

Prof. Dr. Christian Koenig und Dr. Matti Meyer*

Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB neben dem Eisenbahnregulierungsrecht

Unionsrechtlich unverzichtbar zur Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts!

Der vorliegende Beitrag thematisiert die parallele Anwendbarkeit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB neben dem sektorspezifischen Eisenbahnregulierungsrecht. Die Verfasser setzen sich inhaltlich mit den gegen eine parallele Anwendbarkeit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB vorgetragenen unionssekundärrechtlichen Einwänden auseinander, namentlich mit der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers bei der Entgeltberechnung, der Maßstabexklusivität des eisenbahnrechtlichen Entgeltsystems sowie der organisationsrechtlichen Einzigkeit der Zuständigkeit bei der Eisenbahnregulierung, dem sektorspezifischen Diskriminierungsverbot und dem verfahrensrechtlichen Vorrang des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzes. Im Ergebnis zeigen die Verfasser auf, dass die erhobenen unionssekundärrechtlichen Einwände nicht durchgreifen, da die parallele Anwendung des § 315 BGB gerade geboten ist, damit die unionsprimärrechtlich vorgegebenen Maßstäbe des Art. 102 AEUV auch im deutschen Zivilrecht zur Anwendung gelangen.

I. Einleitung

Die Frage der Anwendbarkeit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB neben dem sektorspezifischen Eisenbahnregulierungsrecht bildet eine der zentralen Fragen des Eisenbahnregulierungsrechts. Zwar hat der BGH bereits am 18. Oktober 2011 entschieden, dass die zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle des § 315 BGB neben den Regulierungsbefugnissen der Bundesnetzagentur nach den §§ 14e und 14f AEG zur Anwendung gelangen kann.¹ Stimmen in der Lite-

ratur sind jedoch der Ansicht, die parallele Anwendung des § 315 BGB verstoße gegen Unionssekundärrecht, namentlich gegen die Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG.² Zwar ist diese zum 15. Dezember 2012 durch die neugefasste Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU aufgehoben worden; allerdings bleibt die Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 65 S. 1 der neugefassten Eisenbahnrichtlinie 2012/34/EU davon unberührt. Gegen eine Anwendung des § 315 BGB auf die Nutzungsentgelte für Schienenwege werden im Wesentlichen vier unionssekundärrechtliche Einwände vorgetragen. Im Einzelnen sind dies: die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers bei der Entgeltberechnung, die Maßstabexklusivität des eisenbahnrechtlichen Entgeltsystems sowie die organisationsrechtliche Einzigkeit der Zuständigkeit bei der Eisenbahnregulierung, das sektorspezifische Diskriminierungsverbot und der verfahrensrechtliche Vorrang des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzes.³

Der BGH ist diesen Einwänden – wie zuvor auch bereits das Kammergericht Berlin⁴ – nicht gefolgt. Er wies verschiedene

* Maßgebliche Argumentationslinien dieser Abhandlung beruhen auf einer schriftsätzlichen Stellungnahme, die der Erstautor vor dem BVerfG in den Verfahren der Verfassungsbeschwerden mit den Az. 1 BvR 3509/13 und 1 BvR 1320/14 abgegeben hat.

1 BGH, NVwZ 2012, 189, 190 f. Rn. 14 ff. (Urt. v. 18.10.2011 – Az. KZR 18/10) (= N&R 2012, 43, 43 f.); zustimmend Kühling, DVBl 2014, 1558; Jung, N&R 2012, 45, 47; Ostendorf, NVwZ 2012, 192; kritisch Otte, LMK 2012, 327729.

2 Vgl. Ludwigs, EWS 2013, 409; a.A. Kühling, DVBl 2014, 1558.

3 Vgl. Ludwigs, EWS 2013, 409.

4 KG, Urt. v. 29.10.2012 – Az. 2 U 17/09 Kart.

Nichtzulassungsbeschwerden nach § 544 ZPO (Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u. a.) zurück, ohne dem EuGH die von der Beschwerdeführerin – einem marktbeherrschenden vertikal integrierten Eisenbahnunternehmen – für vorlagepflichtig erachteten Auslegungsfragen zur Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG vorzulegen. Diese Auslegungsfragen basieren im Wesentlichen auf den bereits dargelegten vier unionssekundärrechtlichen Einwänden. Gegen die Nichtzulassungsbeschlüsse legte die Beschwerdeführerin vor dem BVerfG Verfassungsbeschwerden (Az. 1 BvR 3509/13 und 1 BvR 1320/14) mit der Begründung ein, durch diese in ihrem Grundrecht auf den gesetzlichen Richter verletzt worden zu sein (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Neben der Beschwerdeführerin sind auch Stimmen in der Literatur der Ansicht, dass aus den genannten unionssekundärrechtlichen Einwänden eine Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV an den EuGH folge.⁵

II. Unionsrechtskonformität der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB

Es stellt sich im Rahmen der Verfassungsbeschwerden (zu den Az. 1 BvR 3509/13 und 1 BvR 1320/14) somit die Frage, ob der BGH zur Vorlage der von der Beschwerdeführerin für vorlagepflichtig erachteten Auslegungsfragen zur Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet war. Das Bestehen einer Vorlagepflicht scheidet jedenfalls dann aus, wenn die von der Beschwerdeführerin im Rahmen des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde angeregten Vorlagefragen zum einen gar nicht entscheidungserheblich sind oder zum anderen die Vereinbarkeit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB mit dem europäischen Eisenbahnregulierungsrecht, namentlich mit der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG, so offenkundig ist, dass bereits kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt (sog. „acte claire“-Doktrin).⁶ Im Rahmen der Prüfung der Unionsrechtskonformität der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle ist nicht lediglich das Verhältnis zwischen dem unionssekundärrechtlich (insbesondere nach der Richtlinie 2001/14/EG) vorgegebenen sektorspezifischen Eisenbahnregulierungsrecht einerseits und der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB andererseits zu beleuchten.⁷ Vielmehr ist die unionsprimärrechtliche Dimension einer Anwendung des § 315 BGB schon wegen des normhierarchischen Geltungsvorrangs des Primärrechts gegenüber dem Sekundärrecht bei dieser Prüfung zu beachten.

Die nachfolgende Untersuchung wird aufzeigen, dass die – gegen eine Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte erhobenen – unionssekundärrechtlichen Einwände den höherrangigen unionsprimärrechtlichen Vorgaben nicht standhalten, sofern Erstere bei der Durchführung der Billigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte überhaupt entscheidungserheblich sein können. Es wird dargelegt, dass sich die Anwendung von § 315 BGB auf die Stationsentgelte als unionsrechtlich evident so einwandfrei erweist, dass es einer Vorlage an den EuGH angesichts der eindeutig gebotenen unionsprimärrechtskonformen Auslegung des Unionssekundärrechts in Sachen der Nichtzulassungsbeschwerden (zu den Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u. a.) nicht bedurfte und somit bereits aus diesem Grund in den Verfahren der Verfassungsbeschwerden (zu den Az. 1 BvR 3509/13 und 1 BvR 1320/14) eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 2 S. 2 GG ausscheidet.

1. Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers bei der Entgeltberechnung

Die Auslegungsfrage, ob die unionsrechtlich geforderte Unabhängigkeit des Betreibers bei der Berechnung und Erhebung

der Entgelte gemäß Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB entgegensteht, ist bereits nicht entscheidungserheblich.⁸ Die in Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG vorgegebene Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers bei der Entgeltberechnung wurde durch die Nichtzulassungsbeschlüsse des BGH (zu den Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u. a.) nicht verletzt. Nach dem Urteil des EuGH vom 28. Februar 2013 in der Rechtssache „Kommission/Spanien“, das im Wesentlichen den Schlussanträgen des Generalanwalts *Jääskinen* vom 6. September 2012 folgt, postuliert Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG lediglich, dass der Betreiber der Infrastruktur über einen gewissen Spielraum bei der Berechnung der Höhe der Entgelte verfügen muss.⁹ Dieser Preissetzungsspielraum erstreckt sich nicht lediglich auf den Betreiber der Schienenwege, sondern ebenso auf den Betreiber von Serviceeinrichtungen (z. B. Personenbahnhöfen).¹⁰ Das spanische Verfahren hatte bereits nicht die Unabhängigkeit von gerichtlicher Kontrolle zum Gegenstand. Art. 30 Abs. 6 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG setzt eine gerichtliche Kontrollmöglichkeit vielmehr voraus. Durch die Nichtzulassungsbeschlüsse des BGH (zu den Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u. a.) wird der unternehmerische Entscheidungsspielraum bei der Entgeltberechnung nicht berührt. Denn bereits das Berufungsgericht, das Kammergericht Berlin, hatte alleine darüber zu entscheiden, ob die von dem Eisenbahnunternehmen festgesetzte Leistungsbestimmung *unverbindlich* ist, weil sie der Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB nicht standhält.¹¹ Eine richterliche Leistungsbestimmung selbst wurde durch das Urteil des BGH gerade nicht getroffen. Nach der Rechtsprechung des BGH hätte eine ersatzweise Bestimmung im Wege der richterlichen Leistungsbestimmung durch Urteil ohnehin nur *auf Antrag* der zur Leistungsbestimmung befugten Vertragspartei getroffen werden können.¹² Folglich wurde der unternehmerische Preissetzungsspielraum durch die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht auf null reduziert.¹³ Mithin sind die unionsrechtlichen Direktiven aus Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG – ausweislich des Wortlautes – nicht in Frage gestellt, geschweige denn verletzt. Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG ist wie folgt gefasst:

„Die Mitgliedstaaten schaffen eine Entgeltrahmenregelung, wobei die Unabhängigkeit der Geschäftsführung gemäß Artikel 4 der Richtlinie 91/440/EWG zu wahren ist.“

Ein systematischer Vergleich zeigt, dass Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG auch nicht etwa die

5 Vgl. *Ludwigs*, EWS 2013, 409; ebenso *Kühling*, DVBl 2014, 1558, 1563, der zwar zutreffend von der Unionsrechtskonformität der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle des § 315 BGB ausgeht, das Vorliegen einer eindeutigen Rechtslage („acte claire“) jedoch verneint.

6 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 16 (Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81) – *CILFIT*; siehe hierzu auch BGH, Urt. v. 18.10.2007 – Az. III ZR 277/06, Rn. 17 (juris).

7 Eine im Wesentlichen auf dieses Verhältnis abstellende Analyse findet sich bei *Ludwigs*, EWS 2013, 409.

8 So aber im Ergebnis *Ludwigs*, EWS 2013, 409, 410.

9 EuGH, ECLI:EU:C:2013:114, Rn. 49 (Urt. v. 28.2.2013 – Rs. C-483/10) – *Kommission/Spanien*.

10 LG Berlin, Urt. v. 28.2.2012 – Az. 16 O 29/12 Kart, S. 15; siehe hierzu *Steinmann/FabBender*, IR 2012, 130.

11 KG, Urt. v. 29.10.2012 – Az. 2 U 17/09 Kart, S. 5; ebenso LG Frankfurt a. M., Urt. v. 1.10.2014 – Az. 2-06 O 218/13, S. 26 = NJOZ 2015, 867, 872.

12 BGH, Urt. v. 5.7.2005 – Az. X ZR 60/04, Rn. 12 (juris) (= N&R 2005, 172, 173).

13 Eine dem Unionsrecht zuwiderlaufende Beseitigung eines „gewissen Preissetzungsspielraums“ bei der Preissetzung, oder gar dessen Reduktion auf null, lehnt allgemein im Ergebnis zutreffend auch *Kühling*, DVBl 2014, 1558, 1561, ab.

Befreiung von einer rechtlichen Überprüfung der von einem Infrastrukturbetreiber festgelegten Entgelte normiert. Dies lässt sich an den in Art. 30 Abs. 5 UAbs. 3 der Richtlinie legislativ vorgesteuerten behördlichen Befugnissen verdeutlichen, die sogar eine Änderung dieser Entgelte nach Maßgabe behördlicher Vorgaben vorsehen. Hieran kann sich ggf. nach Art. 30 Abs. 6 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG auch eine gerichtliche Kontrolle anschließen. Eine gerichtliche Entscheidung nach § 315 BGB, die dem zur Leistungsbestimmung Berechtigten einen wesentlichen Spielraum belässt, kann deshalb keine Einschränkung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung i. S. v. Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG bedeuten.¹⁴ Die Auslegung der Vorschrift ist somit in dem Rechtsstreit vor dem Berufungsgericht, dem Kammergericht Berlin, nicht entscheidungserheblich gewesen, da die Unabhängigkeit des Betreibers bei der Berechnung und Erhebung der Entgelte durch die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht berührt wird.¹⁵ Vor diesem Hintergrund kann ein konkreter Widerspruch zwischen der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle des § 315 BGB und den eisenbahnrechtlichen Bestimmungen nicht angenommen werden.¹⁶ Die zivilgerichtlichen Entscheidungen stützten sich vielmehr sowohl im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Bewertung zur Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 33 GWB vorliegen, als auch bei der Billigkeitskontrolle darauf, dass die geforderten Entgelte des Infrastrukturbetreibers auch gegen eisenbahnrechtliche Vorgaben verstoßen.¹⁷

Da die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG in dem Rechtsstreit vor dem Berufungsgericht (zum Az. 2 U 17/09 Kart) nicht entscheidungserheblich gewesen ist, scheidet eine Vorlagepflicht an den EuGH in Sachen der Nichtzulassungsbeschwerden (zu den Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u. a.) aus.

2. Unionsrechtlich vorgegebene Maßstabsexklusivität des eisenbahnrechtlichen Entgeltensystems sowie die organisationsrechtliche Einzigkeit der Zuständigkeit bei der Eisenbahnregulierung

Ein weiterer Einwand gegen eine Anwendung der zivilgerichtlichen Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte stützt sich auf die Annahme einer Maßstabsexklusivität für das eisenbahnrechtliche Entgeltensystem.¹⁸ Zunächst ist festzuhalten, dass die sekundärrechtlichen Infrastrukturzugangsrichtlinien nicht allein und ausschließlich den für die Rechtsbeziehung zwischen Infrastrukturunternehmen und Zugangsberechtigten zugrunde zu legenden Rechtsmaßstab bilden. Daneben bleibt vor allem Art. 102 AEUV als Unionsprimärrecht unmittelbar anwendbar,¹⁹ insbesondere zur Vermeidung von marktmissbräuchlichen Preis-Kosten-Scheren durch einen Infrastrukturbetreiber. Die parallele Anwendbarkeit von Eisenbahnregulierungs- und Wettbewerbsrecht hat der nationale Gesetzgeber in § 14b Abs. 2 AEG deklaratorisch herausgestellt. Hiernach bleiben die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem GWB unberührt.²⁰ Die Beanstandung der Preissysteme der Eisenbahninfrastrukturunternehmen unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten hat deshalb in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung eine lange Tradition und entspricht der aktuellen Entscheidungspraxis.²¹ Gemäß dem unmittelbar geltenden Art. 3 Abs. 1 der Wettbewerbsverordnung (EG) Nr. 1/2003 gehört insbesondere die Anwendung des Art. 102 AEUV zu den Aufgaben der Wettbewerbsbehörden. Die These der Maßstabsexklusivität wird u. a. damit begründet, dass sich die übergeordneten Ziele für die Entgeltregulierung, namentlich die in Art. 8 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG vorgesehene Berücksichtigung der Tragfähigkeit von Marktsegmenten, nur in einem einheitlichen, für alle gleichermaßen

anwendbaren Preissystem, realisieren ließen.²² Die aus dem Marktmissbrauchsverbot des Art. 102 AEUV folgenden Entgeltmaßstäbe des Unionsprimärrechts stellen entscheidend auf eine Einzelfallbetrachtung von vorgelagerten Infrastrukturzugangsentgelten im Verhältnis zu den nachgelagerten (Endkunden-) Entgelten zur Vermeidung von einzelfallbezogenen Preis-Kosten-Scheren ab und weichen somit erheblich von den Maßstäben des unionssekundärrechtlich vorgegebenen sektorspezifischen Regulierungsrechts ab. Hier genau setzt das zivilrechtliche Korrekturinstrument des § 315 BGB an, um dem unionsprimärrechtlichen Marktmissbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV im Einzelfall bei der Stationsentgeltgestaltung der Eisenbahnunternehmen zu entsprechen.

Aus dem weitreichenden Beurteilungsspielraum einer nationalen Regulierungsbehörde, der die Entscheidung über die Festlegung des anzuwendenden Maßstabs im sektorspezifischen Regulierungsrecht einschließt, lässt sich jedoch keine Exklusivität für sektorspezifische Regulierungsvorgaben ableiten. In seinem regulierungssektorenübergreifenden Urteil hat der EuGH am 3. Dezember 2009 im Rahmen einer Vertragsverletzungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland zwar entschieden, dass die Abwägung zwischen den einzelnen Regulierungszielen in den Ermessensspielraum der nationalen Regulierungsbehörde fällt.²³ Dieser sektorenübergreifende Grundsatz der Autonomie der nationalen Regulierungsbehörde gilt grundsätzlich auch im Hinblick auf den anzuwendenden Kostenmaßstab, z. B. im Rahmen der Prüfung der Missbräuchlichkeit eines Preissetzungsverhaltens. Dies folgt unmittelbar aus dem Urteil des EuGH vom 24. April 2008 in der Rechtssache „Arcor“, in dem der EuGH feststellt, dass das Unionsrecht es „den NRB [nationalen Regulierungsbehörden] überlässt, auf der Grundlage des anwendbaren Rechts die Kostenrechnungsmethoden zu verwenden, die ihnen im Einzelfall am besten geeignet erscheinen“.²⁴

Allerdings gilt dieser sektorenübergreifende Beurteilungsspielraum nur für das sektorspezifische Regulierungsrecht selbst, so dass eine Maßstabsexklusivität des sektorspezifischen Regulierungsrechts gegenüber Art. 102 AEUV gerade nicht besteht. Die Ablehnung einer Maßstabsexklusivität des sektorspezifischen Regulierungsrechts folgt nämlich aus den unterschiedlichen Zielsetzungen des Art. 102 AEUV und des sektorspezifischen Regulierungsrechts. Denn während das sektorspezifische Regulierungsrecht die Errichtung eines chancengleichen, funktionsfähigen Wettbewerbs bezweckt,

14 So auch KG, Urt. v. 5.11.2012 – Az. 2 U 15/10 Kart, S. 6; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 1.10.2014 – Az. 2-06 O 218/13, S. 27 = NJOZ 2015, 867, 872.

15 Vgl. KG, Urt. v. 5.11.2012 – Az. 2 U 15/10 Kart, S. 6; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 1.10.2014 – Az. 2-06 O 218/13, S. 27 = NJOZ 2015, 867, 872.

16 So im Ergebnis auch Kühling, DVBl 2014, 1558, 1560 ff.

17 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 17.1.2012 – Az. 11 U 43/09 (Kart), S. 13 = BeckRS 2012, 08129; BeckRS 2007, 09799 (Urt. v. 10.10.2006 – Az. 11 U 46/05 [Kart]); OLG Düsseldorf, NJOZ 2005, 1494 (Urt. v. 19.3.2003 – Az. U Kart 20/02).

18 Vgl. Ludwigs, EWS 2013, 409, 411.

19 So auch Kühling, DVBl 2014, 1558, 1564.

20 OLG Düsseldorf, BeckRS 2011, 25332 (Urt. v. 3.3.2010 – Az. VI-U [Kart] 16/09).

21 OLG Düsseldorf, JurionRS 2009, 47163 (Urt. v. 14.10.2009 – Az. VI-U [Kart] 4/09); 2007, 32672 (Urt. v. 2.5.2007 – Az. VI-U [Kart] 33/06); 11047 (Urt. v. 7.2.2007 – Az. VI-U [Kart] 3/06); 10990 (Urt. v. 7.2.2007 – Az. VI-U [Kart] 5/06); Urt. v. 19.3.2003 – Az. U (Kart) 20/02; OLG München, Urt. v. 9.11.2006 – Az. U (K) 2235/06; LG München I, Urt. v. 7.2.2006 – Az. 33 O 22542/04; OLG Frankfurt a. M., JurionRS 2006, 34027 (Urt. v. 10.10.2006 – Az. 11 U 46/05 [Kart]).

22 Ludwigs, EWS 2013, 409, 412.

23 EuGH, ECLI:EU:C:2009:749, Rn. 91 (Urt. v. 3.12.2009 – Rs. C-424/07) – Kommission/Bundesrepublik Deutschland.

24 EuGH, ECLI:EU:C:2008:244, Rn. 123 (Urt. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06) – Arcor; Klammerzusatz von den Verfassern.

wird dieser im Rahmen des Art. 102 AEUV grundsätzlich vorausgesetzt.²⁵ Diese unterschiedlichen Zielsetzungen erfordern gerade eine Maßstabsdivergenz. Dass eine Maßstabsdivergenz zwischen Art. 102 AEUV und den Preiskontrollinstrumenten des sektorspezifischen Regulierungsrechts besteht, lässt sich an der Rechtsfigur der Preis-Kosten-Schere belegen. Während im Rahmen der Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Preis-Kosten-Scheren-Preispolitik innerhalb des Art. 102 AEUV auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst abzustellen ist (sog. „Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers“), ist nach dem sektorspezifischen Regulierungsrecht auf die Kosten eines „effizienten Unternehmens“ (sog. „Kriterium des hinreichend effizienten Wettbewerbers“) abzustellen.²⁶ In den Entgeltkontrollinstrumenten des sektorspezifischen Regulierungsrechts ist somit ein anderer Kostenmaßstab zugrunde zu legen als im Rahmen des Art. 102 AEUV.

Würde das sektorspezifische Eisenbahnregulierungsrecht eine Maßstabsexklusivität gegenüber Art. 102 AEUV vorschreiben und sich somit in Widerspruch zum Unionsprimärrecht setzen, wäre diese Kollision zwischen der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG und dem Primärrecht (Art. 102 AEUV) nach dem normhierarchischen Geltungsvorrang des Primärrechts gegenüber dem Sekundärrecht aufzulösen.²⁷ Dies zeigt, dass die einschlägigen Bestimmungen der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG keine Maßstabsexklusivität gegenüber außerhalb der Eisenbahnregulierung stehenden Normen festlegen.²⁸ § 315 BGB ist eine Norm des deutschen Zivilrechts, deren Anwendung als mitgliedstaatsrechtliches Korrekturinstrument dem unionsprimärrechtlich nach Art. 102 AEUV verbotenen Marktmachtmissbrauch wirksam und im Einzelfall bei der Stationsentgeltgestaltung von Eisenbahnunternehmen entgegenwirkt. Selbst wenn § 315 BGB außerhalb des sektorspezifischen Eisenbahnregulierungsrechts steht, ist die Durchführung von dessen zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle insbesondere mit Art. 8 Abs. 8, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 und Art. 7 Abs. 7 S. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG so offenkundig vereinbar, dass bereits kein Raum für vernünftige Zweifel verbleibt. Folglich sind die genannten Vorschriften der Richtlinie 2001/14/EG vielmehr im Wege der primärrechtskonformen Auslegung offensichtlich und eindeutig dahingehend auszulegen, dass eine Maßstabsexklusivität gegenüber Normen wie der zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB, die außerhalb des sektorspezifischen Regulierungsrechts stehen, gerade nicht besteht, so dass eine Vorlagepflicht an den EuGH aus diesem Grund ausscheidet.²⁹

3. Sektorspezifisches Diskriminierungsverbot

Das sektorspezifische Diskriminierungsverbot des Eisenbahnrechts ist in den Art. 4 Abs. 5, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 5 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG verankert.³⁰ Neben diesem eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot haben marktbeherrschende Eisenbahninfrastrukturunternehmen zudem die aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 102 AEUV folgenden Direktiven zu beachten. Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot sieht *Ludwigs* durch die Anwendung der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle des § 315 BGB insbesondere dadurch beeinträchtigt, dass die Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturentgelte zu Situationen führt, in denen zugunsten des die Billigkeitskontrolle veranlassenden Unternehmens dessen Netzentgelte von denen gegenüber den anderen Unternehmen geltenden Netzentgelten abweichen.³¹ Das sektorspezifische Diskriminierungsverbot des Eisenbahnrechts erzwingt jedoch keine Gleichheit im Unrecht.³² Nach der Rechtsprechung des EuG stellt überdies nicht jede auf einem Markt vorgefundene Preisddivergenz eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes durch ein

marktbeherrschendes Unternehmen nach Art. 102 AEUV dar.³³ Gleiches gilt auch nach dem Diskriminierungsverbot des deutschen Wettbewerbsrechts gemäß den §§ 19, 20 GWB.³⁴ Andernfalls liefe das Diskriminierungsverbot auf eine allgemeine Meistbegünstigungsklausel hinaus. Eine solche allgemeine Meistbegünstigungsklausel, die das marktbeherrschende Unternehmen generell zwingt, allen Marktteilnehmern die gleichen – günstigsten – Bedingungen, insbesondere Preise, einzuräumen, enthält das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot jedoch gerade nicht.³⁵ Die Durchführung der zivilgerichtlichen Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB wirkt der aus einer allgemeinen Meistbegünstigungsklausel folgenden Preiseinheit auf einem Eisenbahninfrastrukturmarkt dadurch entgegen, dass durch die Herstellung konkreter Einzelfallgerechtigkeit das auf einem Eisenbahninfrastrukturmarkt bestehende Preisniveau in Einzelfällen korrigiert wird.

Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot steht der Anwendung der zivilgerichtlichen Billigkeitsprüfung des Weiteren aus folgendem Grund offenkundig nicht entgegen: Ebenso wie die wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbote setzt auch das sektorspezifische Diskriminierungsverbot des Eisenbahnrechts eine unterschiedliche *Behandlung* durch den Normadressaten, also durch das zur Gleichbehandlung verpflichtete Unternehmen, voraus.³⁶ Aus dem Tatbestandsmerkmal der *Behandlung* folgt, dass die auf einem Markt bestehende Preisddivergenz auf ein Handeln (bzw. Unterlassen) des normadressierten Unternehmens zurückzuführen sein muss. Hieran fehlt es nach dem EuGH z.B. dann, wenn ein konkretes Preisniveau durch (nationale) Rechtsvorschriften vorgeschrieben ist.³⁷ Neben der Determinierung eines Preisniveaus durch Legislativmaßnahmen fehlt es auch bei Akten der Judikative an einem solchen Handlungsspielraum des Normadressaten. Denn Urteile, die in materieller Rechtskraft erwachsen sind, entfalten eine inhaltliche Bindungswirkung in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Sicht. Folglich kann z.B. in Sachen der Nichtzulassungsbeschwerden (zu den Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u.a.) die aus dem Urteil des Berufungsgerichts (zum Az. 2 U 17/09 Kart) selbst resultierende Preisddivergenz offenkundig weder am Maßstab der kartellrechtlichen Diskriminierungsverbote noch an dem des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbotes gemessen werden. Denn hinsichtlich der Preissetzung gegenüber den am Ausgangsverfahren vor dem LG Berlin beteiligten Beklagten fehlt es an einer *Handlung* des marktbeherrschenden Eisenbahnunternehmens. Somit folgt auch aus dem eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot in Sachen der Nichtzulassungsbe-

25 EuGH, ECLI:EU:C:1977:167, Rn. 20 (Urt. v. 25.10.1977 – Rs. 26/76) – *Metro; Fuhr/Kerkhoff*; MMR 1999, 213, 214.

26 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 199 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P) – *Deutsche Telekom*; eine ausdrückliche Normierung des sektorenübergreifenden Kostenmaßstabs des „effizienten Unternehmens“ findet sich z.B. in § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

27 So im Ergebnis auch *Kühling*, DVBl 2014, 1558, 1564.

28 A. A. *Ludwigs*, EWS 2013, 409, 411 ff.

29 Grundlegend zur primärrechtskonformen Auslegung vgl. *Leible/Domrose*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. A., 2015, S. 146, und *Auer*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 27.

30 So auch *Ludwigs*, EWS 2013, 409, 413.

31 *Ludwigs*, EWS 2013, 409, 413.

32 Vgl. *Kühling*, DVBl 2014, 1558, 1563 m.w.N.

33 EuG, ECLI:EU:T:1994:246, Rn. 207 (Urt. v. 6.10.1994 – Rs. T-83/91) – *Tetra Pak*.

34 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, Teil 1, 6. A., 2015, § 19 GWB Rn. 123.

35 BGH, Urt. v. 19.3.1996 – Az. KZR 1/95, Rn. 39 – *Pay-TV-Durchleitung*; so auch ausdrücklich für das sektorspezifische Diskriminierungsverbot *Kühling*, DVBl 2014, 1558, 1563.

36 *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. A., 2011, Art. 102 Rn. 60; *Markert* (Fn. 34), § 19 Rn. 106.

37 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 80 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P) – *Deutsche Telekom*.

schwerden (zu den Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u. a.) offenkundig keine Vorlagepflicht des BGH an den EuGH.

Es stellt sich indes vielmehr die Frage, ob ein marktbeherrschendes vertikal integriertes Eisenbahnunternehmen aufgrund seiner besonderen Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb dadurch gegen die Diskriminierungsverbote des allgemeinen Wettbewerbsrechts bzw. gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot verstößt, indem dieses Unternehmen es nach der Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturentgelte unterlässt, die durch Urteil herbeigeführte Preisdivergenz gleichheitsgerecht erga omnes aufzulösen und zwar nach Maßgabe der Billigkeitsmaßstäbe nach § 315 BGB.³⁸

Insbesondere sind marktbeherrschende vertikal integrierte Eisenbahnunternehmen aufgrund ihrer besonderen Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb verpflichtet, das die Billigkeit nach § 315 BGB prägende Gebot zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren, welche die Wettbewerber auf den – den Infrastrukturzugangsmärkten nachgelagerten – Verkehrs- und Transportmärkten stets potentiell wirtschaftlich bedrohen, proaktiv gleichheitsgerecht erga omnes umzusetzen. Dies hat die Beschwerdeführerin in Sachen der Nichtzulassungsbeschwerden (zu den Az. KZR 7/13, KZR 9/13 u. a.) aber unterlassen, obwohl sie nach Art. 102 AEUV hierzu verpflichtet ist. Erst ein solches Unterlassen stellt ein tatbestandliches *Behandeln* i. S. d. wettbewerbsrechtlichen und des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbots dar. Indem es ein marktbeherrschendes Eisenbahnunternehmen im Nachgang an ein Urteil unterlässt, die nach diesem Urteil bestehende Preisdivergenz zugunsten der Wettbewerber der die Billigkeitskontrolle veranlassenden Unternehmen aufzulösen, werden diese Wettbewerber objektiv benachteiligt. Gerade im Lichte der besonderen Verantwortung eines marktbeherrschenden Unternehmens für den bestehenden Restwettbewerb begründet dieses Unterlassen einen Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote des allgemeinen Wettbewerbsrechts (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB) bzw. gegen das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot. Eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 315 BGB führt demgegenüber dazu, dass das Ergebnis der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle unter Berücksichtigung der Direktiven der wettbewerbs- und eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbote ermittelt wird, an die allein das Infrastrukturunternehmen gebunden ist.³⁹ Die zivilgerichtliche Kontrolle der Entgelte eines marktbeherrschenden Eisenbahninfrastrukturunternehmens zielt gerade darauf ab, die Forderung diskriminierender Entgelte abzuwehren oder diskriminierende Entgeltüberhöhungen zurückzuführen. Ohne Anwendung des § 315 BGB würden die wettbewerbs- und eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbote gänzlich ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt. Dies wäre weder mit dem eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot noch mit Art. 102 AEUV in Einklang zu bringen: Diesen Normen stünde ohne zivilgerichtlichen Rechtsschutz – die private Rechtsdurchsetzung („Private Enforcement“) – kein wirksamer Rechtsverfolgungsmechanismus mehr zur Seite.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zur europäischen Missbrauchskontrolle (Art. 102 AEUV) hat sich eine klare Vorgabe dahingehend verdichtet, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung eine gesteigerte Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb auf diesen Märkten zukommt.⁴⁰ In seinem Urteil „Post Danmark“ vom 27. März 2012 führt der EuGH aus, dass dies in besonderem Maße für ein Unternehmen mit einer (Quasi-) Monopolstellung gilt.⁴¹ In der Entscheidung in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ vom 14. Oktober 2010 stellte der EuGH das Vorliegen einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere fest, obwohl die Vorlei-

stungs- und Endkundenentgelte sogar jeweils ex ante von der damaligen RegTP genehmigt worden waren. Allerdings hatte die Deutsche Telekom ihren bestehenden *Handlungsspielraum* zur Änderung ihrer Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste nicht ausgeschöpft, insbesondere bei der RegTP nicht die Genehmigung für die Änderung dieser Entgelte beantragt, um eine Preis-Kosten-Schere zugunsten marktschwächerer Wettbewerber zu vermeiden.⁴² Der Beantragung höherer Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste hätte es nach Ansicht des EuGH in Anbetracht der Monopolstellung der Deutschen Telekom jedoch bedurft.⁴³ Der Handlungsspielraum marktbeherrschender Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung ihrer Nutzungsentgelte ist sogar wesentlich größer als derjenige der Deutschen Telekom im zitierten Verfahren vor dem EuGH.⁴⁴ Denn im Rahmen des regulatorisch festgelegten Preissetzungskorridors benötigen diese Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Änderung ihrer Nutzungsentgelte bereits keine Genehmigung der Regulierungsbehörde.

4. Vorrang des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzes

Des Weiteren wird die Ansicht vertreten, dass aus Art. 30 Abs. 5 UAbs. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG ein „Überprüfungsmonopol“ der nationalen Regulierungsbehörde folge und dadurch eine parallele Billigkeitskontrolle der Infrastrukturnutzungsentgelte durch die Zivilgerichte nach § 315 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sei.⁴⁵ Diese „Regulierungs-Monopolisierung“ erstreckte sich auf die Überprüfung von Ermessensentscheidungen der Infrastrukturbetreiber, da gemäß Art. 30 Abs. 5 UAbs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG die Beschlüsse der Regulierungsbehörde „für alle davon Betroffenen verbindlich“ seien.⁴⁶ Auch dieser Einwand steht im Widerspruch zum Unionsprimärrecht (Art. 102 AEUV).

Ein solches Überprüfungsmonopol der nationalen Regulierungsbehörde besteht nicht.⁴⁷ Die Annahme ist schon mit der Vorschrift des Art. 30 Abs. 6 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG unvereinbar, die eine gerichtliche Überprüfung ausdrücklich vorsieht. Zudem verkennt diese Ansicht den Vorrang des Unionsprimärrechts, namentlich des Art. 102 AEUV. Denn würde das sektorspezifische Eisenbahnregulierungsrecht ein Überprüfungsmonopol der nationalen Regulierungsbehörden tatsächlich vorschreiben, würde nicht nur die zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ausgeschlossen; auch für die Überprüfung eines Preissetzungsverhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 102 AEUV durch das BKartA oder die Europäische Kommission bliebe dann kein Raum mehr. Ein sekundärrechtlich vorgeschriebenes Überprüfungsmonopol der nationalen Regulierungsbehörden würde folglich im Widerspruch zum Unionsprimärrecht stehen. Diese Kollision zwischen der Richtlinie 2001/14/EG und dem Primärrecht (Art. 102 AEUV) wäre nach dem normhierarchischen Geltungsvorrang des Primärrechts gegenüber dem Sekundärrecht aufzulösen. Auch die nationalen Wettbewerbsbehörden haben nach der Rechtspre-

38 Siehe hierzu Kühling, DVBl 2014, 1558, 1563.

39 OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2012, 08129 (Urt. v. 17.1.2012 – Az. 11 U 43/09 [Kart]).

40 EuGH, ECLI:EU:C:2009:214, Rn. 105 (Urt. v. 2.4.2009 – Rs. C-202/07 P) – *France Télécom/Kommission*.

41 EuGH, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 23 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) (= NeR 2012, 185, 186) – *Post Danmark*.

42 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 85, 125 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P) – *Deutsche Telekom*.

43 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 183 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P) – *Deutsche Telekom*.

44 So auch Kühling, DVBl 2014, 1558, 1564.

45 Ludwigs, EWS 2013, 409, 413.

46 Ludwigs, EWS 2013, 409, 413.

47 So im Ergebnis auch Kühling, DVBl 2014, 1558, 1562.

chung des EuGH keine Letztentscheidungsbefugnis über die Verletzung der Art. 101 und 102 AEUV.⁴⁸ Vielmehr sind diese Entscheidungen der nationalen Wettbewerbsbehörden gerichtlich überprüfbar. Gleiches muss auch für die Regulierungsbehörde gelten, deren Zuständigkeiten nach nationalem Eisenbahnrecht (§ 14b Abs. 2 AEG) diejenigen der Wettbewerbsbehörden unberührt lassen.

Ebenso wie Art. 102 AEUV gewährleistet auch die zivilgerichtliche Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB eine Entgeltüberprüfung, in der – im Zuge einer primärrechtskonformen Auslegung des § 315 BGB – die unionsrechtlich vorgegebenen einzelfallbezogenen Maßstäbe des Art. 102 AEUV, insbesondere zu marktmachtmissbräuchlichen Preis-Kosten-Scheren, zur Anwendung gelangen. Denn gerade bei einer Preispolitik, die zu der Entstehung von Preis-Kosten-Scheren führt, setzt – neben Art. 102 AEUV – auch das zivilrechtliche Korrekturinstrument des § 315 BGB an, um dem unionsprimärrechtlichen Marktmachtmissbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV im Einzelfall bei der Entgeltgestaltung marktbeherrschender Eisenbahnunternehmen zu entsprechen. § 315 BGB gewährleistet somit, dass die unionsprimärrechtlich vorgegebenen Maßstäbe des Art. 102 AEUV auch im deutschen Zivilrecht zur Anwendung gelangen. Da die Annahme eines – auch nur gegenüber § 315 BGB – bestehenden sekundärrechtlichen Überprüfungsmonopols somit zugleich die Anwendung der vom Unionsprimärrecht vorgegebenen Maßstäbe des Art. 102 AEUV innerhalb des § 315 BGB ausschließen würde, läge somit ebenfalls ein Widerspruch zu Art. 102 AEUV und damit zum Unionsprimärrecht vor.

Der normenhierarchische Vorrang des Unionsprimärrechts steht jedoch der Annahme eines sektorspezifischen Überprüfungsmonopols der nationalen Regulierungsbehörden entgegen. Art. 30 Abs. 5 UAbs. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG ist angesichts des Vorrangs des Unionsprimär-

rechts (Art. 102 AEUV) vielmehr dahingehend auszulegen, dass ein sektorspezifisches Überprüfungsmonopol der Regulierungsbehörde gerade nicht besteht. Eine Vorlagepflicht der letztinstanzlichen Gerichte nach Art. 267 Abs. 3 AEUV an den EuGH kann somit auch nicht aus diesem Grund hergeleitet werden.

III. Fazit

Eine parallele Anwendung der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB neben dem sektorspezifischen Eisenbahnregulierungsrecht ist aus unionsprimärrechtlichen Gründen (Art. 102 AEUV) geboten. Die gegen eine parallele Anwendbarkeit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB erhobenen unionssekundärrechtlichen Einwände, namentlich die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers bei der Entgeltberechnung, die Maßstabexklusivität des eisenbahnrechtlichen Entgeltsystems sowie die organisationsrechtliche Einzigkeit der Zuständigkeit bei der Eisenbahnregulierung, das sektorspezifische Diskriminierungsverbot und der verfahrensrechtliche Vorrang des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzes, finden wegen des normhierarchischen Geltungsvorrangs des Art. 102 AEUV gegenüber dem sektorspezifischen Eisenbahnregulierungsrecht im Ergebnis keine Anwendung. Aufgrund der Offenkundigkeit der Vereinbarkeit der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle des § 315 BGB mit dem europäischen Eisenbahnregulierungsrecht, namentlich mit der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG, sind die letztinstanzlichen Gerichte nicht zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet.

48 EuGH, ECLI:EU:C:2013:404, Rn. 42 (Urt. v. 18.6.2013 – Rs. C-681/11) – *Schenker & Co. u. a.*