

Torsten Körber

Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht

Überlegungen zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht
nach Maßgabe der Urteile „CTL Logistics“ (EuGH) und
„Trassenentgelte“ (BGH)



Nomos

Kartell- und Regulierungsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker

Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß

Band 37

Torsten Körber

Regulierte Eisenbahntarife und Kartellrecht

Überlegungen zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht
nach Maßgabe der Urteile „CTL Logistics“ (EuGH) und
„Trassenentgelte“ (BGH)



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6933-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-1021-3 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Das Verhältnis der regulierungsbehördlichen zur zivilgerichtlichen Entgeltkontrolle hat Wissenschaft und Praxis schon sehr häufig beschäftigt. Es war und ist Gegenstand zahlreicher laufender Gerichtsverfahren. Diese Problematik stellt sich nicht nur im Verkehrssektor, sondern auch in anderen regulierten Wirtschaftsbereichen wie Telekommunikation und Energie. Lange Zeit galt es als ausgemacht, dass die Zivilgerichte über die Kompetenz verfügen, auch regulierte Entgelte einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB sowie einer Kontrolle am Maßstab des deutschen und europäischen Kartellrechts zu unterziehen. Das änderte sich jedenfalls für den Bereich des Eisenbahnverkehrs mit dem Urteil *CTL Logistics* vom 9. November 2017, in welchem der EuGH klarstellte, dass eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle in Bezug auf Entgelte, welche dem Eisenbahnregulierungsrecht unterliegen, nicht unionsrechtskonform sei, weil sie das in der Regulierungsrichtlinie 2001/14/EG vorgesehene System der behördlichen Entgeltkontrolle störe und die (unbeschadet verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung) alleinige Prüfkompetenz der BNetzA unterlaufe.

Schon die Vorgeschichte des Urteils unterstreicht, wie kontrovers die behandelten Fragen sind: Der BGH war viele Jahre lang davon ausgegangen, dass eine zivilgerichtliche Entgeltkontrolle (nach § 315 BGB wie nach Kartellrecht) „ohne vernünftigen Zweifel“ mit dem EU-Regulierungsrecht vereinbar sei und hatte daher auch eine Vorlage an den EuGH unter Berufung auf die *acte clair*-Doktrin abgelehnt. Das BVerfG hatte dies 2015 anders gesehen und ein Vorabentscheidungsersuchen des BGH an den EuGH erzwungen, das 2016 erfolgt ist. Noch bevor der EuGH darüber entscheiden konnte, hatte der EuGH dann 2017 auf eine Vorlage des LG Berlin hin im Urteil *CTL Logistics* judiziert und damit zugleich die Auffassung des BGH verworfen. Der EuGH ist dabei nicht den Schlussanträgen des Generalanwalts gefolgt, der (wie der BGH) keinen Konflikt der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle mit dem Richtlinienrecht gesehen hatte.

Auch nach dem *CTL Logistics*-Urteil sind viele Fragen offen. Die Vorlagefragen des LG Berlin hatten sich allein auf die zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach dem BGB bezogen. Der EuGH hat daher nicht explizit zum Verhältnis von Regulierungsrecht und Kartellrecht judiziert. Daraus ergibt sich die Frage, ob eine Kontrolle von regulierungsbehördlich gebilligten bzw. genehmigten Eisenbahntentgelten durch die Zivilgerichte weiterhin

Vorwort

möglich bleibt oder ob sich aus dem *CTL Logistics*-Urteil auch insoweit eine Sperrwirkung der Richtlinien und ein Vorrang der regulierungsbehördlichen Kontrolle ableiten lässt. Mehrere Landgerichte und das OLG Dresden hatten im zweiten Sinne judiziert und Klagen auf der Basis kartellrechtlicher Verbotsnormen und Anspruchsgrundlagen verworfen. Der BGH ist dem am 29. Oktober 2019 im Urteil *Trassenentgelte* entgegengetreten und hat die Auffassung geäußert, dass jedenfalls eine zivilgerichtliche Kontrolle am Maßstab des Art. 102 AEUV in Verbindung mit § 812 BGB oder § 33 GWB sogar dann „ohne vernünftigen Zweifel“ möglich und zum Schutz der Rechte der Entgeltadressaten geboten sei, wenn dadurch das Funktionieren des Eisenbahnregulierungsrechts beeinträchtigt werde. Art. 102 AEUV gehe nämlich als Norm des EU-Primärrechts den EU-Eisenbahnrichtlinien vor.

Vor diesem Hintergrund hat die DB Netz AG ein Gutachten in Auftrag gegeben, um diese Fragen zu klären. Der vorliegende Band gibt dieses Gutachten in ungekürzter Fassung wieder. Das Gutachten wurde im Mai 2020 vorgelegt. Es bezieht sich allein auf das Verhältnis von Eisenbahnregulierungsrecht und Kartellrecht, insbesondere im Spannungsfeld der EuGH-Entscheidungen *CTL Logistics*, *Deutsche Telekom* und *Crehan/Courage*. Die nicht minder spannende Frage, ob sich die vom EuGH in *CTL Logistics* entwickelten Grundsätze auch auf andere regulierte Sektoren wie Telekommunikation und Energie übertragen lassen, war nicht Gegenstand des Untersuchungsauftrags und muss daher anderen Studien vorbehalten bleiben.

Torsten Körber, Köln im Juni 2020

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangspunkt	11
I. Problemstellung und Prüffragen der DB Netz AG vom 17.12.2019	11
II. Struktur des Gutachtens	14
B. EuGH-Rechtsprechung zu Eisenbahnregulierung und zivilgerichtlicher Kontrolle	15
I. Vorabentscheidungsersuchen des LG Berlin (2015)	15
II. Das Urteil CTL Logistics des EuGH (2017)	17
III. Das Urteil Deutsche Lufthansa des EuGH (2019)	21
C. Rezeption des Urteils CTL Logistics	23
I. Instanzgerichtliche Rechtsprechung	23
II. Monopolkommission	26
III. Literatur	27
1. Argumente für eine Übertragbarkeit der CTL Logistics-Grundsätze	27
2. Argumente gegen eine Übertragbarkeit der CTL Logistics-Grundsätze	28
IV. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	31
1. Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH (2016)	31
2. Beschluss Stationspreissystem (2019)	32
3. Urteil Trassenentgelte (2019)	33
D. Reichweite und Grenzen kartellzivilgerichtlicher Kontrolle	41
I. Fehlen eindeutiger Regelungen zum Verhältnis von Eisenbahnrecht und Kartellrecht	41
1. Nationales Recht	41
2. Unionsrecht	43
a) Sekundärrecht	43
b) Primärrecht	45

Inhaltsverzeichnis

II. Wortlaut der CTL Logistics-Entscheidung	46
III. Übertragbarkeit der CTL Logistics-Grundsätze auf die Kartellzivilgerichtsbarkeit	49
1. Konflikt mit dem Diskriminierungsverbot und eigenständiger Anwendungsbereich	49
a) Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsverzerrung	50
b) Eigenständige, vom Regulierungsrecht abweichende Kriterien	51
c) Ergebnis	53
2. Konflikt mit der zentralen Überwachung durch die zuständige Regulierungsstelle	54
a) Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers	54
b) Ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsstelle	58
c) Vermeidung unkoordinierter Rechtswege	61
d) Fazit	64
3. Ergebnis	64
IV. Vorrang des Art. 102 AEUV und seiner privaten Durchsetzung?	65
1. Unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV	65
2. Verhältnis des Art. 102 AEUV zum Regulierungsrecht	69
a) Bindungswirkung im Verhältnis von EU-Kommission, nationalen Behörden und nationalen Gerichten	69
aa) Unabhängigkeit der Kommission von Entscheidungen nationaler Stellen	69
bb) Bindung nationaler Gerichte an Entscheidungen der Kartellbehörden	70
cc) Bindung nationaler Gerichte an Entscheidungen der Regulierungsbehörden	71
dd) Bindung der Regulierungsbehörden an Art. 102 AEUV	73
b) Vorrang des Art. 102 AEUV oder wechselseitige Beeinflussung von Kartell- und Regulierungsrecht?	74
c) Konsequenzen der wechselseitigen Beeinflussung für die Rechtsdurchsetzung	78
aa) Durchsetzung des Kartellrechts	79
bb) Durchsetzung des Eisenbahnregulierungsrechts	79

cc) Durchsetzung des Kartellrechts im Anwendungsbereich des Eisenbahnregulierungsrechts?	80
(1) EU-Kommission	80
(2) Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, insbesondere Bundeskartellamt	81
(3) Gerichte der Mitgliedstaaten	85
3. Bedeutung und Grenzen der privaten Durchsetzung des Art. 102 AEUV	87
a) EuGH-Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz	88
b) Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU	90
c) Folgerungen des BGH im Urteil Trassenentgelte	91
d) Regulierungsbehördliche Durchsetzung des Eisenbahnrechts vs. private Kartellrechtsdurchsetzung?	93
aa) Institutioneller Schutz des Wettbewerbs vs. Regulierungsrecht?	93
bb) Schutz subjektiver Rechte vs. Regulierungsrecht?	97
4. Ergebnis	102
E. Gesamtergebnis	105
Anhang: Eisenbahnrechtliche Gesetzestexte	109

