



RA	EINGEGANGEN	Kennr satz
SB	26. AUG. 2008	Fäll spt
Rück spr	BSU Rechtsanwälte	Zähl ung
ZdA		Stell ung

Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Urteil

Geschäftsnummer: 91 O 95/06 Kart

verkündet am : 21.08.2008

In dem Rechtsstreit

Großmann, Justizangestellte

der DB Netz AG,
vertreten d.d. Vorstand,
d. vertreten d.d. Vorstandsvorsitzenden Roland Heinisch,
Rechtsabteilung GRI 1 - O/SO,
Köthener Straße 2, 10963 Berlin,

Klägerin und Widerbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

g e g e n

[REDACTED]

Beklagte und Widerklägerin,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwaltskanzlei Brauner Schurgers Uhlenhut,
Kleppingstraße 9 - 11, 44135 Dortmund,-

hat die Kammer für Handelssachen 91 des Landgerichts Berlin in Berlin-Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 07.08.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Beier und die Handelsrichter Eckardt und Heißenbüttel

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an die Beklagte [REDACTED] nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.1.2007 zu zahlen.
3. Im Übrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 59% und die Beklagte 41%.
5. Das Urteil ist für beide Parteien gegen Leistung einer Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Vergütung für Netzinfrastruktur- und Anlagennutzungen für die Monate Juni 2005 bis Januar 2006.

Die Klägerin ist ein nach den Vorschriften des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) zugelassenes öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das nahezu die gesamte öffentliche Eisenbahninfrastruktur vorhält und Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) zur Nutzung anbietet. Die Klägerin ist eine Tochtergesellschaft der DB AG, aus der sie im Jahr 1999 ausgegliedert wurde.

Die Beklagte führte jedenfalls von Juni 2004 bis Januar 2006 unter der Firma [REDACTED] [REDACTED] als ein nach § 6 AEG zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen Schienengüterverkehrsleistungen auf dem Streckennetz der Klägerin aus und stand in dieser Zeit mit der Railion Deutschland AG, einem EVU und Tochterunternehmen der DB AG, im bundesweiten Wettbewerb. Die [REDACTED] (im Folgenden ebenfalls als Beklagte bezeichnet) hat nach Klageerhebung zunächst in [REDACTED] und ist schließlich auf die Beklagte, die [REDACTED] worden.

Die Klägerin schloss mit der Beklagten mit Datum vom [REDACTED] einen Vertrag über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der Klägerin (Bl. I/20-26 d.A.). Vertragsbestandteil waren unter anderem nach § 2 des Vertrages die Allgemeinen Bedingungen über die Nutzung der

Eisenbahninfrastruktur der Klägerin - ABN mit Stand 24.5.1998 (Anlage K 25), die als Anlage 1 Bestandteil des Vertrages wurden. Gemäß § 3 berechnete sich das für die Streckennutzung nach Nr. 1 Abs. 3 Nr. 1 ABN zu entrichtende Entgelt aus der Netzpreislite und das für die Anlagennutzung nach Nr. 1 Abs. 3 Nr. 2 ABN zu entrichtende Entgelt aus der Anlagenpreislite. Entsprechend war in Nr. 7 Abs. 1 ABN Stand 24.5.1998 geregelt, dass Grundlage für die Entgeltberechnung die jeweils gültige Trassen bzw. Anlagenpreislite der Klägerin sein sollte. Zahlungen waren von der Beklagten 20 Tage nach Rechnungsstellung zu erbringen (Nr. 5 der Anlage 2 zum Vertrag).

In Nr. 7 Abs. 4 ABN heißt es:

"Ausschluß von Einwendungen

Einwendungen des EU gegen die in Rechnung gestellten nutzungsabhängigen Preise oder Preisbestandteile hat es binnen sechs Wochen nach Zugang der Rechnung der DB AG schriftlich anzuzeigen. Die Unterlassung rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung. Die DB AG wird in ihren Rechnungen auf die Folgen einer unterlassenen rechtzeitigen Anzeige besonders hinweisen. Gesetzliche Ansprüche des EU bei begründeten Einwendungen nach Fristablauf bleiben unberührt."

Mit Schreiben vom 27.2.2004 (Anlage K 33) kündigte die Klägerin der Rechtsvorgängerin der Beklagten ab 12.12.2004 geltende neue Trassenpreise an. Mit Schreiben vom 18.2.2005 (Anlage K 34) kündigte die Klägerin der Rechtsvorgängerin der Beklagten ab 11.12.2005 geltende neue Trassenpreise an.

Beide Trassenpreisliten basieren auf dem gegenüber dem ursprünglichen als TPS 98 bezeichneten Preissystem geänderten Preissystem TPS '01. Das TPS '01 enthält drei bestimmende Preiskomponenten: Den Grundpreis, welcher sich an der Streckenkategorie und der Auslastung orientiert, den Produktfaktor, welcher auf das Trassenprodukt abstellt und die Zu- und Abschläge, die Sonderfaktoren berücksichtigen.

Für den Güterverkehr unterscheidet das TPS '01 weiter zwischen drei Trassenprodukten: Güterverkehrs-Express-Trasse, Güterverkehrs-Standard-Trasse, Güterverkehr-LZ-Trasse und Güterverkehrs-Zubringer-Trasse.

Die Beklagte legt als Anlage B 6 eine Trassenpreislite mit Stand Januar 2002 vor, auf die

verwiesen wird. In den ab 12.12.2004 und 11.12.2005 geltenden Trassenpreislisten (abrufbar unter

http://www.db.de/site/shared/de/dateianhaenge/infomaterial/trasse/trassen__trassenpreissystem20041212.pdf und http://www.db.de/site/shared/de/dateianhaenge/infomaterial/trasse/trasse__trassenpreissystem20051211.pdf) heißt es:

"Güterverkehrs-Zubringer-Trasse

Die Trasse kann für die Überführung beladener und leerer Wagen im Einzelwagenverkehr zwischen den Güterverkehrsstellen und den Zugbildungsanlagen der DB Netz AG bestellt werden. Sie muss in unmittelbarem Zusammenhang mit der Nutzung einer Güterverkehrs-Standard bzw. Express-Trasse stehen und darf eine Trassenlänge von 75 km nicht überschreiten.

Die mitgeführten Wagen müssen zur Sammlung bzw. Verteilung auf mehrere Güterverkehrsstellen vorgesehen sein. Ein schlüssiges Bedienkonzept für die betreffende Region muss vorgelegt werden."

Die Produktfaktoren, die mit dem Grundpreis zu multiplizieren sind, lauten für die Express-Trasse 1,65, für die Standard-Trasse 1,00 und für die Zubringer-Trasse 0,50.

Gemäß 5.6 der Preislisten verlangt die Klägerin für sog. Sondertrassen einen multiplikativen Zuschlag in Höhe von 10% des Grundpreises. Die Regelung lautet:

"5.6. Sonderzuganmeldungen

Für alle Sondertrassen, die nicht für den Jahresfahrplan angemeldet wurden, nicht in die Fahrplanunterlagen des Jahresfahrplans aufgenommen wurden und höchstens 30-mal im Fahrplanjahr genutzt werden, wird ein multiplikativer Zuschlag erhoben (siehe 5.1.). Nur Produkte, die unter die Produktkategorie LZ-Fahrten fallen, sind von dieser Regelung ausgenommen und werden daher nicht mit diesem Zuschlag belegt."

Von Juni 2005 bis Januar 2006 stellte die Klägerin Rechnungen an die Beklagte in Höhe von insgesamt [REDACTED]. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Rechnungen:

Nr.	R.-Datum	Abrechnungs-	Brutto-Betrag	Anlage K	Betroffene technische Anlagen
-----	----------	--------------	---------------	----------	-------------------------------

Dabei betrafen die Rechnungen in den Anlagen K 2 – K 6 sowie in den Anlagen K 21 – K 24 in Höhe von insgesamt brutto [REDACTED] die Trassennutzung und die in den Anlagen K 7 – K 20 vorgelegten Rechnungen in Höhe von insgesamt [REDACTED] brutto die Nutzung von Anlagen.

Die Beklagte bezahlte die in der Aufstellung (Anlage B 11) aufgeführten Rechnungen der Klägerin vom 14.7., 21.9., 27.9., 19.10., 11.11., 9.12.2004, 24.1., 22.2., 29.3., 25.4., 24.5. und 4.7.2005 (Anlagenkonvolut B 12) für die Trassennutzung im Zeitraum Juni 2004 bis Mai 2005 in Höhe von insgesamt [REDACTED]. Die Rechnungen Nr. 1 - 23 für den Zeitraum Juni 2005 bis Januar 2006 bezahlte die Beklagte nicht mit Ausnahme eines Teilbetrages in Höhe von [REDACTED], den sie auf die Rechnung vom 2.6.2005 leistete.

Die Klägerin verlangt Bezahlung der offenen Rechnungsbeträge für den Zeitraum Juni 2005 bis Januar 2006 in Höhe von insgesamt [REDACTED].

Die Klägerin behauptet, auf ihrem Schienennetz sei im Jahr 2005 eine Güterverkehrsleistung von ca. 199 Mio. Trassenkilometern (Trkm) erbracht worden, hiervon ca. 164 Mio Trkm oder ca 82 % von der Railion Deutschland GmbH. Von der Gesamtleistung entfielen auf die Güterverkehrs-Zubringer-Trassen 10,6 Mio Trkm oder 5,3 % . Neben der Railion Deutschland GmbH hätten im Jahr 2005 32 auf S. 11 des Schriftsatzes vom 17.11.2006 näher aufgeführte Eisenbahnunternehmen Verkehre unter Anwendung des Produktfaktors "Zubringer-Trassen" abgewickelt. Durch ein mit dem Eisenbahnbundesamt abgestimmtes Verfahren sei gewährleistet, dass Gleisanlagen, die die Railion Deutschland GmbH aufgrund Vertrag nutze, auch von anderen EVUs genutzt werden könnten.

Die Klägerin meint, da die Anwendung des Produktfaktors "Zubringer-Trasse" nur 5,3 % der Gesamtleistung ausmache, sei die kartellrechtliche Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht . Sie verweist darauf, dass alle Abnehmer bei Nutzung der Zubringer-Trassen denselben Preis bezahlen müssten. Beim Zubringer-Trassenverkehr würden durch kurze Zuglängen und geringe Entfernungen nur geringe Verkehrsleistungen erbracht. Es bestehe zudem ein erhöhter Aufwand, da zusätzlich Rangierpersonal benötigt werde, da häufig aufwändige Rangierbewegungen notwendig seien. Der Zubringerverkehr könne nicht kostendeckend durchgeführt werden. Anderenfalls würden die Endkunden zu anderen Verkehrsträgern wechseln. Daher bestehe für die Preisdifferenzierung auch ein sachlicher Grund.

Auf eine Unbilligkeit der Preise könne sich die Beklagte nicht mit Erfolg berufen, da sie die Preise nicht aufgrund eines vereinbarten Leistungsbestimmungsrechts einseitig festgelegt habe. Diese

seien vielmehr von der Beklagten stillschweigend akzeptiert worden.

Die Beklagte könne einzelne Positionen in den streitgegenständlichen Rechnungen nicht rügen, da sie gemäß Nr. 7 Abs. 4 ihre Einwendungen nicht innerhalb von 6 Wochen nach Zugang der Rechnung geltend gemacht habe. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Gegenansprüchen sei wegen des Aufrechnungsverbots in Nr. 7 Abs. 8 der ABN und wegen inhaltlicher Unbestimmtheit unzulässig.

Soweit sich die Beklagte gegen die Rechnungen, die die Anlagennutzung betreffen, wird zusätzlich auf den weiter unten dargestellten Sach- und Streitstand verwiesen.

Die Klägerin beantragt,

zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen,

sowie hilfsweise widerklagend

die Klägerin zu verurteilen, an sie [REDACTED] nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 5.10.2007 sowie weitere [REDACTED] nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 17.1.2007 zu zahlen.

Die Beklagte behauptet, die Railion Deutschland AG verfüge auf dem Markt für die Erbringung von Schienengüterverkehrsleistungen über einen Marktanteil von 94 %.

Allein der Railion Deutschland AG komme der Produktfaktor "Zubringer-Trasse" zugute, denn nur sie habe einen so großen Marktanteil, dass sie bei nahezu allen Fahrten an den sog. Unterwegsbahnhöfen Zugteile abhängen oder hinzufügen könne. Demgegenüber seien die übrigen Wettbewerber auf Transporte mittels Ganzzügen angewiesen. Sie sei überdies an der Nutzung der Zugbildungsanlagen dadurch gehindert, dass diese von der Railion Deutschland AG angemietet seien oder in ihrem Eigentum ständen. Hinreichende freie Kapazitäten ständen nicht zur Verfügung. Gegenüber der [REDACTED] habe die Klägerin den Produktfaktor "Zubringer-Trasse" nicht angewendet, wie das Urteil des Landgerichts Duisburg (Anlage B 16) belege. Dieses Unternehmen habe nur über die [REDACTED]

Zubringertrassen erhalten, da es dort eigene Geleise für Rangierarbeiten gehabt habe. Die Klägerin setze für die Nutzung der Zubringertrassen eine vorherige Beförderung durch die Railion Deutschland GmbH voraus.

Die Beklagte meint, die Klägerin könne die für die Trassennutzung geltend gemachte Vergütung nicht verlangen, weil die Preisabrede zu den Trassenkosten nichtig sei. In der Anwendung des Produktfaktors "Zubringer-Trasse" liege ein unzulässiger Rabatt von 50 % für die Zubringertrassen, der nur der Railion Deutschland AG zugute komme. Die Klägerin als marktbeherrschendes Unternehmen behandle sie ohne sachlichen Grund durch die Anwendung des Produktfaktors "Zubringer-Trasse" gegenüber ihrer Konkurrentin, dem Schwesterunternehmen der Klägerin, der Railion Deutschland AG, unterschiedlich und behindere sie. Ein sog. Erheblichkeitszuschlag sei gesetzlich nicht geboten und in konkreten Fall nicht erforderlich. Die Trassenkilometer allein seien für die Bestimmung des Marktanteils nicht maßgeblich, da sie die transportierten Massen nicht berücksichtigten.

Die Preisabrede sei daneben wegen Verstoßes gegen die Preisvorgaben des § 14 AEG unwirksam. Der Preisnachlass in Höhe von 50 % laufe § 7 Abs. 3 EIBV a.F. (§ 23 EIBV n.F.) zuwider. Der Nachlass sei insbesondere nicht durch eingesparte Verwaltungskosten sachlich gerechtfertigt.

Die geltend gemachten Ansprüche seien auch deshalb nicht gegeben, weil die einseitige Preisbestimmung durch die Klägerin nicht der Billigkeit entspreche bzw. dies nicht dargelegt sei. Eine Beurteilung der Billigkeit sei ihr ohne Offenlegung der einzelnen Preisbildungsfaktoren nicht möglich.

Die Beklagte wendet sich zudem gegen die Rechnungen, die die Anlagennutzung betreffen. Sie wendet allgemein ein, das Anlagenpreissystem der Klägerin entspreche nicht der Billigkeit. Jedenfalls habe die Klägerin nicht dargelegt, dass dies der Fall sei. Die Preisfestsetzung sei wegen Verstoßes gegen § 14 AEG und § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nichtig, denn sie sei nicht an den effizienten Kosten orientiert. Wegen weiterer Einwendungen wird auf den weiter unten dargestellten Sach- und Streitstand verwiesen.

Schließlich ist die Beklagte der Ansicht, ihr stehe aus ungerechtfertigter Bereicherung und im Wege des Schadensersatzrechts ein Rückforderungsrecht wegen bereits geleisteter Zahlungen für den Zeitraum Juni 2004 bis Mai 2005 in Höhe von [REDACTED] brutto zu. Diese Ansprüche macht sie zur Hälfte - in Höhe von [REDACTED] - im Wege der Aufrechnung hilfsweise geltend

und erhebt hilfsweise Widerklage.

Daneben habe die Klägerin zu Unrecht Zuschläge für Sondertrassen berechnet, und zwar im Februar 2005 in Höhe von [REDACTED] netto, im März 2005 [REDACTED] netto, im April [REDACTED] netto und im Mai in Höhe von [REDACTED] (Bl. II/22). In Höhe der Hälfte des Bruttobetrages, nach Berechnung der Beklagten [REDACTED] erklärt die Beklagte hilfsweise die Aufrechnung und erhebt hilfsweise Widerklage.

In Bezug auf die Anlagennutzung (Rechnungskategorie II) gilt Folgendes:

Rechnung Nr. 6 - Nutzung Gleis 11 im Bahnhof [REDACTED] €

Die Klägerin berechnete der Beklagten für die Nutzung des Gleises 11 auf dem Bahnhof [REDACTED] für die Zeit vom 30.9. bis 31.12.2004 je Tag [REDACTED] netto, insgesamt [REDACTED]. Auf dem Gleis war ein schadhafter Waggon der Beklagten von 9,14 m Länge abgestellt.

Die Beklagte behauptet, der von dem Wagen nicht genutzte Teil des Gleises sei wegen unzulässig hohen Bewuchses nicht nutzbar gewesen. Sie meint, die Klägerin dürfe nicht das Entgelt für die Nutzung des gesamten Gleises fordern, da sie das Gleis nur durch einen Wagen genutzt habe. Wegen des Bewuchses bestehe ein Minderungsrecht.

Wegen des Vortrags der Parteien zu den Entgelten betreffend den Bahnhof [REDACTED], [REDACTED] sowie wegen des weiteren Vortrags wird auf gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist unbegründet, die Widerklage teilweise begründet.

I. Die Klägerin kann von der Beklagten nicht nach dem Nutzungsvertrag nicht Zahlung einer Nutzungsvergütung in Höhe von [REDACTED] verlangen.

1.) Die Klägerin kann das für die unstreitigen Nutzungen der Beklagten in den Monaten Juni 2005 bis Januar 2006 zu entrichtende Trassenentgelt in Höhe von [REDACTED] auf der Grundlage ihrer ab 12.12.2004 und 11.12.2005 geltenden Trassenpreislisten derzeit nicht beanspruchen, weil die Preise gemäß § 315 Abs. 1 BGB nicht nach billigem Ermessen festgesetzt sind.

a) Unstreitig hat die Klägerin das Entgelt in Übereinstimmung mit diesen Preislisten berechnet.

b) Die Preise hat die Klägerin einseitig gemäß § 315 Abs. 1 BGB festgesetzt. Daher ist es der Beklagten nicht verwehrt, sich auf die Unverbindlichkeit dieser Preisfestsetzung mit der Begründung zu berufen, diese sei nicht nach billigem Ermessen erfolgt. Auf die Frage, ob die Beklagte den Schreiben der Klägerin vom 27.2.2004 und 28.2.2005 widersprochen hat, kommt es daher nicht an.

Die Klägerin hat der Beklagten ihr Streckennetz auf der Grundlage des Rahmenvertrages vom [REDACTED] zur Nutzung überlassen. Nach § 3 war für die Streckennutzung das Entgelt aus der Netzpreisliste vereinbart. Hierzu sah Nr. 7 Abs. 1 ABN mit Stand 24.5.1998, die nach § 2 als Anlage 1 in den Vertrag einbezogen waren, vor, dass Grundlage für die Entgeltberechnung die jeweils gültige Trassenpreisliste der Klägerin sein sollte. Damit haben die Parteien vereinbart, dass die Klägerin die Preise einseitig durch Veröffentlichung ihrer Preislisten festlegen darf (ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 7.2.2007 – VI – U (Kart) 3/06; für das Stromnutzungsentgelt BGH, Urt. v. 18.10.1985 – KZR 36/04, NJW 2006, 684, 685). Diese Regelung ist im kaufmännischen Verkehr auch ohne weitere Konkretisierung, die hier zudem durch die Bestimmungen der EIBO vorhanden sind, zulässig (Palandt/Heinrichs, BGB, 6. Aufl., AGBG § 11 Rnr. 10). Die Preisänderung ist aus Sicht der Beklagten auf dieser vertraglichen Grundlage von der Klägerin einseitig festgesetzt worden. Bei den Schreiben vom 27.2.2004 und 28.2.2005 handelte es sich somit nicht um einseitige Angebote der Klägerin zur Vertragsänderung, die die Beklagte stillschweigend durch Inanspruchnahme der Schieneninfrastruktur angenommen hat.

c) Vorliegend ist von der Unbilligkeit der Preisfestsetzung auszugehen.

aa) Die Parteien streiten u.a. darüber, ob die für Zubringertrassen gewährte Preisvergünstigung von 50% nach billigem Ermessen festgesetzt wurde. Darlegungs- und beweisbelastet hierfür ist die Klägerin (vgl. BGH, Urt. v. 18.10.2007 – III ZR 277/06, NVwZ 2008, 111).

Die Klägerin hat zur Begründung ihrer Preisdifferenzierung vorgetragen, die Zubringerverkehre zeichneten sich durch kurze Zuglängen von teilweise nur einem Wagen aus und seien im Entgeltatbestand auf eine Höchstentfernung von 75 km begrenzt. Die Zubringerverkehre erforderten gegenüber den Standardverkehren einen erhöhten Aufwand, da sie regelmäßig mit einem Rangieraufwand verbunden seien, der den Einsatz eines Triebfahrzeugführers und von Rangierpersonal erforderlich mache. Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Sie hat vielmehr unstreitig gestellt, dass das Entgelt für die Zubringerverkehre nicht kostendeckend sei.

Die Klägerin hat sodann vorgetragen, ohne eine entsprechende Preisgestaltung könnten die Zubringerverkehre nicht kostendeckend durchgeführt werden. Damit ist nicht gemeint, dass der Preis den durch den Rangierbetrieb zusätzlich anfallenden Kosten entsprechen soll, denn die Klägerin verlangt für die Zubringertrassen keinen höheren Preis als den Preis für die Standardtrassen, sondern trotz höherer Kosten einen um die Hälfte reduzierten Preis. Gemeint ist vielmehr, dass der vergünstigte Tarif nach Einschätzung der Klägerin erforderlich ist, um Einzelverkehre überhaupt in ausreichender Zahl zu ermöglichen und durch das auf den Anschlussstrassen zusätzliche verdiente Entgelt die erhöhten Kosten der Zubringertrassen abzudecken zuzüglich der aufgrund der Preisermäßigung nicht abgedeckten Kosten.

Dem liegt die unternehmerische Einschätzung der Klägerin zugrunde, dass bei einer Berechnung der tatsächlichen Kosten eine Abwanderung der Endkunden auf konkurrierende Verkehrsträger zu erwarten ist mit der Folge, dass diese Kunden auch die Anschlussstrassen nicht mehr in Anspruch nehmen.

Sie erscheint an sich sachgerecht. Da das EVU bis zum einem Gewicht von 1.000 t gemäß 5.2 der Preisliste pro Trassenkilometer stets denselben Preis bezahlt, unabhängig davon, ob der Zug aus einem Wagen oder der höchstmöglichen Zahl von Wagen besteht, entstehen bei dem EVU, das seine Kosten über den Preis an seine Auftraggeber weiterbelastet, und beim Endkunden im Vergleich zu dem Verkehr mit voll ausgelasteten Zügen über Langstrecken überdurchschnittlich hohe Kosten. Diese können ein Anlass sein, von einer Beförderung über die Schiene vollständig abzusehen mit der Folge, dass die Klägerin auch auf den Anschlussstrassen kein Entgelt erhält. ~~Welcher Anreiz erforderlich ist, um die Beförderung über die Schiene ausreichend attraktiv zu gestalten, unterliegt, zumal es sich um eine Prognoseentscheidung handelt, grundsätzlich der Entscheidung der Klägerin.~~

Die Preisfestsetzung ist jedoch deshalb als unbillig anzusehen, weil sie den Regelungen widerspricht, die der Gesetzgeber durch die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) vorgegeben hat. Diese Bestimmungen konkretisieren, ebenso wie § 6 Abs. 1 EnWG (vgl. BGH, Ur. v. 18.10.2005 – KZR 36/04, NJW 2006, 684), den allgemeinen Maßstab des „billigen Ermessens“ im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB. Sie geben den Maßstab vor, den die

Aufsichtsbehörde bei der ihr obliegenden Kontrolle der privatrechtlichen Verträge zwischen EIU und EVU anlegen muss. Derselbe Maßstab muss gelten, wenn bei einer Vergütungsklage das Zivilgericht die Angemessenheit der Preisfestsetzung überprüft.

Dabei ergibt sich die Unbilligkeit der Preisfestsetzung bereits aus einem Verstoß gegen die bis zum 31.7.2005 geltende Vorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV (BGBl. 1997 I 3153), die ein Verbot der Quersubventionierung vorsah. Verursachte danach eine Verkehrsleistung gegenüber einer anderen Verkehrsleistung erhöhte Kosten, dann durften nach dieser Vorschrift diese Kosten nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden. Eine gleichlautende Bestimmung enthält die gesetzliche Nachfolgeregelung des § 21 Abs. 4 EIBV. Der weite Begriff der Verkehrsleistung im Sinne dieser Vorschriften ist auslegungsbedürftig und dahin zu verstehen, dass er Leistungen beschreibt, die innerhalb desselben Marktes bzw. Teilmarktes erbracht werden.

Ausgangspunkt für das Verständnis der Vorschriften muss die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 2 AEG sein, wonach unter Eisenbahnverkehrsleistungen die Beförderung von Personen oder Gütern auf einer Eisenbahninfrastruktur zu verstehen ist. Der Begriff der Verkehrsleistung umfasst damit entsprechend dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG und der Begründung zur EIBV (vgl. VG Köln, Urt. v. 20.10.2006 - 18 K 2670/05) jedenfalls die Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr. Bei diesen Verkehrsleistungen handelt es sich um gesonderte Teilmärkte, auf denen die Klägerin tätig ist. Auf allen drei Märkten bietet die Klägerin Schieneninfrastrukturleistungen an, die die EVUs in unterschiedlicher Form als Leistung nachfragen.

Der Begriff der Verkehrsleistung im Sinne der Verordnung ist jedoch weiter zu verstehen und umfasst jede Art von Teilmarkt auch innerhalb der in § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG genannten Teilmärkte. Dies folgt für § 21 Abs. 4 EIBV bereits daraus, dass § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG ausdrücklich bestimmt, dass Preisdifferenzierungen auch nach Marktsegmenten innerhalb der drei zuvor genannten Verkehrsleistungen zulässig sein sollen. Da nicht anzunehmen ist, dass § 21 Abs. 4 EIBV, der der Ausführung der in § 14 Abs. 4 AEG formulierten Grundsätze dient, diese gesetzeswidrig einschränken wollte, ist die Vorschrift dahin zu verstehen, dass unter Verkehrsleistung jede Art von Teilmarkt auf dem Markt für Schieneninfrastrukturleistungen zu verstehen ist (so wohl auch Gerstner in AEG, § 14 Rnr. 202). Diese Auslegung allein ist auch richtlinienkonform, denn auch Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/14 (Abl. L 75 vom 15.3.2001, S. 29), deren Umsetzung die Neufassung des § 14 Abs. 4 AEG gedient hat, knüpft an bestimmte Marktsegmente an, wenn er bestimmt, dass zur Vermeidung von Diskriminierung sicherzustellen ist, dass die durchschnittlichen Entgelte und die marginalen Entgelte eines bestimmten Betreibers der Infrastruktur für gleichartige Nutzungen seiner Fahrwege vergleichbar sind und dass für vergleichbare Verkehrsdienste in ein und demselben Marktsegment dieselben Entgelte erhoben werden. Entsprechendes gilt für die Vorgängerregelung des § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV a.F..

Grundlage für ihren Erlass war Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 95/19/EG vom 19.6.1995 (Abl. Nr. L 143 vom 27.6.1995, S. 75), der bestimmt, dass die Weegeentgelte bei gleichartigen Verkehrsdiensten auf demselben Markt ohne Diskriminierung erhoben werden sollen.

Bei der Zurverfügungstellung der Zubringertrassen und der Standard- bzw. Expresstrassen handelt es sich um Leistungen, die auf verschiedenen Märkten angeboten werden. Da der sachliche Markt nach den Alternativen abzugrenzen ist, die dem jeweiligen Nachfrager zur Verfügung stehen (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 4.3.2008 - KVR 21/07 - Soda-Club II, NJW-RR 2008, 823), gliedert sich der Markt für den Schienengüterverkehr weiter in Teilmärkte auf, soweit unterschiedliche Leistungen nachgefragt werden, die aus Sicht der Nachfrager nicht miteinander austauschbar sind. Die Nachfrage bestimmt sich auf dem Markt für Infrastrukturleistungen nach den Wünschen und Bedürfnissen der Auftraggeber der Eisenbahnverkehrsunternehmen. Danach sind auf dem Güterfernverkehrsmarkt jedenfalls zwei Teilmärkte zu unterscheiden, der Einzelwagen- und der Ganzzugsverkehrsmarkt. Während der Ganzzugsverkehr nur für Kunden in Betracht kommt, die eine so große Menge an Gütern transportieren wollen, dass es sich wirtschaftlich lohnt, einen ganzen Zug mit diesen Gütern zusammenzustellen und von dem EVU transportieren zu lassen, kommt für andere Kunden mit einer kleineren Transportmenge nur der Einzelwagenverkehr in Betracht. Hier wird nur eine kleinere Zahl von Wagen beladen, im Zubringerverkehr zu den Zugbildungsanlagen transportiert, wo ein ganzer Zug zusammengestellt. Von dort wird der Wagen zu einer Zugbildungsanlage in der Nähe des Bestimmungsorts transportiert, wo der Wagen abgekoppelt und im Zubringerverkehr zu dem Empfänger transportiert wird. Diese verschiedenen, von der Klägerin angebotenen Leistungen sind aus wirtschaftlicher Sicht der EVUs nicht miteinander austauschbar. Im Termin wurde geklärt, dass es den Transport einzelner Wagen über große Distanzen nicht gibt.

Daraus folgt, dass der Transport über die Express- und Standardtrassen sowohl dem Einzelwagenverkehrsmarkt wie dem Ganzzugsverkehrsmarkt zuzuordnen ist, während der Zubringerverkehr allein auf dem Einzelwagenverkehrsmarkt stattfindet. Da § 5 Abs. 3 Satz 2 EIBV a.F und § 21 Abs. 4 EIBV eine Quersubventionierung zwischen diesen Teilmärkten verbieten, war es nicht zulässig, dass die Klägerin die höheren Kosten des Zubringerverkehrs nicht nur durch die Einnahmen auf dem Ganzzugsverkehrsmarkt ausglich, sondern sogar zusätzlich durch den Ansatz eines Faktors von 0,5 quersubventionierte.

Auch wenn der Einzelzugsverkehr und der Ganzzugsverkehr nicht als unterschiedliche Teilmärkte einzuordnen wären, änderte sich an diesem Ergebnis nichts. Die Tarifgestaltung der Klägerin verstößt in diesem Fall gegen das Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 AEG, denn die Klägerin behandelt die Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne sachlichen Grund unterschiedlich. Sie stellt der Beklagten nach eigenem Vortrag über den Tarif für die Standard- und Expresstrassen Kosten in Rechnung, die im Zubringerverkehr entstanden sind, den die Beklagte unstreitig nicht nutzt.

Damit behandelt die Klägerin solche EVU's, die zunächst die Zubringertrassen nutzen und im Anschluss hieran die Standardtrassen nutzen, anders als solche EVU's, die von vornherein mit bereits zusammengestellten Ganzzügen allein die Standardtrasse nutzen. Für diese Ungleichbehandlung besteht bei der erforderlichen Abwägung der Interessen der Klägerin und der EVU's, die sich in der Situation der Beklagten befinden, keine sachliche Rechtfertigung. Zwar mag es sein, dass bei einer betragsgenaue Umlegung der Kosten des Zubringerverkehrs Endkunden von einem Transport über den Schienenweg abgeschreckt werden könnten. Dies rechtfertigt jedoch nicht eine Umlegung auf EVU's, die diese Leistung gar nicht in Anspruch nehmen. Zulässig wäre demgegenüber die Bildung einer eigenständigen Trasse, die die Kosten für den Zubringerverkehr mit anschließendem Ferntransport mitbeinhaltet.

Rechtsfolge der Unbilligkeit der Preisfestsetzung ist, dass das Gericht gemäß § 315 Abs. 3 BGB das Entgelt nach billigem Ermessen festsetzen muss, wenn der Gläubiger dies durch Erhebung einer Gestaltungsklage beantragt. Eine solche Klage, die mit der Zahlungsklage verbunden werden kann, ist erforderlich, hier jedoch von der Klägerin nicht erhoben. Anders ist ihre Weigerung, zu der Kostengrundlage ihrer Tarife vorzutragen, nicht zu verstehen. Ist ein Entgelt somit noch nicht wirksam festgesetzt, ist die Vergütungsforderung noch nicht fällig und die Klage auf Zahlung der Trassenentgelte als derzeit nicht fällig abzuweisen, da nach § 8 Abs. 3 des Nutzungsvertrages die Klägerin die Möglichkeit haben muss, die Preisfestsetzung in angemessener Form zu wiederholen.

Unabhängig hiervon wäre die Kammer derzeit nicht in der Lage, einen angemessenen Trassentarif festzusetzen. Festgesetzt werden müsste nach dem Ausgeführten ein Entgelt für die Zubringertrassen sowie für die Standard- und Expresstrassen. Ohne Darlegung der Kostenkalkulation wäre die Kammer hierzu nicht in der Lage.

d) Die Klägerin kann der Beklagten nicht mit Erfolg die Genehmigungsfiktion gemäß § 7 Nr. 4 ABN entgegenhalten. Zwar ist diese Klausel, die den Anforderungen des § 10 Nr. 5 AGBG a.F. (§ 308 Nr. 5 BGB) entspricht, wirksam vereinbart. Insbesondere ist die Klausel nicht unklar. Der Kunde der Klägerin ist nach ihr verpflichtet, die Richtigkeit der regelmäßig aus vielen Einzelpositionen bestehenden Rechnungen innerhalb von 6 Wochen zu prüfen. Widerspricht er innerhalb dieser Frist der Rechnung nicht, gilt diese als anerkannt und der Kunde hat seinerseits darzulegen und zu beweisen, dass die in der Rechnung aufgeführten Forderungen tatsächlich nicht bestehen. Nach dem derzeitigen Sachstand ist offen, ob die Beklagte die Nichtbezahlung der Trassenentgelte in irgendeiner Form begründet hat. Im Ergebnis ändert sich hierdurch nichts, da nach dem Ausgeführten bereits nach dem unstreitigen Sachverhalt von der Unverbindlichkeit der verlangten Entgelte auszugehen ist. Der Berufung auf die Klausel steht daher der Grundsatz von Treu und Glauben entgegen, insbesondere auch deshalb, weil die Klägerin mit der Geltendmachung der Preise gegen zwingende bahnrechtliche Bestimmungen verstößt.

2.) Ohne Erfolg verlangt die Klägerin weiter Zahlung von Anlagenentgelten in Höhe von insgesamt [REDACTED] €.

Die Ansprüche, die sich grundsätzlich aus dem Vertrag vom [REDACTED] in Verbindung mit der im Jahr 2005 geltenden Anlagenpreisliste, ergeben, sind insgesamt nicht schlüssig dargelegt bzw. wegen nicht nachvollziehbarer Preisfestsetzung nicht fällig.

a) Rechnung Nr. 6 – Nutzung Gleis 11 im Bahnhof [REDACTED]

Der Anspruch ist bisher nicht nachvollziehbar dargelegt, da die von der Beklagten vorgelegte Preisliste nicht erläutert ist und keine Tatsachen vorgetragen sind, aus denen die Kammer entnehmen kann, wie der Entgelttatbestand berechnet ist.

Außerdem kann die Klägerin keine Vergütung für die Gleisnutzung beanspruchen, weil die die Beklagte in berechtigter Weise von einem Minderungsrecht nach § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB Gebrauch gemacht hat.

Der durch die Nutzung der Beklagten in schlüssiger Form zustande gekommene Vertrag über die Nutzung des Gleises ist rechtlich als Mietvertrag im Sinne von § 535 BGB einzuordnen, da das Schwergewicht der vertraglichen Leistung der Klägerin in der Nutzungsüberlassung liegt. Nach § 536 Abs. 1 BGB kann die Miete gemindert werden, wenn die Mietsache einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder beeinträchtigt. Dies ist hier der Fall.

Die Beklagte hat schlüssig vorgetragen, dass das Gleis wegen des erheblichen Bewuchses, der auf den vorgelegten Farbphotos (Anlagen B 8 und B 34) zu sehen ist, nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 9 EBO in Verbindung mit dessen Anlage 1 entsprach. Danach war der Regellichtraum seitlich als auch zwischen den Schienen nicht eingehalten, insbesondere überschritt der massive Bewuchs den zulässigen Abstand von der Schienenoberkante von 55 mm weit. Durch den hohen Bewuchs entstehen unstreitig Gefahren beim Fahrbetrieb.

Diesem substantiierten Vortrag ist die Klägerin trotz des Hinweises vom 19.2.2008 nicht mehr entgegengetreten.

Insgesamt war das Gleis damit nicht in einem betriebsfähigen Zustand, so dass die Beklagte das Entgelt zu Recht auf Null gemindert hat.

b) Die Ansprüche sind weiter nicht schlüssig vorgetragen, soweit die Klägerin für kurzfristige Gleisnutzungen auf den Bahnhöfen [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED] jeweils 50,00 € gemäß der Anlagenliste berechnet hat.

Dem steht nicht die Klausel in § 7 Nr. 4 ABN entgegen, da in den Rechnungen betreffend die Anlagenentgelte sich kein Hinweis darauf befindet, welche Wirkung ein fehlender Widerspruch gegen die Rechnung zur Folge hat. Da die Genehmigungswirkung nur eintritt, wenn der in den AGB angekündigte Hinweis auch tatsächlich erfolgt, beruft sich die Klägerin hinsichtlich der Anlagenentgelte erfolglos auf diese Klausel.

Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 3.4.2008 nochmals detailliert und schlüssig dargelegt, weshalb die von der Klägerin berechneten, durch Halte verursachten Gleisnutzungen betriebliche Ursachen hatten, die auch aus Sicht der Kammer eine gesonderte Berechnung ausschließen, weil sie bereits durch die Trassenentgelte abgegolten sind.

Soweit die Klägerin sich zu dem ursprünglichen Vortrag der Beklagten geäußert hat, sind diese Einwendungen in folgenden Fällen nicht schlüssig bzw. nachvollziehbar.

Zu den Halten im Bahnhof [REDACTED] hat die Klägerin vorgetragen, es finde eine Zugvor- bzw. -nachbereitung statt, die über die mit dem Trassenpreis abgedeckten Zeitfenster hinausgehe. Dies ist weder anhand der Trassenpreisliste erläutert noch ist dargetan, dass bei einer Überschreitung eines Zeitraums von 2 Stunden der Halt nicht mehr betriebsbedingt ist. Dies ist jedoch nach Nr. 4 Abs. 2 der Anlage 2 zum Nutzungsvertrag erforderlich.

Zu den Halten im Bahnhof [REDACTED] ist nicht nachvollziehbar, welches die Gründe dafür sind, dass das Abstellen des ersten Zugteils mehr als 2 Stunden dauert. Da Gründe aus der Betriebssphäre der Klägerin in Betracht kommen, ist die fehlende Betriebsbedingtheit nicht dargetan.

Soweit auf der Relation [REDACTED] Züge wegen der Dienstruhe im Stellwerk B 4 in [REDACTED] halten mussten, ist dies betriebsbedingt und rechtfertigt kein besonderes Anlagenentgelt.

Soweit die Klägerin vorträgt, die Gleisnutzung im Bahnhof [REDACTED] sei aufgrund der in der Trassenanmeldung bestellten Abfahrtszeit nötig gewesen, ist dieser Vortrag nicht schlüssig, da betriebsbedingte Ursachen nicht ausgeschlossen werden. Der Vortrag kann überdies inhaltlich nicht nachvollzogen werden.

Dies alles kann jedoch dahinstehen, denn die Klägerin hat zur Billigkeit der Festsetzung ihrer Anlagenentgelte nichts vorgetragen, obwohl die Beklagte deren fehlende Darlegung ausreichend gerügt hat. Insoweit kann auf die Ausführungen zu den Trassenentgelten verwiesen werden. Dem kann die Klägerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, es könne nicht Aufgabe der Zivilgerichte sein, die Angemessenheit der Tarife zu überprüfen. Der Umstand, dass die Klägerin vertraglich vereinbart hat, dass sie zur einseitigen Festsetzung und Änderung der Entgelte nach billigem Ermessen berechtigt sein soll, führt dazu, dass diese Festsetzung gegebenenfalls gerichtlich zu überprüfen ist, und zwar von dem hierzu berufenen Zivilgericht.

Es war auch zunächst Sache der Klägerin, zu ihrer Kostensituation und damit zur Billigkeit der Entgeltfestsetzung vorzutragen, denn sie ist darlegungs- und beweisbelastet. Ein solcher Vortrag fehlt vollständig. Dabei ist die Klägerin als Monopolistin auch zur Offenlegung der ihr entstehenden Kosten verpflichtet. Ohne diesen Vortrag kann sie ihren Anspruch nicht mit Erfolg durchsetzen. Auf welche Weise die Klägerin gegenüber welchen Konkurrenten durch die Offenlegung ihrer Kostenstruktur, zu der sie nach Auffassung der Kammer nach der gesetzlichen Regelung verpflichtet ist, geschädigt werden könnte, ist nicht erkennbar.

II. Die hilfsweise erhobene Widerklage ist nur teilweise begründet.

1.) Die Beklagte kann unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Höhe von [REDACTED] Rückzahlung der Hälfte der jeweiligen Trassenentgelte fordern, die sie für die Monate Juni 2004 bis Mai 2005 in Höhe von insgesamt [REDACTED] bezahlt hat.

a) Ein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 BGB aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht nicht. Wie oben ausgeführt steht derzeit nicht endgültig fest, ob und in welcher Höhe die Beklagte an die Klägerin ein zu hohes Trasseneingelt bezahlt hat, da die Klägerin nach dem bestehenden Vertrag die Möglichkeit hat, eine erneute Preisfestsetzung vorzunehmen. Gemäß § 813 Abs. 2 BGB kann ein Bereicherungsausgleich aber nicht mit der Begründung verlangt werden, eine noch nicht fällige Verbindlichkeit sei vorzeitig erfüllt worden.

b) Auch ein Schadensersatzanspruch gemäß § 33 GWB und § 823 Abs. 2 BGB, unterstellt die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen lägen vor, besteht nicht, da die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin zunächst eine neue Preisfestsetzung zu ermöglichen. Erst wenn diese erfolgt ist oder von der Klägerin endgültig abgelehnt oder über Gebühr verzögert wird, wobei unter Umständen der Ausgang dieses Rechtsstreits abzuwarten sein wird, steht fest, ob der Beklagten durch die geleisteten Zahlungen ein Schaden entstanden ist.

2.) Die Widerklage ist jedoch begründet, soweit die Klägerin hälftiges Entgelt zurückverlangt, dass sie im Februar bis April 2005 für Sondertrassen in Höhe von [REDACTED] gezahlt hat.

a) Die Beklagte hat die Forderung mit [REDACTED] unrichtig berechnet. Eine Addition der Nettomonatsbeträge ergibt einen Gesamtbetrag in Höhe von [REDACTED] und einen Bruttobetrag in Höhe von [REDACTED]. Die Hälfte hiervon beträgt [REDACTED].

b) Die gesonderte Berechnung von Änderungswünschen und Kurzfristbestellungen gemäß Nr. 5.8 der ab 12.12.2004 geltenden Trassenpreisliste verstößt jedenfalls gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB, da die Klägerin nicht nachgewiesen hat, dass ihr durch die Kurzfrist- und Änderungsbestellungen ein zusätzlicher Mehraufwand entsteht, der nicht bereits durch das Trassennutzungsentgelt abgegolten ist. Wegen der Begründung im einzelnen wird auf das Urteil des OLG Düsseldorf vom 7.2.2007 (Anlage B 31) Bezug genommen. Die Kammer schließt sich diesen Ausführungen an.

c) Der geltend gemachte Zinsanspruch ist gemäß § 288 Abs. 1, 291 BGB begründet.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.

Beier

Eckardt

Heißenbüttel

Ausgefertigt

Herdin
Justizangestellte

