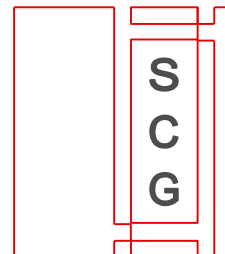


SCHIENEN-CONTROL GMBH

SCHIENEN-CONTROL, ÖSTERREICHISCHE GESELLSCHAFT FÜR SCHIENENVERKEHRSMARKTREGULIERUNG MBH



An das
Bundesministerium für Verkehr,
Innovation und Technologie
Abteilung IV/SCH 1

Radetzkystr. 2
A-1030 Wien

Mag. Herbert Dachs
Fachbereich Recht

Tel: ++43-1-5050707-31
Fax: ++43-1-5050707-27
herbert.dachs@scg.gv.at

Zeichen
FÜ

Tel.
5050707-10

Wien am
02.06.2009

Bezug: GZ. BMVIT 210.559/0008-IV/SCH1/2009
Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes zur Änderung des Bundesbahngesetzes, des Privatbahngesetzes 2004 und des Eisenbahngesetzes 1957;
Allgemeine Begutachtung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Schienen-Control GmbH erlaubt sich zum ausgesandten Begutachtungsentwurf für die Neufassung des Bundesbahngesetzes 1992 wie folgt Stellung zu nehmen:

Grundsätzlich: Aus der Sicht der Regulierungsbehörde sind Strukturfragen der Staatsbahn nur insofern relevant, als sie die Wettbewerbssituation beeinflussen beziehungsweise die europarechtlichen Vorgaben (insbesondere Unabhängigkeit der Infrastruktur von den Absatzbereichen) tangieren. Ökonomische Zielsetzungen und Fragen zweckmäßiger Organisation werden daher hier bewußt nicht angesprochen.

Im Hinblick auf die große Bedeutung dieser Reform für das Eisenbahnwesen haben sich auch die Mitglieder der Schienen-Control Kommission eingehend mit der Novelle befaßt und eine umfangreiche Darstellung ihrer Sicht vor allem im Hinblick auf die Erfahrungen und Erkenntnisse aus einem wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren der SCK, das sich mit der Frage der Aufgabenverteilung zwischen ÖBB-Holding AG und deren Töchtern, insbesondere der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG, befaßt, erstellt. Diese findet sich auftragsgemäß (§81(3) EisbG) im Anhang zu dieser Stellungnahme vollinhaltlich.

Zu den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen im Einzelnen:

Ad Z. 1 (§ 4 BBG) Aufgaben der ÖBB-Holding AG

Die Neufassung der Aufgabe der Gesamtkoordination erlaubt einen weiteren Interpretationsspielraum, da die Konkretisierungen nur mehr demonstrativ (§4(2): ‚Wesentliche Aufgaben sind...‘) erfolgen und somit i.V.m. Abs. 3 praktisch keine

Beschränkungen der Tätigkeit bestehen. Da sich bereits die bisherige Formulierung in der Praxis als problematisch hinsichtlich der zweifelsfreien Unabhängigkeit der ‚wesentlichen Funktionen‘ gem. RL 91/440 (Infrastruktur), erwiesen hat, ist zu befürchten, daß die neue, noch weiter gefaßte Regelung diese Problematik eher noch verschärfen könnte.

- Es wird daher vorgeschlagen, die konkreten Aufgaben der ÖBB-Holding AG taxativ aufzuzählen um so insbesondere europarechtliche Probleme bzw. Unklarheiten künftig zu vermeiden.

In diesem Zusammenhang darf auch erwähnt werden, daß im Zuge des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Österreich bezüglich der Umsetzung des 1. Eisenbahnpaketes seitens der Europäischen Kommission die Frage Überwachung der Trennungsmaßnahmen (§55 EisebG, umgesetzt durch die gemäß Aktiengesetz gegenüber der ÖBB-Holding AG weisungsfreien ÖBB-AGs) und einer allfälligen Beschwerdemöglichkeit durch sich benachteiligt fühlende Eisenbahnunternehmen relativiert wurde. Nun wurden diese Fragen zu diesem Zeitpunkt bereits aufgrund eines Rechnungshofberichts durch die SCK amtswegig untersucht, eine explizite Zuordnung dieser Aufgaben zum Aufgabenbereich der Regulierungsbehörde erscheint jedoch dennoch sinnvoll.

Ad Z. 17 (§ 34a BBG), Art.3 und zur Problematik Verschub im Allgemeinen

Aus der Sicht der Regulierungsbehörde SCK/SCG ist festzuhalten, daß die Frage der Organisation des Verschubes eine für das Funktionieren des Wettbewerbs entscheidende Rolle spielt. Das spiegelt sich auch in diversen Stellungnahmen privater Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber der SCG wieder, die durchwegs große Bedenken gegen die geplanten Änderungen geäußert haben.

Nun findet sich in Art. 3 des Entwurfs eine korrespondierende Bestimmung im § 58 (3) Eisenbahngesetz, die sicherstellen soll, daß die fraglichen Dienstleistungen auch nach einer entsprechenden Umstrukturierung allen Eisenbahnverkehrsunternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen, was auch einer entsprechenden Kontrolle durch die Regulierungsbehörde SCK/SCG unterworfen ist.

Aus der Sicht der privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen deckt diese Bestimmung zwar einen wesentlichen Teil der Problematik ab, ein ebenso wichtiges Problem bleibt aber ungelöst:

Wird die Dienstleistung „Verschub“ (in der Regel Zurverfügungstellung von Personal auf Bahnhöfen) durch einen Mitbewerber (in diesem Fall die unter dem direkten Einfluß der RCA stehende Produktion GmbH) erbracht, so erhält dieser mit der Anfrage, ob die Leistung in einem bestimmten Bahnhof zur Verfügung steht, die Information, daß die jeweilige Privatbahn dort ein Geschäft zu akquirieren beabsichtigt und kann dies (weil in aller Regel mit dem Ort der Auftraggeber eindeutig identifiziert ist) zu einem entsprechenden Angebot seinerseits nützen. Dies bedeutet, daß die Privatbahnen die Dienstleistung in der Praxis zumeist auch dann nicht nützen können, wenn sie gesetzeskonform nach § 58 (3) EisebG neu angeboten wird.

- Sollte daher trotz dieser Bedenken eine entsprechende Änderung durchgeführt werden, sollte unbedingt ein gesetzlicher Auftrag zur Unterbindung dieses

drohenden wettbewerbsrelevanten Informationsflusses erfolgen. Dies könnte z.B. durch folgenden § 58 Abs.7 EisbG geschehen:

(7) Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Leistungen gemäß Abs. 3 erbringen, haben sicherzustellen, daß wettbewerbsrelevante Informationen im Zusammenhang mit der Bestellung dieser Leistungen nicht für eigene Angebote gegenüber Dritten genützt werden können.

Im Übrigen darf darauf hingewiesen werden, daß die Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Bereich des Güterverkehrs gemäß PSO-Verordnung (1370/2007) nicht mehr vorgesehen ist und die Zulässigkeit einer allfälligen Beihilfe an Eisenbahnverkehrsunternehmen hinsichtlich der Erbringung von Verschubleistungen (die zumindest bisher nur zu einem Bruchteil kostendeckend waren) von der Europäischen Kommission zu prüfen wäre.

Ad Z. 25 und 26 (§§ 48 und 49 BBG) gemeinwirtschaftliche Bestellungen

Hinsichtlich der Anpassung an die PSO-VO 1370/2007 sei angemerkt, daß hier weiterer Änderungsbedarf gegenüber der bisherigen Praxis offensichtlich ist. Dies gilt umso mehr, als mittlerweile auch im Personenverkehr seitens einiger Unternehmen außerhalb des ÖBB-Konzerns die Aufnahme von Verkehrsleistungen im Wettbewerb angekündigt wurde. Bezüglich § 49 sei auf die allgemeine Veröffentlichungspflicht entsprechender Bestellungen gemäß Art.7 der VO hingewiesen.

Ihrer allfälligen Veranlassung dankend entgegensehend verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen!

Georg Fürnkranz
Geschäftsführer SCG

Anlage wie erwähnt

Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner
Senatspräsident des OLG Wien i.R.
Vorsitzender der Schienen-Control Kommission

An die
Schienen-Control GmbH
zH. GF Herrn Georg Fürnkranz
Frankenberggasse 9/5
1040 Wien

Wien am 21. September 2018

Bezug: GZ. BMVIT 210.559/0008-IV/SCH1/2009
Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes zur Änderung des Bundesbahngesetzes, des Privatbahngesetzes 2004 und des Eisenbahngesetzes 1957;
Allgemeine Begutachtung

Sehr geehrter Herr Geschäftsführer!

Der Vorsitzende der Schienen-Control Kommission (in weiterer Folge: SCK) nimmt aus wettbewerbsaufsichtsbahndlicher Sicht zum obgenannten Entwurf gem. § 81 Abs 3 EisebG wie folgt Stellung:

Dabei folgt der Vorsitzende der SCK der Einteilung der Beilage zu obigem Entwurf.

I. Zum Vorblatt:

Im Vorblatt zu dem obgenannten Entwurf wird hinsichtlich des Verhältnisses zu den Rechtsvorschriften der Europäischen Union folgendes ausgeführt:

„Die vorgesehenen Änderungen werden nicht von Vorgaben aus den Rechtsvorschriften der Europäischen Union verlangt. Die zu adaptierenden Regelungen des Bundesbahngesetzes bleiben aber mit den bereits umgesetzten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben weiterhin kompatibel“.

Dieser Ansicht kann der Vorsitzende der SCK aus nachstehend angeführten Gründen nicht beipflichten:

In den Erläuterungen „Allgemeiner Teil“ wird unter anderem ausgeführt, dass der Unternehmensgegenstand der ÖBB-Holding AG im Hinblick auf den Abschluss der im Bundesbahnstrukturgesetz 2003 zur Umstrukturierung der ÖBB angeordneten gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen angepasst, und die Aufgaben der Holding zur Gesamtkoordination und zur Sicherstellung der Transparenz eingesetzter öffentlicher Mittel neu und verdeutlichend festgehalten werden.

Dazu ist folgendes ergänzend zu bemerken:

Auf der Tagung des Rates der EU am 20. Dezember und 21. Dezember 2000 wurde die Frage diskutiert, ob die von den Mitgliedstaaten favorisierte Holdingslösung mit der Richtlinie 91/440/EWG in der Fassung der RL 2001/12/EG, womit eine Trennung der EVUs vom Staat im Sinne einer unabhängigen Stellung mit wirtschaftlicher Abnabelung verlangt wird, vereinbar sei.

Dabei erklärte die deutsche Delegation, dass nach dem Verständnis der deutschen Bundesregierung die beschlossene neue Fassung von Art 6 Abs. 3 der RL 91/440/EWG die Wahrnehmung der wesentlichen Funktionen gem. Anhang II dieser Richtlinie und die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen in rechtlich getrennten, aber in Form einer Holding verbundenen Unternehmen nicht ausschliesse. Des weiteren würden Art 4 und Art 14 der RL 2001/14/EG nicht ausschließen, dass die Festsetzung, Berechnung und Erhebung des Entgelts sowie die Fahrwegzuweisung auch in rechtlich von der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen getrennten, aber in Form einer Holding verbundenen Unternehmen wahrgenommen werden.

Zur Lösung der daraus resultierenden wettbewerbsrechtlichen Probleme schlug die zur Prüfung der für das Schienennetz möglichen Organisationsmodelle eingesetzte „Task Force Schiene“ in ihrem Abschlussbericht insbesondere vor, dass alle Leistungsbeziehungen zwischen DB Netz AG und anderen DB-Gesellschaften wie unter fremden Dritten gestaltet und transparent dargestellt werden. Die Trassenpreisfestsetzung und Trassenvergabe, die auch weiterhin in der ausschließlichen Kompetenz der DB Netz AG verbleiben, sollen in Hinkunft keine zustimmungspflichtigen Geschäfte gegenüber dem Konzernvorstand mehr darstellen. Weisungen und Vorgaben hierzu durch den Konzernvorstand sind unzulässig. Eine unabhängige, beim Eisenbahnbundesamt einzurichtende Stelle (Trassenagentur) soll für die Feststellung der Diskriminierungsfreiheit von Trassenpreissystem und Trassenvergabe zuständig sein (vgl. Zellhofer „Der Wettbewerb auf den europäischen Schienenverkehrsmärkten“, Schriftenreihe Europarecht Band 4 nw Verlag, S 74 insbesondere Anm. 234).

Die zur Begutachtung übermittelte BBG-Novelle sieht im Vergleich zur bestehenden Gesetzeslage keine ausreichende Definition der Aufgaben der ÖBB-Holding AG vor. Dies ist aber wegen des eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens der EU-Kommission gegen die Republik Österreich und andere Staaten wegen mangelnder Umsetzung des 1. Eisenbahnpaketes und des anhängigen wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrens der SCK gegen die ÖBB-Holding AG problematisch.

Der Rechnungshof überprüfte die Gebarung des BMVIT und der ÖBB Unternehmensgruppe vom 1. Juni 2006 bis 30. Sept. 2006 mit dem Schwerpunkt „Umsetzung des Bundesbahngesetzes“.

Die Schienen Control GmbH (in weiterer Folge: SCG) hat den Rechnungshofbericht der SCK zur weiteren Prüfung und zur wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Beurteilung übermittelt.

Die SCK hat nach ausführlicher Prüfung der Sach- und Rechtslage am 23. April 2008 beschlossen, von Amts wegen ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren gegen die ÖBB-Holding AG gem. § 74 EisbG einzuleiten. Die Aktivitäten der ÖBB-Holding AG gingen weit über das Ziel der einheitlichen strategischen Ausrichtung der operativen Gesellschaften hinaus und steuerten vielmehr auf die schrittweise faktische Fortschreibung eines zentral geführten Gesamtsystems ÖBB zu. Dies würde jedoch nach Ansicht der SCK den auf europarechtlichen Richtlinien beruhenden Zielen der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes gem. des 6. Teiles des EisbG 1957 (§ 54 – 75 EisbG) widersprechen.

Die ÖBB-Holding AG bestritt ihre „Passivlegimitation“ mit der Begründung, sie sei ausschließlich als strategische Dachgesellschaft ausgestattet und demnach weder als Zuweisungsstelle noch als Eisenbahnverkehrsunternehmen anzusehen. Eine Prüfungskompetenz der SCK betreffend die ÖBB-Holding AG bestehe nur dann, wenn sachlich gerechtfertigt vom Bestehen eines integrierten Unternehmens im Sinne des § 1c EisbG ausgegangen werden könnte. Der Rechnungshofbericht würde keine ausreichende Grundlage für die Annahme des Vorliegens eines integrierten Unternehmens bilden.

Die SCK hat dieser Meinung widersprochen. Aus wettbewerbsaufsichtsbehördlicher Sicht und in Anlehnung an die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes und der Wertung des österreichischen Rechtes (§ 539a ASVG, § 22 BAO Gestaltungsmissbrauch) sei der Begriff des Eisenbahnunternehmens wettbewerbsaufsichtsrechtlich nicht im streng institutionellen, sondern vielmehr im funktionalen Sinne zu verstehen (vgl. Bescheid des Bundesvergabeamtes GZ: N/0012-BVA/07/2008-33 betreffend den „Wettbewerb über Planungsleistungen für das Expertenverfahren Bahnhof City“ des Auslobers ÖBB-Immobilienmanagement GmbH, Seite 28 und die dort zitierte europarechtliche Judikatur vgl. EuGH vom 10.11.1998 Rs C-360/96 (BFI-Holding); vom 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau); 27.2.2003 RS C-373/00 (Trully); 22.5.2003 Rs C-18/01 (Korhonen).

In Anlehnung an diese Judikatur hat das Bundesvergabeamt unter anderem ausgesprochen, dass für die Qualifikation einer Aufgabe als im Allgemeininteresse liegend nur die ausgeübte Tätigkeit ausschlaggebend und die Rechtsform der die betreffende Tätigkeit ausübenden Einrichtung dabei ebenso irrelevant sei, wie die Wahrnehmung dieser Tätigkeit nach wirtschaftlichen Grundsätzen.

Nach dem Prüfungsergebnis des Rechnungshofes habe der Vorstand der ÖBB-Holding AG eine Gratwanderung zwischen dem vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weg weitgehend unabhängiger operativer Tochtergesellschaften und einer schlanken strategischen Holding und einer straff geführten Konzernstruktur mit ausgewählten zentral gewählten Bereichen beschritten.

Diese Gratwanderung in Anlehnung an die zitierte Judikatur zu untersuchen, ist das Ziel des am 23. April 2008 zu GZ: SCK-WA-08-003, SCK-WA-08-035 eingeleiteten wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahrens und auch jenes seiner allfälligen Fortsetzung.

Die SCK sprach ebenfalls aus, dass es nicht darauf ankommen könne, wie sich die ÖBB-Holding AG verstehe oder formell rechtlich konstruiert sei, sondern es bei der wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Beurteilung ausschließlich darauf ankommen müsse, ob sie im funktionalen Sinn wie ein integriertes Eisenbahnunternehmen im Sinne des § 1c EisbG zu behandeln sei, weil sie nach den Schlussfolgerungen des Rechnungshofes am Schienenverkehrsmarkt tatsächlich als solches aufgetreten wäre und nach wie vor auftrete.

Mittlerweile wurde das aufsichtsbehördliche Verfahren mit Bescheid vom 3. Februar 2009 ausgesetzt. Darin wurde die ÖBB-Holding AG jedoch ersucht und angewiesen, quartalsmäßig über die Ergebnisse der Arbeiten der von ihr eingesetzten Arbeitsgruppe über die Umsetzung der Umstrukturierungsmaßnahmen aufgrund des zitierten Rechnungshofberichtes zu berichten.

Wenn man auch gegen eine „Holding-Lösung“ allenfalls grundsätzliche europarechtliche Bedenken haben könnte, ist eine solche nach Ansicht der SCK jedenfalls europarechtskonform, wenn die Regulierungsbehörden SCG und SCK die Möglichkeit haben, zu untersuchen, ob die vom Rechnungshof kritisierten Maßnahmen der ÖBB-Holding AG zur Folge haben, dass „das zentral geführte Gesamtsystem ÖBB faktisch fortgeschrieben“ wird und dies allenfalls zu unterbinden.

Auch das BMVIT hat in einem Schreiben v. 12. September 2008 an das Bundeskanzleramt/ Verfassungsdienst GZ. BMVIT-211.001/0011-IV/SCH1/2008 aus Anlass des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Österreich Nr. 2008/2101 betreffend Umsetzung des 1. Eisenbahnpaketes der Europäischen Kommission den Standpunkt vertreten, dass die SCK als Regulierungsbehörde die Wahrung der Unabhängigkeitsanforderungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen sowohl von Amts wegen als auch im Beschwerdefall gemäß den Bestimmungen des österreichischen Eisenbahngesetzes prüfen und verfolgen kann.

Strukturfragen sind nach den in Art. 30 der RL 2001/14/EG aufgezählten Aufgaben der Regulierungsbehörden zwar nicht per se Gegenstand wettbewerbsaufsichtlicher Verfahren, wohl aber sind es nach Ansicht der SCK die wettbewerbsrelevanten Konsequenzen dieser Strukturen. Es muss daher Befugnis der SCK sein, die letztlich auch zu Eingriffen in die vorhandenen Strukturen führen kann, wenn sie richtliniengemäßen bzw. gesetzlichen Anforderungen widersprechen sollten.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen zum „Besonderen Teil“ (Neufassung des § 4 BBG) verwiesen.

Zum Verschub:

Nach dem Bundesbahnstrukturgesetz 2003 erfolgte eine Zuteilung des Verschubs zum Bereich Infrastruktur ausgehend von der Überlegung, dass für den Netzzugang Verschubleistungen nicht nur von der ÖBB-Personenverkehr AG und der Rail Cargo Austria AG sondern auch von Dritt-EVUs unter gleichen Bedingungen benötigt werden. Es sollte daher nach Meinung des Gesetzgebers die ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG als unabhängige Trassenzuweisungsstelle und als neutraler Netzbetreiber über den

Verschub verfügen und nicht die Mitbewerber der Dritt-EisbVU (vgl. Gürtlich, Die ökonomischen Grundlagen der Eisenbahnen in Catharin/Gürtlich Eisenbahngesetz (2007), Seite 142).

Der Geschäftsführer der SCG berichtete wiederholt in den Sitzungen der SCK von allfälligen Reformplänen, wonach angedacht wäre, den Verschub an die Absatzgesellschaften auszulagern. Die Dritt-EVUs hätten dagegen schwerste Bedenken erhoben, weil dies erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation habe.

Aus der Sicht der Regulierungsbehörden SCG und SCK ist festzuhalten, dass die Frage der Organisation des Verschubs eine für das Funktionieren des Wettbewerbs entscheidende Rolle spielt. Die SCK hat die Meinung vertreten, dass bei allen Reformbemühungen betreffend den Verschub die neu zu gründende Gesellschaft oder wem immer diese Aufgabe übertragen werde, gesetzlich zur diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung dieser Leistung gem. § 58 Abs 3 EisbG verpflichtet werden müsse.

Nun findet sich in Art. 3 des Entwurfs eine korrespondierende Bestimmung im § 58 Abs 3 EisbG, die sicherstellen soll, daß die fraglichen Dienstleistungen auch nach einer entsprechenden Umstrukturierung allen Eisenbahnverkehrsunternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen, was auch einer entsprechenden Kontrolle durch die Regulierungsbehörden SCK/SCG unterworfen ist.

Aus der Sicht der privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen deckt diese Bestimmung zwar einen wesentlichen Teil der Problematik ab, ein ebenso wichtiges Problem bleibt aber ungelöst:

Wird die Dienstleistung „Verschub“ (in der Regel Zurverfügungstellung von Personal auf Bahnhöfen) durch einen Mitbewerber (in diesem Fall die unter dem direkten Einfluss der RCA stehende Produktion GmbH) erbracht, so erhält dieser mit der Anfrage, ob die Leistung in einem bestimmten Bahnhof zur Verfügung steht, die Information, daß die jeweilige Privatbahn dort ein Geschäft zu akquirieren beabsichtigt und kann dies (weil in aller Regel mit dem Ort der Auftraggeber eindeutig identifiziert ist) zu einem entsprechenden Angebot seinerseits nützen. Dies bedeutet, daß die Privatbahnen die Dienstleistung in der Praxis zumeist auch dann nicht nützen können, wenn sie gesetzeskonform nach § 58 Abs 3 EisbG neu angeboten wird. Es müssen daher entsprechende gesetzliche Bestimmungen geschaffen werden, um dieses Problem zu beheben.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen zum „Besonderen Teil“ der Erläuterungen zu diesem Punkt des Gesetzentwurfes verwiesen.

II. Stellungnahme zum Besonderen Teil:

1. Zu Artikel 1 (Änderungen des Bundesbahngesetzes)

a) zu Z. 1 (§ 4):

Laut Neufassung des § 4 sollen Abs. 1 und 2 entfallen.

Im Abs. 2 wird zunächst in Z. 1 die Aufgabenstellung zur Gesamtkoordination neu ausgeführt.

In Z. 2 wird auf die Sicherstellung der Transparenz der eingesetzten öffentlichen Mittel (sowohl im Infrastruktur- als auch im Absatzbereich) Bezug genommen, wobei dies sowohl die Mittel von Bundesseite als auch die von anderen Gebietskörperschaften erfasst.

Aus wettbewerbsaufsichtsbehördlicher Sicht werden zwar dadurch die Kompetenzen der ÖBB-Holding AG ausgeweitet, aber dadurch keineswegs die notwendige Rechtssicherheit für ihr gesellschaftsrechtliches Handeln geschaffen.

Wenn auch nach der neuen Fassung des § 4 BBG die ÖBB-Holding AG nicht als integriertes Eisenbahnunternehmen, sondern als eine Dachgesellschaft mit strategischen Aufgaben bezüglich der getrennten Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen innerhalb der Bundesbahnstruktur definiert ist (vgl. Catharin Anm 2 zu § 1c EisebG, in Catharin/Gürtlich, Eisenbahngesetz (2007) Seite 201), muß diese sich dennoch wettbewerbsaufsichtsbehördlich auch in Zukunft wie ein integriertes Unternehmen im Sinne des § 1c EisebG von der SCK behandeln lassen, wenn sie, wie in dem zitierten Bericht des Rechnungshofes bemängelt, als solches auf dem Schienenverkehrsmarkt weiterhin auftritt.

Die SCK unterliegt, wie alle Organe, die in Vollziehung der Gesetze handeln, den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes. Somit haftet der Bund als Rechtsträger für allfälliges rechtswidriges und schuldhaftes Handeln von ihr als Kollegialbehörde.

Nach ständiger Rechtsprechung können schadenverursachende Handlungen nicht nur durch aktives Handeln, sondern auch durch Unterlassung begangen werden (vgl. SZ 52/186).

Nach der Rechtsprechung besteht eine Rechtspflicht des Organs zum Tätigwerden insbesondere dort, wo eine Entscheidungspflicht normiert wird (vgl. OGH 1981/06/03 1 Ob 39/80, SZ 54/86 und andere). In diesem Zusammenhang ist auch auf die Entscheidung des OGH 2005/06/24 1 Ob 285/04z zu verweisen, in welcher ausgesprochen wurde, dass Amtshaftungsansprüche begründet sind, wenn ein Organ amtswegig zu treffende Maßnahmen schuldhaft nicht gesetzt hat.

Aus den genannten Gründen sah sich die SCK verpflichtet, die Vorwürfe des Rechnungshofes gegenüber der ÖBB-Unternehmensgruppe in einem Verfahren nach § 74 EisbG wettbewerbsaufsichtsbehördlich zu untersuchen.

Nach dem Prüfungsergebnis des Rechnungshofes hat der Vorstand der ÖBB-Holding AG eine Gratwanderung zwischen dem vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weg weitgehend unabhängiger operativer Tochtergesellschaften unter einer schlanken strategischen Holding und einer straff geführten Konzernstruktur mit ausgewählten zentral geregelten Bereichen beschritten.

Im Interesse der Rechtssicherheit sollte aus wettbewerbsaufsichtsbehördlicher Sicht der Vorstand der ÖBB-Holding AG nicht gezwungen werden, eine „Gratwanderung“ im genannten Sinne zu beschreiten. Es sollte deshalb klar im Gesetz definiert werden, welche Ziele und Mittel gerechtfertigt sind, damit der Vorstand der ÖBB-Holding AG die Wahrnehmung der Anteilsrechte an den Gesellschaften, an denen diese

unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, mit der Zielrichtung einer strategischen Ausrichtung wahrnehmen kann, ohne dadurch die europarechtlichen und gesetzlichen Ziele der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes zu verletzen.

Dieselben Erwägungen, welche die SCK veranlassten ein wettbewerbsaufsichtsbehördliches Verfahren einzuleiten, um nicht den Vorwurf der gesetzwidrigen Unterlassung (§ 1294 ABGB) ausgesetzt zu sein, treffen daher nicht nur auf den Vorstand der ÖBB-Holding AG, sondern auch auf jegliche andere Organe juristischer Personen zu, wenn sie Handlungen unterlassen, zu denen sie vertraglich oder gesetzlich verpflichtet sind.

Nach Ansicht des Vorsitzenden der SCK ist die ÖBB-Holding AG ein Konzern im Sinne des § 15 AktG, weil sie rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung mit der Besonderheit zusammenfasst, dass sie die in § 4 BBG genannten Pflichten treffen.

Da die ÖBB-Holding AG bei Wahrnehmung ihrer Anteilsrechte zumindest einen mittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann, muss sie rechtlich als Unterordnungskonzern beurteilt werden.

Wenn auch die Begründung durch einen Beherrschungsvertrag (Vertragskonzern) in Ermangelung einer dem § 291 dAktG entsprechenden Rechtsgrundlage für das österreichische Recht bejaht wird (vgl. Enzinger in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft S 259 und die dort angeführte Lehre) ist dies nach § 4 BBG und aus den dargelegten europarechtlichen Erwägungen unzulässig.

Der Vorsitzende der SCK hat daher mit Schreiben v. 20. April 2009 im wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren gegen die ÖBB-Holding AG nach § 74 EibG folgendes mitgeteilt:

„Innerhalb der Aktiengesellschaft hat gem. § 70 AktG das Leitungsmonopol jedoch der Vorstand der jeweiligen Tochtergesellschaft. Dieser muss daher sowohl bei Konzernierungsmaßnahmen als auch bei „Weisungen der Muttergesellschaft“ stets nach Maßgabe des § 70 Abs. 1 AktG, das Unternehmenswohl im Auge behalten (vgl. E des OGH v. 06.09.1990 12 Os 50/90 = JBI 1991, 532; E des OGH v. 05.02.1985, 4 Ob 5/85 = RdW 1985, 159; E des OGH v. 15.06.1988, 9 ObA 117/88 = RdW 1988, 428 = WBI 1989, 64 ua).

Der Vorstand der Tochtergesellschaften ist das willensbildende Organ der Gesellschaften und hat keine Vorgesetzten. Er bestimmt seine Tätigkeit selbst (vgl. die bereits zitierte Rechtsprechung).“

Wenn auch gem. § 4 Abs. 1 Z. 3 BBG die ÖBB-Holding AG eine Handlungspflicht trifft, darf die einheitliche strategische Ausrichtung nicht dazu führen darf, dass das zentral geführte Gesamtsystem ÖBB fortgeschrieben wird, wie dies der Rechnungshof festgestellt hat.

Im Sinne der Rechtssicherheit sowohl für den Vorstand der ÖBB-Holding AG als auch für die Vorstände der ÖBB-Tochtergesellschaften wird daher angeregt, dass der § 4 Abs. 3 BBG wie folgt lauten soll:

„Die ÖBB-Holding AG kann sämtliche Maßnahmen setzen, die im Hinblick auf den ihr übertragenen Unternehmensgegenstand notwendig und zweckmäßig sind, sofern

diese den Zielen der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes gem 6. Teil des EisbG 1957 (§§ 54 – 75 EisbG) nicht widersprechen.“

Um den europarechtlichen Bedenken gegen die Ausweitung der Kompetenzen der ÖBB-Holding AG Rechnung zu tragen, ist es jedoch im Interesse der Rechtsicherheit erforderlich im § 74 EisbG zu verdeutlichen, dass die SCK die Kompetenz hat derartige Maßnahmen im Rahmen der Wettbewerbsaufsicht überwachen zu können.

Hinsichtlich der Novellierung des § 74 wird auf die Ausführung zu Art. 3 Änderung des EisbG 1957 verwiesen.

Während der bisherige § 4 BBG den Unternehmensgegenstand der ÖBB-Holding AG taxativ definiert, spricht nunmehr der neu zu fassende § 4 BBG in seinem Abs. 2 von „wesentlichen Aufgaben der Gesellschaft“, wobei er unter Z. 1 die Gesamtkoordination der Erstellung und Umsetzung der Unternehmensstrategien der Gesellschaften; und unter Z. 2 die Sicherstellung der Transparenz der eingesetzten öffentlichen Mittel anführt.

Aus den Erläuterungen ist nicht ersichtlich, ob durch das Wort „wesentlich“ die Aufgaben der ÖBB-Holding AG taxativ angeführt werden oder lediglich demonstrativ.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH sind die Auslegungsregeln des ABGB nicht nur auf die „bürgerlichen“, sondern auf alle sonstigen Gesetze anzuwenden, die diese Anwendung nicht ausdrücklich oder schlüssig ausschließen. § 6 ABGB gilt daher auch für öffentlich-rechtliche Normen, ebenso wie für EU-Richtlinien (vgl.

Dittrich/Tades ABGB³⁶ (2003) § 6 E 1/ 2/ 2a uva.).

Wendet man diese Kriterien der Rechtsprechung auf das Wort „wesentlich“ an könnte daraus der Schluss gezogen werden, dass es sich um eine demonstrative Aufzählung handelt. Dafür würde auch der Text des § 4 Abs 2 BBG sprechen. Wenn gesetzgeberisch eine demonstrative Aufzählung beabsichtigt ist, sollte dies durch das Wort „insbesondere“ verdeutlicht werden. Ist eine taxative Aufzählung gewünscht, sollte das Wort „wesentlich“ entfallen. Aus der Sicht der SCK erscheint eine taxative Aufzählung im Sinne der Rechtssicherheit und aus europarechtlichen Erwägungen zweckmäßig.

b) zu Z. 2 (§ 6):

Aus wettbewerbsaufsichtsbehördlicher Sicht wäre es zweckmäßig klarzustellen, ob die Schaffung geeigneter Strukturen zur Differenzierung von Personennahverkehr und Personenfernverkehr die Einführung zweier getrennter Rechnungskreise innerhalb des Unternehmens bedeutet.

Da unter Strukturen auch eine Neugliederung verstanden werden kann, sollte gesetzgeberisch klargestellt werden, dass Fern- und Nahverkehr gesellschaftsrechtlich nicht getrennt werden, sondern es sich diesbezüglich nur um betriebswirtschaftlich getrennte Rechnungskreise handeln sollen.

Der Widerspruch zwischen den Erläuterungen einerseits und den Formulierungen des Satz 2 des § 6 BBG neu andererseits, sollte entsprechend dadurch aufgelöst werden, dass zumindest im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht wird, dass dabei nur an die Schaffung jeweils getrennter Rechnungskreise gedacht ist.

c) zu Z. 5, 6 und 7 (§ 13 und § 14)

Diesbezüglich ist auf die bisherigen Ausführungen zur Problematik Vershub zum Vorblatt des Entwurfes zu verweisen. Hinsichtlich der Vorschläge ergänzender Novellierungen wird auf die Ausführungen zu Art 3 verwiesen.

d) zu Z. 9 (§ 16)

In diesem neu zu schaffenden Abs. 2 soll geregelt werden, dass und inwieweit eine Weiterentwicklung der Struktur durch die Gesellschaftsorgane der ÖBB Technische Service GmbH zulässig ist. Diesbezüglich wird auf das bisher Gesagte zur Neuordnung des Vershubs verwiesen.

e) zu Z 10 – Entfall der § 19 – 22 BBG

Danach sollen die bisherigen Aufgaben der ÖBB-Dienstleistung GmbH zweckmäßig gebündelt und auf die einzelnen Gesellschaften aufgeteilt werden.

Die SCK hat im zitierten Schreiben vom 20. April 2009 auch festgestellt, dass dann, wenn zukünftige Dienstleistungen aus diesem Aufgabenbereich unterstützend durch ein „Shared Service Center“ erbracht werden sollten, und zwar jeweils nur nach vertraglicher Beauftragung marktkonform und ohne Anordnungsbefugnis seitens der ÖBB-Holding AG, dieselben Unabhängigkeitskriterien gem. § 55 EibG bezüglich der EVUs zu beachten sind.

f) zu Z 12 (§ 29a)

Zur beabsichtigten Verschmelzung der ÖBB Infrastruktur Betrieb AG mit der ÖBB Infrastruktur-Bau AG als übernehmende Gesellschaft hat die SCK grundsätzlich nicht Stellung zu nehmen, weil es sich um eine verkehrspolitische Maßnahme handelt.

Aus wettbewerbsaufsichtsbehördlicher Sicht ist jedoch folgendes auszuführen:

In dem wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Verfahren gegen die ÖBB-Holding AG wurde auch der ÖBB-Infrastruktur Bau AG Parteistellung eingeräumt. Diese wurde aufgefordert, bestimmte Unterlagen zur wettbewerbsaufsichtsbehördlichen Beurteilung vorzulegen.

Mit Schreiben vom 25. November 2008 hat sich jene geweigert der Aufforderung der SCK nachzukommen, weil sie nach ihrer Auffassung der Regulierung nicht unterliege.

In der SCK-Sitzung vom 17. Dezember 2008 wurde dieses Schreiben behandelt und der Vorsitzende der SCK beauftragt der ÖBB-Infrastruktur Bau AG folgendes mitzuteilen:

„Gem § 74a Abs. 1 EisbG haben die Zuweisungsstellen, die Eisenbahninfrastrukturunternehmen und die Eisenbahnverkehrsunternehmen der SCG und der SCK auf Verlangen Auskünfte zu erteilen, die für den ihnen übertragenen Vollzug eisenbahnrechtlicher Regelungen erforderlich sind, sowie diesen und den von ihnen Beauftragten zur Überprüfung der Einhaltung der ihnen zum Vollzug übertragenen eisenbahnrechtlichen Verpflichtungen auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einschau in die Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren.

Daraus folgt, dass es nicht in Ihrem Ermessen liegen kann, zu beurteilen, ob Sie bereit sind, dem Ersuchen der SCK um Auskünfte zu entsprechen, sondern haben Sie deren Aufforderung ohne Verzug Folge zu leisten.

Die Anordnungen gem § 74a Abs 1 EisbG sind zu befolgen unabhängig davon, ob Sie sich an dem obgenannten aufsichtsbehördlichen Verfahren beteiligen wollen oder nicht. Das Recht auf Zuerkennung der Parteistellung durch die SCK geschah in Ihrem Interesse, damit Sie in diesem Verfahren Ihre Rechte wahren können. Durch Ihre Nichtbeteiligung am aufsichtsbehördlichen Verfahren können Sie sich aber aus nachstehenden Erwägungen Ihren Verpflichtungen der SCK gegenüber nicht entziehen.

Gem § 1a EisbG ist ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen ein Eisenbahnunternehmen, das dem Bau und Betrieb von Haupt- und Nebenbahnen, ausgenommen solchen Nebenbahnen, die mit anderen Haupt- oder Nebenbahnen nicht vernetzt sind, dient und darüber Verfügungsberechtigt ist.

Da gem § 31 BBG Ihre Aufgabe insbesondere die Planung und der Bau (einschließlich Ersatzinvestitionen, soweit sie über Wartung oder Instandhaltung hinausgehen) von Schieneninfrastruktur einschließlich von Hochleistungsstrecken, die Planung und der Bau von damit in Zusammenhang stehenden Projekten und Projektteilen, sofern für letztere die Kostentragung durch Dritte sichergestellt ist, und die Zurverfügungstellung von Infrastruktur ist, sind Sie daher ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des § 74a Abs1 EisbG.

Ihr Hinweis, dass es Ihnen aus dargelegten „aktien- und verwaltungsrechtlichen Gründen“ nicht möglich sei, dem Ersuchen der SCK um Übermittlung der genannten Unterlagen zu entsprechen, ist daher rechtlich nicht haltbar.“

Die SCK hat ferner die Vorstandsmitglieder der ÖBB-Infrastruktur Bau AG auf die Strafbestimmung des § 126 Abs. 1 Zi. 1 EISbG hingewiesen.

In der Sitzung der SCK vom 17. April 2009 wurde über die Behauptung der ÖBB-Infrastruktur Bau AG dem Regulierungsregime von SCG und SCK nicht zu unterstehen, neuerlich beraten und folgendes erwogen:

Abgesehen von dem im Schreiben vom 18.12.2008 zitierten Gründen ergibt sich auch aus § 29 BBG, dass der ehemalige Bereich „Kraftwerke der ÖBB alt“ der ÖBB-Infrastruktur Bau AG verblieben ist.

Aus dem gesetzlich umschriebenen Aufgabenbereich „Zurverfügungstellung Infrastruktur“ und der Anordnung über den Verbleib der Kraftwerke ist die ÖBB-Infrastruktur Bau AG daher auch nach der derzeitigen Gesetzeslage verpflichtet, Traktionsstrom und Versorgungseinrichtungen für Traktionsstrom an EVUs diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen.

Ferner wurde Einigung darüber erzielt, dass gegen ein zu enges Verständnis von Infrastruktur nach der derzeitigen Gesetzeslage auch spricht, dass § 31 BBG lediglich einen demonstrativen Katalog („insbesondere“) enthält. Darunter können aber auch Kapazitäten verstanden werden, die zur Nutzung der Schieneninfrastruktur erforderlich sind, sogenannte Komplementärleistungen (vgl. Erläuterungen und Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur EISbG Novelle 2004).

Da diesbezüglich die ÖBB-Infrastruktur Bau AG Leistungen in wettbewerbskritischem Bereich erbringt, treffen auch für sie die Unabhängigkeitsvoraussetzungen des § 55

EisbG zu. Sie hat daher Traktionsstrom und Brennstoff unter Ausschluss jeglicher Diskriminierung bereit zu stellen (§ 58 Abs 2 Z. 2 EisbG).

Der § 62 Abs.1 EisbG definiert als Zuweisungsstelle das Infrastrukturunternehmen. Soweit daher die ÖBB-Infrastruktur Bau AG Komplementärleistungen im aufgezeigten Sinne erbringt, muss sie wettbewerbsaufsichtsbehördlich wie eine Zuweisungsstelle im Sinne des § 74 EisbG behandelt werden.

Durch die geplante Verschmelzung der ÖBB-Infrastruktur Betrieb AG mit der ÖBB Infrastruktur Bau AG als übernehmende Gesellschaft zur ÖBB Infrastruktur AG werden diese Fragen aber obsolet, weil dadurch klargestellt wird, dass die neue Gesellschaft ein Infrastrukturunternehmen im Sinne des § 1a EisbG ist.

g) Z. 13 und 14 (§§ 30 und 31)

Im § 31 Abs 2 Z. 1 BBG ist die Gründung einer GmbH für die Baudienstleistungen im fortlaufenden Restrukturierungsprozess vorgesehen. Aufgabe dieser GmbH sollte die Erbringung von Baudienstleistungen für die ÖBB Infrastruktur, insbesondere Baudienstleistungen im Zusammenhang mit der technischen Betriebsführung, Eisenbahntelematik, Wartung, Inspektion, Entstörung, Streckentrassenfreihaltung, Instandsetzung, Erneuerung und Ausbau sein.

In § 31 Abs 2 Z. 2 ist eine Kapitalgesellschaft für den Neu- und Ausbau definierter Rahmenplanprojekte einzurichten. Diese Gesellschaft hat insbesondere die Aufgabe von der Genehmigungsplanung bis zur Bauübergabe an den Betreiber Bauprojekte jedweder Art und Größe im österreichischen Streckennetz gesamtverantwortlich in

Ausübung ihrer Bauherrenfunktion auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung durch ein gesamtheitliches Projektmanagement vorzunehmen.

Diese Kapitalgesellschaften sind daher Infrastrukturunternehmen iS des § 1a EisbG. Sie unterliegen der Wettbewerbsaufsicht gem § 74 Abs 1 Z 1 EisbG. Sie haben gem § 74a Abs 1 EisbG der SCG und der SCK die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Aus Anlass der beabsichtigten Verschmelzung von Infrastruktur Betrieb AG mit der Infrastruktur-Bau AG zur ÖBB Infrastruktur AG ist wettbewerbsaufsichtsbehördlich noch auf folgendes Problem der Wettbewerbsaufsicht hinzuweisen:

Gem. § 126 Abs. 4 Z. 5 EisbG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist vom BMVIT mit einer Geldstrafe bis zu Euro 7.000,- bestrafen, wer als Eisenbahninfrastrukturunternehmen entgegen § 62 Abs. 3 EisbG die Funktion einer Zuweisungsstelle ausübt oder überträgt. Nach Ansicht des Gesetzgebers kann es daher offenbar Fälle geben, wonach Infrastrukturunternehmen rechtswidrig die Funktion einer Zuweisungsstelle jemand anderen übertragen.

Die SCG hat nun aufgrund ihrer Marktbeobachtung gem. § 77 Abs. 1 Z. 1 EisbG zur Feststellung der Entwicklung des Wettbewerbs am österreichischen Schienenmarkt und aufgrund des gem. § 77 Abs. Z. 4 EisbG durchzuführenden Informationsaustausches mit anderen ausländischen Regulatoren festgestellt, dass die Infrastrukturunternehmen als Zuweisungsstellen bestimmte administrative, technische und finanzielle Modalitäten an andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechtes auslagern.

Die SCK hat wiederholt über dieses Problem beraten und ist - vorbehaltlich weiterer Erkenntnisse - zur Auffassung gelangt, dass dann wenn jemandem – sei es eine juristische Person oder natürliche Person – Modalitäten hinsichtlich des Zuganges zur Schieneninfrastruktur übertragen werden, diese Personen wie eine Zuweisungsstelle wettbewerbsaufsichtsbehördlich zu behandeln sind. In diesem Falle treffen jene auch die Vorlagepflichten gem. § 73a Abs. 1 EisbG und die Auskunftspflicht gem. § 74a EisbG.

Aus Anlass der Novellierung des BBG und des Eisenbahngesetzes 1957 sollte auch dieses Problem im Interesse der Rechtssicherheit legislativ wie folgt gelöst werden:

Einerseits sollte den Infrastrukturunternehmen als Zuweisungsstelle (§ 62 Abs. 1 EisbG) die Möglichkeit gegeben werden, bestimmte Modalitäten im Zusammenhang mit der Zuweisung von Zugtrassen an andere natürliche oder juristische Personen zu übertragen. Andererseits sollte gesetzlich normiert werden, dass dann diese Personen der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes im Sinne des 6. Teiles des EisbG unterliegen, um eine Flucht „aus dem Regulierungsregime“ zu verhindern.

Hinsichtlich der Formulierungsvorschläge wird auf die Ausführungen zum Eisenbahngesetz im Artikel 3 verwiesen.

h) Zi. 20, 21 und 25 und 26 (§ 42, Entfall des § 43 und § 48, Entfall des § 49)

Die SCG hat im Rahmen der Marktbeobachtung zur Feststellung der Entwicklung des Wettbewerbes am österreichischen Schienenverkehrsmarkt Klagen von Privat-EVUs wahrgenommen, dass sie hinsichtlich der Entscheidung über die Bereitstellung der

Schieneinfrastrukturvorhaben, obwohl auch sie Nutzer derselben sind, nicht entsprechend gehört werden.

Aus dem Kreis der Privatbahnen und Privat-EVUs wurde daher wiederholt an die SCG der Wunsch herangetragen das Vorhaben zu unterstützen, bei dem BMVIT einen Netzbeirat nach deutschen Vorbild (§ 34 AEG, deutsches Allgemeines Eisenbahn Gesetz) einzurichten, damit auch sie hinsichtlich des Zuschusses des Bundes gem. § 42 Abs. 2 BBG zur Instandhaltung und Planung und Bau von Schieneinfrastruktur Vorschläge einbringen können.

Der § 34 des deutschen AEG lautet wie folgt:

„Soweit es zur Entwicklung, zum Ausbau oder zum Erhalt von Schienenwegen erforderlich ist, ist ein Betreiber der Schienenwege auf Verlangen der zuständigen Aufsichtsbehörde verpflichtet, einen unabhängigen Netzbeirat einzurichten. Der Netzbetreiber hat das Recht, Empfehlungen zur Entwicklung, zum Ausbau und zum Erhalt der Schienenwege zu machen. Der Vorstand des Betreibers der Schienenwege hat diese Empfehlungen zum Gegenstand seiner Beratungen zu machen. In den Netzbeirat sind von der zuständigen Aufsichtsbehörde Vertreter oder Beauftragte von Eisenbahnverkehrsunternehmen und der nach § 1 Abs 2 des Regionalisierungsgesetzes bestimmten Stellen zu berufen. Der Netzbeirat soll nicht mehr als 15 Mitglieder haben.“

Die Regulierungsbehörden SCG und SCK halten einen solchen Netzbeirat auch für die österreichische Bahnstruktur für zweckmäßig, wenn in einem solchen Gremium die SCG neben einem Vertreter der SCHIG Mitglied ist.

Die Erfahrungen in Deutschland zeigen, daß rigorose Redimensionierungsmaßnahmen durch DB-Netz von den nicht im DB-Konzern integrierten Eisenbahnverkehrsunternehmen als diskriminierend empfunden werden, weil mitunter genau dort, wo private EVU Transporte akquirieren wollen, Rückbaumaßnahmen gesetzt wurden.

Um diesem Problem zu begegnen, wurde in Deutschland kürzlich ein Netzbeirat eingerichtet, der in strukturierter Form Empfehlungen zur Netzdimensionierung aus der Sicht aller betroffenen EVU erarbeiten soll.

Um derartigen Problemen in Österreich vorzubeugen sollte die Einrichtung eines entsprechenden Gremiums auch in Österreich ins Auge gefasst werden.

Der Vorsitzende der SCK hält den Entfall des § 49 BBG, wonach der BMVIT alljährlich dem Nationalrat einen Bericht über die von ihm bestellten Leistungen und die eingetretenen Veränderungen vorzulegen hat, für nicht zweckmäßig, weil dieser Bericht für die Regulierungsbehörden SCK und SCG ein wichtiges Instrument der Beobachtung des Schienenverkehrsmarktes und des Wettbewerbes auch im Lichte der PSO-Verordnung war.

2. Zu Artikel 2 (Änderung des Privatbahngesetzes 1957)

Sofern im § 3 Abs. 3 Privatbahngesetz die Berichtspflicht entfallen soll, gilt das zu § 49 BBG Gesagte.

3. Zu Artikel 3 Änderung des EisbG 1957

a) Z 1 (§ 58 Abs 3) und zu Z 2

Die Änderung dieser Anpassung im Eisenbahngesetz ist im Zusammenhang mit der vorgesehen Änderung der Zuordnung des Verschubs unbedingt erforderlich. Damit

wird die Verpflichtung festgeschrieben, dass auch von der neuen Produktions GmbH der Verschub diskriminierungsfrei anzubieten ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird diesbezüglich auf die Ausführungen zum Allgemeinen Teil des genannten Entwurfes verwiesen.

b) Zu den Änderungsvorschlägen:

Im Sinne der Ausführungen des Vorsitzenden der SCK zu Art. 1 des genannten Entwurfes (Änderung des BBG) wären folgende Änderungen bzw. Ergänzungen im EisbG 1957 notwendig.

Der Art. 3 (Änderung des Eisenbahngesetzes 1957) wäre wie folgt zu ergänzen:

3. Dem § 58 wird ein Abs. 7 und Abs. 8 angefügt:

„(7). Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Leistungen gemäß Abs. 3 erbringen, haben sicherzustellen, dass wettbewerbsrelevante Informationen im Zusammenhang mit der Bestellung dieser Leistungen nicht für eigene Angebote gegenüber Dritten genützt werden können.

(8). Insoweit ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder ein Eisenbahnverkehrsunternehmen das Begehren um Erbringung von Zusatzleistungen gem. § 58 Abs 3 Z. 1 bis Z. 4 ablehnt, ist über die Gründe der Ablehnung der SCG innerhalb eines Monats ab Verständigung des Zugangsberechtigten zu berichten.“

4. Dem § 62 wird ein Abs. 5 angefügt:

„(5). Überträgt ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Zuweisung von Zugtrassen entweder ganz oder teilweise auf eine andere natürliche oder juristische Person des

öffentlichen und des privaten Rechtes, so gelten für diese die Bestimmungen des 6. Teiles des EisbG 1957 idgF.“

5. Dem § 73a wird ein Abs. 3 angefügt:

„(3). Konzerngesellschaften (§ 15 AktG, § 115 GmbHG), welche strategische Aufgaben bezüglich getrennter Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen innerhalb einer Bahnstruktur gesetzlich oder statutarisch wahrzunehmen haben, müssen alle diesbezüglichen Verträge und Urkunden innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss oder Erstellung der Schienen-Control GmbH vorlegen.“

6. Der § 74 samt Überschrift lautet:

Wettbewerbsaufsicht

§ 74. (1) Die Schienen-Control Kommission hat von Amts wegen

1. einer Zuweisungsstelle hinsichtlich des Zuganges zur Schieneninfrastruktur einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten wie etwa das Benützungsentgelt und hinsichtlich der Zurverfügungstellung sonstiger Leistungen einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen Modalitäten wie etwa angemessener Kostenersatz und branchenübliches Entgelt ein nicht diskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder das diskriminierende Verhalten zu untersagen oder
2. einem Eisenbahnverkehrsunternehmen hinsichtlich der Zurverfügungstellung von Serviceleistungen einschließlich sämtlicher damit verbundener Bedingungen im Hinblick auf die administrativen, technischen und finanziellen

Modalitäten wie etwa angemessener Kostenersatz und branchenübliches Entgelt ein nicht diskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder das diskriminierende Verhalten zu untersagen oder

3. einer Konzerngesellschaft (§ 15 AktG, § 115 GmbHG) die strategische Aufgaben bezüglich getrennter Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen innerhalb einer Bahnstruktur im Sinne des EisebG 1957 gesetzlich oder statutarisch wahrzunehmen hat, zur Verwirklichung der Ziele der Regulierung des Schienenverkehrsmarktes im Sinne des 6. Teiles des Eisenbahngesetzes 1957 ein nichtdiskriminierendes Verhalten aufzuerlegen oder ein diesen Zielen widersprechendes Verhalten zu untersagen.
4. diskriminierende Schienennetz-Nutzungsbedingungen, diskriminierende allgemeine Geschäftsbedingungen, diskriminierende Verträge oder diskriminierende Urkunden ganz oder teilweise für unwirksam zu erklären.

§ 74 (2) Die Zuständigkeiten des Kartellgerichtes bleiben unberührt

7. Der § 74a. (1) lautet samt Überschriften:

Auskunftspflichten

§ 74a. (1) Die Zuweisungsstellen, Eisenbahninfrastrukturunternehmen, Eisenbahnverkehrsunternehmen und Konzerngesellschaften (§ 15 AktG, § 115 GmbHG), die strategische Aufgaben getrennter Eisenbahninfrastrukturunternehmen und Eisenbahnverkehrsunternehmen innerhalb einer Bahnstruktur im Sinne des EisebG 1957 gesetzlich oder statutarisch wahrzunehmen haben, haben der Schienen-Control GmbH und der Schienen-Control Kommission auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die für den ihnen übertragenen Vollzug eisenbahnrechtlicher Regelungen erforderlich sind, sowie diesen und den von ihnen Beauftragten zur Überprüfung der Einhaltung

der ihnen zum Vollzug übertragenen eisenbahnrechtlichen Verpflichtungen auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einschau in die Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren.

III. Zusammenfassung

Die Schaffung von Rechtssicherheit ist eine unabdingbare Voraussetzung für ein erfolgreiches wirtschaftliches Handeln am Schienenverkehrsmarkt. Sie trägt dazu bei, dass Österreich eine leistungsfähige, moderne Schieneninfrastruktur und ein leistungsstarkes Schienenverkehrsunternehmen erhält, damit der Verkehrsträger „Schiene“ seine wichtige Funktion in einer integrierten Verkehrspolitik erfüllen kann.

Durch die vom Vorsitzenden der SCK angeregten Gesetzesänderungen werden Leistungsvermögen und Qualität der „Schiene“ insgesamt weiter gestärkt.

Diese Anregungen des Vorsitzenden der SCK soll auch den Vorgaben gerecht werden, die ÖBB-Konzernstrukturen in Richtung mehr Modernität und Flexibilität weiterzuentwickeln.

Damit wird auch die Wettbewerbsfähigkeit der „Schiene“ vor allem gegenüber anderen Verkehrsträgern gesteigert. Seine Anregungen entsprechen den aktuellen Erfordernissen des Verkehrsmarktes unter Beachtung der EU-rechtlichen Vorschriften.

Um Kenntnisnahme wird ersucht.

Der Vorsitzende der SCK

Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner

Senatspräsident des OLG i.R.