

Landgericht Frankfurt  
Az.: 3-8 0 16/05

Lt. Protokoll  
Verkündet am 21.09.2005  
S. Richter  
JAe. als UdG



Vert.	Privat net.	KR/ NSA	Mdt.
RA	<b>EINGEGANGEN</b>		Komm. nirt.
SB	29. Sep. 2005		Rück- spr.
Rück- spr.	Brauner & Sattler Rechtsanwälte		Zah- lung
zdA	[Handwritten initials]		Stel- lung

## Urteil

### IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

der

- Kläger -

Prozeßbevollm.: RA Brauner, Viktoriastraße 29, 44787 Bochum,

**g e g e n**

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

-Beklagte -

Prozeßbevollm.:

hat das Landgericht **Frankfurt am Main – 8. Kammer für Handelssachen -**  
durch Vors. Richter am LG **Nickel** als Vorsitzender  
Handelsrichter **Vogelsang** als Beisitzer  
Handelsrichter **Schäfer** als Beisitzer

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom **08.06.2005** für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin nebst Zinsen in  
Höhe von über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit

zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

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

## **Tatbestand:**

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

Die Beklagte unterhält nahezu das gesamte Eisenbahnschienennetz in Deutschland. Insoweit trug die Beklagte in einem Rechtsstreit vor dem Landgericht Duisburg vor, dass rund 36.000 Km Streckennetz in ihrem Eigentum stehe, was rund 87% der gesamten Eisenbahninfrastruktur entspreche (Anlage K 18).

Die Klägerin nutzte die der Beklagten gehörenden Infrastruktureinrichtungen auf der Grundlage des zwischen den Parteien am abgeschlossenen Vertrages über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur. In § 4 des Vertrages ist geregelt, dass sich das Entgelt für die zu erbringenden Leistungen für jeden Bestellvorgang besonders ermittelt werde und sich aus der jeweils gültigen Netzpreisliste ergebe. Die Klägerin bestellte in der Zeit von 2000 bis 2001 auf dem Formular „Trassen-Bestellung“ jeweils Trassen bei der Beklagten zur Nutzung mit ihren Güterzügen. Wegen der Einzelheiten des Formulars wird auf die Anlage K 10 verwiesen. In diesem Formular machte die Klägerin jeweils Angaben zur maximalen Bruttolast in Tonnen, maximalen Geschwindigkeit, Länge des Zugs und zu den Fahrzeugtypen.

Die Beklagte berechnete der Klägerin für die Nutzung ihrer Trassen jeweils ein Entgelt nach dem Trassenpreissystem 98 (nachfolgend: TPS 98).

Das TPS 98 umfasste zwei unterschiedliche Entgeltmodelle. Beim „InfraCard-Tarif“ hatte der Nutzer der Eisenbahninfrastruktur einen jährlichen Grundpreis sowie zusätzlich einen Betrag pro Zugkilometer zu zahlen. Der jährliche Grundpreis

schwankte je nach Streckenkategorie (K 1 – K 6) zwischen 49.100,-- DM und 4.700,- DM; der Kilometerpreis lag je nach Belastungsklasse der in Anspruch genommenen Eisenbahnstrecke (BS, B I – B III) zwischen 3,98 DM und 2,50 DM. Wegen der weiteren Einzelheiten dieser Entgeltberechnung wird auf Bl. 17 – 20 d.A. verwiesen.

Der „Vario-Tarif“ sah dem gegenüber ausschließlich die Zahlung eines Nutzungsentgelts pro Zugkilometer vor. Der Kilometerpreis lag je nach Belastungsklasse (B I – B III) z.B. in der Streckenkategorie K 1 zwischen 15,49 DM und 14,61 DM und in der Streckenkategorie K 2 zwischen 14,42 DM und 13,45 DM. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vario-Tarifs wird auf Bl. 21 d.A. verwiesen.

Der „InfraCard-Tarif“ zeichnete sich dadurch aus, dass der Preis pro Zugkilometer bei einer geringen Nutzung des Schienennetzes den Kilometerpreis des „Vario-Tarifs“ überstieg, dass er aber bei einer höheren Inanspruchnahme unter dem „Vario-Preis“ lag. Mit Zunahme der täglich verkehrenden Züge sank beim „InfraCard-Tarif“ der Preis pro Zugkilometer von 20,-- DM auf bis zu 3,-- DM.

Der „InfraCard-Tarif“ wurde im schienengebundenen Güterverkehr in den Jahren 2000/2001 ausschließlich von der „DB-Cargo AG“ (jetzt: Railion Deutschland AG) - einer Konzernschwester der Klägerin – in Anspruch genommen. Nur sie war das einzige Güterverkehrsunternehmen mit einem solchen Geschäftsumfang, dass der dargestellte Preisvorteil des „InfraCard-Tarifs“ ausgenutzt werden konnte. Die Klägerin und alle anderen Güterverkehrsunternehmen, die das Schienennetz der Beklagten in Anspruch nahmen, waren wegen ihrer geringen Zugzahl dem gegenüber praktisch auf den „Vario-Tarif“ verwiesen.

Letzteres führte die Beklagte insbesondere in ihrem Schriftsatz vom 26.06.2003 an den Bundesgerichtshof in einer nicht Zulassungsbeschwerde aus (K 14).

Die Beklagte stellte der Klägerin für die Nutzung der Trassen in der Zeit von 2000 bis 2001 auf der Grundlage des TPS 98 ein Gesamtentgelt in Höhe von netto in Rechnung (Bl. 61 – 68 d.A.). Die Klägerin zahlte einschließlich der MWSt.

In einem Schriftsatz an das Landgericht Duisburg (K 18) führte die Beklagte aus, dass sich auf dem Segment Schienengüterverkehr der Anteil der Drittunternehmen von 0,01% im Jahr 1998 auf 6% im Jahr 2003 gesteigert habe.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 24.12.2004 zur Rückzahlung von (Bl. 69 – 71 d.A.) und in einem weiteren Schreiben vom 27.12.2004 (Bl. 72/73 d.A.) zur Rückzahlung eines weiteren Betrags von ,eweils bis zum 29.12.2004 auf.

Die Klägerin trägt unter Hinweis auf das Urteil des OLG Düsseldorf vom 19.03.2003 (Bl. 30 – 35 d.A.) vor, dass das TPS 98 wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 GWB) und das Missbrauchsverbot (§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB) nach § 134 BGB nichtig sei mit der Folge, dass sie das vereinbarte Entgelt ohne rechtlichen Grund gezahlt habe. Ihr stehe deshalb ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 BGB wegen Überzahlungen zu, die sie auf der Grundlage des TPS 01 berechnet habe. Insoweit trägt die Klägerin vor, dass sie auf der Grundlage des TPS 01 für den Zeitraum von 2000 bis 2001 lediglich netto geschuldet habe (Berechnung in Bl. 61 – 68 d.A.) und deshalb brutto zurück fordern könne.

Die Klägerin trägt vor, dass die Railion Deutschland AG über einen Marktanteil von 94% auf dem Markt des Güterschienenverkehrs verfügt habe.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie \_\_\_\_\_ nebst Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.12.2004 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, dass § 20 GWB schon deshalb keine Anwendung finde, weil sie auf keinem dem Netzbetrieb nachgelagerten Markt tätig sei und die Klägerin umgekehrt nicht auf dem Markt tätig sei, auf dem sie tätig sei. Denn § 20 GWB setze bei Drittmarktbeeinträchtigungen nach wie vor voraus, dass entweder das angeblich benachteiligte Unternehmen auch auf dem beherrschten Markt oder das den angeblichen Missbrauch begehende Unternehmen auch auf den nicht beherrschten Drittmarkt tätig seien.

Die Beklagte trägt vor, dass die Berechtigung der Klageforderung nicht nachvollziehbar sei. Insbesondere könne sie die Berechnung des Entgelts auf der Grundlage des TPS 01 nicht nachvollziehen.

Sie bestreitet, dass die Klägerin mit Schwesterunternehmen der Beklagten in Wettbewerb stehe und dass es einen freien Markt für Schienengüterverkehrsleistungen gebe. Vielmehr gebe es einen allgemeinen Güterverkehr- und Logistikmarkt, auf den die Railion Deutschland AG nicht annähernd die Marktbeherrschungsvermutung des § 19 Abs. 3 GWB erreiche. Ihr Anteil liege unter 10%.

Die Beklagte bestreitet weiter, dass die Klägerin mit den von ihr bezahlten Nutzungsentgelten um den von der Klägerin in Bezug genommenen Prozentsatz (130%) über den Entgelten der DB-Cargo AG gelegen habe. Auch habe die

DB-Cargo AG nur für ca. 1/3 ihrer Fahrten den InfraCard-Tarif in Anspruch genommen.

Die Beklagte trägt vor, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen einen gewissen Ermessensspielraum bei der Preisgestaltung habe, insbesondere berechtigt sei, auf unterschiedliche Nachfragestrukturen differenziert zu reagieren. Das Nachfrageverhalten der Railion Deutschland AG unterscheide sich von dem der Klägerin sowohl hinsichtlich des Volumens als auch hinsichtlich der Schwankung der nachgefragten Mengen beträchtlich. Dem habe die zweistufige, über die InfraCard im TPS verwirklichte Preisgestaltung gerecht werden sollen. Es sei selbstverständlich, dass bei einer solchen zweistufigen Preisgestaltung nicht sämtliche Nutzer identische Preise bezahlen können. Dies verlange § 20 GWB auch gar nicht. Vielmehr seien die Grenzen des Ermessensspielraums erst dann überschritten, wenn die unterschiedliche Preisgestaltung auf Willkür oder wirtschaftsfremden unternehmerischen Entscheidungen beruhe.

Außerdem habe das OLG Düsseldorf verkannt, dass das Entgelt des InfraCard-Tarifs sich aus zwei Bestandteilen zusammensetze, nämlich zum einen aus dem Entgelt für bestimmte Verkehrsleistungen und zum anderen aus Zu- und Abschlägen. Diese Zu- und Abschläge seien deshalb für sich genommen keine Mengennachlässe i.S.v. § 7 Abs. 3 EIBV, sondern Tarifentgelt nach §§ 5, 6 EIBV, das die Beklagte nach freiem Ermessen festsetzen dürfe.

Ferner könne § 7 Abs. 3 EIBV die nach § 20 Abs. 1 GWB erforderliche umfassende Interessenabwägung nicht vollständig ersetzen. Denn die Vorschrift beziehe sich nur auf streckenbezogene Mengennachlässe und nicht auf die Festsetzung des Entgelts, das grundsätzlich frei gestaltet werden könne.

Selbst wenn TPS 98 kartellrechtswidrig sein sollte, könnte das zu zahlende Entgelt nicht aus TPS 01 entnommen werden, weil es damals noch gar nicht in Kraft getreten gewesen sei. Vielmehr müsse das Entgelt dann auf der Grundlage des

TPS 94 berechnet werden, was zu einem höheren als dem gezahlten Entgelt führen würde. Eine modellhafte Rechnung führe zu einem Entgelt von ..... (Bl. 59 – 258 d.A.) in dem streitgegenständlichen Zeitraum.

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

## **Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist begründet.

Der Klägerin steht ein Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB zu, weil das Tarifsystem TPS 98, auf dessen Grundlage die Beklagte das ihr nach § 4 des zwischen den Parteien bestehenden Vertrages zustehende Entgelt berechnet hat, nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot aus § 20 Abs. 1 BGB nichtig ist.

Die Beklagte ist ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. § 19 Abs. 2 GWB, weil sie nach ihrem eigenen Vorbringen einen Marktanteil von über 1/3 hat (§ 19 Abs. 3 GWB).

Markt im Sinne von § 19 Abs. 2 und 3 GWB ist in räumlicher Hinsicht das Bundesgebiet und in sachlicher Hinsicht die Eisenbahninfrastruktur-einrichtungen. Ob darüber hinaus eine weitergehende Marktabgrenzung geboten ist und für die einzelnen Eisenbahnverkehre (Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterfernverkehr) gesonderte Teilmärkte zu bilden sind, kann für die Entscheidung, ob die Beklagte marktbeherrschend ist, dahinstehen. Denn die Beklagte ist nach ihrem eigenen Vorbringen in einem



Schriftsatz an das Landgericht Duisburg Eigentümerin von rund 87% der gesamten Eisenbahninfrastruktur. Sie ist damit praktisch auf den wichtigsten Eisenbahnstrecken einzige Anbieterin von schienengebundenen Infrastruktureinrichtungen. Als solche ist sie sowohl bezogen auf den Gesamtmarkt der Überlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen als auch bezogen auf für die einzelnen Eisenbahnverkehre etwa zu bildende Teilmärkte keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt.

Indem sich die Beklagte von der Klägerin ein auf der Grundlage des TPS 98 zu berechnendes Nutzungsentgelt versprechen ließ (und auch eingefordert hat), behinderte sie die Beklagte in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr. Maßgeblicher Geschäftsverkehr ist im Streitfall die Nutzungsüberlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen zur Durchführung eines 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 für die Marktgegenseite des Geschäftsverkehrs an. Im Rahmen der gebotenen nur verhältnismäßig groben Sichtung reicht für die Gleichartigkeit regelmäßig die Ausübung der für eine bestimmte Wirtschaftsstufe (Produktion, Großhandel, Einzelhandel) typischen unternehmerischen Tätigkeiten und wirtschaftliche 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, 3. Aufl., § 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 (z.B. als Hersteller, Großhändler, Einzelhändler, gewerblicher Verbraucher).

Die Klägerin war bei der Nachfrage von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen zur Nutzung gegenüber allen anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen, die bei der Beklagten oder den wenigen anderen Eisenbahninfrastrukturunternehmen ebenfalls um die Überlassung ihres Schienennetzes und der sonstigen Infrastruktureinrichtungen ersuchen, gleichartig. Das gilt in Bezug auf den Gesamtbereich der Eisenbahnverkehre (Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr) ebenso wie bezogen auf den Teilbereich des schienengebundenen Güterverkehrs. Denn die Klägerin fragte ebenso wie die anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen die Überlassung der Infrastruktureinrichtungen der Beklagten nach, um Eisenbahnverkehrsdienste anbieten und erbringen zu können, war folglich wie jene eine gewerbliche Nachfragerin der Infrastruktureinrichtungen und damit auf der selben Wirtschaftsstufe wie die übrigen Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig. Das reicht für die Bejahung der Gleichartigkeit aus.

Durch das Vergütungssystem TPS 98, das auch der Entgeltabrede der Parteien zugrunde liegt, behinderte die Beklagte die Klägerin in dem vorbeschriebenen Geschäftsverkehr.

Der Begriff der Behinderung i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB ist wertneutral zu verstehen. Erforderlich aber auch ausreichend ist, dass das zur Beurteilung stehende Verhalten die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens gegenüber anderen Nachfragern beeinträchtigt. Es ist weder ein bestimmtes Ausmaß der Beeinträchtigung noch der Einsatz wettbewerbsfremder oder wettbewerbsfeindlicher Mittel erforderlich (Immenga/Mestmäcker/Marker, § 20 GWB R. 116 ff).

Das Entgeltsystem des TPS 98 beeinträchtigte die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten der Beklagten.

Das TPS 98 begünstigte nämlich die Railion Deutschland AG gegenüber allen anderen Eisenbahnunternehmen, die – wie die Klägerin – zur Durchführung schienengebundener Güterverkehrsdienste bei der Beklagten die Nutzung des Schienennetzes und der sonstigen Infrastruktureinrichtungen nachfragte. Ausschließlich die Railion Deutschland AG war aufgrund ihrer hohen Zugzahlen in der Lage, den Preisvorteil des „InfraCard-Tarif“ auszunutzen. Das hatte zur Folge, dass die Railion Deutschland AG für die Inanspruchnahme der Infrastruktureinrichtungen der Beklagten einen niedrigen Preis pro Zugkilometer zu zahlen hatte als die Klägerin (und alle anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen), die die selbe Leistung nur zu den Preisen des „Vario-Tarifs“ in Anspruch nahmen. Nach dem „Vario-Tarif“ hatte der Nutzer der Infrastruktureinrichtungen ein bestimmtes – nach Streckenkategorien (K 1 – K 6) und Belastungsklassen (B I bis B III) festgelegtes – Entgelt pro Zugkilometer zu entrichten. Der InfraCard-Tarif der Klägerin sah dem gegenüber die Zahlung eines nutzungsunabhängigen Grundpreises und eines – im Vergleich zum „Vario-Tarif“ erheblich reduzierten – Kilometerpreises vor. Er zeichnete sich dadurch aus, dass zwar bei einer geringen Inanspruchnahme der Infrastruktureinrichtungen der Preis pro Zugkilometer über denjenigen des „Vario-Tarif“ lag, dass aber mit steigender

Nutzung des Schienennetzes der Kilometerpreis degressiv sank und ganz erheblich unter dem „Vario-Preis“ liegen konnte. Der Preisabstand vergrößerte sich mit steigender Zugzahl. Während der „Vario-Tarif“ für die genannte Streckenkategorie und Belastungsklasse einen festen Kilometerpreis von 15,49 DM vorsah, belief sich das Entgelt nach dem „InfraCard-Tarif“ z.B. bei 12 Zügen täglich auf 14,59 DM, bei 15 Zügen täglich auf 12,35 DM, bei 20 Zügen täglich auf 10,11 DM, bei 25 Zügen täglich auf 8,76 DM, bei 35 Zügen täglich auf 7,22 DM und bei 40 Zügen täglich auf 6,74 DM. Er sank mit zunehmender Nutzung weiter ab und belief sich etwa bei 100 Zügen täglich auf einen Betrag von nur noch 4,73 DM. Diesen Preisvorteil des „InfraCard-Tarif“ konnte im Bereich der schienengebundenen Güterverkehrsunternehmen allein die Railion Deutschland AG ausnutzen. Nur sie verfügte nämlich aufgrund der Größe ihres Geschäftsbetriebs über einen solchen Bedarf, dass der Kilometerpreis nach dem „Vario-Tarif“ mit Hilfe des „InfraCard-Tarifs“ unterschritten werden konnte.

Insoweit ist es auch unerheblich, ob die Railion Deutschland AG nur für 1/3 ihrer Fahrten den „InfraCard-Tarif“ in Anspruch nahm, denn auch dann blieb noch ein erheblicher Preisvorteil.

Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Railion Union Deutschland AG auf den von der Klägerin genutzten Strecken den „Vario-Tarif“ oder den „InfraCard-Tarif“ in Anspruch genommen hat und den selben Preis wie die Klägerin zahlte. Denn es kommt nicht auf eine streckenbezogene Betrachtungsweise an, sondern darauf, ob die Preisgestaltung des „InfraCard-Tarif“, die nur die Railion Deutschland AG in Anspruch nehmen konnte, im Vergleich zur Preisgestaltung des „Vario-Tarif“ eine Rabattgewährung darstellt und ob diese Rabattgewährung § 7 Abs. 3 EIBV entspricht.

Außerdem trägt die Beklagte selbst vor, dass die Railion Deutschland AG ausnahmsweise – z.B. im Monat März 2001 – den „Vario-Tarif“ in Anspruch genommen habe, was bedeutet, dass die Railion Deutschland AG

überwiegend auf den Strecken, die die Klägerin nutzte, den „InfraCard-Tarif“ in Anspruch genommen hat.

Die dargestellte Preisdifferenzierung des TPS 98 – die mit dem „InfraCard-Tarif“ einseitig die Railion Deutschland AG begünstigte – beeinträchtigte die Wettbewerbschancen der Klägerin. Die Klägerin musste nämlich für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktureinrichtungen der Beklagten ein höheres Entgelt zahlen als die Railion Union 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 Möglichkeiten und Chancen der Klägerin, auf dem Angebotsmarkt für schienengebundene Güterverkehrsdienste in einen Wettbewerb mit der Railion Deutschland AG zu treten. Darin liegt zwanglos eine Behinderung der Klägerin im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB, zumal die Railion Deutschland AG auf den Güterschienenverkehr aufgrund ihres Marktanteils – wie die Beklagte in einem Schriftsatz an das Landgericht Duisburg selbst einräumt – von rund 94% ohnehin schon eine Marktbeherrschungsstellung hat, die durch das TPS 98 noch verstärkt wurde. Einer näheren Darlegung der Klägerin, wie sich der erhebliche Preisvorteil der Railion Deutschland AG bei den jeweiligen Zugtrassen ganz konkret im Wettbewerb ausgewirkt hat, bedarf es nicht.

Allerdings wirkte sich die Behinderung von Nachfragern von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen nicht auf dem von der Klägerin beherrschten Markt aus, sondern auf einen 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 auf dem beherrschten Markt tätig ist. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 (in BGH NJW 2004, 2375, 2376 ausdrücklich offen gelassen), zumal vorliegend ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB zugleich auch zu einer Nichtigkeit nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB führt. Denn es ist nicht gerechtfertigt, den von derartigen Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmer betroffenen Unternehmen den Schutz des § 20 Abs. 1 GWB generell zu versagen, weil sowohl § 19 Abs. 1 GWB als auch § 20 Abs. 1 GWB den selben Schutzzweck haben, nämlich marktbedingte Marktzugangsbehinderungen zu verhindern (Immenga/Mestmäcker/Markert 3. Aufl., § 20 GWB R. 29).

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

Zwar werden Tochterunternehmen von Konzernunternehmen wegen der wirtschaftlichen Einheit grundsätzlich nicht als gleichartige Unternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB angesehen. Etwas anderes gilt jedoch bei einer anderen 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 aus, sondern in gleicher Weise auch die Begünstigung eines konzerneigenen

Eisenbahnverkehrsunternehmens. Die dahingehende gesetzgeberische Anordnung lässt sich bereits § 9 Abs. 1 AEG entnehmen. Danach haben öffentliche Eisenbahnen, die – wie die Beklagte – sowohl Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbringen als auch eine Eisenbahninfrastruktur betreiben, in ihrer Rechnungsführung beide Bereiche zu trennen (S. 1), und ist eine Quersubventionierung ausdrücklich verboten (S. 2). § 8 EIBV bestimmt zudem, dass jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber in gleicher Weise die allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur anzuwenden und die Nutzungsentgelte zu berechnen sind. § 3 Abs. 1 Nr. 2 EIBV wiederholt dieses Gebot und ordnet an, dass die Eisenbahninfrastrukturunternehmen den diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Einrichtungen dadurch sicherstellen, dass sie allgemeine Geschäftsbedingungen einschließlich der Verzeichnisse der Nutzungsentgelte einheitlich für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen aufstellen. Aus alledem folgt für die Beklagte, dass auch das Konzernunternehmen Railion Deutschland AG zum Kreis der Nutzer der Eisenbahninfrastruktureinrichtungen gehört, auf die bei dem Gebot zur diskriminierungsfreien Überlassung der Infrastruktur – und mithin im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB – abzustellen ist.

Die Behinderung der Klägerin im Wettbewerb war auch unbillig.

Ob gleichartige Unternehmen im Wettbewerb unbillig behindert werden, ist auf der Grundlage einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellgesetzes zu entscheiden. In diesem Rahmen sind zum einen die Interessen des behindernden Normadressaten zu berücksichtigen, wobei grundsätzlich alle Belange in die Bewertung einbezogen werden müssen, soweit sie nicht auf einen gesetzeswidrigen Zweck gerichtet sind oder sonst gegen gesetzliche Vorschriften oder Zielsetzungen verstoßen. In die Abwägung einzustellen ist

zum anderen das Interesse des behinderten Unternehmens an einer von marktbedingten Beeinträchtigungen möglichst freien wettbewerblichen Betätigung (Immenga/Mestmäcker/Markert, § 20 GWB R. 129 – 133). Bei der Würdigung der beiderseitigen Interessen ist zu berücksichtigen, dass auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ein unternehmerischer Freiraum zusteht. Dieses wird deshalb durch das Verbot des § 20 Abs. 1 GWB im Grundsatz nicht daran gehindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich und sinnvoll richtig hält. Ein Unternehmen mit besonderer Marktmacht unterliegt im Vergleich zu anderen Unternehmen allerdings engeren Schranken in seiner Betätigungsfreiheit. Aus der Verpflichtung des marktmächtigen Unternehmens, auf die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit Dritter und auf die im Allgemeininteresse liegende Freiheit des Wettbewerbs Rücksicht zu nehmen, folgt, dass die Behinderung gleichartiger Unternehmen im Wettbewerb nur dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn sie objektiv sachgemäß und angemessen ist (Immenga/Meßmecker/Markert, § 20 GWB R. 142). Dementsprechend ist auch eine differenzierende Preisgestaltung – wie sie hier vorliegt – nur zulässig, wenn sie nach Ausmaß und Höhe durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist (Immenga/Mestmäcker/Markert, § 20 GWB R. 176, 177).

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Preisgestaltung des TPS 98 – auf dessen Grundlage das von der Beklagten zu zahlende Nutzungsentgelt berechnet wurde – diskriminierte die Beklagte in kartellrechtswidriger Weise.

Maßstab für die rechtliche Beurteilung ist § 7 Abs. 3 EIBV. § 7 EIBV setzt der Preisbildungsfreiheit der Klägerin (§ 5 Abs. 1 EIBV) Grenzen. Die Vorschrift lässt in Absatz 2 lediglich 2 (näher bezeichnete) Preisnachlässe zu, nämlich zum einen den streckenbezogenen Mengennachlass (Abs. 2 Nr. 1) und zum anderen den zeitbezogenen Nachlass (Abs. 2 Nr. 2). Ein streckenbezogener



Mengennachlass ist dabei nur unter engen Voraussetzungen erlaubt. Er darf gemäß § 7 Abs. 3 EIBV ausschließlich dann eingeräumt werden, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Einzelfall nachweisen kann, dass durch die Vergabe einer Anzahl von Zugtrassen an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen oder an Zusammenschlüsse von Eisenbahnverkehrsunternehmen geringere Kosten (einschließlich der Kosten der Benutzung von Strecken) entstehen, als durch die Einzelvergabe an mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen (S. 1 und 2). Der streckenbezogene Mengennachlass darf überdies die nachgewiesene Kostenminderung nicht überschreiten (S. 3). Der Nachweis der Kostenminderung ist schließlich durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu führen (S. 4).

Nur wenn bei der Gewährung eines streckenbezogenen Mengennachlasses diese Vorgaben eingehalten sind, liegt eine diskriminierungsfreie – d.h. i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB „nicht unbillige“ – Entgeltgestaltung vor. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Regelungszweck des § 7 Abs. 3 EIBV. Die Norm dient der Umsetzung der Richtlinie 95/19/EG des Rates vom 19. Juni 1995 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität und die Berechnung von Weegeentgelten. Die Richtlinie sieht in Artikel 7 vor, dass die Weegeentgelte bei gleichartigen Verkehrsdiensten auf dem selben Markt ohne Diskriminierung erhoben werden, und verpflichtet die Mitgliedsstaaten, Vorschriften für die Festsetzung dieser – diskriminierungsfreien – Entgelte zu erlassen. Der bundesdeutsche Gesetzgeber ist dieser Verpflichtung nachgekommen. Er hat in § 14 Abs. 1 AEG das Recht der inländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu der Eisenbahninfrastruktur der Eisenbahninfrastrukturunternehmen gesetzlich festgeschrieben und in § 26 Abs. 1 Nr. 6 + 7 AEG das Bundesministerium für Verkehr zum Erlass von Rechtsverordnungen „Über den diskriminierungsfreien Zugang zu Eisenbahninfrastruktur einer Eisenbahn“ sowie „Über die Grundsätze zur Erhebung des Entgelts für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur“ ermächtigt. Der Verordnungsgeber hat durch den