



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

URTEIL

U(Kart) 20/02
340 (Kart) 108/01
LG Düsseldorf

Verkündet am 19. März 2003
Roedel, Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

DB Netz AG, vertreten durch die Vorstandsmitglieder Roland Heinisch und Dagmar Haase, diese vertreten durch Assessor Joachim Faßbender, Recht Fahrweg, Hansastraße 15, 47058 Duisburg,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: die bei einem Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwälte der Sozietät (...)

gegen

(...) **GmbH**, vertreten durch die Geschäftsführer (...),

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: die beim Kammergericht oder bei dem Oberlandesgericht Köln zugelassenen Rechtsanwälte der Sozietät (...)

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Jaeger und die Richter am Oberlandesgericht Kühnen und Winterscheidt

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 19. Juni 2002 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
- II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von (...) € abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die zu erbringenden Sicherheiten können auch durch die selbst-schuldnerische Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Kreditinstituts geleistet werden.

- III. Die Beschwer der Klägerin und der Streitwert für das Berufungsverfahren werden auf (...) € festgesetzt.

Tatbestand

Die Klägerin ist ein nach den Bestimmungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (nachfolgend: AEG) zugelassenes Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Sie unterhält nahezu das gesamte bundesdeutsche Eisenbahnschienennetz.

Die Beklagte ist ein nach den Bestimmungen des AEG zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen. Sie erbringt (u.a.) Güterverkehrsdienste für Dritte. Dazu nutzt sie (auch) das Schienennetz und die dazugehörigen Infrastruktureinrichtungen der Klägerin. Grundlage dieser Nutzung ist der Infrastrukturnutzungsvertrag der Par-

teilen vom (...) 1999 (Anlage K 1, GA 11-23). Er enthält in § 4 Ziffer 1. die folgende Entgeltregelung:

„Für die in § 3 genannten Leistungen entrichtet das EU (lies: die Beklagte) der DB Netz AG (lies: der Klägerin) die in Anlage 4 im einzelnen aufgeführten Entgelte. Grundlage für die Entgeltberechnung in Anlage 4 ist die jeweils gültige Trassenpreisliste.“

Die Vertragsanlage 4 (GA 21) lautet - soweit vorliegend von Interesse - wie folgt .

„Grundlage für die Berechnung der Trassenpreise ist die jeweils gültige Trassenpreisliste. “

Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Zahlung restlichen Nutzungsentgelts für die Zeit von März 2000 bis März 2001 in Höhe von (...) € nebst Zinsen in Anspruch. Wegen der Einzelheiten der Forderungsberechnung wird auf die diesbezüglichen Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (dort Seite 4, GA 200) Bezug genommen.

Die Klägerin hat der Berechnung des streitbefangenen Nutzungsentgelts ihr - zwischenzeitlich aufgegebenes - Trassenpreissystem 98 (nachfolgend: TPS 98) zugrunde gelegt. Das TPS 98 umfasste zwei unterschiedliche Entgeltmodelle. Beim „InfraCard-Tarif“ hatte der Nutzer der klägerischen Eisenbahninfrastruktur einen festen jährlichen Grundpreis sowie zusätzlich einen Betrag pro Zugkilometer zu zahlen. Der jährliche Grundpreis schwankte je nach Streckenkategorie (K 1 bis K 6) zwischen 49.100 DM und 4.700 DM; der Kilometerpreis lag je nach Belastungsklasse der in Anspruch genommenen Eisenbahnstrecke (BS, B I bis B III) zwischen 3,98 DM und 2,50 DM. Wegen der Einzelheiten dieser Entgeltberechnung wird auf Anlage K 11 (dort Seite 2 und 3, GA 39 f.) Bezug genommen. Der „Vario-Tarif“ sah demgegenüber ausschließlich die Zahlung eines Nutzungsentgelts pro Zugkilometer vor. Der Kilometerpreis lag je nach Belastungsklasse (B I bis B III) zum Beispiel in der Streckenkategorie K 1 zwischen 15,49 DM und 14,61 DM und in der Streckenkategorie K 2 zwischen 14,42 DM und 13,54 DM. Wegen der weiteren Einzelheiten des „Vario-Tarifs“ wird auf Anlage K 11 (dort Seite 3, GA 40 Rückseite) verwiesen. Der „InfraCard-Tarif“ zeichnete sich dadurch aus, dass der Preis pro Zugkilometer bei einer geringen Nutzung des Schienennetzes den Kilometerpreis des „Vario-Tarifs“

überstieg, dass er aber bei einer höheren Inanspruchnahme unter dem Vario-Preis lag. In der Streckenkategorie K 1 und der Belastungsklasse B I war dies beispielsweise ab einer täglichen Zahl von 12 Zügen der Fall, wobei mit steigender Zugzahl das Entgelt pro Zugkilometer degressiv unter den Kilometerpreis des „Vario-Tarifs“ fiel (vgl. Anlage B 3, GA 145- 149).

Der „InfraCard-Tarif wurde im schienengebundenen Güterverkehr ausschließlich von der „DB Cargo AG“ - einer Konzerngesellschaft der Klägerin - in Anspruch genommen. Nur sie war das einzige Güterverkehrsunternehmen mit einem solchen Geschäftsumfang, dass der dargestellte Preisvorteil des „InfraCard-Tarifs“ ausgenutzt werden konnte. Die Beklagte und alle anderen Güterverkehrsunternehmen, die das klägerische Schienennetz in Anspruch nahmen, waren wegen ihrer geringen Zugzahl demgegenüber praktisch auf den „Vario-Tarif“ verwiesen.

Die Beklagte hält die Preisgestaltung des TPS 98 für rechtswidrig. Das TPS 98 habe einseitig das Konzernunternehmen der Klägerin bevorzugt. Der preisgünstige „InfraCard-Tarif“ sei regelrecht auf die „DB Cargo AG“ zugeschnitten gewesen, weil nur sie über eine hinreichende Zugzahl verfüge, um den Preisvorteil des „InfraCard-Tarif“ auszunutzen. Die „DB Cargo AG“ habe - was unstreitig ist - in der Streckenkategorie 1 einen Bedarf von 40 Zügen täglich und im Durchschnitt aller Streckenkategorien einen Bedarf von 28 Zügen täglich. Sie habe über den „InfraCard-Tarif“ folglich das Schienennetz der Klägerin zu einem weitaus geringeren Kilometerpreis nutzen können, als ihr selbst (der Beklagten) dies möglich gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: Die Entgeltforderung der Klägerin unterliege einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. Nach den Absprachen der Parteien richte sich das von der Beklagten zu zahlende Nutzungsentgelt nach den jeweils gültigen Trassenpreisen der Klägerin. Jene Trassenpreise würden von der Klägerin festgesetzt. Mithin lege die Klägerin im Sinne von § 315 BGB auch die Vergütungspflicht der Beklagten einseitig fest. Dass die Vergütungsforderung der Klägerin nach dem „Vario-Tarif“ des TPS 98 der Billigkeit entspreche, lasse sich nicht feststellen. Die Klägerin habe den ihr obliegenden Nachweis der Billigkeit nicht erbracht. Zur Konkretisierung des Billig-

keitsmaßstabs sei § 7 Abs. 3 der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (nachfolgend: EIBV) heranzuziehen, weil die Vorschrift einen diskriminierungsfreien Zugang der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu den Eisenbahninfrastruktureinrichtungen sicherstellen wolle. Nach der genannten Norm seien streckenbezogene Mengennachlässe, wie sie der „InfraCard-Tarif“ einräume, nur dann zulässig, wenn sich der Nachlass auf die Kostenersparnis beschränke, die das Infrastrukturunternehmen aus der gebündelten Abgabe mehrerer Zugtrassen an ein einziges Eisenbahnverkehrsunternehmen erziele, und wenn ferner diese Kostenersparnis durch ein Wirtschaftsprüfertestat nachgewiesen werde. An alledem fehle es vorliegend.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Zur Begründung trägt sie im wesentlichen vor:

§ 315 Abs. 3 BGB sei im Streitfall nicht anwendbar, weil die streitbefangenen Entgeltforderungen nicht auf einer einseitigen Leistungsbestimmung beruhten. Das TPS 98 sei bei Abschluss des Infrastrukturnutzungsvertrages mit der Beklagten im Juni 1999 bereits in Kraft gewesen. Die Geltung der darin vorgesehenen Nutzungsentgelte sei deshalb zwischen den Parteien einvernehmlich vereinbart worden.

Ebenso wenig sei § 7 Abs. 3 EIBV einschlägig. Der „InfraCard-Tarif“ des TPS 98 beinhalte keinen streckenbezogenen Mengennachlass im Sinne dieser Vorschrift. Nach dem Verständnis des Rabattgesetzes, welches auch hier heranzuziehen sei, werde der Rabattbegriff dadurch gekennzeichnet, dass es zwei Preise gebe, nämlich den Normalpreis und den im Einzelfall durch den Nachlass gewährten Ausnahmepreis. An einer solchen Preisdifferenzierung fehle es vorliegend. Dem „InfraCard-Tarif“ einerseits und dem „Vario-Tarif“ andererseits habe eine unterschiedliche Preisgestaltung zugrunde gelegen. Der „InfraCard-Tarif“ habe sich an Eisenbahnverkehrsunternehmen mit einem hohen Bedarf an Zugtrassen gewendet; der „Vario-Tarif“ habe demgegenüber jedwedem Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig vom Umfang der beabsichtigten Nutzung die Inanspruchnahme der klägerischen Infrastruktureinrichtungen ermöglichen sollen. Es habe sich um zwei Normalpreise und nicht um einen Normalpreis und einen Ausnahmepreis gehandelt.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie (...) € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz aus (...) zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und tritt dem Vorbringen der Klägerin im einzelnen entgegen. Außerdem, so macht sie geltend, verstoße die Vergütungsabrede der Parteien gegen nationales Kartellrecht (§§ 19, 20 GWB) und sei aus diesem Grunde gemäß § 134 BGB nichtig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.

I.

Das Landgericht hat die Zahlungsklage der Klägerin mit Recht abgewiesen. Dabei kann es auf sich beruhen, ob - wie das Landgericht angenommen hat und die Berufung mit Aussicht auf Erfolg bekämpft - die Vergütungsabrede der Parteien in § 4 des Infrastrukturnutzungsvertrages vom 14./21. Juni 1999 der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB unterliegt und die Klägerin den ihr obliegenden Nachweis, dass das vereinbarte Nutzungsentgelt der Billigkeit entspricht, nicht erbracht hat. Die Klageforderung erweist sich jedenfalls deshalb als derzeit unberechtigt, weil die genannte Vergütungsregelung der Parteien - die als Grundlage des Klagebegehrens alleine in Betracht kommt - gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das kartell-

rechtliche Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB (und zudem des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB) nichtig ist.

A. Gemäß § 20 Abs. 1 GWB ist es marktbeherrschenden Unternehmen (u.a.) verboten, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Es handelt sich um ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB. Verstößt eine Vertragsbestimmung gegen § 20 Abs. 1 GWB, ist sie unwirksam (vgl. nur: Markert in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., § 20 Rdz. 226 m.w.N.).

B. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 GWB sind erfüllt. Die Vergütungsabrede der Parteien, die auf das TPS 98 Bezug nimmt, diskriminiert die Beklagte in kartellrechtlich unzulässiger Weise, weil sie ihr ein (deutlich) höheres Nutzungsentgelt pro Zugkilometer abverlangte, als die „DB Cargo AG“ für dieselbe Leistung zu zahlen hatte.

Im einzelnen:

1. Der rechtlichen Beurteilung ist in räumlicher Hinsicht das Bundesgebiet und in sachlicher Hinsicht der Markt der Nutzungsüberlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen zugrunde zu legen, auf dem sich Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Anbieter und Eisenbahnverkehrsunternehmen als Nachfrager gegenüber stehen. Ob darüber hinaus eine weitergehende Marktabgrenzung geboten ist und für die einzelnen Eisenbahnverkehre (Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr) gesonderte Teilmärkte zu bilden sind, kann für die Entscheidung des Streitfalles dahin stehen. Denn die Klägerin ist sowohl auf dem Gesamtmarkt als auch auf jedem der drei - etwaig zu bildenden - Einzelmärkte marktbeherrschend im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Darüber besteht zwischen den Parteien zu Recht kein Streit. Die Klägerin besitzt nahezu 100 % des bundesdeutschen Eisenbahnschienennetzes. Sie ist - von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen - damit praktisch die einzige Anbieterin von schienengebundenen Infrastruktureinrichtungen. Als solche ist sie sowohl bezogen auf den Gesamtmarkt der Überlassung von Eisenbahninfr-

rastruktureinrichtungen als auch bezogen auf für die einzelnen Eisenbahnverkehre etwaig zu bildende Teilmärkte keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt.

2. Indem sich die Klägerin von der Beklagten ein auf der Grundlage des TPS 98 zu berechnendes Nutzungsentgelt versprechen ließ (und auch einfordert), behinderte sie die Beklagte in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr.

a) Maßgeblicher Geschäftsverkehr ist im Streitfall die Nutzungsüberlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen zur Durchführung eines Eisenbahnverkehrs. Dabei kann auch an dieser Stelle unentschieden bleiben, ob der für § 20 Abs. 1 GWB maßgebliche Geschäftsverkehr im Streitfall die Überlassung der Eisenbahninfrastruktur zum Zwecke der Durchführung aller drei Eisenbahnverkehre (Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr) umfasst oder ob er sich auf die Überlassung der Infrastruktureinrichtungen an solche Eisenbahnverkehrsunternehmen beschränkt, die im Schienengüterverkehr tätig sind.

aa) 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 (BGH, WuW/E BGH DE-R 134, 135; Markert, a.a.O. Rdz. 99 m.w.N.). 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 (vgl. zu allem: Markert, a.a.O. Rdz. 100 f. m.w.N.). Im allgemeinen sind solche Unternehmen gleichartig, die als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Dienst-

leistungen auf derselben Wirtschaftsstufe agieren (z.B. als Hersteller, Großhändler, Einzelhändler, gewerblicher Verbraucher).

bb) Die Beklagte war bei der Nachfrage von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen zur Nutzung gegenüber allen anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen, die bei der Klägerin oder den wenigen anderen Eisenbahninfrastrukturunternehmen ebenfalls um die Überlassung ihres Schienennetzes und der sonstigen Infrastruktureinrichtungen ersuchen, gleichartig. Das gilt in Bezug auf den Gesamtbereich der Eisenbahnverkehre (Personenfernverkehr, Personennahverkehr, Güterverkehr) ebenso wie bezogen auf den Teilbereich des schienengebundenen Güterverkehrs. Denn die Beklagte fragte ebenso wie die anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen die Überlassung der Infrastruktureinrichtungen der Klägerin nach, um Eisenbahnverkehrsdienste anbieten und erbringen zu können, war folglich wie jene eine gewerbliche Nachfragerin der Infrastruktureinrichtungen und damit auf derselben Wirtschaftsstufe wie die übrigen Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig. Das reicht für die Bejahung der Gleichartigkeit aus.

b) Durch das Vergütungssystem TPS 98, das auch der Entgeltabrede der Parteien zugrunde liegt, behinderte die Klägerin die Beklagte in dem vorbeschriebenen Geschäftsverkehr.

aa) Der Begriff der Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB ist wertneutral zu verstehen. Erforderlich aber auch ausreichend ist, dass das zur Beurteilung stehende Verhalten die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens gegenüber anderen Nachfragern beeinträchtigt. Es ist weder ein bestimmtes Ausmaß der Beeinträchtigung noch der Einsatz wettbewerbsfremder oder wettbewerbsfeindlicher Mittel erforderlich (vgl. nur: Markert, a.a.O. Rdz. 116 ff. m.w.N.).

bb) Das Entgeltsystem des TPS 98 beeinträchtigte die wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten der Beklagten.

(1) Das TPS 98 begünstigte die „DB Cargo AG“ gegenüber allen anderen Eisenbahnunternehmen, die - wie die Beklagte - zur Durchführung schienengebundener Güterverkehrsdienste bei der Klägerin die Nutzung des Schienennetzes und der sonstigen Infrastruktureinrichtungen nachfragten. Ausschließlich die „DB Cargo AG“ war aufgrund ihrer hohen Zugzahlen in der Lage, den Preisvorteil des „InfraCard-Tarifs“ auszunutzen. Das hatte zur Folge, dass sie für die Inanspruchnahme der Infrastruktureinrichtungen der Klägerin einen deutlich niedrigeren Preis pro Zugkilometer zu zahlen hatte als die Beklagte (und alle anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen), die dieselbe Leistung bestenfalls zu den Preisen des „Vario-Tarifs“ in Anspruch nahmen. Nach dem „Vario-Tarif“ hatte der Nutzer der Infrastruktureinrichtungen ein bestimmtes - nach Streckenkategorien (K 1 bis K 6) und Belastungsklassen (B I bis B III) festgelegtes - Entgelt pro Zugkilometer zu entrichten. Der „InfraCard-Tarif“ der Klägerin sah demgegenüber die Zahlung eines nutzungsunabhängigen Grundpreises und eines - im Vergleich zum „Vario-Tarif“ erheblich reduzierten - Kilometerpreises vor. Er zeichnete sich dadurch aus, dass zwar bei einer geringen Inanspruchnahme der Infrastruktureinrichtungen der Preis pro Zugkilometer über demjenigen des „Vario-Tarifs“ lag, dass aber mit steigender Nutzung des Schienennetzes der Kilometerpreis degressiv sank und ganz erheblich unter dem „Vario-Preis“ liegen konnte. Nach den - unangegriffenen - Berechnungen der Beklagten wurde der Kilometerpreis des „Vario-Tarifs“ beispielsweise in der Kategorie K 1 und der Belastungsklasse B I bereits ab einer Anzahl von 12 Zügen pro Tag unterschritten (vgl. Anlage B 3, GA 145 ff.). Der Preisabstand vergrößerte sich mit steigender Zugzahl. Während der „Vario-Tarif“ für die genannte Streckenkategorie und Belastungsklasse einen festen Kilometerpreis von 15,49 DM vorsah, belief sich das Entgelt nach dem „InfraCard-Tarif“ zum Beispiel bei 12 Zügen täglich auf 14,59 DM, bei 15 Zügen täglich auf 12,35 DM, bei 20 Zügen täglich auf 10,11 DM, bei 25 Zügen täglich auf 8,76 DM, bei 35 Zügen täglich auf 7,22 DM und bei 40 Zügen täglich auf 6,74 DM. Es sank mit zunehmender Nutzung weiter ab und belief sich etwa bei 100 Zügen täglich auf einen Betrag von nur noch 4,73 DM. Diesen Preisvorteil des „InfraCard-Tarifs“ konnte - wie die Beklagte unwidersprochen geltend macht - sowohl im Bereich der schienengebundenen Güterverkehrsunternehmen alleine die „DB Cargo AG“ ausnutzen. Nur sie verfügte nämlich - wie gleichfalls unstreitig ist - aufgrund der Größe ihres Geschäftsbetriebes

über einen solchen Bedarf, dass der Kilometerpreis nach dem „Vario-Tarif“ mit Hilfe des „InfraCard-Tarifs“ unterschritten werden konnte. Das ergibt sich im übrigen auch aus dem eigenen Sachvortrag der Klägerin. Sie hat im Zusammenhang mit der Darlegung der Preiskalkulation des TPS 98 erstinstanzlich zu der durchschnittlichen Auslastung ihres Schienennetzes im Bereich des Güterverkehrs vorgetragen. Bezogen auf das Jahr 1997 - als ausschließlich konzerneigene Güterverkehrsunternehmen das Schienennetz der Klägerin nutzten - hat sie die durchschnittliche Auslastung des Schienennetzes im Güterverkehr (17.891 km) mit 28,04 Zügen pro Tag angegeben (Seite 7 des Schriftsatzes vom 7.1.2002, GA 162). Dieser Durchschnittswert setzt sich wie folgt zusammen:

Kategorie	km	Züge/Tag
K1	691	39,96
K2	3.748	40,60
K3	1.108	34,01
K4	9.206	27,28
K5	2.368	12,27
K6	769	5,11
gesamt	17.891	28,04

Daraus leitet die Beklagte plausibel - und von der Klägerin unangefochten - ab, dass auch die „DB Cargo AG“ - die im streitbefangenen Zeitraum als einziges Unternehmen im Konzern der Klägerin schienengebundene Güterverkehrsdienstleistungen erbracht hat - das klägerische Schienennetz in gleichem Umfang in Anspruch genommen hat.

Legt man dem Preisvergleich eine durchschnittliche Anzahl von 28 Zügen pro Tag und Strecke zugrunde, musste die „DB Cargo AG“ in der Streckenkategorie K 1 und der Belastungsklasse B I nach dem „InfraCard-Tarif“ einen Kilometerpreis von 8,18 DM zahlen. Demgegenüber hatte die Beklagte (ebenso wie alle anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen außerhalb des Konzernverbands der Klägerin) für dieselbe Nutzung des Schienennetzes nach dem „Vario-Tarif“ einen Kilometerpreis von

15,49 DM - mithin nahezu das doppelte Entgelt - (und nach dem „InfraCard-Tarif aufgrund der geringen Zugzahl einen noch darüber hinausgehenden Kilometerpreis) zu entrichten. Die Preisdifferenz vergrößerte sich weiter, wenn man die tatsächliche Inanspruchnahme des Schienennetzes der Kategorie K 1 durch die „DB Cargo AG“ in Höhe von 40 Zügen pro Tag zugrunde legt. In diesem Fall verringerte sich der Kilometerpreis, den die „DB Cargo AG“ nach dem „InfraCard-Tarif“ zu zahlen hatte, auf 6,74 DM, während die Beklagte in diesem Fall sogar ein um ca. 130 % höheres Nutzungsentgelt als die „DB Cargo AG“ zahlen musste.

Ein vergleichbares Preisgefälle bestand auch bei den anderen Streckenkategorien. Davon ist nach dem Sach- und Streitstand auszugehen. Die Beklagte macht dies geltend, indem sie das bestehende Preisgefälle lediglich beispielhaft anhand der Zahlen für die Kategorie 1 darlegt und damit gleiche Preisunterschiede auch bei den anderen Streckenkategorien geltend macht. Die Klägerin ist dem nicht entgegengetreten; sie behauptet insbesondere selbst nicht, dass die Preisdifferenzen bei Kategorie 1 nicht repräsentativ sind und auf die anderen Streckenkategorien nicht übertragen werden können. Dazu ist auch sonst nichts ersichtlich.

(2) Die dargestellte Preisdifferenzierung des TPS 98 - die mit dem „InfraCard-Tarif“ einseitig die „DB Cargo AG“ begünstigte - beeinträchtigte die Wettbewerbschancen der Beklagten. Die Beklagte musste für dieselbe Nutzung der Eisenbahninfrastruktureinrichtungen der Klägerin ein deutlich höheres Entgelt zahlen als die „DB Cargo AG“; sie hatte folglich einen höheren Kostenaufwand, um ihre schienengebundenen Güterverkehrsdienstleistungen erbringen zu können. Dieser höhere Kostenaufwand begrenzte den finanziellen Handlungsspielraum der Beklagten, namentlich deren Spielraum bei der Preisbildung, und beeinträchtigte damit die Möglichkeiten und Chancen der Beklagten, auf dem Angebotsmarkt für schienengebundene Güterverkehrsdienste in einen Wettbewerb mit der „DB Cargo AG“ zu treten. Darin liegt zwanglos eine „Behinderung“ der Beklagten im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB. Einer näheren Darlegung der Beklagten, wie sich der erhebliche Preisvorteil der „DB Cargo AG“ bei den jeweiligen Zugtrassen ganz konkret im Wettbewerb ausgewirkt hat, bedarf es - entgegen der Ansicht der Klägerin - nicht.

Dass - wie die Klägerin erstmals im Verhandlungstermin behauptet hat - die „DB Cargo AG“ nur für ein Drittel ihrer Fahrten (= 4.000 km) den „InfraCard-Tarif“ in Anspruch genommen hat, während sie das Schienennetz der Klägerin im übrigen (= 8.000 km) nach dem „Vario-Tarif“ nutzte, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Alleine schon die Größenordnung als solche, in der die „DB Cargo AG“ den preisgünstigen „InfraCard-Tarif“ in Anspruch genommen hat, reicht aus, um mühelos eine Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen der Beklagten auf dem Markt der Erbringung von schienengebundenen Güterverkehrsdiensten feststellen zu können. Es kommt hinzu, dass die „DB Cargo AG“ nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin im Senatstermin nur insoweit auf den „InfraCard-Tarif“ zurückgegriffen hat, wie dieser für die beabsichtigte Nutzung des Schienennetzes der Klägerin im Einzelfall preisgünstiger als der „Vario-Tarif“ war. Die „DB Cargo AG“ war mithin in der Lage, mit Hilfe des „InfraCard-Tarifs“ ihre Kosten für die Inanspruchnahme der klägerischen Infrastruktureinrichtungen zu minimieren, während der Beklagten (und allen anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen) diese Möglichkeit verschlossen war. Gerade darin lag aber die „Behinderung“ der Beklagten. Dass die „DB Cargo AG“ zur Kostenoptimierung den „InfraCard-Tarif“ lediglich für ein Drittel ihrer Fahrten über das klägerische Schienennetz in Anspruch nehmen musste, ist insoweit ohne jeden Belang.

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie mit dem „InfraCard-Tarif“ ausschließlich ein Konzernunternehmen begünstigte. Zwar trifft es zu, dass für § 20 Abs. 1 GWB grundsätzlich eine Diskriminierung des betroffenen Unternehmens im Verhältnis zu einem anderen (fremden) Unternehmen vorliegen muss, so dass die Begünstigung eines zum Konzern des Marktbeherrschers gehörenden Unternehmens nicht in den Anwendungsbereich der Kartellvorschrift fällt. Im Entscheidungsfall gilt allerdings eine Ausnahme von diesem Grundsatz. 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 gesetzgebe-

rische Anordnung lässt sich bereits § 9 Abs. 1 AEG entnehmen. Danach haben öffentliche Eisenbahnen, die - wie die Klägerin - sowohl Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbringen als auch eine Eisenbahninfrastruktur betreiben, in ihrer Rechnungsführung beide Bereiche zu trennen (Satz 1) und ist eine Quersubventionierung ausdrücklich verboten (Satz 2). § 8 EIBV bestimmt zudem, 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 den diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Einrichtungen (u.a.) 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 „DB Cargo AG“ zum Kreis der Nutzer der Eisenbahninfrastruktureinrichtungen gehört, auf die bei dem Gebot zur diskriminierungsfreien Überlassung der Infrastruktur - und mithin im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB - abzustellen ist.

3. Die Behinderung der Beklagten im Wettbewerb war auch unbillig.

a) Ob gleichartige Unternehmen im Wettbewerb unbillig behindert 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 machtbedingten Beeinträchtigungen möglichst freien wettbewerblichen Betätigung (vgl. zu allem: Markert, a.a.O. Rdz. 129-133 m.w.N.). Bei der Würdigung der beiderseitigen Interessen ist zu berücksichtigen, dass auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ein unternehmerischer Freiraum zusteht. Jenes wird deshalb durch das Verbot des § 20 Abs. 1 GWB im Grundsatz nicht daran gehindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermes-

sen so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig hält (BGH, WuW/E BGH 2953, 2964 - Gasdurchleitung; Markert, a.a.O. Rdz. 141 m.w.N.). Ein Unternehmen mit besonderer Marktmacht unterliegt im Vergleich zu anderen Unternehmen allerdings engeren Schranken in seiner Betätigungsfreiheit. Aus der Verpflichtung des markt-mächtigen 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 (vgl. nur: Markert, a.a.O. Rdz. 142). Dementsprechend ist auch eine differenzierende Preisgestaltung - wie sie hier vorliegt - nur zulässig, wenn sie nach Ausmaß und Höhe durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist (vgl. nur: Markert, a.a.O. Rdz. 176, 177 m.w.N.).

b) Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Preisgestaltung des TPS 98 - auf dessen Grundlage das von der Beklagten zu zahlende Nutzungsentgelt berechnet wird - diskriminierte die Beklagte in kartellrechtswidriger Weise.

aa) Maßstab für die rechtliche Beurteilung ist § 7 Abs. 3 EIBV. § 7 EIBV setzt der Preisbildungsfreiheit der Klägerin (vgl. § 5 Abs. 1 EIBV) Grenzen. Die Vorschrift lässt in Absatz 1 lediglich zwei (näher bezeichnete) Preisnachlässe zu, nämlich zum einen den streckenbezogenen Mengennachlass (vgl. Abs. 2 Nr. 1) und zum anderen den zeitbezogenen Nachlass (vgl. Abs. 2 Nr. 2). 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 Vergabe einer Anzahl von Zugtrassen an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen oder an Zusammenschlüsse von Eisenbahnverkehrsunternehmen geringere Kosten (einschließlich der Kosten der Benutzung von Strecken) entstehen als durch die Einzelvergabe an mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen (Satz 1 und 2). Der streckenbezogene Mengennachlass darf überdies die nachgewiesene Kostenminderung nicht überschreiten (Satz 3). Der Nachweis der Kostenminderung ist schließlich durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu führen (Satz 4).

Nur wenn bei der Gewährung eines streckenbezogenen Mengennachlasses (u.a.) diese Vorgaben eingehalten sind, liegt eine diskriminierungsfreie - d.h. im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB „nicht unbillige“ - Entgeltgestaltung vor. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Regelungszweck des § 7 Abs. 3 EIBV. Die Norm dient der Umsetzung der „Richtlinie 95/19/EG des Rates vom 19. Juni 1995 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität und die Berechnung von Wegeentgelten“ (ABl. EG Nr. L 143 Seite 75 ff.). Die Richtlinie sieht in Art. 7 vor, dass die Wegeentgelte bei gleichartigen Verkehrsdiensten auf demselben Markt ohne Diskriminierung erhoben werden, und verpflichtet die Mitgliedsstaaten, Vorschriften für die Festsetzung dieser (diskriminierungsfreien) Entgelte zu erlassen. Der bundesdeutsche Gesetzgeber ist dieser Verpflichtung nachgekommen. Er hat in § 14 Abs. 1 AEG das Recht der inländischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu der Eisenbahninfrastruktur der Eisenbahninfrastrukturunternehmen gesetzlich festgeschrieben und in § 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7 AEG das Bundesministerium für Verkehr zum Erlass von Rechtsverordnungen *„über den diskriminierungsfreien Zugang zu Eisenbahninfrastruktur einer Eisenbahn“* sowie *„über die Grundsätze zur Erhebung des Entgelts für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur“* ermächtigt. Der Verordnungsgeber hat durch den Erlass der EIBV von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht. Er hat in § 7 Abs. 3 die für einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Eisenbahninfrastruktureinrichtungen notwendigen Anforderungen an streckenbezogene Mengennachlässe normiert. Nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers ist folglich ein Entgelt für die Überlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen dann nicht diskriminierungsfrei - und damit unbillig im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB -, wenn es die Vorgaben des § 7 Abs. 3 EIBV missachtet.

Der Hinweis der Klägerin im Senatstermin, der bundesdeutsche Verordnungsgeber habe die in Art. 7 der vorgenannten Richtlinie normierten Vorgaben des europäischen Rechts überschritten, weil in Satz 3 das Gebot enthalten sei, dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen *„die effiziente Vermarktung der verfügbaren Fahrwegkapazität (zu) ermöglichen“*, ist nicht berechtigt. Der Einwand geht schon im Ansatz fehl. Die Möglichkeit einer effizienten Vermarktung betrifft ausschließlich die grund-

sätzliche Preisbildungsfreiheit, befreit das Infrastrukturunternehmen aber selbstverständlich nicht von der - in Art 7 Satz 1 der Richtlinie festgeschriebenen - Vorgabe, die Nutzungsentgelte diskriminierungsfrei zu erheben. Im Streitfall geht es alleine um diesen letztgenannten Aspekt, so dass Art 7 Satz 3 der Richtlinie überhaupt nicht einschlägig ist. Von daher bedarf es auch nicht der von der Klägerin angeregten Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vereinbarkeit der EIBV mit europäischem Recht.

Aus den gleichen Erwägungen geht auch der Hinweis der Klägerin in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 5. März 2003 auf Art. 8 Abs. 1 der genannten Richtlinie fehl, wonach das Nutzungsentgelt insbesondere auch nach der Marktlage festgesetzt wird. Denn dadurch ist das in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie ausdrücklich normierte Gebot einer diskriminierungsfreien Entgeltgestaltung selbstverständlich nicht außer Kraft gesetzt.

bb) Mit Recht hat das Landgericht angenommen, dass das TPS 98 in den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 3 EIBV fällt und seine Vorgaben zum streckenbezogenen Mengennachlass nicht einhielt.

(1) Die Klägerin gewährte mit dem „InfraCard-Tarif“ des TPS 98 einen „streckenbezogenen Mengennachlass“ im Sinne von § 7 Abs. 3 EIBV.

(a) Der Begriff des streckenbezogenen Mengennachlasses ist in § 7 Abs. 2 Nr. 1 EIBV definiert. Es handelt sich um einen Entgeltnachlass *„auf der Grundlage der Zahl der vergebenen Zugtrassen in Zugkilometern auf einer bestimmten Strecke während eines Kalenderjahres oder einer Fahrplanperiode“*. Zugtrasse ist dabei *„der Teil der Eisenbahninfrastruktur, der benötigt wird, um eine bestimmte Zugfahrt auf einer bestimmten Strecke innerhalb eines bestimmten Zeitraums durchzuführen“* (vgl. §2 Abs. 1 EIBV).

Der „InfraCard-Tarif“ beinhaltete einen streckenbezogenen Mengennachlass in diesem Sinne. Denn er bewirkte, dass sich das Nutzungsentgelt pro Zugkilometer mit zunehmender Zahl der Zugtrassen, die ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einer

bestimmten Strecke pro Tag in Anspruch nahm, verminderte. Diese Verminderung des Nutzungsentgelts trat im Preisgefüge des „InfraCard-Tarifs“ selbst ein, weil sich der vom Nutzer zu zahlende Grundpreis auf die jeweilige Zahl der genutzten Zugtrassen verteilte mit der Folge, dass sich mit steigender Trassenzahl das Entgelt pro Zugkilometer verminderte; sie war überdies im Verhältnis zum „Vario-Tarif“ vorhanden, weil - wie bereits ausgeführt - jener feste Kilometerpreis ab einer bestimmten Zahl der auf einer bestimmten Strecke täglich genutzten Zugtrassen (und sodann mit steigender Zugtrassenzahl zunehmend) unterschritten wurde.

(b) Ohne Erfolg bezweifelt die Klägerin die rechtliche Einordnung des „InfraCard-Tarifs“ als einen streckenbezogenen Mengennachlass unter Hinweis auf die Terminologie des - zwischenzeitlich aufgehobenen - Rabattgesetzes. Nach dem Verständnis des Rabattgesetzes sei - so argumentiert sie - für den Rabattbegriff kennzeichnend, dass es zwei Preise gebe, nämlich den Normalpreis und den im Einzelfall durch den Nachlass gewährten Ausnahmepreis. An einer solchen Preisdifferenzierung fehle es vorliegend. Dem „InfraCard-Tarif“ einerseits und dem „Vario-Tarif“ andererseits habe eine unterschiedliche Preisgestaltung zugrunde gelegen. Der „InfraCard-Tarif“ habe sich an Eisenbahnverkehrsunternehmen mit einem hohen Bedarf an Zugtrassen gewendet; der „Vario-Tarif“ habe demgegenüber jedwedem Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängig vom Umfang der beabsichtigten Nutzung die Inanspruchnahme der klägerischen Infrastruktureinrichtungen ermöglichen sollen. Es habe sich nach dem Verständnis des Rabattgesetzes um zwei Normalpreise und nicht um einen Normalpreis und einen Ausnahmepreis gehandelt.

Dem ist nicht zu folgen. Der Begriff des streckenbezogenen Mengennachlasses im Sinne von § 7 Abs. 3 EIBV ist eigenständig auszulegen. Er ist vom Verordnungsgeber in § 7 Abs. 2 Nr. 1 EIBV eigens definiert worden. Diese (Legal-)Definition - und nicht die Terminologie des Rabattgesetzes - bildet den Ausgangspunkt für das Verständnis des Begriffs „streckenbezogener Mengennachlass“. Die Auslegung hat sich außerdem am Regelungszweck des § 7 Abs. 3 EIBV zu orientieren. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass alle Eisenbahnverkehrsunternehmen die Eisenbahninfrastruktureinrichtungen eines Infrastrukturunternehmens zu diskriminierungsfreien Preisen

in Anspruch nehmen können. Zu diesem Zweck begrenzt die Norm den streckenbezogenen Mengenrabatt auf die sich aus der gebündelten Abgabe mehrerer Zugtrassen an einen Nutzer resultierende Kostenersparnis des Infrastrukturunternehmens und stellt zudem hohe Anforderungen an den Nachweis dieser Kostenersparnis. Dies vorausgeschickt kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass der „InfraCard-Tarif“ dem Nutzer des klägerischen Schienennetzes einen streckenbezogenen Mengennachlass einräumte. Denn er bewirkte, dass sich das zu zahlende Entgelt pro Zugkilometer mit steigender Zugtrassenzahl reduzierte und es ab einer bestimmten Anzahl genutzter Zugtrassen den Kilometerpreis des „Vario-Tarifs“ degressiv unterschritt. Dass die Klägerin diesen mengen gebundenen Preisnachlass nicht in der Form eines Abschlags von den Preisen des „Vario-Tarifs“ ausgestaltet hat, sondern ihn mit Hilfe eines gesonderten Tarifs gewährte, ist rechtlich ohne Belang. Insoweit handelt es sich um eine bloß verfahrenstechnische Frage. Sie lässt das wirtschaftliche Ergebnis einer Verminderung des Kilometerpreises mit steigender Zahl der genutzten Zugtrassen unberührt und ist mit Rücksicht auf den Normzweck des § 7 Abs. 3 EIBV, eine diskriminierungsfreie Preisgestaltung zu gewährleisten, rechtlich ohne Bedeutung.

(2) Der „InfraCard-Tarif“ des TPS 98 genügt nicht den Anforderungen, die § 7 Abs. 3 EIBV für streckenbezogene Mengennachlässe aufstellt. Die Klägerin behauptet selbst nicht, dass sie durch die gebündelte Abgabe mehrerer Zugtrassen an ein Eisenbahnverkehrsunternehmen Kosten gegenüber einer Einzelvergabe derselben Zugtrassen ersparte (§ 7 Abs. 3 Satz 1 und 2 EIBV). Ebenso wenig macht sie geltend, dass der Preisvorteil des „InfraCard-Tarif“ sich der Höhe nach auf die (etwaige) Kostenminderung beschränkte (§ 7 Abs. 3 Satz 3 EIBV). Erst recht hat die Klägerin eine (etwaige) Kostenersparnis nicht durch das Testat eines Wirtschaftsprüfers oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft nachgewiesen (§ 7 Abs. 3 Satz 4 EIBV).

Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin der Beklagten auf die nach dem TPS 98 berechneten Entgelte nicht unerhebliche Abschläge eingeräumt hat. Denn es ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass mit diesen Ab-

schlagen die festgestellte Diskriminierung der Beklagten behoben und im Ergebnis ein Entgelt nach Maßgabe des § 7 Abs. 3 EIBV vereinnahmt worden ist.

4. Nach alledem behinderte die Preisgestaltung des TPS 98, auf deren Grundlage auch das von der Beklagten zu zahlende Nutzungsentgelt berechnet wird, die letztgenannte in unbilliger Weise. Die Vergütungsabrede, welche die Parteien in § 4 des Infrastrukturnutzungsvertrages vom 14./21. Juni 1999 i.V.m. der Vertragsanlage 4 getroffen haben, ist folglich wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB nichtig (§ 134 BGB). Zugleich liegt auch ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Verbot des § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB vor, der gleichfalls zur Nichtigkeit der Vergütungsabrede führt. Der Klageforderung fehlt damit derzeit die erforderliche (Anspruchs-)Grundlage.

5. Die Klage rechtfertigt sich ebenso wenig aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB). Denn die Klägerin hat trotz Hinweises des Senats auf die Kartellnichtigkeit der vertraglichen Vergütungsabrede zum Wert ihrer Vertragsleistung nichts vorgetragen. Es lässt sich deshalb nicht feststellen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Beklagte durch die Nutzung der Infrastruktureinrichtungen im streitgegenständlichen Zeitraum über die bereits geleisteten Zahlungen hinaus ohne Rechtsgrund bereichert ist.

6. Ob die Klägerin nach § 4 des Infrastrukturnutzungsvertrages der Parteien berechtigt ist, in Ausübung des ihr - für dem TPS 98 nachfolgende Trassenpreissysteme eingeräumten - Leistungsbestimmungsrechts im nachhinein ein kartellrechtlich unbedenkliches Entgeltsystem zu bilden und auf dessen Grundlage das Nutzungsentgelt für den streitbefangenen Zeitraum neu abzurechnen, kann auf sich beruhen. Denn die Klägerin hat bislang von dieser - etwaigen - Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Um der Klägerin andererseits eine solche - möglicherweise zulässige - Neuberechnung ihres Nutzungsentgelts nicht abzuschneiden, weist der Senat die Klage lediglich als derzeit unbegründet ab.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gemäß §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO.

IV.

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Streitfall hat weder rechtsgrundsätzliche Bedeutung (Nr. 1) noch ist zur Fortbildung des Rechts (Nr. 2 1. Alt.) eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erforderlich. Gegenstand der rechtlichen Beurteilung ist ein Entgeltssystem, das die Klägerin zwischenzeitlich aufgegeben hat und welches sie nicht mehr praktiziert. Nach Auskunft der Klägerin sind auch keine weiteren Prozesse anhängig, in denen Nutzungsentgelt auf der Grundlage des TPS 98 beansprucht wird. Der Entscheidung des vorliegenden Verfahrens kommt deshalb eine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung nicht zu. Die Revision ist ebenso wenig zur Sicherstellung einer einheitlichen Judikatur geboten (Nr. 2 2. Alt.). Der Senat ist bei der Lösung des Falles weder von einer höchstrichterlichen Rechtsprechung noch von der Rechtsprechung eines anderen Oberlandesgerichts abgewichen.

V.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 5. März 2003 gibt zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO) keine Veranlassung.

Jaeger

Kühnen

Winterscheidt