

Kartellrechtswidrige Zusatzentgelte für die Trassennutzung in Deutschland

OLG Düsseldorf verwirft Entgelte für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen im Trassenpreissystem der DB Netz AG

Dr. Eckhard Bremer, LL.M.
Dr. Thomas Höppner, LL.M.
Rechtsanwälte

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat am 14. Oktober 2009¹ die Festsetzung von Zusatzentgelten für die Änderung von Trassenbestellungen in den Trassenpreissystemen der DB Netz AG für missbräuchlich und daher unwirksam erachtet. Der Kläger konnte geleistete Zusatzentgelte zurückfordern und ausstehende Zahlungen verweigern. Das Urteil hat grundlegende Bedeutung für die gerichtliche Überprüfung von Infrastrukturentgelten.

Sachverhalt

Die Klägerin, ein Güterverkehrsunternehmen, hatte mit der Beklagten, der DB Netz AG, im Jahr 2001 einen Infrastrukturnutzungsvertrag geschlossen. Nach dem Vertrag war für die Berechnung des geschuldeten Nutzungsentgelts „die jeweils gültige Trassenpreisliste“ der DB Netz AG massgeblich.

Das zur Zeit des Vertragsschlusses zwischen den Parteien bestehende Trassenpreissystem (TPS) 01 sah pauschale Zusatzentgelte für Kurzfristbestellungen (Bestellungen einer Trasse später als drei Stunden vor Abfahrt) in Höhe von einmalig 50,00 Euro sowie für Änderungsbestellungen (Änderung einer Trasse nach Annahme des Trassenangebots beziehungsweise Übermittlung der Fahrzeiten) in Höhe von 80,00 Euro vor. Die Zusatzentgelte für Kurzfristbestellungen wurden zum TPS 07 abgeschafft. Die Entgelte für Änderungsbestellungen blieben hingegen bis zum TPS 08 bestehen.

Mit der Klage begehrte die Klägerin die Rückzahlung der von ihr im Zeitraum zwischen 2003 und 2008 gezahlten Zusatzentgelte für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen. Die Klägerin war der Ansicht, die Entgelte seien durch keinen Mehraufwand gerechtfertigt und beeinträchtigten ihre Wettbewerbschancen gegenüber der DB Schenker Rail Deutschland AG (im folgenden: DB SR), die zum Konzern der Beklagten gehört.

In der ersten Instanz wurde die Klage abgewiesen. Auf eine Widerklage hin ist die Klägerin verurteilt worden, alle ausstehenden Zusatzentgelte nachzuzahlen.

Entscheidung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat der Berufung der Klägerin in vollem Umfang stattgegeben. Die Beklagte wurde verurteilt, alle empfangenen Zusatzentgelte zurückzuzahlen. Die Widerklage auf Nachzahlung noch ausstehender Beträge wurde abgewiesen. Die Beklagte habe keinen Anspruch auf die geforderten Zusatzentgelte, da diese gegen § 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verstießen und jedenfalls unbillig seien im Sinne von § 315 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Verstoss gegen § 20 GWB

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf verstossen die von der Beklagten festgesetzten Zusatzentgelte für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen gegen das in § 20 Abs. 1 GWB geregelte Behinderungsverbot. Sie seien daher gemäss § 134 BGB unwirksam.

Nach § 20 Abs. 1 GWB darf ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleicharti-

gen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern. Die Voraussetzungen seien erfüllt gewesen. Die Beklagte habe auf dem deutschen Markt für die Überlassung von Eisenbahninfrastrukturen eine marktbeherrschende Stellung. Indem sie ihre Infrastrukturen auch anderen Verkehrsunternehmen überliess, habe sie einen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr eröffnet. In diesem Geschäftsverkehr dürfe die Beklagte die Klägerin nicht gegenüber der Schwestergesellschaft der Beklagten, der DB SR, benachteiligen. Denn beide Unternehmen seien gleichartig.

Der Gleichartigkeit stünde nicht entgegen, dass die DB SR überwiegend langfristig geplante Güterverkehre anbiete, während die Klägerin – wie auch die meisten Wettbewerber – in erster Linie Ad-hoc-Verkehre betreiben. Entscheidend sei allein, dass alle EVU auf derselben Marktstufe als Anbieter von Schienenverkehrsleistungen tätig werden und in dieser Funktion die Überlassung der Eisenbahninfrastruktur nachfragen. Ebenso unerheblich sei es, dass die Beklagte und die DB SR demselben Konzern angehörten. Zwar könnten konzerninterne Gesellschaften grundsätzlich privilegiert werden. Dies gelte jedoch nicht, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung bestehe, verbundene und fremde Unternehmen gleich zu behandeln. Dies sei bei Eisenbahninfrastrukturunternehmen der Fall, da sie gemäss § 14 Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) und § 21 Abs. 6 Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) (sowie § 24 Abs. 4 EIBV) verpflichtet sind, ihre Infrastrukturdienste jedem EVU diskriminierungsfrei zu erbringen.

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf würden die in den Trassenpreissystemen festgesetzten Zusatzentgelte für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen die Klägerin auch im Wettbewerb beeinträchtigen. Für den von der Klägerin und allen übrigen Wettbewerbern der DB SR in erster Linie betriebenen Ad-hoc-Verkehr müssten Trassen meist erst kurzfristig bestellt und bereits bestellte Trassen nachträglich wieder geändert werden. Darum habe die Klägerin verhältnismässig mehr Zusatzentgelte zu entrichten als die DB SR, die vergleichsweise wenige Ad-hoc-Verkehre durchführe. Infolgedessen zahle die Klägerin für die Inanspruchnahme derselben Infrastruktur der Beklagten durchschnittlich ein deutlich höheres Entgelt als die DB SR.

Unter Berücksichtigung aller Interessen erachtete das OLG Düsseldorf diese Benachteiligung der Klägerin für unbillig. Eine faktisch zwischen EVU differenzierende Preisgestaltung sei nur zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist. Dafür habe die Beklagte substantiiert darlegen und beweisen müssen, dass ihr durch die Kurzfrist- und Änderungsbestellungen überhaupt Mehrkosten in der geforderten Höhe entstanden sind. Dem war die Beklagte nicht hinreichend nachgekommen. Sie hatte weder dargelegt, welcher prozentuale Anteil des Arbeitsaufwandes, der für die Bearbeitung aller Trassenbestellungen anfällt, auf Änderungsbestellungen entfällt, noch welche zusätzlichen Kosten durch die Bearbeitung einer Änderungsbestellung tatsächlich entstehen.

Unbilligkeit der Entgeltfestsetzung – § 315 BGB

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf hätte die Beklagte aber selbst dann keinen Anspruch auf Zahlung der Zusatzentgelte gehabt, wenn es ihr tatsächlich gelungen wäre, überhaupt einen Mehraufwand für die Kurzfrist- und Änderungsbestellungen zu beweisen. Die Beklagte hätte nämlich zusätzlich darlegen müssen, dass die Entgelte auch der Höhe nach billigem Ermessen entsprechen. Das folge aus § 315 Abs. 3 S. 1 BGB. Danach ist die einseitige Bestimmung einer Leistung (hier: der Trassenentgelte) für den anderen Teil (hier: das EVU) im Zweifel nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht.

§ 315 BGB finde auf das Trassenpreissystem der Beklagten unmittelbar Anwendung. Die Vertragsklausel im Infrastrukturvertrag, nach der die „jeweils gültige Trassenpreisliste“ Grundlage der Entgeltberechnung war, begründe ein (vertragliches) einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 BGB zugunsten der Beklagten. Die Beklagte habe die Entgelte auch tatsächlich ohne Mitwirkung der Klägerin vorab für die gesamte Dauer der Geschäftsbeziehung gebildet und festgesetzt. Beim späteren Abschluss der Einzelnutzungsverträge seien demgegenüber keine weiteren Preisvereinbarungen mehr zustande gekommen. Darum unterlägen die einseitig festgesetzten Entgelte der zivilgerichtlichen Kontrolle auf ihre Billigkeit gemäss § 315 Abs. 3 BGB.

Die gerichtliche Billigkeitskontrolle sei nicht durch einen Vorrang des Kartellrechts versperrt. Ein solcher Vorrang werde allenfalls gegenüber einer analogen Anwendung von § 315 BGB nach der sogenannten Monopolrechtssprechung² vertreten, auf die es jedoch nicht ankäme. Ebenso wenig schliesse das Eisenbahnrecht einen Rückgriff auf § 315 BGB aus. Insbesondere stünde ein zivilgerichtliches Urteil, das ein Entgelt (nur) im Verhältnis zwischen den Parteien (inter-partes) verwirft, nicht im Widerspruch zu dem eisenbahnrechtlichen Gebot, Entgelte grundsätzlich gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen. Das eisenbahnrechtliche Gebot zwinge nicht zu einer Gleichbehandlung im Unrecht. Vielmehr lege es nahe, die in einem Zivilurteil erkannte Unbilligkeit einer Entgeltbestimmung durch eine allgemeine Änderung des Trassenpreissystems umzusetzen. Schliesslich habe die Beklagte auch trotz der Aufsichtsbefugnisse der Bundesnetzagentur einen hinreichenden privatautonomen Gestaltungsspielraum für die Entgeltbestimmung gehabt, den § 315 BGB voraussetzt.

Im Rahmen der gerichtlichen Billigkeitskontrolle erachtete das Gericht die Zugangsentgelte dann auch der Höhe nach für unbillig. Hiervon sei auszugehen, weil die Beklagte die Billigkeit der Zuschläge nicht dargelegt und bewiesen habe. Die Beklagte trage die Darlegungs- und Beweislast, da die Klägerin keinen Einblick in die darzuliegenden internen Geschäftsabläufe und Kalkulationen habe, während der Beklagten die nähere Aufklärung zumutbar wäre. Im Übrigen führe auch der Umstand, dass die Klägerin lediglich unter Vorbehalt gezahlt hatte, zu einer Beweisbelastung der Beklagten. Um die Vereinbarkeit der Zuschläge mit den eisen-

bahnrechtlichen Vorgaben zu beweisen, habe die Beklagte ihre gesamte Kosten- und Entgeltkalkulation aufdecken müssen. Da die Beklagte dem nicht nachkam, war von einer Unbilligkeit der Entgeltbestimmung auszugehen, die damit für die Klägerin unverbindlich war.

Würdigung

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf überzeugt uneingeschränkt, sowohl im Ergebnis auch als in ihrer Begründung.

Grenzen der Preisdifferenzierung

Die Ausführungen zur Unvereinbarkeit der Zusatzentgelte mit § 20 GWB überraschen nicht, da der Kartellsenat des OLG Düsseldorf hier im wesentlichen seine Rechtsprechung zu den kartellrechtlichen Grenzen der Preisbildungsfreiheit von Infrastrukturbetreibern wiederholt.

Die wesentlichen Grundsätze hatte das Gericht bereits im Jahr 2003 zum „Infra-Card-Tarif“ im TPS 98 derselben Beklagten aufgestellt³. In dem Verfahren ging es um einen streckenbezogenen Mengenrabatt. Das Gericht hielt die Rabattregelung für mit § 20 GWB unvereinbar, da sie faktisch die etablierten Schwestergesellschaften der Beklagten begünstigte. Marktneulinge kamen wegen ihres geringeren Verkehrsaufkommens nicht in den Genuss des Rabattes. Das Gericht stellte klar, dass die Missbrauchskontrolle nach dem GWB voll auf den Eisenbahnsektor anwendbar ist und nicht etwa durch das AEG verdrängt wird⁴. Vor allem aber betonte das Gericht schon damals, dass ein Infrastrukturbetreiber, der allen EVU diskriminierungsfreien Zugang gewähren muss, keine Entgeltregelung treffen darf, die faktisch eine Konzernschwester gegenüber dritten EVU begünstigt. Im Jahr 2007, in einem zweiten Verfahren zum Infra-Card-Tarif, bestätigte das OLG seine Rechtsprechung⁵. Andere Gerichte schlossen sich dem an⁶.

Im Jahr 2007 beschäftigte sich der Kartellsenat des OLG Düsseldorf auch erstmals mit Zusatzentgelten für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen. Der Sachverhalt des damaligen Verfahrens war nahezu identisch mit dem nunmehrigen. Mit einer ebenso identischen Begründung entschied das OLG Düsseldorf schon damals, dass die Zusatzentgelte mit § 20 GWB unvereinbar sind⁷. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde hat der BGH zurückgewiesen⁸. Damit ist das Urteil rechtskräftig. Nach der Rechtsprechung zum Infra-Card-Tarif war es auch nur konsequent. Denn Kosten, die Marktneulinge überproportional belasten, laufen wirtschaftlich auf dasselbe hinaus wie ein Rabatt für die zum Konzern des Infrastrukturbetreibers gehörenden etablierten EVU.

Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass jeder Vorteil, der an ein Kriterium knüpft, das von einem etablierten EVU leichter erfüllt wird als von Marktneulingen sowie jede Belastung, die Marktneulinge überproportional häufig trifft, auf eine mittelbare Behinderung und Diskriminierung hinausläuft. Eine solche Ungleichbehandlung kann anknüpfen an das Verkehrsvolumen (zum Beispiel bei einem Mengenrabatt), die jeweilige Verkehrsstrecke (zum Beispiel bei der Belastung von häufiger durch Marktneulinge genutzte Infrastrukturen) oder die Verkehrsart (zum Beispiel bei der Belastung von häufiger durch Marktneulinge betriebenen SPNV gegenüber SPFV oder Einzelwagenverkehr gegenüber Ganzzugverkehr). Jede relevante Ungleichbehandlung ist rechtfertigungsbedürftig. Hinsichtlich der Rechtfertigung ist eine Interessensabwägung geboten. In deren Rahmen spielen dann die eisenbahnrechtlichen Vorgaben und Wertungen eine zentrale Rolle. Nicht gerechtfertigte Differenzierungen verstossen nicht nur gegen § 20 Abs. 1 GWB, sondern regelmässig zugleich gegen § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 und 3 GWB⁹.

Folgen der Kartellrechtswidrigkeit der Entgelte für die Entgeltregulierung

Der Umstand, dass die streitgegenständlichen Zusatzentgelte bereits im Jahr 2007 durch dasselbe Gericht für nichtig erklärt wurden, verdeutlicht ein grundsätzliches Rechtsschutzproblem. Das rechtskräftige Urteil veranlasste die DB Netz AG nicht, die für unwirksam erklärten Zusatzentgelte aus dem Trassenpreissystem 08 zu streichen, beziehungsweise nicht mehr durchzusetzen. Das zwingt alle anderen EVU, selbst (gegebenenfalls erneut) gegen die Entgelte zu klagen.

Das OLG Düsseldorf hat dieses Problem der eingeschränkten Bindungswirkung der zivilgerichtlichen Verurteilung einer Entgeltbestimmung erkannt. Das Gericht weist darauf hin, dass ein Infrastrukturbetreiber, der an einem Entgelt, das durch Zivilgerichte inter-partes für nichtig erklärt wurde, gegenüber allen anderen EVU festhält, hierdurch gegen das eisenbahnrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstossen kann¹⁰. Der darin liegende Rechtsverstoss kann von der Regulierungsbehörde im Interesse und mit Wirkung für alle betroffenen EVU adressiert werden. Der Hinweis des OLG Düsseldorf lässt sich also als ein klarer Fingerzeig an die Bundesnetzagentur verstehen, im Rahmen der allgemeinen Überprüfung von Entgeltgrundsätzen und Entgelthöhen auch rechtskräftige Entscheidungen von Zivilgerichten zu berücksichtigen. Das ist mit der restriktiven Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Münster, das für Beschwerden gegen die Bundesnetzagentur zuständig ist, durchaus vereinbar. Das OVG Münster hatte lediglich einer eigenen zivilgerichtlichen Bewertung von Entgeltsystemen durch die Bundesnetzagentur enge Grenzen gesetzt¹¹. Ungeachtet dessen ist natürlich auch das Bundeskartellamt aufgerufen, missbräuchlichen Entgeltregelungen durch allgemeine, allen EVU nützende Untersagungsverfügungen entgegenzutreten.

Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB

Grundlegend und zugleich von grosser praktischer Bedeutung sind die Ausführungen des OLG Düsseldorf zur Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Trassenentgelte. Dem Urteil gingen mehrere divergierende Entscheidungen von Landgerichten voraus¹². Das OLG Düsseldorf lässt keinen Zweifel an seiner zutreffenden¹³ Auffassung, dass § 315 BGB auf das Trassenpreissystem der DB Netz AG anwendbar ist. Dabei beschränkte sich das Gericht nicht lediglich auf die konkret in Streit stehenden Zusatzentgelte. Das Gericht leitete die Anwendbarkeit aus der allgemeinen Vertragsklausel ab, nach der die „jeweils gültige Trassenpreislise“ massgebend sei. Diese Klausel bezieht sich auf alle Entgeltbestandteile des Trassenpreissystems. Damit unterliegen auch die eigentlichen Trassenentgelte der gerichtlichen Billigkeitskontrolle. Sofern sich entsprechende Klauseln – wie regelmässig – auch in Verträgen über die Nutzung von Serviceeinrichtungen finden, unterliegen auch Entgelte für Serviceeinrichtungen der gerichtlichen Entgeltkontrolle¹⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob der Betreiber der Einrichtung eine marktbeherrschende Stellung hat oder nicht. Darauf kommt es bei einer – vom OLG Düsseldorf bejahten – unmittelbaren Anwendbarkeit von § 315 BGB nicht an.

Folgen für die Praxis

Infolge der Anwendbarkeit von § 315 BGB kann nun jedes EVU in Rechnung gestellte Infrastrukturentgelte gerichtlich auf ihre Billigkeit hin überprüfen lassen. Im Energiesektor werden solche Überprüfungsverfahren bereits seit längerem umfangreich betrieben, um überhöhten Netzentgeltforderungen zu begegnen. Die Zivilklagen haben sich dort als das effektivste Instrument zur Senkung von Netznutzungsentgelten entwickelt.

Im Eisenbahnsektor zeichnet sich nach dem Urteil des OLG Düsseldorf ab, dass jedenfalls die in der Vergangenheit geforderten Zusatzentgelte für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen keinen Bestand haben und zurückgefordert werden können. Gleiches gilt für Stornierungsentgelte¹⁵. Darüber hinaus müssen Gerichte aber auch die Höhe der nutzungsabhängigen Entgelte für die Trassen und Serviceeinrichtungen herabsetzen, wenn es dem jeweiligen Infrastrukturbetreiber nicht gelingt, unter Offenlegung seiner gesamten Kalkulation die Billigkeit der konkreten Höhe darzulegen und zu beweisen.

Prozessual haben die EVU mehrere Möglichkeiten. Sie können das Gericht um die verbindliche Feststellung bitten, dass ein bestimmtes Entgelt nicht oder nur in einer vom Gericht festzusetzenden Höhe geschuldet ist. Alternativ können sie eine Zahlungsklage des Infrastrukturbetreibers abwarten und in diesem Rahmen die Billigkeitseinrede erheben. Bereits erbrachte Zahlungen können im Klagewege nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB in Verbindung mit § 315 Abs. 3 BGB zurückgefordert werden.

Zu beachten ist dabei, dass die für das EVU günstige Belastung des Infrastrukturbetreibers mit der Darlegungs- und Beweislast in Klagen auf Rückzahlung von Entgelten grundsätzlich nur gilt, wenn das EVU unter Vorbehalt oder eine Abschlagszahlung geleistet hat. Aus diesem Grund sollten sich EVU bei Zweifeln an der Billigkeit eines Entgelts eine Rückforderung vorbehalten und den Vorbehalt möglichst bei jeder Zahlung wiederholen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Rückforderung von Entgelten relativ kurzen Verjährungs- und Verwirklichungsfristen unterliegt. Grundsätzlich verjährt ein Rückforderungsanspruch innerhalb von drei Jahren. Die Frist beginnt mit Ablauf des Jahres, in dem gezahlt worden ist und das EVU Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt hat oder hätte erlangen müssen, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB. Lediglich wenn das EVU auch einen kartellrechtlichen Ersatzanspruch nach § 33 GWB hat, weil die Entgelte gegen § 19 oder § 20 GWB verstossen, kommt analog § 852 BGB eine Rückforderung bis zu zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs in Betracht¹⁶.

¹ Az.: VI-U (Kart) 4/09.

² Danach gilt § 315 BGB bei Monopoleistungen der Daseinsvorsorge selbst wenn kein einseitiges Entgeltbestimmungsrecht vereinbart wurde, vergleiche BGH, Urteil vom 4.12.1986, VII ZR 77/86.

³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.3.2003, VI-U (Kart) 20/02.

⁴ Hierzu ausführlich Bremer/Höppner, Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), 2009, 1271 ff.

⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 2.5.2007, VI-U (Kart) 33/06.

⁶ Vergleiche OLG Frankfurt, Urteil vom 10.10.2006, 11 U 46/05 (Kart) mit nahezu identischer Begründung.

⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.2.2007, VI-U (Kart) 3/06.

⁸ BGH, Beschluss vom 16.1.2008, KZR 14/07.

⁹ Vergleiche OLG Frankfurt, Urteil vom 10.10.2006, 11 U 46/05 (Kart).

¹⁰ Ebenso Biermann, Infrastrukturenrecht (IR), 2010, 19.

¹¹ Vergleiche OVG Münster, Urteil vom 20.8.2009, 13 B 922/09.

¹² Vergleiche einerseits LG Berlin, Urteil vom 21.8.2008, 91 O 95/06; LG Düsseldorf, Urteil vom 25.8.2009, 14c O 104/08, dazu Uhlenhuth, Eisenbahn-Revue International (ERI) 2009, 583 und andererseits LG Berlin, Urteil vom 17.3.2009, 98: 25/08 (KfH 98), dazu Uhlenhuth, ERI 2009, 325 f.

¹³ Vergleiche bereits ausführlich Bremer/Höppner, Netzwirtschaften und Recht (N&R), Beilage 1/2010, 1 ff.

¹⁴ Näher Bremer/Höppner, Netzwirtschaften und Recht (N&R), Beilage 1/2010, 1 ff.

¹⁵ LG Düsseldorf, Urteil vom 25.8.2009, 14c O 104/08.

¹⁶ Ausführlich zu den zeitlichen Grenzen Höppner, Netzwirtschaften und Recht (N&R), 1/2010, 2 ff.