

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

Lt. Protokoll
verkündet am 15.12.2004

Geschäftsnr.: 3-08 O 72/04

JAe Genetin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

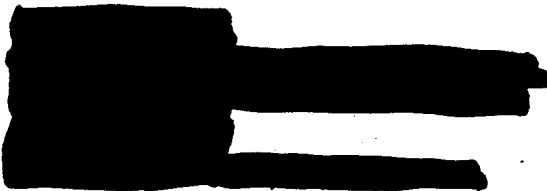
Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

RA	FRIST VERZ.	KR / KGA	MdL
SB	EINGEGANGEN		Kont- nanz
Rück- spr.	18. Jan. 2005		Rück- spr.
zDA	Brauner & Sattler Rechtsanwälte		Zah- lung
	2	5	Stel- lung

mit 30

In dem Rechtsstreit



- Klägerin und
Widerbeklagte -

Proz.-Bev.: Rechtsanwalt Dr. Brauner,
Viktoriastr. 29, 44787 Bochum -

gegen

die DB Energie GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer
Thomas Groh, Richard Hautsch, Frank Meyer,
Pfarrer-Perabo-Platz 2, 60326 Frankfurt am Main,

- Beklagte und
Widerklägerin -

Proz.-Bev.:

hat das Landgericht Frankfurt am Main - 8. Kammer für Handelssachen -

durch Vorsitzenden Richter am Landgericht **Nickel**
Handelsrichter **von Fölkersamb**
Handelsrichter **Möller**

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2004 für Recht erkannt:

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 130 % des beizutreibenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

- Tatbestand -

Az.: 3/8 O 72/04

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Bezahlung von geliefertem Bahnstrom.

Die Klägerin ist ein nach § 6 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) zugelassenes privates Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU), das seit seiner Gründung im Jahr 2001 im Bereich des Schienengüterverkehrs national und international tätig ist. Gesellschafter der Klägerin sind

Zur Erbringung der Güterverkehrsleistungen ist die Klägerin, wie auch andere Privatbahnen, in der Bundesrepublik Deutschland auf die Benutzung des öffentlichen Schienennetzes der DB Netz AG sowie die Inanspruchnahme von 16,7 Hz-Bahnstrom angewiesen. Diesen kauft die Beklagte, ein Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG, als 110 KV-Strom ein bzw. produziert ihn, transformiert den Strom in Unterwerke von 110 KV auf 15 KV und transportiert ihn in Stromleitungen zu den örtlichen Oberleitungen (Fahrdraht), die nicht zum Bahnstromnetz gehören, das die Beklagte betreibt, sondern zum Schienenweg der DB Netz AG (Anlage B 1). Mittels des Bahnstromnetzes der Beklagten wird der Strom für die Triebfahrzeuge zu den Oberleitungen (15-KV-Netz) gebracht.

Eine Konzernschwester der Beklagten ist die ebenfalls Bahnstrom nachfragende Railion Deutschland AG, die auf dem bundesdeutschen Güterschienenverkehr über einen Marktanteil von etwa 94 % verfügt.

Die Klägerin bezog in den Jahren 2001 und 2002 von der Beklagten aufgrund vertraglicher Vereinbarungen Bahnstrom.

Auf einer internationalen Fachmesse für Verkehrstechnik führte die Beklagte am 24.09.2002 eine Kundenveranstaltung durch, zu der auch die Klägerin eingeladen war. Im Rahmen dieser Veranstaltung stellte sie das neue Bahnstrompreissystem 2003 (BPS 03) vor. Wegen der Einführung des BPS 03 kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 26.09.2002 die zwischen ihr und der Klägerin bestehenden Verträge zum 31.12.2002 (Bl. 63 d.A.). Am 16.12.2002 kam es zu einer Besprechung zwischen Vertretern der Beklagten und Vertretern der Klägerin wegen des Abschlusses eines neuen Rahmenstromlieferungsvertrags. Dabei übergaben die Vertreter der Beklagten den Vertretern der Klägerin ein bereits vorgefertigtes Vertragsexemplar nebst den dazugehörigen Anlagen, insbesondere das BPS 03.

Nummer 1 der Bahnstrompreisregelung sah die Lieferung von Bahnstrom gemäß einem nach Zeitzonen differenzierten Arbeitspreis vor. Darüber hinaus enthielt das BPS 03 unter Nummer 3 Rabattregelungen hinsichtlich Laufzeit, Menge und Auslastung bei Bezug des Bahnstroms. Wegen der Einzelheiten des BPS 03 wird auf Bl. 25 und 26 d.A. und wegen der Einzelheiten des am 16.12.2003 übergebenen Vertragsexemplars auf Anlage B 12 verwiesen.

Die Klägerin unterzeichnete den neuen Bahnstromlieferungsvertrag (Rahmenvertrag und Einzelverträge) nicht. Zugleich nahm sie den Bahnstrom der Beklagten weiterhin in Anspruch. Mit Schreiben vom 17.02.2003 (Anlagen B 49) übersandte die Beklagte der Klägerin nochmals den 16,7 Hz-Rahmenstromlieferungsvertrag mit der Bitte, den Vertrag unterschrieben zurückzusenden, damit der Stromverbrauch zu den neuen Konditionen abgerechnet werden könne. Mit Schreiben vom 10.03.2003 (Anlage B 50) teilte die Klägerin mit, dass sie den Rahmenstromlieferungsvertrag nicht unterzeichnen werde.

Die Beklagte führte zum 01.01.2004 das BPS 04 ein. Mit Schreiben vom 19.11.2003 (Anlage B 29) sandte die Beklagte der Klägerin das BPS 04 sowie ein aktuelles Vertragswerk zu. Die Klägerin reagierte daraufhin nicht, bezog jedoch weiterhin Bahnstrom von der Beklagten, den diese seit Januar 2004 nach BPS 04 abrechnete.

Die Beklagte stellte der Klägerin von Januar 2003 bis Juni 2004 Rechnungen und Abschlagsrechnungen (Anlagen B 40 – Anlagen B 57) über [REDACTED] wobei der Verbrauch zu 98,92 % messtechnisch und zu 1,08 % rechnerisch erfasst wurde, sowie eine Abschlagsrechnung für Juli 2004 über [REDACTED]. Die Beklagte zahlte unter Abzug eines Diskriminierungsabschlags von 20 % in 2003 [REDACTED] und bis zum 31.07.2004 weitere [REDACTED]. Für Juli bis Oktober 2004 stellte die Beklagte der Klägerin weitere Rechnungen und Abschlagsrechnungen, auf die in Anlage B 60 bis B 65 verwiesen wird.

Ab 01.01.2005 gilt das BPS 2005 (Anlage B 59).

Die Klägerin trägt vor, dass kein Vertrag zwischen den Parteien konkludent zustande gekommen sei. Jedenfalls fehle es an einer Preisabsprache bzw. diese sei wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 3, § 20 Abs. 1 GWB, §§ 14 Abs. 1 AEG, 3, 7 EIBV in Verbindung mit § 134 BGB nichtig.

Bereits in der Besprechung am 16.12.2002 habe ihr Geschäftsführer den Abschluss eines Vertrags auf der Basis des vorgelegten Rahmstromlieferungsvertrags ausgeschlossen. Der Geschäftsführer der Beklagten habe auch Verhandlungen über das BPS 03 abgelehnt.

Die Beklagte würde ihren Konzernschwestern nur 4,9 bzw. 5,2 Cent in Rechnung stellen und keine Abrechnung nach BPS 03/04 vornehmen.

Von dem Rabattsystem der Beklagten könnten allein die konzernangehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmen, insbesondere die Railion Deutschland AG, profitieren. Die Rabattregelungen, von denen allein die Railion Deutschland AG Gebrauch machen könnte, würde zu einem Nachlaß von 14 % führen, der ihrem Jahresgewinn entsprechen würde. Im Gegensatz dazu könne sie keinen einzigen Rabatt nutzen. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Stromverbrauch ihrer Konzernschwestern überwiegend schätze.

Der Wettbewerb werde durch die Rabattregelungen der Beklagten beeinträchtigt, weil insoweit ein Verhalten ausreiche, das objektiv geeignet sei, zu Beeinträchtigungen zu führen. Auf das Ausmaß der Beeinträchtigung käme es nicht an.

Die Beklagte beantragt,

die Klägerin im Wege der Widerklage zu verurteilen, an sie 
nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

- a)
- b)
- c)
- d)
- e)
- f)
- g)
- h)
- i)
- j)
- k)
- l)
- m)

n)

o)

p)

q)

r)

s)

t)

u)

v)

w)

x)

y)

z)

aa)

bb)

cc)

dd)

ee)

ff)

gg)

hh)

ii)

jj)

kk)

ll)

mm)

nn)

oo)

pp)

qq)

zu zahlen.

Darüber hinaus beantragt die Beklagte festzustellen,

dass über den 30. November 2004 hinaus zwischen den Parteien ein Vertrag über die Lieferung von Bahnstrom in der Fassung des Rahmenstromlieferungsvertrags vom 1. Januar 2003 besteht und der von der Klägerin bezogene Bahnstrom gemäß dem jeweils geltenden Preisblatt zu berechnen und ungekürzt zu vergüten ist, d.h. für Stromlieferungen ab dem 1. Dezember 2004 bis zum 31. Dezember 2004 gemäß dem als Anlage B 28 beigefügten Preisblatt 2004 und ab dem 1. Januar 2005 gemäß dem als Anlage B 59 beigefügten Preisblatt 2005.

Die Beklagte macht im Wege der Widerklage offene Restkaufpreisforderungen für die Lieferung von Bahnstrom in der Zeit vom 01.01.2003 bis 30.11.2004 geltend.

Sie trägt vor, dass die Klägerin den Rahmenstromlieferungsvertrag einschließlich des BPS 03 durch konkludentes Verhalten angenommen habe, indem sie über den 31.12.2002 hinaus den von ihr zur Verfügung gestellten Bahnstrom in Anspruch genommen habe.

Sie ist der Ansicht, dass sie kein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne § 2 Abs. 3 AEG sei, weil das 16,7 Hz-Bahnstromnetz nicht zur vom AEG erfassten Eisenbahninfrastruktur der Beklagten gehöre. Insbesondere die wesentlichen Anlagen- und Netzteile, die für einen Stromtransport erforderlich seien und das eigentliche Bahnstromnetz ausmachen würden, würden nicht von der Anlage zur Verordnung (EWG) Nummer 2598/70 erfasst werden.

Die Beklagte behauptet, in der Besprechung am 16.12.2002 seien die Vertreter der Klägerin aufgefordert worden, das Vertragsangebot binnen zwei Wochen unterschrieben zurückzureichen. Anderenfalls würde der Vertrag auch ohne Unterschrift bindend zustande kommen, wenn die Klägerin nicht ausdrücklich widerspreche.

Insoweit ist die Beklagte der Ansicht, dass der erstmals im Schreiben vom 10.03.2003 geäußerte Widerspruch verspätet sei.

Die Beklagte trägt weiter vor, dass zumindest anzunehmen sei, dass ein vertraglicher Anspruch aufgrund des tatsächlichen Bezugs bestehe, sofern das Gericht der Auffassung sein sollte, der Zahlungsanspruch ergäbe sich nicht unmittelbar aus dem Rahmenstromlieferungsvertrag. Die Höhe ergäbe sich dann aus §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB bzw. § 315 BGB in Verbindung BPS 03/04, da diese das übliche bzw. billige Entgelt wiedergeben würden.

Jedenfalls folge ein Zahlungsanspruch der Höhe nach aus §§ 812, 818 Abs. 2 BGB.

Der Stromverbrauch werde grundsätzlich mit zugelassenen und geeichten Zählern, z.B. den TEMA-Boxen, ermittelt. Sofern eine E-Lok nicht mit einer TEMA-Box ausgerüstet sei, werde der Verbrauch rechnerisch erfasst.

Die BPS 03 und 04 wende sie gegenüber allen ihren Kunden an, auch gegenüber ihren Konzernschwestern (Anlage B 66).

Die Beklagte trägt weiter vor, dass sie keine marktbeherrschende Stellung habe, weil es keinen selbständigen Markt für die Erbringung von Schienenverkehrsgüterleistungen für jedermann gäbe. Insoweit wird auf die Seiten 38 – 41 der Klageerwiderung in Bl. 156 – 159 d.A. verwiesen.

Ihre Rabattregelungen würden allen Cargo-Unternehmen, nicht nur ihren Konzernschwestern zugute kommen. Auch die Klägerin könne in den Genuss kommen, wenn sie die Voraussetzungen erfülle. Es gäbe auch vier Schiengüterverkehrsgesellschaften, die in den Genuss des 50 GWh-Rabatts kämen.

Die Klägerin beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Da die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der Klage teilweise übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist nur noch über die Widerklage zu entscheiden.

Diese ist unbegründet.

Der Beklagten steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch zur Zeit der Höhe nach nicht zu, weil zwischen den Parteien kein Stromlieferungsvertrag mit der Maßgabe, dass die Klägerin den gelieferten Strom nach dem BPS 03 bzw. BPS 04 schuldet (§ 433 Abs. 2 BGB), zustande kam und die Klägerin das in BPS 03 und 04 geregelte Entgelt auch nicht aus anderen Gründen (§§ 812, 818 Abs. 2 BGB) zu zahlen verpflichtet ist.

Zwischen den Parteien kam jedenfalls kein Stromlieferungsvertrag mit dem Inhalt einer konkreten Preisabsprache – BPS 03 – zustande. Insbesondere wurde ein solcher Vertrag nicht durch die Übergabe des Textes des Rahmenstromlieferungsvertrags einschließlich der Anlagen (BPS 03) am 16.12.2004 und der anschließenden Entnahme des von der Beklagten in die Oberleitungen eingespeisten Stroms durch von der Klägerin betriebene E-Loks konkludent geschlossen. Dem steht nämlich § 154 Abs. 2 BGB entgegen.

Danach gilt ein Vertrag im Zweifel solange nicht geschlossen, bis er von beiden Seiten unterschrieben wurde, wenn verabredet wurde, dass der Vertrag schriftlich geschlossen werden sollte. Letzteres liegt hier vor.

Eine Schriftformabrede ist bei wichtigen Verträgen zu vermuten und kann insbesondere durch schlüssiges Verhalten getroffen werden (Palandt/Heinrichs § 154 BGB R. 4).

Bei dem von der Beklagten vorgelegten Vertrag handelt es sich um einen wichtigen Vertrag. Dies ergibt sich bereits daraus, dass er ein Volumen von mehreren Millionen Euro pro Jahr hat.

Darüber hinaus ergibt sich auch aus dem Verhalten der Parteien, dass beide übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass der Vertrag schriftlich abgeschlossen werden sollte. Denn bereits die Herstellung und die Übergabe eines schriftlichen Vertragstextes zum Zwecke der Unterzeichnung des Vertrages sprechen dafür, dass beide Parteien einen schriftlichen Vertrag abschließen wollten. Zumal die Urkunde selbst unter Nummer 10.1 vorsah, dass Änderungen und Ergänzungen des Vertrags der Schriftform bedürfen sollten. Dann liegt es auch nahe anzunehmen, dass der Vertragsabschluss selbst erst recht der Schriftform bedurfte. Alles andere wäre lebensfremd. Dies gilt auch für den Vortrag der Beklagten, ihr Geschäftsführer habe gesagt, dass der Vertrag als geschlossen gelte, wenn er nicht binnen 14 Tage unterschrieben zurückgereicht werde. Zumal dem Schriftverkehr der Parteien nach dem 16.12.2002, insbesondere die Schreiben der Beklagten vom 17.02.2003 (Anlage B 49) und 02.09.2003 (Bl. 86 d.A.), entnommen werden kann, dass auch die Beklagte vorprozessual davon ausgegangen ist, dass kein Vertrag zu den Bedingungen des angebotenen Rahmenstromlieferungsvertrags zustande kam. Anderenfalls hätte sich die Beklagte sicherlich bereits vorprozessual auf die angebliche Äußerung ihres Geschäftsführers berufen.

Im Übrigen wäre ein solcher Vorbehalt der Beklagten wegen der Protestatio-Regel unbeachtlich. Denn es ist widersprüchlich, auf der einen Seite auf der Unterschrift unter den Vertrag zu bestehen und auf der anderen Seite den Vertrag als mündlich oder konkludent geschlossen anzusehen.

Deshalb kommt es auch nicht mehr darauf an, dass die Klägerin erstmals im Schreiben vom 10.03.2003 mitteilte, den Vertrag nicht zu unterschreiben.

Allerdings folgt aus dem tatsächlichen Verhalten der Klägerin, nämlich Bahnstrom von der Beklagten weiterhin abzunehmen, dass kein vertragsloser Zustand besteht. Denn es ist anerkannt, dass – wie hier gegeben – bei Versorgungsverträgen – Lieferung von Strom – ein Vertrag dadurch zustande kommt, wenn aus einem Verteilungsnetz Strom entnommen wird. Dieses Verhalten wird nämlich als Annahme eines Realangebots – Zurverfügungstellung von Bahnstrom – gewertet. Dies gilt im Hinblick auf die Protestatio-Regel selbst dann, wenn der Entnehmer keinen Vertrag schließen will und dies auch ausdrücklich kund tut (Palandt/Heinrichs Einführung vor § 145 BGB R. 28).

Die Anwendung der vorstehenden Grundsätze führt vorliegend jedoch nicht dazu, dass durch die Entnahme von Bahnstrom durch die Klägerin ein Kaufvertrag mit dem Inhalt des BPS 03 und 04 zustande kam. Zwar schuldet ein Entnehmer von Strom grundsätzlich das tarifliche Entgelt, das hier das BPS 03 bzw. 04 ist. Aber vorliegend ist im Hinblick auf § 14 Abs. 4 und 5 AEG davon auszugehen, dass ein Kaufvertrag ohne Preisregelung konkludent zustande kam. Denn die in § 14 Abs. 4 und 5 AEG niedergelegten Regeln gehen einer Auslegung dahingehend, dass die Klägerin aufgrund der Entnahme von Bahnstrom das tarifliche Entgelt schuldet, vor. Das AEG findet nämlich auf das zwischen den Parteien konkludent begründete Vertragsverhältnis Anwendung. Die Klägerin ist ein Eisenbahnverkehrsunternehmen und die Beklagte ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des AEG. Letzteres regelt § 2 Abs. 3 AEG. Danach gehören zur Eiseninfrastruktur die in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nummer 2598/70 aufgeführten Anlagen. Hierzu gehören insbesondere

- Anlagen zur Stromumwandlung (Unterwerke) und
- Stromversorgungsleitungen zwischen Unterwerke und Fahrdrabt.

Sowohl Unterwerke als auch Stromversorgungsleitungen zwischen Unterwerke und Fahrdrabt betreibt die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen. Dem gegenüber führt der Umstand, dass das übrige Bahnstromnetz (die Stromerzeugung und der Transport des 16,7 Hz-Stroms zu den Unterwerken) nicht von der Anlage 1 der Verordnung (EWG) Nummer 2598/70 erfasst wird, nicht dazu, dass die Beklagte deshalb kein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des AEG ist. Denn insoweit ist entscheidend darauf abzustellen, dass die Zurverfügungstellung des Bahnstroms genauso notwendig für den Betrieb der E-Loks durch Dritte ist wie die Überlassung der Bahntrassen einschließlich der Oberleitungen. Beides ist für einen Betrieb notwendig. Deshalb erfordert eine Deregulierung/Liberalisierung des Schienenverkehrs, dass sowohl die Überlassung der Eisenbahntrassen als auch die Zurverfügungstellung des Bahnstroms dem Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 AEG unterstellt werden mit der Folge, dass die Beklagte insgesamt als Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne von § 2 Abs. 3 AEG behandelt wird.

Indem die Klägerin den von der Beklagten in den Fahrdrabt eingespeisten Strom abnimmt, nutzt sie auch die unter die Anlage 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 fallenden Infrastruktureinrichtungen der Beklagten (Unterwerke und Stromleitungen zwischen Unterwerken und Fahrdrabt) bzw. überlässt die Beklagte der Klägerin diese Infrastruktureinrichtungen zur Nutzung.

Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG hat die Klägerin deshalb gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf diskriminierungsfreie Belieferung von Bahnstrom. Nach § 14 Abs. 4 AEG soll das dafür zu zahlende Entgelt zwischen den Parteien vereinbart werden. Wenn eine Vereinbarung nicht zustande kommen sollte, entscheidet nach § 14 Abs. 5 AEG auf Antrag das Eisenbahn-Bundesamt. Diese Regelung legt es nahe anzunehmen, dass eine ausdrückliche Regelung über das Entgelt erforderlich ist und in der Entnahme von Strom keine konkludente Einigung über das tarifliche Entgelt gesehen werden kann.

Vielmehr ist grundsätzlich eine ausdrückliche Einigung erforderlich mit der Möglichkeit, das Eisenbahn-Bundesamt anzurufen. Nur letztere Auslegung des Zusammenspiels der Vorschriften von § 14 Abs. 1, 4 und 5 AEG wird der Forderung des Gesetzes nach diskriminierungsfreier Zurverfügungstellung der Eisenbahninfrastruktur gerecht. Deshalb scheidet auch eine Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB aus. Vielmehr geht insoweit § 14 Abs. 5 AEG als *lex specialis* aus den vorstehenden Gründen vor.

Selbst wenn dies anders beurteilt werden sollte, wäre die Klage dennoch zur Zeit unbegründet, weil die tariflichen Vergütungsregelungen BPS 03 und BPS 04, die als Grundlage des Widerklagebegehrens allein in Betracht kommen, gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 GWB nichtig sind.

Bei der Beklagten handelt es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Insoweit ist auf den Markt der Bundesrepublik Deutschland für die Lieferung von 16,7 Hz-Bahnstrom im Jahr 2003/2004 abzustellen. Dem gegenüber kommt es insoweit nicht darauf an, ob es keinen selbständigen Markt für die Erbringung von Schienenverkehrsgüterleistungen für jedermann gibt. Denn die Beklagte ist nicht auf diesem Markt tätig, sondern Anbieterin von Bahnstrom.

Die Beklagte ist auf dem Markt von Bahnstrom ohne Wettbewerb. Denn Abnehmer von 16,7 Hz-Bahnstrom zum Betrieb des Eisenbahnverkehrs haben keine Möglichkeit, den Strom von dritter Seite zu beziehen (funktionelle Austauschbarkeit).

Hinsichtlich des räumlich relevanten Markts ist vom Gesamtgebiet der Bundesrepublik Deutschland als Regelfall auszugehen.

Indem die Beklagte das Entgelt für den Bezug von Bahnstrom nach den von ihr aufgestellten BPS 03 bzw. 04 der Klägerin berechnete, behinderte sie die Klägerin in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr. Insoweit ist es unerheblich, ob das Preissystem zwischen den Parteien vereinbart wurde oder nicht. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, dass die Beklagte ihre Widerklageforderung einzig und allein auf dieses Preissystem stützt. Da das Preissystem aber kartellrechtlichen Vorschriften widerspricht, ist sowohl eine Vereinbarung nach § 134 BGB nichtig als auch darüber hinaus keine Grundlage gegeben, das Preissystem als billiges oder übliches Entgelt im Sinne von §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 oder 315 Abs. 3 BGB bzw. angemessenes Entgelt im Sinne von § 818 Abs. 2 BGB anzusehen.

Maßgeblicher Geschäftsverkehr ist vorliegend die Überlassung von Bahnstrom zur Durchführung des Eisenbahnverkehrs. Dabei kann auch an dieser Stelle unentschieden bleiben, ob der für § 20 Abs. 1 GWB maßgebliche Geschäftsverkehr im Streitfall die Überlassung der Eisenbahninfrastruktur zum Zwecke der Durchführung aller drei Eisenbahnverkehre (Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr) umfasst oder ob er sich auf die Überlassung der Infrastruktureinrichtungen an solche Eisenbahnverkehrsunternehmen beschränkt, die im Schienengüterverkehr tätig sind.

Unternehmen sind gleichartig, 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 (Immenga /Mestmäcker/Markert § 20 GWB R. 99). Im Rahmen der gebotenen nur verhältnismäßig groben Sichtung reicht für die Gleichartigkeit regelmäßig die Ausübung der für eine bestimmte Wirtschaftsstufe 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 nicht an. Ebenso unerheblich ist, ob die Unternehmen in dem maßgeblichen Geschäftsverkehr im Verhältnis zueinander gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen (Immenga/Mestmäcker/Markert § 20 GWB R. 100 f.). Im Allgemeinen sind solche Unternehmen gleichartig, die als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen auf derselben Wirtschaftsstufe agieren.

Die Klägerin war bei der Nachfrage von Bahnstrom gegenüber allen anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen, die die Beklagte um die Überlassung von Bahnstrom ersuchen, gleichartig. Dies gilt in Bezug auf den Gesamtbereich der Eisenbahnverkehre ebenso wie bezogen auf den Teilbereich des schienengebundenen Güterverkehrs. Denn die Klägerin fragte ebenso wie die anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen um die Überlassung des Bahnstroms der Beklagten nach, um Eisenbahnverkehrsdienste anbieten und erbringen zu können, war folglich wie jene eine gewerbliche Nachfragerin von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen und damit auf derselben Wirtschaftsstufe wie die übrigen Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig. Dies reicht für die Bejahung der Gleichartigkeit aus.

Die Klägerin behinderte auch die Beklagte durch das Vergütungssystem BPS 03 bzw. 04 in dem vorbeschriebenen Geschäftsverkehr.

Der Begriff der Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB ist wertneutral zu verstehen (Immenga/Mestmäcker/Markert § 20 GWB R. 116). Erforderlich aber auch ausreichend ist, dass das zur Beurteilung stehende Verhalten die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens gegenüber anderen Nachfragern tatsächlich beeinträchtigt. Dem gegenüber genügt die bloße Eignung hierfür nicht. Allerdings ist weder ein bestimmtes Maß – erheblich – der Beeinträchtigung (Immenga/Mestmäcker/Markert § 20 GWB R. 118) noch der Einsatz wettbewerbsfremder oder wettbewerbsfeindlicher Mittel erforderlich (Immenga/Mestmäcker/Markert § 20 GWB R. 116).

Das von der Beklagten erstellte BPS beeinträchtigte die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten der Klägerin.

Denn das Preissystem begünstigt den Hauptkonkurrenten der Klägerin auf dem Gebiet des Güterschienenverkehrs, die Railion Deutschland AG, die über einen Marktanteil von etwa 94 % auf dem Gebiet des Güterschienenverkehrs verfügt.

Denn ausschließlich die Railion Deutschland AG war nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten im Vergleich zur Klägerin und anderen Mitbewerbern in der Lage, die Rabattvorteile des BPS 03 auszunutzen. Dies hatte zur Folge, dass die Railion Deutschland AG für die Abnahme von Bahnstrom einen deutlich niedrigeren Preis pro KWh zu zahlen hatte als die Klägerin und alle anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen dieselbe Leistung um bis zu 14 % teurer in Anspruch nehmen mussten.

Denn die Beklagte räumt selbst ein, dass nur vier Güterschienenverkehrsunternehmen in der Lage waren, in den Genuss des 50 GWh-Rabatts (1 %) kommen zu können. Dem gegenüber gewährte die Beklagte ausweislich der Anlage B 66 der Railion Deutschland AG einen Rabatt in Höhe von 14 %.

Das BPS sah einen nach Zeitzonen gestaffelten Arbeitspreis vor und gewährte verschiedene Rabatte (Laufzeit-, Mengen- und Auslastungsrabatt). Während der Arbeitspreis für alle Abnehmer gleich ist, ist die Höhe der Rabatte nach Vertragslaufzeit und Jahresabnahmemenge gestaffelt. Da die Railion Deutschland AG aufgrund ihres Marktanteils von etwa 94 % wesentlich größere Mengen an Strom als ihre Mitkonkurrenten abnehmen kann, kann sie sowohl den Mengenrabatt als auch den Auslastungsrabatt in voller Höhe in Anspruch nehmen. Dem gegenüber kann die Klägerin aufgrund der geringen Anzahl der von ihr betriebenen Güterzüge keinen einzigen Rabatt ausnutzen.

Ähnlich verhält es sich mit dem Laufzeitrabatt, den die Klägerin nicht beanspruchen kann, weil sie nicht bereit ist, einen längerfristigen Vertrag abzuschließen. Diese Entschließung der Klägerin ist auch rechtlich beachtlich, weil sie eine Öffnung des Marktes für Bahnstrom erwartet und auf niedrigere Strompreise durch Drittanbieter setzt. Dem gegenüber hat die Railion Deutschland AG als Konzerngesellschaft der Deutschen Bahn AG, zu der auch die Beklagte gehört, ein Interesse daran, einen längerfristigen Stromvertrag abzuschließen, weil sie auch nach Liberalisierung des Bahnstrommarktes konzernrechtlich verpflichtet sein dürfte, den Strom von der Beklagten zu beziehen. Jedenfalls verfolgt die Railion Deutschland AG als Konkurrentin der Klägerin insoweit andere Interessen, die es ihr eher ermöglichen, einen längerfristigen Vertrag abzuschließen, um auch in den Genuss des Laufzeitrabatts zu kommen.

Die dargestellte Preisdifferenzierung des BPS beeinträchtigte deshalb die Wettbewerbschancen der Klägerin. Diese musste für die Abnahme des Eisenbahnstroms ein deutlich höheres Entgelt zahlen als die Railion Deutschland AG. Sie hatte folglich einen

höheren Kostenaufwand, um ihre schienengebundenen Güterverkehrsdienstleistungen erbringen zu können. Dieser höhere Kostenaufwand begrenzte den finanziellen Handlungsspielraum der Klägerin, namentlich deren Spielraum bei der Preisbildung, und beeinträchtigte damit die Möglichkeit und Chancen der Klägerin, auf dem Angebotsmarkt für schienengebundene Güterverkehrsdienste in einen Wettbewerb mit der Railion Deutschland AG zu treten. Darin liegt zweifellos eine Behinderung der Beklagten im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB, zumal die Railion Deutschland AG auf dem Güterschienenverkehr aufgrund ihres Marktanteils von 94 % ohnehin schon eine marktbeherrschende Stellung hat, die durch das BPS der Beklagten noch verstärkt wird. Einer näheren Darlegung der Klägerin, wie sich der Preisvorteil der Railion Deutschland AG ganz konkret im Wettbewerb auswirkt, ist nicht erforderlich.

Allerdings wirkt sich die Behinderung von Nachfragern von Bahnstrom nicht auf dem von der Klägerin beherrschten Markt aus, sondern auf einem Drittmarkt – Schienengüterverkehr –, auf dem die Beklagte gar nicht tätig ist. Aber § 20 Abs. 1 GWB gilt auch dann, wenn das gegenüber Abnehmern marktstarke Unternehmen diese Marktmacht einsetzt, um den Wettbewerb von Abnehmern zu behindern (Langen/Bunte § 20 GWB R. 119).

Insoweit kommt es nach der Neufassung des GWB nicht mehr darauf an, dass das behinderte Unternehmen auch auf dem beherrschten Markt tätig ist. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass nach der Rechtsprechung des BGH zum Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (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. Nichts anderes kann für das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot aus § 20 Abs. 1 GWB gelten, zumal vorliegend ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB zugleich auch zu einer Nichtigkeit nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB führt.

Bei der Railion Deutschland AG handelt es sich auch um ein gleichartiges Unternehmen im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB, das durch die Preisgestaltung der Beklagten zu Lasten der Klägerin bevorzugt wird.

Zwar werden Konzernunternehmen wegen der wirtschaftlichen Einheit grundsätzlich nicht als gleichartige Unternehmen im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB angesehen. Etwas anderes gilt jedoch bei einer anderen ausdrücklichen gesetzlichen Bewertung (Langen/Bunte § 20 GWB R. 112). Eine solche Ausnahme liegt hier vor.

Denn der Gesetzgeber verpflichtet die Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ihre Infrastruktureinrichtung jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen diskriminierungsfrei zu überlassen. Das schließt im Umkehrschluss nicht nur die Bevorzugung irgendeines fremden Unternehmens, sondern in gleicher Weise auch die Begünstigung eines konzerneigenen Eisenbahnverkehrsunternehmens aus. Die dahingehende gesetzgeberische Anordnung lässt sich bereits § 9 Abs. 1 AEG entnehmen. Danach haben öffentlichen Eisenbahnen, die sowohl Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbringen als auch eine Eisenbahninfrastruktur betreiben, in ihrer Rechnungsführung beide Bereiche zu trennen (Satz 1) und ist eine Quersubventionierung ausdrücklich verboten (Satz 2). § 8 EIBV bestimmt zudem, dass jedem