

An die

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

GZ: SCK-14-001

BESCHEID

Die Schienen-Control Kommission hat durch Dr. Robert Streller als Vorsitzenden sowie Ass.-Prof. Dkfm. Mag. Dr. Brigitta Riebesmeier und em. Univ.-Prof. DI Dr. Klaus Rießberger als weitere Mitglieder im gemäß § 74 EibG betreffend Bestimmungen in den AGB zum Infrastrukturnutzungsvertrag sowie im Produktkatalog Netzzugang Stationen der Ö*** von Amts wegen eingeleiteten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren zu Recht erkannt:

SPRUCH:

- 1) In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag der Ö*** (siehe Anlage ./A dieses Bescheides) werden folgende Bestimmungen für unwirksam erklärt:
 - a. der Punkt 17.2 („*Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) aufgrund von Störungen in der Betriebsabwicklung, gehen dann zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht der Ö*** zuzurechnen sind, da die Störung in der Betriebsabwicklung auf höhere Gewalt, ein Fehlverhalten eines EVU, welches der Ö*** nicht zurechenbar ist, oder das Fehlverhalten eines Dritten, zurückzuführen ist und die Leistung – wenngleich unter Umständen abweichend oder verspätet durch das EVU – in Anspruch genommen wurde. Hiervon sind auch Störungen in der Betriebsabwicklung erfasst, die nicht von der Ö*** verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind. Die Haftungsbestimmungen in Punkt 20. bleiben davon unberührt.*“);
 - b. der Punkt 17.3 („*Im Falle von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen sind, ist die Verpflichtung der Ö***,*

Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw sonstige Leistungen zu erbringen bis zum Wegfall des Störungsgrundes ausgesetzt. Sollte in Fällen von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen sind, keine Inanspruchnahme von Zugtrassen erfolgen, mindert sich das Entgelt in dem Umfang, in dem der Vertragspartner die vereinbarte Leistung nicht in Anspruch nehmen kann.“).

- 2) Im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2014 (Version 6; siehe Auszug Anlage ./B) und im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2015 (Version 1; siehe Auszug Anlage ./C) wird jeweils im Kapitel IV 3.5 der vierte Satz des ersten Absatzes für unwirksam erklärt („Abweichungen im Hinblick auf die vereinbarte Zurverfügungstellung von Infrastruktur gehen dann zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht von der Ö*** verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind.“).
- 3) Die Ö*** hat die in den Punkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Bestimmungen binnen 5 Arbeitstagen ab Zustellung dieses Bescheides aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag und Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2014 und 2015 zu entfernen.
- 4) Die Ö*** hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Punkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

BEGRÜNDUNG:

Die Schienen-Control Kommission führte ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren (SCK-WA-11-052) zur Prüfung des Muster-Infrastrukturnutzungsvertrags der Ö***, welcher den Infrastrukturnutzungsverträgen in den Netzfahrplanperioden 2010/2011 und 2011/2012 zugrunde lag. Der Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag war ein Anhang der Schienennetz-Nutzungsbedingungen für die jeweiligen Netzfahrplanperioden. In diesem Verfahren nahm die Ö*** (unter anderem) zu Bestimmungen Stellung, die den bescheidgegenständlichen Bestimmungen ähnlich waren.

Zu den von der Ö*** für die Netzfahrplanperiode 2012/2013 mit den einzelnen Eisenbahnverkehrsunternehmen abgeschlossenen Infrastrukturnutzungsverträgen leitete die Schienen-Control Kommission jeweils ein eigenes wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren ein (SCK-13-002 bis -030). Auch in diesen Verfahren nahm die Ö*** zu Bestimmungen Stellung, die den bescheidgegenständlichen Bestimmungen ähnlich waren. Die Schienen-Control Kommission stellte das Verfahren zu SCK-WA-11-052 in Hinblick auf die Einleitung dieser Verfahren formlos ein und teilte dies der Ö*** mit. Aufgrund von drei von der Ö*** mit (neuen) Eisenbahnverkehrsunternehmen erst später abgeschlossenen Infrastrukturnutzungsverträgen leitete die Schienen-Control Kommission in der Folge drei weitere wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren ein (SCK-13-037 bis -039).

In der Folge leitete die Schienen-Control Kommission ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren zum Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag samt Anlagen für die Netzfahrplanperioden 2012/2013 und 2013/2014 ein (SCK-13-041). Bei dem Mustervertrag samt Anlagen handelte es sich um Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö***. In diesem Verfahren erklärte die Schienen-Control Kommission mit Bescheid vom 25.10.2013 die folgenden Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag der Ö*** für unwirksam:

Punkt 17.2: *„Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) auf Grund von Störungen in der Betriebsabwicklung liegen im Rahmen des allgemeinen Betriebsrisikos und gehen, vorbehaltlich anders lautender Bestimmungen, jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners. Die Haftungsbestimmungen in Punkt 20 bleiben davon unberührt.“*

Punkt 17.3: *„Streiks oder Betriebsversammlung stellen jedenfalls eine höhere, dem Einflussbereich der Vertragspartner sich entziehende, Gewalt dar. In diesem Fall ist die Verpflichtung der Ö***, Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw. sonstige Leistungen zu erbringen, ausgesetzt.“*

Im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2013 und 2014 wurde jeweils im Kapitel IV 3.5 der Satz *„Bei unterjährigen Mängeln der Infrastruktur (z.B. Umbau von Stationen während der Bauzeit, ggf. vorübergehende Minderverfügbarkeit von Ausstattung aufgrund von Wartungsarbeiten) werden keine Preisabschläge gewährt.“* für unwirksam erklärt.

Diese Bestimmungen entfernte die Ö*** zunächst – gemäß dem im Bescheid erteilten Auftrag – aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag sowie den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014. Danach nahm sie die bescheidgegenständlichen Regelungen in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag sowie die Produktkataloge Netzzugang Stationen 2014 und 2015 auf.

Mit Schreiben vom 23.01.2014 informierte die Schienen-Control Kommission die Ö*** über die Einleitung des gegenständlichen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrens und teilte ihr mit, dass sie auch gegen die neuen Bestimmungen Bedenken hatte. Die Schienen-Control Kommission ersuchte die Ö*** um eine Stellungnahme.

Mit Schreiben vom 21.02.2014 nahm die Ö*** Stellung und argumentierte – wie bereits in den vorangegangenen Verfahren zu vergleichbaren Bestimmungen der (Muster-)Infrastrukturnutzungsverträge – im Wesentlichen dahingehend, dass auch die bescheidgegenständlichen Bestimmungen weder diskriminierend noch in sonstiger Weise rechtswidrig seien.

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

Die Schienen-Control Kommission stellt folgenden Sachverhalt fest:

Die Ö*** ist Eisenbahninfrastrukturunternehmen (vgl § 1a EisbG) und Zuweisungsstelle (vgl § 62 Abs 1 EisbG). Auf ihrer Internetseite hat sie Schienennetz-Nutzungsbedingungen für die Netzfahrplanperioden 2013/2014 (15.12.2013 bis 13.12.2014) und 2014/2015 (14.12.2014 bis 12.12.2015) bereitgestellt (vgl § 59 EisbG). Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 und 2015 enthalten im Anhang unter anderem ein Muster des Infrastrukturnutzungsvertrages zwischen Ö*** und Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu diesem Infrastrukturnutzungsvertrag sowie den Produktkatalog Netzzugang. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Produktkatalog Netzzugang sind integrierende Bestandteile des Infrastrukturnutzungsvertrags.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag enthalten unter anderem die folgenden Bestimmungen:

„17. Störungen in der Betriebsabwicklung

*17.1 Zwischen dem EVU und der Ö*** besteht bei drohenden oder eingetretenen Störungen in der Betriebsabwicklung eine gegenseitige und unverzügliche Informationspflicht, insbesondere bei jenen Störungen, die zu Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (Verspätungen etc.) führen können, sowie über jeden drohenden oder eingetretenen Schaden, der sich auf die Sicherheit und Ordnung, die Pünktlichkeit, den korrekten Ablauf der Eisenbahnverkehrsleistungen, die Unversehrtheit der Schieneninfrastruktur oder die Umwelt, andere Nutzer oder Dritte auswirken könnte.*

*17.2 Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) aufgrund von Störungen in der Betriebsabwicklung, gehen dann zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht der Ö*** zuzurechnen sind, da die Störung in der Betriebsabwicklung auf höhere Gewalt, ein Fehlverhalten eines EVU, welches der Ö*** nicht zurechenbar ist, oder das Fehlverhalten eines Dritten, zurückzuführen ist und die Leistung – wenngleich unter Umständen abweichend oder verspätet durch das EVU – in Anspruch genommen wurde. Hiervon sind auch Störungen in der Betriebsabwicklung erfasst, die nicht von der Ö*** verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind. Die Haftungsbestimmungen in Punkt 20. bleiben davon unberührt.*

*17.3 Im Falle von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen sind, ist die Verpflichtung der Ö***, Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw sonstige Leistungen zu erbringen bis zum Wegfall des Störungsgrundes ausgesetzt. Sollte in Fällen von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen sind, keine Inanspruchnahme von Zugtrassen erfolgen, mindert sich das Entgelt in dem Umfang, in dem der Vertragspartner die vereinbarte Leistung nicht in Anspruch nehmen kann.“*

Der Produktkatalog Netzzugang Stationen 2014 (Version 6) sowie der Produktkatalog Netzzugang Stationen 2015 (Version 1) enthalten in Kapitel IV 3.5 („Stationspreisbildung“) jeweils den folgenden Absatz:

*„Der Stationspreis wird auf Basis der Kosten gebildet, die für Investitionen, Ausstattung, Instandhaltung, Reinigung und Betrieb der Infrastruktur in den Stationen entstehen. Das Entgelt für die Nutzung der einzelnen Station wird den EVU diskriminierungsfrei in Rechnung gestellt. Rabatte werden nicht gewährt. Abweichungen im Hinblick auf die vereinbarte Zurverfügungstellung von Infrastruktur gehen dann zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht von der Ö*** verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind.“*

Der Produktkatalog Netzzugang Stationen enthält detaillierte Beschreibungen der einzelnen Stationen, welche Ausstattungsmerkmale wie das Vorhandensein von Fahrtreppen, Monitoren und Zugzielanzeigen, Security etc umfassen.

Die Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) regelt die Nutzung der Oberleitung oder sonstiger Anlagen (wie Zugvorheizanlagen) durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen. Einen integrierenden Bestandteil des Infrastrukturnutzungsvertrags bildet weiters die Zugtrassenvereinbarung. Diese listet die dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellenden Zugtrassen auf, welche insbesondere die Abfahrts- und Ankunftszeit des Zuges (in Minuten) in den einzelnen Stationen umfassen.

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 und 2015 regeln ferner das sogenannte Performance Regime, ein Anreizsystem zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur. Das Performance Regime ordnet Verspätungsursachen entweder der Ö***, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zu. In Abhängigkeit von dieser Zuordnung erhöht bzw vermindert sich das vom Eisenbahnverkehrsunternehmen zu leistende Infrastrukturbenützungsentgelt.

Das Performance Regime ordnet beispielsweise Störungen an Sicherungsanlagen, Weichen, Zuglaufcheckpoints, Störungen der Zugbeeinflussung (PZB, LZB, ETCS), Störungen von Stromversorgungsanlagen, Fahrbahnstörungen, Mängel an Bauwerken, Störungen sonstiger Infrastrukturanlagen und Bauarbeiten der Ö*** zu. Verspätungsursachen wie beispielsweise Haltezeitüberschreitung, Abweichungsbestellungen des Eisenbahnverkehrsunternehmens, Ladearbeiten, Unregelmäßigkeiten an der Ladung, Störungen an Reisezugwagen, Güterwagen, Triebfahrzeugen, Triebwagen und Wendezügen – vorausgesetzt sie betreffen den eigenen Zug – werden hingegen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zugeordnet. Verspätungsursachen wie etwa nachfolgende oder vorhergehende Infrastrukturbetreiber oder Eisenbahnverkehrsunternehmen, Witterungseinflüsse und Naturereignisse werden als neutral eingestuft.

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthalten weiters streckenbezogene Informationen wie beispielsweise maximale Betriebsgeschwindigkeit, maximal zulässiges Zuggewicht, Art des Zugbeeinflussungssystems, Elektrifizierung und Rückspeisemöglichkeit.

Diese Feststellungen beruhen auf folgender Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zum Inhalt der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2014 und 2015 der Ö*** bzw der genannten Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen gründen sich auf die Einsicht in diese Unterlagen, welche auf der Internetseite der Ö*** abrufbar sind. Soweit festgestellt wird, dass Unterlagen Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö*** bzw auch Anhänge des (Muster-)Infrastrukturnutzungsvertrages sind, stützt sich dies auf die Einsicht in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen (einschließlich des (Muster-)Infrastrukturnutzungsvertrags). Dass die Ö*** Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Zuweisungsstelle ist, ist amtsbekannt.

Die Feststellungen zum Inhalt der Zugtrassenvereinbarungen gründen sich auf die Einsicht in die Zugtrassenvereinbarungen, die der Schienen-Control GmbH als integrierende Bestandteile der Infrastrukturnutzungsverträge mit diesen gemäß § 73a Abs 1 EisbG vorgelegt werden.

Rechtlich folgt:

Zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission:

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

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

§ 74 EisbG regelt Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde und setzt damit Art 30 der RL 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur um. Gemäß Art 30 Abs 2 der RL 2001/14/EG kann ein Antragsteller (dh Zugangsberechtigter) die Regulierungsstelle befassen, wenn er der Auffassung ist, **ungerecht behandelt, diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt** worden zu sein. Die Regulierungsstelle hat somit sowohl zu prüfen, ob Eisenbahnverkehrsunternehmen ungerecht behandelt bzw diskriminiert worden sind als auch, ob sie auf andere Weise in ihren Rechten verletzt wurden.

Vor diesem Hintergrund ist § 74 EisbG richtlinienkonform dahin zu interpretieren, dass die Schienen-Control Kommission neben dem Vorliegen von Diskriminierung auch zu prüfen hat, ob ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf andere Weise in seinen Rechten verletzt wird. Eine solche Verletzung von Rechten liegt etwa dann vor, wenn dem

Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Ausübung seiner Rechte auf Zugang zur Schieneninfrastruktur und auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen Bedingungen auferlegt werden, die gegen das EibG verstoßen bzw sittenwidrig iSd § 879 ABGB sind. Das Zugangsrecht des Eisenbahnverkehrsunternehmens ist als ein Recht zu verstehen, Leistungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens (bzw eines anderen Eisenbahnverkehrsunternehmens) zu gesetzeskonformen Bedingungen in Anspruch nehmen zu können. Dieses Recht wird verletzt, wenn dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Ausübung des Zugangs Bedingungen auferlegt werden, die zu seinen Lasten von zwingenden Normen etwa des EibG oder des ABGB abweichen.

Sämtliche regulierungsrechtlichen Normen des EibG dienen letztlich der Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Schieneninfrastruktur und zu sonstigen Leistungen. Folglich hat die Regulierungsbehörde im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht nicht nur das Vorliegen einer Diskriminierung im engen Wortsinn zu prüfen, sondern auch, ob auf andere Weise gegen regulierungsrechtliche Bestimmungen verstoßen wurde. Jedoch auch im Sinne des § 879 ABGB sittenwidrige Zugangsbedingungen beeinträchtigen letztlich den diskriminierungsfreien Zugang. Solche Zugangsbedingungen wirken sich auf kleinere Unternehmen stärker negativ aus als auf größere Unternehmen. Letztere verfügen tendenziell über umfangreichere rechtliche Beratung – sei es unternehmensintern oder unternehmensextern – als kleine Unternehmen und sind somit besser in der Lage, dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen entgegenzutreten, wenn es sich auf die sittenwidrigen Vertragsbedingungen beruft. Für kleine Unternehmen mag die Unzulässigkeit solcher Zugangsbedingungen mitunter gar nicht erkennbar sein.

Insofern beeinträchtigen gegen § 879 ABGB ebenso wie gegen das EibG verstoßende Zugangsbedingungen die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem Schienenverkehrsmarkt, welche gemäß § 54 Z 1 EibG ein Ziel der Regulierung des Schienenverkehrsmarkts ist.

In den Spruchpunkten 1) und 2) erklärt die Schienen-Control Kommission Schienennetz-Nutzungsbedingungen teilweise für unwirksam. Wie noch zu zeigen sein wird, sind die für unwirksam erklärten Bestimmungen diskriminierend, verstoßen auch in sonstiger Weise gegen das EibG und verstoßen weiters gegen § 879 ABGB.

Im Spruchpunkt 3) wird der Ö*** die Herstellung des rechtskonformen, dieser Unwirksamklärung entsprechenden Zustandes aufgetragen. Damit wird ihr zugleich ein diskriminierendes und die Zugangsberechtigten auch auf andere Weise in ihren Rechten verletzendes Verhalten, nämlich die Verwendung der für unwirksam erklärten Bestimmungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen, untersagt, und ein nichtdiskriminierendes, rechtmäßiges Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche die für unwirksam erklärten Bestimmungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

Im Spruchpunkt 4) wird der Ö*** ein diskriminierendes sowie die Zugangsberechtigten auch auf andere Weise in ihren Rechten verletzendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Spruchpunkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

Bei den bescheidgegenständlichen Bestimmungen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen handelt es sich um Bedingungen des Zugangs zur Schieneninfrastruktur (§ 56 EisbG) und der Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen (§ 58 EisbG). Als solche unterliegen sie der Wettbewerbsaufsicht der Schienen-Control Kommission gemäß § 74 Abs 1 Z 1 und 3 EisbG.

Die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission ist damit gegeben.

Die Ö*** vertritt demgegenüber in ihrer Stellungnahme vom 21.02.2014 (S 5) die Ansicht, der Schienen-Control Kommission komme gemäß § 74 EisbG (nur) die Befugnis zu, zu prüfen, ob einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligt werden, wobei ausschließlich die Normen des EisbG maßgeblich seien (unter Verweis auf die Erkenntnisse des VwGH vom 29.01.2014, Zln 2012/03/0026 und -0027).

Diesbezüglich ist ihr zu entgegnen, dass § 74 EisbG keinen Anhaltspunkt dafür bietet, dass Diskriminierung nur die Benachteiligung bestimmter Unternehmen im Sinne bestimmter Vertragspartner der Ö*** gegenüber anderen meint. Diskriminierung kann auch darin liegen, dass eine durch bestimmte Merkmale charakterisierte Gruppe im Vergleich zu einer anderen solchen Gruppe entweder zu Unrecht ungleich oder zu Unrecht gleich behandelt wird. Vorliegend sind die Vergleichsgruppen jene der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die von einer Betriebsstörung bzw sonstigen Verschlechterung der Leistung betroffen sind, und jene derer, die nicht von einer Betriebsstörung/sonstigen Verschlechterung der Leistung betroffen sind. Diese Vergleichsgruppen werden zu Unrecht gleich behandelt, obwohl eine unterschiedliche Behandlung geboten wäre. Insofern geht auch das Argument der Ö*** ins Leere, wonach „schon deshalb keine Diskriminierung vorliegen [könne], da die AGB sämtlichen Verträgen mit sämtlichen EVUs gleichermaßen zu Grunde gelegt wurden und werden.“ (S 5).

Die von der Ö*** zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs behandeln die Auskunftspflicht gegenüber der Schienen-Control Kommission gemäß § 74a Abs 1 EisbG. Der Verwaltungsgerichtshof sprach in den Erkenntnissen aus, dass die Auskunftspflicht gegenüber der Schienen-Control Kommission nach § 74a Abs 1 EisbG keine generelle ist, sondern sie nach dem Gesetzeswortlaut auf jene Auskünfte beschränkt ist, die für den ihr übertragenen Vollzug eisenbahnrechtlicher Regelungen bzw zur Überprüfung der Einhaltung der ihr zum Vollzug übertragenen eisenbahnrechtlichen Verpflichtungen erforderlich sind. Der Verwaltungsgerichtshof verneinte eine Auskunftspflicht in Hinblick auf Sachverhalte, die außerhalb der Eingriffsbefugnis der Schienen-Control Kommission liegen und deren nähere Prüfung den Kartellbehörden vorbehalten ist.

Von dem in den genannten Erkenntnissen behandelten Umfang der Auskunftspflicht gemäß § 74a Abs 1 EisbG ist der Umfang der Prüfungsbefugnis der Schienen-Control Kommission gemäß § 74 Abs 1 EisbG zu unterscheiden. Gemäß § 74a Abs 1 EisbG sind Zuweisungsstellen, Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen verpflichtet, der Schienen-Control Kommission (unter anderem) die Auskünfte zu erteilen, die für die Ausübung der Wettbewerbsaufsicht gemäß § 74 EisbG erforderlich sind. Die Kompetenzen der Schienen-Control Kommission im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht bestimmen somit den Umfang der Auskunftspflicht gemäß § 74a Abs 1 EisbG und nicht etwa umgekehrt. Insofern erlaubt die Auslegung des § 74a Abs 1 EisbG keine Rückschlüsse auf die Auslegung des § 74 Abs 1 EisbG.

In der Folge verweist die Ö*** darauf, dass der Gesetzgeber bestimmten Regulierungsbehörden – wobei sie die E-Control nennt – explizit eine Befugnis zur Prüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen „im Hinblick auf zivilrechtliche Fragestellungen“ eingeräumt hat (§ 5 der Stellungnahme). Im Umkehrschluss folgert die Ö***, dass „der Gesetzgeber der belangten Behörde [gemeint: der Schienen-Control Kommission] keine derartige Befugnis einräumen wollte.“

Dem kann nicht gefolgt werden: Die in manchen Gesetzen enthaltene explizite Normierung der Kompetenz der Regulierungsbehörde zur Prüfung von Gesetz- und Sittenwidrigkeit lässt nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber diese Kompetenz nur den jeweiligen Regulierungsbehörden einräumen wollte. Vielmehr ist der Umfang der Prüfungsbefugnis der Schienen-Control Kommission anhand des EibG sowie der darin umgesetzten RL 2001/14/EG selbstständig zu beurteilen, was wie oben dargelegt zu einer weiten Auslegung führt.

Die Ö*** verneint eine Kompetenz der Schienen-Control Kommission zur Prüfung zivilrechtlicher Fragestellungen auch in Hinblick auf Art 94 B-VG (§ 5 der Stellungnahme). Dem kann nicht gefolgt werden. Der in Art 94 B-VG verankerte Grundsatz der Trennung von Justiz und Verwaltung besagt, dass die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt ist. Daraus ergibt sich die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine Angelegenheit – zur Gänze – zur Vollziehung entweder den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden zuzuweisen (vgl etwa VfGH 16.12.2010, G 259/09 ua, mwN). Auch Art 83 Abs 2 B-VG hindert den Gesetzgeber nicht daran, festzulegen, ob über bestimmte Angelegenheiten ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde entscheidet (vgl VfGH 15.06.2005, B 636/04).

Die vom Gesetzgeber normierte Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission, Schienennetz-Nutzungsbedingungen von Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu prüfen, ist insofern zulässig. Eine restriktive Interpretation dahingehend, dass von der Prüfung der zivilrechtliche Aspekt der Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB nicht umfasst ist, ist nicht geboten, um ein verfassungsrechtlich bedenkliches Ergebnis zu vermeiden. Prüft die Schienen-Control Kommission Schienennetz-Nutzungsbedingungen (auch) in Hinblick auf Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB, so sind der Verfahrensgegenstand und der Prüfungsmaßstab nämlich andere als in einem Verfahren vor einem Zivilgericht, in dem über einen Rechtsstreit zwischen Vertragsparteien zu entscheiden ist: Während die Schienen-Control Kommission die Schienennetz-Nutzungsbedingungen **abstrakt** sowie unter Berücksichtigung der Ziele der Regulierung des Schienenverkehrsmarkts (§ 54 EibG) – somit eines **öffentlichen Interesses** – prüft, hat das Zivilgericht in einem **konkreten** Einzelfall die **Interessen der Vertragsparteien** gegeneinander abzuwägen und solcherart zu beurteilen, ob eine Vertragsbestimmung sittenwidrig ist. Insofern handelt es sich bei der Prüfung von Bestimmungen in Schienennetz-Nutzungsbedingungen durch ein Zivilgericht und jener durch die Schienen-Control Kommission um unterschiedliche Angelegenheiten. Angemerkt sei, dass Verfahren der abstrakten Prüfung durch ein Zivilgericht, wie sie in § 28 KSchG bzw § 14 UWG vorgesehen sind, auf Schienennetz-Nutzungsbedingungen nicht anwendbar sind. Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen finden nicht auf Verbrauchergeschäfte Anwendung, sodass sie nicht Gegenstand einer Verbandsklage gemäß § 28 KSchG sein können. Eine Unterlassungsklage gemäß § 14 UWG kommt infolge des (natürlichen) Monopols eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens nicht zur Anwendung.

Soweit die Ö*** auf zivilrechtliche Verfahrensgarantien hinweist (S 6), sei angemerkt, dass es sich bei der Schienen-Control Kommission um ein Tribunal iSd Art 6 EMRK handelt, welches befugt ist, über „civil rights“ abzusprechen (vgl auch Catharin, Anm 1 zu § 81 EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011); RV 1999, 15). Insofern verstößt es nicht gegen zivilrechtliche Verfahrensgarantien, wenn die Schienen-Control Kommission Schienennetz-Nutzungsbedingungen (auch) in Hinblick auf Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB prüft.

Wenn die Ö*** abschließend meint, der Gesetzgeber habe „nicht sämtliche AGB der Prüfkompetenz der belangten Behörde [gemeint: der Schienen-Control Kommission] überantwortet [...] – sondern der Systematik des EisbG folgend – nur jene des § 59a EisbG“ (S 6), so missversteht sie das EisbG grundlegend. Das EisbG bezeichnet als „allgemeine Geschäftsbedingungen“ diejenigen Bedingungen, die Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß § 59a EisbG für die Zurverfügungstellung von Serviceleistungen und die Zusatzleistung Durchführung von Vershubbetrieb zu erstellen haben. Die Bedingungen für den Zugang zur Schieneninfrastruktur und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens werden in § 59 EisbG als Schienennetz-Nutzungsbedingungen bezeichnet. Auch die Schienennetz-Nutzungsbedingungen sind allgemeine Geschäftsbedingungen im zivilrechtlichen Sinn (vgl Catharin, Anm 1 zu § 59 EisbG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz² (2011) mwN) und unterliegen ebenso wie die allgemeinen Geschäftsbedingungen iSd § 59a EisbG der Prüfung durch die Schienen-Control Kommission.

Im Übrigen ist unklar, was die Ö*** aus ihrer Rechtsansicht für ihren Standpunkt gewinnen möchte. Sollte sie der Ansicht sein, dass die bescheidgegenständlichen Bestimmungen nicht der Prüfungskompetenz der Schienen-Control Kommission unterliegen, da es sich nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen iSd § 59a EisbG handelt, wäre dies selbstverständlich unzutreffend. Die bescheidgegenständlichen Bestimmungen sind in Anhängen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö*** enthalten und unterliegen daher – als Teil der Schienennetz-Nutzungsbedingungen – der Prüfung durch die Schienen-Control Kommission gemäß § 74 Abs 1 Z 3 EisbG.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission entgegen den Ausführungen der Ö*** gegeben ist.

Zu den weiteren rechtlichen Erwägungen:

1. Zum Spruchpunkt 1):

Im Spruchpunkt 1) werden Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag für unwirksam erklärt, die sich auf Betriebsstörungen beziehen.

a. Zu Punkt 17.2 der AGB:

Punkt 17.2 sieht vor, dass Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) aufgrund von Störungen in der Betriebsabwicklung zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners gehen, wenn die Abweichungen nicht der Ö*** zuzurechnen sind und das Eisenbahnverkehrsunternehmen die

Leistung trotz der Betriebsstörung – wenn auch abweichend oder verspätet – in Anspruch genommen hat. Als mögliche Ursachen von nicht der Ö*** zuzurechnenden Betriebsstörungen werden höhere Gewalt, ein Fehlverhalten eines Eisenbahnverkehrsunternehmens, welches der Ö*** nicht zurechenbar ist, sowie das Fehlverhalten eines Dritten aufgezählt. Dem zweiten Satz ist zu entnehmen, dass sich die Bestimmung generell auf alle Störungen in der Betriebsabwicklung bezieht, die nicht von der Ö*** verschuldet wurden. Im dritten Satz wird vorgesehen, dass die Haftungsbestimmungen in Punkt 20. der AGB unberührt bleiben.

i. Zum Widerspruch zu § 67 Abs 7 EisbG:

Gemäß § 67 Abs 7 EisbG müssen die Benützungsentgeltregeln leistungsabhängige Bestandteile enthalten, die den Zugangsberechtigten und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur bieten. Die Ö*** hat dieses Anreizsystem in Gestalt des sogenannten Performance Regimes umgesetzt, das in einer Anlage der Schienennetz-Nutzungsbedingungen Verspätungsursachen entweder der Ö***, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zuordnet. In Abhängigkeit von dieser Zuordnung erhöht bzw vermindert sich das vom Eisenbahnverkehrsunternehmen zu leistende Infrastrukturbenützungsentgelt.

Punkt 17.2 sieht demgegenüber vor, dass Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners gehen, sofern die Abweichung nicht von der Ö*** verschuldet wurde und die Leistung (wenngleich unter Umständen abweichend oder verspätet) durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen in Anspruch genommen wurde. Der im Einzelfall davon beeinträchtigte Vertragspartner ist dabei de facto das Eisenbahnverkehrsunternehmen. Indem die Abweichung von der vereinbarten Zugtrasse zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners geht, werden Ansprüche des betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmens auf Minderung des Entgelts ausgeschlossen. Eine solche Regelung schafft **keinen Anreiz** für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, im Fall von Betriebsstörungen möglichst bald den **normalen Betriebszustand wiederherzustellen**.

Zwar bezieht sich die Regelung im Gegensatz zu ihrer Vorgängerbestimmung, welche die Schienen-Control Kommission mit Bescheid vom 25.10.2013 zu SCK-13-041 für unwirksam erklärt hat, nur noch auf Fälle, in denen die Abweichung nicht von der Ö*** verschuldet wurde. Dies ändert jedoch nichts am Widerspruch zum Performance Regime, welches gerade nicht auf ein Verschulden abstellt, sondern Verspätungsursachen der Sphäre des Infrastrukturbetreibers, des Eisenbahnverkehrsunternehmens oder keines der beiden zuordnet. Damit werden die Verspätungsursachen zwar demjenigen zugeordnet, der potentiell darauf Einfluss nehmen kann. Die Zuordnung erfolgt jedoch unabhängig davon, ob demjenigen, dem die Verspätungsursache zugeordnet wird, im Einzelfall ein Verschulden trifft.

Insofern gehen die Ausführungen der Ö*** (S 10 f der Stellungnahme) ins Leere, wonach aufgrund der novellierten Bestimmungen klargestellt sei, dass die Ö*** die Gefahr für Ereignisse höherer Gewalt oder das Verhalten Dritter nicht trägt und die Regelung zudem klarstellen solle, dass die Ö*** jene Umstände nicht zu vertreten hat, auf die sie keinen Einfluss nehmen kann, respektive die ihr nicht zuzurechnen sind. Wie oben dargelegt ordnet

das Performance Regime die Verspätungsursachen verschuldensunabhängig zu. Gemäß Punkt 17.2 der AGB werden Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens hingegen bei Betriebsstörungen ausgeschlossen, die die Ö*** nicht verschuldet hat.

Soweit die Ö*** in ihrer Stellungnahme (S 11) darauf verweist, „dass die Haftungsbestimmungen des Punkt 20. der AGB von den novellierten Regelungen unberührt bleiben“, ist dies für die Beurteilung des Widerspruchs des Punktes 17.2 der AGB zu § 67 Abs 7 EisbG unbeachtlich. Die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile gemäß § 67 Abs 7 EisbG sollen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur bieten, stellen jedoch **keinen Schadenersatz** dar. Dass Punkt 17.2 der AGB die Haftungsbestimmungen gemäß Punkt 20. unberührt lässt, ändert nichts am Widerspruch zu § 67 Abs 7 EisbG.

Im Übrigen gesteht die Ö*** sogar offen ein, dass sie Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens aus dem Performance Regime bei Verspätungen, die sie nicht verschuldet hat, ausschließen möchte. In ihrer Stellungnahme (S 10) führt sie dazu wie folgt aus: „Wie bereits erwähnt geht es hier zudem ausschließlich um jene Fälle, die nicht von der Ö*** zu vertreten sind. **Für Verzögerungen, die auf ein Verschulden der Ö*** zurückzuführen sind, wird ein Preisnachlass im Rahmen des Performance Regimes gewährt.**“ Für Verzögerungen, die die Ö*** nicht verschuldet hat, soll demnach kein Preisnachlass im Rahmen des Performance Regimes gewährt werden.

Dieses Verständnis des Performance Regimes widerspricht sowohl den einschlägigen Regelungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö***, die gerade nicht auf ein Verschulden abstellen, als auch § 67 Abs 7 EisbG. Gemäß § 67 Abs 7 EisbG soll ein Anreiz für das Bemühen um Vermeidung von Betriebsstörungen und Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur geboten werden, das über die bloße Vermeidung einer schuldhaften Verursachung von Verspätungen hinausgeht. Eine Berücksichtigung nur der vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen verschuldeten Verspätungen entspricht dem Gedanken eines solchen Anreizsystems nicht.

ii. Zur Diskriminierung:

Abgesehen vom Widerspruch zu den Regelungen des Performance Regimes hat die Bestimmung gemäß 17.2 der AGB auch diskriminierende Wirkung. Indem Ansprüche des von einer Betriebsstörung betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmens auf Minderung des Entgelts ausgeschlossen werden, hat ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das eine infolge einer Betriebsstörung mangelhafte Leistung erhält, dasselbe Entgelt zu bezahlen wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die vereinbarte, mangelfreie Leistung erhält.

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

Gemeinschaftsrecht ist, der besagt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und **unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt** werden dürfen, es sei denn, dass eine unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre (unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 15.01.2002, Rs C-179/00, Weidacher, Rn 31 mwN).

Dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das infolge einer Betriebsstörung eine mangelhafte Leistung vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen erhält, dasselbe Entgelt zu bezahlen hat wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die vereinbarte, mangelfreie Leistung – nämlich die vereinbarte Zugtrasse – erhält, stellt eine **sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung** unterschiedlicher Sachverhalte dar. Die Bestimmung wirkt **diskriminierend**. Sie führt zu einer Überwälzung des Risikos von Betriebsstörungen auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, die insofern nicht sachgerecht ist, als dieses Risiko vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen eher beherrscht werden kann als vom Eisenbahnverkehrsunternehmen.

In ihrer Stellungnahme vom 21.02.2014 (S 9) führt die Ö*** wie folgt aus: „Sowohl nach unionsrechtlicher als auch nach der Rsp des VwGH ist eine Diskriminierung dann anzunehmen, wenn vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden. Gegenständlich wäre dies dann der Fall, wenn EVU unterschiedlich behandelt würden. Dem ist aber nicht so; vielmehr kommen die Bestimmungen der ABG für alle EVU gleichermaßen zur Anwendung.“

Dies ist unrichtig. Eine Diskriminierung kann auch dann vorliegen, wenn AGB für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich gelten. Selbst wenn sie unterschiedslos für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gelten, können sie sich nämlich de facto für manche benachteiligend auswirken. Dies trifft auf Punkt 17.2 zu. Es liegt eine **mittelbare Diskriminierung** vor. Die Bestimmung gilt zwar formal für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich, sie wirkt sich jedoch auf diejenigen Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligend aus, die von Betriebsstörungen betroffen sind. Dass es sich dabei nicht immer um dieselben Eisenbahnverkehrsunternehmen handeln muss, ändert an der Diskriminierung nichts. Diskriminierung umfasst nicht nur die Benachteiligung bestimmter Unternehmen im Sinne bestimmter Vertragspartner der Ö***. Wie bereits oben zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission ausgeführt wurde, kann Diskriminierung auch darin liegen, dass eine durch bestimmte Merkmale charakterisierte Gruppe im Vergleich zu einer anderen solchen Gruppe entweder zu Unrecht ungleich oder zu Unrecht gleich behandelt wird. Vorliegend sind die Vergleichsgruppen jene der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die von einer Betriebsstörung betroffen sind, und jene derer, die nicht von einer Betriebsstörung betroffen sind. Diese Vergleichsgruppen werden zu Unrecht gleich behandelt, obwohl eine unterschiedliche Behandlung geboten wäre.

Entgegen der Ansicht der Ö*** (S 7 und 10 der Stellungnahme) handelt es sich bei Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse wie Verspätungen und Umleitungen infolge von Betriebsstörungen um eine **Mangelhaftigkeit der Leistung des Infrastrukturbetreibers**. Die Leistung weicht von derjenigen ab, die im Infrastrukturnutzungsvertrag, und zwar in der Zugtrassenvereinbarung, beschrieben ist. Dies verkennt die Ö***, wenn sie meint, Vertragsgegenstand sei „die Nutzung von Schieneninfrastruktur und nicht ein entsprechender Pünktlichkeitsgrad“ (S 7). Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist verpflichtet, den Zugangsberechtigten Zugtrassen zuzuweisen (vgl § 56 EisbG). Die vereinbarte Zugtrasse umfasst die Führung eines Zuges zwischen bestimmten Relationen zu bestimmten Zeiten.

Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse stellen daher eine Schlechterfüllung des Vertrages durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen dar. Die Schlechterfüllung eines Vertrages fällt nicht schlichtweg in den Risikobereich des Gläubigers (somit im Fall der Zugangsgewährung des Eisenbahnverkehrsunternehmens), sondern es kommen die Regelungen der §§ 922 ff ABGB über die Gewährleistung zur Anwendung. Selbst wenn ein Risiko bei der Leistungserbringung als typisch anzusehen ist, wird es nicht deshalb dem Gläubiger zugeordnet.

Daran ändert es nichts, wenn die Ö*** ausführt, „dass es der Betrieb der Schieneninfrastruktur mit sich bringt, dass Maßnahmen zur Führung des sicheren und ordentlichen Eisenbahnbetriebes (als unselbständige Nebenleistungspflicht) vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen ergriffen werden müssen“ (S 7). Die Hauptleistungspflicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens ist die Zurverfügungstellung einer Zugtrasse (sowie sonstiger Leistungen iSd § 58 EisbG). Kann das Eisenbahninfrastrukturunternehmen die vereinbarte Zugtrasse – ob verschuldet oder unverschuldet – nicht zur Verfügung stellen, verletzt es seine (Haupt)Leistungspflicht, weshalb die Gegenleistung entsprechend zu mindern ist.

Die Ö*** verweist weiters darauf, dass das Benützungsentgelt für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspakets gemäß § 67 Abs 1 EisbG in Höhe der Kosten zu ermitteln ist, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen. Daher sei ihrer Ansicht nach das allgemeine Gewährleistungsregime, das auf Äquivalenzstörungen abstellt, nicht anwendbar (S 6 der Stellungnahme). Dem kann nicht gefolgt werden. Ein gemäß § 67 Abs 1 EisbG und somit rechtmäßig ermitteltes Entgelt ist ein Äquivalent für die Erbringung der Leistungen Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspakets. Die Äquivalenz wird (erst) dann gestört, wenn die Leistung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, nämlich die Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes, nicht in mangelfreier Weise erbracht wird. In der gesetzlichen Festlegung des Grenzkostenprinzips kann hingegen kein gesetzlicher Gewährleistungsausschluss gesehen werden, was jedoch die Folge wäre, wenn man wie die Ö*** davon ausgeht, dass ein anhand des § 67 Abs 1 EisbG ermitteltes Entgelt kein Äquivalent für die Gewährung des Zugangs zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspakets ist.

Ebenso wenig, wie das Grenzkostenprinzip des § 67 Abs 1 EisbG zu einer Äquivalenzstörung führt, rechtfertigt es eine Diskriminierung. Selbst wenn die Ö*** nur einen Teil der ihr entstehenden Kosten den Zugangsberechtigten verrechnen kann, darf es dennoch nicht zu einer Diskriminierung dadurch kommen, dass Zugangsberechtigte für eine minderwertige Leistung der Ö*** dasselbe Entgelt zu bezahlen haben wie andere Zugangsberechtigte für eine vollwertige Leistung. Eine Diskriminierung von Zugangsberechtigten rechtfertigt § 67 EisbG nicht. Vielmehr normiert § 67 EisbG ausdrücklich die Diskriminierungsfreiheit von Entgelten (§ 67 Abs 6 EisbG).

Punkt 17.2 ist entgegen der Ansicht der Ö*** keine Präzisierung des Schuldinhaltes, durch die „insbesondere Zweifel über bestimmte Eigenschaften, Verwendungsmöglichkeiten und Funktionen des Leistungsgegenstandes beseitigt und bestimmte Mängel offengelegt werden, mit denen die andere Partei rechnen muss.“ (S 8 der Stellungnahme, mit Verweis auf das

Urteil des OGH zu 7 Ob 84/12x). Der Leistungsinhalt eines Vertrages über den Zugang zur Schieneninfrastruktur und die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen ist in den §§ 56, 58 EisbG vorgegeben. Gemäß § 56 EisbG hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugtrassen diskriminierungsfrei einzuräumen. Gemäß § 58 EisbG hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Zugangsberechtigten über den Zugang zur Schieneninfrastruktur hinaus eine Reihe sonstiger Leistungen zur Verfügung zu stellen. Ein Abweichen von diesem gesetzlich vorgegebenen Leistungsinhalt ist keine (zulässige) einschränkende Leistungsbeschreibung. Darüber hinaus müsste eine einschränkende Leistungsbeschreibung den Mangel offenlegen und den Fehler konkret beschreiben. Punkt 17.2 legt jedoch gerade nicht bestimmte Mängel offen, sondern schließt Verpflichtungen der Ö*** für den Fall von Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (sofern die Ö*** daran kein Verschulden trifft) pauschal aus. Die Bestimmung ist damit eine **allgemein gehaltene Einschränkung der Leistungspflicht**, die als Gewährleistungsausschluss zu behandeln ist (vgl dazu Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 929 Rz 6 f).

Die Ö*** führt ferner aus: „Aus welchem Grund Fälle höherer Gewalt – welche eine Betriebseinschränkung zur Folge haben – zu einer Diskriminierung führen sollten, ist insofern nicht nachvollziehbar. Weder im Unionsrecht noch im EisbG ist eine Verpflichtung enthalten, wonach das Eisenbahninfrastrukturunternehmen ein entsprechendes Risiko auf sich nehmen müsste, um allfällige Schäden beim EVU abzuwenden [...]“ (S 10 der Stellungnahme). Hierbei verkennt die Ö***, dass Punkt 17.2 nicht den Schadenersatz regelt, sondern eine Entgeltminderung bei Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse ausschließt. Weshalb die Ö*** Punkt 17.2 hier implizit als den Schadenersatz betreffende Bestimmung ansieht, kann nicht nachvollzogen werden, sieht doch der dritte Satz in Punkt 17.2 vor, dass die Haftung durch die Bestimmung nicht berührt wird.

Im Folgenden meint die Ö***, es sei für sie „nicht erkennbar, inwieweit durch derartige Einschränkungen ein Preisnachlass gerechtfertigt wäre, da die Leistung (i) erbracht wird und (ii) dem EVU kein nachvollziehbarer Schaden entsteht.“ (S 10). Was das Argument der Leistungserbringung anbelangt, ist der Ö*** entgegenzuhalten, dass diese eben nicht vertragskonform erfolgt, weshalb das Entgelt entsprechend zu mindern ist. Betreffend den Schaden wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

iii. Zum Verstoß gegen §§ 56, 58 EisbG:

Abgesehen vom Widerspruch zum Anreizsystem gemäß § 67 Abs 7 EisbG und der Diskriminierung widerspricht Punkt 17.2 dem EisbG auch insofern, als er mit der Pflicht der Ö*** gemäß §§ 56, 58 EisbG, Schieneninfrastruktur und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, nicht vereinbar ist. Gemäß § 56 EisbG hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugtrassen diskriminierungsfrei einzuräumen. Gemäß § 58 EisbG hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Zugangsberechtigten über den Zugang hinaus sonstige Leistungen diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.

Diese Pflichten werden durch Betriebsstörungen nicht ausgesetzt. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen hat weiterhin Anspruch auf die Leistungen des

Eisenbahninfrastrukturunternehmens gemäß §§ 56, 58 EibG. Lediglich verschuldensabhängige Ansprüche stehen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen, soweit das Eisenbahninfrastrukturunternehmen kein Verschulden an der Betriebsstörung trifft, nicht zu. Die Pflichten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens gemäß §§ 56, 58 EibG bleiben hiervon jedoch unberührt. Da das Benützungsentgelt gemäß § 67 EibG dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Gewährung des Zugangs gemäß EibG zusteht, ist das Entgelt entsprechend zu mindern, sobald das Eisenbahninfrastrukturunternehmen seine Leistung nicht mehr mangelfrei erbringt.

In Punkt 17.2 versucht die Ö*** demgegenüber, ihre Verpflichtungen gemäß §§ 56, 58 EibG soweit auszuschließen, als sie diese nicht erfüllen kann. Die Bestimmung verstößt insofern gegen §§ 56, 58 EibG.

iv. Zur Sittenwidrigkeit:

Abgesehen vom Verstoß gegen das EibG ist Punkt 17.2 auch sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist Sittenwidrigkeit insbesondere dann anzunehmen, wenn die Abwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den Interessen der Beteiligten ergibt (vgl VwGH 09.09.2009, ZI 2006/08/0213, unter Hinweis auf Urteil des OGH vom 27.09.2001, 6 Ob 287/00z, SZ 74/167).

Punkt 17.2 überwälzt das Risiko von Betriebsstörungen zur Gänze auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches ein Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen hat, obwohl es nur eine verschlechterte Leistung erhält. Die Regelung weicht damit vom dispositiven Recht ab, wonach bei Schlechterfüllung nur ein vermindertes Entgelt zu entrichten ist. Wie bereits oben ausgeführt wurde, mangelt es der Bestimmung des Punktes 17.2 an einer sachlichen Rechtfertigung. Insbesondere wäre das auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen überwälzte Risiko vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen eher beherrschbar als vom Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die gegenständliche Bestimmung überwälzt ein unvorhersehbares und unkalkulierbares Risiko ohne entsprechende Abgeltung auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen. Dies ist sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB (vgl etwa Bollenberger in KBB³ § 879 Rz 9 mwN). Insofern vermag das Vorbringen der Ö***, es handle sich bei den verfahrensgegenständlichen Regelungen „im weiteren Sinn um Gefahrtragungsregelungen“ (S 4 der Stellungnahme), ihren Standpunkt nicht zu stützen. Denn gerade infolge der Risikoüberwälzung ist Punkt 17.2 (ebenso wie die anderen verfahrensgegenständlichen Bestimmungen) sittenwidrig.

Jedoch auch unter dem Gesichtspunkt des damit verbundenen gänzlichen Gewährleistungsausschlusses ist Punkt 17.2 rechtswidrig: Zunächst ist festzuhalten, dass die Bestimmung entgegen der Ansicht der Ö*** (S 8 der Stellungnahme) keine Präzisierung des Schuldinhaltes darstellt. Wie bereits oben (unter 1.a.ii.) ausgeführt, ist ein Abweichen von dem gemäß §§ 56, 58 EibG gesetzlich vorgegebenen Leistungsinhalt keine (zulässige) einschränkende Leistungsbeschreibung. Darüber hinaus müsste eine einschränkende Leistungsbeschreibung den Mangel offenlegen und den Fehler konkret beschreiben. 17.2 legt jedoch gerade nicht bestimmte Mängel offen, sondern schließt Verpflichtungen der Ö*** pauschal für Fälle von (nicht von der Ö*** verschuldeten) Störungen bzw Minderverfügbarkeit

aus. Sie sind damit eine **allgemein gehaltene Einschränkung der Leistungspflicht**, die als Gewährleistungsausschluss zu behandeln ist (vgl dazu Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 929 Rz 6 f).

Insofern geht auch der Verweis der Ö*** auf Reischauer in Rummel (gemeint sichtlich: Rz 3 zu § 929 ABGB) ins Leere, wonach **bestimmte konkrete Mängel** von vornherein als nicht vertragswidrig vereinbart werden können. Eine Vereinbarung bestimmter konkreter Mängel als nicht vertragswidrig liegt gegenständlich gerade nicht vor. Die von der Ö*** ins Treffen geführte Judikatur zu gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ist hier nicht relevant, da die vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Zugangsberechtigten zu erbringenden Leistungen sowohl im Gesetz als auch in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen und den Infrastrukturnutzungsverträgen detailliert beschrieben werden. Insbesondere werden die Zugtrassen in der Zugtrassenvereinbarung genau festgelegt. Die Frage nach gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Leistung der Ö*** stellt sich insofern im gegebenen Zusammenhang nicht.

Punkt 17.2 ist somit als Gewährleistungsausschluss zu beurteilen. Grundsätzlich ist ein Gewährleistungsverzicht zwar zulässig (vgl § 929 Fall 2 ABGB). Bei starken Abweichungen von der vereinbarten Leistung würde der Gewährleistungsverzicht jedoch zu einer gravierenden Äquivalenzstörung führen, weshalb die Gewährleistung für solche Fälle nicht ausgeschlossen werden kann (vgl etwa OGH 16.02.2006, 6 Ob 272/05a). 17.2 schließt Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens ohne Rücksicht auf das Ausmaß der Abweichung von der im Vertrag beschriebenen Leistung der Ö*** aus. Selbst dann, wenn die Leistung für das Eisenbahnverkehrsunternehmen – etwa infolge des Ausmaßes der Verspätung bzw Umleitung – unbrauchbar ist, hat es das Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen.

Zwar ist die Klausel nicht auf Fälle gravierender Abweichung vom geschuldeten Leistungsinhalt beschränkt, sondern kann auch geringere Abweichungen erfassen. Dies ändert an der Beurteilung jedoch nichts. Wie der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 22.10.2012 (Zl 2012/03/0067) ausgesprochen hat, ist bei der Ausübung des Widerspruchsrechtes der Regulierungsbehörde nach § 25 Abs 6 TKG 2003 – wie im Falle der präventiven Klauselkontrolle durch die Zivilgerichte aus Anlass von Verbandsklagen nach dem II. Hauptstück des KSchG – die „kundenfeindlichste (objektive) Auslegung der Vertragsbedingungen“ heranzuziehen (unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 31.01.2005 zur Zl 2004/03/0066). Es kam daher nicht darauf an, ob im Einzelfall ein auf die vom Verwaltungsgerichtshof zu beurteilende Klausel gestützter Rücktritt des Unternehmers sachlich gerechtfertigt ist (sein könnte), sondern ob diese Klausel auch Rücktritte des Unternehmers zuließe, die einer sachlichen Rechtfertigung entbehrten.

Ebenso wie das Widerspruchsverfahren gemäß § 25 Abs 6 TKG weist auch das wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren zur Prüfung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen Parallelen zur präventiven Klauselkontrolle im Verbandsverfahren auf. Insofern ist die gegenständliche Bestimmung der AGB, selbst wenn sie im Einzelfall zulässig sein könnte, dennoch für unwirksam zu erklären, da sie einen Ausschluss von Rechten des Eisenbahnverkehrsunternehmens auch dort vorsieht, wo dies sittenwidrig ist.

Abgesehen davon, dass ein Gewährleistungsverzicht bei groben Abweichungen vom geschuldeten Vertragsinhalt sittenwidrig ist, erstreckt er sich auch nicht auf das Fehlen bestimmter zugesagter Eigenschaften (vgl. RIS-Justiz RS0018523). Die Leistungen der Ö*** werden im Infrastrukturnutzungsvertrag und seinen Anlagen genau umschrieben. Der Vertrag umfasst eine Zugtrassenvereinbarung, in welcher die dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellenden Zugtrassen unter Angabe der genauen Abfahrts- und Ankunftsminuten je Station festgelegt werden. Sowohl die Schieneninfrastruktur als auch sonstige Anlagen wie etwa Stationen werden in den Anhängen des Infrastrukturnutzungsvertrags bzw. der Schienennetz-Nutzungsbedingungen genau beschrieben. Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthalten beispielsweise streckenbezogene Informationen wie maximale Betriebsgeschwindigkeit, maximal zulässiges Zuggewicht, Art des Zugbeeinflussungssystems, Elektrifizierung und Rückspeisemöglichkeit. Dadurch werden dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bestimmte Eigenschaften der ihm zur Verfügung gestellten Leistungen zugesichert.

Der Gewährleistungsausschluss in Punkt 17.2 der AGB ist somit auch insofern unzulässig, als dadurch die Gewährleistung für im Infrastrukturnutzungsvertrag bzw. in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen beschriebene Eigenschaften der zur Verfügung gestellten Leistungen ausgeschlossen werden soll.

Dass die verfahrensgegenständlichen Regelungen im Vergleich zu den mit Bescheid zu SCK-13-041 für unwirksam erklärten Bestimmungen nur noch für von der Ö*** nicht verschuldete Abweichungen von der vereinbarten Leistung gelten (vgl. S 4, 8 der Stellungnahme), ändert nichts an deren Sittenwidrigkeit. Denn das Gewährleistungsrecht stellt im Gegensatz zum Schadenersatzrecht gerade nicht auf Verschulden, sondern nur auf die Mangelhaftigkeit der Leistung ab. Für die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses ist es daher ohne Bedeutung, dass die Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens nun nur noch für von der Ö*** nicht verschuldete Abweichungen von der vereinbarten Leistung ausgeschlossen werden.

An der Unzulässigkeit des vorliegenden Gewährleistungsausschlusses ändert es nichts, dass es sich bei den Vertragspartnern des Infrastrukturnutzungsvertrages um Unternehmer handelt. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs steht der Umstand, dass die Vertragspartner Kaufleute (Unternehmer) sind, der Beurteilung einer vertraglichen Abrede als sittenwidrige Bestimmung keinesfalls grundsätzlich entgegen; allenfalls ist im Einzelfall eine besonders gravierende Ungleichgewichtslage in den durch den Vertrag festgelegten Rechtspositionen zu fordern. Je weniger die Bevorzugung eines Vertragspartners – am dispositiven Recht gemessen – sachlich gerechtfertigt erscheint, desto eher wird auch im Handelsverkehr die Sittenwidrigkeit zu bejahen sein (siehe RIS-Justiz RS0119324).

Zwischen den Vertragspartnern eines Infrastrukturnutzungsvertrags besteht ein deutliches Ungleichgewicht. Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist monopolistischer Anbieter derjenigen Leistungen, auf welche das Eisenbahnverkehrsunternehmen angewiesen ist, um seine Geschäftstätigkeit ausüben zu können und legt die Bedingungen fest, zu denen es seine Leistungen zur Verfügung stellt (vgl. auch § 59 EisbG). Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Zugangsbedingungen besteht für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen kaum.

Einem Monopolisten ist es nach der Rsp des Obersten Gerichtshofs verwehrt, seine faktische Übermacht in unsachlicher Weise auszuüben (vgl RIS-Justiz RS0110808). Dies gilt somit auch für Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Inhaber eines (natürlichen) Monopols. Indem die Ö*** den Zugang zu Leistungen, die sie den Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß dem EisbG zu erbringen hat, nur zu Bedingungen gewährt, die vom dispositiven Recht zu Lasten des Eisenbahnverkehrsunternehmens abweichen, ohne dass hierfür eine sachliche Rechtfertigung besteht, übt sie ihre faktische Übermacht in unsachlicher Weise aus. Infolge des Ungleichgewichts der Vertragspartner sowie der mangelnden sachlichen Rechtfertigung der gegenständlichen AGB-Bestimmung ist die Sittenwidrigkeit daher zu bejahen.

Soweit die Ö*** ausführt, der österreichischen Rechtsordnung sei eine Differenzierung zwischen großen und kleinen Unternehmen fremd (S 12 der Stellungnahme), dürfte sie sich auf die Begründung des Bescheides der Schienen-Control Kommission zu SCK-13-041 (S 6) betreffend die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission zur Prüfung der Sittenwidrigkeit von Zugangsbedingungen beziehen, welche auch dem vorliegenden Bescheid zugrunde liegt. Dass die österreichische Rechtsordnung nicht explizit auf große und kleine Unternehmen Bezug nimmt, steht der Berücksichtigung auch dieses Aspekts bei der Gesetzesauslegung jedoch nicht entgegen. Weshalb die Ö*** ausführt, „Eisenbahnverkehrsunternehmen [könnten] schwerlich als „kleine Unternehmen“ qualifiziert werden“, ist unklar. Die Schienen-Control Kommission hat weder im Bescheid zu SCK-13-041 noch in einem der zu den Infrastrukturnutzungsverträgen geführten Verfahren ausgesprochen, dass **sämtliche** Eisenbahnverkehrsunternehmen als kleine Unternehmen zu qualifizieren seien. Vielmehr hat sie im Bescheid zu SCK-13-041 (ebenso wie im vorliegenden Bescheid) dargelegt, dass sich sittenwidrige Zugangsbedingungen auf kleinere (Eisenbahnverkehrs-)Unternehmen stärker negativ auswirken als auf größere (Eisenbahnverkehrs-)Unternehmen.

Schließlich merkt die Ö*** noch an, „dass an den in Österreich tätigen „kleinen“ EVU, Unternehmen wie die Deutsche Bahn oder etwa die Französische Staatsbahn beteiligt sind“ (S 12). Welchen Zusammenhang die Ö*** zwischen der Größe eines Eisenbahnverkehrsunternehmens und einer Beteiligung der genannten Unternehmen sieht, legt sie freilich nicht dar. Weder im Bescheid zu SCK-13-041 noch in einem der zu den Infrastrukturnutzungsverträgen geführten Verfahren hat die Schienen-Control Kommission die Ansicht geäußert, dass ein solcher Zusammenhang bestehe. Weshalb die Ö*** die zitierten Ausführungen tätigt, bleibt insofern unklar.

Die Ö*** beruft sich ferner auf das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 14.11.2012, 7 Ob 84/12x, und führt aus, der Oberste Gerichtshof habe in diesem Urteil „folgende vergleichbare Regelung in einem anderen reglementierten Bereich selbst bei Konsumentengeschäften für zulässig erachtet“ (S 12 der Stellungnahme). Diese Regelung lautete: „*Im Rahmen unserer Leistungserbringung kann es in Folge von unvermeidbaren und von uns nicht zu vertretenden Ereignissen sowie betriebsnotwendigen Wartungsarbeiten zu unvermeidbaren Unterbrechungen kommen.*“ Die Klausel war in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Anbieters von Leistungen im Bereich Internet/Telekommunikation/Kabelfernsehen enthalten.

Der Oberste Gerichtshof erachtete diese Klausel für rechtmäßig, da in ihr **keine Rechtsfolgen** für den Fall einer Betriebsunterbrechung abgeleitet wurden, sondern nur beschrieben wurde,

dass die Leistung nicht immer störungsfrei rund um die Uhr zur Verfügung steht. Insbesondere wurden Gewährleistungsansprüche nicht eingeschränkt. Damit unterschied sich die Klausel in einem wesentlichen Punkt von den bescheidgegenständlichen Bestimmungen: sämtliche bescheidgegenständlichen Bestimmungen regeln nämlich Rechtsfolgen, indem sie vorsehen, dass Störungen zu Lasten und Gefahr des davon beeinträchtigten Vertragspartners gehen bzw, dass die Verpflichtung der Ö***, Schieneninfrastruktur und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, ausgesetzt wird.

Die Ö*** lässt unerwähnt, dass der Oberste Gerichtshof in dem zitierten Urteil auch über die folgende Klausel zu entscheiden hatte: *„Ein ununterbrochener Betrieb kann nicht garantiert werden und ist nicht geschuldet. Wir sind jedoch immer bemüht, Störungen und Unterbrechungen so rasch wie technisch und wirtschaftlich möglich zu beheben. Auf Grund kurzfristiger Störungen und Unterbrechungen sind Sie nicht berechtigt, Ihre Entgeltzahlungen einzustellen oder zu mindern.“* Diese Klausel erachtete der Oberste Gerichtshof infolge des darin normierten **Gewährleistungsausschlusses** für **rechtswidrig**. Sie ähnelte den bescheidgegenständlichen Bestimmungen insofern, als auch sie die Rechtsfolge vorsah, dass eine Minderung bzw ein Entfall des Entgelts bei Störungen ausgeschlossen wurden. Das Urteil des Obersten Gerichtshofs stützt somit gerade nicht die Argumentation der Ö***, sondern bestätigt vielmehr die Unzulässigkeit des vorliegenden Gewährleistungsausschlusses.

Betreffend den nochmaligen Verweis der Ö*** auf die aus ihrer Sicht nicht gegebene Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (S 12 der Stellungnahme) sei nochmals darauf verwiesen, dass das in § 67 Abs 1 EibG normierte Grenzkostenprinzip nicht zu einer Störung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung führt und in der gesetzlichen Festlegung des Grenzkostenprinzips kein gesetzlicher Gewährleistungsausschluss gesehen werden kann (siehe dazu oben zu 1.a.ii.). Das in § 67 Abs 1 EibG normierte Grenzkostenprinzip rechtfertigt eine einseitige Vertragsgestaltung zu Lasten des Eisenbahnverkehrsunternehmens nicht.

Die Ö*** meint weiters, es widerspreche „unzweifelhaft dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, dass das Eisenbahninfrastrukturunternehmen entweder gegen eine unselbstständige vertragliche Nebenleistungspflicht verstoßen müsste, oder ihr die Erbringung einer mangelhaften Leistung vorgeworfen werden könnte.“ (S 7 der Stellungnahme). Auch könne „weder dem Unions- noch dem Österreichischen Gesetzgeber [...] diesbezüglich unterstellt werden, dass diese dem Eisenbahninfrastrukturbetreiber verpflichtend eine Leistung – nämlich die Bereitstellung der Schieneninfrastruktur ohne Rücksicht auf die Verpflichtung, eine betriebs- und verkehrstechnische Sicherung und Ordnung des Eisenbahnbetriebes sicherzustellen – auferlegen wollten, die dieser (wie auch jeder andere Infrastrukturbetreiber) schlichtweg nicht erbringen kann respektive darf.“ (S 7 der Stellungnahme).

Diesbezüglich ist der Ö*** zu entgegnen, dass die Verpflichtung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, die Schieneninfrastruktur betriebssicher zu erhalten und instand zu setzen, die Hauptleistungspflicht aufgrund des Infrastrukturnutzungsvertrages, nämlich die Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur, nicht einschränkt. Ein Widerspruch zum Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist hierin nicht zu erkennen. Angemerkt sei, dass auch einen Bestandgeber sowohl die Verpflichtung trifft, den Bestandgegenstand in gebrauchstauglichem Zustand zu erhalten, als auch jene, den Bestandszins bei Mangelhaftigkeit des Bestandgegenstandes zu mindern.

Im Folgenden führt die Ö*** aus: „Die gegenständlichen Regelungen in den AGB dienen auch lediglich der Klarstellung (deklaratorisch), da sich diese Auslegungsmaxime auch bei einer ergänzenden Vertragsauslegung (im Sinne der Übung des redlichen Verkehrs) und auch aus dem EisbG selbst ergibt (so sieht etwa § 59 Abs 1 Z 3 EisbG explizit vor, dass die SNNB einen Abschnitt zu enthalten haben, in welchem unter anderem auch etwaige Nutzungsbeschränkungen anzuführen sind).“ (S 7 der Stellungnahme). Dies ist unzutreffend. Ohne Punkt 17.2 der AGB (und die weiteren verfahrensgegenständlichen Regelungen) käme im Fall eines Abweichens von der vertraglich geschuldeten Leistung das Gewährleistungsrecht zur Anwendung, das eine Preisminderung vorsieht. Diese Preisminderung soll jedoch durch die vorliegenden Regelungen ausgeschlossen werden. § 59 Abs 1 Z 3 EisbG, wonach die Schienennetz-Nutzungsbedingungen einen Abschnitt mit Angaben zu etwaigen Nutzungsbeschränkungen zu enthalten haben, führt entgegen der Ansicht der Ö*** ebenfalls nicht zu einem Entfall eines Preisminderungsanspruchs bei Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse. Vielmehr ist das vom Eisenbahnverkehrsunternehmen zu entrichtende Entgelt entsprechend der infolge der Nutzungsbeschränkung eingetretenen Verschlechterung der Leistung der Ö*** anzupassen.

Schließlich sei noch auf den von der Ö*** zur Benutzung einer Autobahn gezogenen Vergleich (S 7 der Stellungnahme) eingegangen: dieser ist insofern unpassend, als für die Benutzung der Autobahn gerade keine Trassen vereinbart werden, die dem Benutzer das Recht gewähren würden, genau festgelegte Strecken zu genau festgelegten Zeiten zu benutzen. Auch eine sonstige detaillierte Leistungsbeschreibung weist der Vertrag über die Benutzung einer Autobahn nicht auf. Im Gegensatz dazu ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, Schienennetz-Nutzungsbedingungen mit detaillierten Informationen über die von ihm angebotenen Leistungen zu erstellen (vgl § 59 EisbG) sowie als Zuweisungsstelle den Zugangsberechtigten durch Zuweisung von Zugtrassen den Zugang einzuräumen (vgl § 56 EisbG).

v. Zu dem von der Ö* angestellten Rechtsvergleich:**

Unter Punkt 5. der Stellungnahme stellt die Ö*** einen Rechtsvergleich an. Zunächst verweist sie auf Bestimmungen der European General Terms and Conditions (of use of railway infrastructure) betreffend die Haftung. Bei den bescheidgegenständlichen Bestimmungen handelt es sich jedoch nicht um Haftungsbestimmungen, weshalb der Verweis unbeachtlich ist.

Dasselbe gilt hinsichtlich der Ausführungen der Ö*** zu Art 8 des CUI (Einheitliche Rechtsvorschriften über die Nutzung der Infrastruktur im internationalen Eisenbahnverkehr; BGBl Nr 225/1985). Art 8 regelt die Haftung des Betreibers der Infrastruktur für bestimmte, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Nutzung der Infrastruktur entstehende Schäden. Art 8 § 4 sieht vor, dass die Parteien des Vertrages Vereinbarungen darüber treffen können, ob und inwieweit der Betreiber für Schäden haftet, die dem Beförderer durch Verspätung oder Betriebsstörungen entstehen. Die Bestimmung bezieht sich hingegen nicht auf die Entgeltminderung und kann somit nicht als Rechtfertigung für einen Ausschluss derselben herangezogen werden. Insbesondere kann aufgrund des Art 8 CUI – entgegen der Ansicht der

Ö*** – kein „Größenschluss“ auf die Zulässigkeit eines Gewährleistungsausschlusses gezogen werden.

Soweit die Ö*** auf Bestimmungen aus Nutzungsbedingungen ausländischer Infrastrukturbetreiber verweist, sei zunächst angemerkt, dass der Verweis auf eine Praxis anderer Infrastrukturbetreiber nicht geeignet ist, die Rechtmäßigkeit einer Bestimmung zu begründen (vgl in diesem Zusammenhang das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 20.06.2012 zur ZI 2009/03/0059, in dem hinsichtlich der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten ausgesprochen wurde, dass keineswegs feststeht, dass internationale Vergleichswerte in jedem Fall den sich aus dem unionsrechtlichen Rechtsrahmen ergebenden Anforderungen entsprechen). Im Übrigen beziehen sich die von der Ö*** genannten Regelungen in den Nutzungsbedingungen der DB Netz AG bzw der SBB nicht auf die Preisminderung, sondern (bei der DB Netz AG) auf ein Anreizsystem iSd Art 11 der RL 2001/14/EG, wie es die Ö*** im Performance Regime umgesetzt hat, bzw (bei der SBB) auf die Haftung. Angemerkt sei auch, dass weder die Nutzungsbedingungen der DB Netz AG noch jene der SBB einen Ausschluss von Ansprüchen des von einer Betriebsstörung betroffenen Vertragspartners vorsehen.

b. Zu Punkt 17.3 der AGB:

Punkt 17.3 setzt die Verpflichtung der Ö***, Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw sonstige Leistungen zu erbringen, bei Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen sind, bis zum Wegfall des Störungsgrundes aus. Lediglich soweit keine Inanspruchnahme von Zugtrassen erfolgt, mindert sich das Entgelt in dem Umfang, in dem das Eisenbahnverkehrsunternehmen die vereinbarte Leistung nicht in Anspruch nehmen kann.

Die Bestimmung hat zur Folge, dass keine Schlechterfüllung des Vertrages vorliegt, sofern das Eisenbahnverkehrsunternehmen einen Zug zwar führt, dies jedoch – infolge von Streik bzw Betriebsversammlung – verspätet oder abweichend im Vergleich zur vereinbarten Zugtrasse. Mangels einer Verletzung vertraglicher Pflichten durch die Ö*** besteht kein Anspruch des Eisenbahnverkehrsunternehmens auf Minderung des von ihm zu entrichtenden Entgelts, obwohl es nicht die ursprünglich im Vertrag vereinbarte Leistung erhält.

Ebenso wie Punkt 17.2 wirkt Punkt 17.3 diskriminierend, da er zur Folge hat, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das eine mangelhafte Leistung der Ö*** erhält, dasselbe Entgelt zu bezahlen hat wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die vertraglich vereinbarte, mangelfreie Leistung erhält. Auch für die Regelung in Punkt 17.3 besteht keine sachliche Rechtfertigung. Insbesondere ist das Risiko, das auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen überwältigt wird, von diesem in keiner Weise beherrschbar und könnte eher noch vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen beherrscht werden (siehe oben Punkt 1.a.ii.).

Abgesehen von der Diskriminierung widerspricht die Bestimmung den §§ 56 und 58 EisbG auch insofern, als das EISbG gerade nicht vorsieht, dass die Pflicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, Zugang zur Schieneninfrastruktur zu gewähren und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, bei Streik und Betriebsversammlung ausgesetzt

ist. Selbst wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen an den Folgen, die Streik und Betriebsversammlung für die Eisenbahnverkehrsunternehmen haben, kein Verschulden trifft, bleibt seine Verpflichtung, Schieneninfrastruktur und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, von solchen Ereignissen unberührt (vgl oben Punkt 1.a.iii.).

Ebenso wie Punkt 17.2 ist auch Punkt 17.3 sittenwidrig iSd § 879 ABGB. 17.3 überwälzt das Risiko von Streiks und Betriebsversammlungen zur Gänze auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches ein Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen hat, obwohl es nur eine verschlechterte Leistung erhält. Eine sachliche Rechtfertigung besteht nicht. Ebenso wie Punkt 17.2 stellt Punkt 17.3 einen Gewährleistungsausschluss dar, der aus denselben Gründen unzulässig ist wie jener gemäß 17.2: Eine Präzisierung des Schuldinhaltes liegt mangels Offenlegung bestimmter Mängel nicht vor. Die Gewährleistung wird unabhängig vom Ausmaß der Abweichung vom vertraglich Geschuldeten sowie trotz ausdrücklicher Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Leistung ausgeschlossen. Zusätzlich besteht zwischen den Vertragspartnern ein deutliches Ungleichgewicht (siehe oben Punkt 1.a.iv.).

2. Zum Spruchpunkt 2):

In Kapitel IV 3.5 des Produktkatalogs Netzzugang Stationen 2014 und 2015 ist vorgesehen, dass Abweichungen im Hinblick auf die vereinbarte Zurverfügungstellung von (Stations)Infrastruktur dann zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall beeinträchtigten Vertragspartners gehen, wenn diese Abweichungen nicht von der Ö*** verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind.

Die Bestimmung bewirkt, dass den Eisenbahnverkehrsunternehmen bei Verschlechterung der Stationsinfrastruktur im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Zustand keine Preisabschläge gewährt werden, sofern die Ö*** kein Verschulden an der Verschlechterung trifft. Im Gegensatz zu den Punkten 17.2 und 17.3 der AGB gilt die Regelung nach der kundenfeindlichsten vom Wortlaut gedeckten Auslegung selbst dann, wenn die Abweichungen im Hinblick auf die vereinbarte Zurverfügungstellung derart gravierend sind, dass die Station vom Eisenbahnverkehrsunternehmen gar nicht mehr benutzt werden kann. Selbst für diesen Fall hat das Eisenbahnverkehrsunternehmen aufgrund der vorliegenden Bestimmung ein Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen.

Ebenso wie die Punkte 17.2 und 17.3 der AGB wirkt die Bestimmung diskriminierend, da Eisenbahnverkehrsunternehmen, denen eine mangelhafte Stationsinfrastruktur zur Verfügung gestellt wird, dasselbe Entgelt zu entrichten haben wie Eisenbahnverkehrsunternehmen, die eine mangelfreie Leistung erhalten. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte besteht nicht. Das Risiko des Auftretens von Mängeln wird auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen überwälzt, obwohl dieses im Gegensatz zur Ö*** das Risiko in keiner Weise beherrschen kann. Die Regelung steht insofern auch im Widerspruch zu der im EibG normierten Pflicht der Zurverfügungstellung von Leistungen durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, welche durch Mängel einer Sache nicht ausgesetzt wird.

Ebenso wie die Punkte 17.2 und 17.3 der AGB ist die Bestimmung weiters sittenwidrig iSd § 879 ABGB. Sie überwälzt ein unvorhersehbares Risiko ohne sachliche Rechtfertigung und schließt Gewährleistung unabhängig vom Ausmaß der Abweichung vom vertraglich

Geschuldeten sowie trotz ausdrücklicher Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Station – vor allem aufgrund der detaillierten Beschreibung von Ausstattungsmerkmalen im Produktkatalog Netzzugang Stationen – aus. Auch besteht zwischen den Vertragspartnern ein deutliches Ungleichgewicht. Ebenso wenig wie die Punkte 17.2 und 17.3 legt die vorliegende Bestimmung konkrete Mängel offen, weshalb auch sie keine Präzisierung des Schuldinhaltes darstellt. Es wird auf die Begründung oben unter Punkt 1.a. verwiesen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die bescheidgegenständlichen Klauseln der AGB zum Infrastrukturnutzungsvertrag sowie des Produktkatalogs Netzzugang Stationen diskriminierend sind, auch in sonstiger Weise gegen das EibG verstoßen und weiters sittenwidrig iSd § 879 ABGB sind.

3. Zum Spruchpunkt 3):

In Spruchpunkt 3) wird der Ö*** die Herstellung des rechtskonformen, der in den Spruchpunkten 1) und 2) erfolgten Unwirksamklärung entsprechenden Zustandes aufgetragen. Zugleich wird ihr damit das diskriminierende und auch in sonstiger Weise rechtswidrige Verhalten, nämlich die Verwendung der bescheidgegenständlichen Bestimmungen in ihren Schienennetz-Nutzungsbedingungen (bzw deren Anhängen), untersagt, und ein nichtdiskriminierendes, rechtmäßiges Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche diese Regelungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

Die Umsetzung des in Spruchpunkt 3) erteilten Auftrags, nämlich die Entfernung der für unwirksam erklärten Bestimmungen in den 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.

4. Zum Spruchpunkt 4):

In Spruchpunkt 4) wird der Ö*** ein diskriminierendes und die Zugangsberechtigten auch in sonstiger Weise in ihren Rechten verletzendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Spruchpunkten 1) und 2) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

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 diesen Bescheid kann gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG iVm Art 131 Abs 2 B-VG sowie § 84 Abs 2 EibG das Rechtsmittel der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Die Beschwerde ist binnen vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheides bei der Schienen-Control Kommission einzubringen. Die Beschwerde hat die Bezeichnung des

angefochtenen Bescheides und der belangten Behörde, die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren und die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist. Die Eingabengebühr beträgt gemäß der BVwG-Eingabengebührverordnung € 30,-.

Wien, am 10.04.2014

Der Vorsitzende:

Dr. Robert Streller eh

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

Anschließen:

Anlagen ./A bis ./C

Ergeht an:

z.A.