



Veröffentlichte ID	: C-538/23
Nummer des Schriftstücks	: 1
Registernummer	: 1265883
Datum der Einreichung	: 22/08/2023
Datum der Eintragung in das Register	: 23/08/2023
Art des Schriftstücks	: Vorabentscheidungsersuchen
Referenz der Einreichung über e-Curia	: Schriftstück : DC192375
Nummer der Datei	: 1
Einreicher	: Schmutzer Leopold (J359726)



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23 – 889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

Geschäftszahl (GZ):

W179 2239737-1/31Z

(bitte bei allen Eingaben anführen)

B E S C H L U S S

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Vorsitzenden sowie Mag. Hubert REISNER und Dr. Gert WALLISCH als Beisitzer über die Beschwerden 1.) der ÖBB-Infrastruktur AG, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG in A-1010 Wien, Schuberting 6, sowie 2.) der WESTbahn Management GmbH, vertreten durch Lichtenberger & Partner Rechtsanwälte GbR in A-1010 Wien, Wollzeile 19/16, jeweils gegen den Bescheid der Schienen-Control Kommission (SCK) vom 17. Dezember 2020, Zahlen SCK-16-012, SCK-17-009, SCK-18-010, betreffend die Anträge der ÖBB-Infrastruktur AG auf Genehmigung von Marktaufschlägen gemäß § 67d Abs 6 EISbG 1957 zum Wegeentgelt 2018 und 2019 sowie im Wettbewerbsüberwachungsverfahren zu den direkten Kosten der ÖBB-Infrastruktur AG, in nichtöffentlicher Sitzung:

A)

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen der Auslegung – gelesen im Lichte des Transparenzgebots und der Planungssicherheit des Erwägungsgrundes 34 der Richtlinie 2012/34/EU – zur Vorabentscheidung vorgelegt:

I. Ist das Unionsrecht, insbesondere Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (kurz: Richtlinie 2012/34/EU) dahin auszulegen, dass eine Genehmigung der Marktaufschläge durch den Mitgliedstaat **ex-ante** vor Beginn (oder zumindest vor Ablauf) der betroffenen Netzfahrplanperiode, für welche die Marktaufschläge beantragt wurden, zu erfolgen hat; oder kann der Mitgliedstaat die Genehmigung der Marktaufschläge auch **ex-post** nach Ablauf der betroffenen Netzfahrplanperiode (gegebenenfalls Jahre später) genehmigen? Ist unter einer Genehmigung der Marktaufschläge durch den Mitgliedstaat im Sinne des Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU eine **rechtskräftige** Genehmigung zu verstehen?

II. Ist das Unionsrecht, insbesondere Art 32 Abs 1 und Abs 6 in Verbindung mit Art 27 Abs 4 der Richtlinie 2012/34/EU dahin auszulegen, dass – in **zeitlicher Abfolge** – die Marktaufschläge (bei Änderung wesentlicher Bestandteile) zuerst in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen (gegebenenfalls unter Genehmigungsvorbehalt) zu veröffentlichen und erst nach ihrer Veröffentlichung durch den Mitgliedstaat zu genehmigen sind? Liegt eine **Änderung wesentlicher Bestandteile** nach Art 32 Abs 6 der Richtlinie 2012/34/EU bereits vor, wenn „lediglich“ die Höhe der Marktaufschläge in Relation zur Netzfahrplanperiode des Vorjahres geändert wird?

III. (Bei Bejahung von Frage II. erster Satz:) Ist das Unionsrecht, insbesondere Art 32 Abs 1 und Abs 6 in Verbindung mit Art 27 Abs 2 und Abs 4 der Richtlinie 2012/34/EU in Verbindung mit Anhang IV. Rz 2 der Richtlinie 2012/34/EU, – gelesen im Lichte des Transparenzgebots und der Planungssicherheit des Erwägungsgrundes 34 der Richtlinie 2012/34/EU – dahin auszulegen, dass Marktaufschläge vom Mitgliedstaat nicht genehmigt werden dürfen, wenn die Höhe der **Marktaufschläge** selbst **nicht** in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen für die betroffene Netzfahrplanperiode (für die diese Marktaufschläge zur Genehmigung beantragt wurden) **veröffentlicht** wurden? Vielmehr in diesen Schienennetz-Nutzungsbedingungen nur ein Gesamtentgelt pro gefahrenen Zugkilometer (als Summe der Entgelte für die direkt durch den Zugbetrieb angefallenen Kosten nach Art 31 Abs 3 der Richtlinie 2012/34/EU und der Marktaufschläge nach Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU) für jedes Marktsegment veröffentlicht wurde; die Eisenbahnunternehmen somit aus diesen Schienennetz-Nutzungsbedingungen weder die Entgelte für die „direkten Kosten“ [im Sinne des Art 31 Abs 3 der Richtlinie 2012/34/EU in Verbindung mit Art 2 Ziffer 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 der Kommission vom 12. Juni 2015 über die Modalitäten für die Berechnung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (kurz: Durchführungsverordnung 2015/909/EU)] noch die Marktaufschläge nach Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU, je Marktsegment, in Erfahrung bringen konnten.

IV. (Bei Bejahung von Frage II. erster Satz:) Ist das Unionsrecht, insbesondere Art 32 Abs 1 und Abs 6 in Verbindung mit Art 27 Abs 4 der Richtlinie 2012/34/EU – gelesen im Lichte des Transparenzgebots und der Planungssicherheit des Erwägungsgrundes 34 der Richtlinie 2012/34/EU – dahin auszulegen, dass die in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen für die betroffene Netzfahrplanperiode veröffentlichten Marktaufschläge **Bindungswirkung** für die Genehmigung durch den Mitgliedstaat entfalten? Resultiert aus dieser Bindungswirkung, dass der Mitgliedstaat keine höheren Marktaufschläge je Marktsegment genehmigen darf, als in den zugehörigen Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlicht wurden? Oder besteht nur insoweit eine Bindungswirkung, als die genehmigten Gesamtentgelte (das sind die Entgelte für die „direkten Kosten“ nach Art 31 Abs 3 der Richtlinie 2012/34/EU in Verbindung mit Art 2 Ziffer 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 zuzüglich Marktaufschläge nach Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU) nicht höher als in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlicht sein dürfen, die Marktaufschläge selbst hingegen schon höher als in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlicht genehmigt werden dürfen? Ist auch eine höhenmäßige Bindungswirkung des an den Mitgliedstaat ursprünglich

gestellten Genehmigungsantrages hinsichtlich der Marktaufschläge gegeben, falls ja, in welcher Richtung (keine Erhöhung, keine Senkung mehr zulässig)? Gibt es eine andere Form der Bindungswirkung?

V. Ist das Unionsrecht, insbesondere Art 32 Abs 1 der Richtlinie 2012/34/EU dahin auszulegen, dass zur Bestimmung der grundsätzlichen Zulässigkeit von Marktaufschlägen (abseits der zu prüfenden Marktragefähigkeit) – also zum Zwecke der vollen Deckung der Kosten des Infrastrukturbetreibers – nicht von einem dem Eisenbahninfrastrukturbetreiber durch den **Mitgliedstaat vorgegebenen** zu erzielenden Gesamterlös („Erlösziel“), bestehend aus der Summe der Entgelte für die direkt durch den Zugbetrieb angefallenen Kosten nach Art 31 Abs 3 der Richtlinie 2012/34/EU und der Marktaufschläge nach Art 32 Abs 1 der Richtlinie 2012/34/EU, auszugehen ist; sondern die Kosten zur vollen Deckung zu ermitteln und festzustellen sind, um auf deren Boden beurteilen zu können, ob und in welcher Höhe gegebenenfalls Marktaufschläge genehmigt werden können? Sind bei dieser Bestimmung der grundsätzlichen Zulässigkeit von Marktaufschlägen (abseits der zu prüfenden Marktragefähigkeit) auch **staatliche Zuschüsse** des Mitgliedstaates an das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu berücksichtigen; falls ja, in welcher Form hat dies zu geschehen? Sind diese staatlichen Zuschüsse gegebenenfalls von den benötigten Kosten zur vollen Deckung (neben den Entgelten für die direkt durch den Zugbetrieb anfallenden Kosten) abzuziehen? Ist in diesem Zusammenhang das Unionsrecht, insbesondere Art 32 Abs 1 in Verbindung mit Artikel 8 Abs 4 der Richtlinie 2012/34/EU dahin auszulegen, dass der Mitgliedstaat neben den Entgelten für die direkt durch den Zugbetrieb anfallenden Kosten und allenfalls zu berücksichtigenden staatlichen Zuschüssen – **alle weiteren Gewinne** des Eisenbahninfrastrukturunternehmens aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten und alle von diesem aus **privater Quelle erhaltenen nicht rückzahlbaren Zuschüsse** – zu bestimmen und in die Beurteilung der Frage der Zulässigkeit von Marktaufschlägen einzubeziehen hat; falls ja, in welcher Form hat dies zu geschehen, gegebenenfalls gleichermaßen durch deren Abzug von den benötigten Kosten zur vollen Deckung? Sind weitere vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen **eingehobene Entgelte** – wie Entgelte für die Nutzung von Personenbahnsteigen („Stationsentgelte“) und Entgelte für die Nutzung von Versorgungseinrichtungen für Fahrstrom – sowie **weitere betriebswirtschaftliche Positionen** des Eisenbahninfrastrukturunternehmens in diese Beurteilung miteinzubeziehen?

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 B-VG in Verbindung mit § 25a Abs 3 VwGG nicht zulässig.

Begründung:

Zu A)

1. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens:

1. Gegenständlich geht es um die Genehmigung von Marktaufschlägen zu den Wegeentgelten nach Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (kurz: Richtlinie 2012/34/EU). Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU ist in der Republik Österreich im § 67d des Bundesgesetzes über Eisenbahnen, Schienenfahrzeuge auf Eisenbahnen und den Verkehr auf Eisenbahnen 1957 (kurz: EisbG), Stammfassung BGBl Nr 60/1957, zuletzt (als Gesetz) geändert durch BGBl I Nr 231/2021, umgesetzt. § 67d EisbG trat erstmals mit 27.11.2015 in Kraft, veröffentlicht in BGBl I Nr 137/2015, und blieb bis zum Ausfertigungsdatum dieses Vorabentscheidungsersuchen unverändert.

2. Das für die Veröffentlichung der Entgelte in den jeweiligen Schienennetz-Nutzungsbedingungen (kurz: SNNB) und zugleich für die Entgelterhebung zuständige als auch als Zuweisungsstelle fungierende Eisenbahninfrastrukturunternehmen ist die ÖBB-Infrastruktur AG (kurz: ÖBB-Infra). Genehmigt werden die Marktaufschläge vom zuständigen nationalen Regulator Schienen-Control Kommission (kurz: SCK). Über Rechtsmittel gegen Entscheidungen der SCK entscheidet das vorlegende Bundesverwaltungsgericht (kurz: BVwG), ein Gericht im Sinne des Art 267 AEUV.

3. In der Republik Österreich wurden Marktaufschläge zu den Wegeentgelten erstmals für die Netzfahrplanperiode **2018** von der ÖBB-Infra zur Genehmigung beantragt. Vorliegend wird die Entscheidung der SCK über die (erstmaligen) Marktaufschläge für die Netzfahrplanperioden **2018** und **2019** sowohl vom Eisenbahninfrastrukturunternehmen ÖBB-Infra selbst, als auch vom Eisenbahnverkehrsunternehmen WESTbahn Management GmbH (kurz: WESTbahn), einem maßgeblichen Wettbewerber im Personenfernverkehr, vor dem vorlegenden Gericht bekämpft.

Unstrittig ist nachstehender Sachverhalt:

4. Die **Netzfahrplanperiode 2018** ging in Österreich vom 10.12.2017 bis 08.12.2018. Die Frist für die Einbringung von Begehren der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität für die Netzfahrplanperiode 2018 endete am 10.04.2017. Die ÖBB-Infra veröffentlichte jedenfalls vier Monate vor Ablauf dieser Frist den in ihren Schienennetz-Nutzungsbedingungen (kurz: SNNB) für die Netzfahrplanperiode 2018 enthaltenen Produktkatalog Zugtrasse.

5. Die **Netzfahrplanperiode 2019** ging in Österreich vom 09.12.2018 bis 07.12.2019. Die Frist für die Einbringung von Begehren der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Zuweisung von Fahrwegkapazität für die Netzfahrplanperiode 2019 endete am 09.04.2018. Die ÖBB-Infra

veröffentlichte jedenfalls vier Monate vor Ablauf dieser Frist den in ihren SNNB für die Netzfahrplanperiode 2019 enthaltenen Produktkatalog Zugtrasse.

6. In diesen für beide Netzfahrplanperioden **2018** und **2019** jeweils veröffentlichten Produktkatalog Zugtrasse befand sich unter anderem nachstehende – wortidentie – Information: *„Die Weegeentgelte sind von den [Eisenbahnverkehrsunternehmen] für die Leistungen des Mindestzugangspaketes gemäß [Hinweis auf andere Stelle in den SNNB] zu entrichten. Die Festlegung des Weegeentgelts erfolgt unter Beachtung der Bestimmungen des Eisenbahngesetzes (insbesondere §§ 67 ff) und der Durchführungsverordnung 2015/909/EU. (...) Die Weegeentgelte beinhalten die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallenden Kosten (§ 67 Abs 1 EisebG) und Marktaufschläge (§ 67d EisebG) sowie Zu-/Abschläge (§§ 67a ff EisebG). (...) Marktaufschläge sind für die Marktsegmente „Eigenwirtschaftlicher Personenverkehr“, „Gemeinwirtschaftlicher Personenfernverkehr“, „Nahverkehr stark“, „Nahverkehr schwach“ und „Güterverkehr nicht manipuliert“ festgelegt.“*

7. In den veröffentlichten SNNB **2018** wurde für jedes der genannten fünf Marktsegmente ausschließlich das zu entrichtende Gesamtentgelt je gefahrenen Zug(trassen)kilometer ausgewiesen, aus dieser Veröffentlichung war somit nicht ersichtlich, wie hoch die Entgelte für die direkten Kosten und wie hoch die Marktaufschläge, jeweils je gefahrenen Zugkilometer, im jeweiligen Marktsegment sein sollen.

8. In den veröffentlichten SNNB **2019** wurde hingegen für jedes Marktsegment sowohl die Marktaufschläge als auch die Entgelte für die direkten Kosten je gefahrenen Zug(trassen)kilometer, und sodann aus beiden summiert das zu entrichtende Gesamtentgelt je gefahrenen Zugkilometer ausgewiesen.

9. In den SNNB **2018** und SNNB **2019** war hinsichtlich der Marktaufschläge jeweils der Satz enthalten: *„Das Genehmigungsverfahren zu den Marktaufschlägen gemäß § 67d Abs 6 EisebG ist noch im Gange.“* Nur in den SNNB **2019** war zusätzlich ein näher ausgeführter Genehmigungsvorbehalt für den Fall, dass *„eine rechtskräftige Entscheidung in diesem Verfahren erst nach Beginn der Netzfahrplanperiode vorliegen“* sollte, enthalten, wobei für diesen Fall *„Nach- bzw. Rückverrechnung von bis dahin allenfalls zu viel oder zu wenig verrechneten Weegeentgelten“* angekündigt wurde.

10. Mit Schriftsatz vom 12.08.2016 beantragte die ÖBB-Infra bei der SCK für die genannten fünf Marktsegmente die Genehmigung von in ihrer Höhe genau bestimmten Marktaufschlägen (die zuvor nicht in den SNNB **2018** veröffentlicht worden waren) zum Weegeentgelt für die Netzfahrplanperiode **2018**.

11. Mit erstem hier nicht verfahrensgegenständlichen Bescheid vom 12.12.2016 genehmigte die SCK den Antrag der ÖBB-Infra in Hinblick auf die Netzfahrplanperiode **2018**.

12. Am 20.01.2017 erhob die WESTbahn Beschwerde gegen diesen ersten Bescheid der SCK beim vorliegenden Bundesverwaltungsgericht. Mit Beschluss vom 05.07.2017 hob das

vorlegende Gericht (in anderer Zusammensetzung) diesen (ersten) Bescheid aufgrund der Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens auf und verwies die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die SCK zurück, welche ihr Verfahren zur Netzfahrplanperiode **2018** fortsetzte.

13. Mit Schreiben vom 18.08.2017 beantragte die ÖBB-Infra bei der SCK für die genannten fünf Marktsegmente die Genehmigung von in ihrer Höhe genau bestimmten Aufschlägen (die in ihrer Höhe zuvor in den SNNB **2019** veröffentlicht worden waren) zum Wegeentgelt für die Netzfahrplanperiode **2019**.

14. Diesen Antrag für **2019** führte die SCK unter der Geschäftszahl SCK-17-009 und verband dieses Verfahren mit dem Verfahren für die Aufschläge **2018** mit der Geschäftszahl SCK-16-012. Weiters leitete die SCK ein Verfahren zur Prüfung der direkten Kosten der ÖBB-Infra unter der Geschäftszahl SCK-18-010 ein und verband dieses gleichermaßen mit den beiden anderen Verfahren.

15. Im Zuge der Vorlage der von der SCK beauftragten Neuberechnung der direkten Kosten beantragte die ÖBB-Infra mit Schreiben vom 24.06.2019 Änderungen der ursprünglich beantragten Marktaufschläge für **2018** und **2019**, mit der Begründung, wenn die direkten Kosten voraussichtlich von der SCK niedriger als von der ÖBB-Infra geplant angesetzt würden, müssten die Marktaufschläge höher angesetzt werden, um das ministeriell vorgegebene Erlösziel zu erreichen.

16. Mit dem (zweiten) nun beim vorliegenden Gericht angefochtenen Bescheid sprach die SCK über die Anträge der ÖBB-Infra auf Genehmigung von Aufschlägen gemäß § 67d Abs 6 EiszG zum Wegeentgelt **2018** und **2019** sowie im Wettbewerbsüberwachungsverfahren zu den direkten Kosten der ÖBB-Infra, ab, und legte mit Spruchpunkt 1) für die Netzfahrplanperiode **2018** für jedes der 5 Marktsegment die Marktaufschläge und Entgelte für die direkten Kosten je gefahrenen Zugkilometer, und sodann aus beiden summiert das zu entrichtende Gesamtentgelt je gefahrenen Zugkilometer, sowie mit Spruchpunkt 2) für die Netzfahrplanperiode **2019** für jedes der fünf Marktsegment die Marktaufschläge und Entgelte für die direkten Kosten je gefahrenen Zugkilometer, und sodann aus beiden summiert das zu entrichtende Gesamtentgelt je gefahrenen Zugkilometer fest.

17. Gegen diesen Bescheid erhoben sowohl die ÖBB-Infra als auch die WESTbahn beim vorlegenden Gericht Beschwerde und bekämpfen jeweils auch die Spruchpunkte 1) und 2) zu den Aufschlägen und direkten Kosten der Netzfahrplanperioden **2018** und **2019**.

18. Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen ÖBB-Infra bekommt von der Republik Österreich staatliche Zuschüsse nach § 42 Bundesbahngesetz, und bekam solche auch für die Jahre **2018** und **2019**. In diesem Zusammenhang gibt die Republik Österreich der ÖBB-Infra [im Wege des „Verkehrsministeriums“ (Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie) nach Abstimmung mit dem Bundesministerium für Finanzen] gestützt auf § 42 Bundesbahngesetz für jede

Netzfahrplanperiode bekannt, wieviel Gesamtentgelte (genannt: „Erlösziel“ oder „Zielerlös“) die ÖBB-Infra aus den Wegeentgelten zuzüglich der Marktaufschläge in der jeweiligen Netzfahrplanperiode zu erwirtschaften hat. Für die Netzfahrplanperiode **2018** legte die Republik Österreich einen Zielerlös iHv 369,05 Mio EUR ohne Dienstzüge und ohne Zu- und Abschlüge (wie Engpasszuschlag oder Triebfahrzeugfaktor) fest (inklusive der Dienstzüge, jedoch ebenfalls ohne Zu- und Abschlüge betrug der Zielerlös 377,67 Mio EUR). Unter dem Begriff „Dienstzüge“ sind reine „Lokzugfahrten“ und „Leerpersonenzüge“, also Überstellzugfahrten ohne Güter und ohne Personen, zu verstehen. Für die Netzfahrplanperiode **2019** legte die Republik Österreich einen Zielerlös iHv 376,49 Mio EUR ohne Dienstzüge und ohne Zu- und Abschlüge fest (inklusive der Dienstzüge, jedoch ebenfalls ohne Zu- und Abschlüge betrug der Zielerlös 385,53 Mio EUR). Die SCK geht bei der Berechnung der Marktaufschläge vom jeweiligen „Erlösziel“ (ohne Dienstzüge und ohne Ab-/Zuschläge) aus und hält in ihrer Entscheidung dazu Nachstehendes (vgl S 217) fest: *„Dieses Erlösziel (ohne Dienstzüge und ohne Ab-/Zuschläge) ist durch die Entgelte unter Berücksichtigung einer Unterteilung in direkte Kosten einerseits und Aufschläge andererseits zu decken. Während die Aufschläge zumindest einen Teil der Gemeinkosten, also der Fixkosten, abdecken sollen, dienen die Entgelte auf Basis der unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallenden Kosten (c) der Abdeckung der direkten Kosten. Diese variieren - im Gegensatz zu den Gemeinkosten - mit der Anzahl der Zugtrassenkilometer (Ztrkm). Somit muss in einem ersten Schritt durch Abzug der direkten Kosten aller Zugtrassenkilometer des jeweiligen Marktsegments vom vorgegebenen Erlösziel ermittelt werden, wie hoch der Teil der Gemeinkosten ist, der durch Aufschläge gedeckt werden soll. Dies wird fortan als Deckungsbeitragsziel bezeichnet.“* [Anmerkung vorlegendes Gericht: Die SCK verwendet die Begriffe „Zugkilometer“ und „Zugtrassenkilometer“ grundsätzlich synonym für die zurückgelegte Entfernung eines Zuges: allerdings verwendet sie „Zugkilometer“ bei den Entgelten für die „direkten Kosten“, „Zugtrassenkilometer“ hingegen bei den Marktaufschlägen.]

2. Bestimmungen des Unionsrechts:

19. Erwägungsgrund 34, Art 8, Art 27, Art 31, Art 32 und Anhang IV der Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (kurz: Richtlinie 2012/34/EU) lauten (auszugsweise) wortwörtlich:

„DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION — (...) in

Erwägung nachstehender Gründe:

(34) Um Transparenz und einen nichtdiskriminierenden Zugang zu den Eisenbahnfahrwegen und Leistungen in Serviceeinrichtungen für alle Eisenbahnunternehmen sicherzustellen, sollten alle für die Wahrnehmung der Zugangsrechte benötigten Informationen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlicht werden. Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen sollten der international gängigen Praxis entsprechend in mindestens zwei Amtssprachen der Union veröffentlicht werden.“

„ABSCHNITT 3

Finanzielle Sanierung

Artikel 8

Finanzierung des Infrastrukturbetreibers

(1) bis (3) (...)

(4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass sich die Gewinn- und Verlustrechnung eines Infrastrukturbetreibers aus Weegeentgelten, dem Gewinn aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten, nicht rückzahlbaren Zuschüssen aus privater Quelle und der staatlichen Finanzierung, wobei gegebenenfalls auch staatliche Vorauszahlungen eingeschlossen sind, einerseits und die Fahrwegausgaben andererseits unter normalen geschäftlichen Umständen und über einen angemessenen Zeitraum, der fünf Jahre nicht überschreitet, zumindest ausgleicht.

Unbeschadet des etwaigen langfristigen Ziels, dass die Infrastrukturkosten bei allen Verkehrsträgern durch deren Nutzer auf der Grundlage eines gerechten und nichtdiskriminierenden Wettbewerbs der Verkehrsträger gedeckt werden, wenn der Eisenbahnverkehr gegenüber anderen Verkehrsträgern konkurrenzfähig ist, kann ein Mitgliedstaat im Rahmen der Entgeltregelungen der Artikel 31 und 32 von einem Infrastrukturbetreiber verlangen, seine Einnahmen und Ausgaben ohne staatliche Mittel auszugleichen.“

„Artikel 27

Schienennetz-Nutzungsbedingungen

(1) Der Infrastrukturbetreiber erstellt und veröffentlicht nach Konsultation mit den Beteiligten Schienennetz-Nutzungsbedingungen, die gegen Zahlung einer Gebühr, die nicht höher sein darf als die Kosten für die Veröffentlichung dieser Unterlagen, erhältlich sind. Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen werden in mindestens zwei Amtssprachen der Union veröffentlicht. Ihr Inhalt wird unentgeltlich in elektronischer Form in dem Internetportal des Infrastrukturbetreibers bereitgestellt und über ein gemeinsames Internetportal zugänglich gemacht. Dieses Internetportal wird von den Infrastrukturbetreibern im Rahmen ihrer Zusammenarbeit nach den Artikeln 37 und 40 eingerichtet.

(2) Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthalten Angaben zum Fahrweg, der den Eisenbahnunternehmen zur Verfügung steht, und zu den Zugangsbedingungen für den betreffenden Fahrweg. Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthalten ferner Informationen zu den Bedingungen für den Zugang zu Serviceeinrichtungen, die an das Netz des Infrastrukturbetreibers angeschlossen sind, und für die Erbringung der Leistungen in diesen Einrichtungen oder verweisen auf eine Website, auf der diese Informationen unentgeltlich in elektronischer Form zur Verfügung gestellt werden. Anhang IV enthält den Inhalt der Schienennetz-Nutzungsbedingungen.

(3) Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen sind auf dem neuesten Stand zu halten und bei Bedarf zu ändern.

(4) Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen sind mindestens vier Monate vor Ablauf der Frist für die Beantragung von Fahrwegkapazität zu veröffentlichen.“

„Artikel 31
Entgeltgrundsätze

(1) Entgelte für die Nutzung der Fahrwege der Eisenbahn und von Serviceeinrichtungen sind an den Infrastrukturbetreiber und den Betreiber der Serviceeinrichtung zu entrichten, denen sie zur Finanzierung ihrer Unternehmenstätigkeit dienen.

(2) Die Mitgliedstaaten verpflichten den Infrastrukturbetreiber und den Betreiber der Serviceeinrichtung, der Regulierungsstelle alle erforderlichen Informationen zu den erhobenen Entgelten vorzulegen, damit diese ihre in Artikel 56 genannten Funktionen wahrnehmen kann. Diesbezüglich müssen der Infrastrukturbetreiber und der Betreiber der Serviceeinrichtung den Eisenbahnunternehmen nachweisen können, dass die dem Eisenbahnunternehmen gemäß den Artikeln 30 bis 37 tatsächlich berechneten Wege- und Dienstleistungsentgelte den in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen vorgesehenen Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen entsprechen.

(3) Unbeschadet der Absätze 4 und 5 dieses Artikels und unbeschadet des Artikels 32 ist das Entgelt für das Mindestzugangspaket und für den Zugang zu Infrastrukturen, durch die Serviceeinrichtungen angebunden werden, in Höhe der Kosten festzulegen, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen.

Die Kommission erlässt vor dem 16. Juni 2015, Maßnahmen zur Festlegung der Modalitäten für die Berechnung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen. Diese Durchführungsrechtsakte werden gemäß dem Prüfverfahren nach Artikel 62 Absatz 3 erlassen. Der Infrastrukturbetreiber kann beschließen, diese Modalitäten schrittweise zu übernehmen; hierfür steht ihm ein Zeitraum von höchstens vier Jahren nach dem Inkrafttreten dieser Durchführungsrechtsakte zur Verfügung.

(4) bis (10) (...)

„Artikel 32
Ausnahmen von den Entgeltgrundsätzen

(1) Um eine volle Deckung der dem Infrastrukturbetreiber entstehenden Kosten zu erhalten, kann ein Mitgliedstaat, sofern der Markt dies tragen kann, Aufschläge auf der Grundlage effizienter, transparenter und nichtdiskriminierender Grundsätze erheben, wobei die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit der Segmente des Eisenbahnmarktes zu gewährleisten ist. Die Entgeltregelung muss dem von den Eisenbahnunternehmen erzielten Produktivitätszuwachs Rechnung tragen.

Die Höhe der Entgelte darf jedoch nicht die Nutzung der Fahrwege durch Marktsegmente ausschließen, die mindestens die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, sowie eine Rendite, die der Markt tragen kann, erbringen können.

Bevor die Mitgliedstaaten solche Aufschläge genehmigen, stellen sie sicher, dass die Infrastrukturbetreiber prüfen, inwieweit die Aufschläge für bestimmte Marktsegmente relevant sind; dabei ziehen sie mindestens die in Anhang VI Nummer 1 genannten Verkehrsdienst-Paare in Betracht und wählen die zutreffenden aus. Die Liste der von den Infrastrukturbetreibern festgelegten Marktsegmente umfasst mindestens die drei folgenden Segmente: Güterverkehrsdienste, Personenverkehrsdienste im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags und andere Personenverkehrsdienste.

Die Infrastrukturbetreiber können Marktsegmente je nach Art der Güter- oder Personenbeförderung weiter untergliedern.

Marktsegmente, in denen Eisenbahnunternehmen gegenwärtig nicht tätig sind, in denen sie aber möglicherweise während der Laufzeit der Entgeltregelung Leistungen erbringen, werden

ebenfalls festgelegt. Die Infrastrukturbetreiber nehmen in die Entgeltregelung für diese Marktsegmente keine Aufschläge auf.

Die Liste der Marktsegmente wird in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen veröffentlicht und mindestens alle fünf Jahre überprüft. Die Regulierungsstelle nach Artikel 55 überwacht diese Liste gemäß Artikel 56.

(2) bis (5) (...)

(6) Beabsichtigt ein Infrastrukturbetreiber, die wesentlichen Bestandteile der in Absatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Entgeltregelung zu ändern, veröffentlicht er diese mindestens drei Monate vor Ablauf der in Artikel 27 Absatz 4 genannten Frist für die Veröffentlichung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen.“

„ANHANG IV
INHALT DER SCHIENENNETH-NUTZUNGSBEDINGUNGEN
(gemäß Artikel 27)

Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen gemäß Artikel 27 müssen folgende Angaben enthalten:

1. (...)

2. Einen Abschnitt mit einer Darlegung der Entgeltgrundsätze und der Tarife. Dieser Abschnitt umfasst hinreichende Einzelheiten der Entgeltregelung sowie ausreichende Informationen zu den Entgelten und andere für den Zugang relevante Angaben bezüglich der in Anhang II aufgeführten Leistungen, die nur von einem einzigen Anbieter erbracht werden. Es ist im Einzelnen aufzuführen, welche Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen zur Durchführung der Artikel 31 bis 36 in Bezug sowohl auf Kosten als auch auf Entgelte angewandt werden. Dieser Abschnitt enthält ferner Angaben zu bereits beschlossenen oder, soweit verfügbar, in den kommenden fünf Jahren vorgesehenen Entgeltänderungen.“

20. Art 2 Ziffer 1 der Durchführungsverordnung (EU) 2015/909 der Kommission vom 12. Juni 2015 über die Modalitäten für die Berechnung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (kurz: Durchführungsverordnung 2015/909/EU) lautet wortwörtlich:

„Artikel 2
Begriffsbestimmungen

Für die Zwecke dieser Verordnung gelten die folgenden Begriffsbestimmungen:

1. „Direkte Kosten“ sind die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen;

2. bis 3. (...)

3. Nationale Bestimmungen:

21. § 59 Eisenbahngesetz 1957, eingeführt mit BGBl I Nr 143/2020 (Inkrafttretensdatum 23.12.2020), seither unverändert in Kraft, lautet (auszugsweise) wortwörtlich:

„**Schienennetz-Nutzungsbedingungen**

§ 59. (1) Ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat nach Konsultation mit den Beteiligten Schienennetz-Nutzungsbedingungen in deutscher Sprache und in einer anderen Amtssprache der Europäischen Union zu erstellen.

(2) Ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat seine Schienennetz-Nutzungsbedingungen auf dem neuesten Stand zu halten, bei Bedarf zu ändern und gegenüber jedem Fahrwegkapazitätsberechtigten in gleicher Weise anzuwenden.

(3) Ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat den Erwerb seiner Schienennetz-Nutzungsbedingungen jedermann gegen Bezahlung eines Entgelts, das nicht höher sein darf als die Kosten der Veröffentlichung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen, zu ermöglichen. Überdies hat es die Schienennetz-Nutzungsbedingungen unentgeltlich in elektronischer Form auf seiner Internetseite in für jedermann zugänglicher Weise bereitzustellen und über ein gemeinsames Internetportal, das von Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Rahmen ihrer Zusammenarbeit einzurichten ist, zugänglich zu machen.

(4) In den Schienennetz-Nutzungsbedingungen haben Angaben zur Eisenbahninfrastruktur, die Fahrwegkapazitätsberechtigten zur Verfügung steht, und Angaben über die Zugangsbedingungen zur Eisenbahninfrastruktur einschließlich der wesentlichen administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten enthalten zu sein. Darüber hinaus haben in Schienennetz-Nutzungsbedingungen Informationen über die Bedingungen, einschließlich der administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten für den Zugang zu an ihre Eisenbahninfrastruktur angeschlossenen Serviceeinrichtungen, einschließlich des Schienenzuganges, und über die Gewährung der Serviceleistungen, die in solchen Serviceeinrichtungen erbracht werden, enthalten zu sein oder es hat ein Verweis auf eine Internetseite enthalten zu sein, in der diese Informationen unentgeltlich in elektronischer Form in für jedermann zugänglicher Weise veröffentlicht sind. In den Schienennetz-Nutzungsbedingungen haben insbesondere enthalten zu sein:

1. ein Abschnitt, der die Art der Eisenbahninfrastruktur, die den Zugangsberechtigten zur Verfügung steht, und Zugangsbedingungen angibt, wobei diese Angaben auf Jahresbasis mit dem veröffentlichten Eisenbahninfrastrukturregister im Einklang zu stehen oder auf dieses zu verweisen haben; insbesondere hat dieser Abschnitt zu enthalten:

a) die technische Beschreibung und betrieblichen Bedingungen (...);

b) die (...) in betrieblichen Vorschriften des Eisenbahninfrastrukturunternehmens enthaltenen Anforderungen, (...);

2. ein Abschnitt, der die Entgeltgrundsätze und die Tarife darlegt und insbesondere beinhaltet

a) hinreichende Einzelheiten der Entgeltregelung;

b) ausreichende Informationen zu den Entgelten;

c) andere für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur relevante Angaben zum Mindestzugangspaket und den Zugang zu Serviceeinrichtungen, einschließlich des Schienenzuganges, und zur Gewährung von Serviceleistungen, die in den Serviceeinrichtungen erbracht werden, wenn all dies nur durch einen einzigen Anbieter erbracht wird;

d) Ausführungen im Einzelnen, welche Verfahren, Regeln und gegebenenfalls Tabellen zur Durchführung der §§ 67a, 67d, 67e und 69a Abs. 2 angewandt werden;

e) Angaben zu beschlossenen oder, soweit verfügbar, in den nächsten fünf Jahren vorgesehenen Entgeltänderungen;

3. ein Abschnitt über die Grundsätze und die Kriterien der Zuweisung (...);

4. einen Abschnitt mit Informationen, die für die Einbringung eines Antrages auf Erteilung einer Verkehrsgenehmigung, (...);

5. einen Abschnitt mit Angaben zu den Streitbelegungs- und Beschwerdeverfahren im Hinblick auf:

a) den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur;

b) die Gewährung des Mindestzugangspaketes;

c) den Zugang zu Serviceeinrichtungen, einschließlich des Schienenzuganges, und der Gewährung der Serviceleistungen, die in Serviceeinrichtungen erbracht werden;

d) die leistungsabhängige Entgeltregelung;

6. einen Abschnitt mit Informationen über den Zugang zu Serviceeinrichtungen, einschließlich des Schienenzuganges und über die Gewährung von Serviceleistungen, die in diesen Serviceeinrichtungen erbracht werden, sowie über die dafür zu entrichtenden Entgelte;

7. einen Mustervertrag für Rahmenverträge.

(5) Die Bestimmungen in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen müssen so gefasst sein, dass sie der Zuweisungsstelle und der entgelterhebenden Stelle keinen Ermessensspielraum ermöglichen, Fahrwegkapazitätsberechtigte diskriminieren zu können.

(6) Betreiber von Serviceeinrichtungen haben dem Eisenbahninfrastrukturunternehmen folgende Informationen, die in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen enthalten zu sein haben, entweder mitzuteilen, oder diesem eine Internetseite bekanntzugeben, auf der diese Informationen unentgeltlich und in elektronischer Form in für jedermann zugänglicher Weise veröffentlicht sind:

1. entgeltbezogene Informationen;

2. Informationen über die Bedingungen, einschließlich der administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten, für den Zugang zu Serviceeinrichtungen, einschließlich des Schienenzuganges, und die Gewährung der Serviceleistungen, die in diesen Serviceeinrichtungen erbracht werden.

(7) Ein Entwurf der Schienennetz-Nutzungsbedingungen ist der Schienen-Control Kommission unverzüglich nach dessen Erstellung vorzulegen.

(8) Die Eisenbahninfrastrukturunternehmen haben die Schienennetz-Nutzungsbedingungen sowie deren Änderungen mindestens vier Monate vor Ablauf der Frist (§ 65 Abs. 4) für die Einbringung von Begehren auf Zuweisung von Fahrwegkapazität unentgeltlich in elektronischer Form auf ihrer Internetseite in für jedermann zugänglicher Weise zu veröffentlichen und der Schienen-Control Kommission innerhalb eines Monats ab Erstellung oder Änderung derselben vorzulegen.“

22. § 67 Eisenbahngesetz 1957, eingeführt mit BGBl I Nr 137/2015 (Inkrafttretensdatum 27.11.2015), außer Kraft getreten durch BGBl I Nr 231/2021 (Außerkräfttretensdatum 30.12.2021), lautete wortwörtlich:

„3. Abschnitt

Wegeentgelte und Dienstleistungsentgelte

1. Unterabschnitt

Entgeltgrundsätze für das Wegeentgelt

Kosten des Zugbetriebes

§ 67. (1) Wegeentgelte für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, und zwar auch zu einer solchen, durch die Serviceeinrichtungen angebunden sind, und für die Gewährung des Mindestzugangspaketes, sind grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen.

(2) Erlässt die Europäische Kommission einen Durchführungsrechtsakt, mit dem die Modalitäten für die Berechnung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen, festgelegt werden, ist das Eisenbahninfrastrukturunternehmen berechtigt, die schrittweise Übernahme dieser Modalitäten zu beschließen; die Übernahme der Modalitäten

hat jedoch innerhalb eines Zeitraumes von vier Jahren nach dem Inkrafttreten des Durchführungsrechtsaktes zu erfolgen.“

23. § 67 Eisenbahngesetz 1957, in seiner aktuellen Fassung, eingeführt mit BGBl I Nr 231/2021 (Inkrafttretensdatum 31.12.2021) lautet (mit der gleichen Überschrift wie die frühere Fassung BGBl I Nr 137/2015) wortwörtlich:

„§ 67. (1) Weegeentgelte für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur, und zwar auch zu einer solchen, durch die Serviceeinrichtungen angebunden sind, und für die Gewährung des Mindestzugangspaketes einschließlich der damit verbundenen Bearbeitung und Prüfung von Begehren auf Zuweisung von Fahrwegkapazität, sind grundsätzlich in Höhe der Kosten zu ermitteln, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen.

(2) Erlässt die Europäische Kommission einen Durchführungsrechtsakt, mit dem die Modalitäten für die Berechnung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen, festgelegt werden, ist das Eisenbahninfrastrukturunternehmen berechtigt, die schrittweise Übernahme dieser Modalitäten zu beschließen; die Übernahme der Modalitäten hat jedoch innerhalb eines Zeitraumes von vier Jahren nach dem Inkrafttreten des Durchführungsrechtsaktes zu erfolgen.“

24. § 67d Eisenbahngesetz 1957, eingeführt mit BGBl I Nr 137/2015 (Inkrafttretensdatum 27.11.2015), seither unverändert in Kraft, lautet wortwörtlich:

„2. Unterabschnitt

Ausnahme von den Entgeltgrundsätzen für das Weegeentgelt

Volle Kostendeckung der Weegeentgelte

§ 67d. (1) Sofern die Weegeentgelte und sonstige Erlöse aus dem Betreiben der Eisenbahninfrastruktur nicht ausreichen, um eine volle Deckung der Kosten zu erreichen, können hiezu weitere Aufschläge auf der Grundlage effizienter, transparenter und nichtdiskriminierender Grundsätze festgesetzt werden, wobei die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit der Segmente des Eisenbahnmarktes zu gewährleisten ist. Die Höhe der Weegeentgelte darf jedoch die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur durch Marktsegmente nicht ausschließen, die mindestens die Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen, sowie eine marktgerechte Rendite erbringen können.

(2) Vor Festsetzung weiterer Aufschläge hat das Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu prüfen, inwieweit die Aufschläge für bestimmte Marktsegmente relevant sind; dabei hat es mindestens die im Anhang VI Nr. 1 der Richtlinie 2012/34/EU genannten Verkehrsdienst-Paare in Betracht zu ziehen und die zutreffenden auszuwählen.

(3) Die weitere Untergliederung von Marktsegmenten je nach Art der Güter- oder Personenbeförderung ist zulässig.

(4) Das Eisenbahninfrastrukturunternehmen hat eine Liste der von ihm festgelegten Marktsegmente zu erstellen, diese in den Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu veröffentlichen und alle fünf Jahre zu überprüfen. In diese Liste sind mindestens die drei folgenden Segmente aufzunehmen:

- 1. Güterverkehrsdienste,*
- 2. Personenverkehrsdienste im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages und*
- 3. andere Personenverkehrsdienste.*

(5) In der Liste der festgelegten Marktsegmente sind auch Marktsegmente festzulegen, in denen Zugangsberechtigte gegenwärtig nicht tätig sind, in denen sie aber möglicherweise während der Laufzeit der Entgeltregelung Leistungen erbringen werden.

(6) Die Festsetzung weiterer Aufschläge bedarf der Genehmigung der Schienen-Control Kommission, die zu erteilen ist, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen. Dem Antrag ist die Liste der festgelegten Marktsegmente und das Ergebnis der gemäß Abs. 2 durchzuführenden Prüfung vorzulegen.

(7) Beabsichtigt ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen, wesentliche Bestandteile der im Abs. 1 bis 5 angeführten Entgeltregel zu verändern, hat es diese Veränderung mindestens drei Monate vor Ablauf der im § 59 Abs. 8 angeführten Frist für die Veröffentlichung der Schienennetz-Nutzungsbedingungen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen.“

25. § 42 Abs 1 bis Abs 3 Bundesbahngesetz, Stammfassung BGBl Nr 825/1992, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 95/2009 (Inkrafttretensdatum 19.08.2009), seither unverändert in Kraft, lautet wortwörtlich:

„4. Teil

Schieneninfrastruktur

Bereitstellung der Schieneninfrastruktur und Schieneninfrastrukturvorhaben

§ 42. (1) Die ÖBB-Infrastruktur AG trägt die Kosten für die Erfüllung ihrer Aufgaben. Der Bund leistet der ÖBB-Infrastruktur AG über deren Ersuchen insbesondere für den Betrieb der Schieneninfrastruktur und deren Bereitstellung an die Nutzer insoweit und solange einen Zuschuss, als die unter den jeweiligen Marktbedingungen von den Nutzern der Schieneninfrastruktur zu erzielenden Erlöse die bei sparsamer und wirtschaftlicher Geschäftsführung anfallenden Aufwendungen nicht abdecken.

(2) Weiters leistet der Bund zur Instandhaltung, zur Planung und zum Bau von Schieneninfrastruktur Zuschüsse.

(3) Über die Zuschüsse gemäß Abs. 1 und 2 sind zwischen dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen und der ÖBB-Infrastruktur AG zwei gesonderte Verträge mit jeweils sechsjähriger Laufzeit abzuschließen, in denen der Zuschussgegenstand, die Höhe der dafür zu gewährenden Zuschüsse, die allgemeinen und besonderen Zuschussbedingungen und die Zahlungsmodalitäten festzulegen sind. Die Verträge sind jährlich jeweils um ein Jahr zu ergänzen und auf den neuen sechsjährigen Zeitraum anzupassen.

(4) bis (7) (...)“

4. Zu den Vorlagefragen:

Zur Frage I. (ex-ante oder ex-post Genehmigung):

26. Bereits im Verfahren vor der SCK legten die ÖBB-Infra und die WESTbahn widerstreitende universitäre Rechtsgutachten zu dieser Frage vor. Die ÖBB-Infra vertrat die Rechtsansicht, es liege eine *zeitraumbezogene* Genehmigung und daher eine ex-post Genehmigung vor. Die WESTbahn vertrat die Rechtsansicht – insbesondere im Lichte des eisenbahnrechtlichen Transparenzgebotes und des Vertrauensschutzes – verbiete sich eine *rückwirkende* Genehmigung und sei daher eine ex-ante Genehmigung normiert.

27. Die SCK folgte in ihrer Entscheidung der Rechtsansicht der ÖBB-Infra und ging von einer zeitraumbezogenen und damit ex-post Genehmigung aus. Die SCK begründet dies zum einen mit der Rechtsprechung des nationalen Höchstgerichts Verwaltungsgerichtshof (VwGH) zur Entscheidungsbefugnis der SCK im Rahmen der wettbewerbsaufsichtsbehördlichen ex-post Kontrolle von Schienennetz-Nutzungsbedingungen bzw Verträgen (unter Verweis auf VwGH 27.11.2014, 2013/03/0092, und VwGH 30.06.2015, 2012/03/0087). Ebenso sehe in der Literatur *Keding*, Folgen des EuGH-Urteils zu § 315 BGB - Rechtsschutz gegen alle Entgelte? IR 2019, 90 (92), die Befugnis der Regulierungsstelle, Regelungen zu Eisenbahninfrastrukturentgelten auch rückwirkend zu treffen und deren Höhe festzulegen, als „Bestandteil und Konsequenz des „Monopols“ zur Anwendung des Eisenbahnregulierungsrechts an. Ferner stützt sich die SCK begründend auf das Urteil des EuGH 09.11.2017, C-489/15, CTL Logistics. Dieses Urteil beruhe ebenfalls auf der Prämisse einer rückwirkenden Festlegung der Entgelte für die Nutzung der Schieneninfrastruktur durch die Regulierungsbehörde, und weist die SCK ua auf die Rz 97 des Urteils hin.

28. Die Beschwerde der WESTbahn hält dem Bescheid Nachstehendes entgegen: Die im Bescheid zitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen des VwGH seien jeweils im Rahmen der allgemeinen ex-post Wettbewerbsaufsicht der SCK gemäß § 74 EisbG in über noch in Geltung stehende SNNB und (Bahngrundbenützungs-)Verträge ergangen. Im Unterschied dazu handle es sich beim gegenständlichen Verfahren um ein ex-ante Genehmigungsverfahren in Bezug auf Entgelte, die eine Ausnahme von der allgemeinen eisenbahngesetzlichen Entgeltregelung darstellten. In diesem Zusammenhang zitiert die WESTbahn eine Literaturmeinung, nämlich *Redl*, Ausgewählte Aspekte der Umsetzung der RL 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, in Jahrbuch Tourismusrecht 2017, Seite 257: Dort heißt es wortwörtlich: „Mit § 67d Abs 6 EisbG wurde erstmals seit der Novelle BGBl I 2004/38 wieder eine ex-ante-Regulierung von Entgelten im EisbG vorgesehen. Die Notwendigkeit einer Genehmigung der Aufschläge folgt aus Art 32 Abs 1 Unterabs 3 RL 2012/34/EU. Im Verhältnis zur Wettbewerbsüberwachung gemäß § 74 Abs 1 EisbG ist § 67d Abs 6 EisbG [meines Erachtens] *lex specialis*. Ein einmal genehmigter Aufschlag kann damit nicht mehr Gegenstand eines Verfahrens der Wettbewerbsüberwachung gemäß § 74 Abs 1 EisbG sein und insb nicht gemäß § 74 Abs 1 Z 5 EisbG als Teil der Schienennetz-Nutzungsbedingungen für unwirksam erklärt werden.“

29. Denn der WESTbahn zufolge liege der wesentlichste Zweck einer ex-ante Kontrolle und Genehmigung von Entgelten darin begründet, Rechtsschutzdefizite und Rechtsdurchsetzungsdefizite der in einem erheblichen Kräfteungleichgewicht zum Monopolisten stehenden nachfragenden Eisenbahnunternehmen als „Infrastruktur-Kunden“ vorzubeugen, indem schon das Entstehen eines möglichen Schadens im Sinne zB eines Markteintrittshindernisses durch die Festsetzung zu hoher Entgelte zu Lasten dieser Kunden verhindert werde. Dies mit Hinweis auf eine weitere Literaturmeinung, *Fetzer*, Entgeltregulierung, in *Kirchhof/Korte/Magen* [Hrsg], Öffentliches Wettbewerbsrecht [2014] 329, 340 [Rz 24], wonach eine ex-post Kontrolle, jedenfalls solange ein Markt sehr konzentriert sei, nicht zuverlässig verhindere, dass der Netzeigentümer durch die Forderung

überhöhter Entgelte und der mit der ex-post Kontrolle einhergehenden erst nachgelagert stattfindenden Rechtmäßigkeitskontrolle den Wettbewerb auf angrenzenden Märkten nachhaltig behindern und damit das Ziel der Netzzugangsregulierung, Wettbewerb zu ermöglichen, unterminieren könne.

30. Zum im angefochtenen Bescheid zitierten Urteil des EuGH *CTL Logistics* führt die WESTbahn aus: Im gegenständlichen EuGH-Verfahren sei es um die Zuständigkeitsabgrenzung in Bezug auf die Überprüfung von Entgelten gegangen, die einer öffentlich-rechtlichen Regulierung unterliegen (konkret auf Basis der RL 2001/14/EU umgesetzt im deutschen Allgemeinen Eisenbahngesetz [AEG]), zwischen einem Zivilgericht (Landgericht Berlin) und der deutschen Regulierungsbehörde. Das zitierte EuGH-Urteil treffe an keiner Stelle – weder explizit noch implizit – eine Aussage über die Befugnis von Regulierungsbehörden zur rückwirkenden Festlegung der Entgelthöhe, vielmehr sei im zitierten EuGH-Urteil keine Auslegung von Entgeltregelungen der RL 2001/14/EU erfolgt.

31. Bereits das universitäre Rechtsgutachten der ÖBB-Infra vor der SCK stützt sich zur Begründung einer ex-post zeitraumbezogenen Genehmigung auf die Notwendigkeit, über die Instanzen eine rechtskräftige Genehmigung zu erlangen. Gleichermaßen entwickelt die Beschwerde der WESTbahn mehrere denkmögliche Genehmigungsabläufe, in denen die Rechtskraft eine Rolle spielt. Das vorliegende Gericht geht derzeit davon aus, dass Art 32 Richtlinie 2012/34/EU eine rechtskräftige Genehmigung verlangt. Zur zweifelsfreien Klarstellung bedarf es allerdings der Beantwortung dieser Zusatzfrage.

32. Art 32 der Richtlinie 2012/34/EU ist in der Republik Österreich in § 67d EISbG umgesetzt. Die Beschwerde der WESTbahn begehrt hinsichtlich der Marktaufschläge, das vorliegende Gericht möge den angefochtenen Bescheid in den Spruchpunkten 1) und 2) aufgrund des Ablaufs der Netzfahrplanperioden **2018** und **2019** im Entscheidungszeitpunkt der SCK und der Unzulässigkeit der Erteilung einer rückwirkenden Genehmigung über die Festsetzung von Marktaufschlägen aufheben und das Verfahren einstellen. Das vorliegende Gericht hat daher die Vorlagefrage I. in Anwendung des Unionsrechts zu lösen, weshalb diese Frage von Relevanz ist.

Zur Frage II. (Reihenfolge Veröffentlichung und Genehmigung; wesentliche Bestandteile):

33. Die WESTbahn moniert, der (Unions-)Gesetzgeber habe ein kohärentes System genau in der Reihenfolge der Festsetzung, Genehmigung, Veröffentlichung und Anwendung von Entgelten, die eine Ausnahme von der allgemeinen Entgeltregel darstellen, geschaffen. Dieses System erfordere, dass bereits die Festsetzung einer Genehmigung bedürfe und erst nach dieser die Entgelte in den SNNB veröffentlicht würden, um sodann Grundlage von privatrechtlichen Verträgen zwischen Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen sein zu können. Dieses System und die diesem zugrundeliegenden EU-Richtlinien, insbesondere die Richtlinie 2012/34/EU, stünden somit sowohl einer Veröffentlichung als auch einer Anwendung durch Verrechnung von nicht

beschlossenen oder genehmigten Entgelten ausdrücklich entgegen. Die an die Eisenbahnverkehrsunternehmen durch die ÖBB-Infra erfolgte Vorschreibung von – lediglich unter Genehmigungsvorbehalt in den SNNB **2018** und **2019** veröffentlichten, aber nicht genehmigten – Marktaufschlägen sei daher rechtswidrig erfolgt. Die SCK hätte dies aufgreifen müssen.

34. Die Genehmigungsanträge für **2018** und **2019** unterscheiden sich hinsichtlich der beantragten Höhe der Marktaufschläge, weshalb zu beantworten ist, ob dies bereits für sich alleine eine Veröffentlichungspflicht nach Art 32 Abs 6 der Richtlinie 2012/34/EU auslöst.

35. In der Republik Österreich ist Art 32 Abs 1 Richtlinie 2012/34/EU in § 67d Abs 1 bis Abs 6 EisbG, Art 32 Abs 6 Richtlinie 2012/34/EU in § 67d Abs 7 EisbG, sowie Art 27 Abs 4 Richtlinie 2012/34/EU in § 59 Abs 8 EisbG umgesetzt. Die WESTbahn beantragt hinsichtlich der Marktaufschläge auch, dass die Spruchpunkte 1) und 2) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben sind. Das vorliegende Gericht hat daher die Vorlagefrage II. in Anwendung des Unionsrechts gesondert zu lösen, weshalb diese Frage von Relevanz ist.

Zur Frage III. (Marktaufschläge 2018 nicht veröffentlicht):

36. Die SCK hält in ihrer Entscheidung fest, dass die Marktaufschläge trotz unterbliebener Veröffentlichung derselben in den SNNB **2018** genehmigungsfähig seien. Zwar sehe § 59 Abs 4 Z 2 EisbG die Veröffentlichung von Einzelheiten der Entgeltregelung sowie Ausführungen dazu, wie (unter anderem) § 67d EisbG entsprochen werde, vor. Zur Erfüllung dieser Anforderungen seien die Wegeentgelte und die Marktaufschläge getrennt auszuweisen. Allerdings verlange der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Wahl der am wenigsten belastenden Maßnahme; dieser Grundsatz sei auch im Rahmen der Vollziehung und Anwendung des Unionsrechts maßgeblich und in Art 52 Abs 1 GRC festgeschrieben, weshalb eine Verneinung der Genehmigungsfähigkeit infolge fehlender Veröffentlichung der Aufschläge nicht in Frage komme. Immerhin sei den Fahrwegkapazitätsberechtigten das Gesamtwegeentgelt je Marktsegment infolge Veröffentlichung in den SNNB **2018** bekannt und daher auch die finanzielle Planungssicherheit gegeben gewesen.

37. Die Beschwerde der WESTbahn rügt inhaltliche Rechtswidrigkeit und Verfahrensfehler und beantragt vor dem vorliegenden Gericht die Aufhebung des Spruchpunktes 1) zu den Entgelten der Netzfahrplanperiode **2018**. Gleichermäßen bekämpft die ÖBB-Infra den Spruchpunkt 1) wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Verfahrensfehlern. Das vorliegende Gericht ist nach ständiger Rechtsprechung des nationalen Höchstgerichtes VwGH nicht an die ausgeführten Beschwerdeanträge oder Beschwerdegründe gebunden, sondern hat jedwede Rechtswidrigkeit des vor ihm angefochtenen Bescheides – amtswegig – aufzugreifen und zu beurteilen (vgl VwGH 06.04.2016, Ro 2015/03/0026, mit weiteren Hinweis auf das Erkenntnis vom 17.12.2014, Ro 2014/03/0066, das hinweist auf die Entscheidungen vom 23.06.2015, Ra 2014/22/0199, vom 26.03.2015, Ra 2014/07/0077,

sowie auf 09.09.2015, Ro 2015/03/003). Das vorlegende Gericht hat daher im Anwendungsbereich des Unionsrechts (so ist Art 27 Abs 2 in Verbindung mit Anhang IV. Rz 2 Richtlinie 2012/34/EU in § 59 Abs 4 Z 2 EisbG, sowie Art 31 Abs 3 Richtlinie 2012/34/EU in § 67 EisbG umgesetzt; zur Umsetzung von Art 32 Abs 1 und Abs 6 und Art 27 Abs 4 der Richtlinie 2012/34/EU im EisbG ist auf die bereits zuvor getroffene Darlegung zu verweisen) in Bewertung des angefochtenen Bescheides auch die dargestellte Begründung der SCK hinsichtlich der Auswirkungen der unterbliebenen Veröffentlichung der Marktaufschläge **2018** zu überprüfen und die vorgelegte Frage zu beantworten.

Zur Frage IV. (Bindungswirkung):

38. Die SCK geht in ihrer Entscheidung insoweit von einer Bindungswirkung der veröffentlichten Entgelte aus, als sie je Marktsegment keine höheren Gesamtentgelte (das ist die Summe aus den Entgelten für die direkten Kosten und Marktaufschläge) pro Zugkilometer festsetzen dürfe, als zuvor in den SNNB veröffentlicht worden seien; sie allerdings frei sei, sowohl die Entgelte für die direkten Kosten als auch die Marktaufschläge jeweils höher oder niedriger festzusetzen als in den SNNB veröffentlicht, solange die veröffentlichten Gesamtentgelte pro Marktsegment nicht überschritten würden.

39. Die ÖBB-Infra vertritt die Rechtsansicht, dass auch sie als Eisenbahninfrastrukturunternehmen in ihrer Planungssicherheit zu schützen sei: sie habe die Anträge auf Genehmigung der Aufschläge für jede der beiden Netzfahrplanperioden jeweils 16 Monate im Voraus gestellt und mit Vorlaufzeiten (zumal **2018** der Prozess zum ersten Mal aufgesetzt worden sei) jeweils etwa 22 Monate vor Beginn der Netzfahrplanperiode die Entgelte zu planen begonnen. Bei der endgültigen Festlegung der Entgelte müsse somit das vorlegende Gericht frei sein, die Entgelte für direkten Kosten und die Marktaufschläge in jedwede Richtung abzuändern, auch wenn dadurch die Höhe der veröffentlichten oder zur Genehmigung beantragten Gesamtentgelte überschritten würden. Die ÖBB-Infra beantragt daher beim vorlegenden Gericht in ihren Hauptanträgen, dieses möge die Entgelte für direkte Kosten und Marktaufschläge in näher bestimmten Höhen (und damit ohne Rücksicht auf eine Bindungswirkung) festsetzen. Zur Umsetzung von Art 31 Abs 3, Art 32 Abs 1 und Abs 6 und Art 27 Abs 4 der Richtlinie 2012/34/EU im EisbG ist auf die bereits zuvor getroffene Darlegung zu verweisen. Da das vorlegende Gericht über die Anträge der ÖBB-Infra, die zum Teil höhere Marktaufschläge begehrt als in den SNNB veröffentlicht oder ursprünglich bei der SCK beantragt, gesondert abzusprechen hat, kommt der Frage der Bindungswirkung eigenständige Bedeutung in Anwendung des Unionsrechts zu.

Zur Frage V. („Erlösziel“):

40. Die ÖBB-Infra rügt, die SCK hätte bei der Beurteilung des "Erlösziels" als Eingangsparameter für die Berechnung der Aufschläge statt dem von der SCK angenommenen Wert (also Erlösziel exklusive der Dienstzüge) das vom zuständigen Minister gesamthaft vorgegebene Erlösziel (also inklusive Dienstzüge) heranzuziehen gehabt, welches durch die

Wegeentgelte (bestehend aus direkten Kosten und Marktaufschlägen) erreicht werden müsse. Durch die Außerachtlassung der direkten Kosten für die Dienstzüge werde der ministeriell vorgegebene Zielerlös rechtswidrigerweise verfehlt und habe die SCK den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Die WESTbahn moniert hingegen, die SCK gehe contra legem und damit rechtswidrig von einem „Erlösziel“ aus. Vielmehr hätte die SCK die Kosten zur vollen Deckung vollständig ermitteln und feststellen müssen, um auf deren Boden beurteilen zu können, ob überhaupt eine „Deckungslücke“ in Bezug zu allen Einnahmen der ÖBB-Infra gegeben und damit Marktaufschläge grundsätzlich (abseits der Markttragefähigkeit) zulässig seien. Durch die gewählte Vorgehensweise der SCK sei der angefochtene Bescheid mit einem Wurzelmangel behaftet und von vornherein rechtswidrig.

41. Die ÖBB-Infra erhält nach § 42 Bundesbahngesetz staatliche Zuschüsse der Republik Österreich. Die Beschwerde der WESTbahn rügt, dass diese Zuschüsse als "sonstige Erlöse" des § 67d EibG durch die SCK zu werten gewesen und damit von den Kosten zur vollen Deckung (neben den von der ÖBB-Infra für die direkten Kosten erzielten Entgelten) zu subtrahieren gewesen wären, um die Zulässigkeit von Marktaufschlägen zu eruieren. Aus Art 8 Abs 4 Richtlinie 2012/34/EU sei nämlich eindeutig zu schließen, dass es erlösseitig neben Wegeentgelten auch den „Gewinn aus anderen wirtschaftlichen Tätigkeiten, nicht rückzahlbaren Zuschüssen aus privater Quelle und der staatlichen Finanzierung“ gebe, in § 67d Abs 1 verkürzt als „sonstige Erlöse“ bezeichnet. Die SCK habe zu den staatlichen Zuschüssen und anderen allfälligen Erlösen hingegen nicht ausreichend ermittelt, weshalb sie ihre Entscheidung mit Rechtswidrigkeit belaste. Insbesondere seien auch die von der ÖBB-Infra eingehobenen Stationsentgelte (für die Nutzung von Personenbahnsteigen) und Entgelte für die Nutzung von Versorgungseinrichtungen für Fahrstrom in diese Beurteilung miteinzubeziehen.

42. Zur innerstaatlichen Umsetzung von Art 32 Abs 1 Richtlinie 2012/34/EU wird auf die zuvor getroffenen Ausführungen verwiesen. Art 31 Abs 3 Richtlinie 2012/34/EU ist in § 67 EibG umgesetzt.

43. Die WESTbahn beantragt hinsichtlich der Marktaufschläge auch, dass die Spruchpunkte 1) und 2) wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben sind. Die ÖBB-Infra beantragt unter anderem, die Marktaufschläge ausgehend von dem vom „Verkehrsminister“ vorgegebenen „Erlösziel“ zu bestimmen. Das vorliegende Gericht hat daher die Vorlagefrage V. in Anwendung des Unionsrechts hinsichtlich des „Erlösziels“, der staatlichen Zuschüsse und aller weiteren allfälligen Gewinne, privater Zuschüssen und Entgelte gesondert zu lösen, weshalb diese Frage von Relevanz ist.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

44. Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 B-VG in Verbindung mit § 25a Abs 3 VwGG nicht zulässig (keine gesonderte Anfechtbarkeit des bloß verfahrensleitenden Beschlusses; siehe zur

mangelnden Anfechtbarkeit von Vorlagebeschlüssen und Normenanfechtungen im Übrigen auch VwGH 22.02.2001, 2001/04/0034; und OGH 09.12.1996, 16 Ok 9/96; 03.05.2012, 10 Obs 67/12v [=RZ 2012, 279]).

Hinweis für die Parteien:

45. Die Einreichung eines Vorabentscheidungsersuchens beim Gerichtshof der Europäischen Union führt dazu, dass das nationale Verfahren bis zur Entscheidung des Gerichtshofes ausgesetzt wird, ohne dass es eines diesbezüglichen ausdrücklichen Rechtsaktes (Beschlusses) bedarf. Eine förmliche Aussetzung des Verfahrens durch einen selbständig anfechtbaren Akt ist nicht vorgesehen (vgl *Hengstschläger/Leeb*, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, § 38a, Rz 12, mwN). Die Rechtswirkungen des § 38a AVG treten vielmehr ex lege (vgl *Schima in Jaeger/Stöger*, AEUV, Art 267, Rz 153, mwN) im Zeitpunkt der Stellung des Antrags ein und dauern bis zum Einlangen der Vorabentscheidung bei der vorlegenden Behörde bzw bis zur etwaigen Zurückziehung des Antrags an (vgl *Piska*, ZÖR 1997, 247, 253, 264).

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT
Gerichtsabteilung W179, am 21.08.2023

Mag. Eduard Hartwig PAULUS
(Vorsitzender Richter)

	Unterzeichner	Eduard Hartwig Paulus
	Datum/Zeit-UTC	2023-08-21T12:23:14+02:00
	Prüfinformation	Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur finden Sie unter: https://www.signaturpruefung.gv.at
Hinweis	Dieses mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene Dokument hat gemäß Art. 25 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 vom 23. Juli 2014 ("eIDAS-VO") die gleiche Rechtswirkung wie ein handschriftlich unterschriebenes Dokument.	