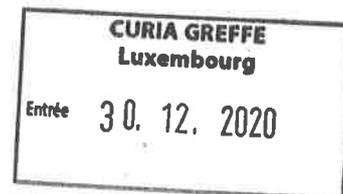


Kammergericht

Az.: 2 U 4/12 Kart
16 O 29/11 Kart LG Berlin



Beschluss

In dem Rechtsstreit

DB Station & Service AG,
vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch die Mitglieder

Vertrieb I.S.V.P., Europaplatz 1, 10557 Berlin

- Beklagte, Berufungsklägerin u. Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Oppenländer Rechtsanwälte**, Börsenplatz 1, 70174 Stuttgart

gegen

ODEG Ostdeutsche Eisenbahn GmbH,
vertreten durch die Geschäftsführer

Bahnhofstraße 1, 19370 Parchim

- Klägerin, Berufungsbeklagte u. Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **BSU Legal Brauner Schurgers-Brauner Uhlenhut**, Hansastraße 44,
44137 Dortmund, Gz.: BSU-3/0139/12

hat das Kammergericht - Kartellsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Dr. Vossler, den Richter am Kammergericht Dr. Dietrich und die Richterin am Kammergericht Lang am 10.12.2020 beschlossen:

I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung von Art. 102 AEUV und der Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist es mit der Richtlinie 2001/14/EG – insbesondere ihren Bestimmungen zur Unabhängig-

keit der Geschäftsführung des Infrastrukturunternehmens (Art. 4), zu den Grundsätzen der Entgeltfestsetzung (Art. 7 bis 12) und zu den Aufgaben der Regulierungsstelle (Art. 30) – vereinbar, wenn innerstaatliche Zivilgerichte im Einzelfall und unabhängig von der Überwachung durch die Regulierungsstelle die Höhe der verlangten Entgelte nach den Maßstäben von Art. 102 AEUV und/oder des nationalen Kartellrechts überprüfen?

2. Wenn Frage 1 zu bejahen sein sollte: Ist eine Missbrauchskontrolle durch die innerstaatlichen Zivilgerichte nach den Maßstäben von Art. 102 AEUV und/oder des nationalen Kartellrechts auch dann zulässig und geboten, wenn für die Eisenbahnverkehrsunternehmen die Möglichkeit besteht, eine Überprüfung der Angemessenheit gezahlter Entgelte durch die zuständige Regulierungsstelle zu erreichen? Sind die innerstaatlichen Zivilgerichte gehalten, eine entsprechende Entscheidung der Regulierungsbehörde und, sofern diese gerichtlich angefochten wird, gegebenenfalls deren Bestandskraft abzuwarten?

II. Das Berufungsverfahren wird bis zur Beantwortung der Vorlagefragen durch den Gerichtshof der Europäischen Union ausgesetzt.

Gründe

- 1 I. Die beklagte DB Station & Service AG, eine Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG, ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG). Sie unterhält etwa 5.400 Bahnhöfe (Verkehrsstationen) in Deutschland. Die Klägerin betreibt ein Eisenbahnverkehrsunternehmen und nutzt Verkehrsstationen der Beklagten im Rahmen des Schienenpersonennahverkehrs. Die Parteien streiten über die Höhe des dafür zu entrichtenden Entgelts.
- 2 Die Beklagte schließt mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen, die die von ihr vorgehaltene Infrastruktur in Anspruch nehmen wollen, jeweils Rahmenverträge über die Stationsnutzung. Darin nimmt sie hinsichtlich der Höhe der Nutzungsentgelte Bezug auf ihre jeweils gültige Stationspreissliste (Stationspreissystem, SPS). Die Einzelnutzungen der Bahnhöfe werden in gesonderten Stationsnutzungsverträgen geregelt. Zum 1. Januar 2005 führte die Beklagte ein neues sog. „Preissystem 2005“ (SPS 05) ein, das an die Stelle des ursprünglich geltenden „Preissystems 1999“

(SPS 99) trat. Danach wurden die Preise nach bestimmten Preiskategorien und bezogen auf die jeweiligen Bundesländer pauschal ermittelt. Die Klägerin, für die das neue System zu Preiserhöhungen führte, zahlte die Erhöhungsbeträge ab dem 1. Januar 2005 nur noch unter Vorbehalt.

- 3 Mit einem Bescheid vom 10. Dezember 2009 (705-07-038) hat die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsbehörde das SPS 05 mit Wirkung zum 1. Mai 2010 für ungültig erklärt. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes mit einem Beschluss vom 23. März 2010 (13 B 247/19) die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der hiesigen Beklagten gegen den Bescheid der Bundesnetzagentur angeordnet. Eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung in der Hauptsache ist bis heute nicht ergangen.
- 4 Mit ihren bei dem Landgericht Berlin erhobenen Klagen verlangt die Klägerin Rückzahlung der von ihr gezahlten Stationsnutzungsentgelte für den Zeitraum November 2006 bis Dezember 2010, soweit sie über die Entgelte nach dem SPS 99 hinausgehen. Das Landgericht hat den Klagen jeweils bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben. Zur Begründung hat es in Übereinstimmung mit der damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgeführt, dass die seitens der Beklagten verlangten Entgelte einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterlägen. Da die Preisermittlung nach dem SPS 05 dieser Billigkeitskontrolle nicht standhalte, sei die Beklagte nach Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zur Rückzahlung der entsprechenden Beträge verpflichtet. Hiergegen wenden sich die Beklagte mit ihren Berufungen und die Klägerin mit ihren Anschlussberufungen, mit denen die Parteien jeweils ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgen. Der Senat hat die ursprünglich vier Berufungsverfahren (2 U 4/12 .kart, 2 U 9/13 .kart, 2 U 18/13 .kart und 2 U 10/14 .kart) mit einem Beschluss vom 30. November 2015 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.
- 5 Zwischenzeitlich hat der Europäische Gerichtshof im Rahmen eines Vorlageverfahrens in einem vergleichbaren Rechtsstreit entschieden, dass eine Überprüfung der Billigkeit von Trassenentgelten durch die ordentlichen Gerichte nicht unabhängig von der Überwachung der zuständigen Regulierungsbehörde erfolgen darf (EuGH, Urteil vom 9. November 2017 – C-489/15 - CTL Logistics, EuZW 2018, 73). Hierauf hat der Bundesgerichtshof mit einem Beschluss vom 29. Januar 2019 (KZR 12/15) ein bei ihm in einer Parallelsache anhängiges Revisionsverfahren im Hinblick auf den Antrag des dortigen Klägers an die Bundesnetzagentur auf eine nachträgliche Überprüfung der Entgelte ausgesetzt. Dem folgend hat der Senat mit einem Beschluss 15. März 2019 das vorliegende Berufungsverfahren bis zur bestandskräftigen Entscheidung der Bundesnetzagentur über eine nachträgliche Überprüfung der von der Beklagten auf der Grundlage des SPS 05 verlangten Stationsnutzungsentgelte ausgesetzt.

- 6 Mittlerweile hat die Bundesnetzagentur mit einem Beschluss vom 11. Oktober 2019 – BK 10-19-0011 E – die Anträge verschiedener Eisenbahnverkehrsunternehmen auf eine nachträgliche Überprüfung der auf der Grundlage des SPS 05 verlangten Entgelte als unzulässig abgewiesen. Dieser Beschluss ist jedoch angefochten worden. Die Klage ist derzeit beim dem Verwaltungsgericht Köln (18 K 6579/19) anhängig.
- 7 II. Vor einer Entscheidung über die Rechtsmittel der Parteien erscheint es zweckmäßig, das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den in der Entscheidungsformel gestellten Fragen einzuholen, weil die Sachentscheidung von der Beantwortung der Vorlagefragen abhängt.
- 8 1. Das bei der Bundesnetzagentur anhängige Verfahren zur nachträglichen Überprüfung der von der Beklagten auf der Grundlage des SPS 05 verlangten Stationsentgelte ist zwar noch nicht bestandskräftig abgeschlossen. Gleichwohl erscheint es im Hinblick auf die bisherige Verfahrensdauer nicht mehr vertretbar, zunächst den Abschluss des mutmaßlich noch einige Jahre dauernenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens abzuwarten, um – im Falle einer Bestätigung der Entscheidung der Bundesnetzagentur – erst dann eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu den Vorlagefragen einzuholen. Dementsprechend hat auch der Bundesgerichtshof das von ihm ausgesetzte Verfahren nach der noch nicht bestandskräftigen Entscheidung der Bundesnetzagentur wiederaufgenommen und in der Sache entschieden (Urteil vom 1. September 2020 - KZR 12/15 – Stationspreissystem II, juris).
- 9 2. Die Richtlinie 2001/14/EG, die durch Art. 65 der Richtlinie 2012/34/EU vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (ABl. L 343 vom 14. Dezember 2012 S. 32 ff.) aufgehoben und durch die - im Wesentlichen inhaltsgleichen - Regelungen dieser Richtlinie ersetzt worden ist, kommt im vorliegenden Fall noch zur Anwendung. Denn die Klägerin begehrt die Rückzahlung von Entgelten, die sie in der Zeit bis Dezember 2010 an die Beklagte gezahlt hat. In dieser Zeit war die Richtlinie 2001/14/EG noch in Kraft. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Beantwortung der Vorlagefragen durch den Europäischen Gerichtshof ohne weiteres auf die Richtlinie 2012/34/EU übertragen lassen wird.
- 10 Die hier in Rede stehende Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Bahnhöfen fällt darüber hinaus auch in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/14/EG. Zwar fehlt dort - anders als in der später erlassenen Richtlinie 2012/34/EU - eine umfassende Regelung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Serviceeinrichtungen. Jedoch sind Personenbahnhöfe im Anhang II Nr. 2 a) der Richtlinie 2001/14/EG erwähnt, auf den das Diskriminierungsverbot in Art. 5

Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG ausdrücklich Bezug nimmt. Ferner gebieten Sinn und Zweck der Richtlinie die Einbeziehung der Nutzung von Personenbahnhöfen in ihren Anwendungsbereich. Allein die diskriminierungsfreie Zuweisung von Trassen ist für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen unzureichend, wenn diese Zuweisung nicht durch einen adäquaten Zugang zu denjenigen Einrichtungen ergänzt wird, die - wie Personenbahnhöfe - für eine effektive Nutzung der Schienenwege unabdingbar sind (so ausdrücklich auch BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 – KZR 12/15 – Stationspreissystem, EuZW 2019, 248 Rn. 18 f.).

- 11 3. Die Richtlinie 2001/14/EG ist durch das Dritte Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. April 2005 (BGBl. I 2005, S. 11389) in das innerstaatliche deutsche Recht umgesetzt worden, mit dem das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) neu gefasst worden ist. § 14b AEG (Aufgaben der Regulierungsbehörde) in der danach ab dem 30. April 2005 bis zum 1. September 2016 geltenden Fassung lautet:

„(1) Der Regulierungsbehörde obliegt die Aufgabe, die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen, insbesondere hinsichtlich

...

4. der Benutzungsbedingungen, der Entgeltgrundsätze und der Entgelthöhen.

(2) Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt. Die Regulierungsbehörde und die Eisenbahnaufsichtsbehörden sowie die Kartellbehörden und die nach dem Telekommunikationsgesetz und dem Energiewirtschaftsgesetz zuständigen Regulierungsbehörden teilen einander Informationen mit, die für die Erfüllung der jeweiligen Aufgaben von Bedeutung sein können. Insbesondere sollen sie sich gegenseitig über beabsichtigte Entscheidungen informieren, mit denen ein missbräuchliches oder diskriminierendes Verhalten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen untersagt werden soll. Sie sollen einander Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor das Verfahren von der zuständigen Behörde abgeschlossen wird.“

- 12 § 14d AEG (Besondere Mitteilungspflichten der öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen) in der ab dem 30. April 2005 bis zum 1. September 2016 geltenden Fassung lautet:

„Die öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen haben die Regulierungsbehörde zu unterrichten über

...

6. die beabsichtigte Neufassung oder Änderung von Schienennetz-Benutzungsbedingungen und von Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen einschließlich der jeweils vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen.“

- 13 § 14e Abs. 1 AEG (Vorabprüfung durch die Regulierungsbehörde) in der ab dem 30. April 2005 bis zum 1. September 2016 geltenden Fassung lautet:

„Die Regulierungsbehörde kann nach Eingang einer Mitteilung nach § 14d innerhalb von

....

4. vier Wochen der beabsichtigten Neufassung oder Änderung nach § 14d Satz 1 Nr. 6 widersprechen, soweit die beabsichtigten Entscheidungen nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen.“

- 14 § 14f Abs. 1 AEG (Nachträgliche Prüfung durch die Regulierungsbehörde) in der ab dem 30. April 2005 bis zum 1. September 2016 geltenden Fassung lautet:

„(1) Die Regulierungsbehörde kann von Amts wegen

...

2. Regelungen über die Höhe oder Struktur der Wegeentgelte und sonstiger Entgelte

eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens überprüfen. Die Regulierungsbehörde kann mit Wirkung für die Zukunft

1. das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung der Bedingungen nach Satz 1 Nr. 1 oder der Entgeltregelungen nach Satz 1 Nr. 2 nach ihren Maßgaben verpflichten oder

2. Bedingungen nach Satz 1 Nr. 1 oder Entgeltregelungen nach Satz 1 Nr. 2 für ungültig erklären,

soweit diese nicht den Vorschriften des Eisenbahnrechts über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur entsprechen.

(2) Kommt eine Vereinbarung über den Zugang nach § 14 Abs. 6 oder über einen Rahmenvertrag nach § 14a nicht zustande, können die Entscheidungen des Eisenbahninfra-

strukturunternehmens durch die Regulierungsbehörde auf Antrag oder von Amts wegen überprüft werden. Antragsberechtigt sind die Zugangsberechtigten, deren Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt sein kann. Der Antrag ist innerhalb der Frist zu stellen, in der das Angebot zum Abschluss von Vereinbarungen nach Satz 1 angenommen werden kann. Überprüft werden können insbesondere

....

3. die Höhe oder Struktur der Wege- und sonstigen Entgelte.

Die Regulierungsbehörde hat die Beteiligten aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist, die zwei Wochen nicht überschreiten darf, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Nach Ablauf dieser Frist hat die Regulierungsbehörde über den Antrag binnen zwei Monaten zu entscheiden.

(3) Beeinträchtigt im Fall des Absatzes 2 die Entscheidung eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens das Recht des Antragstellers auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur,

1. verpflichtet die Regulierungsbehörde das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung der Entscheidung oder

2. legt die Regulierungsbehörde die Vertragsbedingungen fest, entscheidet über die Geltung des Vertrags und erklärt entgegenstehende Verträge für unwirksam.“

15 4. Die Sachentscheidung hängt von der Beantwortung der Vorlagefragen ab. Wäre die Vorlagefrage 1 zu verneinen, könnten die Klagen bereits deshalb keinen Erfolg haben, weil die Angemessenheit der von der Beklagten verlangten Nutzungsentgelte einer Nachprüfung durch die Zivilgerichte entzogen wäre. Von der Beantwortung der Vorlagefrage 2 hängt es ab, ob vor einer Entscheidung über die Rechtsmittel der Beklagten zunächst die Bestandskraft des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11. Oktober 2019 abgewartet werden muss.

16 5. Die Vorlagefragen sind durch den Gerichtshof der Europäischen Union noch nicht entschieden worden. Mit seinem Urteil vom 9. November 2017 (C-489/15 – CTL Logistics, EuZW 2018, 74) hat der Europäische Gerichtshof lediglich festgestellt, dass mit den Bestimmungen der Richtlinie eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unvereinbar ist, wie sie bis dahin der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 – KZR 18/10 – Stornierungsentgelt, NVwZ 2012, 189 Rn. 14 ff. m. w. N.) folgend von den deutschen Zivilgerichten praktiziert worden war. Hingegen hat sich der Gerichtshof in der genannten Entscheidung

nicht dazu geäußert, ob innerstaatliche Zivilgerichte im Einzelfall und unabhängig von der Überwachung durch die Regulierungsstelle berechtigt und verpflichtet sind, die Höhe von Nutzungsentgelten nach den Maßstäben von Art. 102 AEUV und/oder des nationalen Kartellrechts überprüfen.

- 17 Das Vorabentscheidungsverfahren ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Vorlagefragen zwar noch nicht durch den Gerichtshof der Europäischen Union beantwortet sind, die zutreffende Anwendung des Unionsrechts im Sinne eines sog. *acte clair* aber so offensichtlich ist, dass kein Raum für einen vernünftigen Zweifel an der richtigen Entscheidung der gestellten Fragen mehr bleibt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs setzt die Bejahung eines *acte clair* voraus, dass das innerstaatliche Gericht nicht nur selbst von der richtigen Auslegung des Unionsrechts überzeugt ist, sondern darüber hinaus auch davon überzeugt ist, dass für alle Gerichte der übrigen Mitgliedsstaaten und den Europäischen Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – 283/81 - CILFIT, NJW 1983, 1257).
- 18 Gegen eine derartige Annahme spricht im vorliegenden Fall bereits, dass die nach dem Bekanntwerden des Urteils des Europäischen Gerichtshofs CTL Logistics veröffentlichte Rechtsprechung der deutschen Instanzgerichte zunächst einhellig davon ausgegangen ist, dass sich die dort aufgestellten Grundsätze auf eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle übertragen ließen, weshalb zivilrechtliche Rückforderungsklagen ausgeschlossen seien, solange keine entsprechende Entscheidung der zuständigen Regulierungsbehörde vorliege (OLG Dresden, Urteil vom 17. April 2019 – U 4/18 Kart, BeckRS 2019, 38729; LG Frankfurt am Main, Urteil vom 9. Mai 2018 – 2-06 O 38/17, N&R 2018, 248; LG Leipzig, Urteil vom 6. Juli 2018 – 1 HK O 3365/14, BeckRS 2018, 26516; LG Berlin, Urteil vom 30. Oktober 2018 – 16 O 495/15 Kart, N&R 2019, 59). Der Bundesgerichtshof hat die Frage in seiner Entscheidung Stationspreissystem (Urteil vom 29. Januar 2019 – KZR 12/15, EuZW 2019, 248 Rn. 31), mit der er einen Rechtsstreit bis zur Entscheidung der Bundesnetzagentur ausgesetzt hat, zunächst noch offengelassen. Erst in dem Urteil Trassenentgelte (Urteil vom 29. Oktober 2019 – KZR 39/19, NJW 2020, 1436) hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV durch die Zivilgerichte zulässig und geboten ist, ohne dass hierfür eine entsprechende bestandskräftige Entscheidung der Bundesnetzagentur notwendig sei.
- 19 Im Schrifttum ist die Frage, ob die Grundsätze der Entscheidung CTL Logistics des Europäischen Gerichtshofs auf eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle übertragbar sind, ebenfalls umstritten, wobei die veröffentlichten Stellungnahmen häufig von den Prozessvertretern oder anderen, den Parteien des Rechtsstreits nahestehenden Personen verfasst wurden (dafür Gerstner

EuZW 2018, 79 ff.; Staebe, EuZW 2018, 118, 121; Karakus, EuR 2018, 477; Freise, TranspR 2018, 425, 431; dagegen Bremer/Scheffczyk, NZKart 2018, 121, 122 f.; Baumgartner/Hauf, TranspR 2019, 69, 70 f., dies. EuZW 2018, 1028, 1029 ff.). Darüber hinaus haben mittlerweile sowohl die Beklagte (Körper, Überprüfung regulierungsrechtlich gebilligter Eisenbahninfrastruktur-Nutzungsentgelte nach deutschem und europäischem Kartellrecht?, Köln 2020) als auch die beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen (Schweizer, Das Verhältnis von Eisenbahnregulierungsrecht und Kartellrecht bei der rechtlichen Beurteilung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten, Berlin 2020) wissenschaftliche Rechtsgutachten eingeholt, in denen die hier zur Entscheidung stehende Frage jeweils unterschiedlich beurteilt wird und die dementsprechend zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

- 20 6. Nach Auffassung des erkennenden Gerichts sprechen die besseren Gründe dafür, dass die von dem Europäischen Gerichtshof in seiner Entscheidung CTL Logistics aufgestellten Grundsätze auch auf eine kartellrechtliche Missbrauchskontrolle zu übertragen sind, womit eine von der Überwachung durch die zuständige Regulierungsstelle unabhängige Überprüfung der Nutzungsentgelte durch innerstaatliche Zivilgerichte ausgeschlossen wäre.
- 21 a. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner CTL Logistic Entscheidung (Urteil vom 9. November 2017 – C-489/15, EuZW 2018, 73) die Unvereinbarkeit einer zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB mit den materiellen und verfahrensrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG wie folgt begründet:
- 22 aa. Erstens sei eine Billigkeitskontrolle der Nutzungsentgelte, die – wie in § 315 BGB vorgesehen – auf die konkreten Umstände des jeweiligen Vertragsverhältnisses abstelle, nicht mit dem in der Richtlinie 2001/14/EG verankerten Diskriminierungsverbot und dem Grundsatz der Gleichbehandlung in Einklang zu bringen (a. a. O., Rn. 69 bis 76).
- 23 bb. Zweitens habe eine entsprechende Billigkeitskontrolle zu Folge, dass dem Betreiber der Infrastruktureinrichtung Gestaltungspielräume bei der Bemessung der Nutzungsentgelte verloren gingen, welche Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG bewusst offenlasse, um Anreize für eine Optimierung der Nutzung der Einrichtungen zu geben. Hierin liege zugleich ein Eingriff in die nach der Richtlinie zu gewährleistende Unabhängigkeit der Geschäftsführung des Infrastrukturbetreibers (a. a. O., Rn. 77 bis 83).
- 24 cc. Drittens sei eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle mit den regulierungsrechtlichen Beurteilungskriterien unvereinbar. Würden die Zivilgerichte hingegen diese Kriterien berücksichtigen und unmittelbar die Vorschriften des Eisenbahnregulierungsrechts anwenden, würden sie damit in die

gemäß Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle eingreifen (a. a. O., Rn. 84 bis 87).

- 25 dd. Viertens hebt der Europäische Gerichtshof die „praktisch unüberwindlichen Schwierigkeiten“ für die Regulierungsstelle hervor, unterschiedliche Einzelfallentscheidungen verschiedener Zivilgerichte möglichst umgehend in ein nichtdiskriminierendes System zu integrieren. Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung ergebe sich zwangsläufig eine Ungleichbehandlung zwischen den Unternehmen, die ein Gericht angerufen hätten, und jenen, die hierauf verzichtet hätten. Auf rechtskräftige zivilgerichtliche Entscheidungen müsste die Regulierungsstelle dann mit einer Anpassung der Entgelte reagieren, was wiederum einen unzulässigen Eingriff in den Handlungsspielraum der Infrastrukturbetreiber und einen ebenso unzulässigen Übergriff in die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle zur Folge hätte (a. a. O., Rn. 88 bis 93).
- 26 ee. Fünftens werde mit einer zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle die erga omnes-Wirkung der Entscheidungen der Regulierungsstelle – also die Verbindlichkeit dieser Entscheidungen für alle Betroffenen des Eisenbahnsektors – unterlaufen. Die Wirkung eines zivilgerichtlichen Urteils, das eine Verpflichtung zur Rückzahlung überhöhter Entgelte ausspreche, bleibe notwendigerweise auf die Parteien des Rechtsstreits beschränkt. Damit würde die obsiegende Partei zugleich gegenüber anderen Unternehmen begünstigt und das Ziel der Richtlinie gefährdet, einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten (a. a. O., Rn. 94 bis 97).
- 27 ff. Sechstens sei in einem zivilgerichtlichen Verfahren der Abschluss eines Vergleiches möglich, ohne dass die Regulierungsstelle hieran beteiligt werden müsste. Die sei nicht mit Art. 30 Abs. 3 S. 2 und 3 der Richtlinie 2001/14/EG vereinbar, wonach Verhandlungen der Parteien unter Aufsicht der Regulierungsstelle erfolgen müssten und diese einzugreifen habe, wenn ein Verstoß gegen die Richtlinie drohe (Rn. 98 bis 99).
- 28 gg. Siebtens sei eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle schließlich nicht mit dem Ziel der Richtlinie 2001/14/EG vereinbar, den Infrastrukturbetreibern einen Anreiz zur Optimierung der Fahrwegnutzung zu geben (Rn. 100 bis 102).
- 29 b. Die vom Europäischen Gerichtshof gegen eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle ins Feld geführten Argumente lassen sich ohne wesentliche Einschränkungen auch auf die kartellrechtliche Überprüfung der Nutzungsentgelte übertragen. Dies gilt insbesondere für den entscheidenden Gesichtspunkt, nämlich die hierdurch heraufbeschworene Gefahr, dass im Einzelfall und unabhängig von der Überwachung durch die Regulierungsstelle erfolgende Entscheidungen unterschiedlicher Zivilgerichte letztlich dazu führen können, dass verschiedene Eisenbahnverkehrs-

ternehmen für die Inanspruchnahme gleicher Leistungen unterschiedliche Entgelte zu entrichten haben. Damit würde zugleich das zentrale Anliegen der Richtlinie 2001/14/EG, einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu gewährleisten und so einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen zu ermöglichen (vgl. hierzu die Erwägungsgründe 5, 11 und 16), ins Gegenteil verkehrt. Auch der Eingriff in die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle und die hierdurch hervorgerufenen nahezu unlösbaren praktischen Schwierigkeiten wären identisch. All dies spricht dafür, eine im Einzelfall erfolgenden kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle durch innerstaatliche Zivilgerichte ebenfalls als unvereinbar mit den Bestimmungen der Richtlinie 2001/14/EG anzusehen.

- 30 Der Senat vermag sich auch nicht der vom Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen *Trassenentgelte* (Urteil vom 29. Oktober 2019 – KZR 39/19, NJW 2020, 1436 Rn. 18 ff.) und *Stationspreissystem II* (Urteil vom 1. September 2020 – KZR 12/15, juris, Rn. 19 ff.) vertretenen Auffassung anzuschließen, wonach eine abweichende Beurteilung deshalb zwingend geboten sein soll, weil es sich bei Art. 102 AEUV – anders als bei § 315 BGB – nicht um innerstaatliches Recht, sondern um eine Bestimmung des europäischen Primärrechts und damit um eine gegenüber den Bestimmungen der Richtlinie 2001/14/EG höherrangige Norm handele. Zwar ist richtig, dass Art. 102 AEUV als eine Norm des EU-Primärrechts unmittelbare Geltung in allen Mitgliedsstaaten der Union beansprucht. Ebenso trifft es zu, dass die innerstaatlichen Gerichte deshalb gehalten sind, Art. 102 AEUV unmittelbar anzuwenden (so bereits EuGH, Urteil vom 30. Januar 1974, Rs. 127/73 – BRT / SABAM, Slg. 1974, 51 15/17).
- 31 Allerdings hat der Europäische Gerichtshof bislang noch nicht entschieden, ob dies auch dann gilt, wenn die Festsetzung der Entgelte durch eine Regulierungsbehörde überwacht wird, deren Entscheidungen ebenfalls einer gerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Etwas anders folgt insbesondere nicht aus der *Telefónica* Entscheidung des Gerichtshofs. Zwar hat er dort darauf hingewiesen, dass ein Einschreiten der EU-Kommission nach Art. 102 AEUV keine vorherige Überprüfung der Maßnahmen durch die innerstaatliche Regulierungsstelle voraussetze (Urteil vom 10. Juli 2014 - C-295/12, NZKart 2014, 403 Rn. 135). Diese Feststellung lässt sich jedoch nicht auf den hier in Rede stehenden Sachverhalt übertragen. Denn anders als bei einer zivilgerichtlichen Überprüfung der Entgelte im Einzelfall besteht bei einer Anwendung von Art. 102 AEUV durch die Europäische Kommission weder die Gefahr einer Vielzahl unter Umständen voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen, noch werden hierdurch mehrere unkoordinierte Rechtswege eröffnet. Vielmehr unterliegen die Entscheidungen der EU-Kommission einer Nachprüfung durch den Europäischen Gerichtshof, womit eine einheitliche Anwendung im Einzelfall gewährleistet ist (so zutreffend Körber, a. a. O., S. 47 f.).

- 32 Der in der Entscheidung Stationspreissystem II des Bundesgerichtshofs angeführte weitere rechtliche Gesichtspunkt, wonach eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB einerseits und einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle andererseits gerechtfertigt sei, weil sich letztere ausschließlich auf die Vergangenheit beziehe und bereits aus diesem Grund nicht in Konflikt mit dem Regulierungsrecht geraten könne (BGH, Urteil vom 1. September 2020 – KZR 12/15, juris, Rn. 28 ff.), erscheint ebenfalls nicht durchgreifend. Zwar ist richtig, dass bei einem schuldhaften Verstoß gegen Art. 102 AEUV gemäß §§ 33 Abs. 1, 33a Abs. 1 GWB Schadensersatz für in der Vergangenheit liegende Zeiträume verlangt werden kann. Allerdings führt ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV zugleich dazu, dass entsprechende Rechtsgeschäfte gemäß § 134 BGB (gegebenenfalls auch nur teilweise) nichtig sind (Staudinger/Sack/Seibl, 2017, § 134 Rn. 249; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 416), was durch eine Feststellungsklage (§ 256 ZPO) auch mit Wirkung für die Zukunft festgestellt werden kann. Schließlich stehen dem Verletzten im Falle eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV gemäß § 33 Abs. 1 GWB auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche zu, die ebenfalls in die Zukunft gerichtet sind. Darüber hinaus und unabhängig hiervon erscheint es keineswegs ausgeschlossen, sondern eher naheliegend, dass ein fairer Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auch dann beeinträchtigt wäre, wenn einzelnen Unternehmen bereits gezahlte Entgelte nachträglich im Wege des Schadensersatzes rückerstattet würden, was mit dem Ziel der Richtlinie 2001/14/EG wiederum unvereinbar wäre.
- 33 Schließlich vermag auch die in der Entscheidung Stationspreissystem II des Bundesgerichtshofs vertretene Auffassung, dass der Regulierungsstelle nach Art. 30 Abs. 3 der Richtlinie 2001/14/EG keine Befugnis zur Überprüfung bereits gezahlter Entgelte zukomme (a. a. O., Rn. 29), nicht zu überzeugen. Der Bundesgerichtshof beruft sich zur Begründung dieser Auslegung der Richtlinie allein auf die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 24. November 2016 in der Rechtssache C-489/15 – CTL Logistics (vgl. dort Rn. 58), denen der Europäische Gerichtshof mit seinem Urteil vom 9. November 2017 jedoch gerade nicht gefolgt ist. Die Europäische Kommission hatte in ihrer vorangegangenen Stellungnahme vom 23. Dezember 2015, der sich der Europäische Gerichtshof hingegen jedenfalls im Ergebnis angeschlossen hat, explizit den gegenteiligen Standpunkt eingenommen (vgl. dort Rn. 19 f.). Aus dem Wortlaut der Bestimmung und den Erwägungsgründen der Richtlinie lassen sich für die von dem Bundesgerichtshof vertretene Auslegung ebenfalls keine belastbaren Anhaltspunkte herleiten. Letztlich handelt es sich auch hierbei um eine Frage, die der Europäische Gerichtshof zu entscheiden hat, der allein zur verbindlichen Auslegung des Unionsrechts berufen ist.

Dr. Vossler
Vorsitzender Richter
am Kammergericht

Dr. Dietrich
Richter
am Kammergericht

Lang
Richterin
am Kammergericht



Für die Richtigkeit der Abschrift
Berlin, 11.12.2020

Geselle, JBesch
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt
- ohne Unterschrift gültig