

# N&R

## Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,  
Verkehr und andere Netzwirtschaften

1/2010

S. 1-64

7. Jahrgang

### Herausgegeben von

Achim Berg  
Andreas Böwing  
Michael Hann  
Bernhard Heitzer  
Martin Henke  
Roger Kohlmann  
Wolfgang Kopf  
Matthias Kurth  
Walter Maschke  
Bernd W. Pill  
Alfred Richmann  
Franz Jürgen Säcker

Geschäftsführender  
Herausgeber  
Christian Koenig

Schriftleitung  
Institut für das Recht  
der Netzwirtschaften,  
Informations- und  
Kommunikations-  
technologie (IRNIK)  
www.nundr.net

- |   |    |
|---|----|
| ■ <i>Jochen Homann</i>  |    |
| Zukunft der Netze – Netze der Zukunft   | 1  |
| ■ <i>Thomas Höppner</i>   |    |
| Zeitliche Grenzen für die Rückforderung<br>überhöhter Infrastrukturentgelte   | 2  |
| ■ <i>Robert Klotz/Alexandra Brandenburg</i>   |    |
| Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts<br>in den Netzwirtschaften im Jahr 2009   | 8  |
| ■ <i>Hartmut Weyer</i>  |    |
| Das Energiewirtschaftsrecht im Jahr 2009  | 18 |
| ■ <i>Tobias Bühlmeier</i>   |    |
| Wunschlos glücklich? Formale und materielle<br>Anforderungen an eine Mitteilung über die<br>beabsichtigte Ablehnung des Zugangs zu einer<br>Serviceeinrichtung (§ 14d S. 1 Nr. 3 AEG) | 27 |
| ■ <i>Urs Kramer</i>   |    |
| Anmerkung zum Urteil des VG Köln:<br>Vorabprüfung von Schienennetz-<br>Benutzungsbedingungen  | 57 |

---

Verlag Recht und Wirtschaft GmbH  
Frankfurt am Main

## Gerichtliche Billigkeitskontrolle von Infrastrukturentgelten im Eisenbahnsektor

von Dr. Eckhard Bremer und Dr. Thomas Höppner

*Die Entgelte für die Nutzung der Schienenwege und Serviceeinrichtungen bilden einen zentralen Kostenfaktor für Eisenbahnverkehrsunternehmen. Infolge jährlich steigender Preise und einer zurückhaltenden Regulierung mehren sich zivilrechtliche Streitigkeiten über die Höhe der Entgelte. Der Beitrag beleuchtet anhand der neuesten Rechtsprechung, inwieweit § 315 BGB eine gerichtliche Entgeltkontrolle eröffnet.*

### I. Einführung

Kaum ein Thema bewegt Eisenbahnverkehrsunternehmen stärker als die jährlich steigenden Infrastrukturentgelte. Viele Unternehmen sehen sich Erhöhungen schutzlos ausgeliefert, da die Entgelte nicht zur Verhandlung stehen, aber auch nicht effektiv durch die Regulierungsbehörde überwacht werden. Der im Eisenbahnrecht allein vorgesehene Rechtsschutz für Zugangsberechtigte nach § 14f Abs. 2 AEG erscheint häufig aussichtslos. Zum einen greift er nur bei „nicht zustande“ gekommenen zweiseitigen Verträgen, so dass erst nach Vertragsschluss aufkommende Streitigkeiten über die Angemessenheit einer einseitigen Entgeltfestsetzung nicht erfasst sind. Zum anderen steht die Entgeltkontrolle nach § 14f Abs. 2 AEG im Ermessen der Regulierungsbehörde. Auch das Kartellrecht liefert nur begrenzten Rechtsschutz. Das Bundeskartellamt verweist insoweit auf die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur. Privatklagen scheitern oft an der Beweislast, da ein Einblick in die Kalkulation der Infrastrukturbetreiber fehlt. Darum verbleibt Verkehrsunternehmen faktisch oft nur der Gang zu den Zivilgerichten für eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. Die bisher hierzu ergangenen, divergierenden Urteile geben Anlass, den Anwendungsbereich von § 315 BGB im Eisenbahnsektor näher zu beleuchten. Dabei geht es um die Fragen, ob Eisenbahninfrastrukturbetreiber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht i. S. v. § 315 Abs. 1 BGB genießen (dazu unten, unter II.), ob dieses eine auch den Ausgangspreis umfassende Billigkeitskontrolle eröffnet (dazu unten, unter III.) und ob § 315 BGB durch das Kartellrecht (dazu unten, unter IV.) oder Eisenbahnrecht (dazu unten, unter V.) verdrängt wird. Schließlich ist auch der Inhalt der Billigkeitskontrolle zu klären (dazu unten, unter VI.).

### II. Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht

Es ist streng zwischen unmittelbarer und entsprechender Anwendung von § 315 BGB zu unterscheiden. § 315 BGB greift unmittelbar, wenn eine Vertragspartei zur einseitigen Bestimmung des Entgelts befugt ist. Die Befugnis kann auf vertrag-

licher Vereinbarung (dazu unten, unter 1.) oder Gesetz beruhen (dazu unten, unter 2.), wobei sich beides überschneiden kann. Vermag eine Partei eine Leistung zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch einseitig zu bestimmen, weil die Gegenseite mangels Alternativen nicht ausweichen kann, kommt nach der sog. Monopolrechtsprechung eine analoge Anwendung von § 315 BGB in Betracht (dazu unten, unter III. 2.).<sup>1</sup>

#### 1. Vertragliches Leistungsbestimmungsrecht

Klassisch ist die Billigkeitskontrolle eröffnet, wenn sich beide Parteien vertraglich geeinigt haben, dass eine Leistung durch eine Partei bestimmt werden soll. Eine solche Einigung kann sich auch konkludent aus der Berechtigung einer Partei ergeben, das Verfahren zur Bestimmung des Preises ohne Mitwirkung der anderen Partei festzusetzen und die Preise evtl. später einseitig anzupassen.<sup>2</sup> So bejahte der Kartellsenat des BGH auch dann ein vertragliches Bestimmungsrecht, wenn sich das zu entrichtende Entgelt nach einer „jeweils geltenden“ Anlage zum Vertrag bemessen soll.<sup>3</sup> Demgegenüber liegt kein vertragliches Bestimmungsrecht vor, wenn die Parteien den Preis individuell ausgehandelt haben.<sup>4</sup> Das soll nach dem 8. Zivilsenat auch der Fall sein, wenn sich die Parteien auf einen für alle Kunden geltenden und behördlich genehmigten, allgemeinen Tarif einigen.<sup>5</sup>

Im Eisenbahnbereich sind die Entgeltklauseln der über 500 Infrastrukturbetreiber nicht einheitlich formuliert. Es bestehen jedoch große Übereinstimmungen in Wortlaut und Systematik. Sie beruhen auf der Pflicht der Betreiber, für den Zugang zu ihren Infrastrukturen Nutzungsbedingungen zu erstellen, die zwar nicht die Liste der einzelnen Entgelte, wohl aber die Entgeltgrundsätze enthalten müssen (§ 4 Abs. 2 i. V. m. Anlage 2 Ziff. 2; § 10 Abs. 1 S. 4 EIBV). Darum verweisen die meisten Verträge hinsichtlich der Zahlung lediglich auf die jeweils gültige Entgeltliste des Infrastrukturbetreibers. Gängig ist die Formulierung: „Für die in § XY genannten Leistungen entrichtet das Verkehrsunternehmen dem Infrastrukturbetreiber Entgelte entsprechend der Entgeltliste in ihrer jeweils gültigen Fassung.“ Häufig gewähren die Verträge oder Nutzungsbedingungen den Infrastrukturbetreibern zugleich ausdrücklich das Recht zur je-

<sup>1</sup> Zur Unterscheidung vgl. *Säcker*, N&R 2008, 134, 135.

<sup>2</sup> Vgl. BGHZ 164, 336, 339 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetznutzungsentgelt I*.

<sup>3</sup> BGHZ 164, 336, 339 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetznutzungsentgelt I*.

<sup>4</sup> BGH, NJW-RR 1990, 1204 (Urt. v. 10.5.1990 – Az. VII ZR 209/89).

<sup>5</sup> BGHZ 178, 362, 368 f. (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07); 171, 374, 378 (Urt. v. 28.3.2007 – Az. VIII ZR 144/06) (= N&R 2007, 114, 115).

derzeitigen Änderung der Entgelte. Nach jährlicher Neukalkulation anlässlich der Umstellung der Fahrpläne wird den Verkehrsunternehmen die aktualisierte Entgeltliste zugesandt und darauf hingewiesen, die Liste gelte nach den vertraglichen Regeln ab Inkrafttreten des neuen Fahrplans.

Gemessen an der skizzierten Rechtsprechung enthält die genannte Klausel ein vertragliches einseitiges Leistungsbestimmungsrecht.<sup>6</sup> Die Entgeltlisten werden von den Infrastrukturbetreibern einseitig erstellt. Durch die Bezugnahme auf die „jeweils gültige Fassung“ enthält die Regelung ein dynamisches Element. Aus ihm ergibt sich ohne weiteres eine Berechtigung des Infrastrukturbetreibers, die Entgelte selbständig zu modifizieren und durch Veröffentlichung seiner Entgeltliste festzulegen. Das Verkehrsunternehmen wirkt dabei nicht mit. Ihm ist es im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch regelmäßig nicht möglich, die genaue Entgelthöhe für die spätere Infrastrukturnutzung sicher zu bestimmen, da die Infrastrukturbetreiber die Entgeltliste jederzeit ändern können und die rudimentären eisenbahnrechtlichen Vorgaben hierfür auch einen breiten Spielraum lassen. Das unterscheidet die Regelung von Klauseln, die auf einen „allgemeinen Tarif“ verweisen und in denen der 8. Zivilsenat kein vertragliches Bestimmungsrecht sah. In seinen Entscheidungen war der allgemeine Tarif, auf den die Parteien Bezug nahmen, gesetzlich vorgegeben. Er beurteilte sich nach den Bundestarifordnungen Elektrizität (BTOElt)<sup>7</sup> und Gas (BTOGas)<sup>8</sup>. Die Tarifordnungen enthielten detaillierte Preisvorgaben. Die Tarife bedurften der Genehmigung durch eine zuständige Behörde. Auch Tarifänderungen mussten unter Offenlegung der gesamten Kosten- und Erlöslage beantragt werden. Damit ist die Bestimmung von Eisenbahninfrastrukturentgelten nicht vergleichbar. Zwar existieren auch insoweit gesetzliche Regelungen (§ 14 Abs. 4 und 5 AEG, §§ 21 bis 24 EIBV). Sie beschränken sich jedoch auf die allgemeine Methodologie der Entgeltfindung. Konkrete Preisvorgaben enthalten sie nicht. Die Bestimmungen ähneln den (allerdings detaillierteren) Preisfindungsvorgaben der Verbändevereinbarungen Strom<sup>9</sup> und Gas<sup>10</sup>, von denen der 8. Zivilsenat seine Rechtsprechung abgegrenzt hatte.<sup>11</sup>

Der Annahme eines vertraglichen Leistungsbestimmungsrechts steht auch nicht § 14 Abs. 6 AEG entgegen, wonach die Einzelheiten des Zugangs, einschließlich der zu entrichtenden Entgelte, an sich zwischen den Parteien „zu vereinbaren“ sind.<sup>12</sup> Denn die Regelung hat mit der allein relevanten Praxis, in der Preise einseitig vorgegeben werden, nichts gemein. Zudem basierte auch die Netzentgeltfindung im Energiebereich formal auf einem „System des verhandelten Netzzugangs“ (§ 5 EnWG 1998/2003), ohne dass dies etwas am einseitigen Bestimmungsrecht der Netzbetreiber änderte. Eine Entgeltvereinbarung i. S. v. § 14 Abs. 6 AEG kann eben auch darin liegen, dass einer Partei das Recht zur einseitigen Preisbestimmung eingeräumt wird.

Ebenso wenig entfällt ein vertragliches Entgeltbestimmungsrecht durch die nachvertragliche tatsächliche Nutzung der Infrastruktur.<sup>13</sup> Durch die Inanspruchnahme einer Leistung kann ein Vertrag konkludent zustande kommen. Wurde ein Vertrag aber ausdrücklich und zwar unter Vereinbarung eines Bestimmungsrechts i. S. v. § 315 Abs. 1 BGB geschlossen, kann in der späteren Leistungsabwicklung keine konkludente Akzeptanz der einseitigen Leistungsbestimmung gesehen werden. Das liefe dem Vorrang ausdrücklicher Vereinbarungen zuwider und ließe § 315 Abs. 3 BGB praktisch leer laufen.

In Streitfällen, z. B. bei abweichenden Entgeltklauseln, kann die vertragliche Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts regelmäßig aber auch dahinstehen. Denn jedenfalls ist den Infrastrukturbetreibern ein solches Recht durch Gesetz eingeräumt worden.

## 2. Gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht

Der BGH hat ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht explizit auch in Normen gesehen, die einen Infrastrukturbetreiber zur

Festsetzung von Netznutzungsentgelten nach Maßgabe gesetzlicher Vorgaben berechtigen und verpflichten.<sup>14</sup> Dabei ging es um die Entgeltregelung des § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG 1998. Danach hatten Stromnetzbetreiber die Nutzung ihrer Netze zu Bedingungen einzuräumen, die nicht ungünstiger sind als die in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens oder gegenüber assoziierten Unternehmen in Rechnung gestellten. Der BGH sah hierin ein gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht, weil der jeweilige Netzbetreiber gehalten war, nach Art eines Tarifs allgemeine Preise zu bilden, die den gesetzlichen Vorgaben entsprechen, insbesondere nicht konzernfremde Unternehmen diskriminieren.<sup>15</sup>

Nicht anders liegt es im Eisenbahnsektor. Gemäß § 14 Abs. 4 S. 1 AEG haben Betreiber von Schienenwegen Entgelte so zu bemessen, dass die ihnen für die Erbringung der Pflichtleistungen (nach § 14 Abs. 1 S. 1 AEG) entstehenden Kosten zuzüglich einer Rendite, die am Markt erzielt werden kann, ausgeglichen werden. Eine ähnliche Regelung enthält § 14 Abs. 5 AEG hinsichtlich der Entgelte für Serviceeinrichtungen. Weitere Vorgaben finden sich in §§ 21 bis 24 EIBV. Die Entgelte sind z. B. grundsätzlich gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen (§ 21 Abs. 6 S. 1, § 24 Abs. 5 EIBV). Ebenso wie durch § 6 EnWG 1998 den Energienetzbetreibern wurde damit Eisenbahninfrastrukturbetreibern, die allein über die für die Bestimmung des Entgeltes erforderlichen Informationen verfügen, das Recht gegeben, unter Beachtung gesetzlicher Vorgaben Entgelte für die Infrastrukturnutzung zu bilden und zu ändern.

Die Annahme eines gesetzlichen Entgeltbestimmungsrechts scheidet auch nicht daran, dass § 14 AEG i. V. m. der EIBV keinen Spielraum für eine Entgeltfestlegung im Einzelfall belassen würde. Der Einwand<sup>16</sup> geht schon im Ansatz fehl, da die Eisenbahninfrastrukturbetreiber bei der Entgeltbildung tatsächlich über „erhebliche unternehmerische Gestaltungsspielräume“<sup>17</sup> verfügen. Die Spielräume beziehen sich sowohl auf die Entgeltmaßstäbe als auch die Entgelthöhe. Das zeigt schon § 14 Abs. 4 AEG, der nur die Untergrenze („Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“) und die Obergrenze („Kosten zuzüglich einer Rendite“) festlegt, im Übrigen aber lediglich mögliche Kostenaufschläge anführt, die bei der Entgeltbestimmung erhoben werden „können“. Innerhalb der großen Bandbreite zwischen Unter- und Obergrenze können die Infrastrukturbetreiber im Einzelfall frei entscheiden.<sup>18</sup> Weder das AEG noch die EIBV geben einzelne Entgelte verbindlich vor.

6 OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.10.2009 – Az. VI-U (Kart) 4/09, Rn. 86 (juris); Urt. v. 2.5.2007 – Az. VI-U (Kart) 33/06, Rn. 52 (juris); Urt. v. 7.2.2007 – Az. VI-U (Kart) 3/06, Rn. 86 (juris); LG Berlin, N&R 2009, 70, 71 (Urt. v. 21.8.2008 – Az. 91 O 95/06 Kart); LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2009 – Az. 14c O 104/08, Rn. 23 (juris); Urt. v. 25.3.2009 – Az. 34 O (Kart) 123/08, S. 14; Urt. v. 19.6.2002 – Az. 340 (Kart) 108/01, Rn. 25 (juris); LG Duisburg, Urt. v. 15.12.2005 – Az. 21 O 119/04; LG Leipzig, Urt. v. 3.8.2001 – Az. 02 O 1999/01, S. 10 f.; Uhlenhut, IR 2009, 173, 176; Steinmann, IR 2009, 152, 154 f.; a. A. LG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.5.2009 – Az. 3/12 O 178/08.

7 BGBl. 1989 I, 2255.

8 BGBl. 1959 I, 46.

9 BAnz. 2002, Nr. 85b.

10 BAnz. 2002, Nr. 87b.

11 BGHZ 171, 374, 379 (Urt. v. 28.3.2007 – Az. VIII ZR 144/06) (= N&R 2007, 114, 115).

12 Dafür LG Frankfurt a. M., Urt. v. 15.12.2004 – Az. 3/8 O 72/04, Rn. 95 (juris).

13 So aber Bredt, N&R 2009, 235, 238.

14 BGH, N&R 2008, 129, 130 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III*.

15 BGH, N&R 2008, 129, 130 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III*, unter Bezugnahme auf BGHZ 172, 315, 320 (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 163, 164).

16 Bredt, N&R 2009, 235, 239.

17 So das Fazit von Gersdorf, Entgeltregulierung im Eisenbahnsektor, 2007, S. 30, 41.

18 Gersdorf (Fn. 17), S. 41.

### III. Reichweite der Billigkeitskontrolle

Ein zentraler Streitpunkt in den Entgeltverfahren im Energiesektor war, ob sich die gerichtliche Überprüfung nur auf die Billigkeit einer konkreten Preiserhöhung (im Eisenbahnsektor: anlässlich eines neuen Fahrplans) oder auch auf beim Vertragsschluss zugrunde gelegte Entgelte bzw. zwischenzeitige Erhöhungen erstreckt, wenn diese nicht gerügt worden sind. Einigkeit besteht darin, dass § 315 BGB grundsätzlich eine umfassende Billigkeitskontrolle eröffnet, die sich auch auf den Ausgangspreis und zwischenzeitige Preiserhöhungen erstreckt.<sup>19</sup> Nach Ansicht des 8. Zivilsenats soll dies bei einer unmittelbaren Anwendung von § 315 BGB jedoch nicht gelten, wenn – trotz des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts – zwischen den Parteien eine vertragliche Einigung über den Ausgangspreis zustande gekommen ist. Vor einer beanstandeten Preiserhöhung vereinbarte Preise sollen also keiner unmittelbaren Anwendung von § 315 BGB zugänglich sein.<sup>20</sup> Der Kartellsenat befürwortete hingegen von vornherein eine umfassende Billigkeitskontrolle, auch wenn ein bei Vertragsschluss betragsmäßig feststellbarer Ausgangspreis unbeanstandet blieb.<sup>21</sup>

#### 1. Ausschluss der Kontrolle des Ausgangspreises bei dessen Duldung?

Sofern kein Monopol vorliegt, scheidet nach der einschränkenden Rechtsprechung des 8. Zivilsenats eine umfassende Billigkeitskontrolle aus, wenn sich die Parteien auf den Preis geeinigt haben. Die Einschränkung erscheint nur bei einem gesetzlichen Leistungsbestimmungsrecht relevant, da ein vertragliches einseitiges Bestimmungsrecht definitorisch eine beidseitige Einigung über den Preis ausschließt. Aber auch bei einem „lediglich“ gesetzlichen Bestimmungsrecht gilt die Rechtsprechung des 8. Senats nicht uneingeschränkt. Insbesondere kann ihr nicht entnommen werden, dass eine Kontrolle des Ausgangspreises schon immer dann ausscheidet, wenn ein Preis bei Vertragsschluss betragsmäßig feststellbar war, er der anderen Partei durch einen Hinweis (z. B. auf eine Preisliste) bekanntgegeben wurde und hierdurch Vertragsbestandteil geworden ist.<sup>22</sup> Vielmehr wird man für einen Ausschluss der Billigkeitskontrolle eine individuelle Verhandlung des Preises verlangen müssen, die den Anforderungen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB gerecht wird.

##### a) Unterscheidung individuelle/einseitige Vereinbarung analog § 305 Abs. 1 S. 3 BGB

Die Einschränkung des 8. Senats lässt sich nur auf die Überlegung stützen, dass bei einem Konsens über eine Leistung kein Bedürfnis für eine gerichtliche Kontrolle besteht, da es dann an der für § 315 BGB charakteristischen strukturellen Unterlegenheit einer Partei fehlt.<sup>23</sup> Es greift insoweit die für das Vertragsrecht grundlegende Vermutung, dass ein übereinstimmender Wille auf einem sachgerechten Interessenausgleich beruht. Diese Vermutung relativiert die von § 315 BGB adressierte Gefahr des Missbrauchs eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts. Bei Individualvereinbarungen beschränkt sich das BGB auch sonst auf die Kontrolle gravierender Benachteiligungen, z. B. durch Täuschung, Drohung oder sittenwidrige Schädigung. Eine Kontrolle und Anpassung des Inhalts von Verträgen ist nur für Ausnahmesituationen vorgesehen (vgl. §§ 242, 313 BGB). Strengere Maßstäbe gelten indes, sofern ein Vertragsbestandteil nicht Ausdruck übereinstimmenden Willens, sondern Ergebnis einseitiger Festsetzung ist. Das zeigen die gegenüber Individualvereinbarungen bedeutend engeren Vorgaben der §§ 305 ff. BGB zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Insoweit erfolgt auch eine richterliche Inhaltskontrolle (§ 307 BGB). Die strengen Vorgaben gelten wohlgekannt unabhängig von einer Monopolstellung des AGB-Verwenders und obgleich die andere Partei die AGB bei Vertragsschluss kennt und mit ihrer Geltung einverstanden ist (vgl. § 305

Abs. 2 BGB). Allein das einseitige Stellen der AGB rechtfertigt nach dem BGB die größere Kontrolldichte.

§ 315 BGB liegt eine entsprechende Systematik zugrunde. Einigen sich die Vertragsparteien individualvertraglich auf eine Leistung, greifen die allgemeinen Regeln. Bestimmt eine Partei eine Leistung hingegen einseitig, ist eine strengere Inhaltskontrolle eröffnet. Die Nähe zur AGB-Kontrolle spricht dafür, die moderne Abgrenzung von Individualvereinbarungen und einseitigen Festsetzungen in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im Rahmen des älteren § 315 BGB entsprechend anzuwenden. Wegen der identischen Zielsetzung von Billigkeitskontrolle und AGB-Kontrolle, die Ausnutzung einer einseitigen privatautonomen Gestaltungsmacht zu verhindern, wurden in der Vergangenheit schon öfters Wertungen des einen Instituts auf das andere übertragen.<sup>24</sup>

Für die Rechtsprechung des 8. Senats bedeutet dies, dass der in einem Vertrag zugrunde gelegte Ausgangspreis nur dann einer Billigkeitskontrolle entzogen ist, wenn die Vertragsparteien ihn auch tatsächlich verhandelt haben. Das setzt eine tatsächliche Verhandlungsbereitschaft des Berechtigten und eine reale Möglichkeit zur Beeinflussung der Entgelte beim anderen Teil voraus. Die bloße vertragliche „Einigung“ auf einen betragsmäßig feststellbaren, aber nicht zur Disposition gestellten Listenpreis kann die Billigkeitskontrolle nicht ausschließen. Allgemeine Preislisten, auf die in einem Vertrag Bezug genommen wird, werden ebenso wie AGB einseitig von einem Vertragsteil erstellt und nur kraft der Unterwerfung des anderen Teils Vertragsbestandteil. Ihre „Vereinbarung“ ist nicht Produkt zweiseitiger Verhandlungen, sondern einseitiger Vorgabe.<sup>25</sup> Das Einverständnis des Kunden begründet hier nicht die für eine Aussetzung von § 315 BGB notwendige Vermutung eines gerechten Interessenausgleichs. Vielmehr dominiert die Gefahr einer Ausnutzung privatautonomer Gestaltungsmacht. Dann ist schon von Verfassungen wegen Rechtsschutz geboten. Denn handelt es sich wie hier „um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen“.<sup>26</sup>

Wollte man dies anders sehen und die Billigkeitseinrede bei Kenntnis des von der Gegenseite festgelegten Preises versagen, droht ein Leerlaufen des durch § 315 BGB gewährten Schutzes vor Fremdbestimmung. Die Gefahr des Missbrauchs einer Befugnis zur Leistungsbestimmung entfällt nicht dadurch, dass der anderen Partei bei Vertragsschluss die Bestimmung bekannt ist. Der Schutz kann auch kaum davon abhängen, ob ein Vertrag zufällig vor oder nach Bekanntgabe einer Preisliste abgeschlossen wird,<sup>27</sup> zumal dieser Zeitpunkt im Ermessen des Bestimmungsberechtigten liegt.

Ebenso wenig kann eine konkludente Einigung auf den Ausgangspreis oder zwischenzeitige Preiserhöhungen darin gesehen werden, dass die bekanntgegebenen Entgelte über einen längeren Zeitraum nach Vertragsschluss unbeanstandet hingenommen wurden. Denn wie bei anderen Vertragsverhältnissen gilt auch im Rahmen von Infrastrukturnutzungsverträgen der Grundsatz, dass Schweigen sowie der widerspruchlosen Hinnahme und so-

19 So selbst der 8. Senat, vgl. BGHZ 178, 362, 368 f. (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07).

20 BGHZ 178, 362, 368 f. (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07); 172, 315, 320 (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 163, 166 f.).

21 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III*; BGHZ 164, 336, 340 (Urt. v. 18.10.2005 – KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetznutzungsentgelt I*.

22 Ehrlicke, JZ 2007, 841, 844; a. A. Böcker, ZWeR 2009, 105, 110.

23 Böcker, ZWeR 2009, 105, 110.

24 Vgl. BGH, NJW 2007, 3344, 3345 (Urt. v. 24.5.2007 – Az. III ZR 467/04); BGHZ 38, 183, 185 (Urt. v. 29.10.1962 – Az. II ZR 31/61) m. w. N.

25 Wielsch, JZ 2008, 68; Ehrlicke, JZ 2007, 841, 844.

26 BVerfGE 89, 214, 232 (Beschl. v. 19.10.1993 – Az. 1 BvR 567/89).

27 So bereits BGHZ 164, 336, 340 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetznutzungsentgelt I*.

gar der Begleichung von Rechnungen kein darüber hinausgehender Erklärungswille zu entnehmen ist.<sup>28</sup>

#### b) *Notwendiger Preisgestaltungsspielraum*

Die bloße Duldung eines bei Vertragsschluss bereits festgesetzten Preises schließt § 315 BGB nur aus, wenn ausnahmsweise keine Gefahr einer Benachteiligung des Duldenden besteht. Das ist der Fall, wenn von vornherein kein Spielraum für eine privatautonome Preisgestaltung existiert, der missbraucht werden könnte. So liegt es, wenn das zu erhebende Entgelt unmittelbar durch einen Verwaltungsakt gegenüber dem Bestimmenden festgesetzt wird<sup>29</sup> oder gesetzliche Regelungen einen Preisgestaltungsspielraum ausschließen.<sup>30</sup> Ist ein von den Parteien zugrunde gelegter Preis gesetzlich vorgegeben, besteht kein Anlass, ihn vor den ordentlichen Gerichten zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich auch die Differenzierung in der Rechtsprechung des 8. Zivilsenats im Energiesektor erklären. Der Senat hatte eine Kontrolle der Ausgangspreise in Fällen abgelehnt, in denen der Preis gesetzlich vorgegeben war. Namentlich hatten die Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifendkunden (AVBELtV)<sup>31</sup> und für die Gasversorgung von Tarifendkunden (AVBGasV)<sup>32</sup> die Geltung der „allgemeinen Tarife“ vorgeschrieben, die wiederum nach Maßgabe der detaillierten BTOElT und BTOGas zu formen waren (oben, unter II. 1.). Demgegenüber soll die Rechtsprechung ausdrücklich nicht in den (vom Kartellsenat entschiedenen) Fällen gelten, in denen ein auch anfänglich geltendes Netznutzungsentgelt lediglich auf der Grundlage gesetzlicher Vorgaben gebildet wird.<sup>33</sup> Das ist insoweit konsequent, als in den letztgenannten Fällen ein bedeutend größerer Preisgestaltungsspielraum besteht, der die Billigkeitskontrolle erst rechtfertigt.<sup>34</sup> Jedenfalls zeigen die Unterschiede, dass die BGH-Rechtsprechung zur Bestimmung von Preistarifen gegenüber Endkunden auf das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Zugangsberechtigtem nicht übertragbar ist.<sup>35</sup>

#### c) *Relevanz im Eisenbahnsektor*

Im Eisenbahnbereich dürfte die Rechtsprechung des 8. Senats zur Einschränkung des § 315 BGB nach alldem kaum relevant werden. Sie greift allenfalls, wenn die einem Verkehrsunternehmen unterbreitete Preisliste tatsächlich zur Disposition stand. Eine Ausdehnung der Rechtsprechung wegen fehlenden privatautonomen Preisgestaltungsspielraums des Infrastrukturbetreibers ist hier nicht angezeigt. Es gibt keine mit der AVBELtV und AVBGasV vergleichbare gesetzliche Fixierung der Infrastrukturentgelte, die nach der Liberalisierung des Schienenverkehrs ausdrücklich oder konkludent hätte vertraglich vereinbart werden können. Wie in den vom Kartellsenat entschiedenen Fällen stand den Infrastrukturbetreibern von vornherein ein nur rudimentär reglementiertes einseitiges Leistungsbestimmungsrecht für die Ausgangspreise und spätere Anpassungen zu (oben, unter II. 2.). Hierauf ist die Rechtsprechung des 8. Senats nicht übertragbar. Jedenfalls können sich die Verkehrsunternehmen auf die Monopolrechtsprechung berufen.

## 2. Monopolrechtsprechung

Eine auch den Ausgangspreis umfassende Billigkeitskontrolle ist – selbst nach dem 8. Senat<sup>36</sup> – jedenfalls eröffnet, wenn „bei Leistungen der Daseinsvorsorge wegen einer Monopolstellung des Versorgers ... eine Überprüfung der Billigkeit des Preises in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB geboten ist“.<sup>37</sup> Die Rechtsprechung gilt auch zwischen Handelsgesellschaften.<sup>38</sup> Das hat der Kartellsenat klargestellt, indem er § 315 BGB entsprechend auf einen Infrastrukturnutzungsvertrag zwischen Wettbewerbern anwandte, „bei welchem dem Netzbetreiber das Recht zusteht, das Netznutzungsentgelt nach billigem Ermessen festzusetzen.“<sup>39</sup> Seine Ansicht, auch die Bereitstellung eines Elektrizitätsnetzes für Wettbewerber stelle eine „Leistung der Daseins-

vorsorge“ dar, stützt der BGH auf mehrere Argumente: Zunächst trage auch in dieser Konstellation das Leistungsbestimmungsrecht und die damit verbundene Nachprüfungsmöglichkeit gerade dem Umstand Rechnung, dass der Infrastrukturbetreiber typischerweise ein Monopol innehat und seine Preisbildung daher nicht durch Wettbewerb kontrolliert wird. Zudem sei das Zugangsberechtigte Unternehmen auf die Infrastruktur nicht weniger angewiesen als dies bei Leistungen der Daseinsvorsorge typischerweise der Fall ist. Schließlich diene auch der Netzzugang von Wettbewerbern letztlich der Stromversorgung und damit mittelbar der Daseinsvorsorge.<sup>40</sup>

Nach dieser Rechtsprechung ist § 315 BGB grundsätzlich auch auf Eisenbahninfrastrukturentgelte entsprechend anwendbar. Die Infrastrukturbetreiber genießen ein dem Recht der Stromnetzbetreiber entsprechendes gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht (oben, unter II. 2.). Auch treffen die vom BGH angeführten Argumente nahtlos auf Eisenbahninfrastrukturleistungen zu. Deren (natürlicher) Monopolcharakter ist zumindest bei Schienenwegen noch offensichtlicher als bei Energienetzen. Auch lässt sich die „mittelbare“ Relevanz der Eisenbahninfrastruktur für die Daseinsvorsorge nicht verneinen. Die Daseinsrelevanz einer Leistung ist unabhängig von der Organisationsform des Leistenden. Er muss kein öffentlich-rechtlicher Aufgabenträger sein.<sup>41</sup> Das zeigte die Anwendung von § 315 BGB auf private Energienetzbetreiber. Maßgebend ist die Relevanz der Leistung für die Allgemeinheit. „Leistungen der Daseinsvorsorge“ sind nach dem BGH solche, „auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist“.<sup>42</sup> In Abgrenzung zu Luxusgütern wurde dies z. B. auch für Krankenhausleistungen<sup>43</sup> oder die Abwasserentsorgung<sup>44</sup> bejaht.

Der Schienenverkehr ist ein klassischer Bereich der Daseinsvorsorge. Für den Personennahverkehr stellt dies § 1 Abs. 1 RegG ausdrücklich klar. Nichts anderes kann für den Personenfern- und Güterverkehr gelten. Eine Differenzierung zwischen den Verkehrsleistungen würde die auch sonst einheitliche Betrachtung des Schienenverkehrs als Bereich von besonderem öffentlichen Interesse im AEG und in Art. 87e GG ignorieren und zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Die Bereitstellung der Eisenbahninfrastruktur und der gesamte Verkehr über sie sind der Daseinsvorsorge zuzuordnen.<sup>45</sup> Selbst der Güterverkehr hat eine erhebliche Daseinsrelevanz, sichert er doch die Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Rohstoffen, Energieträgern oder Lebensmitteln selbst in Situationen ab, in denen andere Verkehrsträger versagen würden.

Die Erwägungen begründen zugleich Zweifel, ob es nach der materiellen Privatisierung zahlreicher Bereiche der Daseinsvor-

28 OLG Hamm, RdE 2009, 261, 262 (Urt. v. 29.5.2009 – Az. I-19 U 52/08), unter Bezugnahme auf BGH, NJW-RR 2007, 529, 530 (Urt. v. 7.12.2006 – Az. VII ZR 166/05).

29 BGHZ 73, 114, 116 (Urt. v. 19.12.1978 – Az. VI ZR 43/77).

30 BGH, NJW 2007, 3344, 3345 (Urt. v. 24.5.2007 – Az. III ZR 467/04); NJW 1998, 3188, 3192 (Urt. v. 2.7.1998 – Az. III ZR 287/97).

31 BGBl. 1979 I, 684.

32 BGBl. 1979 I, 676.

33 BGHZ 171, 374, 379 (Urt. v. 28.3.2007 – Az. VIII ZR 144/06) (= N&R 2007, 114, 115).

34 Vgl. Ehrlicke, JZ 2007, 841, 844.

35 LG Köln, Beschl. v. 26.1.2009 – Az. 90 O 77/08, S. 1 f.

36 Vgl. BGHZ 178, 362, 368 (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07).

37 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III*.

38 A. A. noch LG Berlin, WuW/E DE-R 1664, 1672 (Urt. v. 9.8.2005 – Az. 102 O 19/05).

39 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III*.

40 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III*.

41 Das übersieht LG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.5.2009 – Az. 3/12 O 178/08.

42 BGHZ 171, 374, 380 (Urt. v. 28.3.2007 – Az. VIII ZR 144/06) (= N&R 2007, 114, 115) m. w. N.

43 BGHZ 73, 114, 116 (Urt. v. 19.12.1978 – Az. VI ZR 43/77).

44 BGHZ 115, 311, 317 (Urt. v. 10.10.1991 – Az. III ZR 100/90).

45 Ronellenfitsch, DVBl 2008, 201, 207.

sorge überhaupt noch Sinn ergibt, an dem Erfordernis einer Leistung der „Daseinsvorsorge“ festzuhalten. Der auf die im Jahr 1938 entwickelte *Forsthoff*'sche These<sup>46</sup> einer Verantwortung des Staates für die Grundversorgung der Bevölkerung im öffentlichen Recht zurückgehende Begriff hat bis heute keine klaren Konturen<sup>47</sup> und passt nicht recht in das durch Gleichordnung gekennzeichnete Privatrecht. Das Kriterium ist für die analoge Anwendung des § 315 BGB auch nicht prägend. Maßgebend hierfür ist die aus einer Monopolstellung resultierende faktische Macht einer Vertragspartei zur einseitigen Leistungsbestimmung, da bei ihr die von der Privatautonomie vorausgesetzte Eigenverantwortung der Vertragsparteien nicht gewährleistet ist.<sup>48</sup> Eine solche Macht besteht bei einem Monopol unabhängig davon, ob es sich zufällig um eine Leistung der Daseinsvorsorge handelt. Das spricht dafür, für eine analoge Anwendung des § 315 BGB allein auf die Monopolstellung abzustellen.<sup>49</sup> Dies drängt sich jedenfalls auf, sofern man mit dem 8. Senat eine unmittelbare Anwendung von § 315 bei einer vertraglichen Einigung über den Ausgangspreis ausschließt (siehe oben, unter 1.). Denn dann stünde es Monopolanbietern nicht nur bei Leistungen der Daseinsvorsorge, sondern generell offen, Abnehmer in für sie ungünstige Verträge zu drängen und durch die vorzeitige Bekanntgabe des unbilligen Preises § 315 BGB auszuhebeln. Das GWB bietet hier keinen adäquaten Schutz. Jedenfalls sprechen diese Erwägungen gegen eine enge Auslegung des Kriteriums der Daseinsrelevanz.

Eine andere Frage ist, ob die Betreiber der zahlreichen Eisenbahninfrastrukturen im Einzelfall tatsächlich ein Monopol genießen. Die Frage ist praktisch nur bei Serviceleistungen relevant und hängt hier maßgebend von der präzisen sachlichen und räumlichen Abgrenzung des Infrastrukturmarktes ab.

#### IV. Verhältnis von § 315 Abs. 3 BGB zum Kartellrecht

Die nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 4 GWB eröffnete kartellrechtliche Preiskontrolle lässt die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unberührt. Zwar findet die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle mangels expliziter oder Gesetzesimmanenter Vorrangregelung auf den Eisenbahnsektor uneingeschränkt Anwendung.<sup>50</sup> Nur so lassen sich z. B. Preis-Kosten-Scheren oder Kampfpreisstrategien untersagen, die das Eisenbahnrecht nirgends adressiert.<sup>51</sup> Der BGH befürwortet jedoch bereits seit seiner „Molkerei“-Entscheidung von 1964<sup>52</sup> ein Nebeneinander des vertragsrechtlichen § 315 Abs. 3 BGB und der deliktsrechtlichen Missbrauchsaufsicht, da Ansprüche aus Vertrag und Delikt grundsätzlich jeweils eigenen Regeln folgen.<sup>53</sup> Die gegenteilige Literaturauffassung verneint zumindest eine analoge Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB, da angesichts des § 19 Abs. 4 GWB keine Regelungslücke bestehe.<sup>54</sup> Solange jedoch eine dem § 29 GWB entsprechende, strenge Preisaufsicht für alle Monopolinfrastrukturen fehlt und für einen Missbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 4 GWB die Darlegungs- und Beweislast – anders als bei § 315 BGB<sup>55</sup> – nicht beim marktbeherrschenden Unternehmen liegt sowie aus Rücksicht auf die unsichere Tatsachengrundlage ungeachtet eines Sicherheitszuschlages eine „erhebliche“ Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises vorliegen muss,<sup>56</sup> kann von einer fehlenden Regelungslücke und Schutzbedürftigkeit keine Rede sein.<sup>57</sup> Schwieriger ist die Frage nach dem Verhältnis von § 315 BGB zum Eisenbahnrecht.

#### V. Verhältnis von § 315 Abs. 3 BGB zum Eisenbahnrecht

Der Rückgriff auf eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB könnte durch eine abschließende Regelung des Infrastrukturzugangs im Eisenbahnrecht (dazu unten, unter 1.), durch den Vorrang behördlicher Entgeltverfahren (dazu unten, unter 2.)

oder durch eine entgegenstehende Intention des Gesetzgebers ausgeschlossen sein (dazu unten, unter 3.).

#### 1. Relevanz der materiellen Entgeltvorgaben

Die materiellen Entgeltregelungen in § 14 AEG und §§ 21 ff. EIBV könnten § 315 BGB im Wege der Spezialität nur verdrängen, wenn sie die Entgeltbemessung abschließend regelten.<sup>58</sup> Das ist jedoch nicht der Fall.<sup>59</sup> Die gesetzlichen Vorgaben lassen vieles im Unklaren und belassen den Infrastrukturbetreibern einen breiten Spielraum bei der Ermittlung, Ausgestaltung und Gewichtung der preisbildenden Faktoren. Die Regelungen begrenzen lediglich die allgemeine Preisgestaltungsfreiheit, ohne diese in Frage zu stellen (oben, unter II. 2.). Hierdurch wird der allgemeine Maßstab des „billigen Ermessens“, den § 315 Abs. 1 BGB vorsieht, nicht ausgeschlossen, sondern lediglich konkretisiert: Der Maßstab ist kein individueller, sondern muss aus der typischen Interessenlage des Infrastrukturnutzungsverhältnisses und den für dessen Ausgestaltung maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben gewonnen werden.<sup>60</sup>

Insbesondere laufen zivilgerichtliche Einzelentscheidungen nach § 315 BGB nicht dem Diskriminierungsverbot in § 14 Abs. 1 AEG und dessen spezieller Ausformung in § 21 Abs. 6 S. 1 EIBV zuwider, wonach Entgelte grundsätzlich „gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen“ sind.<sup>61</sup> Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot soll Zugangsberechtigte gerade vor unbilligen Entgeltfestsetzungen schützen, ihnen aber nicht den Rechtsschutz abschneiden, wenn eine solche Unbilligkeit tatsächlich aufgetreten ist. Letzteres liefe auf eine Sperre des Zivilrechtswegs hinaus, wenn immer ein gesetzliches Diskriminierungsverbot besteht, da ein Urteil ein Unternehmen gegenüber einem anderen begünstigen würde. Dass dies nicht Sinn des Gesetzes sein kann, zeigt das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot. Nach § 20 Abs. 1 GWB haben grundsätzlich alle marktbeherrschenden Unternehmen von gleichartigen Unternehmen gleiche Entgelte zu verlangen.<sup>62</sup> Dies schließt aber selbstverständlich keine Zivilklagen eines Einzelnen auf eine individuelle Besser-

46 *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 7 ff.

47 Vgl. nur *Krajewski*, *VerwArch* 2008, 174, 174 ff.

48 Vgl. BGH, NJW 1987, 1828, 1829 (Urt. v. 4.12.1986 – Az. VII ZR 77/86); OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.4.2008 – Az. VI-U (Kart) 30/07, Rn. 44 (juris); *Böcker*, ZWeR 2009, 105, 110 f.

49 OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1920, 1921 (Urt. v. 18.10.2006 – Az. VI-U [Kart] 1/05); LG Düsseldorf, Urt. v. 25.3.2009 – Az. 34 O (Kart) 123/08, S. 14; LG Leipzig, Urt. v. 3.8.2001 – Az. 02 O 1999/01, S. 11; v. *Hammerstein*, ZNER 2005, 9, 13.

50 KG, WuW/E DE-R 1321, 1324 (Urt. v. 26.6.2003 – Az. 2 U 20/02 Kart); LG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.5.2009 – Az. 3/12 O 178/08; *Bremer/Höppner*, WuW 2009, 1271, 1271 f.; a. A. LG Berlin, WuW/E DE-R 2561, 2563 (Urt. v. 17.3.2009 – Az. 98 O 25/08).

51 Das übersieht *Bredt*, N&R 2009, 235, 241.

52 BGHZ 41, 271, 278 ff. (Urt. v. 2.4.1964 – Az. KZR 10/62) (zu § 26 Abs. 2 GWB a. F.).

53 BGHZ 172, 315, 321 f. (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 163, 165); 147, 81, 93 f. (Urt. v. 6.3.2001 – Az. KZR 37/99) – *Kabel-Hausverteilanlagen*.

54 *Wielsch*, JZ 2008, 68, 70 f.; *Kühne*, NJW 2006, 654, 655; *Ehricke*, JZ 2005, 599, 602.

55 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetz-nutzungsentgelt III*; BGHZ 164, 336, 343 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 74) – *Stromnetz-nutzungsentgelt I*.

56 BGHZ 163, 282, 295 f. (Beschl. v. 28.6.2005 – Az. KVR 17/04) (= N&R 2005, 156, 160) – *Stadtwerke Mainz*; 142, 239, 251 (Beschl. v. 22.7.1999 – Az. KVR 12/98) – *Flugpreispaltung*.

57 Vgl. *Böcker*, ZWeR 2009, 105, 111; *Metzger*, ZHR 172 (2008), 458, 473 f.; *Säcker*, RdE 2006, 65, 70 f.

58 Vgl. BGHZ 164, 336, 341 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetz-nutzungsentgelt I* (zu § 6 EnWG 1998).

59 LG Duisburg, Urt. v. 25.8.2009 – Az. 14c O 104/08, Rn. 29 (juris).

60 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetz-nutzungsentgelt III*; BGHZ 172, 315, 320 f. (Urt. v. 13.6.2007 – Az. VIII ZR 36/06) (= N&R 2007, 163, 164 f.); 164, 336, 341 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 73) – *Stromnetz-nutzungsentgelt I*.

61 So aber LG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.5.2009 – Az. 3/12 O 178, S. 13; dahin auch KG, Urt. v. 9.4.2009 – Az. 19 U 21/08, S. 13.

62 Vgl. *Bechtold*, in: *Bechtold*, GWB, 5. A., 2008, § 20 Rn. 58.

stellung aus, wenn er sich durch eine Entgeltforderung behindert oder diskriminiert fühlt. Ebenso wenig stand das Diskriminierungsverbot nach § 6 Abs. 1 EnWG 1998 einer Anwendung von § 315 BGB entgegen.<sup>63</sup> § 14 Abs. 1 AEG und § 21 Abs. 6 EIBV verpflichten nicht zu einer Gleichbehandlung im Unrecht. Stellt ein Zivilgericht ein unbilliges Entgelt inter partes fest, mag das Diskriminierungsverbot zu einer Korrektur auch gegenüber gleichartigen Zugangsberechtigten bzw. zu einem Einschreiten der Regulierungsbehörde erga omnes zwingen. Solange die Anpassung aber nicht erfolgt, schließt das Gleichbehandlungsgebot den dann allein eröffneten Zivilrechtsweg nicht aus.

## 2. Behördliche Überprüfungsrechte

Ebenso wenig wird § 315 Abs. 3 BGB dadurch unanwendbar, dass die Regulierungsbehörde einer Neufassung oder Änderung von Entgeltgrundsätzen und Entgelthöhen eines Infrastrukturbetreibers ex ante widersprechen (§ 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG) bzw. sie ex post überprüfen (§ 14f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AEG) „kann“.<sup>64</sup>

### a) Verhältnis von § 315 Abs. 3 BGB zu öffentlich-rechtlichen Aufsichtsbefugnissen

Nach ständiger Rechtsprechung stehen öffentlich-rechtliche Vorgaben für die Festsetzung der zu bestimmenden Leistung der Anwendung von § 315 BGB nicht entgegen.<sup>65</sup> Sogar eine bereits erteilte Genehmigung der einseitig festgelegten Entgelte schließt deren Überprüfung durch die ordentlichen Gerichte nicht aus.<sup>66</sup> Das ist konsequent: Eine Entgeltgenehmigung beschränkt sich auf das vertikale öffentlich-rechtlich charakterisierte Rechtsverhältnis der Behörde zum Genehmigungsempfänger und lässt im Übrigen dessen Entscheidungsbefugnis im privatrechtlichen Horizontalverhältnis unberührt. Es besteht auch keine Gefahr divergierender Entscheidungen zwischen der Regulierungsbehörde und den ordentlichen Gerichten, denn die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB stellt keine Rechtskontrolle der Genehmigung dar.<sup>67</sup>

Nur wenn die behördliche Aufsicht oder Genehmigung eine „abschließende und verbindliche Gestaltung der Rechtsbeziehungen der Vertragsbeteiligten bezweckt“,<sup>68</sup> scheidet eine Anwendung von § 315 BGB aus, da dann ein privatautonomer Spielraum des Verwenders nicht besteht (oben, unter III. 1. b)). Das ist der Fall, wenn das regulierte Unternehmen wie z. B. nach § 37 Abs. 1 TKG und § 23 Abs. 1 PostG allein die behördlich genehmigten Entgelte verlangen darf, mit der Folge, dass Abweichungen nach oben wie nach unten gemäß § 134 BGB nichtig sind.<sup>69</sup> Die behördliche Überprüfung der Eisenbahninfrastruktur-entgelte ist damit nicht vergleichbar.

### b) Vorabprüfung gemäß § 14e AEG

Die Vorabprüfung nach § 14e AEG begründet noch nicht einmal einen Genehmigungsvorbehalt, geschweige denn eine verbindliche Privatrechtsgestaltung. Die Regulierungsbehörde legt keine Entgelte rechtsverbindlich fest. Zwar „kann“ sie einer Änderung von Entgelthöhen widersprechen, sie muss dies aber selbst dann nicht tun, wenn sie einen Gesetzesverstoß tatsächlich erkannt hat<sup>70</sup> (Eingriffsermessens). Es besteht auch keine Prüfungspflicht (Aufgreifermessens).<sup>71</sup> Ein solcher reiner Widerspruchsvorbehalt bleibt hinter einer obligatorischen Entgeltgenehmigung weit zurück.

Die Vorabprüfung zielt auch nicht auf eine privatrechtsgestaltende, verbindliche und abschließende Entscheidung über die Zulässigkeit der Änderung von Nutzungsbedingungen. Das kann das Institut aus zwei Gründen gar nicht leisten. Zum einen gebietet die Fokussierung auf die Einhaltung eisenbahnrechtlicher Vorgaben „eine Zurückhaltung der Regulierungsbehörde bei der Beurteilung von durch Nutzungsbedingungen aufgeworfenen typischen zivilrechtlichen Streitigkeiten, deren Klärung den Zivilgerichten vorbehalten ist, sowie bei der hoheitlichen Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Wertungen.“<sup>72</sup> Zum anderen wäre

es der Behörde auch kaum möglich, alle Klauseln der umfangreichen Nutzungsbedingungen einzeln und in Zusammenschau innerhalb der maximalen Widerspruchsfrist von lediglich vier Wochen (§ 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG) abschließend auf ihre Billigkeit hin zu würdigen. § 14e AEG eröffnet lediglich eine summarische Prüfung.<sup>73</sup>

Infolgedessen ist ein Abweichen von Entgelten, die der Behörde vorgelegt wurden, auch nicht gemäß § 134 BGB nichtig.<sup>74</sup> Zwar stellt § 21 Abs. 7 S. 2 EIBV fest, dass veröffentlichte Entgelte für die gesamte Fahrplanperiode „gelten“. Im Gegensatz zu § 37 Abs. 1 TKG und § 23 Abs. 1 PostG stellt dieses Gebot jedoch kein Verbot i. S. v. § 134 BGB dar, von den veröffentlichten Entgelten im Einzelfall abzuweichen.<sup>75</sup> Wegen des eingeschränkten Prüfungsumfangs und des summarischen Charakters der fakultativen Vorabprüfung wäre es mit Art. 19 Abs. 4 GG kaum vereinbar, wenn sich erst im Rahmen der praktischen Anwendung neuer Entgeltgrundsätze offenbarende Unbilligkeiten und Gesetzesverstöße keiner zivilgerichtlichen Prüfung mehr zugänglich wären.<sup>76</sup>

### c) Nachträgliche Prüfung gemäß § 14f AEG

Teilweise wird vertreten, die zivilgerichtliche Entgeltkontrolle sei ausgeschlossen, da das Recht von Zugangsberechtigten, gemäß § 14f Abs. 2 BGB eine nachträgliche Entgeltüberprüfung zu beantragen, ausreichenden Rechtsschutz vermittele.<sup>77</sup> Wer trotz Zweifeln an der Rechtmäßigkeit eines Entgelts den Rechtsbehelf des § 14f Abs. 2 AEG bewusst verstreichen lasse, könne nicht später den Zivilrechtsweg bemühen.

Die Auffassung überspielt jedoch die Reichweite des Antragsrechts nach § 14f Abs. 2 AEG. Tatsächlich ist das Recht für Zugangsberechtigte ein äußerst stumpfes Schwert (vgl. bereits oben, unter I.). Das zeigt bereits die Empirie: Seit Inkrafttreten im Jahr 2005 hat die Bundesnetzagentur, soweit ersichtlich,<sup>78</sup> gerade einmal ein Verfahren nach § 14f Abs. 2 AEG eröffnet. Die geringe Verfahrenszahl beruht nicht allein auf dem Aufgreifermessen der Behörde. Sie erklärt sich auch aus dem engen Tatbestand und den verhandlungsstrategischen Nachteilen, die ein Antrag für einen Zugangspetenten hat:

§ 14f Abs. 2 AEG setzt voraus, dass ein Vertrag überhaupt „nicht zustande“ gekommen ist. Im Anwendungsbereich von § 315 Abs. 3 BGB und in der Praxis ist es jedoch gerade typisch, dass der (Zugangs-) Vertrag ohne eine Einigung auf die Entgelthöhe zunächst insgesamt zustande kommt und lediglich später Zweifel an der Billigkeit der einseitigen Entgeltbestimmung innerhalb des laufenden Vertrags aufkommen. Für diesen Fall er-

63 BGH, N&R 2008, 129, 130 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetz-nutzungsentgelt III*.

64 LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2009 – Az. 14c O 104/08, Rn. 29 (juris); *Schröder*, IR 2009, 93, 94; a. A. LG Berlin, Urt. v. 14.5.2009 – Az. 93 O 47/08; WuW/E DE-R 2561, 2563 (Urt. v. 17.3.2009 – Az. 98 O 25/08).

65 BGHZ 174, 48, 55 (Urt. v. 18.10.2007 – Az. III ZR 277/06); BGH, NJW 2007, 3344, 3345 f. (Urt. v. 24.5.2007 – Az. III ZR 467/04); BGHZ 115, 311, 317 f. (Urt. v. 10.10.1991 – Az. III ZR 100/90).

66 BGHZ 174, 48, 55 (Urt. v. 18.10.2007 – Az. III ZR 277/06); 164, 336, 343 f. (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 74) – *Stromnetz-nutzungsentgelt I*; BGH, WM 1978, 1097, 1101 (Urt. v. 24.11.1977 – Az. III ZR 27/76).

67 BGH, DVBl. 1974, 558, 559 (Urt. v. 27.10.1972 – Az. KZR 1/72); *Schröder*, IR 2009, 93, 94.

68 BGH, NJW 2007, 3344, 3345 (Urt. v. 24.5.2007 – Az. III ZR 467/04).

69 BGH, NJW 1998, 3188, 3192 (Urt. v. 2.7.1998 – Az. III ZR 287/97); NJW 2007, 3344, 3345 (Urt. v. 24.5.2007 – Az. III ZR 467/04).

70 So jedenfalls OVG Münster, Beschl. v. 15.2.2008 – Az. 13 B 2092/07.

71 Vgl. *Gerstner*, in: Beck'scher AEG-Kommentar, 2006, § 14e Rn. 4.

72 OVG Münster, N&R 2008, 94, 95 f. (Beschl. v. 28.1.2008 – Az. 13 B 2014/07).

73 *Höppner*, Die Regulierung der Netzstruktur, 2009, S. 330.

74 So selbst LG Berlin, Urt. v. 14.5.2009 – Az. 93 O 47/08, S. 9; *Bredt*, N&R 2009, 235, 240 f.

75 Vgl. *Steinmann*, IR 2009, 152, 155; a. A. *Bredt*, N&R 2009, 235, 239.

76 Näher *Höppner* (Fn. 73), S. 330.

77 *Bredt*, N&R 2009, 235, 240.

78 Vgl. LG Berlin, Urt. v. 14.5.2009 – Az. 93 O 47/08, S. 11.

öffnet § 14f Abs. 2 AEG keinen Rechtsschutz. Eine analoge Anwendung<sup>79</sup> bliebe den meisten Zugangspetenten verborgen. Der klare Wortlaut schreckt von einem Rechtsbehelf ab.

Zugangspetenten können eine Überprüfung auch nur innerhalb von fünf Werktagen nach Eingang eines Vertragsangebots beantragen (§ 14f Abs. 2 S. 3 AEG i. V. m. § 11 Abs. 11 S. 4 EIBV).<sup>80</sup> Innerhalb dieser Frist ist es für ein Unternehmen, das typischerweise weder die Kosten des Infrastrukturbetreibers kennt noch Vergleichsmöglichkeiten hat, faktisch so gut wie ausgeschlossen, alle Entgeltregelungen in den oft kompakten Infrastrukturnutzungsbedingungen, auf die ein Zugangsangebot Bezug nimmt, umfassend auf eine Billigkeit bzw. Vereinbarkeit mit dem Eisenbahnrecht hin zu überprüfen. Einige Rechtsverstöße zeigen sich auch erst nach Vertragsschluss. So offenbaren sich Diskriminierungen typischerweise erst bei einem Vergleich mit anderen Verträgen und überhöhte Renditen erst bei einem Blick auf die Jahresbilanzen und Gewinne. Dann kann man von einem Zugangspetenten für die Wahrung seiner durch das AEG und BGB vermittelten Rechte keinen Antrag nach § 14f Abs. 2 AEG verlangen. Dieser müsste praktisch stets „auf Verdacht“ gestellt werden, da immer Zweifel verblieben. Das kann nicht Sinn des § 14f Abs. 2 AEG sein, der von einem „Primat des Vertrages“ ausgeht.

Der Hinweis auf das Antragsrecht nach § 14f Abs. 2 AEG ignoriert auch die besondere Verhandlungssituation beim Vertragsschluss. Da Infrastrukturbetreiber infolge einer vertikalen Integration mit den Zugang nachfragenden Unternehmen in den nachgelagerten Verkehrsmärkten konkurrieren, haben sie kein Interesse an Zugangsverträgen.<sup>81</sup> Gleichzeitig genießen sie mangels alternativer Anbieter eine überragende Verhandlungsmacht. In dieser Situation geht es Zugangsberechtigten primär darum, überhaupt rechtzeitig attraktive Trassen oder Serviceleistungen zu erlangen. Das kann von einem Rechtsbehelf gemäß § 14f Abs. 2 AEG abschrecken, da dieser ein Aussetzen des Vertrages voraussetzt, aber das Verhandlungsklima trüben und das Verfahren verzögern kann. Die überragende Verhandlungsmacht der Infrastrukturbetreiber und der Zeitdruck schaffen für Verkehrsanbieter einen Anreiz, zunächst den Zugang als solchen zu sichern und hinsichtlich der Konditionen auf eine spätere zivilrechtliche Überprüfung zu vertrauen.<sup>82</sup> Diese Möglichkeit soll § 315 Abs. 3 BGB gerade eröffnen. Es würde dem Zweck der Norm widersprechen, seine Anwendung wegen eines Rechtsbehelfs (§ 14f Abs. 2 AEG) auszuschließen, der gerade wegen der von § 315 BGB adressierten unterlegenen Verhandlungsmacht einer Partei praktisch nicht in Anspruch genommen wird.

Ferner ist zu sehen, dass die Überprüfung durch die Regulierungsbehörde nach § 14f Abs. 2 AEG auf die Einhaltung der nicht abschließenden eisenbahnrechtlichen Entgeltvorgaben begrenzt ist.<sup>83</sup> Da das Zivilrecht nicht geprüft wird, kann es auch nicht verdrängt werden. Das gilt jedenfalls für den Zivilrechtsschutz für die Vergangenheit. Denn die Regulierungsbehörde kann gemäß § 14f Abs. 1 S. 2 AEG neue Entgeltregelungen nur „mit Wirkung für die Zukunft“ anordnen. Eine Rückabwicklung von Leistungen ist im Rahmen von § 14f Abs. 2 AEG nicht vorgesehen. Das Eisenbahnrecht enthält auch keinen speziellen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch für Zugangsberechtigte (wie § 32 EnWG, § 44 TKG, § 38 PostG). Ebenso wenig ist eine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils aus einer Verletzung von Zugangsverpflichtungen durch die Regulierungsbehörde vorgesehen (wie nach § 33 EnWG, § 43 TKG). Für die Vergangenheit können damit nur die Zivilgerichte Rechtsschutz leisten.<sup>84</sup>

#### d) Allgemeine Befugnis gemäß § 14c AEG

Die allgemeine Eingriffsbefugnis nach § 14c Abs. 1 AEG kann für die Reichweite des Entgeltkontrollen nach § 315 Abs. 3 BGB schon deshalb keine Rolle spielen,<sup>85</sup> weil sie in Entgeltaspekten hinter den spezielleren Eingriffsbefugnissen des § 14e und § 14f AEG zurücktritt.<sup>86</sup> Lassen diese schon § 315 BGB unberührt, gilt dies erst recht für § 14c Abs. 1 AEG.

### 3. Intention des Gesetzgebers

Die analoge Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB nach der Monopolrechtsprechung (oben, unter III. 2.) setzt eine planwidrige Regelungslücke voraus. Daran fehlt es, wenn sich der Gesetzgeber in einem Wirtschaftszweig klar gegen eine gerichtliche Überprüfung bestimmter Preise ausgesprochen hat. Das wurde vom 8. Zivilsenats für Gasendpreise angenommen, da der Gesetzgeber hier in mehreren Gesetzesbegründungen und durch § 29 GWB eine Preisregulierung für systemwidrig erklärt habe.<sup>87</sup>

Hinsichtlich der Entgelte für Eisenbahninfrastrukturen greift diese Rechtsprechung nicht. Hier hat sich der Gesetzgeber mit Erlass der §§ 14e und 14f AEG grundsätzlich für eine Regulierung entschieden. Zwar sind die Ex-ante-Entgeltprüfung nicht obligatorisch (§ 14e Abs. 1 AEG) und die Ex-post-Prüfung nicht rückwirkend (§ 14f Abs. 1 S. 2 AEG). Es wäre aber geradezu grotesk, den Schutz der Monopolrechtsprechung in den Fällen zu verweigern, in denen es weder eine staatliche Vorabkontrolle noch eine rückwirkende Nachprüfung gibt und das private Rechtsschutzbedürfnis daher am größten ist, ihn aber dort zu gewähren, wo diese staatliche Kontrolle zum Vorteil der Wettbewerber stattfindet.<sup>88</sup>

Die Regulierung der monopolistisch strukturierten Infrastrukturebene unterscheidet sich auch grundlegend von der Regulierung der wettbewerblich geprägten Endkundenmärkte, um die es beim 8. Senat ging. Infrastrukturmärkte sind klassische Objekte einer Preisregulierung. Auch die in § 1 Abs. 2 AEG kodifizierte Intention, wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Schienenverkehr zu fördern, spricht für eine gerichtliche Billigkeitskontrolle. Denn die Einräumung privaten Rechtsschutzes unterstützt dieses Regulierungsziel enorm.<sup>89</sup> Die Billigkeitskontrolle entlastet die Regulierungsbehörde, umgeht die Gefahr einer politischen Einflussnahme im Interesse von regulierten Staatsunternehmen und beschleunigt den (auch einstweiligen) Rechtsschutz der Wettbewerber. Angesichts der Intention des Gesetzgebers, in Zugangsstreitigkeiten einen parallelen Rechtsschutz zu gewähren, dürfen Zivilgerichte Klagen auch nicht mangels Rechtsschutzbedürfnisses oder wegen Verwirkung abweisen, nur weil das Klagebegehren theoretisch auch über die Regulierungsbehörde erreichbar wäre oder entsprechende Abhilfe versäumt wurde.<sup>90</sup> Die rechtsprechende Gewalt ist den Gerichten anvertraut, nicht den Behörden (Art. 92 GG).<sup>91</sup>

## VI. Inhalt der Billigkeitskontrolle

Der Prüfungsumfang des Gerichts hängt vom Klagebegehren ab. Soll lediglich die Unverbindlichkeit der Entgelte festgestellt werden, hat das Gericht allein zu prüfen, ob die Entgeltbestimmung aus irgendeinem Grund unbillig war. Wird hingegen auch die Festsetzung einer billigen Leistung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB beantragt, ist ferner anhand einer umfassenden Prüfung die Höhe des tatsächlich angemessenen Entgelts zu bestimmen. Für beide Prüfungen hat sich ein mehrstufiges Kontrollverfahren herausgebildet.

79 Dafür LG Berlin, Urt. v. 14.5.2009 – Az. 93 O 47/08, S. 10.

80 Gerstner (Fn. 71), § 14f Rn. 33.

81 Näher Höppner, Netzveränderungen im Zugandskonzept, 2009, S. 33.

82 Steinmann, IR 2009, 152, 153.

83 Vgl. OVG Münster, N&R 2010, 43 (Beschl. v. 20.8.2009 – Az. 13 B 922/09) (in diesem Heft).

84 LG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.5.2009 – Az. 3/12 O 178/08, S. 9. Vgl. auch LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2009 – Az. 14c O 104/08, Rn. 28 (juris).

85 A. A. Bredt, N&R 2009, 235, 237.

86 Gerstner (Fn. 71), § 14c Rn. 7.

87 BGHZ 178, 362, 368 f. (Urt. v. 19.11.2008 – Az. VIII ZR 138/07).

88 Vgl. Markert, RdE 2009, 60, 62 (zum EnWG).

89 Basedow, ZHR 170 (2006), 178, 197.

90 LG Frankfurt a. M., MMR 2005, 551, 552 f. (Urt. v. 22.4.2005 – Az. 3/11 O 133/04); LG Berlin, Urt. v. 12.10.2004 – Az. 16-O 465/04.

91 Näher Höppner (Fn. 73), S. 125.



## 1. Kontrollstufen

Da im Rahmen der Billigkeitskontrolle – zumindest bei einer Zahlung unter Vorbehalt – der zur einseitigen Leistungsbestimmung Berechtigte die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit seiner Leistungsbestimmung trägt<sup>92</sup> und das Gericht ohne Einblick in die Kalkulationsgrundlagen und die Kosten die Billigkeit nicht beurteilen kann, wird einem Infrastrukturbetreiber zunächst durch Gerichtsbeschluss auferlegt, seine Kalkulation vollständig offenzulegen. Der Infrastrukturbetreiber muss nachvollziehbar darlegen, erläutern und ggf. belegen, wie sich seine Entgelte im Einzelnen zusammensetzen, welche Kosten für welche Leistung am Maßstab der eisenbahnrechtlichen Vorgaben abzudecken waren und welcher Gewinn zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Kapitalverzinsung mit dem in Rechnung gestellten Entgelt erzielt wurde.<sup>93</sup>

Kommt der Infrastrukturbetreiber seiner Darlegungslast nicht nach und vermag das Gericht ein billiges Entgelt auch nicht zu schätzen (§ 287 Abs. 2 ZPO), scheidet eine Entgeltfestsetzung oberhalb von „Null“ aus.<sup>94</sup> Da dies nach den allgemeinen Regeln nicht zulasten des anderen Teils gehen darf, hat das Gericht zur Sanktionierung der fehlenden prozessualen Mitwirkung des Infrastrukturbetreibers dessen Zahlungsklagen abzuweisen<sup>95</sup> und Rückforderungsklagen der Verkehrsunternehmen in schlüssiger Höhe stattzugeben.<sup>96</sup>

Legt der Infrastrukturbetreiber seine Kalkulation offen, ist in einem zweiten Schritt ggf. durch einen Sachverständigen zu prüfen, ob nach den gesetzlichen Vorgaben berücksichtigungsfähige und angemessene Kosten in die Berechnung einbezogen und die dargelegten Kostenpositionen in der richtigen Höhe berechnet wurden, die Festsetzung mithin „billig“ war.<sup>97</sup>

## 2. Kontrollkriterien

Grundsätzlich erfordert die Prüfung, ob eine Entgeltbestimmung der Billigkeit entspricht, eine Abwägung aller objektiven wirtschaftlichen Interessen beider Vertragspartner und eine umfassende Würdigung des Vertragszwecks.<sup>98</sup> Soweit jedoch der Entgeltgestaltungsspielraum bereits durch spezialgesetzliche Vorgaben konkretisiert wird, gehen deren Wertungen der allgemeinen Abwägung vor. Primärer Prüfungsmaßstab sind daher die Vorgaben in § 14 Abs. 4 und 5 AEG i.V.m. §§ 21 bis 24 EIBV. Danach wird das Ermessen der Infrastrukturbetreiber im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht gebunden. Erstens dürfen die Entgelte nicht die Kosten unangemessen überschreiten (§ 14 Abs. 4 S. 1 und 3, Abs. 5 S. 2 Nr. 1 AEG). Zweitens dürfen einzelne Zugangsberechtigte nicht diskriminiert werden (§ 14 Abs. 1 und Abs. 5 S. 2 Nr. 2 AEG, § 21 Abs. 6 EIBV). Wo immer die spezialgesetzlichen Vorgaben Bewertungsspielräume eröffnen, sind sie vom Infrastrukturbetreiber so zu nutzen, dass dem Gesetzeszweck bestmöglich Rechnung getragen wird.<sup>99</sup> Daher kommt bei der Billigkeitskontrolle auch dem Ziel der Sicherung wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs auf der Schiene Bedeutung zu (§ 1 Abs. 1 S. 1 AEG).

Fraglich ist, ob darüber hinaus noch auf weitere, außerhalb der spezialgesetzlichen Vorgaben liegende Faktoren abzustellen ist. Für den Elektrizitätssektor hatte der BGH dies für eher fernliegend gehalten.<sup>100</sup> Dort ließen die detaillierten und in der Praxis über Jahre entwickelten Entgeltvorgaben in der Verbändevereinbarung Strom allerdings auch wenig Fragen offen. Die sporadischen eisenbahnrechtlichen Entgeltregelungen sind damit nicht zu vergleichen. Ihr nicht abschließender Charakter kann einen Rückgriff auf allgemeine Billigkeitsmaßstäbe erforderlich machen.<sup>101</sup> Solche ergeben sich aus einer Abwägung der Interessen beider Parteien am Maßstab allgemeiner zivilrechtlicher Wertungen. So wurden etwa pauschale Stornierungsentgelte für unbillig erachtet, weil sie nicht die Möglichkeit der Weitervermarktung einer stornierten Trasse bzw. die durch die Stornierung ersparten Aufwendungen des Infrastrukturbetreibers berücksichtigten.<sup>102</sup>

## VII. Zusammenfassung

Eisenbahninfrastrukturentgelte unterliegen der gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht ist Infrastrukturbetreibern zumeist vertraglich eingeräumt worden. Jedenfalls ergibt sich ein solches Recht aus § 14 Abs. 4 und 5 AEG. Die Billigkeitskontrolle erstreckt sich grundsätzlich auch auf einen bei Vertragsschluss in Bezug genommenen Ausgangs(listen)preis sowie unbeanstandet gebliebene Preiserhöhungen. Etwas anderes gilt, wenn die Preise analog § 305 Abs. 1 S. 3 BGB individuell verhandelt wurden und sich nicht auf eine Monopoleistung beziehen. Genießt der Infrastrukturbetreiber hingegen ein Monopol, sind die Modalitäten des Vertragsschlusses unerheblich, da stets eine umfassende Billigkeitskontrolle eröffnet ist. Die kartell- und eisenbahnrechtlichen Entgeltvorgaben konkretisieren die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB, verdrängen sie aber nicht. Neben ihnen sind auch die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze bei der Billigkeitskontrolle zu berücksichtigen.

92 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III* m. w. N.

93 Vgl. OLG Karlsruhe, RdE 2006, 181, 182 (Urt. v. 28.6.2006 – Az. 7 U 194/04).

94 OLG Düsseldorf, ZNER 2009, 46, 47 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 12/07).

95 OLG Karlsruhe, RdE 2006, 181, 182 (Urt. v. 28.6.2006 – Az. 7 U 194/04).

96 OLG Düsseldorf, ZNER 2009, 46, 47 (Urt. v. 26.11.2008 – Az. VI-2 U [Kart] 12/07); LG Hannover, Urt. v. 19.2.2007 – Az. 21 O 88/06, Rn. 70 (juris).

97 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.3.2007 – Az. VI-2 U (Kart) 17/04, Rn. 9 (juris).

98 BGHZ 174, 48, 56 (Urt. v. 18.10.2007 – Az. III ZR 277/06) m. w. N.

99 BGHZ 164, 336, 345 (Urt. v. 18.10.2005 – Az. KZR 36/04) (= N&R 2006, 72, 75) – *Stromnetznutzungsentgelt I*.

100 BGH, N&R 2008, 129, 131 (Urt. v. 4.3.2008 – Az. KZR 29/06) – *Stromnetznutzungsentgelt III*.

101 LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2009 – Az. 14c O 104/08, Rn. 29 (juris).

102 LG Düsseldorf, Urt. v. 25.8.2009 – Az. 14c O 104/08, Rn. 29 (juris).



Dr. Eckhard Bremer, Jahrgang 1957, ist Partner im Berliner Büro der internationalen Anwaltssozietät Hogan & Hartson Raue. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Kartellrecht, Vergaberecht, europäischen Beihilfenrecht, Personenbeförderungs- und Eisenbahnrecht und anderen regulierten Industrien (Medien, Telekommunikation, Energie). Dr. Bremer studierte Rechtswissenschaften in Freiburg im Breisgau, Göttingen und an der Harvard-Universität (LL. M. 1987). Von 1989 bis 1996 war er wissenschaftlicher Referent in der Projektgruppe „Law & Economics of Telecommunications“ am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Assistent von Prof. Dr. Ernst-Joachim Mestmäcker, vormals Vorsitzender der Monopolkommission. Kontakt: ebremer@hhlaw.com.



Dr. Thomas Höppner, Jahrgang 1977, ist Rechtsanwalt im Berliner Büro der Sozietät Hogan & Hartson Raue und dort im Bereich Kartellrecht tätig. Sein Branchenschwerpunkt liegt auf regulierten Industrien (Medien/Telekommunikation, Verkehr, Energie). Er studierte Rechtswissenschaften in Glasgow, Berlin und Dundee (LL. M. 2004). Seine kartellrechtliche Promotion zum Zugang zu Netzinfrastrukturen erhielt den Karlheinz-Quack-Preis 2009. Kontakt: thoepner@hhlaw.com.