

An die
Ö**

Linke Wienzeile 4/1/6, 1060 Wien
T: +43 1 5050707
F: +43 1 5050707 180
office@schienencontrol.gv.at
DVR-Nr.: 1060163

GZ: SCK-16-003

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 EisbG von Amts wegen eingeleiteten Wettbewerbsüberwachungsverfahren betreffend Klauseln in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö** zu Recht erkannt:

SPRUCH:

- 1) In den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 (Version 2.3) sowie in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2017 (Version 1.2) wird jeweils im Kapitel „6.3 Produktkatalog Netzzugang“ der folgende Absatz für unwirksam erklärt:

*„Das Eisenbahnsystem ist wie alle Eisenbahninfrastrukturnetze bzw. technischen Systeme anfällig für Störungen und sonstige Unregelmäßigkeiten. Die durch Eisenbahninfrastrukturanlagen, ungeplante Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, das Personal, Dritte, Witterungsverhältnisse oder sonstigen Unregelmäßigkeiten bedingten Betriebsstörungen können zu Abweichungen von den vereinbarten Fahrwegkapazitäten und sonstigen Leistungen führen. Das Infrastrukturbenützungsentgelt und die sonstigen Entgelte (Dienstleistungsentgelte) decken weder die Vollkosten für die jeweilige Nutzung der Eisenbahninfrastrukturanlagen bzw. Leistungserbringung noch enthalten diese Entgelte Wagnis- oder Gewinnzuschläge, daher gewährt die Ö** keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen.“*

- 2) Die Ö** hat die im Punkt 1) für unwirksam erklärten Bestimmungen binnen 5 Arbeitstagen ab Zustellung dieses Bescheides aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017 zu entfernen.

- 3) Die Ö** hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die im Punkt 1) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

BEGRÜNDUNG:

Zum Gang des Verfahrens:

Mit Bescheid vom 25.10.2013 zu SCK-13-041 erklärte die Schienen-Control Kommission Bestimmungen in Anhängen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö** (Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag, Produktkatalog Netzzugang Stationen, Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“)) für unwirksam. Es handelte sich um die folgenden Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag:

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.

In der Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) wurde der folgende Punkt 6. für unwirksam erklärt:

„6. Einschränkungen der Nutzung

*6.1 Sollte die Ö** durch Fälle höherer Gewalt oder sonstige Umstände, die mit zumutbaren Mitteln nicht abgewendet werden können, an der Erfüllung ihrer Verpflichtung nach dieser Anlage ganz oder teilweise gehindert werden, so wird diese Verpflichtung der Ö** für die Dauer der Hindernisse bzw. Störungen ausgesetzt.*

*6.2 Die Ö** kann betriebsbedingte Abschaltungen der Anlagen nach vorhergehender Verständigung des EVU, bei Gefahr im Verzug jedoch sofort und ohne vorherige Verständigung des EVU durchführen. Dies geschieht zu Lasten auf Gefahr des EVU. Die Haftungsbestimmungen in Punkt 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag bleiben davon unberührt.“*

Diese Bestimmungen entfernte die Ö** zunächst – gemäß dem im Bescheid erteilten Auftrag – aus den jeweiligen, auf ihrer Internetseite abrufbaren Dokumenten. Danach nahm sie folgende Regelungen in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag auf:

*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.“*

*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.“*

In die Produktkataloge Netzzugang Stationen 2014 und 2015 (Kapitel IV 3.5) nahm die Ö** folgende Regelung auf:

*„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.“*

Auch diese Bestimmungen erklärte die Schienen-Control Kommission für unwirksam (Bescheid vom 10.04.2014 zu SCK-14-001) und trug deren Entfernung aus den im Internet abrufbaren Dokumenten auf, was die Ö** umsetzte. In weiterer Folge nahm sie die bescheidgegenständlichen Regelungen in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen auf.

Gegen den Bescheid der Schienen-Control Kommission vom 25.10.2013 zu SCK-13-041 erhob die Ö** Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Der Verwaltungsgerichtshof wies die Beschwerde mit Erkenntnis vom 30.06.2015 zu 2013/03/0150 ab. Gegen den Bescheid der Schienen-Control Kommission vom 10.04.2014 zu SCK-14-001 erhob die Ö** Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Erkenntnis vom 18.09.2015 zu W110 2008038-1 ab.

Über die Einleitung des gegenständlichen Verfahrens informierte die Schienen-Control Kommission die Ö** mit Schreiben vom 21.03.2016. Sie teilte der Ö** ihre Auffassung mit, dass die bescheidgegenständlichen Klauseln denselben Effekt haben wie diejenigen, die Gegenstand der Bescheide zu SCK-13-041 und SCK-14-001 waren und ersuchte um Entfernung der Klauseln in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen auf der Internetseite der Ö**. Mit

Schreiben vom 15.04.2016 nahm die Ö** Stellung und trat dem Standpunkt der Schienen-Control Kommission entgegen.

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

Die Schienen-Control Kommission stellt folgenden Sachverhalt fest:

Die Ö** ist Eisenbahninfrastrukturunternehmen iSd § 1a EisbG, Zuweisungsstelle iSd § 62 Abs 1 Z 1 EisbG, entgelterhebende Stelle iSd § 62b Abs 1 Z 1 EisbG sowie Betreiberin von Serviceeinrichtungen iSd § 62a Abs 1 EisbG, etwa von Personenbahnhöfen.

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 (Version 2.3) und die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2017 (Version 1.2) enthalten jeweils ein Kapitel „6.3 Produktkatalog Netzzugang“ mit folgendem Inhalt:

„Im jeweils gültigen Produktkatalog Netzzugang sind die zur Nutzung bereitgestellten Eisenbahninfrastrukturanlagen und die sonstigen Leistungen zu „Produkten“ zusammengefasst sowie die jeweils zur Verrechnung gelangenden Entgelte (z.B. Infrastrukturbenutzungsentgelte) angeführt.

Der Produktkatalog Netzzugang besteht aus folgenden Teilen:

- *Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen (Kapitel 1 und 2)*
- *Stationen (Kapitel 3)*
- *Anlagen (Kapitel 4 und 5)*
- *Verschub (Kapitel 6)*

*Hinsichtlich der Zuordnung der Stationen zu den im Produktkatalog beschriebenen Stationskategorien sind von Seiten der Ö** folgende Evaluierungen innerhalb nachstehend angeführter Zeitabschnitte vorgesehen:*

- *Alle fünf Jahre erfolgt eine Evaluierung und gegebenenfalls Neueinstufung der Grundkategorisierung auf Basis eines Durchschnitts der dem Netzfahrplanjahr vorausgehenden fünf Netzfahrplanperioden gültigen Fahrgastfrequenzdaten. Die nächste Evaluierung wird 2019 vorgenommen.*
- *Alle drei Jahre erfolgt eine Evaluierung der Stationen im Hinblick auf die kategoriespezifischen Basis- und Zusatzleistungen. Die nächste Evaluierung wird 2018 erfolgen.*
- *Bei Angebot bzw. Aufnahme neuer Leistungen behält sich die Ö** eine entsprechende Anpassung der Stationsentgelte vor.*

*Gemäß Produktkatalog Stationen sind von den Fahrwegkapazitätsberechtigten relevante Daten insbesondere aktuelle repräsentative Fahrgastfrequenzen (pro Tag und Station) zumindest einmal jährlich mit Fahrplanwechsel bzw. über Anforderung der Ö** kostenlos zur Verfügung zu stellen. Es besteht die Möglichkeit die Ergebnisse von Fahrgastzählungen entweder im Detail oder als Einstufung zu vordefinierten Frequenzklassen zu übermitteln. Die*

Liste mit den Frequenzklassen findet sich in den Anhängen der SNNB. Die Ö** wird die ihr überlassenen Daten vertraulich behandeln.

*Das Eisenbahnsystem ist wie alle Eisenbahninfrastrukturnetze bzw. technischen Systeme anfällig für Störungen und sonstige Unregelmäßigkeiten. Die durch Eisenbahninfrastrukturanlagen, ungeplante Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, das Personal, Dritte, Witterungsverhältnisse oder sonstigen Unregelmäßigkeiten bedingten Betriebsstörungen können zu Abweichungen von den vereinbarten Fahrwegkapazitäten und sonstigen Leistungen führen. Das Infrastrukturbenützungsentgelt und die sonstigen Entgelte (Dienstleistungsentgelte) decken weder die Vollkosten für die jeweilige Nutzung der Eisenbahninfrastrukturanlagen bzw. Leistungserbringung noch enthalten diese Entgelte Wagnis- oder Gewinnzuschläge, daher gewährt die Ö** keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen.“*

Einen Anhang der Schienennetz-Nutzungsbedingungen bildet (unter anderem) der Produktkatalog Netzzugang. Er regelt die Bedingungen, etwa auch die Entgelte, für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspakets iSd §§ 56, 58 EISbG sowie für den Zugang zu Serviceeinrichtungen und die Gewährung von Serviceleistungen iSd § 58b EISbG.

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017 sehen ein sogenanntes Performance Regime vor, 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 Stellwerksanlagen, Weichen, Zuglaufcheckpoints, Störungen der Zugbeeinflussung (PZB, LZB, ETCS), Störungen von Stromversorgungsanlagen, Fahrbahnstörungen, Mängel an Bauwerken, Störungen sonstiger Infrastrukturanlagen und Bauarbeiten (der Ö**) 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 andere Infrastrukturbetreiber oder Eisenbahnverkehrsunternehmen, Witterungseinflüsse und Naturereignisse werden als neutral eingestuft.

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

Die Ö** stellt ihre Schienennetz-Nutzungsbedingungen auf ihrer Internetseite (www.***) bereit (vgl § 59 EISbG).

Die dem einzelnen Zugangsberechtigten von der Ö** innerhalb einer Netzfahrplanperiode zu erbringenden Leistungen werden in einem Infrastrukturnutzungsvertrag geregelt. Der Infrastrukturnutzungsvertrag umfasst insbesondere eine Zugtrassenvereinbarung, welche die dem Zugangsberechtigten für eine Netzfahrplanperiode zugewiesenen Zugtrassen (vgl § 56 Abs 2 EisbG) regelt. Eine Anlage des Infrastrukturnutzungsvertrags bildet unter anderem der Produktkatalog Netzzugang.

Diese Feststellungen beruhen auf folgender Beweiswürdigung:

Dass die Ö** Eisenbahninfrastrukturunternehmen, Zuweisungsstelle, entgelterhebende Stelle sowie Betreiberin von Serviceeinrichtungen ist, ist amtsbekannt. Die Feststellungen zum Inhalt der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017 einschließlich der Anhänge gründen sich auf die Einsicht in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen sowie deren Anhänge, die auf der Internetseite der Ö** abrufbar sind. Der Inhalt der Infrastrukturnutzungsverträge ist amtsbekannt, da die Verträge gemäß § 73a EisbG der Schienen-Control Kommission vorgelegt werden.

Rechtlich folgt:

Zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission:

Gemäß § 74 Abs 1 Z 3 EisbG hat die Schienen-Control Kommission auf Beschwerde von Fahrwegkapazitätsberechtigten oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie von Amts wegen einem Eisenbahninfrastrukturunternehmen hinsichtlich der Ausübung des Zuganges zur Eisenbahninfrastruktur durch einen Zugangsberechtigten und hinsichtlich der Inanspruchnahme eines gewährten Mindestzugangspaketes durch einen Zugangsberechtigten im Falle des Zuwiderhandelns ein den Bestimmungen des 6. Teiles oder ein den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften entsprechendes Verhalten aufzuerlegen oder nicht entsprechendes Verhalten zu untersagen.

Gemäß § 74 Abs 1 Z 5 EisbG hat die Schienen-Control Kommission auf Beschwerde von Fahrwegkapazitätsberechtigten oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie von Amts wegen den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften nicht entsprechende Schienennetz-Nutzungsbedingungen, Verträge oder Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären.

Gemäß § 74 Abs 1 Z 6 EisbG hat die Schienen-Control Kommission auf Beschwerde von Fahrwegkapazitätsberechtigten oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie von Amts wegen die Berufung auf Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die zur Gänze für unwirksam erklärt sind oder die Berufung auf diejenigen Teile der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die für unwirksam erklärt sind, zu untersagen.

Im Spruchpunkt 1) erklärt die Schienen-Control Kommission gemäß § 74 Abs 1 Z 5 EisbG Schienennetz-Nutzungsbedingungen teilweise für unwirksam. Wie noch zu zeigen sein wird, entsprechen diese Teile der Schienennetz-Nutzungsbedingungen nicht den Bestimmungen des

6. Teiles des EisbG. Sie sind darüber hinaus sittenwidrig iSd § 879 ABGB. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 30.06.2015 zu 2013/03/0150 ausgesprochen hat, können im Verfahren gemäß § 74 EisbG Überlegungen auf dem Boden des normativen Gehaltes des § 879 ABGB insoweit zum Tragen kommen, als diese Überlegungen im normativen Umfang der Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission nach § 74 Abs 1 EisbG zur Hintanhaltung von Diskriminierungen (mit der auch gewährleistet wird, dass die Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG betreffend das vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzte Entgelt eingehalten werden) ihre Deckung finden können.

Gegen § 879 ABGB verstoßende Zugangsbedingungen beeinträchtigen ebenso wie gegen das EisbG verstoßende die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem Schienenverkehrsmarkt, welche gemäß § 54 Z 1 EisbG ein Ziel der Regulierung des Schienenverkehrsmarkts ist. § 74 EisbG regelt Zuständigkeiten der Regulierungsbehörde und setzt damit Art 56 der RL 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums um. Gemäß Art 56 Abs 1 der RL 2012/34/EU hat ein Antragsteller (iSd Art 3 Z 19 der RL 2012/34/EU; vgl § 57a EisbG) das Recht, die Regulierungsstelle zu befragen, 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 Antragsteller ungerecht behandelt bzw diskriminiert wurden, 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 umfassend zu prüfen hat, ob ein Fahrwegkapazitätsberechtigter (somit insbesondere ein Zugangsberechtigter; vgl § 57a Z 1 EisbG) in seinen Rechten verletzt wird. Eine solche Verletzung in Rechten liegt dann vor, wenn dem Fahrwegkapazitätsberechtigten bei der Ausübung seiner Zugangsrechte Bedingungen auferlegt werden, die gegen das EisbG verstoßen bzw sittenwidrig iSd § 879 ABGB sind. Das Zugangsrecht ist als ein Recht zu verstehen, die im EisbG geregelten Zugangsleistungen zu gesetzeskonformen Bedingungen in Anspruch nehmen zu können. Dieses Recht wird verletzt, wenn dem Zugangsberechtigten bei der Ausübung des Zugangs Bedingungen auferlegt werden, die zu seinen Lasten von zwingenden Normen etwa des EisbG oder des ABGB abweichen.

Sämtliche regulierungsrechtlichen Normen des EisbG dienen letztlich der Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur. Folglich hat die Regulierungsbehörde im Rahmen der Wettbewerbsüberwachung zunächst zu prüfen, ob gegen regulierungsrechtliche Bestimmungen verstoßen wird. Jedoch auch iSd § 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 Vertragspartner entgegenzutreten, wenn sich dieser 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 EisbG verstoßende Zugangsbedingungen die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen

Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem Schienenverkehrsmarkt, welche gemäß § 54 Z 1 EisbG ein Ziel der Regulierung des Schienenverkehrsmarkts ist.

Im Spruchpunkt 2) trägt die Schienen-Control Kommission der Ö** die Herstellung des rechtskonformen, dieser Unwirksamklärung entsprechenden Zustandes auf. Damit wird der Ö** als Eisenbahninfrastrukturunternehmen gemäß § 74 Abs 1 Z 3 EisbG ein den Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG nicht entsprechendes Verhalten, nämlich die Bereitstellung und Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche dem 6. Teil des EisbG nicht entsprechende Regelungen enthalten, untersagt, und zugleich ein den Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG entsprechendes Verhalten, nämlich die Bereitstellung und Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche diese Regelungen nicht mehr enthalten, auferlegt. Die Ö** ist als Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu erstellen (§ 59 Abs 1 EisbG), auf dem neuesten Stand zu halten (§ 59 Abs 2 EisbG) und auf ihrer Internetseite in für jedermann zugänglicher Weise zu veröffentlichen (§ 59 Abs 8 EisbG).

Im Spruchpunkt 3) wird der Ö** gemäß § 74 Abs 1 Z 6 EisbG die Berufung auf diejenigen Teile der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die für unwirksam erklärt sind, untersagt.

Die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission ist damit gegeben.

Zu den weiteren rechtlichen Erwägungen:

1) Zum Spruchpunkt 1):

Die im Spruchpunkt 1) für unwirksam erklärten Klauseln sehen zusammengefasst vor, dass die Ö** keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen gewährt. Begründend wird angeführt, dass die Entgelte nicht die Vollkosten abdecken und keine Wagnis- oder Gewinnzuschläge enthalten. Als mögliche Ursachen von Betriebsstörungen werden Eisenbahninfrastrukturanlagen, ungeplante Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, das Personal, Dritte, Witterungsverhältnisse und sonstige Unregelmäßigkeiten genannt.

a. Zum Widerspruch zu § 67h EisbG:

Der 6. Teil des EisbG über die Regulierung des Schienenverkehrsmarkts umfasst die §§ 54 bis 74a. Die Ermittlung der Wegeentgelte wird in §§ 67 ff EisbG geregelt. Gemäß § 67 Abs 1 EisbG sind Wegeentgelte für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, und zwar auch zu einer solchen, durch die Serviceeinrichtungen angebunden sind, und für die Gewährung des Mindestzugangspaketes grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen.

Gemäß § 67h EisbG müssen die Wegeentgeltregeln unter Anwendung der Grundsätze einer leistungsabhängigen Entgeltregelung gemäß Anhang VI Nr 2 der RL 2012/34/EU, die für die gesamte Eisenbahninfrastruktur zu gelten haben, leistungsabhängige Bestandteile enthalten, die den Zugangsberechtigten und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Eisenbahninfrastruktur bieten. Das können insbesondere Pönalen für Betriebsstörungen der Eisenbahninfrastruktur,

eine Entschädigung für von den Störungen betroffene Zugangsberechtigte und eine Bonusregelung für Leistungen, die das vereinbarte Leistungsniveau übersteigen, sein.

Anhang VI Nr 2 der RL 2012/34/EU listet Verspätungsursachen auf und ordnet sie dem Infrastrukturbetreiber, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zu. Weiters wird die Vereinbarung von Eckwerten der leistungsabhängigen Entgeltregelung (wie Dauer von Verspätungen und Grenzwerte, ab denen Zahlungen fällig werden) sowie die Mitteilung des Netzfahrplans, anhand dessen die Verspätungen berechnet werden, durch den Infrastrukturbetreiber vorgesehen.

§ 67h EisbG setzt Art 35 RL 2012/34/EU um. Gemäß Art 35 Abs 1 RL 2012/34/EU müssen die Entgeltregelungen für die Fahrwegnutzung durch leistungsabhängige Bestandteile den Eisenbahnunternehmen und den Infrastrukturbetreibern Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistung des Schienennetzes bieten. Diese Regelungen können Strafen für Störungen des Netzbetriebs, eine Entschädigung für von Störungen betroffene Unternehmen und eine Bonusregelung für Leistungen, die das geplante Leistungsniveau übersteigen, umfassen.

§ 67h EisbG entspricht im Wesentlichen § 67 Abs 7 EisbG idF BGBl I 38/2004, welcher leistungsabhängige Entgeltbestandteile wie folgt regelte:

„Die Benützungsentgeltregeln müssen überdies leistungsabhängige Bestandteile enthalten, die den Zugangsberechtigten und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur bieten. Das können insbesondere Pönalen für Betriebsstörungen der Schieneninfrastruktur, eine Entschädigung für von den Störungen betroffene Zugangsberechtigte und eine Bonusregelung für Leistungen, die das vereinbarte Leistungsniveau übersteigen, sein.“

In seinem Erkenntnis vom 30.06.2015 zu 2013/03/0150 hatte der Verwaltungsgerichtshof die folgenden Bestimmungen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö** zu beurteilen:

Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag: *„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 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag: *„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.“*

Kapitel IV 3.5 des Produktkatalogs Netzzugang Stationen 2013 und 2014: *„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.“

Punkt 6. der Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“): „6. *Einschränkungen der Nutzung*

*6.1 Sollte die Ö** durch Fälle höherer Gewalt oder sonstige Umstände, die mit zumutbaren Mitteln nicht abgewendet werden können, an der Erfüllung ihrer Verpflichtung nach dieser Anlage ganz oder teilweise gehindert werden, so wird diese Verpflichtung der Ö** für die Dauer der Hindernisse bzw. Störungen ausgesetzt.*

*6.2 Die Ö** kann betriebsbedingte Abschaltungen der Anlagen nach vorhergehender Verständigung des EVU, bei Gefahr im Verzug jedoch sofort und ohne vorherige Verständigung des EVU durchführen. Dies geschieht zu Lasten auf Gefahr des EVU. Die Haftungsbestimmungen in Punkt 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag bleiben davon unberührt.“*

Zur Frage, ob diese Bestimmungen § 67 Abs 7 EisbG idF BGBl I 38/2004 entsprechen, führte der Verwaltungsgerichtshof wie folgt aus:

„Die von den Spruchpunkten 1) bis 3) erfassten Regelungen der SN-NB der beschwerdeführenden Partei weisen das Risiko der Störung der Betriebsabwicklung auch dann zur Gänze einem infrastrukturbenützenden EVU zu, wenn diese Störung nicht auf das Verhalten dieses betroffenen EVU zurückgeht. Vielmehr liegen Störungen in der Betriebsabwicklung infolge von Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen, die unabhängig vom Verhalten eines betroffenen EVU entstehen (Spruchpunkt 1a)), Störungen der Betriebsabwicklung infolge von Streiks oder Betriebsversammlungen im Bereich des Infrastrukturunternehmens (Spruchpunkt 1b), unter-einjährige Mängel der Infrastruktur (zB infolge von Umbau- und Wartungsarbeiten, Spruchpunkt 2), oder Nutzungseinschränkungen infolge betriebsbedingter Abschaltungen oder "höherer Gewalt" (Spruchpunkt 3) – bezogen auf die Relation des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zum betroffenen EVU – in der Sphäre des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, wobei diese Störungen, Mängel bzw Einschränkungen von einem infrastrukturbenützenden EVU weniger als von dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen beherrschbar erscheinen. Dass nach Spruchpunkt 1a) und 3) bestimmte Haftungsbestimmungen in Punkt 20 der allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag von diesen Risikozuweisungen unberührt bleiben, ändert nichts an dieser Zuweisung.

Eine solche Risikozuweisung steht aber offensichtlich nicht im Einklang mit § 67 Abs 7 EisbG. Sie bietet keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistungen der Schieneninfrastruktur seitens des Eisenbahninfrastrukturunternehmens (vgl § 67 Abs 7 erster Satz EisbG). Ferner läuft sie dem § 67 Abs 7 zweiter Satz EisbG insofern zuwider, als dort insbesondere für Betriebsstörungen der Infrastruktur Pönalen sowie eine Entschädigung für von den Störungen betroffenen Zugangsberechtigten normiert werden, was einer einseitigen Belastung von EVU mit den in Rede stehenden Risiken entgegen steht.“

In seinem Erkenntnis vom 18.09.2015 zu W110 2008038-1 hatte das Bundesverwaltungsgericht die folgenden Bestimmungen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö** zu beurteilen:

Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag: *„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.“*

Punkt 17.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag: *„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.“*

Kapitel IV 3.5, Produktkatalog Netzzugang Stationen 2014 und 2015: *„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.“*

Das Bundesverwaltungsgericht sprach Folgendes aus:

„3.7 Unter Bedachtnahme auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.06.2015, 2013/03/0150, hat die belangte Behörde die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen aus folgenden Gründen zu Recht für unwirksam erklärt:

Der gegenständliche Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterscheidet sich im hier maßgeblichen Kontext nicht von seiner Vorgängerbestimmung, die von der belangten Behörde in ihrem Bescheid vom 25.10.2013 im Verfahren zu SCK-13-041 für unwirksam erklärt wurde. Der neue Punkt 17.2 erklärt zwar nicht ausdrücklich sämtliche Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse aufgrund von Betriebsstörungen als "im Rahmen des allgemeinen Betriebsrisikos" liegend und als zu Lasten und auf Gefahr des betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmens gehend, legt jedoch unmissverständlich klar, dass Abweichungen auch in Fällen höherer Gewalt oder bei einem Fehlverhalten eines Dritten - also auch dann, wenn die Störung jedenfalls nicht dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zurechenbar ist - zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners (also des Eisenbahnverkehrsunternehmens) gehen. [...]

Jene Risikozuweisung, die der mit Bescheid vom 25.10.2013 aufgehobene Punkt 17.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen normierte, ist auch in der gegenständlichen Nachfolgebestimmung implementiert, da eine Entgeltminderung in Fällen von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen sind, lediglich

bei (überhaupt) keiner Inanspruchnahme der vereinbarten Zugtrassen vorgesehen ist. Gleiches gilt für den vierten Satz des ersten Absatzes in den Produktkatalogen Netzzugangs Stationen 2014 und 2015 im Kapitel IV.3.5, der klarstellt, dass Abweichungen von der vereinbarten Zurverfügungstellung der Infrastruktur stets zu Lasten und Gefahr des jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmens gehen, wenn die Abweichungen von der Beschwerdeführerin nicht verschuldet wurden. Dass es sich bei den gegenständlichen Vertragsbestimmungen um inhaltlich gänzlich anderslautende Vertragsklauseln als die mit Bescheid vom 25.10.2013 für unwirksam erklärten Bestimmungen handeln würde, hat die Beschwerdeführerin ebenso wenig überzeugend darzulegen vermocht, wie ihre im Schriftsatz vom 31.08.2015 geäußerte Ansicht, dass die aktuellen Bestimmungen bereits den im Erkenntnis vom 30.06.2015 aufgezeigten Kriterien - im Gegensatz zu den Vorgängerversionen - entsprechen würden. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 31.08.2015 die Auffassung vertrat, dass etwa Punkt 17.2 nur dann zur Anwendung gelange, wenn das Performance Regime nicht greife, ist darauf hinzuweisen, dass der Verwaltungsgerichtshof dieser Sichtweise schon in seinem Erkenntnis vom 30.06.2015 hinsichtlich der Vorgängerversion nicht näher getreten ist. Weder in der früheren noch in der aktuellen Bestimmung findet die Interpretation der Beschwerdeführerin eine hinreichende Grundlage (siehe dazu auch Punkt 7.3. des Erk. vom 30.06.2015).

3.8 Aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung mit den im Verfahren zu SCK-13-041 für unwirksam erklärten Vertragsbestimmungen geht das Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.06.2015, 2013/03/0150, auch bei den gegenständlichen Vertragsklauseln von einem Verstoß gegen § 67 Abs. 7 EisbG aus: Durch die Überwälzung der Risiken für Störungen der Betriebsabwicklungen auf die infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen auch dann, wenn die Störungen – in Relation des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zum betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen – in der Sphäre des Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen und von Eisenbahnverkehrsunternehmen weniger als von dem Infrastrukturbetreiber beherrschbar erscheinen, bieten die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistungen der Schieneninfrastruktur durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, wie dies § 67 Abs. 7 EisbG verlangt, zumal in dessen zweiten Satz Pönalen sowie Entschädigungen für Betriebsstörungen der Infrastruktur normiert werden, was einer einseitigen Belastung von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit den in Rede stehenden Risiken entgegen steht.“

Diese Überlegungen treffen in gleicher Weise auf die bescheidgegenständliche Klausel der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö** zu. Ebenso wie die Vorgängerbestimmungen überwälzt die Klausel das Risiko von Betriebsstörungen auch dann auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, wenn die Störungen in Relation des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zum betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen in der Sphäre des Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen und vom Eisenbahnverkehrsunternehmen weniger als vom Infrastrukturbetreiber beherrschbar erscheinen. Insofern bietet die Klausel **keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Eisenbahninfrastruktur.**

Daran ändert es nichts, dass die Ö** – worauf sie in ihrem Schreiben vom 15.04.2016 (S 8) hinweist – ein Anreizsystem in Gestalt des sogenannten „Performance Regime“ umgesetzt hat.

Selbst wenn die Ö** auf der einen Seite eine § 67h EibG entsprechende Regelung in ihren Schienennetz-Nutzungsbedingungen umgesetzt hat, widerspricht es § 67h EibG, wenn sie auf der anderen Seite eine Regelung in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen aufnimmt, welche Störungsrisiken einseitig dem Zugangsberechtigten zuweist.

Ebenso wenig stützt den Standpunkt der Ö** ihre Argumentation in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2016 (S 7 f), wonach aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs zu 2013/03/0150 „eine Verpflichtung zur Übernahme sämtlicher Risiken durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder ein gänzlich Verbot einer Risikoaufteilung [...] nicht geschlossen werden“ könne, „nur ein Haftungsausschluss in Form einer gänzlich undifferenziert einseitigen Risikozuweisung [...] gem. dem VwGH unzulässig sein“ solle und „eine Risikoverteilung zwischen den Beteiligten jedenfalls zulässig [sei], bei strenger Lesart des EibG [...] sogar geboten sein (Arg.: „müssen“)" werde.

Einerseits ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Ö** hier auf die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses Bezug nimmt, geht es doch gegenständlich um eine die Entgeltminderung, somit die Gewährleistung betreffende Regelung. Andererseits verkennt die Ö**, dass die Rechtswidrigkeit der unwirksam erklärten Klausel daher rührt, dass sie – ebenso wie bereits die Vorgängerbestimmungen – dem Eisenbahnverkehrsunternehmen das Risiko von Betriebsstörungen auch dann zuweist, wenn diese nicht auf das Verhalten des Eisenbahnverkehrsunternehmens zurückgehen und vom Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht beherrscht werden können. Die Ö** beruft sich zwar darauf, eine Risikoverteilung müsse zulässig sein bzw sei sogar geboten. Sie legt jedoch nicht dar, welches Betriebsstörungsrisiko innerhalb der – aus ihrer Sicht zulässigen – Risikoverteilung anhand der bescheidgegenständlichen Klausel ihr zugeteilt wird. Die Regelung erfasst gemäß ihrem letzten Satz Betriebsstörungen schlechthin (sofern sie von der Ö** nicht zu vertreten sind). Auch die Aufzählung im zweiten Satz – Eisenbahninfrastrukturanlagen, ungeplante Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, das Personal, Dritte, Witterungsverhältnisse und sonstige Unregelmäßigkeiten – erfasst alle denkbaren Störungsursachen. Damit sieht die bescheidgegenständliche Regelung jedoch gerade **keine Risikoverteilung**, sondern eine **gänzliche Risikoüberwälzung** vor.

Zwar wird der Ö** (worauf sie in ihrer Stellungnahme vom 15.04.2016 (S 8) hinweist) das Risiko der von ihr zu vertretenden, dh von ihr verschuldeten, Störungen zugewiesen. Diese Störungen fallen jedoch in den Bereich der Haftung und nicht in denjenigen der Gefahrtragung. Insofern ändert die Ausnahme der von der Ö** zu vertretenden Störungen – ebenso wie hinsichtlich derjenigen Klauseln, die Gegenstand des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.09.2015 zu W110 2008038-1 waren – nichts an der Rechtswidrigkeit der bescheidgegenständlichen Bestimmung. Indem (nur) die von der Ö** zu vertretenden Betriebsstörungen von der Risikozuweisung ausgenommen sind, werden all diejenigen Störungen, die weder von der Ö** noch vom Eisenbahnverkehrsunternehmen zu vertreten sind, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zugewiesen. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, sämtliche Betriebsstörungen, die weder vom Infrastrukturbetreiber noch vom Eisenbahnverkehrsunternehmen verschuldet wurden, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zuzuweisen, ist nicht erkennbar.

b. Zur Diskriminierung:

Abgesehen vom Widerspruch zu § 67h EisbG haben die bescheidgegenständlichen Bestimmungen 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 21.10.2014 zu 2013/03/0112 (mwH) ausgesprochen hat, verlangt das Diskriminierungsverbot, das zu den wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts (nunmehr: Unionsrechts) gehört, nach der Rechtsprechung des EuGH, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine derartige Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre, wobei eine Diskriminierung nicht nur in offensichtlicher Weise, sondern auch in versteckter Form erfolgen kann, die tatsächlich zu dem gleichen (diskriminierenden) Ergebnis führt.

Unter Bezugnahme auf dieses Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 30.06.2015 zu 2013/03/0150 (mwN) bekräftigt, dass das Diskriminierungsverbot, das zu den wesentlichen Grundsätzen des Unionsrechts gehört, (entgegen der Beschwerde) nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine derartige Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre, sondern auch dass **unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden**, es sei denn, dass eine derartige Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (vgl auch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.09.2015, W110 2008038-1).

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 Fahrwegkapazität – 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.

Die bescheidgegenständliche Bestimmung gilt zwar unterschiedslos für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen, wirkt sich jedoch de facto für manche benachteiligend aus. Es liegt eine mittelbare Diskriminierung vor. Obwohl die Bestimmung formal auf alle Eisenbahnverkehrsunternehmen in gleicher Weise zur Anwendung kommt, wirkt sie sich auf diejenigen Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligend aus, die von Betriebsstörungen betroffen sind.

c. Zum Verstoß gegen §§ 56, 58 und 58b EisbG:

Abgesehen vom Widerspruch zum Anreizsystem gemäß § 67h EisbG und der Diskriminierung widerspricht die bescheidgegenständliche Klausel dem EisbG auch insofern, als sie mit der Pflicht der Ö** gemäß §§ 56, 58 und 58b EisbG, Eisenbahninfrastruktur einschließlich des

Mindestzugangspakets sowie Serviceeinrichtungen und Serviceleistungen zur Verfügung zu stellen, nicht vereinbar ist.

Gemäß § 56 Abs 1 EibG hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Fahrwegkapazität zu nicht diskriminierenden, angemessenen und transparenten Bedingungen einzuräumen. Dieses Zugangsrecht schließt auch den Zugang zu Anlageteilen für die Anbindung von Serviceeinrichtungen und zu Infrastrukturen ein, die mehr als einem Endnutzer dienen oder dienen könnten. Gemäß § 58 EibG hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung Zugangsberechtigten, die dies begehren, die Leistungen des Mindestzugangspakets zu gewähren. § 58b EibG sieht die diskriminierungsfreie Gewährung des Zugangs zu Serviceeinrichtungen und die Gewährung von Serviceleistungen vor.

Diese Pflichten werden durch Betriebsstörungen nicht ausgesetzt. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen hat weiterhin Anspruch auf die Leistungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens gemäß §§ 56, 58 und 58b 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 und 58b EibG bleiben hiervon jedoch unberührt. Da die Entgelte gemäß §§ 67 ff EibG für die Gewährung der Zugangsleistungen gemäß EibG zustehen, sind die Entgelte entsprechend zu mindern, sobald diese Leistungen nicht mangelfrei erbracht werden. Indem die bescheidgegenständliche Regelung diese Entgeltminderung ausschließt, verstößt sie gegen §§ 56, 58 und 58b EibG.

d. Zur Sittenwidrigkeit:

Abgesehen vom Verstoß gegen das EibG ist die bescheidgegenständliche Klausel 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).

Die für unwirksam erklärte Bestimmung 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 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 KBB⁴ § 879 Rz 9 mwN).

Jedoch auch unter dem Gesichtspunkt des damit verbundenen gänzlichen Gewährleistungsausschlusses ist die bescheidgegenständliche Regelung rechtswidrig: Wie bereits im Verfahren zu SCK-14-001 vertritt die Ö** die Ansicht, bei der Bestimmung handle es sich um eine Präzisierung des Schuldinhaltes (S 6 der Stellungnahme vom 15.04.2016). Dies ist unrichtig: Ein Abweichen von dem gemäß §§ 56, 58 und 58b EibG gesetzlich vorgegebenen Leistungsinhalt ist keine (zulässige) einschränkende Leistungsbeschreibung. Eine solche müsste den **Mangel offenlegen** und den **Fehler konkret beschreiben**. Die bescheidgegenständliche Klausel legt jedoch entgegen der Ansicht der Ö** gerade nicht bestimmte Mängel offen, sondern schließt Verpflichtungen der Ö** pauschal für Fälle von (nicht von der Ö** verschuldeten) Störungen aus. Sie ist damit eine **allgemein gehaltene Einschränkung der Leistungspflicht**, die als Gewährleistungsausschluss zu behandeln ist (vgl dazu Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 929 Rz 6 f mwN).

Die bescheidgegenständliche Regelung 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). Die gegenständliche Klausel schließt Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens ohne Rücksicht auf das Ausmaß der Abweichung von der im Infrastrukturnutzungsvertrag beschriebenen Leistung der Ö** aus. Selbst wenn die Leistung für das Eisenbahnverkehrsunternehmen – etwa infolge des Ausmaßes einer Verspätung oder Umleitung – unbrauchbar ist bzw wenn die Leistung aufgrund der Betriebsstörung vom Eisenbahnverkehrsunternehmen gar nicht in Anspruch genommen werden kann, ist 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 zu 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 zu 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 2003 weist auch das Wettbewerbsüberwachungsverfahren zur Prüfung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen Parallelen zur präventiven Klauselkontrolle im Verbandsverfahren auf. Insofern ist die gegenständliche Bestimmung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, selbst wenn sie im Einzelfall zulässig sein könnte, dennoch für unwirksam zu erklären, da sie einen Ausschluss von Rechten des Zugangsberechtigten 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 Eisenbahninfrastruktur als auch Serviceeinrichtungen 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 der bescheidgegenständlichen Bestimmung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 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 Bestimmung nur für von der Ö** nicht zu vertretende Betriebsstörungen gilt, 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. Eine solche Mangelhaftigkeit liegt vor, wenn die Leistung der Ö** von derjenigen abweicht, die im Infrastrukturnutzungsvertrag, insbesondere in der Zugtrassenvereinbarung, beschrieben ist.

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. Für die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses ist es daher ohne Bedeutung, dass die Regelung auf von der Ö** zu vertretende Betriebsstörungen keine Anwendung findet.

An der Unzulässigkeit des vorliegenden Gewährleistungsausschlusses ändert es weiters 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 EibG). 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 auch für Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Inhaber eines (natürlichen) Monopols. Indem die Ö** den Zugang zu Leistungen, die sie den Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß dem EibG 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 Bestimmung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen ist die Sittenwidrigkeit daher zu bejahen.

Soweit sich die Ö** auf das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 14.11.2012, 7 Ob 84/12x beruft (S 6 der Stellungnahme), ist darauf hinzuweisen, dass der Oberste Gerichtshof in diesem Urteil eine Klausel betreffend Unterbrechungen bei der Leistungserbringung eines Anbieters im Bereich Internet/Telekommunikation/Kabelfernsehen deswegen für rechtmäßig erachtete, da die Klausel keine Rechtsfolgen für den Fall einer Betriebsunterbrechung vorsah. Vielmehr beschrieb sie, dass die Leistung nicht immer störungsfrei rund um die Uhr zur Verfügung steht. Damit unterschied sich die Klausel wesentlich von der bescheidgegenständlichen Bestimmung, welche die Rechtsfolge des Ausschlusses von Entgelt nachlässt. Im selben Urteil erachtete der Oberste Gerichtshof eine andere Klausel, welche eine Entgeltminderung bei Störungen ausschloss (und damit der bescheidgegenständlichen Bestimmung ähnelte), infolge des darin normierten Gewährleistungsausschlusses für rechtswidrig.

Die Ö** argumentiert in ihrer Stellungnahme (S 6) weiters, mit der Bestimmung in Punkt 6.3 der Schienennetz-Nutzungsbedingungen werde „(lediglich) das Faktum klargelegt, dass das von den Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Leistungen der Ö** zu entrichtende Infrastrukturbenutzungsentgelt und sonstige Entgelte weder die Vollkosten für die jeweilige Nutzung der Eisenbahninfrastrukturanlagen bzw. Leistungserbringung decken noch diese Entgelte Wagnis oder Gewinnzuschläge enthalten. Schon aus diesem Grund können die Vertragspartner auch nicht erwarten, dass die Ö** im Falle von nicht zu vertretenden oder zurechenbaren Störungen Nachlässe auf die nicht annähernd kostendeckenden Entgelte gewährt.“

Dem kann nicht gefolgt werden. Ein gemäß §§ 67 ff EibG und somit rechtmäßig ermitteltes Entgelt ist ein Äquivalent für die Erbringung der Zugangsleistungen. Gemäß § 67 Abs 1 EibG sind die Wegeentgelte für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspakets grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen. Die Modalitäten der Berechnung dieser Kosten wurden in der Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 der Kommission geregelt.

Die Ermittlung des Wegeentgelts anhand der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (anstatt anhand von Vollkosten), bedeutet jedoch keine Störung der Äquivalenz. Die Äquivalenz wird vielmehr erst dann gestört, wenn die Leistung des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, nämlich die Zurverfügungstellung der Eisenbahninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes, mangelhaft erbracht wird. In der gesetzlichen Festlegung einer Entgeltermittlung anhand der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten kann hingegen kein gesetzlicher Gewährleistungsausschluss gesehen werden, was jedoch die Folge wäre, wenn man wie die Ö** davon ausginge, dass ein solches Entgelt kein Äquivalent für die Gewährung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes ist.

Ebenso wenig, wie die Ermittlung des Wegeentgelts gemäß § 67 Abs 1 EisbG zu einer Äquivalenzstörung führt, rechtfertigt sie 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.

Soweit die Ö** ausführt, für ihre Leistungen zu entrichtende „sonstige Entgelte“ (gemeint wohl: Dienstleistungsentgelte iSd § 69b EisbG) würden nicht die Vollkosten decken, rechtfertigt auch dies nicht den Ausschluss von Entgeltminderungsansprüchen. § 69b Abs 1 EisbG sieht die Ermittlung der Dienstleistungsentgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen und die Gewährung von Serviceleistungen anhand der anfallenden Kosten zuzüglich eines angemessenen Gewinns vor. Somit ermöglicht § 69b EisbG eine Deckung der Vollkosten. Ermittelt die Ö** die Dienstleistungsentgelte nicht in Höhe der Vollkosten, rechtfertigt dies dennoch nicht den Ausschluss von Entgeltminderungsansprüchen im Störfall.

Da die bescheidgegenständliche Regelung keinen konkreten Mangel der Leistung der Ö** beschreibt, kann eine im Vergleich zur gesetzlich zulässigen Höhe verminderte Entgelthöhe nicht als Ausgleich eines solchen konkreten Mangels beurteilt werden. Insofern ist auch ein nicht die Vollkosten deckendes Dienstleistungsentgelt als Äquivalent für eine **mangelfreie** Leistung der Ö** anzusehen. Diese Äquivalenz wird gestört, wenn die von der Ö** erbrachte Leistung nicht der vereinbarten entspricht, weshalb das Entgelt entsprechend zu mindern ist.

Im Übrigen rechtfertigt ein nicht die Vollkosten deckendes Dienstleistungsentgelt einen Ausschluss der Entgeltminderung wie den bescheidgegenständlichen auch deshalb nicht, da die bescheidgegenständliche Klausel die Entgeltminderung ohne Rücksicht auf das Ausmaß der Störung, ja selbst bei gänzlichem Entfall der Leistung ausschließt. Selbst wenn das Dienstleistungsentgelt nicht die Vollkosten deckt, ist es jedenfalls kein Äquivalent für eine wesentlich verschlechterte bzw unter Umständen gar nicht erbrachte Leistung.

Der bescheidgegenständliche Ausschluss der Entgeltminderung ist weiters deshalb unzulässig, da die Zugangsberechtigten nicht die Möglichkeit haben, zwischen diesem und einem Vertragsmodell zu wählen, welches eine mangelfreie Leistungserbringung zu dem gesetzlich vorgesehenen Entgelt vorsieht. Die Zugangsberechtigten haben Anspruch auf eine mangelfreie

Leistung gemäß § 58b EisbG, für welche sie grundsätzlich ein § 69b EisbG entsprechendes Entgelt zu bezahlen haben. Ein Verzicht auf diesen Leistungsstandard müsste durch den Zugangsberechtigten freiwillig erfolgen, um zulässig zu sein. Ein in Zugangsbedingungen vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen einseitig vorgegebenes Abgehen vom gesetzlich vorgesehenen Leistungsstandard verletzt die Zugangsberechtigten hingegen in ihren Rechten.

Ebenso wenig wie das in Höhe der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, ermittelte Wegeentgelt rechtfertigt ein nicht in Höhe der Vollkosten ermitteltes Dienstleistungsentgelt eine Diskriminierung, welche entstünde, wenn Zugangsberechtigte für eine minderwertige Leistung der Ö** dasselbe Entgelt zu bezahlen haben wie andere Zugangsberechtigte für eine vollwertige Leistung.

Nicht gefolgt werden kann schließlich der Argumentation der Ö** (S 5 ff der Stellungnahme), wonach die bescheidgegenständliche Klausel ein „Aliud“ im Vergleich zu den Vorgängerbestimmungen darstelle und es sich um eine Leistungsbeschreibung und nicht mehr – wie bei den Vorgängerbestimmungen – um eine Leistungsstörungsregel handle. Die Ö** vermag nicht darzulegen, worin aus ihrer Sicht der wesentliche Unterschied der vorliegenden Bestimmung im Vergleich zu den Vorgängerbestimmungen besteht. Die vorliegende Bestimmung regelt explizit, dass das Eisenbahnverkehrsunternehmen im Fall von Betriebsstörungen keinen Entgeltnachlass erhält. Dasselbe drückten die Vorgängerbestimmungen, über die der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 30.06.2015 zu 2013/03/0150 und das Bundesverwaltungsgericht in seinem Erkenntnis vom 18.09.2015 zu W110 2008038-1 zu entscheiden hatten, dadurch aus, dass die Störungen „zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners“ bzw. „zu Lasten auf Gefahr des EVU“ gingen, die Verpflichtung der Ö** zur Leistungserbringung „bis zum Wegfall des Störungsgrundes ausgesetzt“ sei sowie „keine Preisabschläge gewährt“ würden.

Vergleicht man die Klauseln, die Gegenstand der Vorverfahren waren, sowie die vorliegende Klausel, so sind lediglich Variationen der Formulierungen, jedoch keine substantiellen Unterschiede erkennbar. Sämtliche Klauseln bezwecken den Ausschluss von Entgeltminderungsansprüchen für den Fall einer – meist durch Betriebsstörungen verursachten – Mangelhaftigkeit der Leistung der Ö**.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die bescheidgegenständlichen Klauseln der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017 der Ö** in mehrerer Hinsicht rechtswidrig sind. Sie verstoßen – ebenso wie die Vorgängerbestimmungen – sowohl gegen Normen des EisbG als auch gegen § 879 ABGB.

Zum Spruchpunkt 2):

Im Spruchpunkt 2) wird der Ö** die Herstellung des rechtskonformen, der im Spruchpunkt 1) erfolgten Unwirksamklärung einer Klausel der Schienennetz-Nutzungsbedingungen entsprechenden Zustandes aufgetragen. Zugleich wird ihr damit ein den Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG nicht entsprechendes Verhalten, nämlich die Bereitstellung und Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche gegen die Bestimmungen des 6. Teils des

EisbG verstoßende Regelungen enthalten, untersagt, und ein den Bestimmungen des 6. Teils des EisbG entsprechendes Verhalten, nämlich die Bereitstellung und Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche die für unwirksam erklärten Regelungen nicht mehr enthalten, auferlegt. Als Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist die Ö** insbesondere verpflichtet, Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu erstellen (§ 59 Abs 1 EisbG), auf dem neuesten Stand zu halten (§ 59 Abs 2 EisbG) und auf ihrer Internetseite in für jedermann zugänglicher Weise zu veröffentlichen (§ 59 Abs 8 EisbG).

Die Umsetzung des im Spruchpunkt 2) erteilten Auftrags, nämlich die Entfernung der für unwirksam erklärten Klauseln in den im Internet abrufbaren Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017, 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 3):

Im Spruchpunkt 3) wird der Ö** die Berufung auf diejenigen Teile der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die für unwirksam erklärt sind, 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 diesen Bescheid kann gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG iVm Art 131 Abs 2 B-VG sowie § 84 Abs 4 EisbG 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 Pauschalgebühr beträgt gemäß der BuLVwG-EGebV € 30,-.

Schienen-Control Kommission

Wien, am 14.07.2016

Der Vorsitzende:

Dr. Robert Streller

Ergeht an:

zA