



## Verfügung vom 1. November 2016

Besetzung	Patrizia Danioth Halter (Präsidentin), Yves Putallaz (Vizepräsident), Peter Bösch, Ursula Erb, Werner Grossen, Markus Kern, Sibylle Burger-Bono (Sekretariat)
Parteien	<b>BLS Cargo AG</b> , Bollwerk 27, 3001 Bern,  <b>Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG</b> , Bahnhofstrasse 12, 4600 Olten,  <b>SBB Cargo International AG</b> , Riggerbachstrasse 6, 4600 Olten,  <b>Schweizerische Bundesbahnen SBB</b> , Division Infra- struktur, Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65,  <b>BLS Netz AG</b> , Genfergasse 11, 3001 Bern,  <b>Schweizerische Südostbahn AG</b> , Bahnhofplatz 1a, 9000 St. Gallen,  <b>Thurbo AG</b> , Bahnhofstrasse 31, 8280 Kreuzlingen,  <b>Hafenbahn Schweiz AG</b> , Hafenstrasse 4, 4127 Birs- felden,  <b>Sensetalbahn AG</b> , Wylerstrasse 123/125, 3014 Bern,
Gegenstand	Untersuchung 2013/1 gemäss Art. 40a <sup>bis</sup> Abs. 2 EBG  betreffend Energieabrechnung im Trassenpreis gemäss Leistungskatalog Infrastruktur (SBB, BLS Netz AG, Thurbo AG, Schweizerische Südostbahn AG, Hafenbahn Schweiz AG, Sensetalbahn AG) wegen diskriminieren- dem Energieansatz für die Zuggattung 6 „Ferngüterzug“

## Sachverhalt:

- A. Die BLS Cargo AG (nachfolgend: BLS Cargo) hat mit Schreiben vom 29. Januar 2013 bei den Schweizerischen Bundesbahnen, Division Infrastruktur (nachfolgend: SBB Infrastruktur), aufgrund einer Studie der emkamatik GmbH vom 18. Dezember 2012 Einwendungen gegenüber den Leistungskatalogen (LK) 2013 und 2014 erhoben. Sie beantragte, sowohl für den Leistungskatalog 2014 sowie rückwirkend für denjenigen aus dem Jahr 2013, eine Anpassung der publizierten spezifischen Verbrauchswerte für die Kategorie „Ferngüterzug“ beziehungsweise für die Verkehre von BLS Cargo.
- B. Mit Schreiben vom 25. März 2013 lehnte SBB Infrastruktur die Herabsetzung der Energieansätze für die Zugskategorie 6 „Ferngüterzug“ für 2013 sowie die Folgejahre und damit den Einwand von BLS Cargo gegen die LK 2013 und 2014 ab.
- C. BLS Cargo ersuchte die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (nachfolgend: SKE) mit Schreiben vom 21. Mai 2013 um Prüfung einer möglichen Diskriminierung in der Anwendung des Pauschaltarifs gemäss Leistungskatalog Infrastruktur der SBB, BLS Netz AG (nachfolgend: BLS Netz), Turbo AG (nachfolgend: Turbo), Schweizerischen Südostbahn AG (nachfolgend: SOB), Hafenbahn Schweiz AG (nachfolgend: Hafenbahn) und der Sensetalbahn AG (nachfolgend: Sensetalbahn).
- D. In der Folge hat die SKE umfangreiche Untersuchungen zum Energieansatz im Trassenpreis durchgeführt. Insbesondere wurde am 13. November 2013 die École polytechnique fédérale de Lausanne (nachfolgend: EPFL) beauftragt, die Berechnungsmethoden und -grundlagen für die Bestimmung des Energiepreises je Kategorie sowie die Beispielmessungen, welche dem Energiepreis der Zuggattung 6 "Ferngüterzug" zugrunde liegen, zu überprüfen.
- E. Mit Gutachten vom 27. Januar 2014 kam der Gutachter, Herr Daniel Émery, EPFL-LITEP, zum Schluss, dass schwere Güterzüge, die lange Distanzen ohne Halt fahren, bezogen auf die gefahrenen Bruttotonnen-Trassenkilometer tatsächlich energieeffizienter sind als leichte Güterzüge, die kurze Distanzen fahren. Der Pauschaltarif der Kategorie 6 „Ferngüterzug“ sei damit für schwere Güterzüge im Vergleich zu leichten zu hoch angesetzt.
- F. Mit Schreiben vom 27. sowie 29. Januar 2014 eröffnete die SKE eine Untersuchung von Amtes wegen gemäss Art. 40a<sup>bis</sup> Abs. 2 EBG. Sie räumte SBB Infrastruktur, BLS Cargo, Turbo, SOB, der Hafenbahn, der Sensetalbahn sowie BLS Netz die Möglichkeit ein, eine Stellungnahme einzureichen. Das Gutachten der EPFL-LITEP wurde zur Kenntnisnahme beigelegt.
- G. Mit Stellungnahme vom 27. Februar 2014 stellte SBB Infrastruktur folgende Anträge:
1. „Auf eine zusätzliche Differenzierung nach Zugsgattungen sei zu verzichten.
  2. Unter Einbezug der zuständigen Behörden (BAV, SKE) sowie der Branche sei für die Übergangszeit bis zur geplanten systematischen Einführung der Ist-Verrechnung per 2016 eine Regelung zu erarbeiten.
  3. Das Verfahren sei einzustellen, da mit der heutigen Anwendung der relativen Verbrauchswerte bei der Energieverrechnung keine Diskriminierung stattfindet.“

- H. Mit Stellungnahme vom 28. Februar 2014 beantragte BLS Netz, auf eine zusätzliche Differenzierung nach Zugsgattungen zu verzichten und unter Einbezug der zuständigen Behörden sowie der Branche, die verursachergerechte Neuregelung zu erarbeiten.
- I. Mit Stellungnahme vom 10. März 2014 stellte SOB den Antrag, auf eine zusätzliche Differenzierung nach Zugsgattung sei zu verzichten und das Verfahren sei einzustellen, da mit der heutigen Anwendung keine Diskriminierung stattfindet.

Die übrigen Infrastrukturbetreiberinnen, Turbo und die Sensetalbahn, machten von der Möglichkeit, Stellung zu nehmen, nicht Gebrauch.

- J. Mit Eingabe vom 26. März 2014 beantragte BLS Cargo:
1. „Es sei festzustellen, dass der Energieansatz im Trassenpreis für die Zugsgattung 6 „Ferngüterzug“ gemäss Leistungskatalog Infrastruktur SBB/BLS/SOB/Turbo Regionalbahn/HBS eine unzulässige Diskriminierung gemäss Art. 40a<sup>bis</sup> EBG darstelle.
  2. Es sei der massgebende Zeitpunkt festzulegen, ab dem rückwirkend die Diskriminierung beseitigt und sich dadurch ergebende Minderkosten der BLS Cargo AG für den Energiebezug vergütet werden würden.“
- K. Mit Schreiben vom 15. Juli 2014 informierte SBB Infrastruktur die SKE, dass sie mit BLS Cargo für die Übergangszeit bis zur geplanten systematischen Einführung der Ist-Energieverrechnung eine gemeinsame Lösung entwickelt habe, welche die Ist-Energieverrechnung der von BLS Cargo bereits mit einem Energiezähler ausgerüsteten Züge rückwirkend ab 1. Januar 2014 ermögliche.
- L. Mit Schreiben vom 12. September 2014 hielt die SKE fest, dass sie die Bemühungen zur Findung einer einvernehmlichen Regelung in Sachen Einführung der Ist-Abrechnung unterstütze.
- M. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2014 teilte SBB Infrastruktur der SKE mit, dass für die Leistungskataloge 2015 und 2016 noch keine Anpassungen bezüglich des Pauschalтарифes vorgenommen würden. Dies, weil zurzeit noch nicht genügend Messwerte vorlägen, um die netzweite Entwicklung für die Pauschalтарife über alle Fahrzeugtypen und Verkehrsarten abschätzen zu können. Jedoch könnten im Jahr 2016 erste repräsentative Hochrechnungen für die Neukalibrierung aller Zugsgattungen durchgeführt werden. Mit der entsprechenden Vorlaufzeit bei der Publikation des Leistungskatalogs von 18 Monaten würden die entsprechenden Anpassungen frühestens in den Leistungskatalog 2018 einfließen.  
Als Beilage brachte SBB Infrastruktur der SKE das Dokument „Verursachergerechte Verrechnung Bahnstrom IT“ zur Kenntnis.
- N. Mit Schreiben vom 10. April 2015 stellte die SKE fest, dass sie eine allgemeingültige Lösung der von BLS Cargo am 21. Mai 2013 aufgeworfenen Fragen als notwendig erachte, um das Verfahren abschliessen zu können. Dafür solle eine Regelung getroffen werden, die zwischen allen Netzbenutzerinnen und Netzbetreiberinnen Gültigkeit

entfalte. Die SKE habe daher beschlossen, eine formelle Einigungsverhandlung mit den Parteien und weiteren interessierten Kreisen durchzuführen.

- O. Am 28. Mai 2015 wurden SBB Infrastruktur, BLS Cargo und die SBB Cargo AG (nachfolgend: SBB Cargo) zu dieser eingeladen. An der Einigungsverhandlung vom 10. Juni 2015 wurde der Stand der Arbeiten bezüglich des Versuchsbetriebs zur Einführung der Ist-Abrechnung sowie der Übergangsregelung besprochen. Ein Vereinbarungsentwurf wurde den Teilnehmern im Nachgang zur Verhandlung zur Stellungnahme zugestellt.
- P. Mit Schreiben vom 26. Juni 2015 und 8. Juli 2016 haben sich BLS Cargo und SBB Infrastruktur zu diesem Vereinbarungsentwurf geäußert. SBB Infrastruktur forderte zudem eine weitere Besprechung.
- Q. Mit Schreiben vom 14. August 2015 wurden SBB Infrastruktur, BLS Cargo, SBB Cargo sowie die SBB Cargo International AG (nachfolgend: SBB Cargo International) zu einer zweiten formellen Einigungsverhandlung eingeladen. Diese fand am 18. August 2015 statt. Als Ergebnis der Verhandlung konnte Folgendes festgestellt werden:
  - 1. Die SKE erarbeitet eine Teilvereinbarung betreffend der Übergangsphase, der Einführung der Ist-Verrechnung sowie der Anpassung der Pauschalen. Anschliessend wird sie diese den Teilnehmern zur Einigung vorlegen.
  - 2. Über einen allfälligen Rückerstattungsanspruch von BLS Cargo wird die SKE in einer Verfügung entscheiden, da eine einvernehmliche Lösung zurzeit ausgeschlossen ist. BLS Cargo und SBB Infrastruktur erhalten die Möglichkeit zur Einreichung einer Stellungnahme.
- R. Mit Schreiben vom 3. September 2015 wurde den Parteien der überarbeitete Vereinbarungsentwurf zur Stellungnahme zugestellt. BLS Cargo erhielt zudem die Möglichkeit, die von ihr geltend gemachten Forderungen aufgrund eines angeblich zu hohen pauschalen Energietarifs der Zuggattung 6 für die Jahre 2014 und 2015 zu substantiieren.
- S. Mit Datum vom 29. September 2015 sowie 27. November 2015 reichten BLS Cargo und SBB Infrastruktur ihre Stellungnahmen bezüglich des Rückerstattungsanspruchs von BLS Cargo ein.
- T. Nach zweimaligem Schriftenwechsel zwischen den Netzbetreiberinnen, nämlich SBB Infrastruktur, BLS Netz, SOB, Turbo, Hafenbahn und Sensetalbahn, den Netzbenutzerinnen, namentlich BLS Cargo, SBB Cargo und SBB Cargo International, und der SKE erklärten sich die Parteien mit der Vereinbarung vom 9. November 2015 einverstanden und unterzeichneten diese. Sie trat Ende Januar 2016 mit der letzten Unterschrift in Kraft.
- U. Mit Zwischenverfügung vom 1. Februar 2016 teilte die SKE das Untersuchungsverfahren in zwei separate Verfahren mit den Verfahrensnummern 2013/1 und 2013/3 auf. 2013/1 betrifft die systematische Einführung der Ist-Abrechnung durch das projekt verursachergerechte Verrechnung Bahnstrom (VVB) und die Anpassung des pauschalen Energieansatzes für die Zuggattung 6 "Ferngüterzug" im Leistungskatalog 2018. 2013/3 bezieht sich auf den Einwand von BLS Cargo gegen die Leistungskataloge

2014 bis 2016 und den von ihr geltend gemachten Rückerstattungsanspruch gegenüber SBB Infrastruktur wegen eines angeblich zu hohen pauschalen Energietarifs.

- V. Am 29. Februar 2016 reichten SBB Infrastruktur und SBB Cargo sowie am 1. März 2016 SBB Cargo International gegen die Zwischenverfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragten, die Zwischenverfügung aufzuheben und das hängige Verfahren von Amtes wegen unter Berücksichtigung aller Verfahrensbeteiligten zu Ende zu führen. Auf die Beschwerden wurde mit den Urteilen vom 4. August 2016 nicht eingetreten (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. August 2016 mit den Nrn A-1254/2016, A-1303/2016, A-1398/2016).
- W. Die Zwischenverfügung ist rechtskräftig und das Untersuchungsverfahren in zwei separate Verfahren aufgeteilt. Die vorliegende Verfügung betrifft das Untersuchungsverfahren mit der Verfahrensnummer 2013/1, das sich mit den Aspekten systematische Einführung der Ist-Abrechnung, dem Projekt VVB und der Anpassung des pauschalen Energieansatzes für die Zugattung 6 „Ferngüterzug“ auf den Leistungskatalog 2018 befasst.
- X. 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<sup>bis</sup> 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<sup>bis</sup> 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 Netzzuganges 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 Gemäss Art. 18 Abs. 1 der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 (NZV; SR 742.122) setzt sich das Entgelt (Trassenpreis) nach Artikel 9b EBG aus einem Preis für die Grundleistung und den Preisen für die Zusatzleistungen zusammen. Die Grundleistungen weisen nach Abs. 2 wiederum drei Komponenten auf: den Basispreis (lit. a), den Deckungsbeitrag (lit. b) und den Strompreis (lit. c). Der Trassenpreis

für eine Strecke ist immer nach den gleichen Ansätzen diskriminierungsfrei festzulegen (Art. 18 Abs. 3 NZV).

- 1.3 Gemäss Art. 20a Abs. 3 NZV können die Infrastrukturbetreiberinnen für den Stromverbrauch anhand von Beispielmessungen Ansätze für jede Zugskategorie festlegen. Diese Ansätze werden für den hier in Frage stehenden Verkehr dann jeweils jährlich im Leistungskatalog (LK) im Kapitel „Bezug Energie ab Fahrdraht (Strompreis)“ unter dem Titel „Relative Verbrauchswerte je Zuggattung; 6 Ferngüterzug“ publiziert. Der relative Verbrauchswert bildet somit ein Kriterium einer Schienennetz-Nutzungsbedingung, nämlich des Leistungskatalogs (siehe Ziffer 1.1), und kann daher von der SKE aktiv auf seine Diskriminierungsfreiheit überprüft werden.
- 1.4 Die SKE entscheidet gemäss Art. 40a<sup>bis</sup> Abs. 3 EBG mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Sie kann sowohl präventive wie auch repressive Massnahmen erlassen (Botschaft, S. 937 und 939). Die Massnahmen können sich dabei auf die Vergangenheit, die Gegenwart sowie die Zukunft erstrecken. Die SKE entscheidet mit Verfügung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).
2. Mit Schreiben vom 27. sowie 29. Januar 2014 eröffnete die SKE eine Untersuchung von Amtes wegen gemäss Art. 40a<sup>bis</sup> Abs. 2 EBG. Das amtliche Untersuchungsverfahren richtet sich vollumfänglich nach den Bestimmungen des VwVG (Urteile A-1254/2016 und A-1398/2016 vom 4. August 2016, E. 1.2.3.4). Das hier vorliegende Untersuchungsverfahren 2013/1 findet seinen Abschluss demnach in einer Verfügung nach Art. 5 VwVG.
3. Da das VwVG vollumfänglich anwendbar ist, kann Art. 33b VwVG, welcher die Möglichkeit der gütlichen Einigung in einem Verfahren vorsieht, auch im Untersuchungsverfahren zur Anwendung gelangen. Jedoch nur insoweit, als dass verfahrensmässiger und inhaltlicher Entscheidungsspielraum vorhanden ist (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 33b VwVG, Rz. 10). Dieser Spielraum ist im vorliegenden Fall gegeben, da Verhandlungen gesetzlich nicht untersagt werden und die ISB berechtigt sind, die Strompreisansätze anhand von Beispielmessungen für jede Zugskategorie selbständig festzulegen.
4. Werden Einigungsverhandlungen nach Art. 33b VwVG durchgeführt, muss bestimmt werden, wer als Verfahrensbeteiligter an die Verhandlungen eingeladen werden soll. Dabei ist darauf zu achten, dass die unterschiedlichen Interessen vertreten sind, auch wenn nicht alle möglichen Betroffenen berücksichtigt werden können (vgl. Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 33b VwVG, Rz. 31). Im vorliegenden Fall lud die SKE die wichtigsten Netzbetreiberinnen und Netzbenutzerinnen des Güterverkehrs zur Teilnahme an den Verhandlungen ein.

## II. Materielles

5. Gemäss Art. 33b Abs. 1 VwVG kann die Behörde das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Ziel der Parteien ist es somit, einen Einigung zu treffen, mit der alle einverstanden sind,

die alle relevanten sachlichen und rechtlichen Aspekte regelt und schliesslich zur Verfügung erhoben werden kann. Die Behörde hat diese Einigung dann auszugleichen und zu ergänzen, wenn nicht alle Interessen oder Aspekte berücksichtigt werden konnten (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 33b VwVG, Rz. 3 und 16; Häner/Waldmann, Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Grundzüge von Einigung und Mediation in Art. 33b VwVG, S. 121).

6. Im vorliegenden Verfahren haben SBB Infrastruktur und BLS Cargo eine gemeinsame Lösung zur Ist-Abrechnung initiiert und teilweise entwickelt. Die SKE hat deshalb Einigungsverhandlungsverhandlungen durchgeführt. Diese fanden am 10. Juni 2015 und 18. August 2015 statt. Der Kreis der Verfahrensbeteiligten resp. der Eingeladenen wurde dabei von der SKE so festgelegt, dass sowohl die Interessen der Netzbetreiberinnen wie auch der Netzbenutzerinnen im Güterverkehr angemessen vertreten waren.
7. Die Parteien einigten sich in ihrer Vereinbarung vom 9. November 2015 insbesondere über die Einführung der Ist-Abrechnung, die Anpassung des pauschalen Energieansatzes für die Zuggattung 6 „Ferngüterzug“ im Leistungskatalog 2018 sowie die Einreichung eines Konzepts bis Ende 2015 und neuer Referenzwerte bis Mitte 2016, die die Anpassung ermöglichen sollten. Sie einigten sich somit über den potenziellen Inhalt einer künftigen Verfügung.
8. Im vorliegenden Untersuchungsverfahren ging es darum, zukünftig allfällige Diskriminierungen durch den relativen Verbrauchswert der Zuggattung 6 „Ferngüterzug“ zu verhindern. Durch den Beschluss die Ist-Abrechnung einzuführen, die Kalibrierung sowie den pauschalen Energieansatz der Zuggattung 6 „Ferngüterzug“ im Leistungskatalog 2018 anzupassen, wurden alle sachlich relevanten Aspekte geregelt. Wörtlich wurde in der Vereinbarung im Besonderen Folgendes festgehalten:
9. *„3.1 Die Netzbetreiberinnen verpflichten sich, die Ist-Verrechnung des Bahnstroms für Grundleistungen gemäss Leistungskatalog 2015 für alle auf ihrem Netz verkehrenden EVU spätestens bis Ende 2015 systematisch durch das Projekt verursachergerechte Verrechnung Bahnstrom (VVB) einzuführen resp. anzubieten.*
- 3.2 Die Netzbetreiberinnen informieren die SKE regelmässig über den Stand der systematischen Einführung der Ist-Verrechnung sowie deren Betrieb.*
- 4.1 Die Netzbetreiberinnen verpflichten sich, den pauschalen Energieansatz mindestens für die Zuggattung 6 „Ferngüterzug“ im Leistungskatalog 2018 anzupassen und aktualisieren die Kalibrierung der relativen Verbrauchswerte (kWh pro Btkm). Eine zusätzliche Differenzierung hat gestützt auf sachliche Kriterien und in einem angemessenen Detaillierungsgrad zu erfolgen.*
- 4.2 Die Netzbetreiberinnen legen der SKE bis 31.12.2015 ein mit den Netzbenutzerinnen erarbeitetes Konzept zur Anpassung des pauschalen Energieansatzes mindestens für die Zuggattung 6 „Ferngüterzug“ im Leistungskatalog 2018 (Ziffer 1.5 relative Verbrauchswerte je Zuggattung) zur Genehmigung vor. Die neuen Referenzwerte müssen bis 30.06.2016 vorliegen.*

4.3 *Die Anpassung hat im Leistungskatalog 2018 Anwendung zu finden und bis zur Aufhebung der Möglichkeit der Abrechnung nach pauschalen Preisansätzen gemäss Art. 20a Abs. 3 NZV zu gelten. Weitere Anpassungen in den Folgejahren bleiben vorbehalten.*

4.4 *Die Anpassung des pauschalen Energieansatzes für die Zuggattung 6 „Ferngüterzug“ hat gegenüber allen Netzbenutzerinnen in rechtsgleicher Weise zu erfolgen.“*

10. Ebenso wurden die rechtlich relevanten Aspekte, wie der Antrag den Inhalt zur Verfügung zu erklären, die Kostentragung und -erhebung sowie das Inkrafttreten der Vereinbarung, geregelt.

11. Die Parteien beantragten in Ziffer 5 der Vereinbarung vom 9. November 2015, dass die SKE die vorliegende Vereinbarung als Teileinigung genehmigen und gemäss Art. 33b Abs. 4 VwVG zum Inhalt ihrer Verfügung machen soll.

Dieser formelle Antrag der Parteien begründet keinen Rechtsanspruch, dass jede getroffene Einigung auch in die Verfügung der Behörde aufgenommen wird (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 33b VwVG, Rz. 41). Die verfügende Behörde ist an das Recht gebunden und ihr obliegt dementsprechend die Prüfung, ob der vereinbarte Inhalt rechtmässig ist und zur Verfügung erhoben werden darf (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 33b VwVG, Rz. 14, 41; Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Art. 33b, Rz. 64, 72). Zudem ist es ihre Aufgabe, wo dies erforderlich ist, die getroffene Einigung auszugleichen und zu ergänzen. Dies ist vor allem dann gegeben, wenn gewisse Interessen, Aspekte oder Anliegen, die im Rahmen der Einigung nicht berücksichtigt wurden, doch noch einbezogen werden sollen (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 33b VwVG, Rz. 16; Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Art. 33b, Rz. 68).

12. Nach Art. 33b Abs. 4 VwVG macht die Behörde die Einigung zum Inhalt ihrer Verfügung, es sei denn, die Einigung leide an einem Mangel im Sinne von Artikel 49 VwVG. Zu prüfen ist somit, ob der Verfügungsinhalt „rechtmässig ist, d.h. kein Bundesrecht verletzt, auf einer richtigen und vollständigen Feststellung des Sachverhalts beruht und allenfalls angemessen ist“ (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 33b VwVG, Rz. 41).

12.1 Eine Verletzung von Bundesrecht liegt vor, wenn „eine Norm fehlerhaft konkretisiert wird“, „eine Norm zu Unrecht nicht angewandt wird oder eine falsche oder ungültige Norm zur Anwendung gelangt“ (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 49 VwVG, Rz. 23).

12.1.1 Gemäss Art. 9b EBG haben die Infrastrukturbetreiberinnen das Recht, ein Entgelt für die Benützung ihrer Infrastruktur zu erheben, den sogenannten Trassenpreis. Dieser muss jedoch diskriminierungsfrei festgelegt werden und die Grenzkosten decken. Der Strompreis als Teil dieses Entgelts kann mittels Ist-Messung oder mit einem pauschalen Ansatz verrechnet werden (Art. 20a Abs. 3 NZV).

12.1.2 Die Vereinbarung sieht vor, dass die Ist-Abrechnung systematisch einzuführen ist. Dadurch wird diese Art der Abrechnung in der Praxis überhaupt erst möglich und Art. 20a Abs. 3 NZV umgesetzt. Zudem werden die ISB verpflichtet, die Kalibrierung und den pauschalen Ansatz für die Zuggattung 6 auf den LK 2018 anzupassen. Dies verletzt ebenfalls kein Bundesrecht, sondern dient vielmehr dessen Umsetzung, indem der Diskriminierungsfreiheit des Trassenpreises Nachachtung verschafft wird. Die Vereinbarung ermöglicht nach wie vor beide Abrechnungsvarianten, d.h. die Verrechnung des Strompreises nach dem tatsächlichen Verbrauch oder mittels einer Pauschalen. Die ISB haben auch weiterhin die Kompetenz, die dafür erforderlichen Grundzüge festzulegen. Die Vereinbarung ist somit mit dem Bundesrecht vereinbar.

12.2 Der Sachverhalt wird unrichtig festgestellt, „wenn der Verfügung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde“ (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 49 VwVG, Rz. 28). „Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn die Behörde trotz Untersuchungsmaxime den Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt hat, oder nicht alle für den Entscheid wesentlichen Sachumstände berücksichtigt wurden“ (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 49 VwVG, Rz. 28).

Die SKE hat den Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG von Amtes wegen festgestellt und somit die Untersuchungsmaxime berücksichtigt. Sie hat nicht nur mittels Schriftwechsel Auskünfte bei den Parteien und Drittpersonen eingeholt, sondern überdies ein Gutachten eines Sachverständigen, Herrn Daniel Émery, EPFL-LITEP, in Auftrag gegeben. Der für die Vereinbarung relevante Sachverhalt wurde daher vollständig festgestellt. Darüber hinaus bestehen keine Hinweise darauf, dass der Vereinbarung ein aktenwidriger oder nicht weiter belegbarer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde.

12.3 Die SKE hat ebenfalls zu prüfen, ob der Verfügungsinhalt unangemessen ist, d.h., ob sich die SKE im Rahmen der Einigung angemessen verhalten hat respektive ob das erzielte Ergebnis angemessen ist. Angemessenheit setzt voraus, dass die Behörde das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss ausgeübt hat, indem sie sachlichen Gesichtspunkten gefolgt ist, die Umstände des Einzelfalls angemessen berücksichtigt hat, die relevanten Interessen berücksichtigt und gegeneinander abgewogen und einen zweckmässigen Entscheid getroffen hat (Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 49 VwVG, Rz. 33ff.; Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Art. 33b, Rz. 65ff.).

12.3.1 Die ISB verpflichten sich, sowohl die Ist-Abrechnung bis Ende 2015 systematisch einzuführen respektive anzubieten als auch den pauschalen Energieansatz der Zuggattung 6 im LK 2018 sowie die dazugehörige Kalibrierung anzupassen.

12.3.2 Die Möglichkeit der Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Fahrzeuge mit Messeinrichtungen zu versehen und den tatsächlichen Verbrauch zu messen, war rechtlich schon vor Ende 2015 in der NZV vorgesehen. Eine Abrechnung aufgrund des effektiven Verbrauchs war jedoch nicht möglich. Dass diese Option nun systematisch zur Verfügung gestellt wird, ist sowohl zweckmässig als auch im Interesse von EVU und ISB. Seit Ende 2015 sind die ISB wie auch die EVU technisch in der Lage, den tatsächlichen Energieverbrauch mittels Ist-Abrechnung abzurechnen. Die Vereinbarung leistet in diesem Punkt somit einen wesentlichen Beitrag zur Umsetzung von Art. 20a Abs. 3 NZV.

- 12.3.3 Bei der Anpassung des pauschalen Energieansatzes hat die SKE den Umstand berücksichtigt, dass für eine Neukalibrierung neue Referenzwerte erforderlich sind und dass jeder neu zu publizierende Leistungskatalog eine Vorlaufzeit von zirka 18 Monaten in Anspruch nimmt. Deshalb wurde eine Anpassung des Leistungskatalogs erst für das Jahr 2018 verlangt und die Einreichung der neuen Referenzwerte auf den 30. Juni 2016 terminiert. Per Ende 2015 hat SBB Infrastruktur der SKE ein Konzept mit Zeitplan eingereicht. Die SKE hat somit die Vorbringen der Parteien sowie die konkreten Umstände berücksichtigt und ihr Ermessen pflichtgemäss sowie angemessen ausgeübt. Sie hat in der Teilvereinbarung eine den Umständen des Einzelfalls und den technischen Rahmenbedingungen angepasste Lösung getroffen.
- 12.4 Die Einigung leidet somit an keinem Mangel im Sinne von Art. 49 VwVG und wird von der SKE hiermit zum Inhalt ihrer Verfügung erhoben. Folglich genehmigt die SKE die Vereinbarung vom 9. November 2015 und erklärt sie im Wortlaut als verbindlich.
- 12.5 Die Netzbetreiberinnen sind gemäss Art. 9a Abs. 1 und 9b Abs. 3 EBG verpflichtet, den Netzzugang diskriminierungsfrei zu gewähren und dementsprechend auch das Entgelt für die Benützung der Infrastruktur diskriminierungsfrei festzulegen. Infolgedessen und aufgrund von Art. 10 Abs. 1 NZV haben die Netzbetreiberinnen die Netzbenutzerinnen unter gleichen Bedingungen gleich zu behandeln. Die Verpflichtungen, die den Netzbetreiberinnen im Rahmen dieser Verfügung auferlegt werden, erlangen demnach nicht nur gegenüber den unterzeichnenden Netzbenutzerinnen Geltung, sondern ebenso gegenüber allen Netzbenutzerinnen, die unter den gleichen Bedingungen Güterverkehrsleistungen auf der Schweizerischen Bahninfrastruktur anbieten. Die Netzbetreiberinnen sind gehalten, die sich aus der Vereinbarung vom 9. November 2015 ergebenden, verbindlichen Pflichten gegenüber den Netzbenutzerinnen rechtsgleich und nichtdiskriminierend anzuwenden.
- 12.5.1 Die Netzbetreiberinnen, die an der Aushandlung der Vereinbarung und somit an der Ausgestaltung des Verfügungsinhalts mitgewirkt haben, sind Eigentümerinnen von zirka 94 Prozent der Infrastruktur des schweizerischen Normalspurnetzes. Sie waren somit in der Lage die Interessen der übrigen Netzbetreiberinnen, welche die restlichen sechs Prozent innehaben, an den Verhandlungen über den Verfügungsinhalt angemessen zu vertreten. Die vorliegende Verfügung bindet daher bezüglich gewisser Teilaspekte nicht nur die unterzeichnenden, sondern alle Netzbetreiberinnen.
- 12.5.2 In den Ziffern 3.1 und 3.2 der Vereinbarung vom 9. November 2015 verpflichten sich die Netzbetreiberinnen, die Ist-Verrechnung des Bahnstroms systematisch einzuführen respektive anzubieten sowie die SKE regelmässig über den aktuellen Stand der Einführung und des Betriebs dieses Systems zu informieren. Die Netzbetreiberinnen haben jedoch bereits aufgrund von Art. 20a Abs. 3 NZV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 der Verordnung des BAV zur Eisenbahn-Netzzugangsverordnung (NZV-BAV; SR 742.122.4) dafür zu sorgen, dass die Netzbenutzerinnen ihren Stromverbrauch mithilfe von Ist-Messungen abrechnen können. Sie sind somit schon rechtlich dazu verpflichtet, die Ist-Verrechnung systematisch einzuführen. Gemäss Art. 40a<sup>bis</sup> Abs. 4 EBG müssen sie der SKE ebenso die diesbezüglichen Informationen vorlegen. Die Ziffern 3.1 und 3.2 der Vereinbarung vom 9. November 2015 und die darin enthaltenen Verpflichtungen

gelten dementsprechend für alle Netzbetreiberinnen. Sie sind für alle Netzbetreiberinnen verbindlich, und zwar aufgrund von Art. 20a Abs. 3 NZV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 NZV-BAV wie auch der vorliegenden Verfügung.

- 12.5.3 Die Ziffern 4.1 bis 4.4 der Vereinbarung vom 9. November 2015 beziehen sich hingegen spezifisch auf den Leistungskatalog der unterzeichnenden Netzbetreiberinnen, namentlich SBB Infrastruktur, BLS Netz, SOB, Turbo, Hafenbahn und Sensetalbahn. Die Verpflichtungen können daher nicht ohne weiteres auf die übrigen Netzbetreiberinnen ausgedehnt werden. Diese sind jedoch gemäss Art. 9b Abs. 3 EBG verpflichtet, das Entgelt für die Benützung der Infrastruktur diskriminierungsfrei festzulegen. Somit müssen auch die Energietarife in ihren Leistungskatalogen diskriminierungsfrei festgelegt werden. Die SKE wird daher die Strompreise in den Leistungskatalogen der übrigen Netzbetreiberinnen ebenfalls überprüfen und wenn nötig Anpassungen anordnen.

### III. Kosten

#### 13. Verfahrenskosten

- 13.1. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG sind die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Wird wie im vorliegend, von Amtes wegen eingeleitetes Untersuchungsverfahren eine gütliche Einigung erzielt, sieht Art. 33 Abs. 5 VwVG vor, dass die Behörde keine Verfahrenskosten erhebt.

- 13.2. BLS Cargo, SBB Cargo, SBB Cargo International, SBB Infrastruktur, BLS Netz, SOB, Turbo, Hafenbahn und Sensetalbahn haben mit der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 9. November 2015 eine Einigung erzielt. In deren Ziffer 6 beantragen sie, unter Anwendung von Art. 33b Abs. 5 VwVG auf die Erhebung von Kosten zu verzichten. Folglich werden keiner Partei Verfahrenskosten auferlegt.

#### 14. 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 am 9. November 2015 zwischen den Netzbenutzerinnen des Schweizerischen Schienennetzes, namentlich BLS Cargo AG, Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG und SBB Cargo International AG, und Netzbetreiberinnen des Schweizerischen Schienennetzes, namentlich Schweizerische Bundesbahnen SBB, Division Infrastruktur, BLS Netz AG, Schweizerische Südostbahn AG, Turbo AG, Hafenbahn Schweiz AG und Sensetalbahn AG, abgeschlossene Vereinbarung mit den Ziffern 1 bis 10 wird durch die SKE genehmigt und für verbindlich erklärt.
2. Diese Vereinbarung vom 9. November 2015 wird als Anhang dieser Verfügung eröffnet und bildet deren integrierenden Bestandteil.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - 5.1 BLS Cargo AG, Bollwerk 27, 3001 Bern;
  - 5.2 SBB Cargo AG, Bahnhofstrasse 12, 4600 Olten;
  - 5.3 SBB Cargo International AG, Riggerbachstrasse 6, 4600 Olten;
  - 5.4 SBB, Division Infrastruktur, Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65;
  - 5.5 BLS Netz AG, Genfergasse 11, 3001 Bern;
  - 5.6 Schweizerische Südostbahn AG, Bahnhofplatz 1a, 9000 St. Gallen;
  - 5.7 Turbo AG, Bahnhofstrasse 31, 8280 Kreuzlingen;
  - 5.8 Hafenbahn Schweiz AG, Hafenstrasse 4, 4127 Birsfelden;
  - 5.9 Sensetalbahn AG, Wylstrasse 123/125, 3014 Bern.
6. Beilage: Vereinbarung vom 9. November 2015 zwischen den Netzbenutzerinnen des Schweizerischen Schienennetzes, namentlich BLS Cargo AG, Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG und SBB Cargo International AG, und Netzbetreiberinnen des Schweizerischen Schienennetzes, namentlich Schweizerische Bundesbahnen SBB, Division Infrastruktur, BLS Netz AG, Schweizerische Südostbahn AG, Turbo AG, Hafenbahn Schweiz AG und Sensetalbahn AG.

Die Schiedskommission im Eisenbahnverkehr



Patrizia Danioth Halter  
Präsidentin



Yves Putallaz  
Vizepräsident



Sibylle Burger-Bono  
Leiterin Sekretariat

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Zwischenverfügung 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: 01. NOV 2016

Mitteilung an:

Bundesamt für Verkehr, 3003 Bern