Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-689/2008
A-786/2008
{T 1/2}

Urteil vom 7. November 2008

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz), Richter André Moser, Richter Daniel Riedo,
Gerichtsschreiberin Yasemin Cevik.

Parteien

A-786/2008
Cisalpino AG, Parkterrasse 10, 3001 Bern,
vertreten durch Fürsprecherin Franziska Jöhr Batt, Dählhölzliweg 3, Postfach 229, 3006 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. **BLS AG**, Genfergasse 11, Postfach, 3001 Bern,
2. **Schweizerische Bundesbahnen SBB**, Generalsekretariat, Hochschulstrasse 6, 3000 Bern 65,
beide vertreten durch Fürsprecher Dr. Andreas Jost, Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, 3001 Bern,
Beschwerdegegnerinnen,

Bundesamt für Verkehr BAV, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Konzession der Cisalpino AG für die regelmässige gewerbsmässige Personenbeförderung; Deckungsbeitrag ab Dezember 2004.

sowie

A-689/2008

BLS AG, Genfergasse 11, Postfach, 3001 Bern,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Andreas Jost, Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Cisalpino AG, Parkterrasse 10, 3001 Bern,
vertreten durch Fürsprecherin Franziska Jöhr Batt, Dählhölzliweg 3, Postfach 229, 3006 Bern,
Beschwerdegegnerin,

Bundesamt für Verkehr BAV, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Schweizerische Bundesbahnen SBB, Generalsekretariat, Hochschulstrasse 6, 3000 Bern 65,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Andreas Jost, Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, 3001 Bern,
weitere Partei.

Gegenstand

Konzession der Cisalpino AG für die regelmässige gewerbsmässige Personenbeförderung; Deckungsbeitrag ab Dezember 2007.

Sachverhalt:

A.
Auf Gesuch hin erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) mit Verfügung vom 26. März 1999 der Cisalpino AG (Cisalpino) eine Konzession für die von ihr im Fernverkehr geplanten regelmässigen Personenbeförderungen auf den Linien Basel – Bern – Brig – Italien, Genf – Brig – Italien und Zürich – Chiasso – Italien (Konzession Nr. 588). Diese Konzession wurde für die Dauer von acht Jahren bis zum Fahrplanwechsel 2007 erteilt. In Ziff. 6 des Dispositivs wurde festgehalten, der Deckungsbeitrag werde für das Jahr 1999 und die ersten fünf Monate des Jahres 2000 erlassen. Im Fahrplanjahr 2000/2001 werde er auf 1 Prozent des auf dem schweizerischen Abschnitt erzielten Verkehrserlöses festgelegt. Auf den Fahrplanwechsel 2001/2002 erfolge eine Neueinschätzung der Ertragslage und damit des Deckungsbeitrags der Cisalpino. Das UVEK begründete sein Vorgehen damit, dass für das Jahr 1999 bei der Cisalpino Verluste veranschlagt seien und die Ertragslage im Jahr 2000 unsicher sei.

B.
Mit Schreiben vom 5. Januar 2001 eröffnete das Bundesamt für Verkehr (BAV) der Cisalpino, dass der Deckungsbeitrag für das Jahr 2000 auf 1 Prozent von 7/12 des auf den schweizerischen Abschnitten erzielten Verkehrserlöses des gesamten Jahres festgelegt werde. Für die Zeit vom 1. Januar 2001 bis zum Ende des Fahrplanjahres 2002/2003 werde der Deckungsbeitrag auf 1 Prozent des auf schweizerischen Abschnitten erzielten Verkehrserlöses festgesetzt. Über die Höhe des Deckungsbeitrages für das Fahrplanjahr 2003/2004 und die folgenden Fahrplanjahre werde im Sommer 2003 entschieden.

C.
Am 12. März 2002 teilte das BAV der Cisalpino mit, die am 9. Oktober 2001 angekündigten Anpassungen der Trassenpreise per 1. Januar 2002 hätten sich verzögert. Die Verminderung der Trassenpreise ermögliche es, die Deckungsbeiträge anzuheben, ohne dass die Rechnung der betroffenen Verkehrspartner stärker belastet werde. Daher lege man den Deckungsbeitrag für die Cisalpino rückwirkend ab 1. Januar 2002 auf 1,5 Prozent des auf schweizerischen Abschnitten erzielten Verkehrserlöses fest.

D.
Die Cisalpino ersuchte das BAV am 15. März 2002, den Deckungsbeitrag, wie in der Konzessionsverfügung festgehalten, auch für die Fahrplanperiode 2002/2003 bei 1 Prozent zu belassen. Daraufhin lud das BAV die Cisalpino mit Schreiben vom 22. März 2002 ein, die Umsatzzahlen der beiden vergangenen Jahre mitzuteilen, es bestehe je nachdem die Möglichkeit, auf diesen Punkt zurückzukommen.

E.
Am 26. August 2003 teilte das BAV den SBB und der BLS AG (BLS) auf deren Gesuch hin mit, aus seiner Sicht gebe es keine Veranlassung, den Deckungsbeitrag der Cisalpino aufgrund deren Gewinn im Jahr 2002, wie von ihnen beantragt, von 1,5 auf 5,3 Prozent zu erhöhen. Der Deckungsbeitrag sei derzeit wohl tief angesetzt; sollten sich allerdings die Gewinne der Cisalpino auf dem Niveau von 2002 stabilisieren oder noch wachsen, sei die Situation in ein bis drei Jahren neu zu beurteilen.

F.
Mit Schreiben vom 19. März 2004 gelangten die SBB und BLS erneut an das BAV. Sie beantragten, den Deckungsbeitrag der Cisalpino auf 4 Prozent, also gleich viel wie für die Fernverkehre der SBB und BLS, zu erhöhen. Sie begründeten dies damit, dass die Cisalpino ab Mitte 2004 schrittweise die internationalen Fernverkehrszüge der SBB nach Italien übernehme, was einen Ausbau ihres Angebots bedeute.

G.
Auf Aufforderung des BAV hin reichte die Cisalpino am 1. Juni 2004 ein Gesuch (inkl. Businessplan) ein und beantragte, den bisherigen Deckungsbeitrag von 1,5 Prozent bis Ende 2007 beizubehalten. Bereits ab 2004 seien aufgrund der Übernahme weiterer Fernverkehre die finanziellen Verpflichtungen sowie die Fremdverschuldung gestiegen. Um die Zinszahlungen leisten zu können, müsse sie einen möglichst hohen Cash Flow erwirtschaften.

H.
Mit Verfügung vom 7. Juli 2004 erhöhte das BAV den von der Cisalpino zu entrichtenden Deckungsbeitrag auf den Fahrplanwechsel im Dezember 2004 auf 3,5 Prozent. Es begründete dies mit der Übernahme des gesamten internationalen Personenfernverkehrs der SBB durch die Cisalpino. Die Entwicklung der Umsatzrendite zeige, dass mit dieser Übernahme eine markante Verbesserung der Ertragslage verbun-

den sei. Die Cisalpino sei mit einer Erhöhung um 2 Prozent noch immer in der Lage, Gewinne zu erwirtschaften.

I.
Dagegen reichte die Cisalpino am 7. August 2004 beim UVEK eine Beschwerde ein und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und der Deckungsbeitrag sei neu festzusetzen. Sie rügte zur Hauptsache, das BAV habe den Sachverhalt unvollständig festgestellt und gewürdigt, indem es sich auf den zu optimistischen Businessplan abgestützt und zu wenig die hohe Fremdverschuldung berücksichtigt habe. Ihre Erträge müssten wegen der Anschaffung neuen Rollmaterials möglichst ihr verbleiben. Die Erhöhung des Deckungsbeitrages um mehr als 100 Prozent weise geradezu pönalen Charakter auf. Allenfalls sei der Deckungsbeitrag auf die verschiedenen Zugsarten aufzuteilen.

J.
Mit Beschwerdeentscheid vom 7. Juli 2006 hob das UVEK die Verfügung des BAV vom 7. Juli 2004 auf. Zur Begründung führte es an, die Konzession habe einzig eine Anpassung auf den Fahrplanwechsel 2001/2002 vorgesehen, welche das BAV auch vorgenommen habe (Erhöhung auf 1,5 Prozent). Die in der Konzession vom 26. März 1999 enthaltene Bestimmung habe keine weitere Anpassung des Deckungsbeitrages vorgesehen. Die nochmalige Erhöhung auf 3,5 Prozent sei damit ohne genügende Grundlage erfolgt.

K.
Auf Beschwerden der SBB und der BLS hin hob das Bundesgericht mit Entscheid vom 20. September 2007 (2A.629/2006 und 2A.630/2006) die Verfügung des UVEK vom 7. Juli 2006 aus formellen Gründen auf und leitete die Sache zum erneuten Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht weiter. Es führte aus, das UVEK hätte die SBB und die BLS in das Verwaltungsverfahren miteinbeziehen müssen, da diese als Betreiberinnen der Eisenbahninfrastruktur durch die Erhöhung des Deckungsbeitrages der Cisalpino unmittelbar in ihren Rechten betroffen seien.

L.
Mit Verfügung vom 20. Dezember 2007 erweiterte das BAV auf Gesuch der Cisalpino hin deren Konzessionen und erneuerte sie für 10 Jahre bis zum Fahrplanwechsel 2017 (Konzession Nr. 588). Ausserdem legte es den Deckungsbeitrag ab 9. Dezember 2007 bis zum Fahrplanwechsel 2010 auf 4 Prozent fest und wies damit das Gesuch

der Cisalpino, den Deckungsbeitrag bis Dezember 2010 bei 1,5 Prozent zu belassen und dann neu festzusetzten, ab. Das BAV begründete die Erhöhung damit, dass sich das Unternehmen insgesamt auf einem wirtschaftlich günstigen Kurs befinde. Gewinn, Eigenfinanzierungsgrad und Eigenkapitalrendite hätten in den letzten Jahren stetig zugenommen. Die von den SBB und der BLS geforderte Angleichung an das für die SBB geltende Niveau im Fernverkehr von 8 Prozent lehnte das BAV hingegen ab. Da die Erhöhung auf 3,5 Prozent per 2004 angefochten sei, komme immer noch der Satz von 1,5 Prozent zur Anwendung. Eine Erhöhung auf 4 Prozent bedeute mehr als eine Verdoppelung in einem Schritt. Eine Neubeurteilung werde im Hinblick auf den Fahrplanwechsel 2010 erfolgen, wenn das gesamte Angebot der Cisalpino aus Neigezugsleistungen bestehen werde. Bei gleichbleibender Entwicklung müsse die Cisalpino mit einer deutlichen Erhöhung des Deckungsbeitrages rechnen.

M.

Gegen die Verfügung des BAV (Vorinstanz) vom 20. Dezember 2007 erhebt die BLS am 1. Februar 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren A-689/2008). Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und der Deckungsbeitrag für die Cisalpino ab Fahrplanwechsel 2007 auf 8 Prozent der auf den schweizerischen Streckenabschnitten erzielten Verkehrserträge festzulegen. Es sei sodann vorzusehen, dass die Höhe des Deckungsbeitrags bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse, jedoch mindestens alle zwei Jahre, überprüft und neu festgelegt werden könne. Sie wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, ein sachwidriges Bemessungskriterium herangezogen zu haben, um die Höhe des Deckungsbeitrages zu bestimmen. Die finanzielle Leistungsfähigkeit sei einzig eine Voraussetzung für die Erteilung der Netzzugangsbewilligung, aber kein Kriterium für die Bemessung des Entgelts für die Benützung der Infrastruktur. Dessen Höhe müsse vielmehr und analog zu anderen Nutzungsvergütungen am Vorteil aus dem Gebrauch der fremden Infrastruktur bemessen werden. Durch die Berücksichtigung der Reinertrags- und Vermögenssituation des Netzbenützers würden wirtschaftlich schwächere Benutzer gegenüber wirtschaftlich stärkeren bevorzugt. Für eine solche wirtschaftspolitische Förderungsmassnahme zugunsten eines jungen Unternehmens fehle es allerdings an einer Verfassungs- und Gesetzesgrundlage sowie am öffentlichen Interesse. Ausserdem sei sie entgegen den Vorgaben des Eisenbahnrechts diskriminierend. Würden nämlich die Fernverkehrszüge nach Italien von den SBB geführt, müssten diese zweifellos für die

Benützung der inländischen Eisenbahninfrastruktur einen Deckungsbeitrag von 8 Prozent an die Infrastrukturbetreiberinnen abliefern. Zudem verstosse die Vorgehensweise des BAV gegen die gesetzlich vorgeschriebene Trennung von Verkehr und Infrastruktur. Denn durch einen zu tiefen Deckungsbeitrag erhalte die Infrastrukturbetreiberin zu wenig Nutzungsentgelte und sei daher auf höhere Infrastrukturbeiträge des Gemeinwesens angewiesen.

N.
Am 6. Februar 2008 brachte das Bundesgericht dem Bundesverwaltungsgericht sein Urteil vom 20. September 2007 (vgl. vorstehend Bst. K) zur Kenntnis und übermittelte die Verfahrensakten. Von der Einladung des Instruktionsrichters des Bundesverwaltungsgerichts, die Beschwerde vom 7. August 2004 zu aktualisieren, machte die Cisalpino keinen Gebrauch. In der Folge vereinigte der Instruktionsrichter dieses Beschwerdeverfahren (A-786/2008) mit dem Verfahren betreffend Deckungsbeitrag per Dezember 2007 (A-689/2008) und eröffnete den Schriftenwechsel.

O.
Die Vorinstanz nimmt am 24. April 2008 Stellung zur Beschwerde der Cisalpino vom 7. August 2004 und verlangt deren Abweisung. Im Wesentlichen weist sie auf ihre Kompetenz hin, auch ohne ausdrückliche Regelung in der Konzession diese und den Deckungsbeitrag ändern zu können. Die Möglichkeit, eine Konzession an eine veränderte Tatsachenlage anzupassen, folge im Übrigen auch aus den Grundsätzen über die Rechtsbeständigkeit von Verfügungen. Die Anpassung des Deckungsbeitrages sei erforderlich gewesen, weil die Cisalpino ihr Verkehrsangebot ausgebaut und ihre Ertragslage markant verbessert habe.

P.
Die BLS und SBB beantragen am 5. Juni 2008 die Abweisung der Beschwerde der Cisalpino vom 7. August 2004. Analog zur Argumentation der BLS in deren Beschwerde vom 1. Februar 2008 stellen sie sich auf den Standpunkt, das Alter einer Eisenbahnunternehmung, deren organisatorisches Modell für die Abwicklung des Fernverkehrs sowie deren Vermögenslage seien sachfremde Kriterien bei der Festlegung des Deckungsbeitrages. Auch andere Länder würden in ihren Trassenpreissystemen die Nutzungsentgelte nicht nach Eisenbahnunternehmung differenzieren. Im konzessionierten regelmässigen Personenver-

kehr sei der Deckungsbeitrag objektiv an der Ertragsstärke der fraglichen Strecke und damit rohertragsfixiert zu bestimmen. Erziele eine Eisenbahnunternehmung wenig Reingewinn, weil sie für Fremdkapital hohe Schuldzinsen bezahlen müsse, habe dieser Umstand mit den objektiv auf einer bestimmten Strecke erzielbaren Erträgen nichts zu tun. Der Fernverkehr mit Italien sei von grosser transportpolitischer und wirtschaftlicher Bedeutung und würde selbst dann nicht verhindert, wenn der Deckungsbeitrag per Dezember 2004 auf 8 Prozent angehoben worden wäre. In finanzieller Hinsicht sei darauf hinzuweisen, dass die Cisalpino hochrentabel sei und Umsatz, Reingewinn und Cash-flow ab dem Jahr 2004 stetig zugenommen hätten.

Q.

Die Cisalpino hält am 19. August 2008 an ihren Rechtsbegehren in beiden Beschwerdeverfahren fest. Bezogen auf ihre Beschwerde gegen die Festsetzung des Deckungsbeitrages per Dezember 2004 führt sie ergänzend aus, dass das BAV den Deckungsbeitrag unrechtmässig geändert habe. Die Rechtsbeständigkeit der Konzession und ein fehlender Anpassungsvorbehalt stünden einer Anpassung entgegen.

R.

Hinsichtlich der Beschwerde der BLS vom 1. Februar 2008 beantragt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 24. April 2008 deren Abweisung. Gesetz und Verordnung legten die Bemessungsgrösse – Anteil an den Verkehrserlösen–, nicht aber die Bemessungskriterien fest. Der Deckungsbeitrag bewege sich aber innerhalb zweier Leitplanken: Einerseits solle die Zahlungsbereitschaft abgeschöpft werden, um einen möglichst hohen Beitrag an die Infrastruktur zu erzielen, andererseits dürfe der Betrag nicht so hoch sein, dass Verkehr verhindert werde. Die Zahlungsbereitschaft sei individuell zu bestimmen und hänge wesentlich von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Infrastrukturbenutzerin ab. Aus diesem Grund sei die Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse als Ausdruck wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sachgerecht. Eine Anpassung des Deckungsbeitrags auf 8 Prozent wäre deshalb zum jetzigen Zeitpunkt vor dem Hintergrund der notwendigen Anschaffung des neuen Rollmaterials unverhältnismässig und mit einer kontinuierlichen Anpassung des Deckungsbeitragssatzes nicht vereinbar. Zudem beziehe sich der Deckungsbeitrag der SBB auf deren gesamtes Streckennetz mit unterschiedlich lukrativen Linien. Deshalb könne er nicht auf die für die Cisalpino massgebenden Strecken übertragen werden. Rechtliche Anfor-

derung sei einzig, dass Unternehmen, die sich in vergleichbaren Verhältnissen befänden, diskriminierungsfrei behandelt würden.

S.
Ebenfalls die Abweisung der Beschwerde der BLS beantragt die Cisalpino mit Stellungnahme vom 5. Juni 2008. Ein zu hoher Deckungsbeitrag führe dazu, dass sie ihre Darlehen nicht mehr wie geplant zurückbezahlen könne. Mit einem Deckungsbeitrag von 4 Prozent per Dezember 2007 könne sie dagegen einen angemessenen Gewinn erwirtschaften und weiterhin in neues Rollmaterial investieren. Der Deckungsbeitrag müsse klarerweise die wirtschaftliche, sprich leistungsfähige Situation der Unternehmung berücksichtigen. Deshalb habe die Vorinstanz festgehalten, dass die Zinsbelastung zu berücksichtigen sei. Damit sei bei der Festsetzung des Deckungsbeitrages die finanzielle Situation der Eisenbahnverkehrsunternehmung massgebend. So sei es folgerichtig und nicht diskriminierend, wenn die Cisalpino als private Unternehmung ohne öffentlich-rechtlichen Auftrag und ohne Subventionen gemessen an ihrer finanziellen Situation für die gleiche Strecke einen anderen Deckungsbeitrag bezahle als die BLS oder die SBB. Eine Erhöhung des Deckungsbeitrags auf 8 Prozent, wie von der BLS gefordert, rechtfertige sich nicht, würden ihr diesfalls bloss noch 35 Prozent des Reingewinns für Investitionen und Rückzahlungen zur Verfügung stehen, was ihr wirtschaftliches Fortkommen gefährden und damit Verkehr verhindern würde.

T.
Die SBB verzichtete am 5. Juni 2008 auf die Einreichung einer Stellungnahme zur Beschwerde der BLS.

U.
In ihren Schlussbemerkungen vom 19. August 2008 hält die BLS an ihren Anträgen und Ausführungen in beiden Beschwerdeverfahren fest. Ausführlich geht sie dabei erneut auf die diskriminierungsfreie Festlegung des Entgelts ein und leitet aus den einschlägigen eisenbahnrechtlichen Bestimmungen, den völkerrechtlichen Vorgaben und dem Schrifttum ab, dass bei der Festlegung des Deckungsbeitrages eine objektive, streckenbezogene Betrachtungsweise geboten sei.

V.
Auf weitere Ausführungen in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidwesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Angefochten sind vorliegend Entscheide des BAV im Zusammenhang mit Personenbeförderungskonzessionen der Cisalpino. Die Vorinstanz gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG. Weil kein Fall von Art. 32 Abs. 1 Bst. f VGG vorliegt, ist eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Beurteilung der Beschwerde der Cisalpino vom 7. August 2004, welche das Bundesgericht mit Urteil vom 20. September 2007 (2A.629/2006 und 2A.630/2006) überwiesen hat, und auch der Beschwerde der BLS vom 1. Februar 2008 zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist gemäss 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). Die Cisalpino als Adressatin der Verfügung vom 7. Juli 2004 ist durch die Erhöhung des Deckungsbeitrages per Dezember 2004 auf 3,5 Prozent beschwert und damit zur Beschwerdeführung legitimiert. Was die BLS und SBB betrifft, so sind diese als Betreiberinnen der Eisenbahninfrastruktur durch die Festlegung des für den Netzzugang geschuldeten Deckungsbeitrages unmittelbar in ihren Rechten betroffen und gelten deshalb als Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG (Urteil des Bundesgerichts 2A.629/2006 und 2A.630/2006 am 20. September 2007 E. 3). Sie können denn auch die Neufestlegung des Deckungsbeitrages für eine Netzbenutzerin selber beantragen (Art. 20 Abs. 2 Bst. b Eisenbahn-Netzzugangsverordnung [NZV, SR 742.122]). Die SBB und BLS haben eine Erhöhung des Deckungsbeitrages der Cisalpino auf 8 Prozent per Fahrplanwechsel 2007 gefordert und sind damit vor der Vorinstanz nicht durchgedrungen. Damit ist auch das Beschwerderecht der BLS zur Anfechtung der Verfügung vom 20. Dezember 2007 zu bejahen.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtenen Verfügungen auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

Zulässigkeit der Anpassung des Deckungsbeitrages 2004

3.
Die Cisalpino stellt sich in ihren Schlussbemerkungen vom 18. August 2008 auf den Standpunkt, die Rechtsbeständigkeit der Konzession und ein fehlender Vorbehalt hätten einer Anpassung im Jahr 2004 entgegengestanden. Damit nimmt sie Bezug auf den Entscheid des UVEK vom 7. Juli 2006, den das Bundesgericht aufgehoben hat. Zu prüfen ist damit vorab die Frage, ob das BAV überhaupt befugt war, den in der Personenbeförderungs-Konzession vom 26. März 1999 festgelegten Deckungsbeitrag im Hinblick auf den Fahrplanwechsel im Dezember 2004 anzupassen.

3.1 Ziff. 6 der Konzession vom 26. März 1999 hat folgenden Wortlaut:

"Der gemäss NZV zu entrichtende Deckungsbeitrag wird für das Jahr 1999 und die ersten fünf Monate des Jahres 2000 erlassen. Im Fahrplanjahr 2000/2001 wird er auf 1 % des auf dem schweizerischen Abschnitt erzielten Verkehrserlöses festgelegt. Auf Fahrplanwechsel 2001/2002 erfolgt eine Neueinschätzung der Ertragslage und damit des Deckungsbeitrages der Cisalpino."

Das für Konzessionsanpassungen zuständige BAV (Art. 31 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 25. November 1998 über die Personenbeförderungskonzession [VPK, SR 744.11]) hat vor Erlass der von der Cisalpino angefochtenen Verfügung vom 7. Juli 2004 folgende Schritte unternommen: Mit Schreiben vom 5. Januar 2001 legte es den Deckungsbeitrag für das Jahr 2000 auf 1 Prozent von 7/12 des auf den schweizerischen Abschnitten erzielten Verkehrserlöses des gesamten Jahres 2000 fest. Für die Zeit vom 1. Januar 2001 bis zum Ende des Fahrplanjahres 2002/2003 beliess es den Deckungsbeitrag auf 1 Prozent. Weiter stellte es in Aussicht, dass im Sommer 2003 die Höhe des Deckungsbeitrages für das Fahrplanjahr 2003/2004 und die folgenden Fahrplanjahre neu festgesetzt werde. Mit Schreiben vom 12. März

2002 teilte es der Cisalpino mit, die Anpassungen der Trassenpreise auf den 1. Januar 2002 hätten sich verzögert. Da nun feststehe, dass sich diese vermindert hätten, könne im Gegenzug der Deckungsbeitrag erhöht werden, ohne dass die Rechnung der betroffenen Verkehrspartner stärker belastet werde. Gestützt darauf setzte es den Deckungsbeitrag, rückwirkend per 1. Januar 2002, auf 1,5 Prozent des Verkehrsertrages fest. Im Zusammenhang mit der Übernahme des gesamten grenzüberschreitenden Fernverkehrs mit Italien forderte das BAV die Cisalpino am 26. März 2004 auf, ein Gesuch um Anpassung des Beitragssatzes einzureichen. Dieser Aufforderung kam die Cisalpino am 1. Juli 2004 nach. In der Folge erliess das BAV die angefochtene Verfügung und erhöhte den Deckungsbeitrag von 1,5 auf 3,5 Prozent per Fahrplanwechsel 2004.

3.2 Strittig ist einzig die letztgenannte Anpassung vom 7. Juli 2004. Auf die Rechtmässigkeit und Formgültigkeit der früheren Anpassungen ist deshalb nicht einzugehen. Die erfolgten Anpassungen sind aber in die nachfolgenden Überlegungen einzubeziehen.

3.2.1 Aus der zitierten Konzessionsbestimmung – die Konzessionserwägungen äussern sich dazu nicht – geht hervor, dass das UVEK den Deckungsbeitrag einzig bis zum Fahrplanwechsel 2001/2002 festgelegt hat. Über die Beitragshöhe für die nachfolgende Zeit bis zum Ablauf der Konzession per Fahrplanwechsel 2007 wurde in der Konzession nicht befunden. Damit konnte die zuständige Behörde den Beitrag für diesen Zeitraum gar nicht überprüfen und bestätigen oder ändern, sondern hatte ihn selber erstmals festzusetzen. Hinsichtlich dieser Neufestsetzung schreibt die Konzession vor, dass die Ertragslage das massgebende Beurteilungskriterium sein soll. Hingegen kann der Konzession nicht entnommen werden, dass der auf den Fahrplanwechsel 2001/2002 neu zu bestimmende Deckungsbeitrag ohne allfällige weitere Anpassungen bis zum Ablauf der Konzession gelten soll. Vielmehr deutet die offene Formulierung der fraglichen Konzessionsbestimmung darauf hin, dass es die Absicht der Konzessionsbehörde war, über den Deckungsbeitrag im Laufe des Jahres 2001 gestützt auf die dann bekannten Kennzahlen neu zu befinden. Dies schliesst auch ein, zu entscheiden, den Deckungsbeitrag ab Fahrplanwechsel 2001/2002 vorerst unverändert zu belassen und zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu überprüfen. Mit der fraglichen Konzessionsbestimmung trug das UVEK im Übrigen Art. 20 Abs. 2 Bst. b NZV Rechnung, wonach bei Konzessionen, die für mehr als fünf Jahre erteilt werden, eine periodi-

sche Überprüfung und Neufestlegung des Deckungsbeitrages vorzusehen ist. Damit soll die Möglichkeit geschaffen werden, das durch die Konzession geschaffene Dauerrechtsverhältnis hinsichtlich des Deckungsbeitrages an Änderungen der Sach- oder Rechtslage anzupassen (vgl. Art. 4 Abs. 5 des Personenbeförderungsgesetzes vom 18. Juni 1993 [PBG, SR 744.10]).

3.2.2 Vorliegend hat das BAV als zuständige Behörde nichts anderes gemacht. Abgesehen von der rückwirkenden Erhöhung gemäss Schreiben vom 12. März 2002, welche nicht im Rahmen einer Neubeurteilung der Ertragslage, sondern als Kompensation reduzierter Trassenpreise erfolgte, entschied das BAV am 5. Januar 2001, den Deckungsbeitrag über den Fahrplanwechsel 2001/2002 hinaus vorerst bei 1 Prozent zu belassen. Gleichzeitig kündigte es aber der Cisalpino eine Neueinschätzung im Sommer 2003 für die folgenden Fahrplanjahre an. Diese erfolgte dann im Frühsommer 2004 und mündete in der angefochtenen Verfügung.

Mit der Konzessionserteilung war somit der Cisalpino bekannt, dass der Deckungsbeitrag ab Fahrplanwechsel 2001/2002 neu festgesetzt wird. Indem das BAV ihr rechtzeitig angezeigt hat, dass der Beitrag zwar vorerst über den in der Konzession festgelegten Zeitraum hinaus bei 1 Prozent belassen, eine (weitere) Neubeurteilung aber zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen werde, hat sie im Rahmen der Konzession gehandelt. Auf den Umstand, dass es sich beim Schreiben des BAV vom 5. Januar 2001 – ebenso wie bei jenem vom 12. März 2002 – inhaltlich um eine Verfügung handeln dürfte, die mangels Anfechtung als rechtskräftig anzusehen wäre und die Cisalpino gegen sich gelten lassen müsste, ist damit nicht weiter einzugehen.

Bemessungskriterien bei der Festlegung des Deckungsbeitrages

4.
Damit ist nachfolgend zu prüfen, welche Bemessungskriterien bei der Bestimmung der Höhe des Deckungsbeitrages zu berücksichtigen sind. Vorinstanz und Cisalpino stellen sich auf den Standpunkt, massgebend sei die Zahlungsbereitschaft der Infrastrukturbenutzerin und damit deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Die BLS – im Beschwerdeverfahren der Cisalpino unterstützt von den SBB – hält dem entgegen, dass die Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Infrastrukturbenutzerin sachfremd und diskrimi-

nierend sei. Massgebend sei einzig eine objektive Beurteilung der Ertragsstärke der fraglichen Strecke und damit habe eine rohertragsfixierte Betrachtungsweise zu erfolgen.

4.1 Eine Transportunternehmung kann mit Bewilligung des BAV die Infrastruktur einer Eisenbahnunternehmung gegen Entgelt benützen (Art. 9 ff. EBG). Hinsichtlich der Höhe des Entgelts für diesen Netzzugang ist im grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr vorab das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen [LVA], SR 0.740.72) zu beachten. Dieses hat als völkerrechtlicher Vertrag Vorrang und ist verbindlich (Art. 5 Abs. 4 sowie Art. 191 BV; vgl. OLIVER BUCHER, Open Access im Schienenverkehr, Diss. Zürich 2006, S. 155 mit Hinweisen). Vorschriften über die Wegentgelte sind in Art. 28 LVA enthalten. Danach erhebt der Fahrwegbetreiber für den Betrieb seines Eisenbahnfahrwegs ein Wegeentgelt, das von den Eisenbahnunternehmen oder internationalen Gruppierungen, die diesen Fahrweg nutzen, zu entrichten ist (Abs. 2). Die Entgelte für die Benutzung des Fahrwegs werden insbesondere je nach Art und Zeit des Verkehrsdienstes, Marktlage sowie Art und Abnutzung des Fahrwegs festgelegt (Abs. 3). Die Entgelte sind an den/die Fahrwegbetreiber zu zahlen (Abs. 4). Die Modalitäten für die Festlegung der Entgelte setzt jede Vertragspartei nach Beratung mit dem Fahrwegbetreiber fest. Innerhalb des gleichen Marktes werden die für gleichwertige Dienste erhobenen Entgelte diskriminierungsfrei angewendet (Abs. 5).

Das Diskriminierungsverbot ist bereits in den allgemeinen Grundsätzen und Zielen des LVA umschrieben, indem sich die Vertragsparteien verpflichten, im Rahmen der Anwendung des Abkommens keine diskriminierenden Massnahmen zu ergreifen (Art. 1 Abs. 3 LVA). Dies bedeutet, dass die Vertragsparteien unter Vorbehalt gegenteiliger Vereinbarungen keine Massnahmen treffen dürfen, die geeignet sind, Transportunternehmen aus dem Gebiet der anderen Vertragspartei in formeller oder materieller Hinsicht zu benachteiligen. Im Gegensatz zum Verbot der formellen Diskriminierung gilt das Verbot der materiellen Diskriminierung nicht absolut. Eine unterschiedliche Beurteilung ist demnach zulässig, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht und in Relation zu ihrem Zweck verhältnismässig ist (BUCHER, a.a.O., S. 160). Da das Abkommen einzig den grenzüberschreitenden Verkehr regelt und die Normierung des nationalen Verkehrs den Vertragsparteien über-

lässt, besteht kein staatsvertragliches Verbot einer Inländerdiskriminierung. Ein solches liesse sich aber wohl aus Art. 8 BV ableiten (vgl. BUCHER, a.a.O., S. 160 mit Hinweisen).

4.2 Die Schweiz hat sich verpflichtet, zu den im Anhang 1 des LVA aufgeführten einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts gleichwertige Rechtsvorschriften anzuwenden (Art. 52 Abs. 6 i.V.m. Art. 56 LVA).

4.2.1 Hierzu gehört gemäss Anhang 1 Abschnitt 4 auch die Richtlinie 95/19/EG des Europäischen Rates vom 19. Juni 1995 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Berechnung von Wegeentgelten (Amtsblatt Nr. L 143 vom 27. Juni 1995 S. 75 ff.). Diese Richtlinie enthielt in den Art. 6 ff. nur sehr allgemeine Grundsätze der Entgeltberechnung, was den Vertragsparteien eine sehr unterschiedliche und differenzierte Gestaltung der Preisbildung erlaubte (BUCHER, a.a.O., S. 176; GEORG ZELLHOFER, Der Wettbewerb auf den Europäischen Schienenverkehrsmärkten, Wien und Graz 2003, S. 137). Sie wurde durch die Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung ersetzt (ABl. L 75 vom 15. März 2001 S. 29 ff.).

4.2.2 Die Richtlinie 2001/14/EG sieht in Art. 7 Abs. 3 als Entgelt für den Netzzugang und die Mindestleistungen sowie den Zugang zu den Serviceeinrichtungen eine grenzkostenorientierte Bemessung vor, wobei gemäss dessen Absätzen 4 und 5 auch Faktoren wie die Knappheit und umweltbezogene Auswirkungen berücksichtigt werden können (vgl. auch BUCHER, a.a.O., S. 91 f.; ZELLHOFER, a.a.O., S. 150 f.). Unter Grenzkosten werden die spezifischen variablen Kosten der Nutzung bestehender Infrastruktur (ohne Berücksichtigung von Kapazitätserhöhungen) verstanden. Sie entsprechen jenen Kosten, die durch den Betrieb eines zusätzlichen Zuges auf einer bestimmten Strecke entstehen. Dazu gehören insbesondere der Stromverbrauch, ein Teil des Unterhalts sowie Planungs- und Steuerungskapazitäten. Die Bemessung des Entgelts entspricht somit nicht einer Vollkostenrechnung, welche im Sinne der Gesamtkosten die Summe der Kapitalkosten und der Unterhaltskosten umfassen und somit den gesamten jährlichen Kosten für die Bereitstellung der Infrastruktur entsprechen würde (vgl. zum Ganzen: BUCHER, a.a.O., S. 91 ff.; ZELLHOFER, a.a.O., S. 150 f.).

4.2.3 Um dennoch im Hinblick auf eine volle Deckung der Infrastrukturkosten ein höheres Entgelt zu erhalten, sind bei der grenzkostenorientierten Bemessung gestützt auf Art. 8 Abs. 1 2001/14/EG nichtdiskriminierende Aufschläge zulässig, sofern der Markt dies tragen kann. Durch die Höhe der Entgelte dürfen somit Infrastrukturbenutzer nicht ausgeschlossen werden, die bereit sind, mindestens die Kosten zu bezahlen, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen, einschliesslich einer Rendite, die der Markt tragen kann (BUCHER, a.a.O., S. 94). Unter dieser Rendite ist jener Betrag zu verstehen, den ein effizientes Eisenbahnunternehmen zu zahlen in der Lage ist, um auf den Schienenverkehrsmärkten dauerhaft bestehen zu können (BUCHER, a.a.O., S. 94 mit Verweis auf ZELLHOFER, a.a.O., S. 155). Diese Richtlinie wurde noch nicht ins Landverkehrsabkommen übernommen (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 2005 zur Bahnreform 2 [Botschaft Bahnreform 2, BBl 2005 2415], S. 2429 ff.).

4.2.4 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das Nutzungsentgelt gemäss Rechtslage der Europäischen Gemeinschaft und damit grundsätzlich auch gemäss LVA nicht auf einer Vollkostenrechnung beruht, über die nutzungskostenorientierten Grenzkosten hinaus Zuschläge zulässig sind und diese Zuschläge marktorientiert bzw. unter Berücksichtigung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Unternehmungen nichtdiskriminierend zu bemessen sind.

4.3 Die Grundsätze der LVA über die Festlegung des Entgelts für die Benützung der Infrastruktur sind im Rahmen der Bahnreform (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 13. November 1996 zur Bahnreform [Botschaft Bahnreform, BBl 1997 I 909]) ins Bundesrecht aufgenommen worden und in den Art. 9b EBG und Art. 18 ff. der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 (NZV, SR 742.122) geregelt. In Art. 18 NZV wird festgehalten, dass sich der Trassenpreis nach Art. 9b EBG aus einem Grundpreis und den Preisen für Zusatzleistungen zusammensetzt (Abs. 1). Der Grundpreis umfasst den Mindestpreis und einen Deckungsbeitrag (Abs. 2). Der Trassenpreis für eine Strecke ist immer nach den gleichen Ansätzen diskriminierungsfrei festzulegen (Abs. 3). In der Schweiz gilt somit (ebenfalls) ein zweistufiges Trassenpreissystem, das auf einem grenzkostenbasierten Mindestpreis und einem nachfrageorientierten Deckungsbeitrag beruht (Botschaft Bahnreform, a.a.O., S. 929 f.; BUCHER, a.a.O., S. 176 und 327 ff.). Mit den erhobenen Trassenpreisen werden durchschnittlich 50 Prozent der direkten Betriebskosten (ohne Abschreibungen) der

schweizerischen Schieneninfrastruktur gedeckt. Die Schweiz verzichtet aus übergeordneten Gründen, insbesondere der Verlagerungspolitik und der Belastung der öffentlichen Hand durch Abgeltungen im Regionalverkehr, auf eine höhere Kostendeckung (Botschaft Bahnreform 2, a.a.O., S. 2450). Der nicht durch die Einnahmen aus den Trassenpreisen gedeckte Teil der Infrastrukturkosten wird durch die öffentliche Hand abgegolten (vgl. Art. 49 ff. EBG für den bestellten Verkehr; BUCHER, a.a.O., S. 328). Weil somit die Trassenpreise gar nicht die Vollkosten der Infrastrukturnutzung abdecken, geht der Einwand der BLS, zu tiefe Deckungsbeiträge würden gegen den Grundsatz der Trennung von Verkehr und Infrastruktur verstossen, weil die Infrastrukturbetreiberin bei zu tiefen Nutzungsentgelten auf höhere Infrastrukturbeiträge angewiesen sei, fehl.

4.4 Bezüglich des Deckungsbeitrages gelten je nach Art des Verkehrs unterschiedliche Bestimmungen. Im nicht konzessionierten Verkehr wird der Deckungsbeitrag von der Infrastrukturbeitreiberin für jede Strecke festgelegt (Art. 20 Abs. 1 NZV). Die massgebenden Faktoren für die Preisbildung sind detailliert in Art. 20 Abs. 1 NZV aufgezählt (vgl. nachfolgende Erwägung). Im konzessionierten Verkehr bestimmt dagegen die Konzessionsbehörde den Deckungsbeitrag; dies gilt sowohl für die bestellten als auch für die anderen Verkehre (Art. 20 Abs. 2 Bst. a und b NZV). Der konzessionierte Eisenbahnverkehr wird definiert als regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung mittels Eisenbahnen und anderen spurgeführten Verkehrsmitteln (vgl. Art. 1 ff. VPK).

4.5 Mit dem Deckungsbeitrag wird bezweckt, das an sich kostenfixierte Trassenpreissystem mit nachfragebestimmten Preiselementen zu kombinieren um damit eine höhere Abdeckung der Vollkosten zu erreichen. Dadurch werden Gegebenheiten der Nachfrage in die Trassenpreisbildung miteinbezogen. Weiter werden Voraussetzungen für eine ökonomisch effiziente Nutzung des Schienennetzes sowie Anreize für den Infrastrukturbetreiber geschaffen, eine zeitgemässe, leistungsfähige und qualitativ hochstehende Schieneninfrastruktur bereitzustellen (BUCHER, a.a.O., S. 340 ff.). Ein höherer Deckungsgrad wird erreicht, indem die besonderen Kosten bestimmter Verkehrsleistungen, die besonderen Aufwendungen des Infrastrukturbetreibers sowie die Nachfrage im Markt und damit die Zahlungsbereitschaft der einzelnen Anbieter bei besonders lukrativen Verkehrsleistungen abgeschöpft werden (Botschaft Bahnreform, a.a.O., S. 953 f.; BUCHER, a.a.O., S. 332 f.).

Bemessungskriterien sind der Ausbaustandard der Strecke, die Umweltbelastung des eingesetzten Rollmaterials, die Trassenbelegung und Regelmässigkeit der Benützung einer Strecke, das Preisgebot der Netzbenutzerin, die Abnutzung der Schienen und die zulässige Höchstgeschwindigkeit, Abweichungen von der Normgeschwindigkeit und Fahrtcharakteristiken, der Planungsaufwand, die Planungs- und die Trassenqualität, besondere Aufwendungen des Infrastrukturbetreibers sowie die Vorgaben des Bunds zur Förderung des kombinierten Verkehrs (Art. 9b Abs. 3 Satz 2 EBG i.v.m. Art. 20 Abs. 1 NZV; dazu ausführlich BUCHER, a.a.O., S. 339 ff.).

4.6 Im konzessionierten Personenverkehr besteht allerdings kein Markt. Der von der BLS angeführte Vergleich des Entgeltsystems mit den Bemessungsfaktoren der Schwerverkehrsabgabe, Nationalstrassenabgabe, Landegebühren oder Stromnetznutzung zielt deshalb an der Sache vorbei. Vielmehr muss der Trassenpreis nach anderen Grundsätzen festgelegt werden, indem zusätzlich zu den für die Streckenkategorie behördlich bestimmten Grenzkosten (Mindestpreis) ein behördlich festgelegter Anteil an den Erträgen aus dem Verkehr abgeschöpft wird (Art. 9b Abs. 3 Satz 3 EBG, Art. 20 Abs. 2 NZV; BUCHER, a.a.O. S. 333, S. 349 ff.). Die in Art. 20 Abs. 1 NZV aufgezählten Faktoren – und damit auch die Zahlungsbereitschaft eines Netzbenutzers (Art. 20 Abs. 1 Bst. d NZV) – dürfen im konzessionierten Verkehr nicht als Preisbildungsfaktoren berücksichtigt werden (BUCHER, a.a.O., S. 350). Dieses ausschliesslich auf den Verkehrserlös ausgerichtete System soll im Rahmen der Bahnreform 2 eine Änderung erfahren, indem neu auch die in Art. 9b Abs. 3 Satz 2 EBG für andere Verkehrsarten festgehaltenen Kriterien massgebend sein sollen (vgl. Botschaft Bahnreform 2, a.a.O., S. 2450).

4.7 Netzzugang und Entgelt sind diskriminierungsfrei zu gewähren bzw. festzulegen (Art. 9a Abs. 1 und Art. 9b Abs. 3 EBG). Dieses Gebot bezweckt – vergleichbar dem allgemeinen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot, das sich an marktbeherrschende Unternehmen richtet (Art. 7 Abs. 2 Bst. b des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251]) –, Wettbewerbsverfälschungen auf den dem Eisenbahninfrastrukturmarkt nachgelagerten Schienenverkehrsmärkten zu verhindern, die durch eine Ungleichbehandlung der Eisenbahnverkehrsunternehmen entstehen. Grundsätzlich dürfen diese unter den gleichen Bedingungen weder in formeller noch in materieller Hinsicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden. Allerdings be-

steht nur eine Pflicht zur Gleichbehandlung bei gleichwertigen Leistungen. Gleichwertigkeit bedeutet indessen nicht vollkommene Identität der Leistungen, denn der Begriff setzt vielmehr einen Bewertungsspielraum voraus, innerhalb dessen die jeweiligen Eigenarten der angebotenen Leistungen sowie die Besonderheiten des Marktes zu berücksichtigen sind (dazu ausführlich: BUCHER, a.a.O., S. 286).

Art. 18 Abs. 3 NZV hat damit nicht zur Folge, dass sämtliche Trassen einen Einheitspreis aufweisen müssen. Vielmehr bewirkt ein marktkonformer Preisbildungsprozess, dass etwa für unterschiedliche Trassen oder Verkehrsleistungen, die Nutzung des gleichen Fahrweges zu verschiedenen Zeiten oder bei Kapazitätsengpässen unterschiedliche Preise gelten müssen, da es sich aus ökonomischer Sicht um verschiedene Güter handelt. Solche Preisdifferenzierungen sowie die gemäss Art. 18 Abs. 4 NZV gewährten strecken-, zeit- oder kostenbezogenen Ausnahmen stellen noch keine Preisdiskriminierung dar. Eine solche ist erst dann anzunehmen, wenn der gleiche Fahrweg zum gleichen Zeitpunkt verschiedenen Zugangsinteressenten zu unterschiedlichen Bedingungen angeboten wird, ohne dass eine solche Ungleichbehandlung auf einer rechtsatzmässigen Grundlage beruht (vgl. zum Ganzen: BUCHER, a.a.O., S. 334 f.).

Im Gegensatz zu den nicht konzessionierten Verkehrsleistungen, wo der Infrastrukturbetreiber den Deckungsbeitrag festlegt (Art. 20 Abs. 1 NZV), bietet das Diskriminierungsverbot im konzessionierten Verkehr keinen Schutz vor Preismissbräuchen, da konkurrierende Nachfrager fehlen. Deshalb setzt die zuständige Behörde, die jedoch an das Recht gebunden ist, den Deckungsbeitrag anhand der Erträge aus den jeweiligen Verkehrsleistungen fest (Art. 9b Abs. 3 Satz 3 EBG; BUCHER, a.a.O., S. 334).

4.8 Der Deckungsbeitrag im konzessionierten Personenverkehr ist als "Anteil an den Erträgen aus dem Verkehr" festzulegen (Art. 9b Abs. 3 Satz 3 EBG). Damit gibt das Gesetz zwar die Bemessungsgrösse vor, bestimmt aber die Berechnungsfaktoren nicht (vgl. DAVID FAVRE, Access pricing et regulation ferroviaires. La Suisse face aux experiences europeennes, Genf 2003, S. 239 f.). Auch der NZV kann diesbezüglich nichts entnommen werden. Diese Faktoren sind deshalb auf dem Weg der Gesetzesauslegung zu bestimmen.

4.8.1 Eine Auslegung ist notwendig, wo ein Gesetzeswortlaut entweder unklar ist oder wo Zweifel bestehen, ob der scheinbar klare Wortlaut den Sinn der Norm wiedergibt. Ziel der Auslegung einer Norm ist es, deren Sinngehalt zu ergründen. Auszugehen ist dabei vom Wortlaut der auszulegenden Bestimmung, doch kann dieser nicht allein massgebend sein, namentlich wenn der Text unklar ist oder verschiedene Bedeutungen zulässt. Vielmehr muss nach der wahren Tragweite des Wortlauts gesucht werden unter Berücksichtigung der weiteren Auslegungselemente wie Entstehungsgeschichte und Zweck der Norm. Wichtig ist auch die Bedeutung, welche der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Rechtsprechung lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten (vgl. zum Ganzen BGE 128 I 34 E. 3b, BGE 125 II 206 E. 4a, BGE 124 III 266 E. 4, mit weiteren Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 214 ff., Hans Peter Walter, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, recht 1999, S. 157 ff.; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Lausanne, Zürich und Bern 2008, S. 85 Rz. 2.182 f., mit Hinweisen).

4.8.2 Ausgangspunkt der Auslegung bildet der Begriff „Verkehrsertrag“. Betriebswirtschaftlich gilt als Ertrag das Entgelt für betriebliche Leistungen, was gleichgesetzt wird mit dem Erlös oder den Einnahmen. Ihm steht begrifflich der Aufwand entgegen (Jean-Paul Thommen, Lexikon der Betriebswirtschaft, Zürich 2004, S. 199 f.). Der Eisenbahnverkehrsertrag ergibt sich aus den Erlösen des Verkaufs von Fahrausweisen, Reservationen, Zuschlägen und Reisegepäckbeförderungen (Bucher, a.a.O., S. 350). Wie bereits erwähnt, dürfen die bei nicht konzessionierten Verkehrsleistungen massgebenden Faktoren gemäss Art. 20 Abs. 1 NZV im konzessionierten Verkehr nicht berücksichtigt werden (vgl. E. 4.6). Um im konzessionierten Verkehr Berechnungsfaktoren ermitteln zu können, ist deshalb vom Zweck des Deckungsbeitrages auszugehen: Einerseits soll damit über die Grenzkosten hinaus eine höhere Deckung der Infrastrukturkosten und damit eine Verringerung staatlicher Beiträge erreicht werden (vgl. E. 4.3). Andererseits soll mittels dieser ertragsfixierten Bemessung ein Anreizsystem für den Infrastrukturbetreiber geschaffen werden im Hinblick darauf, dass er eine moderne, leistungsfähige und qualitativ hochstehende Schieneninfrastruktur erstellt und unterhält, die ökonomisch effizient genutzt wird (E. 4.5). Diese Faktoren sprechen dafür, den am Ver-

kehrserlös zu bemessenden Beitragssatz möglichst hoch anzusetzen, um zu verhindern, dass die Netzbenutzerin übermässige Gewinne zu Lasten der durch die öffentliche Hand finanzierten Eisenbahninfrastruktur erzielt. Die Höhe des Beitragssatzes ist allerdings insofern zu begrenzen, als sich der Netzzugang für die Nutzerin finanziell noch lohnen muss, denn andernfalls würde durch einen zu hohen Deckungsbeitrag ein Angebot verhindert (BUCHER, a.a.O., S. 350).

4.8.3 Während der Deckungsbeitrag im regionalen Personenverkehr im Bereich zwischen 10 bis 14 Prozent des Personenverkehrsertrags liegt (FAVRE, a.a.O., S. 240; BUCHER, a.a.O., S. 350), wurde er im Personenfernverkehr (wie ihn die Cisalpino bereitstellt) per Anfang 2005 von 4 auf 8 Prozent erhöht (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 10. März 2006 über die Leistungsvereinbarung zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und den SBB für die Jahre 2007 – 2010 und den Zahlungsrahmen für die Finanzierung der Infrastruktur der SBB für die Jahre 2007 – 2010, BBl 2006 3817 ff., S. 3858).

4.8.4 Im konzessionierten Verkehr hat sich der Anteil an den streckenbezogenen Verkehrserträgen somit an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Infrastrukturnutzerin zu orientieren. Dies setzt entgegen der Ansicht der BLS und der SBB voraus, dass die Ertrags- und Vermögenslage der Netzbenutzerin zu berücksichtigten ist. Allerdings handelt es sich dabei – entgegen der Wortwahl der Vorinstanz – nicht um die Zahlungsbereitschaft der Cisalpino. Diese dürfte wohl im nicht konzessionierten Verkehr, wo konkurrierende Nachfrager und damit Preisgebote der Netzbenutzer eine Rolle spielen, von Bedeutung sein. Im konzessionierten Personenverkehr ist dagegen die Zahlungsfähigkeit massgebend.

Dieses Auslegungsergebnis widerspricht weder völkerrechtlichen Bestimmungen noch den Grundprinzipien der Verkehrspolitik. Denn auch im Europäischen Recht sind über die Grenzkosten hinausgehende Zuschläge unter Berücksichtigung der Tragbarkeit für die Eisenbahnunternehmung zu bestimmen (E. 4.2.4). Weiter folgt aus der verkehrspolitischen Vorgabe, durch die Beitragshöhe dürfen mit dem Netzzugang ermöglichte Verkehre nicht verhindert werden, dass der individuellen Finanzlage Rechnung getragen werden muss. Dass schliesslich im konzessionierten Verkehr, wo Markt und Diskriminierungsverbot nicht zum Tragen kommen (E. 4.7), gemäss heute noch geltender Gesetzesregel einzig die finanzielle Leistungsfähigkeit der Netzbenutzerin Be-

messungsfaktor des Deckungsbeitrages ist (E. 4.6), ist für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich (Art. 191 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]).

5. Nachfolgend ist zu prüfen, ob das BAV die Höhe der strittigen Deckungsbeiträge in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht festgelegt hat. Dabei ist vorab Folgendes zu beachten: Bei der Bestimmung der Zahlungs- bzw. Leistungsfähigkeit einer Infrastrukturbenutzerin verfügt das BAV über einen grossen Ermessensspielraum, geht es doch im erhöhten Masse um die Beurteilung betriebswirtschaftlicher und finanztechnischer Faktoren unter besonderer Berücksichtigung eisenbahnbetrieblicher Gegebenheiten.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Angemessenheit behördlichen Handelns an sich frei (Art. 49 VwVG). Aufgrund der für die Bestimmung des Beitragssatzes notwendigen besonderen Sachkenntnisse hält es sich bei der Überprüfung solcher Entscheide allerdings zurück und greift nur dann in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich ein Verwaltungsakt als unangemessen erweist. Dem Vorwurf unangemessenen Handelns setzt sich eine rechtsanwendende Behörde aus, wenn sie zwar innerhalb des ihr eingeräumten Entscheidspielraums bleibt, ihr Ermessen aber in einer Art und Weise ausübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzweckmässig ist bzw. materiell als nicht vertretbar erscheint (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6121/2007 vom 3. April 2008 E. 5.2 mit Hinweisen; BGE 133 II 35 E. 3, BGE 130 II 449 E. 4.1 mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2; Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, [VPB] 69.69 E. 7.2 und 60.41 E. 4; vgl. auch Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 460 f. Und 473 f., mit Hinweisen).

Deckungsbeitrag ab Dezember 2004

6.
Den Deckungsbeitrag der Cisalpino ab Dezember 2004 (Fahrplanwechsel) hat das BAV mit Verfügung vom 7. Juli 2004 von 1,5 auf 3,5 Prozent erhöht. Diese Verfügung wird von der Cisalpino angefochten, die eine Neufestlegung (auf einem tieferen Wert) verlangt.

6.1 Vorab stellte das BAV fest, die Übernahme von Fernverkehrszügen führe bei den SBB und der BLS zu Einnahmeverlusten, weil der bestehende Deckungsbeitrag der Cisalpino mit 1,5 Prozent deutlich unter jenem der SBB und BLS von 4 Prozent läge. Die Übernahme sei aber mit einer markanten Verbesserung der Ertragskraft der Cisalpino verbunden. Deshalb dränge sich eine Erhöhung des Deckungsbeitrages auf. Dabei sei dem Einwand der Cisalpino, sie wolle einen möglichst hohen Cash-Flow erzielen, um die hohe Verschuldung rasch abbauen zu können, teilweise Rechnung zu tragen, denn die Bilanz weise tatsächlich eine hohe Verschuldung auf. Aus den Unterlagen gehe aber auch hervor, dass der Verlustvortrag aus den ersten Betriebsjahren Ende 2004 abgebaut sein werde. Selbst bei einer Erhöhung des Deckungsbeitrages um 2 Prozent sei die Cisalpino in der Lage, Gewinne zu realisieren. Die Eigenkapitalrentabilität könne gegenüber dem Jahr 2004 deutlich gesteigert werden. Damit würden Verkehre nicht verhindert. In seiner Vernehmlassung vom 29. Oktober 2004 hält das BAV ergänzend fest, die Cisalpino weise für das Jahr 2002 eine Eigenkapitalrentabilität von (...) Prozent aus. Diese hohe Rentabilität sei im Jahr 2003 mit (...) Prozent nochmals übertroffen worden. Auch mit der Erhöhung des Deckungsbeitrages auf 3,5 Prozent werde eine Eigenkapitalrentabilität von (...) Prozent (2006) ermöglicht.

6.2 Die Cisalpino wendet in ihrer Beschwerde vom 7. August 2004 ein, das BAV hätte sich nicht auf die optimistischen Ertragsverbesserungen gemäss Businessplan abstützen dürfen. Dieser basiere bloss auf im Tagesgeschäft nicht bestätigten Annahmen und könne nicht alle Risiken der Ausweitung der Geschäftstätigkeit berücksichtigen. Sie habe zwar ihre Abschreibungsdauer auf 25 Jahre festgelegt. Üblich seien auch 15 Jahre mit der Folge, dass der Gewinn wegfalle und der Deckungsbeitrag tiefer anzusetzen sei. Weiter habe das BAV die Fremdverschuldung und insbesondere die anstehenden Investitionen in neues Rollmaterial von rund (...) Mio Euro nicht ausreichend gewürdigt. Die erste Rate von (...) Mio Euro werde bereits im Spätsommer 2004 fällig. Daher sei sie auf den Ertrag des zugemieteten Rollmaterials unbedingt angewiesen. Zudem habe sie bis heute keine Dividendenzahlungen vorgenommen, um den Gewinn vollständig reinvestieren zu können. Sie erhalte keine Subventionen und könne deshalb nicht mit den SBB bzw. deren Deckungsbeitrag von 4 Prozent verglichen werden. Schliesslich habe die Beitragserhöhung um mehr als 100 Prozent geradezu pönalen Charakter, werde doch die Geschäftsausweitung und Investition in neues Rollmaterial mit jährlichen Beiträgen von

rund (...) Mio Franken zusätzlich belastet, ohne den wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Eine Aufteilung des Deckungsbeitrages auf die verschiedenen Zugstypen (Neigezüge z.B. 1,5 Prozent und konventionelle Züge z.B. 2 Prozent) würde der Gesamtsituation besser Rechnung tragen.

6.3 Unbestritten liess sich das BAV von den gesetzlichen Grundsätzen leiten, wonach der Deckungsbeitrag an Hand der Ertrags- und Vermögenslage der Unternehmung und gemessen an den Erträgen aus dem fraglichen Verkehr festzusetzen (vgl. E. 4.8.4) und dabei ein möglichst hoher Beitrag an die Infrastrukturkosten abzuschöpfen ist, ohne die Verkehrsangebote der Cisalpino aus finanzieller Sicht zu verhindern. Was nun die konkrete Festsetzung der Beitragshöhe angeht, so kann den Einwänden der Cisalpino aus folgenden Überlegungen nicht gefolgt werden:

6.3.1 Bei ihren Abklärungen hat sich das BAV auf die von der Cisalpino vorbehaltlos eingereichten Unterlagen abgestützt. Dieses Verhalten hat die Cisalpino gegen sich gelten zu lassen und ihre Behauptung, die eingereichten Unterlagen seien zu ungenau oder falsch, geht bereits aus diesem Grund fehl. Auch wenn der ebenfalls eingereichte Businessplan lediglich eine prognostizierte Entwicklung der betrieblichen Kennzahlen beinhaltet, die deshalb mit einem gewissen Unsicherheitsfaktor behaftet sind, erscheinen diese Daten noch lange nicht als ungeeignet, geht es doch bei der Festlegung des Deckungsbeitrages auch um die Abschätzung künftiger betrieblicher Entwicklungen. Zudem hat die Cisalpino nicht dargelegt, auf welche Bemessungsgrundlagen das BAV stattdessen hätte zurückgreifen sollen. Insbesondere hat sie es unterlassen, ihre finanzielle Situation mittels anderer Zahlen zu belegen, die ihrer Meinung nach besser geeignet gewesen wären. Ohnehin zielt der Vorwurf, die Zahlen seien zu optimistisch gewesen, angesichts der von der Vorinstanz in der Duplik aufgezeigten weiteren betrieblichen Entwicklung der Cisalpino ins Leere. Die Rüge einer unrichtigten Feststellung des massgeblichen Sachverhalts geht damit fehl.

6.3.2 Die Abschreibungsdauer hat das BAV entsprechend den Angaben der Cisalpino in die Überlegungen einbezogen. Damit hat die Cisalpino auch in diesem Punkt ihre eigenen Angaben gegen sich gelten zu lassen. Im Übrigen entspricht eine Abschreibungsdauer von 25 Jah-

ren gemäss unbestritten gebliebener Aussage des BAV auch dem üblichen Standard bei der Neubeschaffung von Rollmaterial.

6.3.3 Was das Betriebsergebnis angeht, so ist mit dem BAV einig zu gehen, dass die für die Tilgung des Verlustvortrages nicht mehr benötigten Mittel den Reingewinn erhöhen und gestützt auf die Grundsätze der Beitragsfestlegung ein Teil durch die Anhebung des Deckungsbeitrages abgeschöpft werden soll. Hinsichtlich der Neuverschuldung im Hinblick auf die Anschaffung von neuem Rollmaterial behauptet die Cisalpino nicht, die Feststellung des BAV, auch bei einer Beitragshöhe von 3,5 Prozent vermöge die Cisalpino immer noch ausreichend Gewinn zu erwirtschaften, trage dieser Verschuldung nicht Rechnung. Dem Interesse der Cisalpino an einer möglichst hohen Reinvestition der Gewinne im Hinblick auf die Neuverschuldung steht aber das öffentliche Interesse gegenüber, einen möglichst hohen Beitrag an die Infrastrukturkosten zu erzielen. Weil die Cisalpino die Feststellung des BAV, die Anhebung des Deckungsbeitrages erlaube weiterhin lukrative Verkehrsangebote, gar nicht bestreitet, besteht für das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, diesbezüglich von einer unrichtigen Würdigung des Sachverhalts durch das BAV auszugehen.

6.3.4 Bezüglich der nicht vorgenommenen Dividendenauszahlungen behauptet selbst die Cisalpino nicht, der Grund dafür seien zu hohe Deckungsbeiträge bzw. nicht gewinnbringende Verkehrsleistungen. Welchen Vorteil die Cisalpino aus der weiteren Behauptung, sie erhalte keine Subventionen, ziehen will, ist auch nicht erkennbar, ging doch das BAV gar nicht von der gegenteiligen Annahme aus. Eine allfällige Ungleichbehandlung im Vergleich mit den SBB liegt nicht vor, weil das BAV bezüglich der Festsetzung des Deckungsbeitrages auf die Kennzahlen der Cisalpino und nicht auf die Verhältnisse bei den SBB abgestellt hat. Ohnehin erhalten auch die SBB gemäss Aussage des BAV im nicht bestellten Fernverkehr keine Subventionen und ihr Deckungsbeitrag (sowie jener der BLS) wurde auf den Fahrplanwechsel 2004 hin sogar auf 8 Prozent angehoben. Der Vorwurf schliesslich, die Beitragserhöhung um mehr als 100 Prozent habe pönalen Charakter, trifft ebenfalls nicht zu. Denn die Cisalpino wird mit der Beitragserhöhung bloss dazu verpflichtet, für die Benützung der Bahninfrastruktur einen angemessenen und zumutbaren Anteil ihres Ertrages abzuliefern.

6.3.5 Was schliesslich den Antrag angeht, den Deckungsbeitrag nach Zugsart (konventionelle und Neigezüge) aufzuteilen, so bleibt die Cis-

alpino den Beweis schuldig, weshalb eine solche Vorgehensweise der Gesamtsituation besser Rechnung tragen bzw. zu einem anderen Gesamtergebnis führen würde. Abgesehen davon orientiert sich die Höhe des Deckungsbeitrages an der Ertrags- und Vermögenslage des gesamten Unternehmens, welche sich schwerlich auf verschiedene Zugsarten umlegen lässt, was offenbar auch von der Cisalpino nicht praktiziert wird.

6.4 Zusammenfassend hat das BAV die Erhöhung des Deckungsbeitrages der Cisalpino auf den Fahrplanwechsel 2004 von 1,5 auf 3,5 Prozent sachlich begründet. Die Vorgehensweise entspicht den gesetzlichen Vorgaben und das Bundesverwaltungsgericht sieht sich nicht veranlasst, in das vorinstanzliche Ermessen einzugreifen. Aus diesem Grund ist die Beschwerde der Cisalpino abzuweisen.

Deckungsbeitrag ab Dezember 2007

7.
Den Deckungsbeitrag der Cisalpino ab Dezember 2007 (Fahrplanwechsel) bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2010 hat das BAV mit Verfügung vom 20. Dezember 2007 auf 4 Prozent des auf dem schweizerischen Abschnitt erzielten Verkehrserlöses festgelegt. Diese Verfügung wird von der BLS angefochten, welche eine Erhöhung auf 8 Prozent verlangt.

7.1 Das BAV liess sich von folgenden Überlegungen leiten: Gemäss Geschäftsbericht 2006 habe die Cisalpino einen Jahresgewinn von über (...) Mio Franken erzielt. Die Kennzahlen 1998 bis 2006 zeigten, dass sich das Unternehmen auf einem wirtschaftlich günstigen Kurs befinde. Reingewinn und Eigenfinanzierungsgrad hätten stetig zugenommen und die Eigenkapitalrendite betrage heute (...) Prozent gegenüber (...) Prozent im ersten Geschäftsjahr. Vor diesem Hintergrund sei es sicher gerechtfertigt, von einem lukrativen Verkehr zu sprechen. Einer möglichst hohen Gewinnabschöpfung stehe die Zinsbelastung entgegen. Auch müsse der Cisalpino ein angemessener Gewinn verbleiben, damit sie künftige Investitionen tätigen könne. Der Reingewinn berücksichtige die Aufwendungen bereits und er sei deshalb bei der Festlegung des Deckungsbeitrages in Betracht zu ziehen. Bei der Bestimmung der Höhe des Deckungsbeitrages sei immer die besondere Situation der Cisalpino als junge Unternehmung gewürdigt worden. Letztmals sei der Betrag auf den Fahrplanwechsel 2004 auf 3,5

Prozent erhöht worden. Infolge des hängigen Beschwerdeverfahrens komme derzeit immer noch der Satz von 1,5 Prozent zur Anwendung. Es wäre jedoch unverständlich, wenn bei einem Reingewinn von beinahe (...) Mio Franken derselbe Deckungsbeitrag bezahlt werden müsste wie bei einem Reingewinn von (...) Mio Franken im Jahr 2000 (Deckungsbeitrag erlassen) oder von (...) Mio Franken im Jahr 2003 (Beitrag 1,5 Prozent). Der Beitrag sei damit zwingend zu erhöhen.

Auszugehen sei von einem in der Schweiz anfallenden hälftigen Ertrag von (...) Mio Franken des gesamten Bruttoerlöses von (...) Mio Franken. Bei einem Ansatz von 1,5 Prozent ergäbe sich ein Deckungsbeitrag von (...) Mio Franken und durch jede Erhöhung des Satzes um ein halbes Prozent würde der Deckungsbeitrag um (...) Mio Franken zunehmen. Bei einem Deckungsbeitrag von 4 Prozent – mehr als eine Verdoppelung des bisherigen Ansatzes – ergäbe sich ein Beitrag von (...) Mio Franken. In der Rechnung 2006 hätte sich dadurch der Reingewinn von (...) Mio auf (...) Mio Franken verringert, was angesichts der Grösse der Unternehmung immer noch als angemessener Gewinn bezeichnet werden könne.

Bei isolierter Betrachtung dieser Zahlen liesse sich durchaus ein noch höherer Deckungsbeitrag vertreten. Dabei seien aber auch der bevorstehenden Kostensteigerung durch die Beschaffung von neuem Rollmaterial sowie dem Ausmass der Erhöhung des Deckungsbeitrages in einem Schritt Rechnung zu tragen. Von diesen Überlegungen ausgehend werde der Deckungsbeitrag von 1,5 Prozent auf 4 Prozent erhöht. Ab diesem Zeitpunkt bestehe das gesamte Angebot der Cisalpino aus Neigezugleistungen, so dass die Beitragshöhe zu diesem Zeitpunkt in jedem Fall und anschliessend jeweils nach Bedarf neu festzusetzen sei.

7.2 Entgegen der Ansicht der BLS hat das BAV in Übereinstimmung mit der Rechtslage die Ertrags-, Gewinn- und Vermögenssituation der Cisalpino, mithin deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, als Bemessungsfaktor bei der Bestimmung der Höhe des Deckungsbeitrages berücksichtigt (vgl. E. 4.8.4). Damit durfte das BAV ohne Verletzung von Bundesrecht auch den Umständen Rechnung tragen, dass die Cisalpino als eigenständige und insbesondere von ihren Muttergesellschaften unabhängige Unternehmung noch relativ jung ist und die Fremdfinanzierung des neuen Rollmaterials deren Finanzlage belastet.

Deshalb geht die BLS auch bei ihrer Überlegung fehl, der Deckungsbeitrag der Cisalpino müsse gestützt auf Gründe der Gleichbehandlung auf 8 Prozent wie bei ihr und den ebenfalls im Fernverkehr tätigen SBB angesetzt werden. Denn selbst die Beschwerdeführerin behauptet nicht, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als massgebendes Kriterium bei der Beitragsfestsetzung sei bei diesen drei Unternehmungen vergleichbar. Abgesehen davon beziehen sich die Beitragssätze der SBB und BLS auf ihre gesamten Fernverkehre. Berücksichtigt werden dabei weniger lukrative Linien wie auch Paradestrecken. Daraus ergibt sich eine Mischrechnung, welche für die Bemessung herangezogen wird (vgl. FAVRE, a.a.O., S. 240). Im Gegensatz dazu benutzt die Cisalpino nur wenige (attraktive) Fernverkehrslinien der SBB und BLS mit einer wohl anderen Ausgangslage bei den streckenbezogenen Erträgen. Demnach kann der für die BLS und SBB gültige Deckungsbeitragssatz von 8 Prozent nicht einfach auf die Cisalpino übertragen werden.

7.3 Der BLS ist hingegen insoweit Recht zu geben, als sie rügt, von einer deutlichen Erhöhung des Deckungsbeitrages (auf 8 Prozent) dürfe nicht mit dem Argument abgesehen werden, der Anstieg sei zu gross.

7.3.1 Gestützt auf ihre Einschätzung der Ertrags- und Gewinnsituation kam das BAV zum Ergebnis, der Deckungsbeitrag müsse erhöht werden, wobei der Ansatz durchaus höher als bei 4 Prozent liegen könne, ohne dass ein angemessener Gewinn und damit Verkehr verhindert würde.

7.3.2 Von einer Anhebung über 4 Prozent hinaus sah es jedoch einerseits ab, weil die Investitionen in neues Rollmaterial zu Kostensteigerungen führen würden. In diesem Zusammenhang hielt es aber ebenfalls und in einem gewissen Widerspruch dazu fest, der Reingewinn berücksichtige bereits Zinsbelastung bzw. Aufwendungen (für die künftigen Investitionen). Damit scheint es, dass den Kosten für die Anschaffung des neuen Rollmaterials doppelt oder zumindest in nicht nachvollziehbarer Weise Rechnung getragen wurde.

7.3.3 Zudem stellt sich das BAV auf den Standpunkt, die Beitragserhöhung dürfe im Vergleich mit dem bisher anwendbaren Satz von 1,5 Prozent – die am 7. Juli 2004 verfügte Erhöhung auf 3,5 Prozent sei ja angefochten – nicht übermässig sein und eine Anhebung auf 4 Prozent bedeute bereits mehr als eine Verdoppelung. Damit berücksichtig-

te das BAV ein in dieser absoluten Form nicht sachgerechtes und in der konkreten Anwendung sogar falsches Kriterium. Denn die Beitragshöhe hat sich an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Infrastrukturbenutzerin zu orientieren. Erweist sich ein Deckungsbeitrag im Rahmen einer Neueinschätzung als klar zu tief, kann aus einer zwischenzeitlich massiven Ertrags- und Gewinnsteigerung bei solider Vermögenslage durchaus eine daran orientierte bzw. damit schritthaltende deutliche Erhöhung des Deckungsbeitrages resultieren. Die Angemessenheit einer Erhöhung ergibt sich somit aus der aktuellen Einschätzung der Finanzlage der Unternehmung und nicht aus einem Vergleich mit dem bisherigen Beitragssatz. Vorliegend hat das BAV zudem den Deckungsbeitrag am 7. Juli 2004 im Rahmen einer Neueinschätzung auf 3,5 Prozent erhöht. Auch wenn die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat (Art. 55 Abs. 1 VwVG), hätte es bei der Feststellung der tatsächlichen Ausgangslage darauf abstellen oder – falls es den Ausgang des Beschwerdeverfahrens als massgeblich erachtet hätte – das Beitragsverfahren 2007 allenfalls sistieren müssen.

7.4 Festzuhalten ist somit, dass sich das BAV beim Entscheid, den für die Cisalpino ab Fahrplanwechsel 2007 geltenden Deckungsbeitrag nicht über 4 Prozent hinaus zu erhöhen, von nicht sachgerechten bzw. nicht nachvollziehbaren Kriterien leiten liess. Die angefochtene Verfügung vom 20. Dezember 2007 ist somit hinsichtlich der Festsetzung des Deckungsbeitrages (Dispositiv Ziff. 1.5) aufzuheben.

8.

Vorliegend ausstehend ist die Prüfung der Frage, wie hoch der Beitragssatz gemessen an der finanziellen Leistungsfähigkeit der Cisalpino angesetzt werden kann, ohne dass von einer übermässigen, Verkehr verhindernden Gewinnabschöpfung auszugehen wäre. Weil die Beantwortung dieser Frage in erheblichem Masse von einer fachlichen Beurteilung abhängt, welche vom Bundesverwaltungsgericht nur mit Zurückhaltung überprüft wird (E. 5), ist die Sache zur erneuten Festlegung des Deckungsbeitrags ab dem Fahrplanwechsel 2007 an das BAV zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Das BAV wird damit neu über die Höhe des ab Dezember 2007 (Fahrplanwechsel) für die Cisalpino geltenden Deckungsbeitrages zu befinden und davon abhängig auch den Geltungszeitraum dieses Betrages sowie allfällige Neubeurteilungen während der Konzessionsdauer festzulegen haben.

9.
Gestützt auf vorstehende Erwägungen ist die Beschwerde der Cisalpino abzuweisen. Die Beschwerde der BLS ist insoweit gutzuheissen, als Ziff. 1.5 der Verfügung des BAV vom 20. Dezember 2007 aufzuheben ist.

10.
Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das BAV als Vorinstanz wird nicht kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Entsprechend dem Verfahrensausgang gilt die Cisalpino als unterliegend. Die BLS sowie die SBB (im Verfahren betreffend Deckungsbeitrag ab Dezember 2004) gelten im Ergebnis als obsiegende Parteien. Die Verfahrenskosten der vereinigten Verfahren sind gemessen am Streitwert, der in beiden Verfahren über 5 Mio Franken liegt, auf Fr. 30'000.-- festzusetzen (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Dieser Betrag ist der unterliegenden Cisalpino aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- zu verrechnen. Der Restbetrag ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils in Rechnung zu stellen. Der von der BLS geleistete Kostenvorschuss von Fr. 20'000.-- ist ihr ebenfalls nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf das von ihr anzugebene Konto zurückzuerstatten.

11.
Die Cisalpino als unterliegende Partei in beiden Verfahren schuldet der BLS und den SBB (bezogen auf das Verfahren Deckungsbeitrag ab Dezember 2004) eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Deren Rechtsvertreter hat seinen Aufwand auf die beiden Verfahren hälftig aufgeteilt und macht Kosten von je Fr. 10'813.80 (inkl. Auslagen und MwSt) geltend. Unter Berücksichtigung, dass die BLS und SBB im Beschwerdeverfahren der Cisalpino mit ihren Ausführungen weitgehend auf die Argumentation im Beschwerdeverfahren der BLS zurückgegriffen haben, rechtfertigt es sich, eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 15'000.-- inkl. MwSt als angemessen zu erachten und diese der Cisalpino zur Zahlung zu auferlegen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde der Cisalpino wird abgewiesen.

2.
Die Beschwerde der BLS wird insoweit gutgeheissen, als Ziff. 1.5 der Konzessionsverfügung der Cisalpino vom 20. Dezember 2007 aufgehoben und die Sache zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

3.
Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 30'000.-- werden der Cisalpino auferlegt. Der nach Verrechnung mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.-- verbleibende Betrag von Fr. 20'000.-- hat sie innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

4. Der BLS wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 20'000.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer bekannt zu geben.

5.
Der BLS und den SBB wird zu Lasten der Cisalpino eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.-- zugesprochen.

6.
Dieses Urteil geht an:

- die Cisalpino (Gerichtsurkunde)
- die BLS (Gerichtsurkunde)
- die SBB (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 731.3/2007-10-10/206; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Beat Forster Yasemin Cevik

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Beschwerdefrist steht still vom 18. Dezember 2008 bis und mit dem 2. Januar 2009 (Art. 46 Abs. 1 Bst. c 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: