

Verordnung alle sonst ihm zuzuordnenden Tätigkeiten auf außen stehende Unternehmer verlagern kann. Für die restlichen wirtschaftlichen Tätigkeiten erhält er als Marktpreis die Miete. Diese Marktpreismiete ist grds. unabhängig davon, wie viel und wie weit Tätigkeiten aus seinem Bereich nach außen verlagert worden sind. Die Auslagerung von Vermietetätigkeiten führt deshalb auch zu keiner „Doppelabrechnung“. Gerade die Kosten von Heizungen oder anderen aufwändigen Punkten sind über die Marktmiete nicht hereinzuholen. Vermieter, die gleichwohl versuchen, im frei finanzierten Wohnungsbau in voller Höhe ihre Kosten in der Miete abzubilden, sehen sich in der Praxis häufig dem Vorwurf des Verstoßes gegen § 5 des Wirtschaftsstrafgesetzbuches ausgesetzt.

Zudem wird verkannt, dass der Differenzierung zwischen Miete und Nebenkosten gerade der Gedankengang zugrunde liegt, dass die Hauptleistung, nämlich die Zurverfügungstellung von Mietraum mit der Miete abgegolten werden soll, während die Nebenleistungen, zu denen unzweifelhaft auch die Heizung gehört, in das Nebenkostenrecht verwiesen werden.

Gegen die Umlage überhöhter Wärmecontractingkosten ist der Mieter nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit ausreichend geschützt. Zudem kommt ihm die kostendämpfende Wirkung des Energierechtes zugute.

Bahnstrompreissysteme mit Eisenbahn- und Kartellrecht unvereinbar

Rechtsanwalt Dr. Bernd H. Uhlenhut, Bochum*

Ein privates Eisenbahnverkehrsunternehmen hatte seit 2003 die Bahnstromrechnungen um einen Diskriminierungsabschlag von 20% gekürzt. Die DB Energie GmbH (DBE) klagte auf Restzahlung aus 2003 und teilweise 2004 und Feststellung der Verpflichtung, den Bahnstrom nach ihren Bahnstrompreissystemen (BPS) '04 und '05 zu vergüten. Die Klage wurde vom LG Frankfurt a. M. mit Urteil vom 15.12.2004¹, insgesamt abgewiesen. Die BPS seien wegen Verstoßes gegen das eisenbahnrechtliche und das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nichtig.

I. Einleitung

Die Wettbewerbsfähigkeit der Eisenbahnverkehrsunternehmen wird durch die Kosten für Trasse und Energie maßgeblich beeinflusst, da sie einen Großteil der Betriebskosten ausmachen. Die dabei von den Unternehmen des Konzerns der DB AG (DB Netz AG und DBE) aufgestellten Preissysteme werden von den Privatbahnen seit längerem kritisch hinterfragt². Das gilt insbesondere mit Blick auf Preisvorteile der Konzernschwes-

ter Railion Deutschland AG, der vormaligen DB Cargo AG. Diese steht mit den privaten Güterbahnen in Konkurrenz und verfügt im bundesdeutschen Schienengüterverkehr über einen Marktanteil von ca. 94%.

Beim Streit um das Trassenpreissystem (TPS) '98 der DB Netz AG unterlag diese in allen Instanzen³. Die Gerichte befanden das TPS wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot für nichtig. Eine private Güterbahn übertrug dieses Ergebnis auf die Rabattregelungen des BPS '03. Sie nahm einen „Diskriminierungsabschlag“ auf die Bahnstromrechnungen vor und klagte vor dem *LG Frankfurt a. M.* auf Feststellung, dass sie über die Teilzahlungen hinaus nichts schulde. Durch die Widerklage der DBE auf Restzahlung und die erwähnte positive Feststellung war der negative Feststellungsantrag der Klägerin für erledigt zu erklären, da über ihn im Rahmen der Widerklage gleichsam mit zu entscheiden war.

II. Sachverhalt

Der ursprüngliche Bahnstromliefervertrag zwischen den Parteien war von der Beklagten im Jahre 2002 gekündigt worden. Dies geschah zu dem Zweck, einen neuen Vertrag unter Einbezug des BPS '03 abzuschließen. Die Klägerin verweigerte die Unterzeichnung des Vertrags und bemühte sich stattdessen darum, Bahnstrom von einem anderen Versorger zu beziehen. Das wurde von der DBE blockiert. Die Privatbahn war deshalb gezwungen, weiter Bahnstrom von ihr zu beziehen. Die Abrechnung anhand der BPS wies sie durchgehend zurück.

Vor dem *Landgericht* rügte die Klägerin das Rabattsystem der BPS '03, '04 und '05, das Laufzeit-, Mengen- und Auslastungsrabatte enthielt. Sie legte dar, dass die Rabatte lediglich von konzernangehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmen genutzt werden könnten. Nur diese könnten insgesamt 14% Rabatt erreichen. Zudem führe der Laufzeitrabatt dazu, dass andere Anbieter von Bahnstrom ferngehalten würden, so dass die scheinbare Öffnung für die Durchleitung seit Anfang 2004 wirkungslos bleibe. Weder das *Bundeskartellamt* noch das *Eisenbahn-Bundesamt (EBA)* waren in dieser Sache tätig geworden.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Brauner & Sattler, Bochum.

1 *LG Frankfurt a. M.*, Ur. v. 15.12.2004 – 3-08 O 72/04, Volltext-Service www.ir.beck.de – becklink 139907

2 *Brauner/Sattler*, Eisenbahn-Revue International (ERI) 2001, 462 ff., zu den Trassenpreisen.

3 *LG Düsseldorf*, Ur. v. 19.6.2002, 340 O (Kart) 108/01; *OLG Düsseldorf*, Ur. v. 19.2.2003, U (Kart) 20/02, dazu die Anmerkung von *Brauner*, ERI 2003, 278 f.; *BGH*, Beschl. v. 10.2.2004, KZR 9/03.

Die Klägerin rügte weiterhin, dass es Anhaltspunkte dafür gebe, dass DBE gegenüber der damaligen DB Cargo AG lediglich 5 Ct/kWh abrechnete. Von den Privatbahnen wurden 7 Ct/kWh verlangt. Zudem berge die rechnerische Verbrauchsermittlung gegenüber der Konzernschwester im Unterschied zur Messung der Verbräuche gegenüber den Privatbahnen mittels sog. TEMA-Boxen Ungenauigkeiten.

Die Beklagte vertrat entgegen der Annahme der Klägerin die Auffassung, durch die Inanspruchnahme des Bahnstroms sei ein Vertrag zustande gekommen. Das erfasse auch das BPS. Sie sei zudem kein Eisenbahninfrastrukturunternehmen gem. § 2 III Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG). Damit falle es zugleich nicht unter den Anwendungsbereich der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV). Schließlich ergäbe sich aus den BPS das übliche Entgelt gem. §§ 612 II, 632 II BGB bzw. das billige Entgelt nach § 315 BGB. Schließlich kämen die Rabatte auch anderen Unternehmen zugute. Vier Eisenbahnverkehrsunternehmen erhielten den 1%-igen Rabatt bei mehr als 50 GWh pro Jahr.

Die Klägerin war der Auffassung, es sei schon keine Preisabsprache zustande gekommen. Jedenfalls sei sie wegen Verstoßes gegen Kartell- und Eisenbahnrecht gem. § 134 BGB unwirksam. Deshalb können darin auch weder ein übliches noch ein billiges Entgelt gesehen werden.

III. Bewertung durch das LG Frankfurt a. M.

1. Vertragliche Einigung

Nach dem landgerichtlichen Urteil war es nicht zu einem Vertragsschluss unter Einbeziehung des BPS '03 gekommen. Es fehle an der erforderlichen Unterzeichnung des Vertragstextes durch die Klägerin. Nach § 154 II BGB komme ein Vertrag ohne die beiderseitige Unterschrift nicht zustande, wenn er schriftlich geschlossen werden solle. Letzteres sei bei „wichtigen Verträgen“ zu vermuten und könne sich konkludent ergeben. Das Verhalten der Parteien spreche für eine Schriftformabrede, da der Vertrag schriftlich gefasst und übergeben worden sei. Weiterhin habe die Urkunde eine Regelung vorgesehen, wonach Änderungen der Schriftform bedurft hätten. Schließlich stelle es widersprüchliches Verhalten dar, einen schriftlichen Vertragsschluss zu verlangen und zugleich das konkludente Zustandekommen einer Einigung anzunehmen.

2. Vertragsschluss durch Stromentnahme

Dennoch sei ein Vertragsschluss durch die Stromlieferung und die Abnahme auf Seiten der Klägerin zustande gekommen. Dabei sei mit Blick auf die Protestationsregel (zur Unbeachtlichkeit widersprüchlichen Verhaltens) unschädlich, wenn der Entnehmer keinen Vertrag schließen will und dies auch erklärt.

Der Vertrag enthalte jedoch nicht die Preisregelung der BPS '03 und '04. Darin sei zwar das tarifliche Entgelt zu sehen, dass ein Stromentnehmer grundsätzlich schul-

de. Die spezielle Regelung in § 14 IV, V AEG schließe eine Auslegung des Vertrages dahingehend aus, dass das tarifliche Entgelt geschuldet sei. § 14 AEG sei auf das Vertragsverhältnis anwendbar. Die Stromumwandlungsanlagen und Versorgungsleitungen der Beklagten gehörten gem. Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 zur Eisenbahninfrastruktur nach § 2 III AEG. Zudem sei die Zurverfügungstellung von Bahnstrom für den Betrieb von E-Loks notwendig.

Nach § 14 I 1 AEG habe die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf diskriminierungsfreie Belieferung mit Bahnstrom. § 14 IV, V AEG sähen eine ausdrückliche Vereinbarung vor, über die ggf. das *EBA* zu entscheiden habe. Eine konkludente Einigung und damit auch eine Anwendung von § 315 BGB seien durch § 14 V AEG als speziellere Regelung ausgeschlossen. Nur das werde auch der Forderung des Gesetzes nach diskriminierungsfreiem Zugang gerecht.

3. Nichtigkeit der Bahnstrompreissysteme

Das Gericht führt weiter aus, dass eine wirksame Einigung auf Grundlage der BPS '03 bzw. '04 jedenfalls an § 134 BGB i.V.m. dem Diskriminierungsverbot aus §§ 14 I AEG, 20 I GWB scheitere. Die BPS '03 und '04 seien nach diesen Vorschriften nichtig.

Die Beklagte sei marktbeherrschend gem. § 19 II Nr. 1 GWB. Es sei auf den Bahnstrommarkt abzustellen. Auf diesem sei sie ohne Wettbewerb. Die Berechnung anhand der BPS '03 bzw. '04 behindere die Klägerin in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr. Es sei eine tatsächliche Beeinträchtigung der wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten der Klägerin festzustellen. Denn das BPS begünstigen den Hauptkonkurrenten der Klägerin, die Railion Deutschland AG. Sogar nach dem Vorbringen der Beklagten sei ausschließlich jene in der Lage die Rabattvorteile auszunutzen. Nur sie komme in den Genuss von 14% Rabatt. Lediglich vier Güterverkehrsunternehmen hätten einen 1%-igen Rabatt erreicht.

Die Preisdifferenzierung beeinträchtige die Wettbewerbschancen der Klägerin, da sie durch das deutlich höhere Entgelt einen höheren Kostenaufwand gehabt habe. Dadurch werde der Spielraum bei der Preisbildung begrenzt und die Möglichkeit der Klägerin beeinträchtigt, in einen Wettbewerb mit der Railion Deutschland AG zu treten.

Diese sei als gleichartiges Unternehmen zu behandeln. Der Gesetzgeber schließe mit der Verpflichtung, Infrastruktureinrichtungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen, auch die Begünstigung konzerneigener Eisenbahnverkehrsunternehmen aus. Das folge aus § 9 I AEG, der bei Unternehmen mit Eisenbahnverkehrsleistungen und Eisenbahninfrastruktur eine getrennte Rechnungsführung vorschreibt und Quersubventionierungen untersagt. Weiterhin ergäben die Gleichbehandlungsgebote aus §§ 8, 3 I Nr. 2 EIBV eine solche gesetzliche Bewertung.

Die Behinderung sei schließlich auch unbillig. Die differenzierende Preisgestaltung weise nicht hinreichende Gründe auf, die die Differenzierung nach Ausmaß und Höhe rechtfertigen könnten. Die Vorgaben des § 7 III EIBV für Preisnachlässe seien nicht eingehalten. Es fehle am Nachweis einer Kostenminderung bei höheren Abnahmemengen, die nicht überschritten werden dürfe.

Die Nichtigkeit folge zugleich aus § 14 I AEG i.V.m. § 7 I, III EIBV, da durch das BPS kein diskriminierungsfreier Zugang gewährt werde. Bei § 14 I AEG handele es sich um ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB. Denn diese Vorschrift wolle den Zugang zur Infrastruktur der ehemaligen Deutschen Bundesbahn liberalisieren. Insbesondere die Nutzung durch Dritte solle diskriminierungsfrei gewährleistet werden. Das könne nur durch die Nichtigkeit von Verträgen und vertraglichen Regelungen sichergestellt werden, die einen solchen Zugang verhindern oder erschweren.

4. Ergebnis

Die Widerklage sei damit insgesamt unbegründet. Es komme auch nicht darauf an, ob die BPS vereinbart worden seien. Eine Vereinbarung wäre nach § 134 BGB nichtig. Damit schieden die BPS zugleich als billiges oder übliches Entgelt gem. §§ 612 II, 632 II, 315 III BGB und als angemessenes Entgelt im Rahmen des Bereicherungsrechts nach § 818 II BGB aus.

Aus den genannten Gründen folge zugleich die Unbegründetheit des Feststellungsantrages.

IV. Kritik und Ausblick

Das landgerichtliche Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Dennoch ist es von enormer Bedeutung für die Eisenbahnbranche. Es lässt deutlich werden, welchen Belastungen der bislang kaum vorhandene Wettbewerb auf der Schiene immer noch ausgesetzt ist. Die durchgehend zu beobachtende Untätigkeit von Bundeskartellamt und EBA tragen ihren Teil dazu bei. Wie das *LG Frankfurt a. M.* zeigt, sind eigentlich ausreichende rechtliche Grundlagen vorhanden, um zumindest einige Missstände zu beseitigen.

Aus rechtlicher Sicht beachtlich ist die Anwendung von § 14 I AEG durch das Gericht. Es verschafft dem zivilrechtlichen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang Geltung⁴, ohne den genauen Regelungsgehalt und den Sinn und Zweck der Vorschrift aus den Augen zu verlieren. Diese eigentliche Selbstverständlichkeit ist bemerkenswert, da sich Zivilgerichte bisweilen mit der Anwendung von Eisenbahnrecht schwer tun und lieber auf bekannte Rechtsbereiche zurückgreifen⁵.

Das *LG Frankfurt a. M.* setzt sich ausführlich mit dem Anwendungsbereich von AEG und EIBV sowie dem Regelungsgehalt insbesondere von § 14 I AEG auseinander. Begrüßenswert ist die selbständige Anwendung des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbotes neben dem GWB. Weiterhin misst das Gericht § 14 I AEG

die gebotene Bedeutung bei, indem es die Vorschrift als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB versteht. Zahlreiche in der Praxis verwendete vertragliche Regelungen insbesondere im Rahmen von AGB dürften an dieser Hürde scheitern. Vielleicht können so die Defizite des *EBA* ausgeglichen werden.

Solange die Infrastrukturen der DB Netz AG und der DBE nicht aus dem Konzernverbund herausgelöst werden, wie bereits häufig zur Beseitigung des Diskriminierungspotentials gefordert worden ist, können sich private Wettbewerber wohl nur durch zivilrechtliche Auseinandersetzungen etwas Luft verschaffen. Hoffnung auf behördliches Einschreiten besteht jedenfalls kaum. Solange sich die richterliche Unabhängigkeit bewährt und das bestehende Recht konsequent angewendet wird, wie durch das *LG Frankfurt a. M.*, werden sich die Zivilgerichte noch öfter mit eisenbahnrechtlichen Fragen beschäftigen müssen.

4 *Kühlwetter/Brauner*, Internationales Verkehrswesen 2002, 492 ff., zum Regelungsgehalt.

5 *LG Berlin*, IR 2005, 16 ff.; dazu die Anmerkung von Uhlent, in diesem Heft, S. 65 f.

Energie

BGH: Stromlieferung durch Allgemeinen Versorger ohne Wissen des Abnehmers

Fällt der bisherige Stromlieferant aus, so kommt allein durch die weitere Stromentnahme aus dem Netz noch kein Stromlieferungsvertrag des Abnehmers mit dem Allgemeinen Versorger zustande, wenn der Abnehmer von diesem Umstand keine Kenntnis hat. Der Allgemeine Versorger hat jedoch einen Vergütungsanspruch in Höhe des Allgemeinen Tarifs aus „Geschäftsführung ohne Auftrag“.

Problemstellung: Der Abnehmer hatte ursprünglich einen Energielieferungsvertrag mit einem dritten Lieferanten geschlossen, dieser wiederum einen Netznutzungsvertrag (Händlerrahmenvertrag) mit dem Allgemeinen Versorger. Zum 15.11.2001 wurde der Netznutzungsvertrag durch den Netzbetreiber berechtigterweise gekündigt. Der Abnehmer entnahm weiter Energie, ohne von der Kündigung des Netznutzungsvertrages und dem damit verbundenen Ende der Belieferung durch den Drittlieferanten zu erfahren. Der Abnehmer zahlte weiterhin an den dritten Lieferanten, der später insolvent wurde. Der Allgemeine Versorger verlangt Vergütung des Stroms und beruft sich auf einen stillschweigenden Vertragsschluss durch Energieentnahme (vgl. § 2 II AV-