

■ Düsseldorf

Dr. Robert Orth
Dr. Peter Kluth
Dr. Guido Matthey¹
Dr. Gary Kluft²
Dr. Marc Henze
Dr. Julius Böckmann
Dr. Philipp Mels
Dr. Ulla Kelp¹, LL.M.
Boris Körner
Dr. Lars Karsten
Dr. Reinhard Fischer
Sonja Ruland, LL.M.
Dr. Frank Wältermann
Dr. Sebastian Maib¹
Benedikt Graf von der Goltz, LL.M.
Dr. Christian Meyer
Dominique Faßbender
Dr. Kai-Michael König

Christiane Krauskopf
Javier Davila-Cano
Dafni Nikolakudi
Carolin Bergermann
Timo Nossek
Dr. Elisabeth Sauthoff
Dr. Karl-Heinz Mücher

■ Berlin

Dr. Anselm Grün
Dr. Patrick Ostendorf, LL.M.
Dr. Nils Neumann, LL.M.
Dr. Bastian Mehle

¹ zugleich Fachanwalt für Arbeitsrecht
² zugleich Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

Orth Kluth Rechtsanwälte • Am Weidendamm 1 A • 10117 Berlin

Bundesnetzagentur
Zu Hd. Herrn Jan Kirchhartz
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Per e-Mail: jan.kirchhartz@bnetza.de

Dr. Bastian Mehle
Tel.: +49 (0)30 590099-613
Fax.: +49 (0)30 590099-623
E-Mail: anselm.gruen@orthkluth.com

Berlin, den 19. Dezember 2008
Az. 00131-07/meh/hga

Minderung der Trassenentgelte nach § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV Ihr Zeichen: 10.050 – F – 08 – 611

Sehr geehrter Herr Kirchhartz,

namens und in Vollmacht des Netzwerk Privatbahnen e.V. regen wir an,

gemäß § 14f Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 AEG der DB Netz AG aufzugeben, die Schienennetz-Benutzungsbedingungen („**SNB**“) gemäß den Voraussetzungen der gesetzlichen Vorschriften zur Minderung neu zu gestalten und damit Minderungen zu gewähren

- bei jeglicher Abweichung vom vertraglich geschuldeten Zustand der Infrastruktur,
- unabhängig von einer schuldhaften Verursachung durch die DB Netz AG und
- unabhängig von einer Ausübung des Minderungsrechts durch den Vertragspartner.

I. Zusammenfassung

■ Grafenberger Allee 125
40237 Düsseldorf

Telefon +49. (0)211. 600 35-0
Telefax +49. (0)211. 600 35-150
www.orthkluth.com
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
info@orthkluth.com

■ Deutsche Bank Düsseldorf
Konto 649 112 000
BLZ 300 700 10

USt.-ID-Nr.: DE 196001274
IBAN: DE18 3007 0010 0649 1120 00
BIC (SWIFT-CODE): DEUTDE33XXX

■ Commerzbank Düsseldorf
Konto 461 060 600
BLZ 300 400 00

USt.-ID-Nr.: DE 196001274
IBAN: DE93 3004 0000 0461 0606 00
BIC (SWIFT-CODE): COBADE33XXX

Die Ausgestaltung des Minderungsrechts in den SNB ist gesetzeswidrig.

Das Minderungsrecht in den SNB erfasst insbesondere folgende, relevante Fälle nicht:

- Verspätungen durch Mängel der Infrastruktur, die nicht in den definierten Infrastrukturmerkmalen enthalten sind. Dazu gehören insbesondere Langsamfahrstellen oder komplette Streckensperrungen aufgrund von Baustellen.
- Jede Art von Infrastrukturmängeln (auch in Bezug auf die definierten Infrastrukturmerkmale), die bereits bei Fahrplanerstellung bekannt und daher bei Bemessung der Gesamtfahrzeit berücksichtigt sind. Dies betrifft insbesondere die Sondertrassen, da diese relativ kurzfristig gebucht werden und die DB Netz AG daher in der Regel weiß, welche Mängel auf der Strecke vorhanden sind und dies im Fahrplan bei der ausgewiesenen Fahrzeit berücksichtigt.

Diesen unbefriedigenden Zustand gibt auch der Bericht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung zur Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung vom 17. Oktober 2008 wieder und stellt der Bundesnetzagentur anheim, diese Situation gemäß § 14f AEG zu prüfen und ggf. zu korrigieren (vgl. BT-Drucks. 738/08 vom 22. Oktober 2008, dort auf S. 11 ff. und S. 20).

II. Rechtswidrigkeit der Minderungsvorschriften in den SNB im Einzelnen

Nachfolgend führen wir aus, in welchem Umfang ein weitergehendes Minderungsrecht Gegenstand geänderter SNB sein sollte.

1. Minderungstatbestand

a. Erste Voraussetzung: Infrastrukturelle Defizite

Eine Minderung findet gemäß § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV statt bei nicht vertragsgemäßem Zustand

- des Schienenweges,
- der zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme,
- der zugehörigen Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom.

Erste Voraussetzung eines Minderungsrechts ist damit eine Fehl- bzw. Nichtfunktion in Bezug auf eine oder mehrere der benannten Infrastrukturbestandteile.

b. Zweite Voraussetzung: Abweichen vom vertragsgemäßen Zustand

Das Gesetz erklärt eine Fehl- oder Nichtfunktion der benannten Infrastruktur nur dann für minderungsrelevant, wenn sie von dem „vertragsgemäßen Zustand“ abweicht.

Die DB Netz AG fixiert unmittelbar keinen bestimmten Netzzustand, sondern verweist in dem von ihr entwickelten Minderungssystem auf diejenigen Infrastrukturmerkmale als die vertraglich geschuldeten, die sie in Kapitel 6 SNB im Einzelnen definiert. Problematisch ist daran jedoch nicht nur, dass sie damit wesentliche Merkmale der Infrastruktur aus dem Minderungssystem ausnimmt, sondern auch, dass die dort benannten Infrastrukturmerkmale überhaupt keine Entsprechung in den Entgelten gefunden haben. Der Preis einer Strecke, die etwa elektrifiziert ist, fällt nach dem Trassenpreissystem (TPS) nicht höher aus als der einer nicht-elektrifizierten Strecke. Dies führt zu dem Schluss, dass Infrastrukturmerkmale, die nach dem TPS keine direkte Entgeltrelevanz aufweisen, schwerlich alleinige Grundlage der Minderung sein können; genau dies sehen die SNB in ihrer geltenden Fassung jedoch vor.

Der vertragsgemäße Zustand ist also umfangreicher zu verstehen und vielmehr wie folgt zu bestimmen:

Zum vertragsgemäßen Zustand der Infrastruktur gehört mindestens die Nutzbarkeit im Rahmen des gesetzlichen Pflichtleistungspakets (vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 AEG, § 3 EIBV i.V.m. Anlage 1), also insbesondere die Möglichkeit, auf der Strecke zu zumutbaren Bedingungen fahren zu können. Ist diese Möglichkeit nicht gegeben, etwa aufgrund von Baumaßnahmen oder weil sonstige Gründe, z.B. witterungsbedingte Ursachen oder

Eingriffe Dritter den Bahnverkehr stören und die Sicherheit beeinträchtigen, muss die Minderung eingreifen.

Zum vertragsgemäßen Zustand gehört ferner die Nutzbarkeit der Strecke entsprechend der von der DB Netz AG festgelegten Streckenkategorien, orientiert sich doch auch das Entgelt an den damit verbundenen Leistungsmerkmalen. Soweit also ein Schienenwegabschnitt nicht in dem entsprechend der Kategorie definierten Umfang (insbesondere in Bezug auf die Fahrgeschwindigkeit) nutzbar ist, greift die Minderung ein.

Dass die zeitliche Dimension Teil des vertragsgemäßen Zustandes ist, ergibt sich ferner aus weiteren Regelungen der EIBV. So bezeichnet der Begriff

- "Zugtrasse" denjenigen Anteil der Schienenwegkapazität eines Betreibers der Schienenwege, der erforderlich ist, damit ein Zug zu einer bestimmten Zeit zwischen zwei Orten verkehren kann (§ 2 Ziff. 1 EIBV);
- "Schienenwegkapazität" die Möglichkeit, für einen Teil des Schienenweges für einen bestimmten Zeitraum Zugtrassen einzuplanen (§ 2 Ziff. 2 EIBV);
- "überlastete Schienenwege" einen Schienenwegabschnitt, auf dem der Nachfrage nach Zugtrassen auch nach Koordinierung der verschiedenen Anträge auf Zuweisung von Zugtrassen während bestimmter Zeitabschnitte nicht in angemessenem Umfang entsprochen werden kann (§ 2 Ziff. 5 EIBV).

Danach ist die infrastrukturelle Leistungsfähigkeit, die nach dem TPS über die „Streckenkategorien“ unmittelbar entgeltrelevant ist, „vertragsgemäßer Zustand“ der Infrastruktur. Dafür spricht auch die nachstehende Überlegung. Entscheidender Parameter bei der Frage nach möglichen Nutzungsbeeinträchtigungen der Infrastruktur ist für die Eisenbahnverkehrsunternehmen („**EVU**“) das Merkmal der *zeitlichen Dimension*. Sieht man von möglichen Gefährdungen der Sicherheit einmal ab, wird eine mangelhafte Infrastruktur im Schienenverkehr für die EVU in aller Regel erst dann relevant, wenn sie zu Verzögerungen der Transportdauer führt. Als Maßstab für die Bemessung einer Verzögerung kann jedoch nicht allein der Fahrplan für die jeweilige

Fahrt dienen: Infrastrukturmängel, die eine Fahrt zu normalen Geschwindigkeiten unmöglich machen (Stichwort: Langsamfahrstellen), sind vielfach bereits bei der Bemessung der Fahrplanzeit berücksichtigt. Als Maßstab für die Bemessung einer Verzögerung haben vielmehr die von der DB Netz AG definierten „Vmax“-Bereiche der jeweiligen Streckenkategorien zu gelten. Der „Vmax“-Bereich der jeweiligen Streckenkategorie gemäß dem TPS gibt an, innerhalb welcher Bandbreite Höchstgeschwindigkeiten auf der jeweiligen Strecke erreichbar sind. Bei den Streckenkategorien handelt es sich bekanntlich um die von der DB Netz AG vorgenommene Einteilung der Strecken in bestimmte Qualitätsstufen, die sich neben infrastrukturellen Ausrüstungsmerkmalen insbesondere in Bezug auf die erreichbare Durchschnittsgeschwindigkeit definieren. Je nach Güte der einzelnen Streckenkategorien sind vom Nutzer differierende Trassenentgelte zu zahlen. Über die Einbindung in das TPS werden die Streckenkategorien zum Bestandteil des Infrastrukturnutzungsvertrages, so dass der gesetzliche Maßstab des „vertraglich geschuldeten Zustandes“ der Infrastruktur (§ 21 Abs. 6 S. 2 EIBV) gewahrt ist. Daraus folgt, dass ein Zurückbleiben hinter der vertraglich geschuldeten Leistung dann gegeben ist, wenn auf der jeweiligen Strecke die tatsächlich mögliche Durchschnittsgeschwindigkeit geringer ist als der untere Wert des „Vmax“-Bereichs.

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten außerhalb des Einflussbereichs der DB Netz AG liegen oder nicht. Denn die Minderung des § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV hängt nicht von einem Verschulden oder einer Sphärenzuordnung ab. Dies entspricht den Grundätzen der Minderung, wie sie aus dem Mietrecht bekannt sind: Auch hier greift die Minderung unabhängig von einer Verantwortlichkeit des Vermieters ein (vgl. § 536 BGB).

Ferner bedarf es nach den gesetzlichen Vorschriften keiner Geltendmachung des Minderungsverlangens durch die EVU. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV; danach sind die Entgelte zu mindern. Ein Vergleich zum Mietrecht stützt diese Sichtweise. Auch dort tritt die Minderung kraft Gesetzes ein; der Mieter muss sich gerade nicht auf die Minderung berufen (allgemeine Meinung, vgl. Palandt, 67. Auflage [2008], § 536 BGB Rn. 1, 33).

Auf die Grundsätze der mietrechtlichen Minderung kann für den Trassennutzungsvertrag zurückgegriffen werden, weil erhebliche Parallelen zum Mietrecht bestehen; insbesondere liegt das Schwergewicht der vertraglichen Leistung der DB Netz AG in der Nutzungsüberlassung (vgl. Eisenbahn-Bundesamt, Bescheid vom 23. Dezember 2005, Az.: 15 Nz 050-05, S. 35; ferner: Landgericht Berlin, Urteil vom 21. August 2008, Az.: 91 O 95/06, IR 2008, 235 [unter I. 2 a]).

2. Minderungshöhe

Unzulässig ist es, dass die Minderung der SNB stets bis zu 10% hinter der tatsächlich verminderten Tauglichkeit zurückbleibt. Nach den einschlägigen Vorschriften des Mietrechts (vgl. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB) verringert sich der geschuldete Mietzins bei Sach- und Rechtsmängeln entsprechend der tatsächlich verminderten Tauglichkeit (vgl. Palandt, 67. Auflage [2008], § 536 BGB Rn. 33). Lediglich eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht, § 536 Abs. 1 S. 3 BGB.

Der Streckenpreis ist in dem Umfang zu mindern, in dem die tatsächliche Durchschnittsgeschwindigkeit hinter der Soll-Geschwindigkeit entsprechend dem „Vmax“-Bereich der jeweiligen Streckenkategorie zurückbleibt. Allerdings ist zu beachten, dass die Bandbreite der „Vmax“-Geschwindigkeiten bei den Streckenkategorien nach dem TPS lediglich für den „überwiegenden“ Teil der Strecke gilt. Wie dieser Begriff zu quantifizieren ist, lässt das TPS offen. Danach ist es angemessen, eine Toleranzgrenze anzusetzen. Die durch das Merkmal „überwiegend“ zugestandenen Toleranzen würden so ausreichend erfasst. Dabei ist die in den SNB bereits vorhandene Minderungsstaffel (wonach der Minderungsbetrag jeweils um 10% hinter dem Überschreiten der planmäßigen Fahrdauer zurückbleiben würde) jedoch keinesfalls zwingend. Gesetzliche Vorgaben sprechen insofern für eine geringere Toleranzmarge; diese wäre insoweit anzupassen, als dass eine unerhebliche Nutzungsbeeinträchtigung keine Reduzierung des Entgelts auslöst (vgl. § 536 Abs. 1 S. 3 BGB).

Angesichts der unzureichenden Umsetzung des gesetzlich verankerten Minderungsrechts nach § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV erweisen sich die Minderungsvorschriften der DB Netz AG als gesetzeswidrig.

Der DB Netz AG sollte daher nach § 14f Abs. 1 S. 2 Ziff. 1 AEG aufgegeben werden, die Minderungsvorschriften in den SNB gemäß den obigen Ausführungen anzupassen.

Gerne stehen wir Ihnen bei weiteren Fragen in diesem Zusammenhang zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Bastian Mehle".

Dr. Bastian Mehle
Rechtsanwalt