Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-3864/2014, A-3920/2014

Urteil vom 7. April 2015

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian,
Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiber Robert Lauko.

Parteien

Schweizerische Bundesbahnen, SBB Cargo AG,
Recht & Compliance, Bahnhofstrasse 12, 4600 Olten,
Beschwerdeführerin 1,

und

Trasse Schweiz AG,
Schwarztorstrasse 31, Postfach 8521, 3001 Bern,
vertreten durch Dr. Stefan Rechsteiner, Rechtsanwalt,
und Delia Bosshard, Rechtsanwältin, VISCHER AG,
Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin 2,

gegen

Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE),
Monbijoustrasse 51A, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Untersuchung gemäss Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG betreffend Trassenvergabeverfahren.

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Ausschreibung vom 11. Februar 2013 eröffnete die Schweizerische Post AG (nachfolgend: Post) eine Submission im offenen Verfahren für Briefposttransporte auf der Schiene sowie die Rangiertätigkeit in der Fahrplanperiode 2014–2015 (Beförderung von Ganzzügen zwischen den Produktionsstandorten und die Rangierung der Wagengruppen an die Ausrespektive Beladeplätze). Die BLS Cargo AG (nachfolgend: BLS Cargo) sowie die bisherige Anbieterin, Schweizerische Bundesbahnen SBB, Division Cargo (nachfolgend: SBB Cargo), reichten daraufhin ihre Offerten ein.

In einem Frage-Antwort-Protokoll mit Ausgabedatum vom 27. März 2013 führte die Post auf eine entsprechende Frage von BLS Cargo aus, dass sie selber die für die Auftragserfüllung erforderlichen Trassen für den Jahresfahrplan 2014 bestellen werde.

A.b Die SBB Cargo reichte am 5. April 2013 bei der Trasse Schweiz AG (nachfolgend: Trasse Schweiz) ihre Trassenanträge für den Briefposttransport und das von ihr betriebene Express-Netz-Schweiz ein. Am 6. April 2013 bestellte zudem die Post die für die Briefposttransporte erforderlichen Trassen im Jahresfahrplan 2014.

A.c Die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Division Infrastruktur (nachfolgend: SBB Infrastruktur), informierte am 14. Mai 2013 Trasse Schweiz, dass sich die Trassenanträge von Post und SBB Cargo überlagerten. Bei den zentralen Anträgen würde die Kapazität für Alternativen fehlen. Nachdem in den daraufhin durchgeführten Gesprächen und Konfliktlösungsverhandlungen keine Lösung gefunden werden konnte, setzte Trasse Schweiz das für den Konfliktfall vorgesehene Bietverfahren im Einvernehmen mit der Post und SBB Cargo bis zum erwarteten Vergabeentscheid der Post Mitte August 2013 aus.

A.d Mit Schreiben vom 28. August 2013 an BLS Cargo gab die Post den Abbruch der Ausschreibung vom 11. Februar 2013 bekannt und stellte eine Wiederholung des Verfahrens in Aussicht. Zur Begründung berief sie sich auf einen Systemkonflikt zwischen der öffentlichen Beschaffung und dem eisenbahnrechtlichen Trassenvergabeverfahren. Der offene Ausgang der Trassenvergabe würde es der Post verunmöglichen, das wirtschaftlich günstigste Angebot im Beschaffungsverfahren zu bestimmen.

A.e In der Folge wurde der Trassenkonflikt im Einvernehmen der Konfliktparteien beigelegt, wobei die Post am 18. September 2013 die ihr aus dem betreffenden Dossier zugeteilten Trassen zur Durchführung auf SBB Cargo übertrug.

B.

B.a Mit Schreiben vom 21. Oktober 2013 reichte BLS Cargo bei der Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE) ein Gesuch um Einleitung einer Untersuchung von Amtes wegen ein. Darin beantragte sie im Wesentlichen, es sei festzustellen, wie in einer künftigen Ausschreibung über denselben Beschaffungsgegenstand der mögliche Systemkonflikt zwischen Trassenvergabeprozess und Ausschreibungsverfahren vermieden werden könne, sodass das Ausschreibungsverfahren erfolgreich, diskriminierungsfrei und unter Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs durchgeführt werden könne. Mit der eigenen Trassenbestellung entgegen den schriftlichen Richtlinien der Post habe nämlich SBB Cargo als marktbeherrschendes Unternehmen das Trassenvergabeverfahren taktisch missbraucht, um durch den hervorgerufenen Trassenkonflikt BLS Cargo zu diskriminieren. Trasse Schweiz habe ihrerseits nicht alles Zumutbare unternommen, um Alternativen zu finden. Mit der zeitlichen Verzögerung unter Missachtung der Terminvorgaben des Bundesamts für Verkehr (BAV) habe sie letztlich zum Abbruch des Ausschreibungsverfahrens und zur Fortführung der Verkehre durch SBB Cargo beigetragen.

B.b Mit Verfügung vom 27. Januar 2014 eröffnete die SKE eine Untersuchung gemäss Art. 40a^{bis} Abs. 2 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) gegen Trasse Schweiz, um zu prüfen, ob tatsächlich eine unzulässige Trassenvergabe erfolgt ist und ob die Alternativen mit genügender Sorgfalt geprüft worden sind.

B.c Nach Einholung der Stellungnahmen von Trasse Schweiz, SBB Infrastruktur, SBB Cargo, BLS Cargo und der Post erliess die SKE am 5. Juni 2014 folgende Verfügung:

> "1. Es wird festgestellt, dass Trasse Schweiz im Verfahren betreffend die Zuteilung der Trassen für die Durchführung des Briefpostverkehrs Mängel unterlaufen sind, insbesondere bei der Bereinigung der Be stellkonflikte und Verschiebung des Bietverfahrens.
>
> 2. Trasse Schweiz wird verpflichtet, folgende Grundsätze zu beachten:

2.1 Im Falle von vermuteten Mehrfachbestellungen für den gleichen Verkehr ist von den Bestellern bereits vor der Konfliktbereinigung ein rechtsgenüglicher Verkehrsnachweis zu verlangen.

2.2 Sind die Verkehre nicht identisch, erfolgt die Konfliktlösung gemäss den relevanten gesetzlichen Bestimmungen und Richtlinien.

2.3 Alternative und zumutbare Trassenvorschläge sind rechtzeitig den Bestellern zum Entscheid zu unterbreiten, damit die provisorische Trassenzuteilung möglichst termingerecht erfolgen kann.

2.4 Ist auch dann keine Zuteilung möglich, ist das Bietverfahren vor der definitiven Trassenzuteilung abzuschliessen.

[…]"

C.

Mit Eingabe vom 10. Juli 2014 erhebt SBB Cargo (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) Beschwerde gegen die Verfügung der SKE vom 5. Juni 2014 (Verfahren A-3864/2014) und beantragt, diese unter Kosten- und Entschädigungsfolge vollumfänglich aufzuheben. Sie macht dabei im Wesentlichen geltend, die SKE (nachfolgend: Vorinstanz) hätte mangels hinreichenden Verdachts für eine Diskriminierung bzw. eine Verhinderung des Netzzugangs keine Untersuchung eröffnen dürfen. Für eine Anpassung der gesetzlichen oder behördlichen Regeln im Hinblick auf zukünftige Trassenvergaben sei die Vorinstanz nicht zuständig. Ziffer 1 des Verfügungsdispositivs sei ungenügend bestimmt. In Verbindung mit den Erwägungen sei Dispositiv-Ziffer 2 zudem widersprüchlich, soweit bei nicht identischen Verkehren ein Verkehrsnachweis für die zu fahrenden Drittlasten verlangt werde. Damit greife die Vorinstanz in erheblicher Weise in die Systemlandschaft der Bahn ein und diskriminiere sämtliche Eisenbahngüterverkehrsunternehmen gegenüber den Verladern, welche im Konfliktfall faktisch immer Vorrang hätten.

D.

Mit Beschwerde vom 11. Juli 2014 (Verfahren A-3920/2014) gegen die Verfügung vom 5. Juni 2014 gelangt auch Trasse Schweiz (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) mit den nämlichen Anträgen ans Bundesverwaltungsgericht. Zusätzlich zu den Argumenten der Beschwerdeführerin 1 beruft sie sich auf formelle Mängel der angefochtenen Verfügung. Diese sei unter Umgehung der Anforderungen des Klageverfahrens von einem mangelhaft besetzten Spruchkörper (fünf statt alle sieben Mitglieder) erlassen und ent-

gegen dem Geschäftsreglement nicht von einem weiteren Kommissionsmitglied unterschrieben worden. Inhaltlich fehle es an einem Feststellungsinteresse für Dispositiv-Ziffer 1 sowie an jeglichen "Mängeln" im Trassenvergabeverfahren. Der Vorwurf der faktischen Sistierung des Verfahrens und der fehlenden Nachweisprüfung sei unbegründet. Für ein Nachweiserfordernis bei nicht identischen Transportaufträgen bestehe weder ein Anlass noch eine gesetzliche Grundlage. Ein solches Erfordernis sei marktfremd, da bei der Erstellung der Produktionsplanung der Güterverkehrsunternehmen in der Regel noch keine Verträge mit den Endkunden vorlägen. Das Abwarten des Submissionsentscheids sei im Interesse der Post und der Beschwerdeführerin 1 erfolgt, während die Interessen der BLS Cargo mangels Teilnahme am Trassenvergabeverfahren nicht zu berücksichtigen seien. Die Verschiebung des Bietverfahrens habe keinen Einfluss auf die Suche nach alternativen Lösungen gehabt, da in diesem Zeitpunkt bereits festgestanden sei, dass keine zumutbaren Alternativen bestanden hätten. Der Beschwerdeführerin 2 sei gar nicht bekannt gewesen, welche Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) sich neben SBB Cargo für die Postverkehre beworben hätten.

E.
Mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2014 vereinigt das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren A-3864/2014 und A-3920/2014 und führt das Verfahren unter der Verfahrensnummer A-3864/2014 weiter.

F.
Mit Stellungnahmen vom 25. bzw. 28. August 2014 schliessen sich die Beschwerdeführerinnen den erhobenen Beschwerden jeweils gegenseitig an.

G.
In ihrer Vernehmlassung vom 1. September 2014 hält die Vorinstanz an ihrer Verfügung fest und weist darauf hin, zur Sicherstellung der Diskriminierungsfreiheit nicht auf die Gewährleistung des Netzzugangs im engeren Sinne beschränkt zu sein. Vielmehr habe sie den Markt präventiv zu überwachen und dürfe bei jedem Verhalten einschreiten, das geeignet sei, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu behindern. Nachdem sich Trasse Schweiz diskriminierend verhalten habe, sei das öffentliche Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung gegeben. Zum Vorwurf der mangelhaften Besetzung des Spruchkörpers bringt sie vor, dass zwei ihrer Mitglieder aus beruflichen Gründen, die den Anschein einer Befangenheit erwecken könnten, in den Ausstand getreten seien.

H.
In ihrer Stellungnahme vom 6. Oktober 2014 bekräftigt die Beschwerdeführerin 1 ihren Standpunkt und wendet ein, dass bei wörtlicher Interpretation des im Widerspruch zu den Erwägungen stehenden Verfügungsdispositivs kein Anlass für den Erlass der Verfügung bestanden habe.

I.
Die Beschwerdeführerin 2 äussert sich in ihrer Stellungnahme vom 6. Oktober 2014 zu einzelnen Punkten der vorinstanzlichen Vernehmlassung.

J.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

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

1.2 Das Vorliegen einer Verfügung bzw. eines verwaltungsinternen Beschwerdeentscheids ist Sachurteilsvoraussetzung für ein Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Liegt keine Verfügung vor oder ist eine solche ausnahmsweise nichtig, so existiert kein Anfech-tungsobjekt für eine Beschwerde (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.6).

Fraglich ist, ob die angefochtene Anordnung der SKE vom 5. Juni 2014 ein taugliches Anfechtungsobjekt nach Art. 5 VwVG darstellt.

1.2.1 Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und unter anderem die Abweisung von Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten, oder Nichteintreten auf solche Begehren zum Gegenstand haben (Art. 5 Abs. 1 VwVG). Von solchen individuell-konkreten Anordnungen unterscheiden sich Erlasse (Rechtssätze) insofern, als sie für eine Vielzahl von Menschen Geltung beanspruchen und eine unbestimmte Anzahl von Fällen regeln, weshalb sie im Einzelfall durch eine Verfügung zu konkretisieren sind (BGE 135 II 38 E. 4.3, 125 I 313 E. 2a). Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal der Verfügung ist somit ihre unmittelbare Vollziehbarkeit (BGE 134 II 272 E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-121/2013 vom 17. Dezember 2013 E. 5.4.2; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 2144 ff.).

Ob ein Rechtsakt als Verfügung einzustufen ist oder einen Rechtserlass darstellt, ist nicht aufgrund der formellen Verfügungsmerkmale (z.B. Kennzeichnung als Verfügung, Rechtsmittelbelehrung), sondern anhand seiner inhaltlichen Strukturelemente zu entscheiden (vgl. die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-121/2013 E. 3.2, A-36/2013 vom 7. August 2013 E. 2.2 m.w.H.; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, N. 19, S. 15). Enthält ein Hoheitsakt mehrere unterschiedliche Anordnungen, so ist für jede Einzelanordnung separat zu fragen, ob insoweit eine anfechtbare Verfügung vorliegt (vgl. BGE 103 Ib 350 E. 2; TOBIAS JAAG, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, Zürich 1985, S. 117; vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., N. 2267 ff.).

1.2.2 Die angefochtene Anordnung ist ausdrücklich als Verfügung bezeichnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. In Dispositiv-Ziffer 1 stellte die SKE fest, dass der Beschwerdeführerin 2 bei der Trassenzuteilung für die Durchführung des Briefpostverkehrs "Mängel" unterlaufen sind, insbesondere bei der Bereinigung der Bestellkonflikte und Verschiebung des Bietverfahrens. Aus den – bei der Auslegung des Dispositivs mitzuberücksichtigenden – Erwägungen 4.5, 6.4 und 7.5 geht sodann hervor, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 2 in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung der Bestimmungen des EBG, der Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 [NZV, SR 742.122] und der Richtlinie des Bundesamtes für Verkehr vom 3. September 2012 über Trassenzuteilung und Bietverfahren vorwirft. Dispositiv-Ziffer 1 enthält damit eine anfechtbare Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG.

1.2.3 In Dispositiv-Ziffer 2 verpflichtete die SKE die Beschwerdeführerin 2, bei der Trassenzuteilung eine Reihe von Grundsätzen einzuhalten: Im Falle von vermuteten Mehrfachbestellungen für den gleichen Verkehr sei von den Bestellern bereits vor der Konfliktbereinigung ein rechtsgenüglicher Verkehrsnachweis zu verlangen (Dispositiv-Ziffer 2.1), während die Konfliktlösung bei nicht identischen Verkehren nach den relevanten gesetzlichen Bestimmungen und Richtlinien zu erfolgen habe (Dispositiv-Ziffer 2.2). Alternative und zumutbare Trassenvorschläge seien rechtzeitig den Bestellern zum Entscheid zu unterbreiten, damit die provisorische Trassenzuteilung möglichst termingerecht erfolgen könne (Dispositiv Ziffer 2.3). Sei auch dann keine Zuteilung möglich, sei das Bietverfahren vor der definitiven Trassenzuteilung abzuschliessen (Dispositiv-Ziffer 2.4).

Durch die allgemeingültige Formulierung der Grundsätze und die Tatsache, dass die Anlass gebende Trassenvergabe bei Erlass der Verfügung am 5. Juni 2014 bereits abgeschlossen war, wird deutlich, dass die Anordnung auf die Durchführung künftiger Trassenvergaben abzielt. Nicht restlos klar ist hingegen, inwiefern die Vorinstanz damit lediglich die ohnehin geltende Rechtslage feststellen, diese präzisieren oder ergänzende Bestimmungen zum Trassenvergabeverfahren aufstellen wollte. Die Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, da sie hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Anordnung nicht massgeblich ist.

1.2.4 Wie die Feststellungsverfügung ist auch die rechtsgestaltende Verfügung nach dem Konzept von Art. 5 VwVG einzelfallbezogen, hat also konkrete, d.h. sich aus einem bestimmten Sachverhalt ergebende verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten einer individuell bestimmten Person zum Gegenstand (MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 5 Rz. 39 und 57; BEATRICE WEBER-DÜRLER, ebenda, Art. 25 Rz. 2; FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 5 Rz. 41 f.). Es ist grundsätzlich nicht möglich, die abstrakte Rechtslage, wie sie für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und Sachverhalten gilt, mittels Verfügung autoritativ festzustellen (BGE 131 II 13 E. 2.2).

Andererseits anerkennt das Bundesgericht bisweilen die Anfechtbarkeit individuell-abstrakter Akte, wenn sie sich für die betroffene Person wie ein individuell-konkreter Verwaltungsakt und damit wie eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG auswirken (BGE 133 II 450 E. 2.1; vgl. auch Urteil des BGer 2C_52/2013 vom 12. Juli 2013 E. 4.2; bejahend auch JAAG,

a.a.O., S. 111 f. mit Hinweis auf abweichende Auffassungen; WEBER-DÜRLER, a.a.O., Art. 25 Rz. 3; offen gelassen bei MÜLLER, a.a.O., Art. 5 N. 25 m.w.H.). Bei der Frage der Anfechtbarkeit von Akten ist daher auch dem Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen Rechnung zu tragen (BGE 138 I 6 E. 1.2, 130 I 369 E. 6.1, 126 I 250 E. 2d; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., Rz. 378, 2252; FELIX UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rz. 9; vgl. auch BGE 103 Ib 350 E. 2). Das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeerhebung als Legitimationsvoraussetzung gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG vermag das Fehlen einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG indes nicht zu ersetzen (vgl. MÜLLER, a.a.O., Art. 44 Rz. 3 mit Hinweis auf BGE 109 Ib 253 E. 1b). Es muss sich in jedem Fall um Akte oder Anordnungen handeln, welche dem Staat oder einem Träger öffentlicher Aufgaben zuzurechnen sind und von ihrem Inhalt oder von den berührten Grundrechten her ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis begründen (BGE 126 I 250 E. 2d).

1.2.5 Die vorliegend angefochtene Anordnung bzw. die in Dispositiv-Ziffer 2 enthaltene Verhaltensanweisung richtet sich an die Beschwerdeführerin 2, auch wenn auf dem Verteiler weitere Personen angeführt sind. Sie erging gestützt auf Art. 40a^{bis} EBG, wonach die SKE bei Verdacht auf eine Verhinderung oder nicht diskriminierungsfreie Gewährung des Netzzugangs von Amtes wegen Untersuchungen einleiten (Abs. 2) und mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen entscheiden kann (Abs. 3).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 des Geschäftsreglements der Schiedskommission im Eisenbahnverkehr vom 15. März 2013 (Geschäftsreglement, SR 742.101.4) beaufsichtigt die SKE den diskriminierungsfreien Netzzugang einschliesslich der Vergabe der Trassen (Bst. b) und überwacht den Eisenbahnmarkt hinsichtlich des Netzzugangs (Bst. e). Aus der Entstehungsgeschichte des Eisenbahngesetzes geht hervor, dass die Marktaufsicht zwar nur insoweit auf die SKE übertragen wurde, als es um das Verhältnis zwischen den Netzbenutzern und der Infrastrukturbetreiber bzw. die Beaufsichtigung der gemeinsamen Trassenvergabestelle geht (vgl. Botschaft zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 vom 20. Oktober 2010, BBl 2011 911 ff., 939 [nachfolgend: Botschaft] sowie Vernehmlassungvorlage "Zweiter Schritt der Bahnreform 2", S. 29). Ausserhalb dieses Bereichs, namentlich im Verhältnis zwischen zwei EVU oder zwei Infrastrukturbetreibern bleibt die Wettbewerbskommission zuständig für die Beurteilung des Verhaltens marktmächtiger Unternehmen. Allerdings erhielt die SKE mit der Umsetzung des zweiten Schritts der Bahnreform 2 im Hinblick auf die Wettbewerbsaufsicht weitergehende Kompetenzen und überprüft nunmehr proaktiv den diskriminierungsfreien Netzzugang und damit auch die Tätigkeit der

Beschwerdeführerin 2 als Trassenvergabestelle. Entsprechende Entscheide der SKE können gemäss Botschaft, S. 939, mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden.

1.2.6 Das von der SKE präventiv zu überwachende, möglicherweise diskriminierende Verhalten kann sich nicht nur auf die Gewährung des Netzzugangs im engeren Sinne beziehen, sondern auf jedes Verhalten, das geeignet ist, den diskriminierungsfreien Netzzugang zu behindern (Botschaft, S. 939). Zu diesem Zweck wurde der SKE auch das Recht eingeräumt, von den Infrastrukturbetreibern, den Unternehmen mit Netzzugang und den am Netzzugang beteiligten Dritten alle für ihre Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu verlangen und Einsicht in die dafür notwendigen Unterlagen zu nehmen (vgl. Art. 40a^{bis} Abs. 4 EBG). Weiter kann sie gemäss Art. 89b EBG bei Zuwiderhandlung gegen ihre rechtskräftigen Verfügungen bzw. der darüber ergangenen Rechtsmittelentscheide Sanktionen verhängen. Da ihr abgesehen vom Erlass eines eigenen Geschäfts- bzw. Organisationsreglements (vgl. Art. 40a Abs. 3 EBG) keine rechtsetzenden Befugnisse übertragen wurden, nimmt die SKE ihre gesetzlichen Aufgaben grundsätzlich mittels Verfügung im Sinne von Art. 40a^{bis} Abs. 3 EBG wahr (vgl. Art. 57a Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [SR 172.010]; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 413 und 420; vgl. dagegen Art. 12 Abs. 1 NZV, wonach das BAV befugt ist, das Bietverfahren in einer Richtlinie zu regeln).

1.2.7 Ihre Funktion der proaktiven Marktaufsicht über den Netzzugang kann die SKE allerdings nur dann wirksam erfüllen, wenn sie in ihrer Entscheidungsbefugnis nicht auf die laufende Trassenvergabe beschränkt ist, sondern bei Feststellung einer Diskriminierung auch Massnahmen mit Wirkung für zukünftige Vergabeverfahren treffen kann. Dies spricht dafür, dass sich ihre Verfügungsbefugnis nach Art. 40a^{bis} Abs. 3 EBG auf die Zukunft erstrecken muss, jedenfalls insofern, als sich das im konkreten Fall gemassregelte Verhalten bei späteren Trassenvergaben wiederholen könnte (vgl. zur Marktaufsicht im Fernmeldewesen Art. 58 Abs. 2 Bst. a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [SR.784.10]). Ferner legt der Hinweis auf den Rechtsweg in der Botschaft wie auch die spezialgesetzliche Qualifizierung der von der SKE vorzunehmenden Akte als Verfügungen nahe, dass sie der Gesetzgeber – unabhängig von ihrer eigentlichen Rechtsnatur – als anfechtbar erachtet (vgl. MÜLLER, a.a.O., Art. 5 Rz. 8).

1.2.8 Wie dargelegt (E. 1.2.2 f.), hat die Vorinstanz diverse Rechtsverletzungen bei der gestützt auf Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG untersuchten Trassenvergabe festgestellt und Massnahmen zur diskriminierungsfreien Behandlung von Trassenkonflikten getroffen. Diese Massnahmen sind zwar abstrakt formuliert und nicht auf Trassenvergaben für den Briefpostverkehr beschränkt. Sie betreffen aber einen Gegenstand, den die Vorinstanz aufgrund ihrer spezialgesetzlichen Ermächtigung grundsätzlich mittels Verfügung regeln kann. Kommt der Vorinstanz im Gebiet des diskriminierungsfreien Netzzugangs aber eine allgemeine Verfügungsbefugnis zu, so stellt die gestützt darauf erlassene Anordnung grundsätzlich ein taugliches Anfechtungsobjekt eines Beschwerdeverfahrens dar (vgl. auch UHLMANN, a.a.O., Art. 5 Rz. 27). Ob sich die Vorinstanz mit der offenen Formulierung im Einzelnen an den Rahmen ihrer Kompetenz bzw. an das Bestimmtheitsgebot gehalten hat, ist letztlich eine Frage der materiellen Richtigkeit der Anordnung.

1.2.9 Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin 2 schon deswegen ein Rechtsschutzbedürfnis an der Beurteilung der in Dispositiv-Ziffer 2 getroffenen Massnahmen, weil ihr im Falle einer Missachtung eine unmittelbare Bestrafung nach Art. 89b Abs. 1 EBG droht. Handelt sie in einer künftigen Trassenvergabe den ihr auferlegten Grundsätzen zuwider, riskiert sie nämlich eine gestützt auf die Verfügung vom 5. Juni 2014 auszusprechende Sanktion, ohne dass es hierzu eines weiteren Umsetzungsaktes seitens der Vorinstanz bedürfte (vgl. dagegen BGE 134 II 272 E. 3.2). Denn es besteht kein Zweifel, dass sich die Sanktionsbestimmung auf sämtliche Verfügungen der SKE erstreckt, welche diese aufgrund von Art. 40a^{bis} Abs. 3 EBG erlässt.

1.3 Ein Anfechtungsobjekt ist selbst dann anzunehmen, wenn Dispositiv-Ziffer 2 als eine im Rahmen der Verbandsaufsicht getroffene Anordnung verstanden wird. Obwohl diese von ihrer normativen Grundstruktur und ihrem Adressatenkreis (Verwaltungsträger) her Ähnlichkeiten zu dienstlichen Anordnungen innerhalb einer zentralisierten Verwaltung aufweist, ist ihr der Verfügungscharakter bzw. die Anfechtbarkeit nicht generell abzusprechen (MÜLLER, a.a.O., Art. 5 Rz. 47). Nicht anfechtbar sind solche Akte zwar dann, wenn ihr Adressat als Träger einer öffentlichen Aufgabe ausschliesslich in seiner öffentlich-rechtlichen Stellung, d.h. als reines Durchführungsorgan berührt ist. Nach überzeugender Rechtsauffassung muss eine Anfechtung jedoch möglich sein, falls die dezentralen Verwaltungsträger von der konkreten Anordnung in ihrem Autonomiespielraum oder wie eine Privatperson betroffen werden (MÜLLER, a.a.O., Art. 5 Rz. 47; Entscheid des

Bundesrates vom 22. Oktober 1997 E. 5.1, 6 und 7.2, VPB 64.17 bzw. RKUV 6/1997 S. 399 ff.).

1.3.1 Dies ist vorliegend der Fall. Die Anordnungen regeln einerseits das Vorgehen zur Bereinigung von Trassenkonflikten im Fall von identischen sowie konkurrierenden Verkehren. Andererseits betreffen sie den zeitlichen Ablauf bzw. die Organisation des Vergabeverfahrens, um den gesetzlichen Vorgaben sowie denjenigen des BAV gerecht zu werden. Trotz der stellenweise detaillierten Vorschriften kommt den Infrastrukturbetreibern bzw. der von ihnen eingesetzten gemeinsamen Trassenvergabestelle eine gewisse Autonomie hinsichtlich der Durchführung des Verfahrens zu, namentlich in Bezug auf die einvernehmliche Konfliktbereinigung und im Fall von scheinbaren Trassenkonflikten. So haben etwa sämtliche Infrastrukturbetreiber in ihren Network Statements (vgl. Art. 10 Abs. 1 Bst. d NZV) eine Bestimmung zur Auflösung vermeintlicher Trassenkonflikte bei identischen Verkehren erlassen, zumal diese besondere Konstellation in den einschlägigen Rechtsnormen nicht geregelt ist (vgl. SBB Network Statement S. 65; SOB Network Statement S. 57; BLS Network Statement S. 56).

1.3.2 Hinzu kommt, dass die Trassenzuteilung im – vom Wettbewerb geprägten – Bahnsektor eine erhebliche Auswirkung auf die Nutzung der Bahninfrastruktur und damit auf das Vermögen des betroffenen Infrastrukturunternehmens hat. Dieses ist vom Vergabeentscheid damit wie eine Privatperson in ihrer privaten wirtschaftlichen Tätigkeit betroffen, auch wenn sie letztlich öffentliche Aufgaben erfüllt (vgl. Art. 3 und 24 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen [SR.742.31]; BGE 132 III 470 E. 3.3). Mit anderen Worten stehen sich die betroffenen Bahnunternehmen bzw. die im Auftrag der Infrastrukturbetreiber handelnde Beschwerdeführerin 2 insofern nicht als Hoheitsträger, sondern wie private Konkurrenten gegenüber. Auch aus dieser Optik ist die angefochtene Verfügung als zulässiges Anfechtungsobjekt anzuerkennen.

2.

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

2.1 Die Beschwerdeführerin 2 ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit der sie zur Befolgung verschiedener Grundsätze bei Trassenvergaben angehalten wird, ohne Weiteres zur Beschwerde berechtigt. Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.2 Die Beschwerdeführerin 1 leitet ihre Legitimation daraus ab, dass sie als grösstes EVU im Schienengüterverkehr und regelmässige Nachfragerin von Trassen besonders berührt sei.

2.2.1 Nachdem sich die Verfügung vom 5. Juni 2014 bzw. die darin enthaltene Verhaltensanordnung nicht an sie richtet, ist sie als Dritte zur Anfechtung "pro Adressat" nur berechtigt, wenn sie ein eigenes, unmittelbares Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung hat und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6634/2010 vom 16. September 2011 E. 1.2.2; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 48 Rz. 34; vgl. auch BGE 135 V 382 E. 3.3.1, 133 V 188 E. 4.4). Ein bloss mittelbares oder faktisches wirtschaftliches Interesse genügt demgegenüber nicht. Der befürchtete Nachteil darf auch nicht bloss einen eintretenden Reflex der angefochtenen Anordnung darstellen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 961 m.w.H.).

2.2.2 Die Beschwerdeführerin 1 sieht sich durch die Verfügung vom 5. Juni 2014 bei künftigen Trassevergaben diskriminiert, da sie nicht in der Lage sei, rechtzeitig konkrete Lastnachweise für die von ihr angebotenen Systemverkehre in Form von verbindlichen Vereinbarungen mit den Verladern zu erbringen. Die Benachteiligung aktualisiert sich damit erst durch den befürchteten abschlägigen Vergabeentscheid der Beschwerdeführerin 2, wogegen der Antragstellerin alsdann der Klageweg nach Art. 40a^{bis} Abs. 1 EBG an die SKE offen steht. Ein unmittelbarer Nachteil liegt mithin nicht vor. Ferner wirkt sich die Anordnung grundsätzlich nicht stärker auf die Beschwerdeführerin 1 als auf die übrigen EVU aus, die ebenfalls Trassen bei der Beschwerdeführerin 2 nachfragen. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin 1 im zugrundeliegenden Konflikt um die bestellten Trassen direkt involviert war: Die in der Untersuchung enthaltenen Vorwürfe betreffen einzig das Verhalten der Beschwerdeführerin 2 und führten zu keinerlei Massnahmen an die Adresse der Beschwerdeführerin 1.

2.2.3 Da die Beschwerdeführerin 1 folglich mangels Rechtsschutzbedürfnis nicht zur Beschwerdeerhebung legitimiert ist, ist auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

3.
Die Beschwerdeführerin 2 macht vorab formelle Mängel der Verfügung vom 5. Juni 2014 geltend. Sie beanstandet, dass der Spruchkörper mangelhaft besetzt gewesen sei. Die angefochtene Verfügung sei in der Besetzung mit fünf Mitgliedern entschieden worden, obschon die Vorinstanz aus sieben Mitgliedern bestehe. Entscheide in einer Fünferbesetzung seien nicht vorgesehen und verstiessen gegen das Geschäftsreglement der Vorinstanz und den verfassungsgemässen Anspruch auf eine korrekt zusammengesetzte Behörde. Überdies sei die Verfügung entgegen dem Geschäftsreglement nur von der Präsidentin, nicht aber von einem weiteren Kommissionsmitglied unterschrieben worden.

3.1 In ihrer Vernehmlassung vom 1. September 2014 führt die Vorinstanz hierzu aus, mangels Bestimmungen in ihrem Geschäftsreglement zur Untersuchung von Amtes wegen sei auf Art. 7–43 VwVG abzustellen. Aufgrund von Art. 10 VwVG hätten Personen, die eine Verfügung träfen oder diese vorbereiteten, in den Ausstand zu treten, wenn Umstände gegeben seien, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten. Im vorliegenden Untersuchungsverfahren seien zwei ihrer Mitglieder, Barbara Klett und Peter Bösch, im Einvernahmen mit den anderen Mitgliedern aus beruflichen Gründen, die den Anschein einer Befangenheit erwecken könnten, in den Ausstand getreten. Damit sei dem Anspruch auf unbefangene Beurteilung und rechtmässige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde Genüge getan.

3.2 Gegen diese Ausführungen wendet die Beschwerdeführerin 2 in ihrer Stellungnahme vom 6. Oktober 2014 ein, die Vorinstanz habe mit Schreiben vom 14. April 2014 festgehalten, in der Besetzung der gesamten Kommission über die Untersuchung zu entscheiden. Diese Kommunikation stelle materiell eine Zwischenverfügung dar und sei für die Vorinstanz bindend. Über nachträglich auftretende Ausstandsgründe müsse die Vorinstanz formell entscheiden und dies den Parteien kommunizieren. Vorliegend lege aber selbst die angefochtene (End-)Verfügung nicht offen, warum entgegen der Ankündigung nicht in Vollbesetzung entschieden worden sei. Vom Ausstand von zwei Mitgliedern hätten die Beschwerdeführerinnen erst in der Vernehmlassung der Vorinstanz erfahren, wobei die Hintergründe weiter im Dunkeln blieben.

3.3

3.3.1 Gestützt auf Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person im Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Daraus leitet sich unter anderem der Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Behörde ab. Mithin haben Private Anspruch darauf, dass die Behörden in einem sie betreffenden Verfahren ordnungsgemäss zusammengesetzt sind und die Ausstands- und Ablehnungsgründe beachtet werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4174/2007 vom 27. März 2008 E. 2.4.1). Der Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Behörde und auf Unbefangenheit der einzelnen Behördenmitglieder ergänzen sich demnach (BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 222). Der Mindestanspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit einer Behörde wird zum Teil auch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör im weiteren Sinn abgeleitet (vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 23 f.) und ergibt sich für das gerichtliche Verfahren aus der Garantie auf einen verfassungsmässigen Richter nach Art. 30 Abs. 1 BV (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, a.a.O., Rz. 1668).

Die Vorinstanz übt im Bereich des Netzzugangs einerseits Rechtsprechungsfunktion aus (vgl. Art. 40a^{bis} Abs. 1 EBG); andererseits ist sie als Marktaufsichts- und Untersuchungsorgan eingesetzt (Art. 40a^{bis} Abs. 2 EBG). Sie untersteht in ihrer Tätigkeit nicht der direkten Weisungsgewalt einer übergeordneten Behörde und ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig (Art. 40a Abs. 1 und 2 EBG). Ob sie damit eine unabhängige Justizbehörde darstellt, kann offenbleiben, da sich der Anspruch auf eine richtige Zusammensetzung der Behörde unabhängig davon auf sie erstreckt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4174/2007 E. 2.5 m.w.H.; BGE 127 I 128 E. 3c, 4c/d, 120 Ia 184 E. 2a, 117 Ia 408 E. 2a, 114 Ia 278 E. 3b).

3.3.2 Besteht eine Behörde aus einer bestimmten Zahl von Mitgliedern, so müssen – unter Vorbehalt einer abweichenden gesetzlichen Regelung – alle am Entscheid mitwirken (BGE 137 I 340 E. 2.2.1). Die Behörde, welche in unvollständiger Besetzung entscheidet, begeht eine formelle Rechtsverweigerung (BGE 127 I 128 E. 4b, 85 I 273 ff.). Wenn einzelne Mitglieder

aus triftigem Grund in den Ausstand treten müssen, sind sie, soweit möglich, zu ersetzen (BGE 137 I 340 E. 2.2.1). Jeder Verfahrensbeteiligte hat Anspruch darauf, dass die Behörde richtig zusammengesetzt ist, vollständig und ohne Anwesenheit Unbefugter entscheidet (BGE 127 I 128 E. 4b; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 302 und 470).

In ihrem Anspruch auf eine gesetzmässig zusammengesetzte Behörde ist eine Prozesspartei nicht nur dann beeinträchtigt, wenn ein von ihr selbst eingereichtes Ablehnungsbegehren zu Unrecht abgewiesen wurde, sondern ebenso dann, wenn die Behörde das Begehren eines andern Prozessbeteiligten ohne stichhaltigen Grund gutgeheissen hat (BGE 108 Ia 48 E. 1). Gleiches muss gelten, wenn die Behörde einem unbegründeten Ausstandsgesuch eines ihrer Mitglieder stattgibt (vgl. Art. 10 Abs. 2 VwVG). Objektive Umstände, welche auf eine Befangenheit hindeuten, müssen mit anderen Worten auch dort vorliegen, wo sich eine Person selber auf den Ausstand beruft (SCHINDLER, a.a.O., S. 223). Es ist nicht zulässig, dass sich eine Amtsperson vorschnell als befangen erklärt oder ohne stichhaltigen Grund in den Ausstand tritt (STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009 Art. 10 N. 95).

3.3.3 Ist der Ausstand streitig, so entscheidet darüber bei Kollegialbehörden diese selber unter Ausschluss des vom Ausstand betroffenen Mitglieds (Art. 10 Abs. 2 VwVG). Der Entscheid darüber stellt eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung dar (Art. 45 Abs. 1 VwVG; vgl. SCHINDLER, a.a.O., S. 205; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4580/2007 vom 17. Januar 2008 E. 4).

3.3.4 Der Anspruch auf eine unparteiische und unbefangene Behörde bzw. auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht setzt ferner die Bekanntgabe der personellen Zusammensetzung der Behörde voraus, denn nur so können die Betroffenen feststellen, ob ihr verfassungsmässiger Anspruch auf richtige Besetzung der Verwaltungsbehörde bzw. des Gerichts und eine unparteiische Beurteilung ihrer Sache gewahrt ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4174/2007 E. 2.4.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1669 mit Hinweis; ferner KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 437). Auch das Bundesgericht leitet den Anspruch auf Bekanntgabe der Behördenmitglieder, die

beim Entscheid mitwirken, namentlich aus der Garantie des verfassungsmässigen Richters ab. Nach der bundesgerichtlichen Praxis soll die Bekanntgabe in irgendeiner Form genügen, sei es durch persönliche Mitteilung an die Parteien auf der Vorladung oder im Rubrum des Entscheids oder in einer allgemein zugänglichen Publikation, etwa in einem amtlichen Blatt, einem Staatskalender oder einem Rechenschaftsbericht der Behörde (BGE 128 V 82 E. 2b, 117 Ia 322 E. 1c).

Die Bekanntgabe der Besetzung muss dabei so früh wie möglich (vgl. SCHINDLER, a.a.O., S. 200 f.; KIENER, a.a.O., S. 353) – spätestens aber im Rubrum mit dem Entscheid (vgl. BGE 128 V 82 E. 3b) – erfolgen. Sie ist eine Bringschuld der Behörde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4174/2007 E. 2.4.2). Aus verfahrensrechtlichen, insbesondere prozessökonomischen Gründen ist namentlich über Ausstandsgründe möglichst vorab und nicht erst zusammen mit dem Entscheid in der Sache zu befinden (BGE 132 V 93 E. 6.2). Andernfalls läuft die anordnende Behörde Gefahr, dass ihr Sachentscheid in einem anschliessenden Rechtsmittelverfahren wegen der Verletzung von Ausstandsvorschriften als Ganzes aufgehoben wird.

3.3.5 Entgegen ihrer Ankündigung an die Parteien vom 14. April 2014 (Beilage 17 der Vorakten) hat die Vorinstanz in Fünferbesetzung und damit nicht in der Besetzung der gesamten Kommission entschieden. Diese besteht gegenwärtig und bestand zum Zeitpunkt der Verfügung unbestrittenermassen aus sieben Mitgliedern (vgl. Art. 40a Abs. 1 EBG; http://www.ske.admin.ch/de/ske_auftrag.htm, besucht am 9. April 2015). Nachdem das Geschäftsreglement der SKE im Unterschied zum Klageverfahren (vgl. Art. 17 im 3. Abschnitt: Klageverfahren) keine Bestimmung über die behördliche Zusammensetzung bei Verfügungen im Rahmen von Untersuchungen nach Art. 40a^{bis} Abs. 3 EBG enthält, ist nach dem Gesagten (E. 3.3.2) davon auszugehen, dass sie grundsätzlich in ihrer gesamten Besetzung mit sieben Mitgliedern zu entscheiden hat.

Mit dem Entscheid in Fünferbesetzung hat die Vorinstanz demnach zumindest den Anspruch der Beschwerdeführerin 2 auf Bekanntgabe ihrer personellen Zusammensetzung verletzt; dies umso mehr, als sie selbst in der angefochtenen Verfügung nicht darlegt, weshalb der Entscheid nur von fünf statt sieben Mitgliedern gefällt wurde bzw. zwei ihrer Mitglieder in den Ausstand getreten waren.

3.4

3.4.1 Ein solcher Formmangel allein führt nicht notwendigerweise zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Es ist vielmehr analog zur bundesgerichtlichen Praxis zu verfahren, wonach die unterlassene Bekanntgabe der Besetzung in der Regel bloss zur Folge hat, dass eine allfällige Befangenheit von am Urteil Mitwirkenden nachträglich gültig noch im Beschwerdeverfahren gerügt werden kann (vgl. Urteil des BGer 2C_122/2015 vom 10. Februar 2015 E. 3.1; BGE 139 III 120 E. 3.2.1). Denn von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung von Art. 29 BV dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.). Solches wäre etwa der Fall, wenn die Behörde infolge offensichtlicher Begründetheit des Ausstands zwingend wieder in der gleichen Besetzung über den Fall zu entscheiden hätte. Somit kann das Bundesverwaltungsgericht aus prozessökonomischen Gründen stattdessen selber über die Ausstandsgründe entscheiden, sofern die Aktenlage dies zulässt (vgl. BGE 112 V 206 E. 2b).

3.4.2 Ob ein stichhaltiger Grund für den Ausstand der beiden Mitglieder bestand, lässt sich aufgrund der Akten jedoch nicht beurteilen. Die Vorinstanz beruft sich in ihrer Vernehmlassung vom 1. September 2014 pauschal auf berufliche Gründe, die den Anschein einer Befangenheit ihrer Mitglieder Barbara Klett und Peter Bösch erwecken sollen. Aus welcher konkreten Tätigkeit bzw. aus welcher Parteibeziehung sich die Befangenheit ergeben soll, legt die Vorinstanz in keiner Weise offen (vgl. auch SCHINDLER, a.a.O., S. 92 ff.). Mangels substanziierter Darlegung der Vorinstanz ist der Sachverhalt ungenügend erstellt, um in diesem Verfahren über den – von der Beschwerdeführerin 2 angezweifelten – Ausstandsgrund befinden zu können.

3.4.3 Zwar kann man sich fragen, ob allenfalls bereits die Tatsache selbst, dass ein Entscheidträger aus freien Stücken wegen Befangenheit in Ausstand tritt, einen Umstand darstellen kann, der diesen als befangen erscheinen lässt. Doch kann nicht jede Erklärung, mit welcher ein Behördenmitglied den Ausstand erklärt, unbesehen hingenommen werden, würde doch dadurch die Garantie der gesetzmässig zusammengesetzten Behörde ausgehöhlt (BGE 116 Ia 28 E. 2c). Angesichts des Eindrucks, den eine solche Erklärung bei den Parteien erwecken muss, darf andererseits nicht leichthin und jedenfalls nicht ohne konkrete Anhaltspunkte angenommen werden, dass sich die betreffenden Amtspersonen in dieser Weise aus

sachfremden Gründen der Mitwirkung an einem Verfahren entziehen wollen. Abgesehen davon ist die Befangenheit ein innerer Zustand, an dessen Nachweis der Natur der Sache nach keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. SCHINDLER, a.a.O., S. 92 ff.). Ein Beweisverfahren über diese Frage ist praktisch ausgeschlossen. Der Entscheidträger, der nach bestem Wissen und Gewissen erkennt, dass er eine Streitsache nicht mehr unvoreingenommen beurteilen kann, begeht denn auch keine Pflichtverletzung, wenn er unter diesen Umständen den Ausstand beantragt (vgl. BGE 105 Ia 157 E. 6c S. 166).

Vorliegend fällt indessen massgeblich ins Gewicht, dass die Vorinstanz mit Schreiben vom 14. April 2014, mithin weniger als zwei Monate vor Erlass der angefochtenen Verfügung, den Verfahrensbeteiligten noch mitgeteilt hatte, in der Besetzung der gesamten Kommission über die Untersuchung zu entscheiden. Von allfälligen Ausstandsgründen war in der Mitteilung keine Rede. Weshalb berufliche Gründe bei Erlass der Verfügung am 5. Juni 2014 plötzlich für einen Ausstand der beiden Kommissionsmitglieder gesprochen haben sollen, bleibt auch in Anbetracht der Vernehmlassung vom 1. September 2014 im Dunkeln. Es lässt sich nicht ausschliessen, dass sachfremde Gründe dabei eine Rolle gespielt haben (vgl. BGE 116 Ia 28 E. 2c).

3.4.4 Vor diesem Hintergrund obliegt es der Vorinstanz, vorab mittels ausreichend begründeter Zwischenverfügung über den streitigen Ausstand zu entscheiden (vgl. E. 3.3.3) und die Sache alsdann in gesetzeskonformer Besetzung neu zu beurteilen. Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.5 Bei ihrem neuen Entscheid hat die Vorinstanz überdies Art. 20 ihres Geschäftsreglements zu beachten: So sind gemäss Abs. 2 Verfügungen ausserhalb des Klageverfahrens von der Präsidentin oder dem Präsidenten zusammen mit einem anderen Mitglied der SKE zu unterzeichnen. Die vorliegend angefochtene Verfügung wurde indes lediglich von Patrizia Danioth Halter, Präsidentin der SKE, unterschrieben.

4.

Zusammengefasst erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin 2 im Hinblick auf die mangelhafte Zusammensetzung bzw. Bekanntgabe des

Spruchkörpers als begründet. Die Sache ist daher im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ist mangels Legitimation nicht einzutreten (E. 2.2.3)

5.

5.1 Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Verwaltungsrechtspflege des Bundes gilt die Rückweisung in der Sache an die Vorinstanz zu weiteren Abklärungen und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) praxisgemäss als volles Obsiegen der Beschwerde führenden Partei (vgl. statt vieler BGE 132 V 215 E. 6.1, Urteil des BGer 1C_397/2009 vom 26. April 2010 E. 6 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1128/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 16.1). Die Beschwerdeführerin 2 gilt somit als obsiegend, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind und ihr der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten ist.

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ist nicht einzutreten, weshalb sie im Umfang der auf ihre Beschwerde entfallenden Verfahrenskosten kostenpflichtig wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1275/2011, A-1304/2011 vom 20. September 2012 E. 10). Diese sind auf Fr. 1'000.- festzulegen und dem geleisteten Vorschuss von Fr. 5'000.- zu entnehmen.

Die Vorinstanz hat nach Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten zu tragen.

5.2 Der obsiegenden Partei ist für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung und allfällige Auslagen der Partei. Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, mangels Einreichung einer solchen, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [SR 173.320.2]). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin 2 gilt als obsiegend und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese ist in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende

Beschwerdeverfahren auf Fr. 8'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen und der Vorinstanz zur Zahlung aufzuerlegen.

Angesichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin 1 keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 wird nicht eingetreten.

2.
Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 wird gutgeheissen. Die Verfügung der Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE) vom 5. Juni 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinn der Erwägungen an die SKE zurückgewiesen.

3.
Der Beschwerdeführerin 1 werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 4'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat die Beschwerdeführerin 1 dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

4.
Der Beschwerdeführerin 2 werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet. Hierzu hat die Beschwerdeführerin 2 dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

5.
Der Beschwerdeführerin 2 wird eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zugesprochen, welche ihr durch die Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entrichten ist.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 2013/2; Gerichtsurkunde)
– das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)
– das BAV

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Maurizio Greppi	Robert Lauko

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: