

Praterstraße 62–64, 1020 Wien
T: +43 1 5050707
F: +43 1 5050707 180
office@schienencontrol.gv.at
DVR-Nr: 1060163

GZ: SCK-WA-12-016

BESCHEID

Die Schienen-Control Kommission hat durch Dr. Robert Streller als Vorsitzenden sowie Ass.-Prof. Dkfm. Mag. Dr. Brigitta Riebesmeier und Univ.-Prof. DI Dr. Norbert Ostermann als weitere Mitglieder im gemäß § 74 EisbG von Amts wegen eingeleiteten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren zum Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h zu Recht erkannt:

SPRUCH:

- 1) In den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 (Versionen 1.0 und 1.1) der Ö*** wird jeweils im Kapitel 6.1 „Benützungsentgeltregeln und rechtliche Grundlagen“ der Aufzählungspunkt

„Zuschlag für Verkehre mit Geschwindigkeit > 160 km/h

Zur Abgeltung des höheren Instandhaltungsaufwands infolge der Verkehre mit Geschwindigkeit > 160 km/h“

für unwirksam erklärt.

- 2) Im Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 (Versionen 1 und 2) der Ö** werden jeweils folgende Bestimmungen für unwirksam erklärt:

- a. im Kapitel II „Überblick“ in der Tabelle im Abschnitt „Zusammensetzung des Infrastrukturbenützungsentgelts für Zugtrasse und Zugfahrt (IBE)“ die Komponente „Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h“;

- b. im Kapitel III „Übersicht Preise 2014“ im Abschnitt „Zu- und Abschläge“ die Komponente Nr 1.1.4.3 „Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h Zugkm $g_{>160}$ 0,5638“;
 - c. im Kapitel IV 1.1.2 „Bruttotonnenkilometer“ im Abschnitt „Zu- und Abschläge“ unter „streckenspezifische Zu- und Abschläge“ der Aufzählungspunkt „Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h“;
 - d. im Kapitel IV 1.1.4 „Streckenspezifische Zu- und Abschläge“ der Aufzählungspunkt „Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h“ sowie
 - e. das Kapitel IV 1.1.4.3 „Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h“.
- 3) Die Ö** hat die in den Punkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Bestimmungen binnen 5 Arbeitstagen ab Zustellung dieses Bescheides aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 sowie dem auf ihrer Internetseite abrufbaren Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 zu entfernen.
- 4) Die Ö** hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Punkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen, etwa indem sie Verträge mit den Zugangsberechtigten abschließt, in denen die Zugangsberechtigten zur Leistung von Entgelten verpflichtet werden, die anhand dieser Bestimmungen ermittelt wurden, indem sie den Zugang zur Schieneninfrastruktur von der Zahlung solcher Entgelte abhängig macht oder indem sie die Zugangsberechtigten zur Zahlung solcher Entgelte auffordert.

Rechtsgrundlagen:

§§ 37ff, 56ff Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) 1991,
§§ 54, 56, 58 Abs 1, 67 Abs 1, Abs 3 und Abs 4, 68 Abs 1, 74 Abs 1 Z 1 und Z 3 Eisenbahngesetz (EisbG) 1957.

BEGRÜNDUNG:

Mit Schreiben vom 13.03.2012 informierte die Schienen-Control Kommission die Ö** über die Einleitung eines wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrens zum Infrastruktur-Benützungsentgelt zur GZ SCK-WA-12-002 und ersuchte um eine Stellungnahme zu Fragen bezüglich der Entgelte der Ö** in deren Produktkatalogen 2011, 2012 und 2013.

Dieses Schreiben übermittelte die Schienen-Control Kommission den in Österreich tätigen Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Kenntnisnahme und allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 23.04.2012 nahm die Ö** zu den Fragen der Schienen-Control Kommission Stellung. Zum Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h führte sie Folgendes aus:

Zur Frage der Schienen-Control Kommission nach dem Ziel des neuen Entgeltbestandteils brachte die Ö** vor, dieser sei im Sinne einer verursachergerechten Entgeltfestlegung konzipiert worden. Die betroffenen Strecken seien sowohl in der Errichtung als auch in der Erhaltung (höhere Ansprüche an Trassierung und Gleislagequalität sowie Sicherungs- und Signalsystem, Oberleitung, Weichengeometrie und -steuerung, etc) kostenintensiver als konventionelle Strecken (S 18).

Zur Frage, wie die Höhe ermittelt worden sei und ob diese kosten- oder ertragsorientiert sei, führte die Ö** aus, die Basis bilde der Internationale Benchmark: Bei der B** koste die F2-Strecke (161-200 km/h) 2011 um 0,52 € mehr als die F3-Strecke (101 bis 160 km/h). Im Vergleich mit High Speed Lines sei der gewählte Zuschlag verhältnismäßig gering. Beispielsweise koste die F1 Strecke bei der B**, die für 200 bis 280 km/h ausgelegt sei, 7,39 € pro Zugkm (2012) (S 18).

Der Zuschlag solle ab 2015 verrechnet werden. Die Verrechnung erfolge in Abhängigkeit der Trassenbestellung (Höchstgeschwindigkeit, die für die Trassenkonstruktion zugrunde gelegt wird). Zugbezogen erfolge die Verrechnung nur, wenn der Zug auch tatsächlich in Verkehr gesetzt und der vorgesehene Laufweg (Strecke mit > 160 km/h Höchstgeschwindigkeit) benützt worden sei (S 18).

Der Zuschlag werde auf Strecken, die entsprechend ihrer infrastrukturellen Ausrüstungsmerkmale mit einer Geschwindigkeit über 160 km/h zu befahren sind, jenen Zügen, die mit diesem Geschwindigkeitsprofil trassiert sind, verrechnet. Grundlage für die Festlegung dieser Streckenabschnitte sei das gültige Verzeichnis örtlich zulässiger Geschwindigkeiten (VzG) (S 19).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission nach den Auswirkungen auf die Kostendeckung der Zugtrasse führte die Ö** die folgende Rechnung an:

„Kalkulierte Zugkm: 6,4 Mio Zugkm x 0,5280 € = 3,38 Mio €“

Bei Gesamtkosten für die Zugtrasse von 1,4 Mrd € erhöhe sich der Kostendeckungsgrad um 0,24%-Punkte (S 19).

Mit Schreiben vom 24.04.2012 nahm die W**, vertreten durch die B & S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Stellung und brachte hinsichtlich des Zuschlags für Geschwindigkeit über 160 km/h Folgendes vor:

Dieser Zuschlag sei erstmals mit den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 (und somit wieder [gemeint wohl: wie auch andere Entgeltänderungen] gleichzeitig mit dem Markteintritt der W**) eingeführt und in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 übernommen worden. Für das Jahr 2012 habe dieser Geschwindigkeitszuschlag € 0,47 pro Zugkilometer betragen. Dies entspreche 19% der gesamten Trassengebühr nach dem Produktkatalog Netzzugang: Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2013 (somit des Infrastrukturbenutzungsentgelts für das Mindestzugangspaket gemäß § 58 Abs 1 EisbG) (S 14).

Für das Jahr 2013 sei dieser Zuschlag um 9,6% erhöht worden, was der sonstigen Anhebung des Infrastrukturbenützungsentgelts für das Mindestzugangspaket entspreche. Der Geschwindigkeitszuschlag für das Jahr 2013 betrage somit € 0,5151 pro Zugkilometer. Er betrage damit auch für das Jahr 2013 19% der gesamten Trassengebühr für das Mindestzugangspaket gemäß § 58 Abs 1 EisbG (S 14).

Dieser Zuschlag gelte auf allen Streckenbereichen, die höhere Geschwindigkeiten als 160 km/h zulassen. Sämtliche Strecken im Netz der Ö**, die diese Geschwindigkeiten zulassen, befänden sich derzeit im Streckenabschnitt zwischen Wien und Salzburg. Erst ab dem Jahr 2013 komme ein weiterer Bereich in Tirol (Wörgl – Baumkirchen) hinzu (S 14f).

Sowohl die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 als auch die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 sähen vor, dass der Geschwindigkeitszuschlag 2012 und 2013 ausgesetzt ist. Es werde jedoch in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 darauf hingewiesen, „dass dieser Zuschlag voraussichtlich ab 2014 zur Verrechnung gelangt.“ Für die W** sei letztlich nicht abschließend beurteilbar, ob dieser Zuschlag bereits für die Netzfahrplanjahre 2012 und 2013 verrechnet werde, oder ob die „Aussetzung“ dieses Zuschlages einen Verzicht der Ö** darstelle (was wohl gemeint sei). Dies bedeute aber, dass der Geschwindigkeitszuschlag unnötig und unzulässigerweise in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 und 2013 eingeführt worden sei. Es sei nicht ersichtlich, welchen Sinn die Einführung eines Zuschlages machen bzw welche Rechtfertigung er haben solle, der dann ohnedies nicht eingehoben werde (S 15).

Die Einführung des Zuschlages sei sachlich nicht gerechtfertigt und widerspreche den gesetzlichen Vorgaben des § 67 EisbG für die Ermittlung des Benützungsentgelts: Gemäß § 67 Abs 1 EisbG seien Benützungsentgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes iSd § 58 Abs 1 EisbG in der Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebes anfallen. Sie hätten sich somit an den „Grenzkosten“ zu orientieren. Diese Verpflichtung lege schon die RL 2001/14/EG unionsrechtlich fest (diesbezüglich verwies die W** auf Gürtlich in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011) S 184f) und werde durch § 67 EisbG innerstaatlich normiert. Erfasst werden dürfe nur der unmittelbare Aufwand (Liebmann/Netzer, EIsbG² (2008) § 67 Rz 2 und 3). Es werde das Grenzkostenprinzip festgelegt (vgl Catharin, Anm 2 zu § 67 EIsbG, in Catharin/Gürtlich Eisenbahngesetz² (2011)). Ein Zug mit höherer Geschwindigkeit verursache aber auf einer viergleisig ausgebauten Strecke keine höheren Grenzkosten als ein langsamerer (S 15).

Zwar sähen § 67 Abs 2 und 3 EIsbG die Möglichkeit vor, dass unter bestimmten, engen Bedingungen höhere Benützungsentgelte als die nach § 67 Abs 1 EIsbG zulässigen Grenzkosten deckenden Entgelte eingehoben werden können. Im Zusammenhang mit dem Geschwindigkeitszuschlag könnte allenfalls an eine Ermächtigung aus Abs 3 gedacht werden. Die Bedingungen dieser Bestimmung seien jedoch nicht erfüllt: § 67 Abs 3 EIsbG verlangten nämlich für die Einführung höherer Benützungsentgelte unter anderem die Bedingung, dass der „Bau oder Ausbau ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre“ (Arg „und“). Keine dieser für die Zulässigkeit eines Zuschlages normierten Vorbedingungen sei aber gegenständlich erfüllt, da der viergleisige Ausbau auf den Streckenabschnitten der Westbahn in keiner Weise von der Einhebung höherer

Benützungsentgelte abhängig gemacht worden wäre und auch ohne diesen Zuschlag durchgeführt worden sei (S 15f).

Darüber hinaus sehe der Produktkatalog vor, dass der Geschwindigkeitszuschlag nicht grundsätzlich für Züge auf der Ausbaustrecke eingehoben wird, sondern vielmehr nur dann eingehoben werden soll, wenn der konkrete Zug auch mit „diesem Geschwindigkeitsprofil trassiert“ ist. Dadurch komme es zu einer – durch § 67 Abs 3 EisbG keinesfalls gedeckten – Differenzierung zwischen Zügen, die mit Geschwindigkeiten über 160 km/h fahren und solchen, die diese Geschwindigkeiten nicht erreichen (wollen). Ein höheres Benützungsentgelt als jenes, das § 67 Abs 1 EisbG vorsehe – und das somit über die Grenzkosten hinausgehe –, könne nicht von der Geschwindigkeit eines Zuges abhängen, sondern sei – wenn überhaupt – nur für Strecken zulässig, die ohne Einhebung dieses Zuschlages nicht errichtet worden wären. Auch aus diesem Grund sei der Geschwindigkeitszuschlag rechtswidrig und daher diskriminierend (S 16).

Der Geschwindigkeitszuschlag sei somit aus mehreren Überlegungen rechtswidrig (S 16f):

(i) Er entspreche nicht dem Gebot der Entgeltermittlung des § 67 Abs 1 EisbG. Gemäß der zitierten Bestimmung dürften nur die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebs anfallenden Kosten zur Verrechnung kommen.

(ii) Die Zulässigkeit des Geschwindigkeitszuschlags lasse sich auch nicht aus § 67 Abs 3 EisbG rechtfertigen. Die durch die zitierte Bestimmung vorgegebenen Bedingungen würden nicht erfüllt.

(iii) Selbst wenn man von einer Zulässigkeit des Zuschlags iSd § 67 Abs 3 EisbG ausgehen wollte, sei die Gestaltung des Geschwindigkeitszuschlages durch die Ö** diskriminierend: Es werde eine Differenzierung in unzulässiger Weise vorgenommen. Eine Differenzierung nach (möglicher oder gefahrener) Geschwindigkeit sei weder durch die RL 2001/14/EG noch das EisbG gedeckt. Ein Zuschlag wäre – so man die Erfüllung der Voraussetzungen des § 67 Abs 3 EisbG annehmen möchte – nur dann nicht diskriminierend, wenn er grundsätzlich für jeden Zug eingehoben werden würde, der auf dem betreffenden Streckenabschnitt (der die Bedingungen des Abs 3 erfüllt) fährt. Eine Differenzierung nach Geschwindigkeit des Zuges sei gesetzwidrig.

Der W** entstünden bei Einhebung des Geschwindigkeitszuschlages im Jahr 2013 rund € 1,7 Mio pa an zusätzlichen Kosten (S 17).

Mit Schreiben vom 05.06.2012 ersuchte die Schienen-Control Kommission die Ö** um Beantwortung ergänzender Fragen. Die Schienen-Control Kommission übermittelte der Ö** die Stellungnahme der W** vom 24.04.2012 zur allfälligen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 13.07.2012 nahm die Ö** Stellung und brachte hinsichtlich des Zuschlags für Geschwindigkeit über 160 km/h Folgendes vor:

Zur Frage der Schienen-Control Kommission, ob der Zuschlag kosten- (§ 67 Abs 1 EisbG) oder ertragsbasiert (§ 67 Abs 4 EisbG) sei, brachte die Ö** vor, der Zuschlag sei sowohl kosten- als auch ertragsorientiert (§ 12).

Zur Frage, warum nur Züge mit einer Geschwindigkeit > 160 km/h belastet werden und nicht alle Züge, die diese Strecke benutzen, führte die Ö** aus, es würden nur Züge mit einer Geschwindigkeit > 160 km/h belastet, weil das Entgeltmodell verursachergerecht ausgestaltet sei. Nur wer dieses Geschwindigkeitsprofil in Anspruch nehme, solle für die zusätzlich entstehenden Kosten aufkommen. Eine entsprechende verkehrssegmentbezogene Entgeltfestsetzung werde auch in der V**-Studie empfohlen (§ 13).

Zur Frage, weshalb für die Ermittlung der Höhe des Zuschlags für Geschwindigkeit über 160 km/h im Gegensatz zu allen anderen Entgelten auch der Anlagenaufwand (Errichtung der Strecke) herangezogen werde, brachte die Ö** vor, Strecken, die für Geschwindigkeiten über 160 km/h dimensioniert sind, lösten höhere Investitionen für den Oberbau aus und müssten mit den für solche Geschwindigkeiten geeigneten Signal- und Sicherungssystemen ausgestattet sein (LZB, ETCS). Insgesamt erforderten höhere Ausbaugeschwindigkeiten teurere Anlagen, die wiederum kostenintensivere Instandhaltungsmaßnahmen implizierten (zB Weichen mit automatischer Endlagenprüfung, beweglichem Herzstück und Weichenheizung). Daher werde bei Ermittlung dieses Zuschlags auch der Anlagenaufwand herangezogen (§ 67 Abs 3 EisbG) (§ 13).

Der Geschwindigkeitszuschlag orientiere sich am höheren Standard der Fahrbahnqualität, der zusätzliche Kosten verursache. Zur Frage der Schienen-Control Kommission, ob angedacht werde, für Geschwindigkeiten > 200 km/h einen weiteren bzw höheren Zuschlag/Faktor einzuführen, führte die Ö** aus, Änderungen des Infrastrukturbenützungsentgelt-Systems würden insbesondere in Abhängigkeit von den Ergebnissen der Studie der T** sowie der Neufassung des ersten Eisenbahnpaketes (Recast) erfolgen (§ 14).

Zur Frage nach der Prüfung der Markttragfähigkeit brachte die Ö** vor, da der Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h in den Fahrplanperioden 2012 und 2013 nicht zur Verrechnung gelange, stelle sich die Frage der Markttragfähigkeit derzeit nicht. Im internationalen Vergleich sei der in den Produktkatalogen für diese Fahrplanperioden ausgewiesene Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeiten über 160 km/h verhältnismäßig gering. Beispielsweise verrechne die B** im Jahr 2012 für die Nutzung einer auf 200 bis 280 km/h ausgelegten Strecke (F1-Strecke) 7,39 € pro Zugkilometer (§ 14).

Der Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h werde, wie auch im Produktkatalog ausgeführt, voraussichtlich ab 2014 zur Verrechnung gelangen. Neben dem Grenzkostenprinzip seien gemäß § 67 Abs 2 und Abs 3 weitere Zuschläge zulässig und gemäß Abs 4 leg cit sei ein Zuschlagssystem möglich, das maximal bis zur Vollkostendeckung reichen könne. Strecken, die für diese hohen Geschwindigkeiten ausgelegt seien, erforderten höhere Investitionen in den Oberbau und den Einsatz von höherwertigeren Signalsystemen (LZB, ETCS). Züge, welche mit solchen Geschwindigkeiten verkehren, verursachten darüber hinaus einen höheren Verschleiß. Das Entgeltsystem der Ö** sei verursachergerecht konzipiert, dh nur wer dieses Geschwindigkeitsprofil in Anspruch nehme, solle für die zusätzlich

entstehenden Kosten aufkommen. Der Geschwindigkeitszuschlag sei somit sachlich gerechtfertigt und entspreche jedenfalls § 67 EisbG (S 31f).

Mit Schriftsatz vom 16.07.2012 nahm die W** zum Schreiben der Ö** vom 23.04.2012 Stellung. Zum Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h brachte sie vor, auch die von der Ö** behauptete Umsetzung des Verursacherprinzips durch den Zuschlag für „Verkehre mit einer Geschwindigkeit von mehr als 160 km/h“ und den „Anreiz zur Auslastungsoptimierung“ erweise sich schon auf den ersten Blick als reine Schutzbehauptung: Selbst aus dem von der Ö** vorgelegten (sogenannten) „Gutachten“ des Ass. Prof. DI Dr. M** (das freilich nicht mehr als eine PowerPoint-Präsentation zu einem Vortrag und kein Gutachten sei) werde eine Rechtfertigung von Geschwindigkeitszuschlägen erst ab einer Geschwindigkeit von über 200 km/h angenommen. Prof. DI Dr. M** komme nämlich zum Ergebnis, dass erhöhte Instandhaltungskosten erst ab Geschwindigkeiten von über 200 km/h auftreten. Aus dem eigenen Vorbringen ergebe sich somit, dass der Geschwindigkeitszuschlag in der von der Ö** vorgesehenen Form sachlich nicht gerechtfertigt und daher diskriminierend sei (S 7f).

Auch eine Studie der E** aus dem Jahr 2007 komme zum Ergebnis, dass bei Zügen in der von der W** verwendeten Qualität Geschwindigkeitszuschläge erst ab Geschwindigkeiten von über 200 km/h gerechtfertigt seien. Diesen technischen Fakten entsprächen letztlich auch die Trassenpreissysteme der ** und der **, die Geschwindigkeitszuschläge erst ab Geschwindigkeiten von über 200 km/h zur Anwendung brächten. Der Geschwindigkeitszuschlag sei daher als diskriminierend aufzuheben (S 25).

Zudem sei mit den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 der bereits erwähnte Geschwindigkeitszuschlag eingeführt worden, der bereits durch die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 wiederum einen deutlichen Anstieg erfahren habe. Zwar seien diese Zuschläge bislang nicht von der Ö** verrechnet worden, dennoch stellten sie aber eine (pro futuro wirkende) massive Verteuerung der Gesamtentgelte für die Nutzung der Schieneninfrastruktur und die sonstigen Leistungen der Ö** für die W** dar. Bemerkenswert bei der Einführung des Geschwindigkeitszuschlages sei zudem (wie aus der dem Schriftsatz beiliegenden Grafik zu entnehmen sei), dass der Geschwindigkeitszuschlag mit rund € 900.000,00 (auf Basis Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013) rund 10% des gesamt von der W** zu bezahlenden Infrastrukturentgeltes ausmache. Ein derartig hoher Zuschlag sei eindeutig als Maßnahme gegen den Markteintritt der W** zu werten, zumal bereits vor dem Jahr 2012 die P** Züge mit höheren Geschwindigkeiten als 160 km/h geführt habe (S 21).

Insgesamt sei daher die in den Vorjahren stets kontinuierlich erfolgte Anpassung [iS einer Indexierung] der Entgelte seit dem Markteintritt der W** (beginnend mit den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012) verlassen worden und hätten die Anhebungen zu dramatischen Preissprüngen geführt (S 21f). Die W** legte diesbezüglich die Grafik „Infrastrukturentgelt W** 2009 – 13“ vor.

Mit Schreiben vom 04.09.2012 richtete die Schienen-Control Kommission ergänzende Fragen an die Ö**. Hinsichtlich des Zuschlages für Geschwindigkeit über 160 km/h ersuchte die Schienen-Control Kommission insbesondere um Auskunft, weshalb § 67 Abs 3 EisbG als Rechtsgrundlage für den Zuschlag für Geschwindigkeiten über 160 km/h herangezogen werde sowie um Vorlage von Dokumenten, die belegen, dass Baumaßnahmen nur aufgrund der

Einhebung höherer Entgelte durchgeführt wurden. Weiters stellte die Schienen-Control Kommission Fragen unter anderem zur Höhe des Erhaltungs- und Errichtungsaufwands bei Geschwindigkeiten über 160 km/h, zur Herleitung des Zuschlags aus der V**-Studie, zur Relevanz der von der Ö** angeführten Entgelte in Deutschland sowie zur Prüfung der Markttragfähigkeit des Zuschlags (S 10f).

Mit Schriftsatz vom 31.10.2012 nahm die W** zum Schreiben der Schienen-Control Kommission an die Ö** vom 05.06.2012 sowie zum Schreiben der Ö** vom 13.07.2012 Stellung. Sie führte unter anderem aus, seit dem Markteintritt der W** sei zu den ohnehin schon rechtswidrig festgelegten Entgelten noch eine weitergehende Erhöhung bestimmter IBE-Ansätze erfolgt, die eine Behinderung bzw Erschwerung des Markteintritts der Einschreiterin zum Ziel hätten: Wie die W** bereits in ihren Schriftsätzen ausführlich dargelegt habe, schlugen sich gerade die in den Jahren seit Markteintritt der W** vorgenommenen Erhöhungen von IBE-Ansätzen bzw die Streichung von Abschlägen in den Produktkatalogen 2009 bis 2013 unmittelbar im Budget der Einschreiterin kostenintensiv nieder, während die P** diese Erhöhungen im Wege des mit der Republik Österreich abgeschlossenen Verkehrsdienstevertrages ausgeglichen – also ersetzt – erhalte (S 3f).

Mit Schriftsatz vom 07.11.2012 nahm die Ö** Stellung und brachte unter anderem Folgendes vor:

Höhere Geschwindigkeiten führten zu höheren Anforderungen an die Gleislagequalität. Das bedeute, dass die Eingriffsschwelle für die Hauptinstandhaltungsmaßnahme, das automatische Heben-Richten-Stopfen, das die Gleislage in horizontaler und vertikaler Richtung wiederherstelle und stabilisiere, deutlich schärfer sei als für niedrigere Geschwindigkeiten. Zusätzlich gälten im Personenverkehr weit strengere Komfortkriterien als im Güterverkehr. Die Ö** habe in ihrem Instandhaltungsplan die Aufmerksamkeitsschwellen für einen Durcharbeitungseingriff für verschiedene Geschwindigkeitsniveaus definiert (S 13).

Die Ö** stellte in einer Tabelle Aufmerksamkeitsschwellen, Eingriffsschwellen und Soforteingriffsschwellen für Geschwindigkeiten bis 80 km/h, Geschwindigkeiten von 80 bis 120 km/h, 120 bis 160 km/h, 160 bis 200 km/h und 200 bis 300 km/h gemäß dem Dienstbehelf IS 2 Teil Oberbauanlagen dar (S 12).

Die Ö** brachte weiters vor, der Eisenbahnmischverkehrsbetrieb führe dazu, dass Trassierungselemente den Anforderungen der unterschiedlichen Zuggattungen entsprechen müssen. Ausgehend von diesen Trassierungselementen leiteten sich je Zuggattung die unterschiedlichen unmittelbaren dem jeweiligen Zuggattungsbetrieb zurechenbaren Kosten ab. Die Verrechnung eines Benützungsentgeltes in Abhängigkeit der jeweiligen Kosten, die unmittelbar auf Grund des Zugbetriebes einer Zuggattung anfallen, sei daher diskriminierungsfrei und marktkonform. Auf dem Streckennetz der Ö** seien für Strecken mit einer Streckenhöchstgeschwindigkeit > 160 km/h bautechnisch höhere Standards anzuwenden. Dies betreffe nicht nur die Trassierung der Strecke und die Dimensionierung der Anlagen, sondern auch deren Instandhaltung (Inspektion, Wartung) (S 15).

Die Ö** verwies auf die Technischen Spezifikationen für die Interoperabilität, die dem Infrastrukturmanager für alle Teilsysteme (zB Infrastruktur, Energie, Control Command

Signalling, usw) das Vorhandensein eines Instandhaltungsplanes vorschrieben. Die Ö** habe für ihre Gewerke solche Instandhaltungspläne erstellt (Dienstbehelf 182 – Teil 0 bis 4), welche die Anforderungen der TSI berücksichtigten. Zusätzlich sei festzuhalten, dass sehr viele Grenzwerte in den Regelwerken geschwindigkeitsabhängig seien. Mit der steigenden Geschwindigkeit verdichteten (= verkürzten) sich die notwendigen Inspektions- bzw. Wartungsintervalle. Ebenso würden die einzuhaltenden Betriebstoleranzen immer kleiner, sodass deutlich öfter instandgehalten werden müsse (S 16).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission bezüglich § 67 Abs 3 EisbG als Rechtsgrundlage für den Zuschlag führte die Ö** aus, die sachliche Grundlage für den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h bilde § 67 Abs 1 EisbG, Basis sei der höhere Instandhaltungsaufwand infolge Hochgeschwindigkeitsverkehr (S 16).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission, warum § 67 Abs 3 EisbG als Rechtsgrundlage für den Zuschlag für Geschwindigkeiten über 160 km/h herangezogen werde, brachte die Ö** vor, die zulässige Höhe des Infrastrukturbenützungsentgelts sei bis dato nicht erreicht. Das EisbG normiere keine Verpflichtung, einen zulässigen Bestandteil des Infrastrukturbenützungsentgelts ausdrücklich auf eine entsprechende gesetzliche Norm zu stützen. Unter Bezugnahme auf obige Ausführungen werde dieser Zuschlag „aus verfahrensrechtlichen [gemeint wohl: Gründen] nunmehr ausdrücklich auch auf § 67 Abs 1 EisbG gestützt.“ Es sei ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, dass sich ein und dieselbe Rechtsfolge durch mehrere Anspruchsgrundlagen ergeben könne (S 16f).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission nach dem erwarteten monetären Erhaltungsaufwand 2013 führte die Ö** aus, der Erhaltungsaufwand nach § 42 BBG für das Gesamtnetz der Ö** sei für das Jahr 2013 mit 487 Mio € angesetzt (S 17).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission nach dem erwarteten monetären Erhaltungsaufwand je Zug-km mit Geschwindigkeiten über 160 km/h gab die Ö** an, der erwartete monetäre Erhaltungsaufwand je Zug-km ergebe sich aus den unterschiedlichen Instandhaltungsmaßnahmen, die im gegenständlichen Schreiben übermittelt worden seien. Die Studien der T** wiesen dies auch empirisch nach. Ein alleiniger Vergleich von Strecken mit unterschiedlichen VZG [Verzeichnissen zulässiger Geschwindigkeiten] sei jedoch nicht ausreichend, da hierbei weder die Trassierung, das Alter noch die sonstigen technischen Gegebenheiten berücksichtigt seien. Die monetäre Bewertung unter Berücksichtigung aller wesentlichen Parameter auf ein und derselben Strecke werde im Rahmen des Projektes „Verursachergerechte Kostenzuscheidung für die Trassennutzung“ mit den Modellrechnungen der T** erfolgen (S 17).

Für höhere Geschwindigkeiten gälten im Streckennetz der Ö** strengere Werte in der Instandsetzung, welche im Dienstbehelf IS 2 Teil 1 geregelt seien. Die Soforteingriffsschwelle für die Längshöhe betrage:

- für 160 km/h 17mm
- für 170-200 km/h 15mm
- über 200 km/h 12mm

Somit müsse bei einer Geschwindigkeit über 160 km/h bis 200 km/h die Instandsetzung um 11,7% früher und somit auch öfters stattfinden. In der Studie der T** werde empirisch nachgewiesen, dass bereits ab 160 km/h erhöhte Kosten im Hinblick auf die Oberleitung, die Weichengeometrie und die Weichenbeheizung anfallen. Darüber hinaus müssten Verkehre mit Geschwindigkeiten über 160 km/h durch eine kontinuierliche Zugbeeinflussung gesichert und geführt werden (LZB, ETCS). Dies erfordere infrastruktureseitig nicht nur einen erhöhten Investitions- sondern auch einen erhöhten Erhaltungsaufwand (S 17f).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission nach dem jährlichen, durch den höheren Errichtungsaufwand entstehenden Mehraufwand, führte die Ö** aus, der Begriff „Errichtungsaufwand“ könne in mehrerlei Hinsicht verstanden werden, nämlich als Investitionskosten oder Instandhaltungsaufwand, weshalb die Schienen-Control Kommission ersucht werde, den Begriff „Errichtungsaufwand“ näher zu erläutern (S 18).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission nach der Höhe des jährlichen Mehraufwandes je Zug-km mit Geschwindigkeiten über 160 km/h sowie zur Frage der Schienen-Control Kommission, mit welchen absoluten Kostensteigerungen für diesen jährlichen Mehraufwand je Zug-km ab 2014 gerechnet werde, gab die Ö** an, die monetäre Bewertung erfolge im Rahmen des Projektes „Verursachergerechte Kostenzuscheidung für die Trassennutzung“ (S 18).

Zur Frage, aus welchen Teilen der V**-Studie der Zuschlag ab 160 km/h abgeleitet werde, führte die Ö** aus, die Bemessung des Zuschlages sei nicht aus der V**-Studie abgeleitet worden, wiewohl aus der Studie zu entnehmen sei, dass Verkehre über 160 km/h höhere Kosten verursachen. Wie bereits in der Stellungnahme vom 23.4.2012 auf Seite 18 ausgeführt worden sei, sei der Zuschlag auf Basis eines internationalen Benchmarks festgelegt worden (S 18).

Auf die Frage der Schienen-Control Kommission, warum die Differenzierung nicht in die vorgeschlagenen Geschwindigkeitsabschnitte erfolgt sei sowie, warum zwei Geschwindigkeitsabschnitte anstatt der empfohlenen vier Geschwindigkeitsabschnitte eingeführt worden seien, antwortete die Ö**, die finalen Modellrechnungen erfolgten im Rahmen des Projektes „Verursachergerechte Kostenzuscheidung für die Trassennutzung“. Es sei geplant die Projektergebnisse schrittweise umzusetzen. Das aktuelle Preismodell stelle nur einen Zwischenschritt dar. Insgesamt differenziere das Preismodell der Ö** derzeit die Verkehrssegmente Dienstzugsverkehr, Güterverkehr, Personenverkehr bis 160 km/h und Personenverkehr über 160 km/h (S 19).

Der Zuschlag für Verkehre über 160 km/h werde voraussichtlich ab 2014 verrechnet. Eine Relevanz der Entgelte in Deutschland für die Entgeltbildung der Ö** begründete die Ö** wie folgt:

In Deutschland orientiere sich die Kategorisierung von Streckenabschnitten seit einigen Jahren an den spezifischen, aufwandswirksamen Ausstattungselementen der Infrastruktur. Ein wesentliches Einstufungskriterium sei dabei die Geschwindigkeit. Der Zuschlag, der sich für Verkehre mit Geschwindigkeiten über 160 km/h ergebe, liege bei rund 50 Cent pro Zug-km. Da

dieser Zuschlag nunmehr über Jahre bestehe, sei dieser Umstand nicht zuletzt als ein Indikator für die Markttragfähigkeit dieser Preiskomponente zu werten (S 19).

Auf die Frage der Schienen-Control Kommission, wann und wie eine Markttragfähigkeitsprüfung – sofern sich der Zuschlag auf § 67 Abs 4 EisbG stützen sollte – durchgeführt werde (wobei die Schienen-Control Kommission um Bekanntgabe der Durchführung der Überprüfung und um Übermittlung der Ergebnisse der Überprüfung ersuchte) bzw warum auf eine Überprüfung der Markttragfähigkeit verzichtet werde, antwortete die Ö** wie folgt:

Die Ö** verwies darauf, dass die zulässige Höhe des Infrastrukturbenützungsentgelts bis dato nicht ausgeschöpft worden sei. Die Benützungsentgeltsätze der Ö** lägen jedenfalls unterhalb des zulässigen Rahmens gemäß § 67 Abs 1 EisbG. In diesem Bereich könne die Ö** aufgrund der Vertragsautonomie nicht diskriminierende Zu- und Abschläge verrechnen. Unter Bezugnahme auf obige Ausführungen werde dieser Zuschlag ausdrücklich auch auf § 67 Abs 1 EisbG gestützt. Es sei ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, dass ein und dieselbe Rechtsfolge auf mehrere Anspruchsgrundlagen gestützt werden könne (S 20).

Die wirtschaftlichen Erwägungen, aufgrund derer sich der Zuschlag ergäbe, seien die höheren Kosten, welche durch hohe Geschwindigkeiten verursacht würden. Der Zuschlag solle weiters, wie jede andere Preiskomponente auch, markttragfähig sein. Da sich der Zuschlag derzeit nicht auf § 67 Abs 4 EisbG stütze, sei auch keine Überprüfung der Markttragfähigkeit geplant. Selbstverständlich werde aber die Mengenentwicklung der Eisenbahnverkehrsunternehmen beobachtet und im Falle eintretender Mengenrücknahmen mit entsprechenden Maßnahmen reagiert (zB Preisrücknahmen aufgrund der Wirtschaftskrise im Güterverkehr) (S 20).

Mit Schreiben vom 14.12.2012 informierte die Schienen-Control Kommission die Ö** über die Einleitung eines wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrens zum Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h (GZ SCK-WA-12-016) und ersuchte um Beantwortung ergänzender Fragen. Insbesondere wurde die Ö** nochmals ersucht, anhand konkreter Kosten, die durch unterschiedliche Zugarten mit Geschwindigkeiten über 160 km/h verursacht werden, die Ermittlung der Beträge von € 0,4700 (Produktkatalog 2012) bzw € 0,5151 (Produktkatalog 2013) darzulegen. Auch für den im Produktkatalog 2014 vorgesehenen Betrag von € 0,5638 sowie die Erhöhung des Entgeltes für 2013 um 12% gegenüber 2012 wurde um eine solche Darlegung ersucht. Der Ö** wurde mitgeteilt, es werde für den Fall, dass die Ermittlung dieser Beträge nicht schlüssig dargelegt werde, davon ausgegangen, dass die Beträge nicht gemäß § 67 Abs 1 EisbG in Höhe der Kosten ermittelt wurden, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen.

Mit Schriftsatz vom 21.02.2013 nahm die Ö** Stellung. Zu § 67 Abs 3 EisbG als Rechtsgrundlage des Zuschlags führte sie aus, da der Ausbau der Hochgeschwindigkeitsstrecken nach dem 15. März 1986 abgeschlossen worden sei, zu einer Erhöhung der Leistungsfähigkeit führe und der Bau oder Ausbau ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre (unter Verweis auf „Diskussion zum Rahmenplan und Generalverkehrsplan“), könne keinesfalls bezweifelt werden, dass „diese für alle Zugangsberechtigten eine äußerst positive Entwicklung darstellt und diese hieraus nachhaltig wirtschaftlich davon profitieren.“ Somit entspreche der gegenständliche

Geschwindigkeitszuschlag den Grundsätzen ua der Fairness und Kostenwahrheit, insbesondere dass für die kostenintensiven Investitionen in den Neu- und Ausbau des österreichischen Schienennetzes nach 1986 auch ein entsprechend höheres Entgelt verlangt werden könne, was der Gesetzgeber auch in § 67 Abs 3 EisbG klar zum Ausdruck gebracht habe. Da diese Erhöhung allen Zugangsberechtigten auf gleiche Art und Weise verrechnet werde und hierdurch noch lange nicht die langfristigen Investitionskosten durch den Infrastrukturbetreiber erwirtschaftet werden könnten, sei gegenständliche Maßnahme jedenfalls verhältnismäßig, nichtdiskriminierend und damit gerechtfertigt (S 1f).

Zum Hinweis der Schienen-Control Kommission, dass die Ö** den Zuschlag auf § 67 Abs 1 EisbG stütze und dass die Höhe eines auf § 67 Abs 1 EisbG basierenden Entgelts nur auf Basis der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebes ermittelt werden kann, führte die Ö** aus, dass sie sich auf alle gesetzlichen Anspruchsgrundlagen des Eisenbahngesetzes und somit auch auf § 67 Abs 1 EisbG stütze (S 2).

Auf das Ersuchen der Schienen-Control Kommission, anhand konkreter Kosten, die durch unterschiedliche Zugsarten mit Geschwindigkeiten über 160 km/h verursacht werden, die Ermittlung der genannten Beträge darzulegen, brachte die Ö** vor, derzeit werde insgesamt nicht einmal die Hälfte der Kosten, welche aufgrund des Zugbetriebes anfallen, gedeckt. Damit sei schon gemäß § 67 Abs 1 EisbG jegliche nichtdiskriminierende und nichtwettbewerbsbenachteiligende Erhöhung des Infrastrukturbenützungsentgelts erlaubt und gesetzlich vorgegeben. Auch liege das Infrastrukturbenützungsentgelt, welches für die Nutzung der Streckenkategorie „Westachse“ „(insbesondere für Verkehre über 160 km/h relevant)“ eingehoben werde, deutlich unter den Kosten, die aufgrund des Zugbetriebes anfielen (Betriebsführungskosten, Instandhaltungskosten und Anlagenmanagement). Solange keine volle Deckung der Kosten auf der betreffenden Streckenkategorie erreicht sei, könnten gemäß § 67 Abs 4 EisbG Zuschläge bis zur Vollkostendeckung festgesetzt werden. Damit könne festgehalten werden, dass bis zur Erreichung der vollen Kostendeckung die Erhöhung des Benützungsentgelts bzw nichtdiskriminierender Zuschläge durch die Ö** jedenfalls zulässig sei. Da eine vollständige Kostendeckung derzeit nicht gegeben sei, erscheine eine detaillierte und aufgeschlüsselte Darstellung der jeweiligen Kosten nicht erforderlich (S 2).

Zum Ersuchen der Schienen-Control Kommission um eine Darlegung der Ermittlung des im Produktkatalog 2014 vorgesehenen Betrages von € 0,5638 sowie eine Darlegung der Erhöhung des Entgeltes für 2013 um 12% gegenüber 2012 antwortete die Ö**, da der Preis 2012 und 2013 nicht verrechnet worden sei bzw werde, sei die Fragestellung nicht nachvollziehbar bzw nicht relevant. Damit gewährleistet gewesen sei, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen über diese neue Preiskomponente frühzeitig in Kenntnis gesetzt seien und sich darauf einstellen könnten, sei bereits ab 2012 ein Preis im Produktkatalog veröffentlicht. Es gelte nochmals festzuhalten, dass es sich dabei um eine Vorinformation gehandelt habe und der Preis sowohl 2012 als auch 2013 von der Verrechnung ausgesetzt worden sei bzw werde. Damit könne die Höhe des Preises 2012 sowie 2013 nicht Gegenstand eines Verfahrens sein (S 2f).

Die „Schlussfolgerung der Schienen-Control Kommission“ [dass die Beträge nicht gemäß § 67 Abs 1 EisbG in Höhe der Kosten ermittelt wurden, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes

anfallen] sei „[a]ufgrund obiger Darstellung und dem Umstand, dass sich die Ö** auch auf § 67 Abs. 3 EisbG stützt [...] hinfällig“ (S 3).

Der Projektendtermin für das Projekt „verursachergerechte Kostenzuscheidung“ sei mit Ende 2013 in Aussicht. Für eine weitere Vertiefung in die Thematik bitte die Ö**, den Projektendtermin abzuwarten. Nachdem der Zuschlag 2013 von der Verrechnung ausgesetzt sei, sei die [von der Schienen-Control Kommission gestellte] Frage nach einer Rückzahlung zu viel erhobener Entgelte für 2013 obsolet. Es dürfe nochmals darauf hingewiesen werden, dass eine Kostendeckung mit den derzeitigen Entgeltsätzen im Gesamtnetz nie erreicht werden könne und damit jede nichtdiskriminierende Entgeltfestlegung zulässig sei (S 3).

Auf die Frage der Schienen-Control Kommission, warum vor Vorliegen von Modellrechnungen ein Entgelt für bestimmte Leistungen verrechnet werde, antwortete die Ö**, die Zuweisungsstelle habe die gesetzliche Verpflichtung, das Benützungsentgelt festzulegen und ihre Geschäfte sparsam und wirtschaftlich durchzuführen. Ferner müsse bei der Entgeltfestlegung die gesetzlich vorgeschriebene Veröffentlichungsfrist eingehalten werden (S 3).

Zum erneuten Ersuchen der Schienen-Control Kommission um Darstellung, warum nicht (wie in der V**-Studie vorgesehen) vier Geschwindigkeitsbänder umgesetzt wurden, brachte die Ö** vor, es sei wie bereits im Schreiben vom 07.11.2012 ausführlich dargelegt geplant, die Projektergebnisse schrittweise umzusetzen (S 3).

Zur Relevanz der Entgeltstruktur in Deutschland brachte die Ö** vor, aufgrund des Eisenbahngesetzes erfolge die Entgeltfestlegung ausschließlich durch die Zuweisungsstelle. Der Infrastrukturbetreiber lege zudem alleine das Verfahren für die Zurechnung der Kosten zu den verschiedenen Kategorien von Leistungen, die für Eisenbahnunternehmen erbracht werden, fest. Die Ö** gehe zudem davon aus, dass eine entsprechende Entgeltdifferenzierung in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union, welche von den dortigen Regulierungsbehörden als zulässig, mit den europäischen Normen in Einklang stehend und materiell gerechtfertigt beurteilt werde, auch in Österreich nachvollziehbar sein müsse (S 3f).

Mit Schriftsatz vom 27.02.2013 nahm die W** Stellung und brachte im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Ö** vermöge – ebensowenig wie sie dies im Verfahren SCK-WA-12-002 darlegen habe können – ihre hinter der Einführung des Zuschlags für Züge mit Geschwindigkeiten über 160 km/h stehenden Erwägungen nachvollziehbar darzustellen. Der Festlegung eines Geschwindigkeitszuschlages ab 160 km/h schienen somit keine sachlichen Argumente zugrunde zu liegen. Die Wahl der Grenze schein vielmehr willkürlich gewählt und darauf ausgerichtet zu sein, die Züge der Einschreiterin mit einem Zuschlag belegen zu können. An dieser Stelle sei nochmals – wie bereits ausführlich in den Stellungnahmen zu GZ SCK-WA-12-002 ausgeführt – darauf hingewiesen, dass Erhöhungen des Infrastrukturbenützungsentgelts für die P** kostenneutral wirken (da diese aufgrund des mit der Republik Österreich bzw der S** geschlossenen Verkehrsdienstevertrages im Wege der gemeinwirtschaftlichen Leistungen ersetzt würden) und für den ***-Konzern insgesamt zu einer Erhöhung der Einnahmen

fürten (Mehreinnahmen durch private Eisenbahnverkehrsunternehmen bzw die öffentliche Hand für die P**) (S 2f).

Die Ö** habe in ihrem Schreiben vom 23.04.2012 (Seite 18) als Begründung für die Einführung des Zuschlages eine „verursachergerechte Entgeltfestlegung“ angeführt und pauschal auf höhere Errichtungs- und Erhaltungskosten hingewiesen, ohne diese in irgendeiner Form näher konkretisiert zu haben. Basis hierfür sei ein „internationaler Benchmark“, da die B** ebenfalls einen Geschwindigkeitszuschlag ab 160 km/h einhebe. Die Ö** bekenne in diesem Schreiben sogar, dass die B** zudem einen Geschwindigkeitszuschlag für Züge über 200 km/h einhebt, der deutlich höher ist, habe es aber – wenn man schon Deutschland als Vorbild nehmen wolle – unterlassen, eine entsprechende Differenzierung auch in Österreich vorzunehmen: Die Ö** behandle alle Züge über 160 km/h gleich und differenziere nicht. Sie begünstige damit die „ICE“ und „Railjets“ ihrer Konzernschwester P**, da diese (als einzige Züge in Österreich) über 200 km/h führen (S 3).

In ihrem Schreiben vom 13.07.2012 argumentiere die Ö** die Einführung des Zuschlages unter Hinweis auf die V**-Studie. Sie nehme dabei offenbar Bezug auf jenes Dokument der T**, welches sie mit Schreiben vom 23.04.2012 vorgelegt habe. Dabei handle es sich aber lediglich um eine „PowerPoint-Präsentation“, die Ausgangspunkt der tatsächlich zu erstellenden Studie gewesen war. Die von der Ö** zitierte „V**-Studie“ (Autoren: ao Univ.-Prof. DI Dr. P** und DI Dr. M**) liege tatsächlich seit 2010 vor, sei offenbar im Auftrag der S** erstellt worden und liege in der Version 2010 als „gekürzte Fassung – für universitäre Zwecke“ öffentlich auf. Diese Studie müsse daher auch der Ö** bekannt sein (zumal sie sich ja auch auf diese berufe). Tatsächlich schlage die Studie geschwindigkeitsabhängige Kostenfaktoren vor. Eine Grenze von 160 km/h sei der Studie jedoch (anders als noch zu Projektbeginn) nicht zu entnehmen. Vielmehr schlage die V**-Studie eine Unterteilung in folgende Segmente vor:

- unter 80 km/h,
- 80 km/h bis 120 km/h,
- 121 km/h bis 200 km/h und
- über 200 km/h (diesbezüglich verwies die W** auf S 31 der V**-Studie 2010, gekürzte Fassung – für universitäre Zwecke).

Zwar habe die „Vorstudie“ (PowerPoint-Präsentation) noch eine Unterteilung zwischen 120 km/h bis 160 km/h und 160 km/h bis 200 km/h vorgesehen, doch hätten die Autoren von Beginn an einen (verhältnismäßig hohen) zusätzlichen Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeiten über 200 km/h gefordert. Die Ö** habe daher – in Kenntnis der seit 2010 vorliegenden Studie – ohne nachvollziehbare Gründe die Geschwindigkeitsgrenze (160 km/h) festgelegt. In der Studie V** finde diese Einteilung keine Deckung. Jedenfalls plädierten beide Versionen (Vorversion und Studie aus 2010) für die Einhebung eines Zuschlages über 200 km/h, was in den Entgeltansätzen der Ö** keine Berücksichtigung finde. Tatsächlich verursachten aber gerade Geschwindigkeiten über 200 km/h einen besonders hohen Errichtungs- und Instandhaltungsbedarf (unter Verweis auf S 30ff der V*** Studie) (S 3f).

Im Ergebnis bedeute daher die Einführung eines Geschwindigkeitszuschlages ab 160 km/h eine deutliche Diskriminierung der Einschreiterin (und anderer

Eisenbahnverkehrsunternehmen), weil nicht – wie es fachlich geboten wäre – eine stärkere Differenzierung erfolgte. Jene Kategorie, in der ausschließlich Züge der P** fahren (ICE und Railjet, über 200 km/h), sei nicht berücksichtigt worden. Damit sei jedoch der Preis für jene Züge, die über 200 km/h fahren, im Verhältnis zu niedrig, der Preis für Zugverkehre zwischen 160 km/h bis 200 km/h (wie jene der W**) jedoch zu hoch. Vor allem die Einhebung ab 160 km/h sei willkürlich und gegen den Markteintritt der Einschreiterin gerichtet (S 4).

Die Ö** begründe den Zuschlag im Schreiben vom 23.04.2012 mit höheren Kosten für die Streckenkategorie aufgrund höherer Ausbau- und Instandhaltungskosten. Tatsächlich werde aber nicht diese „Streckenkategorie“ einem höheren Infrastrukturbenutzungsentgelt unterworfen, sondern die tatsächlich gefahrenen Zugkilometer und damit der Zug. Tatsächlich müsste daher der Aufschlag – nach dem Vorbringen der Ö** – aber aufgrund des höheren Verschleißes auf das Bruttotonnen-km abhängige Infrastrukturbenutzungsentgelt aufgeschlagen werden und nicht auf das kilometerabhängige Infrastrukturbenutzungsentgelt. Zu diesem Ergebnis komme auch die E**, da die E** den Hochgeschwindigkeitsverkehrsfaktor auf das Bruttotonnen-km-abhängige Infrastrukturbenutzungsentgelt aufzuschlagen vorschläge und nicht auf die kilometerabhängigen Infrastrukturbenutzungsentgelt-Bestandteile (S 4f).

Die Motivation der Ö** werde durch einen Blick auf die Höhe der Einnahmen aus den verschiedenen Entgeltkategorien verständlich: Das kilometerabhängige Infrastrukturbenutzungsentgelt mache einen Großteil der zu zahlenden Infrastrukturbenutzungsentgelt-Kosten der Einschreiterin aus und stelle ein Vielfaches des Bruttotonnen-km-bezogenen Entgeltes dar. Durch Aufschlag auf das (höhere) kilometerabhängige Infrastrukturbenutzungsentgelt wirke sich der Faktor (zu Lasten der W**) in einem höheren absoluten Entgelt aus (S 5).

Als Zwischenergebnis könne daher festgehalten werden (S 5f):

- Sowohl die Grenze (160 km/h) sei willkürlich gewählt, beruhe nicht auf sachgerechten Überlegungen, dem Gesetz entsprechender Kostenhinterlegung Grenzkosten (§ 67 Abs 1 EISbG) und folge somit einer unsachgerechten Differenzierung, die die Einschreiterin benachteilige.
- Darüber hinaus sei die Basis, auf die der Faktor aufgeschlagen werde, falsch gewählt. Der Faktor wäre allenfalls auf das Tonnen-km-abhängige Entgelt aufzuschlagen und nicht auf das km-abhängige Entgelt.

Bezogen auf das km-abhängige Entgelt (welches die Trassenkapazität berücksichtige), wäre vielmehr eine andere Überlegung sachgerecht: Auf der (als Argument für den Zuschlag herangezogenen) Neubaustrecke der Westbahn – auf der praktisch ausschließlich Züge mit hoher Geschwindigkeit (IC, EC, Railjet, ICE, WESTbahn) führen – führe bei sachgerechter Betrachtung nicht die höhere Geschwindigkeit zu Kapazitätsproblemen (sofern diese Geschwindigkeit relativ gleichmäßig eingehalten werde), sondern langsame bzw unregelmäßig fahrende Züge, da diese die Trasse blockierten. In Bezug auf das kilometerabhängige Entgelt sei auch aus diesem Grunde ein Zuschlag für Geschwindigkeiten über 160 km/h unsachgerecht und damit diskriminierend. Vielmehr müssten jene Züge, die mit langsameren Geschwindigkeiten bzw vielen Aufenthalten die Neubaustrecke benutzen, mit einem eigenen

Kostenfaktor belegt werden. In diesem Sinne sehe die Studie der E** einen „Faktor Geschwindigkeitsunterschied“ vor, sofern ein Zug in Abweichung vom Streckengeschwindigkeitsband fahre (S 6).

Bezüglich § 67 Abs 3 EisebG brachte die W** vor, zu keinem Zeitpunkt sei Voraussetzung für die Errichtung der Neubaustrecke auf der Westbahn eine Erhöhung des Infrastrukturbenützungsentgelts für die Ö** gewesen. Hiefür gebe es auch keinerlei Beleg und biete die Ö** kein einziges Beweismittel hiefür an. Vielmehr versuche sie, dieses Argument nun nachträglich ins Treffen zu führen, was selbstverständlich erfolglos bleiben müsse. Auch der Umstand, dass auf der Neubaustrecke in den Nachtstunden täglich ca 75 Güterzüge sowie untertags weitere 25 Güterzüge verkehrten, belege die Unrichtigkeit dieser Argumentation der Ö**: Gerade Güterzüge profitierten von der Nutzung der Neubaustrecke erheblich, da sie beinahe doppelt so viel (3.000 Tonnen) wie auf der alten Strecke über den Rekawinkler Berg (1.600 Tonnen) transportieren könnten. Damit diese (von Anfang an gewünschte und geplante Kapazitätssteigerung im Güterverkehr) habe erreicht werden können, habe die Neubaustrecke flach trassiert werden und hiefür sogar Tunnel vorgesehen werden müssen. Hochgeschwindigkeitszüge hingegen benötigten keine flache Streckenführung (vgl TGV Frankreich) (S 6f).

Die Ö** erhebe jedoch für die Benutzung der Neubaustrecke – anders als im Personenverkehr – keine erhöhten Infrastrukturbenützungsentgelte. Würde man daher der Argumentation der Ö** folgen, so würde der Geschwindigkeitszuschlag den Ausbau der Neubaustrecke auch für den Güterverkehr finanzieren. Dass dies diskriminierend und daher gesetzwidrig wäre, sei evident (S 7).

Zum Argument der Ö** in ihrem Schreiben vom 13.07.2012 (S 12), wonach der Zuschlag für Geschwindigkeiten über 160 km/h sowohl kosten- als auch ertragsorientiert sei, brachte die W** vor, schon dieses Argument zeige, dass lediglich eine Schätzung zugrunde liegen könne: Wirtschaftlich betrachtet sei ein Preis entweder kostenbasiert oder marktbasierend (ertragsorientiert) festzulegen. Eine Kombination beider Kriterien sei wirtschaftlich kaum denkbar, da beim Geschwindigkeitszuschlag unterschiedliche Komponenten nicht erkennbar seien (und von der Ö** auch nicht vorgebracht wurden). Auch aus diesem Grund sei der Zuschlag wegen offensichtlicher Mängel in der Ermittlung der Höhe und daraus folgender Diskriminierung abzulehnen und von der Schienen-Control Kommission als diskriminierend aufzuheben (S 7).

Als Ergebnis führte die W** aus:

Dem Zuschlag lägen keine sachgerechten Überlegungen oder Berechnungen zugrunde. Er sei damit sowohl der Höhe nach als auch der Grenze nach (160 km/h) willkürlich festgelegt worden. Sollte man aufgrund der (angeblich) höheren Abnutzung einen Geschwindigkeitszuschlag für zulässig erachten, wäre dieser stärker zu differenzieren, da tatsächlich nicht Züge über 160 km/h, sondern vor allem erst ab Geschwindigkeiten von 200 km/h wesentlich höhere Verschleißkosten verursachen. Da der Zuschlag aufgrund der (angeblich) höheren Abnutzung durch Züge mit höheren Geschwindigkeiten eingeführt worden sei, müsste er sich auf den Unterhaltsteil (Verschleißanteil) des Infrastrukturbenützungsentgelts (und somit auf die Bruttotonnen-km) beziehen und nicht auf

das Zugentgelt. In Hinblick auf Betriebskosten von Strecken (km-abhängiges Infrastrukturbenützungsentgelt) verursachten Geschwindigkeitsunterschiede (und nicht absolute Geschwindigkeiten) Kosten. Wie auch in der Studie der E** vorgeschlagen, müsste dies bei der Festlegung von Zuschlägen auf „Neubaustrecken“ berücksichtigt werden. Auf Neubaustrecken (wie der Westbahn-Strecke) seien daher bei sachgerechter Betrachtung nicht „schnelle“ (im „Streckenband“ der jeweiligen Trasse liegende) Züge, sondern langsamere Züge, die außerhalb des Streckengeschwindigkeitsbandes fahren und somit „den Fahrplan stören“, mit einem Kostenfaktor zu belegen. Die Einführung eines Geschwindigkeitszuschlages könne nicht auf § 67 Abs 3 EisbG gestützt werden (S 7f).

Die Zusatzkosten für die W** aus dem Geschwindigkeitszuschlag für Züge über 160 km/h betrügen rund € 1,0 Mio pro Jahr. Aus all den genannten Gründen sei die Festsetzung und Einhebung des Zuschlags für Geschwindigkeiten über 160 km/h unsachlich, deshalb diskriminierend, rechtswidrig und von der Schienen-Control Kommission aus diesen Gründen aufzuheben (S 8).

Mit Schriftsatz vom 12.04.2013 nahm die Ö** Stellung und brachte zum Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h Folgendes vor:

Sie stütze den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h auf § 67 Abs 1, Abs 3 und Abs 4 EisbG. Die Inbetriebnahme von Hochgeschwindigkeitsstrecken und die daraus resultierenden Fahrzeitverkürzungen führten zu einem signifikanten Anstieg der Fahrgastzahlen. Das sei ein Faktum und durch zahlreiche Beispiele in Europa belegt. Generell gelte, dass attraktivere Infrastruktur mehr Verkehr erzeuge (S 2f).

Auf der Westachse seien in den letzten Jahren zahlreiche Streckenabschnitte mit einer Streckenhöchstgeschwindigkeit von 200 km/h in Betrieb genommen worden. Mit Fertigstellung der Neubaustrecken Wien – St. Pölten und Unterinntal Ende 2012 und der daraus resultierenden Fahrzeitkürzung von weiteren 20 Minuten habe sich die Schiene im Personenverkehr endgültig zum attraktivsten Verkehrsanbieter auf der Westachse etabliert. Mögliche Fahrzeiten von 1 Stunde 15 Minuten zwischen Wien und Linz, 2 Stunden 20 Minuten zwischen Wien und Salzburg und 4 Stunden 10 Minuten zwischen Wien und Innsbruck böten den Eisenbahnverkehrsunternehmen exzellente Voraussetzungen, den Markt voll auszuschöpfen. Durchschnittliche Reisegeschwindigkeiten von mehr als 150 km/h (Wien – Linz) könne die Straße als Hauptwettbewerber der Schiene auch nicht nur annähernd anbieten (S 3).

Das rechtfertige die Einführung eines Zuschlages für Geschwindigkeiten über 160 km/h „aus Marktgründen gem. § 64 Abs. 4 EisbG“ [gemeint wohl: § 67 Abs 4 EisbG], welche ohnehin sehr behutsam vorgenommen werde. Der Zuschlag sei 2012 und 2013 ausgesetzt gewesen und werde erst im Jahr 2014 wirksam. Die Höhe des Zuschlages sei moderat bemessen worden, sodass nach Einschätzung „der Infrastruktur“ Potenzial nach oben gegeben sei (S 3).

Am 19.04.2013 führte die Schienen-Control Kommission eine mündliche Verhandlung durch. In dieser Verhandlung brachte die W** unter anderem vor, die Entgelthöhe sei für die Frage, ob sie ein positives Betriebsergebnis erreichen werde, also für Gewinn oder Verlust,

entscheidend. Die W** rechne mit Mehrkosten von € 1,2 Mio per anno aus dem Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h.

Mit Schreiben vom 03.05.2013 ersuchte die Schienen-Control Kommission die Ö** um eine ergänzende Stellungnahme. Es wurde dargelegt, dass für eine Anwendbarkeit des § 67 Abs 3 EisbG feststehen müsste, dass sämtliche Strecken, die mit einer Geschwindigkeit über 160 km/h befahrbar sind, ohne Einführung des Zuschlages nicht gebaut bzw ausgebaut worden wären. Die Schienen-Control Kommission ersuchte um Auskunft, ob dies zutrefte und ersuchte gegebenenfalls um Vorlage von Unterlagen, die dokumentieren, dass der Bau oder Ausbau dieser Strecken ohne Einführung des Hochgeschwindigkeitszuschlages nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar gewesen wäre (S 1).

Hinsichtlich § 67 Abs 1 EisbG als Rechtsgrundlage ersuchte die Schienen-Control Kommission um Darlegung, weshalb die Ö** nur einen Zuschlag, und zwar ab 160 km/h, vorsieht, anstatt einen Zuschlag ab 160 km/h und einen Zuschlag ab 200 km/h. In diesem Zusammenhang wies die Schienen-Control Kommission darauf hin, dass in der Unterlage zum Projekt „V**“ (gekürzte Fassung für universitäre Zwecke aus dem Jahr 2010) ein höherer Kostenfaktor bei Geschwindigkeiten über 200 km/h angesetzt wird und eine Verkürzung der Nutzungsdauer der Gleise bei Geschwindigkeiten von über 200 km/h gezeigt wird, während die Nutzungsdauer bei Geschwindigkeiten zwischen 80 und 120 km/h sowie zwischen 120 und 200 km/h fast gleich lang ist (S 2).

Bezüglich § 67 Abs 4 EisbG als Rechtsgrundlage ersuchte die Schienen-Control Kommission um Auskunft, wie die Markttragfähigkeit des Zuschlages geprüft wurde, ob beispielsweise Studien durchgeführt wurden. Sie wies darauf hin, dass die Markttragfähigkeit in Hinblick auf neu in den Markt eintretende Eisenbahnverkehrsunternehmen bzw in Hinblick auf Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche keine Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen iSd Art 2 lit g der VO (EG) Nr 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr 1191/69 und (EWG) Nr 1107/70 des Rates erhalten, tendenziell problematischer ist als in Hinblick auf andere Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Schienen-Control Kommission ersuchte daher insbesondere um Auskunft, wie die Markttragfähigkeit in Hinblick auf solche Unternehmen geprüft wurde. Soweit der Prüfung Unterlagen wie etwa Studien zugrunde lägen, werde um Vorlage derselben ersucht (S 2).

Die Schienen-Control Kommission merkte an, dass es un schlüssig ist, den Hochgeschwindigkeitszuschlag auf § 67 Abs 1, 3 und 4 EisbG zu stützen, da § 67 Abs 1 EisbG ein Benützungsentgelt in Höhe der Grenzkosten vorsieht, während § 67 Abs 3 und 4 EisbG ein Überschreiten der Grenzkosten ermöglichen (S 2).

Die Schienen-Control Kommission hielt außerdem fest, dass trotz mehrmaliger Auskunftersuchen der Schienen-Control Kommission die Ermittlung der Höhe des Zuschlages bisher durch die Ö** nicht anhand konkreter Kosten bzw anhand konkreter Berechnungen dargelegt worden war. Es wurde daher abermals um eine Darstellung der Ermittlung des Zuschlages, insbesondere des im Produktkatalog Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 festgelegten Betrages von € 0,5638, sowie um Vorlage von Unterlagen ersucht, anhand

derer die Ermittlung des jeweiligen Betrages anhand von Kosten bzw anhand von konkreten Berechnungen nachvollzogen werden kann (S 2f).

Die Schienen-Control Kommission wies darauf hin, dass eine solche Darstellung der Kosten nicht, wie von der Ö** im Schreiben vom 21.02.2013 (S 3) vertreten, dadurch hinfällig ist, dass sich die Ö** auch auf § 67 Abs 3 EisbG stützt, da auch die höheren Benützungsentgelte gemäß § 67 Abs 3 EisbG nicht willkürlich festgelegt werden dürfen, sondern kostenbasiert sein müssen. Die Schienen-Control Kommission führte weiters aus, dass in Hinblick auf das Grenzkostenprinzip gemäß § 67 Abs 1 EisbG in den Zuschlag nur diejenigen Mehrkosten eingerechnet werden dürften, die Verkehre bereits ab 160 km/h verursachen, nicht hingegen Mehrkosten, die erst ab 200 km/h entstehen. Es wurde daher um Darstellung ersucht, welche konkreten, ab 160 km/h entstehenden Mehrkosten bei der Berechnung des Zuschlages zugrunde gelegt wurden. Die Schienen-Control Kommission wies darauf hin, dass, sollte keine schlüssige Darlegung der Ermittlung des Zuschlages erfolgen, davon ausgegangen werden müsse, dass der Zuschlag nicht entsprechend § 67 EisbG ermittelt wurde (S 3).

Mit Schriftsatz vom 17.06.2013 nahm die Ö** Stellung und führte im Wesentlichen Folgendes aus:

Zu § 67 Abs 3 EisbG als Rechtsgrundlage führte die Ö** aus, das Gesetz stelle nicht auf die Geschwindigkeit, sondern auf die Leistungsfähigkeit der Strecke ab. Es handle sich im gegenständlichen Fall auch nicht um einen „Zuschlag“, sondern um ein „erhöhtes Benützungsentgelt“. Die Voraussetzung 3 des § 67 Abs 3 EisbG [Bau oder Ausbau wäre ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden oder wäre nicht durchführbar] stelle auch nicht darauf ab, dass schon vor dem Bau und Ausbau diesbezügliche Beschlüsse oder Urkunden vorgelegen sein müssten, wie dies in der Fragestellung der Schienen-Control Kommission jedoch suggeriert werde: So stelle nur die Voraussetzung 1 auf ein konkretes Datum ab. Dies sei auch notwendig, da ansonsten alle in der Vergangenheit gebauten Strecken unter diesen Zuschlag subsumierbar wären. Voraussetzung 3 stelle dagegen nicht auf ein konkretes Datum in der Vergangenheit ab, sondern auf die Tatsache, dass das gegenständlich erhöhte Benützungsentgelt nur für die modernen Hochleistungsstrecken gewährt werden solle und nicht beispielsweise für Nebenstrecken verlangt werden könne. Investitionen in den Neu- bzw Ausbau von Strecken seien eben nur dann (bedingt) wirtschaftlich und somit durchführbar, wenn für diese eben auch ein erhöhtes Benützungsentgelt verlangt werden könne. Um wirtschaftlich sinnvolle Investitionen tätigen zu können, müsse es eben dem Infrastruktur-Betreiber erlaubt sein, für seine getätigten Kosten ein entsprechendes (höheres) Entgelt zu verlangen. Nur so seien diese durchführbar (S 2f).

Zudem sei es ein Gebot der Kostenwahrheit und der nutzergerechten Kostenzuscheidung, dass die unmittelbaren Nutznießer dieser Investitionen, neben ihren hieraus erwirtschafteten Umsätzen, auch geringfügige zusätzliche Kosten zu tragen haben. Dies ermögliche in weiterer Folge auch wieder neue Investitionen, welche wiederum den Eisenbahnverkehrsunternehmen zugute kämen. Darüber hinaus habe man bei Entscheidungen über den Bau oder Ausbau der Schieneninfrastruktur noch gar keine entsprechenden „Festlegungen“ treffen oder Urkunden erstellen können, da die gesetzliche Bestimmung erst 2004 erfolgt sei und die Ausbaustrecken lange vorher beschlossen worden seien. Auch sehe der § 67 Abs 3 EisbG weder das Tatbestandsmerkmal „Beschluss“ noch das Tatbestandsmerkmal „Urkunden“ vor. Diese

Forderungen der Schienen-Control Kommission seien daher überschießend und nicht gesetzlich gedeckt. Letztlich sei anzumerken, dass bei einer eingeschränkteren Sichtweise der Voraussetzung 3 keine Anwendungsmöglichkeit bestehe und nicht davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eines erhöhten Entgelts habe einräumen wollen, welche erst in ca 20 Jahren (Planungs-, Genehmigungs- und Baudauer größerer Eisenbahninfrastrukturvorhaben) angewendet werden könne. Das gegenständliche erhöhte Benützungsentgelt sei daher jedenfalls rechtskonform, effizient, transparent und nichtdiskriminierend; aber auch fair und nachvollziehbar sowie nutzergerecht. Die Auslegung der Schienen-Control Kommission hingegen wäre zu restriktiv und würde den § 67 Abs 3 EisbG nahezu unanwendbar bzw obsolet machen. Die Vorlage von Beschlüssen und Urkunden sehe das Gesetz ebenfalls nicht vor (S 3).

Zu § 67 Abs 1 EisbG als Rechtsgrundlage brachte die Ö** vor, sie erlöse gemäß Produktkatalog 2014 insgesamt nur ca € 4 Mio aus dem Titel des Zuschlags für Verkehre mit Geschwindigkeiten > 160 km/h. Die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten im Personenfernverkehrssegment könnten hierdurch jedoch bei weitem nicht gedeckt werden und schon gar nicht eine marktgerechte Rendite erwirtschaftet werden (S 4).

Im Jahr 2012 hätten zB die unmittelbar der Zugfahrt zurechenbaren Kosten auf der Westachse 124,6 Mio € betragen. Mit dem Infrastrukturbenützungsentgelt seien aber nur 106,6 Mio € eingenommen worden, dies entspreche einem Kostendeckungsgrad von 85,5%. Das Delta der anrechenbaren Kosten zu den Infrastrukturbenützungsentgelt-Einnahmen betrage damit 18 Mio €. Damit sei die Rechtsgrundlage § 67 Abs 1 EisbG jedenfalls nicht ausgeschöpft und schon gar nicht, wenn man das gesamte Streckennetz für die Beurteilung heranziehe. Selbst wenn die Ö** alle Züge mit einem solchen Zuschlag belegen würde, wäre die gesetzlich zulässige Höchstgrenze des § 67 Abs 1 EisbG noch nicht ausgeschöpft. Der Zusammenhang der höheren Abnutzung der Strecke durch die höheren Geschwindigkeiten werde derzeit durch das Projekt „verursachergerechte Kostenzuordnung“ grundlegend erforscht, welches im Übrigen weit über den wissenschaftlichen Standard der V**-Studie hinaus gehe. Die Ö** beabsichtige, nach Fertigstellung das Infrastrukturbenützungsentgelt und sofern bzw inwieweit dies für angemessen und notwendig erachtet werde, entsprechend den neuen Erkenntnissen anzupassen (S 4).

Zu § 67 Abs 4 EisbG brachte die Ö** vor, für die großen Fahrzeitverkürzungen und die erhöhte Leistungsfähigkeit und somit die wirtschaftliche und kommerzielle Attraktivität der Strecken seien die höheren Geschwindigkeiten ab 160 km/h ausschlaggebend: Von den rund 25 Minuten Fahrzeitgewinn zwischen Wien und Salzburg im Fahrplan 2013 gingen nur 2 Minuten auf Vmax 230 km/h zurück, während 23 Minuten auf die Höchstgeschwindigkeit von 200 km/h entfielen. Somit sei im Hinblick auf die Marktattraktivität der Geschwindigkeitssprung von 160 km/h auf 200 km/h ausschlaggebend und segmentbestimmend. Schon allein aus diesem Grund sei ein eigener Zuschlag für dieses Zugverkehrssegment, welches diese wirtschaftlich attraktiven Hochleistungsstrecken nütze, gerechtfertigt. Der Zuschlag sei somit ein Segmentzuschlag, der die Hochgeschwindigkeitszüge ab 160 km/h betreffen solle. In diesem Segment seien derzeit die oben angeführten Eisenbahnverkehrsunternehmen aktiv, welche nicht diskriminierend behandelt werden müssten. Würde man den Zuschlag ab 200 km/h ansetzen, würde dies nur ein Eisenbahnverkehrsunternehmen treffen und somit absolut diskriminierend sein. Die höheren Geschwindigkeiten ab 160 km/h seien auch Teil des TSI-

konformen Fernverkehrsinfrastrukturpaketes, welches die W** und P** nutzten. Beide seien dem Segment Personenfernverkehr auf Hochleistungsstrecken zuzuordnen (S 4).

Zu § 67 Abs 4 EisbG verwies die Ö** auf die Preise für Personenfernverkehr in Deutschland, die höher seien als jene im Netz Ö**. Der internationale Vergleich zeige, dass der Preis auf dem ***-Netz für den Personenverkehr auf Hochgeschwindigkeitsstrecken inklusive des Zuschlages im gemeinsamen Markt niedriger sei und somit als jedenfalls marktkonform einzustufen sei. Dass die Anlehnung an das deutsche Modell gerechtfertigt sei, zeigten auch die Preise der anderen Mitgliedstaaten der EU. Dass das ausgewiesene Infrastrukturbenützungsentgelt jedenfalls in der Höhe gerechtfertigt sei, sei auch im Rahmen des Schienengipfels am 13. November 2009 vom W**-Geschäftsführer *** bestätigt worden. *** habe bei dieser Veranstaltung vielmehr erklärt, dass ein Zugkilometer-Preis von bis zu 10 € für die W** kein Problem sei (S 5).

Die Ö** verwies auf eine Graphik aus der Präsentation der W** (GF ***) beim Schienengipfel am 13.11.2009 und führte Folgendes aus: Wie die Zahlen der W** darlegten, sei schon 2009 ein Infrastrukturbenützungsentgelt von 3,7 € ein realistischer Wert gewesen. Wenn man diesen Wert mit den üblichen 2,5% pro Jahr valorisiere, komme man auf einen Wert von 4,18 €, was sogar 7% über dem derzeit veranschlagten Preis auf der Westachse von 3,90 € (für 350 t Zug inklusive Zuschlag für Geschwindigkeit > 160 km/h) liege. Damit sei jedenfalls die Plausibilität und Marktkonformität des Preises nachgewiesen. Zudem sei in diesem Zusammenhang von der W** bereits 2009 bestätigt worden, dass die Höhe von maximal 3,7 € jedenfalls gerechtfertigt und im internationalen Vergleich äußerst gering sei. Die W** habe somit schon damals – basierend auf diesem Wert – die zu erwartenden Kosten im Jahr 2014 abschätzen können. Die Höhe sei damit absolut plausibel und vorhersehbar gewesen. Da mit diesem Zuschlag nicht einmal die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten auf den betreffenden Strecken gedeckt werden könnten, sei eine weitere Erhöhung dieses Zuschlags jederzeit möglich. Dem im Produktkatalog ausgewiesenen Preis sei von Seiten des BMVIT zugestimmt worden und sei jedenfalls in der Höhe gerechtfertigt und somit nachvollziehbar. Eine genauere Darstellung erübrige sich daher (S 6).

Bei einer durchschnittlich angenommenen Auslastung von 75% von 500 Sitzplätzen (24 Züge pro Tag) würde bereits eine Preiserhöhung von 0,30 € pro Fahrgast den Zuschlag kompensieren, womit eindeutig dargelegt sei, dass bei einer sorgsam kalkulierten Preisgestaltung der W** dieser Zuschlag keine Rolle spielen könne und die ganze Diskussion damit überschießend sei. Diese marginale Preiserhöhung in der Höhe von 0,30 € entspreche einem Anteil von 1,2% am Ticketpreis Wien – Salzburg in der Höhe von 25 €. Laut eigenen Angaben liege der Fahrgastzuwachs der W** im Vergleich des 1. Quartals 2012 zum 1. Quartal 2013 ca 50% über dem Vorjahreszeitraum (diesbezüglich verwies die Ö** auf die NÖN Gesamtausgabe 15/2013, S.14-15). Es könne aus Sicht der Ö** nicht angehen, dass die W** durch ihren aggressiv geführten Wettbewerb über eine nicht kostendeckende Ticketpreisgestaltung, die im internationalen Vergleich absolut geringen und jedenfalls gerechtfertigten Infrastrukturbenützungsentgeltsätze im Hochgeschwindigkeitsverkehr in Österreich anfechte (S 6f).

Von Seiten der P**, die den Fernverkehr „Wien – Salzburg“ ebenfalls eigenwirtschaftlich führen müsse, sei kein Einwand gegen den Zuschlag für Verkehre mit Geschwindigkeit > 160

km/h erhoben worden. Die Marktverträglichkeit sei daher gegeben, obwohl bei der P** ein wesentlich höherer Personalaufwand anfallt als beim Mitbewerber, zB aufgrund von Definitivstellungen (gleichsam Pragmatisierung) und der gegebenen Altersstruktur mit älteren und damit teureren Mitarbeitern. Im Gegensatz zur P** könne sich die W** nämlich als junges Unternehmen in einer wesentlich schlankeren Struktur aufstellen und damit von weitaus günstigeren Kostenstrukturen profitieren. Den Eisenbahnverkehrsunternehmen sei zudem das erhöhte Entgelt für Geschwindigkeiten > 160 km/h beim Kundeninformationstag bereits am 19. Oktober 2011 rechtzeitig vorangekündigt worden, wobei es zu keiner Beeinspruchung gekommen sei. Darüber hinaus sei das erhöhte Entgelt bereits im Produktkatalog 2012 (veröffentlicht am 3. Dezember 2010) und 2013 (veröffentlicht am 1. Dezember 2011) zur Vorinformation der Eisenbahnverkehrsunternehmen veröffentlicht worden. Da der Zuschlag erst im Fahrplan 2014 schlagend werde, sei die Ankündigung bereits zwei Jahre vor dem gesetzlichen vorgeschriebenen Zeitpunkt durchgeführt worden. Von der Präsentation von W**-Geschäftsführer *** beim Schienengipfel im November 2009 bis Ende 2011 habe es keine Einwände im Hinblick auf die Höhe des geltenden und angekündigten Infrastrukturbenützungsentgelts (für Geschwindigkeiten > 160 km/h) gegeben. Die „Marktfähigkeit“ des Preises sei aus allen angeführten Gründen jedenfalls gegeben und nachgewiesen (S 7).

Zum Hinweis der Schienen-Control Kommission, dass trotz mehrmaliger Auskunftersuchen die Ermittlung der Höhe des Zuschlages bisher durch die Ö** nicht anhand konkreter Kosten bzw anhand konkreter Berechnungen dargelegt wurde und zum neuerlichen Ersuchen der Schienen-Control Kommission um eine Darstellung der Ermittlung des Zuschlages übermittelte die Ö** die folgende Aufstellung „durchschnittliche jährliche Kostenbasis für die Strecke Wien – Salzburg“, die sich auf der Strecke Wien – Salzburg unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes ergebe:

Instandhaltung	59 Mio €	(höhere Anstieg in den nächsten Jahren aufgrund alternder Strecke)
Betriebsführung	47 Mio €	(Entwicklung entsprechend des VIP)
Anlagenmanagement	16 Mio €	(Entwicklung entsprechend des VIP)
Summe	122 Mio €	

Erläuternd führte die Ö** aus, eine durchschnittliche jährliche Kostenbasis werde deshalb zu Grunde gelegt, da es Kostenblöcke gebe, die jährlichen Schwankungen unterlägen und nicht vorhersehbar seien. Dazu zählten ua der Winterdienst sowie zusätzliche Instandhaltungsmaßnahmen, die sich aufgrund von Naturereignissen wie zB Hochwasser, Muren und dergleichen ergäben. Die Ö** erwirtschaftete inklusive aller Zuschläge nicht einmal die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten dieser Strecke. Gemäß Preisen Produktkatalog 2014 komme die Ö** auf der Strecke Wien – Salzburg auf einen Infrastrukturbenützungsentgelt-Erlös von 101,4 Mio €. Dies ergebe einen erwarteten Deckungsbeitrag für 2014 von 83% für diese Strecke; gerechnet auf das Gesamtnetz sei die Deckung noch viel geringer (50% für 2012). Der Zuschlag werde daher von der Grenzkostendeckung konsumiert (S 7f).

Die Schienen-Control Kommission hat in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erwogen:

Die Schienen-Control Kommission stellt folgenden Sachverhalt fest:

Das von der Ö** für die Konstruktion der Zugtrasse und die Durchführung der Zugfahrt berechnete Entgelt setzt sich aus einem Basisentgelt sowie Zu- und Abschlägen zusammen. Das Basisentgelt besteht aus Preisen je Zugkilometer und Preisen je Bruttotonnenkilometer. Zu- und Abschläge werden einerseits je nach Triebfahrzeugkategorie berechnet, andererseits streckenspezifisch, wie etwa der Zuschlag für überlastete Infrastruktur und für Geschwindigkeit über 160 km/h. Das sogenannte Performance-Regime sieht – in Abhängigkeit davon, ob eine Verspätung dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen zuzurechnen ist – eine Zahlung bzw Gutschrift je Verspätungsminute vor.

Der Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h war erstmals im Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2012 der Ö** enthalten, und zwar in der Höhe von € 0,4700 pro Zugkilometer. Die Verrechnung des Zuschlags war jedoch in der Netzfahrplanperiode 2011/2012 ausgesetzt.

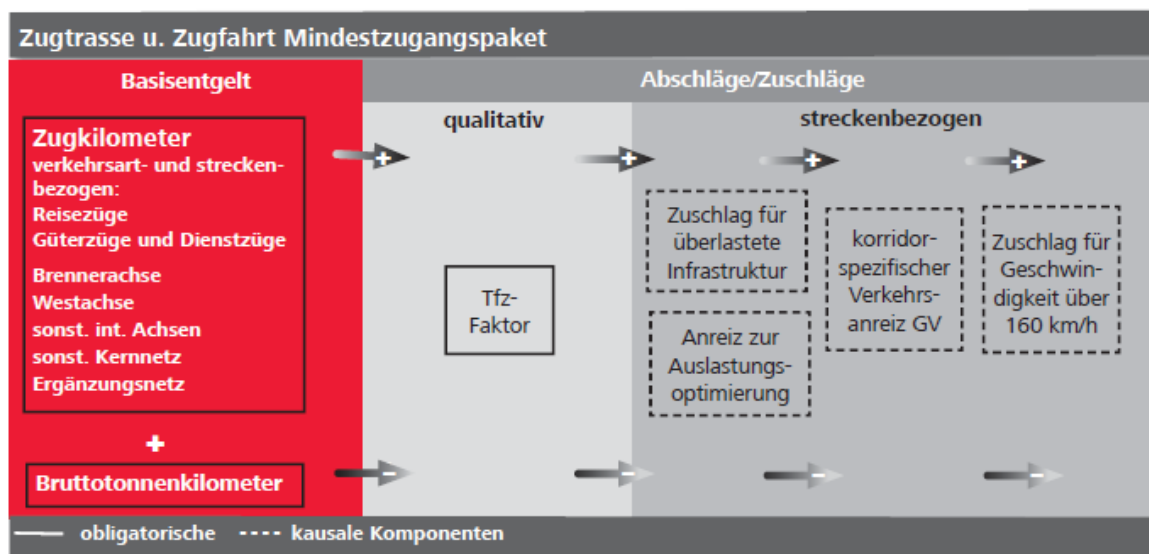
Der Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2013 der Ö** enthält ebenfalls einen Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h, und zwar in der Höhe von € 0,5151 pro Zugkilometer. Auch die Verrechnung dieses Zuschlags ist jedoch (für die Netzfahrplanperiode 2012/2013) ausgesetzt.

Der Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 sieht einen Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h von € 0,5638 pro Zugkilometer vor. Der Produktkatalog enthält in jeder seiner beiden Versionen jeweils die folgenden Kapitel bzw Abschnitte, die (unter anderem) den Zuschlag für Verkehre mit Geschwindigkeit über 160 km/h regeln:

- a. Das Kapitel II „Überblick“ mit dem folgenden Abschnitt „Zusammensetzung des Infrastrukturbenützungsentgelts für Zugtrasse und Zugfahrt (IBE)“:

Zusammensetzung des Infrastrukturbenützungsentgelts für Zugtrasse und Zugfahrt (IBE)

Die folgende Darstellung zeigt die Zusammensetzung des Infrastrukturbenützungsentgelts (kurz „IBE“) für das Produkt „Zugtrasse und Zugfahrt“. Erläuterungen zu einzelnen, den Preis bestimmenden Komponenten finden sich in den nachfolgenden Kapiteln.



- b. Das Kapitel III „Übersicht Preise 2014“, das im Abschnitt „Zu- und Abschläge“ unter anderem den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h regelt:

III Übersicht Preise 2014

1. Zugtrasse und Zugfahrt

Nr.	Produkt / Leistung	Einheit	Faktor	Preis in Euro (exkl. 20 % USt)
-----	--------------------	---------	--------	-----------------------------------

BASISENTGELT

je Streckenkategorie für Reisezüge

1.1.1.1	Brennerachse (Kufstein-Innsbruck-Brenner)	Zugkm	z _{PB}	3,5624
1.1.1.2	Ergänzungsnetz	Zugkm	z _{PE}	1,0592
1.1.1.4	Sonstige internationale Achsen	Zugkm	z _{PSiA}	1,9755
1.1.1.5	Sonstiges Kernnetz	Zugkm	z _{PSK}	1,4418
1.1.1.6	Westachse	Zugkm	z _{PW}	2,9194

je Streckenkategorie für Güterzüge *)

1.1.1.7	Brennerachse (Kufstein-Innsbruck-Brenner)	Zugkm	z _{GB}	2,3461
1.1.1.8	Ergänzungsnetz	Zugkm	z _{GE}	0,6975
1.1.1.10	Sonstige internationale Achsen	Zugkm	z _{GSiA}	1,3010
1.1.1.11	Sonstiges Kernnetz	Zugkm	z _{GSK}	0,9495
1.1.1.12	Westachse	Zugkm	z _{GW}	1,9226

je Streckenkategorie für Dienstzüge (inkl. Leerpersonenzüge)

1.1.1.13	Brennerachse (Kufstein-Innsbruck-Brenner)	Zugkm	z _{GB}	2,3461
1.1.1.14	Ergänzungsnetz	Zugkm	z _{GE}	0,6975
1.1.1.15	Sonstige internationale Achsen	Zugkm	z _{GSiA}	1,3010
1.1.1.16	Sonstiges Kernnetz	Zugkm	z _{GSK}	0,9495
1.1.1.17	Westachse	Zugkm	z _{GW}	1,9226

je Bruttotonnenkilometer

1.1.2	Bruttotonnenkilometer	Btkm	btk	0,001214
-------	-----------------------	------	-----	----------

ZU- und ABSCHLÄGE

Qualitative

1.1.3.1.a	Tfz-Faktor Kategorie A	Zugkm	tfz _A	- 0,0263
1.1.3.1.b	Tfz-Faktor Kategorie B	Zugkm	tfz _B	0,0000
1.1.3.1.c	Tfz-Faktor Kategorie C	Zugkm	tfz _C	0,0237

Streckenspezifische

1.1.4.1	Zuschlag für überlastete Infrastruktur	Zugkm	uei	1,2173
1.1.4.2.a	korridorspezifischer Verkehrsanreiz GV - Semmering	Zugkm	kva _S	- 1,2397
1.1.4.2.b	korridorspezifischer Verkehrsanreiz GV - Wechsel	Zugkm	kva _W	- 0,6362
1.1.4.3	Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h	Zugkm	g _{>160}	0,5638
1.1.4.4	Anreiz zur Auslastungsoptimierung	Zugkm	aa	0,7280
1.1.4.5a	Bonus für Güterzüge auf der Neubaustrecke Unterinntal	Zugkm	nbs _{UI}	-1,1730
1.1.4.5b	Bonus für lärmarme Güterzüge auf der Bestandsstrecke Unterinntal	Zugkm	bst _{UI}	-1,1730

Nr.	Produkt / Leistung	Einheit	Faktor	Preis in Euro (exkl. 20 % USt)
Sonstige ENTGELTE				
1.2	Bestelldatenbearbeitung (bei Bestellung nicht über M-AMA oder Schnittstelle)	Aktivität	bg	43,05
1.3.1	ARAMIS-Anschlusseinrichtung	Anschluss	ar_{ans}	661,00
1.3.2	ARAMIS-Einzelgebühr	User/Monat	ar_u	108,00
1.3.3	ARAMIS-Paket für 3 Benutzer	User/Monat	ar_{u3}	209,00
1.4.1	GSM-R SIM Karte: einmaliges Aktivierungsentgelt (Profil für Zusatzleistungen)	Aktivierung	ga	29,00
1.4.2	Zusatzleistung GSM-R: monatliches Serviceentgelt	Service/Monat	g_{ms}	9,50

- c. Das Kapitel IV 1.1.2 „Bruttotonnenkilometer“ mit dem folgenden Abschnitt „Zu- und Abschläge“:

Zu- und Abschläge

Das Basisentgelt wird weiters in Abhängigkeit konkreter Parameter, der zu berechnenden Zugtrasse und Zugfahrt um nachfolgend beschriebene **Zuschläge** erhöht bzw. **Abschläge** verringert. Abschläge werden nur vom Zugkm-IBE bis maximal 0 verrechnet.

$$IBE_{\text{Zugtrasse+Zugfahrt}} = (\text{Btkm} * \text{btk}) + (\text{Zugkm} * z) \pm (\text{Zugkm} * \text{Preise für Zu- / Abschläge})$$

Es gelangen folgende Zu- und Abschläge zur Verrechnung:

qualitative Zu- und Abschläge:

- Triebfahrzeugabschlag für Tzf-Kat A
- Triebfahrzeugzuschlag für Tzf-Kat C

streckenspezifische Zu- und Abschläge:

- Zuschlag für überlastete Infrastruktur
- korridorspezifischer Verkehrsanreiz Güterverkehr
- Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h
- Anreiz zur Auslastungsoptimierung
- Bonus für Güterzüge im Unterinntal

- d. Das folgende Kapitel IV 1.1.4 „Streckenspezifische Zu- und Abschläge“:

1.1.4 Streckenspezifische Zu- und Abschläge

Die streckenspezifischen Zu- und Abschläge auf den Basispreis je Zugkilometer im Rahmen des Mindestzugangs-pakets Zugtrasse und Zugfahrt beinhalten folgende Faktoren:

- Zuschlag für überlastete Infrastruktur
- korridorspezifischer Verkehrsanreiz Güterverkehr
- Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h
- Anreiz zur Auslastungsoptimierung
- Bonus für Güterzüge im Unterinntal

- e. Das folgende Kapitel IV 1.1.4.3 „Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h“:

1.1.4.3 Zuschlag für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h

Auf Strecken, die entsprechend ihrer infrastrukturellen Ausrüstungsmerkmale mit einer Geschwindigkeit über 160 km/h befahrbar sind, wird jenen Zügen, die mit diesem Geschwindigkeitsprofil trassiert sind ein Zuschlag verrechnet. Grundlage für die Festlegung dieser Streckenabschnitte ist das gültige Verzeichnis örtlich zulässiger Geschwindigkeiten (VzG). Aus systemtechnischen Gründen erfolgt die Verrechnung auf Basis der dem Geschwindigkeitsbruch (unter / über 160 km/h) nächstliegenden Betriebsstellen gemäß DB 640.

Strecke 10102, Abschnitt Linz Hbf – Attnang-Puchheim

- Lz U2 – Sas S11 / Sas S12

Strecke 13001, Abschnitt Knoten Hadersdorf – Linz Hbf

- Hdd – Wat S11 / Wat S12
- Pb Z1 – Kar S51 / Kar S52
- Ams S11 / Ams S 12 – Ast Z1

Strecke 33001, Abschnitt Knoten Radfeld – Abzw. Fritzens-Wattens 2

- Rdf – Fw Z2

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 der Ö** enthalten in jeder ihrer beiden Versionen jeweils ein Kapitel 6.1 „Benützungsentgeltregeln und rechtliche Grundlagen“, in welchem die Entgeltbestandteile aufgezählt werden, die für die Berechnung der Benützungsentgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes Anwendung finden. Dieses Kapitel umfasst unter anderem den folgenden Aufzählungspunkt:

„Zuschlag für Verkehre mit Geschwindigkeit > 160 km/h

Zur Abgeltung des höheren Instandhaltungsaufwands infolge der Verkehre mit Geschwindigkeit > 160 km/h“

Die Produktkataloge Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen sind jeweils Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö**.

In der Netzfahrplanperiode 2013/2014 werden die folgenden Streckenabschnitte entsprechend ihrer infrastrukturellen Ausrüstungsmerkmale mit einer Geschwindigkeit über 160 km/h befahrbar sein:

- Strecke 10102, Abschnitt Linz Hbf – Attnang-Puchheim:
 - Linz Überleitstelle 2 – Schwanenstadt Signal 11 / Schwanenstadt Signal 12
- Strecke 13001, Abschnitt Knoten Hadersdorf – Linz Hbf:
 - Abzweigung Knoten Hadersdorf – Knoten Wagram Signal 11 / Knoten Wagram Signal 12
 - Abzweigung St. Pölten 1 – Knoten Karlsbach Signal 51 / Knoten Karlsbach Signal 52

- Amstetten Signal 11 / Amstetten Signal 12 – Abzweigung Asten 1
- Strecke 33001, Abschnitt Knoten Radfeld – Abzweigung Fritzens-Wattens 2:
 - Abzweigung Knoten Radfeld – Abzweigung Fritzens-Wattens 2

Gemäß dem Entwurf des Netzfahrplans für die Netzfahrplanperiode 2013/2014 werden von Eisenbahnverkehrsunternehmen auf diesen Strecken die folgenden Züge mit Geschwindigkeiten über 160 km/h geführt werden:

Die P** wird IC-Züge, REX 200-Züge, EN-Züge (mit einer Höchstgeschwindigkeit von 200 km/h) sowie railjet-Züge und ICE-Züge (mit einer Höchstgeschwindigkeit von 230 km/h) führen. Die W** wird Züge mit einer Höchstgeschwindigkeit von 200 km/h führen.

Gemäß dem Entwurf des Netzfahrplans 2013/2014 werden von der P** IC-Züge, railjet-Züge und EC-Züge mit einer Höchstgeschwindigkeit von 160 km/h auf den folgenden Streckenabschnitten geführt werden:

- Strecke Nr 41301
 - Abzweigung Leoben 2 – vor Leoben Hbf
 - Maria Saal – Glandorf
- Strecke Nr 10501
 - Brunn-Maria Enzersdorf – Wiener Neustadt Hauptbahnhof Gleisgruppe 200
 - Wiener Neustadt Hauptbahnhof Gleisgruppe 700 – Neunkirchen
- Strecke Nr 40401
 - Rottenmann – Trieben
- Strecke Nr 10105
 - Zirl – Ötztal
 - Götzis – Hohenems
- Strecke Nr 10102
 - Abschnitt bei Timelkam

Züge mit Geschwindigkeiten über 200 km/h verursachen höhere Instandhaltungskosten als Züge mit Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h.

Die Ö** hat den bescheidgegenständlichen, in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 sowie im Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 vorgesehenen Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h nicht iSd § 67 Abs 1 EISbG in Höhe der Kosten ermittelt, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen, noch trifft es zu, dass der Bau oder Ausbau der Schieneninfrastruktur, die mit Geschwindigkeiten über 160 km/h befahren werden kann, iSd § 67 Abs 3 EISbG ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre. Ebenso wenig hat die Ö** den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h anhand § 67 Abs 4 EISbG ermittelt und dabei untersucht,

ob der Zuschlag die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen ausschließt, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können.

Diese Feststellungen beruhen auf folgender Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zur Berechnung des Entgeltes für Zugtrasse und Zugfahrt durch die Ö** anhand eines Basisentgeltes mit Zu- und Abschlägen, zum Inhalt der Produktkataloge Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2012, 2013 und 2014 sowie der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 der Ö** gründen sich auf die Einsicht in die Produktkataloge und Schienennetz-Nutzungsbedingungen, deren Inhalt unbestritten ist. Die Feststellung, dass die Produktkataloge Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen jeweils Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö** sind, stützt sich auf die Einsicht in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen.

Die Feststellung zu den Strecken, welche in der Netzfahrplanperiode 2013/2014 mit einer Geschwindigkeit über 160 km/h befahrbar sein werden, stützt sich auf die Einsicht in den Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014. Die Geschwindigkeiten, mit denen die Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß dem Entwurf des Netzfahrplans 2014 Züge führen werden, sind amtsbekannt. Die zulässigen Geschwindigkeiten der Züge sind den Buchfahrplänen der Ö** zu entnehmen. Sowohl die aktuellen Buchfahrpläne als auch der Entwurf des Netzfahrplans 2014 liegen der Schienen-Control Kommission vor.

Die Feststellung, dass Züge mit Geschwindigkeiten über 200 km/h höhere Instandhaltungskosten verursachen als Züge mit Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h, ergibt sich aufgrund der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 30. Mai 2002 über die technische Spezifikation für die Interoperabilität des Teilsystems „Infrastruktur“ des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems gemäß Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 96/48/EG (Entscheidung 2002/732/EG). Gemäß Kapitel 4.3.3.18. („Gleislagequalität“) dieser Entscheidung sind die zulässigen Grenzwerte für Gleislagefehler bei einer örtlich zulässigen Geschwindigkeit über 200 km/h niedriger als bei Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h. Diese Grenzwerte sind in dem gemäß Kapitel 4.2.3.2.2. zu erstellenden Instandhaltungsplan zu berücksichtigen. Daraus folgt, dass Geschwindigkeiten über 200 km/h zu einem früheren Zeitpunkt Instandhaltungsmaßnahmen erfordern als Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h, was zu höheren Instandhaltungskosten führt.

Die Feststellung gründet sich weiters auf das Vorbringen der Ö**. Die von der Ö** in der Stellungnahme vom 07.11.2012 (S 12f) im Verfahren SCK-WA-12-002 genannten, von ihr festgelegten Schwellwerte für Instandhaltungsmaßnahmen in Hinblick auf die Gleislagequalität sind bei Geschwindigkeiten über 200 km/ niedriger als bei Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h (wobei die von der Ö** festgelegten Werte von jenen in der Entscheidung der Kommission 2002/732/EG abweichen).

Die Feststellungen, dass die Ö** den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h nicht iSd § 67 Abs 1 EibG in Höhe der Kosten ermittelt hat, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen, dass es nicht zutrifft, dass der Bau oder Ausbau der Schieneninfrastruktur, die mit

Geschwindigkeiten über 160 km/h befahren werden kann, iSd § 67 Abs 3 EisbG ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre, sowie, dass die Ö** den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h nicht anhand § 67 Abs 4 EisbG ermittelt und dabei untersucht hat, ob der Zuschlag die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen ausschließt, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können, folgen aus dem Vorbringen der Ö**.

Gemäß § 67 Abs 1 EisbG sind Benützungsentgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes (§ 58 Abs 1) grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen.

§ 67 Abs 3 EisbG sieht vor, dass höhere Benützungsentgelte für den Zugang auf einer Schieneninfrastruktur festgesetzt werden können, wenn deren Bau oder Ausbau nach dem 15. März 1986 abgeschlossen wurde oder wird, zu einer erhöhten Leistungsfähigkeit oder verminderten Kosten für die Nutzung führt, und wenn dieser Bau oder Ausbau ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre. Bei der Festsetzung solcher höherer Benützungsentgelte können dabei unter Berücksichtigung der Wettbewerbssituation der betroffenen Eisenbahnverkehrsleistungen die langfristigen Investitionskosten zugrunde gelegt werden.

Gemäß § 67 Abs 4 EisbG können, sofern die Benützungsentgelte nach den in Abs 1 bis 3 genannten Grundsätzen und sonstige Erlöse aus dem Betreiben der Schieneninfrastruktur nicht ausreichen, um eine volle Deckung der Kosten zu erreichen, hiezu weitere Zuschläge festgesetzt werden, die aber die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen nicht ausschließen dürfen, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können.

Die Ö** hat den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h im Verfahren zu GZ SCK-WA-12-002 sowie im gegenständlichen Verfahren letztlich auf § 67 Abs 1, 3 und 4 EisbG gestützt.

Bezüglich § 67 Abs 1 EisbG als Rechtsgrundlage bezifferte die Ö** in mehreren Stellungnahmen keinerlei konkrete Kosten, die aufgrund eines Zugbetriebs mit über 160 km/h unmittelbar anfallen. Die Ö** begründete den Zuschlag zunächst damit, dass die betroffenen Strecken sowohl in der Errichtung als auch in der Erhaltung kostenintensiver seien als konventionelle Strecken (Stellungnahme vom 23.04.2012, S 18). In der Folge (Stellungnahme vom 07.11.2012, S 12ff) beschrieb sie Instandhaltungsmaßnahmen, die bei höheren Geschwindigkeiten – allerdings nicht nur bei Geschwindigkeiten über 160 km/h – erforderlich werden. Sie bezifferte den erwarteten monetären Erhaltungsaufwand für ihr Gesamtnetz im Jahr 2013 mit 487 Mio €. Den erwarteten monetären Erhaltungsaufwand je Zugkilometer mit Geschwindigkeiten über 160 km/h bezifferte sie hingegen nicht, sondern brachte lediglich vor, dieser Aufwand ergebe sich aus den beschriebenen Instandhaltungsmaßnahmen. Die **monetäre Bewertung werde im Rahmen des Projektes „Verursachergerechte Kostenzuscheidung für die Trassennutzung“** mit Modellrechnungen der T** erfolgen (S 17). Auch bezüglich der erwarteten absoluten Kostensteigerungen für den jährlichen Mehraufwand je Zug-km ab 2014 verwies die Ö** auf dieses Projekt (S 18).

An unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten nannte die Ö** einen Betrag von € 124,6 Mio für die Westachse im Jahr 2012 (Stellungnahme vom 17.06.2013, S 4). Diesem Betrag stünden € 106,6 Mio an Einnahmen aus dem Infrastrukturbenützungsentgelt gegenüber. An anderer Stelle in ihrem Schriftsatz (S 8) bezifferte die Ö** die durchschnittlichen, sich unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs ergebenden Kosten auf der Strecke Wien – Salzburg mit € 122 Mio. Gemäß Preisen Produktkatalog 2014 komme die Ö** auf der Strecke Wien – Salzburg auf einen Infrastrukturbenützungsentgelt-Erlös von 101,4 Mio €, was einen erwarteten Deckungsbeitrag für 2014 von 83% für diese Strecke ergebe. **Der Zusammenhang der höheren Abnutzung der Strecke durch die höheren Geschwindigkeiten werde derzeit durch das Projekt „Verursachergerechte Kostenzuordnung“ grundlegend erforscht (S 4).**

Die **unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs über 160 km/h entstehenden Kosten** gab die Ö** hingegen **für keine der Strecken** an, die gemäß dem Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 in der Netzfahrplanperiode 2013/2014 mit dieser Geschwindigkeit befahrbar sein werden, geschweige denn legte sie dar, wie sie anhand solcher Kosten den bescheidgegenständlichen Zuschlag von € 0,5638 ermittelt hat. Stattdessen verwies sie auf ein laufendes Projekt zum Thema der Abnutzung von Strecken durch höhere Geschwindigkeiten.

Dies kann nur dahingehend gewürdigt werden, dass die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs mit Geschwindigkeiten über 160 km/h anfallenden Kosten **der Ö** selbst (noch) nicht bekannt** sind. Folglich konnte die Ö** den bescheidgegenständlichen Zuschlag nicht in Höhe der Kosten ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen.

§ 67 Abs 3 EisbG nannte die Ö** erstmals in ihrer Stellungnahme vom 13.07.2012 (S 13) als Rechtsgrundlage für den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h, und zwar aufgrund der Frage der Schienen-Control Kommission, weshalb für die Ermittlung der Höhe des Zuschlags auch der Anlagenaufwand herangezogen werde. In der Stellungnahme vom 07.11.2012 (S 16) gab die Ö** zur Frage der Schienen-Control Kommission betreffend § 67 Abs 3 EisbG als Rechtsgrundlage an, die sachliche Grundlage für den Zuschlag bilde § 67 Abs 1 EisbG und die zulässige Höhe des Infrastrukturbenützungsentgelts sei bis dato nicht erreicht.

In der Stellungnahme vom 21.02.2013 (S 1f) zum Verfahren SCK-WA-12-016 führte die Ö** aus, da der Ausbau der Hochgeschwindigkeitsstrecken nach dem 15. März 1986 abgeschlossen worden sei, zu einer Erhöhung der Leistungsfähigkeit führe und der Bau oder Ausbau ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre (unter Verweis auf „Diskussion zum Rahmenplan und Generalverkehrsplan“), könne keinesfalls bezweifelt werden, dass „diese für alle Zugangsberechtigten eine äußerst positive Entwicklung darstellt und diese hieraus nachhaltig wirtschaftlich davon profitieren.“

Mit Schriftsatz vom 17.06.2013 (S 2ff) brachte die Ö** vor, es handle sich im gegenständlichen Fall nicht um einen „Zuschlag“, sondern um ein „erhöhtes Benützungsentgelt“. Die Voraussetzung 3 des § 67 Abs 3 EisbG [Bau oder Ausbau wäre ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden oder wäre nicht durchführbar] stelle auch nicht darauf ab, dass schon vor dem Bau und Ausbau diesbezügliche Beschlüsse oder

Urkunden vorgelegen sein müssten. Darüber hinaus habe man bei Entscheidungen über den Bau oder Ausbau der Schieneninfrastruktur noch gar keine entsprechenden „Festlegungen“ treffen oder Urkunden erstellen können, da die gesetzliche Bestimmung erst 2004 erfolgt sei und die Ausbaustrecken lange vorher beschlossen worden seien. Auch sehe der § 67 Abs 3 EisbG weder das Tatbestandsmerkmal „Beschluss“ noch das Tatbestandsmerkmal „Urkunden“ vor.

§ 67 Abs 3 EisbG stellt darauf ab, dass erhöhte Benützungsentgelte Bedingung für den Bau oder Ausbau einer Schieneninfrastruktur waren. Um feststellen zu können, ob erhöhte Benützungsentgelte Bedingung des Baus bzw Ausbaus der Strecken waren, die mit Geschwindigkeiten über 160 km/h befahren werden können, ersuchte die Schienen-Control Kommission die Ö** um Vorlage von Unterlagen, die dokumentieren würden, dass der Bau oder Ausbau dieser Strecken ohne Einführung des Hochgeschwindigkeitszuschlages nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar gewesen wäre. Derartige Unterlagen legte die Ö** hingegen nicht vor, sondern führte aus, § 67 Abs 3 EisbG erfordere weder „Beschlüsse“ noch „Urkunden“. Weiters behauptete sie generell, Investitionen in den Neu- bzw Ausbau von Strecken seien nur dann (bedingt) wirtschaftlich und somit durchführbar, wenn für diese eben auch ein erhöhtes Benützungsentgelt verlangt werden könne. Um wirtschaftlich sinnvolle Investitionen tätigen zu können, müsse es eben dem Infrastruktur-Betreiber erlaubt sein, für seine getätigten Kosten ein entsprechendes (höheres) Entgelt zu verlangen. Nur so seien diese durchführbar (Stellungnahme vom 17.06.2013, S 3). Eine Konkretisierung bzw Untermauerung dieser Behauptung erfolgte nicht.

Weiters führte die Ö** in der Stellungnahme vom 17.06.2013 (S 3) aus, man habe bei Entscheidungen über den Bau oder Ausbau der Schieneninfrastruktur noch gar keine entsprechenden „Festlegungen“ treffen oder Urkunden erstellen können, da die gesetzliche Bestimmung erst 2004 erfolgt sei und die Ausbaustrecken lange vorher beschlossen worden seien.

Zwar trifft es zu, dass die Bestimmung erst 2004 in das EisbG aufgenommen wurde. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Voraussetzung, wonach ein erhöhtes Benützungsentgelt Bedingung des Baus oder Ausbaus war, nur auf Strecken Anwendung findet, deren Bau oder Ausbau erst nach Inkrafttreten der Bestimmung, somit ab 01.06.2004, beschlossen wurde. Vielmehr kann (und muss) diese Voraussetzung auch dann erfüllt sein, wenn Bau oder Ausbau früher beschlossen wurden. Denn auch davor konnte es Bau- oder Ausbauprojekte geben, die ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wären oder durchführbar wären.

Die Ansicht der Ö**, dass Investitionen in den Neu- bzw Ausbau von Strecken (generell) nur dann durchführbar seien, wenn für diese Strecken ein erhöhtes Benützungsentgelt verlangt werden kann, würde die Voraussetzung des § 67 Abs 3 EisbG, wonach höhere Benützungsentgelte dann verlangt werden können, wenn der Bau oder Ausbau ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre, obsolet machen. Denn bei Zugrundelegung einer solchen Interpretation würde jede Strecke, deren Bau oder Ausbau nach dem 15. März 1986 abgeschlossen wurde, in den Anwendungsbereich des § 67 Abs 3 EisbG fallen.

Die Ö** vermochte somit in mehreren Stellungnahmen, in denen sie sich zu § 67 Abs 3 EisbG als rechtlicher Basis für den bescheidgegenständlichen Zuschlag äußerte, nicht darzulegen, dass der Bau bzw Ausbau der Strecken, die mit Geschwindigkeiten über 160 km/h befahren werden können, ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre bzw nicht durchführbar wäre. Dies kann nur dahingehend gewürdigt werden, dass es nicht zutrifft, dass der Bau oder Ausbau der Schieneninfrastruktur, die mit Geschwindigkeiten über 160 km/h befahren werden kann, ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre.

Auf § 67 Abs 4 EisbG stützte die Ö** den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h **zunächst nicht**. Dies gab sie in ihrer Stellungnahme vom 07.11.2012 (S 20) auch explizit an („Da sich der Zuschlag derzeit nicht auf § 67 Abs. 4 EisbG stützt, ist auch keine Überprüfung der Markttragfähigkeit geplant.“). **Erstmals** in der Stellungnahme vom 12.04.2013 (S 2f) brachte sie vor, sie stütze sich (auch) auf § 67 Abs 4 EisbG. Mit der Fertigstellung der Neubaustrecken Wien – St. Pölten und Unterinntal Ende 2012 und der daraus resultierenden Fahrzeitkürzung von weiteren 20 Minuten sei die Schiene im Personenverkehr der attraktivste Verkehrsanbieter auf der Westachse.

Mit Schreiben vom 17.06.2013 (S 4ff) führte die Ö** zur Frage der Schienen-Control Kommission, wie die Markttragfähigkeit des Zuschlags geprüft worden sei, aus, von den rund 25 Minuten Fahrzeitgewinn zwischen Wien und Salzburg im Fahrplan 2013 gingen nur 2 Minuten auf die Höchstgeschwindigkeit (Vmax) 230 km/h zurück, während 23 Minuten auf die Höchstgeschwindigkeit von 200 km/h entfielen. Somit sei im Hinblick auf die Marktattraktivität der Geschwindigkeitssprung von 160 km/h auf 200 km/h ausschlaggebend und segmentbestimmend, weshalb ein eigener Zuschlag für dieses Zugverkehrssegment gerechtfertigt sei. Weiters führte die Ö** aus, der Geschäftsführer der W**, ***, habe im Rahmen einer Fachveranstaltung im Jahr 2009 erklärt, ein Zugkilometer-Preis von bis zu € 10,- sei für die W** kein Problem.

Die Ö** brachte vor, eine Erhöhung des Fahrkartenpreises der W** um € 0,30 würde den Zuschlag kompensieren [wobei der Kalkulation der Ö** der Zuschlag gemäß Produktkatalog 2013 iHv € 0,5151 zugrunde liegen dürfte]. Da es gegen den Zuschlag von Seiten der P** keine Einwände gäbe und es von Seiten der W** bis Ende 2011 ebenfalls keine Einwände gegen das Infrastrukturbenützungsentgelt für Geschwindigkeiten über 160 km/h gegeben habe, sei „die Markt[trag]fähigkeit“ des Zuschlags jedenfalls gegeben.

Eine Prüfung, ob der Zuschlag die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen ausschließt, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können (§ 67 Abs 4 EisbG), stellen diese Überlegungen der Ö** nicht dar. Die Markttragfähigkeit wäre anhand einer Analyse der zu erwartenden Veränderung der Nachfrage der Eisenbahnverkehrsunternehmen nach Schienenwegekapazität bei Einführung des Zuschlages zu untersuchen. Die Analyse müsste sowohl die den Eisenbahnverkehrsunternehmen entstehenden Kosten als auch die zu erwartenden Einnahmen der Eisenbahnverkehrsunternehmen umfassen und anhand dieser Faktoren die zu erwartenden Auswirkungen von Zuschlägen auf die Nachfrage der Eisenbahnverkehrsunternehmen bewerten, um so die Markttragfähigkeit feststellen zu können.

Eine solche Analyse hat die Ö** jedoch nicht durchgeführt. Soweit die Ö** ausführt, die Fahrzeitverkürzung auf der Strecke Wien – Salzburg gehe überwiegend auf die Höchstgeschwindigkeit von 200 km/h zurück, nicht hingegen auf die Höchstgeschwindigkeit von 230 km/h, vermag dies eine Markttragfähigkeit des Zuschlags für Geschwindigkeiten über 160 km/h nicht zu begründen. Die Überlegungen der Ö** beziehen sich nicht auf Geschwindigkeiten über 160 km/h im Vergleich zu Geschwindigkeiten bis zu 160 km/h, sondern auf Geschwindigkeiten von 200 km/h im Vergleich zu Geschwindigkeiten von 230 km/h. Für die – gegenständlich relevanten – Auswirkungen, die Geschwindigkeiten über 160 km/h auf die Kosten- und Einnahmensituation von Eisenbahnverkehrsunternehmen haben, sind diese Überlegungen nicht relevant.

Im Übrigen bezieht sich die Ö** nur auf die Strecke Wien – Salzburg, welche jedoch nicht die einzige Strecke ist, die in der Netzfahrplanperiode 2013/2014 mit Geschwindigkeiten über 160 km/h befahren werden kann. Auch aus diesem Grund sind die Überlegungen der Ö** unzureichend, um die Markttragfähigkeit des Zuschlags für Geschwindigkeiten über 160 km/h festzustellen zu können.

Ebenso wenig sind der Verweis auf Aussagen des damaligen Geschäftsführers der W** bei einer Fachveranstaltung im Jahr 2009 sowie der Verweis darauf, dass zumindest bis Ende 2011 kein Eisenbahnverkehrsunternehmen Einwände gegen den Zuschlag erhoben hat, geeignet, die Markttragfähigkeit zu begründen. Dasselbe gilt für die von der Ö** angestellte Berechnung, wonach die W** ihre Ticketpreise um € 0,30 erhöhen müsste, um den Zuschlag zu kompensieren (wobei die Berechnung sichtlich anhand des Zuschlages gemäß Produktkatalog 2013 erfolgt ist und nicht anhand des bescheidgegenständlichen Zuschlages gemäß Produktkatalog 2014). Insbesondere wurde nicht untersucht, wie sich eine Erhöhung der Ticketpreise auf die Nachfrage seitens der Kunden auswirken würde.

Die Ö** hat somit nicht untersucht, ob der Zuschlag die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen ausschließt, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können.

Soweit die Ö** ausgeführt hat, der Zuschlag werde auf § 67 Abs 1, Abs 3 und Abs 4 EisbG gestützt, ist dies insofern widersprüchlich, als ein Entgelt nicht allen drei Bestimmungen zugleich entsprechen kann. Während nämlich § 67 Abs 1 EisbG ein Entgelt (nur) in Höhe der Grenzkosten vorsieht, ermöglichen § 67 Abs 3 und Abs 4 EisbG ein Überschreiten der Grenzkosten. Darauf hat die Schienen-Control Kommission die Ö** hingewiesen (siehe Schreiben vom 03.05.2013 (S 2)). Eine Entgeltermittlung, die zugleich in Höhe der Grenzkosten gemäß § 67 Abs 1 EisbG als auch in die Grenzkosten überschreitender Höhe gemäß § 67 Abs 3 und 4 EisbG erfolgt, ist nicht möglich.

Dass die Ö** den Zuschlag im Laufe des Verfahrens letztlich auf alle drei Bestimmungen gestützt hat, dürfte daher rühren, dass sie das Vorliegen der Voraussetzungen keiner dieser Bestimmungen schlüssig darlegen konnte. Infolge von Auskunftersuchen der Schienen-Control Kommission zur Ermittlung des Zuschlages anhand einer dieser Bestimmungen wich die Ö** auf andere Bestimmungen aus, bis sie sich schließlich auf alle drei Regelungen berief.

Die Ö** hat im Verfahren zu GZ SCK-WA-12-002 sowie im gegenständlichen Verfahren insgesamt **sechs Stellungnahmen** mit Vorbringen zum Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h erstattet (nämlich mit Schreiben vom 23.04.2012, vom 13.07.2012, vom 07.11.2012, vom 21.02.2013, vom 12.04.2013 und vom 17.06.2013). Dennoch legte sie nicht schlüssig dar, wie sie anhand § 67 EisbG den Zuschlag ermittelt hat. Dies, obwohl die Schienen-Control Kommission darauf hingewiesen hat, dass mangels einer schlüssigen Darlegung der Ermittlung des Zuschlages davon ausgegangen werden müsse, dass der Zuschlag nicht entsprechend § 67 EisbG ermittelt wurde.

Die Ö** als Zuweisungsstelle hat gemäß § 68 Abs 1 EisbG die Benützungsentgeltregeln festzusetzen. Als Zuweisungsstelle ist sie gemäß § 74a Abs 1 EisbG verpflichtet, der Schienen-Control Kommission auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die für den der Schienen-Control Kommission übertragenen Vollzug eisenbahnrechtlicher Regelungen erforderlich sind. Sie hatte daher der Schienen-Control Kommission die Auskünfte zu erteilen, die die Schienen-Control Kommission benötigte, um im Rahmen des gegenständlichen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrens (bzw anfanglich des Verfahrens zu GZ SCK-WA-12-002) die Rechtmäßigkeit des bescheidgegenständlichen Zuschlags für Geschwindigkeit über 160 km/h zu überprüfen.

Abgesehen von der Auskunftspflicht gemäß § 74a Abs 1 EisbG traf die Ö** im gegenständlichen, von Amts wegen geführten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren eine Mitwirkungspflicht: Dem Grundsatz der Amtswegigkeit des Verwaltungsverfahrens korrespondiert nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs eine Verpflichtung der Partei zur Mitwirkung bei der Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der amtswegigen behördlichen Erhebung im Hinblick auf die nach den materiell-rechtlichen Verwaltungsvorschriften zu beachtenden Tatbestandsmerkmale faktische Grenzen gesetzt sind, insbesondere, wenn die Behörde zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes der Mitwirkung der Partei bedarf, weil sich die Behörde die für den maßgeblichen Sachverhalt relevanten Daten nicht von Amts wegen verschaffen kann (siehe etwa VwGH 25.02.2004, ZI 2002/03/0273 mwN).

Die Schienen-Control Kommission bedurfte im gegenständlichen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren der Mitwirkung der Ö**, um prüfen zu können, ob diese den bescheidgegenständlichen Zuschlag gemäß einschlägigen Bestimmungen des EisbG ermittelt hatte. Die relevanten Daten konnte sich die Schienen-Control Kommission nicht von Amts wegen verschaffen.

Hätte die Ö** den Zuschlag gesetzeskonform ermittelt, so hätte für sie kein Anlass bestanden, der Schienen-Control Kommission die diesbezüglichen Auskünfte nicht zu erteilen, wäre diese Auskunftserteilung doch in ihrem Interesse gelegen. Dass die Ö** trotz mehrmaliger Auskunftersuchen der Schienen-Control Kommission in mehreren Stellungnahmen nicht darzulegen vermochte, wie sie den Zuschlag anhand § 67 EisbG ermittelt hat, kann nur dahingehend gewürdigt werden, dass sie den Zuschlag nicht gesetzeskonform ermittelt hat.

Rechtlich folgt:

Zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission:

Gemäß § 74 Abs 1 Z 1 EisbG hat die Schienen-Control Kommission von Amts wegen einer Zuweisungsstelle hinsichtlich des Zuganges zur Schieneninfrastruktur einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten wie etwa das Benützungsentgelt und hinsichtlich der Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten wie etwa angemessener Kostenersatz und branchenübliches Entgelt ein nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder das diskriminierende Verhalten zu untersagen.

Gemäß § 74 Abs 1 Z 3 EisbG hat die Schienen-Control Kommission von Amts wegen diskriminierende Schienennetz-Nutzungsbedingungen, diskriminierende allgemeine Geschäftsbedingungen, diskriminierende Verträge oder diskriminierende Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären.

§ 74 EisbG regelt Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde und setzt damit Art 30 der RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur um. Gemäß Art 30 Abs 2 der RL 2001/14/EG kann ein Antragsteller (dh Zugangsberechtigter) die Regulierungsstelle befassen, wenn er der Auffassung ist, ungerecht behandelt, diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Er kann die Regulierungsstelle insbesondere (unter anderem) mit Entscheidungen des Betreibers der Infrastruktur oder gegebenenfalls des Eisenbahnunternehmens (dh Eisenbahnverkehrsunternehmens) betreffend die Entgeltregelung (Art 30 Abs 2 lit d) sowie betreffend die Höhe oder Struktur der Wegeentgelte, die er zu zahlen hat oder hätte (Art 30 Abs 2 lit e), befassen.

Gemäß Art 30 Abs 3 S 1 der RL 2001/14/EG gewährleistet die Regulierungsstelle, dass die vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzten Entgelte **dem Kapitel II („Wegeentgelte“) entsprechen und nichtdiskriminierend sind.**

Die Regulierungsstelle hat somit sowohl zu prüfen, ob Eisenbahnverkehrsunternehmen ungerecht behandelt bzw diskriminiert worden sind als auch, ob sie auf andere Weise in ihren Rechten verletzt wurden. Die Richtlinie nennt in einer demonstrativen Aufzählung („insbesondere“) Entscheidungen des Betreibers der Infrastruktur oder des Eisenbahn(verkehrs)unternehmens, durch die Antragsteller ungerecht behandelt, diskriminiert oder auf andere Weise in ihren Rechten verletzt werden können, darunter Entscheidungen betreffend die Entgeltregelung und betreffend die Höhe und Struktur der Wegeentgelte. Zusätzlich normiert Art 30 Abs 3 S 1 der RL 2001/14/EG, dass die Regulierungsstelle sowohl gewährleistet, dass die vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzten Entgelte dem Kapitel II („Wegeentgelte“) entsprechen als auch, dass sie nichtdiskriminierend sind.

Vor diesem Hintergrund ist § 74 EisbG richtlinienkonform dahin zu interpretieren, dass die Schienen-Control Kommission neben dem Vorliegen von Diskriminierung auch zu prüfen hat,

ob ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf andere Weise in seinen Rechten verletzt wird. Eine solche Verletzung von Rechten liegt insbesondere dann vor, wenn dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Ausübung seiner Rechte auf Zugang zur Schieneninfrastruktur und auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen Bedingungen auferlegt werden, die dem EisbG widersprechen. Solche Bedingungen sind etwa gegen das EisbG verstoßende Entgelte. Eine Entgeltkontrolle durch die Regulierungsbehörde, die sowohl das Vorliegen einer Diskriminierung als auch das Vorliegen eines Verstoßes gegen sonstige regulierungsrechtliche Normen umfasst, steht damit im Einklang, dass sämtliche regulierungsrechtlichen Normen letztlich der Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Schieneninfrastruktur und zu sonstigen Leistungen dienen.

In den Spruchpunkten 1) und 2) erklärt die Schienen-Control Kommission Schienennetz-Nutzungsbedingungen teilweise für unwirksam, nämlich den in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 sowie im Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 der Ö** enthaltenen Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h. Wie noch zu zeigen sein wird, ist diese Entgeltbestimmung diskriminierend und verstößt auch in sonstiger Weise gegen das EisbG.

Im Spruchpunkt 3) wird der Ö** die Herstellung des rechtskonformen, dieser Unwirksamklärung entsprechenden Zustandes aufgetragen. Damit wird ihr zugleich ein diskriminierendes und auch in sonstiger Weise gegen das EisbG verstoßendes Verhalten, nämlich die Verwendung der für unwirksam erklärten Entgeltbestimmungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen, untersagt, und ein nichtdiskriminierendes, dem EisbG entsprechendes Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche die für unwirksam erklärten Entgeltbestimmungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

Im Spruchpunkt 4) wird der Ö** ein diskriminierendes und auch in sonstiger Weise gegen das EisbG verstoßendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Spruchpunkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Entgeltbestimmungen zu berufen.

Die bescheidgegenständlichen Entgeltbestimmungen gelten für die Berechnung des Infrastrukturbenutzungsentgelts, welches die Zugangsberechtigten für den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Ö** einschließlich des Mindestzugangspaketes (§§ 56, 58 Abs 1 EisbG) zu bezahlen haben. Es handelt sich somit um Bedingungen des Zugangs zur Schieneninfrastruktur, und zwar um finanzielle Modalitäten. Als solche unterliegen sie der Wettbewerbsaufsicht der Schienen-Control Kommission gemäß § 74 Abs 1 Z 1 und 3 EisbG.

Die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission ist damit gegeben.

Zu den weiteren rechtlichen Erwägungen:

1) Zu den Spruchpunkten 1) und 2):

a. Zum Verstoß des Zuschlags für Geschwindigkeit über 160 km/h gegen § 67 EisbG:

Gemäß § 67 Abs 1 EisbG sind Benützungsentgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes (§ 58 Abs 1) grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen.

§ 67 Abs 3 EisbG sieht vor, dass höhere Benützungsentgelte für den Zugang auf einer Schieneninfrastruktur festgesetzt werden können, wenn deren Bau oder Ausbau nach dem 15. März 1986 abgeschlossen wurde oder wird, zu einer erhöhten Leistungsfähigkeit oder verminderten Kosten für die Nutzung führt, und wenn dieser Bau oder Ausbau ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre. Bei der Festsetzung solcher höherer Benützungsentgelte können dabei unter Berücksichtigung der Wettbewerbssituation der betroffenen Eisenbahnverkehrsleistungen die langfristigen Investitionskosten zugrunde gelegt werden.

Gemäß § 67 Abs 4 EisbG können, sofern die Benützungsentgelte nach den in Abs 1 bis 3 genannten Grundsätzen und sonstige Erlöse aus dem Betreiben der Schieneninfrastruktur nicht ausreichen, um eine volle Deckung der Kosten zu erreichen, hiezu weitere Zuschläge festgesetzt werden, die aber die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen nicht ausschließen dürfen, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können.

§ 67 Abs 1 EisbG verlangt für das Infrastrukturbenützungsentgelt eine Berechnung primär nach dem Grundsatz der für den Zugbetrieb anfallenden Kosten, also nach dem Grenzkostenprinzip (vgl Catharin, Anm 2 zu § 67 EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)). Abs 3 und 4 sehen Zuschläge zu den Grenzkosten vor. Abs 4 stellt eine Option in Richtung Vollkostendeckung dar (vgl RV 2004 zu § 67).

Wie in den Sachverhaltsfeststellungen ausgeführt wurde, hat die Ö** das bescheidgegenständliche Benützungsentgelt nicht iSd § 67 Abs 1 EisbG in Höhe der Kosten ermittelt, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen, noch trifft es zu, dass der Bau oder Ausbau der Schieneninfrastruktur, die mit Geschwindigkeiten über 160 km/h befahren werden kann, iSd § 67 Abs 3 EisbG ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre. Ebenso wenig hat die Ö** den Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h anhand § 67 Abs 4 EisbG ermittelt und dabei untersucht, ob der Zuschlag die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen ausschließt, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können.

Der Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h entspricht somit weder § 67 Abs 1 noch § 67 Abs 3 noch § 67 Abs 4 EisbG. Dass der Zuschlag, wie von der Ö** vorgebracht, allen drei Bestimmungen entspricht, kann insofern nicht zutreffen, als § 67 Abs 1 EisbG ein Entgelt (nur)

in Höhe der Grenzkosten vorsieht, während § 67 Abs 3 und Abs 4 EisbG ein Überschreiten der Grenzkosten ermöglichen (siehe dazu die Beweiswürdigung oben).

Soweit die Ö** wiederholt auf internationale Vergleichswerte wie die Entgelte der B** verwiesen hat, ist dies nicht geeignet, die Gesetzmäßigkeit des bescheidgegenständlichen Zuschlags zu begründen:

Wie der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 20.06.2012 zur ZI 2009/03/0059 hinsichtlich der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten ausgesprochen hat, kommt es für die Festlegung der (angemessenen) Zusammenschaltungsentgelte auf den verfahrensgegenständlichen Märkten, die durch Verordnung als der sektorspezifischen Regulierung unterliegende relevante Märkte festgelegt waren und auf denen schwerwiegende Wettbewerbsprobleme festgestellt wurden, auch im Rahmen eines Verfahrens nach § 50 TKG 2003 wesentlich darauf an, dass unter Berücksichtigung der konkreten nationalen Gegebenheiten Entgelte in einer Höhe festgelegt werden, die geeignet ist, den bestehenden Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Ein Abstellen auf internationale Vergleichswerte kann daher auf den in diesem Verfahren gegenständlichen Märkten nicht als geeignet angesehen werden, zur Erfüllung der zu erreichenden Ziele beizutragen. Der Verwaltungsgerichtshof wies darauf hin, dass keineswegs feststeht, dass internationale Vergleichswerte in jedem Fall den sich aus dem unionsrechtlichen Rechtsrahmen ergebenden Anforderungen entsprechen (mwN).

Der Verweis der Ö** auf die Entgelte, die andere europäische Infrastrukturbetreiber wie die B** für Geschwindigkeiten über 160 km/h festgelegt haben, ist somit nicht geeignet, die Rechtmäßigkeit des bescheidgegenständlichen Zuschlags zu begründen.

b. Zur Diskriminierung:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.03.2012 zur ZI 2011/03/0152 ausgesprochen hat, verlangt das Diskriminierungsverbot, das zu den wesentlichen Grundsätzen des Unionsrechtes gehört, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine derartige Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre (mwN). Mit Erkenntnis vom 18.05.2004 zur ZI 2000/17/0144 hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH das Diskriminierungsverbot nur ein besonderer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes im Gemeinschaftsrecht ist, der besagt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre (mwN).

Indem der Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h gegen das EisbG verstößt, wirkt er diskriminierend. Denn er führt zu einer **unterschiedlichen Behandlung vergleichbarer Sachverhalte**: Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Züge mit Geschwindigkeiten über 160 km/h führen, haben ein um € 0,5638 pro Zugkilometer höheres Infrastrukturbenutzungsentgelt zu bezahlen als Eisenbahnverkehrsunternehmen, deren Züge Geschwindigkeiten bis maximal 160 km/h fahren. Vergleichbare Sachverhalte, nämlich Züge mit Geschwindigkeiten um die 160 km/h, werden unterschiedlich behandelt, je nachdem, ob der Grenzwert von 160 km/h überschritten wird oder nicht.

Eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung besteht nicht. Weder verursachen Züge ab einer Geschwindigkeit von über 160 km/h um € 0,5638 pro Zugkilometer höhere Grenzkosten, noch trifft es zu, dass der Bau oder Ausbau der Strecken, die mit Geschwindigkeiten von über 160 km/h befahren werden können, ohne erhöhte Benützungsentgelte nicht durchgeführt worden wäre oder durchführbar wäre. Ebenso wenig handelt es sich um einen Zuschlag zu den Grenzkosten, bei dem sichergestellt ist, dass er die Nutzung der Schieneninfrastruktur für Arten von Eisenbahnverkehrsleistungen nicht ausschließt, die mindestens die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten zuzüglich einer marktgerechten Rendite decken können. Der Zuschlag entspricht somit weder dem Grenzkostenprinzip des § 67 Abs 1 EisbG noch einem erhöhten Benützungsentgelt gemäß § 67 Abs 3 EisbG noch einem Zuschlag iSd § 67 Abs 4 EisbG.

Eisenbahnverkehrsunternehmen, deren Züge in den Anwendungsbereich des Zuschlags fallen, werden somit gegenüber denjenigen diskriminiert, die den Zuschlag nicht zu bezahlen haben.

Darüber hinaus wirkt der Zuschlag auch insofern diskriminierend, als er nicht zwischen Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h und solchen über 200 km/h differenziert. Gemäß Kapitel 4.3.3.18. („Gleislagequalität“) der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 30. Mai 2002 über die technische Spezifikation für die Interoperabilität des Teilsystems „Infrastruktur“ des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems gemäß Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 96/48/EG (Entscheidung 2002/732/EG) sind die zulässigen Grenzwerte für Gleislagefehler bei einer örtlich zulässigen Geschwindigkeit über 200 km/h niedriger als bei Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h. Diese Grenzwerte sind in dem gemäß Kapitel 4.2.3.2.2. zu erstellenden Instandhaltungsplan zu berücksichtigen.

Geschwindigkeiten über 200 km/h erfordern somit zu einem früheren Zeitpunkt Instandhaltungsmaßnahmen als Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h. Dies folgt auch aus den von der Ö** in der Stellungnahme vom 07.11.2012 (S 12f) im Verfahren SCK-WA-12-002 genannten, von ihr festgelegten Schwellwerten für Instandhaltungsmaßnahmen in Hinblick auf die Gleislagequalität (die allerdings von den Werten in der Entscheidung der Kommission 2002/732/EG abweichen). Auch diese Schwellwerte sind für Geschwindigkeiten über 200 km/h niedriger als für Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h.

Obwohl Züge mit Geschwindigkeiten über 200 km/h häufigere Instandhaltungsmaßnahmen erfordern und somit höhere Instandhaltungskosten verursachen, gilt der bescheidgegenständliche Zuschlag gleichermaßen für Züge mit Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h wie für Züge mit Geschwindigkeiten über 200 km/h. Diese mangelnde Differenzierung führt insofern zu einer Diskriminierung, als **unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt** werden.

In seiner praktischen Auswirkung benachteiligt der bescheidgegenständliche Zuschlag die in der Fahrplanperiode 2011/2012 neu in den Markt eingetretene W** im Vergleich zur P**: Da sämtliche Züge der W** Geschwindigkeiten über 160 km/h fahren, kommt der Zuschlag auf Züge der W** immer zur Anwendung. Die P** führt hingegen eine Reihe von Fernverkehrszügen mit einer Höchstgeschwindigkeit von 160 km/h, auf die der Zuschlag nicht

zur Anwendung kommt. Wie oben ausgeführt wurde, ist die Festsetzung eines Zuschlags iHv € 0,5638 für Züge mit Geschwindigkeit über 160 km/h jedoch sachlich nicht gerechtfertigt.

Mangels einer Differenzierung zwischen Zügen mit Geschwindigkeiten bis zu 200 km/h und Zügen über 200 km/h bezahlt die P** für Züge mit mehr als 200 km/h keinen höheren Zuschlag als die W** für Züge mit einer Höchstgeschwindigkeit von 200 km/h, obwohl die Züge über 200 km/h höhere Instandhaltungskosten verursachen.

Insofern benachteiligt der Zuschlag die W** gegenüber der P**, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung besteht. Damit widerspricht er den Zielen der Schienenverkehrsmarktregulierung gemäß § 54 EisbG. Insbesondere steht er in Widerspruch zu § 54 Z 1 und Z 2 EisbG, wonach es Zweck der Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG („Regulierung des Schienenverkehrsmarktes“) ist, die wirtschaftliche und effiziente Nutzung der Schienenbahnen in Österreich durch die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen im Bereich des Schienenverkehrsmarktes auf Haupt- und solchen Nebenbahnen, die mit anderen Haupt- oder Nebenbahnen vernetzt sind (Z 1), sowie durch die Förderung des Eintrittes neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen in den Schienenverkehrsmarkt (Z 2) zu gewährleisten. Ein Entgelt, das ein neu in den Markt eintretendes Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber einem am Markt etablierten Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligt, behindert sowohl die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs und als auch die Förderung des Eintrittes neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen in den Schienenverkehrsmarkt.

Soweit sich die Ö** darauf beruft, dass der Kostendeckungsgrad auf der von ihr betriebenen Schieneninfrastruktur unter dem rechtlich zulässigen Kostendeckungsgrad liege, ändert dies nichts daran, dass die Entgelte diskriminierungsfrei auszugestalten sind, um dem Eisenbahngesetz zu entsprechen. Dies gilt selbst dann, wenn durch das Infrastrukturbenützungsentgelt in Summe eine geringere Kostendeckung als nach dem EisbG zulässig erreicht wird. Soweit Zuschläge zum Basisentgelt vorgesehen werden, müssen diese dem § 67 EisbG entsprechen und dürfen nicht diskriminierend wirken.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der bescheidgegenständliche Zuschlag für Geschwindigkeit über 160 km/h in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 und im Produktkatalog Netzzugang Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2014 insofern gegen das EisbG verstößt, als er **dem § 67 EisbG widerspricht** und **diskriminierend** ist.

2) Zum Spruchpunkt 3):

Im Spruchpunkt 3) wird der Ö** die Herstellung des rechtskonformen, der in den Spruchpunkten 1) und 2) erfolgten Unwirksamklärung von Entgeltbestimmungen entsprechenden Zustandes aufgetragen. Zugleich wird ihr damit das diskriminierende und auch in sonstiger Weise gegen das EisbG verstoßende Verhalten, nämlich die Verwendung der bescheidgegenständlichen Entgeltbestimmungen in ihren Schienennetz-Nutzungsbedingungen, untersagt, und ein nichtdiskriminierendes, dem EisbG entsprechendes Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche diese Entgeltbestimmungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

Die Umsetzung des im Spruchpunkt 3) erteilten Auftrags, nämlich die Entfernung der für unwirksam erklärten Entgeltbestimmungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen (und im Produktkatalog) im Internet, ist innerhalb von 5 Arbeitstagen möglich. Es ist daher iSd § 59 Abs 2 AVG angemessen, die Ö** zu verpflichten, diesen Auftrag innerhalb von 5 Arbeitstagen umzusetzen.

3) Zum Spruchpunkt 4):

Im Spruchpunkt 4) wird der Ö** ein diskriminierendes und auch in sonstiger Weise gegen das EisbG verstoßendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Spruchpunkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Entgeltbestimmungen zu berufen. Die Berufung auf diese Entgeltbestimmungen könnte insbesondere dadurch erfolgen, dass die Ö** Verträge mit den Zugangsberechtigten abschließt, in denen die Zugangsberechtigten zur Leistung von Entgelten verpflichtet werden, die anhand dieser Bestimmungen ermittelt wurden, dass sie den Zugang zur Schieneninfrastruktur von der Zahlung solcher Entgelte abhängig macht oder dass sie die Zugangsberechtigten zur Zahlung solcher Entgelte auffordert.

Die Umsetzung dieses Auftrags ist der Ö** jederzeit möglich. Es ist daher iSd § 59 Abs 2 AVG angemessen, die Ö** zu verpflichten, ab der Zustellung des Bescheides entsprechend diesem Auftrag vorzugehen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis gemäß § 61a AVG:

Die Bescheide der Schienen-Control Kommission unterliegen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungswege. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist gem. § 84 EisbG zulässig. Die Beschwerde an den VwGH ist binnen sechs Wochen nach Zustellung dieses Bescheides zu erheben. Sie bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit Euro 240,- zu vergebühren.

Ferner kann binnen sechs Wochen nach Zustellung des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) erhoben werden. Sie bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit Euro 240,- zu vergebühren.

Wien, am 27.09.2013

Der Vorsitzende:

Dr. Robert Streller eh

F.d.R.d.A.
Dr. Gertraud Redl, LL.M.

Ergeht an:

Ö** mit RSb

W**

zHd B & S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH mit RSb

D** zur Kenntnis

P** zur Kenntnis

z.A.