

An die
Ö**
vertreten durch
Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH
Rotenturmstraße 29/9
1010 Wien

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

GZ: SCK-WA-12-012

BESCHEID

Die Schienen-Control Kommission hat durch Dr. Robert Streller als Vorsitzenden sowie em. Univ.-Prof. DI Dr. Klaus Rießberger und Univ.-Prof. DI Dr. Peter Veit als weitere Mitglieder in der am 05.03.2013 in Anwesenheit der Schriftführerin Isabella Huber durchgeführten nicht öffentlichen Sitzung im gemäß § 74 EisbG von Amts wegen eingeleiteten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren zur Prüfung der Bestimmungen betreffend Service- und Promotionstätigkeiten in den SNNB der Ö** zu Recht erkannt:

SPRUCH:

- 1) Im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2013 (Version 4, siehe Anlage ./A dieses Bescheides) sowie im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2014 (Version 2, Anlage ./B) der Ö** werden jeweils im Kapitel „3.6.4 Zusatzservice gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ für unwirksam erklärt:
 - a. der dritte Absatz („Die I** ist von der Ö** mit der Durchführung dieses Zusatzservices beauftragt und bevollmächtigt im Namen der Ö** die relevanten Verfügungen zu treffen bzw. die Verträge abzuschließen.“);
 - b. im Abschnitt „Lagepläne/zulässige Anzahl von Servicemitarbeitern oder Promotoren“ der zweite Satz des zweiten Absatzes („Falls für den gewünschten Bahnhof kein Plan aufliegt, ist zur rechtzeitigen Bearbeitung ein Vorlauf von zehn Werktagen notwendig.“);

- c. im Abschnitt „Bestellungen“
 - i. der dritte Absatz („Die Bearbeitung der Bestellung erfordert einen Vorlauf von drei Werktagen, wenn lediglich Servicemitarbeiter oder Promotoren und keine Anlagen wie Werbeständer oder Stehtische eingesetzt werden. Ansonsten ist ein Vorlauf von sieben Werktagen notwendig.“) und
 - ii. der sechste Absatz („Der Vertrag über die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen kommt durch die Rückübersendung eines Annahmeschreibens der I** zustande, zu dem das Bestellschreiben, die Hausordnung und der jeweilige Lageplan integrierende Bestandteile bilden.“).
- 2) Im Formular „Bestellung von Serviceleistungen und/oder Promotiontätigkeiten auf Verkehrsflächen innerhalb von Personenbahnhöfen“ (Anlage ./C), das einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö** darstellt, wird im Abschnitt „Sonstige Bestimmungen“ der erste Satz des Absatzes (7) („Alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen und alle sonstigen Mitteilungen des Bahngrundbenützers zu diesem Vertragsverhältnis sind ausschließlich an die I** zu richten.“) für unwirksam erklärt.
- 3) Im Formular „Annahmebestätigung“ (Anlage ./D), das einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö** darstellt, werden im zweiten Absatz die Worte „vertreten durch die I**, FN ***, ****“ für unwirksam erklärt.
- 4) Die Ö** hat die in den Spruchpunkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Textpassagen binnen 5 Arbeitstagen ab Zustellung dieses Bescheides aus den jeweiligen, auf ihrer Internetseite abrufbaren Anhängen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014, nämlich den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014 sowie den Formularen „Bestellung von Serviceleistungen und/oder Promotiontätigkeiten auf Verkehrsflächen innerhalb von Personenbahnhöfen“ und „Annahmebestätigung“ zu entfernen.
- 5) Die Ö** hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Spruchpunkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen, etwa indem sie die Zurverfügungstellung von Flächen in Personenbahnhöfen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten von der Einhaltung dieser Bestimmungen abhängig macht, indem sie die Zugangsberechtigten zur Einhaltung dieser Bestimmungen auffordert oder indem sie Verträge mit den Zugangsberechtigten abschließt, in denen die Zugangsberechtigten zur Einhaltung dieser Bestimmungen verpflichtet werden.
- 6) Die Ö** hat ab Zustellung dieses Bescheides Begehren von Zugangsberechtigten auf Zurverfügungstellung von Flächen in Personenbahnhöfen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten selbst zu prüfen, Verhandlungen zu führen und die entsprechenden schriftlichen Verträge mit den Zugangsberechtigten abzuschließen.

Sie hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, die Zugangsberechtigten diesbezüglich an ein anderes Unternehmen wie etwa die I** zu verweisen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 37ff, 56ff Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) 1991,
§§ 54, 56, 58 Abs 2 Z 2, 59 Abs 1, 62 Abs 1, 70a Abs 1, 71 Abs 1, 74 Abs 1 Z 1 und Z 3
Eisenbahngesetz (EisbG) 1957,
§ 24 Abs 1 Bundesbahngesetz,
Art 18 und Art 23 der Verordnung (EG) Nr 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der
Fahrgäste im Eisenbahnverkehr.

BEGRÜNDUNG:

Mit Schreiben vom 11.09.2012 ersuchte die Schienen-Control Kommission die Ö** um eine
Stellungnahme zu den Bedingungen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten in
Personenbahnhöfen, die Anfang September 2012 in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen
neu aufgenommen worden waren.

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

Mit Schreiben vom 27.09.2012 nahm die W** Stellung. Sie teilte im Wesentlichen mit, dass sie
sich den Standpunkten der Schienen-Control Kommission in deren Schreiben vom 11.09.2012
anschließe.

Mit Schreiben vom 01.10.2012 nahm die Ö** Stellung und brachte unter anderem Folgendes
vor:

Es handle sich nach Ansicht der Ö** bei Service- und Promotionstätigkeiten nicht um sonstige
Leistungen gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG. Hinsichtlich der Begründung dieser Rechtsauffassung
dürfe auf das Verfahren SCK-WA-11-057 verwiesen werden (Seite 1 der Stellungnahme).
Unabhängig davon sei festzuhalten, dass Verträge über die Nutzung von Bahngrund für
Service- und Promotionstätigkeiten derzeit und auch in Zukunft ausschließlich von der Ö**
angeboten und bei Zustandekommen eines entsprechenden Vertrages Bahngrund
ausschließlich von der Ö** zur Verfügung gestellt werde. Die I** sei hierbei im Namen der Ö**
tätig. Ein entsprechendes Auftrags- und Vollmachtsverhältnis sei begründet worden
(diesbezüglich verwies die Ö** auf § 24 Bundesbahngesetz). Daher würden die
entsprechenden Vertragsverhältnisse über die Benützung von Bahngrund für Service- und
Promotionstätigkeiten ausschließlich zwischen der Ö** einerseits und dem jeweiligen Kunden
andererseits geschlossen (S 2).

Die Vorlaufzeit von drei Werktagen für Bestellungen eines Einsatzes von Servicemitarbeitern
oder Promotoren sei notwendig, um die Befähigung der eingesetzten Servicemitarbeiter

gemäß § 8 Abs 2 ASchG zu gewährleisten. Die Bestimmungen des ASchG würden es der Ö** nicht gestatten, Servicemitarbeiter von Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne die entsprechenden Schulungen am Bahnhof einzusetzen. Dies sei außerdem auch aus Sicherheitsgründen nicht zulässig, da Servicemitarbeiter im Gegensatz zu Promotoren in Bereichen eingesetzt werden könnten, deren Betreten aus Sicherheitsgründen verboten sei (S 3).

Würde die Ö** den Einsatz ungeschulten Personals in gefahreneigneten Bereichen der Eisenbahn wesentlich entgegen der Bestimmungen des EisbG etc gestatten, würde dies eine grobe Sorgfaltswidrigkeit darstellen, die im Schadensfall erhebliche Haftungsfolgen auslösen könnte (S 3).

Ein kurzfristiger Einsatz von Servicemitarbeitern von Eisenbahnverkehrsunternehmen im Falle nicht vorhersehbarer Ereignisse sei auch überhaupt nicht notwendig, da durch die M** über eine 24h Hotline geschulte Mitarbeiter angefordert und jederzeit auf den Bahnhöfen eingesetzt werden könnten. In welcher Weise die Eisenbahnverkehrsunternehmen den Verpflichtungen aufgrund der VO (EG) Nr 1371/2007 nachkämen, sei in der VO nicht determiniert (S 3f).

Mit Schreiben vom 18.10.2012 ersuchte die Schienen-Control Kommission die Ö** um eine ergänzende Stellungnahme. Die Ö** wurde darauf hingewiesen, dass es den Zugangsberechtigten ermöglicht werden muss, die verfahrensgegenständlichen Leistungen direkt bei der Ö** zu bestellen. Dies deshalb, da die Ö** als Zuweisungsstelle iSd § 62 Abs 1 EisbG verpflichtet ist, Begehren von Zugangsberechtigten auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen zu prüfen, Verhandlungen zu führen und die Verträge mit den Zugangsberechtigten abzuschließen (S 2). Auch wies die Schienen-Control Kommission darauf hin, dass die Verfügung über die Nutzungsrechte sowie die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der Ö**, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen gemäß § 58 EisbG benötigt, gemäß § 24 Bundesbahngesetz gerade keine Aufgaben der I** sind und deshalb der Verweis der Ö** auf diese Bestimmung ins Leere geht (S 2).

Weiters stellte die Schienen-Control Kommission einige Fragen zu den aus Sicht der Ö** notwendigen Schulungen für Servicemitarbeiter. Sie legte dar, dass es dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Erbringung von Serviceleistungen, insbesondere der Hilfeleistungen gemäß der VO (EG) Nr 1371/2007, freistehen muss, ob es sich seiner eigenen Mitarbeiter oder der Mitarbeiter eines von ihm gewählten Unternehmens bedient, weshalb es dem Eisenbahnverkehrsunternehmen, selbst wenn es Mitarbeiter der M** anfordern kann, möglich sein muss, eigene Mitarbeiter oder Mitarbeiter eines Unternehmens seiner Wahl einzusetzen (S 3f). Die Schienen-Control Kommission ersuchte außerdem um Mitteilung, über welche Qualifikationen die derzeit insbesondere im Falle von Betriebsstörungen eingesetzten Mitarbeiter der M** verfügen würden und wie durch die Ö** insbesondere bei kurzfristigen Einsätzen dieser Mitarbeiter überprüft werde, ob sie über die erforderlichen Qualifikationen verfügen (S 5).

Mit Schreiben vom 19.11.2012 nahm die Ö** Stellung und brachte unter anderem Folgendes vor:

Die in Rede stehenden Leistungen [gemeint wohl: die Verträge über diese Leistungen] würden derzeit und auch hinkünftig im Namen der Ö** abgeschlossen. Die in Rede stehenden Leistungen würden bereits jetzt diskriminierungsfrei und nach den Grundsätzen angemessenen Kostenersatzes und branchenüblichen Entgeltes angeboten (S 1f).

In Beantwortung der Fragen der Schienen-Control Kommission im Schreiben vom 18.10.2012 führte die Ö** bezüglich der Schulungen für Servicemitarbeiter im Wesentlichen wie folgt aus:

Gemäß ASchG sei jeder Arbeitgeber selbst für die Einhaltung der sich aus § 8 ASchG ergebenden Verpflichtungen verantwortlich. Seitens der Ö** sei die Verpflichtung zur Koordination, nicht aber zur Beaufsichtigung und Schulung betriebsfremder Arbeitnehmer gegeben. Es stehe aber den Eisenbahnverkehrsunternehmen frei, ihre Mitarbeiter an Schulungen teilnehmen zu lassen, die von der Ö** angeboten werden. Der Inhalt von Unterweisungen könne nur auf die jeweiligen Tätigkeiten bzw Standorte etc angepasst sein (S 4).

Die Ö** biete in diesem Zusammenhang Schulungen in Form der Module SIG 1 und SIG 2 an, die auch von externen Kunden bestellbar seien. Darüber hinaus könnten Ausbildungen im betrieblichen Kontext nach Vereinbarung bestellt werden (S 4f). Als für eine Unterweisung notwendige Unterlagen stelle die Ö** gemäß Punkt 1.b) der „Hausordnung“ auf Anfrage vor allem Lagepläne zur Verfügung, aus welchen ersichtlich sei, wo die jeweiligen Tätigkeiten zulässig sind. Da Promotionstätigkeiten nur nach Genehmigung zulässig seien, sei auch gewährleistet, welches Eisenbahnverkehrsunternehmen an welchen Orten zu welcher Zeit entsprechende Tätigkeiten ausübe (S 5).

Auf die Frage der Schienen-Control Kommission im Schreiben vom 18.10.2012, wie die Ö** innerhalb der Bestellfrist prüfe, ob eine Schulung der Servicemitarbeiter im Sinne des § 8 Abs 2 ASchG stattgefunden habe, antwortete die Ö**, sie gehe davon aus, dass das jeweilige Eisenbahnverkehrsunternehmen nur Mitarbeiter einsetze, die fachlich geeignet sind. Weiters werde davon ausgegangen, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihren vertraglichen Verpflichtungen nachkommen und ihre Mitarbeiter nur in jenen Bereichen einsetzen, die für die Tätigkeit zur Verfügung gestellt wurden. Die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen erfolge stichprobenartig (S 5).

Zur Frage der Schienen-Control Kommission im Schreiben vom 18.10.2012, wie vor Ergänzung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen um die Bestimmungen betreffend Promotion und Serviceleistungen, insbesondere während der Geltungsdauer der von der Schienen-Control Kommission im Verfahren SCK-WA-11-057 für unwirksam erklärten Bahngrundbenützungsverträge sichergestellt worden sei, dass die eingesetzten Servicemitarbeiter entsprechend den Vorgaben des ASchG geschult wurden, verwies die Ö** auf ihre Beantwortung der anderen Fragen betreffend die Schulung der Servicemitarbeiter. Ergänzend führte sie aus, während der Geltungsdauer der von der Schienen-Control Kommission im Verfahren SCK-WA-11-057 für unwirksam erklärten Bahngrundbenützungsverträge seien den Eisenbahnverkehrsunternehmen vertraglich bestimmte Bereiche zugewiesen worden, an welchen die jeweiligen Tätigkeiten zulässig

gewesen seien. Es sei Sache des jeweiligen Dienstgebers, sich fachlich geeigneter Mitarbeiter zu bedienen (S 5).

Die Ö** bestätigte die Ansicht der Schienen-Control Kommission im Schreiben vom 18.10.2012, dass es dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Erbringung von Serviceleistungen, insbesondere der Hilfeleistungen gemäß der VO (EG) Nr 1371/2007, freistehen muss, sich seiner eigenen Mitarbeiter zu bedienen oder Mitarbeiter eines anderen Unternehmens seiner Wahl einzusetzen. Dies werde auch in Punkt 1. der Hausordnung klargestellt (S 6).

Zum Ersuchen der Schienen-Control Kommission im Schreiben vom 18.10.2012 um Mitteilung, über welche Qualifikation die derzeit insbesondere im Falle von Betriebsstörungen eingesetzten Mitarbeiter der M** verfügen und wie durch die Ö** insbesondere bei kurzfristigen Einsätzen dieser Mitarbeiter überprüft werde, ob sie über die erforderlichen Qualifikationen verfügen, nannte die Ö** Qualifikationen wie betriebliches Wissen, elektronische Kundeninformation und Ersthelferausbildung. Die Leistungs- und Qualitätskontrolle der eingesetzten Mitarbeiter erfolge stichprobenartig (S 9).

In ihrer Stellungnahme vom 19.11.2012 brachte die W**, nunmehr vertreten durch die Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, unter anderem Folgendes vor:

Aus § 59 Abs 2 EisbG folge, dass eine „unterjährige“ Änderung der SNNB (außerhalb der Frist des § 65 [gemeint wohl: 59] Abs 2 EisbG) – und somit eine Änderung der Bedingungen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen – nicht zulässig sei, weshalb nach dem klaren Gesetzeswortlaut sämtliche nunmehr durch die Ö** in die SNNB aufgenommenen Änderungen unzulässig seien und zu einer vom Gesetz verpönten Belastung der Eisenbahnverkehrsunternehmen führten (S 4). Von der W** unbestritten sei, dass tatsächlich sicherheitsrelevante Auflagen durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen erteilt werden können (S 6). Die W** stellte den Antrag, sämtliche nach Ablauf der Frist des § 59 Abs 2 EisbG in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö** aufgenommenen Bestimmungen für unwirksam zu erklären (S 11).

Mit Schreiben vom 19.12.2012 ersuchte die Schienen-Control Kommission die Ö** um eine ergänzende Stellungnahme. Sie teilte der Ö** unter anderem mit, dass die dreitägige Bestellfrist für den Einsatz von Servicemitarbeitern vor dem Hintergrund, dass jeder Arbeitgeber selbst für die Einhaltung der sich aus dem ASchG ergebenden Verpflichtungen verantwortlich ist, sachlich nicht gerechtfertigt erscheint (S 3).

Mit Schreiben vom 14.01.2013 übermittelte die Schienen-Control Kommission der I** Schriftsätze der Ö** sowie der W** zur Kenntnisnahme und etwaigen Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 15.01.2013 teilte die I** mit, dass das Vorbringen und die Anträge der Ö** seitens der I** zustimmend zur Kenntnis genommen würden.

Mit Schriftsatz vom 15.01.2013 nahm die Ö** Stellung und brachte betreffend die dreitägige Bestellfrist für den Einsatz von Servicemitarbeitern und die Verpflichtung des

Eisenbahnverkehrsunternehmens, einen Nachweis einer Unterweisung des eingesetzten Personals nach dem ASchG zu erbringen, Folgendes vor:

Wenn Mitarbeiter von Eisenbahnverkehrsunternehmen [gemeint wohl: im Bahnhof] anwesend seien, sei erstens sicherzustellen, dass diese Reisenden auch Hilfe leisten können. Zweitens müssten sie im Fall eines außergewöhnlichen Ereignisses in der Lage sein, ohne Verzögerung die richtigen Verständigungen durchzuführen. Drittens kämen im Bereich der Bahnsteige Hebelifte zum Einsatz (Rollstühle, Catering). Viertens könne es im Bereich der Bahnsteige zu Kontrollen (Bremsproben und dergleichen) sowie zu kleineren Instandsetzungen kommen. In all diesen Fällen könne es zu einem Aufenthalt von Servicemitarbeitern in gefahrgeneigten Bereichen kommen. Mit diesen Umständen müssten Mitarbeiter der Eisenbahnverkehrsunternehmen vertraut sein, so dass eine entsprechende Schulung jedenfalls erforderlich sei. Die Bestellfrist von drei Werktagen sei nach Ansicht der Ö** unbedingt erforderlich, um vertragslose Zeiträume zu verhindern (S 8).

Mit Schriftsatz vom 01.02.2013 führte die W** unter anderem aus, dass die dreitägige Bestellfrist für die Anmeldung von Servicemitarbeitern und Promotionstätigkeiten zu lang sei (S 4).

Mit Schreiben vom 14.02.2013 übermittelte die Schienen-Control Kommission der I** die Stellungnahme der Ö** vom 15.01.2013 zur Kenntnisnahme und etwaigen Stellungnahme. Mit Schreiben vom 20.02.2013 teilte die I** mit, dass das Vorbringen und die Anträge der Ö** gemäß deren Stellungnahme vom 15.01.2013 ihrerseits zustimmend zur Kenntnis genommen würden.

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

Die Schienen-Control Kommission stellt folgenden Sachverhalt fest:

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö**, die auf der Internetseite www.*** veröffentlicht sind, umfassen unter anderem die folgenden Anhänge:

- den Produktkatalog Netzzugang Stationen 2013 (Version 4; siehe Anlage ./A dieses Bescheides) sowie den Produktkatalog Netzzugang Stationen 2014 (Version 2; Anlage ./B);
- das Formular „Bestellung von Serviceleistungen und/oder Promotionstätigkeiten auf Verkehrsflächen innerhalb von Personenbahnhöfen“ (Anlage ./C);
- das Formular „Annahmebestätigung“ (Anlage ./D);
- die „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ (Version vom 07.12.2012, Anlage ./E).

Die Produktkataloge Netzzugang Stationen 2013 und 2014 enthalten jeweils ein Kapitel „3.6.4 Zusatzservice gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ mit dem in der Anlage ./A bzw ./B ersichtlichen Inhalt.

Die Formulare „Bestellung von Serviceleistungen und/oder Promotientätigkeiten auf Verkehrsflächen innerhalb von Personenbahnhöfen“ und „Annahmebestätigung“ sowie die „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ stellen jeweils Anhänge sowohl zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 als auch zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 der Ö** dar.

Die Ö** übt selbst die Funktion einer Zuweisungsstelle iSd § 62 Abs 1 EisbG aus.

Diese Feststellungen beruhen auf folgender Beweiswürdigung:

Die Feststellung, dass es sich bei den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014, der „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ sowie den Formularen „Bestellung von Serviceleistungen und/oder Promotientätigkeiten auf Verkehrsflächen innerhalb von Personenbahnhöfen“ und „Annahmebestätigung“ um Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö** handelt sowie die Feststellungen zum Inhalt dieser Dokumente stützen sich auf die Einsicht in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö**, deren Inhalt unbestritten ist.

Dass die Ö** die Funktion einer Zuweisungsstelle iSd § 62 Abs 1 EisbG selbst ausübt, ist amtsbekannt und unbestritten.

Rechtlich folgt:

Zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission:

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

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

§ 74 EisbG regelt Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde und setzt damit Art 30 der RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur um. Gemäß Art 30 Abs 2 der RL 2001/14/EG kann ein Antragsteller (Zugangsberechtigter) die Regulierungsstelle befassen,

wenn er der Auffassung ist, ungerecht behandelt, diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Die RL 2001/14/EG sieht somit vor, dass die Regulierungsstelle nicht nur das Vorliegen einer ungerechten Behandlung bzw. Diskriminierung zu prüfen hat, sondern auch, ob ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf andere Weise in seinen Rechten verletzt wurde.

Vor diesem Hintergrund ist § 74 EisbG richtlinienkonform dahin zu interpretieren, dass die Schienen-Control Kommission neben dem Vorliegen von Diskriminierung auch zu prüfen hat, ob ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf andere Weise in seinen Rechten verletzt wird. Eine solche Verletzung von Rechten ist insbesondere dann gegeben, wenn dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Ausübung seiner Rechte auf Zugang zur Schieneninfrastruktur und auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen Bedingungen auferlegt werden, die einschlägigen Rechtsnormen wie dem EisbG, dem Bundesbahngesetz oder unmittelbar wirkenden europäischen Rechtsakten widersprechen.

In den Spruchpunkten 1) bis 3) erklärt die Schienen-Control Kommission Schienennetz-Nutzungsbedingungen teilweise für unwirksam, nämlich Bestimmungen aus Anhängen zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö**. Diese Bestimmungen verstoßen, wie noch zu zeigen sein wird, gegen das EisbG, das Bundesbahngesetz bzw. die Verordnung (EG) Nr 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr.

Im Spruchpunkt 4) wird der Ö** die Herstellung des rechtskonformen, dieser Unwirksamklärung entsprechenden Zustandes aufgetragen. Zugleich wird ihr damit ein rechtswidriges, weil gegen das EisbG, das Bundesbahngesetz bzw. die VO (EG) Nr 1371/2007 verstoßendes Verhalten, nämlich die Verwendung von gegen diese Rechtsnormen verstoßenden Bestimmungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen, untersagt, und ein rechtskonformes Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche die für unwirksam erklärten Bestimmungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

Im Spruchpunkt 5) wird der Ö** ein rechtswidriges, weil gegen das EisbG, das Bundesbahngesetz bzw. die VO (EG) Nr 1371/2007 verstoßendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die rechtswidrigen, in den Spruchpunkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

Im Spruchpunkt 6) wird der Ö** ein rechtmäßiges, dem EisbG sowie dem Bundesbahngesetz entsprechendes Verhalten auferlegt und das rechtswidrige Verhalten untersagt.

Bei den bescheidgegenständlichen Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten handelt es sich um sonstige Leistungen gemäß § 58 Abs 2 EisbG:

Was unter diesen Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten zu verstehen ist, ist der „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ (Anlage ./E) zu entnehmen. Bei den Serviceleistungen handelt es sich demnach um Tätigkeiten, die durch Mitarbeiter oder Subdienstleister von Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgen und den Zweck haben, die betrieblichen Abläufe am Bahnhof zu erleichtern, insbesondere den ordnungsgemäßen, sicheren und raschen Aus- und

Zustieg der Fahrgäste zu gewährleisten. Sie umfassen auch Auskunftserteilung, Kundenlenkung, Fahrkartenverkauf, Hilfeleistung aufgrund von Fahrgastrechten und Aushändigung von Informationsunterlagen wie Fahrplänen (auf Anfrage eines Kunden).

Promotionstätigkeiten umfassen alle Werbe- und Vertriebstätigkeiten, wie Verteilung von Werbematerial und Warenproben sowie Fahrkartenverkauf durch Mitarbeiter des Eisenbahnverkehrsunternehmens oder das Personal Dritter. Dabei können nicht ortsfeste Anlagen wie Werbeständer oder Stehtische eingesetzt werden.

Sowohl Serviceleistungen als auch Promotionstätigkeiten 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.

Sowohl Serviceleistungen als auch Promotionstätigkeiten in Personenbahnhöfen fallen unter § 58 Abs 2 Z 2 EisbG: Die Serviceleistungen, die den Zweck haben, die betrieblichen Abläufe am Bahnhof zu erleichtern, insbesondere den ordnungsgemäßen, sicheren und raschen Aus- und Zustieg der Fahrgäste zu gewährleisten, können per se nur im Personenbahnhof selbst stattfinden. Dasselbe gilt für die Kundenlenkung.

Die Hilfeleistung aufgrund von Fahrgastrechten umfasst insbesondere die Hilfeleistung gemäß der Verordnung (EG) Nr 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, die in Art 18 und Art 23 Hilfeleistungspflichten des „Eisenbahnunternehmens“ (dh Eisenbahnverkehrsunternehmens) gegenüber den Fahrgästen vorsieht. Diese betreffen einerseits den Verspätungsfall, für den eine Informationspflicht gemäß Art 18 Abs 1 besteht sowie – bei Verspätung von mehr als 60 Minuten – eine Pflicht des Eisenbahnverkehrsunternehmens, den Fahrgästen kostenlos Mahlzeiten und Erfrischungen sowie gegebenenfalls die Unterbringung in einem Hotel bzw einer anderweitigen Unterkunft anzubieten (Art 18 Abs 2). Unter Umständen ist das Eisenbahnverkehrsunternehmen auch verpflichtet, einen alternativen Beförderungsdienst für die Fahrgäste zu organisieren (Art 18 Abs 3).

Andererseits sieht die VO (EG) Nr 1371/2007 in Art 23 eine Pflicht des Eisenbahnverkehrsunternehmens vor, Personen mit einer Behinderung sowie Personen mit eingeschränkter Mobilität während des Ein- und Aussteigens kostenlos Hilfe zu leisten.

Soweit die Erfüllung der Hilfeleistungspflichten durch Servicemitarbeiter des Eisenbahnverkehrsunternehmens im Bahnhof (und nicht durch Personal in den Zügen) erfolgt, besteht keine Alternative dazu, die Hilfeleistungsmaßnahmen direkt im Bahnhof durchzuführen.

Ebenso muss die Auskunftserteilung im Bahnhof selbst stattfinden und kann das Eisenbahnverkehrsunternehmen diesbezüglich nicht auf Alternativen außerhalb eines Bahnhofs verwiesen werden. Dabei ist zugrunde zu legen, dass es sich bei der Auskunftserteilung im Sinne der „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ um eine direkte, persönliche Auskunftserteilung durch Servicepersonal gegenüber (potentiellen) Fahrgästen, etwa über Abfahrtszeiten von Zügen oder über Abfahrtsbahnsteige, handelt, nicht jedoch um andere Arten der Auskunftserteilung wie etwa jene auf Internetseiten oder telefonische Auskünfte. Die persönliche Auskunftserteilung muss im Bahnhof erfolgen, um die (potentiellen) Fahrgäste zu erreichen.

Jedoch auch der Verkauf von Fahrkarten, die Aushändigung von Informationsunterlagen wie zB Fahrplänen sowie die Promotionstätigkeiten stellen eine Mitbenützung eines Personenbahnhofs dar (zum Fahrkartenverkauf vgl auch Catharin, Anm 3 zu § 58 EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011)). Alle diese Tätigkeiten muss ein Eisenbahnverkehrsunternehmen an Orten durchführen, an denen es 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.

Die Durchführung von Serviceleistungen stellt auch dann, wenn sie am Bahnsteig erfolgt, eine Mitbenützung eines Personenbahnhofs iSd § 58 Abs 2 Z 2 EisbG und – entgegen der sowohl von der Ö** als auch von der W** im Verfahren SCK-WA-11-057 vertretenen Ansicht – keine Benützung von Schieneninfrastruktur dar. Gemäß § 10a EisbG, auf den sich sowohl die Ö** als auch die W** im Verfahren SCK-WA-11-057 berufen haben, 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 im Verfahren SCK-WA-11-057 – 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.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen hinsichtlich der Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten im Sinne der „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ keine vertretbaren Alternativen zu deren Durchführung in einem Personenbahnhof bestehen.

Das Vorliegen vertretbarer Alternativen wäre im Übrigen nur geeignet, eine Ablehnung von Begehren von Zugangsberechtigten auf Zurverfügungstellung der Leistungen gemäß § 58 Abs 2 EisbG zu rechtfertigen. Dies ergibt eine richtlinienkonforme Interpretation des § 58 Abs 2 EisbG anhand des Art 5 Abs 1 der RL 2001/14/EG, wonach „[d]ie Erbringung der in Anhang II Nummer 2 genannten Leistungen [...] unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung [erfolgt], wobei entsprechende Anträge von Eisenbahnunternehmen nur abgelehnt werden dürfen, wenn vertretbare Alternativen unter Marktbedingungen vorhanden sind.“

Die Ö** lehnt jedoch an sie gestellte Begehren auf Zurverfügungstellung von Personenbahnhöfen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten nicht unter Berufung auf vertretbare Alternativen ab, sondern sieht hierfür in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen Bedingungen vor, die – wie noch zu zeigen sein wird – teilweise gegen das EisbG, das Bundesbahngesetz bzw die Verordnung (EG) Nr 1371/2007 verstoßen.

Aufgrund der Bedeutung, die den Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten iSd „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ aus Sicht eines Eisenbahnverkehrsunternehmens zukommt, wäre eine diskriminierende bzw die Eisenbahnverkehrsunternehmen auf andere Weise in ihren Rechten verletzende Vorgehensweise eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens bei der Zurverfügungstellung seiner Personenbahnhöfe für diese Tätigkeiten geeignet, den Wettbewerb auf dem Schienenverkehrsmarkt zu beeinträchtigen. Die diskriminierungsfreie, rechtmäßige 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.

Im Verfahren SCK-WA-11-057 vertrat 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 die Schienen-Control Kommission bereits im oben genannten Verfahren ausgeführt hat, 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.

Die von einem Eisenbahnverkehrsunternehmen durchgeführten Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten iSd „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ 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 rechtmäßig, insbesondere diskriminierungsfrei, zur Verfügung stellt. Nicht nur eine diskriminierende bzw das Eisenbahnverkehrsunternehmen auf andere Weise in seinen Rechten verletzende Vorgehensweise bei der Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur würde einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb zwischen den Zugangsberechtigten beeinträchtigen, sondern auch eine solche Vorgehensweise bei der Zurverfügungstellung über den Zugang zur Schieneninfrastruktur hinaus gehender Leistungen wie etwa der Personenbahnhöfe für die verfahrensgegenständlichen Tätigkeiten.

Im Verfahren SCK-WA-11-057 brachte 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.

Die Heranziehung des § 54 EisbG als Auslegungshilfe für das Verständnis des § 58 Abs 2 Z 2 EisbG ist – entgegen der von der Ö** im Verfahren SCK-WA-11-057 vertretenen Ansicht – zulässig. Die Ö** berief sich auf das Erkenntnis des VwGH vom 23.02.2010, ZI 2009/05/0080 und vertrat die Meinung, für eine Anwendung der Zielbestimmung des § 54 EisbG verbleibe kein Platz, da eine Legaldefinition der Schieneninfrastruktur vorliege. Dabei verkannte 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 Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten eines Eisenbahnverkehrsunternehmens iSd „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ 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** im Verfahren SCK-WA-11-057 auf § 3 der deutschen Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) berief, 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 Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten eines Eisenbahnverkehrsunternehmens in § 3

EIBV nicht genannt werden, liegt schlicht daran, dass diese Bestimmung – ebenso wie § 58 EibG – keine detaillierte Aufzählung aller Leistungen enthält, die dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellen sind.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die verfahrensgegenständlichen Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten Formen der Mitbenützung von Personenbahnhöfen iSd § 58 Abs 2 Z 2 EibG darstellen. Die bescheidgegenständlichen Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö** sehen Bedingungen der Zurverfügungstellung der sonstigen Leistung Mitbenützung von Personenbahnhöfen iSd § 58 Abs 2 Z 2 EibG vor.

Die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission ist damit gegeben.

Der vorliegende Bescheid ergeht als **Teilbescheid gemäß § 59 Abs 1 AVG**. Die Fragen, ob die in den Spruchpunkten 1) bis 3) genannten Bestimmungen für unwirksam zu erklären sind, sowie, ob der Ö** die in den Spruchpunkten 4) bis 6) genannten Aufträge zu erteilen sind, sind spruchreif und es erscheint zweckmäßig, über diese Punkte gesondert abzusprechen.

Zu den weiteren rechtlichen Erwägungen:

Zu den Spruchpunkten 1)a), 1)c)ii), 2) und 3):

Die in den Spruchpunkten 1)a), 1)c)ii), 2) und 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen sehen vor, dass Begehren auf Zurverfügungstellung von Flächen in Personenbahnhöfen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten ausschließlich an die I** zu richten sind, die I** die Begehren bearbeitet und gegebenenfalls im Namen der Ö** die Verträge abschließt.

Die Ö** ist als Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zuweisungsstelle iSd § 62 Abs 1 EibG. Sie übt diese Funktion selbst aus.

Gemäß § 70a Abs 1 EibG hat die Zuweisung von Zugtrassen und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, ausgenommen im Falle des Abs 2, 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. Sofern ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen nicht selbst die Funktion einer Zuweisungsstelle ausübt, haben die Zuweisungsstellen Verträge mit den Zugangsberechtigten im Namen und auf Rechnung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens abzuschließen.

E contrario bedeutet dies, dass ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das die Funktion einer Zuweisungsstelle selbst ausübt, die Verträge über die Zuweisung von Zugtrassen und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen selbst abzuschließen hat.

Gemäß § 71 Abs 1 EibG hat jede Zuweisungsstelle ein Begehren von Zugangsberechtigten auf Zuweisung von Zugtrassen oder auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, welches in der in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen angeführten Form eingebracht wird, zu prüfen und Verhandlungen zu

führen; ist die Zuweisungsstelle nicht mit dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen ident, ist letzteres in die Verhandlungen einzubinden.

Die Ö** hat als Zuweisungsstelle somit Begehren von Zugangsberechtigten auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen zu prüfen, Verhandlungen zu führen und schriftliche Verträge mit den Zugangsberechtigten abzuschließen. Indem eine Bestellung der Flächen für Promotionstätigkeiten und Serviceleistungen nur bei der I** möglich ist, diese die Bestellung bearbeitet und den Vertrag in Vertretung der Ö** abschließt, erfolgen Prüfung, Verhandlung und Vertragsabschluss gerade nicht durch die Zuweisungsstelle Ö**, sondern durch die I**.

Dies widerspricht nicht nur dem EisbG, sondern auch dem Bundesbahngesetz: Gemäß § 24 Abs 1 Bundesbahngesetz ist Aufgabe der I** insbesondere die Verfügung über die Nutzungsrechte sowie die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung der Liegenschaften der Ö**, ausgenommen jene der Schieneninfrastruktur gemäß § 10a Eisenbahngesetz 1957, die für den Eisenbahnbetrieb und den Eisenbahnverkehr benötigt werden, und jene Liegenschaften, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen (§ 58 Eisenbahngesetz 1957) benötigt.

Daraus folgt, dass die Verfügung über die Nutzungsrechte, die bestmögliche Bewirtschaftung (einschließlich der Verwaltung) und Verwertung von Personenbahnhöfen keine Aufgabe der I** ist. Denn Personenbahnhöfe sind Liegenschaften, die ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen, nämlich gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG, benötigt.

Es widerspricht somit sowohl dem EisbG als auch dem Bundesbahngesetz, dass die Ö** die Zugangsberechtigten hinsichtlich deren Begehren auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen iSd § 58 EisbG an die I** verweist, damit diese die Prüfung der Begehren und die Verhandlungsführung übernimmt und die Ö** beim Vertragsabschluss vertritt.

Da die in den Spruchpunkten 1)a), 1)c)ii), 2) und 3) genannten Bestimmungen **sowohl gegen das EisbG als auch gegen das Bundesbahngesetz** verstoßen, sind sie für unwirksam zu erklären.

Zu den Spruchpunkten 1)b) und 1)c)i):

Die in den Spruchpunkten 1)b) und 1)c)i) für unwirksam erklärten Bestimmungen sehen Bestellfristen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten von drei, sieben bzw zehn Werktagen vor. Serviceleistungen eines Eisenbahnverkehrsunternehmens sind vor allem zur Erfüllung der folgenden, in der Fahrgastrechteverordnung (VO (EG) Nr 1371/2007) normierten Hilfeleistungspflichten des Eisenbahnverkehrsunternehmens gegenüber den Fahrgästen erforderlich:

Gemäß Art 18 Abs 1 der VO (EG) Nr 1371/2007 sind die Fahrgäste bei einer Verspätung bei der Abfahrt oder der Ankunft durch das Eisenbahnunternehmen oder den Bahnhofsbetreiber über die Situation und die geschätzte Abfahrts- und Ankunftszeit zu unterrichten, sobald diese Informationen zur Verfügung stehen.

Gemäß Art 18 Abs 2 lit a der VO (EG) Nr 1371/2007 sind den Fahrgästen bei einer Verspätung von mehr als 60 Minuten kostenlos Mahlzeiten und Erfrischungen in angemessenem Verhältnis zur Wartezeit anzubieten, sofern sie im Zug oder im Bahnhof verfügbar oder vernünftigerweise lieferbar sind. Gemäß Art 18 Abs 2 lit b der VO (EG) Nr 1371/2007 sind den Fahrgästen in Fällen, in denen ein Aufenthalt von einer oder mehreren Nächten notwendig wird oder ein zusätzlicher Aufenthalt notwendig wird, die Unterbringung in einem Hotel oder einer anderweitigen Unterkunft und die Beförderung zwischen dem Bahnhof und der Unterkunft kostenlos anzubieten, sofern dies praktisch durchführbar ist.

Besteht keine Möglichkeit zur Fortsetzung eines Verkehrsdienstes mehr, so organisiert das Eisenbahnunternehmen gemäß Art 18 Abs 3 der VO (EG) Nr 1371/2007 so rasch wie möglich einen alternativen Beförderungsdienst für die Fahrgäste.

Gemäß Art 23 der VO (EG) Nr 1371/2007 haben Eisenbahnunternehmen Personen mit Behinderungen und Personen mit eingeschränkter Mobilität im Zug und während des Ein- und Aussteigens kostenlos Hilfe zu leisten. Gemäß Art 24 lit a der VO (EG) Nr 1371/2007 ist Voraussetzung dieser Hilfeleistungen, dass der Hilfsbedarf einer Person dem Eisenbahnunternehmen, dem Bahnhofsbetreiber oder dem Fahrkartenverkäufer oder dem Reiseveranstalter, bei dem die Fahrkarte erworben wurde, spätestens 48 Stunden vor dem Zeitpunkt, zu dem die Hilfeleistung benötigt wird, gemeldet wurde. Im Falle einer Mehrfahrtenkarte ist eine einzige Meldung ausreichend, sofern geeignete Informationen über den Zeitplan für die nachfolgenden Fahrten vorgelegt werden. Ist keine Meldung erfolgt, so bemühen sich das Eisenbahnunternehmen und der Bahnhofsbetreiber gemäß Art 24 lit c der VO (EG) Nr 1371/2007 nach besten Kräften, die Hilfeleistung so zu erbringen, dass die Person mit einer Behinderung oder die Person mit eingeschränkter Mobilität ihre Reise durchführen kann.

Um die genannten Hilfeleistungspflichten erfüllen zu können, muss das Eisenbahnverkehrsunternehmen die Möglichkeit haben, auch kurzfristig Serviceleistungen iSd „Hausordnung für die gewerbliche Nutzung der Verkehrsflächen innerhalb der Personenbahnhöfe“ durchzuführen:

Da Verspätungen nicht vorhersehbar sind, erfordert die Hilfeleistungspflicht gemäß Art 18 der VO (EG) Nr 1371/2007 einen kurzfristigen Einsatz von Servicepersonal durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen. Insofern ist es dem Eisenbahnverkehrsunternehmen beim Einsatz der Servicemitarbeiter nicht möglich, eine bestimmte Bestellfrist zu wahren. Vielmehr muss es die Servicemitarbeiter sehr rasch einsetzen, um seine Verpflichtungen gemäß Art 18 der VO (EG) Nr 1371/2007 zu erfüllen.

Auch die Pflicht des Eisenbahnverkehrsunternehmens, Personen mit Behinderungen und Personen mit eingeschränkter Mobilität während des Ein- und Aussteigens Hilfe zu leisten (Art 23 der VO (EG) Nr 1371/2007), ist mit den Vorlaufzeiten für die Bestellung der erforderlichen Servicemitarbeiter nicht vereinbar. Gemäß Art 24 lit a der VO (EG) Nr 1371/2007 ist der Hilfsbedarf spätestens 48 Stunden vor dem Zeitpunkt, zu dem die Hilfeleistung benötigt wird, zu melden, wobei sich das Eisenbahnverkehrsunternehmen und der Bahnhofsbetreiber auch bei Unterbleiben dieser Meldung gemäß Art 24 lit c der VO (EG)

Nr 1371/2007 nach besten Kräften bemühen, die Hilfeleistung dennoch so zu erbringen, dass die Person mit einer Behinderung oder die Person mit eingeschränkter Mobilität ihre Reise durchführen kann.

Diese Regelung ist mit einer fixen Vorlaufzeit, innerhalb derer das Eisenbahnverkehrsunternehmen die von ihm eingesetzten Servicemitarbeiter bestellen muss, nicht vereinbar. Da sowohl das Eisenbahnverkehrsunternehmen als auch der Bahnhofsbetreiber verpflichtet sind, sich selbst dann, wenn der Hilfsbedarf nicht 48 Stunden im Vorhinein gemeldet wurde, nach besten Kräften zu bemühen, die Hilfeleistung zu erbringen, muss einem Eisenbahnverkehrsunternehmen der Einsatz von ihm beigestellter Servicemitarbeiter zwecks Erbringung der Hilfeleistung auch kurzfristig und ohne Einhaltung einer Bestellfrist gewährt werden.

In ihrer Stellungnahme vom 01.10.2012 (S 3) vertritt die Ö** die Ansicht, die Vorlaufzeit von drei Werktagen für Bestellungen eines Einsatzes von Servicemitarbeitern oder Promotoren sei notwendig, um die Befähigung der eingesetzten Servicemitarbeiter gemäß § 8 Abs 2 ASchG zu gewährleisten. Die Bestimmungen des ASchG würden es der Ö** nicht gestatten, Servicemitarbeiter von Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne die entsprechenden Schulungen am Bahnhof einzusetzen.

Gemäß § 8 Abs 2 ASchG sind, wenn in einer Arbeitsstätte Arbeitnehmer beschäftigt werden, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zu den für diese Arbeitsstätte verantwortlichen Arbeitgebern stehen, (betriebsfremde Arbeitnehmer), die für diese Arbeitsstätte verantwortlichen Arbeitgeber verpflichtet,

- erforderlichenfalls für die Information der betriebsfremden Arbeitnehmer über die in der Arbeitsstätte bestehenden Gefahren und für eine entsprechende Unterweisung zu sorgen (Z 1),
- deren Arbeitgebern im erforderlichen Ausmaß Zugang zu den Sicherheits- und Gesundheitsschutzdokumenten zu gewähren (Z 2),
- die für die betriebsfremden Arbeitnehmer wegen Gefahren in der Arbeitsstätte erforderlichen Schutzmaßnahmen im Einvernehmen mit deren Arbeitgebern festzulegen (Z 3) und
- für deren Durchführung zu sorgen, ausgenommen die Beaufsichtigung der betriebsfremden Personen (Z 4).

Diese Verpflichtungen des für die Arbeitsstätte verantwortlichen Arbeitgebers erfordern es nicht, bei jeder Bestellung eines Einsatzes von Servicemitarbeitern die Einhaltung einer bestimmten Vorlaufzeit zu verlangen. Im Übrigen prüft die Ö** nach ihren eigenen Angaben in ihrer Stellungnahme vom 19.11.2012 innerhalb der Bestellfrist gar nicht, ob eine Schulung der Servicemitarbeiter im Sinne des § 8 Abs 2 ASchG stattgefunden hat. Vielmehr geht sie davon aus, dass das jeweilige Eisenbahnverkehrsunternehmen nur Mitarbeiter einsetzt, die fachlich geeignet sind. Sie geht auch davon aus, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihren vertraglichen Verpflichtungen nachkommen und ihre Mitarbeiter nur in jenen Bereichen einsetzen, die für die Tätigkeit zur Verfügung gestellt wurden, wobei die Ö** die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen stichprobenartig überprüft.

Dies steht damit im Einklang, dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen als Arbeitgeber gemäß § 14 Abs 1 ASchG verpflichtet ist, für eine ausreichende Unterweisung der Arbeitnehmer über Sicherheit und Gesundheitsschutz zu sorgen. Diese Verantwortlichkeit der einzelnen Arbeitgeber für die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften für ihre Arbeitnehmer wird durch § 8 Abs 2 ASchG nicht eingeschränkt (§ 8 Abs 5 ASchG).

Soweit die Ö** in ihrer Stellungnahme vom 01.10.2012 (S 3f) meint, ein kurzfristiger Einsatz von Servicemitarbeitern von Eisenbahnverkehrsunternehmen im Falle nicht vorhersehbarer Ereignisse sei nicht notwendig, da durch die M** geschulte Mitarbeiter angefordert werden könnten, ist dies unrichtig. Denn es muss dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Erbringung von Serviceleistungen, insbesondere der Hilfeleistungen gemäß der VO (EG) Nr 1371/2007, freistehen, ob es sich seiner eigenen Mitarbeiter oder der Mitarbeiter eines von ihm gewählten Unternehmens bedient. Es muss dem Eisenbahnverkehrsunternehmen, selbst wenn es Mitarbeiter der M** – eines Tochterunternehmens der Ö** – anfordern kann, daher möglich sein, eigene Mitarbeiter oder Mitarbeiter eines Unternehmens seiner Wahl einzusetzen (siehe das Schreiben der Schienen-Control Kommission vom 18.10.2012). Dies hat die Ö** in ihrer Stellungnahme vom 19.11.2012 (S 6) sogar bestätigt.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die in den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014 geregelten Vorlaufzeiten für Bestellungen – die nicht zwischen Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten differenzieren – dem Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht ermöglichen, seine Pflichten gegenüber den Fahrgästen gemäß der VO (EG) Nr 1371/2007 zu erfüllen. Insofern verstoßen diese Fristen gegen die VO (EG) Nr 1371/2007.

Damit verletzen sie auch das Recht des Eisenbahnverkehrsunternehmens auf Mitbenützung von Personenbahnhöfen einschließlich zugehöriger Gebäude und Einrichtungen gemäß § 58 Abs 2 Z 2 EisbG. Die Zurverfügungstellung der Personbahnhöfe durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat nämlich in einer Weise zu erfolgen, die es den Eisenbahnverkehrsunternehmen ermöglicht, ihre Pflichten gegenüber den Fahrgästen gemäß der Fahrgastrechteverordnung zu erfüllen.

In vergleichbarem Sinn hat der EuGH in seinem Urteil vom 22.11.2012 in der Rs C-136/11 (Westbahn Management GmbH/ÖBB-Infrastruktur AG) ausgesprochen, dass Art 8 Abs 2 iVm Anhang II Teil II der VO (EG) Nr 1371/2007 sowie Art 5 iVm Anhang II der Richtlinie 2001/14/EG dahin auszulegen sind, dass der Infrastrukturbetreiber verpflichtet ist, den Eisenbahnunternehmen in diskriminierungsfreier Weise Echtzeitdaten der von anderen Eisenbahnunternehmen betriebenen Züge zur Verfügung zu stellen, sofern es sich bei diesen Zügen um die wichtigsten Anschlussverbindungen iSv Anhang II Teil II der VO (EG) Nr 1371/2007 handelt. Der Infrastrukturbetreiber hat somit dem Zugangsberechtigten im Rahmen des Zugangs diejenigen Leistungen zur Verfügung zu stellen, die der Zugangsberechtigte benötigt, um seine Pflichten aufgrund der VO (EG) Nr 1371/2007 gegenüber den Fahrgästen erfüllen zu können.

Da die in den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014 geregelten Vorlaufzeiten **sowohl gegen die VO (EG) Nr 1371/2007 als auch gegen § 58 Abs 2 Z 2 EisbG** verstoßen, sind sie für unwirksam zu erklären. Die im Spruchpunkt 1)c)i) für unwirksam

erklärte Bestellfrist von sieben Werktagen für den Einsatz von Anlagen wie Werbeständern oder Stehtischen betrifft zwar nicht die Serviceleistungen. Da diese Bestellfrist jedoch von der im ersten Satz des jeweiligen Absatzes der Produktkataloge Netzzugang Stationen 2013 und 2014 geregelten Bestellfrist von drei Werktagen sprachlich nicht trennbar ist, ist sie ebenfalls für unwirksam zu erklären.

Zum Spruchpunkt 4):

Im Spruchpunkt 4) wird der Ö** die Herstellung des rechtskonformen, der in den Spruchpunkten 1) bis 3) erfolgten Unwirksamklärung von Bestimmungen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö** entsprechenden Zustandes aufgetragen. Zugleich wird ihr damit ein gegen das EisbG verstoßendes Verhalten, nämlich die Verwendung von gegen das EisbG, das Bundesbahngesetz bzw die VO (EG) Nr 1371/2007 verstoßenden Bestimmungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen, untersagt, und ein diesen Rechtsnormen entsprechendes Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche die für unwirksam erklärten Bestimmungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

Die Umsetzung des im Spruchpunkt 4) erteilten Auftrags, nämlich die Entfernung der für unwirksam erklärten Bestimmungen aus den entsprechenden Anhängen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen im Internet, ist innerhalb von 5 Arbeitstagen möglich. Es ist daher iSd § 59 Abs 2 AVG angemessen, die Ö** zu verpflichten, diesen Auftrag innerhalb von 5 Arbeitstagen umzusetzen.

Zum Spruchpunkt 5):

Im Spruchpunkt 5) wird der Ö** ein gegen das EisbG, das Bundesbahngesetz bzw die VO (EG) Nr 1371/2007 verstoßendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die rechtswidrigen, in den Spruchpunkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen. Die Berufung auf diese Bestimmungen könnte insbesondere dadurch erfolgen, dass die Ö** die Zurverfügungstellung von Flächen in Personenbahnhöfen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten von der Einhaltung dieser Bestimmungen abhängig macht, dass sie die Zugangsberechtigten zur Einhaltung dieser Bestimmungen auffordert oder dass sie Verträge mit den Zugangsberechtigten abschließt, in denen die Zugangsberechtigten zur Einhaltung dieser Bestimmungen verpflichtet werden.

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

Zum Spruchpunkt 6):

Im Spruchpunkt 6) wird der Ö** ein rechtmäßiges, dem EisbG sowie dem Bundesbahngesetz entsprechendes Verhalten auferlegt, nämlich Begehren von Zugangsberechtigten auf Zurverfügungstellung von Flächen in Personenbahnhöfen für Serviceleistungen und Promotionstätigkeiten selbst zu prüfen, Verhandlungen zu führen und die entsprechenden schriftlichen Verträge mit den Zugangsberechtigten abzuschließen. Weiters wird ihr das gegen das EisbG sowie das Bundesbahngesetz verstoßende Verhalten, nämlich die

Zugangsberechtigten diesbezüglich an ein anderes Unternehmen wie etwa die I** zu verweisen, untersagt.

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

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis: Die Bescheide der Schienen-Control Kommission unterliegen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungswege. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist gem. § 84 EiszG 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 05.03.2013

Der Vorsitzende:

Dr. Robert Streller eh

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

Anschließen:

Anlagen ./A bis ./E

Ergeht an:

Ö**,
zHd Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH mit RSb

W**,
zHd B & S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH mit RSb

D** zur Kenntnis

P** zur Kenntnis

z.A.