

Ausfertigung



Verf.	Fikt not.		KR / KIA	Mu
RA	EINGEGANGEN			Mon- riten
SB	17 Aug. 2005			Rück- spr.
Rech. spr.	Brauner & Sattler Rechtsanwälte			Zah- lung
zdA				Stel- lung

Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Urteil

Geschäftsnummer: 102 O 19/05 Kart

verkündet am : 09. August 2005
Berger, Justizhauptsekretärin

In dem Rechtsstreit

Klägerin,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Brauner & Sattler,
Viktoriastraße 29, 44787 Bochum,-

g e g e n

die DB Netz AG,
vertreten d.d. Vorstand Roland Heinisch, Dagmar Haase,
Klaus Junker, Wolfgang Scherz, Karl-Heinz Stroh und
Dr. Matthias Zieschang,
Niederlassung Ost,
Granitzstraße 55-56, 13189 Berlin,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

hat die Kammer für Handelssachen 102 des Landgerichts Berlin in Berlin-Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Pade und die Handelsrichter Manowski und Dr. Wattenberg

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin [REDACTED] € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem jeweiligen Basiszinssatz aus [REDACTED] € seit dem 28. Dezember 2004 sowie weiteren [REDACTED] € seit dem 5. Februar 2005 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von [REDACTED] € vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die teilweise Rückzahlung von Trassennutzungsentgelten für den Zeitraum Januar 2000 bis März 2001.

Die Klägerin, ein nach § 6 AEG zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen, schloss mit der Deutschen Bahn AG am 10. September 1997 einen Vertrag über die Nutzung von deren Eisenbahninfrastruktur zur Erbringung eigener Eisenbahnverkehrsleistungen bei der Beförderung von Personen und Gütern im öffentlichen Eisenbahnverkehr. Nach § 3 des Vertrages sollte sich das von der Klägerin zu zahlende Entgelt aus der Netzpreisliste berechnen. Ergänzend sah Ziffer 6 Absatz 1 der Allgemeinen Bedingungen über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der Deutschen Bahn AG vor, dass Grundlage für die Entgeltberechnung die jeweils gültige Trassenpreisliste sein sollte. In § 8 Absatz 3 des Vertrages fand sich, bezogen auf den Gesamtvertrag, die Regelung, dass die Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen den Rest des Vertrages nicht berühren sollte, wenn nicht „die Aufrechterhaltung des Vertrages für einen Vertragspartner unzumutbar wird“.

Die Beklagte ist 1999 im Zuge der Bahnreform aus der Deutschen Bahn AG im Wege der Ausgliederung des Geschäftsbereichs „Fahrweg“ entstanden und ist in die vertraglichen Verpflichtungen der Deutschen Bahn AG gegenüber der Klägerin eingetreten. Sie hält den überwiegenden Teil der öffentlichen Eisenbahninfrastruktur der Bundesrepublik vor.

Im streitgegenständlichen Zeitraum verwendete die Beklagte für die Entgeltberechnung das sogenannte Trassenpreissystem '98 (TPS '98), welches ab Mai 1998 galt und zwei Entgeltmodelle

vorsah. Auf der einen Seite existierte der so genannte Vario-Tarif, der eine einheitliche Kilometerpauschale vorsah, deren Höhe sich zum einen nach der Streckenkategorie und zum anderen nach der Belastungsklasse richtete. Die Höhe der Kilometerpauschale variierte zwischen 15,49 DM und 5,45 DM. Auf der anderen Seite stand der InfraCard-Tarif zur Wahl, der aus zwei Komponenten bestand. Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen konnte für einen bestimmten Netzbe- reich, dessen Länge im Schienengüterverkehr mindestens 250 km betragen musste, eine so ge- nannte InfraCard erwerben, für die ein jährlicher Grundpreis zu entrichten war, der sich nach Länge und Kategorie der Strecke sowie der Vertragsdauer richtete. Im Güterverkehr lag der Preis für eine InfraCard je nach Streckenkategorie zwischen 4.700.- DM und 49.100.- DM pro Kilome- ter. Die Zeitstaffel sah bis zu einer Geltungsdauer von 10 Jahren für jedes Vertragsjahr einen Preisnachlass von 1 % vor. Neben diesem Grundpreis fiel auch beim InfraCard-Tarif ein von der tatsächlichen Streckennutzung abhängiger variabler Preis an, der von der Belastungsklasse ab- hängig war und mit 3,98 DM bis 2,50 DM deutlich unter demjenigen des Vario-Preises lag. Auf- grund ihrer hohen Verkehrsleistung nahm ausschließlich die Konzernschwester der Beklagten, die damalige DB Cargo AG (jetzt Railion Deutschland AG), den InfraCard-Tarif in Anspruch.

Bezogen auf den Personenverkehr, bei dem das gleiche Tarifmodell der Beklagten zur Anwen- dung gelangte, leitete das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren ein, nachdem es festge- stellt hatte, dass die nicht konzernzugehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Nutzung der Schieneninfrastruktur der Beklagten zwischen 25% und 40% höhere Trassenpreise als die im Bereich der Personenbeförderung tätige Konzernschwester der Beklagten zu entrichten hatten. Bevor es zu einer förmlichen Entscheidung des Bundeskartellamts kam, entwickelte die Beklagte ein neues Tarifmodell, welches sie ab April 2001 als Trassenpreissystem '01 einführte. Bei die- sem Preissystem handelt es sich im Gegensatz zum Trassenpreissystem '98 um ein einstufiges Modell.

Für die Inanspruchnahme ihrer Leistungen zwischen Januar 2000 und März 20'01 stellte die Be- klagte der Klägerin insgesamt [REDACTED] DM netto, entsprechend [REDACTED] DM brutto, in Rechnung. Dabei gelangte ausschließlich der Vario-Tarif zur Anwendung.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass die Preisabrede der Parteien im Infrastrukturnutzungs- vertrag vom 10. September 1997, soweit sie auf das Trassenpreissystem '98 Bezug nimmt, nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 20 Absatz 1, 19 Absatz 1 und 4 GWB nichtig ist. Durch die Anwendung dieses Preismodells habe die Beklagte die Klägerin in kartellrechtlich unzulässiger Weise diskriminiert, da sie ein erheblich höheres Entgelt pro zu Kilometer berechnet und verein- nahmt habe als von ihrer Konzernschwester, der damaligen DB Cargo AG. Diese habe nach ei-

ner Studie des Unternehmens pspc im Bereich des Schienengüterverkehrs im Jahr 2001 einen Marktanteil von 94% innegehabt und sei aufgrund ihrer entsprechend hohen Verkehrsleistung als einziges Unternehmen in der Lage gewesen, vom InfraCard-Tarif der Beklagten Gebrauch zu machen. Damit habe sie ganz gezielt vom Preissystem der Beklagten profitieren können, welches somit nicht den gesetzlichen Grundlagen, insbesondere nicht § 7 EIBV, entsprochen habe.

Hieraus ergebe sich zu Ihren Gunsten auch ein Schadensersatzanspruch nach Maßgabe des § 33 GWB, da die Beklagte durch die beabsichtigte preisliche Bevorzugung von Konzernunternehmen zumindest fahrlässig gehandelt habe.

Nach Meinung der Klägerin muss der von der Beklagten verlangte, unwirksame Preis durch einen insoweit kartellrechtlichen wirksamen ersetzt werden. Für die Berechnung dieses Preises biete sich der Maßstab des Trassenpreissystems '01 an, da mit diesem durch die Einführung eines linearen Preissystems die Diskriminierung gegenüber konzernfremden Eisenbahnverkehrsunternehmen beseitigt worden sei. Unter Anwendung des Trassenpreisinformationssystems der Beklagten, welches allen Privatbahnen in elektronischer Form zur Verfügung gestellt worden sei, ergebe sich gegenüber dem Trassenpreissystem '98 ein Überzahlbetrag in Höhe von [REDACTED] € netto. Wegen der Berechnung im Einzelnen wird auf Seite 9 und 10 der Klageschrift Bezug genommen.

Eine Anwendung des Trassenpreissystems '94 käme jedenfalls nicht in Betracht, da auch dieses Rabattformen vorgesehen habe, die nur den konzernangehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu Gute gekommen seien. Zudem würde die geschehene Diskriminierung der Klägerin noch vertieft, falls die von ihr geschuldeten Entgelte nach dem noch ungünstigeren Trassenpreissystem '94 berechnet würden, diejenigen der DB Cargo AG jedoch nach dem Trassenpreissystem '98 unter Berücksichtigung des InfraCard-Tarifs.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie [REDACTED] € nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz sei dem 27.12.2004 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit der Berechnung der Klägerin nach dem Trassenpreissys-

tem '01, da die zutreffende Berücksichtigung der entgeltbildenden Faktoren - Art der Trasse und Radlast - nicht zu erkennen sei.

Die Beklagte meint, weder sie noch die ehemalige DB Cargo AG stehe mit der Klägerin im Wettbewerb, da es jeweils an der Gleichartigkeit beziehungsweise Vergleichbarkeit der Unternehmen fehle. Betreffend die DB Cargo AG ergebe sich dies aus den extrem unterschiedlichen Verkehrsleistungen. Die DB Cargo AG habe auf den von der Klägerin befahrenen Relationen zum Teil ein Vielfaches von 100 Mehrfahrten gehabt, was sich an Hand einer Modellrechnung auf der Basis der von der Klägerin gelieferten Daten ergeben habe.

Dennoch habe die Klägerin nicht ein höheres Nutzungsentgelt als die DB Cargo AG gezahlt, da diese nur für ein Drittel ihrer Fahrten den InfraCard-Tarif in Anspruch genommen habe.

Die Modellrechnung, die sie für das Jahr 2000 erstellt habe, habe im Übrigen gezeigt, dass die DB Cargo AG bei Anwendung des InfraCard-Tarifs zwar einen um [REDACTED] € niedrigeren Kilometerpreis als die Klägerin gezahlt hätte. Hinzuzurechnen seien aber die für die InfraCard anfallenden Fixkosten in Höhe von 14.060.195,97 DM für die fraglichen Streckenabschnitte. Dies zeige, dass die Klägerin tatsächlich wesentlich weniger bezahlt habe. Sie habe zudem auf Grund günstiger Flexibilisierungsfaktoren Preisnachlässe aushandeln können, die für das Jahr 2000 immerhin einen Betrag von [REDACTED] - DM erreicht hätten.

Soweit die Klägerin sich auf einen bestimmten Marktanteil der DB Cargo AG berufe, stelle sie unzutreffend auf einen isolierten Markt für Schienengüterverkehr ab. Ein solcher existierte jedoch nicht, da nicht außer Acht gelassen werden dürfe, dass der Schienengüterverkehr in einem starken intermodalen Wettbewerb mit Lkw und Binnenschiff stehe. Im allgemeinen Güterverkehrs- und Logistikmarkt betrage der Anteil der Railion Deutschland AG unter 10 %.

Insgesamt gesehen habe die DB Cargo AG vom Trassenpreissystem '98 nicht profitieren können, was sich daran zeige, dass sich die Verkehrsleistung der nicht konzernangehörigen Schienengüterverkehrsunternehmen von 1998 bis 2001 von 0,8 Mio. Trassenkilometer auf 6 Mio. Trassenkilometer deutlich ausgeweitet habe. Dies zeige auch, dass das Trassenpreissystem '98 nicht die von der Klägerin behauptete wettbewerbsbehindernde Wirkung zu Gunsten der DB Cargo AG habe entfalten können.

Es sei darauf hinzuweisen, dass das Bundeskartellamt das Trassenpreissystem '98 nicht für unwirksam erklärt habe. Der Ausgang des Verfahrens sei bis zum Schluss offen gewesen. Auch

habe es sich bei der Einführung des Trassenpreissystems '01 nicht um ein Eingeständnis der Beklagten gehandelt, dass das Trassenpreissystem '98 gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen habe. Das Bundeskartellamt habe jedenfalls vor dem Inkrafttreten des Trassenpreissystems '98 anlässlich einer Besprechung vom Februar 1998 keine Bedenken erhoben. Zu dem gleichen Ergebnis sei auch ein von der Beklagten in Auftrag gegebenes Gutachten gelangt.

Die Beklagte vertritt ferner die Auffassung, dass § 20 GWB bei einem entflochtenen Netzbetrieb von vornherein nicht anwendbar sei.

Im Übrigen ergebe sich aus dieser Vorschrift auch kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot. Das Trassenpreissystem '98 habe das bestehende unterschiedliche Nachfragevolumen berücksichtigt. Der im InfraCard-Tarif enthaltene Fixkostenanteil sei notwendig gewesen, um die Finanzierung der hohen eigenen Kosten der Beklagten bei der Unterhaltung des Schienennetzes im Sinne der Planungssicherheit zu gewährleisten. Beim InfraCard-Tarif sei Auslastungsrisiko auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen verlagert worden. Die in diesem Tarif enthaltene Stückkostendegression haben einen Anreiz dafür bieten sollen, Verkehr auf die Schiene zu verlagern. Der ihr zustehende Preisgestaltungsspielraum wäre erst bei Willkür oder wirtschaftsfremden unternehmerischen Entscheidungen überschritten gewesen, da auch § 20 GWB nicht verlange, dass bei einer zweistufigen Preisgestaltung sämtliche Nutzer identische Preise bezahlen. Beim InfraCard-Tarif habe es sich auch nicht um einen Mengennachlass im Sinne des § 7EiBV gehandelt. Nach dem Trassenpreissystem '98 hätten mit dem InfraCard-Tarif und dem Vario-Tarif zwei unabhängige Entgelte nebeneinander bestanden, ohne dass eine Preisabsenkung auf der Grundlage eines gemeinsamen Grundentgelts vorgesehen gewesen sei.

Zur kartellrechtlichen Erheblichkeitsschwelle habe die Klägerin nicht hinreichend vorgetragen.

Würde die Ungültigkeit des Trassenpreissystems '98 allerdings unterstellt, müssten die von der Klägerin zu zahlenden Entgelte nach dem zuvor geltenden Trassenpreissystem 94 berechnet werden. Wende man dieses allerdings auf den hier relevanten Zeitraum an, ergebe sich ein Gesamtbetrag, der um [REDACTED] DM über den von der Klägerin insgesamt gezahlten entgelten liege. Damit scheidet ein Rückforderungsanspruch der Klägerin von vornherein aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zum ganz überwiegenden Teil begründet. Die Klägerin kann von der Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, die Rückzahlung eines Betrages in Höhe von [REDACTED] € verlangen, da sie im Zeitraum von Januar 2000 bis März 2001 in diesem Umfang Zahlungen an die Beklagte ohne Rechtsgrund erbracht hat.

Die vertragliche Preisvereinbarung der Parteien aus dem am 10.9.1997 geschlossenen Vertrag ist nach Maßgabe der §§ 20 Abs. 1 GWB in Verbindung mit den §§ 134, 139 BGB für den fraglichen Zeitraum nichtig. Das von der Beklagten nach § 3 des Vertrages in Verbindung mit Ziffer 6 (1) der Allgemeinen Bedingungen über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur als Grundlage für die Entgeltberechnung für verbindlich erklärte Trassenpreissystem '98 verstieß zu Lasten der Klägerin gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot des § 20 GWB. Es konnte aus diesem Grund keine taugliche Grundlage für die Berechnung der an die Beklagte für die Trassenutzung zu zahlenden Entgelte darstellen. Die dem Trassenpreissystem '98 immanente Bevorzugung der Konzernschwester der Beklagten, der ehemaligen DB Cargo AG, stellte zugleich eine Behinderung der Klägerin in ihrem Geschäftsverkehr dar.

Nach § 20 Abs. 1 GWB ist es marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift waren vorliegend erfüllt. Insbesondere handelt es sich bei der Beklagten um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne der Norm, da sie in ihrem Marktbereich, dem Angebot von Schieneninfrastruktur zur Nutzung durch Eisenbahnverkehrsunternehmen, keinem maßgeblichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Dies ist zwischen den Parteien auch unstrittig geblieben.

Der von der Beklagten eröffnete Geschäftsverkehr ist gleichartigen Unternehmen auch üblicherweise zugänglich. Dies ergibt sich zum einen bereits rein faktisch daraus, dass die Beklagte den in der Bundesrepublik zugelassenen Eisenbahnverkehrsunternehmen die von ihr vorgehaltene Infrastruktur grundsätzlich ohne Einschränkungen zur Nutzung anbietet. Zum anderen folgt dies aus der Vorschrift des § 14 AEG, nach der die genannten Unternehmen das Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur von Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die dem öffentlichen Verkehr dienen, haben. Der Einwand der Beklagten, sie befinde sich mit der

Klägerin auf dem von ihr beherrschten Markt nicht im Wettbewerb, war im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB unerheblich.

Soweit die Beklagte darüber hinaus die Auffassung vertritt, es fehle bereits an der erforderlichen Gleichartigkeit der Klägerin im Vergleich zur DB Cargo AG, vermochte die Kammer dem nicht zu folgen. Bei dem von der Beklagten herangezogenen Verkehrsaufkommen handelt es sich in diesem Zusammenhang nicht um ein taugliches Abgrenzungskriterium.

Der Begriff des „gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs“ ist im Lichte der auf die Gewährleistung der Freiheit des Marktzugangs gerichteten besonderen Zielsetzung des § 20 Abs. 1 GWB weit auszulegen (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., Rz. 93 zu § 20). Dieses Tatbestandsmerkmal dient allein dazu, zur Aussonderung der von vornherein eindeutigen Fälle eines nicht rechtswidrigen Verhaltens eine verhältnismäßig grobe Sichtung vorzunehmen (vgl. BGH, WuW/E 1829, 1833 –Original-VW-Ersatzteile II; BGH, WuW/E 3058, 3063 –Pay-TV-Durchleitung-; Markert, a.a.O.). Aus diesem Grund reicht regelmäßig bereits die Ausübung der für eine bestimmte Wirtschaftsstufe typischen unternehmerischen Tätigkeit und wirtschaftlichen Funktion im Hinblick auf eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 99). Maßgeblich ist das Verhältnis der zu vergleichenden Unternehmen zur Marktgegenseite des Geschäftsverkehrs (vgl. BGH, WuW/E DE-R 134, 135 –Bahnhofsbuchhandel-). Unerheblich ist dagegen, ob die zu betrachtenden Unternehmen im maßgeblichen Geschäftsverkehr im Verhältnis zueinander gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 99).

Nach dem mithin anzuwendenden eher formalen Gleichheitsmaßstab war eine Gleichartigkeit der Klägerin und der Konzernschwester der Beklagten anzunehmen, da die Klägerin ebenso wie die DB Cargo AG als Nachfragerin für die Nutzung der Infrastruktur der Beklagten auftrat, um Eisenbahnverkehrsdienste anzubieten. Nicht zu berücksichtigen war hingegen die Marktstärke beziehungsweise das Nachfragepotenzial der Unternehmen. Eine Betrachtungsweise, welche diese Faktoren miteinbezüge, liefe dem Grundgedanken des § 20 GWB gerade in Fällen wie dem vorliegenden zuwider, bei dem ein ehemaliges Monopolunternehmen kurze Zeit nach einer Marktliberalisierung noch über erhebliche Marktanteile verfügt. Die Beklagte ist der Darstellung der Klägerin, der Marktanteil der DB Cargo AG habe im Marktsegment des Schienengüterverkehrs noch 2001 bei 94 % gelegen, jedenfalls nicht substantiiert entgegengetreten. Wäre die Marktstärke von vornherein ein Grund, ein solches Unternehmen durch seine fehlende „Gleichartigkeit“ gegenüber seinen Mitbewerbern unterschiedlich zu behandeln, könnte das mit der Marktöffnung bezweckte Ziel der Herstellung eines Wettbewerbs kaum erreicht werden, da neu in den Markt eintretende

Wettbewerber hinsichtlich der ihnen angebotenen Vertragskonditionen nicht mit der nach dem GWB gebotenen diskriminierungsfreien Behandlung rechnen könnten. Auf die weitere von der Beklagten thematisierte Frage, ob die DB Cargo AG ihrerseits als marktbeherrschendes Unternehmen eingestuft werden kann, da diese im Güterverkehr im intermodalen Wettbewerb steht, konnte es nicht ankommen, da hier allein die Nachfragestärke der DB Cargo AG innerhalb des Geschäftsbereichs der Beklagten zu betrachten war.

Schließlich konnte die Annahme der Gleichartigkeit auch nicht daran scheitern, dass die Beklagte und die ehemalige DB Cargo AG dem gleichen Konzern angehören. Konzernunternehmen sind nur dann nicht als gleichartig im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB anzusehen, wenn sie in den Konzern des Normadressaten eingebunden sind (vgl. BGHZ 158, 334; Markert, a.a.O., Rz. 126; Bechtold, GWB, 3. Aufl., Rz. 47 zu § 20). Bei der DB Cargo AG handelte es sich aber nicht um eine Tochtergesellschaft der Beklagten, sondern um ein auf gleicher Ebene in einen Konzern eingebundenes Schwesterunternehmen, wobei die Beklagte selbst und nicht die Konzernmutter, die DB Holding AG, Normadressat nach § 20 Abs. 1 GWB ist.

Schließlich konnte nach Auffassung der Kammer auch das weitere Argument der Beklagten nicht durchgreifen, dass § 20 GWB nach einer Entflechtung von Netzbetrieb und Leistungserbringung keine Anwendung mehr finden könne, da der Netzbetreiber dem nachgelagerten Markt quasi neutral gegenüberstehe.

Im Fall der Beklagten hat eine lediglich juristische Trennung der Infrastruktur vom Bahnbetrieb stattgefunden, nicht jedoch eine vollständige institutionelle Entflechtung. Die DB Cargo AG und die Beklagte befinden sich unter dem Dach der gleichen Holdinggesellschaft, Deutsche Bahn AG, die mit ihren Tochtergesellschaften Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge geschlossen hat (vgl. auch Gersdorf, Marktöffnung im Eisenbahnsektor, ZHR 168, 576, 583). Durch diese vertikale Integration von Netzbetrieb und Leistungserbringung im gleichen Unternehmen kann nicht die Vermutung aufgestellt werden, dass die Beklagte bei ihrer Unternehmensführung nicht auch die wirtschaftlichen Interessen ihrer Konzernschwester mitberücksichtigt. Vielmehr besteht gerade die Gefahr der mittelbaren Diskriminierung von Mitbewerbern der Konzernschwester durch die Aufstellung scheinbar neutraler Nutzungsregelungen für das Netz. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass das Europarecht mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 91/440/EWG in der Fassung der Richtlinie 2001/12/EG, der Eingang in § 9 Abs. 1 ARG gefunden hat, eine getrennte Rechnungsführung für die Bereiche Infrastruktur und Betrieb vorschreibt und den Mitteltransfer zwischen diesen Bereichen Beschränkungen unterwirft.

Durch die Einführung des Trassenpreissystems '98 in den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag behinderte die Beklagte die Klägerin unbillig beziehungsweise behandelte sie ohne sachlichen Grund gegenüber der DB Cargo AG unterschiedlich. Dabei kann letztlich dahinstehen, ob nur einer oder beide genannten Tatbestände erfüllt sind, da sich diese weitgehend überschneiden und eine klare Trennung nicht möglich ist (so zutreffend Markert, a.a.O., Rz. 115 zu § 20). Der weit auszulegende Behinderungsbegriff des § 20 GWB umfasst jedes Verhalten, das die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens nachteilig beeinflusst (vgl. BGH, WuW/E 1829, 1832 –Original-VW-Ersatzteile II). Damit schließt er die wettbewerbsrelevante Ungleichbehandlung ein, da sich diese auch als eine Gestaltungsform der Behinderung darstellt. Beide Begriffe sind „wertneutral“ auszulegen (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 123 zu § 20). Erforderlich aber auch ausreichend ist, dass das jeweilige Verhalten die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens gegenüber anderen Nachfragern beeinträchtigt (vgl. auch OLG Düsseldorf, NJOZ 2005, 1494, 1497).

Das Trassenpreissystem '98 benachteiligte die Klägerin gegenüber der DB Cargo AG unter Berücksichtigung der im Zeitraum seiner Gültigkeit von Mai 1998 bis April 2001 herrschenden Verhältnisse auf dem Markt des schienengebundenen Güterverkehrs bereits von seinem strukturellen Ansatz her.

Die Behinderung von Nachfragern nach der Nutzung der Schieneninfrastruktur der Beklagten wirkt sich zwar nicht auf dem von der Beklagten selbst beherrschten Markt aus, worauf sie zutreffend hinweist, sondern auf dem Drittmarkt des Schienengüterverkehrs. Dies war für die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 1 GWB aber unerheblich, da diese Vorschrift auch dann gilt, wenn ein gegenüber Abnehmern marktstarkes Unternehmen seine Marktmacht einsetzt, um den Wettbewerb von Abnehmern zu behindern (vgl. Schultz in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., Rz. 119 zu § 20 GWB).

Der mit diesem Preissystem neben dem für sämtliche Verkehre anwendbaren Vario-Preis eingeführte InfraCard-Tarif begünstigte einseitig die DB Cargo AG, die durch ihre auf Grund ihres ausreichend großen Verkehrsnetzes und ihrer gegenüber den Mitbewerbern erheblich höheren Verkehrsleistung in Form hoher Zugfrequenzen als einziges Eisenbahnverkehrsunternehmen in der Lage war, diesen Tarif in Anspruch zu nehmen. Damit war die DB Cargo AG durch den mit der Anzahl der in Anspruch genommenen Zugkilometer auf einem bestimmten Netzabschnitt degressiven Kilometerpreis in der Lage, stark frequentierte Strecken zu geringeren Kosten pro Kilometer zu befahren als ihre Wettbewerber. Im Umfang dieser Ersparnis verschaffte die Beklagte der DB Cargo AG einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil.

Der entsprechenden Darlegung der Klägerin ist die Beklagte lediglich mit der Behauptung entgegengetreten, die DB Cargo AG habe lediglich für ein Drittel ihrer Fahrten den InfraCard-Tarif auch tatsächlich genutzt. Dies zeigt aber lediglich, dass die DB Cargo AG in der Lage war, die von der Beklagten geforderten Tarife ihrem Bedarf entsprechend zu wählen und damit eine für sie insgesamt vorteilhafte Mischkalkulation vorzunehmen. Sie konnte die Zahlung des im Kilometerpreis teureren Vario-Tarifs auf weniger häufig befahrenen Strecken durch die im InfraCard-Tarif möglichen Einsparungen auf Hochfrequenzstrecken kompensieren.

Von dieser Planungsflexibilität konnten kleinere Unternehmen wie die Klägerin nicht profitieren, da die Zugangshürden für die Inanspruchnahme des InfraCard-Tarifs auf Großabnehmer wie die DB Cargo AG zugeschnitten waren. So war es für die Klägerin bereits durch den Umstand, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum zum überwiegenden Teil relativ kurze Strecken befuhr, erschwert eine InfraCard zu erwerben, da diese im Güterverkehr nur für Streckenabschnitte von mindestens 250 km zur Verfügung stand. Daneben war der InfraCard-Tarif auf eine hohe Streckennutzung ausgelegt, welche kleine Unternehmen nicht erreichen konnten. Die Beklagte hat dies mit der von ihr für das Jahr 2000 vorgenommenen Musterrechnung selbst belegt, da der von der Klägerin nach dem Vario-Tarif gezahlten Summe von [REDACTED] DM anteilige Kosten für eine InfraCard in Höhe von 14 Mio. DM gegenüber gestanden hätten. Damit war die Klägerin weit davon entfernt, den VarioCard-Tarif selbst nutzen zu können. Hingegen zeigt die Berechnung nicht, dass die DB Cargo AG auf den von der Klägerin befahrenen Strecken höhere Entgelte als die Klägerin gezahlt hat, da die Berechnung fiktiv von der Trassenkilometerleistung der Klägerin ausgeht. Den durchschnittlichen Kilometerpreis, welchen die DB Cargo AG tatsächlich auf den von der Klägerin bedienten Relationen im Jahr 2000 gezahlt hat, hat die Beklagte nicht mitgeteilt.

Die Klägerin war nicht gehalten, den zu Gunsten der DB Cargo AG entstandenen Wettbewerbsvorteil zu beziffern, wobei sie hierzu auch rein tatsächlich ohne Einblick in die Abrechnungunterlagen der Beklagten nicht in der Lage gewesen wäre. Vielmehr wäre es Sache der Beklagten gewesen im Einzelnen darzutun, dass der InfraCard-Tarif bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu niedrigeren Kilometerpreisen für die DB Cargo AG geführt hat.

Soweit die Beklagte behauptet, die DB Cargo AG habe vom InfraCard-Tarif während der Geltung des Trassenpreissystems '98 nicht profitieren können, wird diese These jedenfalls nicht durch den von der Beklagten herangezogenen Umstand belegt, dass die nicht außerhalb des DB Konzerns stehenden Eisenbahnverkehrsunternehmen es trotz der ungünstigeren Behandlung im Hinblick auf die Trassenpreise vermocht haben, ihre Verkehrsleistung sowie ihren Marktanteil

auszuweiten. Zum einen bestand im Bereich des Schienengüterverkehrs angesichts des Marktanteils der DB Cargo AG von 94 % weiterhin ein de-facto-Monopol. Es ist mithin denklogisch keineswegs ausgeschlossen, dass die Mitbewerber der DB Cargo AG bei Anwendung eines anderen Tarifmodells einen noch höheren Marktanteil hätten erzielen können. Zum anderen muss die DB Cargo AG zumindest bei einem Drittel ihrer Fahrten selbst der Ansicht gewesen sein, dass der InfraCard-Tarif für sie wirtschaftlich vorteilhaft ist, da sie diesen als nach kaufmännischen Grundsätzen geführtes Unternehmen sonst nicht in Anspruch genommen hätte.

Das Trassenpreissystem '98 stellte auch eine unbillige Behinderung dar. Die Beklagte hat keinen sachlich gerechtfertigten Grund für die unterschiedliche Behandlung ihrer Kunden benennen können.

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine unbillige Behinderung vorliegt, hat eine umfassende, einzelfallbezogene Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzgebers stattzufinden (vgl. BGH, WuW/E 2919, 2922 – Orthopädisches Schuhwerk-, BGH, WuW/E 1829, 1834 –Original-VW-Ersatzteile II-). Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ein unternehmerischer Freiraum zusteht. Es wird durch das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB grundsätzlich nicht daran gehindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig hält (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 141 zu § 20). Allerdings unterliegt es in seiner Betätigungsfreiheit durch die gebotene Rücksichtnahme auf die wettbewerbliche Betätigung Dritter engeren Schranken als andere Unternehmen. Da der so zu bildende Maßstab ausfüllungsbedürftig ist, sind geeignete Kriterien für die Bewertung der Interessen der Beteiligten zu finden. Dabei können auch bestehende gesetzliche Wertungen berücksichtigt werden (vgl. Schultz, a.a.O., Rz. 126 zu § 20 GWB).

Derartige Wertungen finden sich vorliegend in den spezialgesetzlichen Vorschriften des AEG und der EIBV.

Nach § 14 Abs. 1 AEG haben Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland das Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung der öffentlichen Eisenbahninfrastruktur. Vor allem im Hinblick auf die Preisgestaltung des Netzbetreibers gestalten die Vorschriften der EIBV das Gebot der diskriminierungsfreien Benutzung des § 14 AEG inhaltlich und verfahrensmäßig näher aus.

Die Grundnorm findet sich in § 5 Abs. 1 EIBV, der den Eisenbahninfrastrukturunternehmen das Recht einräumt, die Entgelte für die Nutzung ihrer Infrastruktur frei zu gestalten, diese Freiheit aber zugleich unter den Vorbehalt anderweitiger Bestimmungen in der EIBV stellt. Derartige Bestimmungen finden sich zum einen in § 6 EIBV, der für die Gestaltung der Entgelte für Zugtrassen Bemessungskriterien vorgibt. Eine weitere Ausnahmeregelung existiert mit § 8 EIBV, der bestimmt, dass die Entgelte gegenüber jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen in gleicher Weise zu berechnen sind, soweit sich aus § 4 Abs. 5 EIBV und § 7 EIBV nichts anderes ergibt. Den rechtlichen Maßstab für die Gewährung von etwaigen Entgeltnachlässen findet sich in § 7 EIBV. Die Vorschrift legt in Abs. 2 als einzig mögliche Entgeltnachlässe zum einen den streckenbezogenen Mengennachlass und zum anderen den zeitbezogenen Nachlass fest. Alle anderen Entgeltnachlässe sind verboten (vgl. amtliche Begründung in BR-Drs. 804/97, S. 25). Nach Abs. 3 der Norm sind streckenbezogenen Nachlässe darüber hinaus an enge Voraussetzungen geknüpft. Ihre Gewährung ist dem Grunde nach nur dann zulässig, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Einzelfall durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers nachweisen kann, dass ihm durch die Vergabe einer bestimmten Anzahl an Zugtrassen geringere Kosten entstehen als durch die Einzelvergabe an mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen. Der auf dieser Grundlage gewährte Nachlass muss sich zudem in der Höhe an den eingesparten Kosten orientieren.

Die Norm hatte von ihrem Ansatz her die besondere Wettbewerbssituation im Eisenbahnmarkt im Blick, auf dem den großen Nachfragern innerhalb der Deutschen Bahn AG viele kleine nichtbundes-eigene Eisenbahnen gegenüberstanden. Der auf Grund der Marktöffnung entstehende Wettbewerb sollte nicht dadurch verhindert werden, dass großen Nachfragern regelmäßig Mengennachlässe eingeräumt werden, die kleinere Eisenbahnverkehrsunternehmen schon aus tatsächlichen Gründen nicht erreichen können. Durch das Erfordernis der Vorlage eines Wirtschaftsprüfertests sollte zudem verhindert werden, dass es zur Gewährung nicht kostenorientierter Preisnachlässe kommt (vgl. zu alledem die amtliche Begründung, a.a.O., S. 26).

Die Preisgestaltung nach dem Trassenpreissystem '98 lief diesen rechtlichen Wertungen zuwider, da die Beklagte der DB Cargo AG mit dem InfraCard-Tarif im Ergebnis einen streckenbezogenen Mengennachlass im Sinne des § 7 Abs. 3 EIBV eingeräumt hat.

Soweit diese eine Strecke so häufig befuhr, dass sich für die entsprechende Trasse der Kauf der InfraCard lohnte, zahlte sie ab der Anzahl von Zügen, ab welcher der InfraCard-Tarif günstiger war als der Vario-Tarif, mit weiterem Mehrverkehr einen sich rechnerisch stetig verringern den Kilometerpreis. Damit relativierte sich der zunächst hohe Grundpreis für die InfraCard, der auf die Zahl der Zugtrassen umgerechnet pro Zugkilometer einen so geringen Wert erreichte, dass der

Gesamtpreis pro Kilometer unterhalb desjenigen lag, der nach dem festen Vario-Tarif zu zahlen gewesen wäre. Diese Wirkung, die in der von der Klägerin eingereichten Anlage K 17 grafisch beispielhaft dargestellt ist, kam einem streckenbezogenen Mengennachlass gleich. Die grundsätzliche Richtigkeit der Darstellung hat die Beklagte nicht in Frage gestellt. Soweit sie meint klarstellen zu müssen, dass die Klägerin unter dem Trassenpreissystem '98 nicht einen Preis von 12.- DM pro Zugkilometer gezahlt habe, findet sich eine entsprechende Behauptung im Vortrag der Klägerin nicht.

Die Argumentation der Beklagten, der InfraCard-Tarif habe schon aus dem Grund keinen Mengennachlass darstellen können, da es sich um einen gegenüber dem Vario-Tarif eigenständiges Entgelt gehandelt habe, konnte angesichts des Umstandes, dass der InfraCard-Tarif ausschließlich dem Großabnehmer DB Cargo AG zu Gute kam und damit die Situation eingetreten ist, welche der Ordnungsgeber mit § 7 EIBV gerade verhindern wollte, nicht überzeugen. Es kann keinen Unterschied machen, ob von einem gemeinsamen Grundpreis ausgehend ab einem bestimmten Abnahmevermögen Mengenrabatte gewährt werden oder ob ein Kunde nach einer Kalkulation seines Bedarfs von zwei zur Verfügung stehenden Tarifen denjenigen wählen kann, der ihm durch seine Preisdegression einen wirtschaftlich identischen Einspareffekt zu Gute kommen lässt (so im Ergebnis auch zutreffend OLG Düsseldorf, a.a.O., S. 1502 f.).

Soweit die Beklagte die hier vertretene Auffassung nicht teilt und sich in ihrem Vortrag im Übrigen darauf beruft, dass das Bundeskartellamt das Trassenpreissystem '98 nicht für kartellrechtswidrig erklärt habe, kann auf den von der Beklagten selbst eingereichten Beschluss der 9. Beschlussabteilung vom 16. November 1999 Bezug genommen werden. Darin war das Bundeskartellamt nach einer vorläufigen Einschätzung jedenfalls der Ansicht, dass der fixkostendegressive Effekt des zweistufigen Trassenpreissystems, der wirtschaftlich wie ein Mengenrabatt wirkt, mit § 7 EIBV nicht zu vereinbaren ist. Zwar wurde das entsprechende Verfahren betreffend den Personenverkehr eingeleitet, doch galt in diesem Marktbereich dasselbe Tarifsystem, dessen rechtliche Bewertung wegen der ähnlichen Wettbewerbssituationen in den jeweiligen Bereichen nicht wesentlich vom betrachteten Marktsegment abhängig ist.

Auch außerhalb der engen Wertung des § 7 Abs. 3 EIBV hat die Beklagte keine sachliche Rechtfertigung für die im Trassenpreissystem '98 angelegte Ungleichbehandlung der nachfragenden Eisenbahnverkehrsunternehmen vortragen können.

Allein die erhöhte Planungssicherheit bei der Abdeckung der für die Schieneninfrastruktur entstehenden Kosten konnte unter Berücksichtigung des Maßstabs der Wettbewerbsfreiheit nicht über-

zeugen. Die Beklagte hat in keiner Weise erläutert, wie sich die von ihr für den Kauf einer InfraCard geltend gemachten Kosten berechnet haben, so dass nicht ersichtlich war, dass die Tarifgestaltung tatsächlich allein vom Gedanken der Kostendeckung getragen war. Dagegen sprach auch, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einer Strecke, auf der bereits die DB Cargo AG eine InfraCard erworben hatte, mit dem Kauf einer InfraCard die Fixkosten für den entsprechenden Streckenabschnitt erneut abdecken musste. Damit hätte die Beklagte diesen Anteil ohne zusätzliche Leistungen doppelt erhalten. Daher ist anzunehmen, dass auch die Beklagte von vornherein davon ausging, dass es zu einer solchen doppelten Abdeckung ihrer Kosten nicht kommen konnte, da ausschließlich die DB Cargo AG den InfraCard-Tarif nutzen würde.

Soweit die Beklagte im Übrigen meint, dass auch das Abnahmeverhalten der Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Tarifgestaltung berücksichtigt werden dürfe, blieb unklar, welche Schlussfolgerungen sie hieraus ziehen wollte.

Falls das Abnahme einer großen Zahl von Trassen im Fall der DB Cargo AG zu spürbaren Einsparungen auf Seiten der Beklagten geführt hätte, wäre sie grundsätzlich in der Lage gewesen, diese auch unter Berücksichtigung des § 7 Abs. 3 EIBV weiterzureichen. Falls die Beklagte aus einem bestimmten Abnahmeverhalten hingegen keine eigenen wirtschaftlichen Vorteile ziehen konnte, verbot es sich nach dem Diskriminierungsverbot des § 20 GWB, dem entsprechenden Abnehmer Vorteile einzuräumen.

Die gleiche Überlegung gilt auch für das weitere Argument, ein zweistufiges Preissystem sei geeignet gewesen, Mehrverkehr auf der Schiene zu erzeugen. Für den Betreiber einer feststehenden Infrastruktur kann die Erzeugung von großen Abnahmevolumenta kein Selbstzweck sein, da den erhöhten Einnahmen auch ein größerer Verschleiß und ein damit einhergehender gesteigerter Instandhaltungsaufwand gegenüberstehen. Aus diesem Grund ist die Schaffung einer größeren Nachfrage isoliert nicht als sachgerechter Beweggrund für ein bestimmtes Entgeltsystem anzuerkennen. Der möglicher Weise dahinter stehende politische Wille der Verlagerung eines größeren Anteils des Güterverkehrs auf die Schiene hat bei der kartellrechtlich gebotenen Betrachtung der Interessenlage der betroffenen Marktteilnehmer außer Betracht zu bleiben, da insoweit auf der Seite des Normadressaten nur dessen eigene wirtschaftliche Interessen Berücksichtigung finden können (vgl. auch Schultz, a.a.O., Rz. 127 und 131 zu § 20 GWB).

Damit verstieß die Preisgestaltung des Trassenpreissystems '98 in unbilliger Weise gegen das in § 20 Abs. 1 GWB normierte Behinderungsverbot.

Dies wäre zu Gunsten der Beklagten zwar dann unschädlich gewesen, wenn diesem Preissystem eine lediglich theoretische Eignung zur Behinderung Dritter im Wettbewerb innegewohnt hätte, da

dies für die Anwendung des § 20 GWB im konkreten Fall nicht ausreichend ist (vgl. Schultz, a.a.O., Rz. 118 zu § 20 GWB). Nach dem beiderseitigen Parteivorbringen war jedoch auszugehen, dass die Klägerin in ihrer wettbewerblichen Entfaltung auch tatsächlich beeinträchtigt worden ist. Nach den eigenen Angaben der Beklagten hat die DB Cargo AG, wie bereits erwähnt, im streitgegenständlichen Zeitraum jedenfalls auf einem Dritten ihrer Fahrten den InfraCard-Tarif in Anspruch genommen. Dabei konnte davon ausgegangen werden, dass die DB Cargo AG diesen Tarif nur in Fällen gewählt hat, in denen dies betriebswirtschaftlich sinnvoll war, der letztlich zu zahlende Kilometerpreis also unter demjenigen des Vario-Tarifs lag. Damit konnte die DB Cargo AG bei einem Drittel der von ihr angebotenen Fahrten im Hinblick auf die Trassenkosten billiger produzieren als ihre Mitbewerber, darunter auch die Klägerin. Den entsprechenden Preisvorteil konnte die DB Cargo AG kalkulatorisch nach ihrem Belieben umsetzen.

Für die Frage der konkreten Behinderung unerheblich war die Höhe des der DB Cargo AG durch die Beklagte verschafften Wettbewerbsvorteils, zu dem auf Grund der konzernmäßigen Verflechtung allein die Beklagte hätte vortragen können.

Soweit die Beklagte ausführt, die Klägerin habe durch die Inanspruchnahme „günstiger Flexibilisierungsfaktoren“ auch unter Zugrundelegung des Vario-Tarifs erhebliche Preisnachlässe aushandeln können, stand auch dies der Annahme einer Behinderung beziehungsweise ungerechtfertigten Ungleichbehandlung nicht entgegen. Die Beklagte hat nämlich weder behauptet, dass diese Preisnachlässe geeignet waren, den Wettbewerbsvorteil der DB Cargo AG zu kompensieren, noch geltend gemacht, dass die DB Cargo AG nicht in der Lage gewesen ist, die nicht näher spezifizierten Flexibilisierungsfaktoren zu erfüllen und damit gleichfalls die Gewährung von Preisnachlässen zu vereinbaren.

Aus dem Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB ergab sich die Nichtigkeit der Preisvereinbarung der Parteien aus dem Vertrag vom 10.9.1997 für den Zeitraum der Geltung des Trassenpreissystems '98.

Bei § 20 GWB handelt es sich um ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., Rz. 19 zu § 234), welcher die Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts anordnet. Dies führte vorliegend unter Berücksichtigung des § 139 BGB jedoch nicht dazu, dass der gesamte zwischen den Parteien bestehende Vertrag als nichtig anzusehen gewesen wäre.

Voraussetzung für die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB auf Grund eines Verstoßes gegen § 20 GWB ist, dass sich der Verstoß unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft selbst ergibt und nicht ohne dessen Aufhebung beseitigt werden kann (vgl. Markert, a.a.O., Rz. 226 zu § 20), da im Rahmen des § 134 BGB maßgebend ist, ob der Normzweck der Verbotsnorm die Nichtigkeit erfordert (vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 1541, 1543). Der Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrages sowie dessen weiterer Inhalt - mit Ausnahme der Preisregelung - stellte sich kartellrechtlich neutral dar, so dass sich aus dieser Erwägung heraus keine Gesamtnichtigkeit des Vertrages ergeben konnte. Daneben war zu berücksichtigen, dass § 20 GWB den Schutz des Diskriminierten erreichen will und damit eine Anwendung des § 139 BGB nicht in Betracht kommt, wenn dies ihm jegliche Erfüllungsansprüche nimmt und damit im Ergebnis möglicher Weise noch stärker benachteiligt als eine Aufrechterhaltung des diskriminierenden Vertragsinhalts (vgl. hierzu auch Venrooy, BB 1979, 555, 558).

Auch in anderen Fallgestaltungen führen Verstöße gegen Preisvorschriften regelmäßig nicht zu einer Nichtigkeit des Gesamtvertrages, sondern dazu, dass der Vertrag mit dem zulässigen Preis aufrechterhalten bleibt (vgl. OLG Braunschweig, NJW-RR 19'98, 1313, 1314; OLG Koblenz, Urteil vom 15.12.1994, 5 U 45/94; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Rz. 27 zu § 134).

Zu diesem Ergebnis gelangt man nach Auffassung der Kammer auch mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung.

Es ist als sicher anzunehmen, dass die Parteien den Vertrag auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit ihrer Preisvereinbarung im streitgegenständlichen Zeitraum abgeschlossen und diesem einen gesetzlich zulässigen Inhalt zu Grunde gelegt hätten. Gegenteiliges ist jedenfalls nicht ersichtlich, wobei die Beklagte als marktbeherrschendes Unternehmen nach dem GWB sowie unter Berücksichtigung der Regelung des § 14 AEG einen Vertragsschluss mit der Klägerin ohnehin nicht hätte verweigern dürfen. Zudem kommt ein Wille zum Vertragserhalt durch die in § 8 Abs. 3 des Infrastrukturnutzungsvertrages enthaltene salvatorische Klausel zum Ausdruck, nach welcher die Unwirksamkeit einzelner Teile des Vertrages die Wirksamkeit des Gesamtvertrages bis zur Grenze der Unzumutbarkeit nicht beeinträchtigen sollte.

Der Klägerin stand als Rechtsfolge ein bereicherungsrechtlicher Rückerstattungsanspruch nach Maßgabe des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB in Höhe der Klageforderung zu.

Die Klägerin hat zutreffend nicht die Rückzahlung der gesamten an die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum erbrachten Leistungen gefordert, da hierauf kein Anspruch bestanden hätte.

Vor diesem Hintergrund ist der wiederholte Vortrag der Beklagten, die Klägerin wolle für sich in Anspruch nehmen, das Netz der Beklagten kostenlos zu befahren, nicht nachvollziehbar.

Die der Klägerin durch die vertraglich geschuldeten Leistungen der Beklagten zugeflossenen Vorteile in Form der Nutzung deren Infrastruktur können wegen ihrer Natur nicht mehr herausgegeben werden. Auf Grund der beiderseitigen Leistungserbringung konnte der Bereicherungsanspruch der Klägerin von vornherein nur auf die Herausgabe eines sich zu ihren Gunsten ergebenden Überschusses gerichtet sein.

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge hat nach den Grundsätzen der so genannten Saldotheorie zu erfolgen. Danach ist der Bereicherungsanspruch bei beiderseits ausgeführten gegenseitigen nichtigen Verträgen ein von vornherein in sich beschränkter einheitlicher Anspruch auf Ausgleich aller mit der Vermögensverschiebung zurechenbar zusammenhängender Vorgänge in Höhe des sich dabei ergebenden Saldos (vgl. BGHZ 1, 75; BGH, NJW 1995, 454; BGH, NJW 2000, 3064). Es ist deshalb durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welchen Beteiligten sich ein Überschuss ergibt. Leistung und Gegenleistung sind dabei in Fortgeltung des bei Vertragschluss gewollten Austauschverhältnisses für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung entsprechend § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich zu saldieren. Dies bedeutet bei ungleichartigen Leistungen, dass der Bereicherungsschuldner die erlangte Leistung nur Zug um Zug gegen seine volle Gegenleistung herauszugeben braucht. Wenn die Gegenleistung nicht mehr herausgegeben werden kann, ist der dem Bereicherungsgläubiger zugeflossene Gegenwert anzurechnen (BGH, NJW 19'98, 1951; BGH, NJW 20'01, 1863).

Der Beklagten stand als Gegenleistung an Stelle des kartellrechtswidrigen Vertragspreises dem Grunde nach der in einem ungestörten Wettbewerb unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots des § 20 GWB gebildete Preis zu (vgl. auch OLG München, NJW-RR 2002, 886, 887). Damit war im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO ein hypothetischer Preis zu bestimmen, welcher die durch den InfraCard-Tarif entstandene Bevorzugung der DB Cargo AG aufhob.

Für dessen Bestimmung kam zunächst vor allem der Ansatz in Betracht, den der DB Cargo AG insgesamt zugeflossenen Vorteil zu ermitteln und diesen verhältnismäßig von dem Preis, welchen die Beklagte der Klägerin in Rechnung gestellt hat, in Abzug zu bringen. Für die Vornahme einer solchen Berechnung wäre allerdings erforderlich gewesen, dass die Beklagte diesen Vorteil offen gelegt hätte, was sie jedoch, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, nicht getan hat.

Ein anderer Ansatz, den die Klägerin gewählt hat, war die Ersetzung des der nichtigen Preisvereinbarung zu Grunde liegenden Trassenpreissystems '98 durch ein Preissystem, dem dessen diskriminierende Komponenten fehlten. Eben dies ist im Trassenpreissystem '01 der Fall, da dessen Tarife auf alle die Infrastruktur der Beklagten nutzenden Eisenbahnverkehrsunternehmen in gleicher Weise angewandt werden. Da dieses Preissystem aktueller ist als das Trassenpreissystem '98 und zudem von der Beklagten selbst erstellt wurde kann zudem vermutet werden, dass die auf dessen Grundlage ermittelten Entgelte eine angemessene Gegenleistung für die Inanspruchnahme des Schienennetzes der Beklagten darstellen, da nicht davon auszugehen ist, dass die von der Beklagten durch die Entgelte zu deckenden Kosten seit der Einführung des Trassenpreissystems '98 gesunken sind.

Die Beklagte hat die Kosten, welche für die Nutzung der von ihr zwischen Januar 2000 und März 2001 befahrenen Relationen nach dem Trassenpreissystem '01 angefallen wären, im Einzelnen berechnet (Anlage K 7 zur Klageschrift) und dabei die von ihr verwendeten Berechnungsschritte unter Verwendung der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Software dargelegt. 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 Trassenpreissystem '01 relevant waren. Falls die Berechnung der Klägerin Fehler aufweist oder lückenhaft ist, hätte die Beklagte hierauf hinweisen können und müssen.

Nach dem Trassenpreissystem '01 errechnete sich damit ein Gesamtentgelt für die Streckennutzung in Höhe von [REDACTED] € netto. Zieht man den entsprechenden Bruttobetrag unter Hinzurechnung der Mehrwertsteuer von 16 % von dem für den fraglichen Zeitraum an die Beklagte gezahlten Gesamtbetrag ab, ergibt sich die Klageforderung in Höhe von [REDACTED] €.

Die Beklagte konnte dem Bereicherungsanspruch der Beklagten nicht erfolgreich mit dem Einwand begegnen, dass die von ihr erbrachten Leistungen nach dem Trassenpreissystem 94 abzurechnen seien, nach dem sich sogar ein Saldo zu ihren Gunsten ergebe.

Die Berechnung der von der Klägerin geschuldeten Gegenleistung nach dem Trassenpreissystem 94 war zwischen der Klägerin und der Deutschen Bahn AG zunächst zwar ausdrücklich vertraglich vereinbart worden, da diese Preisstaffel im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im September 1997 gültig war. Die Beklagte hat das Trassenpreissystem 94 jedoch Ende Mai 1998 durch das Trassenpreissystem '98 ersetzt und dieses durch die in § 4 Abs. 1 enthaltene Möglichkeit, die Festsetzung der zu zahlenden Vergütung einseitig zu ändern, in den Vertrag der Parteien

eingeführt. Mit der Wirksamkeit dieser Vertragserklärung der Beklagten bestand für eine Anwendung des Trassenpreissystems 94 kein Raum mehr. Ein Automatismus dahin gehend, dass bei Unwirksamkeit einer vertraglichen Regelung deren Vorgängerregelung wieder in Kraft tritt, existiert im Vertragsrecht nicht. 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 – mit Ausnahme der vor allem die Wirkungen des § 139 BGB betreffenden Klausel in § 8 Abs. 3 – im Vertrag der Parteien nicht. Nach dem Vortrag der Klägerin kann auch nicht angenommen werden, dass ein Rückgriff auf das Trassenpreissystem 94 ihrem Willen beziehungsweise ihren Interessen entsprochen hätte. Zum einen sah dieses gegenüber dem Trassenpreissystem '98 fast durchgängig höhere Entgelte vor, wie auch die von der Beklagten erstellte und als Anlage B 9 a überreichte Modellrechnung zeigt. Zum anderen enthielt das Trassenpreissystem 94 auf das Gesamtnetz bezogene Großkundenrabatte. Seine nachträgliche Anwendung verstieße damit trotz der Einstufigkeit der Preisstaffel gegen § 7 Abs. 3 EIBV, worin einer der Gründe für die Einführung des Trassenpreissystems '98 lag (vgl. Darstellung bei Kramer, Das Recht der Eisenbahninfrastruktur, S. 214).

Andere Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagten im Rahmen der Saldierung eine höhere als die von der Klägerin berechnete Gegenleistung zustünde, waren für die Kammer nicht ersichtlich. Die entsprechende Darlegungslast lag im Rahmen der §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB bei der Beklagten.

Da die Klageforderung bereits nach Maßgabe der genannten Vorschriften begründet war, konnte dahinstehen, ob sich die Klägerin noch auf weitere Anspruchsgrundlagen stützen könnte.

Aus einer Verletzung des § 20 Abs. 1 GWB kann sich war auch ein auf eine identische Rechtsfolge gerichteter Schadensersatzanspruch aus § 33 Satz 1 GWB ergeben, da es sich bei § 20 Abs. 1 GWB um ein Schutzgesetz im Sinne dieser Norm handelt. Ein solcher Anspruch setzte allerdings ein Verschulden auf Seiten der Beklagten voraus, wozu die Klägerin über die bloße Behauptung hinaus, dass ein solche vorliege, nicht hinreichend vorgetragen hat.

Eine Billigkeitskontrolle der vertraglichen Preisabsprache nach § 315 BGB kam nach Auffassung der Kammer vorliegend nicht in Betracht. Zwar findet eine solche regelmäßig bei Tarifverträgen von Unternehmen der Daseinsvorsorge mit der Begründung statt, dass der Kunde auf die Leistung angewiesen und deshalb eine Überprüfung der Tarife nach billigem Ermessen notwendig ist (vgl. etwa BGHZ 115, 311, 316). Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um einen Vertrag über

Leistungen, die den Charakter der Daseinsfürsorge haben. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich zwei Handelsunternehmen gegenüberstehen, kommt eine Anwendung des § 315 BGB grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. auch OLG Karlsruhe, RdE 2005, 51; Rieble in Staudinger, §§ 315-326 BGB, 2004, Rz. 51 zu § 315 BGB).

Hinsichtlich eines Teils der von der Klägerin geltend gemachten Zinsforderung war die Klage allerdings unbegründet und daher abzuweisen.

Die Beklagte konnte auf Grund des Anspruchsschreibens der Klägerin vom 21. Dezember 2004 nicht mit der gesamten Klageforderung in Verzug im Sinne des § 286 Abs. 1 BGB geraten, sondern lediglich in Höhe des mit diesem Schreiben geforderten Betrages, der um 1.788,58 € unter dem mit der Klage geltend gemachten lag. Darüber hinaus hat die Klägerin der Beklagten eine Zahlungsfrist bis zum 27. Dezember 2004 eingeräumt, so dass diese mit der Zahlung des im Anspruchsschreiben genannten Betrages nicht bereits an diesem Tag, sondern erst mit dem 28. Dezember 2004 in Verzug geraten konnte. Wegen des überschießenden Betrages konnte der Verzug der Beklagten erst mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit beginnen, § 291 BGB.

Die Zinshöhe ergab sich aus § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Da die Zuvielforderung der Klägerin lediglich einen verhältnismäßig geringfügigen Teil der Zinsen betraf und aus diesem Grund keine zusätzlichen Kosten verursachen konnte, waren die Kosten des Rechtsstreits insgesamt der Beklagten aufzuerlegen.

Die weitere Nebenentscheidung folgt aus § 709 ZPO.

Pade

Manowski

Dr. Wattenberg

Ausgefertigt

Jankofsky
Justizangestellte

