Verfügung vom 12. Mai 2017

Besetzung

Patrizia Danioth Halter (Präsidentin),
Yves Putallaz (Vizepräsident),
Peter Bösch, Ursula Erb,
Werner Grossen, Markus Kern,
Gabriela Weber (Sekretariat)

Parteien

BLS AG, Genfergasse 11, 3001 Bern,

Schweizerische Bundesbahnen SBB, Division Infrastruktur, Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65,

BLS Netz AG, Genfergasse 11, 3001 Bern.

Gegenstand

Untersuchung 2015/1 gemäss Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG

betreffend der Anwendung von Art. 11b NZV und der Richtlinie „Streckensperrung gemäss Art. 11b NZV" des Bundesamtes für Verkehr

wegen Diskriminierung beim Ersatz von Kosten, die durch Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV verursacht werden

Sachverhalt:

A. Die BLS AG, Abteilung Personenverkehr (nachfolgend: BLS Personenverkehr), bediente im Fahrplanjahr 2014 aufgrund von Offerten der Kantone bezüglich des Regionalen Personenverkehrs (RPV) die Strecken Murten – Payerne, Bern – Neuchâtel/Murten, Murten – Kerzers sowie Bern – Biel/Bienne. Diese Strecken sind Teil der Infrastruktur der Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Division Infrastruktur (nachfolgend: SBB Infrastruktur) respektive der BLS Netz AG (nachfolgend: BLS Netz).

B. Im Laufe des Fahrplanjahres 2014 waren auf diesen Strecken Bauarbeiten an der Infrastruktur erforderlich. SBB Infrastruktur und BLS Netz schlossen Teile der Strecken im Rahmen von Wochenend- oder Nachtsperren (sog. Streckensperrungen), und zwar wie folgt:

- Vom 9. März 2014 bis am 26. April 2014 zwischen Münchenbuchsee und Suberg (Nachtsperre);
- Vom 28. Februar 2014 bis am 2. März 2014 zwischen Kerzers und Murten (Wochenendsperre) sowie
- Vom 10. März 2014 bis am 4. April 2014 zwischen Kerzers und Murten/Avenches/Payerne (Wochenend- und Nachtsperre).

C. BLS Personenverkehr forderte von SBB Infrastruktur den Ersatz der durch die Streckensperrungen verursachten Kosten. Sie traf sich am 27. Januar 2014 bzw. am 21. Februar 2014 mit BLS Netz bzw. mit SBB Infrastruktur, um über den Ersatz der Mehrkosten gemäss Art. 11b Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV; SR 742.122), die ihr durch die Streckensperrungen entstanden sind, eine Einigung zu treffen. BLS Personenverkehr, BLS Netz sowie SBB Infrastruktur waren sich jedoch uneinig über die konkrete Umsetzung dieser Bestimmung sowie der sie ausführenden Richtlinie „Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV" vom 1. Juli 2013 (nachfolgend: Richtlinie), die gestützt auf Art. 11b Abs. 3 NZV vom Bundesamt für Verkehr (nachfolgend: BAV) erlassen wurde. Insbesondere die Definition der geringfügigen Mehrkosten und deren Ersatz waren umstritten. SBB Infrastruktur und BLS Netz waren der Meinung, die in den drei vorerwähnten Streckensperrungen anfallenden Kosten seien nur geringfügig und müssten deshalb nicht erstattet werden. Demgegenüber ging BLS Personenverkehr davon aus, dass die Kosten nicht geringfügig und durch die Infrastrukturbetreiberinnen (nachfolgend: ISB) zu ersetzen seien.

D. BLS Personenverkehr stellte im Anschluss an die Gespräche sowohl BLS Netz als auch SBB Infrastruktur die Mehrkosten der Streckensperrungen in Rechnung. Sie forderte:

– für die Nachtsperre zwischen Münchenbuchsee und Suberg	CHF	73'804.69
– für die Wochenendsperre zwischen Kerzers und Murten	CHF	16'959.--
– und für die Wochenend- und Nachtsperre zwischen Kerzers und Murten/Payerne/Avenches	CHF	73'323.40.

BLS Netz und SBB Infrastruktur wiesen die Forderungen als unbegründet zurück. BLS Personenverkehr verzichtete im Folgenden auf die Einreichung weiterer Rechnungen an die ISB.

E. In Absprache mit BLS Netz und SBB Infrastruktur reichte BLS Personenverkehr mit Schreiben vom 30. März 2015 bei der SKE ein Gesuch um Einleitung einer Untersuchung von Amtes wegen ein und stellte folgende Anträge:

1. „Betreffend der Differenzen zwischen der BLS AG einerseits und der Infrastrukturbetreiberinnen SBB AG und BLS Netz AG andererseits über die Umsetzung der Richtlinie „Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV" sei von Amtes wegen eine Untersuchung einzuleiten.

2. Es sei festzulegen, wie die Richtlinie „Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV" in Verbindung mit Artikel 11b NZV anzuwenden sei.

3. Im Rahmen der Untersuchung sei der BLS AG Akteneinsicht sowie das rechtliche Gehör zu gewähren."

F. Die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (nachfolgend: SKE) stellte im Rahmen ihrer Voruntersuchung fest, dass die Richtlinie einerseits den Begriff der „Geringfügigkeit" nicht explizit regle und andererseits im Verhältnis zwischen der Richtlinie und der Regelung in Art. 11b Abs. 2 NZV Unklarheiten bezüglich der Kostentragung bestünden. Dies führe dazu, dass sich Eisenbahnverkehrsunternehmen (nachfolgend: EVU) und ISB darüber uneinig seien, wer die Mehrkosten zu übernehmen habe und in welchem Verhältnis diese zu tragen seien. Diese Rechtsunsicherheiten können zu diskriminierendem Verhalten bei der Umsetzung der Richtlinie führen.

G. Aufgrund dieser Feststellungen entschied die SKE mit Verfügung vom 16. September 2015 Folgendes:

1. „Eine Untersuchung von Amtes wegen betreffend die Anwendung sowie Auslegung von Art. 11b NZV und der Richtlinie „Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV" des BAV wird bei den drei nachfolgenden Streckensperrungen eröffnet:
   - Münchenbuchsee nach Suberg vom 9. März 2014 bis 26. April 2014 (Nachtsperre);
   - Kerzers nach Murten vom 28. Februar 2014 bis 2. März 2014 (Wochenendsperre);
   - Kerzers nach Murten/Avenches/Payerne vom 10. März 2014 bis 4. April 2014 (Wochenendsperre).

2. Das Gesuch der BLS AG vom 30. März 2015 wird den Parteien zugestellt.

3. Das BAV wird bezüglich der Definition des Begriffes der Geringfügigkeit und den Kriterien für das Vorliegen von geringfügigen Mehrkosten, zur Stellungnahme eingeladen."

Die Verfügung wurde BLS Personenverkehr, BLS Netz und SBB Infrastruktur eröffnet.

H. BLS Personenverkehr teilte am 25. September 2015 der SKE mit, dass sie davon ausginge, dass das Untersuchungsresultat der SKE betreffend die Anwendung sowie Auslegung von Art. 11b NZV und der Richtlinie des BAV nicht nur für die explizit genannten Streckensperrungen Geltung haben werde, sondern darüber hinaus Allgemeinwirkung bei Streckensperrungen erhalten solle.

I. Mit Schreiben vom 17. September 2015 ersuchte die SKE das BAV um eine Stellungnahme. Das BAV sollte sich dabei insbesondere zu den folgenden drei Fragen äussern:

1. „Sieht das BAV gestützt auf Art. 11b Abs. 3 NZV vor, die Unklarheiten in der Richtlinie zu beseitigen und den Begriff der Geringfügigkeit in der Richtlinie selbst zu definieren?

2. Anhand welcher Kriterien beurteilt das BAV, ob auftretende Mehrkosten geringfügig sind?

3. Handelt es sich aus Sicht des BAV im hier konkret vorliegenden Fall um geringfügige Mehrkosten?"

J. Am 18. November 2015 erklärte das BAV, dass es die Richtlinie auf das Jahr 2016 überarbeiten und in diesem Rahmen einen Grenzwert für die Geringfügigkeit festlegen werde. Dieser werde voraussichtlich CHF 30'000.-- betragen. Dementsprechend fielen nach Ansicht des BAV einzig die Mehrkosten der Wochenendsperre vom 28. Februar 2014 bis 2. März 2014 zwischen Kerzers und Murten unter die Geringfügigkeit.

K. Das Schreiben des BAV wurde am 24. November 2015 sowohl SBB Infrastruktur wie auch BLS Personenverkehr und BLS Netz zur Stellungnahme zugesendet.

L. Mit Stellungnahme vom 25. Januar 2016 teilte BLS Netz mit, dass sie eine gesamthafte Überarbeitung von Art. 11b NZV und der Richtlinie zu einer klaren sowie einfachen Regelung hin begrüsse. Allerdings sollte der Grenzwert für den Betrag der Geringfügigkeit bei mindestens CHF 50'000.-- angesetzt sein. Unabhängig vom Betrag für den Grenzwert stellte sie fest, dass nicht klar sei, welche Kosten bei der Festlegung eines Grenzwertes verrechnet werden dürfen. Weiter sei es für die ISB fachlich nicht möglich, die von den EVU vorgebrachten Mehrkosten auf ihre Korrektheit zu überprüfen. Ausserdem könne bei Mischverkehr auf einer Strecke kaum eine genaue Zuweisung der entstandenen Mehrkosten zum verursachenden EVU vorgenommen werden.

M. Am 25. Januar 2015 äusserte sich BLS Personenverkehr ebenfalls zur Stellungnahme des BAV. Sie beurteilt den Betrag der Geringfügigkeit als zu hoch angesetzt und beantragt die Schwelle bei CHF 10'000.-- festzulegen. Bei einer Geringfügigkeit ab CHF 30'000.-- würden sich viele kleine Beträge kumulieren, die nach Ablauf eines Jahres zu einem hohen ungedeckten Betrag führen.

N. In ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2016 hielt SBB Infrastruktur fest, dass gemäss Kapitel 4 der Richtlinie bei geringen Auswirkungen auch von geringen Kosten auszugehen ist und daher in der Regel jede Partei ihre eigenen Kosten trägt. Geringe Auswirkungen haben nach Ansicht von SBB Infrastruktur stets Streckensperrungen ohne Publikationspflicht sowie Wochenend- und verlängerte Nachtsperren. Deshalb seien die Mehrkosten durch das EVU zu tragen und würden keine Kostentragungspflicht der ISB auslösen. Die Geringfügigkeit der Mehrkosten könne dementsprechend nicht an einem Frankenbetrag festgemacht werden, sondern sei von der Art und Weise der konkreten Sperre abhängig. SBB Infrastruktur bezweifelt zudem die Zulässigkeit der Ausnahmeregelung, wonach die Differenz zur RPV-Offerte zu ersetzen sei. Dies, da die Delegationsnorm in Art. 11b Abs. 3 NZV diese nicht vorsieht.

Darüber hinaus sei eine Überprüfung der Ergebnisverschlechterung zur RPV-Offerte sowie der entstandenen betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse durch die ISB nicht möglich. Die ISB müssen daher die Tragung der Mehrkosten verweigern können.

SBB Infrastruktur sieht keine Diskriminierung im Netzzugang, da die Anwendung der Richtlinie gegenüber allen EVU in gleicher Weise erfolge. Allerdings ist sie der Meinung, dass tatsächlich unterschiedliche Auslegungen der Kostentragungspflicht möglich seien und befürwortet eine grundlegende Überarbeitung der Richtlinie. Kurzfristig könne ein Betrag von CHF 50'000.-- als Grenzwert für die Geringfügigkeit festgelegt werden. Langfristig brauche es allerdings klare und eindeutige Regelungen in der Richtlinie.

O. Das BAV entgegnete am 31. März 2016, dass es die Schwelle der Geringfügigkeit bei einem Betrag von CHF 30'000.-- aufgrund der Äusserungen der Parteien als angebracht betrachte. Es hätte sich auch entschieden, am gewählten mehrstufigen System der Streckensperrungen festzuhalten. Aus der Unterteilung in geringe und grosse Auswirkungen im Zusammenspiel mit der Rechtzeitigkeit der Bekanntgabe ergebe sich ein ausgewogenes System mit abgestuften Kostenfolgen für ISB und EVU.

P. Am 2. Mai 2016 äusserte sich SBB Infrastruktur zur Stellungnahme des BAV. Sie hielt fest, dass sie den Vorschlag des BAV, die Geringfügigkeit bei einem Betrag von CHF 30'000.-- festzusetzen, zur Kenntnis nehme.

Q. Mit Stellungnahme vom 30. Mai 2016 hielt BLS Netz an den von ihr eingebrachten Bedenken fest. Sie wies darauf hin, dass es ihrer Ansicht nach schwierig sei, den Begriff „Geringfügigkeit" mit einem fixen Frankenbetrag zu definieren. Je nach Finanzstärke eines EVU müsse der Begriff der Geringfügigkeit verschieden ausgelegt werden. Unabhängig davon, sei sicherzustellen, dass keine rückwirkende Verrechnung von Kosten erfolge.

R. BLS Personenverkehr teilte mit Stellungnahme vom 30. Mai 2016 mit, dass es die Anwendung eines Mindestbetrags für eine Geringfügigkeit, unabhängig von der Betragshöhe, als umsetzungskritisch betrachte. Zudem müsste der Betrag deutlich tiefer liegen als von BAV und SBB Infrastruktur vorgeschlagen.

S. Das BAV teilte mit, dass es entgegen der Stellungnahme vom 31. März 2016 den heutigen Ansatz der Kostenteilung bei den Streckensperrungen mit geringen Auswirkungen aufgrund von Gesprächen mit SBB Infrastruktur und der Eidgenössischen Finanzkommission nun doch grundsätzlich überarbeiten werde. Die überarbeitete Richtlinie könne daher nicht auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt werden. Basierend auf einer Analyse der bestehenden, unternehmensspezifischen Abmachungen, sehe das BAV für die Zukunft zwei Typen von Streckensperrungen. Erstens Inselbaustellen, welche in der Regel zu Mehraufwand im eigentlichen Bahnbetrieb zu Lasten des EVU führen. In diesen Fällen solle neu die ISB die Bahnersatzleistungen übernehmen. Zweitens gebe es ganze oder teilweise Sperrungen von Stichstrecken oder Sperrungen von gesamten Strecken, bei welchen die EVU meist Einsparungen gegenüber dem Regelbetrieb generieren können. In diesen Fällen soll - wie nach heutiger Regelung - das EVU die Kosten für den Bahnersatz tragen. Demnach würde neu der Bedarf des Nachwei-

ses der Mehrkosten mittels einer RPV-Offerte und einer Grenze für „geringe Mehrkosten" wegfallen. Die Überarbeitung der Richtlinie sei bis Mitte 2017 geplant. Eine Änderung der NZV ist nicht geplant.

T. Mit Schreiben vom 24. Januar 2017 brachte die SKE diese Mitteilung den Parteien zur Kenntnis. Sie ersuchte die Parteien am 27. Januar 2017 um die Einreichung detaillierter Unterlagen zu den in den Jahren 2014 bis 2016 insgesamt geltend gemachten und rückvergüteten Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlösen. Diese wurden fristgerecht eingereicht.

U. Am 3. März 2017 teilte die SKE den Parteien den Spruchkörper mit und erklärte am 19. April 2017 den Sachverhalt als umfassend erstellt und die Angelegenheit als spruchreif.

V. Auf die Vorbringen und Begründungen der Parteien sowie die eingereichten Belege wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Gemäss Art. 40a^{bis} Abs. 1 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101) entscheidet die SKE über Streitigkeiten betreffend die Gewährung des Netzzuganges (lit. a), die Netzzugangsvereinbarungen (lit. b) und die Berechnung des Entgelts für die Benützung der Infrastruktur (lit. c). Sie kann nach Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG von Amtes wegen Untersuchungen einleiten, wenn der Verdacht besteht, dass der Netzzugang verhindert oder nicht diskriminierungsfrei gewährt wird.

1.1 Die SKE übt die Wettbewerbsaufsicht im Bereich des Netzzugangs aus (vgl. Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011 911ff., nachfolgend: Botschaft). Dabei obliegt es ihr, insbesondere die Entgeltregelung (Trassenpreis) sowie die Höhe und Struktur der Entgelte als auch die Schienennetz-Nutzungsbedingungen und die darin enthaltenen Kriterien aktiv auf ihre Diskriminierungsfreiheit zu prüfen (Botschaft, S. 938f.). Das von der SKE zu überwachende Verhalten kann sich dabei nicht nur auf die Gewährung des Netzzuganges im engeren Sinne beziehen, sondern auf jedes Verhalten, das geeignet ist, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu behindern (Botschaft, S. 939).

1.2 Zum Schutz und zur Gewährleistung des diskriminierungs- und hindernisfreien Netzzugangs durch die SKE bedarf es nicht zwingend einer festgestellten Verletzung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-654/2016 vom 11.Oktober 2016, E. 8.3.5). Insbesondere ist es auch die Aufgabe der SKE, Massnahmen zur frühzeitigen Erkennung und Bekämpfung von behindernden Entwicklungen und diskriminierendem Verhalten zu ergreifen (BBl 2011 911, S. 937). Es entspricht Sinn und Zweck einer wirksamen proaktiven Marktaufsicht, dass die SKE bereits bei einer Gefährdung des diskriminierungsfreien Netzzugangs tätig werden kann und nicht erst zuwarten muss, bis dieser tatsächlich verletzt wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-654/2016 vom

11.Oktober 2016, E. 8.3.5). Die SKE kann daher ebenfalls bei drohender Verhinderung des Netzzugangs gemäss Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG einschreiten; eine Verletzung ist nicht erforderlich.

1.3 Gemäss Art. 9a Abs. 1 und 3 EBG i.V.m. Art. 9c Abs. 1 EBG hat die Infrastrukturbetreiberin (ISB) jedem Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) den diskriminierungsfreien Netzzugang und damit den Zugang zu einem örtlich und zeitlich bestimmten Fahrweg (Trasse) zu gewähren, wenn das EVU im Gegenzug ein entsprechendes Entgelt leistet. Durch die Sperrung einer Strecke im Sinne von Art. 11b NZV schränkt die ISB die Verfügbarkeit der Trasse ein. Werden die durch diese Einschränkung verursachten Kosten dem EVU nicht vorschriftsgemäss und rechtsgleich entschädigt, wird der Netzzugang nicht diskriminierungsfrei gewährt oder zumindest behindert. Sowohl Art. 11b NZV wie auch die Richtlinie des BAV enthalten Regeln zur Tragung der Kosten, die durch eine solche Sperrung ausgelöst werden. Ausserdem sieht Kapitel 7.2 der Richtlinie vor, dass die SKE über Streitigkeiten, die sich im Rahmen dieser Richtlinie ergeben, entscheidet.

1.4 BLS Personenverkehr hat konkret drei Fälle vorgebracht, in denen sie von Streckensperrungen betroffen war und dadurch für sie die Verfügbarkeit der Trassen eingeschränkt war. Die SKE hat im Rahmen ihrer Voruntersuchung festgestellt, dass zwischen SBB Infrastruktur, BLS Netz und BLS Personenverkehr eine Diskrepanz bezüglich der Anwendung der Richtlinie und Art. 11b NZV besteht sowie der Frage, wer welche Kosten zu tragen hat und wann diese lediglich als geringfügig zu erachten sind. ISB und EVU handhaben die NZV und die Richtlinie somit nicht einheitlich. Dadurch erhärtet sich der Verdacht, dass Streckensperrungen, insbesondere auch die drei eingebrachten, weder vorschriftsgemäss noch rechtsgleich behandelt und entschädigt werden. Damit besteht gleichzeitig der begründete Verdacht, dass durch die Schwierigkeiten in der Auslegung und Umsetzung der Richtlinie der Netzzugang i.S.v. Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG in diskriminierender Weise behindert wird.

1.5 Mit Verfügung vom 16. September 2015 eröffnete die SKE deshalb eine Untersuchung von Amtes wegen gemäss Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG. Untersuchungsgegenstand bilden danach die Anwendung von Art. 11b NZV und der Richtlinie durch die ISB im Einzelfall bei den drei Streckensperrungen von Münchenbuchsee nach Suberg vom 9. März 2014 bis 26. April 2014 (Nachtsperre), von Kerzers nach Murten vom 28. Februar 2014 bis 2. März 2014 (Wochenendsperre) sowie von Kerzers nach Murten/Avenches/Payerne vom 10. März 2014 bis 4. April 2014 (Wochenendsperre).

1.6 Das amtliche Untersuchungsverfahren richtet sich vollumfänglich nach den Bestimmungen des des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) und findet seinen Abschluss in einer Verfügung nach Art. 5 VwVG (Urteile A-1254/2016 und A-1398/2016 vom 4. August 2016, E. 1.2.3.4).

2. Nach Art. 40a^{bis} Abs. 3 EBG entscheidet die SKE mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Danach hat die SKE die Kompetenz, sowohl präventive wie auch repressive Massnahmen zu erlassen (Botschaft, S. 937 und 939). Die Massnahmen können sich dabei auf die Vergangenheit, die Gegenwart und die Zukunft erstrecken. E contrario verfügt die SKE jedoch nicht über rechtsetzende Kompetenzen, namentlich auch nicht bezüglich der Richtlinie „Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV". Diese stehen gemäss Art. 11b Abs. 3 NZV allein dem BAV zu.

2.1 Die SKE ist jedoch zuständig, die Anwendung der NZV und der Richtlinie durch die ISB im Einzelfall auf ihre Diskriminierungsfreiheit hin zu überprüfen. Die SKE prüft die Richtlinie mit freier Kognition auf ihre Rechtmässigkeit. Die SKE auferlegt sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung (BGE 130 I 82, E. 2.1; BGE 131 II 271, E. 4). Stellt die SKE im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle fest, dass die Richtlinie nicht mit dem übergeordneten Recht konform ist oder das BAV gegen die Rechtsetzungskompetenzen verstossen hat, steht ihr das Recht zu, den darauf ergangenen Anwendungsakt aufzuheben und die entsprechende Regelung zukünftig nicht mehr anzuwenden (BGE 128 I 102, E. 3). Somit kann die SKE den Entscheid der ISB über die drei konkret vorgebrachten Streckensperrungen aufheben und allfällige, diskriminierende Bestimmungen der NZV oder der Richtlinie für nicht anwendbar erklären. Zusätzlich kann sie Massnahmen ergreifen, um die diskriminierungsfreie und rechtsgleiche Anwendung im Einzelfall sicherzustellen. Die Aufhebung der rechtswidrigen Bestimmungen selbst liegt allerdings nicht in der Kompetenz der SKE.

2.2 Mangels ihrer rechtsetzenden Kompetenzen ist die SKE nicht befugt, die NZV oder die Richtlinie zu überarbeiten oder zu ergänzen respektive Einzelheiten betreffend der Streckensperrungen zu regeln, die über die richterliche Funktion hinausgehen. Infolgedessen wird nur im Rahmen der vorerwähnten Kompetenzen auf Antrag 2 von BLS Personenverkehr eingetreten.

II. Materielles

3. BLS Personenverkehr ersuchte die SKE im Einverständnis mit BLS Netz und SBB Infrastruktur um die Durchführung einer Untersuchung von Amtes wegen zur Fragestellung „Umsetzung und Anwendbarkeit der Richtlinie und der NZV". BLS Personenverkehr, BLS Netz und SBB Infrastruktur waren sich einig, dass sowohl Art. 11b NZV wie auch die Richtlinie auf die strittigen Streckensperrungen Anwendung fanden. Strittig ist jedoch bis heute, wie die Kostentragung im Einzelnen geregelt ist und wie die vorgegebenen Kostentragungsregeln im Allgemeinen diskriminierungsfrei und rechtsgleich anzuwenden sind.

3.1 Art. 11b NZV findet sich im mit „Trassenvergabe" titulierten 4. Abschnitt der NZV und regelt das Vorgehen bei Streckensperrungen infolge von Bauarbeiten. In einem ersten Schritt ist Art. 11b NZV primär nach seinem Wortlaut auszulegen. Weiter sind systematische, historische und teleologische Auslegungselemente zu berücksichtigen. Insbesondere den Fragen nach dem Zweck der Regelung, den dem Wortlaut zugrundeliegenden Wertungen und dem Sinnzusammenhang der Norm kommen entscheidende Bedeutung zu (BGE 130 I 82, E. 3.2).

3.2 Art. 11b Abs. 1 NZV verpflichtet die ISB, Streckensperrungen frühzeitig bekannt zu geben und definiert die dafür geltenden Fristen. Dabei werden nach dem Wortlaut von Art. 11b Abs. 1 NZV drei Kategorien von Streckensperrungen unterschieden:

- bei zeitweise Sperrungen für Bauarbeiten muss die ISB die eingeschränkte Verfügbarkeit zwei Monate vor Ablauf der Antragsfrist für Trassen bekannt geben.

- Wochenendsperren und verlängerte Nachsperren muss sie dagegen erst drei Monate zum Voraus, d.h. drei Monate vor tatsächlicher Durchführung der Sperrung, bekannt geben.
- Sperren ohne Auswirkungen auf die Anschlussgewährung des Personenverkehrs und mit der Möglichkeit, andere Strecken für den Güterverkehr zu nutzen, kann die ISB kurzfristig mit den EVU vereinbaren. Diese müssen daher weder auf die eine noch die andere Weise „bekannt gegeben" werden.

3.3 In Art. 11b Abs. 2 NZV werden folgende drei Kostentragungsregelungen aufgestellt.

3.3.1 Die ISB hat bei rechtzeitiger Bekanntgabe die Mehrkosten des EVU, die durch die Ersatzbeförderungen oder Umleitungen entstehen, zu tragen. Aufgrund ihrer systematischen Position bildet diese Regelung den Grundsatz der Kostentragung.

3.3.2 Verstösst die ISB gegen die Pflicht der rechtzeitigen Bekanntgabe, hat sie zusätzlich die durch die Sperrung verursachten betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse des EVU zu tragen.

3.3.3 Verursacht die Streckensperrung nur geringfügige Mehrkosten, betriebliche Aufwendungen und Mindererlöse, hat die ISB diese dem EVU nicht zu ersetzen. Demnach trägt das EVU in diesen Fällen die geringfügigen Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse selbst.

Diese Regel knüpft nicht an das Erfordernis der Bekanntgabe an und gilt deshalb unabhängig davon, ob eine Sperrung bekannt gegeben werden muss oder nicht. Geringfügige Mehrkosten, betriebliche Aufwendungen und Mindererlöse können daher bei Streckensperrungen entstehen, die rechtzeitig oder verspätet bekannt gegeben worden sind oder gar nicht bekannt gegeben werden müssen. Das heisst, sie sind unabhängig von der Art der Sperrung, dem Publikationserfordernis und der Einhaltung der Bekanntgabefristen. Somit können geringfügige Mehrkosten, betriebliche Aufwendungen und Mindererlöse bei allen in Absatz 1 aufgezählten Sperrungen auftreten oder eben ausbleiben. Jedoch muss auch hier aufgrund der systematischen Stellung der Geringfügigkeit in Art. 11b Abs. 2 der NZV davon ausgegangen werden, dass das Vorliegen einer solchen die Ausnahme darstellt.

3.4 Daraus folgt, dass die ISB verpflichtet ist, Streckensperrungen grundsätzlich rechtzeitig bekannt zu geben und die Mehrkosten des EVU, die durch Ersatzbeförderungen oder Umleitungen entstehen, zu tragen. Zu prüfen ist, ob dieses grammatikalische Verständnis von Art. 11b NZV auch durch den Zweck der Norm, den heutigen wie auch jenen zur Zeit ihrer Entstehung (teleologisch-historische Auslegung), gestützt wird.

3.5 Der öffentliche Verkehr auf der Schiene und die damit verbundene Nutzung der Schieneninfrastruktur haben in den letzten Jahren stetig zugenommen. Dies führt dazu, dass sich die Infrastruktur schneller abnützt und der Erhaltungsbedarf steigt (Kapitel 1.2 der Richtlinie). Die Effizienz der erforderlichen Bauarbeiten in Bezug auf Zeit und Geld ist massgeblich von der „Länge der verfügbaren Zeit ohne oder mit reduziertem Bahnbetrieb im betroffenen Baustellenbereich" oder der „räumliche Ausweitung der Bauarbeiten" abhängig (Kapitel 1.2 der Richtlinie). Eine Ausdehnung dieser Aspekte verbessert meist die effiziente Erbringung der Unterhalts- und Bauarbeiten der ISB. Gleichzeitig

haben sich die ISB jedoch auch dazu verpflichtet, die Einschränkungen auf den ordentlichen Betrieb möglichst gering zu halten. Dadurch soll den EVU ermöglicht werden, ihren öffentlichen Transportauftrag gegenüber den Kunden weiterhin und möglichst frei von Behinderungen erfüllen zu können. Eine Streckensperrung soll darum möglichst frühzeitig bekannt gegeben werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass einerseits die Endkunden früh und umfassend informiert werden können sowie andererseits die Planungssicherheit der EVU erhöht wird (Kapitel 1.2 der Richtlinie). Den EVU wird damit Zeit eingeräumt, zusammen mit den ISB den Kunden eine „mit dem fahrplanmässigen Angebot gleichwertige Ersatzbeförderung oder Umleitung zur Verfügung" zu stellen (Kapitel 6.1 der Richtlinie). Daneben sollen die EVU jedoch auch finanziell angemessen am Effizienzgewinn der ISB beteiligt werden (Kapitel 3.2 der Richtlinie). Die finanzielle Beteiligung erhöht sich, wenn die ISB die Frist zur Bekanntgabe nicht einhalten und dadurch die EVU die Vorteile im Rahmen der Ersatzplanungen nicht optimal realisieren können (Kapitel 1.2 und 3.2 der Richtlinie).

3.6 Hauptziel von Art. 11b Abs. 1 NZV war bei dessen Erlass im Jahr 2013, zu gewährleisten, dass Streckensperrungen bekannt gegeben werden müssen und dies zu einem möglichst frühen Zeitpunkt. Daneben sollte Abs. 2 sicherstellen, dass die EVU an den finanziellen Vorteilen, die die ISB durch die effizienteren Streckensperrungen erlangten, angemessen partizipieren konnten. Schliesslich werden die EVU durch die Streckensperrungen im planmässigen Gebrauch der Strecken zugunsten der ISB eingeschränkt und müssen Ersatzplanungen zur Aufrechterhaltung des Betriebs vornehmen. Deshalb wurde vorgesehen, dass die ISB im Regelfall, welcher den Fällen der rechtzeitigen Bekanntgabe entspricht, immer die Mehrkosten für die erforderlichen Ersatzbeförderungen oder Umleitungen zu tragen haben. Bei Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Bekanntgabe kann den ISB auch noch die Kostentragung für betriebliche Aufwendungen und Mindererlöse aufgebürdet werden. Diese Zwecke verfolgt Art. 11b NZV auch weiterhin.

3.7 Zusammengefasst kann festgestellt werden, dass die teleologisch-historische Auslegung, also die Frage nach dem ursprünglichen und zeitgemässem Zweck von Art. 11b NZV, der grammatikalischen und systematischen Auslegung von Art. 11b NZV nicht widerspricht, sondern diese sogar stützt. Demnach sind Sperrungen, insbesondere zeitweise Sperrungen mit Auswirkung auf die Verfügbarkeit und Anschlussgewährung sowie Wochenend- und verlängerte Nachtsperren, grundsätzlich bekannt zu geben. Der durch die Sperrung erzielte Effizienzgewinn der ISB soll weitergegeben werden, weshalb die ISB einen Teil der Kosten der EVU tragen. Im Normalfall, also bei rechtzeitiger Bekanntgabe der Sperre, tragen die ISB die Mehrkosten für die Ersatzbeförderungen oder Umleitungen. Die durch die ISB zu übernehmenden Kosten erhöhen sich um die betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse des EVU, wenn die Bekanntgabe nicht rechtzeitig erfolgt.
Aufgrund der grammatikalischen und systematischen Auslegung ist eindeutig, dass geringfügige Mehrkosten, betriebliche Aufwendungen und Mindererlöse nicht ersetzt werden müssen. Dies unabhängig davon, ob die Sperre rechtzeitig, nicht rechtzeitig oder gar nicht bekannt gegeben werden musste und damit auch unabhängig von der Art der vorliegenden Sperre. Infolge der Systematik ist allerdings ebenso offenkundig, dass Fälle, bei denen die ISB aufgrund der Geringfügigkeit der Kosten keine Entschädigung leisten müssen, die Ausnahme darstellen. Was unter Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlösen zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen diese geringfügig sind, wird von Art. 11b NZV nicht definiert.

3.8 Abschliessend ist festzuhalten, dass Art. 11b NZV, einschliesslich der Kostentragungsregeln nach Abs. 2, sowie das vorgängig dargelegte Verständnis dieses Artikels ebenso im Güterverkehr Geltung erlangen. Im Güterverkehr kommt es in der Regel zu Umleitungen oder Anpassungen des Fahrplans, um den Betrieb aufrecht zu erhalten. Ersatzbeförderungen mittels Lastkraftwagen sind selten erforderlich. Doch auch im Güterverkehr gelten die Grundsätze, dass Sperrungen möglichst frühzeitig bekannt gegeben und Effizienzgewinne der ISB weitergegeben werden sollen. Deshalb ist Art. 11b NZV auf den Güterverkehr ebenfalls vollumfänglich anwendbar.

4. Gemäss Art. 11b Abs. 3 NZV steht dem BAV die Kompetenz zu, Einzelheiten im Zusammenhang mit Streckensperrungen in einer Richtlinie zu regeln sowie Ausführungs- und Vollzugsbestimmungen zu erlassen. Jedoch erstreckt sich die Kompetenz des BAV nicht so weit, als dass es über die Regelung der NZV hinausgehende Bestimmungen erlassen könnte. Das BAV hat im Juni 2013 die Richtlinie „Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV" erlassen. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob sich das BAV bei Erlass der Richtlinie an den ihm zustehenden Delegationsrahmen gehalten hat und ob die erlassenen Bestimmungen mit denjenigen der NZV übereinstimmen, also im Verhältnis zum übergeordneten Recht konform sind.

4.1 Das BAV hat in seiner Richtlinie sowohl Begriffs- wie auch Verfahrenserläuterungen vorgenommen. So legt es beispielsweise fest, dass die Bekanntgabe, die drei Monate im Voraus der tatsächlichen Sperre zu erfolgen hat, durch einen Eintrag auf www.fahrplanfelder.ch sowie durch Einlieferung des angepassten Fahrplans für INFO+ vollzogen wird (Kapitel 4 der Richtlinie). In Kapitel 5.1 werden auch die qualitativen Merkmale der Bekanntgaben aufgeführt, insbesondere dass die betroffene Strecke respektive der Streckenabschnitt bekannt zu geben ist. Aus Kapitel 4 und 5.3 ist ersichtlich, welche Kosten unter die Begriffe „Mehrkosten" und „betriebliche Aufwendungen" subsumiert werden können. So sind Mehrkosten diejenigen Kosten, die durch die Ersatzbeförderung entstehen. Unter den Begriff der Mehrkosten fallen zudem die zusätzlichen Kosten für Lokführer, Zugpersonal, Reinigung und Rollmaterial. Weggefallene Trassengebühren sowie eingesparte Kosten für Lokführer, Zugpersonal, Reinigung und Rollmaterial sind abzuziehen. Unter die betrieblichen Aufwendungen fallen dagegen Planungs- und Vorbereitungskosten des EVU sowie Kosten der Distribution, der Kommunikation und der Kundenlenkung sowie weitere eigene zusätzliche betriebliche Aufwendungen des EVU.

4.2 Die Richtlinie erklärt in Kapitel 3.1, dass die in Art. 11b Abs. 1 NZV aufgeführten Wochenendsperren und verlängerte Nachtsperren in der Regel nur geringe Auswirkungen zeitigen. Sie führt in Kapitel 4 an, dass bei solchen Sperrungen, die in der Regel begrenzte Auswirkungen haben, die ISB keine Kosten vergüten, sondern die EVU die Kosten für die Ersatzbeförderung selber tragen.

4.2.1 Indirekt hält die Richtlinie durch diese Aussagen fest, dass Sperrungen mit geringen Auswirkungen nur geringfügige Mehrkosten auslösen, welche im Sinne von Art. 11b Abs. 2 Satz 3 NZV nicht entschädigt werden. Diese Wertung schliesst jedoch nicht aus, dass Wochenend- und verlängerte Nachtsperren auch Kosten verursachen können, die das Mass der Geringfügigkeit überschreiten. Im Sinne eines NZV-konformen Verständnisses der Richtlinie ist eben gerade davon auszugehen, dass Fälle, in denen

lediglich geringfügige Kosten anfallen und die Ersatzbeförderung respektive die Umleitung nicht ersetzt werden, nicht den Regelfall, sondern den Ausnahmefall darstellen.

4.2.2 Die Art der Sperre kann daher nur als Hinweis auf eine mögliche Geringfügigkeit der Kosten verstanden werden. Wobei dieser Hinweis und die damit verbundene Kostenfolge immer einer Einzelfallprüfung durch die ISB zu unterziehen ist. Die EVU müssen im Rahmen dieser Einzelfallprüfung mitwirken. Sie haben die Möglichkeit mittels Einreichung einer Mehr- und Minderkostenabrechnung eine Ergebnisverschlechterung gegenüber der RPV-Offerte und darin die tatsächlich entstandenen Mehrkosten für die Ersatzbeförderung nachzuweisen und einzufordern (Kapitel 4 der Richtlinie).

4.2.3 Es liegt dann in der Kompetenz der ISB, diese Berechnung eingehend zu prüfen und einzelfallgerecht zu entscheiden. Die Überprüfung durch die ISB wie auch die Entscheidung mit Begründung müssen sachlich gerechtfertigt sein und diskriminierungsfrei erfolgen. Gelingt dem EVU der Nachweis, dass die entstandenen Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse nicht geringfügig sind, haben die ISB dem EVU die Mehrkosten für die Ersatzbeförderungen oder Umleitungen und – je nachdem, ob die Bekanntgabefristen eingehalten wurden – die betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse zu entrichten.

4.3 Im Ergebnis ist festzustellen, dass das BAV seinen Delegationsrahmen nicht überschritten hat. Die Richtlinie ist ausserdem einer Auslegung zugänglich, die dem übergeordneten Recht entspricht. Die einzelnen Bestimmungen der Richtlinie in Bezug auf die Kostentragung bei Geringfügigkeit sind somit NZV-konform. Insbesondere ist festzuhalten, dass im Rahmen einer NZV-konformen Anwendung der Richtlinie die ISB gemäss Art. 11b Abs. 2 Satz 1 NZV auch bei Wochenend- und verlängerten Nachtsperren im Grundsatz die Mehrkosten für die Ersatzbeförderungen oder die Umleitungen zu tragen haben. Ausnahmsweise können jedoch auch nur geringfügige Kosten entstanden sein. Bei der Überprüfung der Kosten ist auf die Minder- und Mehrkostenabrechnungen sowie den Nachweis der Ergebnisverschlechterung zur RPV-Offerte der EVU oder weitere sachliche Kriterien abzustellen.

5. BLS Personenverkehr hat in den Jahren 2014 und 2015 BLS Netz und SBB Infrastruktur die Mehrkostenabrechnungen für drei Streckensperrungen eingereicht und den Ersatz dieser Mehrkosten gefordert. Dabei machte BLS Personenverkehr für die Streckensperrungen zwischen Münchenbuchsee und Suberg vom 9. März 2014 bis 26. April 2014 CHF 73'804.69, zwischen Kerzers und Murten vom 28. Februar 2014 bis 2. März 2014 CHF 16'959.-- sowie zwischen Kerzers und Murten/Avenches/Payerne vom 10. März 2014 bis 4. April 2014 CHF 73'323.40 geltend. Die beiden Infrastrukturbetreiberinnen lehnten die Übernahme der Kosten mit dem Argument ab, dass diese geringfügig und daher nach Art. 11b Abs. 2 NZV und Kapitel 4 der Richtlinie durch BLS Personenverkehr selbst zu tragen seien.

5.1 BLS Personenverkehr hielt dem entgegen, dass nicht bereits Art. 11b NZV, sondern erst Kapitel 4 der Richtlinie definiere, welche Kosten „geringfügig" seien. Demnach könne das Eisenbahnverkehrsunternehmen den Ersatz der Mehrkosten von den Infrastrukturbetreiberinnen verlangen, wenn es nachweise, dass sich sein Ergebnis unter Berücksichtigung aller Aspekte gegenüber der RPV-Offerte verschlechtert habe. Somit handle es sich bei geringfügigen Mehrkosten gemäss Art. 11b Abs. 2 NZV um solche, die nicht nachweisbar seien.

5.2 SBB Infrastruktur machte in der Stellungnahme vom 28. Januar 2016 geltend, dass bei Sperrungen mit geringen Auswirkungen die Mehrkosten für Ersatzbeförderungen oder Umleitungen grundsätzlich nicht ersetzt werden. Ein Abweichen von diesem Grundsatz sei nach der Richtlinie zwar möglich, wenn das EVU nachweise, dass sich sein Ergebnis unter Berücksichtigung aller Aspekte gegenüber der RPV-Offerte verschlechtert habe. SBB Infrastruktur hält diese Ausnahmeregelung und insbesondere das Anknüpfen an die RPV-Offerte jedoch für nicht zulässig, da dies in Art. 11b NZV nicht vorgesehen sei. Und selbst wenn sie Geltung hätte, habe BLS Personenverkehr in den vorliegenden Fällen die Differenz aufgrund einer Ergebnisverschlechterung gegenüber der RPV-Offerte gar nicht ausgewiesen und belegt, was die sorgfältige Prüfung eines allfälligen Anspruchs verhindert habe. SBB Infrastruktur und BLS Netz bringen zudem vor, dass es für sie kaum möglich sei, die eingebrachten Mehr- und Minderkostenabrechnungen und allfällige Nachweise einer Ergebnisverschlechterung zur RPV-Offerte nachvollziehbar zu überprüfen. Zudem bestünde die Gefahr, dass die EVU die Kosten mit Absicht in die Höhe treiben würden, um eine Ergebnisverschlechterung bzw. eine genügende Differenz zu erzielen.

5.3 Im Folgenden ist zu prüfen, ob BLS Netz und SBB Infrastruktur Art. 11b NZV und die massgebenden Bestimmungen der Richtlinie des BAV in den drei genannten Streckensperrungen rechtmässig, insbesondere rechtsgleich, angewendet und damit das Recht von BLS Personenverkehr auf freien Netzzugang nicht in diskriminierender Art und Weise eingeschränkt haben.

5.4 Nach Art. 11b Abs. 1 NZV ist die zeitweise Sperrung einer Strecke und die daraus folgende eingeschränkte Verfügbarkeit dieser Strecke grundsätzlich zwei Monate vor Ablauf der Antragsfrist für Trassen durch die Infrastrukturbetreiberin bekannt zu geben. Bei Wochenendsperren und verlängerten Nachtsperren muss die eingeschränkte Verfügbarkeit jedoch mindestens drei Monate vor der Durchführung der Sperrung durch die Infrastrukturbetreiberinnen bekannt geben werden. Die Nachtsperre zwischen Münchenbuchsee und Suberg, die Wochenendsperre zwischen Kerzers und Murten sowie die Wochenend- und Nachtsperre zwischen Kerzers und Murten/Avenches/Payerne mussten demnach nach Art. 11b Abs. 1 NZV mindestens drei Monate vor Durchführung der tatsächlichen Sperrung bekannt gegeben werden. Vorliegend wurden alle drei Sperrungen mehr als drei Monate vor Durchführung der Sperrung und damit rechtzeitig bekannt gegeben.

5.5 Gemäss Art. 11b Abs. 2 NZV trägt bei rechtzeitiger Bekanntgabe die ISB die Mehrkosten des EVU, die durch die Ersatzbeförderungen oder Umleitungen entstehen. Betriebliche Aufwendungen und Mindererlöse sind lediglich zu ersetzen, wenn die Bekanntgabe nicht rechtzeitig erfolgte. Dies gilt auch für die drei von BLS Personenverkehr vorgebrachten Streckensperrungen. Als Mehrkosten gelten die Kosten der Ersatzbeförderung selbst, unter Wegfall der Trassengebühren, zuzüglich respektive abzüglich der Mehr- und Minderkosten für Personal, Rollmaterial und Reinigung. Diese Mehrkosten kann BLS Personenverkehr den beiden ISB grundsätzlich in Rechnung stellen. Die drei eingereichten Mehr- und Minderkostenabrechnungen von BLS Personenverkehr sind folglich um die Mindererlöse, die eigenen Planungs- und Vorbereitungskosten, die Kosten der Distribution und Kommunikation sowie die Mehrkosten für Kundenlenker und -betreuer zu kürzen, da diese vorliegend nicht anrechenbar sind.

5.6 Wenn die vorgebrachten Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse nur geringfügig sind, haben die EVU und nicht die ISB die Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse zu tragen, und zwar unabhängig von der Einhaltung der Bekanntgabefristen (Art. 11b Abs. 2 Satz 3 NZV). Die ISB können im Einzelfall prüfen, ob ein solcher Bagatellfall vorliegt und sie infolgedessen dem EVU keine Kosten zu ersetzen haben.

5.7 Dem Verständnis von SBB Infrastruktur, wonach die EVU die Kosten für Ersatzbeförderungen bei Sperrungen mit geringen Auswirkungen immer zu tragen haben, kann demnach nicht zugestimmt werden. Zwar hält die Richtlinie in Kapitel 3.1 fest, dass verlängerte Nachtsperren und Wochenendsperren grundsätzlich nur geringe Auswirkungen zeitigen. Trotzdem müssen sie im Sinne von Art. 11b Abs. 1 NZV drei Monate vor Durchführung der tatsächlichen Sperrung bekannt gegeben werden. Auch bei diesen Arten von Sperren erzielen die ISB demnach einen Effizienzgewinn, der an die EVU weitergegeben werden soll. Deshalb gilt auch für Wochenendsperren und verlängerte Nachtsperren der Grundsatz von Art. 11b Abs. 2 Satz 1 NZV, dass die ISB mindestens die Mehrkosten für die Ersatzbeförderungen oder Umleitungen zu tragen haben. Dass die Richtlinie nun in Kapitel 4 eine Korrelation zwischen geringen Auswirkungen und geringfügigen Mehrkosten herstellt und vorsieht, dass die EVU die Kosten für Ersatzbeförderungen tragen sollen, darf nicht als Abweichung vom Grundsatz der NZV verstanden werden. Es darf auch nicht dahingehend verstanden werden, dass die Ausnahmeregel von Art. 11b Abs. 2 Satz 3 NZV, wonach geringfügige Kosten, Aufwendungen und Mindererlöse nicht zu ersetzen sind, durch die Richtlinie zum Grundsatz der Kostentragung erhoben wird. Diese beiden Verständnisse wären nicht konform mit der NZV als übergeordnetem Recht. Allerdings kann die Korrelation zwischen geringfügigen Kosten und geringen Auswirkungen der Sperre so verstanden werden, dass geringfügige Kosten, die durch das EVU zu tragen sind, in der Regel bei Sperren mit lediglich geringen Auswirkungen auftreten, also meist bei Wochenend- und verlängerten Nachtsperren.

5.8 Bei den drei von BLS Personenverkehr vorgebrachten Streckensperrungen handelt es sich um solche Wochenend- und Nachtsperrungen. Gemäss der Richtlinie besteht für SBB Infrastruktur und BLS Netz aufgrund der vorliegenden Arten der Sperrungen daher die Vermutung, dass die durch die Sperrung entstandenen Kosten geringfügig sind.

5.8.1 Die Bekanntgabe durch die ISB an BLS Personenverkehr erfolgte rechtzeitig, weshalb Mindererlöse und betriebliche Aufwendungen ohnehin nicht geschuldet sind. SBB Infrastruktur und BLS Netz konnten daher die Übernahme der aufgeführten Mindererlöse und betrieblichen Aufwendungen ablehnen.

5.8.2 Zu prüfen ist jedoch, ob die Mehrkosten geringfügig sind.

5.8.3 Bei der Einzelfallüberprüfung sollten Kosten von Sperrungen, die aufgrund der betroffenen Strecke, den zeitlichen Gegebenheiten und den durchgeführten Bau- oder Unterhaltsarbeiten zusammenhängen, nicht ohne sachlichen Grund auf verschiedene Ereignisse aufgeteilt werden, nur weil an einem von mehreren aufeinanderfolgenden Wochenenden oder zwei, drei Nächten einer länger andauernden Nachtsperre nicht gearbeitet wurde. So können in den vorliegenden Fällen bei der Einzelfallprüfung die Mehrkosten der Sperrung zwischen Münchenbuchsee und Suberg für sich genommen und auf Geringfügigkeit überprüft werden.

5.8.4 Die Mehrkosten der zwei anderen Sperrungen, Kerzers-Murten vom 28. Februar 2014 bis 2. März 2014 und Kerzers-Murten/Avenches/Payerne vom 10. März 2014 bis 4. April 2014, sollten aufgrund der zeitlichen Nähe respektive der sachlichen Verknüpfung, der betroffenen Strecke und des einheitlich organisierten Bahnersatzes, als Mehrkosten einer einzigen Sperrung verstanden und auf Geringfügigkeit hin betrachtet werden.

5.8.5 Im Rahmen der Überprüfung der entstandenen Mehrkosten durch die ISB hat das EVU mitzuwirken und die Ergebnisverschlechterung gegenüber der RPV-Offerte nachzuweisen. Sind durch eine Sperrung mehrere RPV-Offerten betroffen, ist die Ergebnisverschlechterung für jede einzelne darzulegen und die Differenzen einzufordern. Eine Grenze bilden jedoch die Kosten, die geringer sind als der durch die Überprüfung der Bagatellfälle verursachte administrative Aufwand. Die ISB sind verpflichtet, die eingebrachten Abrechnungen und Nachweise sachlich und rechtsgleich zu prüfen sowie diskriminierungsfrei über die Kosten, insbesondere auch die Frage der Geringfügigkeit, zu entscheiden.

5.9 Die Anknüpfung an die RPV-Offerte ist ein Schritt im Verfahren zur Feststellung, ob geringfügige Mehrkosten, betriebliche Aufwendungen und Mindererlöse vorliegen. Gleichzeitig stellt sie im Verfahren das Kriterium dar, um diese zu belegen und abzurechnen. Das Abstützen auf die RPV-Offerte zur Überprüfung der Kosten ist daher – anders als von SBB Infrastruktur angenommen – zulässig. Das BAV hat aufgrund der NZV die Kompetenz, solche Verfahrens- und Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Selbst wenn die Delegationsnorm in der NZV das System mit der RPV-Offerte nicht explizit vorsieht, ist es dennoch durch diese gedeckt.

5.10 Die Befürchtungen der ISB, dass eine Überprüfung nicht möglich sei, weil die eingereichten Belege für sie nicht nachvollziehbar seien oder dass die EVU überhöhte Kosten geltend machen, werden durch die Richtlinie selbst entkräftet. Einerseits ermöglicht die Richtlinie nach Kapitel 4 und 5.2, dass die Forderungen und Einsparungen sowie die Mehr- und Minderkostenrechnungen, welche das EVU einbringt, auf dessen Wunsch vom BAV überprüft werden. Es besteht kein Grund, weshalb diese Prüfmöglichkeit durch das BAV nicht ebenso von Seiten der ISB einverlangt werden kann. Andererseits muss das EVU laut Kapitel 3 und 5.2 alle seine Forderungen nachvollziehbar belegen und dokumentieren. Dass es die Übernahme dieser Kosten verlangen kann, bedeutet aber nicht, dass die ISB nicht das Recht hätten, diese in begründeten Fällen abzulehnen. Dazu ist eine Begründung jedoch zwingend erforderlich.

5.11 Zu den drei von BLS Personenverkehr vorgebrachten Streckensperrungen wurden SBB Infrastruktur und BLS Netz zwar Mehr- und Minderkostenabrechnungen eingereicht. Ergebnisverschlechterungen gegenüber den RPV-Offerten wurden durch BLS Personenverkehr jedoch in keinem der drei Fälle nachgewiesen. Dies erschwerte eine Einzelfallprüfung der Kosten und insbesondere die Klärung der Frage, ob die entstandenen Mehrkosten tatsächlich geringfügig sind. Statt die Mehr- und Minderkostenrechnung jedoch einfach mit Verweis auf Art. 11b Abs. 2 NZV und die Geringfügigkeit der Mehrkosten zurückzuweisen, wäre es die Pflicht von SBB Infrastruktur und BLS Netz gewesen, BLS Personenverkehr nach Einreichung der aus Sicht der ISB nicht nachvollziehbaren Rechnung ausdrücklich aufzufordern, den Nachweis einer allfälligen Ergebnisverschlechterung zur RPV-Offerte einzureichen. Denn nur auf diesem Weg sind

eine diskriminierungsfreie und sachliche Überprüfung der Kosten und die Klärung der Frage, ob Geringfügigkeit gegeben ist, überhaupt möglich. Insbesondere widerspricht die pauschale Ablehnung des Ersatzes der Mehrkosten, die durch Ersatzbeförderungen oder Umleitungen verursacht wurden, ohne dass die Frage der Geringfügigkeit dieser Mehrkosten umfassend abgeklärt wurde, dem gleichlautenden Kostentragungsgrundsatz von Art. 11b Abs. 2 NZV und somit der Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs durch SBB Infrastruktur und BLS Netz gemäss Art. 9a Abs. 1 und 3 EBG i.V.m. Art. 9c Abs. 1 EBG.

5.12 Die SKE kann aufgrund der eingebrachten Nachweise nicht abschliessend beurteilen, ob und in welcher Höhe Ansprüche von BLS Personenverkehr gegenüber SBB Infrastruktur respektive BLS Netz für die Streckensperrungen von Münchenbuchsee nach Suberg vom 9. März 2014 bis 26. April 2014 (Nachtsperre), von Kerzers nach Murten vom 28. Februar 2014 bis 2. März 2014 (Wochenendsperre) sowie von Kerzers nach Murten/Avenches/Payerne vom 10. März 2014 bis 4. April 2014 (Wochenendsperre) bestehen. Immerhin kann aber festgehalten werden, dass die eingeforderten betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse durch SBB Infrastruktur und BLS Netz in den vorgebrachten Fällen nicht zu ersetzen sind, da die Bekanntgaben der Sperrungen rechtzeitig erfolgten. Gleichwohl ist es die Pflicht von SBB Infrastruktur und BLS Netz, in diesen Fällen den Nachweis der Ergebnisverschlechterung ausdrücklich einzufordern und Einzelfallprüfungen vorzunehmen (vgl. Ausführungen in Ziffer 5.11). Dabei ist insbesondere die Frage der Geringfügigkeit zu klären. Ausserdem sollten die Sperrungen zwischen Kerzers und Murten sowie zwischen Kerzers und Murten/Avenches/Payerne als eine einzige, integrale Sperrung behandelt werden. Das heisst, die eingebrachten Mehrkosten sollten zusammengezählt und erst dann auf eine allfällige Geringfügigkeit geprüft werden. SBB Infrastruktur und BLS Netz haben die Tragung der Mehrkosten im konkreten Fall zu beurteilen. Dabei haben sie die nachfolgend in Ziffer 6 aufgeführten Grundsätze zu beachten.

6. Die SKE entscheidet gemäss Art. 40a^{bis} Abs. 3 EBG mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Diese Verfügungsbefugnis erstreckt sich nicht nur auf die Gegenwart und Vergangenheit, sondern insbesondere auch auf die Zukunft, sofern sich das im konkreten Fall gemassregelte Verhalten wiederholen könnte (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3864/2014 vom 7. April 2015, E. 1.2.7).
Im Hinblick auf die Beurteilung von Streckensperrungen gemäss Art. 11b NZV wie auch spezifisch für die drei Streckensperrungen können folgende Grundsätze festgehalten werden:

6.1 Die Infrastrukturbetreiberinnen tragen bei rechtzeitiger Bekanntgabe grundsätzlich die Mehrkosten, die durch Ersatzbeförderungen oder Umleitungen entstehen.

6.2 Bei nicht rechtzeitiger Bekanntgabe tragen die ISB zudem die durch die Sperrung verursachten betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse.

6.3 Geringfügige Mehrkosten, Aufwendungen und Mindererlöse trägt das EVU. Sie sind durch die ISB nicht zu ersetzen. Geringfügigkeit liegt nur in Ausnahmefällen vor.

6.4 Die ISB entscheidet, ob die vom EVU geltend gemachten Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse geringfügig sind. Der begründete Entscheid hat sich auf sachliche Kriterien zu stützen sowie rechtsgleich und diskriminierungsfrei zu erfolgen. Dabei ist folgendes zu berücksichtigen:

6.4.1 Kosten von Sperrungen, die aufgrund der betroffenen Strecke, den zeitlichen Gegebenheiten und den durchgeführten Bau- oder Unterhaltsarbeiten zusammenhängen, sollten im Rahmen einer Prüfung anhand einer einzigen Abrechnung beurteilt und nicht ohne sachlichen Grund auf verschiedene Sperrungen aufgeteilt werden.

6.4.2 Sind mehrere RPV-Offerten von einer Sperrung betroffen, sind die Ergebnisverschlechterungen zu jeder einzelnen darzulegen. Unterschreitet die Differenz, die eingefordert werden könnte, die administrativen Aufwendungen, die durch die Einforderung verursacht werden würden, sollte das EVU in jedem Fall von deren Geltendmachung absehen.

6.5 Die EVU müssen im Rahmen der Einzelfallprüfung der ISB den Nachweis einer Ergebnisverschlechterung gegenüber der RPV-Offerte erbringen. Sie haben die Differenz gegenüber dem ISB begründet darzulegen und einzufordern.

6.6 Kann die ISB die Überprüfung der Kosten, insbesondere die Klärung der Frage der Geringfügigkeit, ohne diesen Nachweis oder andere Unterlagen nicht umfassend und rechtmässig durchführen, hat sie das EVU ausdrücklich zur Einreichung der Unterlagen aufzufordern. Kommt das EVU der Aufforderung nicht nach, kann die ISB davon ausgehen, dass es den Nachweis nicht erbringen kann.

6.7 Kommt keine Einigung zwischen ISB und EVU zustande, kann das EVU den abschlägigen Entscheid der ISB mit Klage bei der SKE anfechten.

7. Art. 11b NZV ist neben den EVU ebenso auf Anschliesser anwendbar. Die in diesem Entscheid dargelegten Ausführungen gelten somit ebenfalls für Anschliesser. Bei Anschliessern handelt es sich gemäss Art. 2 lit. c i.V.m. Art. 6 GüTV um Eigentümer und Betreiber von Gleisen einschliesslich dazugehöriger Anlagen, die ein Gebäude oder ein Gelände erschliessen und dem Gütertransport dienen, jedoch weder zur Infrastruktur noch zu den Eisenbahnen gehören.

III. Kosten

8. Verfahrenskosten

8.1. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG sind die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Im vorliegenden, von Amtes wegen eingeleiteten Untersuchungsverfahren kann die SKE für andere Verfügungen gemäss Art. 13 Abs. 2 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) eine Entscheidgebühr zwischen 100 und 3'000 Franken verfügen. Wenn die Sache erhebliche finanzielle Interessen betrifft, wenn sie einen aussergewöhnlichen Umfang oder besondere Schwierigkeiten aufweist, wenn mehrere Parteien beteiligt sind oder wenn eine Partei in mutwilliger Weise gehandelt hat, beträgt die Gebühr zwischen 200 und 7'000 Franken.

8.2. Die SKE verzichtet auf eine Kostenauferlegung nach Art. 13 Abs. 2 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren. Im durchgeführten Verfahren ist keine Partei eindeutig unterlegen. SBB Infrastruktur und BLS Netz müssen zwar die drei eingebrachten Streckensperrungen und die dazugehörigen Abrechnungen aufgrund des Verständnisses, welches sich aus der Auslegung ergibt, nochmals im Einzelfall überprüfen. Sie werden jedoch nicht zu einer eigentlichen Zahlung verpflichtet. Auf der anderen Seite konnte allerdings auch nicht abschliessend festgestellt

werden, dass BLS Personenverkehr einen Anspruch auf eine Zahlung hat, da die Frage der Geringfügigkeit der Mehrkosten nicht eindeutig geklärt ist. Zudem wurde das Untersuchungsverfahren mit dem Ziel eingeleitet, Rechtssicherheit im Bereich Streckensperrungen zu schaffen und dadurch mögliche Diskriminierungen, die aufgrund einer unsicheren Gesetzeslage ausgelöst werden, in Zukunft zu verhindern.

9. Parteientschädigung

Gemäss der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. August 2016, A-1254/2016 und A-1398/2016, E. 1.2.3.4, ist das VwVG auf das amtliche Untersuchungsverfahren vollumfänglich anwendbar. Art. 64 VwVG regelt die Ausrichtung einer Parteientschädigung. Dieser Artikel ist für erstinstanzliche Verfahren jedoch nicht anwendbar, ausser eine spezialgesetzliche Norm sehe dies vor. Art. 15 Abs. 1 Geschäftsreglement der SKE sieht vor, dass Art. 64 VwVG im erstinstanzlichen Klageverfahren sinngemäss anwendbar ist. Da es sich vorliegend jedoch um ein von Amtes wegen eingeleitetes Untersuchungsverfahren und nicht ein erstinstanzliches Klageverfahren handelt, liegt keine spezialgesetzliche Norm vor und Art. 64 VwVG ist nicht anwendbar. Folglich wird keine Parteientschädigung gesprochen.

Dispositiv:

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen verfügt die SKE:

1. Die ISB haben sich für die Beurteilung der Geringfügigkeit der Mehrkosten, betrieblichen Aufwendungen und Mindererlöse gemäss Art. 11b Abs. 2 NZV auf sachliche Kriterien, wie die Ergebnisverschlechterung gegenüber der RPV-Offerte, zu stützen.
Das EVU oder der Anschliesser haben den entsprechenden Nachweis zu erbringen.

2. Weitere Kriterien zur Bestimmung der Geringfügigkeit sind zulässig, soweit sie rechtsgleich und nichtdiskriminierend angewendet werden.

3. Die ISB haben die Streckensperrungen, insbesondere auch jene von Münchenbuchsee nach Suberg vom 9. März 2014 bis 26. April 2014 (Nachtsperre), von Kerzers nach Murten vom 28. Februar 2014 bis 2. März 2014 (Wochenendsperre) sowie von Kerzers nach Murten/Avenches/Payerne vom 10. März 2014 bis 4. April 2014 (Wochenendsperre), in Bezug auf die Tragung der Kosten gemäss Ziffer 1 und 2 des Dispositivs neu zu beurteilen.

4. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5. Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.

6. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
5.1 BLS AG, Genfergasse 11, 3001 Bern;
5.2 SBB, Division Infrastruktur, Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65;
5.3 BLS Netz AG, Genfergasse 11, 3001 Bern.

Die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr

Patrizia Danioth Halter
Präsidentin

Yves Putallaz
Vizepräsident

Gabriela Weber
Juristin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann gemäss Art. 50 VwVG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen Beschwerde geführt werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers (oder der Beschwerdeführerin) oder der Vertretung zu enthalten; die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen (Art. 52 VwVG).

Versand: 12 MAI 2017

Mitteilung an:

Bundesamt für Verkehr, 3003 Bern