

Teuere Eisenbahntrasse

Eigener Leitsatz:

Zusatzentgeltforderungen durch das marktbeherrschende Eisenbahninfrastrukturunternehmen für Änderungs- und ad-hoc-Bestellungen von gleichartigen Unternehmen im Geschäftsverkehr verstoßen gegen das wettbewerbsrechtliche Behinderungsverbot, wenn sie nicht durch einen über die Basisleistung hinaus entstehenden finanziellen Mehraufwand sachlich gerechtfertigt und als billig anzusehen sind.

Oberlandesgericht Düsseldorf

Urteil vom 14.10.2009

Az.: VI-U (Kart) 4/09

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25. März 2009 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf – 34 0 (Kart) 123/08 – abgeändert und wie folgt neugefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 56.035,60 € nebst Zinsen in

Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2008 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, soweit die Klägerin die Feststellung beantragt hat, dass die Beklagte von ihr für den Zeitraum Januar 2003 bis Mai 2008 keine Zuschläge für Änderungsbestellungen verlangen kann.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.

II. Von den Kosten der ersten Instanz trägt die Klägerin 2/13. Im Übrigen fallen die Kosten der ersten Instanz und des

Berufungsverfahrens der Beklagten zur Last.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin und die Beklagte können die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren und die Beschwerde der Beklagten werden auf 198.152,80 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist ein nach den Bestimmungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (nachfolgend: AEG) zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen. Sie ist seit dem Jahre 2001 im Bereich des Schienengüterverkehrs tätig und steht in diesem Geschäftsfeld im Wettbewerb mit der D. S. R. Deutschland AG (zuvor: R. D. AG; nachfolgend R. AG), die eine Tochtergesellschaft der D. AG ist und auf dem Markt des Schienengüterverkehrs über einen Marktanteil von etwa .. % verfügt.

Die Beklagte, ebenfalls ein Konzernunternehmen der D. AG, ist ein nach den Bestimmungen des AEG zugelassenes Eisenbahninfrastrukturunternehmen. Sie unterhält nahezu das gesamte bundesdeutsche Eisenbahnschienennetz, auf dessen Nutzung die Klägerin zur Erbringung von Güterverkehrsleistungen angewiesen ist.

Die Parteien streiten über die Berechtigung der Beklagten, für den Zeitraum Januar 2003 bis Mai 2008 neben dem regulären Trassenentgelt für die Nutzung ihres Schienennetzes Zusatzentgelte von der Klägerin fordern zu dürfen, auf welche

die Klägerin bislang nur Teilbeträge geleistet hat.

Grundlage ihrer Geschäftsbeziehung ist der zwischen den Parteien am 15./17.08.2001 geschlossene Infrastrukturnutzungsvertrag. Nach § 1 Ziffer 3. und § 3 des Vertrages in Verbindung mit der Vertragsanlage 4 ist für die Berechnung des geschuldeten Nutzungsentgelts die jeweils gültige Trassenpreisliste (sog. Trassenpreissystem) der Beklagten maßgeblich. Diese Trassenpreissysteme setzt die Beklagte im Voraus für bestimmte Zeitperioden ohne Mitwirkung der Eisenbahnverkehrsunternehmen fest. Das zur Zeit des Vertragsschlusses zwischen den Parteien bestehende Trassenpreissystem 2001 (folgend TPS 01) sah pauschale Zusatzentgelte

* für jede kurzfristige Bestellung einer Trasse, die unter drei Stunden vor bestellter Abfahrt bei der zuständigen Stelle der Beklagten eingeht (folgend: Kurzfristbestellung), in Höhe von einmalig 50,00 €

* und für jede auf Wunsch des Kunden nach Annahme des Trassenangebots bzw. Übermittlung der Fahrplanzeiten von der Beklagten vorgenommene Änderung an einer Trasse (folgend: Änderungsbestellung) in Höhe von 80,00 € je vom Laufweg des Zuges tangierter Niederlassung der Beklagten vor (Ziff. 5.6. TPS 01).

Das Trassenpreissystem der Beklagten wurde in der Folgezeit verschiedentlich überarbeitet. Während das Zusatzentgelt für Kurzfristbestellungen in den seit dem 10.12.2006 geltenden Fassungen gestrichen ist, hat die Beklagte für Änderungsbestellungen weiterhin ein Zusatzentgelt festgesetzt, allerdings inzwischen – so Ziffer 4 c) TPS 08 – in Höhe von "80,00 EUR je Änderungsbestellung".

Für den Zeitraum Januar 2003 bis Mai 2008 stellte die Beklagte der Klägerin durch monatliche Abrechnungen Zusatzentgelte

* für Kurzfristbestellungen in Höhe von insgesamt

31.550,00 € netto

* und für Änderungsbestellungen in Höhe von insgesamt 168.260,00 € netto,

insgesamt also 234.750,80 € brutto in Rechnung. Die Klägerin zahlte auf die in Rechnung gestellten Zusatzentgelte für Änderungsbestellungen unter Vorbehalt lediglich einen Teilbetrag in Höhe von 56.035,60 €. Bereits mit Schreiben vom 07.01.2002, 11.06.2002 und 23.05.2003 hatte sie sich ganz allgemein gegen die Zusatzentgelte für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen gewendet und deren Rechtfertigung sowie Billigkeit bestritten.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Rückzahlung des gezahlten Betrages und hat sich darüber hinaus im Wege der Feststellungsklage gegen die Berechtigung der weiteren Forderungen, derer sich die Beklagte berührt, gewendet.

Sie hat behauptet, dass die Erhebung der Zusatzentgelte für Änderungs- und Kurzfristbestellungen, die durch keinen Mehraufwand gerechtfertigt seien, ihre Wettbewerbschancen gegenüber ihrem Wettbewerber R. AG beeinträchtige. Denn diese Zusatzentgelte fielen nahezu nur den Wettbewerbern der R. AG zur Last, weil – insoweit unstreitig – die R. AG überwiegend langfristig geplante Schienengüterverkehre durchführe, während sie (die Klägerin) wie die übrigen Wettbewerber der R. AG in erster Linie Ad-hoc-Verkehre betreibe und deshalb auf kurzfristige Trassenbestellungen und Änderungen bereits bestellter Trassen angewiesen seien. Die unterschiedliche Belastung mit Zusatzentgelten ermögliche es der R. AG, ihre Entgelte gegenüber Kunden im Vergleich zu den Wettbewerbern günstiger zu kalkulieren. Nach Auffassung der Klägerin verstoßen die jeweiligen Trassenpreissysteme der Beklagten daher gegen das kartellrechtlich wie auch eisenbahnrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot, so dass die Preisbestimmung nach § 134 BGB unwirksam und zudem mangels Billigkeit nach § 315 Abs. 3 BGB unverbindlich sei.

Die Klägerin hat ihre Auffassung zusätzlich auch auf eine ihrer Ansicht nach unzulässige Quersubventionierung durch Rabattierung der Nutzung sogenannter Zubringertrassen gestützt. Güterverkehrs-Zubringer-Trassen dienen – insoweit unstreitig – der Überführung beladener oder leerer Güterwagens zu oder von Zugbildungsanlagen der Beklagten; für ihre Nutzung haben die TPS 01 und deren Folgefassungen bis heute – ebenfalls unstreitig – ein Entgelt in Höhe nur der Hälfte des Grundpreises vorgesehen. Hauptnutznießer der Entgeltermäßigung ist – unstreitig – die R. AG.

Nach teilweiser Rücknahme der Klage im Feststellungsantrag, mit dem ursprünglich die negative Feststellung von Ansprüchen der Beklagten auf "Zuschläge für Änderungs- und Kurzfristbestellungen" im streitgegenständlichen Abrechnungszeitraum begehrt wurde,

hat die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 56.035,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2008 zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagte von ihr für den Zeitraum Januar 2003 bis Mai 2008 keine Zuschläge für Änderungsbestellungen verlangen kann.

Die Beklagte hat der teilweisen Klagerücknahme zugestimmt und im Übrigen beantragt, die Klage abzuweisen.

Im Wege der Widerklage hat sie beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an sie 142.117,20 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.05.2008 zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Festsetzung der fraglichen Zusatzentgelte als rechtmäßig erachtet und einen mit der Bearbeitung von

Kurzfrist- und Änderungsbestellungen verbundenen Mehraufwand näher behauptet sowie ihre Gründe für die Rabattierung von Zubringertrassen dargelegt.

Die Widerklage hat die Beklagte auf die in Rechnung gestellten Änderungsbestellungen gestützt, die im Abrechnungszeitraum unstreitig zu entsprechenden Leistungen führten und trotz Mahnung vom 06.05.2008 bislang nicht beglichen worden sind.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 25.03.2009 die Klage abgewiesen und der Widerklage in vollem Umfang stattgegeben. Zur Begründung hat das Landgericht im Kern ausgeführt, dass die streitgegenständlichen Entgeltbestimmungen weder gegen das sowohl kartellrechtlich als auch eisenbahnrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot verstießen noch im Sinne des § 315 BGB unbillig seien. Die streitgegenständlichen Entgeltbestimmungen fänden auch unter Berücksichtigung der Interessen der Verkehrsunternehmen vielmehr ihre sachliche Rechtfertigung darin, dass zum einen Änderungs- und Kurzfristbestellungen den von der Beklagten dargelegten Mehraufwand verursachen und dieser verursachungsgerecht sowie gleichermaßen auf die Verkehrsunternehmen umgelegt werde und zum anderen die Rabattierung der Nutzung von Zubringertrassen nach dem Beklagtenvorbringen der optimierten Netzauslastung diene. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der eisenbahnrechtlichen Regelungen und den darin zum Ausdruck kommenden Wertungen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung, mit der sie unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihr Zahlungsbegehren weiterverfolgt und zunächst auch die negative Feststellungsklage fortgeführt hat.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 16.09.2009 hat die Klägerin im Hinblick darauf, dass ihre negative Feststellungsklage und die Widerklage die identischen streitgegenständlichen Entgeltforderungen zum Gegenstand haben, ihren ursprünglichen Klageantrag zu 2. in der

Hauptsache für erledigt erklärt.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

das am 25.03.2009 verkündete Urteil des Landgerichts abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 56.035,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2008 zu zahlen,
2. die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte, die sich zur Erledigungserklärung der Klägerin nicht erklärt hat, beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt unter Wiederholung ihres wesentlichen erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil und tritt dem Berufungsvorbringen der Klägerin entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils und die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Die Klage hat sowohl mit ihrem Zahlungsantrag als auch mit dem nunmehr auf Feststellung der Erledigung gerichteten zulässigen Feststellungsantrag Erfolg, während die Widerklage unbegründet ist.

A. Zum Zahlungsantrag

Der Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte in Höhe von 56.035,60 € ist aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB gerechtfertigt.

Die Klägerin hat – unstreitig – zusätzlich zum üblichen Trassenpreis für Änderungsbestellungen im Abrechnungszeitraum Januar 2003 bis Mai 2008 Zahlungen in Höhe von insgesamt 56.035,60 € an die Beklagte geleistet. Diese Leistungen hat die Beklagte jedoch ohne Rechtsgrund erlangt, weil ihr kein Anspruch auf Entrichtung der geforderten Zusatzentgelte für Änderungsbestellungen zugestanden hat. Zwar ist in § 3 Ziffer 1. des zwischen den Parteien wirksam geschlossenen Infrastrukturnutzungsvertrages in Verbindung mit dessen Anlage 4 die Geltung der jeweils gültigen Trassenpreisliste der Beklagten vereinbart und sehen die für den fraglichen Abrechnungszeitraum von der Beklagten festgelegten Trassenpreissysteme ein Zusatzentgelt für Änderungsbestellungen in der jeweils abgerechneten Höhe vor. Das von der Beklagten gemäß § 315 Abs. 1 BGB einseitig festgelegte Zusatzentgelt verstößt jedoch gegen das in § 20 Abs. 1 GWB geregelte Behinderungsverbot, so dass seine Festsetzung in den jeweiligen Trassenpreissystemen gemäß § 134 BGB nichtig ist und die von der Beklagten berechneten Änderungszuschläge nicht geschuldet werden.

1.

Nach § 20 Abs. 1 GWB darf ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Behinderungsverbots sind erfüllt. Die auf dem Markt für die Überlassung von Schieneninfrastruktur marktbeherrschende Beklagte [hierzu nachfolgend a)] behindert die Klägerin durch das bei Änderungsbestellungen anfallende Zusatzentgelt auf dem Markt für Schienengüterverkehrsleistungen [hierzu nachfolgend b)] in unbilliger Weise [hierzu nachfolgend c)].

a) Die Beklagte ist Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB. Sie

ist auf dem in räumlicher Hinsicht auf das Bundesgebiet beschränkten Markt der Nutzungsüberlassung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen, auf dem sich Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Anbieter und Eisenbahnverkehrsunternehmen als Nachfrager gegenüberstehen, gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB marktbeherrschend. Nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien unterhält die Beklagte nahezu das gesamte bundesdeutsche Eisenbahnschienennetz.

b) Durch das in Rede stehende Zusatzentgelt für Änderungsbestellungen wird die Klägerin im Wettbewerb mit der R. AG – und damit in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr – beeinträchtigt.

aa) Betroffen ist hier der Eisenbahnverkehrsunternehmen üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr in Bezug auf die Nutzung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen für den Schienengüterverkehr, in welchem sich einerseits die Beklagte als Anbieter einer entsprechenden Infrastruktur und Eisenbahnverkehrsunternehmen, darunter u.a. die R. AG und die Klägerin, als Nachfrager gegenüberstehen.

Die Klägerin und die R. AG, der gegenüber eine Wettbewerbsbehinderung geltend gemacht wird, sind gleichartige Unternehmen im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB.

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. 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, die Absatzstruktur und Abnahmeleistung oder Unternehmensgröße kommt es nicht an. Im Allgemeinen sind solche Unternehmen gleichartig, die als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen auf derselben Wirtschaftsstufe agieren (z.B. als Hersteller, Großhändler, Einzelhändler, gewerblicher Verbraucher).

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen handelt es sich bei der Klägerin und der R. AG wie bei allen übrigen Eisenbahnverkehrsunternehmen um gleichartige Unternehmen. Eisenbahnverkehrsunternehmen sind auf derselben Marktstufe als Anbieter von Schienenverkehrsleistungen tätig und fragen in dieser Funktion bei der Beklagten die Überlassung der Eisenbahninfrastruktur nach.

Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass die R. AG überwiegend langfristig geplante Güterverkehre, die Klägerin wie auch die meisten übrigen Wettbewerber aber in erster Linie sogenannte Ad-hoc-Verkehre betreiben, die sich durch kurzfristige, zum Teil erst wenige Stunden vor der geplanten Fahrt erfolgende Bestellungen der Kunden auszeichnen. Dies bedeutet, dass die Klägerin (und die meisten übrigen Wettbewerber der R. AG) auf kurzfristige Bestellungen und nachträgliche Änderungen angewiesen sind.

Unterschiedliche Dispositions- und Leistungsangebote im Verhältnis zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen als Anbieter und deren Kunden als Nachfrager führen nicht zu einem qualitativen Unterschied der Nachfrage auf dem Beschaffungsmarkt, auf dem sich die Eisenbahnverkehrsunternehmen als Nachfrager und die Beklagte als Anbieter gegenüberstehen. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen fragen bei der Beklagten in technisch-funktioneller Hinsicht die gleiche Leistung, nämlich die Überlassung der Eisenbahninfrastruktur für einen Schienengütertransport nach. Soweit mit dem Ad-hoc-Verkehr auf Beschaffungsseite kurzfristige Bestellungen und

Bestellungsänderungen im Betrieb der Beklagten erforderlich sein sollten, bleibt die Leistung der Beklagten aus Sicht der Nachfrager aber die gleiche; auch eventuelle zusätzliche Arbeitsschritte im Betrieb der Beklagten, die für eine Änderung bereits bestellter Trassen erforderlich sein könnten, stehen in einem solch engen Sachzusammenhang mit der Nutzungsüberlassung, dass diese ebensowenig wie die eventuelle zeitliche Eile der Bearbeitung ein eigenständiges Marktsegment indizieren könnte. Eigenständige Nachfragemärkte behauptet die Beklagte insoweit auch selbst nicht.

Der Annahme gleichartiger Unternehmen steht des Weiteren nicht entgegen, dass die Beklagte und die R. AG als Schwesterunternehmen demselben Konzern angehören. Verbundene Unternehmen bilden durch ihr Konzernzugehörigkeit zwar eine wirtschaftliche Einheit mit dem Normadressaten und können daher grundsätzlich nicht als gleichartige – andere – Unternehmen angesehen werden (vgl. Schultz in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 10. Aufl., § 20 Rn. 112 m.w.Nachw.). Jedoch ist nach der Rechtsprechung des Senates von diesem Grundsatz eine Ausnahme zuzulassen, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung besteht, verbundene und fremde Unternehmen gleich zu behandeln (Senat, Urteil vom 19. März 2003, Umdruck Seite 13 f., WuW/E DE-R 1184, 1185 – Infra-Card Tarif). Ein solcher Ausnahmefall liegt – wie der Senat für das Verhältnis zwischen der Beklagten und R. AG bereits verschiedentlich entschieden hat (zuletzt Urteil vom 7. Februar 2007, VI-U (Kart) 3/06) – hier vor. Aus der gesetzlichen Verpflichtung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ihre Infrastruktureinrichtungen jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen diskriminierungsfrei zu überlassen, folgt, dass nicht nur die Bevorzugung irgendeines fremden Unternehmens, sondern in gleicher Weise auch die Begünstigung eines konzerneigenen Eisenbahnverkehrsunternehmens ausgeschlossen ist. Diese gesetzliche Verpflichtung kommt in den Regelungen der §§ 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7 AEG in der bis zum 29.04.2005 geltenden

Fassung i.V.m. §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 und 8 EIBV in der bis zum 31.07.2005 geltenden Fassung wie auch in den Regelungen des § 14 Abs. 1 Satz 4 AEG und § 21 Abs. 6 EIBV in der seit dem 30.04.2005 bzw. 01.08.2005 geltenden Fassungen zum Ausdruck. Sie findet aber auch Niederschlag in § 9 Abs. 1 AEG a.F. bzw. § 9 Abs. 1 a und 1 b AEG in der seit dem 30.04.2005 geltenden Fassung. Hiernach haben öffentliche Eisenbahnen, die sowohl Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erbringen als auch eine Eisenbahninfrastruktur betreiben, in ihrer Rechnungsführung beide Bereiche zu trennen (§ 9 Abs. 1 S.1 AEG a.F., § 9 Abs. 1 a AEG n.F.) und ist eine Quersubventionierung ausdrücklich verboten (§ 9 Abs. 1 S. 2 AEG a.F., § 9 Abs. 1 b AEG n.F.).

bb) Das in den Trassenpreissystemen festgelegte Zusatzentgelt für Änderungsbestellungen führt zu einer Behinderung der Klägerin in diesem Geschäftsverkehr.

Unter einer Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB ist jede Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens zu verstehen. Jedoch stellt nicht bereits jeder wirtschaftliche Nachteil, der einem anderen Unternehmen zugefügt wird, eine Behinderung in diesem Sinne dar. Es muss sich vielmehr um eine Beeinträchtigung der Möglichkeiten im Wettbewerb mit anderen Unternehmen handeln, die Chance zu Geschäftsabschlüssen mit Dritten muss also beeinträchtigt sein. Die bloße Eignung einer Maßnahme zur Behinderung oder der erfolglose Versuch reichen nicht aus, vielmehr muss die Beeinträchtigung tatsächlich eingetreten sein (Schultz in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Band 1, § 20 Rn. 117 f.; Loewenheim in Loewenheim/Meessen/ Riesenkampff, GWB, 2. Aufl., § 20 Rn. 67).

Das von der Beklagten zusätzlich zum jeweiligen Trassenpreis festgesetzte Zusatzentgelt für Änderungsbestellungen beeinträchtigte im streitbefangenen Zeitraum wie auch bis heute die Wettbewerbschancen der Klägerin gegenüber anderen Anbietern von Schienengüterverkehrsleistungen, namentlich

gegenüber der R. AG, die nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien auf diesem Markt marktbeherrschend ist. Die Klägerin und alle übrigen Wettbewerber der R. AG betreiben – wie bereits ausgeführt – in erster Linie sog. Ad-hoc-Verkehre. Dies bedeutet, dass die Klägerin (und alle übrigen Wettbewerber der R. AG) in der Mehrzahl der Fälle die Zugtrassen erst kurzfristig bei der Beklagten bestellen kann oder bereits bestellte Trassen nachträglich wieder stornieren und durch andere mit der Konsequenz ersetzen muss, dass sie in der Mehrzahl der Fälle für die Inanspruchnahme einer Zugtrasse zusätzlich zu dem Trassenpreis eine Pauschale von 80,00 € (bei Anwendung der TPS 01 u.U. auch mehrfach je nach Zahl vom Laufweg tangierter Niederlassungen der Beklagten) zu entrichten hat. Die R. AG führt (nach dem unwidersprochen gebliebenen und von der Beklagten sich zu eigen gemachten Vortrag der Klägerin) demgegenüber verhältnismäßig wenige Ad-hoc-Verkehre durch, so dass sie von Zusatzentgelten weitaus geringer betroffen ist. Dies hat zur Folge, dass die Klägerin für die Inanspruchnahme derselben Infrastruktureinrichtungen der Beklagten durchschnittlich ein deutlich höheres Entgelt zu zahlen hat, als die zum Konzern der Klägerin gehörende R. AG. Der R. AG ist es daher im Vergleich zur Klägerin und allen anderen Wettbewerbern möglich, ihre Leistungen gegenüber Dritten auf der Grundlage einer günstigeren Kostenstruktur anzubieten, zumal die Trassenpreise einen erheblichen Teil der Kosten für die Erbringung von Schienengüterverkehrsleistungen ausmachen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten stehen die Klägerin und die R. AG als Anbieter von Schienengüterverkehrsleistungen im Verhältnis zu ihren Kunden auch in einem Wettbewerbsverhältnis. Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, dass langfristig geplante Verkehre einerseits und Ad-hoc-Verkehre andererseits zwei zu differenzierende Angebotsmärkte darstellen würden.

Nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept bilden sämtliche Erzeugnisse

bzw. Dienstleistungen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, einen einheitlichen sachlichen Markt (vgl. nur BGH WRP 2004, 1502, 1504 – Staubsaugerbeutelmarkt; BGH WuW/E BGH 3058, 3062 – Pay-TV-Durchleitung). Maßgebend ist die tatsächliche Handhabung durch die Abnehmer, wobei auf den verständigen Durchschnittsnachfrager abzustellen ist (Paschke in Frankfurter Kommentar, Kartellrecht, IV §§ 1-23 GWB, § 19 Rn. 90; KG WuW/E OLG 1983, 1984 m.w.Nachw. – Rama-Mädchen).

Hiervon ausgehend ist die nachgefragte Leistung des durchschnittlichen Kunden der schienengebundene Gütertransport. Ob dieser Bedarf je nach Art der zu transportierenden Güter verschiedene selbständige sachliche Märkte betrifft (beispielsweise: schüttfähige Massengüter, vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 34 Stichwort Verkehr), bedarf hier keiner Entscheidung. Allein die zeitliche Komponente, ob der Transportbedarf mehr oder weniger kurzfristig gedeckt werden muss oder einer langfristigen Disposition unterliegen darf, verändert aus Sicht des Verkehrskunden (Marktgegenseite) die technisch-funktionellen Eigenschaften und den wirtschaftlichen Verwendungszweck der nachgefragten Gütertransportleistung nicht. Für den Kunden geht es stets lediglich um den Bedarf, eine bestimmte Art und Menge von Gütern zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. in einem bestimmten Zeitraum durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen transportieren zu lassen. Eine Unterscheidung nach Kurzfristtransporten und langfristig planbaren Transportleistungen würde die technisch-funktionell gleich bleibende Leistung des schienengebundenen Gütertransports unnatürlich aufspalten. Dass diese zeitliche Komponente möglicherweise verschiedene Anforderungen an die Disposition und Kalkulation der Eisenbahnverkehrsunternehmen stellt, hat aus Sicht des Kunden keinen maßgeblichen Einfluss

auf die Art der erfragten Transportleistung. Es ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch sonst Anhaltspunkte dafür, dass eventuelle Aufpreise auf Kurzfristaufträge der Kunden im Vergleich zur Bepreisung langfristiger Transportaufträge zu solch erheblichen Preisunterschieden führen, dass getrennte Märkte indiziert sein könnten. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang auch zu bedenken, dass die Anbieter sowohl von langfristigen als auch kurzfristigen schienengebundenen Transportleistungen im Wesentlichen identisch sind; denn nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien bieten im Wesentlichen alle im Schienengüterverkehr tätigen Eisenbahnverkehrsunternehmen sowohl langfristig geplante Transporte als auch sog. Ad-hoc-Verkehre an, auch wenn der jeweilige Schwerpunkt der geschäftlichen Betätigung verschieden ist.

c) Die durch das Zusatzentgelt für Änderungsbestellungen bewirkte Behinderung der Klägerin auf dem Markt für schienengebundene Güterverkehrsleistungen ist auch unbillig.

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 marktbedingten Beeinträchtigungen möglichst freien wettbewerblichen Betätigung. 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 gehindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig hält (BGH WuW/E BGH 2953, 2964 – Gasdurchleitung; Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 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. Dementsprechend ist eine differenzierende Preisgestaltung nur zulässig, wenn sie nach Ausmaß und Höhe durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist (Schultz in Langen/Bunte, aaO., § 20 Rn. 184 m.w.Nachw.).

Die somit vorzunehmende Interessenabwägung führt zu dem Ergebnis, dass die festgestellte Behinderung der Klägerin durch das Zusatzentgelt für Änderungsbestellungen unbillig ist. Ein berechtigtes Interesse der Beklagten an der Erhebung eines Zusatzentgeltes für Änderungsbestellungen besteht nicht, da es für ein solches Zusatzentgelt sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach an einer sachlichen Rechtfertigung fehlt.

Hierbei ist zwischen der Rechtslage nach dem AEG in dessen bis zum 29.04.2005 geltenden Fassung (folgend: AEG a.F.) und der EiBV in deren bis zum 31.07.2005 geltenden Fassung (folgend: EiBV a.F.) einerseits sowie der Rechtslage nach dem AEG und der EiBV in ihrer seit dem 30.04.2005 bzw. 01.08.2005 geltenden Fassung andererseits zu unterscheiden.

aa) Soweit der hier zur Entscheidung stehende Sachverhalt der Rechtslage nach dem AEG a.F. und der EiBV a.F. unterliegt, ergeben sich die Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung der durch die Erhebung des Zusatzentgeltes bewirkten Behinderung aus dem Senatsurteil vom 07.02.2005, VI-U (Kart)

3/06 (rechtskräftig nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH mit Beschluss vom 16.01.2008, KZR 14/07), das – soweit es die Frage der Nichtigkeit des Zusatzentgeltes für Änderungsbestellungen wegen Verstoßes gegen § 20 Abs. 1 GWB betrifft – bereits zu einem rechtlich identisch gelagerten Sachverhalt ergangen ist und auf das sich die Klägerin im vorliegenden Prozess auch bezieht. Hiernach gilt Folgendes:

Die Änderung einer bereits bestellten Zugtrasse ist keine besondere Leistung im Sinne des § 6 Abs. 4 EIBV a.F., sondern Bestandteil der Zuweisung von Fahrwegkapazitäten. Ein hierauf bezogener Zuschlag im Sinne des § 6 Abs. 1 EIBV a.F. ist Teil des Entgelts für die Bereitstellung der Zugtrasse. Die Erhebung dieses Zuschlages ist daher dem Grunde nach sachlich nur gerechtfertigt, wenn mit der Trassenänderung ein Mehraufwand verbunden ist, der nicht schon mit dem Trassenentgelt abgegolten wird. Zwar liegt es bei Änderungsbestellungen auf der Hand, dass zusätzliche Arbeitsschritte des für die Trassenzuweisung zuständigen Personals erforderlich sind, um die ursprüngliche Bestellung zu stornieren und eine neue entgegenzunehmen. Entscheidend ist aber, ob der Beklagten hierdurch im Vergleich zu den ohne die Änderungsbestellungen anfallenden (Personal-)Kosten zusätzliche (nennenswerte) Mehrkosten entstehen, weil die "Umbuchungen" nicht vom ohnehin vorgehaltenen Personal mit erledigt werden können.

Selbst wenn das Zusatzentgelt nach dieser Maßgabe dem Grunde nach sachlich gerechtfertigt ist, unterliegt es als in der jeweiligen Trassenpreisliste einseitig festgesetztes Entgelt der Höhe nach der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird wegen der Einzelheiten auf das Urteil des Senats vom 07.02.2007, VI-U(Kart) 3/06, verwiesen.

(1) Hiervon ausgehend fehlt für das erhobene Zusatzentgelt für

Änderungsbestellungen auch im vorliegenden Streitfall bereits dem Grunde nach eine sachliche Rechtfertigung, weil die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht substantiiert dargetan hat, dass ihr mit der nachträglich gewünschten Trassenänderung ein zusätzlicher finanzieller Mehraufwand entsteht, der durch das reguläre Trassenentgelt nicht gedeckt ist.

(1.1) Auch im vorliegenden Streitfall hat die Beklagte einen Mehraufwand im beschriebenen Sinne darzutun und gegebenenfalls nachzuweisen.

Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich bei demjenigen, der die Rechte aus § 20 Abs. 1 GWB geltend macht. Das gilt auch für das normative Merkmal der unbilligen Behinderung (Schultz in Langen/Bunte, aaO., § 20 Rn. 203; Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 20 Rn. 236 jeweils m.w.Nachw.). Jedoch ist der Behindernde – wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 07.02.2005 ausgeführt hat – ausnahmsweise dann darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die von ihm verursachte Behinderung nicht unbillig ist, soweit es sich um Tatumstände handelt, die in seinem Geschäftsbereich außerhalb des Wirkungskreises des Behinderten liegen und deren Aufklärung ihm ohne weiteres möglich und zumutbar ist (BGH WuW/E BGH 3079, 3084 – Stromeinspeisung II; Markert in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 20 Rn. 236 a.E.). Eine solche Ausnahme liegt hier vor, da die Klägerin keine Kenntnis von der Personal- und Kostenstruktur der Beklagten hat, es der Beklagten jedoch ohne weiteres möglich und zumutbar ist, zu Umständen innerhalb ihres Geschäftsbetriebes vorzutragen.

Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren hierzu § 20 Abs. 5 GWB reklamiert (Schriftsatz vom 05.08.2009, Seite 3), kann dahin gestellt bleiben, ob diese normierte Beweiserleichterung als bloße Klarstellung eines allgemeinen Grundsatzes zum Anscheinsbeweis entsprechend angewandt werden kann (so wohl Markert in Immenga/Mestmäcker, a.a.O.) oder eine nur für § 20 Abs. 4 GWB relevante Beweislastregel ist (so Bechtold, GWB, 5.

Aufl., § 20 Rn. 85). Denn auch bei entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 5 GWB obläge hier ausnahmsweise dem Behindernden die Darlegungs- und Beweislast für die ausschließlich in seinem Geschäftsbereich und Wirkungskreis liegenden Umstände, dass die von ihm verursachte Behinderung nicht unbillig ist (Markert, a.a.O.).

(1.2) Die Beklagte begnügt sich trotz der dazu im Einzelnen erörterten Ausführungen im Senatsurteil vom 07.02.2005 mit einer Beschreibung, welche zusätzliche Arbeiten im Fall einer Änderungsbestellung anfallen sollen und mit welchem Zeitaufwand diese Arbeiten verbunden sein sollen. Dieses Vorbringen genügt in mehrfacher Hinsicht nicht den genannten Anforderungen:

(1.2.1) Die von der Beklagten vorgetragenen Arbeitsschritte entsprechen den mit jeder Trassenbestellung verbundenen und durch das Trassenentgelt abgegoltenen "Basisleistungen" gemäß Ziffer 2. TPS 01. Denn Kernstück der Bearbeitung der neuen Bestellung ist die Prüfung freier Fahrwegkapazitäten und die Konstruktion einer neuen Trasse entsprechend den geänderten Daten, der entsprechende Abschluss eines Einzelnutzungsvertrages sowie die Aufnahme der nunmehrigen Trasse in den Fahrplan bzw. in die EDV und die Übermittlung aller Daten zur Streckenführung an alle betroffenen Stellen (nachfragendes Verkehrsunternehmen und betriebsführende Stellen der Beklagten). Diese Leistungen unterfallen im Grundsatz in vollem Umfang der Basisleistung der Beklagten.

Ob im Rahmen der Erstellung und Veröffentlichung der Fahrplanunterlagen (Pflichtleistung) ein spürbarer Zusatzaufwand liegt, hängt auch nicht davon ab, ob eine bereits bestellte sowie angebotene und angenommenen Trasse auf Wunsch des Bestellers abgeändert werden muss, sondern – wie bei jeder Trassenbestellung – vom Zeitpunkt des Eingangs der Bestellung bei der Beklagten. Erfolgt dies vor Erstellung des für das gesamte Fahrplanjahr zu erstellenden Netzfahrplans, wird die Änderungsbestellung – wie die Beklagte selbst

vorträgt – in den Fahrplänen schlicht berücksichtigt. Unterjährige Änderungsbestellungen, die nach Fahrplanerstellung eingehen, werden nach dem Vorbringen der Beklagten nach Annahme des Trassenangebotes in dafür vorgesehenen Formen veröffentlicht und den Betriebsstellen der Beklagten zugeleitet. Dies gilt aber vernünftigerweise nicht nur für Änderungsbestellungen, sondern für jede unterjährige Trassen(erst)anmeldung (Kurzfristbestellung).

Kein Unterschied ist auch bezüglich der von der Beklagten hervorgehobenen Buchfahrpläne ersichtlich. Die Erstellung eines Buchfahrplans ist in jedem Fall eines Trassennutzungsvertrages erforderlich; denn nach dem Vorbringen der Beklagten enthält der Buchfahrplan alle für den Triebfahrzeugführer während der Fahrt benötigten Informationen wie beispielsweise Geschwindigkeitsvorgaben, die Reihenfolge des Fahrverlaufs und Fahrzeitvorgaben. Ohnehin hängt der Umfang des für seine Erstellung erforderlichen Bearbeitungsaufwandes – wie die Beklagte selbst vorträgt – wesentlich davon ab, ob das Verkehrsunternehmen nur einen elektronischen oder einen gedruckten Buchfahrplan wünscht.

Der mit der Erstellung und Veröffentlichung der Fahrplanunterlagen verbundene (eventuelle) Mehraufwand ist mithin kein Spezifikum der Änderungsbestellung, sondern der Bearbeitung von unterjährigen Bestellungen.

Ein zusätzlicher Bearbeitungsaufwand der Beklagten im Falle einer Änderungsbestellung liegt mithin nicht in den einzelnen Bearbeitungsschritten, sondern darin, dass die Bearbeitung der Trassenbestellung wiederholt werden muss. Denn in der Änderungsbestellung liegt im Kern die Stornierung der ursprünglichen Bestellung und die Neubestellung einer Trasse. Der Mehraufwand liegt demzufolge in dem nutzlos gewordenen Aufwand zur Bearbeitung der ursprünglichen Trassenbestellung mit den von der Beklagten dargelegten Bearbeitungsschritten.

(1.2.2) Die Beklagte hat aber nicht dargetan, dass ihr

hierdurch überhaupt Mehrkosten entstehen, die betreffenden Arbeiten also einen solchen personellen Mehraufwand verursachen, dass sie von dem vorhandenen Personal nicht mit erledigt werden können.

Die Beklagte hat hierzu lediglich vorgetragen, dass bei der Kalkulation der Trassenentgelte nur der einmalige Anfall des beschriebenen Aufwandes berücksichtigt sei, so dass die Bearbeitung von Änderungsbestellungen zu einem sich in Personal- und Sachkosten, letztere insbesondere für die Bereitstellung der entsprechenden Arbeitsplätze, niederschlagenden zusätzlichen Aufwand führe und es "unausweichlich" sei, entsprechende Ressourcen vorzuhalten (Schriftsatz vom 05.08.2009, Seite 4).

Dieses – im Übrigen von der Klägerin gemäß § 138 Abs. 4 ZPO zulässigerweise mit Nichtwissen bestrittene – Vorbringen lässt bereits offen, worin die zusätzlichen Personal- und Sachkosten bestehen sollen, insbesondere ob tatsächlich die für "unausweichlich" gehaltenen zusätzlichen Ressourcen vorgehalten werden und – wenn ja – in welcher Weise (ob nun durch ausschließlich für Änderungsbestellungen zuständiges Personal oder durch entsprechende Einplanung von Kapazitätsfreiräumen bei den vorhandenen, für die Bearbeitung von Trassenbestellungen zuständigen Mitarbeitern) und in welchem Umfang. Das weitere Vorbringen der Beklagten, dass ihre Mitarbeiter für die Zeit der Bearbeitung von Änderungsbestellungen nicht für die Erledigung anderer Aufgaben, namentlich für die Bearbeitung von Trassen(erst)anmeldungen zur Verfügung stünden (Schriftsatz vom 05.08.2009, Seite 4), steht jedenfalls zu der Behauptung, zusätzliche Ressourcen für die Bearbeitung von Änderungsbestellungen vorzuhalten, in einem unauflösbaren Widerspruch. Denn es führt zu der Schlussfolgerung, dass für die Bearbeitung von Änderungsbestellungen neben der Erledigung anderer Trassenbestellungen nicht genügend Personalkapazitäten zur Verfügung stehen bzw. vorgehalten werden.

Das Vorbringen genügt aber auch nicht den Anforderungen an eine substantiierte Darlegung von Mehrkosten, noch dazu in einer den Betrag von 80,00 € je von Laufstrecke des Zuges tangierter Niederlassung rechtfertigenden Höhe.

Es fehlen schon Angaben, welcher prozentuale Anteil des Arbeitsaufwandes, der bei der Beklagten für die Bearbeitung aller Trassenbestellungen anfällt, auf Änderungsbestellungen entfällt. Dies gilt unabhängig davon, dass die Wettbewerber der R. AG überwiegend Ad-hoc-Verkehre ausführen. Denn es ist unklar, wie das Verhältnis zwischen Kurzfristbestellungen und Änderungsbestellungen und ferner wie das Verhältnis zwischen Änderungsbestellungen auf der einen Seite und Kurzfristbestellungen und langfristigen Trassenanmeldungen andererseits ist. Da die R. AG mit weitem Abstand Marktführer und dementsprechend auch größter Nachfrager der Beklagten ist, versteht es sich auch keineswegs von selbst, dass für die Bearbeitung von Änderungsbestellungen zusätzliches Personal vorgehalten werden muss. Dies hätte vielmehr der substantiierten und nachvollziehbaren Darlegung bedurft. Hierzu fehlt indes jeder Vortrag der Beklagten.

Überdies fehlt jedes Vorbringen dazu, welche zusätzlichen Kosten der Beklagten durch die Bearbeitung von Änderungsbestellungen entstehen sollen und wieso sich aus diesen Kosten in Verbindung mit der durchschnittlichen Zahl der Änderungsbestellungen ein Zuschlag von 80,00 € rechtfertigen soll. Nicht dargelegt ist ebenso, wieso für jede von der Laufstrecke tangierte Niederlassung dieses Zusatzentgelt gerechtfertigt sein soll; letztere Frage stellt sich deshalb, weil vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass – wie das Vorbringen der Beklagten verstanden werden könnte – jeder Bearbeitungsschritt in jeder tangierten Niederlassung vollzogen werden muss; bei lebensnaher Betrachtung gilt dies jedenfalls für die Entgegennahme der Trassenbestellung, deren Überprüfung auf Vollständigkeit, die Angebotsunterbreitung, die Erstellung und

die Veröffentlichung der Fahrplandaten.

Auf sämtliche vorstehend erörterten Gesichtspunkte hat nicht nur die Klägerin schriftsätzlich mehrfach hingewiesen, sondern auch der Senat im Verhandlungstermin im Einzelnen aufmerksam gemacht.

(2) Aber selbst wenn die Beklagte einen Mehraufwand dem Grunde nach hätte darlegen und beweisen können, hätte sie das geltend gemachte Entgelt für Änderungsbestellungen nicht beanspruchen können. Da die marktbeherrschende Beklagte die Entgelte einseitig gemäß § 315 Abs. 1 BGB in der jeweiligen Trassenpreisliste festgelegt hat, hätte sie darlegen müssen, dass die Entgelte der Höhe nach billigem Ermessen entsprechen. Auch hierzu fehlt indes jeglicher Vortrag der Klägerin.

(2.1) Entgegen der Auffassung der Beklagten findet auf ihre hier in Rede stehenden Trassenpreissysteme – wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 07.02.2005 für das TPS 01 festgestellt hat – die Vorschrift des § 315 BGB Anwendung.

Die Parteien haben in § 3 Ziffer 1. des Infrastrukturnutzungsvertrages vom 17.08.2001 in Verbindung mit dessen Anlage 4 Absatz 1 für Nutzungsentgelte ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB zugunsten der Beklagten vereinbart. Aus dieser Vertragsklausel, nach der die "jeweils gültige Trassenpreisliste" der Beklagten Grundlage der Entgeltberechnung sein soll, ergibt sich das Einverständnis der Klägerin damit, dass sowohl die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden wie auch künftig der Leistungsabrechnung zugrunde zu legenden geänderten Preise für die Infrastrukturüberlassung – schon zur Vermeidung einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung aller Eisenbahnverkehrsunternehmen – nicht der Vereinbarung unterliegen, sondern ohne Mitwirkung der Klägerin (wie auch eines sonstigen Eisenbahnverkehrsunternehmens) von der Beklagten für eine jeweils bestimmte Zeitdauer betragsmäßig

festgesetzt und der Abrechnung zugrunde gelegt werden. Dies ist der Sache nach ein (einseitiges) Leistungsbestimmungsrecht (vgl. BGH, Urteil v. 18.10.2005, KZR 36/04, BGHZ 164, 336 – 346, zitiert nach juris Rz. 9 f.; Senat, Urteil vom 07.02.2007, VI – U (Kart) 3/06).

Die von der Beklagten hiergegen im Berufungsverfahren vorgebrachten Einwände greifen nicht durch:

(2.1.1) Der Senat vermag die Rechtsauffassung der Beklagten nicht zu teilen, dass in jedem Einzelnutzungsvertrag die vertragliche Angebotsannahme der Klägerin zu den Preiskonditionen des im jeweiligen Vertragszeitpunkt feststehenden Trassenpreissystems läge, der Preis also in jedem Einzelnutzungsfall vereinbart werde. Diese Auffassung der Beklagten verkennt, dass die Klägerin sich durch die benannte Klausel im Infrastrukturnutzungsvertrag für die gesamte Dauer der Geschäftsbeziehung der Parteien der Möglichkeit des Preisaushandelns für jeden Fall eines künftigen Einzelnutzungsvertrages begeben hat (und begeben musste). Die Frage der Höhe eines mit jeder Inanspruchnahme der Infrastruktur verbundenen Entgeltes war damit vorab geregelt, und zwar dahingehend, dass das Entgelt ohne Mitwirkung der Klägerin von der Beklagten gebildet und festgesetzt wird.

(2.1.2) Die Beklagte dringt auch nicht mit ihrem Einwand durch, dass – sinngemäß – im vorliegenden Fall einer "rein wirtschaftlichen Betätigung" zweier Unternehmen auch hinsichtlich eines eventuellen Preismissbrauchs (durch einseitige Preisfestsetzung) ausreichender Schutz durch das Kartellrecht gewährt werde und für eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB daher kein Raum mehr sei. Die vorgetragenen Bedenken betreffen – anders als im hier zu entscheidenden Fall – die Diskussion um eine analoge Anwendung des § 315 BGB auf Fälle faktischer Bestimmungsrechte eines Vertragspartners (vgl. hierzu mit Darstellung des Meinungsstandes: Völzmann-Stickelbrock in: jurisPK-BGB, 4.

Aufl. 2008, § 315 BGB Rz. 125).

(2.1.3) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist eine gerichtliche Billigkeitskontrolle im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein entsprechendes Urteil wegen seiner inter-partes-Wirkung im Widerspruch zu dem eisenbahnrechtlichen Gebot, Entgelte für Schienenwege grundsätzlich gegenüber jedem Zugangsberechtigten in gleicher Weise zu berechnen, stünde.

Das eisenbahnrechtliche Diskriminierungsverbot führt nicht zu dem Gebot einer Gleichbehandlung im Unrecht. Eine rechtlich zu beanstandende Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts kann im Verhältnis zu dem sich dagegen wehrenden Zugangsberechtigten nicht deshalb Geltung erlangen, weil die übrigen – sich nicht wehrenden – Zugangsberechtigten entgeltmäßig gleich behandelt wurden bzw. werden. Vielmehr wäre es die Konsequenz aus dem eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbot, die in einem Fall erkannte Unbilligkeit in eine geänderte allgemeine Entgeltbestimmung umzusetzen.

(2.1.4) Eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB ist schließlich auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagten infolge eines behördlichen Genehmigungsvorbehalts für das Leistungsentgelt überhaupt kein Gestaltungsspielraum zukäme. Zwar besteht kein Raum für eine Billigkeitskontrolle, wenn der leistungsbestimmenden Vertragspartei in Bezug auf die Leistungsbestimmung kein privatautonomer Ermessensspielraum zukommt, weil sie insoweit der behördlichen Aufsicht und Genehmigung unterliegt und diese die abschließende sowie verbindliche Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen den Vertragsbeteiligten bezweckt (vgl. BGH, Urteil vom 24.05.2007, III ZR 467/04, NJW 2007, 3344 – 3346, zitiert nach juris Rz. 12 ff.). Eine behördliche Preiskontrolle, die in diesem Sinne die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen in Bezug auf das Entgelt für die Infrastrukturüberlassung

verbindlich regeln soll, hat das bis zum 29.04. bzw. 31.07.2005 geltende Eisenbahnrecht für den Schienengüterverkehr nicht vorgesehen. Nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 AEG in sämtlichen bis zum 29.04.2005 geltenden Fassungen war eine Genehmigung lediglich für Tarife der Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonennahverkehr vorgesehen. Im Rahmen der durch das AEG a.F. und die EIBV a.F. vorgegebenen Bemessungskriterien unterlagen die Entgelte für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur im Übrigen gemäß § 5 Abs. 1 EIBV vielmehr der freien Gestaltung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens.

(2.2) Die Festsetzung des Zusatzentgeltes für Änderungsbestellungen ist der Höhe nach unbillig. Hiervon ist auszugehen, weil die Beklagte die Billigkeit dieser Zuschläge nicht dargelegt hat.

Zwar hat im Rückforderungsprozess grundsätzlich der Anspruchsteller die anspruchsbegründende Voraussetzung des Nichtbestehens eines Rechtsgrundes und damit die Unbilligkeit darzulegen und zu beweisen. Jedoch trifft den Prozessgegner dann eine erweiterte Behauptungslast, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht und keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Gegner über ein derartiges Wissen verfügt und ihm nähere Angaben zumutbar sind; im Rahmen des Zumutbaren kann von ihm dann insbesondere das substantiierte Bestreiten einer negativen Tatsache unter Darlegung der für die positive Tatsache – hier die Billigkeit der Leistungsbestimmung – sprechenden Umstände verlangt werden (BGH, Urteil vom 05.02.2003, VIII ZR 111/02, BGHZ 154, 5 – 10, zitiert nach juris Rz. 12).

Dies führt im vorliegenden Streitfall dazu, dass die Beklagte ihre zur Entgeltfestsetzung führende – betriebsinterne – Kostenkalkulation hätte offenlegen müssen, um die Billigkeit

eines Zusatzentgeltes für Änderungsbestellungen in Höhe von 80,00 € und dessen Ansatz für jede ihrer von der Laufstrecke des Zuges tangierten Niederlassung darzutun. Demgegenüber hat sie sich darauf beschränkt, pauschal die Vorhaltung zusätzlicher Ressourcen für die mit der Änderung von Trassenbestellungen verbundenen zusätzlichen Arbeitsschritte zu behaupten; dies wie auch der pauschale Verweis darauf, dass die damit verursachten Kosten "über 80,00 € je Änderungsbestellung" lägen, genügt ersichtlich nicht. Auch hierauf hat nicht nur die Klägerin schriftsätzlich, sondern auch der Senat im Verhandlungstermin hingewiesen.

Darüber hinaus findet die grundsätzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rückforderungsprozess, in welchem die Unbilligkeit und damit die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung geltend gemacht wird, dann keine Anwendung, wenn das Entgelt unter Vorbehalt geleistet wurde. In einem solchen Fall verbleibt es auch im Rückforderungsprozess dabei, dass derjenige, dem das Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt ist, die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit trägt (BGH Kartellsenat, Urteil vom 18.10.2005, KZR 36/04 – Stromnutzungsentgelt, BGHZ 164, 336 – 346, zitiert nach juris Rz. 19).

Hiervon ausgehend obliegt der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit des Zusatzentgeltes für Änderungsbestellungen. Die Klägerin hat mit Schreiben vom 07.01.2002 (Anlage K 10), 11.06.2002 (Anlage K 11) und 23.05.2003 (Anlage K 12) allgemein den Zusatzentgelten widersprochen und die Beklagte darauf hingewiesen, dass die Billigkeit der Zusatzbepreisung für Kurzfrist- und Änderungsbestellungen nicht erkennbar sei und sie diese Entgelte als nicht gerechtfertigt erachte. Über diese Frage haben die Parteien seither erheblich gestritten, wie nicht zuletzt auch in der Mahnung der Beklagten vom 06.05.2008 (Anlage K 16), die eine Aufstellung unbezahlter Rechnungsbeträge wegen Änderungsbestellungen seit Mai 2003 in

nicht unerheblichem Umfang umfasst, deutlich wird. Vor diesem Hintergrund konnte die Beklagte die Zahlungen der Klägerin auf Rechnungen des Zeitraumes 2003 bis 2008 nicht als vorbehaltlos verstehen.

bb) Für die Rechtslage nach dem AEG und der EIBV in der seit dem 30.04.2005 bzw. 01.08.2005 geltenden Fassung gilt Folgendes:

(1) Auch insoweit ist den eisenbahnrechtlichen Vorschriften nicht zu entnehmen, dass ein Zusatzentgelt für Änderungsbestellungen (zwingend) vorzusehen ist. Die § 14 AEG und § 21 EIBV in ihren seither geltenden Fassungen erlauben die Berücksichtigung erhöhter Kosten im Rahmen der Entgeltberechnung, gebieten dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen entsprechendes aber nicht. Unabhängig davon sind eventuell mit der Bearbeitung von Änderungsbestellungen verbundene Kosten – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – keine durch eine Verkehrsleistung verursachten erhöhten Kosten im Sinne des § 21 Abs. 4 EIBV. Verkehrsleistungen sind nämlich – wie sich aus § 14 Abs. 4 Satz 2 AEG ergibt – der Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr.

(2) Die mit der Änderung bereits bestellter Trassen verbundenen Arbeitsschritte entsprechen – wie bereits im Einzelnen ausgeführt – dem mit jeder Trassenzuweisung verbundenen Bearbeitungsaufwand und gehören daher zu den Pflichtleistungen gemäß Nr. 1 der Anlage 1 zu §§ 3 und 21 EIBV. Ob und in welcher Höhe die Erhebung eines Zusatzentgeltes hierfür sachlich gerechtfertigt ist, hängt somit davon ab, dass der Mehraufwand nicht vom üblichen Trassenentgelt gedeckt ist, sondern zu zusätzlichen Kosten bei der Beklagten führt. Dies ergibt sich nicht nur aus den vorstehend zur früheren Rechtslage angestellten Erwägungen, sondern nunmehr auch unmittelbar aus § 14 Abs. 4 AEG:

Nach dessen Satz 1 ist nicht nur die grundsätzliche Bemessung

der Schienenwege-Nutzungsentgelte nach den jeweils entstehenden Kosten vorgeschrieben, sondern das Entgelt der Höhe nach auf diese Kosten nebst einer marktüblichen Rendite begrenzt. Diese Entgeltdeckelung gilt sowohl für die Bezahlung der Pflichtleistungen (Satz 1) als auch für den Fall, dass Aufschläge auf die Kosten, die unmittelbar aufgrund des betreffenden Zugbetriebes anfallen, vorgenommen werden. Im letztgenannten Fall darf die Höhe der Entgelte bezogen auf ein Marktsegment nicht die Kosten, die jeweils unmittelbar auf Grund des Zugbetriebes anfallen, zuzüglich einer marktüblichen Rendite übersteigen (Satz 3).

Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat nicht im Ansatz dargelegt, dass ihr zusätzliche Kosten durch den mit der Bearbeitung von Änderungsbestellungen verbundenen Aufwand entstehen, in welcher Höhe diese Kosten anfallen und inwieweit sich daraus unter Berücksichtigung einer marktüblichen Rendite gerade ein Zuschlag von 80,00 € (ggfs. für jede von der Laufstrecke tangierte Niederlassung) rechtfertigen soll. Ersterem hat sie aus den bereits vorstehend zur alten Rechtslage ausgeführten Gründen nicht genügt. Ob die Beklagte der Entgeltdeckelung nach § 14 Abs. 4 Satz 1 und 3 AEG genügt, kann nur beurteilt werden, wenn die gesamte Kosten- und Entgeltkalkulation aufgedeckt wird. Daran fehlt es hier. Aus den ebenfalls vorstehend zur alten Rechtslage ausgeführten Gründen trägt die Beklagte ausnahmsweise die Darlegungs- und Beweislast, und zwar auch soweit es die Entgeltdeckelung betrifft, weil die hierzu notwendigerweise offenzulegende Kosten- und Entgeltkalkulation in ihrem, für die Klägerin nicht einsehbaren Geschäftsbereich liegt und eine Offenlegung ihr ohne weiteres möglich und zumutbar ist.

2.

Die dem fraglichen Abrechnungszeitraum von Januar 2003 bis Mai 2008 zugrunde gelegten Trassenpreissysteme sind, jedenfalls soweit sie – wie ausgeführt – unter Verstoß gegen § 20 Abs. 1

GWB Zusatzentgelte für Änderungsbestellungen vorsehen, nach § 134 BGB nichtig. Das kartellbehördliche Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB ist ein Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift.

3.

Die Klägerin ist nicht gemäß

* Ziffer 7 Abs. 4 der Allgemeinen Bedingungen für die Nutzung der Eisenbahn-Infrastruktur der D. N. AG (ABN) 2001,

* Ziffer 7.4 ABN 2004,

* Ziffer 7.7.4 ABN 2006

* Bzw. Ziffer 8.7.4 ABN 2008

damit ausgeschlossen, sich auf die Kartellnichtigkeit bzw. Unbilligkeit zu berufen. Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob die Klausel überhaupt einen wirksam vereinbarten Einwendungsverzicht enthält und die Voraussetzungen der Klausel im Einzelnen erfüllt sind. Jedenfalls ist von einem etwaigen Einwendungsverzicht durch Unterlassen rechtzeitiger Einwendungen gegen die jeweilige Rechnung nicht der hier geltend gemachte Einwand der Kartellnichtigkeit gemäß § 134 BGB i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB erfasst, da gesetzliche Verbote und die an den Verstoß geknüpfte Nichtigkeitsfolge nicht zur Disposition der Parteien stehen. Soweit es den Unbilligkeitseinwand betrifft, hat die Klägerin – wie bereits ausgeführt – sowohl ausdrücklich als auch sinngemäß diesen Einwand seit 2002 gegenüber Kurzfrist- und Änderungsentgelten erhoben, so dass die Beklagte nicht von rügelosen oder vorbehaltlosen Zahlungen im Zeitraum von 2003 bis 2008 ausgehen konnte.

4.

Nach alledem besteht ein Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte in geltend gemachter Höhe aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB.

Der Zinsanspruch ist aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Die Beklagte ist durch Schreiben der Klägerin vom 08.04.2008 (Anlage K 18) nach Ablauf der darin gesetzten Frist bis zum 30.04.2008 am 01.05.2008 in Verzug geraten. In dem Schreiben der Klägerin vom 08.04.2008 ist eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB in Bezug auf den bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch enthalten. Indem die Klägerin unter Hinweis auf die in einem anderen Prozess getroffene Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit von Kurzfrist- und Änderungsentgelten dazu aufforderte, über konkret bezeichnete, bereits bezahlte wie auch noch unbezahlte Rechnungen Gutschriften zu erteilen, machte sie hinreichend deutlich, dass sie nunmehr die Herausgabe des Erlangten durch Korrektur der Rechnungen im Wege der Gutschrift verlangt.

B. Zur Feststellungsklage

Nachdem die Klägerin im Berufungsverfahren ihren zunächst noch verfolgten weiteren Klageantrag auf Feststellung, dass die Beklagte von ihr für den Zeitraum Januar 2003 bis Mai 2008 keine Zuschläge für Änderungsbestellungen verlangen kann, einseitig in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, tritt an die Stelle ihres ursprünglichen Klageantrages zu 2. ein Sachantrag auf Feststellung, dass ihr zunächst zulässiger und begründeter Feststellungsantrag durch ein nachträgliches Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist. Da die hierin liegende Klageänderung sachdienlich und somit zulässig ist, steht allein noch der so verstandene Feststellungsantrag zur Entscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 13.05.1991, I ZR 113/91, NJW-RR 93, 1320, zitiert nach juris Rz. 26; Beschluss vom 11.03.1997, X ZB 10/95, BGHZ 135, 62, zitiert nach juris Rz. 22). Dieser ist nach Maßgabe des § 256 ZPO zulässig und auch begründet.

1.

Die ursprünglich verfolgte negative Feststellungsklage

beschränkte sich auf das Nichtbestehen der weiteren, von der zugleich verfolgten Leistungsklage (Klageantrag zu 1.) nicht umfassten Forderungen der Beklagten auf Entgelte für Änderungsbestellungen im Zeitraum Januar 2003 bis Mai 2008, über welche die Beklagte Rechnungen in Höhe von insgesamt noch (198.152,80 € ./ . 56.035,60 € =) 142.117,20 € (brutto) erteilt hatte.

2.

Die so verstandene negative Feststellungsklage war zunächst zulässig und begründet.

a) Insbesondere bestand zunächst das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin. Das negative Feststellungsbegehren bezog sich auf (noch unbeglichene) Entgeltforderungen, derer sich die Beklagte in bezifferter Höhe für die Bearbeitung von Änderungsbestellungen berühmte und gegen die sich die Klägerin wandte. Ein gerichtliches (Feststellungs-)Urteil wäre auch geeignet gewesen, rechtskräftig die rechtliche Unsicherheit zwischen den Parteien insoweit zu beseitigen.

b) Die negative Feststellungsklage hätte auch in der Sache Erfolg gehabt. Denn die Beklagte hat keinen Anspruch auf Zahlung der für den Zeitraum Januar 2003 bis Mai 2008 in einer Gesamthöhe von 142.117,20 € abgerechneten und von der Klägerin unstreitig getätigten Änderungsbestellungen aus § 3 Ziffer 1. des Infrastrukturnutzungsvertrages vom 17.08.2001 i.V.m. dessen Anlage 4 i.V.m. der jeweils zugrundegelegten Trassenpreissliste. Die Erhebung eines Zusatzentgelts für Änderungsbestellungen, welches von der Beklagten für den fraglichen Zeitraum einseitig in ihren Trassenpreissystemen festgesetzt worden ist, verstößt aus den vorstehend zum Leistungsantrag der Klägerin ausgeführten Gründen gegen das in § 20 Abs. 1 GWB geregelte Verbot unbilliger Behinderung im Wettbewerb und ist deshalb gemäß § 134 BGB nichtig.

3.

Die ursprünglich zulässige und begründete negative Feststellungsklage hat sich nach Rechtshängigkeit erledigt, weil das Feststellungsinteresse nach Erhebung der Widerklage im Laufe des Prozesses entfallen und die Feststellungsklage daher unzulässig geworden ist.

Gegenüber der negativen Feststellungsklage genießt die Leistungsklage grundsätzlich Vorrang. Sinn des grundsätzlichen Vorrangs der Leistungsklage ist es, widerstreitende Entscheidungen über denselben Streitgegenstand zu vermeiden. Deshalb läßt die – im Widerklageweg erhobene – Leistungsklage, soweit sich die Streitgegenstände decken, die Sachurteilsvoraussetzungen des Feststellungsinteresses (§ 256 ZPO) grundsätzlich entfallen, sobald die Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Feststellungsrechtsstreit im Gegensatz zur Leistungsklage – im Wesentlichen – entscheidungsreif ist. Eine solche Ausnahme von der grundsätzlichen Vorrangigkeit der Leistungsklage ist jedoch nicht veranlasst, wenn Feststellungsklage und Widerklage gleichzeitig entscheidungsreif sind (zu allem: BGH, Urteil vom 21.12.2005, X ZR 17/03, NJW 2006, 515 – 517, zitiert nach juris Rz. 12 m.w.N.; Urteil vom 25.03.1999, IX ZR 223/97, BGHZ 141, 173 – 179, zitiert nach juris Rz. 29). Letzteres ist hier der Fall.

Mit der Widerklage begehrt die Beklagte Zahlung der "gegenüber der Klägerin im Zeitraum zwischen Januar 2003 und Mai 2008 abgerechneten und von der Klägerin bislang nicht gezahlten Entgelte für Änderungsbestellungen", die sich unter Berücksichtigung der – unstreitig – ausschließlich auf Änderungsentgelte bereits gezahlten 56.035,60 € auf einen noch offenen Gesamtbetrag von 142.117,20 € belaufen. Der Streitgegenstand der Widerklage ist mit dem der negativen Feststellungsklage der Klägerin daher identisch.

Die Widerklage kann von der Beklagten auch nicht mehr einseitig zurückgenommen werden, nachdem hierüber in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 17.12.2008 streitig verhandelt wurde. Wie das Landgericht im angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt hat, bestehen gegen die Zulässigkeit der Widerklage keine Bedenken, so dass das Feststellungsinteresse der Klägerin auch nicht deshalb erhalten bleibt, weil keine Sachentscheidung über die Widerklage ergehen kann (vgl. hierzu Greger in Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 256 Rn. 74).

Da die negative Feststellungsklage und die Leistungs(wider)klage den in jeder Hinsicht deckungsgleichen Streitgegenstand haben und auf deckungsgleichen Angriffs- und Verteidigungsmittel gestützt werden, sind beide sowohl im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht als auch nunmehr in der Berufungsinstanz gleichzeitig entscheidungsreif.

C. Zur Widerklage

Die Widerklage ist – wie das Landgericht zutreffend erkannt hat – zulässig, jedoch unbegründet. Wie bereits im Einzelnen ausgeführt, besteht kein Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Zahlung der noch offenen Rechnungsbeträge für Änderungsentgelte aus § 3 Ziffer 1. des Infrastrukturnutzungsvertrages i.V.m. dessen Anlage 4 i.V.m. dem jeweiligen von der Beklagten festgesetzten Trassenpreissystem. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen zur Begründetheit der ursprünglichen Feststellungsklage verwiesen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 269 Abs. 3 ZPO.

Die Anordnungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO besteht kein Anlass. Soweit der Senat im vorliegenden Rechtsstreit auch zu den seit dem 30.04.2005 bzw. 01.08.2005 geltenden Fassungen des AEG und der EIBV Stellung genommen hat, geht es nicht um rechtsgrundsätzliche Fragen.

V.

Die Streitwertfestsetzung für das Berufungsverfahren berücksichtigt, dass die Klägerin bereits in erster Instanz die ursprünglich verfolgte negative Feststellungsklage teilweise zurückgenommen hat, so dass sich der Gegenstandswert der hiernach verbliebenen negativen Feststellungsklage auf 142.117,20 € beschränkt. Unter Berücksichtigung des § 45 Abs. 1 Satz 2 GKG ergibt sich daher der Streitwert von 198.152,20 €.