

# **BVGer A-1398/2016 vom 4. August 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-08-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-1398\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-1398_2016)

FR: TAF A-1398/2016 du 4 août 2016

IT: TAF A-1398/2016 del 4 agosto 2016

## **Regeste**

Konzession und Netzzugang

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

#### **E. 1.1**

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

#### **E. 1.2**

Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht können End-, Teil- und Zwischenentscheide sein (Art. 44 - 46 VwVG). End- und Teilverfügungen schliessen das Verfahren jedenfalls teilweise prozessual ab, sei es für einzelne, von anderen unabhängige Rechtsbegehren, sei es für einen Teil der Beteiligten. Demgegenüber stellen Zwischenverfügungen einen Zwischenschritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar und sind insofern ein organisatorisches Instrument zur Verfahrenserledigung. Für die Qualifikation einer Verfügung ist nicht die Bezeichnung, sondern der materielle Gehalt entscheidend (Urteil des BGer 2C\_450/2012 vom 27. März 2013 E. 1.3 mit Hinweisen; Urteil des BVGer A 226/2014 vom 16. November 2015 E. 1.2.1). Eine Verfügung kann unterschiedliche Teile enthalten, insbesondere kann die eine Dispositiv-Ziffer als Zwischenverfügung, eine andere jedoch als Endentscheid qualifiziert werden (vgl. Urteil des BVGer A 2222/2012 vom 10. März 2014 E. 1.2 bis 1.2.2).

##### **E. 1.2.1**

Mit den Dispositiv-Ziffer 1 bis 3 teilt die Vorinstanz das bei ihr hängige Verfahren in zwei auf und erklärt das eine (Verfahren 2013/1) für spruchreif, während sie sich im anderen Verfahren (2013/3) weitere Untersuchungshandlungen vorbehält. Das erste Verfahren betrifft gemäss den Erwägungen der Verfügung die Punkte der Einigung zwischen den Parteien namentlich deren Umsetzung im Leistungskatalog 2018, während das zweite die Frage der möglichen Diskriminierung der BLS Cargo AG in der Vergangenheit und Gegenwart betrifft. Ersteres ist somit auf die künftige Abrechnung des Energiepreises

gerichtet, während das andere die Verrechnung der Energiekosten in den Jahren ab 2013 betrifft. Die Auftrennung eines Verfahrens stellt grundsätzlich und auch im vorliegenden Fall eine verfahrensleitende Verfügung dar, die keines der beiden Verfahren abschliesst. In den weiteren Dispositiv-Ziffern wird der Spruchkörper für beide Verfahren bekannt gegeben (Ziff. 4), Frist für allfällige Ausstandsbegehren angesetzt (Ziff. 5) und bekannt gegeben, dass kein Kostenvorschuss erhoben werde (Ziff. 6). Keine dieser Ziffern schliesst das bzw. eines der Verfahren ab, vielmehr handelt es sich nicht nur der Bezeichnung nach, sondern auch materiell um eine Zwischenverfügung.

### **E. 1.2.2**

Wird mit einer Verfügung die Parteistellung einer Beschwerdeführerin verneint und ihr eine Mitwirkung in diesem Verfahren definitiv verwehrt, handelt es sich in Bezug auf die Beschwerdeführerin um einen Endentscheid (Urteil des BGer 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 1). Das Dispositiv der Verfügung äussert sich jedoch nicht zur Parteistellung, einzig in der Begründung, E. 2.2 wird ausgeführt, nur BLS Cargo AG und die SBB hätten im abgetrennten Verfahren 2013/3 Parteistellung. Anfechtbar ist jedoch grundsätzlich nur das Dispositiv einer Verfügung, nicht deren Begründung (BGE 131 II 587 E. 4.2.1; Moser/Beusch/ Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., 2013, Rz. 2.9 f.). Das Dispositiv ist dabei gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nötigenfalls - nach den allgemeinen Grundsätzen - auszulegen. Zu fragen ist, wie es die Verfahrensbeteiligten nach den gesamten Umständen in guten Treuen verstehen durften und mussten (Urteil des BGer 2C\_423/2012 vom 9. Dezember 2012 E. 1.2). Das vorliegende Dispositiv äussert sich bloss zur Trennung der Verfahren und in keiner Weise zur Parteistellung in den getrennten Verfahren. Sein Wortlaut ist insofern unmissverständlich und es bleibt kein Raum für eine andere Auslegung. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz somit nicht über deren Parteistellung entschieden. Soweit sich die Beschwerde gegen den angeblichen Ausschluss aus dem Verfahren richtet, kann darauf nicht eingetreten werden. Auch aus diesem Grund ist die angefochtene Verfügung als Zwischenverfügung einzustufen.

### **E. 1.2.3**

Die Beschwerde gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen, die nicht die Zuständigkeit oder Fragen des Ausstands betreffen, ist einzig zulässig, wenn sie dem Verfügungsadressaten einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführt und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 45 und 46 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des BGer 1C\_506/2014 vom 14. Oktober 2015 E. 1.1). Der Nachteil muss nicht rechtlicher, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein (Urteil des BGer 2C\_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2); die Beeinträchtigung in schutzwürdigen tatsächlichen, insbesondere auch wirtschaftlichen Interessen genügt, sofern der Betroffene nicht nur versucht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Ein Nachteil tatsächlicher Natur muss von einigem Gewicht sein. Davon ist etwa auszugehen, wenn die Zwischenverfügung das weitere Verfahren präjudiziert oder die Grundlage für beträchtliche Investitionen bildet, mithin wirtschaftliche und prozessökonomische Interessen für eine sofortige Überprüfung sprechen (vgl. BGE 135 II 30 E. 1.3.4; BGE 120 Ib 97 E. 1c; Urteil des BGer 1C\_521/2012 vom 29. Oktober 2013 E. 1; zum Ganzen Urteile des BVGer A-226/2014 vom 16. November 2015 E. 1.2.2 sowie A-1130/2011, A-1133/2011 vom 5. März 2012 E. 5.1 je mit Hinweisen). Die (formelle)

Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (Urteil des BGer 1C\_453/2012 vom 26. November 2012 E. 1.2; Urteile des BVerG A 5465/2014 vom 27. November 2014 E. 1.1.1 und A 226/2014 vom 16. November 2015 E. 1.2.2).

#### **E. 1.2.3.1**

Obwohl die Beschwerdeführerin in ihrem Hauptantrag die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung beantragt, werden keine den Ausstand oder die Zuständigkeit betreffende Rügen vorgebracht. Auf die Beschwerde ist daher nur einzutreten, sofern die zuvor erwähnten, strengeren Anforderungen erfüllt sind. Von keiner Seite wird vorgebracht und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid mit den prozessökonomischen Vorteilen im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG herbeiführen würde. Zu prüfen bleibt, ob die Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG bewirken kann.

#### **E. 1.2.3.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, im neuen Verfahren 2013/3 werde ihr keine Parteistellung gewährt und es sei nicht gewährleistet, dass sie eine allfällige für sie nachteilige Verfügung anfechten könne bzw., dass sie überhaupt Kenntnis davon erhalte. Dies stelle einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil dar. Die Vorinstanz führe aber beide Verfahren als amtliche Untersuchungen und über den Rückerstattungsanspruch sei verhandelt worden, jedoch sei ein solcher von den übrigen Verhandlungsparteien aus materiell-rechtlichen Gründen abgelehnt worden. Vom Ausgang des Verfahrens seien auch die anderen Güter-EVU direkt betroffen und sei nicht einzusehen, weshalb der Anspruch der BLS Cargo AG im Rahmen einer amtlichen Untersuchung, diejenigen der anderen Güter-EVU hingegen in separaten Klageverfahren beurteilt werden sollen, zumal auch die Vorinstanz eine allgemeingültige Lösung als notwendig erachte. Die Vorinstanz benachteilige die anderen Güter-EVU, wenn sie die Frage nach einem Rückerstattungsanspruch nur mit einem EVU anhand eines Einzelfalles klären wolle. Ihrer Auffassung nach müsse die Rechtsfrage, ob eine Diskriminierung vorliege und unter welchen Voraussetzungen ein Rückerstattungsanspruch bestehe in einem transparenten Verfahren gegen den Pauschaltarif in verfahrensrechtlicher Gleichbehandlung aller Güter-EVU und Infrastrukturbetreibern entschieden werden.

#### **E. 1.2.3.3**

Die Vorinstanz bestreitet, dass der Beschwerdeführerin ein nicht wiedergutzumachender Nachteil rechtlicher oder tatsächlicher Natur entstehe. Sie und die Infrastrukturbetreiber seien von Gesetzes wegen verpflichtet, die Diskriminierungsfreiheit im Netzzugang, wozu auch der Trassenpreis zähle, zu gewährleisten. Sie habe demnach abzuklären, ob im Fall, dass eine Diskriminierung und ein Rückerstattungsanspruch der BLS Cargo AG bejaht werde, weitere Güter-EVU gleichermassen betroffen seien. SBB Cargo sei eine Konkurrentin und müsse für die Teilnahme am Verfahren entweder eine spezifische Beziehungsnähe aufweisen, die sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa aus einer einschlägigen gesetzlichen Ordnung ergeben könne oder allenfalls eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Position geltend machen, die über die blosser Verschärfung des Wettbewerbs hinausgeht. Einzig BLS Cargo AG habe Einwände gegen den Pauschaltarif der Zuggattung "Ferngüterzug" erhoben. Es sei daher sachlich gerechtfertigt, diesen Einzelfall allgemeingültig abzuklären und anschliessend durch die

Infrastrukturbetreiber abklären zu lassen, ob weitere Güter-EVU gleichermassen betroffen seien und daher Anspruch auf Gleichbehandlung bzw. Rückerstattung hätten, der falls notwendig, klageweise durchgesetzt werden könne. Ein Nachteil tatsächlicher Natur sei daher nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin sei einzig für das Verfahren, soweit es die verursachergerechte Verrechnung des Bahnstroms und die Anpassung des Pauschaltarifs auf den Leistungskatalog 2018 betrifft, beigelegt worden, nicht jedoch in Bezug auf den Rückerstattungsanspruch der BLS Cargo AG, weshalb ihr weder Parteirechte entzogen würden noch ein rechtlicher Nachteil widerfahre. Am Verfahren 2013/1 bleibe die Beschwerdeführerin beteiligt.

#### **E. 1.2.3.4**

Gemäss Art. 40abis des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) entscheidet die Vorinstanz u.a. über Streitigkeiten betreffend die Berechnung des Entgelts für die Benützung der Infrastruktur (Abs. 1). Sie kann von Amtes wegen Untersuchungen einleiten, wenn der Verdacht besteht, dass der Netzzugang verhindert oder nicht diskriminierungsfrei gewährt wird (Abs. 2) und sie entscheidet mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen (Abs. 3). Für die Streitigkeiten gemäss Art. 40abis Abs. 1 EBG ist ein Klageverfahren vorgesehen (vgl. Art. 15 des Geschäftsreglements der Schiedskommission im Eisenbahnverkehr vom 15. März 2013 [SR 742.101.4; seit 1. Juli 2015 auch ausdrücklich in Art. 40ater ff. EBG geregelt]), wobei hierfür die Art. 7 bis 43 VwVG gelten sowie die, in einem erstinstanzlichen Klageverfahren sinngemäss anwendbaren Bestimmungen des VwVG aus dem Beschwerdeverfahren, insbesondere die Art. 52, 56, 57, 60 und 63-71 VwVG. Die Parteistellung richtet sich in einem solchen Klageverfahren somit nicht nach Art. 6 VwVG, vielmehr sind - neben Kläger- und Beklagtschaft auch Nebenintervention, Klagehäufung, Streitgenossenschaft und Widerklage ausdrücklich für zulässig erklärt, wobei hierfür die Art. 15, 24, 26 und 31 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) sinngemäss gelten. Die Vorinstanz hat nach der Eingabe der BLS Cargo AG eine Untersuchung von Amtes wegen im Sinn von Art. 40abis Abs. 2 EBG eingeleitet, wobei sich diese zunächst implizit auf die Umsetzung des Projekts verursachergerechte Verrechnung Bahnstrom und die Anpassung des Pauschaltarifs im Leistungskatalog 2018 beschränkte. Das Verfahren bestand bislang aus zwei Verhandlungsrunden mit allen daran interessierten Güter-EVU und Infrastrukturbetreibern sowie einem Schriftenwechsel zu den Verhandlungsergebnissen bzw. dem Vereinbarungsentwurf. Auch das aufzuteilende weitere Verfahren will die Vorinstanz als amtliche Untersuchung führen, was in Bezug auf den Rückforderungsanspruch der BLS Cargo AG etwas erstaunt, handelt es sich doch um eine Streitigkeit über einen individuellen Anspruch, für den das Klageverfahren geeignet erscheint. Die Vorinstanz geht davon aus, dass auf eine amtliche Untersuchung das VwVG vollumfänglich anzuwenden ist, also sich die Parteistellung insbesondere nach Art. 6 VwVG richte. Dem ist zuzustimmen, ist doch das VwVG gemäss dessen Art. 1 Abs. 1 auf das Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen von Bundesbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind, anwendbar. Die Verfügungskompetenz der Vorinstanz ist in Art. 40abis Abs. 3 EBG ausdrücklich erwähnt, zudem erklärt Art. 2 Bst. d VwVG die Eidgenössischen Kommissionen als Behörden in diesem Sinn. Schliesslich finden sich - wie erwähnt - nunmehr auf Gesetzesstufe in Art. 40ater EBG einzig für das Klageverfahren vom VwVG teilweise abweichende prozessuale Bestimmungen. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb für amtliche Untersuchungen das VwVG nur eingeschränkt Anwendung finden sollte.

#### **E. 1.2.4**

Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Nachteile setzen voraus, dass ihr die Parteistellung verweigert wird. Die Parteistellung bildet jedoch - wie erwähnt - nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung. Gegen die Trennung des Verfahrens bringt die Beschwerdeführerin zudem sinngemäss vor, die beiden Verfahren hingen eng zusammen, die sich stellenden Fragen könnten nicht unabhängig voneinander beantwortet werden und es könne die Situation eintreten, dass je nach Ausgang des Verfahrens über die Rückerstattungsansprüche auch der Leistungskatalog 2018 anzupassen wäre, die Vereinbarung allenfalls gar nicht vollzogen werden könnte. Die Vorinstanz bringt objektive Gründe für die Teilung vor, die plausibel erscheinen. Die Genehmigung der Vereinbarung, mit der eine Teileinigung zwischen den Parteien erzielt worden ist, erachtet sie als spruchreif und deren Umsetzung im Leistungskatalog 2018 benötigt überdies eine lange Vorlaufzeit. Für diesen Teil des Verfahrens besteht somit eine gewisse Dringlichkeit, was im Übrigen auch nicht umstritten ist. Die Vorinstanz erachtet demgegenüber die allfällige Diskriminierung und möglichen Rückerstattungsansprüche der BLS Cargo AG durch den Leistungskatalog 2013 als noch nicht spruchreif, insofern wird das Verfahren somit noch andauern. Die beiden Verfahren befassen sich mit möglicherweise diskriminierend festgesetzten Energiekostenpauschalen. Dennoch erscheint der Zusammenhang zwischen diesen nicht derart eng, dass eine Aufteilung unangebracht wäre. Gestützt auf die Vereinbarung wird ein neuer pauschaler Energieansatz festgesetzt, dieser beruht demnach auf neuen Grundlagen, weshalb sich allfällige Erkenntnisse zu den Leistungskatalogen 2013 bis 2016 nicht ohne weiteres auf den neuen übertragen lassen. Selbst wenn aufgrund des Entscheids im Verfahren 2013/3 weiterer Anpassungsbedarf bestehen sollte, ist nicht ersichtlich, inwiefern dies der Beschwerdeführerin einen erheblichen, nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken sollte. Vielmehr ist festzustellen, dass sich ohne die Auftrennung des Verfahrens die unumstrittenen Anpassungen um mindestens ein Jahr verzögern würden. Zudem ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bisher nie selbst an die Vorinstanz gelangt ist und eine Diskriminierung durch den pauschalen Energieansatz geltend gemacht hatte.

#### **E. 1.2.5**

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

#### **E. 2**

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 2 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 1'000.- festzusetzen und dem geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.- zu entnehmen. Die Vorinstanz hat nach Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten zu tragen. Angesichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung, ebenso wenig hat die Vorinstanz einen solchen

Anspruch (Art. 7 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.