c. Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB: Erhebliche Abweichung von gesetzlich vorgegebenen Leitbildern**

Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt eine unangemessene Benachteiligung auch dann vor, wenn von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abgewichen wird. Das Anreizsystem weicht insbesondere in den nachfolgend dargestellten Punk-

ten erheblich von gesetzlichen Leitbildern ab.

#### **aa. Ausgestaltung als verschuldensunabhängige und ungedeckelte Vertragsstrafe**

Die auf der Grundlage des minutenbasierten Anreizsystems erhobenen Pönalen sind im Ergebnis als Vertragsstrafe für den Fall festgestellter Abweichungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen vom Fahrplan zu werten. Nach dem gesetzlichen Leitbild (§§ 339 ff. BGB) ist Tatbestandsvoraussetzung für die Verwirkung einer Vertragsstrafe der **schuldhafte** Verstoß gegen die jeweils pönalisierte Verhaltens- oder Unterlassenspflicht. Die Vereinbarung einer entgegen § 339 BGB verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe wird daher auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr grundsätzlich als Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gewertet, sofern nicht ausnahmsweise „gewichtige“ Umstände vorliegen, welche die Regelung trotz der Abweichung von der gesetzlichen Regelung mit Recht und Billigkeit noch vereinbar erscheinen lassen (BGH NJW-RR 2003, 1056).

Das Anreizsystem der SNB sieht ein Verschuldensprinzip allerdings nicht vor. Vielmehr werden Verspätungsminuten zu Lasten einer Partei gebucht und eine Pönale (nach entsprechender Saldierung wechselseitiger Verspätungsminuten) bereits immer dann fällig, wenn die Verspätung einem der pauschal definierten Verantwortungsbereiche der betroffenen Partei zuzuordnen ist; auf ein Verschulden im Einzelfall kommt es angesichts dieser Strukturierung des Anreizsystems dagegen nicht an. Dafür spricht nicht zuletzt auch, dass Fälle „höherer Gewalt“ im Anreizsystem ansonsten gar nicht hätten geregelt werden müssen, da hier ein Verschulden der beteiligten Parteien grundsätzlich nicht vorliegen wird.

Gewichtige Umstände, die nach Auffassung der Rechtsprechung allein einen Verzicht auf das Verschuldensprinzip rechtfertigen könnten, liegen hier nicht vor. Zum einen setzt die Pönalisierung nicht verschuldeter und damit letztlich für die jeweilige Partei auf der Grundlage eines objektivierten Schuldmaßstabs auch nicht vernünftigerweise vermeidbarer Verspätungen bereits **keinen Anreiz für künftige Störungsvermeidungen**. Damit erscheint die Streichung des Verschuldensmaßstabs vor dem Hintergrund

von Sinn und Zweck des Anreizsystems nach Maßgabe von § 21 EIBV auch keineswegs als geboten.

Zum anderen wäre es der Antragsgegnerin unbenommen geblieben, dem jeweiligen Störungsverursacher vergleichbar mit den gesetzlich vorgesehenen Schadensersatzansprüchen der §§ 280 ff. BGB im Einzelfall die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die Verspätung **nicht schuldhaft** verursacht worden ist. Bei einer solchen zulässigen Ausgestaltung der Vertragsstrafe bestünde keinerlei Gefahr von substantiellen administrativen Mehraufwendungen, die der Antragsgegnerin für eine Prüfung des Verschuldens im Einzelfall entstehen könnten.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Zulässigkeit einer Vertragsstrafe grundsätzlich neben der Sicherstellung eines sachgerechten Verhältnisses zwischen der Bedeutung des Vertragsverstoßes und der Höhe der Strafe auch davon abhängig, dass **die Strafklauseln eine der Sache nach angemessene Obergrenze aufweisen** (vgl. Ulmer/Brandtner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 309 Nr. 6, Rdn. 15). Diese Grundsätze gelten namentlich durch die Rechtsprechung des BGH in Bauverträgen auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Das Anreizsystem sieht eine entsprechende Obergrenze der nach Saldierung zu zahlenden Vertragsstrafen allerdings an keiner Stelle vor. Weder besteht eine Obergrenze der Pönalen für die jeweils gebuchte einzelne Trasse noch im Hinblick auf die monatliche Gesamtsaldierung. Angesichts des bislang vergleichsweise geringen Satzes von 10 Cent pro Verspätungsminute wirkt sich eine fehlende Obergrenze für die meisten Eisenbahnverkehrsunternehmen zwar gegenwärtig noch nicht existenzbedrohend aus. Letzteres kann sich bereits dann ändern, wenn die maßgebliche „Zahlungseinheit“ für die Verspätungsminute in Zukunft heraufgesetzt werden sollte. Davon abgesehen ist es den Mitgliedsunternehmen des Antragstellers bereits zum jetzigen Zeitpunkt mangels entsprechender Obergrenzen nicht möglich, maximale Haftungsrisiken aus dem Anreizsystem zu übersehen und kalkulatorisch entsprechend zu berücksichtigen.

#### **bb. Erklärungsfiktionen im Rahmen des Beanstandungsverfahrens und des vorgeschalteten Antragsverfahrens auf Umkodierung**

Das vorgesehene Beanstandungsverfahren zur Korrektur fehlerhafter Zuordnungen schließt Einwendungen gegen die von der DB Netz AG vorgenommene Saldierung der Verspätungsminuten nach Ablauf einer Frist von einem Monat nach Mitteilung der Saldierung aus. Die Regelung führt also nach Fristablauf zu der Erklärungsfiktion eines Anerkenntnisses in Bezug auf das durch die Antragsgegnerin festgestellte Saldo.

Hinzu kommt eine **weitere Erklärungsfiktion** innerhalb des dem Beanstandungsverfahren vorgeschalteten Korrekturverfahrens. Nach der o.g. Informationsbroschüre der DB Netz AG („Das Anreizsystem der DB Netz AG“, **Anlage AS 9**) führt ein verspäteter oder versäumter Antrag dazu, dass das betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Einwendungen der falschen Ursachenkodierung in Bezug auf die jeweiligen Zugfahrten im nachfolgenden Beanstandungsverfahren **ausgeschlossen** ist. In der maßgeblichen Fassung der SNB bzw. der Konzernrichtlinie 420.9001 ist diese Rechtsfolge zwar nicht ausdrücklich vorgesehen (s.o.). Die Konzernrichtlinie verlangt allerdings ebenfalls eine „zeitnahe“ Bearbeitung (nach der Informationsbroschüre wird eine Frist von drei Tagen vorgegeben), ohne diesen Begriff näher zu spezifizieren. Im Gegensatz zu der Regelung für das Beanstandungsverfahren hat sich die Antragsgegnerin in ihren Bedingungswerken auch nicht dazu verpflichtet, die Netznutzer auf die Rechtsfolge eines unterlassenen bzw. verfristeten Antrags auf Umkodierung jeweils gesondert hinzuweisen.

§ 308 Nr. 5 BGB erklärt Bestimmungen, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben gilt, für unwirksam, sofern dem Vertragspartner keine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt worden ist und der Verwender sich nicht verpflichtet hat, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Die Rechtsprechung erkennt ein Schutzbedürfnis gegenüber Erklärungsfiktionen ausdrücklich auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr und entnimmt dem § 308 Nr. 5 BGB insofern eine Indizwirkung (BGH NJW 1998, 55). Vor diesem Hintergrund ist zumindest die im Rahmen des Korrekturverfahrens vorgesehene Erklärungsfiktion bereits aus dem im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berücksichtigenden Rechtsgedanken des § 308 Nr. 5 BGB heraus als unwirksam einzustufen.

#### **d. Beweislastregelung**

Nach den Regelungen der SNB obliegt den Nutzern innerhalb des Beanstandungsverfahrens die Beweislast für eine unzutreffende Zuordnung der Verantwortlichkeit. Dies widerspricht - zu Lasten der Mitgliedsunternehmen des Antragstellers - den gesetzlichen Bestimmungen zur Beweislastverteilung. Denn zumindest in den Fällen, in denen eine Saldierung zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ausgeht (dies ist in der gegenwärtigen Praxis nahezu ausnahmslos der Fall), handelt es sich bei dem negativen Saldobericht der Sache nach um die Geltendmachung eines Anspruchs der Antragsgegnerin auf Zahlung einer verwirkten Vertragsstrafe.. Für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs ist aber nach allgemeinen Grundsätzen der Anspruchsteller, in der hier geschilderten Fallkonstellation also die Antragsgegnerin, darlegungs- und beweisbelastet.

§ 309 Nr. 12 BGB verbietet Bestimmungen, durch die der Verwender die Beweislast zu seinen Gunsten abändert. Die Vorschrift ist zumindest nach herrschender Auffassung über § 307 BGB auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr beachtlich (Stoffels, AGB Recht, Rn. 1049; Palandt/Heinrichs, 66. Aufl., 2007, § 309, Rdn. 103), da sie eine grundlegende Ausprägung des Gerechtigkeitsgebotes widerspiegelt (Ulmer/Brandter/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 309 Nr. 12 BGB, Rdn. 25 f.). Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Beweislastumkehr solche Bereiche betrifft, die im Verantwortungsbereich des Verwenders zu verorten sind (BGH ZIP 2006, 235).

Letzteres ist im Rahmen des Beanstandungsverfahrens zwangsläufig der Fall, muss doch das jeweils betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen nach den Bestimmungen der SNB darlegen und beweisen, dass die angefallenen Verspätungsminuten nach den oben dargelegten Abgrenzungen der Sphäre des Nutzungsbetreibers bzw. einer „neutralen“ Ursache zuzuordnen sind.

Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin als Betreiberin des Netzes und des Anreizsystems sowie der Dokumentation der Verspätungsminuten durch ihre eigenen Fahrdienstleiter und Betriebsleitzentralen viel leichter als die Eisenbahnverkehrsunterneh-

men in der Lage ist, Darlegungs- und Beweislasten für Verspätungsverantwortlichkeiten zu genügen. Auch vor diesem Hintergrund verstößt die in den SNB geregelte Beweislastumkehr gegen §§ 309 Nr. 12 BGB in Verbindung mit § 307 BGB.

#### **e. Verstöße gegen das Transparenzgebot**

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene – und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksame – Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Dieses sog. „Transparenzgebot“ verlangt, dass Klauseln in AGB wirtschaftliche Nachteile und Belastungen erkennen lassen (BGH, NJW 2001, 2014; NJW 1999, 2279). Das gilt besonders etwa für die Abfassung von Preisklauseln (BGH, NJW 2003, 507; NJW 1999, 1865; BGHZ 136, 394). Ähnliche Überlegungen müssen für die hier streitgegenständlichen Bestimmungen hinsichtlich der Festlegung und der Berechnung von Vertragsstrafen gelten: Denn gerade durch die Entbehrlichkeit von Schadensnachweisen sowie den Verzicht auf das Verschuldenserfordernis ist die Vertragsstrafe bereits von vorneherein schwer kalkulierbar und für die Netznutzer daher besonders belastend.

Nach Auffassung des OLG Frankfurt (NJW-RR 1986, 895, 897) unterliegen die AGB von Monopolisten zudem einer verschärften Kontrolle. In dem Urteil heißt es bezüglich der marktbeherrschenden Stellung speziell der Deutschen Bahn AG: *„Sie erlaubt es ihr“, [die angegriffenen Bedingungen] „gegenüber wirtschaftlich schwächeren, aber von ihr abhängigen Unternehmen durchzusetzen. Diesen bleibt angesichts der marktbeherrschenden Stellung der Beklagten keine andere Wahl, als die [angegriffenen Bedingungen] zu akzeptieren [...] Ob darin ein Konditionen-Missbrauch i.S.d. § 22 IV Nr. 2 GWB liegt, kann dahinstehen. Denn zumindest bei der Inhaltskontrolle [...] nach § 9 AGB-Gesetz ist die Nachfragemacht der Beklagten zu berücksichtigen“.* Die Antragsgegnerin ist nach ständiger Rechtsprechung auch als marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen (vgl. nur zuletzt OLG Frankfurt, Urteil vom 10. Oktober 2006, 11 U 46/5 (Kart)). Die oben dargelegten Vorgaben des Transparenzgebots erfüllt das Anreizsystem aber weder bei den materiell-rechtlichen Tatbeständen noch bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des so genannten Korrektur- und Beanstandungsverfahrens.

#### **aa. Intransparenz bei der Festlegung der Verspätungsursachen**

Die für das Anreizsystem wesentliche Festlegung der Verspätungsursachen wird durch die Bedingungswerke der Antragsgegnerin nur unzureichend vorgenommen. Insbesondere fehlt es an einer hinreichend bestimmten Umschreibung der insgesamt rund 99 möglichen Verspätungsursachen, auf die Verspätungsminuten nach den Vorgaben des Anreizsystems kodiert werden können. Lediglich die Konzernrichtlinie 420.9001 nimmt eine nähere Begriffsbestimmung vor. Auch hier bleiben Definitionen aber teilweise unklar oder doch zumindest unvollständig. Hinzu kommt, dass die in der Richtlinie 420.9001 genannten Verspätungsursachen in den ganz überwiegenden Fällen ausschließlich durch einige wenige beispielhaft („z.B.:“) aufgeführte Anwendungsfälle umschrieben werden. Dagegen fehlt es vollständig an einer abstrakten Definition der jeweiligen Verspätungsursache, die für die Netznutzer Rückschlüsse auf den eigentlichen Anwendungsbereich der jeweiligen Kategorie zulassen würden.

So ist die Verspätungsursache „Zugfolge“ etwa lediglich durch die vier beispielhaft aufgeführten Ursachen „besetzte Gleise“, „Überholung“, „Kreuzung“ und „Fahrstraßenauschluss“ definiert. Unter die Verspätungsursache „Eingeschränkte Fahrwegverfügbarkeit“ subsumiert die Antragsgegnerin wiederum (beispielhaft) so unterschiedliche Ursachen wie „Streckenbeobachtung/-untersuchung wegen Verdacht auf Fahrbahnschaden ohne Befund“ und „Bombenentschärfung mit Auswirkungen auf die Infrastruktur Netz“.

Im Ergebnis eröffnet sich die Antragsgegnerin damit ein weites Ermessen bei der Zuschlüsselung der Verspätungsminuten auf die einzelnen vorgegebenen Verspätungsursachen. Mangels klarer Umschreibung sind die Grenzen der festgelegten Verspätungsursachen fließend und erlauben der Antragsgegnerin bei der Zuordnung einen weiten Spielraum. Für die Mitgliedsunternehmen des Antragstellers bleibt dagegen in vielen Fällen unklar, welche Ursachen überhaupt in ihren Verantwortungsbereich fallen oder aber neutralen bzw. solchen Ursachen zugeordnet werden müssen, für die nach den Vorgaben des Anreizsystems der Netzbetreiber verantwortlich sein soll.

### **bb. Intransparenz der verfahrensrechtlichen Bestimmungen**

Intransparent sind darüber hinaus auch die verfahrensrechtlichen Anforderungen des Anreizsystems an die Eisenbahnverkehrsunternehmen. Nach Vorgabe der Konzernrichtlinie müssen die Eisenbahnverkehrsunternehmen „zeitnah und unter Verwendung des Vordrucks "420.0107V02" einen Antrag auf Änderung der Kodierung an die BZ stellen“. Nähere Angaben macht die Konzernrichtlinie nicht. Die SNB erwähnen das vorgeschaltete Antragsverfahren auf Umkodierung nur in einem einzigen Satz mit Verweis auf die Richtlinie; die Verbindlichkeit dieses Verfahrens und Rechtsfolgen einer unterlassenen Durchführung bleiben unklar. Lediglich der Informationsbroschüre der DB Netz AG über das Anreizsystem (vg. **Anlage AS 9**), die bereits nicht Vertragsbestandteil der Nutzungsverträge mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen ist, lassen sich nähere Details zum Ablauf, zu genaueren zeitlichen Vorgaben und Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der verfahrensrechtlichen Anforderungen des Anreizsystems entnehmen. Dies genügt den Anforderungen des Transparenzgebots nicht. Insbesondere kann von den Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht erwartet werden, verfahrensrechtliche Anforderungen (mit erheblichen Rechtsnachteilen im Fall ihrer Verletzung) aus mehreren (teils nicht verbindlichen) Regelungswerken zu extrahieren, um den Gesamtablauf des Verfahrens zu ermitteln.

### **f. Gesamtnichtigkeit des Anreizsystems**

Vor dem Hintergrund des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion kommt im vorliegenden Fall nur die Unwirksamkeit des gesamten Anreizsystems in Betracht. Zwar könnten einzelne beanstandete verfahrensrechtliche Bestandteile (etwa die Regelung zur Beweislast und die vorgesehenen Erklärungsfiktionen) aus dem Gesamtsystem entfernt werden, ohne dass ein unvollständiger „Rest“ des Systems verbleibt. Letzteres gilt aber insbesondere nicht für die unangemessene Benachteiligung der Netznutzer durch fehlerhafte Zuordnung der maßgeblichen Verantwortungsbereiche sowie der Ausklammerung entscheidender Verspätungsursachen aus dem Verantwortungsbereich der Antragsgegnerin.

## **2. Verfügungsgrund**

Die Dringlichkeit wird von Gesetzes wegen vermutet (§ 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 2

UWG). Vorliegend ist diese Vermutung auch nicht durch Zeitablauf widerlegt.

Zum einen wird bei klagebefugten Interessenverbänden grundsätzlich keine Widerlegung der Dringlichkeit durch Zeitablauf angenommen bzw. eine deutlich großzügigere Zeit zugestanden als Individualklägern, weil hier die Rechtsverfolgung auch im öffentlichen Interesse liegt (Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 5 UKlaG, Rdn. 10).

Zum anderen war für den Antragsteller aber auch aus triftigen Gründen ein gewisses Zuwarten geboten: Seit der erstmaligen Einführung des hier streitgegenständlichen Anreizsystems Mitte Dezember 2006 mussten die Mitglieder des Antragstellers zunächst Erfahrungen mit diesem neuartigem Instrument in der Praxis sammeln, um seine Auswirkungen beurteilen zu können. Darüber hinaus hatte der Antragsteller sinnvoller Weise den Ausgang des Rechtsstreits vor dem OVG NRW (Beschluss: 26. März 2007) und die Reaktion auf die Anhörung der Bundesnetzagentur (4. April 2007) abzuwarten. Hätte das OVG NRW entschieden, die eisenbahnrechtlichen Beanstandungen der Bundesnetzagentur seien durchgreifend, hätte die Antragsgegnerin das Anreizsystem wohl für die laufende Netzfahrplanperiode ausgesetzt, so dass sich der vorliegende Antrag nach dem UKlaG erledigt hätte. Das Gleiche hätte für den Fall gegolten, dass die Bundesnetzagentur nach Durchführung der Anhörung am 4. April 2007 kurzfristig die Aussetzung des Anreizsystems verfügt hätte. Welche Reaktionen die Bundesnetzagentur auf die Anhörung zeitigen würde, ließ sich jedoch nicht vor Ende Mai 2007 erkennen. Zu diesem Zeitpunkt waren die Kapazitäten des Antragstellers stark in die Begleitung des Gesetzgebungsprozesses bezüglich des Börsengangs der Deutschen Bahn eingebunden; der Antragsgegner verfolgt dabei dezidierte Interessen, die es gilt, in einem schmalen Zeitfenster politisch einzubringen. Nicht zuletzt ist zu beachten, dass mit dem vorliegenden Antrag ein atypischer Fall mit einem komplexen zugrunde liegenden Sachverhalt verfolgt wird, dessen Aufbereitung mehr Zeit in Anspruch nimmt als übliche Anträge nach UKlaG.

Darüber hinaus besteht Dringlichkeit aber auch unabhängig von der bestehenden

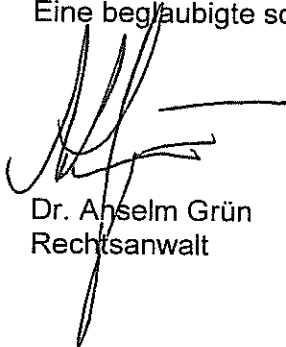
Vermutung: Die Antragsgegnerin übersendet den Eisenbahnverkehrsunternehmen Tag für Tag die Verwendungsnachweise, Monat für Monat gehen die Saldenmitteilungen ein. Der Umgang mit dem Anreizsystem bedeutet für die Eisenbahnverkehrsunternehmen eine erhebliche administrative Belastung, insbesondere weil sie aufgrund der Richtigkeitsfiktion bei nicht rechtzeitigem Korrektur- und Beanstandungsverfahren zumindest zu Plausibilitätsprüfungen und Stichproben gehalten sind. Zudem sind sie jeden Monat aufs neue Ansprüchen auf Ausgleich des für sie meist negativen Saldos ausgesetzt. Angesichts des Umstandes, dass die Rechtmäßigkeit des Anreizsystems zweifelhaft, jedenfalls aber ungeklärt ist (so ist, wie dargelegt, derzeit ein Verwaltungsstreitverfahren diesbezüglich vor dem VG Köln anhängig) ist es den Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht zumutbar, diese Belastungen bis zur endgültigen Klärung zu tragen. Vor diesem Hintergrund ist auch eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung geboten.

### **C. Hinweis / zweifache Ausfertigung**

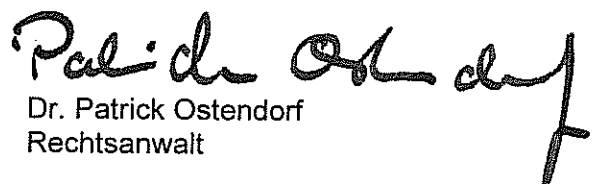
Sollte das Gericht weiteren Tatsachenvortrag und/oder Beweisantritte für sachdienlich erachten, bitten wir höflich um einen entsprechenden Hinweis gemäß § 139 ZPO.

Wir bitten um die Erteilung einer zweifachen Ausfertigung des Beschlusses zum Zwecke der Vollziehungsandrohung.

Eine beglaubigte sowie eine einfache Abschrift dieses Schriftsatzes fügen wir bei.



Dr. Anselm Grün  
Rechtsanwalt



Dr. Patrick Ostendorf  
Rechtsanwalt