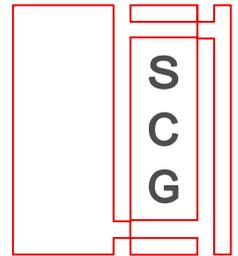


SCHIENEN-CONTROL KOMMISSION



An die
Ö**

Frankenberggasse 9/5
1040 Wien
Telefon (01) 505 07 07-0
Telefax (01) 505 07 07-27
Email: office@scg.gv.at

**GZ: SCK-WA-10-030
SCK-WA-10-031
SCK-WA-10-034**

Betrifft: Wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren betreffend Streckenstilllegungen

BESCHEID

Die Schienen-Control Kommission hat durch den Senatspräsidenten des OLG Wien i.R. Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner als Vorsitzenden sowie Univ. Prof. DI Dr. Erich Kopp und Ass. Prof. Dkfm. Mag. Dr. Brigitta Riebesmeier als weitere Mitglieder nach der am 9.11.2010 in Anwesenheit der Schriftführerin Mag. Birgit Hammerschmid durchgeführten nicht öffentlichen Sitzung aus Anlass der von Amts wegen gem. § 74 EisbG eingeleiteten obgenannten verbundenen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren zu Recht erkannt:

SPRUCH:

Die Schienen-Control Kommission ordnet Folgendes an:

- 1) Die Ö** hat in der Streckenbeschreibung-Liste, die einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2011 darstellt, bei den Strecken

Scheibbs – Kienberg-Gaming (Streckencode 55b)
Krems/Donau – Sarmingstein (Streckencode 57a)
Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth (Streckencode 66b)
Bad Pirawarth – Sulz-Museumsdorf (Streckencode 67b)
Retz – Drosendorf (Streckencode 72)
Waidhofen/Thaya – Schwarzenau (Streckencode 73a)
Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn (Streckencode 73c)
Bruck/Leitha West – Rohrau, Abschnitt km 3,626 bis km 9,4 (Streckencode 111)

den Hinweis zu entfernen, wonach die Betriebseinstellung dieser Strecken mit 12.12.2010 bzw bei der Strecke Bruck/Leitha West – Rohrau, Abschnitt km 3,626 bis km 9,4 mit 14.12.2010 geplant bzw vorgesehen ist.

Anstelle dessen ist bei den Strecken Krems/Donau – Sarmingstein, Retz – Drosendorf und Waidhofen/Thaya – Schwarzenau folgender Hinweis aufzunehmen:

„Die dauernde Einstellung des Betriebs mit Wirksamkeit 11.12.2010, 24:00 wurde gemäß § 28 EisbG beantragt.“

Bei den Strecken Scheibbs – Kienberg-Gaming und Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn ist folgender Hinweis aufzunehmen:

„Die dauernde Einstellung des Betriebs wurde gemäß § 28 EisbG mit Wirksamkeit 11.12.2010, 24:00, in eventu nach dem 11.12.2010, 24:00, in eventu nach dem 11.12.2010, 24:00 mit Rechtswirksamkeit der Auflösung eines im Antrag näher bezeichneten Anschlussbahnvertrages beantragt.“

Bei den Strecken Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth und Bad Pirawarth – Sulz-Museumsdorf hat der Hinweis wie folgt zu lauten:

„Die dauernde Einstellung des Betriebs wurde gemäß § 28 EisbG mit Wirksamkeit 11.12.2010, 24:00, in eventu nach dem 11.12.2010, 24:00 beantragt.“

Bei der Strecke Bruck/Leitha West – Rohrau, Abschnitt km 3,626 bis km 9,4 ist folgender Hinweis aufzunehmen:

„Die dauernde Einstellung des Betriebs mit Wirksamkeit 13.12.2010, 24:00 wurde gemäß § 28 EisbG beantragt.“

- 2) Die Ö** hat in der Streckenbeschreibung-Liste, die einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2011 darstellt, bei der Strecke Waldkirchen – Waidhofen/Thaya (Streckencode 73a) den Hinweis „eingestellt“ zu entfernen. Anstelle dessen ist folgender Hinweis aufzunehmen:

„Die dauernde Einstellung des Betriebs mit Wirksamkeit 11.12.2010, 24:00 wurde gemäß § 28 EisbG beantragt.“

- 3) Die Ö** hat in der Streckenbeschreibung-Liste, die einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2011 darstellt, bei der Strecke Markt St. Aegydt/N. – Freiland (Streckencode 54a) den Hinweis „nach Fahrplanwechsel 2010/2011 am 12.12.2010 Verfügbarkeit nur bis zur Betriebseinstellung gegeben“ zu entfernen sowie die Beifügung sinngleicher Hinweise wie etwa „Betriebseinstellung im Fahrplanjahr 2010/2011 geplant“ zu unterlassen.

- 4) Die Ö** hat in der Streckenbeschreibung-Liste, die einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2011 darstellt, bei der Strecke Trofaiach – Vordernberg Markt (Streckencode 109) den Hinweis „derzeit kein Betrieb“ zu entfernen sowie die Beifügung sinngleicher Hinweise wie etwa „nicht in Betrieb“ zu unterlassen.

- 5) Die Ö** hat alle Zugangsberechtigten von den unter Punkt 1) bis 4) angeordneten Änderungen sowie von der Möglichkeit zu informieren, weiterhin innerhalb einer Frist von mindestens 14 Tagen ab Zugang der Information Trassen für die in den Punkten 1) bis 4) genannten Strecken für die Netzfahrplanperiode 2010/2011 zu bestellen. Diese Information ist der Schienen-Control GmbH zur Kenntnis zu bringen.
- 6) Die Ö** hat die unter Punkt 1) bis 4) genannten Änderungen der Streckenbeschreibung-Liste, die einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2011 darstellt, sowie die Verständigung gemäß Punkt 5) binnen fünf Arbeitstagen ab Zustellung dieses Bescheides durchzuführen .

Rechtsgrundlagen:

§§ 37ff Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) 1991,
§§ 19, 28, 56, 74 (1) Z 1 Eisenbahngesetz (EisbG) 1957,
§ 31 Bundesbahngesetz (BBG).

BEGRÜNDUNG:

Mit Schreiben vom 26.8.2010 wandte sich die i** aus H** an die Schienen-Control GmbH (im Folgenden „SCG“). Sie teilte mit, dass sie von der R** (im Folgenden: „R**“) darüber informiert worden war, dass deren Trassenbestellung für den Streckenabschnitt Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde für den Jahresfahrplan 2010/11 seitens der Ö** abgelehnt wurde. Damit könne die i** ihr Anschlussgleis ab dem 12.12.2010 nicht mehr nutzen.

Die SCG legte dieses Schreiben der Schienen-Control Kommission (im Folgenden: „SCK“) vor. Die SCK leitete daraufhin von Amts wegen ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren (GZ. SCK-WA-10-030) ein und forderte die Ö** zu einer Stellungnahme auf.

Mit Schreiben vom 26.8.2010 wandte sich die B** aus H** an die SCG und teilte ebenfalls mit, dass sie von der R** über die Ablehnung von deren Trassenbestellung für den Streckenabschnitt Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde durch die Ö** informiert worden war. Damit könne sie ihr Anschlussgleis ab dem 12.12.2010 nicht mehr nutzen.

Die SCG legte auch dieses Schreiben der SCK vor. Die SCK leitete daraufhin von Amts wegen ein weiteres wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren (GZ. SCK-WA-10-031) ein, welches mit dem Verfahren aufgrund der Mitteilung der i** verbunden wurde, und forderte die Ö** zu einer Stellungnahme auf.

Die Ö** nahm mit Schreiben vom 27.9.2010 Stellung und führte im Wesentlichen Folgendes aus:

*Aufgrund des niedrigen Transportaufkommens auf der Strecke Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde sei seitens der Ö** als kostengünstigere Variante für den Betrieb*

*der Strecke eine Überführung in eine Anschlussbahn gemeinsam mit dem L**/N** geplant gewesen. Die diesbezüglichen Gespräche mit dem L**/N** seien noch nicht abgeschlossen. Falls die genannte Lösung nicht zum Tragen komme, werde die Strecke seitens der Ö** weiterbetrieben und eine allfällige Streckeneinstellung unter Einhaltung aller Fristen, rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Kündigung der Anschlussbahnverträge sowie vorausgehender Information aller Betroffenen erfolgen.*

Folgende Strecken wurden von Amts wegen in das laufende wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren miteinbezogen:

Scheibbs – Kienberg-Gaming
Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth – Sulz Museumsdorf
Retz – Drosendorf
Schwarzenau – Waidhofen/Thaya
Spitz/Donau – Sarmingstein und
Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn
Göpfritz – Raabs
Hainfeld – Weißenbach-Neuhaus
Freiland – Türnitz
Bad Pirawarth – Gaweinstal Brünnerstraße
Bruck/L. km 3,626 – Petronell-Carnuntum
Neukirchen bei Lambach – Haag am Hausruck
Klein St. Paul – Wietersdorf

Davon wurde die Ö** mit Schreiben der SCK vom 8.10.2010 verständigt.

In diesem Schreiben forderte die SCK die Ö** auf, die Zugangsberechtigten von der Wiederaufnahme der Strecken

Scheibbs – Kienberg-Gaming
Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth – Sulz Museumsdorf
Retz – Drosendorf
Schwarzenau – Waidhofen/Thaya
Spitz/Donau – Sarmingstein
Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn

in den Produktkatalog und von der Möglichkeit, noch für die Netzfahrplanperiode 2010/2011 Trassen zu beantragen, zu verständigen sowie anschließend einlangende Begehren auf Trassenzuweisung betreffend diese Strecken entgegenzunehmen.

Außerdem forderte die SCK die Ö** zu einer Stellungnahme auf, weshalb die Strecken

Göpfritz – Raabs,
Hainfeld – Weißenbach-Neuhaus,
Freiland – Türnitz,
Bad Pirawarth – Gaweinstal Brünnerstraße,
Bruck/L. km 3,626 – Petronell-Carnuntum,
Neukirchen bei Lambach – Haag am Hausruck,
Klein St. Paul – Wietersdorf

im Produktkatalog 2011 nicht mehr enthalten waren.

Die SCK wies die Ö** im Übrigen auf ihre Betriebspflicht gemäß § 19 EisbG und § 31 BBG hin sowie auf die Notwendigkeit, im Falle wirtschaftlicher Unzumutbarkeit des Weiterbetriebs einer Strecke eine Stilllegung gemäß § 28 EisbG zu beantragen.

Mit Schreiben vom 15.10.2010 nahm die Ö** Stellung und führte im Wesentlichen wie folgt aus:

Gemäß § 31 BBG sei die Schieneninfrastruktur nicht um jeden Preis, sondern bedarfsgerecht und sicher zu betreiben und bereitzustellen.

Die wirtschaftliche Betrachtung des Betriebes einer Strecke sei maßgeblich für die Einstellung wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit gemäß § 28 EisbG. Die Betriebspflicht gehe nicht über die Grenzen der Wirtschaftlichkeit hinaus (unter Bezugnahme auf Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz Seite 94 (gemeint wohl 294) RN 7). Sie erlösche spätestens mit der Bewilligung einer vorübergehenden oder dauernden Einstellung des Betriebes.

Die dauernde Betriebseinstellung habe zur Folge, dass die Anlagen der eingestellten Strecke ihren Charakter als Eisenbahnanlage verlieren (unter Verweis auf die Entscheidung VwGH 2005/03/0219 vom 3.9.2008). Dies habe zur Folge, dass kein Inhaber der eingestellten Strecke dort einen Eisenbahnbetrieb führen dürfe.

*Um einen Antrag gemäß § 28 EisbG stellen zu können, bestehe die Notwendigkeit, nach Ablauf der letzten Fahrplanperiode mit Trassenzuweisungen für diese Strecke keine Trassenbestellungen für die Folgeperiode entgegen zu nehmen. Es sei rechtlich nicht zulässig, Trassen für einen Zeitraum anzubieten, zu dem die Ö** über die dafür benötigte Schieneninfrastruktur gar nicht Verfügungsberechtigt bzw die Strecke bereits aufgelassen wäre.*

Zum anderen sei eine Einstellung innerhalb einer Fahrplanperiode faktisch unmöglich, wenn für diese Fahrplanperiode bereits Trassen im Netzfahrplan vergeben worden sind.

Dieser Schluss ergebe sich auch aus der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 idF der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91, auf die § 28 Abs 5 EisbG verweist und laut der die geplante Einstellung eines Verkehrsdienstes der Eisenbahnbehörde mit einer Frist von drei Monaten vorher mitzuteilen sei. Dies bedeute im Umkehrschluss, dass zum Zeitpunkt der Einstellung kein Verkehrsdienst mehr bestehen solle.

Aus den Bestimmungen des § 28 EisbG, insbesondere den Absätzen 3 und 4, sei eindeutig erkennbar, dass der Gesetzgeber bestrebt ist, öffentliche Eisenbahnen zu erhalten, da er einer vorübergehenden Einstellung den Vorzug vor einer dauernden Betriebseinstellung gebe.

Unter Berücksichtigung dieser Intention sei es während der laufenden Gespräche nicht sinnvoll gewesen, einen Einstellungsantrag für die Strecke Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde zu stellen. Eine vorübergehende Einstellung wäre nicht zielführend gewesen, da dies die geplante Umwandlung der Strecke in eine Anschlussbahn verhindert hätte. Eine dauerhafte Einstellung zu beantragen hätte nur dann Sinn gemacht, wenn die Zukunft der Strecke bereits klar gewesen wäre.

Ohne feststehendes Verhandlungsergebnis mit dem Übernahmewerber [gemeint: L**/N**] wäre die Beantragung der Betriebseinstellung somit untunlich gewesen. Da jedoch die Strecke Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt (mit Ablauf dieser Fahrplanperiode) übergeben werde, habe die Ö** die betreffende Strecke bereits wieder – mit dem Hinweis auf eine mögliche Betriebseinstellung – in den Produktkatalog aufgenommen und werde Begehren auf Trassenzuweisung entgegen nehmen.

Hinsichtlich der Auflistung der Strecken im Produktkatalog führte die Ö** aus, diese diene der Zuordnung von Strecken in verschiedene Kategorien für die Berechnung des IBE. Die Angaben über die Verfügbarkeit von Strecken fänden sich ausschließlich in den SNNB.

Weiters führte die Ö** aus, dass folgende Strecken bereits mit Bescheid betriebseingestellt worden seien:

Göpfritz – Raabs

Hainfeld – Weissenbach-Neuhaus

Freiland – Türnitz

Bad Pirawarth – Gaweinstal Brünnerstraße

Bruck a.d. Leitha – Petronell-Carnuntum km 9,400 bis km 13,400

Klein St. Paul - Wietersdorf

Die Einstellung der Strecke Bruck a.d. Leitha – Petronell-Carnuntum km 3,626 bis km 9,400 sei beantragt worden.

Die Strecke Neukirchen bei Lambach – Haag am Hausruck werde infolge des ausgelaufenen Betriebsführungsvertrags mit der S** derzeit von der Ö** von S** übernommen und könne daher derzeit im Produktkatalog nicht angeboten werden.

Die Strecken Retz – Drosendorf, Schwarzenau – Waidhofen/Thaya und Spitz/Donau – Sarmingstein würden gemäß der Grundsatzvereinbarung zwischen der Re*, dem L** und der Ö** (sowie der H**, Pr*, T**, P** und R**) an die N** übertragen und aufgrund des Inhaberwechsels nicht mehr in den Produktkatalog aufgenommen.

Gemäß der Aufforderung der SCK würde die Ö** die Strecken Retz – Drosendorf, Schwarzenau – Waidhofen/Thaya und Spitz/Donau – Sarmingstein in den Produktkatalog wiederauf- und Bestellungen entgegennehmen. Da diese Strecken mit Fahrplanwechsel 2010/2011, dh mit Ablauf des 11.12.2010 betriebseingestellt und an einen neuen Eigentümer übergeben werden sollten, werde ein entsprechender Hinweis hinzugefügt und würden allfällige Trassenbestellungen entgegengenommen.

Für die Strecken Scheibbs – Kienberg-Gaming, Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth – Sulz Museumsdorf und Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn sei nach damaligem Verhandlungsstand eine Übertragung zum Fahrplanwechsel 2010/2011 vorgesehen gewesen und seien diese darum nicht in den Produktkatalog aufgenommen worden.

Auch diese Strecken werde die Ö** mit dem Hinweis, dass eine Zurverfügungstellung für die gesamte Netzfahrplanperiode 2010/2011 nicht gesichert sei, wieder in den Produktkatalog aufnehmen und Bestellungen entgegennehmen. Die Zuweisung der

Trassen für diese Strecken werde jedoch nur bis zum Zeitpunkt einer allfälligen Betriebseinstellung oder Übertragung erfolgen.

Von diesen Änderungen würden alle Zugangsberechtigten verständigt.

Am 14.10.2010 erhielt die SCG ein Email der V** (im Folgenden „V**“), in der diese mitteilte, dass sie mit Schreiben vom 20.9.2010 für das Fahrplanjahr 2011 einen Personenverkehr auf der Strecke Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth bei der P** bestellt habe. Es sei ihr jedoch von der P** mitgeteilt worden, dass Trassenbestellungen für diese Strecke aufgrund der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2011 nicht abgegeben werden könnten.

Die SCK eröffnete aufgrund der Mitteilung der V** ein weiteres wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren (GZ. SCK-WA-10-034), welches mit den bereits laufenden Verfahren verbunden wurde. Die Mitteilung der V** wurde der Ö** zur allfälligen Stellungnahme übermittelt, die Ö** gab jedoch keine Stellungnahme ab.

Am 20.10.2010 erhielt die SCG ein Email der Ö**/System One Stop Shop, welches sie der SCK vorlegte. Mit diesem Email wurde die „Streckenbeschreibung–Liste Stand 18.10.2010“ übermittelt.

Mit Schreiben vom 21.10.2010 wies die SCK die Ö** im Wesentlichen auf den Fortbestand der Betriebspflicht bis zu einer behördlichen Einstellung hin. Sie ersuchte die Ö** um Vorlage von Bescheiden, soweit Strecken bereits mit Bescheid eingestellt worden waren.

Bezüglich der Strecke Lambach – Haag am Hausruck verwies die SCK auf die nach wie vor bestehende Betriebspflicht und ersuchte, diese Strecke wieder in den Produktkatalog bzw eine sonstige Auflistung angebotener Strecken aufzunehmen.

Betreffend die zwischenzeitlich in den Produktkatalog und die Streckenbeschreibung - Liste wieder aufgenommenen Strecken, bei denen in der Streckenbeschreibung-Liste jeweils eine geplante Betriebseinstellung mit Fahrplanwechsel 2010/2011 am 12.12.2010 vermerkt war, ersuchte die SCK um Vorlage von Unterlagen zu behördlichen Einstellungsverfahren betreffend diese Strecken, aus denen sich die voraussichtliche Bewilligung der Einstellung zum Fahrplanwechsel ergeben würde.

Für den Fall, dass keine Streckenstilllegungsverfahren eingeleitet worden wären, forderte die SCK die Ö** zur umgehenden Entfernung des Hinweises auf die geplante Einstellung auf.

Weiters ersuchte die SCK um Stellungnahme, weshalb die Strecke Trofaiach – Vordernberg Markt gemäß der Streckenbeschreibung – Liste „derzeit nicht in Betrieb“ war.

Auf dieses Schreiben der SCK antwortete die Ö** mit Schreiben vom 2.11.2010:

*Bezüglich der Auflistung der Strecken mit Hinweisen zu allfälligen Einschränkungen der Verfügbarkeit präzisierte die Ö** ihre Stellungnahme vom 15.10.2010 dahingehend, dass diese Auflistung als gesondertes Dokument in den Anhängen zu den SNNB publiziert wird. Diese Anhänge seien jedoch nicht uneingeschränkt von*

jedermann abrufbar, sondern nur von Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Benutzernamen und Passwörtern. Die Streckenbeschreibung-Liste enthält alle Strecken, auf denen Zugtrassen begehrt werden können, sowie in einer gesonderten Spalte entsprechende Informationen über die Verfügbarkeit.

Die Ö** sagte zu, die Zugangsberechtigten für folgende Strecken über deren Verfügbarkeit und über die Möglichkeit zu informieren, auf diesen Strecken Trassen – bis zu einer allfälligen behördlichen Betriebseinstellung – beantragen zu können:

Retz – Drosendorf
Schwarzenau – Waidhofen/Thaya
Spitz/Donau – Sarmingstein
Scheibbs – Kienberg-Gaming
Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth – Sulz Museumsdorf
Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn

Mit dem Schreiben wurden Bescheide über die Bewilligung der dauernden Einstellung, Anträge auf dauernde Einstellung sowie die Streckenbeschreibung-Liste Stand 18.10.2010 vorgelegt.

Weiters führte die Ö** wie folgt aus:

*In Bezug auf den durch die SCK angeforderten Nachweis über den Abschluss der Einstellungsverfahren bis zum Fahrplanwechsel am 12.12.2010 teilte die Ö** mit, „dass anhand der bisherigen Erfahrungswerte betreffend Verfahrensdauer mit der behördlich bewilligten Betriebseinstellung bis zu diesem Zeitpunkt (Fahrplanwechsel 2010/2011) gerechnet werden darf.“*

Für die Strecke Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde sei die Einstellung im Laufe der Fahrplanperiode 2010/2011 geplant.

*Bezüglich der Strecke Neukirchen bei Lambach – Haag am Hausruck sei infolge des jahrzehntelangen Betriebs dieser Strecke durch S** eine umfangreiche Anlagenrücknahme samt Anlagenüberprüfung aus Sicherheitserwägungen erforderlich, welche noch nicht abgeschlossen sei. Die Ö** ersuchte daher um Einräumung einer Frist von zwei Monaten zur Aufnahme dieser Strecke in die Streckenbeschreibung-Liste.*

*Zur Strecke Trofaiach – Vordernberg Markt teilte die Ö** mit, dass für diese Strecke letztmals im Jahr 2001 eine Trasse beansprucht bzw vergeben worden sei. Die Ö** ersuchte, „die weitere Vorgehensweise hinsichtlich dieser Strecke binnen der nächsten 2 Monate mit der Schienen-Control Kommission abzustimmen bzw einvernehmlich festzulegen und aus diesem Grund die Aufnahme dieser Strecke in die Streckenbeschreibung-Liste um 2 Monate zu erstrecken.“*

Am 4.11.2010 erhielt die SCG von der Ö**/System One Stop Shop ein Email, mit dem die Streckenbeschreibung-Liste Stand 3.11.2010 übermittelt wurde. Die SCG legte auch dieses Email der SCK vor.

Die SCK hat in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erwogen:

Die SCK stellt folgenden Sachverhalt fest:

Im Dokument „Produktkatalog Netzzugang, Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2011“, 2. Auflage, welches einen Anhang zu den Schienennetz-Nutzungsbedingungen darstellt und unter www.** abrufbar war, fehlte der Streckenabschnitt Freiland – Markt St. Aegyde im Kapitel „Zuordnung zu Streckenkategorien“, Unterkapitel „Ergänzungsnetz“.

Der Streckenabschnitt Freiland – Markt St. Aegyde am Neuwalde wurde in die 3. Auflage des Dokuments „Produktkatalog Netzzugang, Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2011“, wieder aufgenommen. Auch die folgenden Strecken waren in der 2. Auflage des Produktkatalogs nicht enthalten, wurden jedoch in die 3. Auflage wieder aufgenommen:

Scheibbs – Kienberg-Gaming
Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth – Sulz Museumsdorf
Retz – Drosendorf
Schwarzenau – Waidhofen/Thaya
Spitz/Donau – Sarmingstein und
Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn.

Einige in früheren Produktkatalogen angebotene Strecken sind im „Produktkatalog Netzzugang, Zugtrasse, Zugfahrt und sonstige Leistungen 2011“ nicht mehr enthalten. Es handelt sich um folgende Strecken:

Göpfritz – Raabs
Hainfeld – Weißenbach-Neuhaus
Freiland – Türritz
Bad Pirawarth – Gaweinstal Brünnerstraße
Bruck/L. km 3,626 – Petronell-Carnuntum
Neukirchen bei Lambach – Haag am Hausruck
Klein St. Paul – Wietersdorf.

In der „Streckenbeschreibung – Liste Stand 18.10.2010“ fanden sich die folgenden Hinweise zu Betriebseinstellungen:

Die Strecke Markt St. Aegyde/N. – Freiland war mit dem Hinweis „nach Fahrplanwechsel 2010/2011 am 12.12.2010 Verfügbarkeit nur bis zur Betriebseinstellung gegeben“ versehen.

Zu den Strecken Scheibbs – Kienberg-Gaming, Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth, Bad Pirawarth – Sulz-Museumsdorf und Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn gab es die Hinweise „nach Fahrplanwechsel 2010/2011 am 12.12.2010 Verfügbarkeit nur bis zur Betriebseinstellung gegeben*)“ sowie „*) Betriebseinstellung ist mit 12.12.2010 vorgesehen“.

Die Strecken Krems/Donau – Sarmingstein, Retz – Drosendorf, Waidhofen/Thaya – Schwarzenau, Obergrafendorf – Mank, Ybbsitz – Gstadt und Bruck/Leitha West – Rohrau Abschnitt km 3,626 bis km 9,4 waren mit dem Hinweis „Betriebseinstellung mit Fahrplanwechsel 2010/2011 am 12.12.2010 geplant“ versehen.

Zur Strecke Waldkirchen – Waidhofen/Thaya gab es den Hinweis „eingestellt“, zu den Strecken Trofaiach – Vordernberg Markt und Abzw. Neukirchen bei Lambach – Haag am Hausruck den Hinweis „derzeit kein Betrieb“.

Am 4.11.2010 richtete die Ö**/One Stop Shop ein Email an eine Reihe von Ansprechpersonen in zugangsberechtigten Eisenbahnunternehmen. Im Text dieses Emails waren unter anderem die folgenden Informationen enthalten:

„ [...] Bezüglich der oben angeführten Streckenbeschreibung-Liste dürfen wir Sie darauf hinweisen, dass folgende Strecken infolge behördlicher Vorgaben wieder in diese aufgenommen wurden:

1. Bruck a.d. Leitha – Petronell-Carnuntum von km 3,626 bis km 9,400
2. Retz – Drosendorf
3. Schwarzenau – Waidhofen/Thaya
4. Spitz/Donau – Sarmingstein
5. Scheibbs – Kienberg-Gaming
6. Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth – Sulz Museumsdorf
7. Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn
8. Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde

Für diese Strecken besteht wieder die Möglichkeit, Trassenbestellungen abzugeben. Berücksichtigt werden alle Bestellungen, die ab Erhalt dieses **E-Mails bis 11.11.2010** bei uns einlangen.

Für die unter Punkt 1. - 7. angeführten Strecken wurde die dauernde Betriebseinstellung bei der zuständigen Eisenbahnbehörde bereits beantragt.

Die Strecke 1. wird voraussichtlich mit Wirksamkeit 13.12.2010, 24.00 Uhr eingestellt. Die Strecken Punkt 2. – 7. werden voraussichtlich mit Wirksamkeit 11.12.2010, 24.00 Uhr eingestellt.

Die Verfügbarkeit der Strecke 8. ist nur bis zu einer allfälligen Betriebseinstellung gegeben.

Sobald ein Einstellungsbescheid für die jeweilige Strecke vorliegt, kann und vor allem **darf** diese Strecke nicht mehr befahren werden.

Wir müssen Sie darum informieren, dass allfällige Trassenzuweisungen auf diesen Strecken **nur bedingt bis zum Vorliegen des Einstellungsbescheides** erfolgen werden.

Ebenso wird der Betrieb auf der Strecke mit Vorliegen des Bescheides eingestellt.

Diese Bestimmungen werden auch in die jeweiligen Infrastrukturnutzungsverträge aufgenommen.

Über künftige Veränderungen hinsichtlich der Streckenverfügbarkeit werden wir Sie umgehend informieren. [...]“

Mit diesem Email wurde die Streckenbeschreibung-Liste Stand 3.11.2010 übermittelt. Diese weicht von der Streckenbeschreibung-Liste Stand 18.10.2010 nur insofern ab,

als bei der Strecke Bruck/Leitha West – Rohrau Abschnitt km 3,626 bis km 9,4 der Hinweis nun folgendermaßen lautet: „Betriebseinstellung mit 14.12.2010 geplant“.

Folgende Strecken wurden bescheidmäßig eingestellt:

- Göpfritz – Raabs (Bescheid des BM für Verkehr, Innovation und Technologie vom 12.4.2010, GZ. BMVIT-225.021/0001-IV/SCH5/2010)
- Weissenbach-Neuhaus – Hainfeld (Bescheid des BM für Verkehr, Innovation und Technologie vom 12.4.2010, GZ. BMVIT-225.021/0004-IV/SCH5/2010)
- Freiland – Türnitz (Bescheid des BM für Verkehr, Innovation und Technologie vom 31.3.2010, GZ. BMVIT-220.112/0007-IV/SCH2/2007)
- Bad Pirawarth – Mistelbach Lokalbahn, km 18,510 bis km 21,920 (= Bad Pirawarth – Gaweinstal Brünnerstraße; Bescheid des durch die BM für Verkehr, Innovation und Technologie ermächtigten Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 8.9.2010, GZ. RU6-E-2857/001-2010)
- Launsdorf-Hochosterwitz – Hüttenberg, Abschnitt km 17,800 bis km 20,500 (= Klein St. Paul – Wietersdorf; Bescheid des BM für Verkehr, Innovation und Technologie vom 19.12.2008, GZ. BMVIT-225.021/0001-IV/SCH5/2008)
- Bruck a.d. Leitha – Petronell-Carnuntum, km 9,400 bis km 13,400 (Bescheid des durch die BM für Verkehr, Innovation und Technologie ermächtigten Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 8.9.2010, GZ. RU6-E-2854/001-2010)

Die Ö** hat die dauernde Einstellung der folgenden Strecken beantragt:

- Retz – Drosendorf (Antrag an das BMVIT vom 19.10.2010)
- Schwarzenau – Waldkirchen a.d. Thaya (Antrag an das BMVIT vom 19.10.2010)
- Krems a.d. Donau – St. Valentin, km 0,000 bis km 67,803 (= Krems a.d. Donau – Sarmingstein; Antrag an das BMVIT vom 19.10.2010)
- Scheibbs – Kienberg-Gaming (Antrag an das BMVIT vom 28.10.2010)
- Groß Schweinbarth – Bad Pirawarth/Bad Pirawarth – Sulz-Nexing (Antrag an das BMVIT vom 28.10.2010)
- Waldhausen – Martinsberg-Gutenbrunn (Antrag an das BMVIT vom 28.10.2010)

Bruck a.d. Leitha – Petronell-Carnuntum, km 3,626 bis km 9,400 (Antrag an das BMVIT vom 12.10.2010)

Die genannten Feststellungen gründen sich auf die Einsicht in den Produktkatalog Netzzugang auf der Internetseite www.öbbs.at, in die von der Ö** vorgelegten, im Bescheid genannten Unterlagen sowie in die der SCG übermittelten Emails, die über das System One Stop Shop versendet wurden.

Diese Beweismittel sind unbedenklich, zumal gegenteilige Beweise nicht vorliegen und wurden daher daraus die für die rechtliche Beurteilung relevanten Feststellungen getroffen.

Rechtlich folgt:

Zur Zuständigkeit der SCK:

Gemäß § 74 EisbG Abs 1 Z 1 EisbG hat die SCK von Amts wegen einer Zuweisungsstelle hinsichtlich des Zuganges zur Schieneninfrastruktur einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten [...] ein nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder das diskriminierende Verhalten zu untersagen.

Gemäß § 56 EisbG hat die Zuweisungsstelle Zugangsberechtigten den Zugang zur Schieneninfrastruktur der Haupt- und vernetzten Nebenbahnen durch Zuweisung von Zugtrassen diskriminierungsfrei einzuräumen.

Durch die Bestimmung des § 56 EisbG wurde Artikel 5 Abs 1 der RL 2001/14/EG im österreichischen Recht umgesetzt. Danach haben die Eisenbahnunternehmen unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung Anspruch auf das in Anlage II dieser Richtlinie beschriebene Mindestzugangspaket sowie auf den dort beschriebenen Zugang zu Serviceeinrichtungen.

Es war daher zu prüfen, ob das Zugangsrecht gemäß § 56 EisbG ein Prüfungsmaßstab für die Beurteilung von Diskriminierungssachverhalten sein muss.

Nach der Rsp des VwGH sind die Auslegungsregeln der §§ 6 und 7 ABGB nicht nur auf die „bürgerlichen“, sondern auch auf alle sonstigen Gesetze anzuwenden, die diese Anwendung nicht ausdrücklich oder schlüssig ausschließen. Die Auslegungsregeln der §§ 6, 7 ABGB gelten daher auch für öffentlichrechtliche Normen, ebenso wie für EU-Richtlinien (Dittrich/Tades, ABGB³⁶ (2003) § 6 E 1/2/2a und die dort zitierte Rsp des VwGH).

Die Gerichte und Behörden haben sich bei der Auslegung der nationalen Vorschrift soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie zu orientieren und Rechtsbegriffe, die in der Richtlinie und im innerstaatlichen Recht übereinstimmen, entsprechend den **gemeinschaftlichen Begriffen** auszulegen. Das zur Umsetzung einer Richtlinie erlassene Recht ist in deren Licht und Zielsetzung auszulegen (aaO E 54c/54d und die dort genannte Rsp des VwGH und OGH).

Bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 56 iVm § 74 EisbG besteht daher das Zugangsrecht als Prüfungsmaßstab neben dem Diskriminierungsverbot.

Da die SCK gemäß § 74 Abs 1 Z 1 EisbG von Amts wegen Diskriminierungen durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu untersagen und ein nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen hat, hat sie umso mehr die Verweigerung bzw Beschränkung des Zugangsrechts zu untersagen.

Im vorliegenden Fall war eine Einschränkung des Zugangsrechtes zu prüfen und ist daher die Zuständigkeit der SCK zu bejahen, zumal gemäß § 74 Abs 1 Z 1 EisbG die SCK hinsichtlich des Zugangs zur Schieneninfrastruktur ein nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder ein diskriminierendes Verhalten zu untersagen hat.

Zu den im Spruch genannten Maßnahmen:

Zur Betriebspflicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens:

Gemäß § 19 Abs 1 EisbG ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur Erhaltung und zum Betrieb der Eisenbahn verpflichtet. Die Betriebspflicht der Ö** ist außerdem in § 31 BBG geregelt.

Für den Fall, dass der Weiterbetrieb einer Strecke wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist, regelt § 28 EisbG ein Streckenstilllegungsverfahren. Zur Einleitung dieses Verfahrens ist vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen ein entsprechender Antrag bei der zuständigen Behörde zu stellen. Bis zur Einstellung des Betriebs durch die Behörde besteht die Betriebspflicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens fort.

Die Ö** führt in ihrem Schreiben vom 27.9.2010 aus, es gäbe Gespräche betreffend die Übernahme der Strecke Freiland – Markt St. Aegydt am Neuwalde, die noch nicht abgeschlossen seien. Auch laufende Gespräche betreffend die Übernahme einer Strecke ändern jedoch nichts an der Pflicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, die Strecke zu erhalten und den Zugangsberechtigten anzubieten.

Soweit die Ö** in ihrem Schreiben vom 15.10.2010 meint, gemäß § 31 BBG sei die Schieneninfrastruktur nicht um jeden Preis, sondern bedarfsgerecht und sicher zu betreiben und bereitzustellen, ist ihr zu entgegenen, dass die Bestimmung nicht im Sinne einer Einschränkung der Betriebspflicht zu verstehen ist. Vielmehr wird die Ö** verpflichtet, den bedarfsgerechten und sicheren Betrieb und die bedarfsgerechte und sichere Bereitstellung der Infrastruktur zu gewährleisten.

Insofern die Ö** auf die Kommentierung in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz Seite 94 (gemeint wohl 294) RN 7 verweist, wonach „die Betriebspflicht nicht über die Grenzen der Wirtschaftlichkeit hinausgeht“, verkennt sie, dass die Betriebspflicht nicht automatisch dadurch erlischt, dass der Betrieb einer Strecke unwirtschaftlich wird. Ist die Wirtschaftlichkeit nicht mehr gegeben, so kann der Infrastrukturbetreiber einen Antrag auf behördliche Einstellung gemäß § 28 EisbG stellen. Auf § 28 EisbG verweist auch die Kommentierung. Eine Einstellung des Betriebes durch den Infrastrukturbetreiber selbst ist im Eisenbahngesetz hingegen nicht vorgesehen.

Wenn sich die Ö** in ihrem Schreiben vom 15.10.2010 auf die Entscheidung VwGH 2005/03/0219 vom 3.9.2008 beruft, betrifft dies einen anderen Sachverhalt. Diese Entscheidung bezieht sich auf eine behördliche Betriebseinstellung und nicht auf eine faktische Einstellung des Betriebes durch den Infrastrukturbetreiber selbst. Sie kann daher die Ablehnung der Bestellung von Trassen auf Strecken, die nicht behördlich eingestellt wurden, bzw die Entnahme solcher Strecken aus dem Produktkatalog nicht rechtfertigen.

Soweit die Ö** in dem erwähnten Schreiben meint, es bestehe schon vor der Stellung eines Antrags gemäß § 28 EisbG eine Notwendigkeit, nach Ablauf der letzten Fahrplanperiode mit Trassenzuweisungen für diese Strecke keine Trassenbestellungen für die Folgeperiode entgegen zu nehmen, so ist dies insofern unrichtig, als die Betriebspflicht auch noch während der gesamten Dauer eines Einstellungsverfahrens bis zur behördlichen Einstellung der Strecke besteht.

Die Ö** zitiert weiters die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 idF der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91. Diese Verordnung sieht in ihrem Artikel 14 Abs 4 eine mindestens dreimonatige Kündigungsfrist für den Fall vor, dass ein Unternehmen einen Verkehrsdienst einstellen oder wesentlich ändern möchte. Rückschlüsse auf die

Zulässigkeit der Einstellung des Betriebes eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens erlaubt diese Bestimmung jedoch nicht.

Auch die von der Ö** in ihrem Schreiben angeführten Planungen bzw Verhandlungen mit potentiellen Erwerbern in Bezug auf die Zukunft der Strecke Markt St. Aegyde am Neuwalde – Freiland rechtfertigen eine faktische Einstellung des Betriebes nicht.

Für diejenigen Strecken, die mit Bescheid behördlich eingestellt wurden, ist die Betriebspflicht erloschen, sodass es zulässig ist, diese Strecken aus der Liste der angebotenen Strecken zu entfernen.

Zu den einzelnen Punkten des Spruchs:

Soweit eine behördliche Einstellung einer Strecke beantragt wurde – dies betrifft die unter Spruchpunkt 1) und 2) genannten Strecken –, ist ein Hinweis auf die erfolgte Antragstellung unter Angabe des Wirksamkeitszeitpunkts, zu dem die Einstellung beantragt wurde, in die Liste der angebotenen Strecken aufzunehmen. Diese Information ist im Sinne der Transparenz der Angaben in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen geboten. Nur durch einen Hinweis der beschriebenen Art ist sichergestellt, dass alle Zugangsberechtigten die gleichen Informationen erhalten, die für die Ausübung des Zugangsrechts erforderlich sind.

Hinweise der Art, dass die Betriebseinstellung geplant bzw vorgesehen sei, haben hingegen zu unterbleiben. Denn sie erwecken bei Zugangsberechtigten, die die Liste der angebotenen Strecken einsehen, den Eindruck, als stünde die Einstellung im Ermessen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens und werde aller Voraussicht nach bald erfolgen. Dadurch werden die Zugangsberechtigten zwar nicht per se von der Ausübung ihres Zugangsrechts abgehalten, sie werden jedoch infolge dieses unrichtigen Hinweises geneigt sein, auf die Ausübung ihres Zugangsrechts unter solchen Umständen zu verzichten.

Wird hingegen wahrheitsgemäß auf die erfolgte Einleitung eines behördlichen Einstellungsverfahrens verwiesen, so geht hieraus zugleich hervor, dass neben der Bewilligung der Einstellung auch die Möglichkeit einer Abweisung des Einstellungsantrags besteht.

Dies verkennt die Ö**, wenn sie in ihrem Schreiben vom 2.11.2010 ausführt, „dass anhand der bisherigen Erfahrungswerte betreffend Verfahrensdauer mit der behördlich bewilligten Betriebseinstellung bis zu diesem Zeitpunkt (Fahrplanwechsel 2010/2011) gerechnet werden darf.“

Einerseits besteht wie erwähnt die Möglichkeit einer Abweisung des Antrags, andererseits kann nicht aufgrund von Erfahrungswerten davon ausgegangen werden, dass ein Einstellungsverfahren jedenfalls zu einem bestimmten Datum abgeschlossen sein wird. Allein aus den von der Ö** vorgelegten Einstellungsbescheiden sind Verfahrensdauern von weniger als einem Monat bis zu fast zwei Jahren ersichtlich. Ein Erfahrungswert, anhand dessen die Dauer eines Einstellungsverfahrens vorhergesagt werden kann, besteht somit nicht.

Im Email vom 4.11.2010 an die Zugangsberechtigten wurde zwar auf Antragstellungen bei der zuständigen Eisenbahnbehörde verwiesen, es fand sich dort jedoch auch der

Hinweis, dass die Strecken voraussichtlich mit Wirksamkeit zu einem bestimmten Datum eingestellt sein würden. Damit wird wiederum der unrichtige Eindruck erweckt, als seien sowohl der Ausgang des Einstellungsverfahrens als auch das Datum der Verfahrensbeendigung vorhersehbar.

Ist eine Einstellung bloß beantragt, nicht jedoch bewilligt, so ist ebenso wie die oben erwähnten Hinweise auch der Hinweis „eingestellt“ unzulässig. Dies betrifft die in Spruchpunkt 2) genannte Strecke. Stattdessen ist ein Hinweis auf das laufende Einstellungsverfahren samt beantragter Wirksamkeit der Einstellung anzubringen.

Soweit die Einstellung einer Strecke noch nicht einmal beantragt wurde, sind die Hinweise „nach Fahrplanwechsel 2010/2011 am 12.12.2010 Verfügbarkeit nur bis zur Betriebseinstellung gegeben“ und „derzeit kein Betrieb“ sowie sinngleiche Hinweise zu unterlassen. Dies betrifft die in Spruchpunkt 3) und 4) genannten Strecken.

Der Hinweis „nach Fahrplanwechsel 2010/2011 am 12.12.2010 Verfügbarkeit nur bis zur Betriebseinstellung gegeben“ erweckt den Eindruck, als stünde es im Ermessen der Ö**, den Betrieb der Strecke jederzeit einzustellen. Dies ist unrichtig und geeignet, Zugangsberechtigte von der Ausübung ihres Zugangsrechts abzuhalten.

Soweit die Ö** vorbringt, dass für die Strecke Trofaiach – Vordernberg Markt längere Zeit hindurch keine Trassen beantragt bzw vergeben wurden, vermag dies nichts am Fortbestand der Betriebspflicht zu ändern. Daher dürfen zu der Strecke keine Angaben gemacht werden, die den Eindruck erwecken, als bestünde auf der Strecke rechtmäßiger Weise kein Betrieb. Durch solche Hinweise werden die Zugangsberechtigten davon abgehalten, von ihrem Zugangsrecht Gebrauch zu machen.

Die von der Ö** geforderte Erstreckung der Aufnahme dieser Strecke (ohne Zusätze der genannten Art) in die Streckenbeschreibung-Liste um zwei Monate war daher nicht zu gewähren.

Die Information an die Zugangsberechtigten über die Änderungen gemäß Spruchpunkt 1) bis 4) ist insofern notwendig, als die Zugangsberechtigten ansonsten von diesen Änderungen möglicherweise keine Kenntnis erlangen würden. Die Information über die Möglichkeit, weiterhin innerhalb einer Frist von 14 Tagen Trassen für die Netzfahrplanperiode 2010/2011 zu bestellen, sowie die Entgegennahme von Trassenbestellungen sind nötig, da im Email der Ö**/System One Stop Shop vom 4.11.2010 eine Trassenbestellfrist (nur) bis 11.11.2010 gewährt wurde.

In Hinblick auf die Planungen der Zugangsberechtigten zu Trassenbestellungen war die Anordnung der Gewährung einer Frist von 14 Tagen notwendig. Hinsichtlich der Durchführung der Änderungen und der Information der Zugangsberechtigten schien der SCK eine Frist von fünf Tagen ab Zustellung ab Zustellung dieses Bescheides angemessen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis: Die Bescheide der SCK unterliegen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungswege. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist gem. § 84 EiszG zulässig. Die Beschwerde an den VwGH ist binnen sechs Wochen nach Zustellung dieses Bescheides zu erheben. Sie bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit Euro 220,- zu vergebühren.

Ferner kann binnen sechs Wochen nach Zustellung des Bescheides Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) erhoben werden. Sie bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit Euro 220,- zu vergebühren.

Wien, am 09.11.2010

Der Vorsitzende:

Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner eh

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:
Dr. Gertraud Redl, LL.M.

Dieser Bescheid ergeht mit RSb an:

Ö**