

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

Geschäftsnr.: 3-08 O 25/04

Lt. Protokoll
verkündet am 06.07.2005

JAe Genetin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Schlussurteil IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

der DB Energie GmbH,
vertreten durch ihre Geschäftsführer
Andreas P. Meyer, Frank Meyer,
Richard Hautsch und Thomas Groh,
Pfarrer-Perabo-Platz 2, 60326 Frankfurt am Main,

Vert.	Frist not.	KR/ KSA	Mdt.
RA	EINGEGANGEN		Konten nieren
SB	05. Sep. 2005		Rück- spr.
Rück- spr.	Brauner & Sattler Rechtsanwälte		Zahl- lung
zdA			Stel- lung

SA
②

Proz.-Bev.: [REDACTED]

- Klägerin -

g e g e n

[REDACTED]

Proz.-Bev.: Rechtsanwalt Dr. Brauner,
Viktoriastr. 29, 44787 Bochum -

- Beklagte -

hat das Landgericht Frankfurt am Main - 8. Kammer für Handelssachen -

durch Vorsitzenden Richter am Landgericht **Nickel**
Handelsrichter **Saller**
Handelsrichter **Lenhart**

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 06.07.2005 für Recht erkannt:

Die Klage wird unter Aufhebung des Anerkenntnisvorbehaltsurteils vom 19.05.2004 abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 130 % der beizutreibenden Kosten vorläufig vollstreckbar.

- Tatbestand -

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Bezahlung von geliefertem Bahnstrom.

Die Klägerin, ein Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG, ist Energiedienstleister für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß § 2 Abs. 1 AEG. Als Energiedienstleister betreibt sie den Einkauf, Verkauf und die Bereitstellung von elektrischer Energie zum Betrieb von Triebfahrzeugen für den Zugverkehr im Gebiet der gesamten Bundesrepublik Deutschland. Insoweit geht es um die Lieferung von 16,7 Hz-Bahnstrom.

Die Klägerin bot ihren Abnehmern den Strom gegen Zahlung eines Mischpreises oder eines Preises nach dem Leistungs- und Arbeitspreismodell an.

Bei dem Leistungs- und Arbeitspreismodell setzt sich der Gesamtpreis aus zwei Bestandteilen zusammen, dem Leistungs- und dem Arbeitspreisanteil.

Der Leistungspreis ist das jährliche Entgelt dafür, dass der Stromlieferant dem Verbraucher im Umfang seiner bestellten Leistung Erzeugungs- bzw. Versorgungsanlagen (wie zum Beispiel das 110 kV-Bahnstromnetz) vorhält, welche dieser jederzeit in Anspruch nehmen kann. Der Leistungspreis ist unabhängig davon zu zahlen, ob Strom tatsächlich verbraucht wird oder nicht.

Der Arbeitspreis ist das Entgelt für die innerhalb einer bestimmten Zeitspanne tatsächlich bezogene elektrische Energie. Er ist nur dann zu bezahlen, wenn elektrische Energie tatsächlich bezogen wird.

Dieses aus einer Leistungs- und einer Arbeitskomponente bestehende Preismodell leitet sich aus der Kostenstruktur der Energiewirtschaft ab. Zur Versorgung von Abnehmern mit elektrischer Energie bedarf es nicht nur der Errichtung einer Erzeugungsanlage, sondern insbesondere der Errichtung eines technisch aufwendigen Übertragungs- und Verteilungsnetzes. Für den Betrieb dieser Anlagen fallen bei dem versorgenden Unternehmen

Kosten unabhängig davon an, ob der Abnehmer tatsächlich elektrische Energie verbraucht oder nicht. Von den Gesamtkosten der Stromversorgung sind etwa 70 % fixe Kosten, die über den Leistungspreis an die Abnehmer weitergegeben werden. Die variablen, vom tatsächlichen Energieverbrauch abhängigen Kosten in Höhe von etwa 30 % der Gesamtkosten entsprechen im Wesentlichen den Brennstoffkosten und werden über den Arbeitspreis an die Abnehmer weitergegeben.

Aus dieser Struktur folgt, dass Abnehmer mit einer niedrigeren Abnahmemenge einen spezifisch höheren Preis zahlen als Abnehmer mit einer hohen Abnahmemenge. Der verbrauchsunabhängige Leistungspreis kann sich bei geringem Verbrauch nämlich nur auf eine kleinere Abnahmemenge verteilen. Je weniger Kilowattstunden verbraucht werden, desto stärker belasten verbrauchsunabhängige Bestandteile den Preis der einzelnen Kilowattstunden.

Deshalb bot die Klägerin auch einen Mischpreis an, der durch Unterstellung einer erheblich günstigeren Benutzungsstruktur (nämlich derjenigen eines Großkunden) die verbrauchsunabhängigen Leistungspreisbestandteile besser auf die Abnahmemenge verteilte. Dadurch stellte sich ein geringerer spezifischer Preis ein, der für Kunden mit einer niedrigen Benutzungsstundenzahl, wie die Beklagte, den Markteintritt erleichterte.

Den Mischpreis bot die Klägerin allen Güterverkehrskunden an, die eine Jahresbenutzungsdauer von weniger als 3.500 Stunden pro Jahr hatten, darunter auch der Beklagten. Unternehmen mit einer darüber liegenden Jahresbenutzungsdauer – wie die Railion Deutschland AG – wurden nach dem Leistungs- und Arbeitspreismodell abgerechnet.

Der Mischpreis betrug ursprünglich 6,749 Ct/kWh und erhöhte sich im Zuge der Umstellung der für den Stromverbrauch maßgeblichen Abrechnungspunktes vom Unterwerk auf die Oberleitung ab Januar 2002 auf 7,257 Ct/kWh. Diese Preiserhöhung resultierte aus der Reduktion der abrechnungsrelevanten Menge, weil mit der Umstellung des Abrechnungspunktes (Oberleitung) Leistungsverluste in Höhe von rund 7 % nicht erfasst wurden. Diese nicht erfassten Verluste wurden über einen höheren Mischpreis kompensiert. Für die Berechnung der Stromsteuer war jedoch die geringere, gemessene Menge ab

Oberleitung maßgebend, weshalb alle Abnehmer eine geringere Stromsteuerbelastung hatten.

Die Beklagte ist ein nach § 6 AEG zugelassenes privates Eisenbahnverkehrsunternehmen, das seit seiner Gründung im Jahre [REDACTED] im Bereich des Schienengüterverkehrs national und international tätig ist. Zur Erbringung der Güterverkehrsleistungen ist die Beklagte in der Bundesrepublik Deutschland auf die Benutzung des öffentlichen Schienennetzes der DB Netz AG sowie die Inanspruchnahme von 16,7 Hz-Bahnstrom angewiesen.

Am 23.11.2000 schloss die Klägerin mit der [REDACTED] einen Vertrag über die Lieferung von 16,7 Hz-Bahnstrom für den Betrieb des Zugverkehrs auf den in Anlage 6 zum Vertrag genannten Streckenabschnitten (Bl. 21 d.A.). Wegen der Einzelheiten des Vertrages wird auf Bl. 10-20 d.A. verwiesen. Durch Vereinbarung vom 01.03.2001 übertrug die [REDACTED] mit Zustimmung der Klägerin den Vertrag auf die Beklagte. Am 25.06.2001 schlossen die Parteien einen weiteren Vertrag über die Lieferung von 16,7 Hz-Bahnstrom. Beide Bahnstromlieferungsverträge wurden zum 31.12.2002 beendet.

Mit Schreiben vom 13.05.2002 (Bl. 34-36 d.A.) forderte die Klägerin die Beklagte auf, ihr Wahlrecht, ob der Bahnstrom gegen Zahlung eines Mischpreises oder eines Preises nach dem Leistungs- und Arbeitspreismodell geliefert werden soll, erneut auszuüben, da sich die Höhe des Mischpreises auf 7,257 Ct/kWh geändert hatte. Die Beklagte wählte mit Schreiben vom 27.05.2002 die Mischpreisvariante.

Die Klägerin lieferte der Beklagten den vereinbarten Strom und stellte ihr den gewählten Mischpreis für die Monate Juni bis Dezember 2002 in Rechnung (Bl. 33-44 d.A.). Die Beklagte kürzte die Rechnungen für Juni über € [REDACTED] (Bl. 38 d.A.) um € [REDACTED] (20 %) und für Juli über € [REDACTED] (Bl. 39 d.A.) um € [REDACTED]. Aus den beiden Rechnungskürzungen ergibt sich die Klageforderung in Höhe von € [REDACTED] die die Klägerin mit der vorliegenden Klage gegen die Beklagte geltend macht. Die übrigen Rechnungen bezahlte die Beklagte vorbehaltlos in voller Höhe gemäß der Preisvereinbarung.

Die Kammer hat die Beklagte durch Urkunden-Anerkenntnis-Vorbehaltsurteil vom 19.05.2004 unter Vorbehalt ihrer Rechte im Nachverfahren verurteilt, an die Klägerin € [REDACTED] nebst Zinsen zu zahlen.

Die Klägerin macht die beiden Kürzungen der Beklagten aus den Rechnungen für Juni und Juli 2002 geltend.

Die Klägerin bestreitet eine marktbeherrschende Stellung.

Sie trägt vor, dass selbst ein höherer Strompreis als bei ihren Konzernschwestern keine spürbare Beeinträchtigung der Beklagten darstelle, weil der Anteil der Stromkosten an den operativen Kosten der Beklagten nach deren eigenem Vorbringen nur 15 % betrage.

Sie rechne jede an ihre Konzernschwestern abgegebene Kilowattstunde Bahnstrom ab. Grundlage hierfür seien gemessene Werte sowie präzise und nachprüfbare Verkehrsdaten, wie zum Beispiel zurückgelegte Entfernungen und die Lasttonnenkilometerzahlen.

Im Gegensatz zur Beklagten habe sie ihrer Konzernschwester, der Railion Deutschland AG, einen Gesamtpreis nach dem Leistungs- und Arbeitspreismodell in Rechnung gestellt. Dieser habe im Juni 2002 6,4 Ct/kWh und im Juli 6,828 Ct/kWh betragen (Seiten 7-16 des Schriftsatzes vom 07.02.2005; Bl. 277-286 d.A.).

Diese Preise seien mit den der Beklagten tatsächlich in Rechnung gestellten Preisen von 7,152 Ct/kWh bzw. 7,160 Ct/kWh zu vergleichen, weil die Beklagte für zurück gespeiste Energie einen Ct/kWh erhalten habe. Danach ergebe sich eine Differenz von 7,05 % bezogen auf das Jahr 2002 bzw. von 10,5 % und 4,6 % bezogen auf die Monate Juni und Juli 2002.

Dieser Preisunterschied sei gerechtfertigt, weil die Railion Deutschland AG wesentlich mehr Energie abgenommen habe als die Beklagte. Die abgenommene Strommenge stelle einen sachlich gerechtfertigten Grund dar, Stromabnehmer unterschiedlich zu behandeln. Im gesamten Energiesektor sei es anerkannt, dass die Strompreise von der abgenommene

Strommenge und der Jahresdauer abhängen würden (Preisbildungsmethodik). Je höher die abgenommene Strommenge und die Jahresdauer seien, desto niedriger sei der Strompreis pro kWh. Bezogen auf das Abnahmeverhalten der Beklagten und der Railion Deutschland AG würde die Abweichung 40 % betragen, wenn man nur die Nutzungsentgelte betrachten würde. Insoweit verweist die Klägerin auf eine Auswertung der Entgelte von 826 Netzbetreibern. Dem gegenüber betrage der Preisunterschied zwischen den von ihr in Rechnung gestellten Preisen nur rund 7 %. Zur Bestätigung der Rechtfertigung der Preisunterschiede legt die Klägerin einen Bericht von PwC vom 26.11.2003, auf den in Bl. 310-320 d.A. verwiesen wird, vor.

Außerdem übersteige der von ihr ermittelte Preisunterschied von jährlich 7,05 % nicht die Erheblichkeitsschwelle. Denn sowohl bei § 19 GWB als auch bei § 20 Abs. 1 GWB sei das geforderte Entgelt erst dann diskriminierend oder missbräuchlich, wenn der wettbewerbsanaloge Preis erheblich überschritten werde. Eine solche Erheblichkeitsschwelle werde erst dann überschritten, wenn der Preisabstand mehr als 10 % betrage.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass weder das AEG noch die EIBV auf die Lieferung von Bahnstrom Anwendung finden könne, weil Strom/Energie keine Infrastruktur sei und AEG und EIBV nur den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur regeln. Außerdem streiten die Parteien nicht um die Nutzung der Infrastruktur für die Herstellung und die Lieferung von Strom, sondern um die Lieferung von Bahnstrom.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 19.05.2004 mit der Maßgabe für vorbehaltlos zu erklären, dass die Beklagte verurteilt wird, an sie € [REDACTED] nebst Zinsen in Höhe von 3 Prozentpunkten über dem jeweiligen Zinssatz der EZB aus € [REDACTED] seit 16.08.2002 und aus € [REDACTED] seit 27.08.2002 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

das Urkunden-Anerkenntnis-Vorbehaltsurteil vom 19.05.2004 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, dass die Preisvereinbarung nach §§ 20, 19 Abs.1 und 4 Nr. 1 und 2 GWB i.V.m. § 134 BGB unwirksam sei.

Der Anteil der Stromkosten an ihren operativen Kosten betrage ca. 15 %. Ein angemessener und marktgerechter Strompreis sei deshalb von ausschlaggebender Bedeutung im Wettbewerb mit anderen Verkehrsträgern.

Die Klägerin würde den Bahnstrom an konzernabhängige Unternehmen für nur 5,2 Ct/kWh liefern. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Klägerin den Stromverbrauch ihrer Konzernschwestern teilweise nicht exakt über Verbrauchserfassungsgeräte ermittele, sondern den Verbrauch insoweit pauschal abrechne.

Die Klägerin nutze deshalb ihre marktbeherrschende Stellung aus, indem sie von ihr ein um 30 % höheres Entgelt fordere als von ihren Konzernschwestern. Dadurch behindere die Klägerin sie auch in unbilliger Weise und beeinträchtige sie ohne sachlich gerechtfertigten Grund.

Bei der Berechnung der Klägerin sei unberücksichtigt geblieben, dass nicht jede tatsächlich verbrauchte Kilowattstunde abgerechnet worden sei. Außerdem sei nicht berücksichtigt, dass die Railion Deutschland AG den rückgespeisten Strom, dessen Anteil immerhin 8 % betragen habe, habe verbrauchen können, ohne ihn zu bezahlen. Zwar habe auch sie den rückgespeisten Strom verbrauchen können. Sie habe ihn aber bezahlen müssen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Restzahlung in Höhe von € [REDACTED] aus § 433 Abs. 2 BGB aufgrund der am 23.11.2000/01.03.2001 und 25.06.2001 abgeschlossenen

Verträge für die Lieferung von 16,7 Hz-Bahnstrom für die Zeit von Juni bis Juli 2002 aus den Rechnungen vom 29.07.2002 (Bl. 38 d.A.) und 08.08.2002 (Bl. 39 d.A.) zu, weil die zwischen den Parteien getroffene Preisvereinbarung über 7,257 Ct/kWh nach § 20 Abs. 1 i.V.m. § 134 BGB nichtig ist.

Sowohl § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (Langen/Bunte § 19 GWB R. 181) als auch § 20 Abs. 1 GWB (Langen/Bunte § 20 GWB R. 207) sind Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB. Da es vorliegend um einen kartellrechtlichen Preisverstoß geht, führt die Nichtigkeit des vereinbarten Preises nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Stromlieferungsvertrags. Vielmehr bleibt der Vertrag mit dem zulässigen Preis aufrechterhalten bzw. nur die Preisvereinbarung ist insgesamt nichtig (Immenga/Mestmäcker/Mörschel § 19 GWB R. 248).

Bei der Klägerin handelt es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Insoweit ist auf den Markt in der Bundesrepublik Deutschland für die Lieferung von 16,7 Hz-Bahnstrom in dem Zeitraum Juni/Juli 2002 abzustellen. Denn Abnehmer von 16,7 Hz-Bahnstrom zum Betrieb von Eisenbahnen haben keine Möglichkeit, den Strom von dritter Seite zu beziehen (funktionelle Austauschbarkeit).

Hinsichtlich des räumlich relevanten Markts ist vom gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland als Regelfall auszugehen.

Die Klägerin, die Bahnstrom anbietet, war im Juni/Juli 2002 unstreitig auf diesem Markt ohne Wettbewerber (§ 19 Abs. 3 Nr. 1 GWB) und damit marktbeherrschend.

Danach kommt eine Unwirksamkeit der Preisvereinbarung der Parteien nach § 20 Abs. 1 GWB in Betracht, weil es sich bei der Beklagten um ein Unternehmen in einem Geschäftsverkehr handelt, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, und die Klägerin die Beklagte gegenüber anderen gleichartigen Unternehmen unmittelbar ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelte.

Denn die Klägerin hat mit der Beklagten nach ihrem eigenen Vorbringen ein höheres Entgelt für die Abnahme von 16,7 Hz-Bahnstrom vereinbart und damit auch eingefordert, als sie von ihrer Konzernschwester, Railion Deutschland AG, verlangt hat. Die Klägerin hat für die Monate Juni/Juli 2002 von der Railion Deutschland AG 6,4 Ct/kWh bzw. 6,828 Ct/kWh und von der Beklagten unter Berücksichtigung der Rückeinspeisung 7,152 Ct/kWh bzw. 7,160 Ct/kWh gefordert. Dies sind 11,75 % bzw. 4,86 % mehr als sie von der Railion Deutschland AG im selben Zeitraum eingefordert hat. Auf das Gesamtjahr 2002 bezogen beläuft sich der Preisunterschied auf 7,58 %. Die Klägerin behandelte damit die Beklagte gegenüber einem anderen gleichartigen Unternehmen (Railion Deutschland AG) unmittelbar unterschiedlich.

Insoweit ist es nämlich nicht erforderlich, dass der Unterschied zwischen dem von Railion Deutschland AG geforderten Entgelt und dem von der Beklagten verlangten erheblich ist. Denn ein Erheblichkeitszuschlag ist nur im Rahmen der Missbrauchsprüfung nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, um den es vorliegend nicht geht, vorzunehmen. Im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB ist vielmehr darauf abzustellen, ob die Preisdifferenz sachlich gerechtfertigt ist. Außerdem wird vorliegend nicht – wie bei § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB – das von der Beklagten geforderte Entgelt mit dem (wirklichen oder fiktiven) Wettbewerbspreis verglichen, sondern mit dem von einem gleichartigen Unternehmen verlangten Preis. Letzterer ist nicht mit dem wettbewerbsanalogen Preis gleichzusetzen.

Indem sich die Klägerin von der Beklagten ein höheres Entgelt für die Überlassung von Bahnstrom versprechen ließ, behinderte sie die Beklagte in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr.

Maßgeblicher Geschäftsverkehr ist vorliegend die Überlassung von Bahnstrom zur Durchführung des Eisenbahnverkehrs. Dabei kann unentschieden bleiben, ob der für § 20 Abs. 1 GWB maßgebliche Geschäftsverkehr im Streitfall die Überlassung von Bahnstrom zum Zwecke der Durchführung aller drei Eisenbahnverkehr (Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr) umfasst oder ob er sich auf die Überlassung von Bahnstrom an solche Eisenbahnverkehrsunternehmen beschränkt, die im Schienengüterverkehr tätig sind.

Unternehmen sind gleichartig, wenn sie in dem jeweiligen Geschäftsverkehr eine im Wesentlichen gleiche unternehmerische Tätigkeit und wirtschaftliche Funktion ausüben. Maßgebend kommt es dabei auf das Verhältnis der zu vergleichenden Unternehmen zur Marktgegenseite des Geschäftsverkehrs an (Immenga/Mestmäcker/Markert § 20 GWB R. 99). Im Rahmen der gebotenen nur verhältnismäßig groben Sichtung reicht für die Gleichartigkeit regelmäßig die Ausübung der für eine bestimmte Wirtschaftsstufe (Produktion, Großhandel, Einzelhandel) typischen unternehmerischen Tätigkeit und wirtschaftlichen Funktion im Hinblick auf eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen aus. Auf die sonstigen Modalitäten, wie beispielsweise die Rechtsform des Unternehmens, ihre Absatzstruktur und Abnahmeleistung oder die Unternehmensgröße kommt es nicht an. Ebenso unerheblich ist, ob die Unternehmen in dem maßgeblichen Geschäftsverkehr im Verhältnis zueinander gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen (Immenga/Mestmäcker, Markert § 20 GWB R. 100 f.). Im Allgemeinen sind solche Unternehmen gleichartig, die als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen auf derselben Wirtschaftsstufe agieren (zum Beispiel als Hersteller, Großhändler, Einzelhändler, gewerblicher Verbraucher).

Die Beklagte war bei der Nachfrage von Bahnstrom gegenüber allen anderen Eisenverkehrsunternehmen, die die Klägerin um die Überlassung von Bahnstrom ersuchen, gleichartig. Dies gilt in Bezug auf den Gesamtbereich der Eisenbahnverkehre ebenso wie bezogen auf den Teilbereich des schienengebundenen Güterverkehrs. Denn die Beklagte fragte ebenso wie die anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen um die Überlassung von Bahnstrom der Klägerin nach, um Eisenbahnverkehrsdienste anbieten und erbringen zu können. Sie war folglich wie jene eine gewerbliche Nachfragerin von Bahnstrom und damit auf derselben Wirtschaftsstufe wie die übrigen Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig. Dies reicht für die Bejahung der Gleichartigkeit aus.

Bei der Railion Deutschland AG handelt es sich um ein anderes gleichartiges Unternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB, das die Klägerin gegenüber der Beklagten bevorzugte, indem sie von Railion Deutschland AG ein geringeres Entgelt für die Lieferung von Bahnstrom verlangte als von der Beklagten.

Zwar können Konzernunternehmen wegen der wirtschaftlichen Einheit grundsätzlich nicht als gleichartige Unternehmen i.S.v. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB angesehen werden. Etwas anderes gilt jedoch bei einer anderen ausdrücklichen gesetzlichen Bewertung (Langen/Bunte, § 20 GWB R. 112). Eine solche Ausnahme liegt hier vor.

Denn der Gesetzgeber verpflichtet die Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ihre Infrastruktureinrichtungen jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen diskriminierungsfrei zu überlassen; das schließt im Umkehrschluss nicht nur die Bevorzugung irgendeines fremden Unternehmens, sondern in gleicher Weise auch die Begünstigung eines konzerneigenen Eisenbahnverkehrsunternehmens aus. Die dahingehende gesetzgeberische Anordnung lässt sich aus §§ 8 und 3 Abs. 1 Nr. 2 EIBV entnehmen. § 8 EIBV bestimmt, dass jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber in gleicher Weise die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur anzuwenden und die Nutzungsentgelte zu berechnen sind. § 3 Abs. 1 Nr. 2 EIBV wiederholt dieses Gebot und ordnet an, dass die Eisenbahninfrastrukturunternehmen, zu denen auch die Klägerin gehört, den diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Einrichtungen dadurch sicherstellen, dass sie Allgemeine Geschäftsbedingungen einschließlich der Verzeichnisse der Nutzungsentgelte einheitlich für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen aufstellen. Aus alledem folgt für die Klägerin, dass auch das Konzernunternehmen Railion Deutschland AG zum Kreis der Nutzer von Eisenbahnstrom gehört, auf die bei dem Gebot zur diskriminierungsfreien Überlassung von Bahnstrom – und mithin im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB – abzustellen ist.

Die Klägerin ist nämlich ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des AEG. Letzteres regelt § 2 Abs. 3 AEG. Danach gehören zur Eisenbahninfrastruktur die in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 aufgeführten Anlagen. Hierzu gehören

- Anlagen zur Stromumwandlung (Unterwerke) und
- Stromversorgungsleitungen zwischen Unterwerke und Fahrdrabt.

Sowohl Unterwerke als auch Stromversorgungsleitungen zwischen Unterwerke und Fahrdrabt betreibt die Klägerin, was der Kammer aus dem Parallelverfahren 3-8 O 72/04

bekannt ist. Dem gegenüber führt der Umstand, dass das übrige Bahnstromnetz (die Stromerzeugung und der Transport des 16,7 Hz-Stroms zu den Unterwerken) nicht von der Anlage 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 erfasst wird, nicht dazu, dass die Beklagte deshalb kein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des AEG ist. Denn insoweit ist entscheidend darauf abzustellen, dass die Zurverfügungstellung des Bahnstroms genauso notwendig für den Betrieb der E-Loks durch Dritte ist wie die Überlassung der Bahntrassen einschließlich der Oberleitungen. Beides ist für einen Betrieb notwendig. Deshalb erfordert eine Deregulierung/Liberalisierung des Schienenverkehrs, dass sowohl die Überlassung der Eisenbahntrassen als auch die Zurverfügungstellung des Bahnstrom dem Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 AEG unterstellt werden mit der Folge, dass die Klägerin insgesamt als Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne von § 2 Abs. 3 AEG behandelt wird.

Indem die Beklagte den von der Klägerin in dem Fahrdraht eingespeisten Strom abnimmt, nutzt sie auch die unter die Anlage 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2598/70 fallenden Infrastruktureinrichtungen der Klägerin (Unterwerke und Stromleitungen zwischen Unterwerken und Fahrdraht) bzw. überlässt die Klägerin der Beklagten diese Infrastruktureinrichtungen zur Nutzung. Es geht also nicht nur um die Lieferung von Strom/Energie, sondern indirekt auch um die Nutzung der Unterwerke und der Stromversorgungsleitungen zwischen den Unterwerken und dem Fahrdraht und damit letztlich auch um die Nutzung der Eisenbahninfrastruktureinrichtungen. Daraus folgt zugleich, dass sowohl das AEG als auch die EIBV auf die Klägerin Anwendungen finden.

Allerdings wirkt sich die Ungleichbehandlung von Nachfragern von Bahnstrom nicht auf dem von der Klägerin beherrschten Markt aus, sondern auf einem Drittmarkt - Schienengüterverkehr -, auf dem die Klägerin gar nicht tätig ist. Aber § 20 Abs. 1 GWB gilt auch dann, wenn das gegenüber Abnehmern marktbeherrschende Unternehmen seine Marktmacht einsetzt, um den Wettbewerb von Abnehmern zu behindern (Langen/Bunte § 20 GWB R. 119). Insoweit kommt es nach der Neufassung des GWB nicht mehr darauf an, dass das behinderte Unternehmen auch auf dem beherrschten Markt tätig ist. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass nach der Rechtsprechung des BGH zum Behinderungsmissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (NJW 2004, 2375, 2376) ein Dritter Unterlas-

sungs- und Schadensersatzansprüche nach § 33 GWB auch dann geltend machen kann, wenn er nicht auf dem beherrschten Markt tätig ist. Nichts anderes kann für das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot aus § 20 Abs. 1 GWB gelten, zumal vorliegend ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB zugleich auch zu einer Nichtigkeit nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB führt.

Die unmittelbare Ungleichbehandlung durch die Klägerin ist auch nicht sachlich gerechtfertigt.

Ob gleichartige Unternehmen im Wettbewerb ohne sachlich gerechtfertigten Grund ungleich behandelt werden, ist auf der Grundlage einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Kartellgesetzes zu entscheiden. In diesem Rahmen sind zum einen die Interessen des behindernden Normadressaten zu berücksichtigen, wobei grundsätzlich alle Belange in die Bewertung einbezogen werden müssen, soweit sie nicht auf einen gesetzeswidrigen Zweck gerichtet sind oder sonst gegen gesetzliche Vorschriften oder Zielsetzungen verstoßen. In die Abwägung einzustellen ist zum anderen das Interesse des behinderten Unternehmens an einer von marktbedingten Beeinträchtigungen möglichst freien wettbewerblichen Betätigung (Immenga/Mestmäcker/Markert § 20 GWB R. 129-133). Bei der Würdigung der beiderseitigen Interessen ist zu berücksichtigen, dass auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ein unternehmerischer Freiraum zusteht. Jenes wird deshalb durch das Gebot des § 20 Abs. 1 GWB im Grundsatz nicht daran gehindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig hält (Markert R. 141). Ein Unternehmen mit besonderer Marktmacht unterliegt im Vergleich zu anderen Unternehmen allerdings engeren Schranken in seiner Betätigungsfreiheit. Aus der Verpflichtung des marktmächtigen Unternehmens, auf die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit Dritter und auf die im Allgemeininteresse liegende Freiheit des Wettbewerbs Rücksicht zu nehmen, folgt, dass die Behinderung gleichartiger Unternehmen im Wettbewerb nur dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn sie objektiv sachgemäß und angemessen ist (Markert R. 142). Dementsprechend ist eine differenzierende Preisgestaltung nur zulässig, wenn sie nach Ausmaß und Höhe

durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist (Markert R. 176, 177). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Denn der Preisunterschied ist nicht allein deshalb gerechtfertigt, weil die von Railion Deutschland AG abgenommene Strommenge wesentlich höher ist als die von der Beklagten. Zwar vermag das unterschiedliche Abnahmeverhalten von Railion Deutschland AG und der Beklagten eine unterschiedliche Preisgestaltung zu rechtfertigen. Im Hinblick auf die marktbeherrschende Stellung der Klägerin als einzige Bahnstromlieferantin ist sie jedoch in der Preisgestaltung nicht frei. Vorliegend wird dieser durch § 7 Abs. 3 EIBV enge Grenzen gesetzt. Denn § 7 Abs. 3 EIBV will gerade verhindern, dass großen Nachfragern – hier: Railion Deutschland AG – regelmäßig Mengennachlässe eingeräumt werden, die kleinere Eisenbahnverkehrsunternehmen – hier: die Beklagte –, auch wenn sie sich zusammenschließen, schon aus tatsächlichen Gründen nicht erreichen können.

Deshalb ist Maßstab für die sachliche Rechtfertigung der Preisunterschiede eine Beurteilung nach § 7 EIBV. Diese Vorschrift lässt nämlich lediglich zwei (näher bezeichnete) Preisnachlässe zu, zum einen den streckenbezogenen Mengennachlass (Abs. 2 Nr. 1) und zum anderen den zeitbezogenen Nachlass (Abs. 2 Nr. 2). Zwar spricht § 7 Abs. 2 Nr. 1 EIBV von einem auf Zugtrassen bezogenen (streckenbezogenen) Mengennachlass, um den es vorliegend nicht geht. Aber § 7 Abs. 1 und 2 EIBV gilt für alle Infrastrukturunternehmen und deren Preisgestaltung gegenüber Eisenbahnunternehmen. Aus der Formulierung „nach Maßgabe der folgenden Absätze“ folgt deshalb, dass die Absätze 2 und 3 entsprechend anzuwenden sind, soweit es nicht um streckenbezogene Mengennachlässe geht, sondern – wie hier gegeben – um verbrauchsabhängige. Wenn man diese Auffassung nicht teilen sollte, würde dies nämlich zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass Mengennachlässe nur zulässig wären, wenn sie streckenbezogen wären. Denn aus § 7 Abs. 1 EIBV folgt im Umkehrschluss, dass die Gewährung von Nachlässen im Übrigen unzulässig ist.

Ein streckenbezogener Mengennachlass ist dabei nur unter engen Voraussetzungen erlaubt. Er darf gemäß § 7 Abs. 3 EIBV ausschließlich dann eingeräumt werden, wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Einzelfall nachweisen kann, dass durch die Ver-