Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Eingang
08. AUG. 2016

Abteilung I
A-1303/2016

Urteil vom 4. August 2016

Besetzung

Richter Jürg Steiger (Vorsitz),
Richter Maurizio Greppi, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

Parteien

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Recht & Compliance, Infrastruktur,
Rebekka Krebs,
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65 SBB,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE),
Monbijoustrasse 51A, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwischenverfügung der Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE) vom 1. Februar 2016.

Sachverhalt:

A.

Die Kosten für die elektrische Traktionsenergie für Züge bildet einen Bestandteil des Trassenpreises. Der Leistungskatalog Infrastruktur 2013 der wichtigsten Infrastrukturbetreiberinnen SBB, BLS, SOB, Thurbo und HBS sieht für die Traktionsenergie von Ferngüterzügen einen Pauschalsatz pro Bruttotonnenkilometer vor, der auf Messungen des gesamten Güterverkehrs auf dem Schweizer Schienennetz beruht. Die BLS Cargo AG erachtet den Pauschalsatz für ihre spezifischen Verkehre, üblicherweise gut ausgelastete, schwere Güterzüge zwischen Basel RB und Chiasso bzw. Domodossola II als zu hoch, da ihre Triebfahrzeuge für solche Züge auf den konkreten Strecken deutlich weniger elektrische Energie benötigten als der Durchschnitt aller Ferngüterzüge auf dem Schweizer Schienennetz. Am 21. Mai 2013 gelangte die BLS Cargo AG an die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr SKE und ersuchte diese um Prüfung einer möglichen Diskriminierung durch die Anwendung des Pauschaltarifs für Ferngüterzüge gemäss dem Leistungstarif. Sie legte eine Studie zum konkreten Stromverbrauch bei. Sie gab zudem bekannt, dass sie auch die Möglichkeit der Verrechnung nach gemessenem tatsächlichem Verbrauch verfolge und mit SBB Infrastruktur Gespräche über die administrative Abwicklung führe.

B.

In der Folge fand die SKE Anhaltspunkte für eine mögliche Diskriminierung durch die Anwendung des Pauschaltarifs, liess ein externes, unabhängiges Gutachten von der EPF Lausanne erstellen und eröffnete am 27. Januar 2014 eine Untersuchung von Amtes wegen.

C.

Anlässlich von Einigungsverhandlungen vom 16. Juni und 18. August 2015 zwischen den Netzbenutzerinnen und den Netzbetreiberinnen erzielten die Parteien eine Teileinigung und schlossen in der Folge eine Vereinbarung ab. Diese sieht vor, dass die Infrastrukturbetreiberinnen die verursachergerechte Verrechnung des Bahnstroms (sog. Ist-Abrechnung) spätestens bis Ende 2015 einführen und den Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) anbieten und überdies den pauschalen Energieansatz für die Zuggattung „Ferngüterzug" im Leistungskatalog 2018 anpassen.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Februar 2016 trennte die SKE das Verfahren auf in ein die Punkte der Teileinigung umfassendes Verfahren (2013/1)

sowie in eines über den Rückerstattungsanspruch der BLS Cargo AG gegen die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Division Infrastruktur (2013/3). Zudem hielt die SKE fest, dass ersteres Verfahren spruchreif sei. Im Verfahren betreffend den Rückerstattungsanspruch behielt sie weitere Untersuchungshandlungen vor und führte aus, nur die BLS Cargo AG und die SBB, Division Infrastruktur, hätten Parteistellung.

E.

Mit Eingabe vom 29. Februar 2016 erhebt die SBB AG (Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der SKE (Vorinstanz) vom 1. Februar 2016 und beantragt, deren Aufhebung sowie das hängige Verfahren von Amtes wegen unter Berücksichtigung aller Verfahrensbeteiligten zu Ende zu führen. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe sich gestützt auf die Eingabe der BLS Cargo AG für ein Verfahren von Amtes wegen entschieden. Die Einleitung eines zusätzlichen Klageverfahrens widerspreche dem vorinstanzlichen Geschäftsreglement und führe zu einer Ungleichbehandlung derjenigen EVU, die bisher am Verfahren beteiligt gewesen seien. Es seien jedoch gegebenenfalls alle EVU betroffen. Zudem würde ein Energieansatz für ein einzelnes EVU und dessen Flotte der gesetzlichen Regelung widersprechen. Den für die Anfechtung eines Zwischenentscheids erforderlichen nicht wiedergutzumachenden Nachteil sieht die Beschwerdeführerin darin, dass sie von der Vorinstanz zu einer Ungleichbehandlung gegenüber weiteren EVU angehalten werden könnte und diese wiederum Klage erheben würden, wodurch ihr ein Mehraufwand entstehe im Vergleich zur Situation, in der das Verfahren von Amtes wegen auch betreffend Rückerstattung mit allen Beteiligten zu Ende geführt würde.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 13. Mai 2016 hält die Vorinstanz an ihrer Verfügung fest, beantragt die Abweisung der Beschwerde soweit auf diese einzutreten sei. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Den Verfahrensantrag begründet die Vorinstanz mit dem Umstand, dass sie die Vereinbarung genehmigen müsse, andernfalls die rechtzeitige Einführung der verursachergerechten Verrechnung des Bahnstroms wegen der langen Vorlaufzeit von 18 Monaten nicht auf Anfang 2018 eingeführt werden könne und sich um ein Jahr verzögere. Die Vereinbarung lasse sich nur mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtzeitig umsetzen. In der Sache weist die Vorinstanz auf die Voraussetzungen zur Anfechtung eines Zwischenentscheids hin und bestreitet, dass der Beschwerdeführerin ein nicht wieder

gutzumachender Nachteil entstehe. Sie habe in beiden Verfahren Parteistellung, erfahre also keinen rechtlichen Nachteil. Die allfällige Feststellung einer Diskriminierung der BLS Cargo AG und eines Rückerstattungsanspruchs führe zu keiner Ungleichbehandlung der anderen EVU, vielmehr habe sie und die Beschwerdeführerin alle EVU von Gesetzes wegen gleich zu behandeln. In das Verfahren seien nicht alle 22 EVU, die Verkehre über die Zuggattung Ferngüterzüge durchführten involviert, es könnten somit ohnehin nicht sämtliche Ansprüche bereits im hängigen Verfahren beurteilt werden. Schliesslich stellten auch das Interesse, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens abzuwenden, keinen hinreichenden Nachteil dar.

G.

In ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2016 bekräftigt die Beschwerdeführerin ihren Standpunkt und weist ergänzend darauf hin, dass auch nicht sämtliche Infrastrukturbetreiber am neuen Verfahren 2013/3 beteiligt seien. Es sei Aufgabe der Vorinstanz, eine für alle Betroffenen gleichermassen verbindliche Feststellung zu treffen, ob und unter welchen Umständen die Anwendung der Energietarife auf schwere Ferngüterzüge durch die Infrastrukturbetreiber diskriminierend festgelegt wurde und wie diese Diskriminierung rückwirkend behoben werden soll. Diese Aufgabe dürfe nicht mit Verweis auf das Gleichbehandlungsgebot an sie delegiert werden, zudem führe dies zu Rechtsunsicherheit. Die Beschwerdeführerin verzichtet auf eine Stellungnahme zum Gesuch betreffend die aufschiebende Wirkung.

H.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

1.1 Die SKE ist eine eidgenössische Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG und somit eine zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG).

1.2 Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht können End-, Teil- und Zwischenentscheide sein (Art. 44 - 46 VwVG). End- und Teilverfügungen schliessen das Verfahren jedenfalls teilweise prozessual ab, sei es für einzelne, von anderen unabhängige Rechtsbegehren, sei es für einen Teil der Beteiligten. Demgegenüber stellen Zwischenverfügungen einen Zwischenschritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar und sind insofern ein organisatorisches Instrument zur Verfahrenserledigung. Für die Qualifikation einer Verfügung ist nicht die Bezeichnung, sondern der materielle Gehalt entscheidend (Urteil des BGer 2C_450/2012 vom 27. März 2013 E. 1.3 mit Hinweisen; Urteil des BVGer A-226/2014 vom 16. November 2015 E. 1.2.1). Eine Verfügung kann unterschiedliche Teile enthalten, insbesondere kann die eine Dispositiv-Ziffer als Zwischenverfügung, eine andere jedoch als Endentscheid qualifiziert werden (vgl. Urteil des BVGer A-2222/2012 vom 10. März 2014 E. 1.2 bis 1.2.2).

1.2.1 Mit der Dispositiv-Ziffer 1 bis 3 teilt die Vorinstanz das bei ihr hängige Verfahren in zwei auf und erklärt das eine (Verfahren 2013/1) für spruchreif, während sie sich im anderen Verfahren (2013/3) weitere Untersuchungshandlungen vorbehält. Das erste Verfahren betrifft gemäss den Erwägungen in der Verfügung die Punkte der Einigung zwischen den Parteien namentlich deren Umsetzung im Leistungskatalog 2018, während das zweite die Frage der möglichen Diskriminierung der BLS Cargo AG in der Vergangenheit und Gegenwart betrifft. Ersteres ist somit auf die künftige Abrechnung des Energiepreises gerichtet, während das andere die Verrechnung der Energiekosten in den Jahren ab 2013 betrifft. Die Auftrennung eines Verfahrens stellt grundsätzlich und auch im vorliegenden Fall eine verfahrensleitende Verfügung dar, die keines der beiden Verfahren abschliesst. In den weiteren Dispositiv-Ziffern wird der Spruchkörper für beide Verfahren bekannt gegeben (Ziff. 4), Frist für allfällige Ausstandsbegehren angesetzt (Ziff. 5) und bekannt gegeben, dass kein Kostenvorschuss erhoben werde (Ziff. 6). Keine dieser Ziffern schliesst das bzw. eines der Verfahren ab, vielmehr handelt es sich nicht nur der Bezeichnung nach, sondern auch materiell um eine Zwischenverfügung.

1.2.2 Die Beschwerde gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, die nicht die Zuständigkeit oder Fragen des Ausstands betreffen, ist einzig

zulässig, wenn sie dem Verfügungsadressaten einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführt und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 45 und 46 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des BGer 1C_506/2014 vom 14. Oktober 2015 E. 1.1). Der Nachteil muss nicht rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein (Urteil des BGer 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2); die Beeinträchtigung in schutzwürdigen tatsächlichen, insbesondere auch wirtschaftlichen Interessen genügt, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Ein Nachteil tatsächlicher Natur muss von einigem Gewicht sein. Davon ist etwa auszugehen, wenn die Zwischenverfügung das weitere Verfahren präjudiziert oder die Grundlage für beträchtliche Investitionen bildet, mithin wirtschaftliche und prozessökonomische Interessen für eine sofortige Überprüfung sprechen (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3.4; BGE 120 Ib 97 E. 1c; Urteil des BGer 1C_521/2012 vom 29. Oktober 2013 E. 1; zum Ganzen Urteile des BVGer A-226/2014 vom 16. November 2015 E. 1.2.2 sowie A-1130/2011, A-1133/2011 vom 5. März 2012 E. 5.1 je mit Hinweisen). Die (formelle) Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (Urteil des BGer 1C_453/2012 vom 26. November 2012 E. 1.2; Urteile des BVGer A-5465/2014 vom 27. November 2014 E. 1.1.1 und A-226/2014 vom 16. November 2015 E. 1.2.2).

1.2.3 Obwohl die Beschwerdeführerin in ihrem Hauptantrag die Aufhebung der Verfügung beantragt, werden keine den Ausstand oder die Zuständigkeit betreffende Rügen vorgebracht. Auf die Beschwerde ist daher nur einzutreten, sofern die zuvor erwähnten, strengeren Anforderungen erfüllt sind. Die Beschwerdeführerin macht zwar einen befürchteten Mehraufwand durch die Verfahrenstrennung bzw. die auf die BLS Cargo AG beschränkte Prüfung geltend, dennoch beruft auch sie sich nicht darauf, dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid mit den prozessökonomischen Vorteilen im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG herbeiführen würde. Zu prüfen bleibt daher, ob die Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.

1.2.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt als Nachteil vor, dass mit der Aufteilung des Verfahrens ein Entscheid der Vorinstanz auf Rückerstattung an die BLS Cargo AG sie zu einer Ungleichbehandlung gegenüber weiteren EVU anhalten würde. Zudem seien bei einer Rückerstattungspflicht mit weiteren Klagen anderer EVU zu rechnen, was zu höherem Aufwand und

Kosten führe als eine amtliche Untersuchung über sämtliche Ansprüche der betroffenen EVU. Mit einer Aufteilung des Verfahrens würde – sollte der in Frage stehende Energieansatz tatsächlich diskriminierend sein – rückwirkend ein rechtswidriger individueller Energieansatz für ein EVU festgelegt.

1.2.3.2 Die Vorinstanz bestreitet, dass die Zwischenverfügung der Beschwerdeführerin nicht wiedergutzumachende Nachteile zufüge. Selbst wenn eine Diskriminierung bei der Entgeltregelung im Trassenpreis und ein Rückerstattungsanspruch festgestellt würden, seien sie und die Beschwerdeführerin zur Gleichbehandlung der EVU verpflichtet. Zudem seien diese Fragen Gegenstand des hängigen Verfahrens und noch nicht entschieden, weshalb ebenfalls kein Nachteil gegeben sei. Die allfällige Verlängerung und Verteuerung des Verfahrens sei kein hinreichender Nachteil, zudem würden 22 EVU Verkehre in der Zuggattung „Ferngüterzug" führen. Diese seien aber nicht alle in das bisherige Verfahren einbezogen, weshalb ohnehin nicht sämtliche Ansprüche beurteilt werden könnten.

1.2.4 Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Nachteile nicht von der angefochtenen Zwischenverfügung ausgehen, sondern allenfalls dereinst aus dem Endentscheid im nun aufzutrennenden Verfahren 2013/3. Ob die Vorinstanz dereinst tatsächlich die Beschwerdeführerin zu einer Ungleichbehandlung der EVU anhalten wird, steht daher keineswegs fest, betont doch auch sie selbst die Pflicht zur Gleichbehandlung, die sie zu berücksichtigen hat. Sollte eine Diskriminierung und ein Rückerstattungsanspruch der BLS Cargo AG bejaht werden, kann und muss die Vorinstanz daher einen Entscheid fällen, der im Einklang mit der Gleichbehandlungspflicht steht. Falls der Endentscheid die Gleichbehandlungspflicht nach Auffassung der Beschwerdeführerin nicht oder nicht genügend berücksichtigen sollte, wird es ihr als dadurch beschwerte Partei ohne weiteres möglich sein, gegen diesen Beschwerde zu führen um damit die Nachteile abzuwenden. Auch der Umstand, dass allenfalls weitere EVU Verfahren über Rückerstattungsansprüche einleiten könnten, stellt keinen Nachteil im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG dar. Einerseits hängt auch dies vom Ausgang des Verfahrens und damit vom Endentscheid ab und bliebt den übrigen EVU eine Klage unbenommen, anderseits ist die Vorinstanz verpflichtet, die Eingabe der BLS Cargo AG zu behandeln, also über den Rückerstattungsanspruch zu befinden, sofern die Prozessvoraussetzungen hierfür erfüllt sind. Es ist somit nicht ersichtlich, inwiefern die Zwischenverfügung an dieser Situation

etwas ändern und der Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil verursachen sollte.

1.2.5 Zusammenfassend kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Bei diesen Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, über den prozessualen Antrag der Vorinstanz um Entzug der aufschiebenden Wirkung zu befinden. Da die Beschwerde nicht materiell zu prüfen ist, bestehen zudem keine prozessökonomischen oder anderen Gründe, um die verschiedenen Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung vom 1. Februar 2016 zu vereinigen.

2.
Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 2 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'000.— festzusetzen und dem geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.— zu entnehmen.

Die Vorinstanz hat nach Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten zu tragen.

Angesichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung, ebenso wenig hat die Vorinstanz einen solchen Anspruch (Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.— auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.— wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontoverbindung bekannt zu geben.

3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. C00.2207.107.3.5243; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Jürg Steiger	Bernhard Keller

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 5. AUG. 2016