

TE Bvwg Erkenntnis 2018/1/29 W110 2133229-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.01.2018

Entscheidungsdatum

29.01.2018

Norm

ABGB §879 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

EisbG §54

EisbG §56

EisbG §58

EisbG §58b

EisbG §59 Abs1

EisbG §62

EisbG §67 Abs1

EisbG §67 Abs7

EisbG §67h

EisbG §69b

EisbG §74 Abs1

EisbG §76 Abs7

EisbG §84 Abs8

VwGG §25a Abs1

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §24 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. ABGB § 879 heute
2. ABGB § 879 gültig ab 01.07.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1992
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. EIsbG § 54 heute
2. EIsbG § 54 gültig ab 20.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2024
3. EIsbG § 54 gültig von 27.11.2015 bis 19.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
4. EIsbG § 54 gültig von 01.06.2004 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
5. EIsbG § 54 gültig von 01.05.2004 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
6. EIsbG § 54 gültig von 01.01.2000 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
7. EIsbG § 54 gültig von 01.08.1992 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 452/1992

1. EIsbG § 56 heute
2. EIsbG § 56 gültig ab 27.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
3. EIsbG § 56 gültig von 28.12.2011 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 124/2011
4. EIsbG § 56 gültig von 27.07.2006 bis 27.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2006
5. EIsbG § 56 gültig von 01.06.2004 bis 26.07.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
6. EIsbG § 56 gültig von 01.01.2000 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
7. EIsbG § 56 gültig von 08.03.1957 bis 31.12.1999

1. EIsbG § 58 heute
2. EIsbG § 58 gültig ab 27.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
3. EIsbG § 58 gültig von 19.08.2009 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2009
4. EIsbG § 58 gültig von 27.07.2006 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2006
5. EIsbG § 58 gültig von 01.06.2004 bis 26.07.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
6. EIsbG § 58 gültig von 01.01.2000 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
7. EIsbG § 58 gültig von 08.03.1957 bis 31.12.1999

1. EIsbG § 58b heute
2. EIsbG § 58b gültig ab 27.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015

1. EIsbG § 59 heute
2. EIsbG § 59 gültig ab 23.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 143/2020
3. EIsbG § 59 gültig von 27.11.2015 bis 22.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
4. EIsbG § 59 gültig von 01.06.2004 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
5. EIsbG § 59 gültig von 01.01.2000 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
6. EIsbG § 59 gültig von 10.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/1998

1. EIsbG § 62 heute
2. EIsbG § 62 gültig ab 23.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2019
3. EIsbG § 62 gültig von 27.11.2015 bis 22.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
4. EIsbG § 62 gültig von 27.07.2006 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2006
5. EIsbG § 62 gültig von 01.06.2004 bis 26.07.2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
6. EIsbG § 62 gültig von 01.01.2000 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999

1. EIsbG § 67 heute
2. EIsbG § 67 gültig ab 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 231/2021
3. EIsbG § 67 gültig von 27.11.2015 bis 30.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
4. EIsbG § 67 gültig von 01.06.2004 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
5. EIsbG § 67 gültig von 01.01.2000 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999

1. EIsbG § 67 heute
2. EIsbG § 67 gültig ab 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 231/2021
3. EIsbG § 67 gültig von 27.11.2015 bis 30.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
4. EIsbG § 67 gültig von 01.06.2004 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
5. EIsbG § 67 gültig von 01.01.2000 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999

1. EisdG § 67h heute
2. EisdG § 67h gültig ab 27.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
1. EisdG § 69b heute
2. EisdG § 69b gültig ab 27.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
1. EisdG § 74 heute
2. EisdG § 74 gültig ab 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 231/2021
3. EisdG § 74 gültig von 23.07.2019 bis 30.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2019
4. EisdG § 74 gültig von 27.11.2015 bis 22.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
5. EisdG § 74 gültig von 19.08.2009 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 95/2009
6. EisdG § 74 gültig von 01.06.2004 bis 18.08.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
7. EisdG § 74 gültig von 01.05.2004 bis 31.05.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
8. EisdG § 74 gültig von 01.01.2000 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
1. EisdG § 76 heute
2. EisdG § 76 gültig ab 27.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
3. EisdG § 76 gültig von 01.05.2004 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2004
4. EisdG § 76 gültig von 22.12.2001 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 151/2001
5. EisdG § 76 gültig von 20.08.1999 bis 21.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
1. EisdG § 84 heute
2. EisdG § 84 gültig ab 20.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2024
3. EisdG § 84 gültig von 27.11.2015 bis 19.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2015
4. EisdG § 84 gültig von 01.01.2014 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2013
5. EisdG § 84 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 166/1999
1. VwGG § 25a heute
2. VwGG § 25a gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. VwGG § 25a gültig von 01.01.2017 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGG § 25a gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W110 2133229-1/13E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Peter CHVOSTA als Vorsitzenden und die Richterin Dr. Margret KRONEGGER sowie den Richter Dr. Christian EISNER als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch Lansky, Ganzger und Partner Rechtsanwälte GmbH, Biberstraße 5, 1010 Wien, gegen den Bescheid der

Schienen-Control Kommission vom 14.7.2016, GZ: SCK-16-003, zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Peter CHVOSTA als Vorsitzenden und die Richterinnen Dr. Margret KRONEGGER sowie den Richter Dr. Christian EISNER als Beisitzer über die Beschwerde der römisch 40, vertreten durch Lansky, Ganzger und Partner Rechtsanwälte GmbH, Biberstraße 5, 1010 Wien, gegen den Bescheid der Schienen-Control Kommission vom 14.7.2016, GZ: SCK-16-003, zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 74 Abs. 1 Eisenbahngesetz und § 28 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz als unbegründet abgewiesen. Die Beschwerde wird gemäß Paragraph 74, Absatz eins, Eisenbahngesetz und Paragraph 28, Absatz eins und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG iVm Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG in Verbindung mit Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Das gegenständliche Verfahren steht im Zusammenhang mit folgenden vorangegangenen Verfahren:

In den Jahren 2012 und 2013 hatte die Schienen-Control Kommission zahlreiche wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren eingeleitet, die zunächst den Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag der Beschwerdeführerin und dann die mit den einzelnen Eisenbahnverkehrsunternehmen abgeschlossenen Infrastrukturnutzungsverträge zum Gegenstand hatten.

1.1 Nachdem die Schienen-Control Kommission als nunmehr belangte Behörde ein weiteres wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren zum Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag der Beschwerdeführerin samt Anlagen für die Netzfahrplanperioden 2012/2013 und 2013/2014 als Anhänge der XXXX und 2014 eingeleitet hatte, erklärte sie mit Bescheid vom 25.10.2013, SCK-13-041, gemäß § 74 Eisenbahngesetz 1957, BGBl. I 60 idF BGBl. I 95/2009 (im Folgenden: EibG), einzelne Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag der Beschwerdeführerin für unwirksam, nämlich

1.1 Nachdem die Schienen-Control Kommission als nunmehr belangte Behörde ein weiteres wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren zum Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag der Beschwerdeführerin samt Anlagen für die Netzfahrplanperioden 2012 aus 2013, und 2013 aus 2014, als Anhänge der römisch 40 und 2014 eingeleitet hatte, erklärte sie mit Bescheid vom 25.10.2013, SCK-13-041, gemäß Paragraph 74, Eisenbahngesetz 1957, BGBl. römisch eins 60 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 95 aus 2009, (im Folgenden: EibG), einzelne Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag der Beschwerdeführerin für unwirksam, nämlich

* Punkt 17.2 des Infrastrukturnutzungsvertrages der XXXX ("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 17.2 des Infrastrukturnutzungsvertrages der römisch 40 ("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 des Infrastrukturnutzungsvertrages der XXXX ("Streiks oder Betriebsversammlungen stellen jedenfalls eine höhere, dem Einflussbereich der Vertragspartner sich entziehende, Gewalt dar. In diesem Fall ist die Verpflichtung der Infrastruktur AG, Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw. sonstige Leistungen zu erbringen, ausgesetzt."),

* Punkt 17.3 des Infrastrukturnutzungsvertrages der römisch 40 ("Streiks oder Betriebsversammlungen stellen jedenfalls

eine höhere, dem Einflussbereich der Vertragspartner sich entziehende, Gewalt dar. In diesem Fall ist die Verpflichtung der Infrastruktur AG, Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw. sonstige Leistungen zu erbringen, ausgesetzt."),

* den vierten Satz des ersten Absatzes in Punkt 3.5 des Kapitels IV des Produktkataloges Netzzugang Stationen 2013 und 2014 ("Bei unterjährigen Mängeln der Infrastruktur [z.B. Umbau von Stationen während der Bauzeit, ggf. vorübergehende Minderverfügbarkeiten von Ausstattung aufgrund von Wartungsarbeiten] werden keine Preisabschläge gewährt.") sowie* den vierten Satz des ersten Absatzes in Punkt 3.5 des Kapitels römisch vier des Produktkataloges Netzzugang Stationen 2013 und 2014 ("Bei unterjährigen Mängeln der Infrastruktur [z.B. Umbau von Stationen während der Bauzeit, ggf. vorübergehende Minderverfügbarkeiten von Ausstattung aufgrund von Wartungsarbeiten] werden keine Preisabschläge gewährt.") sowie

* in Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag ("Netznutzung Energie") den Punkt 6 ("6. Einschränkungen der Nutzung, 6.1 Sollte die XXXX 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 XXXX für die Dauer der Hindernisse bzw. Störungen ausgesetzt. 6.2 Die XXXX 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.").* in Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag ("Netznutzung Energie") den Punkt 6 ("6. Einschränkungen der Nutzung, 6.1 Sollte die römisch 40 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 römisch 40 für die Dauer der Hindernisse bzw. Störungen ausgesetzt. 6.2 Die römisch 40 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.").

Weiters hatte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin aufgetragen, diese Bestimmungen binnen fünf Arbeitstagen aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag, aus den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014 sowie der Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag ("Netznutzung Energie") zu entfernen und es ab Bescheidzustellung zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen. Der Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Anlage 3 zu diesem Vertrag sowie der Produktkatalog Netzzugang waren als Anhang in den XXXX und 2014 der XXXX enthalten. Weiters hatte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin aufgetragen, diese Bestimmungen binnen fünf Arbeitstagen aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag, aus den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014 sowie der Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag ("Netznutzung Energie") zu entfernen und es ab Bescheidzustellung zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen. Der Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Anlage 3 zu diesem Vertrag sowie der Produktkatalog Netzzugang waren als Anhang in den römisch 40 und 2014 der römisch 40 enthalten.

Nach ausführlicher Darlegung ihrer Zuständigkeit zur Prüfung der in Rede stehenden Vertragsklauseln insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB vertrat die belangte Behörde die Ansicht, dass die für unwirksam erklärten Bestimmungen diskriminierend seien und auch in sonstiger Weise gegen das EibG sowie gegen § 879 ABGB verstoßen würden: Nach ausführlicher Darlegung ihrer Zuständigkeit zur Prüfung der in Rede stehenden Vertragsklauseln insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Sittenwidrigkeit iSd Paragraph 879, ABGB vertrat die belangte Behörde die Ansicht, dass die für unwirksam erklärten Bestimmungen diskriminierend seien und auch in sonstiger Weise gegen das EibG sowie gegen Paragraph 879, ABGB verstoßen würden:

Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen laufe § 67 Abs. 7 EibG zuwider, demzufolge die Benützungsentgeltregeln leistungsabhängige Bestandteile enthalten müssten, die dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen und dem Zugangsberechtigten Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen bieten. Die Beschwerdeführerin sei dieser Anordnung zwar mit dem in einer Anlage der XXXX enthaltenen

sogenannten Performance Regime, das Verspätungsursachen entweder der Beschwerdeführerin oder dem Eisenbahnverkehrsunternehmen (oder keinem der beiden) zuordne, nachgekommen. Jedoch gingen gemäß Punkt 17.2 Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners (de facto des Eisenbahnverkehrsunternehmens), womit Entgeltminderungsansprüche der Eisenbahnverkehrsunternehmen ausgeschlossen würden und kein Anreiz für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen geschaffen würde, im Falle von Betriebsstörungen möglichst bald den normalen Betriebszustand wieder herzustellen. Punkt 17.2 entfalte auch insofern eine diskriminierende Wirkung, als ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das eine mangelhafte Leistung infolge einer Betriebsstörung erhalte, dasselbe Entgelt zu bezahlen habe wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das durchaus die vereinbarte mangelfreie Leistung erhalte. Dies stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte dar und widerspreche dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot, da es zu einer Überwälzung des Risikos von Betriebsstörungen auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nicht sachgerecht sei, da dieses Risiko vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen eher beherrscht werden könne als vom Eisenbahnverkehrsunternehmen. Davon abgesehen sei Punkt 17.2 auch mit der Verpflichtung der Beschwerdeführerin gemäß §§ 56 und 58 EisebG, Schieneninfrastruktur und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, unvereinbar und überdies sittenwidrig iSd § 879 Abs. 1 ABGB, da das Risiko von Betriebsstörungen gänzlich auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen übergewälzt werde, welches ein Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen habe, obwohl es nur eine verschlechterte bzw. (im Extremfall) gar keine Leistung erhalte. Eine sachliche Rechtfertigung dieser Abweichung vom dispositiven Recht, wonach bei Schlecht- bzw. Nichterfüllung ein vermindertes bzw. gar kein Entgelt zu entrichten sei, sei nicht ersichtlich. Einem monopolistischen Anbieter von Leistungen, auf die das Eisenbahnverkehrsunternehmen angewiesen sei, sei es aber verwehrt, seine faktische Übermacht in unsachlicher Weise auszuüben. Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen laufe Paragraph 67, Absatz 7, EisebG zuwider, demzufolge die Benützungsentgeltregeln leistungsabhängige Bestandteile enthalten müssten, die dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen und dem Zugangsberechtigten Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen bieten. Die Beschwerdeführerin sei dieser Anordnung zwar mit dem in einer Anlage der römisch 40 enthaltenen sogenannten Performance Regime, das Verspätungsursachen entweder der Beschwerdeführerin oder dem Eisenbahnverkehrsunternehmen (oder keinem der beiden) zuordne, nachgekommen. Jedoch gingen gemäß Punkt 17.2 Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners (de facto des Eisenbahnverkehrsunternehmens), womit Entgeltminderungsansprüche der Eisenbahnverkehrsunternehmen ausgeschlossen würden und kein Anreiz für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen geschaffen würde, im Falle von Betriebsstörungen möglichst bald den normalen Betriebszustand wieder herzustellen. Punkt 17.2 entfalte auch insofern eine diskriminierende Wirkung, als ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das eine mangelhafte Leistung infolge einer Betriebsstörung erhalte, dasselbe Entgelt zu bezahlen habe wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das durchaus die vereinbarte mangelfreie Leistung erhalte. Dies stelle eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte dar und widerspreche dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot, da es zu einer Überwälzung des Risikos von Betriebsstörungen auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nicht sachgerecht sei, da dieses Risiko vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen eher beherrscht werden könne als vom Eisenbahnverkehrsunternehmen. Davon abgesehen sei Punkt 17.2 auch mit der Verpflichtung der Beschwerdeführerin gemäß Paragraphen 56 und 58 EisebG, Schieneninfrastruktur und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, unvereinbar und überdies sittenwidrig iSd Paragraph 879, Absatz eins, ABGB, da das Risiko von Betriebsstörungen gänzlich auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen übergewälzt werde, welches ein Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen habe, obwohl es nur eine verschlechterte bzw. (im Extremfall) gar keine Leistung erhalte. Eine sachliche Rechtfertigung dieser Abweichung vom dispositiven Recht, wonach bei Schlecht- bzw. Nichterfüllung ein vermindertes bzw. gar kein Entgelt zu entrichten sei, sei nicht ersichtlich. Einem monopolistischen Anbieter von Leistungen, auf die das Eisenbahnverkehrsunternehmen angewiesen sei, sei es aber verwehrt, seine faktische Übermacht in unsachlicher Weise auszuüben.

Ebenso wie Punkt 17.2 würden sich auch die übrigen für unwirksam erklärten Vertragspunkte (aufgrund der unsachlichen Gleichbehandlung von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit mangelhafter Leistung und solchen mit mangelfreier Leistung) als diskriminierend erweisen, §§ 56 und 58 EisebG widersprechen und wegen einer sachlich nicht gerechtfertigten Risikoüberwälzung auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen sittenwidrig iSd § 879 ABGB sein. Ebenso wie Punkt 17.2 würden sich auch die übrigen für unwirksam erklärten Vertragspunkte (aufgrund der unsachlichen

Gleichbehandlung von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit mangelhafter Leistung und solchen mit mangelfreier Leistung) als diskriminierend erweisen, Paragraphen 56 und 58 EisebG widersprechen und wegen einer sachlich nicht gerechtfertigten Risikoüberwälzung auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen sittenwidrig iSd Paragraph 879, ABGB sein.

1.2 Gegen diesen Bescheid hatte die Beschwerdeführerin des gegenständlichen Verfahrens Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I 51/2012 an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. 1.2 Gegen diesen Bescheid hatte die Beschwerdeführerin des gegenständlichen Verfahrens Beschwerde gemäß Artikel 131, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 51 aus 2012, an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

2. Gemäß dem im Bescheid vom 25.10.2013 ausgesprochenen behördlichen Auftrag entfernte die Beschwerdeführerin die für unwirksam erklärten Bestimmungen aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag sowie aus den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014 und nahm in weiterer Folge für die Netzfahrplanperiode 2014 neue Regelungen in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag sowie zu den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2014 und 2015 auf:

"17.2 Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) auf Grund von Störungen in der Betriebsabwicklung, gehen dann zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht der XXXX zuzurechnen sind, da die Störung in der Betriebsabwicklung auf höhere Gewalt, ein Fehlverhalten eines EVU, welches der XXXX 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 von der Betriebsabwicklung erfasst, die nicht von der XXXX verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind. Die Haftungsbestimmungen in Punkt 20. bleiben davon unberührt." 17.2 Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) auf Grund von Störungen in der Betriebsabwicklung, gehen dann zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht der römisch 40 zuzurechnen sind, da die Störung in der Betriebsabwicklung auf höhere Gewalt, ein Fehlverhalten eines EVU, welches der römisch 40 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 von der Betriebsabwicklung erfasst, die nicht von der römisch 40 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 XXXX, 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." 17.3 Im Falle von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen sind, ist die Verpflichtung der römisch 40, 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 jeweils erste Absatz im Kapitel IV 3.5 des Produktkataloges Netzzugang Stationen 2014 und im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2015 lautete folgendermaßen (der ebenfalls für unwirksam erklärte vierte Satz ist kursiv hervorgehoben): Der jeweils erste Absatz im Kapitel römisch vier 3.5 des Produktkataloges Netzzugang Stationen 2014 und im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2015 lautete folgendermaßen (der ebenfalls für unwirksam erklärte vierte Satz ist kursiv hervorgehoben):

"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 Stationen 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 Einzelnen

beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht von der XXXX verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind.""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 Stationen 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 Einzelnen beeinträchtigten Vertragspartners, wenn diese Abweichungen nicht von der römisch 40 verschuldet und ihr sohin nicht zuzurechnen sind."

2.1 Mit Bescheid vom 10.4.2014, SCK-14-001, erklärte die belangte Behörde die oben zitierten Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag sowie im Produktkatalog Netzzugang Stationen der Beschwerdeführerin für unwirksam. Wie bereits im Bescheid vom 25.10.2013 trug die belangte Behörde der Beschwerdeführerin auf, diese Bestimmungen binnen fünf Arbeitstagen aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag, aus den Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2014 und 2015 zu entfernen und es ab Bescheidzustellung zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges und Feststellung der für den gegenständlichen Fall Bezug habenden Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag und im Produktkatalog Netzzugang Stationen – wie bereits im Bescheid vom 25.10.2013 – aus, dass die belangte Behörde in unionsrechtskonformer Auslegung gemäß § 74 EibG neben dem Vorliegen einer Diskriminierung auch zu prüfen habe, ob ein Eisenbahnverkehrsunternehmen "auf andere Weise in seinen Rechten verletzt" werde. Eine solche Verletzung von Rechten liege 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 seien. Auch sittenwidrige Zugangsbedingungen würden letztlich den diskriminierungsfreien Zugang beeinträchtigen, da sie sich auf kleinere Unternehmen stärker negativ auswirken würden als auf größere Unternehmen, die tendenziell über umfangreichere rechtliche Beratung als kleine Unternehmen verfügen würden und somit "besser" einem sich auf sittenwidrige Vertragsbedingungen berufenden Eisenbahninfrastrukturunternehmen entgegen treten können. Insofern würden gegen § 879 ABGB ebenso wie gegen das EibG verstoßende Zugangsbedingungen die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem Schienenverkehrsmarkt beeinträchtigen. Nach ausführlicher inhaltlicher Auseinandersetzung mit den dagegen bereits im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 23.1.2014 vorgebrachten Argumenten erachtete sich die belangte Behörde für zuständig, die in Rede stehenden Vertragsklauseln als diskriminierend und auch wegen sonstiger Verletzung des EibG sowie Verstoßes gegen § 879 ABGB für unwirksam zu erklären. Begründend führte die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges und Feststellung der für den gegenständlichen Fall Bezug habenden Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag und im Produktkatalog Netzzugang Stationen – wie bereits im Bescheid vom 25.10.2013 – aus, dass die belangte Behörde in unionsrechtskonformer Auslegung gemäß Paragraph 74, EibG neben dem Vorliegen einer Diskriminierung auch zu prüfen habe, ob ein Eisenbahnverkehrsunternehmen "auf andere Weise in seinen Rechten verletzt" werde. Eine solche Verletzung von Rechten liege 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 Paragraph 879, ABGB seien. Auch sittenwidrige Zugangsbedingungen würden letztlich den diskriminierungsfreien Zugang beeinträchtigen, da sie sich auf kleinere Unternehmen stärker negativ auswirken würden als auf größere Unternehmen, die tendenziell über umfangreichere rechtliche Beratung als kleine Unternehmen verfügen würden und somit "besser" einem sich auf sittenwidrige Vertragsbedingungen berufenden Eisenbahninfrastrukturunternehmen entgegen treten können. Insofern würden gegen Paragraph 879, ABGB ebenso wie gegen das EibG verstoßende Zugangsbedingungen die Herstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem Schienenverkehrsmarkt beeinträchtigen. Nach ausführlicher inhaltlicher Auseinandersetzung mit den dagegen bereits im Schreiben der Beschwerdeführerin vom 23.1.2014 vorgebrachten Argumenten erachtete sich die belangte Behörde für zuständig, die in Rede stehenden Vertragsklauseln als diskriminierend und auch wegen sonstiger Verletzung des EibG sowie Verstoßes gegen Paragraph 879, ABGB für unwirksam zu erklären.

Wie bereits in ihrem Bescheid vom 25.10.2013 ging die belangte Behörde davon aus, dass der (neue) Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen keinen Anreiz für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen schaffe, im Falle von Betriebsstörungen möglichst bald "den normalen Betriebszustand" herzustellen, und daher gegen § 67 Abs. 7 EisbG verstoße. Zwar beziehe sich die aktuelle Regelung im Gegensatz zu ihrer (ebenfalls für unwirksam erklärten) Vorgängerbestimmung nur noch auf Fälle, in denen die Abweichung nicht von der Beschwerdeführerin verschuldet wurde. Dies ändere jedoch nichts am Widerspruch (auch) zum Performance Regime, welches gerade nicht auf ein Verschulden abstelle, sondern Verspätungsursachen der Sphäre des Infrastrukturbetreibers, des Eisenbahnverkehrsunternehmens oder keinem der beiden zuordne. Damit würden die Verspätungsursachen zwar demjenigen zugeordnet, der potentiell darauf Einfluss nehmen könne; die Zuordnung erfolge jedoch unabhängig davon, ob denjenigen, dem die Verspätungsursache zugeordnet werde, im Einzelfall ein Verschulden treffe. Dass Punkt 17.2 die Haftungsbestimmungen gemäß Punkt 20. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unberührt lasse, ändere nichts am Widerspruch zu § 67 Abs. 7 EisbG, da die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile gemäß § 67 Abs. 7 EisbG Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur bieten, aber keinen Schadenersatz darstellen sollten. Die Beschwerdeführerin habe offen eingestanden, dass sie Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens aus dem Performance Regime bei Verspätungen, die sie nicht verschuldet habe, ausschließen wolle. Gemäß § 67 Abs. 7 EisbG solle 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 hinausgehe. Eine Berücksichtigung nur der vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen verschuldeten Verspätungen entspreche dem Gedanken eines solchen Anreizsystems nicht.

Wie bereits in ihrem Bescheid vom 25.10.2013 ging die belangte Behörde davon aus, dass der (neue) Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen keinen Anreiz für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen schaffe, im Falle von Betriebsstörungen möglichst bald "den normalen Betriebszustand" herzustellen, und daher gegen Paragraph 67, Absatz 7, EisbG verstoße. Zwar beziehe sich die aktuelle Regelung im Gegensatz zu ihrer (ebenfalls für unwirksam erklärten) Vorgängerbestimmung nur noch auf Fälle, in denen die Abweichung nicht von der Beschwerdeführerin verschuldet wurde. Dies ändere jedoch nichts am Widerspruch (auch) zum Performance Regime, welches gerade nicht auf ein Verschulden abstelle, sondern Verspätungsursachen der Sphäre des Infrastrukturbetreibers, des Eisenbahnverkehrsunternehmens oder keinem der beiden zuordne. Damit würden die Verspätungsursachen zwar demjenigen zugeordnet, der potentiell darauf Einfluss nehmen könne; die Zuordnung erfolge jedoch unabhängig davon, ob denjenigen, dem die Verspätungsursache zugeordnet werde, im Einzelfall ein Verschulden treffe. Dass Punkt 17.2 die Haftungsbestimmungen gemäß Punkt 20. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unberührt lasse, ändere nichts am Widerspruch zu Paragraph 67, Absatz 7, EisbG, da die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile gemäß Paragraph 67, Absatz 7, EisbG Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur bieten, aber keinen Schadenersatz darstellen sollten. Die Beschwerdeführerin habe offen eingestanden, dass sie Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens aus dem Performance Regime bei Verspätungen, die sie nicht verschuldet habe, ausschließen wolle. Gemäß Paragraph 67, Absatz 7, EisbG solle 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 hinausgehe. Eine Berücksichtigung nur der vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen verschuldeten Verspätungen entspreche dem Gedanken eines solchen Anreizsystems nicht.

Wie seine Vorgängerregelung sei auch der neue Punkt 17.2 – so die belangte Behörde – diskriminierend, da (weiterhin) Eisenbahnverkehrsunternehmen, die infolge einer Betriebsstörung eine mangelhafte Leistung vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen erhielten, dasselbe Entgelt zu bezahlen hätten wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die vereinbarte mangelfreie Leistung erhalte, was eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung darstelle. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin liege eine mittelbare Diskriminierung vor und es handle sich bei Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse, wie Verspätungen und Umleitungen infolge von Betriebsstörungen, um eine Mangelhaftigkeit der Leistung des Infrastrukturbetreibers bzw. um eine Schlechterfüllung des Vertrages. Wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen die vereinbarte Zugtrasse – unabhängig von einem allfälligen Verschulden – nicht zur Verfügung stellen kann, verletze es seine (Haupt-)Leistungspflicht, weshalb die Gegenleistung zu mindern sei. Auch den Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Grenzkostenprinzip des § 67 Abs. 1 EisbG verwarf die belangte Behörde mit der bereits im Bescheid vom 25.10.2013

herangezogenen Begründung. Wie seine Vorgängerregelung sei auch der neue Punkt 17.2 – so die belangte Behörde – diskriminierend, da (weiterhin) Eisenbahnverkehrsunternehmen, die infolge einer Betriebsstörung eine mangelhafte Leistung vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen erhielten, dasselbe Entgelt zu bezahlen hätten wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die vereinbarte mangelfreie Leistung erhalte, was eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung darstelle. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin liege eine mittelbare Diskriminierung vor und es handle sich bei Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse, wie Verspätungen und Umleitungen infolge von Betriebsstörungen, um eine Mangelhaftigkeit der Leistung des Infrastrukturbetreibers bzw. um eine Schlechterfüllung des Vertrages. Wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen die vereinbarte Zugtrasse – unabhängig von einem allfälligen Verschulden – nicht zur Verfügung stellen kann, verletze es seine (Haupt-)Leistungspflicht, weshalb die Gegenleistung zu mindern sei. Auch den Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Grenzkostenprinzip des Paragraph 67, Absatz eins, EisebG verwarf die belangte Behörde mit der bereits im Bescheid vom 25.10.2013 herangezogenen Begründung.

Mit im Vergleich zum Bescheid vom 25.10.2013 teilweise wortidenten Ausführungen begründete die belangte Behörde ferner den Verstoß des neuen Punkt 17.2 gegen §§ 56 und 58 EisebG sowie seine Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB: Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stelle Punkt 17.2 keine Präzisierung des Schuldinhaltes und als Abweichen vom gesetzlich vorgegebenen Leistungsinhalt keine zulässige einschränkende Leistungsbeschreibung sondern vielmehr einen sittenwidrigen Gewährleistungsausschluss dar, woran wegen der monopolistischen Stellung der Beschwerdeführerin, die Unternehmereigenschaft ihrer Vertragspartner ebenso wenig wie der Umstand ändere, dass die verfahrensgegenständlichen Bestimmungen im Vergleich zu den bereits für unwirksam erklärten Regelungen nur noch für von der Beschwerdeführerin unverschuldete Abweichungen von der vereinbarten Leistung gelten würden. Auch die von der Beschwerdeführerin zitierte Judikatur des Obersten Gerichtshofes stütze ihren Standpunkt – so die belangte Behörde mit näherer Begründung – nicht. Die Verpflichtung des Infrastrukturbetreibers, die Schieneninfrastruktur betriebssicher zu erhalten und instand zu setzen, schränke die Hauptleistungspflicht aufgrund des Infrastrukturnutzungsvertrages, nämlich die Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur, nicht ein. Mit im Vergleich zum Bescheid vom 25.10.2013 teilweise wortidenten Ausführungen begründete die belangte Behörde ferner den Verstoß des neuen Punkt 17.2 gegen Paragraphen 56 und 58 EisebG sowie seine Sittenwidrigkeit iSd Paragraph 879, ABGB: Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stelle Punkt 17.2 keine Präzisierung des Schuldinhaltes und als Abweichen vom gesetzlich vorgegebenen Leistungsinhalt keine zulässige einschränkende Leistungsbeschreibung sondern vielmehr einen sittenwidrigen Gewährleistungsausschluss dar, woran wegen der monopolistischen Stellung der Beschwerdeführerin, die Unternehmereigenschaft ihrer Vertragspartner ebenso wenig wie der Umstand ändere, dass die verfahrensgegenständlichen Bestimmungen im Vergleich zu den bereits für unwirksam erklärten Regelungen nur noch für von der Beschwerdeführerin unverschuldete Abweichungen von der vereinbarten Leistung gelten würden. Auch die von der Beschwerdeführerin zitierte Judikatur des Obersten Gerichtshofes stütze ihren Standpunkt – so die belangte Behörde mit näherer Begründung – nicht. Die Verpflichtung des Infrastrukturbetreibers, die Schieneninfrastruktur betriebssicher zu erhalten und instand zu setzen, schränke die Hauptleistungspflicht aufgrund des Infrastrukturnutzungsvertrages, nämlich die Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur, nicht ein.

Aus den gleichen Gründen wie Punkt 17.2 wertete die belangte Behörde auch den neuen Punkt 17.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie den vierten Satz des ersten Absatzes im Kapitel IV 3.5 als diskriminierend und sittenwidrig sowie als im Widerspruch zu §§ 56 und 58 EisebG stehend. Aus den gleichen Gründen wie Punkt 17.2 wertete die belangte Behörde auch den neuen Punkt 17.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie den vierten Satz des ersten Absatzes im Kapitel römisch vier 3.5 als diskriminierend und sittenwidrig sowie als im Widerspruch zu Paragraphen 56 und 58 EisebG stehend.

2.2 Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 15.5.2014 eine Beschwerde, die das Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 18.9.2015, W110 2008038-1 abwies, ohne die Revision gemäß § 25a Abs. 1 VwGVG zuzulassen. In seinen Entscheidungsgründen nahm das Bundesverwaltungsgericht – unter Berufung auf das zwischenzeitlich ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, mit dem die Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 25.10.2013 abgewiesen worden war – den Standpunkt ein, dass die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen zu Recht für unwirksam erklärt worden seien: Jene Risikozuweisung, die der mit Bescheid vom 25.10.2013 aufgehobene Punkt 17.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen normiert habe, sei auch in der gegenständlichen Nachfolgebestimmung implementiert, da eine

Entgeltminderung im Falle von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen seien, lediglich bei (überhaupt) keiner Inanspruchnahme der vereinbarten Zugtrassen vorgesehen sei. Auch im vorliegenden Fall würden die vorgesehenen Vertragsklauseln gegen § 67 Abs. 7 EisbG verstoßen. Durch die Überwälzung der Risiken für die Störungen in der Betriebsabwicklung auf die infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen auch dann, wenn die Störungen – in Relation des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zum betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen – weniger als von dem Infrastrukturbetreiber beherrschbar erscheinen würden, böten 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. Der gegenständliche Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterscheide 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 worden sei.

2.2 Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 15.5.2014 eine Beschwerde, die das Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 18.9.2015, W110 2008038-1 abwies, ohne die Revision gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGVG zuzulassen. In seinen Entscheidungsgründen nahm das Bundesverwaltungsgericht – unter Berufung auf das zwischenzeitlich ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, mit dem die Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 25.10.2013 abgewiesen worden war – den Standpunkt ein, dass die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen zu Recht für unwirksam erklärt worden seien: Jene Risikozuweisung, die der mit Bescheid vom 25.10.2013 aufgehobene Punkt 17.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen normiert habe, sei auch in der gegenständlichen Nachfolgebestimmung implementiert, da eine Entgeltminderung im Falle von Betriebsstörungen, die auf Streiks oder Betriebsversammlungen zurückzuführen seien, lediglich bei (überhaupt) keiner Inanspruchnahme der vereinbarten Zugtrassen vorgesehen sei. Auch im vorliegenden Fall würden die vorgesehenen Vertragsklauseln gegen Paragraph 67, Absatz 7, EisbG verstoßen. Durch die Überwälzung der Risiken für die Störungen in der Betriebsabwicklung auf die infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen auch dann, wenn die Störungen – in Relation des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zum betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen – weniger als von dem Infrastrukturbetreiber beherrschbar erscheinen würden, böten die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistungen der Schieneninfrastruktur durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, wie dies Paragraph 67, Absatz 7, EisbG verlangt. Der gegenständliche Punkt 17.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterscheide 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 worden sei.

3. Mit Schreiben vom 21.3.2016 gab die belangte Behörde der Beschwerdeführerin bekannt, dass ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren hinsichtlich einer (näher zitierten) Klausel in den XXXX 2016 und 2017 der Beschwerdeführerin eingeleitet worden sei. Die Klausel überwälze das Risiko von Störungen auf den Fahrwegkapazitätsberechtigten und habe damit denselben Effekt wie jene Klauseln, die schon in den vorangegangenen Verfahren für unwirksam erklärt worden seien.

3. Mit Schreiben vom 21.3.2016 gab die belangte Behörde der Beschwerdeführerin bekannt, dass ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren hinsichtlich einer (näher zitierten) Klausel in den römisch 40 2016 und 2017 der Beschwerdeführerin eingeleitet worden sei. Die Klausel überwälze das Risiko von Störungen auf den Fahrwegkapazitätsberechtigten und habe damit denselben Effekt wie jene Klauseln, die schon in den vorangegangenen Verfahren für unwirksam erklärt worden seien.

Demgegenüber vertrat die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 15.4.2016 die Ansicht, dass sich die in Rede stehende Klausel im Vergleich zu den früheren Bestimmungen, die für unwirksam erklärt wurden, deutlich unterscheide und ein aliud darstelle. Die aktuelle Klausel enthalte eine Beschreibung der angebotenen Leistung bzw. eine (sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern zulässige) Präzisierung des Schuldinhalts, wogegen die anderen Bestimmungen Leistungsstörungsregeln enthielten. Schon aus diesem Grund stehe die in Prüfung gezogene Bestimmung nicht im Widerspruch zu § 67h EisbG und der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Überwälzung des Risikos von Störungen in der Betriebsabwicklung.

Demgegenüber vertrat die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 15.4.2016 die Ansicht, dass sich die in Rede stehende Klausel im Vergleich zu den früheren Bestimmungen, die für unwirksam erklärt wurden, deutlich unterscheide und ein aliud darstelle. Die aktuelle Klausel enthalte eine Beschreibung der angebotenen Leistung bzw. eine (sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmern zulässige) Präzisierung des Schuldinhalts, wogegen die anderen Bestimmungen

Leistungsstörungenregeln enthielten. Schon aus diesem Grund stehe die in Prüfung gezogene Bestimmung nicht im Widerspruch zu Paragraph 67 h, EisbG und der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Überwälzung des Risikos von Störungen in der Betriebsabwicklung.

4. Mit dem angefochtenen Bescheid erklärte die belangte Behörde einen (näher zitierten) Absatz in Kapitel "6.3 Produktkatalog Netzzugang" in den XXXX und 2017 gemäß § 74 EisbG idF BGBl. I 137/2015 für unwirksam und trug der Beschwerdeführerin auf, die für unwirksam erklärte Bestimmung binnen fünf Arbeitstagen zu entfernen und jede Berufung auf die Klausel gegenüber Zugangsberechtigten zu unterlassen. Begründend vertrat die belangte Behörde die Auffassung, die für unwirksam erklärten Bestimmungen würden zusammengefasst vorsehen, dass die Beschwerdeführerin keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen gewähre, da diese weder die Vollkosten abdecken noch Wagnis- oder Gewinnzuschläge enthalten würden. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichts in jenen Entscheidungen, in denen der Widerspruch mit § 67h EisbG (bzw. mit der gleichlautenden Bestimmung des § 67 Abs. 7 EisbG idF vor BGBl. I 137/2015) durch frühere Regelungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen bestätigt wurde, würden auch für die gegenständliche Klausel gelten. Ebenso wie die Vorgängerbestimmungen überwälze 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 würden. Die Klausel biete keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Eisenbahninfrastruktur. Daran ändere auch nichts, dass die Beschwerdeführerin ein "Anreizsystem" in Gestalt eines sogenannten Performance Regimes umgesetzt habe.

4. Mit dem angefochtenen Bescheid erklärte die belangte Behörde einen (näher zitierten) Absatz in Kapitel "6.3 Produktkatalog Netzzugang" in den römisch 40 und 2017 gemäß Paragraph 74, EisbG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 137 aus 2015, für unwirksam und trug der Beschwerdeführerin auf, die für unwirksam erklärte Bestimmung binnen fünf Arbeitstagen zu entfernen und jede Berufung auf die Klausel gegenüber Zugangsberechtigten zu unterlassen. Begründend vertrat die belangte Behörde die Auffassung, die für unwirksam erklärten Bestimmungen würden zusammengefasst vorsehen, dass die Beschwerdeführerin keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen gewähre, da diese weder die Vollkosten abdecken noch Wagnis- oder Gewinnzuschläge enthalten würden. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichts in jenen Entscheidungen, in denen der Widerspruch mit Paragraph 67 h, EisbG (bzw. mit der gleichlautenden Bestimmung des Paragraph 67, Absatz 7, EisbG in der Fassung vor Bundesgesetzblatt Teil eins, 137 aus 2015,) durch frühere Regelungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen bestätigt wurde, würden auch für die gegenständliche Klausel gelten. Ebenso wie die Vorgängerbestimmungen überwälze 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 würden. Die Klausel biete keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Eisenbahninfrastruktur. Daran ändere auch nichts, dass die Beschwerdeführerin ein "Anreizsystem" in Gestalt eines sogenannten Performance Regimes umgesetzt habe.

Die in Rede stehende Bestimmung entfalte – so die belangte Behörde weiter – auch eine diskriminierende Wirkung: Durch den Ausschluss eines Anspruches auf Entgeltminderung habe das von der Betriebsstörung betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen das gleiche Entgelt zu zahlen, wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die vereinbarte mangelfreie Leistung erhalte. Indem Entgelte gemäß §§ 67 ff. EisbG für die Gewährung der Zugangsleistungen gemäß dem EisbG zustehen, seien die Entgelte entsprechend zu mindern, sobald diese Leistungen nicht (mehr) mangelfrei erbracht werden, weshalb die gegenständliche Regelung, die eine solche Entgeltminderung ausschließe, auch gegen §§ 56 ff. EisbG verstoße. Eine Abweichung von dem gemäß § 56 ff. EisbG gesetzlich vorgesehenen Leistungsinhalt kann auch nicht – wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht – als (zulässige) einschränkende Leistungsbeschreibung qualifiziert werden. Durch die Überwälzung eines unvorhersehbaren und unkalkulierbaren Risikos auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne entsprechende Abgeltung erweise sich die Regelung überdies als sittenwidrig iSd § 879 ABGB. An der Unzulässigkeit des vorliegenden Gewährleistungsausschlusses ändere auch nichts, dass es sich bei den Vertragsparteien des Infrastrukturnutzungsvertrages um Unternehmer handelt.

Die in Rede stehende Bestimmung entfalte – so die belangte Behörde weiter – auch eine diskriminierende Wirkung: Durch den Ausschluss eines Anspruches auf Entgeltminderung

habe das von der Betriebsstörung betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen das gleiche Entgelt zu zahlen, wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die vereinbarte mangelfreie Leistung erhalte. Indem Entgelte gemäß Paragraphen 67, ff. EisebG für die Gewährung der Zugangsleistungen gemäß dem EisebG zustehen, seien die Entgelte entsprechend zu mindern, sobald diese Leistungen nicht (mehr) mangelfrei erbracht werden, weshalb die gegenständliche Regelung, die eine solche Entgeltminderung ausschließe, auch gegen Paragraphen 56, ff. EisebG verstoße. Eine Abweichung von dem gemäß Paragraph 56, ff. EisebG gesetzlich vorgesehenen Leistungsinhalt kann auch nicht – wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht – als (zulässige) einschränkende Leistungsbeschreibung qualifiziert werden. Durch die Überwälzung eines unvorhersehbaren und unkalkulierbaren Risikos auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen ohne entsprechende Abgeltung erweise sich die Regelung überdies als sittenwidrig iSd Paragraph 879, ABGB. An der Unzulässigkeit des vorliegenden Gewährleistungsausschlusses ändere auch nichts, dass es sich bei den Vertragsparteien des Infrastrukturnutzungsvertrages um Unternehmer handelt.

Wie bereits in den Vorbescheiden betonte die belangte Behörde unter Verweis auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofes, dass es der Beschwerdeführerin als monopolistischer Anbieterin verwehrt sei, ihre faktische Übermacht in unsachlicher Weise auszuüben. Indem die Beschwerdeführerin den Eisenbahnverkehrsunternehmen den Zugang zu Leistungen, die sie den Eisenbahnverkehrsunternehmen nach dem EisebG zu erbringen habe, nur zu Bedingungen gewähre, die vom dispositiven Recht zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen abweichen würden, ohne dass es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gäbe, übe sie ihre faktische Übermacht in unsachlicher Weise aus. Angesichts des Ungleichgewichts der Vertragspartner sowie der mangelnden sachlichen Rechtfertigung der in Rede stehenden Bestimmung sei eine Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB damit auch hier gegeben. Wie bereits in den Vorbescheiden betonte die belangte Behörde unter Verweis auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofes, dass es der Beschwerdeführerin als monopolistischer Anbieterin verwehrt sei, ihre faktische Übermacht in unsachlicher Weise auszuüben. Indem die Beschwerdeführerin den Eisenbahnverkehrsunternehmen den Zugang zu Leistungen, die sie den Eisenbahnverkehrsunternehmen nach dem EisebG zu erbringen habe, nur zu Bedingungen gewähre, die vom dispositiven Recht zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen abweichen würden, ohne dass es hierfür eine sachliche Rechtfertigung gäbe, übe sie ihre faktische Übermacht in unsachlicher Weise aus. Angesichts des Ungleichgewichts der Vertragspartner sowie der mangelnden sachlichen Rechtfertigung der in Rede stehenden Bestimmung sei eine Sittenwidrigkeit iSd Paragraph 879, ABGB damit auch hier gegeben.

Die bescheidgegenständliche Klausel sei schon deshalb unzulässig, da die Zugangsberechtigten nicht die Möglichkeit hätten, zwischen diesem und einem Vertragsmodell zu wählen, welches eine mangelfreie Leistungserbringung zu dem gesetzlich vorgesehenen Entgelt vorsehe. Nach § 58b EisebG haben die zugangsberechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmen jedoch Anspruch auf eine mangelfreie Leistung, für die sie ein dem § 69b entsprechendes Entgelt zu leisten haben. Ein Verzicht auf diesen Leistungsstandard müsse durch den jeweiligen Zugangsberechtigten freiwillig erfolgen, um zulässig zu sein. Die bescheidgegenständliche Klausel sei schon deshalb unzulässig, da die Zugangsberechtigten nicht die Möglichkeit hätten, zwischen diesem und einem Vertragsmodell zu wählen, welches eine mangelfreie Leistungserbringung zu dem gesetzlich vorgesehenen Entgelt vorsehe. Nach Paragraph 58 b, EisebG haben die zugangsberechtigten Eisenbahnverkehrsunternehmen jedoch Anspruch auf eine mangelfreie Leistung, für die sie ein dem Paragraph 69 b, entsprechendes Entgelt zu leisten haben. Ein Verzicht auf diesen Leistungsstandard müsse durch den jeweiligen Zugangsberechtigten freiwillig erfolgen, um zulässig zu sein.

5. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 10.8.2016 Beschwerde in vollem Umfang wegen Rechtswidrigkeit des Bescheidinhalts sowie Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die Beschwerdeführerin erachtete sich – wie bereits in den Beschwerden gegen die vorhergehenden Bescheide mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen zu dieser Aufhebung und mangels Zuständigkeit der Behörde hierzu – durch den angefochtenen Bescheid in ihrem gesetzlich gewährleisteten subjektiven Recht auf Nicht-Unwirksamklärung der in ihren XXXX (Version 2.3) und 2017 (Version 1.2) jeweils in Kapitel "6.3 Produktkatalog Netzzugang" enthaltenen näher bezeichneten Bestimmungen verletzt. Entsprechendes gelte für die Anordnungen in den Spruchpunkten 2. und 3. des angefochtenen Bescheids, da diese gesetzlich nicht gedeckt seien. Mangels abschließender und vollständiger Ermittlung des Sachverhalts sei der angefochtene Bescheid überdies rechtswidrig infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften. 5. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 10.8.2016 Beschwerde in vollem Umfang wegen Rechtswidrigkeit des Bescheidinhalts sowie Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die Beschwerdeführerin erachtete sich – wie

bereits in den Beschwerden gegen die vorhergehenden Bescheide mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen zu dieser Aufhebung und mangels Zuständigkeit der Behörde hierzu – durch den angefochtenen Bescheid in ihrem gesetzlich gewährleisteten subjektiven Recht auf Nicht-Unwirksamklärung der in ihren römisch 40 (Version 2.3) und 2017 (Version 1.2) jeweils in Kapitel "6.3 Produktkatalog Netzzugang" enthaltenen näher bezeichneten Bestimmungen verletzt. Entsprechendes gelte für die Anordnungen in den Spruchpunkten 2. und 3. des angefochtenen Bescheids, da diese gesetzlich nicht gedeckt seien. Mangels abschließender und vollständiger Ermittlung des Sachverhalts sei der angefochtene Bescheid überdies rechtswidrig infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften.

In teilweise mit der Beschwerde vom 15.5.2014 übereinstimmenden Ausführungen wandte sich die Beschwerdeführerin – wie bereits in ihrem Schreiben vom 15.4.2016 – zunächst gegen die Ansicht der belangten Behörde, für die Prüfung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen (auch) am Maßstab der Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB sowie dem Gewährleistungsregime der §§ 922 ff. ABGB zuständig zu sein. Gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, bestehe die Prüfungskompetenz der belangten Behörde lediglich im Hinblick auf die Hintanhaltung "sittenwidriger Diskriminierungen" im Zusammenhang mit den Entgeltbestimmungen des sechsten Teils des EisbG. Eine Prüfung zivilrechtlicher Fragestellungen sei mangels ausdrücklicher kompetenzrechtlicher Zuweisung durch den Gesetzgeber unzulässig. Diese sei bereits auf Grund von Art. 94 B-VG, der eine Trennung von Justiz und Verwaltung anordne, ausgeschlossen. Im Übrigen liege dem gegenständlichen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren keine Beschwerde eines Zugangsberechtigten zugrunde, sodass selbst bei extensiver bzw. richtlinienkonformer Interpretation des EisbG im vorliegenden Fall keine Prüfbefugnis der belangten Behörde bestehen könne. Dass die belangte Behörde nicht als "Auffangbehörde" für unregelte AGB-Kontrollen eingerichtet worden sei, ergebe sich auch aus der jüngeren Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. In teilweise mit der Beschwerde vom 15.5.2014 übereinstimmenden Ausführungen wandte sich die Beschwerdeführerin – wie bereits in ihrem Schreiben vom 15.4.2016 – zunächst gegen die Ansicht der belangten Behörde, für die Prüfung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen (auch) am Maßstab der Sittenwidrigkeit iSd Paragraph 879, ABGB sowie dem Gewährleistungsregime der Paragraphen 922, ff. ABGB zuständig zu sein. Gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, bestehe die Prüfungskompetenz der belangten Behörde lediglich im Hinblick auf die Hintanhaltung "sittenwidriger Diskriminierungen" im Zusammenhang mit den Entgeltbestimmungen des sechsten Teils des EisbG. Eine Prüfung zivilrechtlicher Fragestellungen sei mangels ausdrücklicher kompetenzrechtlicher Zuweisung durch den Gesetzgeber unzulässig. Diese sei bereits auf Grund von Artikel 94, B-VG, der eine Trennung von Justiz und Verwaltung anordne, ausgeschlossen. Im Übrigen liege dem gegenständlichen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren keine Beschwerde eines Zugangsberechtigten zugrunde, sodass selbst bei extensiver bzw. richtlinienkonformer Interpretation des EisbG im vorliegenden Fall keine Prüfbefugnis der belangten Behörde bestehen könne. Dass die belangte Behörde nicht als "Auffangbehörde" für unregelte AGB-Kontrollen eingerichtet worden sei, ergebe sich auch aus der jüngeren Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes.

Das vom Gesetz geforderte Anreizsystem sei in Gestalt des Performance Regimes, welches Verspätungsursachen entweder der Beschwerdeführerin oder den Eisenbahnverkehrsunternehmen (oder keinem der beiden) zuordne, umgesetzt worden. In Abhängigkeit von dieser Zuordnung erhöhe oder vermindere sich das zu leistende Infrastrukturbenutzungsentgelt. Die von der belangten Behörde unterstellte Verletzung von § 67h EisbG, wonach Wegeentgelte leistungsabhängige Bestandteile enthalten müssten, liege daher nicht vor. Im Unterschied zu den Bestimmungen, die Gegenstand der von der belangten Behörde zitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes bzw. des Bundesverwaltungsgerichts gewesen seien, handle es sich hier lediglich um eine Präzisierung des Schuldinhalts bzw. eine Beschreibung der auf der Hand liegenden Tatsache, dass eine Leistung – wie die gegenständliche – nicht immer störungsfrei zur Verfügung stehen könne. Eine solche Konkretisierung sei auch gegenüber Verbrauchern zulässig – und daher umso mehr auch gegenüber Unternehmen. Die in Rede stehende Bestimmung diene nicht – wie die belangte Behörde zu konstruieren versuche – der Regelung von Leistungsstörungen im Hinblick auf eine allfällige Gewährleistung, sondern lediglich der Leistungsbeschreibung und sei daher gegenüber den Vorgängerbestimmungen, die die Tragung des Risikos bei Mängeln der vereinbarten Leistung regelten, als klares aliud zu qualifizieren. Die von der belangten Behörde unter Bezugnahme auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unterstellte gänzliche Risikozuweisung von Leistungseinschränkungen auf die infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen liege damit hier nicht vor, da die Regelung lediglich eine

zulässige Risikoverteilung im Falle von der Beschwerdeführerin nicht zu vertretender Betriebsstörungen vornehme. Das vom Gesetz geforderte Anreizsystem sei in Gestalt des Performance Regimes, welches Verspätungsursachen entweder der Beschwerdeführerin oder den Eisenbahnverkehrsunternehmen (oder keinem der beiden) zuordne, umgesetzt worden. In Abhängigkeit von dieser Zuordnung erhöhe oder vermindere sich das zu leistende Infrastrukturbenützungsentgelt. Die von der belangten Behörde unterstellte Verletzung von Paragraph 67 h, EisbG, wonach Wegeentgelte leistungsabhängige Bestandteile enthalten müssten, liege daher nicht vor. Im Unterschied zu den Bestimmungen, die Gegenstand der von der belangten Behörde zitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes bzw. des Bundesverwaltungsgerichts gewesen seien, handle es sich hier lediglich um eine Präzisierung des Schuldinhalts bzw. eine Beschreibung der auf der Hand liegenden Tatsache, dass eine Leistung – wie die gegenständliche – nicht immer störungsfrei zur Verfügung stehen könne. Eine solche Konkretisierung sei auch gegenüber Verbrauchern zulässig – und daher umso mehr auch gegenüber Unternehmen. Die in Rede stehende Bestimmung diene nicht – wie die belangte Behörde zu konstruieren versuche – der Regelung von Leistungsstörungen im Hinblick auf eine allfällige Gewährleistung, sondern lediglich der Leistungsbeschreibung und sei daher gegenüber den Vorgängerbestimmungen, die die Tragung des Risikos bei Mängeln der vereinbarten Leistung regelten, als klares aliud zu qualifizieren. Die von der belangten Behörde unter Bezugnahme auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unterstellte gänzliche Risikozuweisung von Leistungseinschränkungen auf die infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen liege damit hier nicht vor, da die Regelung lediglich eine zulässige Risikoverteilung im Falle von der Beschwerdeführerin nicht zu vertretender Betriebsstörungen vornehme.

Da die in den XXXX vorgesehene Bestimmung für alle Vertragspartner der Beschwerdeführerin in gleichem Umfang gelte, bestehe auch keine (mittelbare) Diskriminierung, zumal sämtliche Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich behandelt würden. Die in §§ 56, 58 und 58b EisbG normierten Pflichten würden durch Betriebsstörungen nicht ausgesetzt, sodass die für unwirksam erklärten Vertragsbestimmungen auch nicht gegen die genannten eisenbahnrechtlichen Anordnungen verstießen. Es gehe hier ausschließlich um Fälle, die nicht von der Beschwerdeführerin zu vertreten seien, wogegen auf das Verschulden der Beschwerdeführerin zurückzuführende Verzögerungen ohnedies einen Preisnachlass im Rahmen des Performance Regimes nach sich ziehen würden. Im Hinblick auf die unterstellte Sittenwidrigkeit der aufgehobenen Klausel betonte die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass angesichts der Tatsache, dass lediglich XXXX der Vollkosten von den Eisenbahnverkehrsunternehmen abgedeckt würden – bezogen auf die vertragliche Hauptleistung – ein Ungleichgewicht in den Nebenleistungen schon deshalb nicht gröblich benachteiligend sein könne. Eine Annahme der Sittenwidrigkeit sei jedoch nur in krass benachteiligenden Ausnahmefällen zulässig. Wie bereits in der Beschwerde vom 15.5.2014, behauptete die Beschwerdeführerin auch hier einen Verfahrensmangel dahingehend, dass die belangte Behörde keine Feststellungen dazu getroffen habe, ob und welche anderen Fälle neben dem Performance Regime zur Anwendung gelangen könnten. Wiederum habe sich die belangte Behörde mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach der durchschnittliche Kostendeckungsgrad der Infrastrukturnutzung unter Zugrundelegung der in § 67 ff. EisbG festgelegten Grundsätze netzweit lediglich etwa 21% betrage, nicht auseinandergesetzt, ansonsten sie zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass kein Verstoß gegen § 67h EisbG vorliege. Die Beschwerdeführerin stellte daher den Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge eine mündliche Verhandlung durchführen und entweder in der Sache selbst entscheiden oder den angefochtenen Bescheid ersatzlos beheben und das Verfahren einstellen, in eventuelle Rechtssache zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverweisen. Da die in den römisch 40 vorgesehene Bestimmung für alle Vertragspartner der Beschwerdeführerin in gleichem Umfang gelte, bestehe auch keine (mittelbare) Diskriminierung, zumal sämtliche Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich behandelt würden. Die in Paragraphen 56, 58 und 58 b EisbG normierten Pflichten würden durch Betriebsstörungen nicht ausgesetzt, sodass die für unwirksam erklärten Vertragsbestimmungen auch nicht gegen die genannten eisenbahnrechtlichen Anordnungen verstießen. Es gehe hier ausschließlich um Fälle, die nicht von der Beschwerdeführerin zu vertreten seien, wogegen auf das Verschulden der Beschwerdeführerin zurückzuführende Verzögerungen ohnedies einen Preisnachlass im Rahmen des Performance Regimes nach sich ziehen würden. Im Hinblick auf die unterstellte Sittenwidrigkeit der aufgehobenen Klausel betonte die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass angesichts der Tatsache, dass lediglich römisch 40 der Vollkosten von den Eisenbahnverkehrsunternehmen abgedeckt würden – bezogen auf die vertragliche Hauptleistung – ein Ungleichgewicht in den Nebenleistungen schon deshalb nicht gröblich benachteiligend sein könne. Eine Annahme der Sittenwidrigkeit sei jedoch nur in krass benachteiligenden

Ausnahmefällen zulässig. Wie bereits in der Beschwerde vom 15.5.2014, behauptete die Beschwerdeführerin auch hier einen Verfahrensmangel dahingehend, dass die belangte Behörde keine Feststellungen dazu getroffen habe, ob und welche anderen Fälle neben dem Performance Regime zur Anwendung gelangen könnten. Wiederum habe sich die belangte Behörde mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach der durchschnittliche Kostendeckungsgrad der Infrastrukturnutzung unter Zugrundelegung der in Paragraph 67, ff. EisbG festgelegten Grundsätze netzweit lediglich etwa 21% betrage, nicht auseinandergesetzt, ansonsten sie zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass kein Verstoß gegen Paragraph 67 h, EisbG vorliege. Die Beschwerdeführerin stellte daher den Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge eine mündliche Verhandlung durchführen und entweder in der Sache selbst entscheiden oder den angefochtenen Bescheid ersatzlos beheben und das Verfahren einstellen, in eventu die Rechtssache zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverweisen.

6. Am 24.8.2016 legte die belangte Behörde mit dem Hinweis, von einer Beschwerdeverentscheidung abzusehen, die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vor.

7. Dem in der Beschwerde unter einem gestellten Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, gab das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 15.9.2016, W110 2133229-1/3Z, gemäß § 84 Abs. 3 EisbG nicht statt. 7. Dem in der Beschwerde unter einem gestellten Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, gab das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 15.9.2016, W110 2133229-1/3Z, gemäß Paragraph 84, Absatz 3, EisbG nicht statt.

8. Mit Verfügung vom 27.3.2017 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht den (mit)beteiligten Parteien die eingebrachte Beschwerde zur allfälligen Stellungnahme binnen zweiwöchiger Frist.

Mit Schriftsatz vom 27.4.2017 erstattete die belangte Behörde eine schriftliche Äußerung, in der sie zusammengefasst ihre Ausführungen im angefochtenen Bescheid wiederholte und sich mit einzelnen Argumenten der Beschwerdeführerin nochmals auseinandersetzte. So betonte sie unter Verweis auf die zitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichts, dass im Hinblick auf die in den Vorgängerversionen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen für unzulässig erklärten Klauseln eine Zuständigkeit der belangten Behörde bejaht worden wäre. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass eine Diskriminierung auch dann gegeben sei, wenn die Bestimmungen der aufgehobenen Klausel zwar unterschiedslos für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gelten, sich jedoch de facto nur für manche benachteiligend auswirkten. Auch sittenwidrige Zugangsbedingungen beeinträchtigten den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur. Dass die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dazu vor der Novelle BGBl. I 137/2015, die die Richtlinie 2012/34/EU umsetze, ergangen sei, ändere nichts an der Zuständigkeit der belangten Behörde. Ebenso wie der § 74 EisbG in der Fassung vor Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU anhand von Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 2001/14/EG weit auszulegen gewesen sei, sei § 74 EisbG idF BGBl. I 137/2015 anhand von Art. 56 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU entsprechend extensiv zu interpretieren. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin habe die belangte Behörde ein Verfahren zur Wettbewerbsüberwachung gemäß § 74 EisbG auch nicht nur auf Antrag sondern auch von Amts wegen einzuleiten. Im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB sei vorliegend der Prüfungsmaßstab als auch der Verfahrensgegenstand ein anderer als vor den Zivilgerichten, da die Nutzungsbedingungen hier einer abstrakten Prüfung unter Berücksichtigung der Ziele der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes zu unterziehen seien. Bei der bescheidgegenständlichen Klausel handle es sich nicht – wie behauptet – lediglich um eine Leistungsbeschreibung, da bestimmte Mängel gerade nicht offengelegt werden, sondern es werde pauschal eine Leistungsverpflichtung der Beschwerdeführerin für von ihr nicht zu verantwortenden Störungen ausgeschlossen. Wie bereits im angefochtenen Bescheid aufgegriffen, vermochte die Beschwerdeführerin auch nicht aufzuzeigen, inwiefern sich die nunmehrige Regelung tatsächlich maßgeblich von den aufgehobenen Vorgängerbestimmungen unterscheide und daher nicht als unzulässige Risikoüberwälzung zu qualifizieren sei. Wie schon in der Vorversion der in Rede stehenden Klausel gehe auch hier aus der Formulierung der Bestimmung ein Vorrang des Performance Regimes nicht hervor. Eine solche Vorrangregelung ließe im Übrigen auch keinen sinnvollen Anwendungsbereich für die aufgehobene Bestimmung, zumal die von ihr erfassten Betriebsstörungen regelmäßig auch vom Performance Regime erfasste Verspätungsursachen seien, das die Verspätung aber gerade nicht dem jeweils davon beeinträchtigten Vertragspartner, sondern – je nach Lage des Falles – dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zuordne. Abschließend verwies die belangte Behörde nochmals darauf, dass sowohl der Verwaltungsgerichtshof als auch das Bundesverwaltungsgericht, die sich in den genannten Erkenntnissen mit jeweils nahezu gleich gelagerten Fällen zu

befassen gehabt hätten, sowohl die Zuständigkeit als auch die Rechtsunwirksamkeit der in Prüfung gezogenen Klauseln, die sich nur in "Nuancen" von der vorliegenden unterscheiden würden, bestätigt hätten. Die vorliegenden Regelungen seien "aus denselben Gründen" rechtswidrig wie jene, die Gegenstand des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, gewesen seien, da sie dieselbe Risikozuweisung vorsehen würden, die der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis missbilligt habe. Die Beschwerde sei daher als unbegründet abzuweisen. Mit Schriftsatz vom 27.4.2017 erstattete die belangte Behörde eine schriftliche Äußerung, in der sie zusammengefasst ihre Ausführungen im angefochtenen Bescheid wiederholte und sich mit einzelnen Argumenten der Beschwerdeführerin nochmals auseinandersetzte. So betonte sie unter Verweis auf die zitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichts, dass im Hinblick auf die in den Vorgängerversionen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen für unzulässig erklärten Klauseln eine Zuständigkeit der belangten Behörde bejaht worden wäre. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass eine Diskriminierung auch dann gegeben sei, wenn die Bestimmungen der aufgehobenen Klausel zwar unterschiedslos für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gelten, sich jedoch de facto nur für manche benachteiligend auswirkten. Auch sittenwidrige Zugangsbedingungen beeinträchtigten den diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur. Dass die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dazu vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 137 aus 2015,, die die Richtlinie 2012/34/EU umsetze, ergangen sei, ändere nichts an der Zuständigkeit der belangten Behörde. Ebenso wie der Paragraph 74, EisbG in der Fassung vor Umsetzung der Richtlinie 2012/34/EU anhand von Artikel 30, Absatz 2, der Richtlinie 2001/14/EG weit auszulegen gewesen sei, sei Paragraph 74, EisbG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 137 aus 2015, anhand von Artikel 56, Absatz eins, der Richtlinie 2012/34/EU entsprechend extensiv zu interpretieren. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin habe die belangte Behörde ein Verfahren zur Wettbewerbsüberwachung gemäß Paragraph 74, EisbG auch nicht nur auf Antrag sondern auch von Amts wegen einzuleiten. Im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit iSd Paragraph 879, ABGB sei vorliegend der Prüfungsmaßstab als auch der Verfahrensgegenstand ein anderer als vor den Zivilgerichten, da die Nutzungsbedingungen hier einer abstrakten Prüfung unter Berücksichtigung der Ziele der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes zu unterziehen seien. Bei der bescheidgegenständlichen Klausel handle es sich nicht – wie behauptet – lediglich um eine Leistungsbeschreibung, da bestimmte Mängel gerade nicht offengelegt werden, sondern es werde pauschal eine Leistungsverpflichtung der Beschwerdeführerin für von ihr nicht zu verantwortenden Störungen ausgeschlossen. Wie bereits im angefochtenen Bescheid aufgegriffen, vermochte die Beschwerdeführerin auch nicht aufzuzeigen, inwiefern sich die nunmehrige Regelung tatsächlich maßgeblich von den aufgehobenen Vorgängerbestimmungen unterscheide und daher nicht als unzulässige Risikoüberwälzung zu qualifizieren sei. Wie schon in der Vorversion der in Rede stehenden Klausel gehe auch hier aus der Formulierung der Bestimmung ein Vorrang des Performance Regimes nicht hervor. Eine solche Vorrangregelung ließe im Übrigen auch keinen sinnvollen Anwendungsbereich für die aufgehobene Bestimmung, zumal die von ihr erfassten Betriebsstörungen regelmäßig auch vom Performance Regime erfasste Verspätungsursachen seien, das die Verspätung aber gerade nicht dem jeweils davon beeinträchtigten Vertragspartner, sondern – je nach Lage des Falles – dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zuordne. Abschließend verwies die belangte Behörde nochmals darauf, dass sowohl der Verwaltungsgerichtshof als auch das Bundesverwaltungsgericht, die sich in den genannten Erkenntnissen mit jeweils nahezu gleich gelagerten Fällen zu befassen gehabt hätten, sowohl die Zuständigkeit als auch die Rechtsunwirksamkeit der in Prüfung gezogenen Klauseln, die sich nur in "Nuancen" von der vorliegenden unterscheiden würden, bestätigt hätten. Die vorliegenden Regelungen seien "aus denselben Gründen" rechtswidrig wie jene, die Gegenstand des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, gewesen seien, da sie dieselbe Risikozuweisung vorsehen würden, die der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis missbilligt habe. Die Beschwerde sei daher als unbegründet abzuweisen.

9. Mit Verfügung vom 10.5.2017 wurde die Äußerung der belangten Behörde den übrigen verfahrensbeteiligten Parteien zur Kenntnisnahme übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 8.6.2017 replizierte die Beschwerdeführerin auf die Äußerung der belangten Behörde vom 27.4.2014 und nahm unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung ihres bisherigen Vorbringens im Wesentlichen wiederholend zu einigen Themenbereichen nochmals Stellung. Die Beschwerdeführerin betonte nochmals, dass aus der von der belangten Behörde zitierten Judikatur eine Zuständigkeit für eine Unwirksamklärung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen auf Grund von Sittenwidrigkeit nicht abgeleitet werden könne, da sich die Prüfungsbefugnis der belangten Behörde lediglich auf diskriminierende Regelungen, die gegen das EisbG verstießen, beschränken würde

und daher vorliegend nicht gegeben sei. Nur wenn ein ausdrücklich normierter Grund zur Unwirksamklärung vorliege, könne der belangten Behörde eine Zuständigkeit zukommen. Hinsichtlich der behaupteten Sittenwidrigkeit fehle es jedoch an der notwendigen Rechtsgrundlage. Eine weitergehende Prüfungsbefugnis lasse sich auch aus den hier einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere der Richtlinie 2012/34/EU und der dazu angeführten Erwägungen, nicht ableiten. Die Beschwerdeführerin verwies nochmals darauf, dass – entgegen der Darstellung der belangten Behörde – in der verfahrensgegenständlichen Klausel lediglich klargestellt werde, dass die Beschwerdeführerin für die darin offengelegten Mängel, die nicht von ihr zu vertreten seien, keine Entgeltnachlässe gewähre. Es handle sich daher um eine Klarstellung der Kostenstruktur und nicht um eine unzulässige Risikoüberwälzung. Aus dem Performance Regime gehe deutlich hervor, in welchen Fällen dieses zur Anwendung käme, sodass sich die diesbezüglichen Erwägungen der belangten Behörde im Hinblick auf die mangelnde Anwendbarkeit jedenfalls als völlig haltlos darstellten. Auch das von ihr in diesem Zusammenhang angeführte Argument, wonach Störungen im Eisenbahnbetrieb notorisch seien, greife hier nicht, sodass es auch nicht (wie behauptet) zu einer Überwälzung eines unvorhersehbaren und unkalkulierbaren Risikos käme. Schließlich regte die Beschwerdeführerin die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens im Hinblick auf die Auslegung des Art. 56 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU zur Klärung der Frage der Zuständigkeit der belangten Behörde als Regulierungsstelle und der diesbezüglichen Beschränkung der Prüfungsbefugnis auf die Verletzung jener Pflichten, die ausdrücklich in der Richtlinie vorgesehen seien, an. Mit Schriftsatz vom 8.6.2017 replizierte die Beschwerdeführerin auf die Äußerung der belangten Behörde vom 27.4.2014 und nahm unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung ihres bisherigen Vorbringens im Wesentlichen wiederholend zu einigen Themenbereichen nochmals Stellung. Die Beschwerdeführerin betonte nochmals, dass aus der von der belangten Behörde zitierten Judikatur eine Zuständigkeit für eine Unwirksamklärung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen auf Grund von Sittenwidrigkeit nicht abgeleitet werden könne, da sich die Prüfungsbefugnis der belangten Behörde lediglich auf diskriminierende Regelungen, die gegen das EibG verstießen, beschränken würde und daher vorliegend nicht gegeben sei. Nur wenn ein ausdrücklich normierter Grund zur Unwirksamklärung vorliege, könne der belangten Behörde eine Zuständigkeit zukommen. Hinsichtlich der behaupteten Sittenwidrigkeit fehle es jedoch an der notwendigen Rechtsgrundlage. Eine weitergehende Prüfungsbefugnis lasse sich auch aus den hier einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere der Richtlinie 2012/34/EU und der dazu angeführten Erwägungen, nicht ableiten. Die Beschwerdeführerin verwies nochmals darauf, dass – entgegen der Darstellung der belangten Behörde – in der verfahrensgegenständlichen Klausel lediglich klargestellt werde, dass die Beschwerdeführerin für die darin offengelegten Mängel, die nicht von ihr zu vertreten seien, keine Entgeltnachlässe gewähre. Es handle sich daher um eine Klarstellung der Kostenstruktur und nicht um eine unzulässige Risikoüberwälzung. Aus dem Performance Regime gehe deutlich hervor, in welchen Fällen dieses zur Anwendung käme, sodass sich die diesbezüglichen Erwägungen der belangten Behörde im Hinblick auf die mangelnde Anwendbarkeit jedenfalls als völlig haltlos darstellten. Auch das von ihr in diesem Zusammenhang angeführte Argument, wonach Störungen im Eisenbahnbetrieb notorisch seien, greife hier nicht, sodass es auch nicht (wie behauptet) zu einer Überwälzung eines unvorhersehbaren und unkalkulierbaren Risikos käme. Schließlich regte die Beschwerdeführerin die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens im Hinblick auf die Auslegung des Artikel 56, Absatz eins, der Richtlinie 2012/34/EU zur Klärung der Frage der Zuständigkeit der belangten Behörde als Regulierungsstelle und der diesbezüglichen Beschränkung der Prüfungsbefugnis auf die Verletzung jener Pflichten, die ausdrücklich in der Richtlinie vorgesehen seien, an.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die rechtzeitig erhobene und zulässige Beschwerde – durch einen gemäß § 7 Abs. 1 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz iVm § 84 Abs. 8 EibG gebildeten Senat – erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die rechtzeitig erhobene und zulässige Beschwerde – durch einen gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Bundesverwaltungsgerichtsgesetz in Verbindung mit Paragraph 84, Absatz 8, EibG gebildeten Senat – erwogen:

1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Beschwerdeführerin ist Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Zuweisungsstelle. Mit Bescheid vom 14.7.2016, SCK-16-003, erklärte die belangte Behörde in dem gemäß § 74 EibG von Amts wegen eingeleiteten Wettbewerbsüberwachungsverfahren in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 (Version 2.3) sowie in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2017 (Version 1.2) jeweils im Kapitel "6.3 Produktkatalog Netzzugang" folgenden Absatz für unwirksam: Die Beschwerdeführerin ist Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Zuweisungsstelle. Mit

Bescheid vom 14.7.2016, SCK-16-003, erklärte die belangte Behörde in dem gemäß Paragraph 74, EisbG von Amts wegen eingeleiteten Wettbewerbsüberwachungsverfahren in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 (Version 2.3) sowie in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2017 (Version 1.2) jeweils im Kapitel "6.3 Produktkatalog Netzzugang" folgenden Absatz für unwirksam:

"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 vereinbarten Fahrwegkapazitäten und sonstigen Leistungen führen. Das Infrastrukturbenutzungsentgelt 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 XXXX keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen." "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 vereinbarten Fahrwegkapazitäten und sonstigen Leistungen führen. Das Infrastrukturbenutzungsentgelt 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 römisch 40 keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen."

In Spruchpunkt 2 und 3 des angefochtenen Bescheides ordnete die belangte Behörde wie folgt an:

"2) Die XXXX hat die in 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." 2) Die römisch 40 hat die in 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 XXXX hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die im Punkt 1) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen." 3) Die römisch 40 hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die im Punkt 1) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen."

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen beruhen auf dem Inhalt des von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakts. Der Inhalt der gegenständlichen Vertragsbestimmungen war bereits im Verfahren vor der belangten Behörde unstrittig (zu den vorgebrachten Feststellungsmängeln vgl. unten 3.9). Diese Feststellungen beruhen auf dem Inhalt des von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakts. Der Inhalt der gegenständlichen Vertragsbestimmungen war bereits im Verfahren vor der belangten Behörde unstrittig (zu den vorgebrachten Feststellungsmängeln vergleiche unten 3.9).

3. Rechtlich folgt daraus:

Zu A)

3.1 In der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.11.2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, ABl L 343 vom 14.12.2012, S 32, mit der die Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2001, ABl L 75 vom 15.3.2001, S 29, aufgehoben wurde, wird in den Erwägungsgründen ausgeführt, dass – zwecks Sicherstellung der Transparenz und eines nichtdiskriminierenden Zugangs zu den Eisenbahnfahrwegen und Leistungen in Serviceeinrichtungen für alle Eisenbahnunternehmen – sämtliche für die Wahrnehmung der Zugangsrechte benötigten Informationen in den XXXX veröffentlicht werden sollten (Erwägungsgrund 34). Bei den Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen sollte allen Unternehmen ein gleicher und nichtdiskriminierender Zugang geboten werden, um einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsdiensten zu ermöglichen (Erwägungsgrund 42). Der mit "leistungsabhängige Entgeltregelung" betitelte Art. 35 der Richtlinie sieht in Abs. 1 Folgendes vor: 3.1 In der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.11.2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, Amtsblatt

L 343 vom 14.12.2012, S 32, mit der die Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2001, Amtsblatt L 75 vom 15.3.2001, S 29, aufgehoben wurde, wird in den Erwägungsgründen ausgeführt, dass – zwecks Sicherstellung der Transparenz und eines nichtdiskriminierenden Zugangs zu den Eisenbahnfahrwegen und Leistungen in Serviceeinrichtungen für alle Eisenbahnunternehmen – sämtliche für die Wahrnehmung der Zugangsrechte benötigten Informationen in den römisch 40 veröffentlicht werden sollten (Erwägungsgrund 34). Bei den Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen sollte allen Unternehmen ein gleicher und nichtdiskriminierender Zugang geboten werden, um einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsdiensten zu ermöglichen (Erwägungsgrund 42). Der mit "leistungsabhängige Entgeltregelung" betitelte Artikel 35, der Richtlinie sieht in Absatz eins, Folgendes vor:

"(1) Die Entgeltregelungen für die Fahrwegnutzung müssen 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."

3.2 In Art. 56 Abs. 1 der Richtlinie wird einem Antragsteller das Recht eingeräumt, die Regulierungsbehörde zu befragen, wenn er sich durch Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers oder gegebenenfalls des Eisenbahnunternehmens betreffend die XXXX, die Entgeltregelung oder den Zugang zu diversen Leistungen ungerecht behandelt, diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt erachtet. Abs 2 leg. cit. legt in diesem Zusammenhang fest, dass die Regulierungsstelle berechtigt ist, die Wettbewerbssituation in den Schienenverkehrsmärkten zu überwachen; sie prüft insbesondere von sich aus die in Abs. 1 Buchstaben a bis g genannten Punkte (vgl. dazu lit. d betreffend der Prüfungsbefugnis im Hinblick auf die Entgeltregelung), um der Diskriminierung von Antragstellern vorzubeugen. Nach Art. 56 Abs. 9 dieser Richtlinie hat die Regulierungsstelle über "Beschwerden" zu entscheiden und (innerhalb näher umschriebener Frist) Abhilfemaßnahmen zu treffen. 3.2 In Artikel 56, Absatz eins, der Richtlinie wird einem Antragsteller das Recht eingeräumt, die Regulierungsbehörde zu befragen, wenn er sich durch Entscheidungen des Infrastrukturbetreibers oder gegebenenfalls des Eisenbahnunternehmens betreffend die römisch 40, die Entgeltregelung oder den Zugang zu diversen Leistungen ungerecht behandelt, diskriminiert oder auf andere Weise in seinen Rechten verletzt erachtet. Absatz 2, leg. cit. legt in diesem Zusammenhang fest, dass die Regulierungsstelle berechtigt ist, die Wettbewerbssituation in den Schienenverkehrsmärkten zu überwachen; sie prüft insbesondere von sich aus die in Absatz eins, Buchstaben a bis g genannten Punkte vergleiche dazu Litera d, betreffend der Prüfungsbefugnis im Hinblick auf die Entgeltregelung), um der Diskriminierung von Antragstellern vorzubeugen. Nach Artikel 56, Absatz 9, dieser Richtlinie hat die Regulierungsstelle über "Beschwerden" zu entscheiden und (innerhalb näher umschriebener Frist) Abhilfemaßnahmen zu treffen.

3.3 Vor dem Hintergrund dieser unionsrechtlichen Vorgaben stellen sich die im vorliegenden Beschwerdeverfahren maßgebenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften wie folgt dar (vgl. ErlRV 841 BlgNR 25. GP 1): 3.3 Vor dem Hintergrund dieser unionsrechtlichen Vorgaben stellen sich die im vorliegenden Beschwerdeverfahren maßgebenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften wie folgt dar vergleiche ErlRV 841 BlgNR 25. Gesetzgebungsperiode 1):

Zweck des mit "Regulierung des Schienenverkehrsmarktes" überschriebenen sechsten Teiles des EisbG ist nach § 54 leg. cit. die wirtschaftliche und effiziente Nutzung der Schienenbahnen in Österreich u.a. durch die Sicherstellung des Zugangs zur Schieneninfrastruktur für Zugangsberechtigte (§ 54 Z 3 EisbG). Zweck des mit "Regulierung des Schienenverkehrsmarktes" überschriebenen sechsten Teiles des EisbG ist nach Paragraph 54, leg. cit. die wirtschaftliche und effiziente Nutzung der Schienenbahnen in Österreich u.a. durch die Sicherstellung des Zugangs zur Schieneninfrastruktur für Zugangsberechtigte (Paragraph 54, Ziffer 3, EisbG).

Gemäß § 56 EisbG hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugtrassen diskriminierungsfrei einzuräumen, wobei Zugangsberechtigte außerdem eine Sicherheitsbescheinigung-Teil A und eine Sicherheitsbescheinigung-Teil B vorzulegen haben. Unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach § 58 Abs. 1 EisbG zwecks Zugangs zur Schieneninfrastruktur über diesen Zugang hinaus näher bezeichnete Leistungen als Mindestzugangspaket zur Verfügung zu stellen, wie z.B. die Nutzung von Weichen und Abzweigungen sowie zur Ausübung der Zugangsrechte notwendige Leistungen der Kommunikations- und Informationssysteme. Gemäß § 59

Abs. 1 EisbG haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen für den Zugang zur Schieneninfrastruktur durch Zugangsberechtigte und für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen XXXX zu erstellen, in denen sie die Bedingungen festlegen, unter denen sie diesen Zugang einräumen und unter denen sie diese sonstigen Leistungen zur Verfügung stellen. Gemäß Paragraph 56, EisbG hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugtrassen diskriminierungsfrei einzuräumen, wobei Zugangsberechtigte außerdem eine Sicherheitsbescheinigung-Teil A und eine Sicherheitsbescheinigung-Teil B vorzulegen haben. Unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen nach Paragraph 58, Absatz eins, EisbG zwecks Zugangs zur Schieneninfrastruktur über diesen Zugang hinaus näher bezeichnete Leistungen als Mindestzugangspaket zur Verfügung zu stellen, wie z.B. die Nutzung von Weichen und Abzweigungen sowie zur Ausübung der Zugangsrechte notwendige Leistungen der Kommunikations- und Informationssysteme. Gemäß Paragraph 59, Absatz eins, EisbG haben Eisenbahninfrastrukturunternehmen für den Zugang zur Schieneninfrastruktur durch Zugangsberechtigte und für die Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen römisch 40 zu erstellen, in denen sie die Bedingungen festlegen, unter denen sie diesen Zugang einräumen und unter denen sie diese sonstigen Leistungen zur Verfügung stellen.

Nach § 67 Abs. 1 EisbG sind Benützungsentgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen. Leistungsabhängige Wegeentgeltbestandteile gemäß § 67h leg. cit. sind dabei wie folgt festzulegen: Nach Paragraph 67, Absatz eins, EisbG sind Benützungsentgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen. Leistungsabhängige Wegeentgeltbestandteile gemäß Paragraph 67 h, leg. cit. sind dabei wie folgt festzulegen:

"Unter Anwendung der Grundsätze einer leistungsabhängigen Entgeltregelung gemäß Anhang VI Nummer 2 der Richtlinie 2012/34/EU, die für die gesamte Eisenbahninfrastruktur zu gelten haben, müssen die Wegeentgeltregeln überdies 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." "Unter Anwendung der Grundsätze einer leistungsabhängigen Entgeltregelung gemäß Anhang römisch sechs Nummer 2 der Richtlinie 2012/34/EU, die für die gesamte Eisenbahninfrastruktur zu gelten haben, müssen die Wegeentgeltregeln überdies 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."

Die Wegeentgeltregeln sind vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen festzulegen. Die Anwendung der Wegeentgeltregeln hat dabei zu gleichwertigen und nichtdiskriminierenden Wegeentgelten für verschiedene Zugangsberechtigte führen (vgl. § 68 Abs. 2 sowie Abs. 4 Z 2 leg. cit.). Die Wegeentgeltregeln sind vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen festzulegen. Die Anwendung der Wegeentgeltregeln hat dabei zu gleichwertigen und nichtdiskriminierenden Wegeentgelten für verschiedene Zugangsberechtigte führen vergleiche Paragraph 68, Absatz 2, sowie Absatz 4, Ziffer 2, leg. cit.).

Anhang VI Nr. 2 der Richtlinie 2012/34/EU regelt die Anforderungen in Bezug auf Eisenbahninfrastrukturkosten und Zugangsentgelte. Für leistungsabhängige Entgelte gelten folgende Grundsätze: Anhang römisch sechs Nr. 2 der Richtlinie 2012/34/EU regelt die Anforderungen in Bezug auf Eisenbahninfrastrukturkosten und Zugangsentgelte. Für leistungsabhängige Entgelte gelten folgende Grundsätze:

"a) Um ein vereinbartes Leistungsniveau zu erreichen und die wirtschaftliche Tragfähigkeit eines Verkehrsdienstes nicht zu gefährden, vereinbart der Infrastrukturbetreiber mit den Antragstellern die Eckwerte der leistungsabhängigen Entgeltregelung, insbesondere die Dauer von Verspätungen und die Grenzwerte, ab denen nach Maßgabe der leistungsabhängigen Entgeltregelung Zahlungen fällig werden, und zwar sowohl für Einzelfahrten als auch für sämtliche Zugbewegungen, die ein Eisenbahnunternehmen in einer bestimmten Zeit durchführt.

b) Der Infrastrukturbetreiber teilt den Eisenbahnunternehmen den Netzfahrplan, anhand dessen die Verspätungen berechnet werden, mindestens fünf Tage vor der Zugfahrt mit. Im Falle höherer Gewalt oder kurzfristiger Netzfahrplanänderungen kann der Infrastrukturbetreiber eine kürzere Mitteilungsfrist anwenden".

In lit c leg. cit. werden alle Verspätungen nach Kategorien festgelegt und dem Infrastrukturbetreiber, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zugeordnet. Verspätungen sollen dabei nach Möglichkeit nur einer einzigen Organisation zugeschrieben werden, wobei sowohl die Verantwortung für die Störung als auch die Fähigkeit zur Wiederherstellung des normalen Verkehrsbetriebs zu berücksichtigen sind (vgl. Anhang VI Nr. 2 lit. d leg. cit.). In Litera c, leg. cit. werden alle Verspätungen nach Kategorien festgelegt und dem Infrastrukturbetreiber, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zugeordnet. Verspätungen sollen dabei nach Möglichkeit nur einer einzigen Organisation zugeschrieben werden, wobei sowohl die Verantwortung für die Störung als auch die Fähigkeit zur Wiederherstellung des normalen Verkehrsbetriebs zu berücksichtigen sind vergleiche Anhang römisch sechs Nr. 2 Litera d, leg. cit.).

Gemäß § 74 Abs. 1 Z 5 EisbG hat die Schienen-Control Kommission von Amts den Bestimmungen des sechsten Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften nicht entsprechende XXXX, Verträge oder Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären. Der mit "Wettbewerbsaufsicht" betitelte § 74 EisbG lautet auszugsweise wie folgt: Gemäß Paragraph 74, Absatz eins, Ziffer 5, EisbG hat die Schienen-Control Kommission von Amts den Bestimmungen des sechsten Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften nicht entsprechende römisch 40, Verträge oder Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären. Der mit "Wettbewerbsaufsicht" betitelte Paragraph 74, EisbG lautet auszugsweise wie folgt:

"§ 74. (1) Die Schienen-Control Kommission hat auf Beschwerde von Fahrwegkapazitätsberechtigten oder Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie von Amts wegen

1. einer Zuweisungsstelle hinsichtlich der für die Zuweisung von Fahrwegkapazität und hinsichtlich der Gewährung des Mindestzugangspaketes 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 oder

2. einer entgelterhebenden Stelle hinsichtlich der Entscheidung über die Höhe eines zu entrichtenden Wegeentgeltes, der Gewährung von Wegeentgeltnachlässen und der Einhebung von Wegeentgelten 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 oder

3. 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 oder

4. einem Betreiber von Serviceeinrichtungen hinsichtlich der Gewährung des Zuganges zu Serviceeinrichtungen, einschließlich des Schienenzuganges, und der Gewährung von Serviceleistungen im Falle des Zuwiderhandelns ein den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften entsprechendes Verhalten aufzuerlegen oder nicht entsprechendes Verhalten zu untersagen oder

5. 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, oder

6. 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, oder

7. die Ergänzung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen durch Angaben oder Informationen aufzutragen, die in diesen entgegen den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die

Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften entweder nicht enthalten sind, oder aufgrund einer Unwirksamklärung unwirksam sind, oder

8. festzustellen, ob in Entwurfsform vorliegende Schienennetz-Nutzungsbedingungen den Bestimmungen des 6. Teiles oder den unmittelbar anzuwendenden unionsrechtlichen, die Regulierung des Schienenverkehrsmarktes regelnden Rechtsvorschriften nicht entsprechen würden []."

3.4 Was die Zuständigkeit der belangten Behörde im vorliegenden Verfahren anbelangt, erachtete es der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 27.11.2014, 2013/03/0092, zugunsten einer wirksamen Umsetzung des Unionsrechts als erforderlich, dass der belangten Behörde die Zuständigkeit zukomme, bezüglich der zu Beginn ihres Aufsichtsverfahrens in Prüfung gezogenen XXXX iSd § 59 EibG auch dann ein nicht-diskriminierendes Verhalten aufzuerlegen bzw. ein diskriminierendes Verhalten zu untersagen, wenn die belangte Behörde ihre Entscheidung erst in einem der darauffolgenden Jahre fällt. Es würde – so der Verwaltungsgerichtshof – die Wirksamkeit der wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Kontrolle unterlaufen, würde es alleine auf die Geltungsdauer von XXXX ankommen, sodass die belangte Behörde in ihrem auch auf die Zukunft gerichteten Entscheidungsverhalten (insbesondere betreffend die Untersagung diskriminierenden Verhaltens) begrenzt wird. Vielmehr erstreckte sich die Zuständigkeit der Behörde auf jene XXXX, die sie ursprünglich zu Verfahrensbeginn als anwendbare XXXX in Prüfung zog, sowie auf alle (zeitlich) darauf folgenden XXXX. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Zuständigkeit der belangten Behörde betreffend die im bekämpften Bescheid erfassten Bestimmungen nach den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017 gegeben war. 3.4 Was die Zuständigkeit der belangten Behörde im vorliegenden Verfahren anbelangt, erachtete es der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 27.11.2014, 2013/03/0092, zugunsten einer wirksamen Umsetzung des Unionsrechts als erforderlich, dass der belangten Behörde die Zuständigkeit zukomme, bezüglich der zu Beginn ihres Aufsichtsverfahrens in Prüfung gezogenen römisch 40 iSd Paragraph 59, EibG auch dann ein nicht-diskriminierendes Verhalten aufzuerlegen bzw. ein diskriminierendes Verhalten zu untersagen, wenn die belangte Behörde ihre Entscheidung erst in einem der darauffolgenden Jahre fällt. Es würde – so der Verwaltungsgerichtshof – die Wirksamkeit der wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Kontrolle unterlaufen, würde es alleine auf die Geltungsdauer von römisch 40 ankommen, sodass die belangte Behörde in ihrem auch auf die Zukunft gerichteten Entscheidungsverhalten (insbesondere betreffend die Untersagung diskriminierenden Verhaltens) begrenzt wird. Vielmehr erstreckte sich die Zuständigkeit der Behörde auf jene römisch 40, die sie ursprünglich zu Verfahrensbeginn als anwendbare römisch 40 in Prüfung zog, sowie auf alle (zeitlich) darauf folgenden römisch 40. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Zuständigkeit der belangten Behörde betreffend die im bekämpften Bescheid erfassten Bestimmungen nach den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017 gegeben war.

Die in § 74 Abs. 1 EibG vorgesehene Zuständigkeit der belangten Behörde zur Hintanhaltung von Diskriminierungen ist gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2001/03/0150, dahingehend zu verstehen, dass damit jedenfalls auch gewährleistet wird, dass die Bestimmungen des sechsten Teiles des EibG betreffend die Benützungsentgeltregelungen eingehalten werden (vgl. auch bereits VwGH 27.11.2014, 2013/03/0092). In diesem Sinne nimmt die belangte Behörde ihre unionsrechtlich determinierte regulierungsrechtliche Zuständigkeit in einem Wettbewerbsaufsichtsverfahren nach § 74 EibG wahr, wenn sie insbesondere auch den Zielsetzungen des § 67h EibG, den Zugangsberechtigten und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur zu bieten, Rechnung trägt (vgl. VwGH 30.6.2015, 2013/03/0150). Die in Paragraph 74, Absatz eins, EibG vorgesehene Zuständigkeit der belangten Behörde zur Hintanhaltung von Diskriminierungen ist gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2001/03/0150, dahingehend zu verstehen, dass damit jedenfalls auch gewährleistet wird, dass die Bestimmungen des sechsten Teiles des EibG betreffend die Benützungsentgeltregelungen eingehalten werden vergleiche auch bereits VwGH 27.11.2014, 2013/03/0092). In diesem Sinne nimmt die belangte Behörde ihre unionsrechtlich determinierte regulierungsrechtliche Zuständigkeit in einem Wettbewerbsaufsichtsverfahren nach Paragraph 74, EibG wahr, wenn sie insbesondere auch den Zielsetzungen des Paragraph 67 h, EibG, den Zugangsberechtigten und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur zu bieten, Rechnung trägt vergleiche VwGH 30.6.2015, 2013/03/0150).

Der Beschwerdeführerin kommt als Zuweisungsstelle iSd § 62 EibG im Rahmen des Verfahrens nach § 74 EibG ein subjektives öffentliches Recht zu, den dort vorgesehenen wettbewerbsbehördlichen Maßnahmen nicht unterzogen zu

werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, insbesondere kommt ihr auch das Recht zu, dass die von ihr gemäß § 59 EisbG erstellten Schienennetz-Nutzungsbedingungen nicht für unwirksam erklärt werden bzw. das Aufstellen gleichartiger Bedingungen nicht untersagt wird, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für derartige Maßnahmen nicht vorliegen (vgl. VwGH 26.3.2012, 2011/03/0152; 21.10.2014, 2013/03/0112). Der Beschwerdeführerin kommt als Zuweisungsstelle iSd Paragraph 62, EisbG im Rahmen des Verfahrens nach Paragraph 74, EisbG ein subjektives öffentliches Recht zu, den dort vorgesehenen wettbewerbsbehördlichen Maßnahmen nicht unterzogen zu werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, insbesondere kommt ihr auch das Recht zu, dass die von ihr gemäß Paragraph 59, EisbG erstellten Schienennetz-Nutzungsbedingungen nicht für unwirksam erklärt werden bzw. das Aufstellen gleichartiger Bedingungen nicht untersagt wird, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für derartige Maßnahmen nicht vorliegen vergleiche VwGH 26.3.2012, 2011/03/0152; 21.10.2014, 2013/03/0112).

3.5 Betreiber der Infrastruktur haben dafür Sorge zu tragen, dass die Anwendung der Entgeltregelung zu gleichwertigen und nicht diskriminierenden Entgelten für unterschiedliche Eisenbahnunternehmen führt, die Dienste gleichwertiger Art in ähnlichen Teilen des Marktes erbringen. In diesem Sinn unterliegt dem sechsten Teil des EisbG insbesondere der Zweck, die wirtschaftliche und effiziente Nutzung der Schienenbahnen in Österreich durch die Herstellung eines chancengleichen produktionsfähigen Wettbewerbs zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen im Bereich des Schienenverkehrsmarktes zu gewährleisten (VwGH 21.10.2014, 2013/03/0112).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung betont, verlangt das zu den wesentlichen unionsrechtlichen Grundsätzen gehörende Diskriminierungsverbot nicht nur, 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 (siehe z.B. VwGH 18.5.2004, 2000/17/0144; 11.11.2009, 2009/04/0206; 30.6.2015, 2013/03/0150, jeweils mwH auf die Judikatur des EuGH, vgl. z.B. EuGH 18.5.1994, C-309/89, Codorniu SA, Slg. 1994, I-1853, Rz 26; 5.6.2008, C-164/07, Wood, Slg. 2008, I-4143, Rz 13; 6.10.2009, C-123/08, Wolzenburg, Slg. 2009, I-9621, Rz 63). Weiters könnten – so der Verwaltungsgerichtshof – auch Überlegungen auf dem Boden des normativen Gehaltes des § 879 ABGB insoweit zum Tragen kommen, als diese Überlegungen im normativen Umfang der Zuständigkeit der belangten Behörde nach § 74 Abs. 1 EisbG zur Hintanhaltung von Diskriminierungen (mit der auch gewährleistet wird, dass die Bestimmungen des sechsten Teiles des EisbG betreffend das vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzte Entgelt eingehalten werden) ihre Deckung finden können (VwGH 30.6.2015, 2013/03/0150). Die Überprüfung rechtlich geschützter Interessen iSe einseitigen Benachteiligung eines Vertragspartners ist auch bei der Beurteilung der Einhaltung eisenbahnrechtlicher Bestimmungen im Hinblick auf die darin angeordneten Entgeltbestimmungen maßgebend (vgl. VwGH 11.9.2013, 2012/04/0021). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung betont, verlangt das zu den wesentlichen unionsrechtlichen Grundsätzen gehörende Diskriminierungsverbot nicht nur, 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 (siehe z.B. VwGH 18.5.2004, 2000/17/0144; 11.11.2009, 2009/04/0206; 30.6.2015, 2013/03/0150, jeweils mwH auf die Judikatur des EuGH, vergleiche z.B. EuGH 18.5.1994, C-309/89, Codorniu SA, Slg. 1994, I-1853, Rz 26; 5.6.2008, C-164/07, Wood, Slg. 2008, I-4143, Rz 13; 6.10.2009, C-123/08, Wolzenburg, Slg. 2009, I-9621, Rz 63). Weiters könnten – so der Verwaltungsgerichtshof – auch Überlegungen auf dem Boden des normativen Gehaltes des Paragraph 879, ABGB insoweit zum Tragen kommen, als diese Überlegungen im normativen Umfang der Zuständigkeit der belangten Behörde nach Paragraph 74, Absatz eins, EisbG zur Hintanhaltung von Diskriminierungen (mit der auch gewährleistet wird, dass die Bestimmungen des sechsten Teiles des EisbG betreffend das vom Betreiber der Infrastruktur festgesetzte Entgelt eingehalten werden) ihre Deckung finden können (VwGH 30.6.2015, 2013/03/0150). Die Überprüfung rechtlich geschützter Interessen iSe einseitigen Benachteiligung eines Vertragspartners ist auch bei der Beurteilung der Einhaltung eisenbahnrechtlicher Bestimmungen im Hinblick auf die darin angeordneten Entgeltbestimmungen maßgebend vergleiche VwGH 11.9.2013, 2012/04/0021).

3.6 Im Erkenntnis vom 30.6.2015, 2013/03/0150, das die mit dem Bescheid der belangten Behörde vom 25.10.2013, SCK-13/041, für unwirksam erklärten Vertragspunkte betraf, ging der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass mit den Vorgängerbestimmungen der im gegenständlichen Verfahren relevanten Vertragsklauseln das Risiko einer Störung der Betriebsabwicklung auch dann gänzlich einem infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen zugewiesen

werde, wenn diese Störung nicht auf das Verhalten dieses betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmens zurückgeht. Vielmehr würden Störungen in der Betriebsabwicklung in Folge von Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse, Störungen der Betriebsabwicklung aufgrund von Streiks oder Betriebsversammlungen im Bereich des Infrastrukturunternehmens oder Nutzungseinschränkungen wegen betriebsbedingter Abschaltungen oder "höherer Gewalt" – bezogen auf die Relation des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zum betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen – in der Sphäre des Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen, wobei diese Störungen, Mängel bzw. Einschränkungen von einem infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen weniger als vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen beherrschbar erscheinen würden. Eine solche Risikozuweisung stehe nicht im Einklang mit § 76 Abs. 7 EisbG (idF BGBl. I 205/2013), weil sie keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistungen der Schieneninfrastruktur seitens des Eisenbahninfrastrukturunternehmens biete. Ferner laufe diese Risikozuweisung dem § 67 Abs. 7 zweiter Satz leg. cit. insofern zuwider, als dort insbesondere für Betriebsstörungen der Infrastruktur Pönalen sowie eine Entschädigung für von den Störungen betroffenen Zugangsberechtigten normiert würden, was einer einseitigen Belastung von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit den in Rede stehenden Risiken entgegen stehe (vgl. dazu auch EuGH 11.7.2013, Rs C-545/10, Kommission/Tschechische Republik, Rz 79 ff.).

3.6 Im Erkenntnis vom 30.6.2015, 2013/03/0150, das die mit dem Bescheid der belangten Behörde vom 25.10.2013, SCK-13/041, für unwirksam erklärten Vertragspunkte betraf, ging der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass mit den Vorgängerbestimmungen der im gegenständlichen Verfahren relevanten Vertragsklauseln das Risiko einer Störung der Betriebsabwicklung auch dann gänzlich einem infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen zugewiesen werde, wenn diese Störung nicht auf das Verhalten dieses betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmens zurückgeht. Vielmehr würden Störungen in der Betriebsabwicklung in Folge von Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse, Störungen der Betriebsabwicklung aufgrund von Streiks oder Betriebsversammlungen im Bereich des Infrastrukturunternehmens oder Nutzungseinschränkungen wegen betriebsbedingter Abschaltungen oder "höherer Gewalt" – bezogen auf die Relation des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zum betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen – in der Sphäre des Eisenbahninfrastrukturunternehmens liegen, wobei diese Störungen, Mängel bzw. Einschränkungen von einem infrastrukturbenützenden Eisenbahnverkehrsunternehmen weniger als vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen beherrschbar erscheinen würden. Eine solche Risikozuweisung stehe nicht im Einklang mit Paragraph 76, Absatz 7, EisbG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 205 aus 2013, weil sie keine Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistungen der Schieneninfrastruktur seitens des Eisenbahninfrastrukturunternehmens biete. Ferner laufe diese Risikozuweisung dem Paragraph 67, Absatz 7, zweiter Satz leg. cit. insofern zuwider, als dort insbesondere für Betriebsstörungen der Infrastruktur Pönalen sowie eine Entschädigung für von den Störungen betroffenen Zugangsberechtigten normiert würden, was einer einseitigen Belastung von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit den in Rede stehenden Risiken entgegen stehe vergleiche dazu auch EuGH 11.7.2013, Rs C-545/10, Kommission/Tschechische Republik, Rz 79 ff.).

3.7 Unter Bedachtnahme auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, hat die belangte Behörde die hier in Rede stehenden Vertragsbestimmungen aus folgenden Gründen zu Recht für unwirksam erklärt:

Die in den XXXX sowie 2017 jeweils im Kapitel 6.3 des Produktkataloges Netzzugang angeführte Klausel unterscheidet sich im Hinblick auf den Regelungsinhalt nicht von ihren Vorgängerbestimmungen, die im Rahmen der zu SCK-13-041 sowie SCK-14-001 eingeleiteten Prüfungsverfahren von der belangten Behörde für unwirksam erklärt wurden. Auch die hier in Rede stehende Klausel regelt, dass die Beschwerdeführerin "keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen" durch "Eisenbahninfrastrukturanlagen, ungeplante Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, das Personal, Dritte, Witterungsverhältnisse oder sonstige Unregelmäßigkeiten" gewähre. Diese Bestimmung legt unmissverständlich fest, dass das Risiko von Leistungsausfällen zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Eisenbahnverkehrsunternehmens geht, und zwar auch dann, wenn die Störung jedenfalls nicht auf das Verhalten des jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmens zurückgeht bzw. ihm nicht zurechenbar ist.

Die in den römisch 40 sowie 2017 jeweils im Kapitel 6.3 des Produktkataloges Netzzugang angeführte Klausel unterscheidet sich im Hinblick auf den Regelungsinhalt nicht von ihren Vorgängerbestimmungen, die im Rahmen der zu SCK-13-041 sowie SCK-14-001 eingeleiteten Prüfungsverfahren von der belangten Behörde für unwirksam erklärt wurden. Auch die hier in Rede stehende Klausel regelt, dass die Beschwerdeführerin "keine Entgeltnachlässe für von ihr nicht zu vertretende Betriebsstörungen" durch "Eisenbahninfrastrukturanlagen,

ungeplante Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, das Personal, Dritte, Witterungsverhältnisse oder sonstige Unregelmäßigkeiten" gewähre. Diese Bestimmung legt unmissverständlich fest, dass das Risiko von Leistungsausfällen zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Eisenbahnverkehrsunternehmens geht, und zwar auch dann, wenn die Störung jedenfalls nicht auf das Verhalten des jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmens zurückgeht bzw. ihm nicht zurechenbar ist.

Daran ändert – wie schon im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof im Fall der Vorgängerbestimmung – auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das in den XXXX 2016 und 2017 vorgesehene Performance Regime, das Verspätungsursachen entweder der Beschwerdeführerin oder einem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zuordnet, nichts. Anreize zur Erhöhung der Leistung des Schienennetzes werden dadurch nicht geboten. Die Interpretation der Beschwerdeführerin findet weder in der früheren noch in der aktuellen Bestimmung eine hinreichende Grundlage (vgl. etwa EuGH 18.4.2013, Rs C-625/10, Kommission/Frankreich, Rz 73; VwGH 30.6.2015, 2013/6/2015). Daran ändert – wie schon im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof im Fall der Vorgängerbestimmung – auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das in den römisch 40 2016 und 2017 vorgesehene Performance Regime, das Verspätungsursachen entweder der Beschwerdeführerin oder einem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zuordnet, nichts. Anreize zur Erhöhung der Leistung des Schienennetzes werden dadurch nicht geboten. Die Interpretation der Beschwerdeführerin findet weder in der früheren noch in der aktuellen Bestimmung eine hinreichende Grundlage vergleiche etwa EuGH 18.4.2013, Rs C-625/10, Kommission/Frankreich, Rz 73; VwGH 30.6.2015, 2013/6/2015).

Jene Risikozuweisung, die in den mit Bescheid vom 25.10.2013, SCK-13-041, sowie mit Bescheid vom 10.4.2014, SCK-14-001, aufgehobenen Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen normiert war, ist auch in der gegenständlichen Nachfolgebestimmung implementiert, da eine Entgeltminderung in Fällen von Betriebsstörungen, die nicht von der Beschwerdeführerin verursacht wurden und vielmehr auf Störungen und sonstige Unregelmäßigkeiten etwa durch Eisenbahninfrastrukturanlagen, ungeplante Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, das Personal, Dritte oder Witterungsverhältnisse zurückzuführen sind, ausgeschlossen ist und Eisenbahnverkehrsunternehmen trotz mangelhafter Gegenleistung das Benützungsentgelt in voller Höhe zu leisten haben. Insofern enthält der von der belangten Behörde für unwirksam erklärte Absatz in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 und 2017 im Wesentlichen den gleichen Regelungsinhalt wie die früheren Bestimmungen. Daran ändert auch die anders geartete Textierung bzw. Formulierung nichts. Dass die aktuelle Bestimmung sich in inhaltlicher Hinsicht maßgeblich von den früheren Bestimmungen unterscheidet, hat die Beschwerdeführerin nicht überzeugend darzulegen vermocht. Die aktuelle Regelung läuft auf das gleiche Ergebnis wie die früheren für unwirksam erklärten Bestimmungen hinaus.

3.8 Aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung mit den im Verfahren zu SCK-13-041 sowie SCK-14-001 für unwirksam erklärten Vertragsbestimmungen geht der erkennende Senat des Bundesverwaltungsgerichts unter Berücksichtigung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, auch bei der gegenständlichen Vertragsklausel der XXXX von einem Verstoß gegen § 67h EisebG 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 Eisenbahninfrastrukturunternehmens, wie dies § 67h verlangt, zumal in dessen zweitem Satz Pönalen sowie Entschädigungen für Betriebsstörungen der Infrastruktur normiert werden, was einer einseitigen Belastung von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit den in Rede stehenden Risiken entgegen steht. 3.8 Aufgrund der inhaltlichen Übereinstimmung mit den im Verfahren zu SCK-13-041 sowie SCK-14-001 für unwirksam erklärten Vertragsbestimmungen geht der erkennende Senat des Bundesverwaltungsgerichts unter Berücksichtigung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 30.6.2015, 2013/03/0150, auch bei der gegenständlichen Vertragsklausel der römisch 40 von einem Verstoß gegen Paragraph 67 h, EisebG 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 Eisenbahninfrastrukturunternehmens, wie dies Paragraph 67 h, verlangt, zumal in dessen zweitem Satz Pönalen sowie Entschädigungen für Betriebsstörungen der Infrastruktur normiert werden, was einer einseitigen Belastung von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit den in Rede stehenden Risiken entgegen steht.

Daher kann schon aus diesem Grund der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie die in Rede stehenden Bestimmungen gemäß § 74 EisebG für unwirksam erklärt hat. Bei diesem Ergebnis ist auf die darüber hinaus aufgeworfenen Fragestellungen nicht weiter einzugehen. Daher kann schon aus diesem Grund der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie die in Rede stehenden Bestimmungen gemäß Paragraph 74, EisebG für unwirksam erklärt hat. Bei diesem Ergebnis ist auf die darüber hinaus aufgeworfenen Fragestellungen nicht weiter einzugehen.

3.9 Die Verfahrensrüge der Beschwerdeführerin, wonach sich die belangte Behörde weder damit auseinandergesetzt habe, welche konkreten betriebsbedingten Störungen in der Betriebsabwicklung auftreten können, noch Feststellungen dazu getroffen habe, welche der angenommenen Störungen ohnehin vom Performance Regime erfasst seien, ist mangels Entscheidungsrelevanz dieser Aspekte nicht geeignet, eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens zu begründen. Entsprechendes gilt für das Vorbringen im Hinblick auf die Notwendigkeit von Erhebungen zum durchschnittlichen Kostendeckungsgrad der Infrastrukturnutzung, zumal die Bemessung der Höhe der Infrastrukturbenützungsentgelte anhand der unmittelbar auf Grund des Zugbetriebes anfallenden Kosten – ohne eine Vollkostendeckung zu erreichen – nichts an der verfahrensgegenständlich unzulässigen Verlagerung des Risikos von Betriebsausfällen zu Lasten der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu ändern vermag. Auch der Verwaltungsgerichtshof trat der gleichen (in der Beschwerde vom 9.12.2013 geltend gemachten) Verfahrensrüge in vergleichbarer Konstellation im Verfahren zu 2013/03/0150 nicht näher.

3.10 Die Anregung der Beschwerdeführerin, einzelne Rechtsfragen (zur Auslegung von Art. 56 der Richtlinie 2012/34/EU) im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV an den EuGH heranzutragen, war nicht aufzugreifen, weil die Frage der Zuständigkeit der belangten Behörde in der vorliegenden Rechtssache im Lichte der dazu ergangenen Judikatur keinen weiteren Zweifel an der Auslegung der Richtlinie aufwarf. 3.10 Die Anregung der Beschwerdeführerin, einzelne Rechtsfragen (zur Auslegung von Artikel 56, der Richtlinie 2012/34/EU) im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Artikel 267, AEUV an den EuGH heranzutragen, war nicht aufzugreifen, weil die Frage der Zuständigkeit der belangten Behörde in der vorliegenden Rechtssache im Lichte der dazu ergangenen Judikatur keinen weiteren Zweifel an der Auslegung der Richtlinie aufwarf.

4. Eine mündliche Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 1 iVm Abs. 4 VwGVG entfallen, weil dadurch eine weitere Klärung des Falles nicht zu erwarten ist und auch Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht entgegen steht: 4. Eine mündliche Verhandlung konnte gemäß Paragraph 24, Absatz eins, in Verbindung mit Absatz 4, VwGVG entfallen, weil dadurch eine weitere Klärung des Falles nicht zu erwarten ist und auch Artikel 6, Absatz eins, EMRK nicht entgegen steht:

Der EGMR vertritt in seiner ständigen Rechtsprechung die Ansicht, dass ein Beschwerdeführer grundsätzlich das Recht auf eine mündliche Verhandlung vor einem Tribunal hat, wenn nicht außergewöhnliche Umstände, die eine Ausnahme davon rechtfertigen, vorliegen (vgl. EGMR 10.5.2007, 7401/04, Hofbauer gegen Österreich II; 3.5.2007, 17912, Bösch gegen Österreich; 13.3.2012, 13556/07, Efferl gegen Österreich). Von solchen außergewöhnlichen Umständen ist der EGMR ausgegangen, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche Fragen betrifft (vgl. iSd jüngst EGMR 18.7.2013, 56422/09, Schädler-Eberle gegen Liechtenstein); eine Verhandlung ist dann nicht geboten, wenn etwa keine Fragen der Beweiswürdigung auftreten oder die Tatsachenfeststellungen nicht bestritten sind, sodass eine Verhandlung nicht notwendig ist und das Gericht aufgrund des schriftlichen Vorbringens und der schriftlichen Unterlagen entscheiden kann; die staatlichen Behörden können auch auf Aspekte der Effizienz und Verfahrensökonomie Rücksicht nehmen und auf das Gebot der angemessenen Verfahrensdauer Bedacht nehmen (vgl. VwGH 29.1.2014, 2013/03/0004 mwH). Der EGMR vertritt in seiner ständigen Rechtsprechung die Ansicht, dass ein Beschwerdeführer grundsätzlich das Recht auf eine mündliche Verhandlung vor einem Tribunal hat, wenn nicht außergewöhnliche Umstände, die eine Ausnahme davon rechtfertigen, vorliegen vergleiche EGMR 10.5.2007, 7401/04, Hofbauer gegen Österreich römisch zwei; 3.5.2007, 17912, Bösch gegen Österreich; 13.3.2012, 13556/07, Efferl gegen Österreich). Von solchen außergewöhnlichen Umständen ist der EGMR ausgegangen, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche Fragen

betrifft vergleiche iSd jüngst EGMR 18.7.2013, 56422/09, Schädler-Eberle gegen Liechtenstein); eine Verhandlung ist dann nicht geboten, wenn etwa keine Fragen der Beweiswürdigung auftreten oder die Tatsachenfeststellungen nicht bestritten sind, sodass eine Verhandlung nicht notwendig ist und das Gericht aufgrund des schriftlichen Vorbringens und der schriftlichen Unterlagen entscheiden kann; die staatlichen Behörden können auch auf Aspekte der Effizienz und Verfahrensökonomie Rücksicht nehmen und auf das Gebot der angemessenen Verfahrensdauer Bedacht nehmen vergleiche VwGH 29.1.2014, 2013/03/0004 mwH).

Der entscheidungswesentliche Sachverhalt ist im vorliegenden Fall geklärt; er war schon im verwaltungsbehördlichen Verfahren als solcher unstrittig (siehe oben II.2). In der Beschwerde wurden diesbezüglich keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Mit einem Parteiengehör auf schriftlichem Weg konnte daher das Auslangen gefunden werden. Art. 6 Abs. 1 EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt ist im vorliegenden Fall geklärt; er war schon im verwaltungsbehördlichen Verfahren als solcher unstrittig (siehe oben römisch zwei.2). In der Beschwerde wurden diesbezüglich keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Mit einem Parteiengehör auf schriftlichem Weg konnte daher das Auslangen gefunden werden. Artikel 6, Absatz eins, EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG iVm Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig, da der gegenständliche Fall nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die vorliegende Entscheidung folgte der zitierten (und als solcher einheitlichen) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe insbesondere VwGH 30.6.2015, 2013/03/0150, in dem sich der Gerichtshof mit den inhaltlich im Wesentlichen gleich gelagerten Vorgängerbestimmungen der hier gegenständlichen Vertragsklauseln auseinander setzte). Die Revision ist gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG in Verbindung mit Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig, da der gegenständliche Fall nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die vorliegende Entscheidung folgte der zitierten (und als solcher einheitlichen) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe insbesondere VwGH 30.6.2015, 2013/03/0150, in dem sich der Gerichtshof mit den inhaltlich im Wesentlichen gleich gelagerten Vorgängerbestimmungen der hier gegenständlichen Vertragsklauseln auseinander setzte).

Schlagworte

allgemeine Geschäftsbedingungen, Aufsicht, Aufsichtsbehörde, Benützungsgestattung, Diskriminierungsverbot, Entgelt, fairer Wettbewerb, Infrastruktureinrichtungen, Kontrolle, Risikostreuung, Risikotragung, sittenwidriges Verhalten, subjektive Rechte, Unregelmäßigkeiten, Wettbewerb, Wettbewerbsrelevanz, Zuständigkeit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W110.2133229.1.00

Zuletzt aktualisiert am

19.03.2018

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at