

**Das Verhältnis von Eisenbahnregulierungsrecht und
Kartellrecht bei der rechtlichen Beurteilung von
Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten**

Gutachten

Prof. Dr. Heike Schweitzer

Berlin
Oktober 2020

A.

Fragestellung und Ergebnisse des Gutachtens im Überblick

(Seiten 2–8)

Das vorliegende Gutachten betrifft das Verhältnis von Eisenbahnregulierungsrecht und Kartellrecht bei der rechtlichen Beurteilung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten und insbesondere die Frage, ob ein Anspruch auf Schadensersatz oder ein Rückforderungsanspruch wegen kartellrechtswidriger Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelte davon abhängt, dass die BNetzA vor der Entscheidung des Zivilgerichts entschieden hat, dass die Trassenentgelte gegen Regulierungsrecht verstoßen.

Diese Frage stellt sich vor dem Hintergrund mehrerer Klagen von Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) und Aufgabenträgern (Bestellern von Schienenpersonennahverkehrsdienstleistungen), die vor deutschen Zivilgerichten anhängig sind. Die Beklagte und einige Instanzgerichte haben sich auf den Standpunkt gestellt, dass das Urteil des EuGH vom 9.11.2017 in der Rechtsache *CTL Logistics* auf die gerichtliche Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Schadensersatzansprüche übertragbar sei. Mit seinem Urteil in der Rechtssache *CTL Logistics* hat der Gerichtshof die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB für unionsrechtswidrig erklärt, die die Zivilgerichte bis dahin über regulierte Eisenbahninfrastrukturentgelte ausgeübt haben, wenn die zuständige Regulierungsbehörde nicht zuvor die Rechtswidrigkeit der Trassenentgelte festgestellt hat.

In der Folge hat der BGH wiederholt – durch Urteile vom 29.10.2019 (Az. KZR 39/19) und 1.9.2020 (Az. KZR 12/15) – entschieden, dass diese Rechtsprechung auf die zivilgerichtliche Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen nicht übertragbar ist. Diese wird durch das Urteil *CTL Logistics* nicht in Frage gestellt und kann durch das Eisenbahnregulierungsrecht nicht ausgeschlossen werden. Ein Vorabentscheidungsersuchen hielt der BGH nicht für angezeigt, weil an der Rechtslage im Sinne der *CILFIT*-Rechtsprechung des EuGH keine vernünftigen Zweifel bestünden. Da einige Instanzgerichte die Übertragbarkeit des Urteils in der Rechtssache *CTL Logistics* auf Kartellschadensersatzansprüche dennoch für klärungsbedürftig halten, ist außerdem dazu Stellung zu nehmen, ob tatsächlich der vom BGH angenommene *acte clair* vorliegt.

Das vorliegende Gutachten kommt zu folgendem Ergebnis:

- 1. Ein Anspruch auf Schadensersatz oder ein Rückforderungsanspruch wegen kartellrechtswidriger Trassenentgelte hängt nicht davon ab, dass die BNetzA vor der Entscheidung des Zivilgerichts entschieden hat, dass die Trassenentgelte gegen Regulierungsrecht verstoßen.**
- 2. Diese Frage ist anhand des Unionsrechts eindeutig zu beantworten und bedarf schon deshalb keiner Klärung durch den EuGH (*acte clair*). Dass eine solche Entscheidung der BNetzA nicht generell Voraussetzung für Rückforderungsansprüche ist, hat der EuGH in seinem Urteil vom 9.11.2017 in der Rechtssache *CTL Logistics* zudem bereits ausdrücklich entschieden (*acte clair*).**

Die Erwägungen, die diesem Ergebnis zugrunde liegen, lassen sich in folgenden Punkten zusammenfassen:

1. Das Eisenbahnregulierungsrecht schließt die selbständige Anwendung des Kartellrechts auf dieselben Entgelte nicht aus.

- **Wegen des Vorrangs des Primärrechts gehen die Artt. 101, 102 AEUV dem sekundärrechtlichen Regulierungsregime der Eisenbahnrichtlinien vor.**

Die europäischen Wettbewerbsregeln können durch sektorspezifisches Regulierungsrecht normhierarchisch nicht ausgeschlossen werden. Statt des Grundsatzes *lex specialis derogat legi generali* gilt bei Konflikten zwischen beiden Rechtsregimen der Grundsatz *lex superior derogat legi inferiori*. Weil die Eisenbahnrichtlinien einerseits primärrechtskonform auszulegen sind und andererseits den Regelrahmen bilden, in dem der unverfälschte Wettbewerb stattfindet, beeinflussen sich beide Rechtsregime zunächst gegenseitig. Wenn sich dennoch ausnahmsweise Konflikte ergeben, die auf diese Weise nicht auflösbar sind, genießt das Wettbewerbsrecht den Vorrang.

- **Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch regulierte Entgelte zusätzlich einer eigenständigen Kontrolle am Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV unterliegen.**

Die Feststellung eines Kartellrechtsverstoßes ist dabei sowohl denkbar, wenn regulierte Entgelte im Einklang mit dem Regulierungsrechtsregime erhoben beziehungsweise genehmigt wurden (Rechtssachen *Deutsche Telekom* und *Telefónica*), als auch dann, wenn wegen desselben Sachverhalts bereits die Regulierungsbehörde aufgrund eigener Befugnisse eingeschritten ist. Ein Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* liegt auch im letztgenannten Fall nicht vor, weil beide Rechtsregime unterschiedlichen Interessen dienen (Rechtssache *Orange Polska SA*).

- **Auch bei isolierter Betrachtung des nationalen Rechts sind Eisenbahnregulierungs- und Wettbewerbsrecht nebeneinander anwendbar.**

Während das deutsche Kartellrecht normhierarchisch unter europäischem Richtlinienrecht steht, geht der deutsche Gesetzgeber ebenfalls vom komplementären Charakter von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht aus. Lediglich ausnahmsweise schließen Sonderregeln – siehe § 12 Abs. 7 AEG, § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG – die Anwendung bestimmter Vorschriften des GWB aus. Im Umkehrschluss bleibt es ansonsten bei einer parallelen Anwendung beider Rechtsregime. Auch nach § 33 Abs. 2 Satz 3 und § 45 Abs. 2 Satz 3 ERegG fingiert die Entgeltgenehmigung eben nur die Billigkeit nach § 315 BGB.

2. Auf institutioneller Ebene begrenzen die regulierungsrechtlichen Zuständigkeiten der BNetzA nicht die Kompetenz der Zivilgerichte zu einer selbständigen kartellrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts. Dies gilt uneingeschränkt, soweit es um die Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen geht.

- **Das Regulierungsrecht führt nicht zu einer Verfahrenskonzentration bei der BNetzA, nach der die Anwendung der Wettbewerbsregeln und die Sicherstellung des Wettbewerbs von deren Einschätzung abhängig wäre.**

Nach Art. 56 Abs. 2 Satz 1, Abs. 9 Satz 3 der Richtlinie 2012/34/EU bleibt die Zuständigkeit des Bundeskartellamts für die Anwendung der Wettbewerbsregeln und die Sicherstellung des Wettbewerbs in den Schienenverkehrsmärkten ausdrücklich unberührt. Auch die Zuständigkeiten der Kommission bleiben unverändert bestehen. Anders als etwa im Vereinigten Königreich ist die Regulierungsbehörde in Deutschland nicht mit der Aufgabe betraut worden, im jeweiligen Sektor das Wettbewerbsrecht unmittelbar anzuwenden. Die BNetzA hat lediglich das Regulierungsrecht primärrechtskonform (kartellrechtskonform) auszulegen.

- **Die private und dezentrale Durchsetzbarkeit des Kartellrechts vor den Zivilgerichten folgt nach ständiger Rechtsprechung aus der unmittelbaren Anwendbarkeit und dem subjektiv-rechtlichen Charakter der Artt. 101, 102 AEUV.**

Für die Anwendung der Artt. 101, 102 AEUV sind nach Art. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 ausdrücklich die mitgliedstaatlichen Gerichte zuständig. Wenn sich ein Kläger gegen kartellrechtswidrige Entgelte wendet und auf der Primärebene erreichen will, dass der darin liegende Kartellverstoß abgestellt wird, darf er unter Geltung des ERegG dann auf den Verwaltungsrechtsweg gegen die rechtswidrige Genehmigung verwiesen werden, wenn der geltend gemachte Kartellrechtsverstoß in der Sache einem Verstoß gegen Regulierungsrecht entspricht. Über das AEG a.F. war ein effektiver Rechtsschutz, mit dem der Einzelne erreichen kann, dass ein Kartellrechtsverstoß *ex tunc* abgestellt wird, hingegen nicht gewährleistet. Das alte Regulierungsrecht konnte deshalb insoweit auch nicht als sektorspezifisches Kartellverfahrensrecht verstanden werden. Für die retropektive Entscheidung über Kartellschadensersatzansprüche stellt sich die Lage ohnehin anders dar. Für diese bleiben die Zivilgerichte auch nach Inkrafttreten des ERegG uneingeschränkt zuständig.

- **Wie der EuGH in den Urteilen in den Rechtssachen *Courage* und *Manfredi* entschieden hat, folgt aus den Artt. 101, 102 AEUV und dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit ein Schadensersatzanspruch aller durch einen Kartellverstoß Geschädigten.**

Dieser Schadensersatzanspruch, über den nach Art. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 die Gerichte entscheiden, kann wegen des Vorrangs des Primärrechts auch durch die Eisenbahnrichtlinien nicht wirksam ausgeschlossen werden. Rückforderungsansprüche für die Vergangenheit haben auch nicht dasselbe Konfliktpotenzial mit dem Regulierungsrecht wie auf die Zukunft gerichtete Ansprüche auf Abstellen des Verstoßes. Konflikte sind dementsprechend in der bisherigen Rechtspraxis auch nicht aufgetreten; in einem Konfliktfall genösse das Primärrecht Vorrang.

3. Die zivilgerichtliche Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen kann auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass zuvor die BNetzA mit den infrage stehenden Entgelten befasst wurde.

- **Wegen des eigenständigen Geltungsanspruchs des Kartellrechts ist die regulierungsrechtliche Beurteilung von Entgelten bereits nicht vorgreiflich für die kartellrechtliche Bewertung.**

Artt. 101, 102 AEUV haben einen eigenständigen Geltungsanspruch. Für die nötige Bewertung von Entgelten am Maßstab des Kartellrechts ist die BNetzA aber bereits nicht zuständig. Ihre Entscheidung kann deshalb für einen späteren Schadensersatzanspruch auch nicht vorgreiflich sein. Insbesondere verbietet sich somit eine entsprechende Anwendung des Art. 9 der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, der die Wirkungen der Entscheidungen der nationalen *Wettbewerbsbehörde* regelt. Der EuGH hat wiederholt entschieden, dass die Wettbewerbsbehörden dieselben Entgelte prüfen und die Einschätzung der Regulierungsbehörde dabei sowohl bestätigen als auch zu einer zu abweichenden Einschätzung gelangen können.

- **Ein Erfordernis, dem zufolge die BNetzA zunächst die Regulierungsrechtswidrigkeit von Entgelten feststellen müsste, bevor wegen dieser Entgelte Kartellschadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden können, würde dem Effektivitätsgrundsatz widersprechen.**

Die Feststellung eines Kartellrechtsverstößes kann weder bei Gefahrenlagen, die ohnehin allein das Wettbewerbsrecht erfasst, noch bei Gefahrenlagen, die von beiden Rechtsgebieten erfasst werden, von einer vorhergehenden Beanstandung der Regulierungsbehörde abhängen. Eine von der Regulierungsbehörde abweichende Beurteilung anhand der eigenen Maßstäbe des Wettbewerbsrechts muss auch im letztgenannten Fall möglich bleiben. Andernfalls kann das Wettbewerbsrecht, für dessen Anwendung die Regulierungsbehörde nicht zuständig ist, keine Wirksamkeit entfalten; den Anspruchsinhabern würde die Durchsetzung ihrer zivilkartellrechtlichen subjektiven Rechte unmöglich gemacht.

- **Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 102 AEUV und nach Art. 1 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 gilt das Missbrauchsverbot, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung durch die Wettbewerbsbehörde bedarf. Eine Entscheidung der Regulierungsbehörde kann dann erst recht keine Voraussetzung sein.**

Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Artt. 101, 102 AEUV folgt denkwürdigerweise, dass Gerichte die darin enthaltenen Verbote unabhängig davon anwenden können, ob die Wettbewerbsbehörden vorher einen Verstoß festgestellt haben, und dass sich auch Einzelne unabhängig von einer solchen Feststellung auf die ihnen eingeräumten Rechte berufen können (Rechtssache *BRT/SABAM*). Diese Rechtsprechung ist in Art. 1 Abs. 3, Art. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 kodifiziert und der Ausgangspunkt für die dezentrale Durchsetzung des Kartellrechts vor den mitgliedstaatlichen Gerichten. Ist danach aber schon eine Entscheidung der Wettbewerbsbehörde keine Voraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung, muss dies *erst recht* für regulierungsbehördliche Entscheidungen gelten. Die regulierungsrechtliche Beurteilung ist für die kartellrechtliche Beurteilung zwar instruktiv, aber gerade nicht vorgreiflich.

- **Für die Rückforderung von Altentgelten steht zudem die Garantie eines wirksamen Rechtsbehelfs aus Art. 47 der Grundrechtecharta dem Erfordernis einer vorherigen Befassung der Regulierungsbehörde entgegen.**

Unterstellt die gerichtliche Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen dürfte in anderen Konstellationen von einer vorherigen Befassung der BNetzA abhängig gemacht werden, könnte das dennoch nicht für die Rückforderung von solchen Entgelten gelten, die unter Geltung des AEG a.F. erhoben wurden. Eine solche Voraussetzung war für die Kläger nämlich weder im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung gesetzlich bestimmt und erkennbar. Darauf hat der BGH hingewiesen (Az. KZR 39/19). Effektiver Rechtsschutz war im Übrigen unter dem AEG a.F. über die Regulierungsbehörde nicht zu erreichen, weil ein Antrag nur nach Scheitern eines Vertragsschlusses möglich war, der Kreis der Antragsberechtigten – gerade mit Blick auf Aufgabenträger – hinter dem Kreis der Geschädigten zurückblieb und eine Entscheidung nicht erzwingbar war.

4. Das Erfordernis einer vorherigen Entscheidung der Regulierungsbehörde folgt auch nicht aus dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-489/15 vom 09.11.2017 (*CTL Logistics*).

- **Nach dem Urteil ist eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle ausgeschlossen, die zur Abänderung regulierter Entgelte im Einzelfall und außerhalb des von Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG vorgesehenen Verfahrens führt.**

Der EuGH setzt sich in den Gründen der Entscheidung *CTL Logistics* allein mit der von ihm selbst in Rn. 34 des Urteils formulierten Frage auseinander, „ob die Richtlinie 2001/14, insbesondere deren Art. 4 Abs. 5 und deren Art. 30 Abs. 1, 3, 5 und 6, dahin auszulegen sind, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, wonach die Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft und gegebenenfalls unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abgeändert werden können.“ Mit der darauf im Tenor gegebenen Antwort verneint er in der Sache die Vorlagefragen 5) und 6), die gerade auf die Vereinbarkeit einer zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle mit Art. 4 Abs. 5 und Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG gerichtet waren.

- **Demgegenüber enthält das Urteil gerade kein über den Ausschluss der Billigkeitskontrolle hinausgehendes Verbot an Gerichte, über Rückforderungsansprüche ohne vorhergehende Befassung der Regulierungsstelle zu entscheiden.**

Das LG Berlin hatte den EuGH mit den Vorlagefragen 1) und 2) explizit – und vom Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB abstrahierend – auch um Vorabentscheidung dazu ersucht, ob die Richtlinie 2001/14/EG (generell) Rückforderungen von Fahrwegnutzungsentgelten ausschließt, wenn nicht zuvor die Regulierungsbehörde und ggf. die Verwaltungsgerichte mit der Frage der Rechtswidrigkeit der entsprechenden Entgelte befasst wurden. Wiewohl der EuGH diese Fragen in den Entscheidungsgründen nicht weiter behandelt, *verneint* er sie schließlich ausdrücklich (siehe Rn. 105 der Entscheidung). Die Richtlinie schließt also Rückforderungen ohne vorherige Befassung der Regulierungsbehörde gerade *nicht* generell aus, sondern lediglich eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle der Entgelte, weil diese – auch wenn sie in der deutschen Rechtspraxis in der Regel im Rahmen von Rückforderungsansprüchen zur Anwendung kommt – zur

künftigen Abänderung regulierter Entgelte im Einzelfall außerhalb des Verfahrens des Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG führen kann.

- **Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *CTL Logistics* zum Ausschluss der Billigkeitskontrolle regulierter Entgelte ist auf die kartellrechtliche Überprüfung dieser Entgelte bereits deshalb nicht übertragbar, weil sowohl das kartellrechtliche Missbrauchsverbot als auch die seiner effektiven privaten Durchsetzung dienenden Kartellschadensersatzansprüche als EU-Primärrecht Vorrang vor den sekundärrechtlichen Eisenbahnrichtlinien genießen.**

Die Rechtssache *CTL Logistics* betrifft allein die Anwendbarkeit mitgliedstaatlichen Zivilrechts neben der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung. Der unausgesprochene Ausgangspunkt ist dabei, dass die Eisenbahnrichtlinien Vorrang vor mitgliedstaatlichem Recht genießen. Demgegenüber ist das Verhältnis kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche zur Entgeltregulierung durch eine andere Konfliktlösungsregel geprägt: den Vorrang des Primärrechts. Die kartellrechtliche Beurteilung der Entgelte erfolgt anhand der Maßstäbe des EU-Primärrechts, das auch die kartellzivilrechtlichen Schadensersatzansprüche und ihre effektive Ausgestaltung garantiert.

- **Die vom EuGH in der Rechtssache *CTL Logistics* beschriebenen Konfliktlinien zwischen zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle und Regulierungsrecht sind auf das Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht nicht übertragbar.**

Das Billigkeitsurteil nach § 315 Abs. 3 BGB nimmt, worauf der EuGH in Rn. 64 und Rn. 73–74 der Entscheidung *CTL Logistics* hinweist, das bilaterale Vertragsverhältnis in den Blick und gerät gerade deshalb mit dem regulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbot in Konflikt, dass auf die Gleichbehandlung verschiedener Vertragspartner zielt. Demgegenüber ist das Wettbewerbsrecht ebenso wie das Regulierungsrecht Marktordnungsrecht. Weil auch das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs und den Schutz der Marktgegenseite in den Blick nimmt, gerät es mit dem Diskriminierungsverbot nicht in Konflikt. Die Diskriminierungsverbote des Wettbewerbs- und des Kartellrechts sind gleichgerichtet, im Übrigen ergänzen sich beide Rechtsgebiete beim Schutz des Wettbewerbs.

- **Der für die Entscheidung *CTL Logistics* zentrale institutionelle Konflikt zwischen der Überwachungskompetenz der Regulierungsbehörde und der zivilgerichtlichen Befugnis zur Beurteilung der Entgelte stellt sich nicht, weil die Anwendung des Kartellrechts nicht die Überprüfung der „richtigen“ Anwendung des Regulierungsrechts verlangt.**

Während die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB als Einfallstor für eine zivilgerichtliche Entgeltkontrolle anhand der regulierungsrechtlichen Maßstäbe funktionierte, bleiben Regulierungs- und Wettbewerbsrecht eigenständige Rechtsregime mit selbständigen Maßstäben, die sich lediglich wechselseitig beeinflussen. Zwar müssen die Zivilgerichte den regulierungsrechtlichen Rahmen bei der Anwendung des Kartellrechts berücksichtigen, das bedeutet aber ebenso wenig einen Eingriff in die ausschließlichen Kompetenzen der Regulierungsbehörde, wie die Auslegung des Regulierungsrechts im Lichte der Wettbewerbsregeln einen Eingriff in die Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden beinhaltet.

- **Richtig ist zwar, dass auch zivilkartellrechtliche Gerichtsentscheidungen nur *inter partes* wirken, das liegt allerdings in der Logik der dezentralen Anwendung der Wettbewerbsregeln und folgt unmittelbar aus ihrer parallelen Anwendbarkeit, die das Eisenbahnregulierungsrecht nicht ausschließen kann.**

Die Wettbewerbsregeln sind unmittelbar anwendbar und gewähren dem Einzelnen subjektive Rechte gerade, um den dezentralen Vollzug zu ermöglichen. In dieser Form genießen sie Vorrang vor dem EU-Sekundärrecht. In der Rechtspraxis haben aber zivilgerichtliche Urteile über Kartellschadensersatzansprüche bisher keinen regulierungsrechtlichen Anpassungsbedarf für die Entgeltstruktur ausgelöst. Schadensersatzansprüche werden in der Regel mit erheblichem zeitlichem Abstand geltend gemacht. Auch das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot ist nicht gefährdet, wenn einzelnen Wettbewerbern Schadensersatzansprüche zugesprochen werden. Die gegenwärtige Wettbewerbssituation wird dadurch nicht berührt und auch gleiche Rechte müssen nicht im Gleichschritt gerichtlich geltend gemacht werden.

B.

Das Gutachten im Einzelnen

(Seiten 9–55)

I. Gegenstand des Gutachtens	10
II. Grundzüge der Entgeltregulierung im Eisenbahnregulierungsrecht	10
1. Die Eisenbahnrichtlinien 2001/14/EG und 2012/34/EU.....	13
a) Ziele und materiell-rechtliche Grundsätze der Entgeltregulierung	13
b) Unionsrechtliche Vorgaben für das Rechtsdurchsetzungsregime	16
2. Grundzüge der Entgeltregulierung im nationalen Eisenbahnregulierungsrecht	17
III. Das Verhältnis zwischen Eisenbahnregulierungsrecht und Wettbewerbsrecht auf materiell-rechtlicher Ebene	18
1. Parallelitäten und Unterschiede in den Zielen und Beurteilungsmaßstäben.....	18
2. Verhältnis zwischen sektorspezifischer Regulierung und europäischem Wettbewerbsrecht in der Rechtsprechung der Unionsgerichte	19
3. Parallele Anwendbarkeit von GWB und Eisenbahnregulierungsrecht	25
4. Die gegenseitige Beeinflussung von Regulierungsrecht und Wettbewerbsrecht.....	26
IV. Das institutionelle Rechtsdurchsetzungsgefüge: Zuständigkeiten zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln im Falle ihrer Anwendung parallel zum Regulierungsrecht	27
1. Öffentliche Durchsetzung der Wettbewerbsregeln: Die fortbestehende Zuständigkeit der EU-Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden.....	29
2. „Private Durchsetzung“: Die Durchsetzung von Beseitigungs-/Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen durch Unternehmen, die durch wettbewerbsrechtliche Verstöße in ihren Rechten verletzt werden.....	30
a) Anspruch auf Abstellen eines Verstoßes.....	31
b) Anspruch auf Ersatz der durch einen Kartellverstoß verursachten Schäden.....	35
V. Können Zivilgerichte Schadensersatzansprüche nur nach zuvor regulierungsbehördlich festgestellter Rechtswidrigkeit der Wegegeltelne zusprechen?. 38	
1. Die Bedeutung von <i>CTL Logistics</i> für kartellzivilrechtliche Ansprüche.....	39
a) Die Vorabentscheidung des EuGH in der Sache <i>CTL Logistics</i>	39
b) Keine Übertragbarkeit der Entscheidung zur Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB auf kartellzivilrechtliche Ansprüche.....	40
2. Kein unionsrechtliches Erfordernis eines regulierungsbehördlichen „Vorverfahrens“ mit Bindungswirkung für Zivilgerichte	44
a) Die These von der Voreigentlichkeit des Eisenbahnregulierungsrechts für die kartellrechtliche Bewertung im Rahmen privater Schadensersatzklagen.....	44
b) Die Unvereinbarkeit der Voreigentlichkeitsthese mit dem eigenständigen Geltungsanspruch der Wettbewerbsregeln.....	45
3. Unionsrechtliche Prinzipien zum Umgang mit dem Spannungsverhältnis zwischen Regulierungsrecht und Kartellschadensersatzklagen.....	49
a) Kooperationsverhältnis zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht	49
b) Die Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses im deutschen Recht.....	50
VI. Ergebnis	51
VII. Acte Clair	54

I. Gegenstand des Gutachtens

Vor deutschen Zivilgerichten sind gegenwärtig verschiedene Klagen von Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) und Aufgabenträgern (Bestellern von Schienenpersonennahverkehrsdienstleistungen) anhängig, mit denen kartellzivilrechtliche Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche aufgrund von wettbewerbswidrig überhöhten Trassen- oder Stationsentgelten geltend gemacht werden. Für missbräuchlich im Sinne des Wettbewerbsrechts (Art. 102 AEUV / § 19 GWB) wird zum Beispiel erachtet, dass die DB Netz AG auf die Trassenentgelte in der Zeit vom 1.1.2003 bis zum 10.12.2011 im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) sogenannte „Regionalfaktoren“ aufschlug: Auf ausgewählten Strecken und ausschließlich von EVU des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) wurden prozentuale Aufschläge auf das Trassenentgelt erhoben.

In diesen zivilgerichtlichen Verfahren ist die Frage nach dem Verhältnis von allgemeinem (deutschem und europäischem) Kartellrecht und Eisenbahnregulierungsrecht entscheidungserheblich. So hat z.B. das Landgericht Frankfurt a.M. mehrere Klagen gegen die DB Netz AG mit der Begründung abgewiesen, es sei nicht befugt, über die geltend gemachten kartellzivilrechtlichen Ansprüche zu entscheiden, wenn nicht zuvor durch eine bestandskräftige Entscheidung der Bundesnetzagentur (BNetzA) die Rechtswidrigkeit nach Maßstäben des Regulierungsrechts festgestellt wurde.¹ Ob ein Ausbeutungsmisbrauch, ein Behinderungsmisbrauch oder eine wettbewerbswidrige Diskriminierung nach deutschem oder europäischem Wettbewerbsrecht vorliege, sei im Rahmen einer Inzidentprüfung anhand regulierungsrechtlicher Kriterien zu bewerten. Zivilgerichte seien nicht befugt, eine solche regulierungsrechtliche Beurteilung selbst vorzunehmen. Denselben Standpunkt haben andere Instanzgerichte in Verfahren vertreten, in denen ebenfalls um Trassen- oder Stationsentgelte gestritten wurde.²

Das LG Frankfurt a.M. beruft sich für seine Sicht auf das Urteil des EuGH v. 9.11.2017 in der Rechtssache *CTL Logistics*,³ dem zufolge eine gerichtliche Billigkeitskontrolle von Trassenentgelten nach Maßgabe von § 315 Abs. 3 BGB nur in Betracht kommt, wenn die Unvereinbarkeit des Entgelts mit den eisenbahnregulierungsrechtlichen Vorschriften zuvor von der zuständigen Regulierungsbehörde oder von einem Gericht, dass deren Entscheidung überprüft hat, festgestellt worden ist. Eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB, die auf die Interessen der Parteien im Einzelfall abstelle, stehe im Widerspruch zum eisenbahnrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und gefährde die Einheitlichkeit der Entgeltregulierung. Zivilgerichte würden überdies in die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde eingreifen, wenn sie die Vorschriften des Eisenbahnregulierungsrechts anwendeten.

Diese Grundsätze – so das LG Frankfurt a.M. wie auch andere deutsche Instanzgerichte – seien auf die kartellrechtliche Kontrolle von Trassenentgelten übertragbar. Die materiell-rechtliche Geltung des Art. 102 AEUV sei davon unberührt. Es sei lediglich die Durchsetzung der aus Art. 102 AEUV folgenden Ansprüche durch nationale Zivilgerichte ausgeschlossen. Das Gebot einer effektiven Durchsetzung von Art. 102 AEUV stehe diesem Ausschluss nicht entgegen,

¹ Siehe LG Frankfurt a.M., Urt. v. 8.11.2018, 2-03 O 517/15; Urt. v. 9.5.2018, 2-06 O 38/17, ECLI:DE:LGFFM:2018:0509.2.06O38.17.0A.

² LG Leipzig, Urt. v. 6.7.2018, 01 HK O 3365/14, ECLI:DE:LGLLEIPZ:2018:0706.01HKO3365.14.0A, Rn. 32 ff.; LG Berlin, Urt. v. 30.10.2018, 16 O 495/15 Kart, ECLI:DE:LGBE:2018:1030.16O495.15KART.00, Rn. 40 f.; OLG Dresden, Urt. v. 17.4.2019, Rs. U 4/18 Kart, ECLI:DE:OLGDRES:2019:0417.U4.18KART.0A, Rn. 43 ff. – aufgehoben durch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0 – *Trassenentgelte*.

³ EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834 – *CTL Logistics*.

denn die Richtlinie 2001/14/EG (bzw. die zum 16.6.2015 an ihre Stelle getretene Richtlinie 2012/34/EU) sorgten dafür, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht stattfindet, und gewährleistete dies durch ein Regulierungsregime, über dessen Umsetzung die ihrerseits gerichtlicher Kontrolle unterworfenen Regulierungsbehörde wache. Diese Ansicht hat jüngst auch *Torsten Körber* in einem Gutachten für die DB Netz AG vertreten.⁴

Der BGH hat in seinem Urteil v. 29.10.2019, ergangen in einem Parallelverfahren, anders entschieden.⁵ Die zivilgerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen auf Schadensersatz oder auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, die aus dem Verstoß eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens gegen Art. 102 AEUV folgten, seien weder durch die Richtlinie 2001/14/EG selbst noch durch das AEG a.F. ausgeschlossen. Ihre Durchsetzung setze ferner auch keine bestandskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entgelte durch die BNetzA voraus. Da der BGH dies für offenkundig erachtete („*acte clair*“), sah er davon ab, die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Diese Linie hat der BGH mit Urteil vom 1.9.2020, dessen Urteilsgründe noch nicht vorliegen, zwischenzeitlich bestätigt.⁶

Instanzgerichte, bei denen ähnlich gelagerte Fällen anhängig sind, erwägen, abweichend vom BGH, ein Vorabentscheidungsersuchen. Der EuGH müsse klären, ob Zivilgerichte die Kartellrechtswidrigkeit von Trassenentgelten feststellen könnten, ohne dass die Regulierungsbehörde vorher festgestellt hat, dass die Entgelte gegen das Eisenbahnregulierungsrecht verstoßen.

Im Folgenden soll deshalb nicht nur das Verhältnis von Kartellrecht und Eisenbahnregulierungsrecht untersucht werden, sondern auch, ob die Unionsrechtslage tatsächlich, wie der BGH meint, eindeutig ist („*acte clair*“), so dass sich ein Vorabentscheidungsersuchen erübrigt, oder ob es sich hierbei um eine Frage handelt, die einer Entscheidung des EuGH bedarf. Nachdem dieser in seinem Urteil vom 9.11.2017 in der Rechtssache *CTL Logistics* zum Verhältnis von § 315 Abs. 3 BGB und der Richtlinie 2001/14/EG entschieden hatte, dass ein deutsches Zivilgericht die Unbilligkeit von Trassenentgelten im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB erst feststellen dürfe, wenn die Regulierungsbehörde zuvor bestandskräftig entschieden hat, dass die Entgelte eisenbahnrechtswidrig sind, stellt sich die Frage, ob die Entscheidung auch das bisherige Verständnis des Verhältnisses von Kartell- und Eisenbahnregulierungsrecht in Zweifel zieht. Der Sache nach geht es hier also um eine Übertragbarkeit der Erwägungen des EuGH zum Verhältnis von § 315 Abs. 3 BGB zum Eisenbahnregulierungsrecht auf das Verhältnis von Kartell- und Eisenbahnregulierungsrecht.

Die Beantwortung dieser Frage ist in den Verfahren, in denen über die Kartellrechtswidrigkeit von Regionalfaktoren gestritten wird, von Bedeutung. Deren Regulierungsrechtswidrigkeit ist zwar weitgehend anerkannt, aber von der BNetzA bisher nicht bestandskräftig festgestellt worden. In einem Bescheid vom 5.3.2010 hatte die BNetzA die Regionalfaktoren wegen eines Verstoßes gegen das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot des § 14 Abs. 1 S. 1 AEG a.F. für die Zeit ab dem 12.12.2010 für ungültig erklärt. Überdies sah die BNetzA auch die Entgeltgrundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung gem. § 4 Abs. 2 EIBV i.V.m. Nr. 2 der Anlage zur EIBV, § 21 Abs. 6 S. 1 EIBV verletzt. Auf den Widerspruch der DB Netz AG haben die BNetzA und die DB Netz AG zur Beendigung des Verwaltungsverfahrens sodann aber einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen, in dem sich die DB Netz AG dazu verpflichtete, die Regionalfaktoren ab dem 11.12.2011 nicht mehr und im Zeitraum vom 12.11.2010 bis zum 10.12.2011 nur noch in reduzierter Höhe zu erheben. Eine abschließende rechtliche Bewertung der Regionalfaktoren war damit nicht verbunden. Infolge dieses

⁴ Körber, *Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht*, 2020.

⁵ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0 – *Trassenentgelte*.

⁶ BGH, Urt. v. 1.9.2020, KZR 12/15 – *Stationspreissystem*.

Vergleichs ist der Bescheid der BNetzA nicht bestandskräftig geworden. Die BNetzA sieht sich aus Rechtsgründen heute nicht in der Lage, die Unvereinbarkeit der Trassenentgelte mit dem Eisenbahnregulierungsrecht mit Wirkung für die Vergangenheit festzustellen und die Rückzahlung der Entgelte anzuordnen.

Anträge von Eisenbahnverkehrsunternehmen und Aufgabenträgern, die Regionalfaktoren oder Stationsentgelte nachträglich für rechtswidrig zu erklären, hat die BNetzA deshalb in mehreren im Wesentlichen gleich begründeten Beschlüssen vom 11.10.2019 und 3.7.2020 als unzulässig zurückgewiesen.⁷ Für Beschwerden gegen Entgelte, die bereits wieder außer Kraft getreten sind, gebe es im zwischenzeitlich in Kraft getretenen Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG)⁸ keine Grundlage. Gem. § 68 Abs. 3 ERegG könne die BNetzA über Entgeltregelungen i.S.d. § 66 Abs. 4 Nr. 5 oder die „Höhe oder Struktur der Wegeentgelte, die der Zugangsberechtigte zu zahlen hat oder hätte“, nur mit Wirkung für die Zukunft entscheiden. Dasselbe gelte für Entscheidungen der BNetzA gem. § 68 Abs. 2 S. 1 ERegG über die Beschwerde eines Zugangsberechtigten gem. § 66 Abs. 1 ERegG, der sich durch Entscheidungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt sehe, oder über Anträge von Zugangsberechtigten in Fällen, in denen eine Zugangsvereinbarung oder ein Rahmenvertrag mit dem Infrastrukturbetreiber nicht zustande komme (§ 66 Abs. 3 ERegG). Zahlreiche Klagen sind deshalb gegen die im Wesentlichen gleich begründeten Beschlüsse der BNetzA beim VG Köln anhängig.

Die prozessuale Situation stellt sich deshalb folgendermaßen dar: Nach Auffassung des BGH können EVU und Aufgabenträger gegen die DB Schadensersatzansprüche auf kartellrechtlicher Grundlage geltend machen. Für Altentgelte sei dies auch aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes erforderlich. Nach anderer Ansicht setzt die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen auf kartellrechtlicher Grundlage die vorherige, bestandskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde voraus. Zu einer derartigen, rückwirkenden Entscheidung sieht sich die BNetzA allerdings nicht in der Lage, weil das Eisenbahnregulierungsrecht eine solche „rückwirkende“ Entscheidung nach ihrer Ansicht nicht erlaube.

Vor diesem Hintergrund behandelt das vorliegende Rechtsgutachten die Frage nach dem Verhältnis von Kartellrecht und Eisenbahnregulierungsrecht bei der rechtlichen Beurteilung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten.

Die Beantwortung der materiell-rechtlichen Frage hat wegen der Aufgabenverteilung zwischen Zivilgerichten einerseits und Regulierungsbehörde und Verwaltungsgericht andererseits auch eine institutionelle Dimension, die sowohl Fragen der Justizgewährung als auch das Kooperationsverhältnis zwischen den Akteuren betrifft. Sollte die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche tatsächlich davon abhängen, dass die Regulierungsbehörde zuvor die Eisenbahnrechtswidrigkeit der Entgelte bestandskräftig festgestellt hat, besteht allenfalls nach Abschluss eines langjährigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreits über voraussichtlich drei Instanzen überhaupt die Chance, dass die BNetzA eine Sachentscheidung trifft und die Geschädigten ihre Ansprüche tatsächlich durchsetzen können. Bisher sieht sich die BNetzA zu einer solchen Feststellung aus Rechtsgründen nicht in der Lage. Der BGH hat im Verfahren KZR 39/19 darauf hingewiesen, dass unter diesen Umständen Unionsrecht einen weiteren Stillstand des Verfahrens nicht verlangen kann.

⁷ Etwa BNetzA, Beschl. v. 11.10.2019, BK10-18-0094_E; Beschl. v. 3.7.2020, BK10-19-0167_E.

⁸ Für die Begründung der (unstrittigen) Anwendbarkeit des ERegG siehe BNetzA, Beschl. v. 11.10.2019, BK10-18-0094_E.

In materiell-rechtlicher Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass die Festsetzung der Entgelte durch die DB Netz AG zwischen dem 1.1.2003 und dem 10.12.2011 – also in dem Zeitraum, in dem die DB Netz AG Regionalfaktoren erhob – auf der Grundlage des AEG a.F. erfolgte. Danach oblag die Festsetzung der Trassenentgelte dem Infrastrukturbetreiber. Sie unterlagen keinem Genehmigungserfordernis. Der Infrastrukturbetreiber war lediglich verpflichtet, der BNetzA jede beabsichtigte Neufassung oder Änderung der Schienennetz-Benutzungsbedingungen einschließlich der vorgesehenen Entgeltgrundsätze und Entgelthöhe mitzuteilen (§ 14d AEG a.F.). Die BNetzA hatte sodann die Möglichkeit einer *ex-ante*- und/oder einer *ex-post*-Kontrolle: Gem. § 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG a.F. konnte sie die geplanten Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers einer summarischen *ex-ante*-Kontrolle unterziehen und ggfs. innerhalb von vier Wochen Widerspruch einlegen. Wenn die Schienennetz-Benutzungsbedingungen oder die Regelungen über die Höhe oder Struktur der Wegeentgelte nicht den Vorschriften des Eisenbahnregulierungsrechts entsprachen, konnte die BNetzA sie aber auch zu einem späteren Zeitpunkt von Amts wegen mit Wirkung für die Zukunft für ungültig erklären (§ 14f AEG a.F.).

Das ERegG unterwirft Entgelte für die Erbringung des Mindestzugangspakets demgegenüber nunmehr einer Genehmigungspflicht (§ 45 ERegG). Für die Frage, ob Zivilgerichte befugt sind, über zivilrechtliche Folgeansprüche zu entscheiden, die sich aus einem Verstoß von Trassenentgelten gegen die Wettbewerbsregeln ergeben, macht dies allerdings, wie zu zeigen sein wird, keinen wesentlichen Unterschied.

II. Grundzüge der Entgeltregulierung im Eisenbahnregulierungsrecht

1. Die Eisenbahnrichtlinien 2001/14/EG und 2012/34/EU

a) Ziele und materiell-rechtliche Grundsätze der Entgeltregulierung

Die Schieneninfrastruktur war und ist ein natürliches Monopol. Beginnend mit der Richtlinie 91/440/EWG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen in der Gemeinschaft⁹ hat die Europäische Union sich jedoch die Liberalisierung des Schienenverkehrs zum Ziel gesetzt. Mit der Öffnung des Schienenverkehrs wurde dabei von Beginn an eine doppelte Zielsetzung verfolgt:¹⁰ Die Eisenbahnrichtlinien sollen einen Beitrag zum stärkeren Zusammenwachsen des Güter- und Personenverkehrs im Binnenmarkt leisten,¹¹ der eine wichtige Voraussetzung für die Entwicklung des freien Warenverkehrs und der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist. Zugleich ist der Schienenverkehr aber auch ein Teil des Binnenmarktes, dessen Grundprinzip ein System unverfälschten Wettbewerbs bildet.¹² Das Regime der eisenbahnrechtlichen Zugangs- und Entgeltregulierung soll daher den Wettbewerb zwischen Eisenbahnunternehmen¹³ wie auch zwischen den verschiedenen Verkehrsträgern¹⁴ stärken.

Angesichts des fortbestehenden Infrastrukturmonopols setzt die Öffnung des Schienenverkehrs für Wettbewerb voraus, dass Eisenbahnunternehmen zu fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen Zugang zum Schienennetz erlangen können. Die vertikale Integration von Schienenbetrieb und der Erbringung von Schienenverkehrsleistungen in einem Unternehmen begründet allfällige Diskriminierungs- und Behinderungsgefahren.

⁹ ABl. 1991 Nr. L 237/25.

¹⁰ Siehe Kühling/Weinbeck, in: Kühling (Hrsg.), AEG/ERegG, Kommentar, 2020, Einf. Rn. 4.

¹¹ Siehe Richtlinie 2001/14/EG, Erwägungsgrund 1; Richtlinie 2012/34/EU, Erwägungsgrund 2.

¹² Siehe Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2008 Nr. L 115/309.

¹³ Siehe Richtlinie 2001/14/EG, Erwägungsgrund 16; Richtlinie 2012/34/EU, Erwägungsgrund 4.

¹⁴ Siehe Richtlinie 2012/34/EU, Erwägungsgrund 5.

Wettbewerbsrechtlich ergibt sich ein Anspruch von Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Zugang zum Schienennetz aus der sogenannten „essential facilities“-Doktrin (Art. 102 AEUV / § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB). Mit der systematischen und alltäglichen Überwachung eines fairen und nicht-diskriminierenden Zugangs wäre das Wettbewerbsrecht allein allerdings überfordert.

Der europäische Gesetzgeber hat hierauf mit der schrittweisen Schaffung eines regulierungsrechtlichen Rahmens für Kapazitätszuweisungs- und Entgeltregeln reagiert, der sich allerdings immer wieder als unzulänglich erwies und dementsprechend angepasst und verschärft wurde. Den Kern des Eisenbahn-Richtlinienrechts bildete und bildet dabei ein regulierungsrechtliches Diskriminierungsverbot: Um fairen Wettbewerb auf der Schiene zu gewährleisten, sollen Eisenbahnverkehrsunternehmen sowohl beim Zugang zur Infrastruktur als auch bei den Nutzungsentgelten gleichbehandelt werden. Für die Nutzungsentgelte hat das Diskriminierungsverbot seinen Niederschlag in Art. 4 Abs. 4 und Abs. 5 der Richtlinie 2001/14/EG gefunden (entsprechend: Art. 29 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2012/34/EU): Die Infrastrukturbetreiber haben dafür Sorge zu tragen, „dass die Entgeltregelung in ihrem gesamten Netz auf denselben Grundsätzen beruht“ (Art. 4 Abs. 4 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 29 Abs. 2 Richtlinie 2012/34/EU); und sie haben sicherzustellen, „dass die Anwendung der Entgeltregelung zu gleichwertigen und nichtdiskriminierenden Entgelten für unterschiedliche Eisenbahnunternehmen führen, die Dienste gleichwertiger Art in ähnlichen Teilen des Marktes erbringen“ (Art. 4 Abs. 5 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 29 Abs. 3 Richtlinie 2012/34/EU). Grundlage der Berechnung der Weegeentgelte sind dabei die Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die der Infrastrukturbetreiber zu erstellen und zu veröffentlichen hat (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG i.V.m. Anhang I; Art. 27 Richtlinie 2012/34/EU). Die tatsächlich erhobenen Entgelte müssen den in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen vorgesehenen Regeln entsprechen (Art. 4 Abs. 5 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 31 Abs. 2 Richtlinie 2012/34/EU).¹⁵ Das Diskriminierungsverbot stellt, wie der EuGH festgestellt hat, „das zentrale Kriterium für die Berechnung und Erhebung des Weegeentgelts dar“.¹⁶ Strukturell wird es durch die Vorgabe abgesichert, dass ein Infrastrukturbetreiber, der vertikal integriert und rechtlich, organisatorisch oder in seinen Entscheidungen nicht von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist, die Entgelterhebung auf eine entgelterhebende Stelle auszulagern hat, die rechtlich, organisatorisch und in ihren Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig ist (siehe Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2001/14/EG; die Anforderungen an die Trennung zwischen Infrastrukturbetrieb und der Erbringung von Verkehrsleistungen werden verschärft durch Art. 6 und 7 Richtlinie 2012/34/EU).

Der zweite, in der Richtlinie 2001/14/EG angelegte und in der Richtlinie 2012/34/EU fortentwickelte Pfeiler des richtlinienrechtlichen Systems der Entgeltregulierung sind einige Grundprinzipien des Kostenbezugs und der Anreizregulierung: Die mitgliedstaatliche Entgeltrahmenregelung soll den Infrastrukturbetreibern Anreize zur Kostensenkung und zur effizienten Verwaltung der Fahrwege (Art. 6 Abs. 2 und Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2001/14/EG und Art. 30 der Richtlinie 2012/34/EU) und zur Tätigkeit wirtschaftlich sinnvoller Investitionen in die Eisenbahninfrastrukturen geben (Richtlinie 2001/14/EG, Erwägungsgrund 34; Richtlinie 2012/34/EU, Erwägungsgrund 66).¹⁷ Die Festsetzung der Regeln zur Berechnung der Weegeentgelte und die Berechnung der Weegeentgelte selbst obliegt dem Infrastrukturbetreiber, dem

¹⁵ Für den Grundsatz der Gleichbehandlung siehe auch EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-473/10, ECLI:EU:C:2013:113, Rn. 47 – *Kommission/Ungarn*; EuGH, Urt. v. 18.4.2013, Rs. C-625/10, ECLI:EU:C:2013:243, Rn. 49 – *Kommission/Frankreich*; EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 36 – *CTL Logistics*.

¹⁶ EuGH v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 47 – *CTL Logistics*.

¹⁷ Siehe dazu auch EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-483/10, ECLI:EU:C:2013:114, Rn. 45 – *Kommission/Spanien*.

„Unabhängigkeit“ in der Geschäftsführung¹⁸ zugesichert wird, und dem gewisse Spielräume bei der Berechnung und Erhebung der Wegeentgelte verbleiben (siehe Artikel 4 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG und Erwägungsgrund 20; Art. 29 Abs. 1 Richtlinie 2012/34/EU).¹⁹ Sie sollen es ihm ermöglichen, für eine effiziente Nutzung des Schienennetzes zu sorgen.²⁰

Auch dem Infrastrukturbetreiber werden hierbei allerdings bestimmte Vorgaben gemacht, und seit der Richtlinie 2012/34/EU können die Mitgliedstaaten die Entgeltfestsetzung einer *ex-ante*-Genehmigungspflicht unterwerfen (Art. 30 Abs. 8 Richtlinie 2012/34/EU): Die in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthaltenen Wegeentgelte sollen „in Höhe der Kosten festgelegt werden, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen“ (Art. 7 Abs. 3 und Erwägungsgrund 38 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 31 Abs. 3 Richtlinie 2012/34/EU), und den Infrastrukturnutzern widerspruchsfreie Signale geben, welche sie zu rationalen Entscheidungen veranlassen (Richtlinie 2001/14/EG, Erwägungsgrund 35; Richtlinie 2012/34/EU, Erwägungsgrund 44). Dazu kann auch ein Entgeltbestandteil gehören, der die Knappheit der Fahrwegkapazität auf dem jeweiligen Fahrwegabschnitt in Zeiten von Überlastung widerspiegelt (Art. 7 Abs. 4 und Erwägungsgrund 25 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 31 Abs. 4 Richtlinie 2012/34/EU). Außerdem kann den Kosten umweltbezogener Auswirkungen Rechnung getragen werden (Art. 7 Abs. 5 Unterabs. 1 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 31 Abs. V Richtlinie 2012/34/EU).

In welcher Weise eine volle Deckung der Kosten des Infrastrukturbetreibers erreicht wird, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Die Kostendeckung kann sich aus Einnahmen eines Infrastrukturbetreibers aus Wegeentgelten, dem Gewinn aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten und staatlichen Finanzierung ergeben (siehe Art. 6 Richtlinie 2001/14/EG).²¹

¹⁸ Die Richtlinie 2001/14/EG verweist für diesen Begriff auf Art. 4 der Richtlinie 91/440/EWG, der vorsieht, dass „die Eisenbahnunternehmen in Bezug auf ihre Leistung, Geschäftsführung und Verwaltung sowie hinsichtlich der verwaltungstechnischen und wirtschaftlichen Kontrolle und der Kontrolle der internen Rechnungsführung einen Unabhängigkeitsstatus besitzen, nach welchem sie insbesondere über ein Vermögen, einen Haushaltsplan und eine Rechnungsführung verfügen, die von denen des Staates getrennt sind“. In der Richtlinie 2012/34/EU ist der Grundsatz der Unabhängigkeit in Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 2012/34/EU normiert: „Die Mitgliedstaaten schaffen eine Entgeltrahmenregelung, wobei die Unabhängigkeit der Geschäftsführung gemäß Art. 4 zu wahren ist“. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU verweist darauf, dass Eisenbahnunternehmen, die direkt oder indirekt in mitgliedstaatlichem Eigentum stehen, u.a. in Bezug auf die Geschäftsführung eine unabhängige Stellung haben müssen, „aufgrund deren sie insbesondere über ein Vermögen, einen Haushaltsplan und eine Rechnungsführung verfügen, die von Vermögen, Haushaltsplan und Rechnungsführung des Staates getrennt sind“. Gem. Art. 4 Abs. 2 ist der Infrastrukturbetreiber „unter Beachtung der Rahmenbedingungen betreffend die Entgelterhebung und die Kapazitätszuweisung und der von den Mitgliedstaaten festgelegten Einzelvorschriften für seine eigene Geschäftsführung, Verwaltung und interne Kontrolle verantwortlich“. Zur Unabhängigkeit der Geschäftsführung siehe auch: EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 38 – *CTL Logistics*; EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-483/10, ECLI:EU:C:2013:114, Rn. 44 – *Kommission/Spanien*; EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-556/10, ECLI:EU:C:2013:116, Rn. 82 – *Kommission/Deutschland*.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-483/10, ECLI:EU:C:2013:114, Rn. 39, 41 – *Kommission/Spanien*; EuGH, Urt. v. 3.10.2013, Rs. C-369/11, ECLI:EU:C:2013:636, Rn. 41 f. – *Kommission/Italien*.

²⁰ Dazu auch Erwägungsgrund 12 und 20 der Richtlinie. Siehe ferner EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-483/10, ECLI:EU:C:2013:114, Rn. 44 – *Kommission/Spanien*; EuGH, Urt. v. 28.2.2013, Rs. C-556/10, ECLI:EU:C:2013:116, Rn. 82 – *Kommission/Deutschland*; EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 39 – *CTL Logistics*. Zu der Bedeutung der Gewährleistung der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers siehe auch Kühling, in: Ronellenfitsch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, 2015, S. 73, 90, der vor allem auf die Absicherung der Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive und Legislative verweist.

²¹ Siehe hierzu auch Art. 8 Richtlinie 2001/14/EG: Um eine volle Deckung der Kosten des Infrastrukturbetreibers zu erreichen, kann ein Mitgliedstaat Aufschläge auf der Grundlage effizienter, transparenter und nichtdiskriminierender Grundsätze erheben (Art. 8 Abs. 1). Der Infrastrukturbetreiber darf im Fall von künftigen spezifischen Investitionsvorhaben auf der Grundlage der langfristigen Kosten dieser Vorhaben höhere Entgelte festlegen oder beibehalten, wenn die Vorhaben eine Steigerung der Effizienz und/oder der Kostenwirksamkeit bewirken und sonst nicht durchgeführt werden könnten oder würden (Art. 8 Abs. 2).

b) Unionsrechtliche Vorgaben für das Rechtsdurchsetzungsregime

Die europäischen Eisenbahnrichtlinien machen den Mitgliedstaaten schließlich bestimmte Vorgaben für die Rechtsdurchsetzung. Die Mitgliedstaaten haben gem. Art. 30 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG (Art. 55 Abs. 1 i.V.m. Art. 56 Abs. 2 Richtlinie 2012/34/EU) eine vom Infrastrukturbetreiber unabhängige Regulierungsstelle einzurichten, welche u.a. zu gewährleisten hat, dass die Weegeentgelte den Anforderungen der Richtlinie entsprechen (Art. 30 Abs. 3 S. 1 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 56 Abs. 2 und Abs. 6 2012/34/EU).²²

In Art. 56 Abs. 2 Richtlinie 2012/34/EU heißt es nunmehr hierzu:

„Unbeschadet der Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden für die Sicherstellung des Wettbewerbs in den Schienenverkehrsmärkten ist die Regulierungsstelle berechtigt, die Wettbewerbssituation in den Schienenverkehrsmärkten zu überwachen; sie prüft insbesondere von sich aus die in Absatz 1 Buchstaben a bis g genannten Punkte (den Entwurf und die Endfassung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen; die darin festgelegten Kriterien; das Zuweisungsverfahren und dessen Ergebnis; die Entgeltregulierung; die Höhe oder Struktur der Weegeentgelte [...]; die Zugangsregelungen gem. Art. 10 bis 13; den Zugang zu Leistungen gemäß Artikel 13 und die dafür erhobenen Entgelte), um der Diskriminierung von Antragstellern vorzubeugen. Sie prüft insbesondere, ob die Schienennetz-Nutzungsbedingungen diskriminierende Bestimmungen enthalten oder den Infrastrukturbetreibern einen Ermessensspielraum geben, der die Diskriminierung von Antragstellern ermöglicht“.

Antragstellende Eisenbahnunternehmen, die sich – insbesondere auch durch die Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die Entgeltregelung und/oder die Höhe oder Struktur der Weegeentgelte – diskriminiert, ungerecht behandelt oder in anderer Weise in ihren Rechten verletzt sehen, müssen bei der Regulierungsstelle Beschwerde erheben können (Art. 30 Abs. 2 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 56 Abs. 1 Richtlinie 2012/34/EU). Gem. Art. 30 Abs. 5 Richtlinie 2001/14/EG hatte die Regulierungsstelle über die Beschwerden zu entscheiden und binnen zweier Monate nach Erhalt aller Auskünfte Abhilfemaßnahmen zu treffen. Gem. Art. 56 Abs. 9 Richtlinie 2012/34/EU hat die Regulierungsstelle Beschwerden nunmehr innerhalb eines Monats ab Erhalt zu prüfen. Spätestens binnen 6 Wochen nach Erhalt aller sachdienlichen Informationen ist eine Entscheidung zu treffen und sind ggfs. Abhilfemaßnahmen zu ergreifen. In Art. 56 Abs. 9 der Richtlinie 2012/34/EU heißt es weiter:

„Unbeschadet der Zuständigkeiten der nationalen Wettbewerbsbehörden für die Sicherstellung des Wettbewerbs in den Schienenverkehrsmärkten entscheidet [die Regulierungsbehörde] gegebenenfalls von sich aus über geeignete Maßnahmen zur Korrektur von Fällen der Diskriminierung von Antragstellern, Marktverzerrung und anderer unerwünschter Entwicklungen in diesen Märkten, insbesondere in Bezug auf [Art. 56] Abs. 1 Buchstaben a bis g“.

Entscheidungen der Regulierungsstelle sind für alle davon Betroffenen verbindlich, wirken also *erga omnes* und „unterliegen keiner Kontrolle durch eine andere Verwaltungsinstanz“ (Art. 56 Abs. 9 Unterabs. 2 Richtlinie 2012/34/EU).

Für auf die Richtlinienvorschriften gestützte Beschwerden ist die Regulierungsstelle ausschließlich zuständig. Sie unterliegt hierbei einer gerichtlichen Nachprüfung (Art. 30 Abs. 6 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 56 Abs. 10 Richtlinie 2012/34/EU). Die ausschließliche

²² EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 57 – *CTL Logistics*.

Zuständigkeit soll die Uniformität der Kontrolle gewährleisten.²³ Aus demselben Grund dürfen Verhandlungen zwischen Antragstellern und Infrastrukturbetreibern über die Höhe der Wegegeltel nur unter Aufsicht der Regulierungsstelle erfolgen, die dabei über die Einhaltung der Richtlinienbestimmungen wacht (Art. 30 Abs. 3 S. 2 und 3 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 56 Abs. 6 Richtlinie 2012/34/EU).

2. Grundzüge der Entgeltregulierung im nationalen Eisenbahnregulierungsrecht

In Umsetzung und Ausgestaltung dieser Richtlinienvorgaben hat der deutsche Gesetzgeber die Entwicklung des Unions-Sekundärrechts nachvollzogen: Das zum 1.1.1994 in Kraft getretene Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG), das die Richtlinie 91/440/EWG in nationales Recht umsetzte, enthielt zunächst nur eine minimalistische Zugangs- und Entgeltregulierung. Die Eisenbahninfrastrukturbenutzungsverordnung (EIBV) 1997 ergänzte das AEG um detailliertere Vorgaben zur Zugangs- und Entgeltregulierung und implementierte damit die Richtlinie 95/19/EG.

Die AEG-Novelle von 2005, verbunden mit der Anpassung der EIBV, überführten sodann die Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur²⁴ in nationales Recht. Gem. § 4 EIBV oblag es weiterhin dem Infrastrukturbetreiber, in ihren Schienennetz-Benutzungsbedingungen die Bedingungen des Netzzugangs und die Entgeltgrundsätze festzulegen, auf deren Grundlage die Infrastrukturnutzungsverträge mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen geschlossen werden. Die Entgelte für ihre Leistungen setzte die DB Netz AG sodann in Trassenpreislisten i. S. der §§ 4 II 2, 21 VII EIBV fest. Nach § 14 IV AEG waren die Entgelte für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur an einem Kostendeckungsprinzip auszurichten: sie waren so zu bemessen, dass die dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Erbringung der Pflichtleistungen nach § 14 I AEG insgesamt entstehenden Kosten zuzüglich einer marktüblichen Rendite ausgeglichen wurden. Gem. § 21 I EIBV waren bei der Berechnung der Entgelte überdies Anreize zur Verringerung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes zu schaffen. Nach § 21 II, III EIBV konnte das Wegegeltel einen Bestandteil enthalten, der den Kosten umweltbezogener Auswirkungen des Zugbetriebs und der Knappheit der Schienenwegkapazität Rechnung trug. Nach § 21 VI EIBV mussten die Entgelte diskriminierungsfrei sein.

Den Infrastrukturbetreibern wurde mit diesen Vorgaben ein breiter Spielraum bei der Entgeltfestsetzung belassen.²⁵ Die zentrale Maxime der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung blieb gem. §§ 1 I 1, 14 I 1 AEG das Diskriminierungsverbot: den Eisenbahnverkehrsunternehmen sollte ein diskriminierungsfreier Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ermöglicht und auf diese Weise ein betriebs sicheres, attraktives und wettbewerbskonformes Verkehrsangebot auf der Schiene gewährleistet werden.

Das ERegG hat das gesamte deutsche Eisenbahnregulierungsrecht neu gefasst und ist zum 2.9.2016 an die Stelle von AEG und EIBV getreten. Es setzt unter anderem die Vorgaben der Richtlinie 2012/34/EU um, die jedoch die wesentlichen Grundelemente der Richtlinie

²³ Siehe dazu EuGH v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 87 – *CTL Logistics*: Die dezentrale Durchsetzung vor Zivilgerichten könnte zu unterschiedlichen Urteilen in verschiedenen Einzelfällen und zum Parallelablauf zweier unkoordinierter Rechtswege führen.

²⁴ Richtlinie 2001/14/EG v. 26.2.2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. 2001 Nr. L 75/29.

²⁵ Siehe Kühling, in: Ronellenfitsch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, 2015, S. 73, 80.

2001/14/EG unberührt lässt. Mit dem ERegG wird im deutschen Recht das System der Anreizregulierung verschärft. Die Festsetzung der Entgelte durch den Infrastrukturbetreiber, die Teil des Mindestzugangspakets sind, wird einer Genehmigungspflicht unterworfen (siehe § 45 ERegG).

III. Das Verhältnis zwischen Eisenbahnregulierungsrecht und Wettbewerbsrecht auf materiell-rechtlicher Ebene

1. Parallelitäten und Unterschiede in den Zielen und Beurteilungsmaßstäben

Das europäische Eisenbahnregulierungsrecht zielt, wie die knappe Skizze gezeigt hat, auf die Öffnung des Schienenverkehrs für Binnenmarkt und Wettbewerb ab. Es will dieses Ziel vor allem durch ein striktes Diskriminierungsverbot bei der Zuweisung von Fahrwegkapazität sowie bei der Entgeltgestaltung und -erhebung erreichen. Ergänzt wird das Diskriminierungsverbot durch ein Gebot der Kostenorientierung und Grundprinzipien der Anreizregulierung.

Diese Prinzipien sind mit den Verhaltensvorgaben kompatibel, wie sie sich für einen monopolistischen Infrastrukturbetreiber aus Art. 102 AEUV und aus § 19 GWB ergeben. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kann gemäß Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV unter anderem in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen gegenüber Handelspartnern bestehen, wenn diese hierdurch im Wettbewerb benachteiligt werden. Gemäß Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV kann er auch in der Erzwingung unangemessener Preise – u.a. unangemessen hoher – Preise bestehen.²⁶

Eisenbahnregulierungsrecht und Wettbewerbsrecht sind gleichwohl nicht deckungsgleich: Das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot ist – jedenfalls in seiner Auslegung durch den EuGH – deutlich stärker formalisiert als das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot. Ein Verstoß gegen Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV, der das marktbeherrschende Unternehmen von einer Verfälschung des Wettbewerbs auf vor- oder nachgelagerten Märkten abhalten soll, setzt voraus, dass das Verhalten des Marktbeherrschers bei objektiver Betrachtung im Lichte des Gesamtkontextes auf eine solche Verfälschung ausgerichtet ist. Eine bloße Benachteiligung von Wirtschaftsteilnehmern, die für gleichwertige Leistungen höhere Preise zahlen als ihre Wettbewerber, genügt nicht.²⁷ Die vergleichsweise striktere Ausgestaltung des eisenbahnregulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbots beim Zugang zu Fahrwegen und Wegeentgelten ist durch die Unerlässlichkeit des Zugangs für den Markteintritt und den Umstand gerechtfertigt, dass die Trassenentgelte einen erheblichen Anteil an den Gesamtkosten von EVUs ausmachen. Ungleichbehandlungen können daher deutliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition im nachgelagerten Markt haben.

Ein effektives Regime der Anreizregulierung kann wesentlich dazu beitragen, die Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs durch den Infrastrukturbetreiber zu verringern. Die richtlinienrechtlichen Vorgaben zur Festsetzung der Entgelte belassen dem Infrastrukturbetreiber allerdings bewusst Spielräume bei der Berechnung und Erhebung der Wegeentgelte (siehe Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG und Erwägungsgrund 20; Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 5 i.V.m.

²⁶ Die wettbewerbsrechtliche Preishöhenkontrolle hat ihren wichtigsten Anwendungsbereich bei der Kontrolle der Preissetzung durch Inhaber eines gesetzlichen oder natürlichen Monopols, da hier eine Korrektur durch Markteintritt ausgeschlossen ist – siehe zuletzt GA Pitruzzella, Schlussanträge v. 16.07.2020, Rs. C-372/19, ECLI:EU:C:2020:598, Rn. 23-24 – *SABAM*.

²⁷ EuGH, Urt. v. 19.4.2018, Rs. C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270, Rn. 25-27 – *Meo*; EuGH, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, EU:C:2007:166, Rn. 144 – *British Airways*.

Art. 4 Richtlinie 2012/34/EU),²⁸ die es diesem ermöglichen sollen, eine eigene Entgeltpolitik im Sinne der Ziele der Richtlinie zu entwickeln. Von diesen Spielräumen muss der Infrastrukturbetreiber unter Berücksichtigung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots Gebrauch machen, an das er – wo er unternehmerische Handlungsspielräume verfügt – stets gebunden bleibt. Die Vorgaben der Eisenbahnrichtlinien und des Art. 102 AEUV sind insoweit komplementär. Auch der Begriff der „unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs“ anfallenden Kosten als Maßstab für die Entgeltregulierung (Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2001/14/EG) kann mit den kartellrechtlichen Maßstäben für einen Preishöhenmissbrauch kompatibel sein, wenn er im Lichte des Missbrauchsverbots ausgelegt wird. Das Missbrauchsverbot kann insoweit allerdings ein wichtiger Kontrollmaßstab bleiben.

Von den Eisenbahnrichtlinien von vornherein nicht abgedeckt sind die vielfältigen Formen von möglichen preisgebundenen oder nicht preisgebundenen Behinderungsmisbräuchen, die nicht auf das Diskriminierungsverbot zurückgeführt werden können. Hierzu zählt auch das Verbot von Preis-Kosten-Scheren.

Das Eisenbahnregulierungsrecht ist im Übrigen auch deswegen nicht mit dem Wettbewerbsrecht deckungsgleich, weil es im Vergleich zum Wettbewerbsrecht einen deutlich breiteren Zielkanon verfolgt.²⁹ Das Wettbewerbsrecht zielt auf den Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt ab. Das Eisenbahnregulierungsrecht soll darüber hinaus die Leistungsfähigkeit des Schienennetzes (Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2012/34/EU) und ein attraktives Verkehrsangebot fördern, das zu einer besseren Verteilung des Verkehrs auf die verschiedenen Verkehrsträger führt (Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2012/34/EU), so dass der Eisenbahnverkehr zur Verringerung der gesamtgesellschaftlichen Verkehrskosten beiträgt. Angestrebt wird unter anderem die Förderung von Investitionen in die Schieneninfrastruktur (Erwägungsgrund 66 der Richtlinie 2012/34/EU); die Verringerung von Lärmemissionen (Erwägungsgrund 45 der Richtlinie 2012/34/EU); und ein sicherer Betrieb der Eisenbahn (für den Zielkatalog des deutschen Eisenbahnregulierungsrechts siehe § 1 Abs. 1 S. 1 AEG und § 3 ERegG). Diese Ziele fließen auch in das System der Festsetzung von Weegeentgelten ein.

Wird das Gebot einer primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts ebenso beachtet wie die interpretative Rückwirkung des Sekundärrechts auf die Auslegung des Primärrechts,³⁰ so folgt aus den Unterschieden zwischen Regulierungs- und Wettbewerbsrecht kein Konflikt. Ungeachtet ihrer vielfältigen Überlappungen behalten beide Rechtsmaterien jedoch ihre je eigene Perspektive und Funktion.

2. Verhältnis zwischen sektorspezifischer Regulierung und europäischem Wettbewerbsrecht in der Rechtsprechung der Unionsgerichte

In allen Jurisdiktionen, die sich zu einer Öffnung der Netzsektoren entschlossen haben, haben die partielle Übereinstimmung in den Zielen und die Überlappungen hinsichtlich des Regelungsgegenstandes die Frage nach dem Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und marktöffnendem sektorspezifischem Regulierungsrecht aufgeworfen.³¹

²⁸ Kühling, in: Ronellenfitsch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, 2015, S. 73, 80.

²⁹ Siehe dazu bereits im telekommunikationsrechtlichen Kontext: EuG, Urt. v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, ECLI:EU:T:2008:101, para. 113 – *Deutsche Telekom*; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 – *Deutsche Telekom*. Auf die fehlende Deckungsgleichheit regulierungsrechtlicher und kartellrechtlicher Maßstäbe weisen auch hin: OLG Dresden, Urt. v. 17.4.2019, U 4/18 Kart, Rn. 45; Hauf/Baumgartner, EuZW 2018, 1028, 1030.

³⁰ Siehe dazu Nettesheim, EuR 2006, 737, 754. Näher dazu III.4.

³¹ Für das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Telekommunikationsrecht siehe etwa Topel, ZWeR 2006, 27 ff.

Das US-amerikanische Recht beantwortet diese Frage für jeden Sektor unterschiedlich. In bestimmten Kontexten schließt der Gesetzgeber die parallele Anwendung des Antitrust-Rechts ausdrücklich aus und behandelt das Regulierungsrecht als *lex specialis*. In anderen Kontexten schreibt der Gesetzgeber die parallele Anwendung im Gegenteil ausdrücklich vor. Wo eine entsprechende Regelung fehlt, entscheiden die Gerichte in Abhängigkeit vom konkreten regulatorischen Programm und dessen Funktionen, unter Berücksichtigung des Mandats der zuständigen Aufsichtsbehörden sowie mit Blick auf die Frage, ob eine parallele Anwendung zu widersprüchlichen Verhaltenspflichten für die Normadressaten führen kann und ob die Funktionsweise der Märkte durch eine parallele Anwendung beeinträchtigt oder gestärkt würde.³²

In seinem berühmten *Trinko*-Urteil³³ hat der Supreme Court die im Telecommunications Act 1996 ausdrücklich angeordnete parallele Anwendung des Sherman Act zwar anerkannt. Die Frage, ob der Verstoß eines Telekommunikationsnetzbetreibers gegen die ihm nach dem Telecommunications Act gegenüber einem anderen Telekommunikationsanbieter obliegenden Netzzugangspflichten zugleich einen Verstoß gegen Sec. 2 Sherman Act – nämlich gegen die „*essential facilities doctrine*“ – begründete, verneinte er gleichwohl, denn wenn sich eine Pflicht zur Gewährleistung von Netzzugang bereits aus dem sektorspezifischen Regulierungsrecht ergebe, sei der Zugangspetent nicht auf einen wettbewerbsrechtlichen Zugangsanspruch angewiesen.³⁴ Der Supreme Court stützte diese Auslegung des Sherman Act zugleich auf allgemeine Kosten-Nutzen-Erwägungen: Insoweit bestimmte Arten der Wettbewerbsschädigung bereits durch eine sektorspezifische Regulierung erfasst seien, sei der zusätzliche Nutzen des Antitrust-Rechts gering (S. 12). Seine Anwendung verursache aber erhebliche Kosten. Dies gelte insbesondere dann, wenn die zu beurteilenden Sachverhalte in hohem Maße technisch und für die mit Antitrust-Klagen befassten Gerichte schwer zu beurteilen seien (S. 14). Die mit Kartellverfahren befassten Gerichte seien überdies auch mit der Aufgabe überfordert, einen Netzzugang zu wettbewerbskonformen Bedingungen zu überwachen (S. 15).³⁵ Schließlich verwies der Supreme Court auf die unterschiedlichen Funktionen von Regulierungsrecht und Wettbewerbsrecht: Das Regulierungsrecht solle historische Monopolstellungen abbauen. Die Aufgabe von Sec. 2 Sherman Act sei hingegen lediglich, eine unzulässige Monopolisierung verhindern. Diese beiden Ziele sollten nicht miteinander verquickt werden (S. 16).

In der europäischen Diskussion ist das *Trinko*-Urteil oft in Bezug genommen worden.³⁶ Gleichwohl stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von europäischem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischem Regulierungsrecht normativ in grundsätzlich anderem Licht. Während im US-amerikanischen Recht über das Verhältnis zwischen zwei Rechtsmaterien zu entscheiden ist, die als Bundesrecht grundsätzlich über gleichen Rang verfügen, ist eine Verdrängung der europäischen Wettbewerbsregeln durch sektorspezifisches Regulierungsrecht normhierarchisch ausgeschlossen: Art. 101 und Art. 102 AEUV sind und bleiben unmittelbar anwendbares Primärrecht. An diesen Normen bleibt nicht nur das sekundärrechtliche Richtlinienrecht und seine nationale Umsetzung, sondern auch das Marktverhalten der Normadressaten stets zu messen, soweit diese trotz der Regulierung weiterhin über wettbewerbliche Handlungsspielräume verfügen. Der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* scheidet für das Verhältnis der

³² Vgl. *Credit Suisse v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007), p. 4 et seq.

³³ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, (02-682) 540 U.S. 398 (2004).

³⁴ Der Netzzugang sei dann nicht „unavailable“, wie die „*essential facilities*“-Doctrin es voraussetze; „where access exists, the doctrine serves no purpose“.

³⁵ Siehe Areeda, 58 *Antitrust L.J.* (1989), pp. 841-853, at p. 853: Zustimmend zitierte der Supreme Court vor diesem Hintergrund Areeda: „No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problem should be deemed irremediable by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency“.

³⁶ So hatte sich etwa Spanien vor dem EuG auf diese Rechtsprechung berufen – siehe EuG, Urt. v. 29.03.2012, Rs. T-398/07, ECLI:EU:T:2012:173, Rn. 55 – *Spanien/Kommission*.

europäischen Wettbewerbsregeln zu sektorspezifischem Regulierungsrecht von vornherein aus. Vielmehr gilt der Grundsatz des Vorrangs des Primärrechts vor Richtlinienrecht.³⁷ Anders als im US-Amerikanischen Recht kann es im europäischen Recht keine „*implied antitrust immunity*“ geben.

Die Rechtsprechung der Unionsgerichte lässt in dieser Hinsicht keinen Zweifel.³⁸ Im Urteil *Deutsche Telekom*³⁹ hat der EuGH den Verstoß einer Preissetzungsstrategie der Deutschen Telekom (DT) gegen Art. 102 AEUV bestätigt, obwohl die fraglichen Entgelte – nämlich Entgelte für Vorleistungszugangsdienste und im Rahmen eines Price-Cap-Systems auch die Entgelte für Endkundenzugangsdienste – durch die Regulierungsbehörde (damals die RegTP) genehmigt worden waren. Eine negative Spanne zwischen den Entgelten für Vorleistungszugangsdienste, welche Wettbewerber an die DT zu zahlen hatten, und den Zugangsentgelten, welche die DT selbst Endkunden in Rechnung stellte, führten zu einer missbräuchlichen Margenbeschneidung. Diese war der DT zurechenbar, weil sie die Möglichkeit behielt, eine Änderung der Endkundenentgelte bei der RegTB zu beantragen und dadurch die Margenbeschneidung abzustellen (Rn. 84-86). Die regulierungsrechtliche Entgeltkontrolle, die hier – wie im eisenbahnregulierungsrechtlichen Kontext – maßgeblich den Zweck verfolgte, die vormals monopolisierten Märkte für Wettbewerb zu öffnen, schloss also die parallele Anwendung von Art. 102 AEUV nicht aus.

Auch im Fall *Telefónica*⁴⁰ konnte die Beachtung des spanischen Telekommunikations-Regulierungsregimes, das auf dem gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen von 2002⁴¹ beruhte, die Telefónica nicht gegen ein Eingreifen der Kommission auf der Grundlage von Art. 102 AEUV immunisieren.⁴² Das Vorbringen der Klägerinnen, dass weder die Kommission noch die nationalen Wettbewerbsbehörden ein Verhalten, für das regulatorische Maßnahmen mit ähnlichen Zielen gälten, nach Maßgabe des Wettbewerbsrechts prüfen dürften, wurde vom EuG zurückgewiesen.⁴³ Materiell-rechtlich verwies das EuG auf die „Grundsätze der Normhierarchie“, der zufolge sektorspezifisches Sekundärrecht nicht von Art. 102 AEUV abweichen dürfe.⁴⁴ Zugleich werde aber auch institutionell die Möglichkeit paralleler Verfahren vor den nationalen Regulierungsbehörden und den Wettbewerbsbehörden durch das telekommunikationsrechtliche Richtlinienrecht nicht ausgeschlossen. Selbst eine Verpflichtung der spanischen Regulierungsbehörde, die Vereinbarkeit der Preissetzungsstrategien von Telefónica mit Art. 102 AEUV zu prüfen, hindere die Kommission nicht, ihrerseits einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV festzustellen, denn sie sei nicht an Entscheidungen nationaler Behörden gebunden (Rn. 301). Sie müsse ihr wettbewerbsrechtliches Eingreifen auch nicht unter Nachweis außergewöhnlicher Umstände rechtfertigen. Die Entscheidung wurde vom EuGH bestätigt.

Diese Rechtsprechung wurde schließlich in *Orange Polska SA*⁴⁵ bekräftigt. Die EU-Kommission hatte in diesem Verfahren festgestellt, dass Orange seine beherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für den Breitbandzugang und auf dem Vorleistungsmarkt für entbündelte

³⁷ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 22 – *Trassenentgelte*. Siehe auch Nettesheim, EuR 2006, 737, 747. Ferner Bremer/Scheffczyk, NZKart 2018, 121, 122 f. Dies wird auch von Körber nicht in Frage gestellt: Körber, *Regulierte Eisenbahntentgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 43.

³⁸ Ebenso: BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 24 f. – *Trassenentgelte*.

³⁹ Siehe EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/07 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 80 ff. – *Deutsche Telekom*.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 135 – *Telefónica*.

⁴¹ Siehe insb. die Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, dort Art. 15 Abs. 1.

⁴² Auch hier handelte es sich um einen Fall der Margenbeschneidung.

⁴³ EuG, Urt. v. 29.03.2012, Rs. T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, Rn. 299-300 – *Telefónica*.

⁴⁴ EuG, Urt. v. 29.03.2012, Rs. T-398/07, ECLI:EU:T:2012:173, Rn. 55 – *Spanien/Kommission*.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 25.7.2018, Rs. C-123/16 P, ECLI:EU:C:2018:590 – *Orange Polska SA/Kommission*.

Teilnehmeranschlüsse missbraucht hatte, um ihre Stellung auf dem Endkundenmarkt zu schützen, indem sie eine Strategie mit dem Ziel entwickelt habe, den Netzzugang von Wettbewerbern auf allen Verfahrensstufen zu beschränken – etwa durch Angebot unangemessener Zugangsbedingungen, durch Verzögerung des Verhandlungsprozesses über den Zugang und durch Verweigerung notwendiger Informationen. Die polnische Regulierungsbehörde war mehrmals tätig geworden, um Verstöße von Orange gegen die regulierungsrechtlichen Bestimmungen abzustellen und hatte auch Geldbußen gegen Orange verhängt. Erst unter Androhung eines funktionalen Unbundling verpflichtete sich Orange schließlich, ihren regulierungsrechtlichen Zugangsverpflichtungen nachzukommen. Ungeachtet der regulierungsbehördlichen Interventionen und obwohl die Verstöße bei Verfahrenseinleitung bereits abgestellt waren, sah sich die Kommission veranlasst, nach Maßgabe von Art. 102 AEUV einzuschreiten und ein Bußgeld zu verhängen. Erneut ging sie damit von der Anwendbarkeit der europäischen Wettbewerbsregeln nicht nur auf solche Verhaltensweisen aus, die den Wettbewerb in einer durch das sektorspezifische Regulierungsrecht nicht erfassten Weise gefährden; die Wettbewerbsregeln bleiben gleichermaßen auf Verhaltensweisen anwendbar, die Gefahren schaffen, die auch vom Regulierungsrecht erfasst werden. Der *ne bis in idem*-Grundsatz ist mangels Identität des geschützten Interesses⁴⁶ nicht verletzt: Dem vom Wettbewerbsrecht angestrebten Schutz des unverfälschten Wettbewerbs steht im Regulierungsrecht eine Vielzahl von Schutzziele gegenüber, welche die Regulierungsbehörde in Ausgleich zu bringen hat.⁴⁷ Auch diese Entscheidung der Kommission wurde durch EuG⁴⁸ und EuGH aufrechterhalten.

Die parallele Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts neben dem auf europäischen Richtlinien beruhenden sektorspezifischen Regulierungsrecht ist nicht auf den Telekommunikationssektor beschränkt geblieben. Auch im Energiesektor wendet die EU-Kommission Art. 102 AEUV neben dem Regulierungsrecht an.⁴⁹ Dasselbe gilt schließlich im Postsektor.⁵⁰

Im Eisenbahnsektor kann nichts anderes gelten. In den Art. 90 ff. AEUV ist keine kartellrechtliche Bereichsausnahme für den Verkehrssektor normiert.⁵¹ Die Wettbewerbsregeln finden auch im Verkehrssektor – und damit auch im Eisenbahnsektor – Anwendung.⁵² Die Eisenbahnrichtlinien sind in gleicher Weise wie der sekundärrechtliche Regelrahmen im Telekommunikations- und Energiebereich ein durch Zielevielfalt gekennzeichnetes, wenngleich marktöffnendes, Regulierungsrecht – keine bloße sektorspezifische Konkretisierung der Wettbewerbsregeln (s.o.). Im Vergleich zum Telekommunikations- und Energierecht ist die sekundärrechtliche Regulierungsdichte gar deutlich schwächer, so dass erheblich größere Spielräume für wettbewerbsrechtlich missbräuchliches Verhalten verbleiben. Es besteht daher kein Zweifel, dass auch im Eisenbahnsektor die Rechtsprechung zur parallelen Anwendung von Wettbewerbs- und Regulierungsrecht greift.

⁴⁶ Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Verb. Rs. C-204/00 P u.a., ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 338- *Aalborg Portland A/S*.

⁴⁷ EU-Kommission, 22.6.2011, COMP/39.525, Rn. 137-138 – *Telekomunikacja Polska*.

⁴⁸ EuG, Urt. v. 17.12.2015, Rs. T-486/11, ECLI:EU:T:2015:1002 – *Orange Polska*.

⁴⁹ Für einen Überblick siehe Karova/Botta, Sanctioning excessive energy prices as abuse of dominance, in: Parcu/Monti/Botta (eds.), Abuse of dominance in EU competition law: emerging trends, 2017, pp. 169.184 m.w.N.
⁵⁰ Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste, OJ C 39, 6.2.1998, p. 2–18. Für einen Überblick über die einschlägige Fallpraxis siehe Geradin/Malamataris, Postil services and competition law: An overview of EU and national case law, 6 March 2012, e-Competitions Bulletin Postal services, N. 43769.

⁵¹ Siehe auch Körber, Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht, 2020, S. 45 f.

⁵² Siehe EuGH, Urt. v. 30.4.1986, Rs. C-209/84, ECLI:EU:C:1986:188, Rn. 42 – *Asjes* (für den Verkehrssektor allgemein). Siehe ferner mit Blick auf das Eisenbahnregulierungsrecht: BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 21 – *Trassenentgelte*. Siehe auch Bremer/Scheffczyk, NZKart 2018, 121, 123; Hauf/Baumgartner, EuZW 2018, 1028, 1030 f.

Voraussetzung für die Anwendung der Wettbewerbsregeln in einem konkreten Fall ist, dass die einschlägigen Vorschriften den Normadressaten einen wettbewerblich relevanten Verhaltensspielraum belassen, den sie durch selbständiges Verhalten ausfüllen können;⁵³ denn nur dann liegt ein zurechenbares eigenes unternehmerisches Verhalten vor. Diese Voraussetzung ist erfüllt, insoweit es um die Entgeltfestsetzung durch den Schienenwegebetreiber geht. Zwar ist dieser gem. Art. 29 Abs. 2 und 3 Richtlinie 2012/34/EU und § 11 Abs. 1 ERegG (früher Art. 4 Abs. 5 Richtlinie 2001/14/EG und § 14 Abs. 1 S. 1 AEG a.F.) an ein Diskriminierungsverbot gebunden und gem. Art. 56 Richtlinie 2012/34/EU und § 45 ERegG (früher Art. 30 Richtlinie 2001/14/EG und § 14f AEG a.F.) einer Kontrolle durch die Regulierungsstelle unterworfen. Nach altem Recht war die BNetzA zu einer *ex-ante*- und *ex-post*-Kontrolle befugt. Nach dem ERegG sind die Wegeentgelte nunmehr einer Genehmigungspflicht unterworfen (§ 45 ERegG). Nach altem wie nach neuem Recht verfügt(e) der Infrastrukturbetreiber bei der Entgeltregelung jedoch über einen Gestaltungsspielraum (siehe Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 29 Abs. 1 Unterabs. 5 i.V.m. Art. 4 Richtlinie 2012/34/EU), der auch im Genehmigungsverfahren zu respektieren ist. Es ist Teil der aus Art. 102 AEUV folgenden „besonderen Verantwortung“ des auf dem Infrastrukturmarkt stets marktbeherrschenden Infrastrukturbetreibers, bei der Ausgestaltung der Entgeltregelung das kartellrechtliche Missbrauchsverbot zu beachten und die Genehmigung eines kartellrechtskonformen Wegeentgelts zu beantragen. Dass es den Infrastrukturbetreibern gem. § 33 Abs. 2 und § 45 Abs. 2 ERegG nach der Genehmigung untersagt ist, von den genehmigten Entgelten abweichende Entgelte zu verlangen (entsprechendes galt nach altem Recht für unwidersprochene Entgelte, die gem. § 21 Abs. 6 und 7 EiBV gegenüber allen Zugangsberechtigten innerhalb einer Netzfahrplanperiode in gleicher Weise zu berechnen und erheben waren), ist für die Anwendung von Art. 102 AEUV unerheblich; ggfs. ist die Genehmigung für eine Anpassung der Entgelte einzuholen.

Dieser Rechtslage entspricht es, dass die Eisenbahnrichtlinien einen Ausschluss der Wettbewerbsregeln auch gar nicht vorsehen.⁵⁴ Im Gegenteil: ihre fortbestehende Anwendbarkeit wird in den eisenbahnregulierungsrechtlichen Richtlinien durchgängig vorausgesetzt. Verschiedentlich wird in den Richtlinien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihre Regeln „unbeschadet der Art. 81, 82 [...] des Vertrags“ (heute Art. 101, 102 AEUV) gelten.⁵⁵ Das Nebeneinander beider Rechtsregime wird nicht zuletzt in Art 56 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU deutlich, wonach „die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden für die Sicherstellung des Wettbewerbs in den Schienenverkehrsmärkten“ fortbestehen.⁵⁶

Im deutschen Recht finden sich entsprechende Hinweise in § 68 Abs. 1 S. 3 ERegG⁵⁷ und in § 9 Abs. 3 BEVVG, dem zufolge die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach

⁵³ Dazu EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 80-96 – *Deutsche Telekom*.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 22 – *Trassenentgelte*.

⁵⁵ Art. 9 Abs. 1 (Entgeltzuschüsse), Art. 17 Abs. 1 (Rahmenverträge) und Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG (Besondere Fahrwege). Entsprechend im aktuellen Recht: Art. 33 Abs. 1, Art. 42 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU.

⁵⁶ Die Vorschrift lautet: „Unbeschadet der Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden für die Sicherstellung des Wettbewerbs in den Schienenverkehrsmärkten ist die Regulierungsstelle berechtigt, die Wettbewerbssituation in den Schienenverkehrsmärkten zu überwachen“. Siehe allerdings Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 44 f. und 82: Die Regelung enthalte nur eine institutionelle Abgrenzung der Behördenzuständigkeit und lasse keine Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit des Kartellrechts zu. Im Ergebnis geht aber auch Körber von der fortbestehenden Anwendbarkeit von Art. 101 und Art. 102 AEUV als unmittelbar geltendem Primärrecht aus (siehe Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 65 f.).

⁵⁷ § 68 Abs. 1 S. 3 ERegG lautet: „Unabhängig von den Zuständigkeiten der Kartellbehörden entscheidet [die Regulierungsbehörde] von Amts wegen über geeignete Maßnahmen zur Verhütung von Diskriminierung und Marktverzerrung“.

dem GWB unberührt bleiben. Weiter heißt es in § 9 Abs. 3 S. 2 BEVVG (früher § 14b Abs. 2 AEG a.F. in der vor dem 2.9.2016 geltenden Fassung):⁵⁸

„Die Regulierungsbehörde und die Eisenbahnaufsichtsbehörden sowie die Kartellbehörden und die nach dem Telekommunikationsgesetz und dem Energiewirtschaftsgesetz zuständigen Regulierungsbehörden teilen einander Informationen mit, die für die Erfüllung der jeweiligen Aufgaben von Bedeutung sein können. Insbesondere sollen sie sich gegenseitig über beabsichtigte Entscheidungen informieren, mit denen ein missbräuchliches oder diskriminierendes Verhalten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen untersagt werden soll. Sie sollen einander Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor das Verfahren von der zuständigen Behörde abgeschlossen wird.“

Der Umstand, dass die EU mit der Richtlinie 2001/14/EG, ersetzt durch die Richtlinie 2012/34/EU, ein sektorspezifisches Regulierungsrecht geschaffen hat, führt mithin weder zur Verdrängung der europäischen Wettbewerbsregeln durch ein „sektorspezifisches Kartellrecht“⁵⁹ noch zu ihrer Einschränkung.⁶⁰ Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV ist stets, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen.⁶¹ Bei der Ausgestaltung der Zugangsbedingungen zu Schienenwegen und Wegeentgelten ist hiervon allerdings auszugehen, da die Liberalisierung des Eisenbahnsektors den Zugang gerade auch für ausländische Verkehrsanbieter attraktiv machen soll.⁶²

Die oben behandelte wettbewerbsrechtliche Entscheidungspraxis verdeutlicht zugleich die Funktion, die einer parallelen Anwendung des Wettbewerbsrechts neben dem Regulierungsrecht zukommen kann: Art. 102 AEUV bleibt infolge seiner eigenständigen Anwendbarkeit ein Kontrollmaßstab, an dem sich das nationale Regulierungsrecht und seine Anwendung messen lassen muss: Nationale Regulierungsbehörden haben den Maßstab des Art. 102 AEUV als einen Referenzmaßstab, der auch die Auslegung des Regulierungsrechts anzuleiten hat, wiederholt verkannt.⁶³ In anderen Fällen – wie etwa in *Orange Polska* – ist das Wettbewerbsrecht angewandt worden, weil das Regulierungsrecht allein keine hinreichende Durchschlagskraft entfaltete.

⁵⁸ Die These Körbers, es gehe hier „in erster Linie“ darum, sich über Aktivitäten auf dem Laufenden zu halten, die Berührungspunkte zur Tätigkeit der anderen Behörden aufwiesen, „wie etwa die Vermietung von Gewerbeflächen in Bahnhofsgebäuden“ (Körber, *Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht*, 2020, S. 42), ist angesichts der angeführten EuGH-Rechtsprechung abwegig.

⁵⁹ A.A. Otte/Kirchhartz, in: Kühling/Otte (Hrsg.), *AEG/RegG, Kommentar*, 2020, § 45 ERegG Rn. 47, die damit jedoch die oben angeführte Rspr. des EuGH übersehen.

⁶⁰ Siehe auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 22 – *Trassenentgelte*, unter Hinweis auf den Vorrang des Primärrechts vor Sekundärrecht und EuGH, Urt. v. 11.4.1989, Rs. 66/86, ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 45 – *Ahmed Saeed Flugreisen*. So im Ergebnis aber auch diejenigen, die eine zivilgerichtliche Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen ablehnen – siehe etwa Staebe, *EuZW* 2018, 118, 121.

⁶¹ Siehe hierzu BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 53 – *Trassenentgelte*: Angesichts der flächendeckend anwendbaren Trassenpreissysteme der DB NetzAG liege es nicht fern, dass das Preissetzungsverhalten der DB NetzAG den Zugang von Wettbewerbern aus anderen Mitgliedsstaaten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erschweren geeignet sei.

⁶² Kühling, in: Ronellenfitsch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts*, 2015, S. 73, 105.

⁶³ So im Fall EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 – *Deutsche Telekom*; EuG, Urt. v. 29.03.2012, Rs. T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, Rn. 303 – *Telefónica*: Das von der spanischen Regulierungsbehörde verwendete Kostenmodell zur Überprüfung von Kosten-Preis-Scheren erwies sich hier als für die Zwecke des Art. 102 AEUV ungeeignet.

3. Parallele Anwendbarkeit von GWB und Eisenbahnregulierungsrecht

Mit Blick auf das deutsche Kartellrecht ist die Situation normhierarchy eine andere: Grundsätzlich hat europäisches Richtlinienrecht Vorrang vor nationalem Kartellrecht.⁶⁴ Der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des europäischen Rechts vor nationalem Recht greift allerdings nur dann, wenn ein Konflikt zwischen Regelungsregimen besteht. Eisenbahnregulierungsrecht und Wettbewerbsrecht haben hingegen – wie eben dargelegt – jedenfalls in ihrem materiellrechtlichen Gehalt grundsätzlich als komplementäre Rechtsregime zu gelten. Das gilt in jedem Fall für das europäische Wettbewerbsrecht. Angesichts des weitreichenden Gleichlaufs des deutschen mit europäischem Wettbewerbsrecht lässt sich dies jedoch auch auf das deutsche Wettbewerbsrecht übertragen.

Das schließt nicht aus, dass einzelne Vorschriften des GWB im Rahmen der Eisenbahnregulierung für unanwendbar erklärt werden. So heißt es in § 12 Abs. 7 AEG: „Für Vereinbarungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen und für Vereinbarungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit anderen Unternehmen, die sich mit der Beförderung von Personen befassen, sowie für Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen dieser Unternehmen gilt § 1 GWB nicht, soweit sie im Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr [...] erfolgen“. Hingegen soll nach § 12 Abs. 7 S. 3 AEG § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB auch dann „entsprechend“ gelten. Verfügungen der Kartellbehörde sollen „im Benehmen mit der zuständigen Genehmigungsbehörde“ ergehen.

Diese Sonderregelungen lassen darauf schließen, dass das GWB – vorbehaltlich einer Sonderregelung im Regulierungsrecht – nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers grundsätzlich anwendbar bleiben soll. Sie stehen auch der teilweise vertretenen These entgegen, dass die Anwendbarkeit des GWB jedenfalls insoweit, wie das Eisenbahnregulierungsrecht eigene Vorgaben für die Entgeltfestsetzung trifft, hinter das ERegG (früher AEG a.F.) zurückzutreten hat, weil das Eisenbahnregulierungsrecht insoweit *lex specialis* sei.⁶⁵

Die Grundentscheidung für eine parallele Anwendung von Regulierungsrecht und nationalem Kartellrecht entspricht der Regelung, die der deutsche Gesetzgeber für den Telekommunikationssektor getroffen hat.⁶⁶ Das Energiewirtschaftsrecht trifft hingegen eine andere Regelung: Gemäß § 111 Abs. 1 S. 1 EnWG sind die §§ 19, 20 und 29 GWB im Anwendungsbereich des EnWG nicht anzuwenden, soweit durch das EnWG „ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden“.⁶⁷ Eine entsprechende Regelung fehlt aber im ERegG.

Nicht überzeugen kann schließlich auch das Argument von *Körper*, wonach einer Kontrolle von nach dem ERegG genehmigten Entgelte die Wertung der §§ 33 Abs. 2 und 45 Abs. 2 ERegG entgegenstehe: Weil nach diesen Normen ein von der BNetzA genehmigtes Entgelt als billiges Entgelt im Sinne des § 315 BGB zu gelten habe, der Billigkeitsmaßstab aber milder sei als der kartellrechtliche Missbrauchsmaßstab, der ein über die bloße Unbilligkeit

⁶⁴ Hierauf verweist u.a. Weitner, EnZW 2018, 73, 78.

⁶⁵ Siehe Otte, in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, Kommentar, 2020, § 45 ERegG Rn. 47; Körper, Regulierte Eisenbahntentgelte und Kartellrecht, 2020, S. 83 – insb. mit Blick auf die eisenbahnrechtliche Diskriminierungskontrolle und die Preishöhenkontrolle. Nach Ansicht von Kühling wird die Diskriminierungsprüfung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 und Abs. 2 Nr. 3 GWB durch das sektorspezifische Diskriminierungsverbot verdrängt – siehe Kühling, in: Ronellenfisch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, 2015, S. 73, 103.

⁶⁶ Vgl. § 2 Abs. 4 TKG, dem zufolge die Vorschriften des GWB anwendbar bleiben, „soweit nicht durch dieses Gesetz ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden“.

⁶⁷ Der Vorrang des EnWG vor dem GWB wird in § 185 Abs. 3 GWB bestätigt. § 185 Abs. 3 GWB lautet: „Die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes stehen der Anwendung der §§ 19, 20 und 20 GWB nicht entgegen, soweit in § 111 des Energiewirtschaftsgesetzes keine andere Regelung getroffen ist“.

hinausreichendes besonderes „Unwerturteil“ beinhalte, könne ein genehmigtes Entgelt erst recht nicht missbräuchlich iSv § 19 GWB sein. Eine andere Sichtweise stünde in Konflikt mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und sei wertungswidersprüchlich.⁶⁸

Jedoch droht ein anderer Konflikt, wenn genehmigte Entgelte in der von *Körber* vorgeschlagenen erweiternden Auslegung der §§ 33 Abs. 2 und 45 Abs. 2 ERegG als „nicht missbräuchlich“ fingiert werden: Gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 darf das mitgliedstaatliche Recht zwar Regeln für unilaterales Verhalten von Unternehmen vorsehen, die strenger sind als Art. 102 AEUV. Es darf aber keine weniger strengen Maßstäbe anlegen. Die Billigkeitsfiktion der §§ 33 Abs. 2 und 45 Abs. 2 ERegG kann aber nicht die Missbräuchlichkeit nach Art. 102 AEUV ausschließen, der parallel anwendbar bleibt (s.o.). Würde die Billigkeit genehmigter Entgelte nach § 19 GWB fingiert, so könnte das deutsche Kartellrecht ggfs. mit einer entgegenstehenden Wertung nach Art. 102 AEUV in Konflikt geraten. Es ist schon vor diesem Hintergrund kein Zufall oder Versehen, dass § 33 Abs. 2 und § 45 Abs. 2 ERegG eine Billigkeitsfiktion „nur“ mit Blick auf § 315 BGB und nicht auch mit Blick auf § 19 GWB vorsehen.

Es ist daher davon auszugehen, dass nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers neben dem europäischen Wettbewerbsrecht auch das GWB parallel anwendbar bleibt – vorbehaltlich ausdrücklich normierter Ausnahmen. Dem steht im Ergebnis auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *CTL Logistics* nicht entgegen (näher dazu: s.u., V.).

4. Die gegenseitige Beeinflussung von Regulierungsrecht und Wettbewerbsrecht

Die parallele Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln und des Eisenbahnregulierungsrechts kann zu Konflikten führen. Wie die oben angeführte Rechtsprechung der Unionsgerichte zeigt, schließt weder das Nichteinschreiten der Regulierungsbehörde noch eine regulierungsbehördliche Genehmigung einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV aus. Wo Richtlinienrecht mit den Wettbewerbsregeln in dieser Weise in einen nicht anderweitig auflösbaren Konflikt gerät, greift der Grundsatz des Vorrangs des Primärrechts vor Sekundärrecht.⁶⁹ Folgt der Konflikt nicht aus den sekundärrechtlichen Vorgaben selbst, sondern aus der mitgliedstaatlichen Umsetzung, so genießt das Unionsrecht Anwendungsvorrang vor nationalem Recht.

Von einem grundsätzlichen Konflikt zwischen den materiell-rechtlichen Vorschriften der Eisenbahnregulierungsrichtlinien oder auch des ERegG (und des AEG a.F.) und den europäischen Wettbewerbsregeln ist allerdings mit Blick auf die in den gegenwärtigen Gerichtsverfahren relevanten Normen nicht auszugehen.⁷⁰ Es handelt sich vielmehr um komplementäre Regelregime, die in ihrem Zusammenspiel ihre volle Wirksamkeit entfalten sollen. Das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot formalisiert und ergänzt das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot. Die Rückbindung der Wegeentgelte an die Kosten und die Mechanismen der Anreizregulierung sind mit kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle kompatibel. Aus dem Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit von Wettbewerbsregeln und Regulierungsrecht folgt, dass die Regulierungsbehörde und die zu ihrer Kontrolle berufenen Verwaltungsgerichte bei der Auslegung des Regulierungsrechts die Vorgaben des Wettbewerbsrechts zu berücksichtigen haben: Sie sind zu einer primärrechts- und daher wettbewerbsrechtskonformen Auslegung des Regulierungsrechts verpflichtet.

⁶⁸ Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 83.

⁶⁹ Zu diesem Grundsatz und seiner rechtlichen Herleitung siehe Nettesheim, *EuR* 2006, 737, 747.

⁷⁰ So auch Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 52: Sowohl das Kartell- wie auch das Regulierungsrecht verfolgten das Ziel des Wettbewerbsschutzes und wendeten hierbei ein Diskriminierungsverbot an. Konflikte dürften „eher dadurch auftreten, dass die eine oder andere Materie falsch angewendet wird oder dass das Regulierungsrecht über das Kartellrecht hinausgehende außerwettbewerbliche Ziele verfolgt“.

Ein wettbewerbsrechtskonform ausgestaltetes und angewandtes Regulierungsrecht definiert dann aber zugleich den Regelrahmen, in dem unverfälschter Wettbewerb stattfindet. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln, die stets auf die ökonomischen und rechtlichen Bedingungen Rücksicht nehmen müssen, hat daher den regulierungsrechtlichen Rahmen in Rechnung zu stellen.⁷¹ *Nettesheim* spricht insoweit von einer „interpretativen Rückwirkung“ des Sekundärrechts auf das Primärrecht.⁷² Wettbewerbsregeln und Regulierungsrecht stehen in einer Beziehung der Wechselbezüglichkeit.

Bei der Ermittlung, ob das Weegeentgelt eines Infrastrukturbetreibers einen Preishöhenmissbrauch darstellt, ist also z.B. der regulierungsrechtliche Kostenbegriff im Lichte des Wettbewerbsrechts auszulegen, während das Wettbewerbsrecht die eisenbahnrechtliche Anreizregulierung zu berücksichtigen hat. Der Infrastrukturbetreiber muss die ihm bei der Entgeltfestsetzung belassenen Handlungsspielräume im Einklang mit den Vorgaben des wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbots ausfüllen, welche eine fehlende Wettbewerbskontrolle durch eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle ersetzt.⁷³ Die wettbewerbsrechtliche Preishöhenkontrolle respektiert jedoch unternehmerische Handlungsspielräume, solange sie legitimen – v.a. den regulierungsrechtlich vorgegebenen – Zielen dienen.⁷⁴

Die wechselseitige Pflicht zur Berücksichtigung der Wertungen des benachbarten Rechtsgebiets bedeutet nicht, dass Regulierungsrecht und Wettbewerbsrecht stets zu identischen Ergebnissen gelangen müssen. In einigen Hinsichten erlegt das Regulierungsrecht den Regulierungsadressaten strengere Pflichten auf. In anderen Fällen können andere und weiterreichende Verhaltenspflichten aus dem Wettbewerbsrecht folgen. Hierauf hat der EuGH u.a. in *Telefónica* hingewiesen.⁷⁵

IV. Das institutionelle Rechtsdurchsetzungsgefüge: Zuständigkeiten zur Durchsetzung der Wettbewerbsregeln im Falle ihrer Anwendung parallel zum Regulierungsrecht

Im Urteil des EuGH in der Rechtssache *CTL Logistics* stand die Anwendbarkeit des § 315 BGB, alternativ dessen Durchsetzungsregime in Frage: Der EuGH stellte fest, dass die Richtlinie 2001/14/EG „der Anwendung einer nationalen Regelung“ wie dem § 315 BGB entgegenstehe,

⁷¹ Siehe EuGH, Urt. v. 11.4.1986, Rs. C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 43 – *Ahmed Saeed Flugreisen*: „Für die Beurteilung der Frage, ob der Tarif in diesem Sinne überhöht oder übermäßig niedrig ist, lassen sich aus der Richtlinie 87/601, die die von den Luftverkehrsbehörden bei der Genehmigung von Tarifen einzuhaltenden Grundsätze festlegt, bestimmte Auslegungskriterien ableiten“; BGH, Be. v. 29.1.2019, KZR 12/15, ECLI:DE:BGH:2019:290119BKZR12.15.0, Rn. 31 – *Stationspreissystem*: „[E]ine eisenbahnrechtliche Überprüfung der Infrastrukturnutzungsentgelte auf Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot [kann] wertvolle Erkenntnisse über diskriminierungsfreie Entgeltgrundsätze erbringen, die auch einer etwa erforderlichen kartellrechtlichen Beurteilung förderlich sind.“; BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 36 – *Trassenentgelte*; Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 1 Rn. 67; Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU, 6. Aufl. 2019, EinLEU A Rn. 71: „Hier ist es unstreitig, dass die Maßnahmen der Regulierung zugleich den Erfordernissen des auf den betroffenen Märkten möglichen Wettbewerbs Rechnung tragen müssen. Das entsprechende gilt jedoch auch für die Anwendung der Wettbewerbsregeln in regulierten Bereichen. [...] Zwecke und Wirkungen der Regulierung sind bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln zu berücksichtigen“. Ebenso Körber, *Regulierte Eisenbahntentgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 76 f.

⁷² *Nettesheim*, *EuR* 2006, 737, 753.

⁷³ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 42 – *Trassenentgelte*.

⁷⁴ Grundlegend zu den Methoden der Ermittlung eines Preishöhenmissbrauchs i.S.d. Art. 102 AEUV: EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rn. 252 – *United Brands und United Brands Continentaal*/Kommission. Für einen Überblick über die Methoden zur Ermittlung überhöhter Preise aus jüngerer Zeit: GA Wahl, *Schlussanträgen v. 14.9.2017*, Rs. C-177/16, ECLI:EU:C:2017:286 – *Autoritiesibu*.

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 133 – *Telefónica*.

der zufolge „die Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft und gegebenenfalls unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie 2001/14 [...] vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsbehörde abgeändert werden können“.

Ein Anwendungsvorrang des Eisenbahnregulierungsrechts vor dem europäischen Wettbewerbsrecht scheidet wie gezeigt aus. Zu fragen ist aber, ob die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch die Zivilgerichte an eine vorherige Feststellung der Rechtswidrigkeit der Wegeentgelte durch die BNetzA gebunden werden kann.

Bevor diese Frage im Abschnitt V. behandelt wird, soll in diesem Abschnitt das System der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln und seine Interaktion mit der Durchsetzung des Regulierungsrechts allgemein dargestellt werden. Aus den diese Interaktion prägenden Grundsätzen ergibt sich im Ergebnis die Antwort auf die in diesem Gutachten aufgeworfene Frage.

Im Kartellrecht wird regelmäßig zwischen der „öffentlichen Durchsetzung“ der Wettbewerbsregeln durch Wettbewerbsbehörden – verbunden mit der Möglichkeit zur Verhängung von Bußgeldern – und der „privaten Durchsetzung“ vor nationalen Gerichten unterschieden, die sowohl die Beseitigung bzw. Unterlassung von Wettbewerbsverstößen anordnen als auch Schadensersatz- oder Erstattungsansprüche zusprechen können. Das Wettbewerbsrecht setzt dabei auf ein komplementäres und dezentrales Durchsetzungsregime: Die Wettbewerbsbehörden verfügen über ein Aufgreifermessen. Ein effektiver Rechtsschutz für Private bleibt gleichwohl gewährleistet, denn diese können Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln eigenständig vor Zivilgerichten verfolgen.

Werden die Wettbewerbsregeln parallel zu und überlappend mit sektorspezifischem Regulierungsrecht angewandt, so kann das regulierungsrechtliche Regime das kartellrechtliche Durchsetzungsgefüge modifizieren. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn das Regulierungsrecht bestimmte Entscheidungen eines Unternehmens – etwa die Netzzugangsbedingungen und Entgeltregeln – einem Genehmigungserfordernis unterwirft. In einem solchen Fall muss die Behörde tätig werden und bei der Auslegung des Regulierungsrechts auch die Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts berücksichtigen (Art. 4 Abs. 3 EUV). Beschwerdeführer, die geltend machen, dass eine Genehmigung gegen die Wettbewerbsregeln verstößt, sind auf den hierfür im Regulierungsrecht vorgesehenen Rechtsweg verwiesen.⁷⁶

Ob der Weg zu den Zivilgerichten zwecks Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit des durch den Infrastrukturbetreiber festgesetzten Entgelts und einer Entgeltanpassung auch dann gesperrt ist, wenn die Entgeltfestsetzung keinem Genehmigungserfordernis unterlag, aber *ex ante* oder *ex post* von der zuständigen Behörde kontrolliert werden konnte, ist zu erörtern.

Geht es allerdings um die Geltendmachung von kartellzivilrechtlichen Folgeansprüchen, d.h. Schadensersatz- oder Erstattungsansprüchen, so bleiben hierfür vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung im Unionsrecht oder im nationalen Recht eindeutig die Zivilgerichte zuständig.

⁷⁶ Kartellrechtlich könnte eine solche Genehmigung nur mit dem Argument angegriffen werden, die Behörde habe gegen ihre Verpflichtung aus Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV verstoßen. Es ist aber davon auszugehen, dass ein Verstoß der Genehmigung gegen Art. 102 AEUV auf dem Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen ist und der Zivilrechtsweg hierfür nicht zur Verfügung steht.

1. Öffentliche Durchsetzung der Wettbewerbsregeln: Die fortbestehende Zuständigkeit der EU-Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden

Das Regime der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in Fällen seiner parallelen Anwendung zum Regulierungsrecht steht hier nicht in Streit. Seine Ausgestaltung ist im Übrigen klar geregelt.

Gem. Art. 4 und Art. 5 VO 1/2003 sind sowohl die EU-Kommission als auch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden zuständig zur Anwendung der Artikel 101 und 102 AEUV.

Die Zuständigkeit der EU-Kommission zur Anwendung der Wettbewerbsregeln bleibt auch im Anwendungsbereich sektorspezifischen Regulierungsrechts unberührt, wie die oben erörterten Verfahren und Entscheidungen der Unionsgerichte gezeigt haben.⁷⁷ Dies folgt bereits aus dem Grundsatz, dass die EU-Kommission an die Entscheidungen mitgliedstaatlicher Behörden nicht gebunden ist.⁷⁸

Nach Art. 56 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU bleibt aber auch die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden für die Anwendung der Wettbewerbsregeln und die Sicherstellung des Wettbewerbs in den Schienenverkehrsmärkten ausdrücklich unberührt.⁷⁹

Dass hieraus Spannungen resultieren können, hat der europäische Gesetzgeber gesehen und den Mitgliedstaaten mit Art. 55 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU die Möglichkeit eröffnet, sich für eine organisatorische Zusammenlegung der sektorspezifischen Regulierungsbehörde mit der nationalen Wettbewerbsbehörde zu entscheiden. Dementsprechend haben einige Mitgliedstaaten die Durchsetzung des marktöffnenden Regulierungsrechts der Wettbewerbsbehörde übertragen.⁸⁰ Umgekehrt hat das Vereinigte Königreich den mit der Sektorregulierung betrauten Behörden auch die Anwendung der Wettbewerbsregeln im jeweiligen Sektor übertragen.⁸¹ Der deutsche Gesetzgeber hat hingegen die getrennten Behördenzuständigkeiten beibehalten: Die BNetzA ist für die Durchsetzung der Eisenbahnregulierung zuständig, das Bundeskartellamt für die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. So heißt es in Umsetzung von Art. 56 Abs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU in § 9 Abs. 3 S. 1 Bundesbahnverkehrsverwaltungsgesetz (BEVVG): „Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt“.⁸² Nach altem Recht war eine entsprechende Regelung in § 14b Abs. 2 S. 1 AEG a.F. enthalten.

⁷⁷ Siehe insb. EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/07 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 80-96. - *Deutsche Telekom*; EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062 – *Telefónica*; EuGH, Urt. v. 25.7.2018, Rs. C-123/16 P, ECLI:EU:C:2018:590 – *Orange Polska SA/Kommission*; bestätigt EuG, Urt. v. 17.12.2015, Rs. T-486/11, ECLI:EU:T:2015:1002, Rn. 13 ff. – *Orange Polska SA/Kommission* (für die Darstellung des Verfahrens).

⁷⁸ Siehe auch EuGH, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062, Rn. 132-135 – *Telefónica*.

⁷⁹ Die Vorschrift lautet: „Unbeschadet der Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden für die Sicherstellung des Wettbewerbs in den Schienenverkehrsmärkten ist die Regulierungsstelle berechtigt, die Wettbewerbssituation in den Schienenverkehrsmärkten zu überwachen; sie prüft insbesondere von sich aus die in Absatz 1 Buchstaben a bis g genannten Punkte, um der Diskriminierung von Antragstellern vorzubeugen. [...]“

⁸⁰ So etwa die Niederlande und Spanien.

⁸¹ Siehe Competition and Markets Authority, Regulated Industries: Guidance on concurrent application of competition law to regulated industries (CMA10, 2014), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/892735/Guidance_on_concurrent_application_of_competition_law_to_regulated_industries.pdf.

⁸² § 9 Abs. 3 S. 1 BEVVG lautet: „Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt“.

Hieraus folgt ungeachtet der parallelen Anwendung von Kartellrecht und Regulierungsrecht keine „Doppelzuständigkeit“.⁸³ Zwar hat die BNetzA bei ihren regulierungsrechtlichen Entscheidungen die Wettbewerbsregeln zu beachten (s.o.). Ihre (ausschließliche) Zuständigkeit ist aber auf die Durchsetzung des Eisenbahnregulierungsrechts beschränkt.⁸⁴ Sie hat keine Befugnis, die Wettbewerbsregeln als solche – also losgelöst von ihrer Bedeutung für eine primärrechtskonforme Auslegung des Regulierungsrechts – durchzusetzen.⁸⁵ Wie bereits aufgezeigt, sind Wettbewerbsregeln und Regulierungsrecht in ihrer Anwendung auf das Verhalten des Infrastrukturbetreibers trotz überlappender Ziele nicht deckungsgleich.⁸⁶ Schon um eine effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln mit ihrem eigenständigen materiell-rechtlichen Maßstab zu gewährleisten, muss daher die Zuständigkeit des BKartA erhalten bleiben.

Zur Vermeidung etwaiger Konflikte, die aus der parallelen Anwendung von Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht durch unterschiedliche Behörden folgen können, sieht § 9 Abs. 3 S. 2 BEVVG einen Informationsaustausch zwischen den Behörden vor. Insbesondere sollen sie sich „gegenseitig über beabsichtigte Entscheidungen informieren, mit denen ein missbräuchliches oder diskriminierendes Verhalten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen untersagt werden soll“, und „einander Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor das Verfahren von der zuständigen Behörde abgeschlossen wird“. Sie werden damit auf ein Kooperationsgebot verpflichtet. Soweit bekannt, sind hieraus im Eisenbahnsektor bislang keine schwerwiegenden Konflikte entstanden.

Der Vorschlag von *Körber*, das Bundeskartellamt von vornherein auf solche Verhaltensweisen und Gefahrenlagen zu beschränken, die nicht selbst Gegenstand des Regulierungsrechts sind,⁸⁷ ist hingegen nicht gangbar. Da der deutsche Gesetzgeber keine Zuständigkeit der BNetzA zu einer eigenständigen Anwendung der Wettbewerbsregeln begründet hat, würde er zu einer primärrechtswidrigen Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 102 AEUV führen.⁸⁸

2. „Private Durchsetzung“: Die Durchsetzung von Beseitigungs-/Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen durch Unternehmen, die durch wettbewerbsrechtliche Verstöße in ihren Rechten verletzt werden

Zu den fundamentalen Strukturprinzipien des europäischen Wettbewerbsrechts zählt die unmittelbare Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln. Die europäischen Wettbewerbsregeln begründen nach ständiger Rechtsprechung subjektive Rechte, welche die mitgliedstaatlichen Gerichte zu wahren haben.⁸⁹ Ungeachtet der großen praktischen Bedeutung der öffentlichen

⁸³ So aber *Körber*, *Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht*, 2020, S. 81.

⁸⁴ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 41 – *Trassenentgelte*: Die ausschließliche Zuständigkeit der BNetzA zur Überprüfung der Weegeentgelte „[...] erstreckt sich jedoch, wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 102 AEUV ergibt und wie Art. 6 VO 1/2003 [...] feststellt, nicht auf die Anwendung des Art. 102 AEUV“.

⁸⁵ Siehe auch BGH, Beschl. v. 7.6.2016, KZR 12/15, ECLI:DE:BGH:2016:070616BKZR12.15.0, Rn. 46 ff.

⁸⁶ Siehe auch Kühling, in: Ronellenfitsch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts*, 2015, S. 73, 93: „Da das sektorspezifische Kartellrecht schon angesichts seiner nur groben Steuerungsfunktion im Eisenbahnrecht das allgemeine Kartellrecht nicht verdrängt, kann auch institutionell keine Verdrängungswirkung erfolgen“.

⁸⁷ *Körber*, *Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht*, 2020, S. 85.

⁸⁸ Art. 102 AEUV bleibt nach der Rspr. des EuGH auch auf Verhaltensweisen und Gefahrenlagen anwendbar, die zugleich vom Regulierungsrecht erfasst werden – siehe EuGH, Urt. v. 25.7.2018, Rs. C-123/16 P, ECLI:EU:C:2018:590 – *Orange Polska SA/Kommission*. Näher: s.o.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 30.1.1974, Rs. C-127/73, ECLI:EU:C:1974:6, Rn. 15/17 – *BRT/SABAM*; EuGH, Urt. v. 24.10.2018, Rs. C-595/17, ECLI:EU:C:2018:854, Rn. 35 – *Apple Sales International* – st. Rspr. Siehe auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 19 – *Trassenentgelte*: Die

Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zählt deren unmittelbare Anwendbarkeit zusammen mit ihrem Anwendungsvorrang vor widerstrebendem nationalem Recht⁹⁰ zu den grundlegenden Bedingungen ihrer praktischen Wirksamkeit (*effet utile*). Im Gegensatz zu den Mitgliedstaaten verfügt die EU in dem für sie kennzeichnenden Mehrebenensystem nur in sehr eingegrenztem Umfang über einen mit unmittelbaren Durchsetzungsbefugnissen ausgestatteten Verwaltungsapparat. Auch auf eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Behörden war und ist nicht durchgängig Verlass, richtet sich das Unionsrecht doch gerade auch gegen die vielfältigen Beschränkungen der Verkehrsfreiheiten durch nationales Recht und mitgliedstaatliche Politiken. Für eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts war die EU daher von Beginn an auf die Mithilfe der Unionsbürger angewiesen, die aus eigenem Recht gegen Verstöße gegen die Grundfreiheiten oder die Wettbewerbsregeln vorgehen können.⁹¹ Masing hat dies auf die Formel der „Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts“ gebracht.⁹²

Die unmittelbare Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln bedeutet, dass jedermann, der durch einen Wettbewerbsverstoß beeinträchtigt ist, die Möglichkeit hat, gegen diesen Verstoß vorzugehen, ohne dass eine vorausgehende behördliche Verfügung den Verstoß feststellen müsste.⁹³ Das subjektive Recht, welches die Wettbewerbsregeln vermitteln, umfasst sowohl ein Recht auf Abstellen eines Verstoßes (a)) als auch ein Recht auf Ersatz der durch den Verstoß verursachten Schäden (b)).

a) Anspruch auf Abstellen eines Verstoßes

Zugangsberechtigte i.S.d. Eisenbahnregulierungsrechts, die durch eine gegen die Wettbewerbsregeln verstoßende Zugangs- oder Entgeltregelung oder -festsetzung in ihren Rechten betroffen sind, müssen sich effektiv und unmittelbar gegen einen solchen Verstoß zur Wehr setzen können.

Folgt der Verstoß aus einer Gefahrenlage, die durch die Wettbewerbsregeln, nicht aber durch das Eisenbahnregulierungsrecht erfasst ist – etwa aus einer Preis-Kosten-Schere oder aus einer anderweitigen Verdrängungsstrategie – so ist die BNetzA für die Abstellung eines solchen Verstoßes nicht zuständig. Ein effektiver Rechtsschutz ist nur gewährleistet, wenn – wie auch sonst – der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet ist. Offenkundig kann in solchen Fällen auch keine vorherige Feststellung der regulierungsrechtlichen Rechtswidrigkeit der Zugangs- oder Entgeltregelung oder -festsetzung verlangt werden; denn geltend gemacht wird ausschließlich ein Verstoß gegen Wettbewerbsregeln, der sich mit einem Verstoß gegen Regulierungsrecht nicht überlappt.

Wettbewerbsregeln dienen nicht nur dem Schutz der Marktstruktur und des Wettbewerbs, sondern auch dem Schutz individueller Interessen und begründen subjektive Rechte.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa/E.N.E.L.*

⁹¹ Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997), S. 19; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 262 f.; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht (2016), S. 184 ff. Siehe auch Ruffert, DVBl. 1998, 69, 71: „Der Verzicht auf individualrechtliche Elemente in den Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung entspricht auch eher den Strukturprinzipien des Gemeinschaftsrechts, das zur Einbeziehung des Marktbürgers in seine dezentrale Vollzugskontrolle neigt und insoweit eine Tendenz zur funktionalen Subjektivierung aufweist. Die unmittelbare Wirkung läßt sich auch und gerade zum Schutz von Allgemeininteressen aktivieren und steht so in fundamentalem Gegensatz zur deutschen Schutznormlehre“.

⁹² Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997), S. 42 ff.; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht (2016), S. 184 ff.

⁹³ So auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 37 – *Trassenentgelte*.

Fraglich ist, ob den durch einen Wettbewerbsverstoß Betroffenen der Rechtsweg zu den Zivilgerichten auch dann offensteht, wenn dem Verstoß gegen Wettbewerbsregeln der Sache nach auch ein Verstoß gegen Eisenbahnregulierungsrecht entspricht, sich der Wettbewerbsverstoß also mit einem Verstoß gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot deckt oder aus der Abweichung von dem Prinzip der Bindung der Weegeentgelte an die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten zugleich ein Preishöhenmissbrauch folgt. In solchen Fällen hat das in seinen Rechten betroffene Unternehmen die Möglichkeit, Beschwerde bei der BNetzA einzulegen, die einen Verstoß gegen regulierungsrechtliche Vorgaben auch mit einer gegen die Wettbewerbsregeln verstoßenden Auslegung stützen kann. Die Entscheidung der BNetzA unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Zu klären ist, ob den in ihren Rechten Betroffenen alternativ der Rechtsweg zu den Zivilgerichten offensteht.

Zu unterscheiden ist insoweit zwischen der alten und der neuen Rechtslage. Gem. § 45 Abs. 1 ERegG bedürfen die Entgelte des Schienenwegebetreibers für die Erbringung des Mindestzugangspakets einschließlich der Entgeltgrundsätze mittlerweile einer regulierungsbehördlichen Genehmigung. Nach § 45 Abs. 2 ERegG darf der Schienenwegebetreiber sodann für das Mindestzugangspaket keine anderen als die genehmigten Entgelte vereinbaren. Gegen die Genehmigung steht den Zugangsberechtigten der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen.⁹⁴ Zwar ist es denkbar, dass die Genehmigung gegen Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV verstößt, weil die BNetzA bei ihrer Auslegung des Regulierungsrechts die Wettbewerbsregeln nicht hinreichend beachtet hat. Dieser mögliche Verstoß ist dann aber ebenfalls im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle geltend zu machen. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für die Kontrolle von Entscheidungen der BNetzA erstreckt sich auf die parallele Anwendung der Wettbewerbsregeln. Art. 6 VO 1/2003, wonach die einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung der Wettbewerbsregeln zuständig sind, ist hierdurch nicht verletzt. Das Eisenbahnregulierungsrecht weist diese Streitigkeiten lediglich ausnahmsweise den Verwaltungsgerichten, nicht den Zivilgerichten, zu. Nur über die Verwaltungsgerichte lässt sich auch das Rechtsschutzziel eines genehmigten Entgelts erreichen. Ein Zivilgericht könnte einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV feststellen. Es könnte jedoch nicht die regulierungsrechtlich erforderliche Genehmigung fingieren.

Unklar ist, ob entsprechende Grundsätze auch nach der alten Rechtslage galten. Nach dem AEG a.F. unterlagen Trassenentgelte keinem Genehmigungsregime. Der Infrastrukturbetreiber war vielmehr verpflichtet, der BNetzA jede beabsichtigte Änderung der Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen mitzuteilen (§ 14d S. 1 Nr. 6 AEG a.F.). Gemäß § 14e AEG a.F. konnte die BNetzA gegen diese Entscheidung des Infrastrukturbetreibers innerhalb von vier Wochen Widerspruch einlegen (§ 14e Abs. 1 Nr. 4 AEG a.F.). Wurde kein Widerspruch eingelegt, so war die BNetzA gleichwohl gem. § 14f Abs. 1 Nr. 2 AEG a.F. ermächtigt, die Regelungen über die Höhe und Struktur der Weegeentgelte von Amts wegen zu überprüfen und ggfs. mit Wirkung für die Zukunft anzupassen. Ein Zugangsberechtigter, der die Höhe und Struktur der Weegeentgelte beanstanden wollte, hatte nach dem AEG a.F. nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten: Ein Widerspruch der BNetzA nach § 14e AEG a.F. im *ex-ante*-Prüfverfahren konnte von Zugangsberechtigten nicht beantragt werden. Ein Antragsrecht der Zugangsberechtigten war lediglich in § 14f Abs. 2 AEG a.F. normiert und damit auf eine nachträgliche Überprüfung der Weegeentgelte durch die BNetzA beschränkt – die eine Anpassung der Entgelte gem. § 14f Abs. 1 AEG a.F. sodann jedoch nur mit Wirkung für die Zukunft anordnen konnte. Das Antragsrecht nach § 14f Abs. 2 AEG a.F. setzte überdies voraus, dass eine Vereinbarung über den Zugang zum Schienennetz nach § 14 Abs. 6 AEG a.F. oder über einen Rahmenvertrag nach § 14a AEG a.F. nicht zustande gekommen war. Antragsberechtigt waren ferner nur „die Zugangsberechtigten, deren

⁹⁴ Siehe Otte/Kirchhartz, in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, Kommentar, 2020, § 45 ERegG Rn. 51.

Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt sein kann“ (§ 14 Abs. 2 S. 2 AEG a.F.).

Die Frage, ob diese Regelungen im AEG a.F. den Anforderungen der Grundrechtecharta und des Grundgesetzes entsprachen, ist gegenwärtig Gegenstand eines Rechtsstreits vor dem VG Köln. Sie ist nicht Gegenstand dieses Rechtsgutachtens.

Die bekannten Defizite des früheren eisenbahnregulierungsrechtlichen Rechtsschutzregimes⁹⁵ haben den BGH dazu veranlasst, eine gerichtliche Billigkeitskontrolle der fraglichen Entgelte nach § 315 Abs. 3 BGB zu bejahen,⁹⁶ die vom EuGH in *CTL Logistics* allerdings in ihrer bisherigen Form untersagt worden ist.

In diesem Gutachten ist zu klären, ob dieses Rechtsschutzsystem den Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes für die durch einen Wettbewerbsverstoß Geschädigten entsprach – mit der möglichen Folge, dass das Eisenbahnregulierungsrecht als sektorspezifisches Kartellverfahrensrecht verstanden werden konnte.

Die praktische Wirksamkeit der europäischen Wettbewerbsregeln in Verbindung mit dem in Art. 47 Grundrechtecharta verbürgten Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gebietet es, dass jeder durch einen möglichen Wettbewerbsverstoß Geschädigte dessen sofortige Abstellung verlangen kann. § 14f Abs. 2 AEG a.F. sah seinem Wortlaut nach lediglich vor, dass die Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers „durch die Regulierungsbehörde auf Antrag [...] überprüft werden [können]“. Dieser Wortlaut ließ die Möglichkeit eines Eingreifermessens offen. Das Antragsrecht des Art. 14f Abs. 2 AEG a.F. war ferner nur gegeben, wenn eine Zugangsvereinbarung bzw. ein Rahmenvertrag nicht zustande kam. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV muss hingegen unabhängig von einer solchen Voraussetzung geltend gemacht werden können. Ferner gebietet es der „*effet utile*“ der Wettbewerbsregeln, dass jeder Geschädigte seinen Schaden geltend machen kann – auch wenn dieser, wie etwa ein

⁹⁵ Siehe dazu auch Kühling, in: Ronellenfitsch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, 2015, S. 73, 83, der von einer prozeduralen und prozessualen Insuffizienz der sektorspezifischen Entgeltkontrolle spricht. Kühling benennt drei Gesichtspunkte: (1) Es sei unklar (gewesen), ob die Entgeltkontrolle des § 14f Abs. 2 AEG auch dann greife, wenn die Vertragspartner nur über einen Teil des Entgelts keine Einigung erzielen konnten; (2) es sei strittig (gewesen), inwieweit die BNetzA bei der Entgeltkontrolle über ein Entschließungsermessen verfügte; (3) die Rechtsfolge der Feststellung etwaiger Verstöße gegen das sektorspezifische Entgeltrecht sei mit Blick auf die Wirkung *ex nunc* oder *ex tunc* strittig (gewesen).

⁹⁶ Siehe BGH, Urt. V. 18.10.2011, KZR 18/10 Rn. 20: „Die Möglichkeiten des Eisenbahnverkehrsunternehmens, sich nach dem Allgemeinen Eisenbahngesetz gegen eine als zu hoch empfundene Preisforderung zu wehren, sind dagegen deutlich schwächer ausgestaltet. Das Unternehmen hat keine rechtliche Möglichkeit, die Regulierungsbehörde zu einer Vorabprüfung der Entgelthöhen nach § 14e I Nr. 4, III Nr. 2 AEG zu veranlassen. Es kann nach dem Wortlaut des § 14f II 1, 2 AEG nur dann, wenn ein Einzelnutzungsvertrag wegen der Meinungsverschiedenheit über den angemessenen Preis nicht zu Stande gekommen ist, einen Antrag auf Überprüfung der Entgelte stellen. Auch wenn diese Vorschrift analog auf den Fall anwendbar sein sollte, dass der Vertrag trotz Fehlens einer Einigung über einen Teil der Entgeltregelung – wie hier über das Stornierungsentgelt – im Übrigen wirksam zu Stande gekommen ist, bleibt doch jedenfalls ein Ermessen der Regulierungsbehörde bei der Frage, ob sie die beanstandeten Entgelte überprüft. Hinsichtlich des Umfangs dieses Ermessens besteht im Schrifttum Streit (für ein Entschließungsermessen *Kramer*, in: *Kunz*, EisenbahnR, Stand: 2009, AEG § 14 f. Rdnr. 6; a. A. *Schmitt*, in: *Schmitt/Staebe*, Einf. in das EisenbahnregulierungsR, Rdnr. 641). Jedenfalls ist die Regulierungsbehörde nicht verpflichtet, auf jeden Antrag hin ausnahmslos in ein Prüfverfahren einzutreten. Unklar ist auch die Rechtsfolge eines begründeten Antrags. Zwar heißt es in § 14f III AEG, dass die Regulierungsbehörde das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu einer Änderung seiner Entscheidung verpflichten oder die Vertragsbedingungen selbst festlegen und entgegenstehende Verträge für unwirksam erklären kann. Ob dies aber – wie in § 14f I 2 AEG ausdrücklich geregelt – nur mit Wirkung für die Zukunft geschehen kann oder auch rückwirkend, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht. Jedenfalls erscheint zweifelhaft, ob die Entscheidung der Regulierungsbehörde auch Verträge über Trassennutzungen erfassen kann, die zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung schon abgeschlossen sind – wie es bei einem kurzfristig beantragten Gelegenheitsverkehr vorkommen kann.“

Aufgabenträger, nicht selbst am Vertrag beteiligt war oder an einem gescheiterten Vertrag beteiligt gewesen wäre.

Gemessen an den Anforderungen des Art. 102 AEUV i.V.m. Art. 47 Grundrechtecharta vermittelte das regulierungsrechtliche Rechtsschutzsystem damit offenkundig keinen wirksamen Rechtsbehelf. Es lässt sich damit nicht als sektorspezifisches Kartellverfahrensrecht interpretieren. Ein solches müsste mindestens einen Anspruch auf Einschreiten der Behörde mit Wirkung *ex tunc* für alle potentiell Geschädigten beinhalten.

Fehlte es nach dem AEG a.F. an einem den unionsrechtlichen Anforderungen entsprechenden sektorspezifischen Kartellverfahrensrecht, so ist von der Anwendung der allgemeinen Regeln auszugehen: Die durch eine Entgeltregelung oder -festsetzung des Infrastrukturbetreibers in ihren durch die Wettbewerbsregeln vermittelten Rechten Verletzten konnten einen Wettbewerbsverstoß danach grundsätzlich vor den Zivilgerichten geltend machen; dies auch dann, wenn der Wettbewerbsverstoß mit einem regulierungsrechtlichen Verstoß überlappte. Da die Infrastrukturbetreiber bei der Entgeltfestsetzung über erhebliche Spielräume verfügten, war ihnen ein missbräuchlich überhöhtes Entgelt bzw. eine anderweitig missbräuchliche Entgeltgestaltung ohne Weiteres zurechenbar.

Zutreffend ist, dass der Rechtsweg zu den Zivilgerichten theoretisch zu Konflikten mit dem Eisenbahnregulierungsregime führen konnte. Die potentiellen Reibungspunkte hat in anderem rechtlichen Zusammenhang – nämlich mit Blick auf eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle der Weegeentgelte nach § 315 Abs. 3 BGB – der EuGH in seiner Entscheidung *CTL Logistics* ausgeführt.⁹⁷ Insbesondere hätten abweichende instanzgerichtliche Urteile die praktische Wirksamkeit des eisenbahnrechtlichen Diskriminierungsverbots gefährden und die Notwendigkeit immer neuer Entgeltanpassungen begründen können. Eine mit Blick auf die Regulierungsziele kohärente Entgeltgestaltung hätte hierdurch unter Druck geraten können.

Zu solchen Konflikten ist es nicht gekommen. Zum einen haben Unternehmen, die sich durch die Entgeltgestaltung in ihren Rechten beeinträchtigt sahen, vor *CTL Logistics* ganz überwiegend den Weg über die zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB, nicht den über das Kartellrecht, gewählt. Zum anderen haben sie sich durchgängig auf die Liquidation ihrer Schäden *ex post* beschränkt, so dass die vom EuGH beschworene Gefahr laufender Anpassungen der Entgeltstruktur nicht eingetreten ist.

Hätte sich die Gefahr realisiert, so hätte die Lösung des Konflikts aber – anders als der EuGH dies in *CTL Logistics* für die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB entschieden hat – nicht im Anwendungsvorrang des Unions-Sekundärrechts vor nationalem Recht gelegen. Vielmehr hätte dem „*effet utile*“ der Wettbewerbsvorschriften Vorrang vor der Kohärenz des Eisenbahnregulierungsrechts gegeben werden müssen. Geboten gewesen wäre eine Anpassung des Rechtsschutzsystems im Eisenbahnregulierungsrecht in einer Weise, die zugleich die Anforderungen an ein effektives sektorspezifisches Kartellverfahrensrecht erfüllt hätten. Wie oben gezeigt, ist dies mittlerweile durch das ERegG geschehen.

⁹⁷ Zu diesen auch Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 57 ff., der in seinem Gutachten offenbar davon ausgeht, dass zivilgerichtlich nicht nur Schadensersatz- und Erstattungsansprüche geltend gemacht werden können, sondern in diesen Verfahren auch eine Anpassung der Weegeentgelte mit Wirkung für die Zukunft beantragt und angeordnet werden kann.

b) Anspruch auf Ersatz der durch einen Kartellverstoß verursachten Schäden

In den gegenwärtig anhängigen Gerichtsverfahren ist nicht in Streit, in welcher Weise die durch mögliche Wettbewerbsverstöße Geschädigten einen Unterlassungsanspruch geltend machen können, der unter Umständen in das aktuelle Entgeltgefüge eines Infrastrukturbetreibers eingreifen kann. Vielmehr werden lediglich kartellzivilrechtliche Folgeansprüche, nämlich Schadensersatz- bzw. Erstattungsansprüche, geltend gemacht. Derartige Erstattungs- bzw. Schadensersatzansprüche sind im Eisenbahnregulierungsrecht nicht ausdrücklich normiert.

Seit Inkrafttreten des ERegG, das nunmehr ein Entgeltgenehmigungsregime vorsieht, ist eine wegen überhöhter Entgelte rechtswidrige Genehmigung gemäß § 48 VwVfG zurückzunehmen. Für die Vertragspartner des Schienenbetreibers können sich sodann Rückzahlungsansprüche aus § 812 Abs. 1 BGB ergeben. Nach altem Recht gab es hingegen keinen genehmigenden Verwaltungsakt. Die Rechtswidrigkeit der Entgelte konnte sich unmittelbar aus einem Verstoß der Entgeltfestsetzung gegen Eisenbahnregulierungsrecht oder gegen die Wettbewerbsregeln ergeben.

Zunächst ist zu klären, ob die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche womöglich durch das Eisenbahnregulierungsrecht ausgeschlossen war bzw. ist (1). Dies ist im Ergebnis nach wohl einhelliger Ansicht nicht der Fall. Zuständig für Kartellschadensersatzklagen sind in Ermangelung einer sektorspezifischen Sonderregelung die Zivilgerichte (2).

(1) Kartellschadensersatzansprüche Geschädigter sind bei Zusammentreffen von Wettbewerbsverstößen mit Regulierungsrechtsverstößen nicht ausgeschlossen

(a) Die Bedeutung von Kartellschadensersatz für den *effet utile* der europäischen Wettbewerbsregeln

Art. 101 und Art. 102 AEUV ordnen jenseits der in Art. 101 Abs. 2 AEUV verankerten Nichtigkeit kartellrechtswidriger Verträge keine zivilrechtlichen Rechtsfolgen an. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH seit den wegweisenden Entscheidungen *Courage*⁹⁸ und *Manfredi*⁹⁹ sind die Mitgliedstaaten jedoch verpflichtet, ein Recht aller durch einen Kartellverstoß Geschädigten auf den Ersatz desjenigen Schadens zu gewährleisten, der ihnen durch den Verstoß entstanden ist, und diesen Schadensersatzanspruch prozedural in einer Weise auszugestalten, die dem Äquivalenz- und dem Effektivitätsgrundsatz genügt.¹⁰⁰ Diese mitgliedstaatliche Pflicht folgt aus der Verpflichtung zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) des Unionskartellrechts und der mit Art. 101 und 102 AEUV verbundenen subjektiven Rechte. Private Schadensersatzansprüche, so der EuGH, sind geeignet, die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln zu erhöhen¹⁰¹ und somit zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 23-25 – *Courage*.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 58-60 – *Manfredi*. Siehe auch: EuGH, Urt. v. 5.6.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 20 ff. – *Kone*.

¹⁰⁰ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 26 – *Courage*; EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 60 – *Manfredi*. Siehe aus der neueren Rspr. übereinstimmend: EuGH, Urt. v. 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 39 – *Cogeo Communications Inc./Sport TV Portugal SA (u.a.)*.

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage*.

in der Union beizutragen.¹⁰² In späteren Entscheidungen hat der EuGH ferner auf die Kompensationsfunktion der unionsrechtlich vorgegebenen Schadensersatzansprüche verwiesen.¹⁰³

Grundzüge des nach mitgliedstaatlichem Recht zu gewährleistenden Kartellschadensersatzes sind mittlerweile unionsrechtlich durch die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU geregelt.¹⁰⁴ Wo die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 101 und Art. 102 AEUV und die Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU Spielräume belassen, bleibt es Sache des mitgliedstaatlichen Rechts, die Einzelheiten des Verfahrens zu regeln.¹⁰⁵ Ebenso ist es Sache der Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen.¹⁰⁶ Allerdings dürfen die Verfahrensmodalitäten nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Geltendmachung des Kartellschadensersatzanspruchs „praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“.¹⁰⁷

Private Kartellschadensersatzansprüche sind durch diese Rechtsprechung und sekundärrechtliche Ausgestaltung zu einem zentralen Bestandteil des europäischen Wettbewerbsrechtssystems geworden.¹⁰⁸ Dies gilt selbst dort, wo ihre Durchsetzung geeignet ist, die öffentliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu erschweren – etwa weil hierdurch die Anreize zur freiwilligen Offenbarung eines Verstoßes durch Kronzeugen beeinträchtigt werden. Die Geltendmachung privater Kartellschadensersatzansprüche wird in solchen Fällen nicht etwa ausgeschlossen. Es werden lediglich die Akteneinsichtsrechte eingeschränkt, welche die private Durchsetzung im Übrigen erleichtern sollen.¹⁰⁹

(b) Kein Ausschluss von Kartellschadensersatzansprüchen bzw. kartellrechtlich begründeten Erstattungsansprüchen durch das Eisenbahnregulierungsrecht

Die Kartellschadensersatzansprüche bzw. durch Kartellrecht begründete Erstattungsansprüche werden durch das Eisenbahnregulierungsrecht nicht ausgeschlossen – auch dort nicht, wo der wettbewerbsrechtliche Verstoß aus einem Verhalten resultiert, das zugleich dem Eisenbahnregulierungsrecht unterliegt.

¹⁰² EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage*; EuGH, Urt. v. 6.11.2012, Rs. C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, Rn. 42 – *Otis*; EuGH, Urt. v. 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 41 – *Cogeo Communications Inc./Sport TV Portugal SA (u.a.)*.

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Rs. C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 24 – *Donau Chemie*; EuGH, Urt. v. 12.12.2019, Rs. C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069, Rn. 31-32 – *Otis*.

¹⁰⁴ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1–19.

¹⁰⁵ Siehe auch EuGH, Urt. v. 13.7.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 25 – *Manfredi*.

¹⁰⁶ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 29 – *Courage*.

¹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 29 – *Courage*; EuGH 13.7.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 72 – *Manfredi*; EuGH, Urt. v. 5.6.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 25 – *Kone*; EuGH, Urt. v. 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 43 – *Cogeo Communications Inc./Sport TV Portugal SA (u.a.)*. Siehe auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 30 m.w.N – *Trassenentgelte*.

¹⁰⁸ Die Bedeutung des Kartellschadensersatzanspruchs für das europäische Wettbewerbsrechtssystem verkennt Körber, *Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht*, 2020, S. 97.

¹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Rs. C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 29 ff. – *Donau Chemie*; siehe ferner Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2014/104/EU: „Zur Sicherstellung wirksamer privater zivilrechtlicher Durchsetzungsmaßnahmen und einer wirksamen öffentlichen Rechtsdurchsetzung durch die Wettbewerbsbehörden müssen beide Instrumente zusammenwirken, damit die Wettbewerbsvorschriften höchstmögliche Wirkung entfalten. Es ist erforderlich, die Koordinierung zwischen den beiden Formen der Durchsetzung kohärent zu regeln, zum Beispiel in Bezug auf den Zugang zu Unterlagen, die sich im Besitz von Wettbewerbsbehörden befinden. Mit einer solchen Koordinierung auf Unionsebene wird auch verhindert, dass die anwendbaren Vorschriften voneinander abweichen, was das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts gefährden könnte.“

Wie oben aufgezeigt, wird die Anwendung des Wettbewerbsrechts durch das Eisenbahnregulierungsrecht nicht verdrängt. Die beiden Regelregime bleiben nebeneinander anwendbar.

Im deutschen Recht ist der Anspruch auf Schadensersatz im Falle eines schuldhaften Verstoßes gegen Wettbewerbsregeln in § 33a GWB normiert (früher: § 33 Abs. 3 GWB a.F.). Daneben kommt bei kartellrechtswidrigen und daher nichtigen Verträgen (Art. 101 Abs. 2 AEUV / § 134 BGB) ein Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB in Betracht.¹¹⁰ Weder in § 812 Abs. 1 BGB noch in § 33a GWB noch im Eisenbahnregulierungsrecht finden sich Anhaltspunkte für einen Ausschluss oder eine Einschränkung des Schadensersatz- bzw. Erstattungsanspruches, wo Kartellrecht und sektorspezifisches Regulierungsrecht parallel anwendbar sind.¹¹¹

Ein Ausschluss von Kartellschadensersatzansprüchen in regulierten Sektoren im Allgemeinen und im Eisenbahnsektor im Besonderen wäre auch eindeutig primärrechtswidrig. Schadensersatzansprüche sind ausweislich der Rspr. des EuGH seit *Courage* und *Manfredi* zentraler Bestandteil und Voraussetzung der praktischen Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln. Sie tragen zur wirksamen Abschreckung wettbewerbsschädigenden Verhaltens bei; sie helfen, Lücken in der öffentlichen Durchsetzung zu kompensieren; und sie können dazu beitragen, die Folgen einer eingetretenen Störung des Markt- bzw. Wettbewerbsprozesses nachträglich zu beseitigen bzw. abzumildern.¹¹² Diese Funktionen privater Kartellschadensersatzansprüche werden in regulierten Sektoren nicht obsolet. Ganz im Gegenteil: gerade auch in den ohnehin durch strukturell verfestigte Marktmacht geprägten Sektoren muss sichergestellt werden, dass die mit Kartellschadensersatzansprüchen verbundene zusätzliche Präventionswirkung erhalten bleibt.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung in *CTL Logistics* die Frage des LG Berlin, ob die Richtlinie 2001/14/EG die Geltendmachung von Rückforderungen von Fahrwegnutzungsentgelten ausschließt, soweit diese nicht über die vor der nationalen Regulierungsstelle vorgesehenen Verfahren und die entsprechenden für die Nachprüfung der behördlichen Entscheidung vorgesehenen gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden, demgemäß ausdrücklich – wenn gleich ohne weitere Begründung – verneint.¹¹³

(2) Zuständigkeit der Zivilgerichte für kartellrechtlich begründete Klagen auf Rückerstattung oder Schadensersatz

Steht der Fortbestand der kartellrechtlich begründeten Rückerstattungs- bzw. Schadensersatzansprüche der Sache nach außer Frage, so bleibt die Frage nach dem Rechtsweg zu klären.

Gem. Art. 6 VO 1/2003 sind die „einzelstaatlichen Gerichte [...] für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags [heute: Art. 101, 102 AEUV] zuständig“.

Die BNetzA verfügt nach dem Eisenbahnregulierungsrecht über keine Zuständigkeit, über kartellzivilrechtliche Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche zu entscheiden. Ebenso wenig weist das Eisenbahnregulierungsrecht solche Klagen ausnahmsweise den Verwaltungsgerichten zu. Es bleibt daher bei der allgemeinen Zuständigkeit der Landgerichte für kartellzivilrechtliche Klagen (§ 87 GWB).

¹¹⁰ Siehe BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 28 – *Trassenentgelte* m.N. zur Literatur.

¹¹¹ So auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 32 – *Trassenentgelte*.

¹¹² Siehe Schweitzer/Woeste, Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?, in: Rechtsvergleichung im Vergleich der Zeiten, Rechtsordnungen und Theorien, 36. Tagung für Rechtsvergleichung [erscheint demnächst], abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=3695965>.

¹¹³ EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 105 i.V.m. Rn. 33 – *CTL Logistics*.

V. Können Zivilgerichte Schadensersatzansprüche nur nach zuvor regulierungsbehördlich festgestellter Rechtswidrigkeit der Wegeentgelte zusprechen?

In den derzeit bei Zivilgerichten anhängigen Verfahren stellt sich die Frage, ob über kartellzivilrechtliche Schadensersatz- oder Erstattungsansprüche nur nach einer rechtskräftigen Feststellung der regulierungsrechtlichen Rechtswidrigkeit der Trassenentgelte durch eine Regulierungsbehörde oder die sie kontrollierenden Gerichte entschieden werden kann, und ob die Zivilgerichte dabei an diese Feststellung gebunden sind.

Es besteht Uneinigkeit darüber, welche Bedeutung dem Urteil des EuGH in der Sache *CTL Logistics* für die Beantwortung dieser Fragen zukommt. Der EuGH hat in dieser Vorabentscheidung festgestellt, dass es mit der Richtlinie 2001/14/EG unvereinbar sei, wenn Zivilgerichte die Wegeentgelte im Eisenbahnverkehr im Einzelfall im Rahmen einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB überprüfen und dabei gegebenenfalls unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abändern könnten.¹¹⁴ Die weitere, von § 315 BGB losgelöste Vorlagefrage des LG Berlin, ob die Richtlinie 2001/14/EG die Rückforderung von Fahrwegnutzungsentgelten ausschließe, „wenn nicht zuvor die nationale Regulierungsstelle mit den strittigen Fahrwegnutzungsentgelten befasst worden ist“, hat der EuGH allerdings verneint.¹¹⁵

In der Folge von *CTL Logistics* ist die Frage in den Vordergrund getreten, ob überhöhte Trassenentgelte zu kartellrechtlich begründeten Schadensersatz- oder Erstattungsansprüchen führen können. Die DB Netz AG ist der Ansicht, dass die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche aus denselben Gründen ausgeschlossen bzw. von einer vorherigen, für die Zivilgerichte sodann bindenden Feststellung der Rechtswidrigkeit der Wegeentgelte abhängig sei, die auch einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB entgegenstehen.

Demgegenüber hat der BGH in seiner *Trassenentgelte*-Entscheidung¹¹⁶ festgestellt, dass die *CTL Logistics*-Entscheidung zur Billigkeitskontrolle auf die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Erstattungsansprüchen, die auf einen Verstoß gegen Wettbewerbsregeln gestützt sind, nicht übertragen werden kann: Die unmittelbare Anwendung des Art. 102 AEUV stehe „einem Vorbehalt entgegen, nach dem kartellzivilrechtliche Ansprüche nur dann durchgesetzt werden können, wenn die Regulierungsbehörde zuvor einen Verstoß festgestellt hat“; denn aus ihr folge nicht nur die Zuständigkeit nationaler Gerichte zur Anwendung der Wettbewerbsregeln, sondern auch dass es zu ihrer Anwendung keiner vorhergehenden behördlichen Entscheidung bedarf.¹¹⁷

Körber ist dieser These in einem Parteigutachten entgegengetreten: Der Grundsatz, dass es zur Anwendung der Wettbewerbsregeln keiner vorrausgehenden behördlichen Entscheidung bedürfe, gelte für das Zusammenspiel privater und öffentlicher Durchsetzung innerhalb des kartellrechtlichen Durchsetzungsregimes. EuGH und Unionsgesetzgeber hätten insoweit eine

¹¹⁴ EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Leitsatz – *CTL Logistics*.

¹¹⁵ Siehe EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 105 i.V.m. Rn. 33 – *CTL Logistics*.

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0 – *Trassenentgelte*.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 29.10.2019, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, KZR 39/19, Rn. 37 – *Trassenentgelte*. Der BGH verweist insoweit auf EuGH, Urt. v. 30.1.1974, Rs. C-127/73, ECLI:EU:C:1974:6, Rn. 15-17 – *BRT/SABAM*. Aus jüngerer Zeit etwa EuG, Urt. v. 22.3.2000, Rs. T-125/97, ECLI:EU:T:2000:84, Rn. 80 – *Coca Cola*. Siehe außerdem Art. 1 Abs. 3 der VO (EG) 1/2003: „Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung in Sinne von Artikel 82 des Vertrags ist verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf“.

Entscheidung zugunsten einer parallelen Durchsetzung durch Behörden und Gerichte getroffen und die damit einhergehende Gefahr einer uneinheitlichen Kartellrechtsanwendung akzeptiert. Das lasse sich aber nicht ohne Weiteres auf das Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht bzw. von Kartellzivilgerichtsbarkeit und Regulierungsbehörden übertragen. Die Konfliktlinien seien hier grundsätzlich anders gelagert: es gehe zum einen um Konflikte der zivilgerichtlichen wettbewerbsrechtlichen Kontrolle mit materiellem Regulierungsrecht, insbesondere dem regulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbot und der Anreizsetzung zur Optimierung der Fahrwegnutzung, Kostensenkung und zur Tötigung von Investitionen. Zum anderen stehe die institutionell-prozessuale Absicherung dieser Ziele durch die Zuständigkeit der Regulierungsbehörde in Frage.¹¹⁸

Im Folgenden soll zuerst dargetan werden, dass und warum das Urteil *CTL Logistics* keinerlei Schlussfolgerungen darauf erlaubt, ob die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche mit den Eisenbahnrichtlinien vereinbar ist (1.). In einem zweiten Schritt ist darzutun, dass sich aus dem Unionsrecht kein Erfordernis eines regulierungsbehördlichen „Vorverfahrens“ mit Bindungswirkung für den Kartellschadensersatzprozess ergibt. Vielmehr würde ein solches Erfordernis gegen grundlegende Prinzipien des Unionsrechts verstoßen (2.). Sodann ist zu klären, nach welchen Prinzipien mögliche Spannungen zwischen der kartellrechtlichen und der regulierungsrechtlichen Beurteilung von Wegegelteln aufzulösen sind (3).

1. Die Bedeutung von *CTL Logistics* für kartellzivilrechtliche Ansprüche

a) Die Vorabentscheidung des EuGH in der Sache CTL Logistics¹¹⁹

In der Sache *CTL Logistics* hatte das LG Berlin dem EuGH verschiedene Fragen betreffend die Vereinbarkeit einer zivilrechtlichen Rückforderung von nach Klägeransicht überhöhten Fahrwegnutzungsentgelten mit den Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der EuGH konzentrierte sich in seiner Antwort auf die Frage, ob die Richtlinie 2001/14/EG einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle der Wegegelteln im Eisenbahnverkehr nach Maßgabe des § 315 Abs. 3 BGB entgegenstehe. Dies bejahte der EuGH: Die mit einer zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle einhergehende Möglichkeit, Eisenbahn-Wegegelteln unabhängig von ihrer Beurteilung durch die Regulierungsbehörde im Einzelfall und mit Blick auf die jeweilige bilaterale Interessenlage abzuändern, sei mit den Zielen, den materiellen Grundsätzen und den Verfahrensgrundsätzen der Richtlinie 2001/14/EG unvereinbar.

(1) Unvereinbarkeit der materiell-rechtlichen Beurteilungskriterien

Erstens sei eine Billigkeitskontrolle der Trassenentgelte, die – wie von § 315 Abs. 3 BGB vorgesehen – auf die bilateralen Interessen und die individuelle wirtschaftliche Vernünftigkeit des Vertrags im Einzelfall abstelle, nicht mit dem in der Richtlinie 2001/14/EG niedergelegten Diskriminierungsverbot bzw. dem Grundsatz der Gleichbehandlung in Einklang zu bringen (Rn. 70-76).

Zum Zweiten sei sie geeignet, die Gestaltungsspielräume zu verschließen, die Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/14/EG der Geschäftsführung des Infrastrukturbetreibers bei der Berechnung der Wegegelteln bewusst belasse, um eine die Fahrwegnutzung optimierende Entgeltgestaltung zu ermöglichen und Investitionsanreize zu schaffen (Rn. 77-83).

¹¹⁸ Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 67 f.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834 – *CTL Logistics*.

Drittens seien die nach § 315 Abs. 3 BGB für die Billigkeitskontrolle maßgeblichen Beurteilungskriterien mit den regulierungsrechtlichen Beurteilungskriterien¹²⁰ unvereinbar. Würden die Gerichte § 315 Abs. 3 BGB hingegen im Lichte der eisenbahnregulierungsrechtlichen Beurteilungskriterien auslegen, so würden sie damit in die gemäß Art. 30 der Richtlinie 2001/14/EG ausschließlichen Zuständigkeiten der Regulierungsstelle eingreifen (Rn. 84-87).¹²¹

(2) Unvereinbarkeit der gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB mit dem eisenbahnregulierungsrechtlichen Verfahren der Entgeltfestsetzung

Viertens werde die Regulierungsstelle vor praktisch unüberwindbare Schwierigkeiten gestellt, wenn sie die verschiedenen auf § 315 BGB gestützten Einzelfallentscheidungen der Zivilgerichte rasch in ein nicht diskriminierendes System integrieren müsse (Rn. 88). Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung ergebe sich dann stets eine Ungleichbehandlung zwischen den Eisenbahnunternehmen, die ein Gericht angerufen haben, und jenen, die dies nicht getan haben. Auf rechtskräftige Entscheidungen von Zivilgerichten müsste die Regulierungsstelle dann mit Anpassungen der Entgelte für alle Eisenbahnunternehmen reagieren (Rn. 89-90). Diese bedeute aber wiederum einen unzulässigen Eingriff in den Handlungsspielraum der Infrastrukturbetreiber und einen Übergriff in die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle (Rn. 92-93).

Fünftens werde mit der Anwendung des § 315 BGB durch Zivilgerichte die *erga omnes*-Wirkung der Entscheidungen der Regulierungsstelle¹²² – also die Verbindlichkeit dieser Entscheidungen für alle Betroffenen des Eisenbahnsektors, ob Verkehrsunternehmen oder Infrastrukturbetreiber – unterlaufen. Die Wirkung des zivilgerichtlichen Urteils, das – ggfs. gestützt auf die Vorschriften des AEG und der EIBV – die Rückzahlung unbilliger Entgeltanteile anordne, bleibe notwendig auf die Parteien des Rechtsstreits begrenzt (Rn. 94). Damit würde die obsiegende Partei gegenüber anderen Infrastrukturnutzern im Wettbewerb begünstigt (Rn. 95-96).

Sechstens sei in einem Verfahren auf der Grundlage von § 315 Abs 3 BGB eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits zwischen den Parteien ohne Beteiligung der Regulierungsstelle nicht ausgeschlossen, während die Richtlinie 2001/14/EG Verhandlungen zwischen Infrastrukturbetreiber und Infrastrukturnutzern über die Höhe der Weegeentgelte nur unter Aufsicht der Regulierungsstelle zulasse¹²³ (Rn. 98-99).

b) Keine Übertragbarkeit der Entscheidung zur Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB auf kartellzivilrechtliche Ansprüche

Nach Ansicht verschiedener Instanzgerichte¹²⁴ liegt der Entscheidung in *CTL Logistics* ein verallgemeinerbarer Gedanke zugrunde: Das europäische Eisenbahnregulierungsregime, wie es in der Richtlinie 2001/14/EG verankert und in der Richtlinie 2012/34/EU fortgeführt wird,

¹²⁰ Der EuGH nennt hier die Art. 4, 7, 8 der Richtlinie 2001/14/EG.

¹²¹ Einen weiteren Konflikt zwischen § 315 Abs. 3 BGB und Eisenbahnregulierungsrecht nimmt der EuGH insoweit an, als die Richtlinie 2001/14/EG dem Infrastrukturbetreiber die Möglichkeit gebe, Entgelte für Fahrwegkapazitäten zu erheben, die beantragt, aber nicht in Anspruch genommen würden. Dies sei aber kein relevantes Beurteilungskriterium nach § 315 Abs. 3 BGB (Rn. 100-101).

¹²² Siehe Art. 30 Abs. 5 Unterabs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG.

¹²³ Art. 30 Abs. 3 Sätze 2 und 3 Richtlinie 2001/14/EG.

¹²⁴ LG Frankfurt a.M., Urt. v. 9.5.2018, 2-06 O 38/17, ECLI:DE:LGFFM:2018:0509.2.06038.17.00, Rn. 71 ff.; LG Leipzig, Urt. v. 6.7.2018, 01 HK O 3365/14, ECLI:DE:LGLEIPZ:2018:0706.01HKO3365.14.0A, Rn. 32 ff.; LG Berlin, Urt. v. 30.10.2018, 16 O 495/15 Kart, ECLI:DE:LGBE:2018:1030.16O495.15KART.00, Rn. 22 ff.; OLG Dresden, Urt. 17.4.2019, U 4/18 Kart, ECLI:DE:OLGDRES:2019:0417.U4.18KART.0A, Rn. 43 ff. Siehe dagegen das Urteil des BGH v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 36 – *Trassenentgelte*.

schließe zivilrechtliche Rückforderungs- bzw. Schadensersatzansprüche einzelner Eisenbahnunternehmen generell aus, wenn nicht zuvor die Rechtswidrigkeit der Entgeltfestsetzung in einer bestandskräftigen regulierungsbehördlichen Entscheidung festgestellt wurde, weil andernfalls das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot und die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für die Kontrolle der Wegeentgelte unterlaufen würden.

Diese Verallgemeinerung ist bereits deswegen überraschend, weil der EuGH die Vorlagefrage des LG Berlin, ob die Richtlinie 2001/14/EG eine Rückforderung von Fahrwegnutzungsentgelten (generell, also nicht nur auf Basis des § 315 BGB oder einer vergleichbaren Norm) ausschließe, wenn nicht zuvor die nationale Regulierungsstelle mit den strittigen Fahrwegnutzungsentgelten befasst worden ist (Vorlagefrage 2), ausdrücklich verneint¹²⁵ und damit zwischen der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB und anderen möglichen Schadensersatz- und Erstattungsansprüchen unterschieden hat. Mit dieser in der Diskussion weithin übersehenen Differenzierung hat der EuGH den Rückschluss von der Beurteilung der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB auf andere, insbesondere kartellzivilrechtliche Ansprüche gerade verbaut.

In der Sache werden mit der These, die unionsrechtliche Beurteilung der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB lasse sich auf kartellzivilrechtliche Ansprüche erstrecken, die Besonderheiten der Billigkeitskontrolle und die Unterschiede zwischen dieser und kartellrechtlich begründeten Ansprüchen übersehen.

(1) Abweichende Konfliktlösungsregel

In *CTL Logistics* war über einen Zielkonflikt zwischen dem Regel- und Durchsetzungsregime der Richtlinie 2001/14/EG und einer Norm des deutschen Vertragsrechts – also über einen Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht – zu entscheiden, für welchen die Regel des Vorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht gilt. Zur Vermeidung eines Konflikts haben nationale Gerichte die Verfahrensmodalitäten für die bei ihnen anhängigen Klagen so weit wie rechtlich möglich so zu gestalten, dass sie zur Erreichung des Ziels beitragen, die aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte effektiv zu schützen.¹²⁶

Werden kartellrechtlich begründete Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche geltend gemacht, so ist die Konfliktlösungsregel eine andere: Diese Erstattungs- bzw. Schadensersatzansprüche sind primärrechtlich vorgegeben und von den Mitgliedstaaten effektiv auszugestalten (s.o., IV.2.). Der Grundsatz des Vorrangs des Unionssekundärrechts in Form der Eisenbahnrichtlinien vor nationalem Recht greift demgemäß nicht. Lässt sich die Spannung nicht anders auflösen, ist vielmehr vom Grundsatz des Vorrangs von Primärrecht vor Sekundärrecht auszugehen.¹²⁷ Vorab ist allerdings nach einer Lösung zu suchen, welche den mit kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen verfolgten Zielen der EU ebenso Rechnung trägt wie den Zielen der Richtlinie. Anders als bei einem Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Recht muss eine solche Lösung aber die praktische Wirksamkeit der EU-Wettbewerbsregeln gewährleisten, darf die Durchsetzung kartellrechtlich begründeter Ansprüche also nicht übermäßig erschweren.

¹²⁵ Siehe EuGH, Urt. v. 9.11.2017, Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834, Rn. 105 i.V.m. Rn. 33 – *CTL Logistics*.

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 28.11.2019, Rs. C-379/18, ECLI:EU:C:2019:1000, Rn. 63 – *Deutsche Lufthansa/Land Berlin*.

¹²⁷ Ebenso: BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 33 ff., 36 – *Trassenentgelte*: „Das Verhältnis von Missbrauchsverbot zu sektorspezifischer Regulierung wird – anders als das Verhältnis sektorspezifischer Entgeltkontrolle zu zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle – vom Vorrang des Primärgegenüber dem Sekundärrecht bestimmt“. Siehe ferner EuGH, Urt. v. 11.4.1989, Rs. C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 45 – *Ahmed Saeed Flugreisen*.

(2) Unterschiede zwischen der vertragsrechtlichen Billigkeitskontrolle und der kartellrechtlichen Prüfung

Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich die Ziele und Beurteilungskriterien einer vertragsrechtlichen Billigkeitskontrolle von denen einer kartellrechtlichen Prüfung unterscheiden – auch wenn letztere aus Klägersicht nach *CTL Logistics* funktional an die Stelle der Billigkeitskontrolle getreten ist. Das Verhältnis zwischen Eisenbahnregulierungsrecht und Wettbewerbsrecht (dazu oben, III.) ist daher von vornherein ein anderes als das Verhältnis zwischen Eisenbahnregulierungsrecht und Vertragsrecht.

Die vertragsrechtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB hat der EuGH in *CTL Logistics* vor allem deswegen für unvereinbar mit der eisenbahnregulierungsrechtlichen Entgeltkontrolle erachtet, weil das Billigkeitsurteil maßgeblich auf das bilaterale Vertragsverhältnis abstelle (Rn. 64). Die Infrastrukturbetreiber wären danach verpflichtet, von den Gestaltungsspielräumen, die ihnen das Eisenbahnregulierungsrecht belässt, unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen ihres Vertragspartners Gebrauch zu machen (Rn. 71).¹²⁸ Dann aber, so der EuGH zu Recht, sei das für die eisenbahnrechtliche Entgeltregulierung zentrale Diskriminierungsverbot in Gefahr (Rn. 73-74): Eine nicht-diskriminierende Entgeltpolitik im Verhältnis zu allen Eisenbahnunternehmen setze voraus, dass die Entgelte anhand einheitlicher Kriterien festgelegt werden, die auf die Besonderheiten einzelner bilaterale Vertragsverhältnisse keine Rücksicht nehmen.

Zwischen Eisenbahnregulierungsrecht und Kartellrecht existiert kein vergleichbarer Konflikt: Die Normen des Wettbewerbsrechts sind – ebenso wie diejenigen des Regulierungsrechts – marktordnungsrechtlicher Natur. Auf die Besonderheiten jedes einzelnen Vertragsverhältnisses kommt es für die Missbrauchsprüfung nicht an. Entscheidend ist der Schutz des Wettbewerbs und der Schutz der Marktgegenseite vor Ausbeutung.¹²⁹ Dementsprechend sind die regulierungs- und die kartellrechtlichen Kriterien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Wegegeltelnteilung gleichgerichtet (so hinsichtlich des Diskriminierungsverbots) und im Übrigen komplementär (s.o., III.).¹³⁰ Der dem Infrastrukturbetreiber regulierungsrechtlich belassene Entscheidungsspielraum bei der Entgeltgestaltung wird durch das Kartellrecht zwar eingegrenzt. Diese Begrenzung folgt allerdings bereits aus der – der Sache nach unstrittigen (s.o., III.2.) parallelen Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln. Eliminiert wird der Gestaltungsspielraum durch das Wettbewerbsrecht nicht (s.o.).

Der vom EuGH in *CTL Logistics* ausgemachte institutionelle Konflikt zwischen vertragsrechtlicher Billigkeitskontrolle und Eisenbahntgeltregulierung – der Eingriff in die ausschließliche Überwachungskompetenz der Regulierungsstelle, die der Absicherung des regulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbots diene – präsentiert sich für das Verhältnis von

¹²⁸ Ebenso mit Blick auf Flughafengebühren: EuGH, Urt. v. 21.11.2019, Rs. C-379/18, ECLI:EU:C:2019:1000, Rn. 67 und 70 – *Deutsche Lufthansa/Land Berlin*: Es sei auf der Basis von § 315 Abs. 3 BGB rechtlich unmöglich, „eine gerichtliche Überprüfung auf der Grundlage objektiver Kriterien zu erlangen“, die geeignet sei, die Beachtung eines regulierungsrechtlichen Diskriminierungsverbots sicherzustellen.

¹²⁹ So auch Hauf/Baumgartner, EuZW 2018, 1028, 1030.

¹³⁰ Dies erkennt auch Körber an – siehe Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 52: „Konflikte zwischen Kartell- und Regulierungsrecht dürften auch deshalb in tendenziell geringerem Maße auftreten als solche zwischen Regulierungsrecht und § 315 BGB, weil das Kartellrecht dem nationalen Zivilrichter einen weniger großen Spielraum lässt als die Billigkeitsnorm § 315 BGB und weil für das Kartellrecht in der Tat in stärkerem Maße (und insbesondere auf Unionsebene) einheitliche Maßstäbe existieren“. Allerdings geht Körber dann gleichwohl davon aus, dass das Kartellrecht im Zivilprozess „offener für die Berücksichtigung individueller Belange der Streitparteien“ sei als das Regulierungsrecht, weil die private Kartellrechtsdurchsetzung „primär (wenn nicht sogar allein) zur Verfolgung individueller Interessen“ erfolge. Allerdings ändert diese individuelle Motivation nichts daran, dass die materiell-rechtlichen Maßstäbe eben keine individuellen sind.

wettbewerbs- und regulierungsrechtlicher Kontrolle ebenfalls in einem anderen Licht: Die ausschließliche Kompetenz der Regulierungsbehörde betrifft nach den Eisenbahnregulierungsrichtlinien zwar die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Infrastrukturbetreiber und Eisenbahnunternehmen durch die Schienennetz-Nutzungsbedingungen einschließlich der Entgeltregeln. In dem Maße, in dem die vertragsrechtliche Billigkeitskontrolle zum Einfallstor für eine zivilgerichtliche Überprüfung einer „richtigen“ Anwendung des Regulierungsrechts wird, kann es demnach in der Tat zu einer durch die Richtlinien nicht vorgesehenen Dopplung der regulierungsrechtlichen Prüfungszuständigkeit kommen. Für die eigenständige Anwendung der Wettbewerbsregeln verfügt die Regulierungsbehörde aber, wie gezeigt, nicht nur über keine ausschließliche, sondern über gar keine Kompetenz. Zivilgerichte werden, wie oben gezeigt, bei der Auslegung des Wettbewerbsrechts den regulierungsrechtlichen Rahmen berücksichtigen. Dies beinhaltet aber keinen Eingriff in die ausschließliche Kompetenz der Regulierungsbehörde zur Anwendung des Regulierungsrechts – ebenso wenig wie die Auslegung des Regulierungsrechts im Lichte der Wettbewerbsregeln einen Eingriff in die Kompetenz der Wettbewerbsbehörden beinhaltet.

Allerdings können auch zivilgerichtliche Entscheidungen über die Kartellrechtswidrigkeit der Entgeltgestaltung zur Notwendigkeit einer Anpassung der Entgeltregelungen und/oder Entgeltfestsetzungen führen. Auch dies folgt allerdings bereits aus der parallelen Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln selbst. Dass die Anpassungsnotwendigkeiten aus Urteilen folgen können, die nur *inter partes* wirken, liegt in der Logik der dezentralen Anwendung der Wettbewerbsregeln. Beides kann das Eisenbahnregulierungsrecht aber schon deswegen nicht ausschließen, weil es mit Art. 102 AEUV zwar in mancherlei Hinsicht parallel läuft, jedoch nicht deckungsgleich ist (s.o., III.2.). Ein System, in dem die zivilgerichtliche Geltendmachung von kartellrechtlich begründeten Schadensersatz- oder Erstattungsansprüchen *generell* von der regulierungsrechtlichen Rechtswidrigkeit der Entgelte abhängig gemacht würde, wäre schon deswegen primärrechtswidrig, weil es den durch die Wettbewerbsregeln vermittelten primärrechtlichen Wettbewerbsschutz in vielerlei Hinsicht – etwa mit Blick auf vom Regulierungsrecht nicht erfasste Behinderungs- und Verdrängungsstrategien – ausschalten würde.¹³¹

Dies alles bedeutet nicht, dass zwischen der zivilgerichtlichen Entscheidung über kartellrechtlich begründete Schadensersatz- und Erstattungsansprüche und der Eisenbahntgeltregulierung keinerlei Spannungspotentiale verblieben:

In bestimmten Konstellationen können sich regulierungsrechtliche Verstöße und Kartellrechtsverstöße weitgehend überlappen – so etwa bei Verstößen gegen das regulierungsrechtliche und kartellrechtliche Diskriminierungsverbot. Sind Zivilgerichte in der kartellrechtlichen Bewertung nicht an die regulierungsrechtliche Bewertung gebunden, so können Wertungswidersprüche auftreten.¹³²

Werden im Rahmen von kartellzivilrechtlichen Klagen Vergleichsverhandlungen geführt, so kann dies mittelbar Verhandlungen über die „richtige“ Höhe der Wegeentgelte beinhalten, die nach den Vorgaben der Eisenbahnrichtlinien nur unter Aufsicht der Regulierungsstelle erfolgen sollen, die dabei über die Einhaltung der Richtlinienbestimmungen wacht (Art. 30 Abs. 3 S. 2 und 3 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 56 Abs. 6 Richtlinie 2012/34/EU).

¹³¹ Für die uneingeschränkte parallele Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln neben dem sektorspezifischen Regulierungsrecht siehe bereits oben, III.2.

¹³² So auch Gerstner, EuZW 2018, 74, 80: Ohne ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für die Entgeltkontrolle drohen Wertungswidersprüche zwischen Kartellrecht und Eisenbahnregulierungsrecht. Vgl. auch Freise, TranspR 2018, 425, 431.

Die Gefahr, dass unterschiedliche zivilgerichtliche Urteile über Kartellschadensersatzklagen ständige Anpassungen der Entgeltregelungen erfordern, ist demgegenüber in der Praxis gering: Zivilgerichtliche Klagen, die unmittelbar auf eine Anpassung der Entgeltstruktur gerichtet sind, sind, wie oben gezeigt, nach dem ERegG ausgeschlossen (s.o., IV.2.a)). Kartellrechtlich begründete Schadensersatz- bzw. Erstattungsklagen werden typischerweise mit einem so erheblichen zeitlichen Abstand geltend gemacht, dass sie sich – jedenfalls zum Zeitpunkt des Urteils – auf nicht mehr in Kraft befindliche Entgeltregelungen und -festsetzungen beziehen.

Auch gefährden zivilgerichtliche Schadensersatzklagen nicht das eisenbahnregulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot.¹³³ Dies gilt ganz offenkundig dann, wenn es um private Schadensersatzklagen von Aufgabenträgern, die nicht selbst am Wettbewerb auf der Schiene beteiligt sind. Es gilt aber auch für private Schadensersatzklagen von Eisenbahnunternehmen. Das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot verlangt, wie *Kühling* zu Recht festgestellt hat, „nicht, mit ex-tunc-Wirkung alle Parteien gleich zu stellen, unabhängig davon, ob sie sich gegen ein bestimmtes Verhalten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens gerichtlich zur Wehr gesetzt haben oder nicht“.¹³⁴ Das „*level playing field*“ im Wettbewerb der Eisenbahnunternehmen untereinander würde beeinträchtigt, wenn Wegeentgelte *für die Zukunft* nach unterschiedlichen Maßstäben berechnet würden. Der Umstand, dass einem Unternehmen Schadensersatz für die Vergangenheit zugesprochen wird, ist hingegen nicht geeignet, die Position von Eisenbahnunternehmen im Wettbewerb grundlegend zu verändern, weil er im Ausschreibungswettbewerb mit anderen Unternehmen nicht zur Kalkulationsgrundlage wird.

Schließlich kann auch der Umstand, dass Schadensersatzzahlungen die Deckung der Kosten des Infrastrukturbetreibers für die Vergangenheit gefährden können, kartellzivilrechtlichen Ansprüchen nicht im Wege stehen.¹³⁵ Die Kosten eines Infrastrukturbetreibers werden dabei im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Preishöhenkontrolle durchaus in Rechnung gestellt. Die Notwendigkeit der Kostendeckung kann Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung im Übrigen aber nicht rechtfertigen und auch nicht zum Ausschluss der hieraus folgenden Schadensersatzansprüche führen.

2. Kein unionsrechtliches Erfordernis eines regulierungsbehördlichen „Vorverfahrens“ mit Bindungswirkung für Zivilgerichte

a) Die These von der Vorgreiflichkeit des Eisenbahnregulierungsrechts für die kartellrechtliche Bewertung im Rahmen privater Schadensersatzklagen

Ungeachtet dieser weitreichenden Unterschiede zwischen § 315 Abs. 3 BGB und kartellzivilrechtlichen Schadensersatz- und Erstattungsansprüchen gehen einige Instanzgerichte davon aus, dass (auch) kartellrechtlich begründete Schadensersatz- und Erstattungsansprüche nur in Betracht kämen, wenn die Unvereinbarkeit der Wegeentgelte mit den

¹³³ A.A. Weitner, EnWZ 2018, 73, 78; Staebbe, EuZW 2018, 118, 121; Karalus, EuR 2018, 477, 480 f.: Das Gleichbehandlungsgebot werde aufgebrochen, weil das erfolgreich klagende Unternehmen begünstigt werde. Dagegen Hauf/Baumgartner, EuZW 2018, 1028, 1031 und 1034: Die Ungleichbehandlung, die daraus folgt, dass einzelne EVU in kartellzivilrechtlichen Verfahren Erstattungsansprüche zugesprochen bekommen, sei irrelevant – es gebe keine „Gleichbehandlung im Unrecht“.

¹³⁴ Kühling, in: Ronellenfitsch/Eschweiler/Hörster (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts, 2015, S. 73, 99.

¹³⁵ Unklar insoweit: LG Berlin, Urt, v. 30.10.2018, 16 O 495/15 Kart, ECLI:DE:LGBE:2018:1030.16O495.15KART.00, Rn. 39: Im kartellzivilrechtlichen Verfahren bleibe der Gesichtspunkt unberücksichtigt, dass der Infrastrukturbetreiber zur Kostendeckung am Ende ein bestimmtes Gesamtaufkommen erlangen müsse.

eisenbahnregulierungsrechtlichen Vorgaben zuvor von der Regulierungsbehörde oder einem für deren Kontrolle zuständigen Gericht rechtskräftig festgestellt worden sei.¹³⁶

Ohne eine vorausgegangene bestandskräftige Entscheidung über die regulierungsrechtliche Rechtswidrigkeit der Trassenentgelte dürfe ein Zivilgericht kartellzivilrechtliche Klagen nur auf der Grundlage von eisenbahnregulierungsrechtsfremden rechtlichen Gesichtspunkten prüfen. Da das Eisenbahnrichtlinienrecht die auch kartellrechtlich erheblichen Grundsätze des Diskriminierungsverbots und das Verbot der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung aber gerade konkretisiere und ausforme, komme eine eigenständige, von der regulierungsrechtlichen Beurteilung losgelöste zivilgerichtliche Anwendung des Kartellrechts in diesen Hinsichten nicht in Betracht. Kartellschadensersatzansprüche könne es insoweit dann nur geben, wenn die zuständige Regulierungsbehörde vorab einen Verstoß festgestellt habe.¹³⁷ Diese Ansicht hat auch *Körber* in seinem Parteigutachten vertreten: Eine zivilgerichtliche Kontrolle am Maßstab des Kartellrechts sei – abgesehen von zivilgerichtlichen Follow-on-Klagen, die auf eine bestandskräftige Entscheidung der BNetzA oder ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil folgen – richtlinienwidrig und damit unionsrechtswidrig.¹³⁸

b) Die Unvereinbarkeit der Voreingrifflichkeitsthese mit dem eigenständigen Geltungsanspruch der Wettbewerbsregeln

Eine Regel, die Kartellschadensersatzansprüche von einer vorherigen bestandskräftigen Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit abhängig machen würde, würde Wertungswidersprüche zwischen den beiden Regelungsmaterien vermeiden. Dieses Ergebnis würde allerdings unter Inkaufnahme eines radikalen Bruchs mit dem vom EuGH in ständiger Rechtsprechung bestätigten eigenständigen Geltungsanspruch der Wettbewerbsregeln neben marktöffnendem Regulierungsrecht erreicht. Im Kontext der Durchsetzung privater Schadensersatzansprüche würde dem Sekundärrecht Anwendungsvorrang vor dem Primärrecht zugesprochen (1). Verkannt wird damit ferner, dass der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln private Kartellschadensersatzansprüche und deren effektive Ausgestaltung im nationalen Recht zwingend gebietet (s.o., IV.2.b)(1)(a)) (2).

(1) Eigenständiger Geltungsanspruch der Wettbewerbsregeln neben dem Regulierungsrecht

Die These, dass die Voreingrifflichkeit des Regulierungsrechts im soeben beschriebenen Sinne durch dessen Rechtsnatur als „sektorspezifisches Kartellrecht“ gerechtfertigt sei,¹³⁹ welches lediglich die Vorgaben der Art. 101/102 AEUV konkretisiere, ist angesichts der ständigen Rechtsprechung des EuGH unhaltbar, derzufolge zwischen den allgemeinen Wettbewerbsregeln und marktöffnendem Regulierungsrecht keine Deckungsgleichheit besteht. Eine Verdrängung des

¹³⁶ So etwa LG Leipzig, Urt. v. 6.7.2018, 01 HK O 3365/14, ECLI:DE:LGLEIPZ:2018:0706.01HKO3365.14.0A, Rn. 32 ff., Rn. 47; LG Berlin, Urt. v. 30.10.2018, 16 O 495/15 Kart, ECLI:DE:LGBE:2018:1030.16O495.15KART.00, Rn. 31 ff. Siehe auch OLG Dresden, Urt. v. 17.4.2019, U 4/18 Kart, ECLI:DE:OLGDRES:2019:0417.U4.18KART.0A, Rn. 44 ff., 46.

¹³⁷ OLG Dresden, Urt. v. 17.4.2019, U 4/18 Kart, ECLI:DE:OLGDRES:2019:0417.U4.18KART.0A, Rn. 47; *Körber*, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 59 f.

¹³⁸ Siehe *Körber*, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 64 f., 73, S. 86 f.: Zivilgerichte dürfen nach *CTL Logistics* regulierungsrechtliche Regelungen nicht anwenden und dadurch der Entscheidung der allein zuständigen Regulierungsstelle vorgreifen. Die zivilgerichtliche Geltendmachung von Erstattungs- oder Schadensersatzansprüchen auf der Basis privatrechtlicher Anspruchsgrundlagen einschließlich des Kartellrechts kommt [...], soweit sie auf eine Korrektur der Entgelthöhe abzielt, erst nach einer bestandskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entgelte durch die BNetzA in Betracht. Bis eine solche vorliegt, ist eine Aussetzung nach § 148 ZPO geboten.“

¹³⁹ *Otte/Kirchhartz*, in: *Kühling/Otte* (Hrsg.), *AEG/ERegG, Kommentar*, 2020, § 45 ERegG Rn. 47.

Primärrechts durch sektorspezifisches Sekundärrecht kommt eben nicht in Betracht. Die Wettbewerbsregeln bleiben eigenständig anwendbar (s.o., III.2.). Die regulierungsrechtliche Würdigung ist zwar nach den Grundsätzen einer wechselbezüglichen Auslegung von Regulierungs- und Kartellrecht bei der Anwendung von Art. 102 AEUV zu berücksichtigen. Sie entscheidet aber die kartellrechtlichen Fragen nicht, und ist auch nicht im eigentlichen Sinne vorgreiflich. Eine Wegeentgelt-Regelung oder -festsetzung kann auch dann gegen Wettbewerbsrecht verstoßen, wenn sie regulierungsrechtlich rechtmäßig ist.¹⁴⁰ Dies wird von denjenigen verkannt, die einer bestandskräftigen Entscheidung der Regulierungsstelle über die (regulierungsrechtliche) Rechtmäßigkeit von Wegeentgelten mit Blick auf die wettbewerbsrechtliche Bewertung eine Bindungswirkung entsprechend der Bindungswirkung von Art. 9 der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU zusprechen wollen.¹⁴¹ Für eine wettbewerbsrechtliche Bewertung ist die Regulierungsbehörde jedoch gar nicht zuständig.

Der deutsche Gesetzgeber hingegen hat die Eigenständigkeit der wettbewerbsrechtlichen im Verhältnis zur regulierungsrechtlichen Beurteilung zutreffend erkannt und die Fiktion in § 33 Abs. 2 S. 3 und § 45 Abs. 2 ERegG, derzufolge genehmigte Entgelte als „billige Entgelte“ i.S.d. § 315 BGB gelten, demgemäß nicht auf die kartellrechtliche Würdigung erstreckt.

(2) Die praktische Wirksamkeit privater Kartellschadensersatzansprüche

Die Vorgreiflichkeit der regulierungsrechtlichen Beurteilung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass sie nur im privaten Kartellschadensersatzverfahren gelten soll.

Wie gezeigt (s.o., IV.2.b), muss jedermann, dem durch die Verletzung der europäischen Wettbewerbsregeln ein Schaden entstanden ist, Ersatz dieses Schadens verlangen können. Alle Vorschriften, welche die Geltendmachung dieses Anspruchs betreffen, einschließlich aller verfahrensrechtlichen Modalitäten, müssen dem Effektivitätsgrundsatz entsprechen.¹⁴² Sie dürfen folglich die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs – und damit zugleich die wirksame Anwendung der Wettbewerbsregeln – nicht übermäßig erschweren oder gar praktisch unmöglich machen.¹⁴³

Gegen diesen Effektivitätsgrundsatz würde verstoßen, wenn die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Erstattungs- und Schadensersatzansprüche von einer vorherigen verbindlichen Feststellung der eisenbahnregulierungsrechtlichen Rechtswidrigkeit durch die Regulierungsbehörde abhängig gemacht würde. Die eigenständige Geltung und parallele Anwendung der Wettbewerbsregeln neben dem Regulierungsrecht bedeutet eben auch, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von der eisenbahnregulierungsrechtlichen Beurteilung abweichen kann. Dies gilt

¹⁴⁰ Dies bedeutet zugleich: Kartellschadensersatzansprüche bleiben auch neben dem durch das ERegG eingeführten Genehmigungsregime möglich. Die Genehmigung zwingt zwar die Schienenwegebetreiber dazu, für das Erbringen des Mindestzugangspakets keine anderen als die genehmigten Entgelte zu vereinbaren. Die Schienenwegebetreiber haben es aber selbst in der Hand, kartellrechtskonforme Wegeentgelte zu beantragen, und bleiben in dieser Hinsicht dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot unterworfen. A.A. offenbar Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 86: „Das nationale Zivilgericht darf die Entscheidung der Regulierungsbehörde [...] weder selbst am Maßstab des Regulierungsrechts überprüfen [...] noch kann es in Anwendung anderer (z.B. kartellrechtlicher) Maßstäbe eine auf der Grundlage des Eisenbahnregulierungsrechts getroffene Entgeltgenehmigung für den Einzelfall außer Kraft setzen“, ohne sich in Widerspruch zum Richtlinienrecht zu setzen. Andernfalls werde in die alleinige Kompetenz der BNetzA eingegriffen.

¹⁴¹ Siehe Körber, *Regulierte Eisenbahntgelte und Kartellrecht*, 2020, S. 73 und S. 86.

¹⁴² EuGH, Urt.v. 21.11.2019, Rs. C-379/18, ECLI:EU:C:2019:1000, Rn. 62 – *Deutsche Lufthansa/Land Berlin*, unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 13.3.2007, Rs. C-432/05, EU:C:2007:163, Rn. 39 und 43 – *Unibet*.

¹⁴³ Siehe aus jüngerer Zeit: EuGH, Urt. v. 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 43-44 – *Cogeo Communications Inc./Sport TV Portugal SA*.

nicht nur hinsichtlich derjenigen Gefahrenlagen, die nur das Kartellrecht, nicht aber das Regulierungsrecht erfasst – etwa mit Blick auf bestimmte Behinderungs- oder Verdrängungsstrategien. Ungeachtet der interpretativen Rückwirkungen des Sekundärrechts auf das Primärrecht gilt dies auch dort, wo sich Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht überlappen, denn es ist denkbar, dass eine Regulierungsbehörde bei der Auslegung des Regulierungsrechts die Wettbewerbswirkungen nicht hinreichend in Rechnung stellt (s.o., III.2. und 4.). Kartellzivilrechtliche Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche können daher grundsätzlich auch dann bestehen, wenn die Regulierungsbehörde die Entgeltfestsetzung für rechtmäßig erachtet hat. Das Erfordernis einer behördlichen Vorab-Feststellung der eisenbahnrechtlichen Rechtswidrigkeit würde die Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche in diesen Fällen verhindern und damit offensichtlich gegen die Verpflichtung verstoßen, die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln sicherzustellen. Subjektive Rechte würden nicht nur eingeschränkt, sondern abge schafft.

Dies wird auch dadurch deutlich, dass durch das Erfordernis eines behördlichen Vorab-Verfahrens mit Bindungswirkung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln ausgehebelt würde. Gemäß Art. 1 Abs. 3 VO 1/2003 ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. Art. 102 AEUV verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf. Kodifiziert wird damit die ständige und für das europäische Wettbewerbsrecht grundlegende Rechtsprechung, dass die in Art. 101 und 102 AEUV enthaltenen Verbote in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkung erzeugen und subjektive Rechte entstehen lassen, welche die nationalen Gerichte zu wahren haben. Würde die Geltendmachung dieser Rechte von einer vorherigen wettbewerbsbehördlichen Entscheidung abhängig gemacht, so würden „den einzelnen Rechte genommen [...], die ihnen aufgrund des Vertrages selbst zustehen“.¹⁴⁴ Dies hat der EuGH auch in jüngerer Zeit immer wieder bekräftigt.¹⁴⁵ Dasselbe muss erst Recht mit Blick auf eine regulierungsbehördliche Entscheidung gelten: Ist die regulierungsrechtliche Beurteilung, wie gezeigt, für die wettbewerbsrechtliche Würdigung zwar instruktiv, aber rechtlich nicht vorgreiflich, so würde die private Durchsetzung der Wettbewerbsregeln durch ein Erfordernis einer vorherigen regulierungsbehördlichen Entscheidung faktisch ausgeschlossen.¹⁴⁶ Die Wettbewerbsregeln wären ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit und die Geschädigten der ihnen durch die Wettbewerbsregeln vermittelten subjektiven Rechte beraubt. Sie könnten Schadensersatz- und Erstattungsansprüche faktisch nur noch wegen einer Regulierungsrechtswidrigkeit der Entgelte, nicht aber wegen Wettbewerbsverstößes geltend machen. Die gemäß Art. 6 VO 1/2003

¹⁴⁴ Siehe EuGH, Urt. v. 30.1.1974, Rs. C-127/73, ECLI:EU:C:1974:6, Rn. 15/17 – *BRT/SABAM*: „Die Zuständigkeit [nationaler Gerichte] zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts [...] ergibt sich aus der unmittelbaren Geltung dieses Rechts. Da in den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 [Art 101 und 102 AEUV] enthaltenen Verbote ihrer Natur nach geeignet sind, in den Beziehungen zwischen einzelnen unmittelbare Wirkungen zu erzeugen, lassen sie unmittelbar in deren Person Rechte entstehen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben. Diesen Gerichten die Zuständigkeit hierzu unter Berufung auf den bereits zitierten Artikel 9 [VO 17/62] abzusprechen, würde bedeuten, daß den einzelnen Rechte genommen würden, die ihnen aufgrund des Vertrages selbst zustehen“. Siehe ebenso: EuGH 10.7.1980, Rs. 37/79 Rn. 13 – *Anne Marty/Estée Lauder*. Siehe auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 36 – *Trassenentgelte*.

¹⁴⁵ EuGH, Urt. v. 24.10.2018, Rs. C-595/17, ECLI:EU:C:2018:854, Rn. 35 – *Apple Sales International*. Daraus folgte in diesem Verfahren, dass die Anwendung einer Gerichtsstandsklausel im Rahmen einer auf Art. 102 AEUV gestützten Schadensersatzklage eines Händlers gegen seinen Lieferanten nicht von einer vorherigen wettbewerbsbehördlichen Feststellung eines Wettbewerbsverstößes abhängig sein konnte: Das Recht eines durch Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln Geschädigten, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen, sei von der vorherigen Feststellung eines solchen Verstoßes durch die Wettbewerbsbehörde unabhängig; EuGH, Urt. v. 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 38 ff. – *Cogeo Communications Inc./Sport TV Portugal SA (u.a.)*. Siehe ferner EuG, Urt. v. 22.3.2000, Rs. T-125/97, ECLI:EU:T:2000:84, Rn. 80 – *Coca-Cola/Kommission*.

¹⁴⁶ Dies folgt daraus, dass die wettbewerbsrechtliche Würdigung im Rahmen der öffentlichen Durchsetzung unstreitig von der regulierungsrechtlichen Würdigung abweichen kann, s.o., III.2.

für die Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV zuständigen Gerichte würden der ihnen übertragenen „wesentlichen Aufgabe“ beraubt, in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten die sich aus den Wettbewerbsregeln ergebenden subjektiven Rechte zu schützen.¹⁴⁷

(3) Eingriff in die Garantie effektiven Rechtsschutzes, Art. 47 Grundrechtecharta

Soweit Verstöße der noch unter der Geltung des AEG a.F. festgesetzten Weegeentgelte gegen die Wettbewerbsregeln geltend gemacht werden, würde ein Erfordernis einer vorherigen behördlichen Feststellung der regulierungsrechtlichen Rechtswidrigkeit außerdem die Rechtsschutzgarantie nach Art. 47 Grundrechtecharta verletzen.

Nach dieser Vorschrift hat jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtshilfe einzulegen. Wer durch einen Wettbewerbsverstoß geschädigt ist, muss die Möglichkeit haben, Schadensersatz zu verlangen (s.o., IV.2.b)).

Zutreffend hat der BGH das Erfordernis einer vorausgehenden Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit der Weegeentgelte bereits deswegen zurückgewiesen, weil die Eisenbahnverkehrsunternehmen dann bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche verfahrensrechtliche Voraussetzungen beachten müssten, die weder zum Zeitpunkt der Anspruchsentstehung noch zum Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung gesetzlich bestimmt und damit für die Berechtigten erkennbar waren.¹⁴⁸

Einiges spricht dafür, dass es den Geschädigten zur Zeit der Anspruchsentstehung darüber hinaus nach dem AEG a.F. gar nicht möglich war, eine regulierungsbehördliche Entscheidung zu erzwingen, die Voraussetzung einer Geltendmachung privater Kartellschadensersatzansprüche sein soll (s.o. IV.2.a)). Die Möglichkeiten der Eisenbahnunternehmen, bei der BNetzA eine ex-post-Kontrolle zu beantragen, waren durch § 14f Abs. 2 AEG a.F. in verschiedenen Hinsichten – sachlich wie personell – beschränkt. Ob ein Aufgabenträger überhaupt antragsberechtigt gewesen wäre, war unklar, da § 14f Abs. 2 AEG a.F. das Antragsrecht auf die „Zugangsberechtigten, deren Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur beeinträchtigt werden kann“, beschränkte. Im Übrigen behielt die BNetzA jedenfalls dem Wortlaut der Vorschrift nach ein Entschließungsermessen. Würde man die Geltendmachung privater Kartellschadensersatzansprüche an eine vorherige regulierungsbehördliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entgelte binden, so verstieße ein derartiges Rechtsschutzsystem nicht nur gegen das Gebot, die Verfahrensmodalitäten so auszugestalten, dass sie die Geltendmachung des Kartellschadensersatzanspruchs nicht übermäßig erschweren.¹⁴⁹ Es verstieße auch gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 47 Grundrechtecharta.

Sollte das VG Köln die Rechtsauffassung der BNetzA bestätigen, dass es ihr an einer Befugnis mangle, Weegeentgelte, die im Zeitpunkt der Antragstellung bereits wieder außer Kraft getreten

¹⁴⁷ Siehe Erwägungsgrund 7 der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU. Siehe ferner BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 37 – *Trassenentgelte*. Auch Hauf/Baumgartner, EuZW 2018, 1028, 1035: Art. 6 VO 1/2003 verdeutliche, dass die zivilgerichtliche Entscheidung keine vorausgehende behördliche Entscheidung voraussetze.

¹⁴⁸ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 39 – *Trassenentgelte*.

¹⁴⁹ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 29 – *Courage*; EuGH 13.7.2006, Rs. C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461, Rn. 72 – *Manfredi*; EuGH, Urt. v. 5.6.2014, Rs. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, Rn. 25 – *Kone*; EuGH, Urt. v. 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, Rn. 43 – *Cogeo Communications Inc./Sport TV Portugal SA (u.a.)*. Siehe auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 30 m.w.N – *Trassenentgelte*.

sind, nachträglich zu überprüfen,¹⁵⁰ so wäre es den Geschädigten auch zum Zeitpunkt der Geltendmachung ihrer Ansprüche unmöglich, die Voraussetzungen für eine zivilgerichtliche Entscheidung über ihren Schadensersatzanspruch herzustellen.¹⁵¹ Die Rechtsauffassung der BNetzA verdeutlicht, dass das eisenbahnregulierungsrechtliche Rechtsschutzregime in seiner bisherigen Handhabung gerade nicht am Schutz der subjektiven Rechte auf Kartellschadensersatz ausgerichtet ist. Im Urteil *Cogeo Communications*¹⁵² hat der EuGH jüngst entschieden, dass die Dauer der Verjährungsfrist für Kartellschadensersatzansprüche nicht so kurz sein darf, „dass sie in Verbindung mit den sonstigen Verjährungsregelungen die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert“ (Rn. 48). Eine kurze Verjährungsfrist, die während der Dauer von Verfahren, die mit einer bestandskräftigen Entscheidung der nationalen Wettbewerbsbehörde oder einer Rechtsmittelinstanz enden, nicht gehemmt oder unterbrochen werden kann, mache die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs praktisch unmöglich oder erschwere sie übermäßig (Rn. 51). Die Mitgliedstaaten müssten bei der Festlegung von Verjährungsfristen den Zielen und Besonderheiten des Wettbewerbsrechts Rechnung tragen, um nicht die volle Wirksamkeit von Art. 102 AEUV zu untergraben (Rn. 47). Zwar geht es hier nicht um Verjährungsfristen. Wäre eine behördliche Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit der Weegeentgelte eine Voraussetzung für die Geltendmachung von privaten Kartellschadensersatzansprüchen, so müssten jedoch auch die Antragsfristen für die Feststellung dieser Rechtswidrigkeit den Anforderungen des „*effet utile*“ von Kartellschadensersatzansprüchen Rechnung tragen. Die Unmöglichkeit einer nachträglichen Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit durch die BNetzA wäre damit unvereinbar. Die Zivilgerichte verstießen gegen ihre Verpflichtung, die praktische Wirksamkeit privater Kartellschadensersatzansprüche sicherzustellen, wenn sie ungeachtet dieser Defizite des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzregimes eine vorhergehende behördliche Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit der Weegeentgelte verlangen würden.

3. Unionsrechtliche Prinzipien zum Umgang mit dem Spannungsverhältnis zwischen Regulierungsrecht und Kartellschadensersatzklagen

a) Kooperationsverhältnis zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht

Die These von der Vorgefährlichkeit der regulierungsrechtlichen für die wettbewerbsrechtliche Bewertung im Rahmen privater Kartellschadensersatzklagen postuliert im Ergebnis die Verdrängung von Primärrecht durch Sekundärrecht. Im Falle eines anders nicht auflösbaren Konflikts wäre demgegenüber jedoch vom Vorrang des Primärrechts vor Sekundärrecht auszugehen.¹⁵³

Diese Konfliktlösungsregel greift jedoch nur dann, wenn das Spannungsverhältnis zwischen eisenbahnrechtlicher Entgeltregulierung und Kartellschadensersatzklagen nicht anders gelöst wird oder werden kann. Für das gesamte Unionsrecht – Primärrecht wie Sekundärrecht – gilt das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV. Gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 2 EUV ergreifen die

¹⁵⁰ BNetzA, Bescheid v. 11.10.1019. Gegen diesen Bescheid ist eine Klage beim VG Köln anhängig. Siehe zur einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Rspr. u.a.: Linsmeier/Röckrath, EuZW 2019, 412, 413 f.

¹⁵¹ So auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 45 ff. – *Trassenentgelte*.

¹⁵² EuGH, Urt. v. 28.3.2019, Rs. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 – *Cogeo Communications Inc./Sport TV Portugal SA*.

¹⁵³ Ebenso BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 33 ff., 36 – *Trassenentgelte*: „Das Verhältnis von Missbrauchsverbot zu sektorspezifischer Regulierung wird – anders als das Verhältnis sektorspezifischer Entgeltkontrolle zu zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle – von Vorrang des Primärrechts gegenüber dem Sekundärrecht bestimmt.“ Siehe ferner EuGH, Urt. v. 11.4.1989, Rs. C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 45 – *Ahmed Saeed Flugreisen*.

Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Unionsorgane ergeben.

Der Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“ ist eine besondere Ausprägung des Loyalitätsgebots: Unionsrechtliche Vorschriften sind durch nationale Gerichte so auszulegen, dass ihre „praktische Wirksamkeit“ gewährleistet ist. Dieser Grundsatz gilt gleichermaßen für das Primärrecht der EU wie auch für das Richtlinienrecht. Vorbehaltlich eines nicht anders auflösbaren und deswegen nach der Vorrangregel zu entscheidenden Konflikts sind die nationalen Gerichte demnach verpflichtet, sowohl dem privaten Kartellschadensersatzanspruch als auch der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung zur vollen Wirksamkeit zu verhelfen. Wettbewerbs- und Regulierungsrecht sind, wie gezeigt, als komplementäre Regelsysteme zu verstehen. Sie sind im Lichte ihrer jeweiligen Ziele, materiell-rechtlichen Grundsätze und institutionellen Ausgestaltung in ein Kooperationsverhältnis zu stellen.¹⁵⁴ Gemeinsam sollen sie dazu beitragen, einen unverfälschten Wettbewerb im Eisenbahnmarkt und zwischen verschiedenen Verkehrsträgern sicherzustellen. Die private Kartellrechtsdurchsetzung darf die Funktionsfähigkeit und Kohärenz des Regulierungsregimes nicht zerstören. Umgekehrt kann das Eisenbahnregulierungsrecht private Kartellschadensersatzansprüche nicht ausschließen. Sie behalten auch im regulierten Bereich ihre Funktion (s.o., IV.2.b)(1)(a)). Sie sind nicht nur eine wichtige Ausprägung des Systems subjektiver Rechte, aus deren geregelter Zusammenspiel Wettbewerb entsteht. Sie stärken überdies die Anreize für den Infrastrukturbetreiber, bei der Entgeltfestsetzung die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze zu beachten, und tragen dazu bei, dass nicht langfristig überhöhte Infrastrukturnutzungsentgelte zu einer weiteren Verfestigung der Machtposition eines vertikal integrierten Infrastrukturbetreibers führen. Das Kooperationsverhältnis zwischen Regulierungsbehörden und Zivilgerichten muss daher so gestaltet sein, dass die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Schadensersatz- oder Erstattungsansprüche nicht übermäßig erschwert wird.

b) Die Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses im deutschen Recht

Diesen unionsrechtlichen Vorgaben wird bereits im geltenden Recht Rechnung getragen. Dem durch das Unionsrecht geforderten Kooperationsverhältnis zwischen Zivilgerichten und Regulierungsbehörde wird bei der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung durch § 76 ERegG ein institutioneller Rahmen gegeben. Die Vorschrift lautet:

„Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz ergeben, gilt § 90 Absatz 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit der Maßgabe entsprechend, dass an die Stelle des Bundeskartellamts und seines Präsidenten oder seiner Präsidentin die Regulierungsbehörde und ihr Präsident oder ihre Präsidentin treten“.

Deutsche Gerichte haben danach die Regulierungsbehörde über alle Rechtsstreitigkeiten zu unterrichten, deren Entscheidung ganz oder teilweise von der Anwendung der Vorschriften des ERegG oder von einer Entscheidung abhängt, die nach diesen Vorschriften zu treffen ist. Der Präsident der Regulierungsbehörde kann sodann, wenn er es zur Wahrung des öffentlichen Interesses als angemessen erachtet, aus seinem Amt eine Vertretung bestellen, die befugt ist, dem Gericht schriftliche Erklärungen abzugeben, auf Tatsachen und Beweismittel hinzuweisen, den

¹⁵⁴ Zum gleichfalls nicht immer spannungsfreien Kooperationsverhältnis zwischen privater und öffentlicher Durchsetzung der Wettbewerbsregeln siehe Schweitzer/Woeste, Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?, in: Rechtsvergleichung im Vergleich der Zeiten, Rechtsordnungen und Theorien, 36. Tagung für Rechtsvergleichung [erscheint demnächst], abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=3695965>.

Terminen beizuwohnen, in ihnen Ausführungen zu machen und Fragen an Parteien, Zeugen und Sachverständige zu stellen.

Ausweislich der Begründung zum ERegG sollte § 76 ERegG sich allerdings nur auf Streitigkeiten beziehen, „die sich aus dem ERegG ergeben“. Zivilrechtliche Streitigkeiten, in denen Normen des ERegG nur Vorfragen für Rechtsgrundlagen aus anderen Gesetzen bilden, sollten von dieser Regelung ausgenommen sein.¹⁵⁵ Aus dem Unionsrecht folgt jedoch die Pflicht der Mitgliedstaaten und aller mitgliedstaatlichen Stellen, unionsrechtlichen Vorgaben in der Rechtsanwendung Rechnung zu tragen. Dies gilt, wie gezeigt, gerade auch im Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht. Im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung ist § 76 ERegG daher dahingehend auszulegen, dass zu den „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die sich aus [dem ERegG] ergeben“, auch private Kartellschadensersatzklagen zählen können, die wegen der regulierungsrechtlichen Festsetzung von Zugangsbedingungen oder Entgelten erhoben werden, die gegen wettbewerbsrechtliche Vorgaben verstoßen.

Im Falle einer privaten Kartellschadensersatzklage, für welche die behördliche Beurteilung der regulierungsrechtlichen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Wegeentgeltregelung oder -festsetzung ein relevanter Gesichtspunkt ist, kann die Regulierungsbehörde also als *amicus curiae* auftreten und ihre Einschätzung zur Geltung bringen. Zivilgerichte sind kraft des Loyalitätsgebots (Art. 4 Abs. 3 EUV) gehalten, bei ihrer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung den Überlappungen mit dem Eisenbahnregulierungsrecht Rechnung zu tragen und die Funktionsfähigkeit des Systems der Eisenbahnregulierung zu respektieren. Ist ein Regulierungsverfahren anhängig, so kann sich aus dem Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV für Zivilgerichte die Pflicht ergeben, dessen Ausgang abzuwarten, um bei der Anwendung des Art. 102 AEUV den Zwecken und Wirkungen sektorspezifischer Regulierung Rechnung zu tragen.¹⁵⁶ Die Eigenständigkeit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung bleibt gleichwohl unberührt. Konflikte können auf diese Weise in aller Regel vermieden werden.

VI. Ergebnis

Die Untersuchung hat zeigt, dass die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche vor Zivilgerichten nicht von einer vorherigen bestandskräftigen behördlichen oder verwaltungsgerichtlichen Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit der Wegeentgelte abhängig ist bzw. abhängig gemacht werden kann.

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *CTL Logistics*, demzufolge eine gerichtliche Billigkeitskontrolle der Trassenentgelte gemäß § 315 Abs. 3 BGB vorbehaltlich einer die Billigkeitskontrolle determinierenden bestandskräftigen Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit mit der Richtlinie 2001/14/EG unvereinbar ist, lässt sich auf das Verhältnis zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und Eisenbahnregulierungsrecht nicht übertragen. Die Übertragbarkeit ist schon deswegen ausgeschlossen, weil das Unionsrecht für die beiden Konstellationen unterschiedliche Konfliktlösungsregeln bereithält: Das Richtlinienrecht der EU hat Vorrang vor nationalem Recht. Hingegen hat Unionsprimärrecht bei unauflösbaren Konflikten Vorrang vor Sekundärrecht. Zuvor ist allerdings nach einer Auslegung zu suchen, welche die praktische

¹⁵⁵ Siehe BT-Drs. 18/8334, S. 260.

¹⁵⁶ So auch BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 43 ff. - *Trassenentgelte*. Dies entspricht dem, was im Rahmen des Kooperationsverhältnisses zwischen öffentlicher Durchsetzung der Wettbewerbsregeln durch die EU-Kommission und ihrer privaten Durchsetzung durch Zivilgerichte aus Art. 16 Abs. 2 VO 1/2003 folgt: Danach müssen nationale Gerichte es vermeiden, Entscheidungen zu erlassen, die einer Entscheidung zuwiderlaufen, die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt, und haben daher ggfs. eine Aussetzung eines anhängigen Verfahrens zu prüfen.

Wirksamkeit sowohl der primärrechtlichen als auch der sekundärrechtlichen Vorschriften gewährleistet. Auf der institutionellen Seite entspricht dem die Pflicht, ein Kooperationsverhältnis zwischen den für die Regelanwendung zuständigen Stellen zu etablieren.

Überdies sind auch die Konfliktlinien, die der EuGH zwischen der Eisenbahnregulierungsrichtlinie 2001/14/EG und der gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB ausgemacht hat, keineswegs durchgängig auf das Verhältnis zwischen den Eisenbahnregulierungsrichtlinien und europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht übertragbar. So tritt die vom EuGH hervorgehobene Spannung zwischen dem an einem strikten Gleichbehandlungsgebot orientierten Eisenbahnregulierungsrecht und einer an den Interessen der Vertragsparteien im Einzelfall orientierten Billigkeitskontrolle im Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und Wettbewerbsrecht nicht auf: Die Rechtmäßigkeit der Entgelte ist nach beiden Regelregimen nicht von bilateralen Interessenlagen, sondern von den objektiven Marktgegebenheiten abhängig. Beide Regelregime gehen dabei von einem Diskriminierungsverbot aus. Im Übrigen entspricht es allgemeinen unionsrechtlichen Auslegungsprinzipien, dass sowohl das Eisenbahnregulierungsrecht als auch das Wettbewerbsrecht ihre Wechselbezüglichkeit durchgängig in Rechnung zu stellen haben. Von unauflösbaren Wertungswidersprüchen ist schon angesichts der gemeinsamen Zielsetzung, unverfälschten Wettbewerb im Schienenverkehr zu gewährleisten, nicht auszugehen. Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet alle mit der Anwendung und Durchsetzung dieser Regeln betrauten Institutionen, Wertungswidersprüche zu vermeiden, und beiden Regelregimen zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen.

Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass in der praktischen Anwendung Spannungen zwischen Eisenbahnregulierungsrecht und Wettbewerbsrecht auftreten – insbesondere dort, wo Wettbewerbs- und Regulierungsrecht weitgehend gleichlaufende oder jedenfalls überlappende Verhaltensregeln aufstellen. Dies gilt insbesondere für das beiden Regelregimen inhärente Diskriminierungsverbot. Überlappungen treten auch zwischen der anreizbezogenen Entgeltregulierung und dem Preishöhenmissbrauch auf. Sind Zivilgerichte in der kartellrechtlichen Bewertung nicht an die regulierungsrechtliche Bewertung gebunden, so können abweichende Auslegungen resultieren. Im unionsrechtlichen Gefüge sind diese Spannungen im Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht jedoch kein Systemfehler. Sie folgen vielmehr unmittelbar aus dem im Unionsrecht fest verankerten Grundsatz, dass die Wettbewerbsregeln neben einem sektorspezifischen Regulierungsrecht uneingeschränkt und eigenständig anwendbar bleiben. Die Spannung kann und soll also gerade nicht – wie dies die These von der Vorrangigkeit einer regulierungsbehördlichen Entscheidung tut – durch einen Vorrang des sektorspezifischen Regulierungsrechts ausgeräumt werden.

Es müssen allerdings praktikable Lösungen gefunden werden, um sicherzustellen, dass nicht unterschiedliche zivilgerichtliche Urteile über Kartellschadensersatzklagen ständige regulierungsrechtliche Anpassungen der Entgeltregelungen erzwingen. Die Gefahr, dass zivilgerichtliche Urteile direkt in geltende Entgeltregelungen oder -festsetzungen eingreifen, ist allerdings gering: Zivilgerichtliche Klagen, die unmittelbar auf eine Anpassung der Entgeltstruktur gerichtet sind, sind nach dem ERegG ausgeschlossen (s.o., IV.2.a)). Nach dem AEG a.F. wären sie wohl möglich gewesen; auch hier entsprach dies allerdings nicht der Praxis. Die Zivilgerichte sind vielmehr ausschließlich mit zivilrechtlichen Folgeansprüchen befasst, die sich aus wettbewerbsrechtswidrigen Entgeltregelungen oder -festsetzungen ergeben. Kartellrechtlich begründete Schadensersatz- bzw. Erstattungsklagen werden typischerweise mit einem so erheblichen zeitlichen Abstand geltend gemacht, dass sie sich – jedenfalls zum Zeitpunkt des Urteils – auf nicht mehr in Kraft befindliche Entgeltregelungen und -festsetzungen beziehen. Die Zivilgerichte bleiben nach Art. 4 Abs. 3 EUV (Loyalitätsgebot) verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung der Wettbewerbsregeln zur vollen Wirksamkeit der

Eisenbahnrichtlinien beizutragen, sofern dies ohne Konflikt mit den primärrechtlichen Wettbewerbsregeln möglich ist. Die BNetzA kann sich bei unionsrechtskonformer Auslegung von § 76 ERegG als *amicus curiae* an den Zivilverfahren beteiligen (§ 76 ERegG i.V.m. § 90 Abs. 1 und Abs. 2 GWB). Eine Notwendigkeit, die Wegeentgelte an die zivilgerichtliche Rechtsprechung anzupassen, besteht nur dann, wenn sich aus dem Wettbewerbsrecht weitergehende Begrenzungen für die Wegeentgeltgestaltung ergeben als aus dem Regulierungsrecht. Die Pflicht zur Anpassung der Regulierung folgt dann aus der allgemeinen Bindung an die Wettbewerbsregeln. Das System der Entgeltregulierung wird hierdurch in seiner Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt.

Dasselbe gilt für Vergleichsverhandlungen in kartellzivilrechtlichen Verfahren. Die eisenbahnrechtliche Vorgabe, dass Verhandlungen über die „richtige“ Höhe der Wegeentgelte nur unter Aufsicht der Regulierungsstelle erfolgen sollen, die dabei über die Einhaltung der Richtlinienbestimmungen wacht (Art. 30 Abs. 3 S. 2 und 3 Richtlinie 2001/14/EG; Art. 56 Abs. 6 Richtlinie 2012/34/EU), soll Verletzungen des Diskriminierungsverbots bei laufend erhobenen Wegeentgelten vorbeugen. Geht es um Verhandlungen über Schadensersatz- oder Erstattungsansprüche, ist die Aufsicht der Regulierungsbehörde nicht in gleicher Weise geboten. Wird einem klagenden Zugangsberechtigten ein wettbewerbsrechtlich begründeter Erstattungs- oder Schadensersatzanspruch zugesprochen, so verstößt dies nicht gegen das regulierungsrechtliche Diskriminierungsverbot: Dieses soll gleiche Wettbewerbschancen zwischen den Zugangsberechtigten gewährleisten. Diese sind aber nur dann beeinträchtigt, wenn Zugangsberechtigte im laufenden Betrieb unterschiedlich hohe Gebühren zahlen müssen. Eine Schadensersatzzahlung *ex post* beeinträchtigt das „*level playing field*“ nicht.¹⁵⁷ Dass die Funktionsfähigkeit des Regulierungsregimes eine regulierungsbehördliche Aufsicht in Vergleichsverhandlungen über zivilrechtliche Folgeansprüche nicht erfordert, wird auch darin deutlich, dass die BNetzA nach eigener Rechtsauffassung hinsichtlich von nachträglichen Erstattungs- oder Schadensersatzansprüchen über gar keine Zuständigkeit verfügt. Die im deutschen Recht vorgesehene *amicus curiae*-Stellung der BNetzA im Rahmen von Zivilverfahren (siehe § 76 ERegG i.V.m. § 90 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) ermöglicht es ihr auch in diesem Zusammenhang gleichwohl, ihre eigene regulierungsrechtliche Beurteilung zur Geltung zu bringen. Dies reicht aus, um ein kooperatives Zusammenspiel zwischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht auch institutionell sicherzustellen.

Der unionsrechtlichen Verpflichtung, die Wechselbezüglichkeit von Regulierungs- und Wettbewerbsrecht bei deren Auslegung zu berücksichtigen und institutionell für ein funktionsfähiges Kooperationsverhältnis zu sorgen, wird danach im deutschen Recht bereits vollständig Rechnung getragen. Würden private Kartellschadensersatzklagen von einer vorherigen bestandskräftigen Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit der Wegeentgelte abhängig gemacht, so würde dies den „*effet utile*“ der europäischen Wettbewerbsregeln verletzen – nämlich die aus diesem Grundsatz folgende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den durch Wettbewerbsverstöße Geschädigten einen Schadensersatzanspruch zu gewähren und die Verfahrensmodalitäten so auszugestalten, dass sie dessen Geltendmachung nicht übermäßig erschweren oder unmöglich machen. Das Erfordernis einer für die wettbewerbsrechtliche Bewertung vorgegriffenen und bindenden Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit der Wegeentgelte würde die Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche immer dann unmöglich machen, wenn diese gegen Wettbewerbsrecht verstoßen, obwohl sie regulierungsrechtlich rechtmäßig sind. Dass dies möglich bleibt, folgt aber eben aus dem Grundsatz, dass das Wettbewerbsrecht neben

¹⁵⁷ Siehe ferner BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 40 – *Tras-senentgelte*: „Wollte man die von Art. 102 AEUV gewährten Rechte dem Kollektiv der Zugangsberechtigten unterordnen, stünde dies in unauflösbarem Widerspruch zu der primärrechtlich begründeten individuellen Befugnis der Marktteilnehmer zur zivilrechtlichen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln“.

dem Regulierungsrecht eigenständig anwendbar bleibt. Dies gilt nicht nur dort, wo das Wettbewerbsrecht Gefahrenlagen für den Wettbewerb – etwa spezifische Behinderungs- und Verdrängungsstrategien – erfasst, die vom Regulierungsrecht nicht erfasst werden. Es gilt auch dort, wo sich Wettbewerbs- und Regulierungsrecht weitgehend überlappen. Eine widerspruchsfreie Auslegung beider Regelungsmaterien soll nach dem unionsrechtlichen System in solchen Fällen eben nicht durch einen Ausschluss der Anwendung der Wettbewerbsregeln erreicht werden, sondern durch ein kooperatives Zusammenspiel der für die Anwendung und Auslegung zuständigen Institutionen – mit der Maßgabe, dass die primärrechtlich verankerten Wettbewerbsregeln im Fall eines anderweitig nicht auflösbaren Konflikts Vorrang beanspruchen.

Durch das Erfordernis eines behördlichen Vorab-Verfahrens mit Bindungswirkung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung würde außerdem der Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln ausgehebelt: Die Geltung und Geltendmachung der Wettbewerbsregeln und der mit ihnen verbundenen Folgeansprüche ist eben nicht von einer vorherigen behördlichen Entscheidung abhängig. Dieser Grundsatz, der sich zunächst primär auf die Geltung der Wettbewerbsregeln unabhängig von einer vorherigen wettbewerbsbehördlichen Entscheidung bezog, muss umso mehr für regulierungsbehördliche Entscheidungen gelten: Das Erfordernis einer vorherigen regulierungsbehördlichen Entscheidung und ihrer Verbindlichkeit für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung würde den Grundsatz, dass die regulierungsrechtliche Beurteilung für die wettbewerbsrechtliche Würdigung zwar instruktiv, aber rechtlich nicht voreingreiflich ist, auf den Kopf stellen. Der private Kartellschadensersatzanspruch würde zu einem Durchsetzungsinstrument für Schadensersatz- bzw. Erstattungsansprüche bei regulierungsrechtswidrigen Entgelten. Bei eigenständigen Wettbewerbsrechtsverletzungen fiel er aber aus.

Da das Erfordernis einer vorherigen behördlichen Feststellung der Regulierungsrechtswidrigkeit bereits eindeutig gegen den Grundsatz der eigenständigen und parallelen Anwendung der Wettbewerbsregeln neben sektorspezifischem Regulierungsrecht und gegen den „*effet utile*“ der Wettbewerbsvorschriften verstieße, bedarf es einer Berufung auf eine Verletzung der Garantie des effektiven Rechtsschutzes in Art. 47 Grundrechtecharta eigentlich nicht mehr. Auch diese aber wäre verletzt, wenn die Geltendmachung von kartellrechtlich begründeten Schadensersatz- oder Erstattungsansprüchen von einem behördlichen „Vorverfahren“ abhängig gemacht würde (s.o., V.2.b(3)).

VII. Acte Clair

In einigen instanzgerichtlichen Verfahren stellt sich die Frage, ob es sich bei der Feststellung, dass die Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Erstattungs- oder Schadensersatzansprüche vor Zivilgerichten keine vorherige bestandskräftige regulierungsrechtliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit der Wegeentgelte voraussetzt, um einen „*acte clair*“ handelt, oder ob diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen ist. Nach dem Gesagten kann an der Antwort kein Zweifel mehr bestehen.

Auch der BGH hat in seinem Urteil v. 29.10.2019 festgestellt, dass es im „Hinblick auf die aus dem Primärrecht (Art. 102 AEUV) abgeleiteten subjektiven Rechte der Klägerin [...] keinem vernünftigen Zweifel [unterliegt], dass Art. 102 AEUV sowie die Anspruchsgrundlagen des nationalen Rechts, die zur Verwirklichung der aus dem Missbrauchsverbot abgeleiteten Rechte erforderlich sind, unabhängig davon Anwendung finden, ob die Richtlinie 2001/14/EG und in deren Umsetzung § 14 Abs. 1 Satz 1 AEG aF die Beklagte auf die Erhebung

nichtdiskriminierender Wegenutzungsentgelte verpflichtet und die von der Beklagten geforderten Entgelte einer Kontrolle durch die Bundesnetzagentur unterwirft“.¹⁵⁸

Dem BGH ist zuzustimmen. Würden Zivilgerichte über kartellzivilrechtliche Schadensersatz- bzw. Erstattungsansprüche erst auf der Grundlage eines die Regulierungsrechtswidrigkeit rechtskräftig feststellenden behördlichen Bescheids entscheiden, so würde damit in offenkundiger Weise gegen grundlegende primärrechtlich verankerte Strukturentscheidungen des Unionsrechts verstoßen:

Zum einen würde die in der Rechtsprechung des EuGH in ständiger Rechtsprechung bestätigte parallele und eigenständige Fortgeltung des Wettbewerbsrechts neben dem sektorspezifischen Regulierungsrecht missachtet. Der Umstand, dass auf diese Weise „nur“ die aus dem Wettbewerbsverstoß folgenden privatrechtlichen Ansprüche von der regulierungsrechtlichen Bewertung abhängig gemacht, kann an der Bewertung nichts ändern: Kartellschadensersatzansprüche partizipieren nach ebenfalls ständiger und klarer Rechtsprechung in vollem Umfang am „*effet utile*“ der Wettbewerbsregeln.

Zum zweiten würde die Vorgreiflichkeit einer regulierungsrechtlichen Entscheidung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung die praktische Wirksamkeit der Kartellschadensersatzansprüche und damit der Wettbewerbsregeln schwer beeinträchtigen, weil – ungeachtet einer weitreichenden Kompatibilität und Komplementarität – kein notwendiger Gleichlauf zwischen der regulierungsrechtlichen und der kartellrechtlichen Bewertung besteht: Ein Wegeentgelt kann auch dann gegen Wettbewerbsrecht verstoßen, wenn dieses regulierungsrechtlich rechtmäßig war. Im Falle eines Konflikts zwischen Primärrecht und Sekundärrecht genießt das Primärrecht Vorrang. Die parallele Anwendung von Primär- und Sekundärrecht in der in diesem Gutachten skizzierten Weise gefährdet die Funktionsfähigkeit des in der Richtlinie 2001/14/EG und heute in der Richtlinie 2012/34/EU verankerten eisenbahnrechtlichen Regimes der Entgeltfestsetzung jedoch gar nicht: Der deutsche Gesetzgeber hat mit der *amicus curiae*-Stellung der Regulierungsbehörde bereits ein angemessenes Instrument zur Auflösung der Spannungen vorgesehen.

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 29.10.2019, KZR 39/19, ECLI:DE:BGH:2019:291019UKZR39.19.0, Rn. 48 – *Trassenentgelte*.