



Abteilung I  
A-5593/2023

## Urteil vom 4. Juli 2025

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),  
Richter Maurizio Greppi, Richter Jérôme Candrian,  
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

Parteien

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Recht & Compliance, Legal Operations,  
Hilfikerstrasse 1, 3000 Bern 65 SBB,  
vertreten durch  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb, Rechtsanwalt LL.M., und  
MLaw Felix Tuchschnid, Rechtsanwalt,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Eisenbahn, Untersuchung betreffend Diskriminierung im  
Netzzugang.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verfügung vom 3. April 2023 eröffnete die Kommission für den Eisenbahnverkehr RailCom von Amtes wegen die Untersuchung 2023/1 gegen die Schweizerischen Bundesbahnen SBB betreffend Diskriminierung im Netzzugang bei der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen".

Die RailCom führte in der Verfügung aus, es bestehe der begründete Verdacht, dass der zu tiefe Preis für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" die SBB Cargo AG als alleinige Anbieterin des Einzelwagenladungsverkehrs im Binnenverkehr besonders begünstige. Die Preise für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" seien insofern zu tief, als sie die Normgrenzkosten nicht decken würden. Es sei deshalb zu prüfen, ob das Geschäftsmodell von SBB Cargo AG in unzulässiger Weise bevorzugt werde und die SBB gegen den Grundsatz der Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs verstosse. Zudem bestehe der begründete Verdacht eines Verstosses gegen den Grundsatz der Trennung von Infrastruktur und Verkehr, da die zu tiefen Einnahmen aus der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" aus den Betriebsabteilungen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der SBB finanziert würden. Da die Trennung von Infrastruktur und Verkehr Voraussetzung für den freien Netzzugang sei, könne bei einem Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz auch der Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs tangiert sein.

**B.**

In ihrem Schreiben vom 6. Juni 2023 gab die RailCom der SBB Gelegenheit, zum Untersuchungsverfahren und zu den vorgesehenen Beweiserhebungen Stellung zu nehmen.

**C.**

Am 14. August 2023 machte die SBB gegenüber der RailCom geltend, diese sei zur Eröffnung des Untersuchungsverfahrens nicht zuständig und es bestehe ein Kompetenzkonflikt mit dem Bundesamt für Verkehr (BAV). Beim Preis für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" liege weder eine Normgrenzkostenunterdeckung vor, noch werde diese aus den Betriebsabteilungen gemäss Leistungsvereinbarungen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der SBB finanziert. Eine Bevorzugung der SBB Cargo AG finde nicht statt und eine Diskriminierung sei nicht gegeben. Die von der RailCom vorgesehenen Beweiserhebungen seien nicht zielführend. Die SBB beantragte, die Untersuchung einzu-

stellen und eventualiter vorab die Frage des Kompetenzkonflikts dem Bundesrat zur Entscheidung zu unterbreiten. Sollte der Bundesrat die Zuständigkeit der RailCom bestätigen, sei die SBB anstelle der von der RailCom vorgeschlagenen Beweiserhebungen lediglich zu verpflichten, Antworten zur aktuellen Berechnung der Normgrenzkosten der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" und zur Deckung der Normgrenzkosten durch die Erlöse aus den im Leistungskatalog publizierten Preisen zu geben.

#### **D.**

Mit Verfügung vom 12. September 2023 trat die RailCom auf den Antrag der SBB nicht ein, einen Kompetenzkonflikt mit dem BAV dem Bundesrat zur Entscheidung zu unterbreiten und die Untersuchung einstweilen zu sistieren. Auch auf den Antrag, die Untersuchung ohne Weiterungen einzustellen, trat die RailCom nicht ein. Zudem wies sie den Antrag ab (soweit er nicht gegenstandslos geworden sei), anstelle der von der RailCom vorgesehenen Beweiserhebung Antworten der SBB zur aktuellen Berechnung der Normgrenzkosten der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" und zur Deckung der Normgrenzkosten durch die Erlöse aus den im Leistungskatalog publizierten Preisen einzuholen. Schliesslich verpflichtete sie die SBB, der RailCom verschiedene Belege und Angaben einzureichen und Fragen zu beantworten.

#### **E.**

Am 12. Oktober 2023 erhob die SBB (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der RailCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 12. September 2023. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Untersuchung 2023/1 auf Fragen zu beschränken, die den diskriminierungsfreien Zugang zu den Zusatzleistungen "Rangieren in Rangierbahnhöfen" betreffen, unter Ausschluss der Frage der Normgrenzkostendeckung. Eventualiter sei das Beschwerdeverfahren (nach erfolgter Gewährung der aufschiebenden Wirkung) zu sistieren und die Vorinstanz anzuweisen, vorab den Kompetenzkonflikt mit dem BAV betreffend die Prüfung der Normgrenzkostendeckung der Preise für die Zusatzleistungen "Rangieren in Rangierbahnhöfen" dem Bundesrat zur Entscheidung zu unterbreiten.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte die Beschwerdeführerin um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**F.**

Mit Zwischenverfügung vom 18. Oktober 2023 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um superprovisorische Herstellung der aufschiebenden Wirkung gut und ersuchte die Vorinstanz um Einreichung einer Vernehmlassung zum Gesuch um Herstellung der aufschiebenden Wirkung.

**G.**

Am 31. Oktober 2023 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Gesuchs um Herstellung der aufschiebenden Wirkung.

**H.**

Mit Zwischenverfügung vom 15. November 2023 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gut.

**I.**

Am 12. Dezember 2023 reichte die Vorinstanz eine Vernehmlassung ein. Sie beantragt, auf die Beschwerde der SBB sei nicht einzutreten, eventua-liter sei die Beschwerde abzuweisen.

**J.**

Das Bundesverwaltungsgericht zog am 5. Januar 2024 das BAV als Fachbehörde zum Verfahren bei und ersuchte das Bundesamt, einen Fachbericht einzureichen. Am 1. Februar 2024 legte das BAV seinen Fachbericht vor.

**K.**

Am 4. März 2024 beantragte die Beschwerdeführerin, das Beschwerdeverfahren sei zu sistieren und die Vorinstanz anzuweisen, den Kompetenzkonflikt betreffend die Prüfung der Normgrenzkostendeckung der Preise für die Zusatzleistungen "Rangieren in Rangierbahnhöfen" und der Trennung von Infrastruktur und Verkehr dem Bundesrat zur Entscheidung zu unterbreiten.

**L.**

Am 5. März 2024 liess sich die Vorinstanz zum Fachbericht des BAV vernehmen.

**M.**

Mit Zwischenverfügung vom 7. März 2024 wies das Bundesverwaltungsgericht das Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin ab.

**N.**

Am 8. April 2024 reichte die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen inklusive Stellungnahme zum Fachbericht des BAV ein.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat.

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2**

**1.2.1** Es ist zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung ein zulässiges Anfechtungsobjekt darstellt.

**1.2.2** Die Verfügung unterliegt der Beschwerde (Art. 44 VwVG). Damit sind in erster Linie Endverfügungen gemeint. Aber auch Zwischenverfügungen sind Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG. Zwischenverfügungen schliessen im Gegensatz zu Endverfügungen das Verfahren vor einer Behörde nicht ab, sondern stellen lediglich einen Zwischenschritt auf dem Weg der Verfahrenserledigung dar (FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 45 Rz. 3; MARTIN KAYSER/LYSANDRE PAPADOPOULOS/RAHEL ALTMANN, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 45 Rz. 5).

Zwischenverfügungen sind nur unter den Voraussetzungen von Art. 45 oder Art. 46 VwVG selbständig anfechtbar. Eine Zwischenverfügung über die Zuständigkeit im Sinne von Art. 45 Abs. 1 VwVG hat die Behörde zu erlassen, wenn eine Partei deren Zuständigkeit bestreitet (Art. 9 Abs. 1 VwVG). Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren ist die Beschwerde zulässig

(Art. 45 Abs. 1 VwVG). Diese Verfügungen können später nicht mehr angefochten werden (Art. 45 Abs. 2 VwVG).

**1.2.3** Die Vorinstanz macht geltend, sie habe ihre Zuständigkeit für die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin bereits in ihrer Verfügung vom 3. April 2023 begründet und darin auch über ihre Zuständigkeit verfügt (vgl. Sachverhalt Bst. A). Sie habe in der Verfügung ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit festgestellt und den begründeten Verdacht dargelegt, dem die Untersuchung nachgehen solle. Die Beschwerdeführerin habe ihre Zuständigkeit für die Untersuchung bereits am 10. März 2023 bestritten. Die Rechtsprechung gehe auch dann von einer Zwischenverfügung bezüglich der Zuständigkeit aus, wenn die Behörde eine Anordnung treffe und ihre Zuständigkeit in den Erwägungen bejahe, ohne dies im Dispositiv festzuhalten. Die Beschwerdeführerin habe die Verfügung vom 3. April 2023 nicht angefochten, womit sie in Rechtskraft erwachsen sei. Der Einwand der Unzuständigkeit sei deshalb verspätet.

Darüber hinaus habe sie ihre Zuständigkeit bereits am 27. Januar 2023 angezeigt und die Untersuchung wie dargelegt am 3. April 2023 eröffnet. Da eine Rüge der Unzuständigkeit so früh wie möglich geltend zu machen sei, habe die Beschwerdeführerin die Unzuständigkeit am 14. August 2023 zu spät vorgebracht.

**1.2.4** Die Beschwerdeführerin entgegnet, die Vorinstanz habe in der Verfügung vom 3. April 2023 nichts zu ihrer Zuständigkeit verfügt. Das Dispositiv sei diesbezüglich klar. Zudem enthalte die Begründung keine Feststellung der Zuständigkeit bezüglich der hier relevanten Thematik, weshalb sich die Zuständigkeit auch nicht implizit aus der Begründung der Verfügung ergebe. Die Verfügung vom 3. April 2023 sei nicht anfechtbar gewesen, da Verfügungen zur Eröffnung eines Verfahrens keine Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG und entsprechend nicht anfechtbar seien. Deshalb könne die Verfügung keine implizite Feststellung der Zuständigkeit enthalten. Schliesslich habe sich die Vorinstanz darin nicht zum Kompetenzkonflikt mit dem BAV geäussert. In ihrem Schreiben vom 10. März 2023 habe sie die Zuständigkeit der Vorinstanz nicht bestritten, damals sei noch gar keine Eröffnung einer Untersuchung im Raum gestanden. Erst in ihrem Schreiben vom 14. August 2023 habe sie im Sinne von Art. 9 Abs. 1 VwVG die Zuständigkeit der Vorinstanz bestritten.

**1.2.5** Vorab ist zu beurteilen, ob es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine Zwischenverfügung über die Zuständigkeit im Sinne von Art. 45 Abs. 1 VwVG handelt.

In ihrem Schreiben vom 14. August 2023 beantragte die Beschwerdeführerin "in der Hauptsache, die Untersuchung ohne Weiterungen einzustellen" und eventualiter "vorab die Frage des Kompetenzkonflikts dem Bundesrat zur Entscheidung zu unterbreiten". Für den Fall, dass der Bundesrat die Zuständigkeit der Vorinstanz bestätigen sollte, beantragte sie, sie sei lediglich zu verpflichten, Antworten auf zwei Fragen zu liefern (vgl. Sachverhalt Bst. C). Die Beschwerdeführerin begründete ihre Forderung der Einstellung der Untersuchung primär damit, dass die Vorinstanz für diese Untersuchung nicht zuständig sei. Sekundär führte sie aus, es liege keine Diskriminierung vor. Auch dieses Argument zielte jedoch indirekt auf die Zuständigkeit der Vorinstanz ab. Insgesamt ergibt sich aus dem Schreiben vom 14. August 2023 somit, dass die Beschwerdeführerin die Zuständigkeit der Vorinstanz für die Untersuchung bestreitet.

Die Vorinstanz fokussierte in der angefochtenen Verfügung ebenfalls auf die Frage der Zuständigkeit. Sie kam dabei zum Schluss, dass sie sich bereits mit ihrer Verfügung vom 3. April 2023 für zuständig befunden habe, weshalb auf die Anträge der Beschwerdeführerin nicht einzutreten sei.

In ihrer Beschwerde verlangt die Beschwerdeführerin sodann, dass die Frage der Normgrenzkostendeckung von der Untersuchung ausgeschlossen und die Untersuchung auf die Frage des diskriminierungsfreien Zugangs beschränkt werde (vgl. Sachverhalt Bst. E). Die Beschwerdeführerin begründet dieses Begehren damit, die angefochtene Verfügung verletze den Zuständigkeitsbereich der Vorinstanz. In diesem Sinne betrifft das Begehren der Beschwerdeführerin die Frage der Zuständigkeit der Vorinstanz für das von ihr eingeleitete Verfahren.

Insgesamt ist festzuhalten, dass sich die angefochtene Verfügung auf die Frage der Zuständigkeit der Vorinstanz bezieht und sich die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen im Beschwerdeverfahren gegen die Zuständigkeit der Vorinstanz richtet. Entsprechend handelt es sich um eine Verfügung über die Zuständigkeit im Sinne von Art. 45 Abs. 1 VwVG.

## **1.2.6**

**1.2.6.1** Es ist zu prüfen, ob die Beschwerde bezüglich der Unzuständigkeit der Vorinstanz unzulässig ist, weil sie verspätet im Sinne von Art. 45 Abs. 2

VwVG erfolgte. In Frage steht, ob die Vorinstanz bereits mit ihrer Verfügung vom 3. April 2023 abschliessend über ihre Zuständigkeit befunden hat und die Beschwerdeführerin gehalten gewesen wäre, gegen diese Verfügung Beschwerde zu erheben.

**1.2.6.2** Inhalt und Tragweite einer Verfügung ergeben sich in erster Linie aus dem Dispositiv. Ist das Verfügungsdispositiv unklar, unvollständig, zweideutig oder widersprüchlich, so muss die Unsicherheit durch Auslegung behoben werden. Zu diesem Zweck kann auf die Begründung der Verfügung zurückgegriffen werden. Verwaltungsverfügungen sind nicht nach ihrem Wortlaut, sondern – vorbehältlich des Vertrauensschutzes – nach ihrem tatsächlichen rechtlichen Bedeutungsgehalt zu verstehen (BGE 147 V 369 E. 4.2.1; Urteil des BGer 8C\_652/2016 vom 21. Februar 2017 E. 4.3; Urteil des BVGer A-3837/2018 vom 20. Mai 2019 E. 1.2.3). Entsprechend kann nur dann von einer Zuständigkeitserklärung ausgegangen werden, wenn diese für die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben als solche erkennbar war.

Die Vorinstanz verweist in ihren Ausführungen auf zwei Urteile des Bundesgerichts, in denen dieses festgehalten hatte, ein Beschluss über eine Sistierung eines Verfahrens könne implizit einen Beschluss über die Zuständigkeit enthalten (BGE 136 III 597 E. 4.2 und 116 Ia 154 E. 3b). Beide Verfahren betrafen im Gegensatz zum hier zu beurteilenden Verfahren Verfügungen betreffend Sistierungen. Darüber hinaus bezogen sie sich auf die Frage der Anfechtbarkeit von Schiedsentscheiden, ergingen im Verfahren der Beschwerde in Zivilsachen, und bezogen sich auf Art. 190 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291) respektive Art. 29 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (ausser Kraft). Auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, das die Vorinstanz im Weiteren anführt, betrifft eine Sistierung; zudem hatten die Beschwerdeführerinnen vor Erlass der entsprechenden Sistierungsverfügung ausdrücklich die Zuständigkeit der Behörde bestritten (Urteil des BVGer A-3837/2018 vom 20. Mai 2019 E. 1.2). Die von der Vorinstanz zitierten Urteile können deshalb nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall einer Verfügung zur Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens übertragen werden.

**1.2.6.3** Im Dispositiv der Verfügung vom 3. April 2023 stellte die Vorinstanz fest, dass sich ein Mitglied der Vorinstanz im Ausstand befinde (Ziff. 1), gegen die SBB AG eine Untersuchung von Amtes wegen betreffend Diskriminierung im Netzzugang bei der Zusatzleistung "Rangieren in Rangier-

bahnhöfen" eröffnet werde (Ziff. 2) und die Kosten für die Zwischenverfügung zum Hauptverfahren geschlagen würden (Ziff. 3). Eine ausdrückliche Feststellung der Zuständigkeit der Vorinstanz für die Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin enthält das Dispositiv damit nicht.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob das Dispositiv der Verfügung vom 3. April 2023 insoweit als unvollständig anzusehen ist, als die Vorinstanz damit eventuell gleichzeitig abschliessend über ihre Zuständigkeit verfügte. Dafür ist die Begründung der Verfügung heranzuziehen. In ihrem Schreiben vom 10. März 2023 hatte sich die Beschwerdeführerin zwar gegen die Untersuchung der Vorinstanz gewehrt. Sie hatte jedoch in erster Linie geltend gemacht, es lägen keine Hinweise für eine Verletzung des diskriminierungsfreien Netzzugangs vor. Zur Zuständigkeit äusserte sie sich nur insofern, als sie festhielt, bezüglich der Preiskalkulation von Zusatzleistungen sei das BAV zuständig. Es ist damit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 10. März 2023 die Zuständigkeit der Vorinstanz nicht bestritt. In Erwägung 4 der Verfügung vom 3. April 2023 führt die Vorinstanz aus, sie sei "*zuständig, Untersuchungen von Amtes wegen einzuleiten, welche den diskriminierungsfreien Netzzugang betreffen*". Es obliege ihr deshalb zu prüfen, "*ob die SBB bei der Festlegung des Preises für die Zusatzleistung 'Rangieren in Rangierbahnhöfen' [...] gegen den Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs*" verstosse. Die Vorinstanz äusserte sich in der Begründung der Verfügung vom 3. April 2023 damit zwar summarisch zu ihrer Zuständigkeit. Sie setzte sich allerdings nicht mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinander, da diese sich zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht gegen die Zuständigkeit der Vorinstanz gewandt und ihre diesbezüglichen Argumente noch nicht vorgebracht hatte. Unter diesen Umständen kann in der Begründung der Verfügung vom 3. April 2023 keine umfassende Beurteilung der Zuständigkeit der Vorinstanz für die hier in Frage stehende Untersuchung gesehen werden. Die Beschwerdeführerin musste deshalb nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass das Dispositiv der Verfügung vom 3. April 2023 die Zuständigkeit der Vorinstanz für die Untersuchung feststellte.

**1.2.6.4** Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz bereits mit ihrer Verfügung vom 3. April 2023 formell und abschliessend über ihre Zuständigkeit befand. Darüber hinaus brachte die Beschwerdeführerin das Vorbringen der Unzuständigkeit am 14. August 2023 auch im Hinblick auf einen eventuellen Rechtsmissbrauch nicht verspätet vor; angesichts der Komplexität der Materie kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie habe das Vorbringen nicht so früh wie möglich geltend gemacht. Art. 45 Abs. 2

VwVG steht damit einer Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung nicht entgegen.

**1.2.7** Die Verfügung der Vorinstanz vom 12. September 2023 stellt damit ein zulässiges Anfechtungsobjekt nach Art. 45 VwVG dar.

Ein zulässiges Anfechtungsobjekt nach Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG liegt demgegenüber nicht vor, da die Gutheissung der Beschwerde nicht sofort einen Endentscheid herbeiführen würde, sondern die Vorinstanz diesfalls die Untersuchung weiterführen könnte, wenn auch unter Ausschluss der Frage der Normgrenzkostendeckung.

**1.3** Eine Ausnahme von der Zuständigkeit nach Art. 32 VGG liegt nicht vor und die RailCom ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts nach Art. 33 Bst. f VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

**1.4** Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist somit formell und materiell beschwert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.5** Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet im vorliegenden Verfahren mit voller Kognition: Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen des Bundesrechts – einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens –, auf unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auf Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

## **3.**

**3.1** Zu klären ist der Streitgegenstand.

**3.2** Die angefochtene Verfügung bildet als Anfechtungsobjekt den Rahmen und begrenzt den möglichen Umfang des Streitgegenstandes: Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Fragen, welche die Vorinstanz nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, da sie sonst in die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz eingreifen würde. Wird – wie hier – ein Entscheid

angefochten, in dem die Vorinstanz auf gewisse Begehren nicht eingetreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht in der Regel nur, ob die Vorinstanz die Eintretensvoraussetzungen zu Recht verneinte. Wird die Beschwerde gutgeheissen, hebt das Gericht die Verfügung auf und weist die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Ein (Beschwerde-)Antrag, der über das von der Vorinstanz Entschiedene hinausgeht, ist ungültig. Ausnahmsweise werden im Beschwerdeverfahren jedoch Antragsänderungen und -erweiterungen aus prozessökonomischen Gründen zugelassen. Voraussetzung ist, dass ein sehr enger Zusammenhang mit dem bisherigen Streitgegenstand besteht und die Verwaltung Gelegenheit hatte, sich zu der neuen Streitfrage zu äussern. Bei Nichteintretensentscheiden der Vorinstanz gilt dies vor allem dann, wenn sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung bereits materiell zum Gesuch geäussert hat (BVGE 2009/37 E. 1.3.1, Urteile des BVerwG A-4236/2021 vom 21. März 2023 E. 2.3.1 und A-1543/2012 vom 11. Januar 2013 E. 4.8; vgl. auch BGE 139 II 233 E. 3.2 und Urteil des BVerwG 1A.254/2004 vom 7. Februar 2005 E. 2.3).

**3.3** Die Vorinstanz ist in der angefochtenen Verfügung auf die Anträge der Beschwerdeführerin nicht eingetreten. Da sie sich aber sowohl in der angefochtenen Verfügung als auch in ihren Eingaben an das Gericht materiell zu den Anträgen der Beschwerdeführerin geäussert hat, rechtfertigt es sich aus prozessökonomischen Gründen, trotzdem auf die materiellen Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin einzutreten.

Bereits festgestellt wurde, dass sich die angefochtene Verfügung auf die Frage der Zuständigkeit bezieht und sich die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen im Beschwerdeverfahren gegen die Zuständigkeit der Vorinstanz für die eingeleitete Untersuchung richtet (vgl. E. 1.2.5). Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist demgegenüber die Frage, ob ein genügender Anfangsverdacht auf eine Diskriminierung für die Einleitung einer Untersuchung vorliegt. Ihren Anfangsverdacht für die Eröffnung einer Untersuchung hatte die Vorinstanz bereits in der Verfügung vom 3. April 2023 dargelegt, gegen die die Beschwerdeführerin nicht rechtlich vorging. Die Beschwerdeführerin macht denn auch in ihren Eingaben an das Bundesverwaltungsgericht nicht geltend, es liege kein genügender Anfangsverdacht vor. Auch in ihrem Schreiben vom 14. August 2023, das diesem Verfahren zugrunde liegt, bestritt die Beschwerdeführerin nur die Zuständigkeit der Vorinstanz für die Untersuchung, nicht den Anfangsverdacht. Entsprechend ist die Frage nicht Gegenstand des Verfahrens, ob ein genügender Anfangsverdacht für die Eröffnung einer Untersuchung besteht.

**3.4** Zusammenfassend liegt damit materiell die Frage im Streit, ob die Vorinstanz für die Untersuchung betreffend Diskriminierung im Netzzugang bei der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" insoweit zuständig ist, als diese die Frage der Normgrenzkostendeckung betrifft.

#### **4.**

**4.1** Die Vorinstanz führt aus, es sei die Aufgabe der Beschwerdeführerin, die Preise für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" festzulegen und sie diskriminierungsfrei zu gestalten. Die Einhaltung des Grundsatzes der Normgrenzkostendeckung sei Voraussetzung für die Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs. Ihr Anfangsverdacht stütze sich insbesondere auf eine Folienpräsentation der Beschwerdeführerin vom 31. Oktober 2022, in der diese die Vorinstanz informiert habe, dass der Preis für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" die Normgrenzkosten nicht decke.

Sie, die Vorinstanz, sei zuständig für die Prüfung, ob die Beschwerdeführerin gegen den Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs verstosse. Es entspreche ihrer konstanten Praxis, im Rahmen der Aufsicht die Preise für alle Zusatzleistungen auf deren Diskriminierungsfreiheit zu prüfen. Diese Praxis habe bisher weder die Beschwerdeführerin noch das BAV beanstandet. Für die Eröffnung einer Untersuchung sei ein Anfangsverdacht notwendig. Dieser müsse sich nicht unbedingt auf die Gewährung des Netzzugangs an sich beziehen, sondern könne jedes Verhalten betreffen, das geeignet sei, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu verhindern. Zu dieser Prüfung gehöre die Einhaltung des Grundsatzes der Normgrenzkostendeckung, der eine Voraussetzung für den diskriminierungsfreien Netzzugang sei. Deshalb dürfe sie vorab die Frage prüfen, ob eine Normgrenzkostenunterdeckung vorliege. Dürfte sie dies nicht oder müsste sie in dieser Frage der Ansicht des BAV folgen, würde die Aufsicht im Bereich der Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs durch das BAV gesteuert oder gar verunmöglicht. Der Umstand, dass der Preis für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen gleich sei, schliesse eine Diskriminierung nicht aus. Die Begünstigung könne sich unterschiedlich auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen auswirken, namentlich auf die SBB Cargo AG, die rund 85 % der Rangierungen in Rangierbahnhöfen beziehe und diese im Auftrag der Beschwerdeführerin auch selbst erbringe. Eine unzulässige indirekte Diskriminierung liege nämlich vor, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthalte, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehö-

rige einer solchen Gruppe besonders stark benachteilige, ohne dass dies sachlich begründet wäre. Die SBB Cargo AG sei darüber hinaus mit der Beschwerdeführerin verbunden.

Es bestehe zudem ein begründeter Verdacht, dass die Beschwerdeführerin die Normgrenzkostenunterdeckung bei der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" aus den Betriebsabgeltungen gemäss Leistungsvereinbarung finanziere und dadurch gegen den Grundsatz der Trennung von Infrastruktur und Verkehr verstosse. Auch dieser Grundsatz sei eine Voraussetzung für den freien Netzzugang. Die Betriebsabgeltungen gemäss der Leistungsvereinbarung seien für den Betrieb der Infrastruktur der Beschwerdeführerin bestimmt. Würden sie zur Finanzierung einer Normgrenzkostenunterdeckung bei der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" verwendet, komme sie nicht nur dem Bereich Verkehr der Beschwerdeführerin zugute, sondern auch der SBB Cargo AG. Dies könne zu einer Diskriminierung im Netzzugang führen.

**4.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Untersuchung der Vorinstanz liege nicht innerhalb ihrer gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeit. Diese sei eng und abschliessend festgelegt. Bei Diskriminierungen im Zuständigkeitsbereich der Vorinstanz gehe es einerseits darum, dass einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht ohne sachliche Gründe gegenüber anderen priorisiert oder anderweitig bevorzugt würden. Andererseits müsse die Beschwerdeführerin gegenüber allen Eisenbahnverkehrsunternehmen die gleichen Preise festlegen. Im hier in Frage stehenden Bereich sei die Untersuchungszuständigkeit der Vorinstanz deshalb beschränkt auf Diskriminierungen, die den Zugang zu Rangierleistungen in Rangierbahnhöfen im engeren Sinn betreffen, und auf andere Verhaltensweisen, die geeignet seien, den diskriminierungsfreien Zugang zu Rangierleistungen in Rangierbahnhöfen zu behindern. Darüber hinaus sei das BAV für die Überwachung des Grundsatzes der Normgrenzkostendeckung und der Trennung der Bereiche Infrastruktur und Verkehr zuständig. Solange die SBB Cargo AG zu gleichen Preisen und Modalitäten Zugang zur Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" erhalte, führten weder eine Normgrenzkostenunterdeckung noch eine Verletzung des Trennungsgrundsatzes zu einer Diskriminierung im Zugang zu dieser Zusatzleistung. Eine reine Grenzkostenunterdeckung beziehungsweise unzureichende Trennung von Infrastruktur und Verkehr würde für sich allein in keinem Zusammenhang mit einem diskriminierungsfreien Netzzugang stehen. Normgrenzkostendeckung und Diskriminierungsfreiheit seien normativ nicht unmittelbar miteinander verknüpft, sondern parallel zu berücksichtigende

Grundsätze. Auch von einer Verletzung des Trennungsgrundsatzes könne nicht automatisch auf eine Diskriminierung im Netzzugang geschlossen werden.

Die SBB Cargo AG bezahle die gleichen Preise wie alle andern, weshalb eine Diskriminierung ausgeschlossen werden könne. Eine indirekte Diskriminierung sei darüber hinaus höchstens denkbar, wenn die Preise zu hoch angesetzt wären und damit kleine Eisenbahnverkehrsunternehmen faktisch am Zugang gehindert würden. Zudem sei die SBB Cargo AG ein eigenständiges Unternehmen das organisatorisch und rechnerisch von der Beschwerdeführerin getrennt sei. Die Kosten für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" werde nicht in unzulässiger Weise aus den Betriebsabgeltungen der Leistungsvereinbarungen mit dem Bund finanziert.

Angeblich zu tiefe Preise könnten höchstens einen Einfluss auf den Wettbewerb auf Märkten haben, die dem Zugang zur Zusatzleistung „Rangieren in Rangierbahnhöfen“ vor- oder nachgelagert seien, zum Beispiel der Markt für Einzelwagenladungsverkehr oder der Strassentransportmarkt. Die Begründung des Diskriminierungsverdachts der Vorinstanz ziele auf Diskriminierungspotentiale, die sich nicht im Zugang zu den Zusatzleistungen „Rangieren in Rangierbahnhöfen“, sondern auf vor- oder nachgelagerten Märkten materialisierten; dafür sei die Vorinstanz aber nicht zuständig. Die Fragen der Vorinstanz zielten alle auf eine umfassende Überprüfung der Berechnung der Normgrenzkostendeckung und deren Auswirkungen auf Märkte, die dem Markt für Rangierleistungen in Rangierbahnhöfen vor- oder nachgelagert seien.

**4.3** Das BAV führt in seinem Fachbericht aus, für die Festlegung der Preise der Zusatzleistungen seien die Infrastrukturbetreiberinnen zuständig. Die Preise seien so festzulegen, dass die Normgrenzkosten gedeckt seien. Es sei Sache des BAV als Aufsichtsbehörde, zu prüfen, ob die Infrastrukturbetreiberinnen bei der Festlegung der Preise für Zusatzleistungen die gesetzlichen Vorgaben einhalten, namentlich die Normgrenzkostendeckung. Das BAV sei dafür zuständig, einem allfälligen Verstoß gegen den Grundsatz der Trennung von Infrastruktur und Verkehr nachzugehen. Deshalb liege es in der Zuständigkeit des BAV, im vorliegenden Fall zu prüfen, ob es sich bei den von der Beschwerdeführerin festgelegten Preisen um eine Grenzkostenunterdeckung handle. Das BAV habe dies im Frühjahr 2023 geprüft. Als Folge davon sei die Beschwerdeführerin aufgefordert worden, die Erhebung der Grenzkosten im Hinblick auf die Abgrenzung der Grenz- und

Fixkosten zu überarbeiten; bis dies geschehen sei, seien die Preise unverändert weiterzuführen.

Das BAV führt weiter aus, seiner Meinung nach beschränke sich die Befugnis der Vorinstanz nicht auf den Netzzugang an sich, sondern könne auch andere möglicherweise diskriminierende Verhaltensweisen der Unternehmen umfassen, wenn diese geeignet seien, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu behindern. Eine Festlegung des Preises für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen", welche die Normgrenzkosten nicht decke, könne grundsätzlich als solches Verhalten gesehen werden. Das BAV sei mithin zuständig für die Frage, ob tatsächlich eine Grenzkostenunterdeckung vorliege. Die Vorinstanz sei demgegenüber zuständig für die Prüfung, ob eine Grenzkostenunterdeckung eine den diskriminierungsfreien Netzzugang behindernde Verhaltensweise darstelle. Im Rahmen dieser Kompetenz stehe es der Vorinstanz frei, vorfrageweise auch Aspekte im Zusammenhang mit der Grenzkostenunterdeckung oder dem Grundsatz der Trennung von Infrastruktur und Verkehr zu untersuchen. Die Ergebnisse einer solchen Prüfung hätten jedoch keine Bindungswirkung für das BAV.

## **5.**

**5.1** Das Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) unterscheidet zwischen Infrastrukturbetreiberinnen (Art. 5 ff.), das heisst Betreiberinnen des öffentlichen Eisenbahnnetzes, und Eisenbahnverkehrsunternehmen (Art. 8c ff.), also den Unternehmen, die Personen- und/oder Güterverkehr auf eigener oder fremder Infrastruktur betreiben. Die Finanzierung der Infrastrukturbetreiberinnen erfolgt durch Leistungsvereinbarungen mit dem Bund (Art. 51 EBG). Eisenbahnunternehmen können gleichzeitig Infrastrukturbetreiberinnen und Eisenbahnverkehrsunternehmen sein. Sie müssen den Bereich Infrastruktur jedoch organisatorisch von den übrigen Unternehmensbereichen trennen und verselbständigen (vgl. Art. 64 Abs. 1 EBG).

Die Infrastrukturbetreiberin gewährt den Eisenbahnverkehrsunternehmen den diskriminierungsfreien Zugang zu ihrem Schienennetz (vgl. Art. 9a Abs. 1 EBG). Für die Benützung ihres Netzes hat sie Anspruch auf ein Entgelt, den Trassenpreis (vgl. Art. 9c Abs. 1 EBG). Der Basispreis für alle Verkehrsarten deckt die Normgrenzkosten unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Infrastrukturkosten im Netz, der Nachfrage sowie der

Umweltbelastung der Fahrzeuge (Art. 19 Abs. 1 der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998, NZV, SR 742.122).

Die Infrastrukturbetreiberin gewährt den diskriminierungsfreien Zugang zu ihrem Netz, indem sie (u.a.) Zusatzleistungen (nach Art. 22 NZV) anbietet, soweit dies mit der vorhandenen Infrastruktur und dem verfügbaren Personal möglich ist (Art. 10 Abs. 1 Bst. e NZV). Zu diesen Zusatzleistungen gehört das "Rangieren in Rangierbahnhöfen". Die Infrastrukturbetreiberin legt die Preise für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" diskriminierungsfrei und gemäss den Grundsätzen nach Art. 19 NZV fest und publiziert sie (Art. 22 Abs. 2 Bst. c NZV).

**5.2** Aufsichtsbehörde für Bau und Betrieb der Eisenbahnen ist das BAV (Art. 10 EBG).

Die Vorinstanz überwacht den diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur nach Art. 62 Abs. 1 EBG. Sie kann von Amtes wegen Untersuchungen einleiten (Art. 40a<sup>ter</sup> Abs. 2 Bst. d und Abs. 4 EBG). Zur Infrastruktur gemäss Art. 62 Abs. 1 EBG gehören insbesondere die Rangierbahnhöfe sowie Anlagen zum Annehmen und Formieren von Zügen, sowie alle weiteren Bauten, Anlagen und Einrichtungen, die im Rahmen des Netzzugangs gemeinsam benützt werden müssen.

**5.3** Die Bundesversammlung hat am 21. März 2025 das neue Bundesgesetz über den Transport von Gütern auf der Schiene, auf dem Wasser und mit Seilbahnen verabschiedet (BBI 2025 1103; im Folgenden: neues Gütertransportgesetz, nGüTG). Das neue Gütertransportgesetz sieht einen neuen Art. 9c Abs. 3<sup>bis</sup> EBG vor, gemäss dem das BAV für Rangierleistungen im Güterverkehr einen unter den Grenzkosten liegenden Trassenpreis festlegen kann. Die Botschaft des Bundesrates zum Gütertransportgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen) vom 10. Januar 2024 führt diesbezüglich aus, die Festlegung der Preise für den Rangierbetrieb im Schienengüterverkehr werde neu Aufgabe des BAV. Ziel der neuen Bestimmung sei es, die Preise attraktiv zu gestalten und verbilligen zu können (BBI 2024 300, S. 112). Die Referendumsfrist läuft am 10. Juli 2025 ab. Zum Zeitpunkt dieses Urteils ist der neue Art. 9c Abs. 3<sup>bis</sup> EBG (noch) nicht in Kraft, weshalb die Folgen dieser Rechtsänderung vorliegend nicht zu prüfen sind und auf die bisherige Rechtslage abzustellen ist.

## 6.

**6.1** Ausgangspunkt der Untersuchung der Vorinstanz ist ihr Verdacht, die von der Beschwerdeführerin festgelegten Preise für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" seien zu tief, da sie die Normgrenzkosten nicht decken würden. Die Vorinstanz ist der Meinung, zwar würden alle Eisenbahnverkehrsunternehmen von den tiefen Preisen für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" profitieren. Jedoch bestehe der begründete Verdacht, dass der zu tiefe Preis die SBB Cargo AG besonders begünstige und deren Geschäft dadurch in unzulässiger Weise bevorzuge. Die SBB Cargo AG beziehe rund 85 % der Rangierungen der Beschwerdeführerin und erbringe diese im Auftrag der Beschwerdeführerin auch selbst. Zudem sei die SBB Cargo AG eine Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin. Weiter plant die Vorinstanz dem Verdacht nachzugehen, dass die aus der Normgrenzkostenunterdeckung resultierenden zu tiefen Einnahmen aus den Betriebsabgeltungen gemäss Leistungsvereinbarungen zwischen der Eidgenossenschaft und der Beschwerdeführerin finanziert würden, obwohl diese Abgeltungen für Investitionen in den Substanzerhalt der Infrastruktur zu verwenden seien. Sie sieht darin einen begründeten Verdacht auf einen Verstoss gegen den Grundsatz der Trennung von Infrastruktur und Verkehr. Dieser Grundsatz sei eine Voraussetzung für den freien Netzzugang, weshalb bei einem Verstoss der Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs tangiert sein könne.

Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Vorwürfe. Ihrer Ansicht nach verfügt die Vorinstanz nicht über die Zuständigkeit für diese Untersuchung; nicht die Vorinstanz, sondern das BAV sei für die Überwachung der Grundsätze der Normgrenzkostendeckung und der Trennung von Infrastruktur und Verkehr zuständig. Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, die Zuständigkeit der Vorinstanz sei in Art. 40a<sup>ter</sup> Abs. 2 Bst. d EBG eng und abschliessend festgelegt. Sie verweist diesbezüglich insbesondere auf die Botschaft des Bundesrates vom 13. November 1996 zur Bahnreform. Darin führte der Bundesrat aus, Diskriminierungsfreiheit bedeute, "dass der Preis auch innerhalb der Unternehmungen, das heisst zwischen Verkehrs- und Infrastrukturbereich, in gleicher Weise wie mit fremden Unternehmungen angewendet wird" (BBl 1997 909, 954; im Folgenden: Botschaft 1996).

**6.2** Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz nach Art. 40a<sup>ter</sup> Abs. 2 Bst. d EBG die Kompetenz hat, den dargestellten Sachverhalt (vgl. E. 6.1) zu untersuchen. Demgegenüber ist weder zu prüfen, ob die Vorwürfe der Vorinstanz

zutreffen, noch, ob ihr Verdacht genügend begründet ist, um eine Untersuchung einzuleiten (vgl. E. 3.3 f.).

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Preise für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" unter der geltenden Rechtslage (vgl. E. 5.3) diskriminierungsfrei auszugestalten hat (Art. 9a Abs. 1 EBG und Art. 22 Abs. 2 Bst. c NZV). Ebenso ist unbestritten, dass die Vorinstanz zuständig ist für die Überwachung des diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur und dass zu dieser Infrastruktur die Rangierbahnhöfe gehören (Art. 40a<sup>ter</sup> Abs. 2 Bst. d und Art. 62 Abs. 1 Bst. e EBG). Unbestritten ist des Weiteren, dass die Beschwerdeführerin die Grundsätze der Normgrenzkostendeckung und der Trennung von Infrastruktur und Verkehr einzuhalten hat (Art. 64 Abs. 1 EBG und Art. 19 Abs. 1 NZV).

Umstritten und zu prüfen ist demgegenüber, ob die Vorinstanz im Rahmen der eingeleiteten Untersuchung prüfen darf, ob die Preise für die Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" gegen die rechtlich verankerten Grundsätze der Normgrenzkostendeckung und der Trennung von Infrastruktur und Verkehr verstossen und die Beschwerdeführerin deshalb gegen den Grundsatz der Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs verstösst.

### **6.3**

**6.3.1** Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann sich das von der Vorinstanz präventiv zu überwachende, möglicherweise diskriminierende Verhalten nicht nur auf die Gewährung des Netzzugangs im engeren Sinne beziehen, sondern auf jedes Verhalten, das geeignet ist, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu behindern (BVGE 2015/16 E. 1.2.6; Urteil des BVGer A-654/2016 vom 11. Oktober 2016 E. 4.3.1).

**6.3.2** Dass die Zuständigkeit der Vorinstanz in Art. 40a<sup>ter</sup> EBG – wie die Beschwerdeführerin vorbringt – abschliessend festgelegt ist und die allgemeine Aufsichtskompetenz demgegenüber gemäss Art. 10 EBG beim BAV liegt, ist unbestritten und entspricht der gesetzgeberischen Konzeption (Botschaft des Bundesrates zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBI 2011 911, 936 [im Folgenden: Botschaft 2010]; Botschaft 1996, BBI 1997 909, 928 f.).

**6.3.3** Es ist unbestritten, dass die Aufsicht über die Einhaltung der Grundsätze der Normgrenzkostendeckung und der Trennung von Infrastruktur und Verkehr beim BAV liegt. Der Gesetzgeber hat der Vorinstanz jedoch

gewisse Zuständigkeiten übertragen, um die Sicherung des diskriminierungsfreien Netzzugangs zu stärken; Zuständigkeiten, für die eine unabhängige Kommission besser geeignet sei als das BAV, das die Interessen des Bundes vertrete (vgl. Botschaft 1996, BBI 1997 909, 928). Seit die Vorinstanz auf den 1. Januar 2000 geschaffen wurde (damals noch unter dem Namen "Schiedskommission im Eisenbahnverkehr"), wurden ihre Kompetenzen mehrmals erweitert, jeweils mit dem Ziel, die Kontrolle des diskriminierungsfreien Netzzugangs durch die Vorinstanz zu verbessern. So hatte der zweite Schritt der Bahnreform 2 ausdrücklich zum Ziel, weitere Schritte in Richtung Diskriminierungsfreiheit zu unternehmen, indem die Rolle der Vorinstanz gestärkt wurde (Botschaft 2010, BBI 2011 911, 936 ff.). Der Bundesrat führte in der Botschaft 2010 aus, dass von der Vorinstanz präventiv zu überwachende, möglicherweise diskriminierende Verhalten könne sich nicht nur auf die Gewährung des Netzzugangs im engeren Sinn beziehen, sondern auf jedes Verhalten, das geeignet sei, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu behindern (BBI 2011 911, 939). Weiter legte der Bundesrat dar, um die Diskriminierungsfreiheit im Netzzugang zu stärken, müssten den Wettbewerb behindernde Entwicklungen und diskriminierendes Handeln frühzeitig erkannt und bekämpft werden können (BBI 2011 911, 937). Zusätzlich gestärkt wurde die Vorinstanz durch das Bundesgesetz über die Organisation der Bahninfrastruktur (Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2016 zur Organisation der Bahninfrastruktur, BBI 2016 8661, 8663). Dabei erhielt die Vorinstanz zusätzliche Aufgaben zur Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs, der als wesentliches Element der Marktöffnung und des Wettbewerbs bezeichnet wurde. Betont wurde gleichzeitig, dass die Vorinstanz gegen offene und verdeckte Diskriminierungen vorzugehen habe (BBI 2016 8661, 8692 f.).

**6.3.4** Aufgrund der dargestellten stetigen Erweiterung der Kompetenzen der Vorinstanz seit ihrer Schaffung vor 25 Jahren und der Bedeutung, welche der Gesetzgeber der Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs beimisst, rückt die von der Beschwerdeführerin zitierte Passage in der Botschaft von 1996 in den Hintergrund. Die gesetzgeberische Entwicklung zeigt, dass die Kompetenzen der Vorinstanz heute nicht eng auszulegen sind. Zudem lässt insbesondere die Aussage, die Vorinstanz habe auch gegen "verdeckte" Diskriminierungen vorzugehen, darauf schliessen, dass die Zuständigkeit der Vorinstanz zur Untersuchung von möglicherweise diskriminierendem Verhalten umfassend zu interpretieren ist. Es liegen entsprechend keine Gründe dafür vor, von der zitierten Rechtsprechung (vgl. E. 6.3.1) abzuweichen.

Die Zuständigkeit der Vorinstanz ist deshalb nicht eng zu verstehen, sondern sie bezieht sich auf jedes Verhalten, das geeignet ist, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu behindern. Darüber hinaus umfasst sie insbesondere auch indirekte respektive "verdeckte" Diskriminierungen. Schliesslich verfügt die Vorinstanz innerhalb dieser Zuständigkeit über einen erheblichen Ermessensspielraum (vgl. Urteil des BVGer A-654/2016 vom 11. Oktober 2016 E. 3.3); dieser bezieht sich auch auf die Frage, welche Verhaltensweisen sie als möglicherweise diskriminierend und entsprechend untersuchungsbedürftig einstuft.

## 6.4

**6.4.1** Wie dargelegt, ist hier nicht zu prüfen, ob ein genügender Anfangsverdacht für die Eröffnung einer Untersuchung besteht (vgl. E. 3.3). Relevant ist im hier zu beurteilenden Zusammenhang der Zuständigkeit lediglich, dass die Ausführungen der Vorinstanz zur Begründung ihres Verdachts auf einen Verstoss gegen den Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs (vgl. 6.1) nicht als von vornherein haltlos zu betrachten sind. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass es – entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin – nicht ausgeschlossen erscheint, dass für alle Eisenbahnunternehmen gleiche, aber zu tiefe Preise zu einer Diskriminierung beim Netzzugang führen könnten. Insbesondere eine indirekte Diskriminierung, bei der ein an sich neutrales Verhalten – hier gleiche Preise für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen – gewisse Unternehmen wesentlich stärker trifft respektive begünstigt, erscheint möglich. In diesem Sinne kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Normgrenzkostenunterdeckung nicht nur, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" vor- oder nachgelagerte Märkte betrifft, sondern (auch) den diskriminierungsfreien Netzzugang. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar und insoweit hier nicht zu beanstanden. Ein potentieller Zusammenhang des der Untersuchung zugrundeliegenden Verdachts mit dem Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs ist damit zu bejahen.

Damit die Vorinstanz ihre gesetzlich vorgesehene Aufgabe wahrnehmen kann, muss sie die Kompetenz haben, alle Aspekte eines möglicherweise diskriminierenden Verhaltens zu untersuchen. Dass die Vorinstanz ihre eigenen Abklärungen im Rahmen ihrer Untersuchungen durchführen kann, zeigen die relativ weiten Mitwirkungspflichten, denen die zu untersuchenden Unternehmen unterliegen und der Umstand, dass die Vorinstanz den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 40a<sup>quater</sup> EBG und

Art. 40a<sup>quinquies</sup> EBG i.V.m. Art. 12 VwVG). Zu beachten ist zudem die Bedeutung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung beim Netzzugang und die gewollt starke und vom BAV unabhängige Position der Vorinstanz. Soweit Verstösse gegen die Grundsätze der Normgrenzkostendeckung und der Trennung von Infrastruktur und Verkehr damit (auch) gegen den Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs bestehen könnten, ist die Vorinstanz befugt, im Rahmen einer Untersuchung entsprechende Abklärungen vorzunehmen und diese Fragen vorfrageweise zu prüfen. Diese Meinung vertritt auch das BAV in seinem Fachbericht an das Bundesverwaltungsgericht. Dabei ist es sachlich angebracht, dass die Vorinstanz sich mit dem BAV austauscht und das dort vorhandene Expertenwissen in ihre Untersuchung einbezieht, auch um inhaltlich divergierende Entscheide möglichst zu vermeiden.

**6.4.2** Die Vorinstanz ist damit für die Untersuchung 2023/1 betreffend Diskriminierung im Netzzugang bei der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" zuständig. Die angefochtene Verfügung ist entsprechend nicht – wie von der Vorinstanz vorgebracht – wegen offensichtlicher Unzuständigkeit nichtig. Der Antrag 1 der Beschwerdeführerin – der Ausschluss der Frage der Normgrenzkostendeckung aus der Untersuchung – ist abzuweisen.

**6.4.3** Nach dem Gesagten liegt kein Kompetenzkonflikt vor zwischen dem BAV, das für die Überwachung der Grundsätze der Normgrenzkostendeckung und der Trennung von Infrastruktur und Verkehr zuständig ist, und der Vorinstanz, welche diese Frage soweit für ihre Untersuchung relevant vorfrageweise untersuchen kann.

Das BAV hatte der Beschwerdeführerin in seinem Schreiben vom 19. Juni 2023 mitgeteilt, der Bericht der Beschwerdeführerin zu ihrer Preispolitik bezüglich der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" zeige auf, dass "entgegen der Vorgaben der NZV [...] die in der Vergangenheit festgelegten Preise der Zusatzleistung "Rangieren in Rangierbahnhöfen" die von SBB Infrastruktur definierten Grenzkosten nicht vollständig decken". Bevor Preismassnahmen zur Behebung einer Grenzkostenunterdeckung beurteilt werden könnten, müssten die Berechnungen geprüft werden. Das BAV bat die Beschwerdeführerin, die Erhebung der Grenzkosten zu überarbeiten, das Ergebnis erneut mit dem BAV zu besprechen und währenddessen "in den anstehenden Planungsprozessen [...] die bisherigen Planungsmassnahmen und im Leistungskatalog die Preise unverändert weiterzuführen". Daraus lässt sich schliessen, dass auch das BAV Hinweise

auf eine Normgrenzkostenunterdeckung sah und die Notwendigkeit von Preismassnahmen nicht ausschloss. Die Anweisung, die Preise weiterzuführen, galt zudem nur für die Zeit der Überprüfung. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin ergibt sich daraus keine konkrete Gefahr sich widersprechender Anweisungen des BAV und der Vorinstanz.

Der Antrag 2 der Beschwerdeführerin – die Vorinstanz sei anzuweisen, den Kompetenzkonflikt mit dem BAV dem Bundesrat zur Entscheidung zu unterbreiten – ist deshalb ebenfalls abzuweisen.

**6.5** Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

## **7.**

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Angesichts des hohen Aufwandes für die Instruktion des Verfahrens – superprovisorische Herstellung der aufschiebenden Wirkung, Gewährung der aufschiebenden Wirkung, Sistierungsgesuch – sind die Verfahrenskosten auf Fr. 3'000.– festzulegen. Diese hat die Beschwerdeführerin zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird diesem Betrag angerechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu überweisen.

**7.2** Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin angesichts ihres Unterliegens nicht zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Auch die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.– auferlegt. Der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird diesem Betrag angerechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Bundesamt für Verkehr.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Marcel Tiefenthal

Tobias Grasdorf

**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 Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und 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)
- das BAV