

Schienen-Control Kommission

Frankenberggasse 9/5
1040 Wien

GZ: SCK/WA/04-04

BESCH E I D

Die Schienen-Control Kommission hat durch den Senatspräsidenten des OLG Wien Dr. Gerhard Hellwagner als Vorsitzenden sowie Uni. Prof. Dr. Erich Kopp, Ass. Prof. Dr. Brigitte Riebesmeier als weitere Mitglieder nach den am 8. November und 17. November 2004 in Anwesenheit der Protokollführerin Brigitte Kultschar durchgeführten nicht öffentlichen Sitzungen über die Beschwerde von ***** , vertreten durch Dr. Gerhard Taufner, Rechtsanwalt in Melk, wider die Beschwerdegegnerin ***** , vertreten durch Hauser Partners Rechtsanwälte GmbH, Rechtsanwälte in Wien, wegen Anschlussbahn Mitbenützung gem. § 53 a EisbG 1957 zu Recht erkannt:

Die Schienen-Control Kommission (SCK) ordnet folgendes an:

- 1) Die Beschwerdeführerin ***** hat der Beschwerdeführerin ***** den Anschluss ihrer Nebenanschlussbahn ab dem 01.12.2004 über die Anschlussweiche 2C in km 2,4 der Anschlussbahn ***** sowie die Mitbenützung dieser Anschlussbahn, und zwar mit Beginn bei km ***** und Ende 50 Meter nach der Weiche 2C (km 2,450) der Anschlussbahnstrecke laut der einem integrierenden Bestandteiles dieses Bescheids angeschlossenen Lageplanskizze Beilage ./1 (mit roter Farbe markiert) einschließlich der Grundstücksflächen auf den Parzellen 498/3 und 814/7 laut der, einen integrierenden Bestandteil dieses Bescheids angeschlossenen Beilage ./2 im übrigen zu gestatten.
- 2) Es wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin berechtigt ist, den Anschlussbahnbetrieb bis zur rechtswirksamen Entscheidung der Schienen-Control Kommission laut dem Betriebsführungsübereinkommen vom 15.03.1982, abgeschlossen zwischen der Rechtsvorgängerin ***** , nunmehr ***** der Beschwerdegegnerin einerseits und ***** andererseits, fortzuführen. Weiters wird festgestellt, dass die Beschwerdeführerin dies zu dulden zu hat.

- 3) Als vorläufiger angemessener Kostenersatz und branchenübliches Entgelt wird der Beschwerdeführerin eine monatliche Akontierung von netto EURO ***** aufgetragen, zahlbar bis zum fünften eines jeden Monats. Dies vorbehaltlich der Rückforderung jenes Differenzbetrages samt gesetzlicher Zinsen gem. § 1333 ABGB, der sich ab 01.12.2004 auf Grund des im Rahmen des ordentlichen Verfahrens gem. § 53a Abs. 1 EiszG 1957 noch zu ermittelnden angemessenen Kostenersatz und branchenübliches Entgelt ergibt.
- 4) Eine Vorstellung gegen diesen Bescheid hat keine aufschiebende Wirkung.
- 5) Gem. § 57 Abs. 3 AVG 1991 wird festgestellt, dass der Bescheid binnen zwei Wochen nach Einlangung der Vorstellung nicht außer Kraft tritt, weil das Ermittlungsverfahren gem. §§ 37 ff des AVG 1991 bereits eingeleitet wurde.
- 6) Dieser Mandatsbescheid gilt bis zur rechtskräftigen Beendigung des über die gegenständliche Beschwerde eingeleiteten Verfahren.

Rechtsgrundlagen:

§§ 37 ff, § 57 Abs. 1, 2 und 3 des Allgemeinen Verwaltungsgesetz (AVG) 1991 BGBl. Nr. 51/1991 in der geltenden Fassung,
 § 53 c EiszG 1957 idF BGBl. Nr. I 2004/106.

Begründung

Unbestritten ist im wesentlichen folgender Sachverhalt:

Die ***** (im weiteren Beschwerdeführerin = Bf) betreibt am Standort ***** ein Unternehmen, das sich vorwiegend mit dem Recycling von metallischen Abfällen beschäftigt. Gleichzeitig wird auch eine Hafenanlage betrieben, in der auch andere Materialien überwiegend für Fremdfirmen umgeschlagen werden. Der Weitertransport der Waren erfolgt zum Teil über die gegenständliche Nebenanschlussbahn.

Diese Anschlussbahn verläuft über die nunmehr im Eigentum der ***** ***** (im weiteren Beschwerdegegnerin = Bg) befindlichen Liegenschaften.

Die Bg hat diese Liegenschaften samt der Anschlussbahn mit Kaufvertrag vom 01.07.2003 zum Kaufpreis von EURO ***** erworben.

Für den Betrieb der Anschlussbahn waren folgende Verträge maßgebend:

- Anschlussbahnvertrag zwischen ***** und den *****+ vom 14.11.1960
- Betriebsführungsübereinkommen zwischen ***** und ***** vom 15.03.1982
- Anschlussbahnvertrag zwischen ***** und der Rechtsvorgängerin der Bg vom 19.04.1984

Mit Schreiben vom 07.06.2004 hat die Bg das Betriebsführungsübereinkommen vom 15.03.1982 unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von 6 Monaten mit Wirksamkeit vom 30.11.2004 aufgekündigt.

Mit Beschwerde vom 22.10.2004 beantragte die Bf anzuordnen, dass die Bg der Bf den Anschluss ihrer Nebenanschlussbahn laut Punkt 1 des Spruches gestattet sowie die SCK einen angemessenen Kostenersatz und ein branchenübliches Entgelt diskriminierungsfrei festsetzt.

Ferner beantragte die Bf gem. § 84 EisbG 1957 und in Verbindung mit § 57 AVG 1991 die Erlassung eines Mandatsbescheides, weil ihr im Falle der Nichtbenützung der in Spruch Punkt 1 genannten Anschlussbahn ein erheblicher Schaden drohe. Ferner würden nicht nur betriebliche Aspekte beeinträchtigt, sondern führe dies zu einer „gesamtwirtschaftlichen“ Schädigung aufgrund der zusätzlichen Belastung durch Schadstoffe von LKWs.

Die Beschwerdeführerin erklärte sich mit einer jährlichen vorläufigen Akontierung von EURO ***** einverstanden. Sie orientierte sich dabei an einer überdurchschnittlichen Verzinsung des von der Bg eingesetzten Kapitals für den Ankauf der Liegenschaften und der darauf befindlichen Anschlussbahn.

Zusammenfassend führte die Bf aus, dass bei Nichterlassung eines Mandatsbescheides seitens der SCK ein unwiederbringlicher Schaden entstehe. Es bestünden mit zehn Firmen laufende Verträge und wurden etwa 2004 rund 150.000 Tonnen jährlich mit ca. 9.000 Waggons umgeschlagen. Sie sei daher auf die Nutzung der Anschlussbahn angewiesen.

Die Bg beantragte die Zurückweisung des Antrages. Die Bf habe im Zuge der bisherigen Korrespondenz nur geringes Interesse an einer Nutzung der Anschlussbahn auch nach dem 30.11.2004 gezeigt.

Sie habe bis heute kein förmliches Begehren nach § 53 b EisbG 1957 auf Mitbenützung der Anschlussbahn gestellt. Auch das Schreiben vom 17.09.2004, dessen letzter Absatz wie folgt beginne: „Mit diesem Schreiben behält sich allerdings meine Mandantschaft für den Fall der Einleitung eines Verfahrens nach dem EisbG ihre gesamten Ansprüche vor, dies ebenso, sollte eine Verpachtung an Dritte erfolgen“, erfülle nach Ansicht der Bg nicht die Erfordernisse eines förmlichen schriftlichen Begehrens.

In eventu wird beantragt, den Antrag der Bf auf Erlassung eines Mandatsbescheides abzuweisen.

Die Bg meinte ferner, dass die Zustellung an sie wegen Ortsabwesenheit ihres Geschäftsführers ***** rechtsunwirksam sei und sie daher nur eine vorläufige Stellungnahme abgeben könne. Ferner wurde behauptet, dass die Schienen-Control Kommission von der Abwesenheit des Geschäftsführers gewusst hätte.

Das Vorliegen einer „Gefahr im Verzug“ wurde von der Bg bestritten, weil in der Besprechung vom 19.10.2004 der Vertreter der Bf erklärt hätte, ihren gesamten Transportbedarf per LKW abwickeln zu können.

In der der Bf aufgetragenen Stellungnahme zum Vorbringen der Bg bestritt die Bf ein geringes Interesse an der Nutzung gezeigt zu haben. Sie habe immer bekundet, dass sie an einer einvernehmlichen Lösung mit der Bf hinsichtlich der Nutzung der Anschlussbahn interessiert gewesen wäre. Von der Bg seien die Verhandlungen aber immer hinausgezögert worden und sei oft keine Stellungnahme zu erhalten. Mit Schreiben vom 17.04.2004 sei der Bg mitgeteilt worden, dass der von ihr geforderte Betrag von EURO 1,- pro Tonne Umschlag nicht realistisch erscheine und habe sie um Bekanntgabe eines Vertragsentwurfes ersucht, unter welchen Voraussetzungen in Zukunft eine Mitbenützung der Anschlussbahn möglich sein werde. Dieses Schreiben sei als förmliches Begehren auf Mitbenützung anzusehen. Daraus sei nämlich eindeutig zu entnehmen, dass die Bf auch in Zukunft diese Anschlussbahn benützen wolle.

Im übrigen betrifft ihr ergänzendes Vorbringen jene Fragen, die im Ermittlungsverfahren zu klären sind und die für die Erlassung eines Mandatsbescheides vorläufig dahingestellt bleiben können.

Zu ihrem Antrag auf Erlassung eines Mandatsbescheides führte sie nunmehr aus, dass sie derzeit rund 300.000 Tonnen Güter jährlich von ihr und ihren Mietern im „gegenständlichen Bereich“ umgeschlagen würden. Könnte ab 01.12.2004 die Anschlussbahn nicht mehr genützt werden, würde dies bedeuten, dass etwa der Donauhafen geschlossen werden müsste. Für den Monat Dezember seien bereits mehrere Schiffe angekündigt, die voraussichtlich einen täglichen Umschlag eines Ganzzuges bedeuten würden. Sollten die Schiffe nicht entleert werden können, würden zusätzliche Kosten auflaufen, sodass auf einen anderen Hafen ausgewichen werden müsste. Eine Verlagerung des Transportes auf die Strasse sei nur theoretisch möglich, allerdings praktisch nicht durchführbar und auf Grund der höheren Kosten unwirtschaftlich.

Die SCK hat erwogen:

Die SCK nimmt zusätzlich zu dem ausser Streit stehenden Sachverhalt folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Die Bf hat mit Schreiben vom 19.12.2003 an die Rechtsvorgängerin der Bg, ***** (Beilage F zum Schriftsatz der Bg vom 7.11.2004) sinngemäß mitgeteilt, dass sie an der Fortsetzung des Betriebes der Anschlussbahn deswegen interessiert sei, weil sie der ***** vorwirft, vereinbarungswidrig die Nebengleisanlage an die ***** veräußert zu haben, die selbst nicht einmal Benutzer der Anlage sei. Auch mit Schreiben vom 17.09.2004 bekundete die Bf neuerlich gegenüber der nunmehrigen Bg an einen Vertragsabschluss mit der Bg interessiert zu sein. Der Vertreter der Bf wurde am 19.10.2004 zu einer Besprechung in die Kanzleiräumlichkeiten des Rechtsvertreters der Bg eingeladen. Dort kam es zu keiner Einigung

Im Punkt 5.2 des Kaufvertrages zwischen der Bg und der ***** vom 01.07.2003 wurde folgendes festgehalten:

„Vor dem Abschluss des Kaufvertrages wurden der Käuferin (Anm. Bg) die beiden Anschlussbahnverträge sowie das Betriebsführungsübereinkommen, welche die kaufgegenständlichen Liegenschaften und insbesondere die darauf betriebene Schleppbahn betreffen, zur Durchsicht übergeben. Die Käuferin konnte sich einen Überblick verschaffen und sind ihr die Rechte und Pflichten aus dem Inhalt der Urkunden bekannt“.

Nach der bisherigen Aktenlage wurde die Verhandlungen ergebnislos abgebrochen und nicht fortgeführt.

2. Zur Erlassung des Bescheides nach § 57 AVG:

Eine Untersagung der Nutzung der Anschlussbahn ab 1.12.2004 würde zu einer schweren wirtschaftlichen Schädigung des Unternehmens der Bf führen. Über die gegenständliche Anschlussbahn werden 300.000 Tonnen Güter von der Bf bzw. ihren Mietern umgeschlagen. Eine kurzfristige Verlagerung des Transportes der Bf ist dieser nur theoretisch möglich, allerdings praktisch nicht durchführbar und auf Grund der höheren Kosten unwirtschaftlich. Eine kurzfristige Umstellung der Transportmöglichkeit per LKW ist nicht organisierbar und würde die Umwelt durch das Mehraufkommen an Schwerverkehr erheblich belasten.

Bei diesen Feststellungen folgt die SCK weitgehend den nachvollziehbaren Vorbringen der Bf, dem im wesentlichen von der Bg nicht widersprochen wurde, soweit es die örtlichen und wirtschaftlichen Angaben von deren Unternehmen betrifft.

Wenn die Bg vorbringt, dass in der Besprechung vom 19.10.2004 Vertreter der Bf erklärt haben, ihren gesamten Transport per LKW abwickeln zu können, so ist ihr entgegenzuhalten, dass die SCK dem ergänzende Vorbringen der Bf gefolgt ist, dass eine Umstellung zwar theoretisch möglich sei, aber dies zumindest kurzfristig nicht durchführbar und auf Grund der höheren Kosten unwirtschaftlich ist (siehe Stellungnahme der Bf vom 12.11.2004, Seite 10).

Im übrigen stellt die Bg selbst fest, dass dies „langfristig“ gesehen weder im Interesse der Beteiligten noch in jenem der Anrainer bzw. der Stadt ***** gelegen wäre (siehe Stellungnahme der Bg vom 07.11.2004, Seite 31 f).

In rechtlicher Hinsicht hat die SCK erwogen:

1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Gem. § 53 b hat jedes Eisenbahnunternehmen ein schriftliches Begehren von Anschluss- und Mitbenützungsberechtigten auf Anschluss- oder Mitbenützung zu prüfen oder Verhandlungen zu führen.

Wird das Begehren von Anschluss- und Mitbenützungsberechtigten auf Abschluss eines schriftlichen Vertrages über den Anschluss oder die Mitbenützung abgelehnt, kann der Anschluss- und Mitbenützungsberechtigte Beschwerde an die SCK erheben.

Da der Bg die Rechte der Bf schon vor der Unterzeichnung des Kaufvertrages bekannt waren, sie das Betriebsführungsübereinkommen mit ***** zum 30.11.2004 gekündigt hat, die Verhandlungen ergebnislos abgebrochen wurden, ist nach Ansicht der SCK die Zulässigkeit der Beschwerde zu bejahen, zumal es sich nach Ansicht der SCK bei den Erfordernissen einer schriftlichen Ablehnung gem. § 53 b 2. Satz EisebG nur um eine gesetzlich nicht sanktionierte Ordnungsvorschrift handelt (vgl. Lewisch „Eisenbahnregulierungsrecht, Seite 226, 227).

Von einer Unzulässigkeit einer Beschwerde kann daher nicht die Rede sein.

2. Zu den Voraussetzungen der Erlassung des Bescheides nach § 57 AVG:

Gemäß § 53 a EisebG 1957 hat ein Eisenbahnunternehmen für die Verknüpfung seiner Eisenbahn mit einer anderen den Anschluss oder die Mitbenützung seiner Schieneninfrastruktur sowie seiner für den Betrieb notwendigen Anlagen durch andere Eisenbahnunternehmen gegen angemessenen Kostenersatz und branchenübliches Entgelt diskriminierungsfrei einzuräumen.

Kommt eine Einigung darüber nicht zu Stande, kann gem. § 53 c leg.cit. der Anschluss- und Mitbenützungsberechtigte Beschwerde bei der SCK erheben.

Gem. § 84 leg.cit. hat die SCK, sofern nichts anderes angeordnet ist, das AVG anzuwenden.

Die SCK ist daher auch berechtigt gem § 57 Abs. 1 AVG 1991 einen Bescheid ohne vorrausgegangenes Ermittlungsverfahren zu erlassen, wenn es sich bei „Gefahr im Verzug“ um unaufschiebbare Massnahmen handelt.

Gefahr im Verzug bedeutet, dass bei Zuwarten mit „unaufschiebbaren Massnahmen“ der Eintritt des Schadens wahrscheinlich ist. Dabei ist die

„Unaufschiebbarkeit“ im Verhältnis zur notwendigen Dauer des Ermittlungsverfahrens zu sehen (Antoniolli-Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, Seite 800 ff).

Auf Grund des erwiesenen Sachverhaltes waren daher zur Abwendung der der Bf drohenden Schäden ab 01.12.2004 in Abwägung der Dauer des Ermittlungsverfahrens hinsichtlich des angemessenen und branchenüblichen Entgeltes die Erlassung der im Spruch genannten Anordnungen zu treffen.

Wenn die Bg darauf verweist, dass eine ordnungsgemäße Zustellung der Beschwerde nicht rechtswirksam erfolgte, weil ihr Geschäftsführer ***** ortsabwesend gewesen sei, so kann dies die Erlassung eines Mandatsbescheides nicht hindern, weil ein solcher Bescheid auch ohne Parteiengehör erlassen werden kann. Im Übrigen hat sich der Rechtsfreund der Bg ohnedies auf eine erteilte Vollmacht berufen und hatte auch Gelegenheit, in ihrer „vorläufigen Stellungnahme“ zu den von der Bf gestellten Anträgen, insbesondere zur Erlassung eines Mandatsbescheides, ausführlich Stellung zu nehmen.

Wenn die Bg darauf verweist, dass die Bf die „drohende Gefahr“ von Schäden abweisen könnten, indem sie die von ihr angebotene provisorischen Verträge abschliesse, so verkennt sie, dass überhaupt kein Ermittlungsverfahren notwendig wäre, wenn sich die Bf ihren Vertragsvorstellungen beuge. Der Sinn eines Mandatsbescheides gem. § 57 AVG 1991 besteht nur darin, der Bf eine ungehinderte Nutzung unter Auferlegung eines vorläufigen Entgeltes bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Höhe der angemessenen Kosten und des branchenüblichen Entgeltes sicherzustellen. Dies ist aber derzeit auf Grund der beiderseitigen Vorbringen und der bisherigen Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nicht möglich.

Bei der vorläufigen Höhe des Nutzungsentgeltes iSd § 53 a EisbG 1957 hat sich die SCK daran orientiert, dass sich die ***** als Bf in einem Parallelverfahren (SCK/WA/04-003) bereit erklärt hat, EURO ***** zu entrichten, was bei der Transportleistung der ***** einem Nettotonnenpreis von EURO 0,375 entspricht. Eine niedrigere Festsetzung des vorläufigen Nutzungsentgeltes als bei ***** ist nicht möglich, weil auch die SCK an das Diskriminierungsverbot gem. § 53a, Abs. 1, EisbG gebunden ist.

Unvorgreiflich weiterer Ermittlungsergebnisse kann es nach Ansicht der SCK vorläufig dahingestellt bleiben, zu welchem Kaufpreis die Bg die genannten Liegenschaften samt der Anschlussbahn erworben hat.

Das von der Bg begehrte Entgelt von EURO ***** für die von der Bf schon allenfalls genutzten Teile der Liegenschaften, die nicht unmittelbar zu Betrieb gem. § 10a EisbG 1957 der Anschlussbahn gehören, war im Rahmen des Mandatsverfahrens nicht aufzutragen, weil nur im fortgesetzten Ermittlungsverfahren zu klären ist, inwieweit diese Forderungen tatsächlich und rechtlich berechtigt sind. Im übrigen wird dieses Entgelt konkret von der Bg nicht gefordert (siehe Seite 31 der Stellungnahme der Bg vom 07.11.2004).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Eine Vorstellung gegen einen Bescheid gem. § 57 Abs. 1 AVG 1991 hat gem. § 57 Abs. 2 leg.cit. nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen die Vorschreibung einer Geldleistung gerichtet ist. Im gegenständlichen Fall ist daher eine aufschiebende Wirkung ausgeschlossen.

Da die SCK bereits das Ermittlungsverfahren eingeleitet hat, kann auch der Bescheid trotz Einbringung der Vorstellung nicht außer Kraft treten. Im übrigen wird das Ermittlungsverfahren fortgesetzt und insbesondere für den 13.12.2004 eine mündliche Verhandlung anberaumt.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Sie haben das Recht, gegen diesen Bescheid innerhalb von zwei Wochen nach seiner Zustellung schriftlich, fernschriftlich oder telegraphisch bei uns das Rechtsmittel der Vorstellung einzubringen. Die Vorstellung hat keine aufschiebende Wirkung.

Wien, am 17.11.2004

Der Kommissionsvorsitzende

SenPräs. Dr. Gerhard HELLWAGNER

fdRdA:

Mag. Franz Hammerschmid