

**Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht**

Band 1

**Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle
nach § 315 BGB und europäisches
Eisenbahnregulierungsrecht**

Von

Markus Ludwigs



Duncker & Humblot · Berlin

MARKUS LUDWIGS

Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle
nach § 315 BGB und europäisches
Eisenbahnregulierungsrecht

Schriften zum Deutschen
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von
Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Band 1

Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und europäisches Eisenbahnregulierungsrecht

Von

Markus Ludwigs



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 2198-0632

ISBN 978-3-428-14287-3 (Print)

ISBN 978-3-428-54287-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84287-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort der Herausgeber

Die mit dem vorliegenden Band 1 eröffneten *Schriften zum Deutschen und Europäischen Infrastrukturrecht (SDEI)* verfolgen das Ziel, die dynamische Rechtsmaterie in ihrer gesamten Breite abzudecken. Sie bieten eine Plattform für herausragende Dissertationen, Monographien und Sammelbände. Schwerpunkte sollen neben dem innovativen Feld des netzbezogenen Regulierungsrechts auch klassische Materien wie das Raumordnungs-, Bauplanungs- und Fachplanungsrecht sowie infrastrukturbezogene Fragen des Umweltrechts bilden. Die SDEI wollen zur weiteren Durchdringung dieser Teilgebiete beitragen und richten sich hierzu in gleichem Maße an Wissenschaftler und Praktiker.

Das Projekt einer neuen Schriftenreihe steht und fällt mit der Unterstützung des Verlegers. Herr Dr. *Florian R. Simon*, LL.M., hat die Idee von Beginn an mit großer Begeisterung gefördert und ihre rasche Umsetzung ermöglicht. Hierfür und für die vertrauensvolle Zusammenarbeit danken wir ihm sehr herzlich.

Würzburg, im November 2013

Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Vorwort des Autors

Das Verhältnis zwischen sektorspezifischem Regulierungsrecht und zivilrechtlicher Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB wird in Rechtsprechung und Literatur bereits seit Längerem kontrovers diskutiert. Im Eisenbahnsektor hat die Debatte mit den jüngsten Urteilen des EuGH zur Umsetzung des Ersten Eisenbahnpakets eine neue Dynamik gewonnen. Schlagartig ist hierdurch die bislang weitgehend ausgeblendete unionsrechtliche Dimension der Thematik in den Fokus gerückt. Die vorliegende Schrift analysiert die europarechtlichen Einwände gegen eine Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte und beleuchtet die Konsequenzen der Unionsrechtswidrigkeit. Sie geht auf ein Rechtsgutachten zurück, das ich im Sommer 2013 für die Deutsche Bahn Netz AG erstattet habe.

Sehr herzlich danken möchte ich Herrn Dr. *Florian R. Simon*, LL.M., für die zeitnahe Realisierung der Publikation und die angenehme Zusammenarbeit. Meiner Frau, Privatdozentin Dr. *Kathrin Kroll-Ludwigs*, schulde ich nicht nur Dank für Geduld und Verständnis, sondern auch für wertvolle fachliche Diskussionen.

Würzburg, im November 2013

Markus Ludwigs

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
I. Hintergrund	15
II. Gang der Darstellung	16
B. Ausgangslage	18
I. Grundkonflikt	18
II. Überblick zum Meinungsstand	19
1. Eisenbahnsektor	19
a) Entwicklungslinien der Judikatur	19
b) BGH, Urt. v. 18.10.2011 – KZR 18/10 – Stornierungsentgelt	20
c) Folgerechtsprechung der Zivilgerichte	22
d) Neue Impulse durch die aktuelle EuGH-Judikatur	23
e) Diskussion im Schrifttum	24
2. Vergleich mit den anderen Netzsektoren	24
a) Weitgehender Ausschluss der Billigkeitskontrolle im TK-Sektor	25
b) Rechtsprechung des BGH im Energiesektor	26
III. Besonderheiten des Eisenbahnrechts	29
1. Spezifische Ausgestaltung des Grundsatzes der Kostenorientierung	29
2. Betonung der eigenen unternehmerischen Rolle des Infrastrukturbetreibers	31
IV. Fazit	32

C. Regulierungsrechtlicher Individualrechtsschutz	33
I. Rechtsschutzsystem im Eisenbahnsektor	33
1. Überblick zum Antragsverfahren nach § 14 f Abs. 2 AEG	33
2. Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes	34
II. Vergleich mit dem Energiesektor	37
III. Fazit	39
D. Unionsrechtswidrigkeit einer Anwendung von § 315 BGB	40
I. Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers bei der Entgeltberechnung	40
1. Normative Verankerung und Anerkennung in der EuGH-Judikatur	40
a) Schlussanträge von Generalanwalt Jääskinen	41
b) Urteile des EuGH	42
c) Kritische Würdigung	42
d) Bezugspunkt der Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers	43
2. Folgen einer zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle	44
a) Kritische Würdigung der Sichtweise des KG Berlin	44
b) Unbilligkeitsfeststellung und Ersatzleistungsbestimmung	45
3. Konsequenzen	46
a) Methodische Prämissen	46
b) Sichtweise des KG Berlin	48
c) § 315 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 und 2 BGB als „untrennbare Einheit“	48
4. Zwischenfazit	50
II. Maßstabsexklusivität des eisenbahnrechtlichen Entgeltsystems	50
1. Divergierende Grundkonzeption der Prüfungsmaßstäbe	50
2. Vorrang des eisenbahnrechtlichen Entgeltmaßstabs	53
3. Übertragbarkeit auf den Zugang zu Serviceeinrichtungen	55
4. Zwischenfazit	56

III. Sektorspezifisches Diskriminierungsverbot	57
1. Normative Verankerung und Beeinträchtigung	57
2. Grenzen der sachlichen Rechtfertigung	58
3. Zwischenfazit	59
IV. Verfahrensrechtlicher Vorrang des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzes	60
1. Überprüfungsmonopol der nationalen Regulierungsstelle	60
2. Infragestellung durch eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle	62
a) Bedeutungsminimierung der regulierungsbehördlichen Kontrolle	62
b) Widersprüchliche Signale an die Eisenbahnunternehmen	64
3. Gebot des effektiven Rechtsschutzes	64
4. Zwischenfazit	66
V. Organisationsrechtliche Einzigkeit der Zuständigkeit	66
1. Begrenzung auf eine einzige Regulierungsstelle	66
2. Handeln der Zivilgerichte als Regulierungsstelle	66
a) Abgrenzung von Rechtsprechung und Verwaltung	67
b) Einordnung der richterlichen Entscheidung im Rahmen von § 315 BGB ...	68
3. Zwischenfazit und Konsequenzen	72
VI. Fazit	72
E. Konsequenzen	73
I. Handlungsmöglichkeiten der Zivilgerichte	73
II. Verfassungsrechtliche Konsequenzen einer Vorlagepflichtverletzung	74
III. Fazit	75
F. Zusammenfassung in zehn Thesen	77
Literaturverzeichnis	80
Sachverzeichnis	86

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere/r Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des Öffentlichen Rechts
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNetzA	Bundesnetzagentur
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Deutsche Bahn
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
dpa	Deutsche Presse-Agentur
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
eds.	editors
EG	Europäische Gemeinschaft(en)/EG-Vertrag
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EIBV	Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung
EIU	Eisenbahninfrastrukturunternehmen
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EN	englisch
endg.	endgültig
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz

ES	spanisch
EU	Europäische Union, European Union
EuGH	Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Singular)
ff.	folgende (Plural)
Fn.	Fußnote
FR	französisch
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Grundrechte-Charta
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin(nen)
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
IR	InfrastrukturRecht
i.S	im Sinne
IT	italienisch
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Europäische Kommission
krit.	kritisch/kritischer
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	littera
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung (Lindenmaier-Möhring)
MMR	MultiMedia und Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N&R	Netzwirtschaften und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PostG	Postgesetz
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache(n)
r. Sp.	rechte Spalte

Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite/Satz
Schlussantr.	Schlussanträge
Slg.	Sammlung
sog.	so genannt(e/er/en)
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
SPS	Stationspreissystem
Spstr.	Spiegelstrich
str.	strittig, streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem/und andere
UA	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Verf.	Verfasser
VersorgW	Versorgungs Wirtschaft
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VRR	Verkehrsverbund Rhein-Ruhr
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (online)
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZV	Zweckverband

A. Einleitung

I. Hintergrund

Die Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte zählt zu den meistdiskutierten und praktisch bedeutsamsten Fragen des Eisenbahnregulierungsrechts. Im Fokus steht dabei insbesondere das Verhältnis zwischen der zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle einerseits und den Regulierungsbefugnissen der BNetzA nach den §§ 14e und 14 f AEG¹ andererseits. Nachdem der BGH mit Urteil vom 18. Oktober 2011 für eine parallele Anwendbarkeit votiert hatte², schien die Diskussion zunächst beendet. Die Entscheidung blieb indes auf eine Bewertung der einfach-gesetzlichen Rechtslage beschränkt und traf keine Aussage zur *Unionsrechtskonformität* einer neben das Eisenbahnregulierungsrecht (insb. §§ 14 ff. AEG, 21 ff. EIBV³) tretenden Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB.

Die Bedeutung der europarechtlichen Vorgaben ist nunmehr durch die jüngsten Urteile des EuGH zur Umsetzung des *Ersten Eisenbahnpakets*⁴ verstärkt in den Vordergrund gerückt. Obgleich die Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte hier nicht direkt auf dem Prüfstand stand, haben die Aussagen von Generalanwalt *Jääskinen* und des Gerichtshofs zur Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers⁵ und zur Komplexität des eisenbahnrechtlichen Entgeltsystems⁶ der Diskussion neue Impulse verliehen. Im Schrifttum ist sogar bereits der Rückschluss auf die Unionsrechtswidrigkeit einer neben das Eisenbahnregulierungsrecht

¹ Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) v. 27.12.1993, BGBl. I S. 2378, 2396 (1994 I S. 2439), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 153 und Art. 4 Abs. 120 des Gesetzes v. 7.8.2013, BGBl. I S. 3154.

² BGH, Ur. v. 18.10.2011 – KZR 18/10, NVwZ 2012, 189 Rn. 14 ff. – Stornierungsentgelt.

³ Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) v. 3.6.2005, BGBl. I S. 1566; zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 123 des Gesetzes v. 22.12.2011, BGBl. I S. 3044.

⁴ Für einen Überblick: *Kühling*, N&R 2013, 139 ff.

⁵ s. insb. EuGH, Ur. v. 28.2.2013, Rs. C-483/10, Rn. 37 ff. – Kommission/Spanien; EuGH, Ur. v. 11.7.2013, Rs. C-545/10, Rn. 33 ff. – Kommission/Tschechien; zuletzt EuGH, Ur. v. 3.10.2013, Rs. C-369/11, Rn. 39 ff. – Kommission/Italien; GA *Jääskinen*, Schlussantr. v. 6.9.2012, Rs. C-483/10, Rn. 41 ff. – Kommission/Spanien; Schlussantr. v. 13.12.2012 – Rs. C-545/10; Rn. 37 ff. – Kommission/Tschechien; ausführlich unter D.I.

⁶ Vgl. EuGH, Ur. v. 28.2.2013, Rs. C-556/10, NVwZ 2013, 494 Rn. 79 ff. – Kommission/Deutschland; GA *Jääskinen*, Schlussantr. v. 6.9.2012, Rs. C- 556/10, Rn. 76 – Kommission/Deutschland; Schlussantr. v. 13.12.2012, Rs. C-545/10, Rn. 60 – Kommission/Tschechien; näher unter D.II.

tretenden Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB gezogen worden.⁷ Die Zivilgerichte sind dem bislang indes nicht gefolgt und haben auch noch keine Klärung im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 267 AEUV an den EuGH veranlasst. Erst jüngst hat der BGH eine unionsrechtlich begründete Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in einem Berufungsurteil des OLG München⁸ ohne nähere Begründung (§ 544 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 ZPO) zurückgewiesen.⁹ Implizit verneinte das Gericht damit zugleich eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV. Die daraufhin von der DB NetzAG unter Rekurs auf das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) erhobene Verfassungsbeschwerde bildet den Hintergrund der vorliegenden Untersuchung.

Die Praxis der Zivilgerichte wirft zwei Fragen auf: Zum einen ist grundlegend klärungsbedürftig, ob eine Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte mit den Vorgaben des europäischen Eisenbahnregulierungsrecht im Einklang steht. Sollte dies zu verneinen sein, wäre *zweitens* zu diskutieren, welche Handlungsmöglichkeiten den Zivilgerichten verbleiben und ob eine Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 267 Abs. 3 AEUV zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG begründet. Beide Problemkreise sind insoweit untrennbar miteinander verflochten, als die auf der ersten Stufe festgestellte Eindeutigkeit eines Unionsrechtsverstosses zugleich Rückwirkungen für die – vom BVerfG auf einen Willkürmaßstab reduzierte¹⁰ – Prüfung des grundrechtsgleichen Rechts Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entfaltet.

II. Gang der Darstellung

Die derart bezeichnete Problemstellung ist in *vier Schritten* aufzulösen. Auf einer *ersten Stufe* gilt es, die rechtliche Ausgangslage zu skizzieren [B.]. Dabei soll zum einen der Grundkonflikt zwischen einer regulierungsbehördlichen Überprüfung (mit *nachgeschaltetem* Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten) und einer parallelen Kontrolle durch die Zivilgerichte herausgearbeitet werden. Zum anderen ist ein Überblick zum Meinungsstand hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte zu geben und nach den Besonderheiten des Eisenbahnrechts in Abgrenzung von den anderen Netzsektoren zu fragen.

In einem *zweiten Schritt* wird das System des regulierungsrechtlichen Individualrechtsschutzes daraufhin beleuchtet, ob bereits auf diesem Wege ein effektiver Rechtsschutz der Eisenbahnverkehrsunternehmen gewährleistet wird [C.]. Sollte dies zu bejahen sein, könnte eine parallele Anwendung von § 315 BGB auf Infra-

⁷ *Leitzke*, N&R 2013, 70 (73 ff.).

⁸ OLG München, Urt. v. 23.2.2012 – U 3365/11 Kart (juris).

⁹ KZR 17/12, BeckRS 2013, 08384.

¹⁰ Exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 31.5.1990 – 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, BVerfGE 82, 159 (194 ff.) – Absatzfonds; näher unter E.II.

strukturnutzungsentgelte jedenfalls nicht mit der Schließung einer Rechtsschutzlücke begründet werden.

Das *Herzstück der Untersuchung* bildet sodann *drittens* die Auseinandersetzung mit den möglichen unionsrechtlichen Einwänden gegen eine Anwendung von § 315 BGB auf Infrastrukturnutzungsentgelte [D.]. Im Einzelnen sind hier fünf Kritikpunkte zu entfalten, die von der *Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers* bei der Entgeltberechnung über die *Maßstabsexklusivität des eisenbahnrechtlichen Entgeltsystems* und das *sektorspezifische Diskriminierungsverbot* bis hin zum verfahrensrechtlichen *Vorrang des regulierungsrechtlichen Rechtsschutzes* und der organisationsrechtlichen *Einzigkeit der Zuständigkeit* im Rahmen der Eisenbahnregulierung reichen. Den zentralen Prüfungsmaßstab bildet die *Eisenbahnzugangs-RL 2001/14/EG*.¹¹ Diese wurde zwar mit Wirkung vom 15. Dezember 2012 durch die Richtlinie 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums aufgehoben.¹² Die Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten bleibt hiervon aber nach der expliziten Regelung in Art. 65 Satz 1 RL 2012/34/EU unberührt. Dies kann nur im Sinne einer *Fort- bzw. Nachwirkung* der RL 2001/14/EG bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der neuen RL 2012/34/EU am 16. Juni 2015 bzw. (sofern vorfristig) dem Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Umsetzung gedeutet werden. Die Eisenbahnzugangs-RL ist für die Auslegung des nationalen Umsetzungsrechts also weiterhin beachtlich¹³ und steht daher im Fokus dieser Untersuchung.

Zum Vierten und abschließend ist nach den Konsequenzen der Unionsrechtswidrigkeit einer neben das Eisenbahnregulierungsrecht tretenden zivilgerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zu fragen [E.]. Hier sind sowohl die bestehenden Handlungsmöglichkeiten der Zivilgerichte als auch die verfassungsrechtlichen Konsequenzen einer Verletzung der Vorlagepflicht auszuleuchten.

¹¹ Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. 2001, Nr. L 75/29; zuletzt geändert durch: Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2007, ABl. 2007, Nr. L 315/44.

¹² Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.11.2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, ABl. 2012, Nr. L 343/32.

¹³ Die Frage offenlassend OVG Münster, Urt. v. 18.2.2013 – Az. 13 A 474/11, N&R 2013, 167 (170) m. Anm. Wachinger.