

Leitsatz:

Kartellzivilrechtlich ist eine Überprüfung der von der Beklagten festgelegten Preisbildung für die Nutzung von Strecken in den streitgegenständlichen, von der Beklagten als "Regionalnetz" bezeichneten Bereichen des Eisenbahnnetzes am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV eröffnet. Die auf einzelnen Strecken als Entgeltzuschlag erhobenen Regionalfaktoren verstoßen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und der Diskriminierung, denn sie zielen darauf, den Wettbewerb zu verfälschen. Sie sind zudem geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Eine etwa erfolgte Abwälzung eines kartellgedingten Vermögensnachteils auf Dritte (sog. "passing-on-Einwand"), hier eine unterstellte Abwälzung der Infrastrukturkosten und damit der Regionalfaktoren auf den Aufgabenträger der Daseinsvorsorge, der diese aus dem Mineralölsteueraufkommen finanziert, schließt nicht bereits die Entstehung eines Schadens aus, noch mindert es ihn.

OLG Dresden, Kartellsenat, Urteil vom 18. Januar 2021, Az.: U 8/15 Kart



Oberlandesgericht
Dresden

Kartellsenat

Aktenzeichen: **U 8/15 Kart**
Landgericht Leipzig, 01 HK O 3444/13

Verkündet am: 13.01.2021

H....., JOSin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Zur Geschäftsstelle gelangt mit Gründen
am: 18.01.2021

H....., JOSin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

ENDURTEIL

In dem Rechtsstreit

XXX-bahn GmbH XXX, ...
vertr. d. d. Geschäftsführer G..... K.....

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte R..... & Partner, ...

gegen

YYY AG, ...
vertr. d. d. Vorstand

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
F..... B..... D..... Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB, ...

wegen Forderung

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht PD Dr. Dr. K.....,
Richterin am Oberlandesgericht K..... und
Richter am Oberlandesgericht D.....

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13.01.2021

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Leipzig vom 14.08.2015 (01 HK O 3444/13) wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Dieses Urteil sowie das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Leipzig vom 14.08.2015 (01 HK O 3444/13) sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Zahlung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten die Rückzahlung für den Zeitraum 01.12.2009 bis 31.12.2010 gezahlter Trassennutzungsentgelte zuzüglich Zinsen insoweit geltend, als diese auf sog. „Regionalfaktoren“ beruhen.

Die beklagte YYY AG, eine Tochtergesellschaft der yXy AG, ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 1 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG). Sie unterhält rund 87,5 % des Schienennetzes in der Bundesrepublik Deutschland. Die Klägerin ist ein nicht bundeseigenes Eisenbahnverkehrsunternehmen i.S.d. § 2 Abs. 3 AEG, welches Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) erbringt und dafür im streitigen Zeitraum im Bereich der Freistaaten Thüringen, Sachsen acht Strecken und - im Zeitraum 01.12.2009 bis 31.12.2009 - eine weitere, im Freistaat Bayern gelegene Strecke mit planmäßigem Zugbetrieb nutzte.

Die Beklagte war im streitgegenständlichen Zeitraum nach den Vorschriften des AEG und der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) verpflichtet, privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu gewähren. Zu diesem Zweck schloss sie mit zugangsberechtigten Unternehmen jeweils Rahmenverträge über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur ab, die im Hinblick auf die dafür zu entrichtenden Entgelte auf die jeweils gültigen Trassen- und Anlagenpreislisten Bezug nehmen. Auf Grundlage dieser Rahmenverträge meldeten die Eisenbahnverkehrsunternehmen bestimmte Trassen zur Nutzung an, für die die Beklagte sodann Angebote zur Nutzung unter Ausweis eines Trassenpreises unterbreitete.

Die Parteien schlossen am 04./23.11.1998 unter Einbeziehung der "Allgemeinen Bedingungen über die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur der yXy AG (ABN)" in der jeweils gültigen Fassung einen Rahmennutzungsvertrag (Anlage A3, Bl. 62 bis 68 dA). Nach § 5

dieses Vertrags war zwischen ihnen vereinbart, dass sich das von der Klägerin zu entrichtende Entgelt aus den jeweils gültigen Trassen- und Anlagepreislisten ergab. Mit Nachtragsvereinbarung vom 21.05./22.10.2001 (Anlage A5, Bl. 104 bis 108 dA) gewährten sie der Beklagten das Recht, nach Inkrafttreten einer neuen Trassen- und Anlagenpreisliste Preisanpassungen vorzunehmen. Mit weiterer Nachtragsvereinbarung vom 06./30.06.2008 (Anlage A4, Bl. 103 dA) verlängerten sie die Vertragslaufzeit des Rahmennutzungsvertrags bis zum 28.02.2013.

Mit Wirkung zum 01.01.2003 führte die Beklagte ungeachtet eines Widerspruchs der Klägerin ausschließlich für den SPNV und ausschließlich auf örtlich differenzierten regionalen Strecken, die vorwiegend für den SPNV genutzt wurden, sog. "Regionalfaktoren" als einen zusätzlichen Berechnungsfaktor in ihr Trassenpreissystem ein (vgl. Anlagen A6 und A7, Bl. 109 bis 112 dA). Diese Regionalfaktoren fanden in unterschiedlichem Umfang für Trassen in 40 sog. „Regionalnetzen“ Anwendung, die die Beklagte als Strecken des SPNV-Grundangebotes vorzuhalten hatte, die aber nach ihrer Auffassung keine tragfähige Kosten-Erlös-Struktur aufwiesen. Danach berechnete sich der Trassenpreis nach folgender Formel:

$$\begin{aligned} &\text{Grundpreis} \times \text{Produktfaktor} \times \text{Sonderfaktor (Dampflokfahrt, Lademaßüberschreitung)} \\ &+ \text{Sonderfaktoren (Gewichtsklasse, Radsatzlast, Neigetechnik)} \times \text{Regionalfaktor} \end{aligned}$$

Von den Regionalfaktoren waren ca. 20 % der Streckenkilometer des SPNV-Gesamtangebotes betroffen, u.a. das von der Klägerin genutzte sog. "V.....-O.....-Netz" sowie das von ihr genutzte sog. "O..... Netz". Dabei bestanden die sog. „Regionalnetze“ nicht in jedem Fall aus einem zusammenhängenden Streckennetz, sondern aus einer Summe solcher Strecken, die die Beklagte zu einer „organisatorisch praktikablen Einheit“ zusammengeführt hatte (vgl. Schreiben der Beklagten vom 04.09.2002, Anlage B38, Bl. 1811 Rs.). Einem sog. „Regionalnetz“ wurde eine Strecke zugeordnet, wenn sie für regionale Verkehre außerhalb der Ballungsräume benötigt wurde, überwiegend dem SPNV diene, mit weniger als 40 SPNV-Taktrassen pro Tag belegt war, in Knoten als Verbindungsstrecke zu anderen Strecken des Regionalnetzes diene (Anlage B38 a.a.O.). Den Aufgabenträgern der Daseinsvorsorge bot die Beklagte an, durch Mehrbestellungen und/oder Bereitstellung von Fördermitteln (verhandelbaren) Einfluss auf die Höhe des jeweiligen Regionalfaktors zu nehmen (vgl. Schreiben der Beklagten vom 07.05.2003, Anlage B31, Bl. 1797 Rs.). Für den Fall von Minderbestellungen oder Reduzierung von Zuschüssen kündigte sie eine Erhöhung der Regionalfaktoren an. Die Klägerin trat mehrfach mit Schreiben aus den Jahren 2002, 2006 und 2008 der Geltendmachung der Regionalfaktoren entgegen.

In der von der von der Beklagten veröffentlichten Entgeltliste für den Zeitraum ab 14.12.2008 (TPS 2009, Anlage A21, Bl. 245 ff. dA) gab diese die Regionalfaktoren u.a. für das „O..... Netz“ mit 1,05 und für das „V.....-O.....-Netz“ mit 1,52 an. In ihrer Entgeltliste mit den ab 13.12.2009 gültigen Preisen (TPS 2010, Anlage A23, Bl. 261 ff. dA) wie auch in derjenigen mit den ab dem 12.12.2010 gültigen Preisen (TPS 2011, Anlage A24, Bl. 274 ff. dA) gab sie jeweils die Regionalfaktoren für das „O..... Netz“ mit 1,00 und für das „V.....-O.....-Netz“ mit 1,52 an.

Mit an die Beklagte gerichtetem Bescheid vom 05.03.2010 (Anlage A 29, Bl. 320 bis 335 dA; veröffentlicht auf der Homepage der Bundesnetzagentur - www.bundesnetzagentur.de) erklärte die Bundesnetzagentur im Rahmen eines von Amts wegen eingeleiteten Verfahrens

zur Überprüfung nach § 14f Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AEG in der bis zum 01.09.2016 geltenden Fassung (a.F.) die Regelungen der Beklagten über die Erhebung des Regionalfaktors für die Zeit ab dem 12.12.2010 für ungültig. Zur Begründung führte sie aus, dass der Regionalfaktor gegen das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG a.F. verstoße. Er stelle einen diskriminierenden Aufschlag auf den Trassengrundpreis dar, weil die preisliche Differenzierung im SPNV weder durch unterschiedliche Leistungen der Beklagten - und daraus folgenden unterschiedlichen Kosten - noch durch unterschiedliche Tragfähigkeiten der Marktsegmente des SPNV gerechtfertigt sei. Zudem verstoße die Beklagte gegen das für die Festsetzung der Entgeltgrundsätze geltende Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot gemäß § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Nr. 2 der Anlage zur EIBV, § 21 Abs. 6 Satz 1 EIBV. Auf den von der Beklagten gegen Bescheid vom 05.03.2010 mit Schreiben vom 19.03.2010 erhobenen Widerspruch schloss die Bundesnetzagentur mit dieser am 30.07.2010 zur Beendigung des Verwaltungsverfahrens ohne abschließende rechtliche Bewertung der Regionalfaktoren durch die Bundesnetzagentur einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (Anlage B87, Bl. 3065 bis 3067 dA), in welchem sich die Beklagte verpflichtete, die mit Wirkung zum 01.01.2003 eingeführten Regionalfaktoren ab dem 11.12.2011 nicht mehr und im Zeitraum vom 12.12.2010 bis zum 10.12.2011 bestimmte Regionalfaktoren nur noch in reduzierter Höhe zu erheben. Danach belief sich der Regionalfaktor für Strecken des sog. „V.....-O.....-Netzes“ für 2010 auf 1,52 und für 2011 auf 1,43. Die Beklagte informierte die Klägerin mit Schreiben vom 03.09.2010 (Anlage A 25, Bl. 294 dA) über den Abschluss des Vergleiches.

Die Klägerin nahm die von der Beklagten unterbreiteten Angebote zur Nutzung der von ihr angemeldeten Netze, die den unter Anwendung der Regionalfaktoren errechneten Preis enthielten, an. Für den Nutzungszeitraum 01.12.2009 bis 31.12.2010 belief sich der ausschließlich auf die Regionalfaktoren der beiden Netze entfallende Anteil der von der Klägerin insgesamt entrichteten Trassenentgelte auf 5.617.176,41 €. Mit Schreiben vom 20.11.2013 (Anlage A26, Bl. 297 bis 308 dA) forderte die Klägerin die Beklagte zur Rückzahlung dieses Betrages auf und setzte ihr hierfür eine Frist bis spätestens 29.11.2013, 12.00 Uhr. Die Beklagte wies die Forderung mit Schreiben vom 26.11.2013 (Anlage A27, Bl. 310 dA) zurück. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist räumte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 28.11.2013 (Anlage A28, Bl. 312 dA) letztmalig eine Frist zur Zahlung der streitgegenständlichen Forderung bis spätestens 02.12.2013, 12.00 Uhr, ein und kündigte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs an, den Rechtsweg zu beschreiten.

Die 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Leipzig hat mit Urteil vom 14.08.2015 (01 HK O 3444/13) der Klage vollumfänglich stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 5.617.176,41 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.11.2013 zu bezahlen. Die Hilfswiderklage der Beklagten, für den Fall, dass die Klage nicht abgewiesen wird, das billige Entgelt nach § 315 Abs. 3 BGB festzusetzen, hat es abgewiesen. Die Klage sei zulässig, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG gegeben, weil Gegenstand des Rechtsstreits eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit sei. Die Möglichkeit der Klägerin, sich nach dem AEG im Verwaltungsverfahren mit anschließendem Verwaltungsgerichtsverfahren gegen die Preisforderung zu wehren, stehe der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs nicht entgegen, da diese Möglichkeit deutlich schwächer ausgestattet sei und die Bundesnetzagentur die Trassenpreise mit Wirkung gegen die Klägerin nicht verbindlich festgelegt habe. Die Klage sei auch begründet. Die Klägerin könne von der Beklagten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. 1. Alt. BGB die Zurückzahlung der wegen des Ansatzes der Regionalfaktoren gezahlten Entgeltbeträge verlangen, weil die Zahlung für den

streitgegenständlichen Zeitraum ohne Rechtsgrund erfolgt sei, da die Vereinbarung des Regionalfaktors als Preisbildungsfaktor nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 GWB a.F. nichtig sei. Zur Begründung verweist das Landgericht auf die Entscheidungsgründe in den Urteilen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10.12.2014 (3-08 O 128/13, Anlage A 92, Bl. 2205 ff. dA) und vom 29.05.2015 (2-03 O 283/14, Anlage B67, Bl. 2499 ff. dA) sowie ergänzend auf dessen Urteil vom 10.02.2015 (3-06 O 98/13), die einen gleich gelagerten Gegenstand betroffen hätten. Ergänzend sei zu bemerken, dass der öffentlich-rechtliche Vertrag vom 30.07.2010 auch nicht geeignet sei, eine Sperrwirkung gegenüber der Anwendung der §§ 14 Abs. 4 AEG, 21 ff. EIBV im Rahmen der Billigkeitskontrolle nach § 20 Abs. 1 GWB a.F. zu entfalten. Die Höhe der Klageforderung sei unstrittig. Die zulässige Widerklage sei nicht begründet. Die Beklagte als Vertragspartei, die eine Leistungsbestimmung getroffen habe, sei weder nach dem Gesetz noch nach dem von den Parteien geschlossenen Vertrag nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB berechtigt, eine Leistungsbestimmung durch Urteil zu verlangen.

Gegen dieses, ihr am 10.09.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 12.10.2015, einem Montag, Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 10.12.2015 am 09.12.2015 begründet. Sie greift das Urteil insgesamt an.

Die Klage sei wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, denn die Klägerin habe es versäumt, bei der Bundesnetzagentur das vorrangige Verfahren nach § 14f Abs. 2 und 3 AEG einzuleiten, das mindestens ebenso effektiv gewesen wäre, wie der nun verfolgte Zivilprozess. Im Übrigen sei die Klage auch deswegen nicht zulässig, weil die Beklagte nach § 21 Abs. 7 Satz 2 EIBV an die veröffentlichten Entgelte gebunden gewesen sei und später der öffentlich-rechtliche Vertrag mit der Bundesnetzagentur sie zur Erhebung des Regionalfaktors verpflichtet habe. Der öffentlich-rechtliche Vertrag, der keine andere Qualität als ein Verwaltungsakt habe, bestätige die Regionalfaktoren mit Wirkung für die Vergangenheit. Eine Entscheidung über dessen Rechtmäßigkeit sei den Verwaltungsgerichten überlassen.

Die Klage sei auch unbegründet. Der Klägerin stehe kein Anspruch aus § 812 BGB i.V.m. § 134 BGB i.V.m. dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot zu. Das Kartellrecht sei bereits unanwendbar, weil die eisenbahnrechtlichen Vorschriften der §§ 14 Abs. 4 AEG und 21 ff. EIBV als Eisenbahnregulierungsrecht *lex specialis* zu den allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften seien. Der Vorrang des eisenbahnrechtlichen Regulierungsrechts vor dem Kartellrecht ergebe sich in prozessualer und institutioneller Hinsicht. Jedenfalls lägen die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GWB a.F. nicht vor, denn die Beklagte habe die Klägerin nicht im Sinne der Vorschrift unbillig behindert. Die preislichen Differenzierungen seien, weil sie den einschlägigen eisenbahnrechtlichen Vorgaben entsprochen hätten, jedenfalls sachlich gerechtfertigt i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F. gewesen. Die Entscheidung des Landgerichts verletze das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 5, 8 Abs. 3 und 9 Abs. 5 der Richtlinie 2001/14/EG und das Überprüfungsmonopol der Regulierungsbehörde, denn sie führe im Ergebnis dazu, dass ein einzelnes Eisenbahnverkehrsunternehmen rückwirkend niedrigere Entgelte als ein anderes zu zahlen habe und somit zu günstigeren Konditionen Zugang zur Eisenbahninfrastruktur erlange. Die Verpflichtung zur rückwirkenden Erstattung von Trassenentgelten stehe im Konflikt mit materiell-rechtlichen Vorgaben des Eisenbahnregulierungsrechts, insbesondere dem Kostendeckungsprinzip.

Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1. die Klage abzuweisen,
2. hilfsweise das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Landgericht Leipzig zurückzuverweisen.

Nach Eingang und Zustellung der Berufungsbegründung hat der Senat das Verfahren mit Beschluss vom 13.05.2016 auf Antrag der Beklagten entsprechend § 148 ZPO bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „C..... gegen YYY AG“ (Rs. C-489/15) aufgrund des Vorlagebeschlusses des Landgerichts Berlin vom 03.09.2015 (20 O 203/14) ausgesetzt. Nachdem der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 09.11.2017 (vgl. Bl. 2916 bis 2951 dA) in dieser Sache entschieden hat, hat der Senat das Verfahren wieder aufgenommen.

Mit Schreiben vom 07.11.2018 (vgl. Anlage A102) beantragte die Klägerin im Verwaltungsrechtswege bei der Bundesnetzagentur, mit Wirkung für die Vergangenheit u.a. festzustellen, dass die von der Beklagten im Nutzungszeitraum vom 01.01.2003 bis zum 31.12.2003 sowie vom 01.07.2004 bis zum 31.12.2011 auf Grundlage der jeweiligen Trassenpreislisten und jeweiligen ABN unter Anwendung der Regionalfaktoren geforderten Trassenpreisentgelte für im Einzelnen näher bezeichnete Strecken wegen deren Rechtswidrigkeit ungültig seien. Zudem beantragte sie, die Beklagte zu verpflichten, an die Klägerin wegen der Rechtswidrigkeit der Regionalfaktoren 39,125 Mio. € zu zahlen. Diesen Antrag verwarf die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 11.10.2019 - BK10-18-0263_E -, dessen öffentliche Fassung sie auf ihrer o.g. Homepage veröffentlichte, als unzulässig. Das ERegG enthalte keine Ermächtigungsgrundlagen für eine rückwirkende Überprüfung von Entgelten. Europa- oder verfassungsrechtliche Gesichtspunkte führten zu keinem anderen Ergebnis. Auch die §§ 14f Abs. 1 sowie 14c AEG a.G. ermöglichten keine rückwirkende Überprüfung nicht mehr in Geltung befindlicher Entgeltregelungen.

Auf Antrag der Parteien hat der Senat mit Beschluss vom 27.03.2019 im Hinblick auf sein Urteil vom 17.04.2019 in dem Rechtsstreit der Parteien im gleich gelagerten Verfahren U 4/18 Kart und diesbezüglich zu erwartende Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofes das Ruhen des hiesigen Verfahrens angeordnet. Nachdem der Bundesgerichtshof das die Klageabweisung bestätigende Urteil des Senates vom 17.04.2019 (U 4/18 Kart) mit Urteil vom 29.10.2019 (KZR 39/19, Anlage A 105, Bl. 3158 bis 3171 dA) aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an den Senat zurückverwiesen hat, ist auch das hiesige Verfahren fortgesetzt worden.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie meint, die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 09.11.2017 (C-489/15) schließe nicht aus, dass die Regionalfaktoren zivilgerichtlich im Rahmen einer Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB oder im Hinblick auf AGB-rechtliche Unwirksamkeiten nach § 307 Abs. 1 BGB und/oder auf ihre kartellrechtliche Unwirksamkeit nach § 134 BGB i.V.m. §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 20 GWB a.F. überprüft werden könnten. Diese habe lediglich die eingeschränkte Anwendbarkeit von § 315 BGB festgestellt. Der Regionalfaktor sei kein Entgelt im Sinne der Richtlinie 2001/14/EG, sondern ein entgeltfremder und sachlich ungerechtfertigter Aufschlag auf den regulären Trassenpreis. Der Europäische Gerichtshof

habe auch keine ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle und der mit der Entscheidung befassten Verwaltungsgerichtsbarkeit für vergleichbare Rechtsstreitigkeiten postuliert. Weil aus § 134 BGB zwingend die Nichtigkeit eines abgeschlossenen Vertrages folge, seien keine unterschiedlichen Entscheidungen zu befürchten. Die zivilgerichtliche Feststellung einer Nichtigkeit führe wegen der Sorgfaltspflicht des Eisenbahninfrastrukturbetreibers, alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich zu behandeln, zu einer faktischen Wirkung *inter omnes*. Falls der Senat die Meinung der Klägerin nicht teile, wonach insbesondere die ordentliche Gerichtsbarkeit über einen auf § 307 Abs. 1 BGB und/oder § 134 BGB gestützten bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch befinden könne, stütze die Klägerin ihren Zahlungsanspruch hilfsweise auf einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3, Abs. 1 GWB a.F. und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 102 AEUV in Höhe der geltend gemachten Klageforderung. Die Beklagte habe gegen §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 20 GWB a.F. sowie Art. 102 AEUV verstoßen, indem sie ihre marktbeherrschende Stellung missbräuchlich zum Nachteil der Klägerin bzw. anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen ausgenutzt habe. Überhöhte Trassenentgeltforderungen bildeten eine ernstzunehmende Marktzutrittsschranke für Unternehmen auf dem nachfolgenden Markt. Die Regionalfaktoren folgten keiner objektiv nachvollziehbaren Logik. Aus der Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts folge auch die Geltung des deutschen Kartellrechts. Die von der Beklagten als Anlage B36 (Bl. 1809 dA) vorgelegte E-Mail der Deutschen Bahn AG belege weder eine Abstimmung des Regionalfaktors mit dem Bundeskartellamt noch beweise sie eine Prüfung der Regionalfaktoren durch die Kartellbehörde. Der öffentlich-rechtliche Vertrag vom 30.07.2010 wirke mangels Beteiligung der die Regionalfaktoren entrichtenden Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht zu ihren Lasten. Er berühre zudem den streitgegenständlichen Nutzungszeitraum mit Ausnahme des Zeitraums 12.12.2010 bis 31.12.2010 nicht.

Nach Zurückverweisung des Parallelverfahrens zum Az. U 4/18 Kart an den Senat mit Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.10.2019 (KZR 39/19) hat die Klägerin ihre Auffassung wiederholt, dass die Tatbestandsmerkmale des Art. 102 Abs. 2 lit. a) und c) AEUV erfüllt seien. Die Beklagte sei marktbeherrschend, da sie 87,5 % des Schienennetzes in der Bundesrepublik Deutschland betreibe. Die Regionalfaktoren verstießen gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot und würden die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten der Klägerin (europa-)kartellrechtswidrig beeinträchtigen. Überzeugend begründe der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 29.10.2019 (KZR 39/19), dass kein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV nötig sei. Zu diesem Ergebnis komme auch ein von Prof. Schweitzer (Stand Oktober 2020) erstelltes Rechtsgutachten, das die Klägerin als Anlage A 106 (Bl. 3345 bis 3372 dA) vorlegt. Es bestehe kein Vorrang der sektorspezifischen Entgeltregulierung gegenüber den höherrangigen Wettbewerbsregeln der Art. 101, 102 AEUV. Die Ausnutzung der ihr von der Richtlinie 2001/14/EG bewusst eröffneten Handlungsspielräume durch die Beklagte sei am Maßstab des Art. 102 AEUV zu messen. Weder die Richtlinie 2001/14/EG noch die Bundesnetzagentur forderten die Regionalfaktoren. Diese dienten auch keinen spezifischen regulatorischen Zielen des Eisenbahnregulierungsrechts. In der Rechtssache C-489/15 „C.....“ habe sich der Europäische Gerichtshof ausschließlich zur Zulässigkeit einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB geäußert. Insoweit sei auch die „Uniformität der Kontrolle“ zu verstehen, die insoweit durch keine Parallelzuständigkeit unabhängiger Zivilgerichte unterlaufen werden dürfe. Hieraus sei nicht zu folgern, dass der Europäische Gerichtshof für sämtliche mit einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen befangenen Streitfragen ausschließlich die Bundesnetzagentur für allein zuständig erklärt hätte. Eine kartellrechtliche Kompetenz stehe der Bundesnetzagentur nicht zu und werde ihr

vom Europäischen Gerichtshof auch nicht zugesprochen. Die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV werde von dem vorgenannten Urteil des Europäischen Gerichtshofes somit nicht berührt. Auch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 08.10.2015 - 1 BvR 3509/13 - streite nicht für die Beklagte; er habe keine kartellrechtlichen Ansprüche ausgeschlossen. Der eisenbahn-/verwaltungsrechtliche Rechtsschutz sei unzureichend gewesen. Die Klägerin bestreite, dass für das „V.....-Netz“ sowie das „O..... Netz“ ohne Erhebung des Regionalfaktors erhebliche Verluste in der von der Beklagten genannten Höhe angefallen wären und die von dieser jeweils behauptete Kosten-Erlös-Situation und die erstinstanzlich vorgetragenen Kostenpositionen. Der relevante Markt in räumlicher Hinsicht sei im vorliegenden Fall das Bundesgebiet, die Reduzierung auf einzelne, bestimmte Strecken nicht gerechtfertigt. Ausgehend von einer streckenbezogenen Marktabgrenzung könnte die Beklagte ihre Entgelte praktisch willkürlich festlegen, obwohl sie über eine monopolartige Infrastruktur verfüge und insbesondere Trassenentgelte auf denjenigen Strecken, die von ihren Konzerngesellschaften bedient werden, möglichst gering bepreisen. Die angeblich geringe Auslastung der Strecken rechtfertige keine höhere Bepreisung. Das Eisenbahnrecht sehe nach § 23 Abs. 2 EIBV für weniger genutzte Strecken zeitlich begrenzte Nachlässe, nicht aber Zuschläge vor. Demzufolge liege weder in der Wirtschaftlichkeit noch in der geringen Auslastung von Zugstrecken ein rechtfertigender Grund für die unterschiedliche Bepreisung. Einzelne Strecken innerhalb des SPNV stellten auch keine Marktsegmente dar, die eine unterschiedliche Bepreisung rechtfertigen könnten, jedenfalls stehe der Umstand, dass die Erbringung von Leistungen des SPNV durch Mittel der öffentlichen Hand mitfinanziert werden müsse, der Annahme einer hohen Tragfähigkeit entgegen. Die Trassen, die die Beklagte auf den regionalfaktorbelasteten Strecken zur Verfügung stelle, unterschieden sich technisch nicht von anderen Trassenstrecken des SPNV. Die Unwirtschaftlichkeit der (regionalen) Strecken sei kein sachlicher Differenzierungsgrund. Unzutreffend sei, dass gegenüber angeblichen „Vergleichsunternehmen“ wegen der Regionalfaktoren kein Wettbewerbsnachteil bestehe. Richtig sei, dass die Aufgabenträger die aus ihrer Sicht nötigen SPNV-Leistungen ausschreiben und bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen bestellen. Der erbrachten Beförderungsleistung stehe das Bestellerentgelt gegenüber. Eine Subvention erhielten die Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht. Es würden keine „Zuwendungen des Aufgabenträgers“ gewährt, weil diese nicht Gegenstand öffentlicher Ausschreibungen seien. Die Fahrpreisbildung bemesse sich in erster Linie an den Vorgaben des jeweiligen Bestellers bzw. Aufgabenträgers, weil der SPNV nicht eigenwirtschaftlich betrieben werden könne. Da die Vergabeverfahren zeitlich weit vor der tatsächlichen Trassennutzung durchgeführt würden, treffe es nicht zu, dass die Regionalfaktoren von den Eisenbahnverkehrsunternehmen stets bei der Kalkulation berücksichtigt werden könnten. Es sei - wie hier - nicht so, dass in jedem Einzelfall eine direkte oder indirekte Belastung der Aufgabenträger mit den Infrastrukturkosten der jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolge. Zum einen seien die Durchführungsverträge unterschiedlich gestaltet, so dass eine Durchreichung nicht in jedem Einzelfall möglich sei. Zum anderen könne der Fall eintreten, dass sich der Aufgabenträger weigere, Infrastrukturkosten zu übernehmen. Die Regionalisierungsmittel dienten nicht dazu, rechtswidrige und rechtsmissbräuchliche Infrastrukturentgelte zugunsten der Beklagten auszugleichen. Mit ihnen hätten die Länder nach § 6 Abs. 1 RegG auch, aber nicht ausschließlich, den SPNV zu finanzieren. Nicht die Aufgabenträger seien marktbeherrschend, sondern die Beklagte. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 29.10.2019 (KZR 39/19) setze die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche keine in Bestandskraft erwachsene Feststellung der Bundesnetzagentur voraus, wonach die von der Beklagten geforderten Trassenentgelte gegen Vorschriften des AEG a.F. verstießen.

Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, dass vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesgerichtshofs im Parallelverfahren vom 29.10.2019 (KZR 39/19) das Verfahren zwingend dem Europäischen Gerichtshof zum Zwecke der Vorabentscheidung vorzulegen sei. Eine Verletzung der Vorlagepflicht habe das Bundesverfassungsgericht in einem Parallelverfahren auf Verfassungsbeschwerde der Beklagten bereits mit Beschluss vom 08.10.2015 (1 BvR 3509/13) festgestellt. Angesichts der vom Europäischen Gerichtshof im Urteil vom 09.11.2017 (C-489/15) aufgestellten Grundsätze erscheine es ausgeschlossen, dass die Anspruchsgrundlagen des nationalen Rechts zur Durchsetzung von Rückforderungs- oder Schadensersatzansprüchen in Folge von (angeblichen) Verstößen gegen Art. 102 AEUV gegenüber der Beklagten Anwendung fänden. Denn dies würde, ebenso wie im Fall einer zivilrechtlichen Billigkeitsprüfung von Nutzungsentgelten für die Eisenbahninfrastruktur nach § 315 BGB, nicht allein zu einer europarechtswidrigen Bevorzugung einzelner Eisenbahnverkehrsunternehmen führen, sondern Entscheidungsbefugnisse der Regulierungsstelle unterlaufen und damit die Gefahr paralleler Rechtswege begründen. Das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV sei nicht anwendbar, da das Richtlinienrecht dessen Grundsätze in verbindlicher Form für den Bereich des Eisenbahnregulierungsrechts konkretisiere. Angesichts dessen fehle es an einem eigenständigen Entscheidungsspielraum der Beklagten für wettbewerbliches Handeln, der den Gerichten die eigenständige Entgeltüberprüfung am Maßstab des Art. 102 AEUV ermögliche. Der durch den Richtliniengesetzgeber den Betreibern der Infrastruktur bewusst eröffnete Entscheidungsspielraum bei der Festsetzung der Entgelte könne hierfür nicht herangezogen werden, da er dazu diene, dem Betreiber der Infrastruktur regulierungsrechtlich erwünschte Ziele (Optimierung der Infrastrukturnutzung, Vornahme von Investitionen) zu ermöglichen und allenfalls bis zur Regulierungsentscheidung der dafür alleine zuständigen Bundesnetzagentur bestehe. Sei diese getroffen, müsse das Infrastrukturunternehmen die regulierten Entgelte in Rechnung stellen und könne davon nicht abweichen, § 21 Abs. 6 EIBV. Der Europäische Gerichtshof habe in der Entscheidung C..... keine Zweifel an der Effektivität des Rechtsschutzes vor der Regulierungsbehörde bzw. den Verwaltungsgerichten erkennen lassen. Hierzu habe auch die Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss vom 11.10.2019 (Az. BK 10-18-0262_E) ausführliche argumentiert (gemeint sein dürfte der Beschluss zum Az. BK 10-18-0263_E). Die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs zur Gefahr divergierender Entscheidungen bei zwei unkoordinierten Rechtswegen sei auf die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle übertragbar. Die Abweichung des Europäischen Gerichtshofs von den Empfehlungen des Generalanwalts M..... in der Rechtssache C..... sei als Absage an alternative Kontrollmechanismen - hier die in Rn. 61 der Schlussanträge genannte Möglichkeit einer wettbewerblich gestützten Kontrolle der Höhe der Entgelte auf gerichtlicher Ebene - zu lesen. Der Beschluss des Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs vom 23.01.2018 in der Rechtssache C-344/16 lasse nur die Schlussfolgerung zu, dass nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs die dort aufgestellten Grundsätze nicht allein isoliert für die Billigkeitsprüfung von Infrastrukturnutzungsentgelten nach § 315 BGB, sondern auch für derartige Überprüfungen durch die Zivilgerichte unter dem Gesichtspunkt des primärrechtlichen Missbrauchsverbots Geltung beanspruchen. Den Ausschluss der Entgeltkontrolle auch am Maßstab des europäischen oder deutschen Kartellrechts bestätigten Entscheidungen der Landgerichte Frankfurt am Main vom 08.11.2018 - 2-03 O 517/18 - (Anlage B83, Bl. 3079 ff. dA) und Berlin vom 30.10.2018 - 16 O 393/17 Kart - (Anlage B84, Bl. 3068 ff. dA). Diese Sichtweise widerspreche auch nicht dem Vorrang des Primärrechts vor dem abgeleiteten Recht. Eine zivilgerichtliche Rückforderung von Entgelten setze eine bestandskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit voraus. Daran fehle es vorliegend. Die Bundesnetzagentur habe in einem

verwaltungsrechtlichen Verfahren, das im Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mündete, die Erhebung der Regionalfaktoren bis zu einem gewissen Datum ausdrücklich gestattet. Vorsorglich weise die Beklagte darauf hin, dass auch der Sache nach ein Missbrauch nicht ersichtlich sei und verweist auf ihren Vortrag zu Kalkulation und Rechtfertigung des Regionalfaktors.

Die Beklagte widerspricht der Annahme des Bundesgerichtshofes in dessen im Parallelverfahren ergangenen Urteil vom 29.10.2019 (KZR 39/19), das Missbrauchsverbot gem. Art. 102 AEUV finde im Streitfall materiell Anwendung und könne eine eigenständige Prüfung der Infrastrukturnutzungsentgelte durch die Zivilgerichte rechtfertigen. Unzutreffend sei auch die Auffassung des Bundesgerichtshofes im Revisionsurteil, dass die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Rückforderungsansprüchen vor den Zivilgerichten nicht von einer vorherigen Entscheidung der Regulierungsbehörde abhängen. Die Grundsätze der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache C..... stünden nicht nur einer Entgeltüberprüfung am Maßstab des § 315 BGB, sondern auch einer Heranziehung kartellrechtlicher Maßstäbe entgegen. Zu Unrecht wolle der Bundesgerichtshof eine derartige Kompetenz der nationalen Gerichte aus Art. 102 AEUV herleiten. Eine zivilgerichtliche Kontrolle verstieße gegen die tragenden Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und der Alleinzuständigkeit der Regulierungsbehörden (und der sie kontrollierenden Gerichte) für die Anwendung des Eisenbahnregulierungsrechtes. Einer Dualität der Rechtswege im Falle einer parallelen ex-post-Kontrolle habe der Europäische Gerichtshof mit dem Urteil in der Sache C..... eine Absage erteilt. Eine zivilgerichtliche Kontrolle auf der Grundlage des Kartellrechts begründe die Gefahr einer Ungleichbehandlung klagender und nicht klagender Eisenbahnverkehrsunternehmen und – weitergehend – auch zwischen verschiedenen Klägern, auch wenn derselbe Entgeltbestandteil in Rede stehe. Dies begründe die Gefahr von Wertungswidersprüchen zwischen dem von der Bundesnetzagentur angewendeten Eisenbahnregulierungsrecht auf der einen und dem – durch eine Vielzahl von Zivilgerichten interpretierten und angewendeten – Kartellrecht. Insofern verstieße die zivilgerichtliche Einzelfallkontrolle gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot und die anderen materiellen Beurteilungskriterien der Richtlinien. Dem Primärrecht sei kein Anspruch des Einzelnen zu entnehmen, Schadensersatz- oder Rückforderungsansprüche auf der Grundlage des Kartellrechts vor den Zivilgerichten unabhängig von einer Entscheidung der Regulierungsbehörde geltend machen zu können. Dies sei weder zur Effektivierung des Art. 102 AEUV erforderlich noch werde das Rechtsschutzbedürfnis der Eisenbahnverkehrsunternehmen als Entgeltadressaten unzulässig beeinträchtigt. Diese Rechtsauffassung bestätige ein Gutachten des Prof. Dr. T..... K....., das die Beklagte als Anlage B88 (Bl. 3272 bis 3311 dA) zu den Akten reicht und auf dessen Inhalt sie verweist. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfehle sich eine Vorlage der Rechtssache zur Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof. Der Bundesgerichtshof hätte die Vorlage des Rechtsstreits zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV nicht verweigern dürfen.

Ein Anspruch komme auch dann nicht in Betracht, wenn man die Entgelte am Maßstab des Kartellrechts bewerten wollte. Die Regionalfaktoren führten weder zu einer kartellrechtlich relevanten Diskriminierung, noch erfüllten sie einen anderen Missbrauchstatbestand, wie die Beklagte bereits erstinstanzlich dargelegt habe. Das „V.....-Netz“ hätte ohne Erhebung des Regionalfaktors Verluste von über 52 Mio. Euro erwirtschaftet. Auch mit Erhebung des Regionalfaktors sei in den Jahren 2003 bis 2011 ein Defizit von über 9 Mio. Euro erwirtschaftet worden; nur die Jahre 2009 und 2010 hätten zumindest ein ausgeglichenes

Ergebnis oder einen kleinen Gewinn ausgewiesen. Ähnlich verhalte sich die Lage beim „O..... Netz“. Hier hätte das Defizit ohne Erhebung des Regionalfaktors über 12 Mio. Euro betragen; durch die Erhebung des Regionalfaktors habe es auf 5,5 Mio. Euro verringert werden können, wobei ein positives Ergebnis nur in vier der Jahre zwischen 2003 und 2011 habe erreicht werden können. Es fehle an einer Ungleichbehandlung, da die Beklagte alle Unternehmen, die SPNV-Leistungen auf einer bestimmten Strecke erbringen wollten, bei der Erhebung des Regionalfaktors gleich behandelt habe.

Eine Benachteiligung der Klägerin im Wettbewerb liege nicht vor. Der Wettbewerb im SPNV spiele sich im Wesentlichen auf einem regionalen Markt ab, nämlich im Rahmen der Ausschreibung von Verkehrsverträgen durch den jeweiligen Aufgabenträger in seinem Hoheitsgebiet. Auf dieser Stufe sei eine Beeinträchtigung der Klägerin ausgeschlossen, da der Regionalfaktor für alle Wettbewerber gleichermaßen gegolten und der Aufgabenträger regelmäßig die Infrastrukturkosten einschließlich des Regionalfaktors erstattet habe oder er bei der Kalkulation der Vergütung der Erbringung von Nahverkehrsleistungen berücksichtigt worden sei. Das Vorliegen einer Benachteiligung der Klägerin im Wettbewerb könne nicht bereits aus der Diskriminierung selbst abgeleitet werden. Vielmehr müsse die fragliche Praxis - zusätzlich zu dem durch die Preisdiskriminierung begründeten Nachteil - eine „besondere Auswirkung auf die Wettbewerbsposition des angeblich benachteiligten Unternehmens“ haben (Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 20.12.2017, Rs. C-525/16, Rn. 95). Bei den Regionalfaktoren habe es sich um einen „durchlaufenden Posten“ gehandelt. Auch die Aufgabenträger selbst hätten keinen Schaden erlitten, da sie den Regionalfaktor mit den Regionalisierungsmitteln finanziert hätten, die Ihnen über das Mineralölsteueraufkommen des Bundes auf Grundlage des Regionalisierungsgesetzes zugewendet worden seien.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Einen Antrag der Beklagten, das vorliegende Verfahren in analoger Anwendung des § 148 Abs. 1 ZPO wegen Vorgefährlichkeit des vom Kammergericht mit Beschluss vom 10.12.2020 (2 U 4/12 Kart) dem Europäischen Gerichtshof vorgelegten Verfahrens auszusetzen, hat der Senat mit Beschluss vom 08.01.2021 zurückgewiesen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg. Der Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung geleisteter Trassenentgelte, soweit diese auf sog. „Regionalfaktoren“ beruhen, folgt aus einem Verstoß der Beklagten gegen Art. 102 AEUV i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB, § 33 Abs. 3 GWB in der bis 29.06.2013 geltenden Fassung.

1. Kartellzivilrechtlich ist eine Überprüfung der von der Beklagten festgelegten Preisbildung für die Nutzung von Strecken in den streitgegenständlichen, von der Beklagten als „Regionalnetze“ bezeichneten Bereichen des Eisenbahnnetzes am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV eröffnet.

Die Vorschrift des Art. 102 AEUV, nach der die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen verboten ist, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, ist im Streitfall anwendbar (vgl. BGH,

Urteile vom 29.10.2019 - KZR 39/19 - sowie vom 01.09.2020 - KZR 12/15 - jew. Rn. 18 ff.). Die Anwendung des Art. 102 AEUV ist weder durch Vorschriften des Unionsrechts, insbesondere nicht durch solche sekundären Unionsrechts wie die Richtlinie 2001/14/EG, noch durch solche des nationalen Rechts über die Kontrolle der Wegeentgelte, konkret durch Vorschriften des AEG in der bis zum 01.09.2016 geltenden Fassung (a.F.), ausgeschlossen oder eingeschränkt. Dem zentralen Schutzzweck des Art. 102 AEUV entspricht es, dass diese Vorschrift unmittelbar anwendbar ist und subjektive Rechte begründet, die die Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu wahren haben (st. Rspr., vgl. z.B. EuGH, Urteile vom 30.01.1974 – C-127/73 – *BRT/SABAM* vom 18.03.1997 – C-285/95 –, *Guerin, automobiles/Kommission*, Rn. 39; vom 20.09.2001 - Rs. C-453/99 -, *Courage/Crehan* Rn. 25 ff.; vom 13.07.2006 – C-295/04 -, *Manfredi* Rn. 60 ff., und vom 24.10.2018 – C-595/17 –, *Apple Sales International*, Rn. 35). Welche Bedeutung der Unionsgesetzgeber der privaten Rechtsdurchsetzung beimisst, um den Art. 101, 102 AEUV volle Wirksamkeit zu verleihen, ergibt sich nicht zuletzt aus der - wenn auch nach dem hier streitgegenständlichen Zeitraum erlassenen - Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2014/104/EU besagt, dass die Art. 101 und 102 AEUV in den Beziehungen zwischen Einzelpersonen unmittelbare Wirkung erzeugen und für diese Rechte und Pflichten entstehen lassen, die die nationalen Gerichte durchzusetzen haben.

Der eisenbahnrechtliche Rechtsrahmen schloss nicht jegliche Möglichkeit für Wettbewerbsverstöße des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, insbesondere nicht solche gegen das in Art. 4 Abs. 5 bzw. Art. 5 Abs. 1 der ab 15.03.2001 bis 16.06.2015 und damit im hier streitgegenständlichen Zeitraum gültigen Richtlinie 2001/14/EG festgeschriebene Diskriminierungsverbot aus, so dass für eine kartellzivilrechtliche Überprüfung besonderer Entgeltfaktoren am Maßstab der Art. 101, 102 AEUV Raum bleibt. Weder dem nationalen Recht noch dem Unionsrecht ist ein dahingehender Vorbehalt zu entnehmen, dass private Eisenbahnverkehrsunternehmen Schadens- und Erstattungsansprüche wegen missbräuchlicher Entgeltforderungen von Eisenbahninfrastrukturunternehmen nur dann geltend machen können, wenn zuvor die Regulierungsbehörde die fehlende Übereinstimmung der Entgeltbestimmungen mit den Vorschriften des Eisenbahnregulierungsrechts bestandskräftig festgestellt hat. Ein solcher Vorbehalt widerspräche zudem dem verfassungsrechtlichen Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, da den privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen, wie hier der Klägerin, im streitgegenständlichen Zeitraum weder nach Unionsrecht noch nach nationalem Recht ein subjektiver Anspruch gegen die Regulierungsbehörde in Gestalt der Bundesnetzagentur zustand, ausnahmslos in ein Entgeltprüfungsverfahren einzutreten (vgl. BGH, Urteil vom 18.10.2011 - KZR 18/10 -, NVwZ 2012, 189 Rn. 20, beck-online). Die Klägerin als privates Eisenbahnverkehrsunternehmen, das im Wettbewerb u.a. zu solchen Eisenbahnverkehrsunternehmen steht, die zum Konzern der Beklagten zählen, hatte keine rechtliche Möglichkeit, die Regulierungsbehörde in Gestalt der Bundesnetzagentur zu einer Vorabprüfung der Entgelthöhen nach § 14e Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 Nr. 2 AEG a.F. zu veranlassen. Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen konnte nach dem Wortlaut des § 14f Abs. 2 Sätze 1 und 2 AEG a.F. nur dann, wenn ein Einzelnutzungsvertrag wegen der Meinungsverschiedenheit über den angemessenen Preis nicht zu Stande gekommen wäre, einen Antrag auf Überprüfung der Entgelte stellen und selbst dann war der Regulierungsbehörde ein Ermessen bei der Frage eingeräumt, ob sie die beanstandeten Entgelte überprüft (so schon BGH, Urteil vom 18.10.2011 - KZR 18/10 - NVwZ 2012, 189 Rn.

20). Sobald und solange Nutzungsbestimmungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens wie im vorliegenden Fall aufgrund der dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen vertraglich eingeräumten Spielraum für Änderungen am Preissystem wirksam waren und angewendet wurden, war die Bundesnetzagentur, um die „Vereinheitlichungsfunktion der Nutzungsbedingungen“ zu wahren, auf ex nunc wirkende Maßnahmen beschränkt, um ihrer nachträglichen Korrektur für die Zukunft „diskriminierungsfrei gegenüber sämtlichen aktuell oder potenziell betroffenen Zugangsberechtigten“ Wirkung zu verschaffen. Die Bundesnetzagentur konnte mit Wirkung für die Zukunft entweder das Infrastrukturunternehmen zur Änderung der Nutzungsbedingungen (einschließlich der Entgeltregelungen) verpflichten oder diese für ungültig erklären (§ 14f Abs. 1 Satz 2 AEG a.F.). Ausgeschlossen hingegen waren rückwirkende Maßnahmen nach § 14f Abs. 3 AEG a.F., die effektiv die Nichtgeltung von Nutzungsbedingungen für einzelne Verkehrsunternehmen und dadurch die „tatsächliche Ungleichbehandlung der übrigen Zugangsberechtigten“ bedeutet hätten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29.10.2014 – 6 B 47/14 –, BeckRS 2014, 58784 Rn. 10, 12; vgl. auch: OVG Münster, NVwZ-RR 2014, 806 Ls. = BeckRS 2014, 54115; Linsmeier/Röckrath, EuZW 2019, 412, beck-online). § 14f Abs. 3 AEG a.F. wurde von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nur für anwendbar erachtet, wenn aufgrund fehlerhafter oder Nicht-Anwendung von Nutzungsbedingungen ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vorlag. Mit einer solchen Abgrenzung der Kompetenzen der Bundesnetzagentur bestand kein effektiver Rechtsschutz in denjenigen Fällen, in denen – wie hier – das Tarifsystem des Infrastrukturunternehmens durch eine Preiskomponente, die zu einer unterschiedlichen Bepreisung vergleichbarer, gleichartiger Leistungen führte, bereits eine systemimmanente Diskriminierung beinhaltete. Denn aufgrund der „Vereinheitlichungsfunktion der Nutzungsbedingungen“, die im Regelwerk der §§ 14e und 14f AEG a.F. seinen Ausdruck gefunden hatte, würde eine diesen immanente Diskriminierung mangels Möglichkeit der betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen, diese im Wege verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes ex tunc zu beseitigen und ihren zu wettbewerbskonformen Entgelten zu verhelfen, perpetuiert. Damit bestand im streitgegenständlichen Zeitraum ein erhebliches Rechtsschutzdefizit. Der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes wonach die Art. 101, 102 AEUV (bzw. deren Vorläufer, die Art. 81 und 82 EGV) in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und für die Betroffenen Rechte und Pflichten entstehen lassen, die die nationalen Gerichte durchzusetzen haben (vgl. EuGH, Urteile vom 30.01.1974 – C-127/73 – *BRT/SABAM* vom 18.03.1997 – C-285/95 – *Guerin, automobiles/Kommission*, Rn. 39 und vom 24.10.2018 – C-595/17 – *Apple Sales International*, Rn. 35), genügte allein das nationale deutsche *lex specialis* in Gestalt des AEG a.F. nicht, da es keinen subjektiven Rechtsanspruch eines zum Schienennetz zugangsberechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmens vorsah, Ersatz des ihm durch missbräuchliche und diskriminierende Preisfestsetzung entstandenen Schadens zu verlangen. Einen solchen subjektiven Rechtsanspruch begründen nur die allgemeinen kartellzivilrechtlichen Vorschriften, die aus Gründen der Garantie eines effektiven Rechtsschutzes der betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen vom Eisenbahnregulierungsrecht unberührt bleiben (§ 14b Abs. 2 AEG a.F.).

Die Überprüfung der Preisbildung durch die Bundesnetzagentur ermöglichte im vorliegenden Fall keine effektive Durchsetzung des Anspruchs der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und war nicht geeignet, einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen sicherzustellen. Zwar führt die Bundesnetzagentur auf Seite 42 ff. ihres Beschlusses vom 11.10.2019 (BK10-18-0263_E) aus, dass den Betroffenen ein adäquater Rechtsweg zur

Verfügung gestanden habe. Dem kann für den streitgegenständlichen Zeitraum indes nicht gefolgt werden. Dadurch, dass die Bundesnetzagentur sich zur Vermeidung eines langwierigen Verwaltungsrechtsstreites mit der Beklagten auf einen verwaltungsrechtlichen Vergleichsvertrag eingelassen hat, der eine Erhebung des von der Bundesnetzagentur durch den nicht in Bestandskraft erwachsenen Bescheid vom 05.03.2010 als rechtswidrig weil diskriminierend und intransparent eingestuften Entgeltfaktors in Form eines Regionalfaktors für ein weiteres Jahr - wenn auch in teils geringerer Höhe - ermöglichte (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 29.01.2019 – KZR 12/15 –, juris Rn. 11), ohne an diesem Vertrag die Klägerin oder andere Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beteiligen, hat sie eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Entgeltaufschläge verhindert. Hinzu kommt, dass die Bundesnetzagentur während des Berufungsverfahrens in dieser Sache den Antrag der Klägerin auf nachträgliche Überprüfung mit ihrem Beschluss vom 11.10.2019 als unzulässig zurückgewiesen hat.

Es trifft auch nicht zu, dass die Bundesnetzagentur die von der Beklagten im streitgegenständlichen Zeitraum verlangten Trassenentgelte, insbesondere die Erhebung von Preisaufschlägen in Form des Regionalfaktors, rechtswirksam gebilligt hätte. Sie hat nach Widerspruch der Beklagten gegen ihren Bescheid vom 05.03.2010 lediglich aus pragmatischen Gründen, „zur Vermeidung langwieriger Gerichtsverfahren und damit einhergehender Marktunsicherheiten“, wie es auf Seite 7 des Beschlusses vom 11.10.2019 (BK10-18-0263_E) heißt, darauf verzichtet, die Regionalfaktoren verwaltungsgerichtlich überprüfen zu lassen. Durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag hat die Regulierungsbehörde der Beklagten zwar die Möglichkeit gegeben, für den Zeitraum ab 12.12.2010 die Regionalfaktoren weiterhin, wenn auch in reduzierter Höhe, zu erheben, dies jedoch nach dessen § 3 ausdrücklich „ohne dass es einer abschließenden rechtlichen Bewertung der Regionalfaktoren durch die Bundesnetzagentur und in der Folge der Gerichtsbarkeit bedarf“. Für den überwiegenden Teil des streitgegenständlichen Zeitraums vom 01.12.2009 bis 11.12.2010 trafen ohnehin weder der an die Beklagte adressierte Bescheid vom 05.03.2010 noch der zwischen der Beklagten und der Bundesnetzagentur abgeschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag vom 30.07.2010 eine Aussage über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Regionalfaktoren. Aus dem Fehlen einer Aussage lässt sich angesichts des seinerzeit lückenhaften Regulierungsverfahrens nicht der Rückschluss ziehen, dass die Regulierungsbehörde die Entgeltaufschläge auf den regulären Trassenpreis in Form der „Regionalfaktoren“ gebilligt hätte. Wie die Beklagte selbst in einem an das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit vom 04.09.2002 (Anlage B38, Bl. 1812 dA) eingeräumt hat, unterlag das Trassenpreissystem seinerzeit keinem Genehmigungsvorbehalt, war „eine Überprüfung der Regionalfaktoren durch eine unabhängige Behörde [...] daher nicht notwendig“.

Der Anwendung des Art. 102 AEUV steht auch nicht entgegen, dass er nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen gilt, die die Unternehmen von sich aus an den Tag legen. Zwar ist Art. 102 AEUV nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (vgl. Urteil vom 17.02.2011 - C-52/09 - zit. nach juris Rn. 49, *Telia Sonera Sverige*) dann nicht anwendbar, wenn den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben wird oder diese einen rechtlichen Rahmen bilden, der jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten der Unternehmen ausschließt. Denn in einem solchen Fall findet die Wettbewerbsbeschränkung nicht, wie diese Vorschrift voraussetzt, in selbständigen Verhaltensweisen der Unternehmen ihre Ursache. Der von der Beklagten mit der Regulierungsbehörde geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag vom 30.07.2010 stellt indes keine nationale Rechtsvorschrift dar noch schloss er jegliche

Möglichkeit für ein wettbewerbskonformes Verhalten der Beklagten aus, denn es stand im Belieben der Beklagten, den Bescheid der Regulierungsbehörde vom 05.03.2010 ohne Widerspruch zu akzeptieren, von einer Erhebung der auf den Regionalfaktoren beruhenden Entgeltzuschläge jedenfalls im streitgegenständlichen Zeitraum abzusehen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht abzuschließen. Im Übrigen verstößt die Erhebung der Regionalfaktoren gerade, wie nachfolgend ausgeführt werden wird, gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot.

Auch aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Sache „C.....“ folgt zur Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV nichts Gegenteiliges. Er befasst sich in der genannten Entscheidung lediglich mit der Möglichkeit einer zivilgerichtlichen Entgeltkontrolle nach § 315 BGB am Maßstab der individuellen vertraglichen Billigkeit i.S.d. § 315 Abs. 3 BGB. Zu möglichen kartellzivilrechtlichen Ansprüchen äußert er sich dagegen nicht. Hätte der Europäische Gerichtshof die vom Generalanwalt M..... in der Sache „C.....“ geäußerte Auffassung, „dass eine außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2001/14/EG angesiedelte Kontrolle der Höhe der Entgelte sowohl auf behördlicher als auch gerichtlicher Ebene nach Maßgabe der Bestimmungen des Wettbewerbsrechts ausgeübt werden kann, so dass das von dieser Richtlinie gewollte Kontrollsystem nicht ohne Ausnahme gilt“ (Schlussanträge vom 24.11.2016, C-489/15, Celex-Nr. 62015CC0489, zit. nach juris Rn. 61), nicht geteilt, wäre zu erwarten gewesen, dass er dies in seinem Urteil ausführt. Die die Entscheidung in der Sache „C.....“ tragenden Erwägungen lassen sich auch nicht auf die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle übertragen. Während das Billigkeitsurteil nach § 315 Abs. 3 BGB, worauf der Europäische Gerichtshof in Rn. 64 und 73-74 der Entscheidung „C.....“ hinweist, das bilaterale Vertragsverhältnis in den Blick nimmt und deshalb mit dem regulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbot im Konflikt gerät, welches auf die Gleichbehandlung verschiedener Vertragspartner zielt, ist das Wettbewerbsrecht ebenso wie das Regulierungsrecht Marktordnungsrecht, bei dem es nicht um Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall, sondern um die Kontrolle unternehmerischer Freiräume geht, die zu Machtmissbrauch ausgenutzt werden können (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 15.09.2020 - 11 U 128/14 (Kart), Beck RS 2020, 32413, Rn. 101 = juris Rn. 104 m.w.N.).

Schließlich geben auch die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts vom 08.10.2015 (1 BVR 1320/14, 1 BVR 3509/13 u.a.) keinen Anlass, die Frage der Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV abweichend zu beurteilen. Das Bundesverfassungsgericht hat einen Verfassungsverstoß lediglich darin gesehen, dass der Bundesgerichtshof Nichtzulassungsbeschwerden der Beklagten gegen oberlandesgerichtliche Urteile, in denen diese unter Anwendung des § 315 BGB zur Zurückzahlung von Infrastrukturnutzungsentgelten an Eisenbahnverkehrsunternehmen verurteilt worden war, zurückgewiesen hatte, ohne sich in den Gründen mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV bestanden hätte. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht moniert, dass eine entsprechende Auseinandersetzung auch im Hinblick auf Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 33 GWB geboten gewesen wäre. Aus diesen Beschlüssen ergibt sich jedoch bereits nicht, dass das Bundesverfassungsgericht eine Vorlage zwingend für erforderlich hält, und erst recht nicht, dass eine etwaige Vorlagepflicht auch kartellrechtliche Ansprüche nach Art. 101, 102 AEUV beträfe (so auch OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15.09.2020 - 11 U 128/14 (Kart), a.a.O. beck-online Rn. 107 = juris Rn. 110).

2. Die von der Beklagten als marktbeherrschendes Unternehmen (dazu a) auf einzelnen von der Klägerin genutzten Strecken im streitgegenständlichen Zeitraum als Entgeltaufschlag

erhobenen Regionalfaktoren verstoßen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und der Diskriminierung, denn sie zielen darauf, den Wettbewerb zu verfälschen (dazu b). Die Entgeltaufschläge sind zudem geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen (dazu c). Sie sind daher nicht anzuwenden.

Art. 102 Satz 1 AEUV lautet: „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“ Dieser Missbrauch kann nach Art. 102 Satz 2 AEUV insbesondere bestehen in

- der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV) oder
- der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV).

Wie Art. 102 Satz 2 AEUV in der Formulierung „insbesondere“ zeigt, enthält die Vorschrift keine abschließende, sondern lediglich eine beispielhafte Benennung möglicher Missbrauchsfälle (st. Rspr., vgl. z.B. EuGH, Urteile vom 21.02.1973 - Rs. 6/72 -, Slg. 1973, 215, 246, *Continental Can*; vom 15.03.2007 - C-95/04 P -, Slg. 2007, I-2331 Rn. 57, *British Airways*; und vom 14.10.2010 - C-280/08 P -, Rn 173 *Deutsche Telekom AG*).

a) Die Beklagte hatte im streitgegenständlichen Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt des Schienennetzes im Sinne von Art. 102 Satz 1 AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB in der ab 13.07.2005 bis 29.06.2013 gültigen Fassung (a.F.) und ist damit Adressatin des Missbrauchsverbotes.

Mit der beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 Satz 1 AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F. ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern und Kunden gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten (BGH, Urteil vom 05.05.2020 – KZR 36/17 –, juris Rn. 55 m.w.N.; EuGH, Urteile vom 14.02.1978 - Rs. 27/76 -, Slg. 1978, 207 Rn. 63/66, *United Brands*; vom 19.04.2012 - C-549/10 P -, WRP 2012, 680 Rn. 38, *Prokent/Tomra*; Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 76; Bulst in Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2, 13. Aufl. 2018, Art. 102 AEUV Rn. 33 m.w.N.).

Der sachlich relevante Markt, auf dem die Beklagte ihre Leistungen anbietet, ist der Angebotsmarkt der Überlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen, hier in Form von Schienentrassen, zur Durchführung von Eisenbahnverkehr, denn auf diesem stehen sich Infrastrukturunternehmen als Anbieter und Verkehrsunternehmen als Nachfrager von Infrastrukturleistungen gegenüber. Nicht maßgebend ist dagegen der diesem nachgelagerte Fahrgastmarkt, auf dem die Aufgabenträger der Daseinsvorsorge und in deren Auftrag wiederum die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre schienengebundenen Nahverkehrsleistungen den Endkunden anbieten oder gar ein vorgelagerter „Ausschreibungsmarkt“, auf dem die Aufgabenträger Verkehrsdienstleistungen an die

Eisenbahnverkehrsunternehmen vergeben, denn maßgeblich ist die funktionelle Austauschbarkeit des vom Marktbeherrscher angebotenen Produktes mit anderen Produkten aus Sicht der Nachfrager (vgl. Fuchs a.a.O. Rn. 48 ff.). Ebenfalls kein taugliches Kriterium für eine Marktabgrenzung ist aus dem genannten Grund die nicht durch den Zugbetrieb bedingte Kostensituation der Beklagten auf bestimmten Trassenabschnitten.

In räumlicher Hinsicht ist das gesamte Bundesgebiet der relevante Markt, denn die Beklagte bietet ihre Infrastrukturleistungen, die Errichtung, Unterhaltung und den Betrieb eines Eisenbahnverkehrsnetzes, bundesweit an. Bei den Schienenwegen handelt es sich um im Wesentlichen ortsgebundene Infrastrukturangebote, die nicht an einem anderen Ort substituierbar erbracht werden können, so dass - wie in den Netzwirtschaften häufig der Fall - geographischer und sachlicher Markt zusammenfallen. Das bis auf die Regionalfaktoren bundesweit einheitliche Trassenpreissystem der Beklagten beruht auf einem kategorisierten Grundpreis je Streckenkategorie in Abhängigkeit von deren Ausstattung. Insgesamt gab es im streitigen Zeitraum zwölf verschiedene Streckenkategorien, die unterschiedliche Ausstattungsmerkmale aufwiesen. Je nach gewähltem Trassenprodukt, z.B. "Nahverkehrs Takt Trasse", wurde dieser Grundpreis mit einem bestimmten Faktor multipliziert. Darüber hinaus konnten auf den Trassenpreis "leistungsabhängige Komponenten" sowie "sonstige Entgeltkomponenten" aufgeschlagen werden. Zur letztgenannten Kategorie gehörten die zum 01.01.2003 eingeführten „Regionalfaktoren“, die die Beklagte zeitweilig für Trassen in 40 von ihr als „Regionalnetze“ bezeichneten Bereichen ihres bundesweiten Schienennetzes erhoben hat, die indes, wie die Beklagte selbst gegenüber dem Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit eingeräumt hat, nicht in jedem Fall aus zusammenhängenden Streckennetzen bestanden (vgl. Schreiben der Beklagten vom 04.09.2002, Anlage B38, Bl. 1811 dA).

Mit dem Unterhalt von rund 87,5 % des Schienennetzes in der Bundesrepublik Deutschland und der damit verbundenen Quasi-Monopolstellung auf einem erheblichen Teil des EU-Binnenmarktes sowie aufgrund des ihr als Betreiberin der Infrastruktur gesetzlich wie vertraglich eingeräumten Entscheidungsspielraums bei der Preisfestsetzung war die Beklagte in die Lage versetzt, sich insbesondere ihren Kunden gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten, wie die von ihr zwischen 2003 und 2011 autonom berechneten Entgeltzuschläge in Form von sog. „Regionalfaktoren“ zeigen, die je nach Trasse zwischen dem Faktor 1,0 und 1,91 schwankten, und verfügte damit über eine marktbeherrschende Stellung.

b) Diese marktbeherrschende Stellung und den ihr regulierungsrechtlich eröffneten Spielraum bei der Festsetzung der Trassenentgelte hat die Beklagte in missbräuchlicher Weise ausgenutzt, indem sie sich in der mit der Klägerin geschlossenen Nachtragsvereinbarung zum Rahmennutzungsvertrag vom 21.05./22.10.2001 vorbehalten hat, einseitig nach einer neuen Trassen- und Anlagenpreisliste Preisanpassungen vorzunehmen und auf dieser Grundlage mit Wirkung ab 01.01.2003 ausschließlich für den Schienenpersonennahverkehr und ausschließlich auf regionalen Strecken, die vorwiegend für eben diesen Schienenpersonennahverkehr nachgefragt und genutzt wurden, unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot sog. „Regionalfaktoren“ als zusätzlichen Preisaufschlag in ihr Trassenpreissystem einzuführen, und sich diese Möglichkeit mit weiterer Nachtragsvereinbarung vom 06./30.06.2008 auch für den streitgegenständlichen Zeitraum einräumen lassen hat.

Die von der Beklagten für die Zeit ab 01.01.2003 und damit auch im streitgegenständlichen

Zeitraum erhobenen Regionalfaktoren verstoßen als Preisaufschlag gegen das Diskriminierungsverbot. Gem. Art. 102 Abs. 1 AEUV ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ein solcher Missbrauch kann nach Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV insbesondere in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bzw. Preise bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern bestehen, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Dieses kartellrechtliche allgemeine Missbrauchsverbot findet europa-sekundärrechtlichen Ausdruck in Erwägungsgrund 16 der ab 15.03.2001 bis 16.06.2015 und damit im hier streitgegenständlichen Zeitraum gültigen Richtlinie 2001/14/EG sowie in der Vorschrift des Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 2001/14/EG, wonach die Betreiber der Infrastruktur dafür Sorge zu tragen haben, dass die Anwendung der Entgeltregelung zu gleichwertigen und nichtdiskriminierenden Entgelten für unterschiedliche Eisenbahnunternehmen führen, die Dienste gleichwertiger Art in ähnlichen Teilen des Markts erbringen, und dass die tatsächlich erhobenen Entgelte den in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen vorgesehenen Regeln entsprechen. Spiegelbildlich gewährt Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG den Eisenbahnunternehmen unter ausdrücklichem Ausschluss jeglicher Diskriminierung einen Anspruch auf Nutzung des in Anhang II der Richtlinie beschriebenen Mindestzugangspakets. Im nationalen Primärrecht findet das Diskriminierungsverbot seinen Ausdruck in § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG i.d.F. vom 19.05.2009 (a.F.) sowie § 24 Abs. 4 EIBV i.d.F. vom 03.05.2005 (a.F.). § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG a.F. verpflichtet die Beklagte als Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihr betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihr angebotenen Leistungen in dem durch eine auf Grund des § 26 Abs. 1 Nr. 6, 7 und Abs. 4 Nr. 1 ergangenen Rechtsverordnung bestimmten Umfang zu gewähren. § 24 Abs. 4 EIBV a.F. gebietet der Beklagten, die Entgelte, soweit sich aus der EIBV nichts anderes ergibt, gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen. Eine Diskriminierung liegt demnach vor, wenn Eisenbahnverkehrsunternehmen beim Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden (OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.01.2008 – 13 B 2024/07 –, juris Rn. 6). Eine Diskriminierung ist dabei auch für den Fall denkbar, dass eine Entgeltregelung zwar generell für jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich gilt, de facto aber unterschiedliche Wirkung zeitigt (OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, a.a.O. Rn. 8). So liegt der Fall hier, denn Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Trassen nutzen, auf denen die Beklagte einen sog. „Regionalfaktor“ als Entgeltkomponente erhebt und Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Trassen nutzen, auf denen die Beklagte diese Entgeltkomponente nicht erhebt, erhalten innerhalb desselben Marktsegmentes bei gleicher Trassenkategorie dieselben Leistungen, müssen dafür aber unterschiedliche Preise zahlen. Die unterschiedliche Behandlung der im Wettbewerb miteinander stehenden Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Erhebung Trassenentgelte im Schienenpersonennahverkehr lässt sich weder mit unterschiedlichen Leistungen und damit unterschiedlichen Kosten begründen noch mit der geringeren Auslastung und damit Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Trassen noch mit der unterschiedlichen Tragfähigkeit von Marktsegmenten des Schienenpersonennahverkehrs. Der Senat nimmt insoweit auf die rechtliche Bewertung der Bundesnetzagentur in ihrem aufgrund des nachfolgend mit der Beklagten geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vergleichs nicht in Bestandskraft erwachsenen Bescheid vom 05.03.2010, S. 13 bis 19 unter Ziffer II. 1. b) aa) bis cc) Bezug, der er sich nach eigener Prüfung anschließt: Wesentlicher Maßstab für die Frage der wettbewerbswidrigen Diskriminierung der Nutzer der Infrastruktur ist die Einhaltung der in § 14 Abs. 4 AEG a.F. i.V.m. § 21 EIBV a.F. festgeschriebenen

Preisbildungskriterien. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass auf den Trassen, auf denen sie Regionalfaktoren als Entgeltzuschläge erhebt, trotz an sich gleicher Anforderungen an die Infrastruktur aufgrund des Zugbetriebs höhere Kosten anfallen. Das Argument der Beklagten, da die Regionalfaktoren für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gelten, die eine bestimmte, „regionalfaktorbelastete“ Strecke nutzen, sei der Grundsatz der Gleichpreisigkeit erfüllt, trifft ersichtlich nicht zu, denn maßgeblich ist nicht die Gleichpreisigkeit des Entgelts für die Nutzung einer bestimmten Trasse, sondern die Gleichpreisigkeit bei bundesweit vergleichbarer, gleichwertiger Nutzungsmöglichkeit von Schienentrassen ein und derselben Kategorie. Der örtlich zuständige Aufgabenträger der Daseinsvorsorge beauftragt für bestimmte Verkehrsleistungen des Schienenpersonennahverkehrs nach Ausschreibung nur eines der um den jeweiligen Auftrag konkurrierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen, so dass der Entgeltfaktor auf einem bestimmten Trassenabschnitt de facto jeweils nur das eine, mit der jeweiligen Verkehrsleistung beauftragte Verkehrsunternehmen trifft. Die Erhebung von Entgeltaufschlägen in Form von Regionalfaktoren führt dazu, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nicht „regionalfaktorbelastete“ Strecken nachfragen, um Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs zu erbringen, einen geringeren Preis für eine vergleichbare, gleichartige Leistung zahlen und daher im streitgegenständlichen Zeitraum ungerechtfertigt bevorzugt wurden. Zudem besteht eine Ungleichbehandlung der mit Regionalfaktoren belasteten Streckenabschnitte untereinander, da die von der Beklagten autonom festgesetzte Höhe der Regionalfaktoren zwischen 1,0 und 1,91 schwankt. Eine preisliche Ungleichbehandlung der im Wettbewerb untereinander stehenden Eisenbahnverkehrsunternehmen besteht also bereits aufgrund der im streitgegenständlichen Zeitraum erfolgten Erhebung der Regionalfaktoren als Entgeltkomponente. Eine Ungleichbehandlung von Eisenbahnverkehrsunternehmen wird daher nicht erst durch die kartellzivilrechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz bzw. Herausgabe der kartellrechtswidrigen Bereicherung begründet, sondern es wird vielmehr jedenfalls zugunsten der klagenden privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen eine bereits bestehende Diskriminierung beseitigt, da es maßgeblich nicht auf die Gleichpreisigkeit des Entgelts für die Nutzung einer bestimmten Trasse ankommt, sondern auf die Gleichpreisigkeit bei vergleichbarer, gleichwertiger Nutzungsmöglichkeit. Es trifft nicht zu, dass jede von den Eisenbahnverkehrsunternehmen nachgefragte Strecke einen eigenen (Teil-)Markt bildet, die einen streckenspezifischen Preisaufschlag rechtfertigt. Wie die Beklagte selbst in ihrem an das Sächsische Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit gerichteten Schreiben vom 04.09.2002 (Anlage B38, Bl. 1812 dA) eingeräumt hat, kennt das Trassenpreissystem keine Einzelstreckenpreise. Durch die Regionalfaktoren und die Vergabe von Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs im Wege der Ausschreibung an einzelne, nämlich die jeweils im Vergabeverfahren ausgewählten Eisenbahnverkehrsunternehmen bewirken die Regionalfaktoren die Erhebung im Trassenpreissystem nicht vorgesehener Einzelstreckenpreise. Dabei ist nicht nur die von der Beklagten angebotene Leistung, die Nutzung von Schienentrassen zur Beförderung von Personen im Schienenpersonennahverkehr gleichartig, sondern auch die Eisenbahnverkehrsunternehmen, die regionalfaktorbelastete Strecken nachfragen, um Leistungen im Schienenpersonennahverkehr zu erbringen, unterscheiden sich in ihrem Nutzungsprofil nicht von den Eisenbahnverkehrsunternehmen, die außerhalb regionalfaktorbelasteter Strecken ihre Leistungen erbringen, d.h. sie stellen hier wie dort die gleichen Anforderungen an die Infrastruktur und erhalten die gleichen Leistungen. Punktuell führten die Regionalfaktoren dazu, dass für Trassen auf schlecht ausgerüsteten, schwach befahrenen Strecken sogar leicht höhere Entgelte zu zahlen waren, als für Trassen auf Hochgeschwindigkeitsstrecken. So kostet eine Trasse auf einer Strecke der Kategorie "F6", die mit Geschwindigkeiten zwischen 101 km/h und 160 km/h befahren werden kann und

überwiegend dem Schienenpersonennahverkehr dient, im mit einem Regionalfaktor belasteten Mittelsachsen-Netz als Produkt "Nahverkehrs-Takt-Trasse" 7,27 € je Zug-km. Eine deutlich besser ausgestattete Trasse auf einer bundesweit angebotenen Strecke der Kategorie "F1", die mit einer Geschwindigkeit größer 200 km/h bis 280 km/h befahrbar ist und die überwiegend dem schnellen Verkehr dient, kostet auch als "Nahverkehrs-Takt-Trasse" nur 7,08 € je Zug-km (Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 18.03.2010, veröffentlicht auf deren o.g. Homepage). Die Beklagte hat weder dargelegt noch ist sonst ersichtlich, dass ihr für die Zurverfügungstellung der Infrastruktur auf den regionalfaktorbelasteten Strecken aufgrund des Zugbetriebs erhöhte Kosten, namentlich in Form von Betriebs- und / oder Personalkosten entstehen. Ausstattungsbedingte Kosten der Trassen sind bereits in den Kategoriepreisen enthalten. Die geringere Auslastung und damit geringere Wirtschaftlichkeit der Strecken, auf denen die Beklagte Regionalfaktoren erhebt, vermag die sachliche Ungleichbehandlung nicht zu rechtfertigen, denn sie verwendet für ihr gesamtes, bundesweites Gleisnetz - wie zuvor ausgeführt - Kategoriepreise, in welchen immer einige Strecken gut und andere Strecken schwach frequentiert sind. Die Kostenunterdeckung wird im Rahmen der Mischkalkulation durch Trassenverkäufe auf hoch frequentierten Strecken neutralisiert. Der Auslastungsgrad stellt ein Nachfragerisiko dar, das eisenbahnrechtlich nicht einseitig auf die Nutzer der Strecke abgewälzt werden darf. Die Erhebung von Preiszuschlägen für die Nutzung ohnehin schwach frequentierter Strecken läuft dem Ziel des Eisenbahnrechts zuwider, mehr Verkehr auf Schienen zu generieren, da sie dazu führt, dass diese hochpreisigen Strecken noch weniger nachgefragt werden. Die angeblich geringe Auslastung einer Strecke bzw. der Umstand, dass eine Strecke „überwiegend dem SPNV dient“, was die Beklagte in ihrem Schreiben vom 04.09.2002 (Anlage B38, Bl. 1811 dA) als Kriterium für die Zuordnung zu einem „Regionalnetz“ nennt, rechtfertigt bereits deswegen keine höhere Bepreisung, weil das nationale Eisenbahnrecht in Gestalt des § 23 Abs. 2 EIBV a.F. für die Fälle geringer Auslastung - zwecks Förderung der Entwicklung neuer Eisenbahnverkehre bzw. Förderung der Benutzung von Strecken - im Gegenteil explizit die Möglichkeit zeitlich begrenzter Preisnachlässe einräumte. Die Möglichkeit von Preisaufschlägen ließ § 21 Abs. 3 EIBV a.F. nur für überlastete Streckenabschnitte zu. Die durch die Regionalfaktoren erzeugten Preisaufschläge konterkarieren das erklärte Ziel des Eisenbahninfrastrukturrechtes, mehr Verkehr auf Schienen zu generieren.

Die Aufschläge für bestimmte Streckenabschnitte des Schienenpersonennahverkehrs lassen sich auch nicht mit der grundsätzlich durch § 14 Abs. 4 Sätze 2 und 3 AEG a.F. eröffneten Möglichkeit begründen, je nach Marktsituation für einzelne Verkehrsleistungen und deren Marktsegmente i.S.d. § 14 Abs. 4 Satz 2 Alt. 2 AEG a.F. unterschiedliche Entgelte zu erheben. Der Schienenpersonennahverkehr stellt eine einheitliche Verkehrsleistung dar, innerhalb derer nicht willkürlich Preisdifferenzierungen vorgenommen werden können. Der Aufgabenträgermarkt im Schienenpersonennahverkehr bildet als Angebotsmarkt einen bundesweiten Markt, was bedeutet, dass sich mangels unterschiedlicher regionaler Marktverhältnisse eine regionale preisliche Differenzierung verbietet. Marktsegmente innerhalb der Bereichsleistung „Schienenpersonennahverkehr“ lassen sich auch nicht räumlich oder sachlich danach abgrenzen, ob eine Strecke, wie es im Schreiben der Beklagten vom 04.09.2002 (Anlage B38, Bl. 1811 dA) heißt, „für regionalen Verkehr außerhalb der Ballungsräume benötigt wird“ oder dem SPNV innerhalb von Ballungsräumen dient, denn auch insoweit lassen sich keine Unterschiede in den Marktverhältnissen erkennen.

Gleiches gilt für die Anzahl der Takttrassen am Tag, wobei die Beklagte ausweislich ihres

Schreibens vom 04.09.2002 eine Strecke dann einem „Regionalnetz“ zuordnet, wenn diese mit weniger als 40 SPNV-Takttrassen pro Tag belegt ist. Denn auch anhand dieses Kriteriums lassen sich keine Unterschiede in den Marktverhältnissen erkennen, da für die mögliche Zahl der Takttrassen vornehmlich der Ausbau der Infrastruktur maßgeblich ist, der wiederum bereits in den Kategoriepreisen berücksichtigt ist.

Ferner bildet auch die geringe Wirtschaftlichkeit bestimmter Trassen keine unterschiedlichen Marktverhältnisse innerhalb des Schienenpersonennahverkehrs ab, denn sie wird nicht durch das Nachfrageverhalten derjenigen Eisenbahnverkehrsunternehmen bestimmt, die ohnehin nur Schienenpersonennahverkehr anbieten, sondern vielmehr dadurch, dass diese Trassen nicht oder nur in geringem Umfang auch vom Schienenpersonenfernverkehr und Schienengüterverkehr nachgefragt werden.

Soweit also die Beklagte auf die Kosten-Erlös-Struktur der regionalfaktorbelasteten Streckenabschnitte und damit auf die mangelnde Wirtschaftlichkeit abstellt, geht es ersichtlich nicht um durch den Zugbetrieb i.S.v. § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG verursachte Kosten, sondern um auf bestimmten Streckenabschnitten nicht durch Einnahmen gedeckte Fixkosten. Dies rechtfertigt indes nicht eine preisliche Differenzierung bei vergleichbarer, gleichartiger Infrastrukturleistung.

Die Erhebung von Entgeltzuschlägen in Form von Regionalfaktoren lässt sich auch nicht mit einer besonderen Tragfähigkeit der jeweiligen Marktsegmente gem. § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG a.F. begründen, da sich auf den mit Regionalfaktoren belasteten Strecken keine ausreichend tragfähigen Marktsegmente feststellbar sind. Die Bestellung von Leistungen im Marktsegment „Schienenpersonennahverkehr“ erfolgt zum überwiegenden Teil als Grundversorgung im Rahmen der Daseinsvorsorgepflicht der Aufgabenträger, d.h. es bestehen keine Möglichkeiten, auf andere Leistungen auszuweichen, die Nachfrage ist unelastisch. Die von der Beklagten selbst beklagte geringe Wirtschaftlichkeit bestimmter Trassen indiziert gerade die mangelnde Tragfähigkeit der regionalfaktorbelasteten Strecken. Gleiches gilt für die von Bund und Ländern zur Verfügung gestellten Regionalisierungsmittel, denn diese sind Ausdruck eines bestehenden Zuschussbedarfs und demonstrieren eine geringe Zahlungsfähigkeit der Bundesländer und ihrer Aufgabenträger, die bei der Bestellung der Leistungen die Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu beachten haben.

Unerheblich für die Frage der Diskriminierung ist, ob die Klägerin die auf den Regionalfaktoren beruhenden Entgeltaufschläge nach den mit den Aufgabenträgern geschlossenen Verkehrsverträgen als Kosten der Infrastruktur unmittelbar von den Aufgabenträgern erstattet bekommt, wie die Beklagte behauptet, ob diese in das Dienstleistungsentgelt „eingepreist“ sind oder ob sie unmittelbar von der Klägerin getragen werden, denn unter Art. 102 AEUV fällt auch die indirekte oder mittelbare Diskriminierung (Fuchs in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 386). Eine solche liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktpartner auf einer vor- oder nachgelagerten Marktstufe dazu zwingt, dass jene ihre Abnehmer oder Lieferanten ungleich behandeln, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt ist (EuGH, Urteil vom 16.12.1975 - Rs. 40/73 -, Slg. 1975, 1663, 2004 Rn. 398 f. „Suiker Unie“). Unterstellt man demnach die Behauptung der Beklagten als zutreffend, dass die Klägerin die Entgeltaufschläge ihrerseits regelmäßig an den Aufgabenträger der Daseinsvorsorge „durchreicht“, läge eine solche mittelbare oder indirekte Diskriminierung vor. Die Beklagte trägt selbst vor, dass durch die Regionalfaktoren jene Aufgabenträger belastet werden, die besonders defizitäre und kostenintensive Regionalnetze für die Erbringung der von ihnen

bestellten Verkehrsleistungen nutzen wollen. Dies zeigt, dass sie ihre marktbeherrschende Stellung in der Absicht nutzt, die Aufgabenträger der Daseinsvorsorge - unter Schonung ihrer direkten Vertragspartner, der Eisenbahnverkehrsunternehmen - auszubeuten, indem sie darauf baut, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen die Entgeltzuschläge an die Aufgabenträger der Daseinsvorsorge „durchreichen“. Dafür, dass die Aufgabenträger, die aufgrund gesetzlicher Verpflichtung zur Daseinsvorsorge Leistungen des Schienenpersonennahverkehrs einkaufen, für vergleichbare Nutzung der Infrastruktur letztlich Preisaufschläge für ausgewählte Trassenabschnitte tragen, die andere Aufgabenträger für die vergleichbare Nutzung der Infrastruktur auf vergleichbaren oder gar besser ausgestatteten und höher frequentierten Trassenabschnitten nicht zahlen, da in ihrem örtlichen Zuständigkeitsbereich von der Beklagten keine solchen Aufschläge verlangt werden, die diese „durchreichen“ könnten, existiert keine sachliche Rechtfertigung, denn auch sie bestellen letztlich gleichartige Leistungen und unterscheiden sich in ihrem Nachfrageverhalten nicht voneinander. Schließlich rechtfertigt auch der Umstand, dass die Regionalisierungsmittel, die die Länder erhalten, aus dem Mineralölsteueraufkommen finanziert werden, keine Ungleichbehandlung der Aufgabenträger untereinander.

Der Anspruch der Klägerin, zur Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen mit solchen Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich gestellt zu werden, die auf den von ihnen genutzten Strecken keinen auf einem Regionalfaktor beruhenden Entgeltzuschlag zu zahlen haben, kann nicht mit dem Argument verneint werden, dass es das Ziel des Eisenbahnregulierungsrechts sei, die Gleichbehandlung aller Zugangsberechtigten sicherzustellen, denn es ist gerade der von der Beklagten mittels Regionalfaktor erhobene Entgeltzuschlag, der dazu geführt hat, dass die davon betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen wie die Klägerin in der Vergangenheit rechtswidrig ungleich behandelt wurden. Vorliegend existierte ab Einführung der Regionalfaktoren zum 01.01.2003 von vornherein keine Gleichbehandlung aller Eisenbahnverkehrsunternehmen, weil die Beklagte ohne sachlichen Grund seit Einführung der Regionalfaktoren diese nur auf einzelnen Streckenabschnitten in von ihr sog. „Regionalnetzen“ erhoben hatte, die für Schienenpersonennahverkehr rein tatsächlich im Wesentlichen nur das eine Eisenbahnverkehrsunternehmen nutzt, mit dem der Aufgabenträger den Verkehrsdurchführungsvertrag abgeschlossen hat, und dies in sachlich nicht begründeter unterschiedlicher Höhe. Die Verpflichtung zur Rückzahlung diskriminierender Entgelteile und die dadurch erreichte Beseitigung der Ungleichbehandlung kann daher nicht mit der Begründung verneint werden, dass es bei Eisenbahnverkehrsunternehmen, die keine Klage erhoben haben, bei einer Diskriminierung verbleibt. Ließe man die kartellzivilrechtliche Beseitigung der bestehenden Ungleichbehandlung von Eisenbahnverkehrsunternehmen, von denen kein Regionalfaktor erhoben wird, gegenüber solchen, von denen ein Regionalfaktor erhoben wird, mit dem Argument nicht zu, dass dann solche Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligt wären, die sich gegen die Diskriminierung nicht kartellzivilrechtlich gewehrt haben, würde das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten zementiert und damit einhergehend die wettbewerbsliche Übervorteilung derjenigen Eisenbahnverkehrsunternehmen, denen die Beklagte den Regionalfaktor bei gleichartiger Leistung nicht abverlangt hat.

Die regionalfaktorbedingten Entgeltzuschläge sind geeignet, den Wettbewerb zu verzerren. Das in Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV (ehem. Art. 82 Abs. 2 lit. c EGV) normierte besondere Diskriminierungsverbot ist Teil des Systems, das über das Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (ehem. Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV) letzteren innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt. Durch das Geschäftsgebaren des Unternehmens

in beherrschender Stellung soll der Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, also der Wettbewerb zwischen Zulieferern oder Abnehmern dieses Unternehmens, nicht verzerrt werden. Im Wettbewerb untereinander sollen die Vertragspartner dieses Unternehmens nicht bevorzugt oder benachteiligt werden (EuGH, Urteil vom 15.03.2007 – C-95/04 P –, juris Rn. 143 *British Airways*). Die Tatbestandsmerkmale von Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV sind daher nur dann erfüllt, wenn festgestellt wird, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur diskriminierend ist, sondern dass es auch darauf abzielt, diese Wettbewerbsbeziehung zu verfälschen, d.h., die Wettbewerbsposition eines Teils der Handelspartner dieses Unternehmens gegenüber den anderen zu beeinträchtigen (EuGH, Urteil vom 15.03.2007 – C-95/04 P –, a.a.O. Rn. 144).

Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Die Erhebung von regionalfaktorbedingten Preisaufschlägen auf bestimmten Streckenabschnitten ist geeignet, den Wettbewerb derjenigen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu verzerren, die wie die Klägerin auf der einen Seite und zum yXy-Konzern zugehörige Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der anderen Seite darum konkurrieren, von den Aufgabenträgern in den Wettbewerb gegebene Verkehrsdienstleistungen anzubieten. Bei der Betrachtung einer wahrscheinlichen Wettbewerbsverzerrung ist nicht alleine auf die Beklagte als zum yXy-Konzern gehöriges Infrastrukturunternehmen, sondern vielmehr darauf abzustellen, ob durch das wettbewerbswidrige Verhalten dem yXy-Konzern Vorteile erwachsen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu verzerren. Der Begriff des die beherrschende Stellung ausnutzenden „Unternehmens“ i.S.v. Art. 102 AEUV umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (EuGH ECLI:EU:C:2019:204 = NJW 2019, 1197 = WuW 2019, 253 = EuZW 2019, 374 Rn. 36 – Skanska - m.w.N.). Für das in Art. 101 sowie auch in Art. 102 AEUV zum Ausdruck kommende Prinzip der wirtschaftlichen Einheit sind die personellen Grenzziehungen, die nationales Gesellschaftsrecht zwischen juristischen Personen zeichnet, unbeachtlich (Wagener NZKart 2019, 535, 536 beck-online). Vorliegend hat die Beklagte regionalfaktorbedingte Preisaufschläge vornehmlich auf solchen Streckenabschnitten erhoben, auf denen sich bis dahin der Wettbewerb der Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonennahverkehr konzentrierte und an dem sich gerade Tochterunternehmen von Staatsbahnen anderer europäischer Bahnunternehmen beteiligen und hierbei in Konkurrenz zu solchen Eisenbahnverkehrsunternehmen treten, die zum yXy-Konzern gehören. Die Verteuerung dieser Streckenabschnitte bei an sich identischem Infrastrukturangebot ist grundsätzlich geeignet, den Wettbewerb der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die darum konkurrieren, Leistungen im Schienenpersonennahverkehr anzubieten, spürbar zu belasten. Die durch die regionalfaktorbedingten Entgeltzuschläge bewirkte Margenbeschneidung ist geeignet, zumindest ebenso effiziente Wettbewerber der Klägerin vom Binnenmarkt zu verdrängen, denn selbst wenn ein zum yXy-Konzern gehörendes Eisenbahnverkehrsunternehmen erhöhte Kosten aufgrund des Regionalfaktors hat, erzielt der yXy-Konzern aufgrund des Prinzips „linke Tasche - rechte Tasche“ in der Gesamtschau keinen Verlust. So können im Fall der Ausschreibung von Verkehrsverträgen Verluste im SPNV-Bereich (entweder aufgrund geringeren Bestellerentgelts oder des Verlusts des Verkehrsbedienungsrechts an konkurrierende Eisenbahnverkehrsunternehmen) konzernintern durch wettbewerbswidrige Gewinne im Infrastrukturbereich in Form von regionalfaktorbedingten Überentgelten ausgeglichen werden.

Die Minderung der von der Klägerin erzielbaren Marge entfällt nicht dadurch, dass sie - wie die Beklagte behauptet in den Verkehrsdurchführungsverträgen mit den Aufgabenträgern

„den Regionalfaktor an den Aufgabenträger durchreichen konnte“. Ein solcher Ausgleichsanspruch gegen einen Dritten wirkt sich nicht auf die Entstehung einer Wettbewerbsverzerrung aus, sondern mindert lediglich im Rahmen des Vorteilsausgleichs die Höhe des zu ersetzenden Schadens (vgl. dazu die Ausführungen nachfolgend unter Ziffer II. 3). Im vorliegenden Fall ist das wettbewerbswidrige Verhalten der Beklagten, wie zuvor ausgeführt, entweder auf eine unmittelbare Diskriminierung der Klägerin ausgerichtet, nämlich insoweit, als die Mehrausgaben unmittelbar ihre eigene Marge mindern, oder aber jedenfalls auf eine mittelbare Diskriminierung der Aufgabenträger, nämlich soweit die Beklagte damit rechnet, dass die Entgeltaufschläge von den Eisenbahnverkehrsunternehmen an die Aufgabenträger durchgereicht werden, so dass letztlich die Aufgabenträger der Daseinsvorsorge ungleich behandelt werden, ohne dass dafür sachliche Gründe existieren. Da das gesamte Verhalten der Beklagten darauf ausgerichtet ist, eine Wettbewerbsverzerrung zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen herbeizuführen, kann nicht verlangt werden, dass von der Klägerin zusätzlich der Beweis einer tatsächlichen, quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner erbracht wird (vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2007 – C-95/04 P –, a.a.O. Rn. 145).

Die zivilkartellgerichtliche Kontrolle der Preisbildung durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen verstößt auch nicht gegen das vom Europäischen Gerichtshof herausgestellte Ziel, unkoordinierte Rechtswege bei der Prüfung regulierungsrechtlich relevanter Sachverhalte zu vermeiden, wie es mit der Zuständigkeitskonzentration bei einer Regulierungsstelle angestrebt wird. Einen effektiven verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu Gunsten der Eisenbahnverkehrsunternehmen gegen missbräuchliche, diskriminierende Preisforderungen sah das im streitgegenständlichen Zeitraum geltende nationale deutsche Recht, wie unter Ziffer II. 1 ausgeführt, nicht vor. Außerdem hat die Regulierungsbehörde in bewusstem Zusammenwirken mit dem von ihr zu kontrollierenden Infrastrukturunternehmen eine von ihr selbst mit überzeugenden Gründen als für die Nutzer der regionalfaktorbelasteten Trassen diskriminierend und intransparent eingestufte Preisbildung durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 30.07.2010 für die Zukunft - wenn auch für eine begrenzte Zeit - zugelassen und eine verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Regionalfaktoren für den streitgegenständlichen Teilzeitraum vom 12.12.2010 bis 31.12.2010 bewusst vereitelt. Für den weit überwiegenden streitgegenständlichen Teilzeitraum vom 01.12.2009 bis 11.12.2010 hat die Regulierungsbehörde nicht über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit befunden. Insoweit konnte und kann es auch für die streitgegenständliche Zeit vom 01.12.2009 bis 31.12.2010 nicht zu einer parallelen Zuständigkeit verschiedener Rechtswege kommen, zumal die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsstelle während des laufenden Revisionsverfahrens in dieser Sache eine rückwirkende Überprüfung der von der Klägerin beanstandeten Trassenentgelte endgültig als unzulässig abgelehnt hat. Eine Dualität der Rechtswege ist im konkreten Fall ausgeschlossen und zwar zum einen, weil die nationale Rechtsordnung der Regulierungsbehörde keine rückwirkende Beseitigung dem Preissystem immanenter Diskriminierungen ermöglichte und zum anderen, weil die Regulierungsbehörde zur Vermeidung eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens für einen begrenzten zukünftigen Zeitraum im Wege eines Vergleichsvertrages die Fortsetzung der preislichen Diskriminierung akzeptiert hat. Würde man unter diesen Umständen eine kartellzivilgerichtliche Kontrolle der wettbewerbsrechtlich fragwürdigen Preisbildung des beklagten Eisenbahnverkehrsunternehmens verneinen, wäre der Klägerin für die streitgegenständliche Zeit vom 01.12.2009 bis 31.12.2010 jegliche Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung verwehrt und die volle praktische Wirksamkeit des Art. 102 AEUV beeinträchtigt. Vorliegend

ist es also gerade nicht so, dass das nationale Eisenbahnregulierungsrecht die Möglichkeiten eines wettbewerbswidrigen Verhaltens des regulierten Unternehmens, hier der Beklagten, ausschließt. Unter diesen Umständen kommt ein Anwendungsvorrang des nationalen Eisenbahnregulierungsrechts und auch des EU-Sekundärrechts in Form der Richtlinie 2001/14/EG gegenüber Art. 101, 102 AEUV gerade nicht in Betracht, zumal nach § 14b Abs. 2 AEG a.F. die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von den Aufgaben und Zuständigkeiten der eisenbahnrechtlichen Regulierungsbehörde ausdrücklich unberührt blieben. Von einer Alleinzuständigkeit der Regulierungsbehörde für die Kontrolle der Infrastrukturnutzungsentgelte kann daher im streitgegenständlichen Zeitraum keine Rede sein. Eine Entscheidung der Kartellbehörde, hier des Bundeskartellamtes, ist zu den Entgeltaufschlägen in Form von sog. „Regionalfaktoren“ keine Entscheidung in einem Verwaltungsverfahren ergangen.

Der zwischen dem beklagten Infrastrukturunternehmen und der Regulierungsbehörde geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag vom 30.07.2010 (Anlage B87, Bl. 3065 dA) stellt auch nicht die materiell-rechtliche Zulässigkeit der in Form von Entgeltfaktoren für bestimmte Streckenabschnitte erhobenen Preisaufschläge fest. Im Verhältnis zur Klägerin bzw. dritten Eisenbahnverkehrsunternehmen kann der öffentlich-rechtliche Vertrag ohnehin keine Rechtswirkung entfalten, da er nur inter partes gilt und weder die Klägerin noch dritte Eisenbahnverkehrsunternehmen an dem Vertragsschluss beteiligt waren (BGH, Revisionsurteil in dieser Sache vom 29.10.2019 - KZR 39/19 - Rn. 52).

Schließlich gefährdet die kartellzivilrechtliche Kontrolle entgegen der Meinung der Beklagten auch nicht deren Unabhängigkeit als Betreiber der Eisenbahninfrastruktur. Deren notwendiger Spielraum bei der Festsetzung der Höhe der Trassenentgelte findet dort seine Grenze, wo die Entgeltgestaltung entgegen Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2001/14/EG i.V.m. deren Erwägungsgrund 16 nicht zu gleichwertigen und nicht diskriminierenden Entgelten als missbräuchlich und diskriminierend erweist, die Entgeltzuweisungsregeln also entgegen Art. 6 Abs. 1, 7 Abs. 7 und 8 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG i.V.m. deren Erwägungsgrund 32 - wie im vorliegenden Fall - zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen führt.

Einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zwecks Vorabentscheidung über die Anwendbarkeit kartellrechtlicher Anspruchsgrundlagen wegen Verletzung von Art. 101, 102 AEUV im Verhältnis der Klägerin zum beklagten Infrastrukturunternehmen bedarf es vorliegend nicht, da der Senat hieran unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls keine Zweifel hegt (vgl. dazu EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts M..... vom 24.11.2016, C-489/15, Celex-Nr. 62015CC0489, zit. nach juris Rn. 61). Bereits aus normhierarchischen Gründen gehen die Art. 101, 102 AEUV dem Richtlinien- bzw. diese umsetzenden nationalen Eisenbahnregulierungsrecht, das dem beklagten Infrastrukturunternehmen Entscheidungsspielräume bei der Gestaltung seines Preissystems eröffnet, vor. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass die Art. 101, 102 AEUV (bzw. deren Vorläufer, die Art. 81 und 82 EGV) in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und für die Betreffenden Rechte und Pflichten entstehen lassen, die die nationalen Gerichte durchzusetzen haben, woraus er wiederum das Recht des sich durch einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln geschädigt fühlenden Einzelnen folgert, unabhängig von der vorherigen Feststellung eines solchen Verstoßes durch die Wettbewerbsbehörde Ersatz des entstandenen Schadens zu verlangen (vgl. EuGH, Urteile vom 30.01.1974 – C-127/73 – *BRT/SABAM* vom 18.03.1997 – C-285/95 – *Guerin, automobiles/Kommission*, Rn. 39, vom 20.09.2001 - Rs. C-453/99 -

Courage/Crehan Rn. 25 ff., vom 13.07.2006 – C-295/04 -, *Manfredi* Rn. 60 ff., und vom 24.10.2018 – C-595/17 – *Apple Sales International*, Rn. 35). Nach gefestigter Rechtsprechung kommt es für die Verfolgung von kartellzivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen somit nicht auf das Vorliegen einer (bestandskräftigen) Feststellung eines durch die Beklagte begangenen Wettbewerbsverstoßes an. Abgesehen davon zählt das unionsrechtlich determinierte Kartellrecht nicht zum Kompetenzkreis der Bundesnetzagentur; eine ihr nicht zukommende Kompetenz kann insoweit auch nicht ausgehöhlt werden. Während das Billigkeitsurteil nach § 315 Abs. 3 BGB, worauf der Europäische Gerichtshof in Rn. 64 und 73-74 der Entscheidung „C.....“ hinweist, das bilaterale Vertragsverhältnis in den Blick nimmt und deshalb mit dem regulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbot im Konflikt gerät, welches auf die Gleichbehandlung verschiedener Vertragspartner zielt, ist das Wettbewerbsrecht ebenso wie das Regulierungsrecht Marktordnungsrecht. Weil auch das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs und den Schutz der Marktgegenseite in Blick nimmt, gerät es mit dem Diskriminierungsverbot nicht in Konflikt. Die Diskriminierungsverbote des Wettbewerbs – und des Kartellrecht sind gleich gerichtet und ergänzen sich beim Schutz des Wettbewerbs (vgl. S. 7 Gutachten Professor Schweitzer, Anlage A106, Bl. 3348 dA), wie nicht zuletzt die Regelung des § 14b Abs. 1 AEG a.F. zeigt.

c) Das beanstandete Verhalten der Beklagten, die Erhebung von sog. „Regionalfaktoren“ auf ausgewählten Strecken, ist auch geeignet, den innereuropäischen Handel spürbar zu beeinträchtigen.

Nach der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Formel liegt eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vor, wenn sich unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung oder Verhaltensweise den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnte (st. Rspr. seit EuGH, Urteilen vom 30.06.1966 - Rs. 56/65 - Slg. 1966, 281, 303, *Maschinenbau Ulm* vom 13.07.1966 - Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 321, 389, *Grundig Fuchs in Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1, 6. Aufl. 2019, Art. 102 AEUV Rn. 22 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen liegen vor. Dass die Eisenbahninfrastruktur unionsrechtlich gesehen binnenmarktrelevant war und ist, zeigt bereits die im streitgegenständlichen Zeitraum geltende Richtlinie 2001/14/EG, deren Ziel es nach ihrem Erwägungsgrund Nr. 49 war, die Regelungen in den Mitgliedstaaten über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn, die Entgelte für deren Nutzung sowie die Sicherheitsbescheinigung zu koordinieren, um gerechte und nichtdiskriminierende Bedingungen für den Zugang zu den Fahrwegen zu gewährleisten und dabei die eindeutig grenzüberschreitende Dimension des Betriebs wichtiger Teilkomponenten des Eisenbahnnetzes zu berücksichtigen. Angesichts des im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland flächendeckend anwendbaren Trassenpreissystems der Beklagten liegt es nahe, dass ihr diskriminierendes Preissetzungsverhalten den Marktzutritt von Eisenbahnverkehrsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erschweren geeignet ist (BGH, Urteil vom 29.10.2019 - KZR 39/19 - Rn. 53). Der Senat nimmt diesbezüglich auf die Einschätzung der Bundesnetzagentur auf Seiten 20 f. ihres infolge des zwischen ihr und der Beklagten geschlossenen verwaltungsrechtlichen Vergleichs nicht in Bestandskraft erwachsenen Bescheides vom 05.03.2020 unter Ziffer II. 1 b) cc) ccc) Bezug, der er sich nach eigener

Überzeugungsbildung anschließt.

3. Damit ist die Beklagte der Klägerin für sämtliche Entgeltteile, die auf der missbräuchlichen, diskriminierenden Erhebung von Regionalfaktoren für einzelne zum Betrieb von Schienenpersonennahverkehr genutzten Strecken beruhen, gem. § 33 Abs. 3 GWB zum Ersatz des der Klägerin dadurch entstandenen Schadens verpflichtet, dass sie diese gleichwohl an die Beklagte gezahlt hat bzw. die Beklagte hat der Klägerin die mangels wirksamer Trassenpreiserhebung insoweit ohne Rechtsgrund geleisteten Preisaufschläge nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zu erstatten. Der Schaden besteht in der vom Landgericht tenorierten Höhe, in der die Trassenentgelte auf einer auf die Regionalfaktoren zurückzuführenden Erhöhung der Trassenpreise beruhen.

Das Vorliegen eines Schadens lässt sich nicht mit dem Argument verneinen, dass im streitgegenständlichen Zeitraum des Fahrplanjahres 2011, wie die Beklagte behauptet, der jeweils zuständige Aufgabenträger der Daseinsvorsorge im Verkehrsdurchführungsvertrag für die Infrastrukturkosten einschließlich der durch die Regionalfaktoren bedingten Entgeltteile aufgekommen sei, so dass es sich hierbei für das klagende Eisenbahnverkehrsunternehmen um einen „Durchlaufposten“ gehandelt habe. Eine etwa erfolgte Abwälzung eines kartellbedingten Vermögensnachteils auf Dritte (sog. „passing-on-Einwand“), hier eine unterstellte Abwälzung der Infrastrukturkosten und damit der Regionalfaktoren auf den Aufgabenträger der Daseinsvorsorge, schließt nicht bereits die Entstehung eines Schadens aus, noch mindert es ihn. Ein gesetzlicher Anspruch der Eisenbahnverkehrsunternehmen gegen die Aufgabenträger, ihnen von der Beklagten wettbewerbswidrig erhobene, auf den Regionalfaktoren beruhenden Entgeltaufschläge zu erstatten, besteht nicht. Der Schaden ist vielmehr ungeachtet eines (unterstellten) vertraglichen Anspruchs der Klägerin gegen einen Aufgabenträger der Daseinsvorsorge auf Erstattung von Infrastrukturkosten mit der Erhebung wettbewerbswidriger Trassenentgelt eingetreten.

Davon unabhängig zu beurteilen ist die Frage, ob es den Ersatzanspruch eines Geschädigten ausschließt oder mindert, wenn er den kartellbedingten Preisaufschlag auf seine Kunden oder - wie hier angeblich die Klägerin - auf die jeweils zuständigen Aufgabenträger der Daseinsvorsorge abwälzt. Diese Frage ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 28.06.2011 - KZR 75/10 -, *ORWI* -, Rn. 56f.; OLG Schleswig, Urteil vom 17.02.2020 - 16 U 43/19 Kart -, juris Rn. 127). Die Vorteilsausgleichung setzt nach allgemeinen Regeln (vgl. nur Grüneberg in Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, vor § 249 Rn. 67 ff.) zum einen voraus, dass ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil besteht und zum anderen, dass die Anrechnung des Vorteils dem Zweck des Schadensersatzes entspricht, d.h. sie darf den Geschädigten nicht unzumutbar belasten und den Schädiger nicht unbillig begünstigen (OLG Schleswig a.a.O. Rn. 128). Im Einklang mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot liegt die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und insbesondere die Kausalität des Vorteils beim Schädiger (BGH, Urteil vom 28.06.2011 - KZR 75/10 -, NJW 2012, 928, 933 m.w.N.), d.h. vorliegend bei der Beklagten. Dieser Darlegungslast genügen die Ausführungen der Beklagten nicht. Unterstellt man, dass die Klägerin von ihr zu zahlende Kosten der Infrastruktur jedenfalls im streitgegenständlichen Zeitraum 01.12.2009 bis 31.12.2010 vertraglich an den Aufgabenträger der Daseinsvorsorge durchreichen konnte, folgt daraus nicht, dass ihr kein Schaden entstanden ist. Vielmehr sähe sich die Klägerin für den Fall, dass der Aufgabenträger ihr Kosten der Infrastruktur tatsächlich ersetzt haben

sollte, die sie wegen Kartellrechtswidrigkeit bzw. mangels Rechtsgrunds nicht zu zahlen verpflichtet war, ihrerseits der Gefahr eines Anspruchs des Aufgabenträgers auf Erstattung bzw. Herausgabe der wettbewerbswidrig bzw. rechtsgrundlos gezahlten Entgeltteile ausgesetzt. Es kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die öffentlichen Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnehmenden Aufgabenträger in einem Verkehrsdurchführungsvertrag mit der Beklagten verpflichtet werden sollte, der Klägerin Entgeltzuschläge als „Kosten der Infrastruktur“ auch dann zu erstatten, wenn insoweit gar keine wirksame Zahlungsverpflichtung der Klägerin bestand. Abgesehen davon hat die Klägerin bestritten, dass die „Erhebung der Regionalfaktoren“ ein durchlaufender Posten sei.

Im Übrigen hat die Beklagte nicht geltend gemacht, wegen der von den Aufgabenträgern vermeintlich der Klägerin erstatteten, kartellrechtswidrigen Entgeltzuschläge in Form von Regionalfaktoren unmittelbar vom Aufgabenträger der Daseinsvorsorge auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden (vgl. zum Anspruch von Personen, die nicht als Anbieter oder Nachfrager auf dem von einem Kartell betroffenen Markt tätig sind, sondern Subventionen an Abnehmer der auf diesem Markt angebotenen Produkte gewährt haben: EuGH Urteil vom 12.12.2019 – C-435/18 –, BeckRS 2019, 31221, beck-online), so dass eine doppelte Inanspruchnahme nicht vorliegt. Im Übrigen hätte die Beklagte, sollte sie wegen der von ihr behaupteten „Durchleitung“ der regionalfaktorbedingten Entgeltzuschläge mit einer Inanspruchnahme durch die Aufgabenträger rechnen, sich vor einer doppelten Inanspruchnahme durch eine Streitverkündung schützen können.

4. Der Zinsanspruch beruht auf § 33 Abs. 3 Sätze 4 und 5 GWB i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 709, 711 ZPO.

IV.

Die Revision war zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung mit Blick auf das Urteil des OLG Frankfurt vom 15.09.2020 (11 U 128/14 (Kart), a.a.O.) zuzulassen, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Anders als die dortige Entscheidung geht der Senat davon aus, dass auch bei unterstellter „Durchreichung“ des auf Regionalfaktoren beruhenden Entgeltzuschlags an den Aufgabenträger der Klägerin eine Erlösminderung vorliegt, also ein Schaden entstanden ist, und auch eine beabsichtigte Wettbewerbsverzerrung vorliegt.

Dr. Dr. K.....

K.....

D.....