

Sachgebiete: Eisenbahnrecht

Gericht: KG Berlin

Datum der Verkündung: 29.10.2012

(Kunze, Justizobersekretärin als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Kammergerichts Berlin)

Aktenzeichen: 2 U 17/08.Kart

(104 0 95/08 Landgericht Berlin)

Rechtsquellen:

Art. 267 Abs. 2 AEUV;

Art. 4 Abs. 1, Abs. 5 RL 2001/14/EG, Art. 5 Abs. 1 RL 2001/14/EG ,

Art. 8 Abs. 3 RL 2001/14/EG, Art. 21 RL 2001/14/EG, Art. 30 Abs. 1 RL 2001/14/EG;

§ 315 BGB; § 14f Abs. 2 AEG; § 21 Abs. 6 EIBV, § 24 Abs. 4 EIBV;

Schlagworte:

Billigkeitskontrolle, Entgelt, Fernverkehr, Fördermittel, Kosten, Rahmenvertrag,
Stationsnutzungsvertrag, Stationspreissystem,

Leitsätze:

1. Die Anwendung der Grundsätze einer protestatio facto contraria auf die Nutzung von Stationen ohne gültigen Stationsnutzungsvertrag scheidet aus. Eine Auslegung der tatsächlichen Nutzung der Strecken durch ein Verkehrsunternehmen als konkludente Annahme eines Angebots des Betreibers verbietet sich.
2. Die Anwendung von § 315 BGB ist nicht durch die Bestimmungen des AEG und der EIBV ausgeschlossen.
3. Eine einschränkende Auslegung des § 315 BGB unter Berücksichtigung des Eisenbahnrechts ist nicht gerechtfertigt, auch wenn das AEG und die EIBV Vorgaben zur Entgelthöhe enthalten. Die Regelungen zur Preisbestimmung in AEG und EIBV dienen den Zielsetzungen des Eisenbahnrechts, während § 315 BGB darüber hinaus die Berücksichtigung der Interessen der konkreten Vertragspartner erlaubt.
4. Das Bestehen eines schwächeren Rechtsschutzes für die Eisenbahnverkehrsunternehmen nach dem AEG wird durch die sofortige Vollziehbarkeit der Entscheidungen der Bundesnetzagentur und den hiergegen eröffneten einstweiligen Rechtsschutz für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht in Frage gestellt. Gleiches gilt für die Rechtswirklichkeit, und zwar auch dann, wenn die Bundesnetzagentur ihre Befugnisse weder zögerlich noch zurückhaltend ausübt.
5. Die gerichtliche Prüfung der Entgeltbestimmung nach den Maßstäben des § 315 BGB ist keine Einschränkung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens.
6. Für die Preiskalkulation kommt es ferner entscheidend darauf an, dass die Gesamtkosten nach sachgerechten Kriterien den Entgelttatbeständen zugeordnet werden. Dabei ist zwar die Überlegung, dass für Bahnhöfe mit größerer verkehrlicher Bedeutung und höherwertiger Ausstattung auch höhere Stationspreise anfallen sollen, im Grundsatz nicht zu beanstanden Es

bestehen aber Anhaltspunkte, dass bei der Umsetzung des auf diesen Überlegungen beruhenden Kategoriepreissystems die Grenzen der Billigkeit nicht eingehalten wurde.

Urteil

-2 U 17/08 Kart.- Kammergericht Berlin, verkündet am 29. Oktober 2012
-104 O 95/08- Landgericht Berlin

In dem Rechtsstreit

der _____, Beklagten und Berufungsklägerin,
- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte _____ -

gegen

die DB St. & S. AG,
vertreten durch den Vorstand _____, Klägerin und Berufungsbeklagte,

hat der Kartellsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Dr. Hawickhorst, den Richter am Kammergericht Franck und die Richterin am Kammergericht Lang

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 23. Juli 2009 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 104 O 95/08 - geändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

A.

Die Klägerin hat von dem beklagten Eisenbahnverkehrsunternehmen restliches Entgelt für die Nutzung von Bahnhöfen in Nordrhein-Westfalen und Brandenburg in der Zeit vom 1. _____ in Höhe von zuletzt _____ EUR nebst _____ EUR Mahnkosten und Zinsen verlangt. Die Parteien streiten im wesentlichen um die Frage, ob die Bestimmung der Entgelte nach dem ab 1. Januar 2005 von der Klägerin eingeführten Stationspreissystem 2005 (SPS 05) aus wettbewerbsrechtlichen Gründen unwirksam ist sowie ob und mit welchem Ergebnis sie nach § 315 BGB überprüfbar ist.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird auf das Urteil des Landgerichts Berlin vom 23. Juli 2009 - 104 O 95/08 - verwiesen. Das Landgericht hat die Beklagte wegen der Hauptforderung nebst Zinsen antragsgemäß verurteilt. Wegen der Nebenforderung hat es die Klage abgewiesen. Tragender Grund der Entscheidung ist der vom Landgericht angenommene Vorrang der Regelungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG), der die Feststellung der Nichtigkeit der Leistungsbestimmung nach nationalem Wettbewerbsrecht und ihre Überprüfung nach § 315 BGB ausschließt. Die Anwendbarkeit europäischen Wettbewerbsrechts hat das Landgericht verneint.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung die Abweisung der Klage beantragt.

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Im Berufungsverfahren wiederholen und vertiefen die Parteien ihr erstinstanzliches Vorbringen.

B.

Die zulässige Berufung ist begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Die Bestimmung der Entgelte nach dem SPS 05 ist unverbindlich, weil sie der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB nicht standhält.

I. Die Vorschrift des § 315 BGB findet auf das Vertragsverhältnis der Parteien Anwendung, wobei offen bleiben kann, ob Grundlage der Nutzungsentgeltansprüche der Klägerin die Regelung in § 3 des auf den 31. Dezember 2009 befristeten Rahmenvertrages aus dem Jahr 2004 oder die in den jeweils geltenden ABP (§ 1 Abs. 2 des Rahmenvertrages) geregelten Stationsnutzungsverträge sind.

1. § 3 des Rahmenvertrages regelt das einseitige Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin. Denn danach setzt sie die Höhe der zu entrichtenden Nutzungsentgelte nach Maßgabe ihrer ABP i. V. m. den Stationspreislisen fest, ohne dass der Beklagten ein Verhandlungsspielraum bleibt (vgl. zu einer entsprechenden Regelung in einem Trassennutzungsvertrag OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2606 ff. Juris Rz. 88). Einer Entscheidung, ob die Regelung in § 3 des Rahmenvertrages einer Inhaltskontrolle nach §§ 307, 310 Abs. 1 BGB standhält, bedarf es nicht, weil die Leistungsbestimmung nach Maßgabe des SPS 05 ohnehin unverbindlich ist.

2. Sind dagegen die Stationsnutzungsverträge die Grundlage für den Nutzungsentgeltanspruch der Klägerin, liegt entgegen der vom Landgericht vertretenen Ansicht keine Einigung über die Geltung des SPS 05 vor. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 18. November 2004 (Anlage K 12) folgt, dass der bestehende Stationsnutzungsvertrag am 31. Dezember 2004 auslief und ein neuer Vertrag zu schließen war. Bereits mit Schreiben vom 17. Dezember 2004 (Anlage B 11) widersprach die Beklagte aber eindeutig und einschränkungslos der Berechnung nach dem SPS 05, wie sie im Schreiben vom 18. November 2004 angekündigt worden war. Dementsprechend leistete die Beklagte ab Januar 2005 nur Zahlungen in der Höhe, wie sie sich nach dem SPS 99 ergab. Die Klägerin verstand die Äußerung der Beklagten zutreffend als Widerspruch gegen das System insgesamt und nicht nur gegen die konkrete Erhöhung für das Jahr 2005, wie sich aus ihrem Schreiben vom 9. März 2005 (Anlage B 14) ergibt.

Die Anwendung der Grundsätze einer protestatio facto contraria scheidet aus. Abgesehen davon, dass die Klägerin die Stationsnutzung nicht jederzeit im Sinne einer Realofferte zur Verfügung stellt (vgl. dazu OLG Koblenz NJW-RR 2006, 1065 ff. Juris Rz. 19), weil die Nutzung von der Einbindung der gewünschten Stationshalte in den jährlich neu zu bestimmenden Netzfahrplan abhängig ist, verbietet sich eine Auslegung der tatsächlichen Nutzung der Strecken durch die Beklagte als konkludente Annahme eines Angebots der Klägerin (vgl. dazu BGH NJW 2000, 3429 ff. Juris Rz. 29). Die Beklagte wollte die Leistungen der Klägerin nicht vertragslos in Anspruch nehmen, sondern lediglich zu einem anders berechneten Entgelt. Angesichts des Umstands, dass die Klägerin eine überragende Stellung am Markt für Eisenbahninfrastruktur einnimmt, blieb der Beklagten nichts anderes übrig, als den von der Klägerin geforderten Entgelten zu widersprechen und die Strecken trotzdem weiterhin zu nutzen, wollte sie den Betrieb nicht gänzlich einstellen.

Das Fehlen einer Einigung über das Nutzungsentgelt hat allerdings nicht zur Folge, dass der Vertrag wegen eines Einigungsmangels gemäß § 154 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zustande gekommen ist. Vielmehr ist die Vertragslücke durch eine entsprechende Anwendung von § 315 BGB zu schließen (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 - KZR 18/10 - Stornierungsentgelt; WuW/E DE-R 3417 ff. Juris Rz. 12 f.).

II. Die Anwendung von § 315 BGB ist nicht durch die Bestimmungen des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) und der Eisenbahninfrastruktur-Verordnung (EIBV) ausgeschlossen.

1. Der Zweck der eisenbahnrechtlichen Regelungen besteht darin, eine Bandbreite zulässiger Entgelte zu bestimmen und einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu gewährleisten, um ein betriebssicheres, attraktives und wettbewerbskonformes Angebot zu schaffen (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 a.a.O. Juris Rz. 16 f.). Das Eisenbahninfrastrukturrecht ist demnach von öffentlichen Interessen bestimmt. Demgegenüber ist nach § 315 BGB die Interessenlage der Parteien unter Berücksichtigung des Vertragszwecks und der Bedeutung der Leistung maßgeblich (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 a.a.O. Juris Rz. 17). Hinzu kommen die deutlich schwächeren Möglichkeiten des EVU, sich nach dem AEG gegen die Festsetzung des Nutzungsentgelts durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu wehren (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 a.a.O. Juris Rz. 20). Der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB steht schließlich nicht entgegen, dass diejenigen EVU, die keine gerichtliche Klärung herbeiführen, ggf. entgegen der Regelung in § 24 Abs. 4 EIBV bzw. § 21 Abs. 6 EIBV höhere Entgelte zahlen müssen (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 a.a.O. Juris Rz. 22).

Die Argumentation der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 17. Oktober 2012 stellt die Auslegung des nationalen Rechts durch den BGH nicht in Frage. Der Stationsnutzung liegt ein privatrechtlicher Vertrag zugrunde, womit § 315 BGB anwendbar ist. Eine einschränkende Auslegung unter Berücksichtigung des Eisenbahnrechts ist nicht gerechtfertigt, auch wenn das AEG und die EIBV Vorgaben zur Entgelthöhe enthalten. Die Regelungen zur Preisbestimmung in AEG und EIBV dienen den Zielsetzungen des Eisenbahnrechts, während § 315 BGB darüber hinaus die Berücksichtigung der Interessen der konkreten Vertragspartner erlaubt. Der Umstand, dass sich die Kriterien der Prüfung ggf. in vielen Fällen weitgehend decken können, ändert an der im Grundsatz bestehenden Abweichung nichts.

In Bezug auf die Regelung in § 14f Abs. 2 AEG, wonach die EVU ein eigenes Antragsrecht

haben, wenn eine vertragliche Einigung mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht zustande kommt, fehlt es an einer Auseinandersetzung mit den vom BGH dargestellten Besonderheiten des Verfahrens (Frage der analogen Anwendbarkeit der Vorschrift im Fall eines Vertragsschlusses unter Fehlen einer Einigung nur über das Entgelt; Ermessen der Behörde, ob sie in das Prüfverfahren eintritt; Wirkung der Entscheidung auch für die Vergangenheit oder nur für die Zukunft; Frage der Entscheidungsbefugnis bei Verträgen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung abgewickelt sind). Das Bestehen eines schwächeren Rechtsschutzes für die Eisenbahnverkehrsunternehmen nach dem AEG wird durch die sofortige Vollziehbarkeit der Entscheidungen der Bundesnetzagentur und den hiergegen eröffneten einstweiligen Rechtsschutz für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht in Frage gestellt. Gleiches gilt für die Rechtswirklichkeit, und zwar auch dann, wenn - wie die Klägerin vorträgt - die Bundesnetzagentur ihre Befugnisse weder zögerlich noch zurückhaltend ausübt.

2. Der von der Klägerin angeregten Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 234 EGV) bedarf es nicht. Die von ihr aufgeworfene Frage, ob die gerichtliche Bestimmung des Entgelts nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB gegen den in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG i. V. m. Art. 4 der Richtlinie 91/440/EWG geregelten Grundsatz der Unabhängigkeit der Geschäftsführung der Eisenbahninfrastrukturunternehmen verstößt, ist nur dann entscheidungserheblich, wenn eine solche Bestimmung zu treffen ist. Dies ist hier nicht der Fall. Gegenstand der Entscheidung ist allein die Frage, ob die Leistungsbestimmung unverbindlich ist, weil sie der Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB nicht standhält. Insbesondere lässt auch die Entscheidung des BGH, wonach das Eisenbahninfrastrukturunternehmen die sachlich nicht gerechtfertigte Schlechterstellung der anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen in der folgenden Fahrplanperiode durch Änderung des Tarifsystems zu beseitigen hat (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 a.a.O. Juris Rz. 22), dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen die volle unternehmerische Entscheidungsfreiheit, wie die Änderung geschehen soll.

Aber auch im Übrigen sieht der Senat keinen Anlass zur Vorlage, weil die richtige Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts so offenkundig ist, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt (vgl. BGHZ 174, 48 ff. Juris Rz. 17 m. w. N.). Die gerichtliche Prüfung der Entgeltbestimmung nach den Maßstäben des § 315 BGB ist keine Einschränkung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens. Der Grundsatz besagt, dass Vermögen, Haushaltsplan und Rechnungsführung von staatlicher Einflussnahme frei sein sollen, nicht aber, dass Entscheidungen der Geschäftsführung gerichtsfest sind. Eine Überprüfung durch Regulierungsbehörde und Gerichte ist in Art. 21 der Richtlinie 2001/14/EG dementsprechend ausdrücklich geregelt. Weitergehend gibt Art. 21 Abs. 5 Satz 3 der Regulierungsbehörde sogar die Befugnis, dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine Änderung seiner Entscheidung gemäß den behördlichen Vorgaben vorzuschreiben. Ohnehin ist nach § 315 BGB kein „gerechter Preis“ von Amts wegen zu ermitteln. Vielmehr steht dem Bestimmungsberechtigten ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum zu, der mehrere Entscheidungsmöglichkeiten beinhaltet (zum Vorstehenden: BGHZ 174 a.a.O. Juris Rz. 20).

Es stellt auch keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 4 Abs. 5, Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/14/EG) dar, wenn ein Eisenbahnverkehrsunternehmen nach Inanspruchnahme zivilrechtlichen Rechtsschutzes ein geringeres Entgelt zu zahlen hat, weil dies auf einem sachlich gerechtfertigten Grund beruht. Der Ansicht der Klägerin, es liege ein Verstoß gegen den in Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG geregelten Grundsatz der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde vor, wenn deren Entscheidungen durch

Zivilgerichte relativiert würden, ist ebenfalls nicht zu folgen. Die Prüfung nach § 315 BGB ist zivilrechtliche Prüfung des Vertrags zwischen Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen. Abgesehen davon ist die Regulierungsbehörde zwar organisatorisch sowie in wirtschaftlicher Hinsicht und bei ihrer Entscheidungsfindung unabhängig. Auch ihre Entscheidungen unterliegen aber der (verwaltungs-)gerichtlichen Kontrolle (vgl. Art. 30 Abs. 6 der Richtlinie).

III. Nach § 315 BGB ist maßgeblich, ob die Klägerin im Rahmen ihres nach dem eisenbahnrechtlichen Regulierungsrecht bestehenden Ermessens bei der Preisfestsetzung auch die über den diskriminierungsfreien Netzzugang hinausgehenden Interessen der Beklagten angemessen berücksichtigte (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011 a.a.O. Juris Rz. 17), Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Billigkeit trägt die Klägerin als diejenige Vertragspartei, die das Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt hat (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011, a.a.O. Juris Rz. 24).

Die Klägerin hat zur Billigkeit der Entgelte nach dem SPS 05 nicht konkret vorgetragen. Vielmehr hat sie sich in der Klageschrift auf die Darstellung der Grundsätze des Kategoriepreissystems und im Folgenden darauf beschränkt, punktuell zu den Einwänden der Beklagten Stellung zu nehmen und ihnen aus allgemeinen Erwägungen die Plausibilität abzuspochen. Dies reicht nicht aus. Mit Verfügung vom 30. Mai 2012 hat der Senat die Klägerin auf die Entscheidung des BGH vom 18. Oktober 2011 hingewiesen, aus der sich die Anwendbarkeit von § 315 BGB und die Verteilung der Darlegungslast ergibt. Jedenfalls dies musste Anlass für die Klägerin sein, ihrer prozessualen Pflicht nachzukommen. Eines weiteren Hinweises oder einer Frist zur Stellungnahme auf die Erörterungen zur Unschlüssigkeit ihres Vorbringens zu § 315 BGB in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bedurfte es nicht.

Ausgangspunkt der Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB sind die für Betrieb und Unterhaltung der Personenbahnhöfe aufgewendeten Kosten, wovon ausweislich des Vorbringens auf Seite 7 der Klageschrift auch die Klägerin ausgeht. Bereits zu deren Ermittlung und Höhe ist im vorliegenden Verfahren nicht konkret vorgetragen.

Für die Preiskalkulation kommt es ferner entscheidend darauf an, dass die Gesamtkosten nach sachgerechten Kriterien den Entgelttatbeständen zugeordnet werden. Dabei ist zwar die Überlegung, dass für Bahnhöfe mit größerer verkehrlicher Bedeutung und höherwertiger Ausstattung auch höhere Stationspreise anfallen sollen, im Grundsatz ebenso wenig zu beanstanden wie die Überlegung, dass unterschiedliche Gegebenheiten in den einzelnen Bundesländern eine bundeslandspezifische Preisbildung erfordern können. Es bestehen aber erhebliche Anhaltspunkte, dass die Klägerin bei der Umsetzung des auf diesen Überlegungen beruhenden Kategoriepreissystems die Grenzen der Billigkeit nicht einhielt. Denn ihr Vorbringen gibt Anlass, an der Wahrung des Kostenbezugs in den einzelnen Kategorien mindestens zu zweifeln.

Anlass zu Zweifeln geben die erheblichen Kostensprünge, die sich nach dem SPS 05 gegenüber dem stationskonkret kalkulierten Entgelt nach dem SPS 99 ergeben. Dies hat die Beklagte für die von ihr angefahrenen Stationen auf Seite 33 bis 36 der Klageerwiderung (Bd. I, Bl. 94 bis 97 d. A.) dargestellt. Die Zweifel werden nicht dadurch beseitigt, dass sich nach dem Vorbringen der Klägerin die Gesamtsumme der Stationspreiszahlungen für Nordrhein-Westfalen und Brandenburg von 2004 auf 2005 nur geringfügig erhöht habe. Für die Frage, ob die Entgelte für die jeweiligen Stationskategorien der Billigkeit entsprechen, ist dieser Umstand nicht von Bedeutung. Ferner sind die Preissteigerungen weder durch die von der

Klägerin in der Klageerwiderung nur pauschal behauptete Nivellierung der Preise nach dem SPS 99 durch das SPS 05 noch durch die ebenso pauschal angeführten bau- und betriebsseitigen Kostensteigerungen erklärlich.

Zweifel an der Billigkeit bestehen ferner im Hinblick auf die Gewichtung von Fern- und Nahverkehr zum einen bei der Einordnung der Bahnhöfe in die Kategorien und zum anderen bei der Berechnung der Entgelte für die Nutzung von Stationen mit Fernverkehr. Bei der Einordnung der Stationen in die Kategorien bewirkt der Fernverkehr bei jedem maßgeblichen Merkmal eine deutlich höhere Wertung als der Nahverkehr, ohne dass die Sachgerechtigkeit dieser Vorgehensweise deutlich wird. Die Einordnung erfolgt nach der Anzahl der Zughalte, wobei der Nahverkehr mit dem Faktor 25 und der Fernverkehr mit dem Faktor 100 multipliziert wird, nach der Anzahl der ein- und aussteigenden Reisenden/Tag, wobei eine Multiplikation im Nahverkehr mit dem Faktor 1 und im Fernverkehr mit dem Faktor 10 erfolgt, und nach der Verknüpfungsfunktion des Bahnhofs, wobei z. B. eine Multiplikation mit dem Faktor 1,0 bei „kleineren“ Stationen d. h. solche mit höherer Kategorisierungszahl (z. B. Bad Bentheim) - und mit dem Faktor 1,6 bei „großen“ Stationen - d. h. solchen mit niedriger Kategorisierungszahl (z. B. München Hbf = Kategorie 1) erfolgt (Anlage K 2, Seite 3 und 5). Zugleich führt die Entgeltberechnung nach zwei Zuglängenfaktoren (einfacher Wert nach dem SPS 05 für Züge bis 180 m Länge und doppelter Wert nach dem SPS 05 für Züge über 180 m Länge) dazu, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPNV, die Stationen der höherpreisigen Kategorien 1 bis 3 (Stationen mit Fernverkehrshalten) anfahren, den Teil der Anlagen mitfinanzieren, die nur für den Fernverkehr vorgehalten werden müssen. Denn es ist nicht ersichtlich, dass eine maßgebliche Zahl der Züge im SPNV eine Anlage benötigt, die für Zuglängen über 180 m ausgelegt ist.

Zweifel folgen ferner daraus, dass das Entgelt für Stationen der Kategorie 4 - die von der Beklagten ausdrücklich als systemwidrig und nicht sachgerecht gerügt wird - mehr als nur unerheblich niedriger ist, als das Entgelt für die nach der eingangs dargestellten Systematik der Klägerin geringwertigeren Stationen der Kategorien 5 und 6 (Stationspreisliste 2005 = Seite 9 der Anlage K 2).

Nach dem Vortrag der Klägerin wird schließlich nicht deutlich, ob die Berücksichtigung der öffentlichen Fördermittel sachgerecht erfolgt. Zwar hat sie sich pauschal darauf berufen, dass sie ihr Sachanlagevermögen nach dem Nettoprinzip bilanzieren. Offen bleibt aber jedenfalls, ob und wie Fördermittel Berücksichtigung finden, die der Klägerin aus Mitteln zufließen, die den Ländern nach dem Regionalisierungsgesetz (RegG) zur Finanzierung des SPNV insgesamt gewährt werden. Ebenso bleibt offen, ob und wie etwaige sonstige Fördermittel von Ländern und Gemeinden berücksichtigt werden. Vortrag hierzu ist erforderlich, weil zur Vermeidung ungerechtfertigter Verschiebungen bei den Kosten sichergestellt sein muss, dass die Fördermittel zum einen nur für das jeweilige Bundesland bzw. die jeweilige Gemeinde in Ansatz gebracht werden und zum anderen nur für die geförderten Vorhaben.

Der Bescheid der Bundesnetzagentur vom 10. März 2006 (Anlage K 4) ist nicht präjudiziell und hat keinen Einfluss auf die Darlegungslast der Klägerin, sondern kann allenfalls bei der Bewertung der für die Billigkeit maßgeblichen Umstände von Bedeutung sein (vgl. BGHZ 164, 336 ff. Juris Rz. 20). Eine indizielle Wirkung des Bescheides scheidet hier aber schon deshalb aus, weil dort ausgeführt ist, dass u. a. die Auswirkungen der Entgeltgrundsätze auf den Wettbewerb noch der Beobachtung bedürften. Das Ergebnis dieser Beobachtung ist die Erklärung der Ungültigkeit der Preisbestimmung nach den ABP vom 30. Oktober 2009 - d. h. letztlich nach dem mit dem SPS 05 eingeführten Kategoriepreismodell - mit Wirkung ab 1. Mai 2010 durch den Bescheid der Bundesnetzagentur vom 10. Dezember 2009, den die

Beklagte im Berufungsverfahren auszugsweise zitiert hat und der dem Senat im Verfahren KG 2 U 10/09 Kart. / LG Berlin 93 O 74/08 vollständig in Kopie vorlag. Auch die Ausführungen in dem Bescheid aus dem Jahr 2009, wonach Mehrbelastungen des SPNV bei gleich hohen Minderbelastungen des Fernverkehrs nicht festzustellen sind, entbinden die Klägerin nicht von der zivilprozessualen Notwendigkeit, die Sachgerechtigkeit der Gewichtung von Nah- und Fernverkehr darzustellen. Dagegen gab der Zuglängenfaktor auch in dem Bescheid aus dem Jahr 2009 Anlass zu Bedenken, denen mit der zwischenzeitlich geschlossenen Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Bundesrepublik, vertreten durch die Bundesnetzagentur, begegnet werden konnte. Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt, dass danach der Zuglängenfaktor zu ersetzen ist.

IV. Nach alledem bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Ansicht der Beklagten, § 14 AEG sei Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB, sowie mit den Bestimmungen des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts.

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus § 91 sowie §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der Bundesgerichtshof hat die entscheidungserhebliche Frage geklärt. Abgesehen davon hat der 19. Zivilsenat des Kammergerichts in seinem Urteil vom 19. April 2009 zum Geschäftszeichen 19 U 21/08 die Anwendung von § 315 BGB im Ergebnis dahinstehen lassen (TranspR 2010, 194 ff. Juris Rz. 38).

(Dr. Hawickhorst), (Franck), (Lang).