



## **Urteil vom 10. April 2024**

---

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),  
Richter Jérôme Candrian, Richterin Christine Ackermann,  
Gerichtsschreiber Andreas Kunz.

---

Parteien

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beschwerdeführerin,  
gegen

**Kommission für den Eisenbahnverkehr RailCom,**  
Christoffelgasse 5, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Eisenbahn (Übrig); Untersuchung 2021 gemäss Art. 40a<sup>ter</sup>  
Abs. 4 EBG, Diskriminierung bei Preisen und Rabatten.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die A.\_\_\_\_\_ AG betreibt Umschlagsanlagen für den kombinierten Verkehr (KV-Umschlagsanlagen), mitunter je in (...). Abgefertigt werden (...) Container. Der Bau, Ausbau bzw. die Erweiterung der (...) Anlagen wurde mit Bundesgeldern mitfinanziert. Infolgedessen ist die A.\_\_\_\_\_ AG dazu verpflichtet, den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Anlagen sicherzustellen (vgl. Art. 8 Abs. 5 des Bundesgesetzes über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen vom 25. September 2015 [GüTG, SR 742.41]). Konkret muss sie sich bei der Bemessung von Preisen für den eigenen Bedarf an die Regeln halten, die für Dritte gelten, und Dritte bei der Bemessung von Preisen unter gleichen Bedingungen gleich behandeln, unabhängig davon, ob diese strassen-, schienen- oder schiffseitig Zugang zur geförderten Anlage erhalten (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen vom 25. Mai 2016 [GüTV, SR 742.411]). Auf ihrer Website veröffentlichte die A.\_\_\_\_\_ AG die Preise und Rabatte für ihre Dienstleistungen. Die Höhe der Rabatte richtete sich nach (...).

### **B.**

Die Kommission für den Eisenbahnverkehr RailCom überwacht den diskriminierungsfreien Zugang zu Eisenbahninfrastrukturen (vgl. Art. 40a<sup>ter</sup> Abs. 2 Bst. d des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 [EBG, SR 742.101]). Sie kann Streitigkeiten betreffend den Zugang zu KV-Umschlagsanlagen, die vom Bund mitfinanziert wurden, entscheiden und diesbezüglich von Amtes wegen Untersuchungen einleiten (vgl. Art. 40a<sup>ter</sup> Abs. 1 Bst. d und Abs. 4 EBG). Aufgrund des (...) Rabattmodells der A.\_\_\_\_\_ AG holte die RailCom bei letzterer nähere Auskünfte dazu ein. Nachdem die daraufhin erteilten Informationen und gemachten Erläuterungen den Verdacht einer möglichen Diskriminierung von Kunden mit (...) nicht zerstreuen konnten, erliess die RailCom am 28. Juni 2021 ein mit «Fähigkeit» betiteltes Schreiben. Darin eröffnete sie von Amtes wegen einer Untersuchung (Dispositivziff. 1). Weiter forderte sie die A.\_\_\_\_\_ AG auf, weitere Beweismittel einzureichen (Dispositivziff. 2), und schlug die Kosten der «Zwischenfahrt» zum Hauptverfahren (Dispositivziff. 3). Auf dem Schreiben war die Besetzung, bestehend aus den sechs damaligen Mitgliedern der RailCom und einer Person des Fachsekretariats, ersichtlich.

**C.**

Mit Schreiben vom 26. August 2021 erhab die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die «Fügung» vom 28. Juni 2021 der RailCom (nachfolgend: Vorinstanz) beim Bundesverwaltungsgericht. Die Beschwerdeführerin verlangte darin die Aufhebung der vorinstanzlichen «Fügung». Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, an der Ausfällung der angefochtenen Fügung habe ein ausstandspflichtiges Mitglied, X.\_\_\_\_\_, mitgewirkt, und es bestünden keine Anhaltspunkte für ein diskriminierendes Preis- und Rabattsystem. In prozessualer Hinsicht forderte die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz die Herausgabe der umfassenden Studie der S.\_\_\_\_\_ AG über die Kostenstrukturen der KV-Umschlagsanlagen in der Schweiz.

**D.**

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 21. Oktober 2021 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Die Studie der S.\_\_\_\_\_ AG reichte die Vorinstanz zu den Akten.

**E.**

In ihrer Replik vom 10. Januar 2022 bzw. Duplik vom 10. Februar 2022 hielten die Beschwerdeführerin bzw. die Vorinstanz an ihren Anträgen fest. Auf die Einreichung von Schlussbemerkungen wurde verzichtet.

**F.**

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit relevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Der Rechtsschutz gegen Fügungen der Vorinstanz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (vgl. Art. 40a<sup>octies</sup> Abs. 1 EBG). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Fügungen nach Art. 5 VwVG (Art. 31 VGG). Zwar ist es für die Beurteilung solcher Fügungen der Vorinstanz sachlich zuständig (vgl. Art. 32 und Art. 33 Bst. f VGG i.V.m. Art. 40a Abs. 1 EBG). Indes ist fraglich, ob die Vorinstanz mit ihrem Schreiben vom 28. Juni 2021 überhaupt eine Fügung im Sinne von Art. 5 VwVG erliess.

**1.2** Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 141 II 233 E. 3.1 und 135 II 38 E. 4.3). Diese Strukturmerkmale bzw. Elemente des Verfügungsbegriffs müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-880/2022 vom 8. September 2022 E. 3.4.1 und B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 2.2). Art. 5 Abs. 2 VwVG dehnt den Verfügungsbegriff unter anderem auf Zwischenverfügungen aus (vgl. Art. 5 Abs. 2 VwVG). In der Ausrichtung auf die Rechtsverbindlichkeit unterscheidet sich die Verfügung vom tatsächlichen und informellen Verwaltungshandeln, welches nicht auf die Herbeiführung eines Rechts-, sondern Taterfolgs ausgerichtet ist (BGE 130 I 369 E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.1).

**1.3** Das Schreiben vom 28. Juni 2021 hat die Information über die Untersuchungs- bzw. Verfahrenseröffnung (Dispositivziff. 1), die Aufforderung zur Einreichung weiterer Beweismitteln (Dispositivziff. 2) sowie den Zuschlag der Kosten für die «Zwischenverfügung» zum Hauptverfahren (Dispositivziff. 3) zum Gegenstand.

**1.3.1** Dem EBG lässt sich nicht entnehmen, ob einer Verfahrenseröffnung der Vorinstanz Verfügungscharakter zukommt. Es wird lediglich statuiert, dass sie von Amtes wegen Untersuchungen einleiten kann (vgl. Art. 40a<sup>ter</sup> Abs. 4 EBG). Nachdem sich das vorinstanzliche Verfahren nach den Bestimmungen des VwVG richtet (vgl. Art. 40a<sup>quinquies</sup> Abs. 1 VwVG), ist die Frage, ob eine Verfahrenseröffnung eine Verfügung darstellt, nach den Vorgaben von Art. 5 VwVG zu beurteilen. Diese ist zwar in der Lehre umstritten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden durch eine Verfahrenseröffnung jedoch keine rechtsverbindlichen Regelungen aufgestellt; die Behörde geht einzig ihren Pflichten nach. Mithin wird die Rechtsbeziehung des Einzelnen zum Staat dadurch nicht im Sinne von Art. 5 VwVG autoritativ geregelt. Vielmehr handelt es sich dabei um einen Realaakt (vgl. Urteil 2C\_167/2016 E. 3.3.1 f.; Urteile BGer 2C\_308/2015 vom 7. Juli 2015 E. 1.3.2 und 2P.49/2004 vom 18. Februar 2004 E. 2.2; Urteil BVGer B-2626/2015 vom 19. Januar 2016 E. 1.5.2; offen gelassen in BGE 130 II 521 E. 2.7.3 in Bezug auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251]; WIEDERKEHR/MEYER/ BÖHME, Orell Füssli VwVG Kommentar, 2022 [nachfolgend: OFK/VwVG], Rz. 56 zu Art. 5 VwVG; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrens-

recht, 3. Aufl. 2021, S. 106 Rz. 462; MARKUS MÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: VwVG-Kommentar], Rz. 99 zu Art. 5 VwVG; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 306 Rz. 886). Vor diesem Hintergrund ist in Dispositivziffer 1 keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu erblicken.

**1.3.2** Die Beschwerdeführerin ist von Gesetzes wegen verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken und der Vorinstanz die für deren Aufsichtstätigkeit notwendigen Unterlagen vorzulegen (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 40a<sup>quater</sup> Abs. 1 EBG). Darauf ist die Vorinstanz speziell mit Blick auf ihr aktives Eingreifen angewiesen (vgl. Botschaft zur Organisation der Bahninfrastruktur vom 16. November 2016, BBI 2016 8661, 8693). Mit der Aufforderung zur Einreichung weiterer Beweismitteln wird die Beschwerdeführerin somit zu dem angehalten, was ohnehin von Gesetzes wegen gilt. Dispositivziffer 2 ist insofern nicht auf Rechtswirksamkeit ausgerichtet. Deren Inhalt stellt deshalb ebenfalls keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar (vgl. Urteil 2C\_167/2016 E. 3.4; Urteil BGer 2C\_1097/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 3.2; Urteil B-2626/2015 E. 1.5.3; im Ergebnis auch CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, 2019, S. 346 Rz. 929).

**1.3.3** Schliesslich wird mit dem Hinweis in Dispositivziffer 3, wonach die Kosten der «Zwischenverfügung» zur Hauptsache geschlagen werden, keine Rechtsbeziehung zur Beschwerdeführerin geregelt. Insbesondere sagt Dispositivziffer 3 nichts darüber aus, wer die Kosten des Hauptverfahrens einst zu tragen haben wird. Bezeichnenderweise bemerkte die Vorinstanz in ihrem Schreiben, dass über die Auferlegung der Kosten erst mit dem Endentscheid entschieden wird. Folglich ist auch Dispositivziffer 3 ein Verfügungscharakter abzusprechen.

**1.4** Zusammengefasst stellt das vorinstanzliche Schreiben vom 28. Juni 2021 keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG und damit kein taugliches Anfechtungsobjekt dar. Auf die Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten. Nachdem es sich somit auch nicht um eine Zwischenverfügung nach Art. 46 VwVG handeln kann, erübrigen sich Erörterungen zur aufgeworfenen Frage, ob die «Zwischenverfügung» einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (vgl. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG), oder ob die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen würde (Bst. b). Bei diesem Verfahrensausgang kann ferner offengelassen werden, ob Anhaltspunkte für ein diskriminierendes Preis- und Rabatt-

system der Beschwerdeführerin vorliegen und ob X.\_\_\_\_\_ in den Ausstand hätte treten müssen. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass das Ausstandsbegehr nicht direkt beim Bundesverwaltungsgericht, sondern – wie es Art. 10 Abs. 2 VwVG vorschreibt – bei der Vorinstanz erstmalig hätte gestellt werden müssen. Das Bundesverwaltungsgericht müsste nur dann als erste Instanz über einen Ausstand befinden, wenn nach *Abschluss* des Verfahrens ein Ausstandsgrund bekannt werden würde (vgl. BGE 139 III 120 E. 3.2.2 und 115 V 257 E. 4c; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, OFK/VwVG, a.a.O., N 40 zu Art. 10 VwVG; FELLER/KUNZ-NOTTER, in: VwVG-Kommentar, a.a.O., N 40 zu Art. 10 VwVG). Eine solche Konstellation lag vorliegend jedoch nicht vor.

## **2.**

Es bleibt, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden

**2.1** Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 1'000.-- festzusetzen und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 2'000.-- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

**2.2** Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der ihr auferlegten Verfahrenskosten verwendet und der Restbetrag von Fr. 2'000.-- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückgestattet.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Marcel Tiefenthal

Andreas Kunz

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)