


<b>Gericht:</b>	OLG Frankfurt 1. Kartellsenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	17.11.2020
<b>Aktenzeichen:</b>	11 U 60/18 (Kart)
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGHE:2020:1117.11U60.18KART.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Teilurteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	Art 102 AEUV, § 14 AEG, § 21 EIBV
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Frankfurt, Teilurteil vom 17. November 2020 – 11 U 60/18 (Kart) –, juris

---

## **Schadensersatzanspruch wegen missbräuchlicher Entgeltfestsetzung im Trassenpreissystem der Deutschen Bahn 2013 - 2016**

### **Leitsatz**

1. Kartellrechtliche Ansprüche wegen missbräuchlicher Preisgestaltung nach Art. 102 AEUV können unabhängig von einer vorherigen Entscheidung der BNetzA bestehen (anknüpfend an OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15. September 2020 - 11 U 128/14 (Kart)).
2. Die fehlende Orientierung der Trassenentgelte an den unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs beinhaltet für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches im Charterverkehr tätig ist, eine kartellwidrige unsachgemäße Gleichbehandlung mit anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPFV.

### **Verfahrensgang**

vorgehend LG Frankfurt 6. Zivilkammer, 9. Mai 2018, 2-06 O 38/17, ..., Urteil  
nachgehend BGH, KZR 88/20  
Diese Entscheidung wird zitiert

### **Literaturnachweise**

Arne R. Schüssler, IR 2021, 15-17 (Entscheidungsbesprechung)

Diese Entscheidung zitiert

### **Rechtsprechung**

Fortführung OLG Frankfurt 1. Kartellsenat, 15. September 2020, 11 U 128/14 (Kart)

### **Tenor**

1. Es wird festgestellt, dass der Klägerin der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf teilweise Rückzahlung entrichteter Entgelte für Trassennutzungen im Zeitraum Dezember 2012 bis Februar 2016 dem Grunde nach zusteht. Die Widerklage wird in Höhe von 835,35 € (Pos. 2a, 4a und 5a) abgewiesen.

2. Die Berufung wird insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von € 7.011,66 (Pos 1a, 3a, 6a bis 9a, 11a bis 17a der Widerklage) wendet.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.

Die Revision wird zugelassen.

## Gründe

### I.

- 1 Die Klägerin begehrt Rückzahlung geleisteter Infrastrukturnutzungsentgelte von der Beklagten für Trassennutzungen in der Zeit von Dez. 2012 bis Feb. 2016 i.H.v. 174.291,72 €.
- 2 Die Klägerin ist eine Personenverkehrsgesellschaft. Sie betreibt ausschließlich Schienenpersonenfernverkehr im Bereich des Charterverkehrs (Gelegenheitsverkehr), etwa Sonderfahrten für Betriebsausflüge, Messe- und Sportveranstaltungen. Sie nutzt dafür im Wesentlichen Trassen der Beklagten, die nicht zum Jahresfahrplan angemeldet werden. Die Beklagte ist ein öffentliches Eisenbahninfrastrukturunternehmen und eine Tochtergesellschaft der A AG. Sie betreibt bundesweit nahezu sämtliche Eisenbahnstrecken. Für die Nutzung ihrer Trassen erhebt sie Entgelte (Trassenpreise).
- 3 Die Parteien schlossen u.a. für die Netzfahrplanperioden 2013-2016 Grundsatz-Infrastrukturnutzungsverträge. Das Entgelt richtete sich dabei nach den jeweils gültigen Trassenpreislisten, die von der Beklagten für jede Netzfahrplanperiode aufgestellt wurden (i.F.: TPS), hier TPS 2013-2016. Diese TPS beruhten auf einer sog. angebotsorientierten Entgeltlogik: Die Beklagte bildete für unterschiedliche Streckenkategorien ein streckenspezifisches Basisentgelt. Dieses Basisentgelt wurde mit einem Produktfaktor multipliziert, der produktabhängig schwankte und mindestens 1,0, höchstens 1,8 betrug. Diese Berechnungsweise änderte sich erstmals mit dem für die Netzfahrplanperiode 2018 von der BNetzA genehmigten TPS 2018. Die Entgelte basieren nunmehr auf marktsegment-spezifischen Grenzkosten und einem marktsegmentspezifischen Aufschlag zur Deckung der nach Abzug der öffentlichen Zuwendungen noch ungedeckten Kosten. Das TPS 2018 sah erstmals ein eigenes Marktsegment „Charter/Nostalgie“ vor. Die BNetzA genehmigte mit Beschluss vom 6.2.2017 für dieses Segment ein Trassenentgelt von 2,05 €/Trkm (Anlage K 44).
- 4 Die Entgeltgenehmigung der BNetzA hinsichtlich des TPS 2018 wurde im Verwaltungsrechtsstreit vor dem VG Stadt1 (AZ ...) überprüft und abgeändert. Das Revisionsverfahren hiergegen ist derzeit beim Bundesverwaltungsgericht anhängig (Az. ...).
- 5 Am 20.1.2015 schlossen die Parteien einen Vergleichsvertrag, dessen Reichweite zwischen ihnen streitig ist.
- 6 Die Klägerin hält die von ihr im streitgegenständlichen Zeitraum gezahlten Entgelte unter Berücksichtigung der Festsetzungen im TPS 2018 für überhöht und begehrt teilweise Rückzahlung. Sie berechnet ihre Forderung primär in Annäherung der für das Segment „Charter/Nostalgie“ im TPS 2018 von der BNetzA genehmigten Entgelte - tatsächlich in Höhe von 2,04 €/Trkm statt 2,05 €/Trkm -, die sie für die hier maßgeblichen Jahre unter

Berücksichtigung einer jährlichen linearen Preissteigerung von 2,4% herunterrechnet. Hilfsweise beruft sie sich auf marktsegmentspezifische Mehrkosten von 2,07 €/Trkm (Bl. 969).

- 7 Mit ihrer Widerklage begehrt die Beklagte noch ausstehende Trassenpreiszahlungen für die Zeit Juni 2016-Feb 2017. Die Widerklageforderung setzt sich zum einen aus der Nachforderung von seitens der Klägerin gekürzten Trassenentgelten zusammen (unter lit. b der Widerklageberechnung); zum anderen aus Nachforderungen wegen von der Klägerin vorgenommener Minderungen/Aufrechnungen mit Schadensersatzforderungen wegen behaupteter Pflichtverletzungen (unter lit. a der Widerklageberechnung).
- 8 Wegen des Sachverhalts im Einzelnen und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.
- 9 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage hin die Klägerin zur Zahlung von 50.541,63 € verurteilt. Zur Begründung hat es in Kürze wie folgt ausgeführt:
- 10 Die Klägerin stehe kein Rückzahlungsanspruch nach § 812 BGB zu; sie könne sich nicht auf eine unbillige Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 BGB berufen. Nach der Entscheidung des EuGH (CTL-Logistics) stehe fest, dass sich eine Überprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB im Hinblick auf den Regelungsgehalt der Richtlinie 2001/14 (EG) verbiete.
- 11 Der Klägerin stehe auch nicht auf bereicherungsrechtlicher Grundlage i.V.m. § 134 BGB ein Anspruch zu. Auch in diesem Fall der Überprüfung der Entgelte anhand der eisenbahnrechtlichen Grundsätze würden die Zivilgerichte unzulässig in die nach Art. 30 RL (EG) 2001/14 bestehende ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle eingreifen.
- 12 Schließlich könne sich die Klägerin nicht auf eine Nichtigkeit der Trassenpreise wegen Verstoßes gegen kartellrechtliche Vorgaben nach §§ 19, 20 GWB a.F. berufen. Die Erwägungen des EuGH im Urteil CTL-Logistics würden gleichermaßen einer kartellrechtlichen Entgeltkontrolle nach §§ 19, 20 GWB entgegenstehen. Dies gelte auch für eine Kontrolle am Maßstab des Art. 102 AEUV.
- 13 Die Erstattung von Entgelten käme nur dann in Betracht, wenn die Unvereinbarkeit des Entgelts mit den Regelungen über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuvor von der Regulierungsstelle oder einem Gericht entsprechend ausgesprochen worden wäre.
- 14 Die Widerklage sei begründet. Soweit sich die Klägerin auf die Berechtigung zu Zahlungseinbehalten ab 2016 wegen kartellwidrig überhöhter Preise bezogen habe (lit. b der Widerklage), sei dies unberechtigt. Insoweit seien hinsichtlich der Berechtigung zur Erhebung der hier streitgegenständlichen Trassenentgelte die gleichen Grundsätze wie im Rahmen der Klagebegründung maßgeblich.
- 15 Hinsichtlich der Pos. nach lit. a der Widerklage habe die Klägerin zu Unrecht Minderungsansprüche hinsichtlich der Pos. Nr. 1a, 3a, 7a, 8a, 13a, 15a, 16a und 17a geltend gemacht. Soweit sich die Klägerin auf die nicht fristgerechte Bearbeitung ihrer Trassenanfragen berufe, handele es sich um Handlungen, die vor Überlassung der Mietsache lägen und damit keine Auswirkung auf die Äquivalenz der ausgetauschten Leistungen hätten. Die darin gegebenenfalls liegenden Pflichtverletzungen könnten möglicherweise Schadensersatzansprüche auslösen. Diese würden hier jedoch nicht zur Aufrechnung gestellt.

Etwaige Schadensersatzforderungen für die Position 6a, 9a, 11a und 14a könnten jedenfalls hier infolge des wirksam vereinbarten Aufrechnungsverbotes nicht zum Erlöschen der Forderungen der Beklagten führen.

- 16 Minderungsansprüche hinsichtlich der Positionen 2a, 4a und 5a bestünden ebenfalls nicht. Über die bereits erhaltenen Beträge im Rahmen der automatischen Minderungsprozesse hinaus stünden der Klägerin keine weiteren Ansprüche zu. Die dortige Regelung, wonach das Minderungssystem keine Rücksicht auf durch Mängel erzeugte Gesamtverspätungen nehme, sondern nur die punktuell erzeugten Verspätungsminuten abgelte, sei nach den Wertungen des EuGH der Kontrolle der Zivilgerichte entzogen. Hinsichtlich Position 12 a sei die Beklagte substantiiert der behaupteten Stornierung durch die Klägerin entgegengetreten.
- 17 Gegen das ihr am 17.05.2018 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 04.06.2018 Berufung eingelegt und diese innerhalb verlängerter Frist am 15.08.2018 begründet.
- 18 In Hinblick auf das von der Klägerin vor der Bundesnetzagentur im April 2018 eingeleitete Beschwerdeverfahren hinsichtlich der nachträglichen Überprüfung und Rückzahlung entrichteter Infrastrukturnutzungsentgelte für die Zeit Dezember 2013 bis Februar 2016 (Az. ...) hatte der Senat das Verfahren mit Beschluss vom 04.07.2019 ausgesetzt. Die Bundesnetzagentur hat die Beschwerde der Klägerin mit Beschluss vom 11.10.2019 als unzulässig verworfen (Anlage BB 6). Die hiergegen gerichtete Klage ist unter dem Az. ... beim Verwaltungsgericht Stadt1 anhängig.
- 19 Mit Schriftsatz vom 11.02.2020 hat die Klägerin im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 29.10.2019 (KZR 39/19 - Trassenentgelte) das Verfahren wiederaufgenommen. Sie verfolgt mit ihrer Berufung ihren erstinstanzlichen Zahlungsantrag vollumfänglich weiter. Zur Begründung trägt sie wie folgt vor:
- 20 Die Entscheidung des EuGH (Az.: C-489/15 - CTL-Logistics) beziehe sich allein auf die Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB; der EuGH habe sich nicht zu einer Kontrolle nach Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB geäußert.
- 21 Der EuGH sei zudem von unrichtigen Realitäten in Deutschland ausgegangen. Für den hier maßgeblichen Zeitraum unter Geltung von §§ 14 Buchst. e und f AEG a.F. habe es noch keine Regulierungsmöglichkeiten und Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur im heutigen Maßstab gegeben, insbesondere keine, gegen die wiederum Rechtswege für die Zugangsberechtigten eröffnet gewesen wären. Die Bundesnetzagentur habe allein ex ante ein Widerspruchsrecht gehabt. Verstöße hätten allein mit Wirkung für die Zukunft festgestellt werden können. Eine vollständige Prüfung habe erstmals für das TPS 2018 und nachfolgend für das TPS 2019 stattgefunden, in denen dann Entgeltüberhöhungen von mind. 33 % festgestellt worden seien. Entgegen der Ansicht des EuGH habe es mithin gerade nicht zwei unkoordinierte Rechtswege nebeneinander gegeben, sondern allein eine rückwirkende Korrektur über die Zivilrechtswege. Das Urteil des EuGH würde zu einer verfassungswidrigen Rechtsschutzversagung führen, sofern die Bundesnetzagentur ihrerseits ihre Zuständigkeit zur Entscheidung über vergangene Fahrplanperioden - wie hier - verneinen würde.
- 22 Im Übrigen habe sie, die Klägerin, vorsorglich für den Fall, dass der EuGH seine Ausführungen auch auf das hiesige Verfahren beziehen sollte, ein entsprechendes regulierungs-

rechtliches Verfahren vor der Bundesnetzagentur mit ihrem Antrag vom April 2018 eingeleitet.

- 23 Der EuGH habe zudem ausschließlich zur RL 2011/14/EG Stellung genommen; für die normhierarchisch höherrangige Vorschrift des Art. 102 AEUV seien weiterhin die Gerichte der Mitgliedstaaten zuständig.
- 24 Aus dem Urteil des BGH vom 29.10.2019 (Az. KZR 39/19) ergebe sich deutlich, dass unabhängig von einer Entscheidung der Bundesnetzagentur die Trassenpreissysteme am Maßstab des Art. 102 AEUV zu messen seien. Das Allgemeine Eisenbahngesetz schließe Schadensersatzansprüche oder auch Bereicherungsansprüche auf Basis von Art. 102 AEUV nicht aus. Das Preissetzungsverhalten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen unterliege weiterhin der Missbrauchskontrolle. Der BGH habe außerdem ausdrücklich ausgeführt, dass die weitere Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung der Bundesnetzagentur - bzw. nunmehr der Verwaltungsgerichte - im Hinblick auf die kartellrechtlichen Maßstäbe nicht gerechtfertigt sei.
- 25 Der Sache nach sei das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Feststellungen der Bundesnetzagentur zu den Trassenpreisen 2018-2019 nicht für die streitgegenständlichen Trassenpreissysteme herangezogen werden könnten. Einer Ungültigkeitserklärung der TPS 2013-2016 durch die Bundesnetzagentur bedürfe es entgegen der Ansicht des Landgerichts für die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche nicht.
- 26 Die Bundesnetzagentur habe zudem bereits mehrfach festgestellt, dass die Trassenpreissysteme 2008 bis 2017 eisenbahnrechtswidrig gewesen seien. Insbesondere das TPS 2011 habe zum einen gegen die Entgeltbedingungen von § 14 Abs. 4 AEG a.F. und zum anderen gegen das Diskriminierungsverbot von § 14 Abs. 1 AEG a.F. verstoßen. Weder fuße das Preissystem auf den unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs noch auf einer erforderlichen Marktsegmentierung nach Durchführung entsprechender Markttragfähigkeitstests.
- 27 Da sie ausschließlich Gelegenheitsverkehr durchführe, sei sie auf Restkapazitäten der Beklagten angewiesen. Dies führe zu Fahrplankonstruktionen, die in ihrer Güte weit hinter den Fahrplankonstruktionen des Netzfahrplanes lägen, u.a. mit erheblichen Umwegen/verlängerten Reisezeiten verbunden seien. Sie erziele auf den Trassen nur Durchschnittsgeschwindigkeiten von 70-80 km/h, die gegenüber den Verkehren der B AG, mit welcher sie im Wettbewerb stehe, deutlich zurückstünden. Die geringeren Geschwindigkeiten führten zu geringeren Kosten (Abnutzung), die sich im Basisentgelt indes nicht widerspiegeln.
- 28 Es lägen die Voraussetzungen für einen kartellrechtlichen Behinderungsmissbrauch nach Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV vor. Ihr werde der Zugang zu den Trassen als wesentlicher Infrastruktureinrichtung zu weniger günstigen Bedingungen als den eigenen Unternehmen der Beklagten gewährt, wodurch ihr ein Wettbewerbsnachteil aufgezwungen werde. Sie stehe insoweit im Wettbewerb sowohl zu Verkehren der B AG als auch zu Fern- und Charterbussen.
- 29 Es liege eine unzulässige Quersubventionierung vor. Im Güterverkehrsbereich gewähre die Beklagte Rabatte i.H.v. 35 % für so genannte Leerfahrten und i.H.v. 50 % für so genannte Zubringertrassen. Diese Vergünstigungen kämen dem Personenverkehr nicht zugute, der damit einen Teil der Kosten des Güterverkehrs decke. Die ihr, der Klägerin,

überlassenen Trassenkonstruktionen und der Umstand der von ihr angebotenen Punkt-zu-Punkt Verbindungen bedinge einen unverhältnismäßig hohen Anteil an so genannten Lok- und Leerfahrten. Im Beschluss zum TPS 2018 habe die Bundesnetzagentur zudem festgestellt, dass für Charterverkehr eine abweichende Bewertung der Markttragfähigkeit notwendig sei.

- 30 Wie die Entgelte für die einzelnen Preisbildungskomponenten zustande gekommen seien, sei zudem intransparent. Schließlich habe die Beklagte nicht das Verfahren zur Information über verfügbare Kapazitäten im Gelegenheitsverkehr eingehalten.
- 31 Die Widerklage sei unbegründet. Aufgrund der Nichtigkeit der streitgegenständlichen Verträge wegen Verstoßes gegen Art. 102 AEUV habe sie die Entgelte kürzen dürfen (Position b.). Hinsichtlich der auf die nicht vertragsgemäße Überlassung der Trassen bezogenen Minderungspositionen sei das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich die zu erbringende Leistung lediglich auf die Überlassung der Mietsache bezogen habe. Eine volle Entgelterbringung verstoße zudem gegen § 315 BGB. Hilfsweise werde Schadensersatz im Umfang der Minderungen geltend gemacht. Zudem werde vorsorglich die Aufrechnung mit den geltend gemachten Gegenansprüchen erklärt. Hinsichtlich der Einhaltung der Bearbeitungsfristen habe sie zudem bei der Regulierungsbehörde eine Beschwerde eingereicht (Az. ...). Zu Unrecht habe das Landgericht der Beklagten weitergehende Positionen im Hinblick auf ein Aufrechnungsverbot zugesprochen. Es fehle bereits an einem Bestreiten der Beklagten für das Wirksamwerden des Aufrechnungsverbots. Jedenfalls liege Verwirkung vor. Soweit nach den Schienennutzungsbedingungen automatische Minderungen gewährt worden seien, sei dies nicht abschließend.
- 32 Die Klägerin beantragt,
- 33 1. unter Abänderung des aufgrund mündlicher Verhandlung vom 21.03.2018 ergangenen und am 09.05.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main, Az. 2-06 O 38/17, wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 174.291,72 €
- 34 nebst 3 Prozentpunkten Zinsen pro Jahr

35	aus € 3.223,92 seit dem 27.01.2013
	aus € 3.568,05 seit dem 23.02.2013
	aus € 5.286,84 seit dem 12.04.2013
	aus € 1.994,11 seit dem 22.04.2013
	aus € 2.625,76 seit dem 13.06.2013
	aus € 7.956,73 seit dem 15.07.2013
	aus € 671,05 seit dem 15.09.2013
	aus € 2.262,43 seit dem 21.10.2013
	aus € 3.061,49 seit dem 21.11.2013
	aus € 5.782,33 seit dem 14.12.2013
	aus € 4.820,58 seit dem 13.01.2014
	aus € 2.057,31 seit dem 15.02.2014

aus € 3.335,51 seit dem 13.03.2014
aus € 440,69 seit dem 21.04.2014
aus € 5.120,82 seit dem 12.05.2014
aus € 8.677,50 seit dem 13.06.2014
aus € 7.838,61 seit dem 13.07.2014
aus € 1.664,82 seit dem 08.08.2014
aus € 2.734,80 seit dem 29.09.2014
aus € 2.381,52 seit dem 09.11.2014
aus € 3.321,42 seit dem 15.11.2014
aus € 3.801,54 seit dem 12.12.2014
aus € 1.507,19 seit dem 09.01.2015
aus € 12.068,16 seit dem 12.03.2015
aus € 3.206,73 seit dem 16.03.2015
aus € 5.368,49 seit dem 16.04.2015
aus € 1.092,40 seit dem 09.05.2015
aus € 6.860,86 seit dem 12.06.2015
aus € 808,81 seit dem 06.07.2015
aus € 2.024,92 seit dem 27.08.2015
aus € 3.720,42 seit dem 23.09.2015
aus € 3.164,63 seit dem 17.10.2015
aus € 3.535,41 seit dem 16.11.2015
aus € 2.354,95 seit dem 20.12.2015
aus € 20.732,93 seit dem 11.02.2016
aus € 25.080,23 seit dem 21.02.2016
aus € 137,77 seit dem 20.03.2016

- 36 bis Rechtshängigkeit
- 37 und nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz pro Jahr  
aus 174.291,72 € seit Rechtshängigkeit
- 38 zu zahlen.
- 39 2. Die Widerklage der Beklagten wird abgewiesen.
- 40 Die Beklagte beantragt,
- 41 1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,
- 42 hilfsweise

- 43 2. das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Buchst. b AEUV vorzulegen:
- 44 a) Sind die Richtlinie 2001/14/EG, insbesondere deren Art. 4 Abs. 5 und deren Art. 30 Abs. 1, 3, 5 und 6, und die Richtlinie 2012/34/EU, insbesondere deren Art. 29 Abs. 3, deren Art. 55 Abs. 1 sowie deren Art. 56 Abs. 6, 9 und 10, dahin auszulegen, dass Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den nationalen Zivilgerichten in Einzelfällen nicht eigenständig am Maßstab des Art. 102 AEUV überprüft werden können?
- 45 b) Können derartige Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr infolge einer Einzelfallprüfung durch die ordentlichen Gerichte am Maßstab von Art. 102 AEUV unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG und Art. 56 der Richtlinie 2012/34/EU vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abgeändert oder ihre vertragliche Vereinbarung für unwirksam erklärt werden?
- 46 c) Sind die Richtlinie 2001/14/EG, insbesondere deren Art. 4 Abs. 5 und deren Art. 30 Abs. 1, 3, 5 und 6, und die Richtlinie 2012/34/EU, insbesondere deren Art. 29 Abs. 3, deren Art. 55 Abs. 1 sowie deren Art. 56 Abs. 6, 9 und 10, dahin auszulegen, dass sie einer Durchsetzung von Ansprüchen von Eisenbahnunternehmen auf Schadensersatz oder Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Betreiber der Infrastruktur im Wege eines Urteils der nationalen Zivilgerichte, ohne dass dem eine bestandskräftige Entscheidung der Regulierungsstelle oder der Kommission vorausgeht, wonach die vom Betreiber der Infrastruktur tatsächlich erhobenen Wegeentgelte gegen Vorschriften des Eisenbahnregulierungsrechts oder gegen Art. 102 AEUV verstoßen, entgegensteht?
- 47 d) Sind die Richtlinie 2001/14/EG, insbesondere deren Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 sowie deren Art. 4 Abs. 5, und die Richtlinie 2012/34/EU, insbesondere deren Art. 27 Abs. 1 und 2 sowie deren Art. 29 Abs. 3, dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Vorschrift entgegensteht, nach der der Betreiber der Infrastruktur andere als nach dieser Richtlinie von ihm festgelegten und von der unabhängigen Regulierungsstelle gebilligten Wegeentgelte festsetzen darf?
- 48 Sie führt aus, dass die Regelungen in der Richtlinie 2001/14/EG auch einer zivilrechtlichen Kartellkontrolle entgegenstehen. Durch das Urteil des EuGH sei nunmehr klargestellt, dass auch die zivilgerichtliche Einzelfallprüfung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten nach Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB unzulässig sei. Andernfalls wäre die Frage der Richtlinienkonformität einer zivilgerichtlichen Einzelfallprüfung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten am Maßstab des Art. 102 AEUV auf der Grundlage nationaler Vorschriften dem EuGH vorzulegen.
- 49 Art. 102 AEUV sei richtigerweise vorliegend bereits nicht anwendbar, da er nur freies Wettbewerbsverhalten erfasse. Bereits aufgrund der Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG stehe ihr, der Beklagten, jedoch kein Handlungsspielraum bei der Festsetzung der Trassenentgelte zu. Insbesondere müssten die erhobenen Entgelte den Vorgaben der Schie-



nennetz-Nutzungsbedingungen entsprechen (Art. 4 Abs. 5 RL 2001/14/EG). Gemäß der Rechtsprechung des EuGH sei es Infrastrukturbetreibern (insoweit seien ihrer Ansicht nach Flughafenentgelte ebenso wie Trassenentgelte zu behandeln) verboten, in durch Richtlinienrecht regulierten Sektoren Entgelte abweichend von den von ihnen aufgrund sekundärrechtlicher Vorgaben festgesetzter Entgelte zu erheben. Nach den Regelungen im AEV und den EiBV 2005 seien die festgesetzten Entgelte zwingend gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen, um das Ziel der Vereinheitlichung und Gewährleistung der Gleichbehandlung zu gewährleisten.

- 50 Der BGH habe ebenfalls verkannt, dass die Erwägungen des EuGH sich nicht nur im Fall einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle, sondern auch bei einer kartellrechtlichen Überprüfung stellten. Im Fall einer zivilrechtlichen kartellrechtlichen Überprüfung würden gleichermaßen die Art. 4, 8, 7 RL 2001/14/EG keine effektive Wirkung entfalten. Es würde damit auch gegen die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle nach Art. 30 RL 2001/14/EG verstoßen und zu einem Nebeneinander zweier nicht koordinierte Rechtswege kommen. Der verbindliche Charakter von Entscheidungen der Regulierungsstelle würde missachtet. Zudem wäre eine vergleichsweise Einigung der Parteien ohne Einbindung der Regulierungsstelle möglich.
- 51 Auch das Bundesverfassungsgericht habe festgestellt, dass die unionsrechtlichen Bedenken gegen eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle gleichermaßen für die kartellrechtliche Einzelfallprüfung gälten.
- 52 Die Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV orientiere sich an den Maßstäben der Richtlinie 2001/14/EG; die Richtlinie konkretisiere Art. 102 AEUV und forme ihn sektorspezifisch aus. Die Richtlinie habe damit das gleiche Ziel wie die primärrechtliche Missbrauchskontrolle. Im streitgegenständlichen Zeitraum hätten die Zugangsberechtigten auch einen Anspruch auf eine regulierungsbehördliche Entscheidung nach § 14 f AEG a.F. gehabt, die inter omnes gewirkt habe. Für ein sog. private enforcement zur Durchsetzung der subjektiven Rechte aus Art. 102 AEUV bestehe demnach keine Notwendigkeit.
- 53 Der Sache nach seien Zahlungsansprüche der Klägerin bis Ende 2014 bereits durch den Vergleichsvertrag vom 20.01.2015 geregelt worden. Dieser umfasse gemäß der Abgeltungsklausel auch Bereicherungs- bzw. Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit den hier in Rechnung gestellten Trassenpreisen. Einschränkende Absprachen, insbesondere Ausnahmen hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Ansprüche, habe es nicht gegeben.
- 54 Im Übrigen seien die Preise wirksam vereinbart. Die Klägerin habe nicht schlüssig und substantiiert einen Marktmissbrauch der Beklagten dargelegt.
- 55 Für einen Ausbeutungsmissbrauch fehlten Darlegungen zur Unangemessenheit der Preise. Es fehle bereits an einem Vergleichsmarkt, anhand dessen die hiesigen Preise gemessen werden könnten. Darüber hinaus fehle Vortrag, dass die Entgelte die Gesamtkosten der Beklagten in stark überhöhten Ausmaß überstiegen.
- 56 Die Klägerin habe auch keine Verletzung des Diskriminierungsverbotes dargelegt. Die unterschiedliche Behandlung des Schienengüterverkehrs gegenüber dem Schienenpersonenverkehr stelle keine Diskriminierung dar, da es sich hierbei nicht um Wettbewerber handele. Die Trassennutzung im Netzfahrplan und im Gelegenheitsverkehr stellten

gleichwertige Sachverhalte dar, so dass insoweit kein Anlass für eine preisliche Ungleichbehandlung bestünde. Die identischen Preise sei demnach nicht zu beanstanden.

- 57 Es sei nicht zu beanstanden, dass sie keine Entgeltdifferenzierung nach Marktsegmenten unter Einbeziehung des von der Klägerin bedienten Charterverkehrs vorgenommen habe. Eine solche Differenzierungsverpflichtung folge schon nicht aus der Richtlinie 2001/14/EG. Sie ergebe sich auch nicht aus § 14 Abs. 4 AEG a.F. Selbst das neue, hier nicht anwendbare Eisenbahnregulierungsgesetz enthalte keine Verpflichtung, für Charterverkehre ein eigenes Segment vorzusehen.
- 58 Sie sei auch nicht verpflichtet, die Trassenpreise für den Charterverkehr lediglich in Höhe der Grenzkosten zuzüglich einer Rendite, die dieses Marktsegment tragen könne, festzusetzen und zu erheben. Es bestehe auch keine Verpflichtung, einen Markttragfähigkeits-test für Marktsegmente im Allgemeinen bzw. für Charterverkehre im Besonderen durchzuführen.
- 59 Die Klägerin habe auch keinen Verstoß gegen § 21 Abs. 4 EiBV 2005 konkret dargelegt, wonach Kosten einer Verkehrsleistung, die gegenüber anderen Verkehrsleistungen erhöhte Kosten verursacht, nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden dürfen. Im Übrigen sei es fraglich, ob es überhaupt bei einem multifunktionalen Netz, wie in Deutschland, verkehrsleistungsspezifische Mehrkosten im relevanten Umfang gebe. Im Übrigen würden im Schienengüterverkehr im Klagezeitraum grundsätzlich grenzkosten-deckende Trassenpreise gezahlt.
- 60 Eine unzulässige Quersubventionierung habe die Klägerin nicht dargelegt. Gegen das TPS 2017 habe sich die Klägerin nicht gewehrt, obwohl ihr dies rechtlich möglich gewesen wäre. Zu Unrecht berechne die Klägerin ihren Schaden unter Zugrundelegung des TPS 2018. Dies verstieße gegen den ihr, der Beklagten, nach der Richtlinie 2001/14/EG verbleibenden Spielraum wirtschaftlicher Handlungsfreiheit.
- 61 Die Widerklage sei begründet. Die Regelungen zur Berechtigung einer Minderung seien abschließend in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen 2015 geregelt worden.

## **II.**

- 62 Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist hinsichtlich der Klageforderung dem Grunde nach begründet (unter 1.). Der Höhe nach ist die Klage im Hinblick auf die von der Klägerin ihrer Berechnung maßgeblich zugrunde gelegte Preissetzung im TPS 2018 und das insoweit vor dem Bundesverwaltungsgericht anhängige Revisionsverfahren nicht entscheidungsreif (unter 2.). Hinsichtlich der Widerklage (unter 3.) hat die Berufung Erfolg, soweit sie sich gegen die Stattgabe der Positionen 2a, 4a und 5 a richtet, hinsichtlich der Pos. 1a, 3a, 6a bis 9a, 11a bis 17 a hat sie keinen Erfolg, hinsichtlich der Pos. 1b bis 10 b besteht keine Entscheidungsreife.
- 63 1. Der Klägerin steht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch wegen Zahlung überhöhter Trassenentgelte zu. Dem Anspruch steht hinsichtlich geltend gemachter Forderungen bis Ende 2014 nicht grundsätzlich der Vergleichsvertrag zwischen den Parteien vom Januar 2015 entgegen (unter a.). Soweit die Klägerin sich zwar nicht auf Ansprüche nach §§ 812, 315 BGB (unter b.) oder eine rechtskräftige regulierungsrechtliche Entscheidung (unter c.) stützen kann, beruft sie sich mit Erfolg auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche (unter d.).

- 64 a. Ohne Erfolg verweist die Beklagte darauf, dass Ansprüche bis Ende 2014 durch den Vergleichsvertrag ausgeschlossen seien.
- 65 Gemäß § 2 Abs. 1 des Vergleichs sind mit der vereinbarten Zahlung alle „bekannten und unbekannten Ansprüche“ abgegolten. Der Vergleichsvertrag bezieht sich indes nicht auf die hier streitgegenständlichen Ansprüche auf Rückzahlung missbräuchlich überhöhter Trassenentgelte. Dies folgt aus einer am Wortlaut, seiner Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck des Vergleichs ausgerichteten Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB.
- 66 Gemäß der Präambel wollten die Parteien mit dem Vertrag „Streitigkeiten“ beilegen, „inwieweit im Rahmen bestimmter Trassennutzungen Minderungs- und/oder Schadensersatzansprüche“ bestehen (Anlage B 10). „Streitigkeiten“ im Sinne der Präambel gab es nach dem insoweit übereinstimmenden Vortrag der Parteien indes zu diesem Zeitpunkt nicht über etwaige kartellrechtliche Schadensersatzansprüche, sondern über behauptete Schlechtleistungen.
- 67 Dass die in der Präambel benannten „Schadensersatzansprüche“ sich nicht auf die hier streitgegenständlichen Ansprüche wegen missbräuchlich überhöhter Preissetzung beziehen, unterstreicht auch die Formulierung in § 2 Abs. 2 des Vergleichs. Die Klägerin verzichtet insoweit auf die Geltendmachung von „Ansprüchen aus Handlungen die bis zum 31.12.2014 entstanden sind“. Schadensersatzansprüche wegen überhöhter Trassenentgelte unterfallen bei verständiger Lesart aus Sicht der Parteien nicht ohne weiteres dem Begriff der Handlungen. Anders als die von der Klägerin behaupteten Fehlbuchungen und sonstigen schadensersatzauslösenden Pflichtverletzungen der Beklagten insbesondere im Rahmen der Bearbeitung der Trassenbestellungen beziehen sich diese hier streitgegenständlichen Ansprüche ausschließlich auf die Regelungen in den jeweils maßgeblichen TPS. Die Bezugnahme auf „Handlungen“ lässt sich damit mit den von der Klägerin behaupteten Pflichtverletzungen in Form von unzureichender Trassenbearbeitung etc. in Übereinstimmung bringen, nicht aber mit der abstrakten Preissetzung, wie sie den kartellrechtlichen Ansprüchen zugrunde liegt.
- 68 Die Präambel verdeutlicht zudem die Interessenlage und Motivation für den Abschluss des Vergleichs. Im Zusammenspiel mit der vereinbarten Höhe des Vergleichsbetrages ermöglicht sie Rückschlüsse auf die von dem Vergleich erfassten wirtschaftlichen Interessen. Das Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergleichssumme von ca. 14.000 € und den auf die Jahre 2013 und 2014 entfallenden behaupteten kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen steht dabei ebenfalls einem erweiterten Verständnis des Vergleichs entgegen. Die Klägerin verweist zudem hinsichtlich der Entstehungsgeschichte überzeugend auf die Anlagen K 52, 53. Diesen Anlagen kann entnommen werden, dass die Parteien vor Vergleichsabschluss über Beanstandungen der Klägerin im Zusammenhang mit der Bearbeitung ihrer Streckenanmeldungen etc. verhandelt hatten. Die E-Mail der Klägerin vom 23.8. 2014 verdeutlicht, dass es dabei um die Abgeltung einzelner Vorfälle ging. Die der E-Mail zu entnehmende Größenordnung von 35.000 € lässt sich auch mit dem im Ergebnis im Vergleich ausgehandelten Betrag ohne weitere Erläuterungen in Übereinstimmung bringen. Der E-Mail der Beklagten vom 09.09.2014 kann entnommen werden, dass die Parteien einen Gesprächstermin vereinbarten und die Beklagte in der E-Mail die Notwendigkeit, den regulatorischen Rahmen bei derartigen Vergleichen zu berücksichtigen, betonte. Auch dies spricht für die bereits aus der Präambel folgende Auslegung, dass keine kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche erfasst werden sollten. Hinsichtlich des Preissetzungsspielraums verweist die Beklagte vertieft und wiederholt

auf den ihr gesetzten regulatorischen Rahmen, der eigenen Handlungsspielräumen entgegenstehe. Dies spricht ebenfalls gegen die Annahme, die Beklagte habe mit dem vorliegenden Vergleich dennoch aus dem - grundsätzlich der Regulierung unterliegenden - TPS folgende Ansprüche regeln wollen. Einer Beweisaufnahme über von der Klägerin behaupteten Gespräche am 17.12.2014 in Stadt2 mit Vertretern der Beklagten bedarf es mithin nicht.

- 69 b. Ein Zahlungsanspruch dem Grunde nach folgt hier nicht bereits aus §§ 812, 315 Abs. 3 BGB. Hierzu hat der Senat im Verfahren 11 U 128/14 (Kart) im Urteil vom 15.9.2020 grundlegende Ausführungen gemacht, die im hiesigen Verfahren entsprechend gelten:
- 70 *Zwar hat der Senat in einem vergleichbaren Verfahren entschieden, dass (auch) in einem Fall wie dem vorliegenden, bei dem die Beklagte die Trassenpreise nicht aufgrund eines vertraglich eingeräumten einseitigen Leistungsbestimmungsrecht festgesetzt hat, sondern diese, wie oben unter 1) dargelegt, zwischen den Parteien vertraglich vereinbart wurden, die Trassenpreise einer gerichtliche Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB unterliegen (Urteil vom 17.1.2012, 11 U 43/09 (Kart) - juris Rdnr. 42 ff).*
- 71 *An dieser Rechtsprechung kann jedoch unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGH vom 9.11.2017 in der Rechtssache C-489/15 - CTL-Logistics - nicht länger festgehalten werden. Denn nach dieser Entscheidung stehen Art. 4 Abs. 5 und Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG einer nationalen Regelung entgegen, nach der Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft werden können.*
- 72 c. Die Klage kann auch nicht mit Erfolg auf eine entsprechende rechtskräftige regulierungsrechtliche Entscheidung über die Berechtigung der TPS 2013-2016 gestützt werden. Die BNetzA hat die Beschwerde der Klägerin hinsichtlich der rückwirkenden Überprüfung der TPS 2013-2016 mit Beschluss vom 10.11.2019 als unzulässig zurückgewiesen, weil es im EReG keine Grundlage für eine Beschwerde gegen Entgelte gebe, die bereits wieder außer Kraft getreten sind. Auch ein Verfahren von Amts wegen könne nicht eingeleitet werden, weil der Regulierungsbehörde für eine rückwirkende Überprüfung von bereits außer Kraft getretenen Entgelten keine Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung stehe.
- 73 Das Verfahren ist nunmehr beim Verwaltungsgericht Stadt1 anhängig; eine Entscheidung steht aus.
- 74 d. Der Klägerin steht jedoch dem Grunde nach ein Anspruch nach § 33 Abs. 3 GWB a.F., Art. 102 AEUV auf Zahlung zu.
- 75 Die Entscheidung des EuGH in der Sache CTL Logistics hindert den Senat nicht an einer kartellrechtlichen Überprüfung der hier streitgegenständlichen Trassenentgelte im Hinblick auf Art. 102 AEUV (unten aa.). Die erhobenen Entgelte verstießen auch zu Lasten der Klägerin gegen Art. 102 AEUV (unten bb.).
- 76 aa. Hinsichtlich der Zulässigkeit der kartellrechtlichen Überprüfung der Trassenentgelte hat der Senat ebenfalls in der bereits erwähnten Entscheidung vom 15.9.2020 umfangreich Stellung genommen. Viele der dortigen Ausführungen gelten hier entsprechend.

- 77 Ausgangspunkt der Überlegungen ist auch hier das jüngste Urteil des BGH zu den Trassenentgelten. Der Senat hat in der erwähnten Entscheidung hierzu wie folgt Stellung genommen, wobei die Erwägungen auch weiterhin gelten:
- 78 *Nach der Entscheidung des BGH vom 29.10.2019, KZR 39/19 - Trassenentgelte -, ist die Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV auf die vorliegende Fallkonstellation weder durch Vorschriften des Unionsrechts noch durch solche des nationalen Rechts ausgeschlossen oder eingeschränkt. Zur Begründung hat der BGH ausgeführt, das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV sei entsprechend seinem Schutzzweck unmittelbar anwendbar und begründe subjektive Rechte, die die mitgliedschaftlichen Gerichte zu wahren hätten. Die im Sekundärrecht der Union vorgesehene sektorspezifische Entgeltregulierung sei nicht geeignet, die primärrechtlich begründeten subjektiven Rechte aus Art. 102 AEUV auszuschließen oder einzuschränken. Die sektorspezifischen Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG könnten deshalb auch nicht als die gegenüber dem Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV speziellere Regelung angesehen werden. Um die Effektivität dieses Missbrauchsverbotes zu gewährleisten, seien auch die nationalen Vorschriften des § 33 Abs. 3 GWB a.F. und des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB uneingeschränkt selbstständig neben den Vorschriften der sektorspezifischen Entgeltkontrolle des Eisenbahnregulierungsrechts anwendbar. Das Verhältnis von Missbrauchsverbot zur sektorspezifischen Entgeltkontrolle werde - anders als das Verhältnis sektorspezifischer Entgeltkontrolle zu zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle, welches Gegenstand der Entscheidung des EuGH von 9.11.2017, CTL Logistics, war - vom Vorrang des Primär- gegenüber dem Sekundärrecht bestimmt. Dies stehe auch einem Vorbehalt entgegen, wonach kartellzivilrechtliche Ansprüche nur durchgesetzt werden könnten, wenn die Regulierungsbehörde zuvor einen Verstoß festgestellt hatte. Auch wäre ein gerichtlicher Schutz der durch Art. 102 AEUV eingeräumten Rechte nicht gewährleistet, wenn die EVU bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche verfahrensrechtliche Voraussetzungen beachten müssten, die weder zum Zeitpunkt der Anspruchsentstehung noch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung gesetzlich bestimmt und damit für die Berechtigten erkennbar gewesen seien. Dem Gesichtspunkt der einheitlichen Wirkung einer Regulierungsentscheidung komme im Rahmen der Anwendung des Art. 102 AEUV keine maßgebliche Bedeutung zu.*
- 79 Die gegen diese Entscheidung des BGH vorgebrachten Einwände der Beklagten überzeugen auch hier nicht:
- 80 (1) Soweit die Beklagte auch im hiesigen Verfahren auf das Gutachten von C eingeht, gelten die Ausführungen im vorgenannten Verfahren entsprechend:
- 81 *Zwar ergeben sich aus dem Vortrag der Beklagten und dem von ihr vorgelegten Gutachten von C vom 16.5.2020 (...) gewichtige Gründe dafür, dass im Falle einer rechtswirksamen Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Zulässigkeit der verlangten Wegeentgelte diese vor den Zivilgerichten (auch) kartellrechtlich nur noch hinsichtlich außerhalb des Eisenbahnregulierungsrechtes stehender Gesichtspunkte angegriffen werden können.*
- 82 Ein solcher Fall liegt jedoch auch hinsichtlich der hier streitgegenständlichen TPS 2013-2016 nicht vor. Es erfolgte keine ausdrückliche materielle Billigung der erhobenen Entgelte durch die BNetzA. Die Beschwerdeentscheidung der BNetzA vom 11.10.2019 (Anlage BB 6) zur von der Klägerin begehrten rückwirkenden Überprüfung der TPS 2013-2016 enthält keine Auseinandersetzung mit materiellen Erwägungen zur Zulässigkeit der erho-

benen Entgelte, sondern bezieht sich allein auf die für unzulässig gehaltene rückwirkende Überprüfung bereits außer Kraft getretener TPS. Die Beschwerde wurde entsprechend als unzulässig zurückgewiesen.

- 83 Aus den zur Akte gelangten weiteren Beschlüssen und Stellungnahmen der Bundesnetzagentur folgt zudem im Gegenteil, dass formelle und materielle Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des TPS 2011 und der darauffolgenden, im Wesentlichen bis zum TPS 2018 unveränderten TPS bestanden.
- 84 Ergänzend gilt zudem auch hier, was der Senat im Verfahren 11 U 128/14 (Kart) ausgeführt hat:
- 85 *Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass die Verbote des Art. 102 AEUV durch das sektorspezifische Eisenbahnregulierungsrecht konkretisiert werden und der Regulierungsbehörde sogar die alleinige Befugnis zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV zubilligen würde, so muss angesichts der vom BGH zurecht hervorgehobenen grundsätzlichen Bedeutung der Art. 101, 102 AEUV jedenfalls dann eine kartellgerichtliche Überprüfung möglich sein, wenn die Regulierungsbehörde keine Sachentscheidung getroffen hat und das von einem potentiell missbräuchlichen Verhalten betroffene EVU faktisch keine Möglichkeit hatte, eine solche Sachentscheidung herbeizuführen.*
- 86 Schließlich ist auch hier auf die grundsätzliche Bedeutung, die der EU-Gesetzgeber der privaten Rechtsdurchsetzung beimisst, um den Art. 101, 102 AEUV volle Wirksamkeit zu verleihen, zu verweisen. Die entsprechenden Ausführungen im Verfahren 11 U 128/14 (Kart) werden wiederum auch hier eingeführt:
- 87 *Welche Bedeutung der EU-Gesetzgeber der privaten Rechtsdurchsetzung beimisst, um den Art. 101, 102 AEUV volle Wirksamkeit zu verleihen, ergibt sich nicht zuletzt auch aus der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, wo es im Erwägungsgrund (3) heißt:*
- 88 *„Die Artikel 101 und 102 AEUV erzeugen in den Beziehungen zwischen Einzelpersonen unmittelbare Wirkungen und lassen für diese Einzelpersonen Rechte und Pflichten entstehen, die die nationalen Gerichte durchzusetzen haben. Die nationalen Gerichte haben daher bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften eine gleichermaßen wichtige Rolle zu spielen (private Rechtsdurchsetzung). In Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen schützen sie die sich aus dem Unionsrecht ergebenden subjektiven Rechte, indem sie beispielsweise den durch Zuwiderhandlungen Geschädigten Schadensersatz zuerkennen. Die volle Wirksamkeit der Artikel 101 und 102 AEUV und insbesondere die praktische Wirkung der darin festgelegten Verbote erfordern, dass jeder - seien es Einzelpersonen, einschließlich Verbraucher und Unternehmen, oder Behörden - vor nationalen Gerichten Ersatz des Schadens verlangen kann, der ihm durch eine Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmungen entstanden ist.“*
- 89 Auch wenn die Richtlinie 2014/104/EU erst nach dem hier maßgeblichen Zeitpunkt erlassen wurde, werden in ihr lediglich bereits bestehende europarechtliche Grundsätze zu-

sammengefasst. Dafür, dass diese Grundsätze für bestimmte regulierte Sektoren wie etwa das Eisenbahnrecht nicht gelten sollen, gibt es keinen Anhaltspunkt.

- 90 (2) Auch aus der Entscheidung des EuGH CTL-Logistics ergibt sich nichts Anderes. Wiederum kann auf die Ausführungen im Urteil 11 U 128/14 (Kart) verwiesen werden:
- 91 Zwar hat der EuGH in dieser Entscheidung ausgeführt, die „Erstattung von Entgelten nach den Vorschriften des Zivilrechts kommt also nur in Betracht, wenn die Unvereinbarkeit des Entgelts mit der Regelung über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zuvor von der Regulierungsstelle oder von einem Gericht, das die Entscheidung dieser Stelle überprüft hat, im Einklang mit den Vorschriften des nationalen Rechts festgestellt worden ist...“ (aaO. Rdnr. 97).
- 92 Allerdings kann diese Formulierung nicht losgelöst vom Gegenstand der Entscheidung interpretiert werden. Der EuGH hatte die von ihm beantworteten Vorlagefragen dahingehend ausgelegt, dass „das vorlegende Gericht wissen [möchte], ob die Richtlinie 2001/14, insbesondere deren Art. 4 Abs. 5 und deren Art. 30 Abs. 1, 3, 5 und 6, dahin auszulegen sind, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, wonach die Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft und gegebenenfalls unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abgeändert werden können“ (aaO. Rdnr. 34). Tatsächlich war Gegenstand des Vorlageverfahrens ausweislich des Vorlagebeschlusses des Landgerichts Stadt3s vom 3.9.2015 (Az. ...) ausschließlich eine zivilrechtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB.
- 93 Dementsprechend befasst sich der EuGH in seiner Entscheidung auch lediglich mit der Möglichkeit einer zivilrechtlichen Entgeltkontrolle nach § 315 BGB am Maßstab der individuellen vertraglichen Billigkeit im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB. Dieser Maßstab bezieht sich auf die Interessenlage der Parteien unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und der Bedeutung der Leistung (BGH Beschluss vom 18.10.2011, KZR 18/10 Stornierungs-entgelt - juris Rdnr. 17). Der EuGH geht dementsprechend davon aus, dass die Kriterien von Fall zu Fall je nach Vertragszweck und den Interessen der Parteien des Rechtsstreits angewandt würden, und dass darauf abgestellt werde, dass der individuelle Vertrag wirtschaftlich vernünftig sei (aaO. Rdnr. 73). Dies stehe im Widerspruch zu den in der Richtlinie 2001/14 festgelegten Grundsätzen, und zwar zum einen zum Grundsatz der Gleichbehandlung aller EVU und zum anderen zum Recht des Infrastrukturbetreibers, das Entgelt für die Nutzung innerhalb des von den Mitgliedsstaaten definierten Rahmens selbstständig festzulegen, mit dem Ziel, die Nutzung der Fahrwege zu optimieren (Rdnr. 76; 77ff.).
- 94 Zu möglichen kartellrechtlichen Ansprüchen verhält sich die Entscheidung des EuGH hingegen mit keinem Wort.
- 95 Dabei hatte der Generalanwalt, der in seinen Schlussanträgen die Zulässigkeit einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB mit bestimmten Einschränkungen befürwortet hatte, u.a. damit argumentiert, „dass eine außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2001/14 angesiedelte Kontrolle der Höhe der Entgelte sowohl auf behördlicher als auch auf gerichtlicher Ebene nach Maßgabe der Bestimmungen des Wettbewerbsrechts ausgeübt werden kann, so dass das von dieser Richtlinie gewollte Kontrollsystem nicht ohne

Ausnahme gilt“ (Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi im Verfahren CTL Logistics, Rdnr. 61).

- 96 Hätte der EuGH diese vom Generalanwalt offensichtlich als selbstverständlich vorausgesetzte Auffassung nicht geteilt, hätte es nahegelegen, in dem Urteil entsprechende Einwände zu thematisieren.
- 97 Die die Entscheidung des EuGH tragenden Erwägungen lassen sich auch nicht auf die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle übertragen.
- 98 Diese dient nicht primär der Ausgewogenheit eines individuellen Vertragsverhältnisses, sondern dem Schutz der Marktstruktur und dem Wettbewerb als solchen. Ansatzpunkt ist die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer und die Vermeidung der Behinderung einzelner im Wettbewerb, um dessen Verfälschung zu vermeiden (BGH Trassenentgelte Rdnr. 19 m.w.Nw.). Bei der Anwendung des Kartellrechts geht es nicht um Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall, sondern um die Kontrolle von unternehmerischen Freiräumen, die zu Machtmissbräuchen ausgenutzt werden könnten (Bunte, EWiR 2020, 253, 254).
- 99 Ausgangspunkt ist daher nicht - wie bei § 315 BGB - der individuelle Vertrag, sondern das „Gesamtgefüge“, nämlich die vom klagenden EVU geforderten Entgelte im Verhältnis zu den von Wettbewerbern zu zahlenden. Deshalb steht einer kartellrechtlichen Kontrolle auch nicht die Erwägung des EuGH in CTL-Logistics entgegen, dass den Infrastrukturbetreibern die aus einem für alle EVU geltenden Entgeltsystems resultierende Optimierung der Fahrwegsnutzung nicht gelingen könne, wenn sie jederzeit damit rechnen müssten, dass ein Zivilgericht nach § 315 BGB für ein einzelnes EVU ein (anderes) Entgelt nach billigem Ermessen bestimmt (aaO Rdnr. 80ff). Denn das Ziel einer solchen Optimierung kann auch im Wege der Prüfung, ob die von einem EVU geforderten Preise unangemessen i.S.d. Art. 102 Satz 2 lit. a) AEUV sind oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung i.S.d. Art. 102 Satz 2 lit. c) AEUV beinhalten, berücksichtigt werden.
- 100 Soweit die Beklagte (wie auch im hiesigen Verfahren) eine fehlende Einheitlichkeit von kartellrechtlichen Entscheidungen kritisiert, ist darauf hinzuweisen, dass es zwar auch auf die Wettbewerbssituation und Betroffenheit des individuell prozessbeteiligten EVU ankommt, dass aber der grundsätzliche Prüfungsmaßstab und -rahmen für die Kartellrechtswidrigkeit - anders als bei der individualvertraglichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB - für alle EVU, die aus demselben Preissystem resultierende Entgelte angreifen, identisch ist. Soweit gleichwohl unterschiedliche Kartellgerichte in Rechtsstreitigkeiten verschiedener EVU zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen könnten, wird dieses Risiko durch die Möglichkeit begrenzt, zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine höchstrichterliche Entscheidung zu erwirken.
- 101 Dass eine kartellzivilgerichtliche Entscheidung grundsätzlich nur dem unmittelbar klagenden Beteiligten zugutekommt, ist der privaten Kartellrechtsdurchsetzung nach dem deutschen Zivilprozessrecht immanent. Diese zwangsläufige Ungleichbehandlung von „aktiven“ (= Rechtsschutz suchenden) und „inaktiven“ Geschäftspartnern rechtfertigt keine generelle Einschränkung des auch europarechtlich geforderten kartellrechtlichen Individualrechtsschutzes.
- 102 Soweit bei einer nachträglichen kartellrechtlichen Kontrolle die Gefahr besteht, dass dem Eisenbahnstrukturunternehmen durch die Rückzahlung von kartellrechtswidrig erhobenen Entgelten insgesamt deutlich geringere Erlöse verbleiben, als diese bei einer ande-



*ren Ausgestaltung des Entgeltsystems zulässig gewesen wären, ist dieses im Hinblick auf das kartellrechtswidrige Verhalten hinzunehmen. Die Beklagte hat kein schutzwürdiges Interesse, kartellrechtswidrig vereinbarte Erlöse zu behalten.*

- 103 (3) Soweit die Beklagte auf Beschlüsse des BVerfG verweist, stehen diese der vertretenen unmittelbaren Anwendbarkeit kartellrechtlicher Vorschriften ebenfalls nicht entgegen. Auch hier gelten die Ausführungen im Verfahren 11 U 128/14 (Kart) entsprechend:
- 104 *Auch die Beschlüsse des BVerfG vom 8.10.2015, Az. 1 BvR 1320/14, 1 BvR 3509/13, u.a., geben keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Das BVerfG hat mit diesen Beschlüssen einen Verfassungsverstoß lediglich darin gesehen, dass der BGH Nichtzulassungsbeschwerden der Beklagten gegen oberlandesgerichtliche Urteile, in denen die Beklagte unter Anwendung des § 315 BGB zur Rückzahlung von Infrastrukturnutzungsentgelten an EVU verurteilt worden war, ohne jede Begründung zurückgewiesen hatte, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV bestanden hätte. Insoweit hat das BVerfG moniert, dass eine entsprechende Auseinandersetzung auch im Hinblick auf Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB, § 33 GWB geboten gewesen wäre. Aus den Beschlüssen ergibt sich jedoch bereits nicht, dass das BVerfG eine Vorlage zwingend für erforderlich hielt, und erst recht nicht, dass eine etwaige Vorlagepflicht auch kartellrechtliche Ansprüche nach Art. 101, 102 AEUV betraf.*
- 105 (4) Ob die Rechtslage anders zu beurteilen wäre, wenn die Klägerin es vorwerfbar unterlassen hätte, von ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln Gebrauch zu machen, um zeitnah eine Entscheidung der Bundesnetzagentur über die TPS 2013 bis 2016 herbeizuführen, kann hier - ebenso wie im vorentschiedenen Verfahren des Senats - offenbleiben. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor:
- 106 Zwar führt die Bundesnetzagentur in ihrem Bescheid vom 11.10.2019 (Az. ...) aus, den EVU habe auch unter der Geltung des AEG a.F. ein adäquater Rechtsweg zur Verfügung gestanden (aaO. S. 41). So hätten sie über einen Verpflichtungswiderspruch bzw. eine Verpflichtungsklage die Bundesnetzagentur zu einem Vorabprüfungsverfahren gem. § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG a.F. oder einer nachträglichen Prüfung gem. § 14f Abs. 1 AEG a.F. veranlassen können (aaO. S. 41).
- 107 Vorliegend erscheint es jedoch jedenfalls nicht vorwerfbar, dass die Klägerin diesen verwaltungsrechtlichen Klageweg nicht beschritten hat. Tatsächlich hatte sie frühzeitig versucht, eine Überprüfung der sie betreffenden Bestandteile der TPS durch die BNetzA zu erzielen. So wandte sie sich ausweislich der tatsächlichen Feststellungen der Bundesnetzagentur im Beschluss vom 11.10.2019 (aaO. S. 6) mit Schreiben vom 25.7.2014 an die BNetzA und rügte eine Diskriminierung, Unbilligkeit und Behinderung der EVU, die Gelegenheitsverkehre betrieben. Bereits dort verwies sie auf geringwertigere Leistungen gegenüber dem Regelverkehr trotz gleicher Trassenentgelte und forderte die Bundesnetzagentur zur Durchsetzung eines diskriminierungsfreien Systems auf. Mit Schreiben vom 22.05.2016 wandte sich die Klägerin erneut an die Bundesnetzagentur unter Verweis auf die aufgezeigten Probleme.
- 108 Dass sie dieses Anliegen nachfolgend zunächst nicht in einem förmlichen Verwaltungsverfahren weiterverfolgt hat, erscheint jedenfalls deshalb hier nicht vorwerfbar, da sie zeitnah mit der hiesigen Zivilklage Ende 2016 ihre Anliegen streitig gestellt hat. Nach damaliger gefestigter Rechtsprechung wurde eine zivilrechtliche Billigkeitskontrolle parallel zur öffentlich-rechtlichen Regulierung als zulässig angesehen (vgl. BGH, Urteil vom

18.10.2011, KZR 18/10 - Stornierungsentgelt; OLG Frankfurt, Urteil vom 17.1.2012, 11 U 43/09 (Kart); OLG München, Urteil vom 23.2.2012, U 3365/11 Kart; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.12.2015, VI-U (Kart) 3/15; OVG Münster, Urteile vom 17.6.2014, 13 A 1381/13 (Anl. B36) und 13 A 1382/13 - juris Rdnr. 74.). Noch in der Berufungsbegründung vertieft die Klägerin zudem ihre Ansicht, dass die BNetzA allein ex ante ein Widerspruchsrecht gehabt habe und eine vollständige Prüfung erstmals mit Einführung des TPS 2018 möglich gewesen sei. Es habe gerade nicht zwei unkoordinierte Rechtswege gegeben, sondern die zivilrechtliche nachträgliche Überprüfungsmöglichkeit. Unmittelbar nach Bekanntwerden der Fragen des Rechtswegs klärenden Entscheidung des EuGH (CTL Logistics) hat die Klägerin dann parallel zum hiesigen Verfahren eine entsprechende Beschwerde an die Bundesnetzagentur zur rückwirkenden Überprüfung der hier streitgegenständlichen TPS erhoben, die sie nunmehr vor dem Verwaltungsgericht Stadt1 weiterverfolgt. Da bis zur Entscheidung des EuGH keine Klarheit bestand, ob nicht unabhängig von einer regulierungsrechtlichen Überprüfung bereits eine zivilrechtliche Klage hinreichenden Rechtsschutz für die betroffenen EVU bietet, spricht das Verhalten der Klägerin hier dafür, dass sie im ihr möglichen und bekannten Umfang behauptete Ansprüche auch verfolgt hat. Das Unterlassen entsprechender Verpflichtungsklagen kann damit nicht als vorwerfbar eingeordnet werden.

- 109 Aus den dargestellten Erwägungen heraus teilt der Senat für die vorliegende Fallkonstellation die Auffassung des BGH, dass Ansprüche auf Rückzahlung von Entgelten, deren Erhebung gegen Art. 102 AEUV verstößt, vor den Zivil- bzw. Kartellgerichten durchgesetzt werden können, auch wenn sie sich nicht auf einen rechtskräftigen Bescheid der Regulierungsbehörde stützen können.
- 110 bb. Die erhobenen Entgelte verstießen gegen Art. 102 AEUV. Nach dieser Vorschrift ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben verboten, soweit diese dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.
- 111 Die Beklagte ist Normadressatin dieses Missbrauchsverbotes (unten (1)). Sie hat gegenüber Handelspartnern i.S.d. Art. 102 Satz 2 lit.c) AEUV ohne hinreichenden sachlichen Grund gleiche Bedingungen bei nicht gleichwertigen Leistungen angewandt (unten (2)). Dadurch wurde die Klägerin auch im Wettbewerb benachteiligt (unten (3)). Ob darüber hinaus ein Verstoß gegen Art. 102 Abs. 1 a oder b AEUV vorliegt, wie von der Klägerin vertreten, bedarf demnach hier keiner Klärung. Dem Grunde nach ist vorliegend jedenfalls von irgendeinem Schaden auszugehen (unter (4)), dessen Höhe noch der Aufklärung bedarf.
- 112 (1) Die Beklagte ist Normadressatin des Missbrauchsverbotes des Art. 102 AEUV.
- 113 Die Beklagte verfügt auf einem wesentlichen Teil des Binnenmarktes, nämlich im Gesamtgebiet Deutschlands, über eine marktbeherrschende Stellung. Relevanter Markt, auf dem die Beklagte vorliegend tätig ist, ist der bundesweite Markt für die Nutzungsüberlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen zur Durchführung von Eisenbahnverkehr, auf dem sich Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Anbieter und EVU als Nachfrager gegenüberstehen (Senat, Urteil vom 10.10.2006, 11 U 46/05 (Kart)).
- 114 Ergänzend kann auch hier auf die Ausführungen im Urteil zu 11 U 128/14 (Kart) verwiesen werden:

- 115 *Auch aus Art. 31 der Richtlinie 2001/14, der einen Informationsaustausch der nationalen Regulierungsstellen mit dem Ziel einer Koordination der Entscheidungsgrundsätze vorsieht, ergibt sich, dass die Eisenbahninfrastruktur grundsätzlich als binnenmarktrelevant anzusehen ist.*
- 116 *Der Anwendung des Art. 102 AEUV steht auch nicht die Rechtsprechung des EuGH entgegen, wonach Art. 102 AEUV nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen gilt, die die Unternehmen von sich aus an den Tag legen, nicht hingegen für ein wettbewerbswidriges Verhalten, das durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben oder für das diese einen rechtlichen Rahmen bilden, der jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten der Unternehmen ausschließt (EuGH, Urteil vom 17.2.2011, C-52/09 - TeliaSonera Sverige, Rdnr. 49).*
- 117 Das Preissetzungsverhalten hinsichtlich der hier gegenständlichen Trassenentgelte beruht - ebenso wie hinsichtlich der Erhebung von Regionalfaktoren in der vorausgegangenen Senatsentscheidung - auf einer der Beklagten zurechenbaren selbständigen Entscheidung. Auch dies ist vom Senat bereits in der vorgenannten Entscheidung bejaht worden:
- 118 *Nach der Entscheidung des BGH vom 29.10.2019 - Trassenentgelte - ist es für die Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV ausreichend, dass die Richtlinie 2001/14/EG und die in ihrer Umsetzung ergangenen Regelungen der §§ 14 ff. AEG a.F. den Betreibern von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen Handlungsspielräume bei der Festsetzung der Weagentgelte belassen. Soweit derartige Handlungsspielräume aufgrund der Marktbeherrschung der Beklagten nicht hinreichend von Wettbewerb kontrolliert würden, ist die Ausnutzung derselben ohne weiteres am Maßstab des Art. 102 AEUV zu messen (aaO. Rdnr. 25).*
- 119 *Selbst wenn man der Auffassung der Beklagten folgen wollte, wonach eine kartellrechtliche Überprüfung jedenfalls dann auszuscheiden habe, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht lediglich „Regulierungslücken“ ausnützt, sondern von regulierungsrechtlich ausdrücklich eingeräumten Handlungsspielräumen Gebrauch macht (vgl. dazu Gutachten C aaO. Anl. B68 S. 38), würde dies vorliegend nicht zu einer anderen Bewertung führen.*
- 120 (2) Die Beklagte verstieß mit den von der Klägerin erhobenen Trassenentgelten gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV. Nach dieser Vorschrift missbraucht ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht, wenn es unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern anwendet, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Über den Wortlaut hinaus findet das Diskriminierungsverbot - seinem Sinn und Zweck folgend - auch Anwendung, wenn gleiche Bedingungen bei ungleichwertigen Leistungen angewandt werden (Bulst in: Langen/Bunte, 13. Aufl., Art. 102 Rn. 211). So liegt es hier:
- 121 Im Rahmen der kartellrechtlichen Prüfung sind dabei die sektorspezifischen Wertungen aus dem Eisenbahnrecht, insbesondere der Richtlinie 2001/14/EG, § 14 AEG, § 21 EiBV zu berücksichtigen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2003 - U Kart 20/02; Gerstner in: AEG, 2006, § 14 b Rn. 24). Dabei findet für die Entgeltforderungen bis zum 5. 6.2015 das AEG in der Fassung ab dem 29.05.2009 Anwendung, für Forderungen danach in der Fassung ab dem 06.06.2015. Bei der Auslegung dieser Vorschriften erlangen insbesondere

auch Entscheidungen und Feststellungen der Bundesnetzagentur - unabhängig von ihrer Bestandskraft - Bedeutung (vergleiche BGH, Urteil vom 29.10.2019 - KZR 39/19 Rn. 52).

- 122 Eine Diskriminierung i.S.d. § 14 Abs. 1 AEG a.F. liegt dabei vor, wenn EVU beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden, oder Regelungen angewandt werden, die zwar für alle Zugangsberechtigten formal gleich gelten, jedoch unterschiedliche Auswirkungen für verschiedene Zugangsberechtigte haben (vgl. auch BNetzA, Bescheid vom 5.3.2010, Anlage B 50). Eine formale Gleichbehandlung ist dann sachwidrig, wenn sie unterschiedliche Auswirkungen für verschiedene Zugangsberechtigte hat (OVG NRW, Beschluss vom 16. Juni 2006, 20 B 758/05). Letztere Konstellation ist hier relevant.
- 123 Die Beklagte ermittelte die von der Klägerin zu entrichtenden Entgelte auf Basis ihres damals flächendeckend angewandten angebotsorientierten Entgeltsystems. Grundlage war ein auf die jeweilige Streckenkategorie der insgesamt 12 gebildeten Streckenkategorien (näher Klageerwiderung, Bl. 193) bezogener Grundpreis, der mit einem Produktfaktor multipliziert das konkrete Trassenentgelt ergab. Die von der Beklagten gebildeten Streckenkategorien bezogen sich nicht auf das Nutzerverhalten der nachfragenden EVU, sondern auf Infrastrukturmerkmale (Leistungsfähigkeit und Ausstattungsmerkmale) der jeweiligen Strecke.
- 124 Dieses System entsprach nicht den Preisbildungskriterien nach § 14 Abs. 4 AEG a.F. i.V.m. § 21 EiBV und führte zu einer sachwidrigen Gleichbehandlung der Klägerin mit anderen EVU, insbesondere denen des Fahrplanverkehrs:
- 125 Gemäß Art. 4 Abs. 5 RL 2001/14/EG haben die Betreiber der Infrastruktur dafür Sorge zu tragen, dass die Anwendung der Entgeltregelungen zu gleichwertigen und nichtdiskriminierenden Entgelten für unterschiedliche Eisenbahnunternehmen führen, die Dienste gleichwertiger Art in ähnlichen Teilen des Marktes erbringen. Dabei waren Basis der Preisbildung im streitgegenständlichen Zeitraum gemäß § 14 Abs. 4 S. 2 AEG a.F., Art. 7 Abs. 3 RL 2001/14/EG die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, wobei sowohl je nach den Verkehrsleistungen Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr oder Schienengüterverkehr als auch nach Marktsegmenten innerhalb dieser Verkehrsleistungen differenziert werden konnte und die Wettbewerbsfähigkeit zu gewährleisten war (vgl. auch Senat, Urteil vom 15.9.2020 - 11 U 128/14 (Kart) zum TPS 2011). Die Entgeltberechnung nach § 14 Abs. 4 S. 2 AEG a.F. fußte damit zunächst auf den unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten (Grenzkosten). Die durch das jeweilige EVU verursachten Kosten der Nutzung - insbesondere die Abnutzung der Schienen - sollten möglichst genau abgebildet werden (vergleiche Schreiben der Bundesnetzagentur vom 24.10.2011, Anlage K 98). Auf diese Grenzkosten konnte ein Aufschlag erhoben werden (Vollkostenaufschlag), der nach den verschiedenen Verkehrsleistungen (SPNV, SPFV, SGV) oder den Marktsegmenten differenzierte. Erhöhte Kosten, die eine Verkehrsleistung gegenüber einer anderen verursachte, durften nur für diese Verkehrsleistung berücksichtigt werden (§ 21 Abs. 4 EiBV).
- 126 Die von der Beklagten gewählte Kategoriebildung im Rahmen der TPS 2013-2016 (Berechnung der Preise nach Streckenkategorien) und nachfolgende Multiplikation mit Produktfaktoren lässt sich mit diesen Grundsätzen der Entgeltbildung nicht in Übereinstimmung bringen. Insoweit erlangen - wie vom BGH angeregt (Urteil vom 29.10.2019 - KZR

39/19 - Trassenentgelte) - Ausführungen und Feststellungen der BNetzA bei der Bewertung Bedeutung.

- 127 Die Bundesnetzagentur hat mehrfach ausgeführt, dass bis 2018 die TPS nicht den Anforderungen des Eisenbahnrechts entsprachen. Da die Beklagte unstreitig stellt, dass die Grundstruktur der Entgeltlogik ihrer TPS sich erstmals im Rahmen des TPS 2018 geändert hat, hinsichtlich Struktur und Kalkulation jedoch im Wesentlichen seit 2011 bestand (Bl. 190), können insoweit alle Entscheidungen ab dem TPS 2011 herangezogen werden.
- 128 Die bis zum TPS 2018 angewandte Entgeltlogik - Grundlage auch der hier streitgegenständlichen TPS 2013-2016 - war mehrfach Gegenstand von Ausführungen der Bundesnetzagentur: Nachdem die Bundesnetzagentur im Rahmen des Bescheids vom 05.03.2010 bereits darauf hingewiesen hatte, dass es „problematisch“ sei, dass die Beklagte keine Kosten ausweise, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (Anlage K 50, Seite 12), dies aber keiner näheren Prüfung bedürfe, hat sie mit Schreiben vom 24.10. 2011 (Anlage K 98, Seite 12ff) deutlich ausgeführt, keine Übereinstimmung der von der Beklagten gewählten Kategoriebildung (Berechnung der Preise nach Streckenkategorien) mit den bestehenden Möglichkeiten der Entgeltfinanzierung erkennen zu können. Es wurde dort betont, dass die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten die Basis des Trassenentgeltes bilden. Damit werde der Teil der Kosten für die Erbringung der Pflichtleistungen ausgeglichen, der dem einzelnen Zugbetrieb direkt zugeordnet werden könne. Ziel der Bildung eines grenzkostenbasierten Trassenpreises sei es, möglichst genau die durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen geforderten Kosten der Nutzung abzubilden. Diese Kosten seien von jedem EVU zu bezahlen. Um eine Kostendeckung zuzüglich einer Rendite zu erreichen, könnten Aufschläge auf Basis dieser Grenzkosten kalkuliert werden.
- 129 Mit Schreiben vom 22.05.2013 wiederholte die Bundesnetzagentur ihre Einschätzung, dass das System des TPS 2011 nicht mit den eisenbahnrechtlichen Anforderungen an die Entgeltstruktur in Übereinstimmung zu bringen ist (Anlage K 99, Seite 2). Auf den Preis, der sich aus den unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs ergibt, könnten Aufschläge erhoben werden in Abhängigkeit zur Verkehrsleistung oder denkbaren Marktsegmenten. Das Entgelt stelle sich mithin als Summe des Entgelts für die Kosten des unmittelbaren Zugbetriebs und des jeweiligen marktsegmentspezifischen Aufschlags dar. Aufschläge seien dabei invers zur Preiselastizität der Nachfrage des Bezugsmarktes zu bemessen. Betont wurde zudem, dass immer zu prüfen sei, ob die Erhebung eines gleichen Preises bei unterschiedlichen Sachverhalten sachlich gerechtfertigt ist.
- 130 Im Schreiben vom 18.07.2013 bestätigte die Bundesnetzagentur erneut, dass das TPS 2011 bereits von seiner Struktur her rechtswidrig sei (Anlage K 96) und gegenwärtig die Kostenlast auf die unterschiedlichen Zugangsberechtigten nicht rechtmäßig verteilt werde. Die Belastung der einzelnen Nutzer sei vielmehr sachlich nicht gerechtfertigt, da es keine in sich geschlossene Herleitung der erhobenen Entgelte gebe und gleiche Leistungen unterschiedlich bepreist würden. Sie sei zudem sachlich nicht gerechtfertigt, da die Preisbildungsvorgaben von § 14 Abs. 4 AEG (Grenzkosten zuzüglich tragfähigkeitsspezifischer Aufschlag zur Fixkostendeckung je Verkehrsleistung oder Marktsegment) nicht eingehalten würden.
- 131 Schließlich hat die Bundesnetzagentur auch im Rahmen der Prüfung des TPS 2018 (Bescheid vom 10.12.2017, Anlage K 44) auf die Geschichte der Entgeltbildung hingewiesen. Demnach sollten bereits nach dem Weißbuch der Europäischen Kommission 1998

die unmittelbaren Zugbetriebskosten die Basis der Kostenbildung darstellen (Seite 66). Entsprechend enthalte die Richtlinie 2011/14/EG Vorgaben, wonach die mit dem Zugbetrieb verbundenen Kosten zwingend den Nutzern anzulasten sind.

- 132 Diesen Berechnungsweisen entsprachen die TPS 2013-2016 nicht. Der von der Beklagten für die Festlegung der Trassenentgelte dargestellte Ausgangspunkt von 12 verschiedenen Streckenkategorien, multipliziert mit Produktfaktoren, weicht von diesem rechtlich gebotenen Entgeltsystem maßgeblich ab. Die Beklagte hat auch nicht nachvollziehbar dargelegt, dass die von ihr vorgenommene abweichende Trassenpreisbildung dennoch jedenfalls im Ergebnis den vorgenannten Anforderungen des § 14 AEG entsprach. Sie trägt vielmehr vor, dass Trassenpreise in folgenden Schritten kalkuliert worden seien: Zunächst seien die Kosten für die Erbringung der Pflichtleistungen prognostiziert worden; prognostiziert worden sei auch das dabei eingesetzte Kapital. Auf Basis dieses Prognoseergebnisses seien dann unter Heranziehung der angenommenen Mengengerüste (Trassenkilometer) und der Marktragfähigkeiten der einzelnen Verkehrsarten (SPFV, SPNV, SGV) die konkreten Preise festgelegt worden (im Einzelnen ab Seite 23 ff. der Klageerwidernung). Eine Zuordnung dieser Preisberechnung zu den dargestellten Entgeltgrundsätzen nach § 14 AEG ist nicht möglich - dies erscheint auch konsequent, da die Beklagte - wie dargestellt - nicht davon ausgeht, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum unter Berücksichtigung der Vorgaben von § 14 AEG ihre Entgelte bilden musste.
- 133 Diese von den Vorgaben des § 14 AEG abweichende Berechnungsweise der Trassenentgelte führte für die Klägerin entsprechend Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV zu einer Gleichbehandlung mit anderen EVU im Bereich des SPFV, ohne dass gleichwertige Leistungen erbracht wurden. Insbesondere wurden die unstreitig von der Klägerin verursachten geringeren unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs gegenüber anderen EVU im Bereich des SPFV nicht im Rahmen der ihr gegenüber vorgenommenen Entgeltberechnung berücksichtigt.
- 134 Nach dem Vortrag der Beklagte ist es unstreitig, dass alle EVU in einer Verkehrsart - hier des SPFV - denselben Kategoriegrundpreis zahlen mussten - unabhängig von den konkret verursachten Zugbetriebskosten (Bl. 197). Ebenfalls führt die Beklagte aus, dass Marktsegmente nicht gebildet wurden (Bl. 197). Die Klägerin wurde mithin mit allen anderen EVU der Verkehrsart SPFV gleichbehandelt. Die ihr gewährte Leistung entsprach jedoch nicht der den anderen EVU im SPFV gewährten Leistung. Da sie keine Fahrplananmeldung vornehmen konnte, erhielt sie unstreitig Trassen aus dem Bestand der Restkapazitäten. Dies führte - ebenfalls mit dem Umstand des Gelegenheitsverkehrs verbunden - zu Trassenkonstruktionen, die keine optimale Verbindung zweier Punkte beinhalteten, ohne dass die zwischen den Parteien streitige Frage geklärt werden muss, ob seitens der Beklagten eine hinreichende Menge an Restkapazitäten vorgehalten wurde. Die mit dem klägerischen Zugbetrieb unmittelbar verbundenen Kosten (Abnutzung der Schienen) waren infolge niedrigerer Geschwindigkeit und niedrigeren Gewichts geringer als im fahrplanmäßigen SPFV. Der Umstand niedrigerer unmittelbarer Zugbetriebskosten ist insoweit auch zwischen den Parteien unstreitig (Bl. 198; Ausführungen der Beklagten in Anlage K 21, Seite 2). Entsprechend hat die Beklagte zur Berücksichtigung dieser niedrigeren unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs im Rahmen des TPS 2018 ein eigenständiges Segment für Charter- und Nostalgieverkehre gebildet.
- 135 Im Rahmen des Verfahrens zum TPS 2019 hat die Beklagte selbst einen Vergleich der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs hinsichtlich einzelner Marktsegmente aufgestellt

(Anlage K 82, Schriftsatz Bl. 623). Die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs im Segment Charter/Nostalgie liegen demnach zwischen 0,48 und 0,58 €/TrKm unter denen des Schienenpersonenfernverkehrs.

- 136 Eine Rechtfertigung, die Klägerin mit gleichen Entgelten für eine nicht gleichwertige Leistung zu belegen, ist dem Vortrag der Beklagten nicht plausibel zu entnehmen:
- 137 Soweit die Beklagte meint, sie sei lediglich berechtigt, nicht aber verpflichtet gewesen, im streitgegenständlichen Zeitraum aufgrund der niedrigeren Kosten der Charterverkehre auch niedrigere Trassenpreise festzusetzen, überzeugt dies aus den oben dargestellten Gründen nicht. Wie dargestellt, bestand auch auf Basis der damaligen Rechtsgrundlagen (§ 14 AEG a.F. bis 5.6.2015 und a.F. ab 6.6.2015) die Verpflichtung, die Entgelte diskriminierungsfrei auf Basis der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs zu ermitteln. Ebenfalls trifft die Einschätzung der Beklagten nicht zu, dass erst seit 2015 die genannten Grundsätze der Entgeltberechnung anzuwenden sind. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Dass die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs im Bereich Charter grundsätzlich auch ermittelbar sind, ergibt sich aus der seit dem TPS 2018 bestehenden Einführung des Segments „Charter/Nostalgie“.
- 138 Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass bei den Gelegenheitsverkehren für sie keine geringeren Kosten als bei Zugfahrten im Fahrplan anfielen, widerspricht dies ihren im Übrigen eingeführten Darlegungen, mit denen sie unstreitig stellt, dass die zugbetriebsbedingten Kosten des klägerischen Charterverkehrs im allgemeinen niedriger liegen als bei anderen Schienenpersonenverkehren.
- 139 Soweit die Beklagte umfangreiche Kostenkalkulationen im Rahmen der Klageerwiderung zur Akte gereicht hat, lassen sich diese mit den gesetzlichen Vorgaben zur Entgeltberechnung nicht in Übereinstimmung bringen. Schon 2013 verwies die Bundesnetzagentur darauf, dass kein nachvollziehbares Zahlenwerk für die Berechnung der Entgelte vorliege (Anlage K 96, Seite 6). Es sei unklar, wie die einzelnen Preisbildungskomponenten (Streckenkatoren und Produktfaktoren) zustande gekommen seien.
- 140 Soweit die Parteien im Einzelnen über die Markttragfähigkeit des Segments Charterverkehr, die Berechtigung von Vollkostenzuschlägen, die Preiselastizität der betroffenen Kundengruppe des Charterverkehrs, die Leerverkehrsquote etc. streiten, kommt es im Rahmen des hiesigen Grundurteils hierauf nicht an. Diese Aspekte betreffen die Höhe des angemessenen Trassenentgelts, sofern dieses zunächst auf einer den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Berechnungsgrundlage ermittelt wird.
- 141 Lediglich ergänzend wird jedoch bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nach den insoweit überzeugenden Ausführungen der Bundesnetzagentur in den Bescheiden zum TPS 2018 und 2019 (Anlage K 44 und K 78) die von der Beklagten zum TPS 2018 erstmals vorgesehene grundsätzliche Bildung des Marktsegments „Charter und Nostalgie“ korrekt ermittelt ist. Die diesem Segment zugeordneten Kunden sind, so die BNetzA, hinsichtlich ihrer Zahlungsbereitschaft, ihrer Anforderung an die Dienstleistungsqualität und ihrer Pünktlichkeit vergleichbar. Als sonstiges Segmentierungskriterium sei auch der Reisezweck zu beachten. Die unterschiedlichen Endkundenanforderungen hinsichtlich der Komfort- und Pünktlichkeitsanforderungen einschließlich der tolerierbaren Verspätungen sowie der damit einhergehenden divergierenden Zahlungsbereitschaft ließe sich damit derart abgrenzen, dass auch hierauf basierend eigenständig ein homogenes Segment gebildet werden könne. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Fahrgäste im Char-

tersegment wesentlich preissensitiver seien als bei anderen Fernzugverbindungen. Zu beachten sei schließlich, dass Charterverkehre im Gegensatz zu den anderen nicht regelmäßig durchgeführt würden und das Auslastungsrisiko der Züge von einer Beauftragung und nicht von dem ausführenden Eisenbahnverkehrsunternehmen abhängen. Schließlich seien die unmittelbaren Kosten aufgrund des Zugbetriebs der Charterverkehre geringer.

- 142 (3) Diese Gleichbehandlung der Klägerin mit anderen EVU des SPFV trotz ungleicher Auswirkungen beinhaltet vorliegend auch einen Wettbewerbsverstoß, da die Klägerin hierdurch im Wettbewerb benachteiligt wurde gemäß Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV.
- 143 Preisdiskriminierungen sind nicht per se aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch, sondern nur dann, wenn sie gegenwärtig oder potentiell eine wettbewerbschädigende Wirkung haben (Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 20.12.2017 - C-525/16 - MEO Rn. 61ff; Bulst in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl., Art. 102 AEUV Rdnr. 131; EuGH Urteil vom 14.10.2010, C-280/08 Deutsche Telekom Rdnr. 254). Zwar muss eine solche Wirkung nicht bereits eingetreten sein; insoweit reicht eine potentiell wettbewerbswidrige Wirkung aus (EuGH, Urteil vom 17.2.2011, C-52/09 TeliaSonera Sverige, Rdnr. 64; EuG, Urteil vom 17.12.2003 - Rs T 219/99 Rn. 293; Bulst aaO m.w.Nw.). Das fragliche Marktverhalten muss aber jedenfalls geeignet bzw. darauf gerichtet sein, den Wettbewerb zu beschränken (Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., Art. 102 AEUV Rdnr. 145 m.w.Nw.) bzw. eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Handelspartnern auf dem nachgelagerten Markt zu bewirken (EuGH, Urteil vom 19.04.2018 - C-525/16 -MEO Rn. 25).
- 144 Dabei indiziert der Verstoß gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot allerdings nicht bereits diese Wettbewerbsbenachteiligung. Der Senat hat hierzu bereits ausgeführt, dass aufgrund der nur teilweise bei Art. 102 AEUV und dem Eisenbahnregulierungsrecht identischen Zielsetzungen nicht von einer Indikation ausgegangen werden könne (Senat, Urteil vom 15.09.2020 - 11 U 128/14 (Kart)).
- 145 Vorliegend ist jedoch von einer Wettbewerbsbeeinträchtigung der Klägerin auszugehen:
- 146 Das Verhalten der Beklagten ist angesichts des gesamten Sachverhalts geeignet, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Handelspartnern herbeizuführen. Dabei wird für die Feststellung der Wettbewerbsbenachteiligung nicht der Nachweis einer tatsächlichen und messbaren Verschlechterung der Wettbewerbsposition gefordert. Ausreichend ist vielmehr eine Analyse aller relevanten Umstände des Einzelfalls, die den Schluss zulässt, dass dieses Verhalten einen Einfluss auf die Kosten, auf die Gewinne oder auf ein anderes maßgebliches Interesse eines oder mehrerer dieser Parameter hat, so dass dies Verhalten geeignet ist, seine Position zu beeinträchtigen (vergleiche EuGH, Urteil vom 19.04.2018 - C-525/16 - MEO Rn. 37).
- 147 Die Klägerin konnte hier auf den jeweils gebuchten Trassen geringere Erlöse erzielen, als wenn das Trassenentgelt für sie auf Basis der unmittelbar mit ihrem Zugbetrieb verbundenen Kosten zuzüglich eines Aufschlags ermittelt worden wäre. Die unmittelbar mit ihrem Zugbetrieb verbundenen Kosten liegen u.a. im Hinblick auf die infolge der Trassenkonstruktion zu fahrende geringe Geschwindigkeit und das geringere Gewicht unstrittig (Bl. 200) unterhalb der Kosten des im Wettbewerb zu ihr stehenden regulären SPFV, insbesondere des Fernverkehrs der B AG. Dennoch wurde sie mit denselben Streckenkategoriepreisen belegt, so dass sie die von ihr verursachten geringeren Kosten nicht zur Gestaltung attraktiverer Angebot gegenüber ihren Kunden nutzen konnte. Die Klägerin wur-



de durch das Preissetzungsverhalten in ihrer Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt, da sie ihren Kunden infolge der ihr überlassenen Trassen hinsichtlich insbesondere Geschwindigkeit und Zielorientierung weniger bieten konnte, dennoch aber dieselben Preise wie andere EVU zahlen musste, die die Qualitäten der jeweiligen Streckenkategorien besser nutzen konnten. Soweit der Gelegenheitsverkehr überwiegend zielorientiert und weniger erlebnisorientiert durchgeführt wird, konkurriert die Klägerin unstreitig mit dem regulären, netzfahrplangebundenen Angebot des Schienenpersonenfernverkehrs.

- 148 Auf die Frage, ob durch die Preissetzung der Beklagten Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt der - mit der Klägerin ebenfalls im Wettbewerb stehenden - Bus-Charterverkehre der Beklagten entstanden sind und diese der Beklagten zugerechnet werden können, d.h. ob es sich insoweit um einen verbundenen Markt handelt, kommt es im Hinblick auf die obigen Ausführungen im Ergebnis nicht mehr an.
- 149 (4) Dem Grunde nach ist durch dieses missbräuchliche Verhalten auch jedenfalls irgendein Schaden anzunehmen, so dass die Voraussetzungen für ein Grundurteil gem. § 304 ZPO vorliegen.
- 150 Wie ausgeführt, beinhaltet die tatsächliche Berechnung der Trassenpreise nach Streckenkategorie und Produktfaktor eine kartellwidrige Gleichstellung der Klägerin mit anderen EVU im Bereich des SPFV. Unter Zugrundelegung der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs zuzüglich eines marktsegmentspezifischen Aufschlags ergeben sich bei Interpolierung der eigenen Festlegungen der Beklagten ab dem TPS 2018 niedrigere Beträge für die Klägerin als ihr für die hier streitgegenständlichen Zeiträume in Rechnung gestellt wurden.
- 151 Dabei würde sich selbst dann eine Überzahlung ergeben, wenn man die von der Beklagten für die Fahrplanperiode 2018 für das Segment Charter beantragten - von der BNetzA nicht genehmigten - Preis von 2,46 €/TrKm - interpoliert unter Berücksichtigung der jährlichen Preissteigerung von 2,4% auf die hier streitgegenständlichen Jahre - zugrunde legen würde. Aus der überschlägigen Berechnung der als Anlage K 36 eingeführten Schadensschätzungen der Klägerin ergäbe sich auch dann ein Schadensbetrag. Demnach lag bei Ansatz der auf die hier streitgegenständliche Periode interpolierter 2,05 €/TrKm der zu zahlende Betrag ca. 1/3 unter dem tatsächlich gezahlten Betrag. Selbst ein - interpolierter - Preis von 2,46 €/TrKm würde damit zu einer Differenz zu Gunsten der Klägerin führen. Die Klägerin verweist insoweit auch darauf, dass ein Trassenpreis von 2,05 €/TrKm mehr als 33% unter demjenigen liege, den die Beklagte ihr gegenüber verrechnet habe (Bl. 1217). Dass jedenfalls in irgendeiner Höhe ein Schaden entstanden ist, folgt auch aus den zur Akte gelangten Daten zu den unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs. Die von der Klägerin entrichteten Entgelte orientierten sich an den von allen Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV zu entrichtenden Entgelten. Die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs im Bereich des Standard SPFV lagen jedoch gemäß den in Anlage K 82 von der Beklagten aufgeführten Berechnungen um 0,48-0,58 €/TrKm über den unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs im Bereich Charter/Nostalgie (Anlage K 82, Anlagenband; Bl. 623).
- 152 2. Der Höhe nach ist die Klageforderung jedoch derzeit nicht entscheidungsreif.
- 153 Die Klägerin rekurriert selbst im Rahmen ihrer Schadensberechnung maßgeblich auf die Entgeltfestsetzungen im TPS 2018. Der Senat hält dies auch grundsätzlich für eine geeignete Schätzgrundlage i.S.d. § 287 ZPO. Maßstab der Schadensermittlung seitens

der Klägerin ist insoweit die Differenz zwischen dem dort für das Marktsegment „Charter/Nostalgie“ festgelegten - linear auf den streitgegenständlichen Zeitraum interpolierten - Preis und dem tatsächlich gezahlten Entgelt. Diese Differenz kann derzeit jedoch nicht verlässlich ermittelt werden. Die Entscheidung der BNetzA ist nicht rechtskräftig, das TPS 2018 wird vielmehr gegenwärtig innerhalb des Revisionsverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht überprüft.

154 3. Widerklage

155 Die Berufung hat teilweise Erfolg, soweit sie sich gegen die widerklagend erfolgte Verurteilung zur Zahlung hinsichtlich der Positionen 2a, 4a und 5 a wendet. Hinsichtlich der weiteren Widerklagepositionen unter 1a, 3a, 6a-9a, 11a-17a hat sie keinen Erfolg (unter a). Hinsichtlich der widerklagend geltend gemachten Positionen unter 1b bis 10b besteht keine Entscheidungsreife (unter b).

156 a. Soweit die Widerklage sich auf Kürzungen und Einbehalte im Zusammenhang mit der Überlassung einzelner Zugtrassen unter den Positionen 1a bis 9a, 11a bis 17a in Höhe von insgesamt 7.847,01 € (ursprünglich 1 bis 17a: 7.887,01 €, Bl. 407, abzüglich zurückgenommener Pos. 10a in Höhe von 40,00 €) bezieht, ist die Berufung entscheidungsreif. Die Widerklage ist insoweit zum überwiegenden Teil begründet. Der Beklagten steht ein Zahlungsanspruch in Höhe von € 7.011,66 zu. Hinsichtlich der Positionen 2a, 4a und 5a hat die Berufung dagegen Erfolg. Klarstellend wird insoweit darauf hingewiesen, dass die Positionen 10a, 18a und 19a von der Beklagten erstinstanzlich zurückgenommen wurden und die Klägerin der Position 12 a nicht mehr entgegentritt.

157 Hinsichtlich der noch streitgegenständlichen Positionen gilt Folgendes:

158 aa. Soweit die Klägerin Minderungen vorgenommen hat wegen nicht fristgerechter Bearbeitung ihrer Trassenbestellungen (Positionen 1a, 3a, 7a, 8a, 13a, 15a, 16a und 17a), erfolgte dies zu Unrecht.

159 Bindende Feststellungen des Landgerichts zur Fristüberschreitung liegen entgegen den Angaben der Klägerin nicht vor. Die Beklagte hatte diese auch bestritten. Im Ergebnis kommt es darauf jedoch nicht an. Jedenfalls ist dem Landgericht beizutreten, dass der Klägerin insoweit kein Minderungsanspruch zusteht. Hinreichend konkreter Vortrag für die Störung des Äquivalenzverhältnisses im Bereich der mietvertraglich eingegangenen Hauptleistungspflichten, der zu einem Minderungsanspruch führen könnte, fehlt weiterhin. Jedenfalls wäre vorzutragen gewesen, welche über allgemeine Organisationsschwierigkeiten hinausgehenden Erschwernisse etwa im Bereich der Vermarktung/geplatzte Buchungen ihr durch die behaupteten pflichtwidrig verzögerten Bearbeitungen entstanden sein sollen. Auch der Höhe nach ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen das jeweils vergleichbare Verhalten der nicht fristgerechten Trassenbearbeitung zu Abschlägen zwischen 5-15 % geführt haben soll.

160 Soweit die Klägerin hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen im Umfang der getätigten Minderungen aufrechnet, steht dem das vertraglich vereinbarte Aufrechnungsverbot in Ziff. 10 Abs. 1 der Schienen-Nutzungsbedingungen entgegen. Eine etwaige teilweise Nichtigkeit der über die Infrastrukturnutzungsverträge vereinbarten Trassenentgeltregelungen wirkt sich nicht auf die fortbestehende Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus. Die Voraussetzungen für das dort geregelte Aufrechnungs-

verbot liegen auch vor. Die Beklagte hat die Positionen bestritten (Bl. 655ff). Verwirkung kann nicht erkannt werden. Es fehlt sowohl am Zeit- als auch am Umstandsmoment.

- 161 Soweit die Klägerin zudem darauf verweist, wegen der verspäteten Bearbeitung diskriminiert worden zu sein, wäre auch dies allenfalls Ansatzpunkt für einen weiteren Schadensersatzanspruch. Diesem stünde wiederum das dargestellte Aufrechnungsverbot entgegen.
- 162 Soweit die Klägerin schließlich hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, bleibt dieses zwar gemäß Z. 10 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Nutzung der Schieneninfrastruktur (AGB-IN) ausdrücklich bestehen, sofern es sich um einen Gegenanspruch aus dem gleichen Vertragsverhältnis handelt. Dies dürfte hier der Fall sein. Nicht bestimmbar ist jedoch anhand der Angaben der Klägerin, in welcher Höhe hier auf ein Zurückbehaltungsrecht erkannt werden kann. Die von der Klägerin vorgenommenen Einbehalte schwanken zwischen 5 und 15 % des gezahlten Entgelts bei jeweils vergleichbarem Sachverhalt. Ansatzpunkte für im Raum stehende Schäden infolge nicht fristgerechter Trassenbearbeitung etwa in Form geplatzte Buchungen oder aber sonstiger Vermarktungerschwernisse können dem Vortrag der Klägerin nicht hinreichend konkret entnommen werden.
- 163 bb. Hinsichtlich der Positionen 6a, 9a, 11a und 14a hat die Klägerin wiederum unberechtigt unter Verweis auf Schadensersatzansprüche, denen unterschiedliche Sachverhalte zugrunde liegen, Einbehalte vorgenommen. Einer Erörterung im Einzelnen bedarf es hier nicht. Diesen Schadensersatzansprüchen steht jedenfalls, wie vom Landgericht zutreffend dargestellt, dass zwischen den Parteien in Z. 10 Abs. 1 der AGB-IN vereinbarte Aufrechnungsverbot entgegen. Dessen Voraussetzungen liegen auch vor. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat die Beklagte alle Positionen -nicht nur Pos. 14a - ausführlich bestritten. Ob bereits in der Erhebung der Widerklage ein Bestreiten liegt, bedarf dabei keiner Entscheidung. Jedenfalls hat die Beklagte im Einzelnen im Schriftsatz vom 7.3.2018 diese Positionen bestritten und hinsichtlich der Position 14a zudem auf den in Z. 8 der AGB-IN enthaltenen Haftungsausschluss verwiesen.
- 164 Pos. 12a in Höhe von 22,85 € tritt die Klägerin nicht mehr entgegen.
- 165 cc. Die Berufung hat dagegen Erfolg, soweit die Klägerin widerklagend auch zum Ausgleich der Positionen 2a, 4a und 5a verurteilt wurde.
- 166 Der Beklagten stehen insoweit keine weitergehenden Zahlungsansprüche in Höhe von 835,35 € zu. Die Klägerin hat sich hier zu Recht auf mietrechtliche Minderungsansprüche nach § 536 BGB berufen, die über die ihr bereits gewährten automatischen Minderungen hinausgehen.
- 167 Die in den Schienennutzungsbedingungen enthaltenen Regelungen schließen weitergehende Minderungsansprüche nach § 536 BGB nicht aus.
- 168 Der Wortlaut der Regelungen in Ziff. 6.2.5.7.2 der Schienennutzungsbedingungen einerseits und Ziff. 6.2.5.7.5 der Schienennutzungsbedingungen andererseits lässt Zweifel bestehen, ob im Fall gewährter automatischer Minderungen darüberhinausgehende Minderungsansprüche fortbestehen oder nicht. Diese Zweifel gehen gemäß § 305 Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders, hier der Beklagten.

- 169 In Z. 6. 2.5.7.2 der Schienennutzungsbedingungen heißt es auszugsweise: „Unabhängig von einem Minderungsverlangen des ZB... reduziert die F AG unaufgefordert das geschuldete Nutzungsentgelt ...“ In Ziffer 6.2.5.7.5 heißt es: „Die Minderung für andere als die in Ziffer 6.2.5.7.2 lit. a bis d der SNB genannten Mängel wird auf Grund einer konkreten Mängelanzeige ... vorgenommen.“ Die Formulierung in Ziffer 6.2.5.7.2, wonach „unabhängig“ von einem Minderungsverlangen eine automatische Minderung erfolgt, lässt offen, ob darüber hinausgehend ein eigenständiges Minderungsverlangen zu weitergehenden Minderungen führen kann. Ziffer 6.2.5.7.5 erhellt dies nicht, da der Fokus dieser Regelung offensichtlich auf der Formulierung einer konkreten Mängelanzeige liegt, die andere als die in 6. 2.5.7.2 lit. a bis d SNB benannten Mängel betrifft. Aus einer systematischen Zusammenschau mit den weiteren Regelungen ergibt sich insoweit kein eindeutiges Auslegungsergebnis. Allein die mit Ziff. 6.2.5.7.2 SNB bezweckte Vereinfachung der Erfassung und Abwicklung von Minderungskonstellationen führt nicht dazu, dass im Wege der Auslegung eindeutig hier davon ausgegangen werden kann, dass keine weiteren Minderungsverlangen im Einzelfall gestellt werden können. Dass die Klausel, würde man ihr einen abschließenden Charakter beimessen, unwirksam wäre, lässt sich insbesondere im Hinblick auf den gesetzlichen Prüfungsmaßstab nach § 21 Abs. VI S. 2 EIBV ebenfalls nicht eindeutig feststellen. § 21 Abs. 6 S. 2 EIBV schreibt allein vor, dass Entgelte bei nicht vertragsgemäßen Zustand des Schienenwegs, der zugehörigen Steuerungs- und Sicherungssysteme sowie der zugehörigen Anlagen zur streckenbezogenen Versorgung mit Fahrstrom zu mindern sind.
- 170 Ausgehend hiervon ist nach § 305 c Abs. 2 BGB von einer kundenfreundlichen Auslegung auszugehen, die der Klägerin vorliegend weitergehende Minderungsrechte belässt.
- 171 Unstreitig ist es in den genannten Fällen zu Schlechtleistungen i.S.d. § 536 BGB in Form von Verspätungen gekommen. Die von der Klägerin konkret vorgetragene Gesamtverspätungen sind von der Beklagten nicht substantiiert in Zweifel gezogen worden.
- 172 Gemäß § 287 Abs. 2 ZPO kann die Minderungshöhe hier auch geschätzt werden. Insoweit erscheinen die von der Klägerin angesetzten Werte angemessen, die für die drei Positionen insgesamt zu einem Betrag von 835,35 € führen.
- 173 Hinsichtlich der Minderung zu Pos. 2a hält die Klägerin eine Minderung von 25 % des Trassenentgelts für angemessen unter Hinweis auf die Entschädigungsansprüche der Fahrgäste bei einer Zugverspätung von einer Stunde gemäß der Fahrgastrechteverordnung (EG) Nr. 1371/2007. Da es sich bei 2 a um einen mit Personen besetzten Zug handelt, hinsichtlich dessen die Klägerin eine Gesamtverspätung von über einer Stunde geltend macht, ist eine Orientierung am Maßstab der Fahrgastrechteverordnung gerechtfertigt.
- 174 Für die beiden Leerfahrten 4a und 5a erscheint die angesetzte Minderung in Höhe von 10% ebenfalls angemessen. Mangels Kundenbetroffenheit ist ein maßgeblicher Abschlag zur Fahrgastrechteverordnung sachgerecht. Dieser wird mit 10% gewahrt.
- 175 b. Soweit die Widerklage sich auf Entgeltkürzungen der Klägerin für die Monate Juni 2016 bis März 2017 (Positionen 1b-10b) bezieht, besteht keine Entscheidungsreife. Auch hier besteht eine Abhängigkeit zum Ausgang des noch beim BVerwG rechtshängigen Revisionsverfahrens über die Festlegungen des TPS 2018. Insoweit gelten die Ausführungen unter 2. entsprechend.

### **III.**

- 176 Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten. Die Revision ist gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen, da der Rechtsstreit im Hinblick auf die kartellrechtliche Überprüfung der streitgegenständlichen Entgelte grundsätzliche Bedeutung hat.