

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

GZ: SCK-WA-11-057

BESCHEID

Die Schienen-Control Kommission hat durch den Senatspräsidenten des OGH Dr. Peter Baumann als Vorsitzenden sowie Ass.-Prof. Dkfm. Mag. Dr. Brigitta Riebesmeier und em. Univ.-Prof. DI Dr. Klaus Rießberger als weitere Mitglieder in der am 12.04.2012 in Anwesenheit der Schriftführerin Isabella Huber durchgeführten nicht öffentlichen Sitzung im gemäß § 74 EisbG von Amts wegen eingeleiteten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren betreffend Bahngrundbenützungverträge zu Recht erkannt:

SPRUCH:

Der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen der Ö**** und der W****, abgeschlossen am 07.12.2011, wird für unwirksam erklärt.

Rechtsgrundlagen:

§§ 37ff, 56ff Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) 1991,
§§ 54, 56, 58 Abs 2 Z 2, 59 Abs 1, 74 Abs 1 Z 3 Eisenbahngesetz (EisbG) 1957.

BEGRÜNDUNG:

Mit Email vom 06.12.2011 teilte die W**** der Schienen-Control GmbH mit, dass sie eine Platzierung von PromotorInnen in Bahnhöfen wünsche und diesbezüglich von der I**** einen Vertragsentwurf erhalten habe, der wie folgt laute:

„Bahngrundbenützungsvertrag

abgeschlossen zwischen

*der Ö****, ***** (im Folgenden kurz "Ö****"), vertreten durch die I****, ***** , einerseits und*

*W****, ***** (im Folgenden kurz „Bahngrundbenützer“) andererseits:*

§ 1 Umfang und Zweck der Bahngrundbenützung

*Die Ö**** gestattet dem Bahngrundbenützer die Verteilung von Giveaways durch jeweils 6 PromotorInnen in den unten erwähnten Bahnhöfen an den definierten Tagen und zu den angegebenen Zeiten. Der Verkauf von Fahrkarten in den Hallenbereichen ist aufgrund der damit verbundenen Einschränkungen der Verkehrswege nicht gestattet.*

*Weiters sind auf den Bahnsteigen der W**** eingesetztes Servicepersonal (6 PAX), welches zu den ab- bzw. ankommenden Zügen gehört genehmigt und von der Entrichtung des Grundbenützungsentgelts ausgenommen. Zusätzliches, auf den Bahnsteigen eingesetztes Servicepersonal unterliegt der Entgeltregelung. Lt. Bahngrundbenützer wird die genannte Zahl nicht überstiegen werden.*

*Es ist zumindest 3 Werktage vor Beginn der Aktion das Einvernehmen mit dem örtlich zuständigen Stations- und Liegenschaftsmanagern herzustellen. Diese sind für die Bahnhofscity Wien Westbahnhof, Herr A****, Tel.: *****, für den Bahnhof Linz Hbf., Herr HE***, Tel.: ***** und für den Bahnhof Salzburg Hbf., Herr HA***, Tel.: *****. Die Verteilzonen wurden von unseren zuständigen Stations- und Liegenschaftsmanagern genau bezeichnet und festgelegt. Die genauen Standorte sind in den Anlagen 1 – 3 dokumentiert.*

Die Anordnungen der zuständigen Stations- und Liegenschaftsmanager, insoweit sie die Ausführung des vorliegenden Übereinkommens betreffen, sind unbedingt zu befolgen.

*Dem Bahngrundbenützer obliegt die Reinigung des Betriebsplatzes einschließlich eines Umkreises von 5 m. Sollten Verunreinigungen, die im Zusammenhang mit der Verteilungskampagne verursacht werden, eine zusätzliche Reinigung durch die Ö**** erforderlich machen, so werden die hierdurch entstehenden Kosten dem Bahngrundbenützer gesondert in Rechnung gestellt.*

Der Bahngrundbenützer verpflichtet sich, die Verteiltätigkeit ausschließlich am jeweiligen Betriebsplatz durchzuführen sowie die zugewiesenen Zone zu beachten und aggressive Werbung zu unterlassen.

In jedem Fall sind in den jeweiligen Bahnhöfen Stiegen, Rolltreppen, Aufzüge sowie Ein- und Ausgänge jederzeit von Promotionpersonal frei zu halten.

*Die Ö**** ist bei diesbezüglichen Kundenbeschwerden berechtigt, das Bahngrundbenützungsübereinkommen mit sofortiger Wirksamkeit aufzulösen. Dem*

Bahngrundbenützer steht aus diesem Titel keine Refundierung des bereits bezahlten Bahngrundbenützungsentgeltes zu.

§ 2 Beginn, Ende

(1) Der Bahngrundbenützungsvertrag gilt an folgenden Tagen innerhalb des definierten Zeitrahmens:

- *10.12.2011 – 23.12.2011 zwischen 06:00 Uhr und 19:00 Uhr*
- *07.01.2012 – 31.01.2012 zwischen 06:00 Uhr und 19:00 Uhr*

Die genehmigten Verteilzonen befinden sich in der Bahnhofscity Wien Westbahnhof in der Halle sowie im Bereich des Verbindungsganges U-Bahnverteilgeschoss zur Rolltreppe in Richtung Bahnhofscity, im Bahnhof Linz Hbf. in der Halle und im Bahnhof Salzburg Hbf. am Vorplatz.

An nachfolgend aufgezählten Tagen ist jegliche Promotientätigkeit in den Hallenbereichen aufgrund des erhöhten Reisendenaufkommens untersagt:

- *10., 17. Dezember 2011 sowie der 6. und 8. Jänner 2012*

*An diesen Tagen wird das Promotionpersonal durch Mitarbeiter der W****. ersetzt, die ausschließlich für Kundeninformation und –lenkungsmaßnahmen zuständig sind.*

Der Bahngrundbenützungsvertrag endet, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf. Eine Überschreitung der Zeitrahmen ist nicht gestattet.

§ 3 Entgelt

*(1) Als Entgelt für die Gestattung der Verteilung von Giveaways durch PromotorInnen der W****. verpflichtet sich der Bahngrundbenützer, einen Betrag in Höhe von € 77.760,00 zuzüglich 20% Umsatzsteuer, das sind € 15.552,00, somit insgesamt € 93.312,00 zu bezahlen. (Bankverbindung: Ö****, Kontonummer *****, *****). Bei Zahlungsverzug werden Verzugszinsen gemäß § 1333 ABGB in Rechnung gestellt.*

*(2) Für die Leistungen der I**** im Zusammenhang mit dem Zustandekommen dieses Vertragsverhältnisses hat der Bahngrundbenützer pauschalierte Bearbeitungskosten in der Höhe von € 250,00 zuzüglich 20% Umsatzsteuer, das sind € 50,00, somit insgesamt € 300,00 zu bezahlen (Bankverbindung: I****, Kontonummer *****, *****).*

*(3) Sämtliche vorgenannten Entgelte, Kosten sowie Gebühren entsprechend § 5 (1) des gegenständlichen Vertrages sind bis **spätestens 07.12.2011** nachweislich zur Einzahlung zu bringen und die entsprechenden Einzahlungs- bzw. Durchführungsbestätigungen der I****, Stations- und Liegenschaftsmanagement, Stationsbetrieb, Key Account Management, z. Hd. *****, Telefax Nr.: ***** vorzulegen.*

§ 4 Schad- und Klagloshaltung

Der Bahngrundbenützer verzichtet gegenüber der Ö****, den sonstigen Unternehmen des ***Konzerns und gegenüber den Bediensteten dieser Unternehmen auf alle denkbaren Schadenersatzansprüche, die im Zusammenhang mit dieser Grundbenützung stehen; gegenüber derartigen Schadenersatzansprüchen, die von Personen erhoben werden, die der Sphäre des Bahngrundbenützers zuzurechnen sind, wird dieser die Unternehmen des ***-Konzerns und deren Bedienstete schad- und klaglos halten. Dieser Verzicht bzw. diese Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gilt nicht, a) wenn der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist oder b) wenn es sich um einen Personenschaden handelt. Dieser Verzicht bzw. diese Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gilt auch für alle Regressansprüche des Bahngrundbenützers aus Zahlungen an geschädigte Dritte und für Ausgleichansprüche aufgrund von Immissionen gemäß §§ 364 und 364a ABGB.

§ 5 Sonstige Bestimmungen

(1) Die gesetzlichen Gebühren, die mit der Errichtung dieser Urkunde bzw. dieses Rechtsgeschäftes im Zusammenhang stehen, trägt der Bahngrundbenützer. Die Rechtsgeschäftsgebühr für Bestandverträge ist gemäß Gebührengesetz 1957 vom Bestandgeber selbst zu berechnen und an das Finanzamt abzuführen. Aufgrund der Kompliziertheit bzw. der Auslegungsspielräume des Gebührenrechts kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Finanzbehörde im Fall einer Überprüfung eine höhere und/oder eine weitere Gebühr festsetzt und infolgedessen eine Nachzahlung vorschreibt. Die Vertragsparteien halten ausdrücklich fest, dass die Verpflichtung gemäß Satz 1 auch eine von der Finanzbehörde vorgeschriebene Nachzahlung und/oder weitere Gebühr umfasst. Ein allfälliger Rückerstattungsbetrag wird unverzüglich an den Bahngrundbenützer zurückgezahlt.

(2) Jede Art der Weitergabe von Rechten aus diesem Vertrag ist untersagt. Die Rückstellung der überlassenen Sache hat im ursprünglichen Zustand zu erfolgen. Im Falle eines Widerrufs oder einer sonstigen Vertragsbeendigung durch den Bahngrundbenützer oder die Ö**** stehen dem Bahngrundbenützer keinerlei Ansprüche gegen die Ö**** zu.

(3) Die Errichtung von Bauten, das Aufstellen von Gegenständen, alle sonstigen Veränderungen und über Promotientätigkeit hinausgehende Maßnahmen sind nicht zulässig.

(4) Der Bahngrundbenützer hat alle für die Nutzung bzw. Geschäftstätigkeit erforderlichen behördlichen Genehmigungen selbst und auf eigene Kosten zu erwirken. Allfällige Auflagen, Aufträge oder Kostenersatzpflichten, die einem Unternehmen des ***-Konzerns von einer Behörde oder einem sonstigen Dritten vorgeschrieben werden, sind vom Bahngrundbenützer zu erfüllen bzw. zu tragen, wenn diese in der Grundbenützung begründet sind bzw. der Bahngrundbenützer diese sonst verursacht hat.

(5) Der Bahngrundbenützer nimmt zur Kenntnis, dass das Betreten von Gleis- und sonstigen nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Bahnanlagen verboten ist. Er verpflichtet sich, alle seiner Sphäre zurechenbaren Personen dahingehend zu unterweisen.

(6) Der Bahngrundbenützer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass eine gerichtliche Zustellung an ihn in Österreich jederzeit möglich ist. Eine Änderung der Adresse hat er schriftlich bekannt zu geben. Solange diese Mitteilung nicht erfolgt ist, gilt eine rechtlich bedeutsame Erklärung, die an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift gesendet wird, als zugegangen.

(7) Alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen und alle sonstigen Mitteilungen des Bahngrundbenützers zu diesem Vertragsverhältnis sind ausschließlich an die I**** zu richten. Rechtsverbindliche Erklärungen können ausschließlich schriftlich oder mittels Telefax abgegeben werden, wobei für die Rechtswirksamkeit das Einlangen beim Empfänger maßgeblich ist.

(8) Der Bahngrundbenützer ist nicht berechtigt, mit allfälligen Gegenforderungen, aus welchem Titel immer, gegen die Forderungen der Ö****, die mit diesem Vertrag in Zusammenhang stehen, aufzurechnen.

(9) Folgende Daten werden elektronisch erfasst, gespeichert und verarbeitet: Name, Anschrift, Kundennummer, Geschäftszahl, Vertragsgegenstand, Zahlungszweck, Zahlungsbetrag und Zahlungsmodalitäten.

(10) Für alle aus diesem Vertragsverhältnis entspringenden Rechtsstreitigkeiten wird als ausschließlicher Gerichtsstand das sachlich zuständige Gericht in 1010 Wien vereinbart. Es ist ausschließlich Österreichisches Recht anwendbar.

(11) Das Original dieses Vertrages verbleibt bei der Ö****. Der Bahngrundbenützer erhält eine Kopie.

§ 6 Rechtswirksamkeit

(1) Mit Übergabe der unterfertigten Urkunde an die I**** wird der vorliegende Vertragstext zum verbindlichen Anbot des Bahngrundbenützers. Die Annahme erfolgt mit der vollständigen Gegenzeichnung (Fertigung durch zwei Personen auf Seiten der I****). Sollte die Annahme nicht erfolgen und ein Vertrag daher nicht zustande kommen, sind Ersatzansprüche ausgeschlossen.

(2) Die Gegenzeichnung erfolgt jedenfalls erst nach Vorlage eines Nachweises über die Bezahlung der Rechtsgeschäftsgebühr und des Entgelts gemäß § 3. Vor beiderseitiger Vertragsunterfertigung darf die Fläche nicht in Anspruch genommen werden.

Wien, am

Wien, am

I****

W****

.....

.....

.....

Anlagen

Rechnung: 000120111404

Rechnung: 890020111668“

Dem Vertragsentwurf angeschlossen waren Pläne von Verteilstandorten in den Bahnhöfen Wien Westbahnhof, Linz Hauptbahnhof und Salzburg Hauptbahnhof sowie Rechnungen über das Entgelt in Höhe von € 93.312,00 und die Bearbeitungsgebühr in Höhe von € 300,00.

Mit Email vom 07.12.2011 informierte die I**** die Schienen-Control GmbH, zwei von der W**** eingebrachte Änderungswünsche seien von der I**** akzeptiert worden. Der Vertrag sei bereits seitens der I**** gefertigt an die W**** retourniert worden und daher aufgrund beiderseitiger Unterfertigung rechtsgültig. Die W**** könne somit keinesfalls mehr beschwert sein.

Mit Email vom 07.12.2011 teilte die W**** der Schienen-Control GmbH mit, sie habe den Vertrag wie dem Email beiliegend akzeptieren müssen, um vor Aufnahme des operativen Betriebes [Anmerkung: mit Fahrplanwechsel 2011/2012 am 11.12.2011] mit Promotionaktionen auf Bahnhöfen starten zu können. Der dem Email beiliegende Vertrag entsprach dem am 06.12.2011 übermittelten Entwurf mit der Abweichung, dass der letzte Absatz des § 1 („Die Ö**** ist bei diesbezüglichen Kundenbeschwerden berechtigt, das Bahngrundbenützungsbereinkommen mit sofortiger Wirksamkeit aufzulösen. Dem Bahngrundbenützer steht aus diesem Titel keine Refundierung des bereits bezahlten Bahngrundbenützungsentgeltes zu.“) sowie in § 3 Abs 3 die Wortfolge „spätestens 07.12.2011“ durchgestrichen waren. Das Datum der Unterfertigung durch die W**** war der 06.12.2011, jenes der Unterfertigung durch die I**** der 07.12.2011.

Mit Schreiben vom 07.12.2011 ersuchte die Schienen-Control GmbH die Ö**** um Vorlage aller Verträge mit Eisenbahnverkehrsunternehmen über die Benutzung von Bahngrund im Bahnhofsbereich. Die I**** erhielt dieses Schreiben zur Kenntnisnahme.

Mit Email vom 12.12.2011 übermittelte die I**** der Schienen-Control GmbH einige Verträge über Bahngrundbenützung, die jedoch keine Tätigkeiten regelten, die mit jenen aus dem Bahngrundbenützungsvertrag zwischen W**** und Ö**** vergleichbar gewesen wären.

Mit Email vom 12.12.2011 nahm die Ö**** zum Schreiben der Schienen-Control GmbH vom 07.12.2011 Stellung. Sie brachte vor, eine temporäre Promotiontätigkeit sei keine sonstige Leistung iSd § 58 EisbG, da sie für den Zugang zur Schieneninfrastruktur keinesfalls erforderlich sei. **Die Promotion-Leistungen seien in den für die Schieneninfrastrukturzugangsleistungen maßgeblichen Schienennetz-Nutzungsbedingungen und Produktkatalogen seit jeher nicht enthalten** und dies sei bis dato durch die Schienen-Control GmbH widerspruchlos akzeptiert worden.

Mit diesem Email legte die Ö**** ein Email der I**** an die W**** vor, mit dem die I**** der W**** den gegengefertigten Bahngrundbenützungsvertrag übermittelt und mitgeteilt hatte, dass die von der W**** vorgenommenen Änderungen des Bahngrundbenützungsvertrages vollinhaltlich akzeptiert würden und die Zahlungsfrist wie von der W**** vorgeschlagen 14 Tage betrage. Weiters legte die Ö**** einen Muster-Bahngrundbenützungsvertrag vor, der dem mit der W**** abgeschlossenen Bahngrundbenützungsvertrag entsprach, jedoch den

Vertragspartner der Ö****, die Stationen, in denen die Promotiontätigkeit stattfindet, den Gültigkeitszeitraum sowie die Zahlungsfrist offen ließ.

Die Schienen-Control Kommission leitete daraufhin von Amts wegen ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren ein. Mit Schreiben vom 14.12.2011 teilte sie der Ö**** mit, dass aus ihrer Sicht die im Muster-Bahngrundbenützungsvertrag geregelten Tätigkeiten, nämlich die Tätigkeit von PromotorInnen, der Verkauf von Fahrkarten sowie die Benützung von Bahnsteigen durch Servicepersonal des Eisenbahnverkehrsunternehmens eine Mitbenützung eines Personenbahnhofs iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG darstellen, weshalb die Bahngrundbenützungsverträge gemäß § 73a Abs 1 EisbG vorzulegen sind. Auf die Strafbestimmung des § 164 Abs 6 Z 3 EisbG wurde hingewiesen.

Die Schienen-Control Kommission ersuchte die Ö**** um Vorlage aller mit Eisenbahnverkehrsunternehmen abgeschlossenen Verträge über Tätigkeit von PromotorInnen, Verteilung von Werbemitteln, Fahrscheinverkauf durch Personen oder an Automaten, Erteilung von Reiseinformationen und Benutzung der Bahnsteige durch Servicepersonal. Bezüglich des vorgelegten Vertragsmusters ersuchte die Schienen-Control Kommission um eine Darstellung, wie sich das Entgelt gemäß § 3 Abs 1 (€ 77.760,00 zuzüglich USt) zusammensetzt. Insbesondere ersuchte sie um Erläuterung, weshalb dieses Entgelt unabhängig davon, an wie vielen Tagen der Bahngrundbenützungsvertrag gilt – dieser Zeitraum wird in § 2 Abs 1 offen gelassen – € 77.760,00 [*das ist genau das Entgelt im gegenständlichen Vertrag vom 07.12.2011*] beträgt. Weiters ersuchte sie um Bekanntgabe, auf welchen Kosten die Bearbeitungsgebühr von € 250,- beruht.

Mit Email vom 14.12.2011 übermittelte die Schienen-Control GmbH dieses Schreiben der Schienen-Control Kommission an die Eisenbahnverkehrsunternehmen CI****, G****, W****, M****, R****, N****, S****, ST****, STE**, D****, P**** und WI**** mit dem Ersuchen um Stellungnahme bis 13.01.2012. Insbesondere ersuchte die Schienen-Control GmbH um Information, ob und welche Verträge die genannten Unternehmen über die Tätigkeit von PromotorInnen, die Verteilung von Werbemitteln, den Fahrscheinverkauf (durch Personen oder an Automaten), die Erteilung von Reiseinformationen sowie die Benutzung der Bahnsteige durch Servicepersonal abgeschlossen haben oder ob solche Aktivitäten ohne einen speziell darauf gerichteten Vertrag durchgeführt würden.

In der Folge antwortete die M****, dass sie über einen Vertrag mit der ÖB**** zur Nutzung eines Schaukastens im Bahnhof Bludenz verfüge. Die ST**** und die CI**** teilten mit, dass sie keine Bahngrundbenützungsverträge abgeschlossen haben. Die anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen gaben keine Stellungnahmen ab.

Mit Schreiben vom 22.12.2011 nahm die Ö**** zum Schreiben der Schienen-Control Kommission vom 14.12.2011 Stellung und brachte im Wesentlichen Folgendes vor:

Die in den Muster-Bahngrundbenützungsverträgen geregelten Tätigkeiten, nämlich Tätigkeit von Promotoren, Verkauf von Fahrkarten sowie Benützung von Bahnsteigen durch – angemerkt zusätzliches – Servicepersonal des Eisenbahnverkehrsunternehmens stelle keine Mitbenützung des Personenbahnhofs iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG dar. Wie bereits aus dem Wortlaut des § 58 Abs 2 Z 2 EisbG hervorgehe, sei nicht jede Mitbenützung eines

Personenbahnhofs umfasst, sondern lediglich solche, die zwecks Zuganges zur Schieneninfrastruktur erbracht werde.

Was als Schieneninfrastruktur iSd Eisenbahngesetzes 1957 zu verstehen sei, werde durch die Legaldefinition des § 10a EisbG festgelegt. Die aufgrund dieser Bestimmung in Verbindung mit der Verordnung (EWG) Nr 2598/70 der Kommission vom 18. Dezember 1970 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhangs I der Verordnung (EWG) Nr 1108/70 für den gegenständlichen Sachverhalt allenfalls maßgeblichen Anlagen der Eisenbahninfrastruktur seien „Personenbahnsteige“ und „Straßenanlagen auf Bahnhofsvorplätzen und in Güterbahnhöfen, einschließlich der Zufahrtsstraßen“. Die Ö**** habe daher Serviceleistungen iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG in jenem Umfang zu erbringen, „die für Zwecke des Zuganges zu den Bahnsteigen und den Straßenanlagen auf Bahnhofsvorplätzen inklusive der Zufahrtsstraßen zu erbringen hat.“ [gemeint wohl: erforderlich ist].

In diesem Zusammenhang sei nicht ersichtlich, inwiefern die in den Bahngrundbenützungsverträgen geregelten Tätigkeiten, nämlich die Tätigkeit von Promotoren, der Verkauf von Fahrkarten sowie die Benützung von Bahnsteigen durch zusätzliches Servicepersonal für Zwecke des Zuganges zur Schieneninfrastruktur im angeführten Sinn durchgeführt werden. Die angeführten Tätigkeiten umfassten Vertrieb bzw Werbezwecke. Diese könnten ebenso gut fernab der Bahnhöfe stattfinden.

Eine temporäre Promotiontätigkeit, welche dem konkreten Sachverhalt zugrunde liege, sei für den Zugang zur Schieneninfrastruktur iSd § 10a EisbG keinesfalls erforderlich. Auch sei der Verkauf von Fahrkarten am Bahnhof keinesfalls notwendig, um Zugang zur Schieneninfrastruktur zu erlangen. Die W**** betreibe keine Fahrkartenautomaten oder Personenkassen.

Die in Bahngrundbenützungsverträgen geregelten Tätigkeiten könnten schon deshalb nicht zwecks Zugangs zu Bahnsteigen und Zufahrtsstraßen erfolgen, da diese aus der allgemeinen Lebenserfahrung für einen ungestörten Zugang zur Schieneninfrastruktur weder erforderlich noch dienlich seien, sondern diesen theoretisch sogar behindern könnten. Aus eben diesem Grund würden die gegenständlichen Tätigkeiten speziell im Bahnsteigbereich durch die Ö**** nicht gestattet.

Weiters verwies die Ö**** noch darauf, dass man auch aufgrund der einschlägigen europarechtlichen Normen zu demselben Schluss gelangen müsse, da auch iSd einschlägigen Richtlinien 2001/14/EG und 91/440/EWG „Eisenbahninfrastruktur“ die Anlagen gemäß Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr 2598/70 seien. Beide Richtlinien bezögen sich auf die Definition der „Eisenbahninfrastruktur“ der Verordnung (EWG) Nr 2598/70.

Abschließend verwies die Ö**** auf § 3 der deutschen Eisenbahninfrastruktur-Benützungsverordnung (EIBV), in dem die in den Bahngrundbenützungsverträgen geregelten Tätigkeiten in keinsten Weise Gegenstand des Zuganges zur Eisenbahninfrastruktur seien.

Aus diesen Gründen beträfen die verfahrensgegenständlichen Verträge keine sonstigen Leistungen iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG. Dementsprechend bestünde für diese Verträge auch keine Vorlageverpflichtung gemäß § 73a EisbG. Ebenso wenig träfe die Bestimmung des § 70a EisbG,

wonach Verträge über Leistungen iSd § 58 EisbG schriftlich abzuschließen seien, auf die verfahrensgegenständlichen Verträge zu. Unpräjudiziell des eigenen Rechtsstandpunktes werde jedoch die dem Verfahren offensichtlich zugrunde liegende schriftliche Vertragsurkunde übermittelt.

Bezüglich sonstiger Verträge mit Eisenbahnverkehrsunternehmen über die Tätigkeit von PromotorInnen und die Verteilung von Werbemitteln dürfe, obgleich wie bereits ausführlich dargestellt keine Vorlagepflicht bestehe, auf die seitens der I**** bereits im Vorfeld an die Schienen-Control GmbH übermittelten Verträge verwiesen werden. Bezüglich des Fahrscheinverkaufs lägen keine dahingehenden schriftlichen Verträge vor, weshalb schon aus diesem Grund dem Ersuchen um Vorlage nicht entsprochen werden könne.

Die Erteilung von Reiseinformationen sei im Produktkatalog „Stationen“ geregelt, weshalb keine gesonderten Verträge hierüber vorlägen. Die Benutzung der Bahnsteige durch zusätzliches Servicepersonal werde seitens der Ö**** nicht gestattet, weshalb hierüber ebenfalls keine Verträge vorlägen.

Aus all den genannten Gründen sei der Straftatbestand des § 164 Abs 6 Z 3 EisbG somit keinesfalls gegeben.

Der Abschluss der verfahrensgegenständlichen Bahngrundbenützungsverträge falle gemäß § 24 Bundesbahngesetz in die Zuständigkeit der I**** und nicht der Ö****, da die Verträge weder Schieneninfrastruktur gemäß § 10a EisbG noch Liegenschaften, die für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen benötigt werden, betreffen. Da eine Vorlagepflicht gemäß § 73a EisbG keinesfalls bestehe, sei der Straftatbestand des § 73a EisbG [gemeint wohl: § 164 Abs 6 Z 3 EisbG] auch gegenüber der I**** weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht verwirklicht. Es werde jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es laut Judikatur des VwGH ausreiche, wenn ein zivilrechtlicher Auftrag erteilt werde, um die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit wirksam zu überbinden (VwGH, GZ 92/07/0187 vom 29.06.1995, VwSlg 14283 A/1995). Dies müsse – unabhängig davon, dass hinsichtlich des gegenständlichen Sachverhalts ein Verwaltungsstrafatbestand keinesfalls gegeben sei – umso mehr dann gelten, wenn ein Sachverhalt aufgrund gesetzlicher Regelung einer Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit zugewiesen sei.

Der Ordnung halber dürfe noch mitgeteilt werden, dass seitens der Ö**** Prokurist *****, Leiter des Geschäftsbereichs Netzzugang, für Angelegenheiten des Netzzugangs rechtswirksam zum verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 VStG bestellt worden sei. Aus den bereits vorgebrachten Gründen treffe selbstredend jedoch auch Prokurist ***** keine Haftung gemäß § 164 Abs 6 Z 3 EisbG.

Zu den Kosten im Vertragsmuster teilte die Ö**** mit, das Entgelt betrage pro Promotionstag pro Promotor und Standort € 120,-. Durch die W**** würden an 36 Tagen jeweils sechs Promotoren auf drei Standorten eingesetzt: 36 x 6 x 3 x € 120,- ergebe in Summe den Betrag von € 77.760,-.

Die Verwertung der Grundstücke der Ö**** erfolge durch die I****, die ihre Tätigkeit als Immobilienmakler ausübe und bei Abschluss eines rechtskräftigen Kauf- oder

Bestandvertrages eine Vermittlungsprovision gemäß den Honorarrichtlinien für Immobilientreuhänder in Rechnung stelle. Anstelle dieser Vermittlungsprovision würden bei Kurzzeitverträgen pauschalierte Bearbeitungskosten in der Höhe von € 250,- eingehoben.

Die Ö**** beantragte, das gegenständliche wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren einzustellen sowie keinesfalls ein Verwaltungsstrafverfahren einzuleiten.

Mit der Stellungnahme legte die Ö**** den Bahngrundbenützungsvertrag mit der W**** vom 06./07.12.2011 sowie ein Schreiben des Vorstandes der Ö**** vom 11.10.2010 über die Bestellung von ***** zur verantwortlich beauftragten Person gemäß § 9 VStG vor.

Mit Schreiben vom 12.01.2012 teilte die Schienen-Control Kommission der Ö**** abermals mit, dass es sich aus ihrer Sicht bei den im Muster-Bahngrundbenützungsvertrag geregelten Tätigkeiten, nämlich der Tätigkeit von PromotorInnen, dem Verkauf von Fahrkarten sowie der Benützung von Bahnsteigen durch Servicepersonal des Eisenbahnverkehrsunternehmens um eine Mitbenützung eines Personenbahnhofs iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG handelt. Insbesondere verwies die Schienen-Control Kommission darauf, dass bei der Auslegung des § 58 EisbG auch die Zielbestimmung des § 54 EisbG zu beachten ist und die Tätigkeit von PromotorInnen der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Bahnhöfen der Erreichung der Ziele des § 54 EisbG, insbesondere der Förderung des Eintrittes neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen in den Schienenverkehrsmarkt (§ 54 Z 2 EisbG) dient.

Hinsichtlich der in der Stellungnahme der Ö**** vom 22.12.2011 zitierten Definition der Schieneninfrastruktur gemäß Anlage 1 der VO (EWG) Nr 2598/70 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhangs I der VO (EWG) Nr 1108/70, auf die § 10a EisbG verweist, führte die Schienen-Control Kommission aus, dass diese Definition den rechnerisch geprägten Begriff der Schieneninfrastruktur enthält. Dieser bildet nur den Kernbestandteil eines Fahrweges im funktionellen Sinn, während zur Ausübung von Zugangsrechten auch andere für den Zugang benötigte Anlagen benützt werden müssen (vgl Catharin, Anm 4 zu § 10a EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)). Dementsprechend regelt § 58 Abs 2 EisbG die über den Zugang zur Schieneninfrastruktur hinaus zur Verfügung zu stellenden Serviceleistungen. Der Umfang dieser Serviceleistungen ist dabei im Lichte des § 54 EisbG zu beurteilen und nicht durch den Wortlaut der Definition der Schieneninfrastruktur gemäß Anlage 1 der VO (EWG) Nr 2598/70 beschränkt.

Bezüglich des in der Stellungnahme der Ö**** vom 22.12.2011 zitierten § 3 der deutschen Eisenbahninfrastruktur-Benützungsverordnung (EIBV) verwies die Schienen-Control Kommission auf Folgendes: Diese Bestimmung normiert (ähnlich § 58 Abs 2 EisbG) die Pflicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die Benutzung von Serviceeinrichtungen diskriminierungsfrei zu gewähren. Serviceeinrichtungen sind gemäß § 2 Abs 3c Z 2 des deutschen Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) (unter anderem) Personenbahnhöfe, deren Gebäude und sonstige Einrichtungen. § 3 EIBV setzt damit ebenso wie § 58 EisbG den Art 5 der RL 2001/14/EG um. Dass die in den Bahngrundbenützungsverträgen der Ö**** geregelten Tätigkeiten in § 3 EIBV nicht genannt werden, liegt schlicht daran, dass diese Bestimmung – ebenso wie § 58 EisbG – keine detaillierte Aufzählung aller Leistungen enthält, die dem Eisenbahnverkehrsunternehmen, beispielsweise in einem Personenbahnhof, zur Verfügung zu stellen sind.

Die Schienen-Control Kommission ersuchte um Auskunft, auf welcher vertraglichen Grundlage die PromotorInnen tätig sind, die amtsbekanntermaßen in den Bahnhöfen Salzburg Hauptbahnhof, Linz Hauptbahnhof, St. Pölten Hauptbahnhof, Wien Hütteldorf und Wien Westbahnhof für die P**** werben.

Mit Schriftsatz vom 20.01.2012 nahm die W****, vertreten durch die B****, im Wesentlichen wie folgt Stellung:

Im Vorfeld der Betriebsaufnahme der W**** mit dem Fahrplanwechsel 2011/2012 (somit am 11.12.2011) habe sich die W**** bemüht, mit der Ö**** die Bedingungen für die Durchführung sogenannter „Promotionsaktivitäten“ in Erfahrung zu bringen. Dabei handle es sich im Wesentlichen, aber nicht abschließend, um die Verteilung von Werbemitteln, die Erteilung von Reiseinformationen an Kunden, allgemeine Kundeninformation, Fahrscheinverkauf sowie Kundenlenkung im Bahnsteigbereich beim Einsteigen in die Züge der W****. Diese Tätigkeiten hätten durch eigens eingesetzte und geschulte MitarbeiterInnen der W**** durchgeführt werden sollen.

Die W**** sei davon ausgegangen, dass die Durchführung von „Promotion“ im Bahnhofsbereich für Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Grund bestehender vertraglicher Bestimmungen (insbesondere Infrastrukturnutzungsvertrag und Zugtrassenvereinbarung) ohne weiteres zulässig sei. Schließlich handle es sich um Tätigkeiten, die in engem und unmittelbarem Zusammenhang mit der Erbringung von Personenverkehrsleistungen stünden. Die erste Kontaktaufnahme der W**** mit der I**** zu diesem Zwecke sei bereits im Sommer/Herbst 2011 erfolgt.

Zur Akkordierung der Werbeaktivitäten der W**** habe die I**** zu einem „Abstimmungsgespräch“ eingeladen. Dieses habe erstmalig am 07.11.2011 stattgefunden. Die Ö**** habe – zur Überraschung und zum Erstaunen der W**** – die Rechtsansicht vertreten, dass für die Durchführung von Promotionaktivitäten eigene Verträge (sogenannte „Bahngrundbenützungsverträge“) notwendig seien, für diese Tätigkeiten ein gesondertes Entgelt vom Eisenbahnverkehrsunternehmen an die Ö**** zu bezahlen sei und ohne den gesonderten Abschluss eines „Bahngrundbenützungsvertrages“ die Durchführung von Promotionstätigkeiten durch MitarbeiterInnen der W**** nicht zulässig sei und daher von der Ö**** als „Hausherr“ untersagt werden würde.

Am 25.11.2011 sei es neuerlich zu einer Besprechung mit der I**** gekommen. In diesem Gespräch sei unter anderem mitgeteilt worden, dass

- nie mehr als drei Promotoren in der Bahnhofshalle beschäftigt werden dürften,
- der Ticketverkauf in der Halle generell verboten sei,
- an bestimmten (angeblich stark frequentierten) Tagen eine Promotion generell verboten sei,
- die Promotion in der Bahnhofshalle entgeltlich sei (€ 120,00 pro Person (= Promoter) pro Tag),
- Promotion auf den Bahnsteigen extra zu bezahlen sei,
- für den Vertragsabschluss eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von € 250,00 zzgl 20% USt zu entrichten sei und darüber hinaus der Sicherheitsdienst der Ö**** (durchgeführt

durch die 100%-ige Tochtergesellschaft der Ö**** MU****) die Promotiontätigkeit der W****-Promotoren genauestens überprüft werde.

Aufgrund des kurz bevorstehenden Betriebsstarts der W**** habe sich die W**** dazu gezwungen gesehen, auf Basis der Vorgaben eine Bestellung abzugeben. Mit Email vom 02.12.2011 habe die I**** (namens der Ö****) mit neuerlichen Einschränkungen geantwortet, und zwar dahingehend, dass ausnahmslos das mit den Zügen mitfahrende Servicepersonal von der Entrichtung von Grundbenutzungsentgelten befreit sei und zusätzliches Servicepersonal dem normalen Kostensatz unterliege. Der Ticketverkauf im Bahnhofsbereich sei gänzlich verboten worden. Die Promotoren hätten demnach lediglich an abgestimmten Promotionszonen tätig sein dürfen. Als Grundbenutzungsentgelt sei ein Betrag von € 120,- netto pro Tag und Mitarbeiter angesetzt worden.

Am 05.12.2011 sei sodann von der I**** der Bahngrundbenützungsvertrag übermittelt worden. Die I**** habe klargemacht, lediglich zu diesen Bedingungen abschließen zu wollen. Der W**** sei es lediglich gelungen, einen Absatz zu streichen und als Zahlungsziel 14 Tage in den Vertrag zu reklamieren.

Aufgrund des mit der Ö**** abgeschlossenen Infrastrukturnutzungsvertrages vom 07.12.2011 sowie der Zugtrassenvereinbarung zum Infrastrukturnutzungsvertrag vom 07.12.2011 sei die W**** zur Nutzung der Schieneninfrastruktur sowie zur Inanspruchnahme von Vershub-, Zugvorbereite- und sonstigen Leistungen berechtigt.

Die Schieneninfrastruktur sei in § 10a EisbG legal definiert. Daraus, dass laut Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr 2598/70 unter anderem die Personenbahnsteige zur Schieneninfrastruktur zählen, ergebe sich, dass die Benutzung der Bahnsteige der Ö**** zum Zwecke der in Punkt 1.1. des Infrastrukturnutzungsvertrages angeführten Leistungen zwischen den Vertragsparteien abgegolten sei und daher für die W**** die Nutzung der Bahnsteige uneingeschränkt zulässig sei, also auch für Maßnahmen zur Kundenbetreuung, -information, Fahrkartenverkauf etc.

Dennoch habe die Ö**** den Standpunkt vertreten, dass auf den Bahnsteigen keinerlei Promotiontätigkeit zulässig sei bzw diese gesondert zu bezahlen sei. Dies widerspreche den geschlossenen Verträgen sowie der gesetzlichen Bestimmung des § 10a EisbG und sei somit diskriminierend.

Die Serviceleistung gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG bestehe jeweils darin, eine der aufgezählten Anlagen und Einrichtungen, somit auch Bahnhofsgebäude, zur Mitbenützung bzw Nutzung durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellen. Catharin, Anm 3 zu § 58 EisbG, in Catharin/Gürtlich EisbG², 2011, Seite 558 führe dazu beispielsweise aus, dass dies unter anderem die Mitbenützung eines Personenbahnhofes für den Fahrkartenverkauf des Eisenbahnverkehrsunternehmens an seine Fahrgäste beinhaltet. Gerade dies sei aber von der Ö**** verweigert worden.

Ferner sei verweigert worden, dass die W**** Informationen, Fahrplanauskünfte, sonstige Serviceleistungen für ihre Fahrgäste auf den Bahnhöfen der Ö**** erbringe.

Dies widerspreche § 58 Abs 2 Z 2 EisbG und sei somit diskriminierend.

Für den erzwungenen Abschluss eines eigenständigen Bahngrundbenützungsvertrages bestehe keine rechtliche Grundlage, da die W**** die in diesem Vertrag geregelten Tätigkeiten bereits aufgrund des § 58 Abs 2 Z 2 EisbG, insbesondere in Zusammenhang mit dem Infrastrukturbenützungsvertrag und der Zugtrassenvereinbarung auszuüben berechtigt sei und mit den darin vereinbarten Entgelten für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur [gemeint wohl: auch die Tätigkeiten aus dem Bahngrundbenützungsvertrag] abgegolten seien.

Trotz Rechtswidrigkeit des Begehrens der Ö**** sei die W**** gezwungen gewesen, den gegenständlichen Bahngrundbenützungvertrag vom 07.12.2011 abzuschließen, da ihr die Ö**** ansonsten (faktisch) die „Promotionstätigkeit“ auf den Bahnhöfen untersagt hätte.

Um den Betriebsstart der W**** nicht zu gefährden, sei die W**** daher gezwungen gewesen, den gegenständlichen Bahngrundbenützungvertrag abzuschließen. Dieser sei aber grob benachteiligend und somit diskriminierend.

Auf den Bahnhöfen der Ö**** seien zeitgleich mit den PromotorInnen der W**** auch PromotorInnen der P**** tätig gewesen. In Folge Akteneinsicht durch den Rechtsvertreter der W**** sei festgestellt worden, dass die P**** – trotz Aufforderung durch die Schienen-Control Kommission – keinen Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und P**** vorgelegt habe, der dem von der W**** abverlangten entspreche. Es seien also der W**** nicht bloß ungünstigere vertragliche Bedingungen abverlangt worden, die P**** habe – mit Wissen und Willen der Ö**** – ohne jeglichen Bahngrundbenützungsvertrag und damit auch ohne jedes gesonderte Entgelt Promotionstätigkeiten (im Übrigen im wesentlich größeren Ausmaß als die W****) durchgeführt.

Aus der Stellungnahme der Ö**** vom 22.12.2011 gehe hervor, dass keine schriftlichen Verträge zwischen der Ö**** und der P**** hierzu vorliegen. Auf Seite 6 der Stellungnahme führe die Ö**** sogar aus, die Erteilung von Reiseinformationen sei im Produktkatalog „Stationen“ geregelt, weshalb keine gesonderten Verträge hierüber vorlägen. Damit werde von der Ö**** außer Streit gestellt, dass sie mit der P**** keinen – der W**** abverlangten – Vertrag abgeschlossen habe bzw einen Abschluss eines Bahngrundbenützungsvertrages (und auch kein gesondertes Entgelt) von der P**** nicht verlangt habe.

Wenn die Erteilung von Reiseinformationen im Produktkatalog „Stationen“ geregelt sei, treffe dies im Übrigen nicht nur auf die P**** zu, sondern gleichermaßen auf die W****. Schon aus diesem Grund sei die Ö**** diskriminierend gegen die W**** vorgegangen, da sie von ihr eine vertragliche (Zusatz)Regelung für die Ausübung der Promotorentätigkeit verlangt habe, sie die P**** aber offenbar Promotorentätigkeiten ohne gesonderte Regelung und auch ohne Zahlung eines gesonderten Entgelts habe durchführen lassen.

Die unterschiedliche Behandlung der P**** und der W**** durch die Ö**** bei Gestattung der Promotorentätigkeit widerspreche den Zwecken und Grundsätzen der Schienenmarktregulierung nach § 54 EisbG (insbesondere: Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen (Z 1), die Förderung des Eintritts neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen in den Schienenverkehrsmarkt

(Z 2), Sicherstellung des Zuganges zur Schieneninfrastruktur für Zugangsberechtigte, wie auch die W**** (Z 3)).

Die unterschiedliche Behandlung von W**** und P**** durch die Ö**** stelle darüber hinaus auch einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar, vor der die W**** gemäß § 74 Abs 1 Z 2 [gemeint wohl: Z 1] und Z 3 EisbG von der Schienen-Control Kommission zu schützen sei. In § 54 EisbG werde einerseits das Ziel der Regulierung genannt und andererseits würden die Mittel zur Zielerreichung angesprochen.

Die Bestimmung des § 54 EisbG sei eine Auslegungshilfe für das Verständnis der regulierungsrechtlichen Einzelbestimmungen (so Catharin, Anm 1 zu § 54 EisbG, in Catharin/Gürtlich, EisbG² (2011)). Dies bedeute, dass den konkurrierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen gleichermaßen die Möglichkeit gegeben werden müsse, sich im Wettbewerb zu behaupten. Gerade hierfür sei für ein neu in den Markt eintretendes Eisenbahnverkehrsunternehmen die Ermöglichung von Werbemaßnahmen, Kundeninformation und Fahrkartenverkauf auch in Bahnhofsgebäuden von essentieller Bedeutung. Insbesondere im Lichte der in § 54 EisbG vorgegebenen Auslegungszwecke des Eisenbahngesetzes handle es sich bei der Promotorentätigkeit um Leistungen im Sinne des § 58 Abs 2 EisbG.

Insoweit die Ö**** auf § 10a EisbG verweise und meine, der Bahngrundbenützungsvertrag stelle keinen Gegenstand des Zuganges zur Eisenbahninfrastruktur dar, verkenne sie die Rechtslage: Im vorliegenden Fall werde die Mitbenützung des Westbahnhofes und der anderen Bahnhöfe auf der Westbahnstrecke einschließlich der dazugehörigen Gebäude und Einrichtungen zur Ausübung des Zuganges zur Schieneninfrastruktur nach § 10a EisbG dringend benötigt. Es handle sich um eine Serviceleistung im Sinne des § 58 Abs 2 Z 2, für welche es keine vertretbaren Alternativen unter Marktbedingungen gäbe. Die W**** könne ihre Promotorentätigkeit, Fahrgastinformationen, Fahrkartenverkäufe etc nur auf dem Westbahnhof und jenen Bahnhöfen, wo sie vereinbarungsgemäß halten dürfe, ausüben und nicht an anderen Orten.

Mit ihrer Bedingung des Abschlusses eines Bahngrundbenützungsvertrages habe die Ö**** ihre Pflicht zur Gleichbehandlung grob verletzt und somit sittenwidrig und rechtswidrig gehandelt. Da dies klar den Zielen der Schienenmarktregulierung iSd § 54 EisbG, insbesondere aber § 58 Abs 2 Z 2 EisbG widerspreche, habe sie auch diskriminierend iSd § 74 Abs 1 Z 1 EisbG gehandelt. Der Bahngrundbenützungsvertrag bzw der Musterbahngrundbenützungsvertrag seien somit gemäß § 74 Abs 1 Z 3 EisbG für rechtsunwirksam zu erklären.

Selbst wenn man die Zulässigkeit des Verlangens eines eigenständigen Bahngrundbenützungsvertrages dem Grunde nach bejahen würde, verkenne die Ö****, dass es sich bei dem Recht auf Mitbenützung des Westbahnhofes und der anderen Bahnhöfe jedenfalls um eine Serviceleistung im Sinne des § 58 Abs 2 EisbG handelt.

Weiters sei nicht nachvollziehbar und werde auch von der Ö**** nicht dargelegt, wie das von ihr begehrte Entgelt bzw der von ihr begehrte Betrag von € 93.312,00 für die Ausübung der Promotorentätigkeit den Prinzipien eines angemessenen Kostenersatzes und branchenüblichen Entgeltes gemäß § 70 Abs 1 EisbG entsprechen solle.

Bei ihrem Begehren auf Zahlung eines Entgeltes von € 93.312,00 auf Basis der der W**** abverlangten Kostensätze zur Ausübung der genannten Promotorentätigkeit beziehe sich die Ö**** nicht auf den Produktkatalog. Sie gestehe zu, einen derartigen Vertrag [gemeint wohl: Bahngrundbenützungsvertrag] von der P**** nicht verlangt zu haben, weil „die Erteilung von Reiseinformationen im Produktkatalog Stationen geregelt sei“ (siehe Seite 6 der Stellungnahme der Ö**** vom 22.12.2011). Nichts anderes fordere die W****, nämlich die diskriminierungsfreie Gleichbehandlung mit der P****.

Da es sich bei der Mitbenützung der Bahnhöfe um die Zurverfügungstellung einer Serviceleistung gemäß § 58 Abs 1 [gemeint wohl: Abs 2] Z 2 EisbG handle, falle der verfahrensgegenständliche Sachverhalt bzw die Verantwortung für den diskriminierenden Bahngrundbenützungsvertrag vom 07.12.2011 in die Zuständigkeit der Ö**** gemäß § 31 Bundesbahngesetz, zumal die I**** in dem Bahngrundbenützungsvertrag lediglich als Vertreter bezeichnet werde und als solcher gegenüber der W**** auftrete.

Die WESTbahn stellte die Anträge, die Schienen-Control Kommission möge im Rahmen ihrer Wettbewerbsaufsicht beschließen:

1. *Der Bahngrundbenützungsvertrag vom 07.12.2011 zwischen der Ö****, vertreten durch die I****, einerseits, und der W**** andererseits, wird gem. § 74 Abs 1 Z 3 EisbG für unwirksam erklärt;*
2. *der Ö**** wird aufgetragen, der W**** die Mitbenützung des Westbahnhofes und der anderen Bahnhöfe sowie Stationen einschließlich der Bahnsteige zur Ausübung der Promotorentätigkeit, Fahrkartenverkauf und Fahrgastinformationen, durch von ihr eingesetztes Personal, insbesondere Promotoren, zu gestatten;*
3. *es wird der Ö**** untersagt, für Promotorentätigkeit, Fahrkartenverkauf und Fahrgastinformation in den Bahnhöfen, Stationen und Bahnsteigen der Ö**** ein gesondertes Entgelt von der W**** zu verlangen;*
4. *der Ö**** wird weiters aufgetragen, es insbesondere zu unterlassen, die W**** zum Abschluss von Zusatzverträgen zur Ausübung der Promotorentätigkeit zu zwingen;*
5. *der Antrag der Ö****, das gegenständliche aufsichtsbehördliche Verfahren einzustellen, wird abgewiesen;*
6. *weiters wird – für den Fall, dass sich die Ö**** weigert, ihrer Vorlagepflicht gemäß § 73a EisbG nachzukommen – angeregt, gegen diese ein Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 164 Abs 6 Z 3 EisbG einzuleiten.*

Mit der Stellungnahme legte die W**** folgende Unterlagen vor:

- *Infrastrukturnutzungsvertrag mit der Ö****, abgeschlossen am 07.12.2011;*
- *Zugtrassenvereinbarung zum Infrastrukturnutzungsvertrag vom 07.12.2011;*
- *Bahngrundbenützungsvertrag vom 07.12.2011;*
- *Protokoll über das erste Abstimmungsgespräch mit der I**** vom 07.11.2011;*
- *Gedächtnisprotokoll von ***** (W****) über die Besprechung mit der I**** vom 25.11.2011;*
- *Email von ***** (I****) an ***** (W****) vom 02.12.2011.*

Mit Schreiben vom 20.01.2012 an die P**** verwies die Schienen-Control Kommission auf das Email der Schienen-Control GmbH vom 14.12.2011, mit welchem die P**** darüber in

Kenntnis gesetzt worden war, dass die Schienen-Control Kommission ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren betreffend Bahngrundbenützungsverträge führt und mit dem die P**** um Information ersucht worden war, ob und welche Verträge sie über die Tätigkeit von PromotorInnen, die Verteilung von Werbemitteln, den Fahrscheinverkauf (durch Personen oder an Automaten), die Erteilung von Reiseinformationen sowie die Benützung der Bahnsteige durch Servicepersonal abgeschlossen habe.

Die Schienen-Control Kommission ersuchte neuerlich um Stellungnahme sowie um Erteilung der angeforderten Informationen. Für den Fall, dass die Informationen innerhalb der gesetzten Frist nicht erteilt würden, werde davon ausgegangen, dass die P**** keine Verträge über die genannten Tätigkeiten abgeschlossen habe.

Mit Schriftsatz vom 27.01.2012 nahm die Ö**** zum Schreiben der Schienen-Control Kommission vom 12.01.2012 Stellung. Sie wiederholte ihre Rechtsansicht, wonach der verfahrensgegenständliche Bahngrundbenützungsvertrag keine Leistungen im Sinne des § 58 Abs 2 Z 2 EisbG regelt. Insbesondere würden in dem Vertrag weder Bahnsteige für Servicepersonal noch Hallenbereiche für Fahrkartenverkauf zur Verfügung gestellt. Eine teleologische Interpretation des § 58 EisbG anhand der Zielbestimmung des § 54 EisbG sei im vorliegenden Fall nicht zulässig, da eine Legaldefinition der Schieneninfrastruktur vorliege. Die Ö**** nahm Bezug auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes GZ 2009/05/0080.

Mit dieser Stellungnahme legte die Ö**** einen Bahngrundbenützungsvertrag mit der P**** vor, der im Wesentlichen dem von ihr früher vorgelegten Muster-Bahngrundbenützungsvertrag entsprach, jedoch zwischen kostenpflichtigen PromotorInnen (Werbetätigkeit) und kostenfreier Vertriebsunterstützung (Servicepersonal, welches einerseits Kundenlenkungsmaßnahmen setzt und andererseits Kunden bei der Bedienung von Fahrkartenautomaten unterstützt) unterschied und ein Entgelt von insgesamt € 53.760,00 vorsah. Der Vertrag war **undatiert**.

Mit Schreiben vom 27.01.2012 nahm die P**** zum Schreiben der Schienen-Control Kommission vom 20.01.2012 Stellung. Sie teilte mit, dass zwischen ihr und der Ö**** ein aufrechter Bahngrundbenützungsvertrag bestehe, der die Tätigkeit von PromotorInnen auf Bahngrund regle.

Mit Schriftsatz vom 01.02.2012 legte die Ö**** einen Sideletter vom 30./31.01.2012 zu dem zwischen der Ö**** und der W**** bestehenden Bahngrundbenützungsvertrag vor. Der Sideletter ergänzte den Stammvertrag hinsichtlich der Örtlichkeiten um den Bahnhof Wien Meidling.

Mit Schriftsatz vom 02.02.2012 erstattete die W**** eine Mitteilung zur Urkundenvorlage der Ö**** vom 01.02.2012 und führte im Wesentlichen wie folgt aus: Hintergrund des von der Ö**** vorgelegten Sideletters sei das Bestreben der W**** gewesen, Promotionstätigkeiten auch am Bahnhof Wien Meidling durchzuführen. Die Ö**** habe neuerlich die Meinung vertreten, dass hierfür ein gesonderter Vertrag – eben der zitierte Sideletter – notwendig sei. Die W**** habe dagegen die Auffassung vertreten und vertrete sie weiterhin, dass Promotionstätigkeiten auf Bahnhöfen der Ö**** ohne zusätzliche Vereinbarung zuzulassen wären. Die Ö**** habe jedoch im Fall der Verweigerung des Abschlusses damit gedroht, die

Promotionstätigkeiten der W**** zu untersagen. Die W**** habe sich daher gezwungen gesehen, den von der Ö**** vorgegebenen Sideletter unter Hinweis auf Zweifel an der Zulässigkeit und Notwendigkeit der Vereinbarung und unter Vorbehalt einer nachträglichen Überprüfung durch die Schienen-Control Kommission und/oder Gerichte zuzustimmen und diesen zu unterzeichnen.

Die W**** beantragte die Einbeziehung des Sideletters sowie des Vorgehens der Ö**** im Zusammenhang mit dem Abschluss des Sideletters in das gegenständliche wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren der Schienen-Control Kommission.

Mit Schriftsatz vom 10.02.2012 erstattete die Ö**** eine Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen vorbrachte, dass für die von der W**** vorgenommenen Promotionstätigkeiten keine anderen vertraglichen Bedingungen zur Anwendung gebracht würden als für Promotionstätigkeiten der P****. Dies werde durch die vorgelegten Unterlagen, nämlich den Bahngrundbenützungsvertrag der W****, den Sideletter zum Bahngrundbenützungsvertrag und den Bahngrundbenützungsvertrag der P**** belegt.

Entgegen der Ansicht der W**** in deren Stellungnahme vom 02.02.2012 bedürfe die Promotionsleistung jedenfalls einer gesonderten vertraglichen Grundlage. Darauf sei die Firma C**** als Beauftragte der W**** seitens der I**** hingewiesen worden.

Die Ö**** bestritt das Vorliegen eines Zwanges durch die Ö**** beim Vertragsabschluss der W****. Die Rechtsschutzinstrumentarien für den Fall des Zwanges würden hier nicht greifen, weil die Ö**** die W**** nicht in Furcht versetzt habe und auch keine sittenwidrige Ausnutzung einer Zwangslage vorliege. Im Zuge der Vertragsverhandlungen sei auf Forderungen der W**** eingegangen worden, eine Herabsetzung des Entgeltes seitens der W**** sei überhaupt erst nicht angesprochen worden.

Entgegen der Ansicht der W**** umfasse der Leistungsgegenstand des Infrastrukturnutzungsvertrages bzw der Zugtrassenvereinbarung, nämlich „Zugang zur Schieneninfrastruktur“ und „Zugtrassen“ keine Promotionstätigkeiten. Aus diesem Grund sei völlig unzweifelhaft, dass diese Tätigkeiten gesondert zu vereinbaren und gesondert zu bezahlen seien.

Das Vorbringen der W****, dass zwischen der Ö**** und der P**** keine schriftlichen Verträge vorlägen, sei unrichtig. Es werde auf die übermittelten Bahngrundbenützungsverträge mit der P**** verwiesen. Da die von der W**** geforderte Werbetätigkeit vom Produktkatalog nicht umfasst sei, werde von allen Eisenbahnverkehrsunternehmen gleichermaßen eine gesonderte Vereinbarung für Promotion verlangt.

Bezüglich des Entgeltes verwies die Ö**** nochmals darauf, dass die Subsumtion von Promotionsleistungen unter § 58 Abs 2 EisbG irrig sei. Trotzdem entspreche der angewandte Kostensatz dem von der W**** zitierten Grundsatz „angemessener Kostenersatz“ und „branchenübliches Entgelt“.

Die Ö**** beantragte, die Anträge der W**** als unbegründet abzuweisen und das wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren einzustellen.

Mit Schriftsatz vom 27.02.2012 erstattete die W**** eine Stellungnahme und führte im Wesentlichen wie folgt aus:

Aus der Stellungnahme der Ö**** vom 22.12.2011 an die Schienen-Control Kommission sei hervorgegangen, dass es keine schriftlichen Verträge zwischen Ö**** und P**** zu Promotionstätigkeit gegeben habe. Der erstmalig mit Schriftsatz vom 27.01.2012 vorgelegte Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und P**** sei offensichtlich also nach Durchführung der Promotionstätigkeiten (jedenfalls nach Aufnahme der Promotionstätigkeit durch die P****) und erst kurz vor Übermittlung an die Schienen-Control Kommission erstellt worden. Dies ergäbe sich aus folgenden Umständen:

Der Vertrag enthalte kein Datum der Zeichnung (weder seitens der I****, noch seitens der P****). Der Vertrag sehe in § 2 einen Gültigkeitszeitraum von 01.09.2011 bis 31.01.2012 vor. Der Vertrag sei somit erst wenige Tage vor Auslaufen an die Schienen-Control Kommission übermittelt worden, obwohl die Schienen-Control Kommission diesen Vertrag bereits erstmalig im Dezember 2011 angefordert hatte. Aus Anlage 7 des Vertrages gehe hervor, dass diese erst am 26.01.2012 erstellt wurde: Auf dem dieser Anlage beigefügten Foto sei das Aufnahmedatum 26.01.2012, 11:10 Uhr vermerkt. Damit sei aber diese Anlage (zumindest aber das Foto) erst einen Tag (26.01.2012) vor Übermittlung des Gesamtvertrages an die Schienen-Control Kommission (27.01.2012) angefertigt worden. Da die Anlage integrierender Bestandteil des Bahngrundbenützungsvertrages sei, könne auch der Vertrag als solcher nicht vor dem 26.01.2012 abgeschlossen worden sein.

Die Ö**** habe selbst mit Schriftsatz vom 22.12.2011 die Existenz eines eigenständigen Bahngrundbenützungsvertrages betreffend Promotionstätigkeit zwischen Ö**** und P**** bestritten. Nach dem nunmehr übermittelten Bahngrundbenützungsvertrag sei zu diesem Zeitpunkt Promotionstätigkeit aufgrund der (angeblichen) vertraglichen Vereinbarung bereits seit Monaten (konkret seit dem 01.09.2011) durchgeführt worden.

Aus all dem sei ersichtlich, dass der Vertrag offenbar nachträglich aufgesetzt und unterzeichnet wurde und zu dem Zeitpunkt, als der W**** ein Vertragsabschluss als zwingende Voraussetzung angegeben wurde, noch kein Bahngrundbenützungsvertrag mit der P**** bestand. Allein aus diesem Grund sei die Diskriminierung der W**** durch die Ö**** belegt.

Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, wer den Vertrag auf Seiten der Vertragsparteien abgeschlossen habe. Sämtliche Unterschriften seien unleserlich. Es sei nicht einmal möglich, den rechtsgültigen Abschluss durch zur Zeichnung berechnigte Organe zu überprüfen.

Die W**** beantragte, der I**** bzw der P**** aufzutragen, mitzuteilen, wer den am 27.01.2012 übermittelten Bahngrundbenützungsvertrag für die jeweiligen Vertragspartner unterzeichnet hat, die Zeichner der Vereinbarung zeugenschaftlich (allenfalls als Partei) zur Frage des Vertragsabschlusses einzuvernehmen, sowie der Ö**** sowie der P****

aufzutragen, mitzuteilen, wann der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen beiden Unternehmen abgeschlossen wurde.

Der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und P**** begünstige die P**** im Verhältnis zur W****, indem er zwischen „kostenpflichtigen PromotorInnen“ (Werbetätigkeit) und „kostenfreier Vertriebsunterstützung (Servicepersonal, welches einerseits Kundenlenkungsmaßnahmen setzt und andererseits Kunden bei der Bedienung von Fahrkartenselbstbedienungsautomaten unterstützt)“ unterscheide, wobei lediglich für „PromotorInnen“ ein Kostenersatz zu begleichen sei. Während aufgrund des Vertrages von insgesamt 34 Personen lediglich sieben Promotionstätigkeit durchgeführt haben sollten, hätten tatsächlich sämtliche 34 Personen Werbetätigkeiten erfüllt.

Auch die in den Anlagen 1-8 des Vertrages mit der P**** dargestellten „Verteilzonen“ seien wesentlich großzügiger angelegt als jene, die der W**** zugeteilt worden seien.

Auch die Höhe des Entgelts für die Promotionstätigkeit sei im Verhältnis zur W**** für die P**** günstiger vereinbart: Im Bahnhof St. Pölten komme lediglich ein Kostensatz von € 80,00 pro Promotor am Tag zur Anwendung, bei der W**** ein Betrag von € 120,00.

Auch die Gesamtsumme beider Verträge verdeutliche die Ungleichbehandlung beider Eisenbahnverkehrsunternehmen durch die Ö****: Der Geltungszeitraum des Bahngrundbenützungsvertrages mit der W**** umfasse den Zeitraum 10. bis 23.12.2011 sowie 07. bis 31.01.2012. Der W**** sei für diese Tätigkeit ein Entgelt von insgesamt € 77.760,00 (netto) in Rechnung gestellt worden.

Der Geltungszeitraum des Bahngrundbenützungsvertrages mit der P**** umfasse den Zeitraum von 01.09.2011 bis 31.01.2012 – also einen wesentlich längeren Zeitraum [gemeint wohl: Zeitraum]. Dennoch betrage das in Rechnung gestellte Entgelt lediglich den Rechnungsbetrag von € 53.760,00 (offenbar netto).

Tatsächlich seien aber von der P**** wesentlich mehr Promotoren mit Verteilaktionen beschäftigt gewesen, als Promotoren von der W**** eingesetzt worden seien. Trotz dieses Umstandes und obwohl der Zeitraum des Vertrages hinsichtlich der P**** wesentlich länger sei als jener der W****, habe die W**** ein um rund 50 % höheres Entgelt zu bezahlen.

Aus all dem gehe hervor, dass das Vorgehen der Ö**** diskriminierend und rechtswidrig in Bezug auf die Bahngrundbenützungsverträge betreffend Promotionstätigkeiten gewesen sei.

Die W**** stellte daher den Antrag, auch die P**** zur Stellungnahme aufzufordern, von wem und wann der Bahngrundbenützungsvertrag betreffend PromotorInnen unterzeichnet wurde.

Mit Schreiben vom 06.03.2012 ersuchte die Schienen-Control Kommission die P**** um Auskunft, wer den Bahngrundbenützungsvertrag zwischen der P**** und der Ö**** für die P**** unterzeichnet habe und wann dies erfolgt sei. Die Ö**** wurde ebenfalls mit Schreiben vom 06.03.2012 um Auskunft ersucht, wer den Bahngrundbenützungsvertrag zwischen der P**** und der Ö**** unterzeichnet habe und wann dies erfolgt sei.

Die I**** wurde mit Schreiben vom 06.03.2012 um Auskunft ersucht, wer den Bahngrundbenützungsvertrag zwischen der P**** und der Ö**** für die I**** unterzeichnet habe und wann dies erfolgt sei.

Mit Schreiben vom 13.03.2012 ersuchte die Schienen-Control Kommission die P**** und die Ö**** um Auskunft, auf welcher vertraglichen Grundlage die amtsbekannte Tätigkeit von PromotorInnen für die P**** im Bahnhof Wien Meidling erfolge.

Mit Schreiben vom 20.03.2012 teilte die P**** der Schienen-Control Kommission mit, der Bahngrundbenützungsvertrag sei für die P**** von Dipl.Kfm. *****, Leiter der Abteilung Marketing/Vertrieb am **26.01.2012** unterfertigt worden.

Mit Schreiben vom 20.03.2012 teilte die I**** der Schienen-Control Kommission mit, der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen der P**** und der Ö**** sei seitens der I**** (in Vertretung der Ö****) am **27.01.2012** durch Prokurist Dr. ***** und Mag. ***** unterfertigt worden. Die (wesentlichen) Vertragspunkte seien jedoch selbstverständlich vor Durchführung der Promotionstätigkeit mündlich vereinbart worden. Die gegenständliche Vertragsurkunde verbriefe lediglich die dahingehende mündliche Vereinbarung.

Mit Schreiben vom 20.03.2012 erstattete die Ö**** eine Stellungnahme und führte im Wesentlichen wie folgt aus: Sie sei bezüglich des Auskunftersuchens der Schienen-Control Kommission durch die I**** informiert worden, dass die Fertigung der schriftlichen Vertragsurkunde seitens der I**** am **27.01.2012** durch den Prokuristen Dr. ***** und den bevollmächtigten Mitarbeiter Mag. ***** erfolgt sei. Die Fertigung durch die P**** dürfte in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang durch Dipl.Kfm. ***** erfolgt sein.

Richtig, aber auch rechtlich irrelevant sei, dass die Aufnahme der Promotionstätigkeit der P**** nach inhaltlicher Einigung, aber noch **vor Unterfertigung der schriftlichen Vertragsurkunde** begonnen hatte. Die gegenständliche Bahngrundbenützung stelle nach Rechtsansicht der Ö**** keine Leistung iSd § 58 EibG dar. Daher sei auch das Schriftformgebot des § 70a EibG nicht anwendbar. Dementsprechend seien alle „essentialia negotii“ zwischen I**** und P**** bereits vor Aufnahme der Promotionstätigkeit am 01.09.2011 verbindlich vereinbart worden, und zwar genau zu denselben Konditionen, wie sie dann gegenüber der W**** angewendet worden seien.

Die P**** und die W**** würden über gleichlautende Verträge (über Bahngrundbenützung) verfügen, deren Vertragsurkunden teilweise aus kundendienstlichen Erwägungen erst nach Aufnahme der Promotionstätigkeit gefertigt worden seien.

Bezüglich des Vorbringens der W****, es seien tatsächlich mehr Mitarbeiter der P**** mit Werbemaßnahmen beschäftigt gewesen, als im Bahngrundbenützungsvertrag der P**** geregelt, führte die Ö**** aus, die angeblichen Vertragsverletzungen seien der Ö**** nicht bekannt und seien bis dato auch nicht vorgebracht worden. Sollten sich die Vorwürfe jedoch

belegen lassen, werde selbstverständlich der zu wenig bezahlte Betrag von der P**** nachgefordert.

Im Hinblick auf die Verteilzonen brachte die Ö**** vor, die Einschränkung der Verteilzonen der W**** sei irrtümlich erfolgt, wofür sich die I**** entschuldigt habe und eine angemessene Preisreduktion angeboten worden sei. Diese habe die W**** abgelehnt.

Bezüglich der Leistungsbeschreibung und Preisfestsetzung verwies die Ö**** auf die von der I**** an den Auftragnehmer der W****, die Firma C****, übermittelte Aufstellung. Aus dieser gehe hervor, dass auch der W**** dieselben Kostensätze wie der P**** angeboten wurden.

Ein Promotor mit Werbepostern koste auf einem Bahnhof der Kategorie 2 (zB St. Pölten) pro Tag € 120,00. Ein Promotor ohne Werbeposters koste auf einem Bahnhof der Kategorie 2 (zB St. Pölten) pro Tag € 80,00. Nachdem von der P**** diese Leistung bestellt worden sei, habe sie auch nur € 80,00 bezahlt. Da die W**** Promotoren inklusive Werbeposters bestellt habe, sei auch der entsprechend höhere Kostensatz verrechnet worden.

Die unterschiedlichen Gesamtsummen in den Bahngrundbenützungsverträgen der W**** und der P**** seien nicht auf eine Ungleichbehandlung zurückzuführen, sondern auf die vertragsgemäße Verrechnung jener Leistungen, die seitens der W**** ausdrücklich bestellt wurden.

Abschließend beantragte die Ö**** nochmals, sämtliche Anträge der W**** als unbegründet abzuweisen sowie wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren einzustellen.

Mit dem Schriftsatz legte die Ö**** folgende Unterlagen vor:

- 2. Sideletter vom 12./13.03.2012, abgeschlossen zwischen Ö**** und W****, über die Erstreckung der Laufzeit des Stammvertrages;
- Informationsschreiben betreffend Bestellung Promotion und Kundenlenkung an die Eisenbahnverkehrsunternehmen W**** und P****, jeweils vom 16.03.2012;
- Email der MU*** vom 25.02.2012;
- Vorkorrespondenz (Email) vom 08.11.2011 zwischen der I**** und der C****.

Mit Schriftsatz vom 22.03.2012 legte die Ö**** Bahngrundbenützungsverträge mit der P**** für die Monate Februar und März 2012 vor.

Mit Schriftsatz vom 23.03.2012 legte auch die W**** den 2. Sideletter zum Bahngrundbenützungsvertrag vom 06./07.12.2011 vor, der den Stammvertrag hinsichtlich der Laufzeit erstreckte. Weiters legte sie Korrespondenz im Vorfeld des Abschlusses des ersten und des zweiten Sideletters vor.

Mit Schreiben vom 26.03.2012 teilte die P**** mit, dass zwischen ihr und der Ö**** ein Bahngrundbenützungsvertrag abgeschlossen worden sei, der unter anderem die Tätigkeit von PromotorInnen im Bahnhof Wien Meidling regle.

Mit Schreiben vom 28.03.2012 teilte die Schienen-Control Kommission der Ö**** und der W**** mit, dass sie die Ansicht der Ö****, wonach die gegenständliche Bahngrundbenützung keine Leistung iSd § 58 EisbG darstelle und daher auch das Schriftformgebot des § 70a EisbG nicht anwendbar sei, nicht teilt.

Mit Schriftsatz vom 10.04.2012 legte die W**** einen dritten Sideletter zum Bahngrundbenützungsvertrag vom 06./07.12.2011, der den Stammvertrag hinsichtlich der Laufzeit erstreckte, sowie Korrespondenz im Vorfeld des Abschlusses dieses Sideletters vor.

Mit Schriftsatz vom 10.04.2012 legte die Ö**** ebenfalls den dritten Sideletter zum Bahngrundbenützungsvertrag der W**** vom 06./07.12.2011 vor sowie einen Bahngrundbenützungsvertrag mit der P**** für den Monat April.

Mit Schreiben vom 12.04.2012 teilte die Schienen-Control Kommission der Ö****, der P**** und der W**** mit, dass sie Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des Inhalts der abgeschlossenen Bahngrundbenützungsverträge hat, da die Verträge Bedingungen der Zurverfügungstellung der sonstigen Leistung Mitbenützung von Personenbahnhöfen (§ 58 Abs 2 Z 2 EisbG) enthalten, die jedoch nicht gemäß § 59 Abs 1 EisbG in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen dargestellt sind.

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

Die Schienen-Control Kommission stellt folgenden Sachverhalt fest:

Im Vorfeld ihrer Betriebsaufnahme mit dem Fahrplanwechsel 2011/2012 am 11.12.2011 wünschte die W**** eine Platzierung von PromotorInnen in Stationen der Ö****. In der Folge übermittelte die I**** der W**** einen Vertragsentwurf, welcher die Bedingungen der Ö**** für die Zurverfügungstellung von Flächen in Stationen für die gewünschte Promotiontätigkeit enthielt und wie folgt lautete:

„Bahngrundbenützungsvertrag

abgeschlossen zwischen

*der Ö****, ***** (im Folgenden kurz "Ö****"), vertreten durch die I****, ***** , einerseits und*

*W****, ***** (im Folgenden kurz „Bahngrundbenützer“) andererseits:*

§ 1 Umfang und Zweck der Bahngrundbenützung

*Die Ö**** gestattet dem Bahngrundbenützer die Verteilung von Giveaways durch jeweils 6 PromotorInnen in den unten erwähnten Bahnhöfen an den definierten Tagen und zu den angegebenen Zeiten. Der Verkauf von Fahrkarten in den Hallenbereichen ist aufgrund der damit verbundenen Einschränkungen der Verkehrswege nicht gestattet.*

Weiters sind auf den Bahnsteigen der W**** eingesetztes Servicepersonal (6 PAX), welches zu den ab- bzw. ankommenden Zügen gehört genehmigt und von der Entrichtung des Grundbenützungsentgelts ausgenommen. Zusätzliches, auf den Bahnsteigen eingesetztes Servicepersonal unterliegt der Entgeltregelung. Lt. Bahngrundbenützer wird die genannte Zahl nicht überstiegen werden.

Es ist zumindest 3 Werktage vor Beginn der Aktion das Einvernehmen mit dem örtlich zuständigen Stations- und Liegenschaftsmanagern herzustellen. Diese sind für die Bahnhofscity Wien Westbahnhof, Herr A****, Tel.: *****, für den Bahnhof Linz Hbf., Herr HE***, Tel.: *****, und für den Bahnhof Salzburg Hbf., Herr HA***, Tel.: *****. Die Verteilzonen wurden von unseren zuständigen Stations- und Liegenschaftsmanagern genau bezeichnet und festgelegt. Die genauen Standorte sind in den Anlagen 1 – 3 dokumentiert.

Die Anordnungen der zuständigen Stations- und Liegenschaftsmanager, insoweit sie die Ausführung des vorliegenden Übereinkommens betreffen, sind unbedingt zu befolgen.

Dem Bahngrundbenützer obliegt die Reinigung des Betriebsplatzes einschließlich eines Umkreises von 5 m. Sollten Verunreinigungen, die im Zusammenhang mit der Verteilkampagne verursacht werden, eine zusätzliche Reinigung durch die Ö**** erforderlich machen, so werden die hierdurch entstehenden Kosten dem Bahngrundbenützer gesondert in Rechnung gestellt.

Der Bahngrundbenützer verpflichtet sich, die Verteiltätigkeit ausschließlich am jeweiligen Betriebsplatz durchzuführen sowie die zugewiesenen Zone zu beachten und aggressive Werbung zu unterlassen.

In jedem Fall sind in den jeweiligen Bahnhöfen Stiegen, Rolltreppen, Aufzüge sowie Ein- und Ausgänge jederzeit von Promotionpersonal frei zu halten.

Die Ö**** ist bei diesbezüglichen Kundenbeschwerden berechtigt, das Bahngrundbenützungsbereinkommen mit sofortiger Wirksamkeit aufzulösen. Dem Bahngrundbenützer steht aus diesem Titel keine Refundierung des bereits bezahlten Bahngrundbenützungsentgeltes zu.

§ 2 Beginn, Ende

(1) Der Bahngrundbenützungsvertrag gilt an folgenden Tagen innerhalb des definierten Zeitrahmens:

- 10.12.2011 – 23.12.2011 zwischen 06:00 Uhr und 19:00 Uhr
- 07.01.2012 – 31.01.2012 zwischen 06:00 Uhr und 19:00 Uhr

Die genehmigten Verteilzonen befinden sich in der Bahnhofscity Wien Westbahnhof in der Halle sowie im Bereich des Verbindungsganges U-Bahnverteilgeschoss zur Rolltreppe in Richtung Bahnhofscity, im Bahnhof Linz Hbf. in der Halle und im Bahnhof Salzburg Hbf. am Vorplatz.

An nachfolgend aufgezählten Tagen ist jegliche Promotiontätigkeit in den Hallenbereichen aufgrund des erhöhten Reisendenaufkommens untersagt:

- 10., 17. Dezember 2011 sowie der 6. und 8. Jänner 2012

An diesen Tagen wird das Promotionpersonal durch Mitarbeiter der W****. ersetzt, die ausschließlich für Kundeninformation und –lenkungsmaßnahmen zuständig sind.

Der Bahngrundbenützervertrag endet, ohne dass es einer gesonderten Kündigung bedarf. Eine Überschreitung der Zeitrahmen ist nicht gestattet.

§ 3 Entgelt

- (4) Als Entgelt für die Gestattung der Verteilung von Giveaways durch PromotorInnen der W****. verpflichtet sich der Bahngrundbenützer, einen Betrag in Höhe von € 77.760,00 zuzüglich 20% Umsatzsteuer, das sind € 15.552,00, somit insgesamt € 93.312,00 zu bezahlen. (Bankverbindung: Ö****, Kontonummer *****, *****). Bei Zahlungsverzug werden Verzugszinsen gemäß § 1333 ABGB in Rechnung gestellt.
- (5) Für die Leistungen der I**** im Zusammenhang mit dem Zustandekommen dieses Vertragsverhältnisses hat der Bahngrundbenützer pauschalierte Bearbeitungskosten in der Höhe von € 250,00 zuzüglich 20% Umsatzsteuer, das sind € 50,00, somit insgesamt € 300,00 zu bezahlen (Bankverbindung: I****, Kontonummer *****, *****).
- (6) Sämtliche vorgenannten Entgelte, Kosten sowie Gebühren entsprechend § 5 (1) des gegenständlichen Vertrages sind bis **spätestens 07.12.2011** nachweislich zur Einzahlung zu bringen und die entsprechenden Einzahlungs- bzw. Durchführungsbestätigungen der I****, Stations- und Liegenschaftsmanagement, Stationsbetrieb, Key Account Management, z. Hd. *****, Telefax Nr.: *****, vorzulegen.

§ 4 Schad- und Klagloshaltung

Der Bahngrundbenützer verzichtet gegenüber der Ö****, den sonstigen Unternehmen des ***Konzerns und gegenüber den Bediensteten dieser Unternehmen auf alle denkbaren Schadenersatzansprüche, die im Zusammenhang mit dieser Grundbenützung stehen; gegenüber derartigen Schadenersatzansprüchen, die von Personen erhoben werden, die der Sphäre des Bahngrundbenützers zuzurechnen sind, wird dieser die Unternehmen des ***-Konzerns und deren Bedienstete schad- und klaglos halten. Dieser Verzicht bzw. diese Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gilt nicht, a) wenn der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist oder b) wenn es sich um einen Personenschaden handelt. Dieser Verzicht bzw. diese Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung gilt auch für alle Regressansprüche des Bahngrundbenützers aus Zahlungen an geschädigte Dritte und für Ausgleichsansprüche aufgrund von Immissionen gemäß §§ 364 und 364a ABGB.

§ 5 Sonstige Bestimmungen

(1) Die gesetzlichen Gebühren, die mit der Errichtung dieser Urkunde bzw. dieses Rechtsgeschäftes im Zusammenhang stehen, trägt der Bahngrundbenützer. Die Rechtsgeschäftsgebühr für Bestandverträge ist gemäß Gebührengesetz 1957 vom Bestandgeber selbst zu berechnen und an das Finanzamt abzuführen. Aufgrund der Kompliziertheit bzw. der Auslegungsspielräume des Gebührenrechts kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Finanzbehörde im Fall einer Überprüfung eine höhere und/oder eine weitere Gebühr festsetzt und infolgedessen eine Nachzahlung vorschreibt. Die Vertragsparteien halten ausdrücklich fest, dass die Verpflichtung gemäß Satz 1 auch eine von der Finanzbehörde vorgeschriebene Nachzahlung und/oder weitere Gebühr umfasst. Ein allfälliger Rückerstattungsbetrag wird unverzüglich an den Bahngrundbenützer zurückgezahlt.

(2) Jede Art der Weitergabe von Rechten aus diesem Vertrag ist untersagt. Die Rückstellung der überlassenen Sache hat im ursprünglichen Zustand zu erfolgen. Im Falle eines Widerrufs oder einer sonstigen Vertragsbeendigung durch den Bahngrundbenützer oder die Ö**** stehen dem Bahngrundbenützer keinerlei Ansprüche gegen die Ö**** zu.

(3) Die Errichtung von Bauten, das Aufstellen von Gegenständen, alle sonstigen Veränderungen und über Promotientätigkeit hinausgehende Maßnahmen sind nicht zulässig.

(4) Der Bahngrundbenützer hat alle für die Nutzung bzw. Geschäftstätigkeit erforderlichen behördlichen Genehmigungen selbst und auf eigene Kosten zu erwirken. Allfällige Auflagen, Aufträge oder Kostenersatzpflichten, die einem Unternehmen des ***-Konzerns von einer Behörde oder einem sonstigen Dritten vorgeschrieben werden, sind vom Bahngrundbenützer zu erfüllen bzw. zu tragen, wenn diese in der Grundbenützung begründet sind bzw. der Bahngrundbenützer diese sonst verursacht hat.

(5) Der Bahngrundbenützer nimmt zur Kenntnis, dass das Betreten von Gleis- und sonstigen nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Bahnanlagen verboten ist. Er verpflichtet sich, alle seiner Sphäre zurechenbaren Personen dahingehend zu unterweisen.

(6) Der Bahngrundbenützer ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass eine gerichtliche Zustellung an ihn in Österreich jederzeit möglich ist. Eine Änderung der Adresse hat er schriftlich bekannt zu geben. Solange diese Mitteilung nicht erfolgt ist, gilt eine rechtlich bedeutsame Erklärung, die an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift gesendet wird, als zugegangen.

(7) Alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen und alle sonstigen Mitteilungen des Bahngrundbenützers zu diesem Vertragsverhältnis sind ausschließlich an die I**** zu richten. Rechtsverbindliche Erklärungen können ausschließlich schriftlich oder mittels Telefax abgegeben werden, wobei für die Rechtswirksamkeit das Einlangen beim Empfänger maßgeblich ist.

(8) Der Bahngrundbenützer ist nicht berechtigt, mit allfälligen Gegenforderungen, aus welchem Titel immer, gegen die Forderungen der Ö****, die mit diesem Vertrag in Zusammenhang stehen, aufzurechnen.

(9) Folgende Daten werden elektronisch erfasst, gespeichert und verarbeitet: Name, Anschrift, Kundennummer, Geschäftszahl, Vertragsgegenstand, Zahlungszweck, Zahlungsbetrag und Zahlungsmodalitäten.

(10) Für alle aus diesem Vertragsverhältnis entspringenden Rechtsstreitigkeiten wird als ausschließlicher Gerichtsstand das sachlich zuständige Gericht in 1010 Wien vereinbart. Es ist ausschließlich Österreichisches Recht anwendbar.

(11) Das Original dieses Vertrages verbleibt bei der Ö****. Der Bahngrundbenützer erhält eine Kopie.

§ 6 Rechtswirksamkeit

(1) Mit Übergabe der unterfertigten Urkunde an die I**** wird der vorliegende Vertragstext zum verbindlichen Anbot des Bahngrundbenützers. Die Annahme erfolgt mit der vollständigen Gegenzeichnung (Fertigung durch zwei Personen auf Seiten der I****). Sollte die Annahme nicht erfolgen und ein Vertrag daher nicht zustande kommen, sind Ersatzansprüche ausgeschlossen.

(2) Die Gegenzeichnung erfolgt jedenfalls erst nach Vorlage eines Nachweises über die Bezahlung der Rechtsgeschäftsgebühr und des Entgelts gemäß § 3. Vor beiderseitiger Vertragsunterfertigung darf die Fläche nicht in Anspruch genommen werden.

Wien, am

Wien, am

I****

W****

.....

.....

.....

Anlagen

Rechnung: 000120111404

Rechnung: 890020111668“

Dem Vertragsentwurf angeschlossen waren Pläne von Verteilstandorten in den Bahnhöfen Wien Westbahnhof, Linz Hauptbahnhof und Salzburg Hauptbahnhof sowie Rechnungen über das Entgelt in Höhe von € 93.312,00 und die Bearbeitungsgebühr in Höhe von € 300,00.

In der Folge akzeptierte die I**** die Forderung der W****, den letzten Absatz in § 1 dieses Vertragsentwurfes („Die Ö**** ist bei diesbezüglichen Kundenbeschwerden berechtigt, das Bahngrundbenützungsbereinkommen mit sofortiger Wirksamkeit aufzulösen. Dem Bahngrundbenützer steht aus diesem Titel keine Refundierung des bereits bezahlten Bahngrundbenützungsentgeltes zu.“) sowie in § 3 Abs 3 die Wortfolge „spätestens 07.12.2011“ zu streichen. Nach Aufnahme dieser beiden Änderungen wurde der Bahngrundbenützungsvertrag am 06.12.2011 seitens der W**** und am 07.12.2011 seitens der I**** unterzeichnet.

Im Zeitraum von 01.09.2011 bis 31.01.2012 gestattete die Ö**** der P**** jedenfalls in den Bahnhöfen Wien Westbahnhof, Linz Hauptbahnhof und Salzburg Hauptbahnhof Werbetätigkeit durch PromotorInnen sowie Vertriebsunterstützung durch Servicepersonal, welches einerseits Kundenlenkungsmaßnahmen setzt und andererseits Kunden bei der Bedienung von Fahrkartenautomaten unterstützt. Ein **schriftlicher** Vertrag über diese Tätigkeiten wurde jedenfalls nicht vor dem 27.01.2012 abgeschlossen.

Die im Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und W**** vom 07.12.2011 enthaltenen Bedingungen für die Durchführung der darin geregelten Tätigkeiten sind nicht in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 (samt Anlagen) der Ö**** enthalten.

Alleinige Gesellschafterin der I**** ist die Ö****. Alleinaktionärin sowohl der Ö**** als auch der P**** ist die H****.

Die Feststellung zu der von der W**** gewünschten Platzierung von PromotorInnen gründet sich auf das diesbezüglich unbestrittene Vorbringen der W****.

Die Feststellung zum Inhalt des der W**** von der I**** übermittelten Entwurfs eines Bahngrundbenützungsvertrages gründet sich auf das Email der W**** an die Schienen-Control GmbH vom 06.12.2011, dem der Vertragsentwurf angeschlossen war. Dass es sich bei dem Inhalt um die Bedingungen handelte, zu denen die Ö**** bereit war, einen Vertrag über Promotientätigkeit abzuschließen, ergibt sich einerseits aus der Tatsache, dass die I**** diesen Vertragsentwurf der W**** als Grundlage für die gewünschte Promotientätigkeit übermittelte sowie andererseits daraus, dass die Ö**** in der Folge der Schienen-Control GmbH denselben Text als von ihr verwendeten Muster-Bahngrundbenützungsvertrag vorlegte (wobei allerdings der Vertragspartner der Ö****, die Stationen, in denen die Promotientätigkeit stattfindet, der Gültigkeitszeitraum sowie die Zahlungsfrist offen gelassen wurden).

Der Inhalt des zwischen der W**** und der Ö**** abgeschlossenen Bahngrundbenützungsvertrages ist unbestritten. Der Vertrag wurde von der W**** und von der Ö**** der Schienen-Control GmbH bzw Schienen-Control Kommission in jeweils gleichlautender Fassung vorgelegt.

Dass die Ö**** der P**** im Zeitraum von 01.09.2011 bis 31.01.2012 jedenfalls in den Bahnhöfen Wien Westbahnhof, Linz Hauptbahnhof und Salzburg Hauptbahnhof Werbetätigkeit durch PromotorInnen sowie Vertriebsunterstützung durch Servicepersonal, welches einerseits Kundenlenkungsmaßnahmen setzt und andererseits Kunden bei der Bedienung von Fahrkartenautomaten unterstützt, gestattete, entspricht dem diesbezüglich unbestrittenen Vorbringen der Ö****. Dies trifft auch auf die Feststellung zu, dass ein schriftlicher Vertrag zwischen Ö**** und P**** über diese Tätigkeiten jedenfalls nicht vor dem 27.01.2012 abgeschlossen wurde.

Die Feststellung, dass die im Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und W**** vom 07.12.2011 enthaltenen Bedingungen für die Durchführung der darin geregelten Tätigkeiten nicht in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 (samt Anlagen) der Ö**** enthalten sind, ist aus den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 samt Anlagen, abrufbar auf der

Internetseite www.****, ersichtlich. Im Übrigen wurde dies von der Ö**** in ihrer Stellungnahme vom 12.12.2011 auch zugestanden.

Die Feststellungen zu den Beteiligungsverhältnissen der Gesellschaften gründen sich auf die eingeholten Auszüge aus dem Firmenbuch. Die Beteiligungsverhältnisse der P**** und der Ö**** ergeben sich darüber hinaus aus den §§ 8, 30 Bundesbahngesetz.

Rechtlich folgt:

Zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission:

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.

Im Spruch des vorliegenden Bescheides erklärt die Schienen-Control Kommission einen diskriminierenden Vertrag zwischen der Ö**** und der W**** zur Gänze für unwirksam.

Die in diesem Vertrag geregelten Tätigkeiten sind Formen der Mitbenützung von Personenbahnhöfen einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG. Gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen, falls vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen nicht vorhanden sind, unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung den Zugangsberechtigten zwecks Zuganges zur Schieneninfrastruktur über diesen Zugang hinaus die Serviceleistung Mitbenützung von Personenbahnhöfen einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen.

Die im Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und W**** vom 06./07.12.2011 geregelten Tätigkeiten sind als Mitbenützung von Personenbahnhöfen gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG zu qualifizieren:

Bei der Benützung von Bahnsteigen durch Servicepersonal des Eisenbahnverkehrsunternehmens handelt es sich um eine Mitbenützung eines Personenbahnhofs iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG und – entgegen der Ansicht sowohl der Ö**** als auch der W**** – nicht um eine Benützung von Schieneninfrastruktur. Gemäß § 10a EisbG, auf den sich sowohl die Ö**** als auch die W**** berufen, umfasst Schieneninfrastruktur den in Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr 2598/70 zur Festlegung des Inhaltes der verschiedenen Positionen der Verbuchungsschemata des Anhanges I der Verordnung (EWG) Nr 1108/70 definierten Umfang. Ziel der VO (EWG) Nr 1108/70 zur Einführung einer Buchführung über die Ausgaben für die Verkehrswege des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs ist es, die Ausgaben der Mitgliedstaaten für die Verkehrswege zu ermitteln. Art 5 der VO verpflichtet daher die Mitgliedstaaten, der Kommission die Ergebnisse der Buchführung über die Ausgaben für die Verkehrswege mitzuteilen.

Während die RL 91/440/EWG zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft in einer Definition der „Eisenbahninfrastruktur“ (Art 3 3. Spiegelstrich) noch auf die Anlage 1 Teil A der Verordnung (EWG) Nr 2598/70 verweist, nimmt die RL 2001/14/EG über die

Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur – entgegen der Ansicht der Ö**** in ihrer Stellungnahme vom 22.12.2011 – jedoch nicht mehr auf die VO (EWG) Nr 2598/70 Bezug. Die RL 2001/14/EG benennt in Art 5 iVm Anhang II die Leistungen, die für die Zugangsberechtigten zu erbringen sind. Innerhalb der in der Anlage II aufgelisteten Leistungen ist der Bahnsteig in einem Personenbahnhof eindeutig der Nr 2 lit c („Personenbahnhöfe, deren Gebäude und sonstige Einrichtungen“) zuzuordnen.

§ 58 Abs 2 Z 2 EisbG setzt Art 5 Abs 1 iVm Anhang II Nr 2 lit c der RL 2001/14/EG um. Unter Anwendung einer richtlinienkonformen Auslegung ist § 58 Abs 2 Z 2 EisbG daher dahingehend zu verstehen, dass die Mitbenützung von Personenbahnhöfen einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen auch die Mitbenützung der Bahnsteige umfasst.

Der Einsatz von Servicepersonal, welches zu den abfahrenden bzw ankommenden Zügen gehört, auf den Bahnsteigen des Personenbahnhofs ist für das Eisenbahnverkehrsunternehmen nötig, um sein Recht auf Zugang zur Schieneninfrastruktur gemäß § 56 EisbG ausüben zu können. Der Einsatz des Servicepersonals ist nur möglich, wenn dieses die Bahnsteige in den Personenbahnhöfen benützen darf. Die Benützung der Bahnsteige durch Servicepersonal erfolgt damit iSd § 58 Abs 2 EisbG „zwecks Zuganges zur Schieneninfrastruktur“. Vertretbare Alternativen zu dieser Form der Mitbenützung des Personenbahnhofs bestehen nicht.

Die Ö**** vertritt die Ansicht, der Bahngrundbenützungsvertrag regle nur die Benützung von Bahnsteigen durch „zusätzliches“ Servicepersonal, womit nach dem Vertragstext das über die genehmigten sechs Personen hinausgehende Servicepersonal gemeint ist. Dies ist insofern unrichtig, als der Bahngrundbenützungsvertrag nicht nur die Bahnsteigbenützung durch dieses Servicepersonal, sondern gerade auch die Bahnsteigbenützung durch bis zu sechs Personen Servicepersonal regelt, indem dieses Personal genehmigt und von der Entrichtung des Grundbenützungsentgelts ausgenommen wird.

Ebenso fällt die Verteilung von Giveaways (Werbeartikeln) durch PromotorInnen sowie die Kundeninformation und Kundenlenkung (vgl § 2 vorletzter Absatz des Bahngrundbenützungsvertrages) in Personenbahnhöfen unter § 58 Abs 2 Z 2 EisbG: Die Kundenlenkung kann per se nur im Personenbahnhof selbst stattfinden. Jedoch auch die Verteilung von Giveaways und die Kundeninformation müssen an Orten stattfinden, an denen das Eisenbahnverkehrsunternehmen sein Zielpublikum, nämlich BahnfahrerInnen, erreichen kann. Dieses Zielpublikum ist an keinem anderen Ort so konzentriert vorhanden wie in einem Personenbahnhof. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen muss daher, um sein Zielpublikum effektiv erreichen zu können, die genannten Tätigkeiten direkt im Personenbahnhof setzen. Vertretbare Alternativen zu dieser Mitbenützung des Personenbahnhofs sind nicht vorhanden.

Sowohl der Verteilung von Giveaways als auch der Kundeninformation kommt in Hinblick auf das Ziel der Förderung des Eintrittes neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen in den Schienenverkehrsmarkt (§ 54 Z 2 EisbG) besondere Bedeutung zu. Denn gerade für neu in den Markt eintretende Eisenbahnverkehrsunternehmen ist es notwendig, durch Promotientätigkeit und Kundeninformation auf Personenbahnhöfen potentielle Kunden auf sich aufmerksam zu machen.

Auch der im Bahngrundbenützungsvertrag geregelte (nämlich in den Hallenbereichen untersagte) Verkauf von Fahrkarten ist eine Mitbenützung eines Personenbahnhofs (vgl auch Catharin, Anm 3 zu § 58 EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)). Er kann an keinem anderen Ort in gleichermaßen effektiver Weise durchgeführt werden wie in einem Personenbahnhof, ist doch das kaufinteressierte Publikum ganz überwiegend im Personenbahnhof anzutreffen.

Aufgrund der Bedeutung, die der Promotientätigkeit, der Kundeninformation und -lenkung, der Benutzung von Bahnsteigen durch Servicepersonal des Eisenbahnverkehrsunternehmens und dem Fahrkartenverkauf in Personenbahnhöfen aus Sicht eines Eisenbahnverkehrsunternehmens zukommt, wäre eine diskriminierende Vorgehensweise eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens bei der Zurverfügungstellung seiner Personenbahnhöfe für diese Tätigkeiten geeignet, den Wettbewerb auf dem Schienenverkehrsmarkt zu beeinträchtigen. Die diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung von Personenbahnhöfen für die genannten Tätigkeiten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ist damit zur Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem Schienenverkehrsmarkt (vgl § 54 Z 1 EisbG) erforderlich.

In ihrem Schreiben vom 22.12.2011 vertritt die Ö**** die Ansicht, die in Bahngrundbenützungsverträgen geregelten Tätigkeiten würden nicht für Zwecke des Zuganges zur Schieneninfrastruktur iSd Anlage I Teil A der VO (EWG) Nr 2598/70 erfolgen. Dem ist, wie bereits im Schreiben der Schienen-Control Kommission vom 12.01.2012 ausgeführt, entgegenzuhalten, dass die Definition der Schieneninfrastruktur gemäß Anlage 1 Teil A der VO (EWG) Nr 2598/70 den rechnerisch geprägten Begriff der Schieneninfrastruktur enthält. Dieser bildet nur den Kernbestandteil eines Fahrweges im funktionellen Sinn, während zur Ausübung von Zugangsrechten auch andere für den Zugang benötigte Anlagen benützt werden müssen (vgl Catharin, Anm 4 zu § 10a EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)). Dementsprechend regelt § 58 Abs 2 EisbG die über den Zugang zur Schieneninfrastruktur hinaus zur Verfügung zu stellenden Serviceleistungen.

Sämtliche im gegenständlichen Bahngrundbenützungsvertrag geregelten Tätigkeiten dienen dem Zugang zur Schieneninfrastruktur. Damit die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihr Recht auf Zugang zur Schieneninfrastruktur iSd § 56 EisbG ausüben können, benötigen sie über diesen Zugang hinaus weitere Leistungen. Um einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen (vgl § 54 Z 1 EisbG) herstellen zu können, ist es erforderlich, dass das Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Zugangsberechtigten nicht nur die Schieneninfrastruktur selbst, sondern auch eine Reihe darüber hinaus gehender Leistungen diskriminierungsfrei zur Verfügung stellt. Nicht nur eine diskriminierende Vorgehensweise bei der Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur, sondern auch eine diskriminierende Vorgehensweise bei der Zurverfügungstellung darüber hinaus gehender Leistungen wie etwa der Personenbahnhöfe für die verfahrensgegenständlichen Tätigkeiten würde einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb zwischen den Zugangsberechtigten beeinträchtigen.

In ihrer Stellungnahme vom 22.12.2011 bringt die Ö**** vor, die in Bahngrundbenützungsverträgen geregelten Tätigkeiten könnten schon deshalb nicht zwecks Zugangs zu Bahnsteigen und Zufahrtsstraßen erfolgen, da diese aus der allgemeinen Lebenserfahrung für einen ungestörten Zugang zur Schieneninfrastruktur weder erforderlich noch dienlich seien, sondern diesen theoretisch sogar behindern könnten, weshalb die gegenständlichen Tätigkeiten speziell im Bahnsteigbereich durch die Ö**** nicht gestattet würden. Dem ist entgegenzuhalten, dass mit dem Begriff „Zugang zur Schieneninfrastruktur“ im EisbG nicht der Weg gemeint ist, den Personen in einem Bahnhof in Richtung der Geleise nehmen, sondern die Benutzung der von einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen betriebenen Schieneninfrastruktur durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen.

Entgegen der Ansicht der Ö**** in ihrem Schreiben vom 27.01.2012 ist die Heranziehung des § 54 EisbG als Auslegungshilfe für das Verständnis des § 58 Abs 2 Z 2 EisbG zulässig. Die Ö**** beruft sich auf das Erkenntnis des VwGH vom 23.02.2010, ZI 2009/05/0080 und vertritt die Meinung, für eine Anwendung der Zielbestimmung des § 54 EisbG verbleibe kein Platz, da eine Legaldefinition der Schieneninfrastruktur vorliege. Dabei verkennt sie, dass im vorliegenden Fall in erster Linie das Wort „Mitbenützung“ im Passus „Mitbenützung von Personenbahnhöfen einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen“ in § 58 Abs 2 Z 2 EisbG auszulegen ist und nicht das Wort „Schieneninfrastruktur“. Eine Legaldefinition des Wortes „Mitbenützung“ enthält das EisbG nicht. Um beurteilen zu können, welche Arten einer Mitbenützung von § 58 Abs 2 Z 2 EisbG umfasst sind, ist das Wort „Mitbenützung“ daher unter Anwendung der im Erkenntnis des VwGH vom 23.02.2010, ZI 2009/05/0080, genannten Regeln auszulegen.

Zunächst ist daher die Bedeutung des Wortlautes in seinem Zusammenhang zu untersuchen. Das Wort „Mitbenützung“ bringt zum Ausdruck, dass die Benützung einer Sache nicht einer Person allein, sondern mehreren Personen zusteht. Darüber, welche Arten der Benützung umfasst sind, sagt der Begriff nichts aus. Damit enthält er aber auch keine Beschränkung auf bestimmte Arten der Benützung.

Auch die grammatikalische und die systematische Interpretation führen noch zu keinem klaren Ergebnis: Das Wort „Mitbenützung“ stellt einen Teil des Passus „die Mitbenützung von Personenbahnhöfen einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen“ dar, der wiederum Teil einer Bestimmung ist, die regelt, welche Leistungen den Zugangsberechtigten über den reinen Zugang zur Schieneninfrastruktur (§ 56 EisbG) hinaus zur Verfügung zu stellen sind. Der Umfang der Mitbenützung geht daraus freilich noch nicht hervor.

Damit ist auf die Zwecke der Bestimmung abzustellen, wobei das EisbG diese Zwecke explizit benennt: Gemäß § 54 EisbG ist es nämlich Zweck der Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG, 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),

durch die Förderung des Eintrittes neuer Eisenbahnverkehrsunternehmen in den Schienenverkehrsmarkt (Z 2),

durch die Sicherstellung des Zuganges zur Schieneninfrastruktur für Zugangsberechtigte (Z 3) und

durch die Schaffung einer Wettbewerbsaufsicht zum Schutze von Zugangsberechtigten vor Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Z 4)

zu gewährleisten.

§ 54 EisbG ist somit eine Auslegungshilfe für das Verständnis der regulierungsrechtlichen Einzelbestimmungen (vgl. Lewisch, Eisenbahnregulierungsrecht 168; Catharin, Anm 1 zu § 54 EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)).

Das Wort „Mitbenützung“ ist daher im Lichte der genannten Zwecke zu interpretieren. Dies führt, wie oben aufgezeigt wurde, zu dem Ergebnis, dass die in dem für unwirksam erklärten Bahngrundbenützungsvertrag geregelten Tätigkeiten Formen der Mitbenützung eines Personenbahnhofs iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG darstellen. Dieses Interpretationsergebnis entspricht den im Erkenntnis des VwGH vom 23.02.2010, ZI 2009/05/0080, genannten Auslegungsgrundsätzen.

Soweit sich die Ö**** in ihrer Stellungnahme vom 22.12.2011 auf § 3 der deutschen Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) beruft, geht dies ins Leere: § 3 EIBV normiert (ähnlich § 58 Abs 2 EisbG) die Pflicht der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die Benutzung von Serviceeinrichtungen diskriminierungsfrei zu gewähren. Serviceeinrichtungen sind gemäß § 2 Abs 3c Z 2 des deutschen Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) (unter anderem) Personenbahnhöfe, deren Gebäude und sonstige Einrichtungen. § 3 EIBV setzt damit ebenso wie § 58 EisbG den Art 5 iVm Anhang II der RL 2001/14/EG um. Dass die in den Bahngrundbenützungsverträgen der Ö**** geregelten Tätigkeiten in § 3 EIBV nicht genannt werden, liegt schlicht daran, dass diese Bestimmung – ebenso wie § 58 EisbG – keine detaillierte Aufzählung aller Leistungen enthält, die dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellen sind.

Da der für unwirksam erklärte Bahngrundbenützungsvertrag somit eine Mitbenützung von Personenbahnhöfen gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG regelt, ist die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission gegeben.

Der vorliegende Bescheid ergeht als **Teilbescheid gemäß § 59 Abs 1 AVG**. Die Frage, ob der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und W**** vom 06./07.12.2011 für unwirksam zu erklären ist, ist bereits spruchreif und es erscheint zweckmäßig, über diesen Vertrag gesondert abzusprechen.

Zu den weiteren rechtlichen Erwägungen:

Zur Diskriminierung:

Wie bereits ausgeführt wurde, ordnet § 58 Abs 2 Z 2 EisbG die diskriminierungsfreie Zurverfügungstellung der Serviceleistung Mitbenützung von Personenbahnhöfen

einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen an, sofern vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen nicht vorhanden sind. Da die im Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und W**** geregelten Tätigkeiten unter § 58 Abs 2 Z 2 EisbG fallen, ist die Ö**** verpflichtet, ihre Personenbahnhöfe diskriminierungsfrei für die Ausübung dieser Tätigkeiten zur Verfügung zu stellen.

Gemäß § 70a Abs 1 EisbG hat die Zuweisung von Zugtrassen und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens in Form eines schriftlichen Vertrages zu erfolgen, der sämtliche mit dem Zugang zur Schieneninfrastruktur und der Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen zusammenhängende Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten zu enthalten hat. Das EisbG schreibt somit für Verträge über die Zuweisung von Zugtrassen und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen die Schriftform vor (vgl Catharin, Anm 1 zu § 70a EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)).

Die schriftlichen Verträge über Zuweisung von Zugtrassen und Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen sind gemäß § 73a Abs 1 EisbG der Schienen-Control GmbH vorzulegen. Die Schienen-Control GmbH hat die Verträge der Schienen-Control Kommission zur Kenntnis zu bringen (vgl § 77 Abs 2 EisbG). Der Abschluss schriftlicher Verträge sowie die anschließende Vorlage der Verträge an die Schienen-Control GmbH ermöglicht somit die Prüfung, ob die Verträge diskriminierungsfrei ausgestaltet sind sowie, ob sie die Zugangsberechtigten bei der Ausübung ihrer Rechte nicht mehr beschränken, als dies sachlich gerechtfertigt ist.

Gemäß § 886 ABGB kommt ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille Schriftlichkeit bestimmt, durch die Unterschrift der Parteien oder, falls sie des Schreibens unkundig oder wegen Gebrechens unfähig sind, durch Beisetzung ihres gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens oder Beisetzung des Handzeichens vor zwei Zeugen, deren einer den Namen der Partei unterfertigt, zustande.

Im vorliegenden Fall hat die Ö**** am 06./07.12.2011 einen schriftlichen Bahngrundbenützungsvertrag mit der W**** über die Mitbenützung von Personenbahnhöfen für Promotientätigkeit abgeschlossen. Mit der P**** wurde ein schriftlicher Vertrag über Promotientätigkeit jedenfalls nicht vor dem 27.01.2012 abgeschlossen.

Der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen W**** und Ö**** ist daher am 07.12.2011 wirksam zustande gekommen. Mit der P**** hingegen bestand jedenfalls zu diesem Zeitpunkt kein wirksamer Bahngrundbenützungsvertrag. Insbesondere wäre eine etwaige mündliche Vereinbarung zwischen Ö**** und P**** mangels Einhaltung des Schriftformgebots nicht wirksam gewesen.

Daraus folgt, dass die Ö**** der W**** im Bahngrundbenützungsvertrag vom 07.12.2011 (wirksam) die Einhaltung einer Reihe von Bedingungen bei der Durchführung der gewünschten Promotientätigkeit vertraglich auferlegte, während sie der P**** zeitgleich Promotientätigkeit gestattete, ohne sie (wirksam) zur Einhaltung von Bedingungen zu verpflichten.

Nur am Rande wird zum am 12.12.2011 vorgelegten Mustervertrag bemerkt, dass er trotz Unbestimmtheit der Leistung (Stationen, Zeitraum) das gleiche bestimmte Entgelt wie im

Vertrag vom 07.12.2011 vorsieht. Der sogenannte Mustervertrag wurde also offensichtlich nachträglich nach dem Vorbild des Vertrages vom 07.12.2011 erstellt.

Der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen Ö**** und W**** vom 07.12.2011 ist somit diskriminierend. Aus diesem Grund ist er gemäß § 74 Abs 1 Z 3 EisbG für unwirksam zu erklären.

Zur mangelnden Veröffentlichung der Bedingungen für die Bahngrundbenützung in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen:

Der gegenständliche Bahngrundbenützungsvertrag ist nicht nur diskriminierend, sondern verstößt auch aus einem weiteren Grund gegen das EisbG: Gemäß § 59 Abs 1 S 1 EisbG haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen für den Zugang zur Schieneninfrastruktur durch Zugangsberechtigte und für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu erstellen, in denen sie die Bedingungen festlegen, unter denen sie diesen Zugang einräumen und unter denen sie diese sonstigen Leistungen zur Verfügung stellen.

Um Transparenz und einen nicht diskriminierenden Zugang zur Schieneninfrastruktur für alle Zugangsberechtigten sicherzustellen, sind alle für die Wahrnehmung der Zugangsrechte benötigten Informationen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu veröffentlichen (vgl RV 2004, zu § 59; vgl auch Catharin, Anm 1 zu § 59 EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)). Daraus folgt, dass das Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Ausübung ihrer Zugangsrechte nur zur Einhaltung solcher Bedingungen verpflichten darf, die in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen festgelegt sind.

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2012 der Ö****, die für die laufende Netzfahrplanperiode 2011/2012 gelten, enthalten die im gegenständlichen Bahngrundbenützungsvertrag der W**** auferlegten Bedingungen für die Durchführung von Promotientätigkeit und der weiteren Tätigkeiten nicht, was die Ö**** in ihrer Stellungnahme vom 12.12.2011 selbst zugestanden hat. Die Bedingungen aus diesem Vertrag wären jedoch im Sinne der obigen Ausführungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen festzulegen gewesen. Die Ö**** wäre gemäß §§ 58 Abs 2 Z 2 iVm 70a Abs 1 EisbG verpflichtet gewesen, mit der W**** einen schriftlichen Vertrag über die gewünschte Promotientätigkeit in Personenbahnhöfen abzuschließen, jedoch ohne ihr dabei die Einhaltung von nicht in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthaltenen Bedingungen aufzuerlegen.

Mangels Einhaltung der Bestimmung des EisbG über die Festlegung von Bedingungen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen (§ 59 Abs 1 EisbG) verstoßen die Bestimmungen aus dem Bahngrundbenützungsvertrag gegen das EisbG. Die W**** wird somit durch den gegenständlichen Bahngrundbenützungsvertrag in unzulässiger, weil gegen das EisbG verstoßender Weise bei der Ausübung ihres Rechts auf Mitbenützung von Personenbahnhöfen beschränkt.

Die Rechte der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Zugang zur Schieneninfrastruktur und Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen werden nicht nur durch diskriminierende Verträge

beeinträchtigt, sondern ebenso durch Verträge, die die Eisenbahnverkehrsunternehmen in unzulässiger Weise bei der Ausübung ihrer Rechte einschränken. Derartige Verträge gefährden letztlich ebenso wie diskriminierende Verträge die Erreichung des Zweckes der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes gemäß § 54 EisbG. Die Erreichung dieses Zweckes erfordert es daher, Verträge über den Zugang zur Schieneninfrastruktur und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen nicht nur wegen Diskriminierung für unwirksam zu erklären, sondern etwa auch dann, wenn sie den Zugangsberechtigten die Ausübung ihrer Rechte nur unter Einhaltung von Bedingungen gestatten, die insofern gegen das EisbG verstoßen, als sie nicht in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlicht sind.

Da bereits die vorgelegten Urkunden ausreichend waren, um beurteilen zu können, ob der Bahngrundbenützungsvertrag zwischen der Ö**** und der W**** vom 07.12.2011 den hier maßgeblichen Bestimmungen des Eisenbahngesetzes entspricht, konnte von der Einvernahme der beantragten Zeugen bzw Parteien Abstand genommen werden.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis: 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 220,- 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 220,- zu vergebühren.

Wien, am 12.04.2012

Der Vorsitzende:

Senatspräsident des OGH Dr. Peter Baumann eh

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

Ergeht an:

Ö**** mit RSb

W**** mit RSb

z.A.