

\*\*\*  
\*\*\*  
\*\*\*

**GZ: SCK-13-041**

## BESCHEID

Die Schienen-Control Kommission hat durch Dr. Robert Streller als Vorsitzenden sowie em. Univ.-Prof. DI Dr. Klaus Rießberger und Univ.-Prof. DI Dr. Peter Veit als weitere Mitglieder im gemäß § 74 EisbG zu Anhängen der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö\*\* betreffend Infrastrukturnutzungsverträge von Amts wegen eingeleiteten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren zu Recht erkannt:

### SPRUCH:

- 1) In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag der Ö\*\* werden folgende Bestimmungen für unwirksam erklärt:
  - a. der Punkt 17.2 (*„Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) auf Grund von Störungen in der Betriebsabwicklung liegen im Rahmen des allgemeinen Betriebsrisikos und gehen, vorbehaltlich anders lautender Bestimmungen, jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners. Die Haftungsbestimmungen in Punkt 20 bleiben davon unberührt.“*);
  - b. der Punkt 17.3 (*„Streiks oder Betriebsversammlung stellen jedenfalls eine höhere, dem Einflussbereich der Vertragspartner sich entziehende, Gewalt dar. In diesem Fall ist die Verpflichtung der Ö\*\*, Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw. sonstige Leistungen zu erbringen, ausgesetzt.“*).
- 2) Im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2013 (Versionen 1 bis 6) und im Produktkatalog Netzzugang Stationen 2014 (Versionen 1 bis 4) wird jeweils im Kapitel IV 3.5 der vierte Satz des ersten Absatzes für unwirksam erklärt (*„Bei unterjährigen*

*Mängeln der Infrastruktur (z.B. Umbau von Stationen während der Bauzeit, ggf. vorübergehende Minderverfügbarkeit von Ausstattung aufgrund von Wartungsarbeiten) werden keine Preisabschläge gewährt.“).*

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

*„6. Einschränkungen der Nutzung*

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

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

- 4) Die Ö\*\* hat die in den Punkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen binnen 5 Arbeitstagen ab Zustellung dieses Bescheides aus den auf ihrer Internetseite abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag, Produktkatalogen Netzzugang Stationen 2013 und 2014 sowie der Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) zu entfernen.
- 5) Die Ö\*\* hat es ab Zustellung dieses Bescheides zu unterlassen, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Punkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

## **BEGRÜNDUNG:**

Die Schienen-Control Kommission führte ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren zur Prüfung des Muster-Infrastrukturnutzungsvertrags der Ö\*\* zu SCK-WA-11-052. In diesem Verfahren nahm die Ö\*\* unter anderem zu den Punkten 15.2 und 15.3 der damals geltenden AGB (welche den Punkten 17.2 und 17.3 der gegenständlichen AGB weitestgehend entsprachen), zu Kapitel IV 3.5 des Produktkatalogs Netzzugang Stationen sowie zu den Punkten 6.1 und 6.2 der Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) Stellung und vertrat die Auffassung, diese Regelungen seien weder diskriminierend noch sittenwidrig.

In der Folge leitete die Schienen-Control Kommission wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren zu den von der Ö\*\* mit den einzelnen Zugangsberechtigten für die Netzfahrplanperiode 2012/2013 abgeschlossenen Infrastrukturnutzungsverträgen ein (SCK-13-002 bis -030). Sie stellte das Verfahren zu SCK-WA-11-052 in Hinblick auf die Einleitung dieser Verfahren formlos ein und teilte dies der Ö\*\* mit. Aufgrund von drei von der Ö\*\* mit (neuen) Eisenbahnverkehrsunternehmen erst später abgeschlossenen

Infrastrukturnutzungsverträgen leitete die Schienen-Control Kommission in der Folge drei weitere wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren ein (SCK-13-037 bis -039).

In den Verfahren zu SCK-13-002 bis -030 argumentierte die Ö\*\* betreffend die bescheidgegenständlichen Bestimmungen ähnlich wie schon im Verfahren SCK-WA-11-052 dahingehend, diese seien weder diskriminierend noch sittenwidrig. In den Verfahren zu SCK-13-037 bis -039 gab sie keine Stellungnahme ab.

Das gegenständliche wettbewerbsaufsichtsbehördliche Verfahren wurde zur Entscheidung über die bescheidgegenständlichen Bestimmungen eingeleitet. Diese Regelungen sind in allen von der Ö\*\* für die laufende Netzfahrplanperiode 2012/2013 abgeschlossenen und der Schienen-Control GmbH gemäß § 73a Abs 1 EiszG vorgelegten Infrastrukturnutzungsverträgen enthalten. Aus verfahrensökonomischen Gründen wurde davon Abstand genommen, betreffend alle insgesamt 32 Infrastrukturnutzungsverträge jeweils einen eigenen Bescheid zu erlassen und die Klauseln in jedem einzelnen Vertrag für unwirksam zu erklären.

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

**Die Schienen-Control Kommission stellt folgenden Sachverhalt fest:**

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö\*\* enthalten im Anhang unter anderem ein Muster des Infrastrukturnutzungsvertrages zwischen Ö\*\* und Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu diesem Infrastrukturnutzungsvertrag, die Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) sowie den Produktkatalog Netzzugang. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Produktkatalog Netzzugang sowie die Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) sind integrierende Bestandteile des Infrastrukturnutzungsvertrags.

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

***„17. Störungen in der Betriebsabwicklung***

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

*17.2 Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) 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.*

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

Der Produktkatalog Netzzugang Stationen 2013 (Versionen 1 bis 6) sowie der Produktkatalog Netzzugang Stationen 2014 (Versionen 1 bis 4) enthalten in Kapitel IV 3.5 („Stationspreisbildung“) jeweils den folgenden Absatz:

*„Der Stationspreis wird auf Basis der Kosten gebildet, die für Investitionen, Ausstattung, Instandhaltung, Reinigung und Betrieb der Infrastruktur in den Stationen entstehen. Das Entgelt für die Nutzung der einzelnen Station wird den EVU diskriminierungsfrei in Rechnung gestellt. Rabatte werden nicht gewährt. Bei unterjährigen Mängeln der Infrastruktur (z.B. Umbau von Stationen während der Bauzeit, ggf. vorübergehende Minderverfügbarkeit von Ausstattung aufgrund von Wartungsarbeiten) werden keine Preisabschläge gewährt.“*

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

Die Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) regelt die Nutzung der Oberleitung oder sonstiger Anlagen (wie Zugvorheizanlagen) durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen. Sie enthält unter anderem die folgenden Klauseln:

*„6. Einschränkungen der Nutzung*

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

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

Einen integrierenden Bestandteil des Infrastrukturnutzungsvertrags stellt weiters die Zugtrassenvereinbarung dar. Diese listet die dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Verfügung zu stellenden Zugtrassen auf, welche insbesondere die Abfahrts- und Ankunftszeit des Zuges (in Minuten) in den einzelnen Stationen umfassen.

In einem Anhang der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 ist das sogenannte Performance Regime geregelt, ein Anreizsystem zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur. Das Performance Regime ordnet Verspätungsursachen entweder der Ö\*\*, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zu. In Abhängigkeit von dieser Zuordnung erhöht bzw vermindert sich das vom Eisenbahnverkehrsunternehmen zu leistende Infrastrukturbenutzungsentgelt.

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

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

**Diese Feststellungen beruhen auf folgender Beweiswürdigung:**

Die Feststellungen zum Inhalt der genannten Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2013 und 2014 der Ö\*\* gründen sich auf die Einsicht in diese Unterlagen, welche auf der Internetseite der Ö\*\* abrufbar sind. Die Feststellung, dass diese Unterlagen Anhänge der Schienennetz-Nutzungsbedingungen der Ö\*\* bzw auch Anhänge des (Muster-)Infrastrukturnutzungsvertrages sind, stützt sich auf die Einsicht in die Schienennetz-Nutzungsbedingungen sowie den (Muster-)Infrastrukturnutzungsvertrag.

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

**Rechtlich folgt:**

**Zur Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission:**

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

Gemäß § 74 Abs 1 Z 3 EisbG hat die Schienen-Control Kommission von Amts wegen diskriminierende Schienennetz-Nutzungsbedingungen, diskriminierende allgemeine

Geschäftsbedingungen, diskriminierende Verträge oder diskriminierende Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären.

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

Vor diesem Hintergrund ist § 74 EisbG richtlinienkonform dahin zu interpretieren, dass die Schienen-Control Kommission neben dem Vorliegen von Diskriminierung auch zu prüfen hat, ob ein Eisenbahnverkehrsunternehmen auf andere Weise in seinen Rechten verletzt wird. Eine solche Verletzung von Rechten liegt etwa dann vor, wenn dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Ausübung seiner Rechte auf Zugang zur Schieneninfrastruktur und auf Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen Bedingungen auferlegt werden, die gegen das EisbG verstoßen bzw sittenwidrig iSd § 879 ABGB sind. Das Zugangsrecht des Eisenbahnverkehrsunternehmens ist als ein Recht zu verstehen, Leistungen eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens (bzw eines anderen Eisenbahnverkehrsunternehmens) zu gesetzeskonformen Bedingungen in Anspruch nehmen zu können. Dieses Recht wird verletzt, wenn dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Ausübung des Zugangs Bedingungen auferlegt werden, die zu seinen Lasten von zwingenden Normen etwa des EisbG oder des ABGB abweichen.

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

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

In den Spruchpunkten 1) bis 3) erklärt die Schienen-Control Kommission Schienennetz-Nutzungsbedingungen teilweise für unwirksam. Wie noch zu zeigen sein wird, sind die für

unwirksam erklärten Bestimmungen diskriminierend, verstoßen auch in sonstiger Weise gegen das EisbG und verstoßen weiters gegen § 879 ABGB.

Im Spruchpunkt 4) wird der Ö\*\* die Herstellung des rechtskonformen, dieser Unwirksamklärung entsprechenden Zustandes aufgetragen. Damit wird ihr zugleich ein diskriminierendes und die Zugangsberechtigten auch auf andere Weise in ihren Rechten verletzendes Verhalten, nämlich die Verwendung der für unwirksam erklärten Bestimmungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen, untersagt, und ein nichtdiskriminierendes, rechtmäßiges Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche die für unwirksam erklärten Bestimmungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

Im Spruchpunkt 5) wird der Ö\*\* ein diskriminierendes sowie die Zugangsberechtigten auch auf andere Weise in ihren Rechten verletzendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Spruchpunkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

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

Die Zuständigkeit der Schienen-Control Kommission ist damit gegeben.

Entgegen der Ansicht der Ö\*\* (Schriftsätze vom 26.04.2013 zu SCK-13-002 bis -030 (S 2) sowie Schriftsatz vom 26.06.2013 zu SCK-13-028 (S 2, S 4f)), steht den Verfahren zu SCK-13-002 bis -030 nicht der Rechtsgrundsatz der entschiedenen Sache entgegen. Die Anwendung des § 68 Abs 1 AVG (aus dem sich die Bescheidwirkung der Unwiederholbarkeit ergibt) setzt das Vorliegen eines – bereits in formelle Rechtskraft erwachsenen – Bescheides voraus (vgl etwa VwGH 21.05.2012, ZI 2009/10/0178). Die Schienen-Control Kommission hat im Verfahren zum Muster-Infrastrukturnutzungsvertrag (SCK-WA-11-052) jedoch keinen Bescheid erlassen, sondern das Verfahren formlos eingestellt, und zwar in Hinblick auf die Einleitung der Verfahren zu den von der Ö\*\* für die Netzfahrplanperiode 2012/2013 abgeschlossenen Infrastrukturnutzungsverträgen (SCK-13-002 bis -030). Dies wurde der Ö\*\* mit Schreiben vom 03.04.2013 mitgeteilt. Das Prozesshindernis der entschiedenen Sache steht daher weder den Verfahren zu SCK-13-002 bis -030 noch dem gegenständlichen Verfahren entgegen.

### **Zu den weiteren rechtlichen Erwägungen:**

#### **1. Zum Spruchpunkt 1):**

Im Spruchpunkt 1) werden Klauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Infrastrukturnutzungsvertrag für unwirksam erklärt, die sich auf Betriebsstörungen (Punkt 17.2) bzw auf Streiks oder Betriebsversammlungen (Punkt 17.3) beziehen.

**a. Zu Punkt 17.2 der AGB:**

Punkt 17.2 der AGB sieht vor, dass Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse (insbesondere Verspätungen oder Umleitungen) auf Grund von Störungen in der Betriebsabwicklung im Rahmen des allgemeinen Betriebsrisikos liegen und vorbehaltlich anders lautender Bestimmungen jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners gehen.

**i. Zum Widerspruch zu § 67 Abs 7 EisbG:**

Punkt 17.2 läuft § 67 Abs 7 EisbG zuwider, wonach die Benützungsentgeltregeln leistungsabhängige Bestandteile enthalten müssen, die den Zugangsberechtigten und dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen Anreize zur Vermeidung von Betriebsstörungen und zur Erhöhung der Leistung der Schieneninfrastruktur bieten. Die Ö\*\* hat dieses Anreizsystem in Gestalt des sogenannten Performance Regimes umgesetzt, das in einer Anlage der Schienennetz-Nutzungsbedingungen geregelt ist und Verspätungsursachen entweder der Ö\*\*, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder keinem der beiden zuordnet. In Abhängigkeit von dieser Zuordnung erhöht bzw vermindert sich das vom Eisenbahnverkehrsunternehmen zu leistende Infrastrukturbenützungsentgelt.

Punkt 17.2 sieht demgegenüber vor, dass Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse jeweils zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners gehen – wobei dieser Vertragspartner de facto das Eisenbahnverkehrsunternehmen ist. Indem die Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse auf Grund von Betriebsstörungen zu Lasten und Gefahr des im Einzelfall davon beeinträchtigten Vertragspartners gehen, werden Ansprüche des betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmens auf Minderung des Entgelts ausgeschlossen. Eine solche Regelung schafft **keinen Anreiz** für das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, im Fall von Betriebsstörungen möglichst bald den **normalen Betriebszustand wiederherzustellen**.

Die Ö\*\* vertritt die Ansicht (Stellungnahmen vom 26.04.2013 zu SCK-13-002 bis -030 (S 5); vgl auch Stellungnahme vom 31.10.2012 zu SCK-WA-11-052 (S 2)), die Regelung in 17.2 widerspreche dem Performance Regime deshalb nicht, da sie nur vorbehaltlich anders lautender Bestimmungen bzw – wie in der früheren Textversion, die Gegenstand des Verfahrens SCK-WA-11-052 war – vorbehaltlich anders lautender Vereinbarungen gelte. Dem kann nicht gefolgt werden. Ebenso wenig wie bei der früheren Formulierung „vorbehaltlich anders lautender Vereinbarungen“ ist beim Passus „vorbehaltlich anders lautender Bestimmungen“ ersichtlich, dass auf das Performance Regime Bezug genommen wird. Wäre dies der Fall, verbliebe für Punkt 17.2 kein sinnvoller Anwendungsbereich mehr, da das Performance Regime die Verspätung gerade nicht dem jeweils davon beeinträchtigten Vertragspartner zuordnet, sondern je nach Lage des Falles eine Zuordnung zum Eisenbahninfrastrukturunternehmen, zum Eisenbahnverkehrsunternehmen oder zu keinem der beiden vorsieht und aufgrund dieser Zuordnung zu einer Erhöhung oder Verringerung des Infrastrukturbenützungsentgelts führt. Die Formulierung „vorbehaltlich anders lautender Bestimmungen“ kann daher nur so verstanden werden, dass es sich um Bestimmungen handelt, die die Ö\*\* im Einzelfall mit einem Eisenbahnverkehrsunternehmen in Abweichung

von den AGB treffen würde (und die im Übrigen ein hohes Diskriminierungspotenzial darstellen würden).

Entgegen der Ansicht der Ö\*\* in ihren Stellungnahmen vom 26.04.2013 zu SCK-WA-13-002 bis -030 (S 5) werden Sachverhalte, die unter Punkt 17.2 zu subsumieren sind, im Performance Regime nicht neutral zugeschrieben. Betriebsstörungen sind gemäß dem Performance Regime in einer ganzen Reihe von Fällen der Ö\*\* zuzurechnen. Insbesondere Verspätungen infolge von Störungen von Infrastrukturanlagen werden der Ö\*\* zugeordnet. Diese Zuordnung ist im Sinne eines Anreizsystems richtig, denn nur das Eisenbahninfrastrukturunternehmen kann auf solche Störungsursachen Einfluss nehmen und diese vermeiden bzw sobald als möglich beseitigen. Jegliche andere Zuordnung – sei es zum Eisenbahnverkehrsunternehmen, sei es zu keinem der beiden Vertragspartner – könnte nicht als Anreiz zur Vermeidung von Störungen wirksam werden.

## ii. Zur Diskriminierung:

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

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.03.2012 zur ZI 2011/03/0152 ausgesprochen hat, verlangt das Diskriminierungsverbot, das zu den wesentlichen Grundsätzen des Unionsrechtes gehört, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine derartige Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre (mwN). Mit Erkenntnis vom 18.05.2004 zur ZI 2000/17/0144 hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH das Diskriminierungsverbot nur ein besonderer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes im Gemeinschaftsrecht ist, der besagt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und **unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt** werden dürfen, es sei denn, dass eine unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre (unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 15.01.2002, Rs C-179/00, Weidacher, Rn 31 mwN).

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

Entgegen der Ansicht der Ö\*\* in ihren Stellungnahmen vom 26.04.2013 zu SCK-WA-13-002 bis -030 (S 4) handelt es sich bei Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse infolge von Betriebsstörungen um eine Mangelhaftigkeit der Leistung des Infrastrukturbetreibers. Die

Leistung weicht von derjenigen ab, die im Infrastrukturnutzungsvertrag, und zwar in der Zugtrassenvereinbarung, beschrieben ist. Die Argumentation, Abweichungen der Zugtrassen auf Grund von Störungen im Eisenbahnbetrieb seien ein geschäftstypisches Betriebsrisiko der Eisenbahnverkehrsunternehmen, überzeugt nicht. Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist verpflichtet, die vereinbarte Zugtrasse zur Verfügung zu stellen. Abweichungen von der vereinbarten Zugtrasse stellen daher eine Schlechterfüllung des Vertrages durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen dar. Die Schlechterfüllung eines Vertrages fällt nicht schlichtweg in den Risikobereich des Gläubigers (somit im Fall der Zugangsgewährung des Eisenbahnverkehrsunternehmens), sondern es kommen die Regelungen der §§ 922ff ABGB über die Gewährleistung zur Anwendung. Selbst wenn ein Risiko bei der Leistungserbringung als typisch anzusehen ist, wird es nicht deshalb dem Gläubiger zugeordnet.

Soweit die Ö\*\* vorbringt (Stellungnahme vom 31.10.2012 zu SCK-WA-11-052 (S 2)), die Bestimmung sei nicht diskriminierend, da zwei unterschiedliche Sachverhalte vorlägen, verkennt sie, dass das Vorliegen unterschiedlicher Sachverhalte eine Diskriminierung nicht ausschließt. Diskriminierung kann nicht nur dann vorliegen, wenn vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, sondern auch dann, wenn unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden (vgl VwGH 18.05.2004, ZI 2000/17/0144). Im vorliegenden Fall werden unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt, ohne dass dies objektiv gerechtfertigt ist.

Eine Diskriminierung kann entgegen der Ansicht der Ö\*\* (Stellungnahmen vom 26.04.2013 zu SCK-WA-13-002 bis -030 (S 5)) auch dann vorliegen, wenn AGB für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich gelten. Selbst wenn AGB unterschiedslos für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gelten, können sie sich de facto für manche benachteiligend auswirken. Dies trifft auf Punkt 17.2 zu. Es liegt eine **mittelbare Diskriminierung** vor.

In ihrer am 10.04.2012 eingelangten Stellungnahme im Verfahren SCK-WA-11-052 (S 2) äußert die Ö\*\* die Ansicht, von einer Diskriminierung durch die Ö\*\* könne keine Rede sein, da Störungen der Betriebsabwicklung dem Zufall unterlägen und somit wahllos jedwedes Eisenbahnverkehrsunternehmen treffen könnten. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Diskriminierung umfasst nicht nur die Benachteiligung bestimmter Unternehmen im Sinne bestimmter Vertragspartner der Ö\*\*. Sie kann auch darin liegen, dass eine durch bestimmte Merkmale charakterisierte Gruppe im Vergleich zu einer anderen solchen Gruppe entweder zu Unrecht ungleich oder zu Unrecht gleich behandelt wird. Vorliegend sind die Vergleichsgruppen jene der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die von einer Betriebsstörung betroffen sind, und jene derer, die nicht von einer Betriebsstörung betroffen sind. Diese Vergleichsgruppen werden zu Unrecht gleich behandelt, obwohl eine unterschiedliche Behandlung geboten wäre.

Am Vorliegen einer Diskriminierung ändert es auch nichts, dass die Ö\*\* gemäß § 67 EisbG das Infrastrukturbenutzungsentgelt grundsätzlich nur in Höhe der Grenzkosten und nicht in Höhe der Vollkosten berechnen darf (worauf die Ö\*\* in ihrer Stellungnahme vom 31.10.2012 zu SCK-WA-11-052 (S 2) verweist). Selbst wenn sie (grundsätzlich) nur einen Teil der ihr entstehenden Kosten den Zugangsberechtigten verrechnen kann, darf es dennoch nicht zu einer Diskriminierung von Zugangsberechtigten dadurch kommen, dass diese für eine minderwertige Leistung der Ö\*\* dasselbe Entgelt zu bezahlen haben wie andere

Zugangsberechtigte für eine vollwertige Leistung. Eine Diskriminierung von Zugangsberechtigten rechtfertigt § 67 EisbG nicht. Vielmehr normiert § 67 EisbG ausdrücklich die Diskriminierungsfreiheit von Entgelten (§ 67 Abs 6 EisbG).

Auch trifft es nicht zu, dass infolge des Grenzkostenprinzips keine Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung gegeben ist (vgl Stellungnahme vom 31.10.2012 zu SCK-WA-11-052 (S 3) sowie Stellungnahmen vom 26.04.2013 zu SCK-WA-13-002 bis -030 (S 4)). § 67 Abs 1 EisbG sieht die Ermittlung der Benützungsentgelte für den Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes in Höhe der Kosten vor, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen. Ein anhand dieser Bestimmung und somit rechtmäßig ermitteltes Entgelt ist ein Äquivalent für die Erbringung der Leistungen Zugang zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes. Die Äquivalenz wird (erst) dann gestört, wenn die Leistungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, nämlich Zurverfügungstellung der Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes, nicht in mangelfreier Weise erbracht werden. In der gesetzlichen Festlegung des Grenzkostenprinzips kann hingegen kein gesetzlicher Gewährleistungsausschluss gesehen werden, was jedoch die Folge wäre, wenn man wie die Ö\*\* davon ausginge, dass ein anhand des § 67 Abs 1 EisbG ermitteltes Entgelt kein Äquivalent für die Gewährung des Zugangs zur Schieneninfrastruktur einschließlich des Mindestzugangspaketes ist.

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

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

Diese Pflichten werden durch Betriebsstörungen nicht ausgesetzt. Das Eisenbahnverkehrsunternehmen hat weiterhin Anspruch auf die Leistungen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens gemäß §§ 56, 58 EisbG. Lediglich verschuldensabhängige Ansprüche stehen dem Eisenbahnverkehrsunternehmen, soweit das Eisenbahninfrastrukturunternehmen kein Verschulden an der Betriebsstörung trifft, nicht zu. Die Pflichten des Eisenbahninfrastrukturunternehmens gemäß §§ 56, 58 EisbG bleiben hiervon jedoch unberührt. Da das Benützungsentgelt gemäß § 67 EisbG dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Gewährung des Zugangs gemäß EisbG zusteht, ist das Entgelt entsprechend zu mindern, sobald das Eisenbahninfrastrukturunternehmen seine Leistung nicht mehr mangelfrei erbringt.

### **iv. Zur Sittenwidrigkeit:**

Abgesehen vom Verstoß gegen das EisbG ist Punkt 17.2 auch sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist Sittenwidrigkeit insbesondere dann anzunehmen, wenn die Abwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter

Interessen oder bei Interessenkollusion ein grobes Missverhältnis zwischen den Interessen der Beteiligten ergibt (vgl VwGH 09.09.2009, ZI 2006/08/0213, unter Hinweis auf Urteil des OGH vom 27. September 2001, 6 Ob 287/00z, SZ 74/167).

Punkt 17.2 überwälzt das Risiko von Betriebsstörungen zur Gänze auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches ein Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen hat, obwohl es nur eine verschlechterte bzw im Extremfall gar keine Leistung erhält. Damit trägt das Eisenbahnverkehrsunternehmen – entgegen den Ausführungen der Ö\*\* in ihrer am 16.05.2012 im Verfahren SCK-WA-11-052 übermittelten Stellungnahme (S 2) – nicht nur die Leistungs-, sondern auch die Preisgefahr. Es muss seine Gegenleistung zur Gänze erbringen, ohne die im Vertrag vereinbarte Leistung der Ö\*\* zu erhalten.

Diese Regelung weicht vom dispositiven Recht ab, wonach bei Schlecht- bzw Nichterfüllung ein vermindertes bzw gar kein Entgelt zu entrichten ist. Wie bereits oben ausgeführt wurde, mangelt es der Bestimmung gemäß Punkt 17.2 an einer sachlichen Rechtfertigung. Insbesondere wäre das auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen überwälzte Risiko vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen eher beherrschbar als vom Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die gegenständliche Bestimmung überwälzt ein unvorhersehbares und unkalkulierbares Risiko ohne entsprechende Abgeltung auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen. Dies ist sittenwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB (vgl etwa Bollenberger in KBB<sup>3</sup> § 879 Rz 9 mwN).

Auch unter dem Gesichtspunkt des damit verbundenen gänzlichen Gewährleistungsausschlusses ist Punkt 17.2 rechtswidrig: Grundsätzlich ist ein Gewährleistungsverzicht zwar zulässig (vgl § 929 Fall 2 ABGB). Bei starken Abweichungen von der vereinbarten Leistung würde der Gewährleistungsverzicht jedoch zu einer gravierenden Äquivalenzstörung führen, weshalb die Gewährleistung für solche Fälle nicht ausgeschlossen werden kann (vgl etwa OGH 16.02.2006, 6 Ob 272/05a). 17.2 hingegen schließt Ansprüche des Eisenbahnverkehrsunternehmens ohne Rücksicht auf das Ausmaß der Abweichung von der im Vertrag beschriebenen Leistung der Ö\*\* aus. Selbst dann, wenn die Leistung für das Eisenbahnverkehrsunternehmen unbrauchbar ist, hat es das Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen.

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

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

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

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

Soweit die Ö\*\* in ihrer am 16.05.2012 zu SCK-WA-11-052 eingelangten Stellungnahme vorbringt, da „es sich bei der Infrastrukturnutzung um reine Unternehmensgeschäfte“ handle, sei „nach ständiger Rechtsprechung und Lehre ein gänzlicher Ausschluss der Gewährleistung zulässig“, kann dem nicht gefolgt werden. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs steht der Umstand, dass die Vertragspartner Kaufleute (Unternehmer) sind, der Beurteilung einer vertraglichen Abrede als sittenwidrige Bestimmung keinesfalls grundsätzlich entgegen; allenfalls ist im Einzelfall eine besonders gravierende Ungleichgewichtslage in den durch den Vertrag festgelegten Rechtspositionen zu fordern. Je weniger die Bevorzugung eines Vertragspartners – am dispositiven Recht gemessen – sachlich gerechtfertigt erscheint, desto eher wird auch im Handelsverkehr die Sittenwidrigkeit zu bejahen sein (siehe RIS-Justiz RS0119324).

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

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

Die Bestimmung ist entgegen der Ansicht der Ö\*\* (Stellungnahmen vom 26.04.2013 zu SCK-WA-13-002 bis -030 (S 4)) auch nicht durch Art 8 § 4 der Einheitlichen Rechtsvorschriften über die Nutzung der Infrastruktur im internationalen Eisenbahnverkehr („CUI“; BGBl Nr 225/1985) gerechtfertigt. Art 8 regelt die Haftung des Betreibers der Infrastruktur für bestimmte, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Nutzung der Infrastruktur entstehende Schäden. Art 8 § 4 sieht vor, dass die Parteien des Vertrages Vereinbarungen darüber treffen können, ob und inwieweit der Betreiber für Schäden haftet, die dem Beförderer durch Verspätung oder Betriebsstörungen entstehen. Die Bestimmung bezieht sich jedoch nicht auf die Entgeltminderung und kann daher einen Ausschluss derselben nicht rechtfertigen.

**b. Zu Punkt 17.3 der AGB:**

Punkt 17.3 setzt die Verpflichtung der Ö\*\*, Schieneninfrastruktur zur Verfügung zu stellen bzw sonstige Leistungen zu erbringen, bei Streiks oder Betriebsversammlung aus. Die Bestimmung hat zur Folge, dass keine Nicht- bzw Schlechterfüllung des Vertrages vorliegt, obwohl die im Vertrag beschriebenen Leistungen von der Ö\*\* nicht bzw nur in verschlechterter Form erbracht werden. Mangels einer Verletzung vertraglicher Pflichten durch die Ö\*\* besteht kein Anspruch des Eisenbahnverkehrsunternehmens auf Minderung des von ihm zu entrichtenden Entgelts, obwohl es nicht die ursprünglich im Vertrag vereinbarte Leistung erhält.

Ebenso wie Punkt 17.2 wirkt Punkt 17.3 diskriminierend, da er zur Folge hat, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das eine verminderte bzw keine Leistung der Ö\*\* erhält, dasselbe Entgelt zu bezahlen hat wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das eine unverminderte Leistung erhält. Auch für die Regelung in Punkt 17.3 besteht keine sachliche Rechtfertigung. Insbesondere ist das Risiko, das auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen überwältigt wird, von diesem in keiner Weise beherrschbar und könnte eher noch vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen beherrscht werden.

Abgesehen von der Diskriminierung widerspricht die Bestimmung den §§ 56 und 58 EibG auch insofern, als das EibG gerade nicht vorsieht, dass die Pflicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens, Zugang zur Schieneninfrastruktur zu gewähren und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, bei Streik und Betriebsversammlung ausgesetzt ist. Selbst wenn das Eisenbahninfrastrukturunternehmen an den Folgen, die Streik und Betriebsversammlung für die Eisenbahnverkehrsunternehmen haben, kein Verschulden trifft, bleibt seine Verpflichtung, Schieneninfrastruktur und sonstige Leistungen zur Verfügung zu stellen, von solchen Ereignissen unberührt (vgl schon oben zu 17.2).

Ebenso wie Punkt 17.2 ist auch Punkt 17.3 sittenwidrig iSd § 879 ABGB. 17.3 überwälzt das Risiko von Streiks und Betriebsversammlungen zur Gänze auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches ein Entgelt in ungeminderter Höhe zu bezahlen hat, obwohl es keine bzw nur eine verschlechterte Leistung erhält. Eine sachliche Rechtfertigung besteht nicht.

Soweit Züge zwar geführt werden können, es jedoch zu Störungen infolge der Streiks bzw Betriebsversammlungen kommt, stellt auch 17.3 einen Gewährleistungsausschluss dar, der aus denselben Gründen unzulässig ist wie jener gemäß 17.2: Die Gewährleistung wird unabhängig vom Ausmaß der Abweichung vom vertraglich Geschuldeten sowie trotz ausdrücklicher Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Leistung ausgeschlossen. Zusätzlich besteht zwischen den Vertragspartnern ein deutliches Ungleichgewicht.

Soweit die Ö\*\* vorbringt (am 16.05.2012 im Verfahren SCK-WA-11-052 übermittelte Stellungnahme (S 1); Stellungnahmen vom 26.04.2013 zu SCK-13-002 bis -030 (S 5, 8)), es werde in den Fällen der Punkte 17.2 und 17.3 ohnedies kein Infrastrukturbenützungsentgelt für Zugtrassen verrechnet, welche nicht in Anspruch genommen werden konnten, geht diese Vorgehensweise der Ö\*\* aus den Punkten 17.2 und 17.3 der AGB nicht hervor. Die Bestimmungen unterscheiden nicht nach Störungen, die die Durchführung einer Zugfahrt gänzlich unmöglich machen, und solchen, bei denen die Zugfahrt zwar durchgeführt werden kann, es jedoch zu Beeinträchtigungen wie etwa Verspätungen kommt. In beiden Fallkonstellationen hat das Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß 17.2 und 17.3 seine Gegenleistung, die Zahlung des Infrastrukturbenützungsentgelts, zu erbringen. Selbst wenn die Bestimmungen von der Ö\*\* in der Praxis anders gehandhabt werden, ändert dies nichts an ihrer Rechtswidrigkeit (vgl auch OGH 20.03.2007, 4 Ob 221/06p, wonach der Einwand, eine gesetzwidrige Klausel werde in der Praxis anders gehandhabt, im Verbandsprozess unerheblich ist).

Die Punkte 17.2 und 17.3 der AGB zum Infrastrukturnutzungsvertrag sind somit diskriminierend, verstoßen auch in sonstiger Weise gegen das EibG und sind sittenwidrig iSd § 879 ABGB.

## **2. Zum Spruchpunkt 2):**

Im Kapitel IV 3.5 des Produktkatalogs Netzzugang Stationen 2013 und 2014 ist vorgesehen, dass bei unterjährigen Mängeln der (Stations)infrastruktur keine Preisabschläge gewährt werden. Ebenso wie die Punkte 17.2 und 17.3 der AGB wirkt auch diese Bestimmung diskriminierend, da Eisenbahnverkehrsunternehmen, denen eine mangelhafte Stationsinfrastruktur zur Verfügung gestellt wird, dasselbe Entgelt zu entrichten haben wie Eisenbahnverkehrsunternehmen, die eine mangelfreie Leistung erhalten. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte besteht nicht. Das Risiko des Auftretens von Mängeln wird auf das Eisenbahnverkehrsunternehmen überwälzt, obwohl dieses im Gegensatz zur Ö\*\* das Risiko in keiner Weise beherrschen kann. Die Regelung steht insofern auch im Widerspruch zu der im EibG normierten Pflicht der Zurverfügungstellung von Leistungen durch das Eisenbahninfrastrukturunternehmen, welche durch Mängel einer Sache nicht ausgesetzt wird.

Ebenso wie die Punkte 17.2 und 17.3 der AGB ist die Bestimmung sittenwidrig iSd § 879 ABGB, da sie ein unvorhersehbares Risiko ohne sachliche Rechtfertigung überwälzt, Gewährleistung unabhängig vom Ausmaß der Abweichung vom vertraglich Geschuldeten sowie trotz ausdrücklicher Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Station – vor allem aufgrund der detaillierten Beschreibung von Ausstattungsmerkmalen im Produktkatalog Netzzugang Stationen – ausschließt. Auch besteht zwischen den Vertragspartnern ein deutliches Ungleichgewicht.

### **3. Zum Spruchpunkt 3):**

Punkt 6.1 der Anlage 3 zum Infrastrukturnutzungsvertrag („Netznutzung Energie“) sieht vor, dass bei höherer Gewalt oder sonstigen nicht abwendbaren Ereignissen die Leistungspflicht der Ö\*\* ausgesetzt wird. Punkt 6.2 regelt, dass betriebsbedingte Abschaltungen von Anlagen „zu Lasten [und] auf Gefahr des EVU“ geschehen.

Ebenso wie die oben behandelten Bestimmungen wirken die Punkte 6.1 und 6.2 diskriminierend, da sie zur Folge haben, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das eine verschlechterte bzw gar keine Leistung der Ö\*\* erhält, dasselbe Entgelt zu bezahlen hat wie ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das die unverminderte, im Vertrag beschriebene Leistung erhält. Die Regelungen widersprechen dem EisbG auch insofern, als die Pflicht des Eisenbahninfrastrukturunternehmens zur Leistungserbringung weder durch höhere Gewalt noch durch betriebliche Umstände ausgesetzt wird. Sie sind weiters aus denselben Gründen wie die oben behandelten Bestimmungen sittenwidrig iSd § 879 ABGB.

### **4. Zum Spruchpunkt 4):**

Im Spruchpunkt 4) wird der Ö\*\* die Herstellung des rechtskonformen, der in den Spruchpunkten 1) bis 3) erfolgten Unwirksamklärung entsprechenden Zustandes aufgetragen. Zugleich wird ihr damit das diskriminierende und auch in sonstiger Weise rechtswidrige Verhalten, nämlich die Verwendung der bescheidgegenständlichen Bestimmungen in ihren Schienennetz-Nutzungsbedingungen (bzw deren Anhängen), untersagt, und ein nichtdiskriminierendes, rechtmäßiges Verhalten, nämlich die Verwendung von Schienennetz-Nutzungsbedingungen, welche diese Regelungen nicht mehr enthalten, auferlegt.

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

### **5. Zum Spruchpunkt 5):**

Im Spruchpunkt 5) wird der Ö\*\* ein diskriminierendes und die Zugangsberechtigten auch in sonstiger Weise in ihren Rechten verletzendes Verhalten untersagt, nämlich, sich gegenüber den Zugangsberechtigten auf die in den Spruchpunkten 1) bis 3) für unwirksam erklärten Bestimmungen zu berufen.

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

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

**Hinweis gemäß § 61a AVG:**

Die Bescheide der Schienen-Control Kommission unterliegen nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungswege. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist gem. § 84 EiszG zulässig. Die Beschwerde an den VwGH ist binnen sechs Wochen nach Zustellung dieses Bescheides zu erheben. Sie bedarf der Unterschrift eines Rechtsanwaltes und ist mit Euro 240,- 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 240,- zu vergebühren.

**Hinweis gemäß § 4 Abs 4 und § 6 Abs 5 VwGbk-ÜG:**

Ist dieser Bescheid vor Ablauf des 31.12.2013 erlassen worden, läuft die Beschwerdefrist mit Ende des 31.12.2013 noch und wurde gegen diesen Bescheid nicht bereits bis zum Ablauf des 31.12.2013 Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof bzw beim Verfassungsgerichtshof erhoben, so kann gegen ihn vom 1.1. bis zum Ablauf des 12.2.2014 Revision beim Verwaltungsgerichtshof bzw Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof erhoben werden. In den Fällen des § 2 Abs 1 VwGbk-ÜG gilt dies mit der Maßgabe, dass die Revision bzw die Beschwerde innerhalb von sechs Wochen ab dem in § 2 Abs 3 VwGbk-ÜG genannten Zeitpunkt erhoben werden kann.

Ist der Bescheid bis zum Ablauf des 31.12.2013 zwar gegenüber mindestens einer Partei, aber nicht gegenüber allen Parteien, denen gegenüber er zu erlassen war, erlassen worden, so kann von den Parteien, denen gegenüber dieser Bescheid nach Ablauf des 31.12.2013 erlassen wird, innerhalb von sechs Wochen Revision beim Verwaltungsgerichtshof bzw Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof erhoben werden.

