

11 U 46/05 (Kart)
3/8 O 16/05
LG Frankfurt am Main

Abschrift

Verkündet laut Protokoll
am 10.10.2006
Mikschy, Justizangesestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

DB Netz AG, vertr. d. d. Vorstand Roland Heinisch, Dagmar Haase, Klaus Jun-
ker, Wolfgang Scherz, Karl-Heinz Stroh, Dr. Matthias Zieschang, Theodor-
Heuss-Allee 7, 60486 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter:

[REDACTED]

g e g e n

[REDACTED]

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. Brauner,
Viktoriastraße 29, 44787 Bochum -

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht **Hucke** sowie die Richter am Oberlandesgericht **Dr. Weber** und **Dr. Scharf** aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. August 2006 für **R e c h t** erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 21.09.2005 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt/M. – 8. Kammer für Handelssachen (Az.: 3/8 O 16/05) – wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist ein nach § 6 AEG zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen, das sich im Bereich des Schienengüterverkehrs auf nationaler und europäischer Ebene betätigt.

Die Beklagte unterhält nahezu das gesamte Eisenbahnschienennetz in der Bundesrepublik Deutschland.

Auf der Grundlage eines zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages vom 24.07./02.08.1995 (Bl. 53 – 60 d.A.) nutzte die Klägerin verschiedene der Beklagten gehörende Infrastruktureinrichtungen, wobei in § 4 dieser Vereinbarung vorgesehen ist, dass das Entgelt für die zu erbringenden Leistungen für jeden Bestellvorgang gesondert ermittelt werde und sich aus der jeweils gültigen Netzpreisliste ergebe. Im Zeitraum von Januar 2000 – März 2001 bestellte die Klägerin auf dem Formular „Trassen-Bestellung“ jeweils verschiedene Trassen bei der Beklagten zur Nutzung mit ihren Güterzügen. Darin sind verschiedene Angaben zur maximalen Bruttolast in Tonnen, maximalen Geschwindigkeit, Länge des Zuges und zu den Fahrzeugtypen enthalten. Daraufhin berechnete die Beklagte für die Nutzung der jeweiligen Trassen ein Entgelt nach dem sog. **Trassenpreissystem 98** (nachfolgend: **TPS 98**).

Hinsichtlich der verschiedenen Entgeltmodelle, die dieses System umfaßte, wird auf die Beschreibung im unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils (S. 3 und 4, Bl. 295 - 297 d.A.) Bezug genommen.

Die Beklagte stellte der Klägerin für die Nutzung der Trassen in der erwähnten Zeit auf der Grundlage des **TPS 98** insgesamt einen Betrag in Höhe von [REDACTED] € netto in Rechnung. Die Klägerin zahlte einschließlich der Mehrwertsteuer [REDACTED] DM.

Mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 24.12.2004 forderte die Klägerin die Rückzahlung eines Betrag von [REDACTED] € und in einem weiteren Schreiben

vom 27.12.2004 die Rückzahlung eines zusätzlichen Betrages von [REDACTED] €, jeweils bis zum 29.12.2004.

Zur Begründung hat die Klägerin vorgetragen, das **TPS 98** sei wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot und das Missbrauchsverbot nach § 134 BGB nichtig mit der Folge, dass sie das vereinbarte Entgelt ohne rechtlichen Grund gezahlt habe. Ihr stehe deshalb ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch zu, wobei sie berechtigterweise eine Berechnung auf der Grundlage des **TPS 01** vorgenommen habe. Danach schulde sie aber einen Betrag von lediglich [REDACTED] DM netto.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie [REDACTED] € nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.12.2004 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, kartellrechtliche Bestimmungen seien nicht anzuwenden, weil sie auf keinem dem Netzbetrieb nachgelagerten Markt tätig sei und die Klägerin umgekehrt nicht auf dem Markt, auf dem sie tätig sei. Im Übrigen sei die Berechtigung der Klageforderung nicht nachvollziehbar, insbesondere sei eine Berechnung des Entgeltes auf der Grundlage des **TPS 01** nicht möglich. Letztlich existiere ein freier Markt für Schienengüterverkehrsleistungen nicht und im Übrigen stehe auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ein gewisser Ermessensspielraum bei der Preisgestaltung zu, insbesondere sei sie berechtigt, auf unterschiedliche Nachfragestrukturen differenziert zu reagieren.

Selbst wenn das **TPS 98** tatsächlich als kartellrechtswidrig angesehen werde, könne das zu zahlende Entgelt nicht aus dem **TPS 01** entnommen werden, weil dies damals noch nicht in Kraft getreten gewesen sei. Vielmehr müsse das Entgelt dann auf der Grundlage des **TPS 94** berechnet werden, wobei dies allerdings zu einem höheren als dem gezahlten Entgelt führen würde.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 21.09.2005 der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf Bl. 293 – 314 Bezug genommen.

Gegen dieses ihr am 23.09.2005 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 18.10.2005 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 23.12.2005 am 22.12.2005 begründet.

Sie macht weiterhin geltend, eine Gleichartigkeit mit der DB Cargo AG, nunmehr Railion AG, sei nicht gegeben. Dieses Unternehmen erwerbe außerdem ein Vielfaches mehr an Trassen, so dass es mit der Klägerin nicht vergleichbar sei, zumal die DB Cargo AG eine Vielzahl von Fahrtrassen in Anspruch genommen habe, die Klägerin dagegen nur Einzeltrassen, so dass dadurch ganz andere Anforderungen an sie – die Beklagte – gestellt worden seien.

Im Übrigen habe das Landgericht zu Unrecht einen allgemeinen Behinderungstatbestand zugrunde gelegt und dabei keine konkrete Betrachtung der betroffenen Märkte vorgenommen. Es habe nicht festgestellt, ob eine Beeinträchtigung konkreter Wettbewerbschancen tatsächlich vorliege, sondern habe lediglich eine Behinderung durch das **TPS 98** abstrakt angenommen. Dabei sei die Vorschrift des § 7 Abs. 3 EIBV nicht allein maßgebend. Vielmehr seien der sog. InfraCard -Tarif und der Vario-Tarif zwei unterschiedliche Tarifsysteme für entsprechend unterschiedliche Bedürfnisse. Eine derartige Preisgestaltung könne ihr – der Beklagten – nicht verwehrt werden. Außerdem enthalte § 7 Abs. 2 Nr. 1 EIBV a.F. keinen Entgeltnachlass und das Landgericht habe die notwendige Abgrenzung von Zu- und Abschlägen gegenüber Entgeltnachlässen vollständig unterlassen. Die Voraussetzungen der genannten Vorschrift lägen aber gerade nicht vor. Außerdem habe das Landgericht keine Interessenabwägung nach allgemeinen kartellrechtlichen Maßstäben vorgenommen, wobei auch § 6 EIBV zu berücksichtigen gewesen sei; der Abschläge für unterschiedliche Auslastungen gerade ermögliche.

Weiter sei in der erstinstanzlichen Entscheidung auch die Darlegungs- und Beweislast verkannt worden, weil sich die Klägerin lediglich auf die Entscheidung im sog. RSE - Verfahren des Oberlandesgerichts Düsseldorf und auf ein Diagramm stütze, das die Degressivität des InfraCard -Tarifs darstellen solle.

Letztlich sei auch die Höhe des eingeklagten Betrages nicht ausreichend nachvollziehbar. Das Landgericht schätze den Wert der Nutzungen nach dem später in Kraft getretenen **TPS 01**, das aber lediglich 60 % des vereinbarten Preises enthalte. Zum damaligen Zeitpunkt sei nur wegen vorgenommener Rationalisierungsmaßnahmen eine Ermäßigung für die Trassennutzung möglich gewesen. Dies könne jedoch der Klägerin nicht zugute kommen. Da inzwischen auch das OVG Münster festgestellt habe, dass die §§ 5 ff. EIBV a.F. nur punktuelle Fragen regelten, im Übrigen aber die Vertragsfreiheit zu beachten sei, und die Klägerin auch letztlich nichts zum relevanten Markt vorgetragen habe, könne die Klage insgesamt nicht als begründet angesehen werden.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt/M. vom 21.09.2005 (Az.: 3/8 O 16/05) die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und weist nochmals darauf hin, dass bisher sämtliche Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf sowie zahlreicher Landgerichte (Berlin, Duisburg, Düsseldorf und München), die zum **TPS 98** ergangen seien, dessen Kartellrechtswidrigkeit festgestellt hätten. Im Übrigen verstoße die Preisregelung ohnehin auch gegen § 14 AEG i.V.m. § 7 Abs. 3 EIBV a.F. Die Gleichartigkeit, die das Landgericht zu Recht angenommen habe, folge auch aus den Wertungen der EIBV, nämlich den Vorschriften der §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 und 8. Für die kartellrechtliche Beurteilung seien eisenbahnspezifische Regelungen sehr wohl einzubeziehen, wobei gerade die Entgeltbemessung für die Trassennutzung für die diskriminierungsfreie Netznutzung wesentlich sei. Die vom Landgericht vorgenommene Interessenabwägung sei dabei ohne weiteres zutreffend, wobei § 6 Abs. 2 Nr. 6 EIBV lediglich die Auslastung einzelner Strecken als Abschlag berücksichtige, während der InfraCard -Tarif gerade nicht auf einzelne Strecken abstelle. Er wirke vielmehr wie ein streckenbezogener Nachlass.

Da außerdem konkrete Beeinträchtigungen ausreichend vorgetragen worden seien, das **TPS 01** ohne weiteres der Interessenlage der Parteien entspreche, die Beklagte nach den eisenbahnrechtlichen Vorschriften verpflichtet sei, allen Netznutzern gegenüber gleichmäßige Preise zu berechnen, sich das OVG Münster in der herangezogenen Entscheidung lediglich mit Leistungsverweigerungsrechten beschäftigt habe und selbst davon ausgehe, dass der Vertragsfreiheit Grenzen gesetzt seien, könne die Berufung der Beklagten insgesamt keinen Erfolg haben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster und zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst allen Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden.

In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Das Landgericht hat der Zahlungsklage mit Recht in Höhe des begehrten Betrages von ████████ € stattgegeben. Denn die Klägerin hat diesen Betrag zu Unrecht an die Beklagte gezahlt und deren Forderung erweist sich insoweit als ungerechtfertigt, als die Vergütungsregelung des **TPS 98**, die von der Beklagten zur Grundlage des Vertrages mit der Klägerin gemacht worden ist – gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB und darüber hinaus das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB nichtig ist.

Bei dieser Beurteilung folgt der Senat den Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf in der Entscheidung vom 19.03.2003 („RSE“), die nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Bundesgerichtshof rechtskräftig geworden ist. Die vorliegende Fallgestaltung ist mit dem Sachverhalt, über den das Oberlandesgericht Düsseldorf zu befinden hatte, unmittelbar vergleichbar.

Danach sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 GWB auch im Streitfall erkennbar erfüllt. Die Vergütungsabrede der Parteien, der das **TPS 98** zugrunde liegt, diskriminiert die Klägerin in kartellrechtlich unzulässiger Weise, weil ihr die Beklagte ein deutlich höheres Nutzungsentgelt pro Zugkilometer abverlangt, als die DB Cargo AG, jetzt Railion AG, für diese Leistung zu zahlen hatte und hat.

Als relevanter Markt ist dabei in räumlicher Hinsicht das Bundesgebiet und in sachlicher Hinsicht der Markt der Nutzungsüberlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen zur Durchführung von Eisenbahnverkehren zugrunde zu legen, auf dem sich Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Anbieter und Eisenbahnverkehrsunternehmen als Nachfrager gegenüberstehen. Die Beklagte kann dabei sowohl auf dem Gesamtmarkt für Eisenbahnverkehr als auch insbesondere für den Teilmarkt Güterverkehr als marktbeherrschend i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB angesehen werden. Die Beklagte verfügt über nahezu 100 % des bundesdeutschen Eisenbahnschienennetzes und ist damit letztlich keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt. Mit der Einführung und Zugrundelegung des **TPS 98** bei der Nutzungsentgeltberechnung behinderte sie die Klägerin in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr.

Unternehmen sind als gleichartig anzusehen, wenn sie in dem jeweiligen Geschäftsverkehr eine im Wesentlichen gleiche unternehmerische Tätigkeit und wirtschaftliche Funktion ausüben. Maßgebend kommt es dabei auf das Verhältnis der zu vergleichenden Unternehmen zur Marktgegenseite des Geschäftsverkehrs an. Im Rahmen der gebotenen, nur verhältnismäßig groben Sichtung reicht für die Gleichartigkeit regelmäßig die Ausübung der für eine bestimmte Wirtschaftsstufe (Produktion, Großhandel, Einzelhandel) typischen unternehmerischen Tätigkeit und wirtschaftlichen Funktion im Hinblick auf eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen aus. Auf die sonstigen Modalitäten, wie beispielsweise die Rechtsform des Unternehmens, ihre Absatzstruktur und Abnahmeleistung oder die Unternehmensgröße, kommt es dagegen grundsätzlich nicht maßgeblich an. Ebenso wenig ist von ausschlaggebender Bedeutung, ob die Unternehmen in dem maßgeblichen Geschäftsverkehr im Verhältnis zueinander gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen. Im Allgemeinen sind danach solche Unternehmen gleichartig, die als Anbieter

oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen auf derselben Wirtschaftsstufe agieren.

Im Streitfall ist die Klägerin mit allen anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen, die bei der Beklagten oder den wenigen anderen Eisenbahninfrastrukturunternehmen um die Überlassung des Schienennetzes und sonstiger Infrastruktureinrichtungen nachsuchen, gleichartig. Auch sie war und ist eine gewerbliche Nachfragerin von derartigen Infrastruktureinrichtungen und damit auf derselben Wirtschaftsstufe wie alle anderen entsprechenden Unternehmen tätig.

Mit dem Entgeltsystem des **TPS 98** hat die Beklagte jedoch die Betätigungsmöglichkeiten der Klägerin im Wettbewerb behindert und spürbar beeinträchtigt.

Denn dieses System hat ihr Konzernunternehmen, die DB Cargo AG, jetzt Railion AG, gegenüber anderen Eisenbahnunternehmen unberechtigterweise begünstigt. Lediglich die jetzige Railion AG war auf der Grundlage ihrer hohen Zugzahlen in der Lage, den Preisvorteil des „InfraCard -Tarifs“ in vollem Umfang für sich auszunutzen. Dadurch konnte sie für die Inanspruchnahme der Infrastruktureinrichtungen der Beklagten einen deutlich niedrigeren Preis für jeden Zugkilometer erreichen als die Klägerin, die allenfalls unter Zugrundelegung der Preise des „Vario -Tarifs“ ähnliche oder dieselben Leistungen erhalten konnte. Auch insoweit folgt der Senat den Ausführungen des Landgerichts auf den Seiten 12 ff. des angefochtenen Urteils sowie den entsprechenden Ausführungen im bereits genannten Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf.

Die sich ergebende Preisdifferenzierung des **TPS 98** – die mit dem InfraCard -Tarif einseitig die Railion Deutschland AG begünstigte – führte damit zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen der Klägerin. Sie musste für die Nutzung der jeweiligen Eisenbahninfrastruktureinrichtungen der Beklagten ein höheres Entgelt zahlen als die Railion AG. Damit verbunden waren ein höherer Kostenaufwand und die damit einhergehende Begrenzung des finanziellen Handlungsspielraums der Klägerin, vor allem bei der Preisbildung, so dass ihre Möglichkeiten und Chancen, auf dem Angebotsmarkt für schienengebundene Güterverkehrsdienste in einen Wettbewerb mit der Railion AG zu treten, ersichtlich beeinträchtigt waren. Dies aber ist als Behin-

derung i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB anzusehen, wobei es entgegen der Auffassung der Beklagten einer noch eingehenderen Darlegung der Klägerin, wie sich der erhebliche Preisvorteil für die Railion AG bei den jeweiligen Zugtrassen konkret im Wettbewerb ausgewirkt hätte, nicht bedarf.

Es ist zwar zutreffend, wie die Beklagte vorträgt, dass sich die Behinderung von Nachfragern der Eisenbahninfrastruktureinrichtungen nicht auf dem beherrschten Markt auswirkte, sondern auf einem Drittmarkt, nämlich dem Markt für Schienengüterverkehr, auf dem die Beklagte selbst nicht tätig ist. Die Vorschrift des § 20 Abs. 1 GWB beansprucht jedoch auch insoweit Geltung, als das gegenüber Abnehmern marktstarke Unternehmen diese Marktmacht einsetzt, um den Wettbewerb von Abnehmern zu behindern (vgl. Langen/Bunte, GWB, § 20 Rn. 119 ff.). Insoweit ist nicht mehr maßgeblich darauf abzustellen, dass etwa das behinderte Unternehmen auf dem beherrschten Markt genau so tätig ist wie das beherrschende selbst. Dies ergibt sich insbesondere auch daraus, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (vgl. BGH NJW 2004, 2375, 2376) ein Dritter Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 33 GWB auch dann geltend machen kann, wenn er nicht auf dem beherrschten Markt tätig ist. Entsprechendes gilt für das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot aus § 20 Abs. 1 GWB, zumal im Streitfall ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB zugleich auch zu einer Nichtigkeit nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB führt. Dabei ist es, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht gerechtfertigt, den von derartigen Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen betroffenen Unternehmen den Schutz des § 20 Abs. 1 GWB zu versagen, weil sowohl § 19 Abs. 1 GWB als auch § 20 Abs. 1 denselben Schutzzweck haben, nämlich marktbedingte Marktzugangsbehinderungen zu unterbinden (vgl. Immenga/Mestmäcker/Markert, GWB, 3. Aufl., § 20 Rn. 29 f.).

Auch bei der Railion AG handelt es sich deshalb um ein gleichartiges Unternehmen i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB, das durch die Preisgestaltung der Beklagten mit der Zugrundelegung des **TPS 98** zu Lasten der Klägerin bevorzugt worden ist.

In diesem Zusammenhang kann sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass § 20 GWB etwa deswegen nicht anwendbar sei, weil es sich bei der Klä-

gerin und der Railion AG nicht um gleichartige Unternehmen handle. Zwar sind Konzernunternehmen wegen ihrer wirtschaftlichen Einheit – im Verhältnis zum diskriminierten Drittunternehmen – grundsätzlich nicht als gleichartige Unternehmen anzusehen (vgl. Langen/Bunte/Schultz a.a.O., § 20 Rn. 112; BGH WuW/E 1238 ff. – Registrierkassen; NJW 82, 2775 – Stuttgarter Wochenblatt; WuW/E 2360 – Freundschaftswerbung).

Bei dieser Beurteilung ist auch nicht von ausschlaggebender Bedeutung, dass es sich bei dem Normadressaten um den Mutterkonzern und bei den bevorzugt behandelten Unternehmen um eine Tochtergesellschaft handelt. In der Rechtsprechung wird vielmehr durchgehend auf die unternehmerische Einheit abgestellt (BGH WuW/E 2360 – Freundschaftswerbung; WuW/E 1947 – Stuttgarter Wochenblatt). Danach kann jedenfalls die unentgeltliche Erbringung von Lieferungen und Leistungen der Muttergesellschaft zugunsten der Tochtergesellschaft nicht beanstandet werden. Dies ist nicht anders zu beurteilen, als wenn die Muttergesellschaft einen Geschäftsverlust übernimmt, festgestellte Gewinne stehen lässt oder Bar- und Sachleistungen erbringt. Leistungen dieser Art können nicht deshalb beanstandet werden, weil dadurch die Tochtergesellschaft in ihrer Wettbewerbsfähigkeit gestärkt wird. Für die Konkurrenten der Tochtergesellschaft ergäbe sich keine andere Situation, wenn die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft den üblichen Preis berechnete und den dadurch entstehenden Verlust übernehmen würde. Derartige innergesellschaftliche Vorgänge sind aber einer Bewertung als diskriminierend i.S.d. 20 Abs. 1 GWB entzogen. Diese Überlegungen treffen nicht nur im Verhältnis Mutter-Tochter-Gesellschaft zu, sondern gelten für alle Unternehmen, die aufgrund ihrer Konzernzugehörigkeit als unternehmerische Einheit anzusehen sind (vgl. Immenga/Mestmäcker/Markert, a.a.O., § 20 Rn. 126 m.w.N.). Daraus ist zu entnehmen, dass die Diskriminierung des betroffenen Unternehmens im Verhältnis zu einem anderen (fremden) Unternehmen vorliegen muss und die Begünstigung eines zum Konzern des Marktbeherrschers gehörenden Unternehmens nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt (vgl. auch OLG Düsseldorf WuW/E – DE-R 1184).

Im vorliegenden Fall gilt jedoch eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Denn der Gesetzgeber verpflichtet die Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ihre entsprechenden Infrastruktureinrichtungen jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen diskriminie-

rungsfrei zu überlassen. Daraus folgt, dass nicht nur die Bevorzugung irgendeines fremden Unternehmens ausgeschlossen ist, sondern in gleicher Weise auch die Begünstigung eines konzerneigenen Eisenbahnverkehrsunternehmens. Dies ergibt sich bereits aus § 9 Abs. 1 AEG. Auf der Grundlage dieser Vorschrift haben öffentliche Eisenbahnen, die – wie die Beklagte – sowohl Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbringen als auch eine Eisenbahninfrastruktur betreiben, in ihrer Rechnungsführung beide Bereiche zu trennen. Darüber hinaus ist eine Quersubventionierung ausdrücklich verboten. Darüber hinaus regelt § 8 EIBV ausdrücklich, dass jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber in gleicher Weise die allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur anzuwenden und die Nutzungsentgelte zu berechnen sind. § 3 Abs. 1 Nr. 2 EIBV wiederholt dieses Gebot und ordnet an, dass die Eisenbahninfrastrukturunternehmen den diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Einrichtungen dadurch sicherstellen, dass sie allgemeine Geschäftsbedingungen einschließlich der Verzeichnisse der Nutzungsentgelte einheitlich für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen aufstellen.

Daraus folgt, dass auch das Konzernunternehmen Railion AG zum Kreis der Nutzer der Eisenbahninfrastruktureinrichtungen gehört, auf die bei dem Gebot zur diskriminierungsfreien Überlassung der Infrastruktur – und damit im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB – abzustellen ist.

Zutreffend ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass die damit feststehende Behinderung der Klägerin im Wettbewerb unbillig ist. Auf der Grundlage der vorzunehmenden Abwägung sind zum einen die Interessen des behindernden Normadressaten zu berücksichtigen, wobei grundsätzlich alle Belange in die Bewertung mit einbezogen werden müssen, sofern sie nicht gesetzwidriges Ziel verfolgen oder sonst gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen. Zum anderen ist das vitale Interesse des behinderten Unternehmens an einer von Beeinträchtigungen möglichst freien wirtschaftlichen und wettbewerblichen Betätigung einzubeziehen (vgl. Immenga/Mestmäcker/Markert, a.a.O., § 20 Rn. 129 ff.). Bei der Würdigung der sich gegenüberstehenden Interessen ist dabei zu beachten, dass auch einem marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich unternehmerischer Freiraum zusteht. Es kann deshalb auch im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem regelmäßig nach eigenem Ermessen so gestalten, wie es dies für

wirtschaftlich und sachgerecht hält. Deshalb wäre auch die Beklagte grundsätzlich in der Lage, eine differenzierende Preisgestaltung vorzunehmen, dies allerdings nur, wenn sie nach Ausmaß und Höhe durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist (vgl. zu einer derartigen Vorgehensweise Immenga/Mestmäcker/Markert, a.a.O., § 20 GWB, Rn. 176, 177).

Davon kann im Streitfall jedoch nicht ausgegangen werden. Denn die Preisgestaltung des **TPS 98** hat die Klägerin in kartellrechtswidriger Weise diskriminiert und beeinträchtigt. Ihre Interessen überwiegen bei der vorzunehmenden Abwägung deutlich.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist für die rechtliche Beurteilung auch § 7 Abs. 3 EIBV, der der Preisbildungsfreiheit der Beklagten Grenzen setzt, einzubeziehen. Danach sind Preisnachlässe zulässig, nämlich zum einen ein streckenbezogener Mengennachlass und zum anderen ein zeitbezogener Nachlass. Auch ein streckenbezogener Mengennachlass ist aber nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Er darf lediglich dann eingeräumt werden, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Einzelfall nachweisen kann, dass durch die Vergabe einer Anzahl von Zugtrassen an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen oder an Zusammenschlüsse derartiger Unternehmen geringere Kosten entstehen als durch die Einzelvergabe an mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen. Der streckenbezogene Mengennachlass darf überdies die nachgewiesene Kostenminderung nicht überschreiten.

Wie das Landgericht hierzu zutreffend ausgeführt hat, liegt eine diskriminierungsfreie Entgeltgestaltung nur bei Beachtung dieser Vorgaben vor.

Dabei dient die Norm des § 7 Abs. 3 EIBV der Umsetzung der Richtlinie 95/19/EG des Rates vom 19.06.1995 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität und die Berechnung von Wegeentgelten. Der deutsche Gesetzgeber ist diesen Vorgaben nachgekommen und hat in § 14 Abs. 1 AEG das Recht der inländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu der Eisenbahninfrastruktur zusätzlich gesetzlich festgeschrieben sowie in § 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7 AEG das Bundesministerium für Verkehr zum Erlass von Rechtsverordnungen hinsichtlich des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur und zur Erhebung des Entgeltes für

die Nutzung ermächtigt. Der Ordnungsgeber hat durch den Erlass der EIBV von dieser Ermächtigung entsprechenden Gebrauch gemacht und die Anforderungen für einen diskriminierungsfreien Zugang und einen streckenbezogenen Mengennachlass in § 7 Abs. 3 EIBV ausdrücklich geregelt.

Nach wie vor kann der Beklagten deshalb nicht gefolgt werden, wenn sie der Auffassung ist, § 7 Abs. 3 EIBV könne die nach § 20 Abs. 1 GWB zur Feststellung der Unbilligkeit einer Behinderung erforderliche Interessenabwägung nicht ersetzen. Dies geht von einem unzutreffenden Verständnis der maßgeblichen Vorschriften aus. § 7 Abs. 3 EIBV konkretisiert lediglich die Abwägung der Interessen, und besagt, wann eine Behinderung gleichartiger Unternehmen sachlich gerechtfertigt, d. h. objektiv sachgemäß und angemessen sein kann. Die grundsätzlich bestehende Preisbildungsfreiheit der Beklagten unterliegt aber schon deshalb engen Grenzen, weil sie über eine erhebliche Marktmacht verfügt. Deshalb ist sie auch in ihrer Freiheit, auf unterschiedliche Nachfragestrukturen mit einer unterschiedlichen Preisgestaltung zu reagieren, deutlich eingeschränkt. Außerdem muss dieser Unterschied in der Preisbildung angemessen und sachgemäß sein, weil es um die besonders maßgebliche und zu vermeidende Preis-Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen geht. Deshalb sind die Grenzen des Ermessensspielraums nicht erst dann überschritten, wenn die unterschiedliche Preisgestaltung willkürlich oder wirtschaftsfremd erscheint, sondern schon dann, wenn die differenzierte Preisgestaltung sachlich nicht gerechtfertigt ist. Allein der Umstand, dass die Railion AG nach dem Vorbringen der Beklagten eine erheblich größere Anzahl von Trassen in kürzerer Zeit nachgefragt hat als die Klägerin, rechtfertigt noch keinen günstigeren Preis, zumal dies die Marktmacht auch zugunsten der Railion AG im Bereich des Schienengüterverkehrs noch verfestigen könnte.

Durch die Berechnung des Preises in ihrem InfraCard -Tarif nach gefahrenen Zugkilometern gewährte die Beklagte gegenüber dem Vario -Tarif erkennbar einen streckenbezogenen Mengennachlass, weil der Preis im Vergleich zum Vario -Tarif pro Kilometer umso stärker sank, je mehr Trassen genutzt wurden. Die damit verbundenen Abschläge zählen zwar zur Preisbildung des InfraCard -Tarifs, stellen aber einen Mengennachlass gegenüber dem Vario -Tarif dar, dessen Berechtigung sich jedoch an § 7 Abs. 3 EIBV messen lassen muss.

Der Begriff des streckenbezogenen Mengennachlasses ist in § 7 Abs. 2 Nr. 1 EIBV definiert. Es handelt sich dabei um einen Entgeltnachlass auf der Grundlage der Zahl der vergebenen Zugtrassen in Zugkilometern auf einer bestimmten Strecke während eines Kalenderjahres oder einer Fahrplanperiode.

Der InfraCard -Tarif enthielt einen streckenbezogenen Mengennachlass in diesem Sinne. Denn er bewirkte, dass sich das Nutzungsentgelt pro Zugkilometer mit zunehmender Zahl der Zugtrassen, die ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einer bestimmten Strecke pro Tag in Anspruch nahm, verminderte. Dies führte zu einer Verminderung des Nutzungsentgeltes im Preisgefüge des InfraCard -Tarifs, weil sich der vom Nutzer zu zahlende Grundpreis auf die jeweilige Zahl der genutzten Zugtrassen verteilte mit der Folge, dass sich mit steigender Trassenzahl das Entgelt pro Zugkilometer verminderte. Auch das Verhältnis zum „Vario – Tarif“ hat das Landgericht in den Entscheidungsgründen zutreffend beschrieben (vgl. S. 20, Bl. 312 d. A.).

Weiter geht es deshalb mit Recht davon aus, dass der InfraCard -Tarif dem Nutzer des Schienennetzes der Beklagten einen streckenbezogenen Mengennachlass eingeräumt hat. Denn er bewirkte, dass sich das zu zahlende Entgelt pro Zugkilometer mit steigender Zugtrassenzahl reduzierte und es ab einer bestimmten Anzahl genutzter Zugtrassen den Kilometerpreis des Vario -Tarifs degressiv unterschritt.

Damit genügte aber der InfraCard -Tarif des **TPS 98** nicht den Anforderungen, die § 7 Abs. 3 EIBV für streckenbezogene Mengennachlässe aufstellte. Die Beklagte hat selbst nicht behauptet, dass sie durch die gebündelte Abgabe mehrerer Zugtrassen an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen Kosten gegenüber einer Einzelvergabe derselben Zugtrassen erspart hat.

Nach alledem – der Senat folgt auch den weiteren Ausführungen des Landgerichts hierzu – behinderte die Preisgestaltung des **TPS 98**, auf deren Grundlage das von der Klägerin geforderte Nutzungsentgelt berechnet wurde, diese in unbilliger Weise. Die Vergütungsabrede zwischen den Parteien ist danach wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nach § 134 BGB nichtig. Zugleich liegt auch ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Verbot des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB vor, so dass dies ebenfalls zur Nichtigkeit der Vergütungsabrede führt.

Das Landgericht hat letztlich zutreffend ausgeführt, dass die Unwirksamkeit des Tarifsystems **TPS 98** nach § 134 BGB entweder über § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages oder lediglich zur Nichtigkeit der darin enthaltenen Preisvereinbarung oder gemäß den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen bei Verstößen gegen Preisbestimmungen dazu führt, dass der Vertrag nur zu dem zulässigen Preis aufrechterhalten bleibt. In jedem dieser Fälle kann die Klägerin jedenfalls das zuviel gezahlte Entgelt für die Nutzung der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Trassen zurückverlangen, d. h. die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Entgelt und dem kartellrechtlich zulässigen und angemessenen Preis für die Nutzung der Trassen durch die Klägerin. Nach der sog. bereicherungsrechtlichen Saldotheorie geht der Bereicherungsanspruch von vornherein einheitlich auf den Überschuss zwischen dem erlangten Vermögensvorteil und den tatsächlich gezogenen Nutzungen. Dem ist die Klägerin mit ihrem Klageantrag entsprechend nachgekommen. Sie verlangt lediglich den überzahlten Betrag zurück, der sich ergibt, wenn nicht das **TPS 98**, sondern das **TPS 01** zugrunde gelegt wird. Nach diesem System hat die Klägerin im Einzelnen die Kosten, die für die Nutzung in dem fraglichen Zeitraum angefallen sind, berechnet und die dabei von ihr verwendeten Rechenschritte dargestellt. Demgegenüber konnte sich die Beklagte nicht auf ein schlichtes Bestreiten der Richtigkeit dieser Berechnung beschränken, zumal ihr aus der Vertragsbeziehung der Parteien sämtliche Daten zur Verfügung standen, die für die Preisberechnung nach dem **TPS 01** relevant waren. Falls die Berechnung der Klägerin Fehler aufweist oder lückenhaft ist, hätte die Beklagte dies entsprechend darstellen müssen.

Nach dem **TPS 01** errechnete sich damit ein deutlich geringeres Gesamtentgelt für die Streckennutzung, so dass der Klägerin der von ihr geltend gemachte Zahlungsbetrag zusteht und sie diesen Bereicherungsanspruch mit Recht geltend machen kann.

Dem kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegen halten, dass die von ihr erbrachten Leistungen nur nach dem **TPS 94** abzurechnen seien, nach dem sich sogar ein Saldo zu ihren Gunsten ergebe.

Die Berechnung der von der Klägerin geschuldeten Gegenleistung nach dem **TPS 94** konnte nicht zugrunde gelegt werden, nachdem dieses System bereits Ende Mai

1998 durch das – kartellrechtswidrige – **TPS 98** ersetzt und dieses in den Vertrag zwischen den Parteien aufgenommen worden ist. Mit der Wirksamkeit dieser Vertragserklärung bestand für eine Anwendung des **TPS 94** kein Raum mehr. Ein Automatismus etwa dahingehend, dass bei Unwirksamkeit einer vertraglichen Regelung deren Vorgängerregelung wieder in Kraft tritt, ist im Vertragsrecht nicht enthalten. Zu einer solchen Rechtsfolge hätte es nur kommen können, wenn dies dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen beider Parteien entsprochen hätte. Eine Willensäußerung der Parteien, welche konkreten Folgen eine Unwirksamkeit der von der Beklagten festgesetzten Preise haben soll, findet sich im Vortrag der Parteien nicht. Nach dem Vorbringen der Klägerin kann aber auch nicht angenommen werden, dass ein Rückgriff auf das abgelöste und ungünstigere **TPS 94** ihrem Willen bzw. ihren Interessen entsprochen hätte. Zum einen sieht dieses gegenüber dem **TPS 98** fast durchgängig höhere Entgelte vor, wie auch die Beklagte selbst dargestellt hat. Zum anderen enthielt das **TPS 94** auf das Gesamtnetz bezogene Großkundenrabatte. Seine nachträgliche Anwendung verstieße damit trotz der Einstufigkeit der Preisstaffel gegen § 7 Abs. 3 EIBV, worin im Übrigen einer der Gründe für die Einführung des **TPS 98** bestanden hat.

Darüber hinaus erscheint es plausibel, das **TPS 01** als Berechnungsgrundlage für ein im Falle eines rechtmäßigen Alternativverhaltens der Beklagten zu zahlenden Entgeltes heranzuziehen. Immerhin hat die Beklagte dieses Preissystem gewählt, als sich abzeichnete, dass das **TPS 98** kartellrechtlich bedenklich ist. Das **TPS 01** hat gerade diese Bedenken – soweit ersichtlich – ausgeräumt.

An der Richtigkeit der Berechnung hat der Senat ebenfalls keine Zweifel. Die Klägerin hat ihre Vorgehensweise bei der Berechnung substantiiert und plausibel dargestellt. Ein insoweit ausreichendes Bestreiten durch die Beklagte ist nicht erfolgt, obwohl ihr mit den Rechnungen und ihrem eigenen Computerprogramm ausreichende Möglichkeiten hierzu zur Verfügung gestanden hätten. Sie hätte im Einzelnen darlegen müssen, inwieweit das **TPS 01** keine ausreichende und sachgerechte Grundlage für die Berechnung darstellt und welche anderen Beträge stattdessen gerechtfertigt sein sollen. Dies ist jedoch auch in diesem Fall nicht geschehen, das Landgericht hat dies mit entsprechender Begründung dargestellt. Demgegenüber ist der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin selbst habe nicht ausreichend vorgetragen und ihr oblie-

ge die Darlegungs- und Beweislast, was das Landgericht verkannt habe, nicht zutreffend. Die Klägerin hat im Einzelnen dargestellt, worin auch eine konkrete Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Betätigung liegt, inwieweit die DB Cargo AG, jetzt Railion AG, bevorzugt worden ist und aus welchen Gründen sie deshalb unbillig behindert wurde. Zur Höhe hat die Klägerin eine schlüssige Berechnung vorgenommen, die die Beklagte auch in der Berufungsinstanz nicht maßgeblich in Frage gestellt hat.

Bei dieser Sachlage war danach die Berufung der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Streitfall hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist zur Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erforderlich. Gegenstand der rechtlichen Beurteilung ist ein Entgeltsystem, das die Beklagte zwischenzeitlich aufgegeben hat und das sie nicht mehr praktiziert. Der Entscheidung des vorliegenden Verfahrens kommt eine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung nicht zu. Letztlich ist die Revision ebenso wenig zur Sicherstellung einer einheitlichen Judikatur geboten, zumal bereits eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Az.: U (Kart) 20/02 vom 19.03.2003) vorliegt, und die Nichtzulassungsbeschwerde durch Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.02.2004 (KZR 9/03) zurückgewiesen worden ist. Danach weicht der Senat von einer höchstrichterlichen Rechtsprechung gerade nicht ab, sondern folgt vielmehr dieser rechtskräftigen Entscheidung.

Hucke

Dr. Weber

Dr. Scharl