



BK10-19-0003\_B

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
aufgrund des Antrages

der Harzer Schmalspurbahnen GmbH, Friedrichstraße 151, 38855 Wernigerode,  
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 10.01.2019 wegen Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG,

Hinzugezogene:

NVS Nahverkehrsservicegesellschaft Thüringen mbH, Schmidtstedter Straße 34, 99084 Erfurt, vertreten durch die Geschäftsführung,

hat die Beschlusskammer 10 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch  
den Vorsitzenden Prof. Dr. Karsten Otte,

den Beisitzer Dr. Axel Müller und  
den Beisitzer Dr. Ulrich Geers

am 04. April 2019

b e s c h l o s s e n :

1. Die Antragstellerin wird in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn mit Wirkung ab dem 01.01.2021 von der Anwendung des § 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie des § 12 ERegG befreit.
2. Die Entscheidung nach Ziffer 1. steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass Umstände bekannt werden, welche die Einschätzung, dass die Eisenbahn für den Wettbewerb keine beeinträchtigende Wirkung hat, widerlegen.
3. Der Antragstellerin wird auferlegt, die Bundesnetzagentur unverzüglich zu unterrichten, sollte sich der Umfang der Verkehrsleistungen erheblich erhöhen.
4. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
5. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens. Die Entscheidung über die Höhe der Kosten bleibt einem gesonderten Bescheid vorbehalten.

## I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche ein nicht regelspuriges Schienennetz mit einer Spurweite von 1.000 mm auf verschiedenen Strecken im Harz (Sachsen-Anhalt und Thüringen) mit einer Gesamtlänge von 140,4 km betreibt. Daneben betreibt die Antragstellerin Personenbahnhöfe, zwei Güterterminals, 61 Abstellgleise, eine Wartungseinrichtung, eine Waschanlage und eine Einrichtung zur Brennstoffaufnahme entlang dieser Strecken. Die vorgenannten Serviceeinrichtungen sind nur über die Schmalspurstrecken erreichbar. Zudem ist sie als Eisenbahnverkehrsunternehmen auf ihrer eigenen Schieneninfrastruktur tätig.

Die Antragstellerin wurde durch Bescheid vom 15.10.2015 des Ministeriums für Landesentwicklung und Verkehr als zuständige Landeseisenbahnaufsichtsbehörde des Landes Sachsen-Anhalt unter dem Aktenzeichen 31.31-30221 von den Vorschriften der §§ 9 Abs. 1a, 1c, § 9a Abs. 1 AEG sowie von den Vorschriften der auf Grundlage von § 26 AEG erlassenen Rechtsverordnungen befreit. Diese Befreiung wurde bis zum 31.12.2020 befristet. Bei den genannten Normen handelte es sich um die Vorgängervorschriften des Allgemeinen Eisenbahngesetzes über die Vorgaben für die Struktur von Eisenbahnunternehmen, welche mit Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes in die Regelungen der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie der §§ 8 und 12 ERegG überführt wurden.

Mit Schreiben vom 10.01.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 11.01.2019, beantragt die Antragstellerin,

sie auf Grundlage des § 2 Abs. 4 ERegG von der Anwendung der §§ 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie 12 ERegG zu befreien.

Die Antragstellerin hat dem Antrag auf Befreiung verschiedene Angaben zum Leistungs- und Nutzungsumfang der verfahrensgegenständlichen Einrichtungen und des verfahrensgegenständlichen Schienennetzes beigefügt.

Am 17.01.2019 hat die Bundesnetzagentur das Befreiungsverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 23.01.2019 hat die Bundesnetzagentur weitere Informationen bei der Antragstellerin abgefragt. Die Antwort hierauf ist mit Schreiben vom 04.02.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 07.02.2019, erfolgt.

Auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 04.02.2019 verzichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

## II. Gründe

Dem Antrag nach § 2 Abs. 4 ERegG wird stattgegeben, soweit er auf eine Befreiung mit Wirkung ab dem 01.01.2021 gerichtet ist. Im Übrigen wird er abgelehnt.

Diese Entscheidung beruht auf § 2 Abs. 4 ERegG.

## **1. Zuständigkeit, Verfahren**

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus § 77 Abs. 1 ERegG i.V.m. § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG).

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 2 ERegG). Auf eine öffentlich-mündliche Verhandlung (§ 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG) haben die Beteiligten verzichtet. Die Entscheidung ist zudem mit der im Eisenbahnbereich tätigen Abteilung der Bundesnetzagentur abgestimmt worden (§ 77 Abs. 5 ERegG).

## **2. Befreiung der Antragstellerin als Eisenbahn nach § 2 Abs. 4 ERegG (Ziffer 1. des Tenors)**

Die Antragstellerin wird in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn grundsätzlich von der Anwendung des § 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie des § 12 ERegG befreit (zur Befristung siehe die Ausführungen unter Ziffer 5.). Diese Entscheidung beruht auf einer pflichtgemäßen Ausübung des der Beschlusskammer durch § 2 Abs. 4 ERegG eingeräumten Ermessens.

### **2.1 Tatbestand**

Gemäß § 2 Abs. 4 ERegG soll die Regulierungsbehörde Eisenbahnen ganz oder teilweise von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie der §§ 8 und 12 ERegG befreien, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist.

Die Antragstellerin ist eine Eisenbahn im Sinne des § 2 Abs. 4 ERegG. Eisenbahnen sind nach § 2 Abs. 1 AEG öffentliche Einrichtungen oder privatrechtlich organisierte Unternehmen, die Eisenbahnverkehrsdienste erbringen oder eine Eisenbahninfrastruktur betreiben.

Die Antragstellerin betreibt neben verschiedenen Strecken im Harz noch Personenbahnhöfe, zwei Güterterminals, 61 Abstellgleise, eine Wartungseinrichtung, eine Waschanlage und eine Einrichtung zur Brennstoffaufnahme als Serviceeinrichtungen. Darüber hinaus ist sie als Eisenbahnverkehrsunternehmen auf ihrer eigenen Schieneninfrastruktur tätig.

Eine Beeinträchtigung ist insbesondere nicht zu erwarten, wenn ihre Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder ihre Verkehrsleistung von geringer Bedeutung sind (§ 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG).

Die Beschlusskammer geht nicht davon aus, dass die Verkehrsleistung des Eisenbahnverkehrsunternehmens der Antragstellerin vorliegend von mehr als geringer Bedeutung ist.

Die Verkehrsleistung des Eisenbahnverkehrsunternehmens der Antragstellerin beträgt insgesamt                      Personenkilometer. Sie unterschreitet damit deutlich denjenigen Wert,

den die Beschlusskammer in ständiger Spruchpraxis für eine Bestimmung einer relevanten Verkehrsleistung heranzieht.

Die Beschlusskammer sieht eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs als dann zu erwarten an, wenn die zu befreiende Eisenbahn eine Verkehrsleistung von mehr als 1 Mrd. Tonnen- oder Personenkilometer im Jahr erbringt. Dieser Schwellenwert hat sich im Rahmen der jährlich stattfindenden Markterhebungen als diejenige Marke herauskristallisiert, an der sich der Bereich der eher kleinen, regional tätigen Unternehmen von demjenigen der bundesweit tätigen und damit für den Wettbewerb bedeutsameren Unternehmen scheidet.

## **2.2 Ermessen**

Das der Bundesnetzagentur zustehende Ermessen wird durch die behördliche Entscheidung pflichtgemäß ausgeübt. Gemäß § 40 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Danach ist die Behörde gehalten, dass die zu treffende Entscheidung ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden muss. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Behörde verpflichtet, alle einschlägigen Tatsachen und sonstigen Gesichtspunkte mit dem ihnen bei objektiver Betrachtung zukommenden Gewicht in Ansatz zu bringen und abzuwägen.

Der Gesetzgeber verwendet in der Befreiungsvorschrift nach § 2 Abs. 4 ERegG eine Soll-Regelung, so dass der Bundesnetzagentur nur dann ein Ermessen eröffnet ist, wenn ein atypischer Fall vorliegt,

vgl. Beck'scher Online-Kommentar, § 40 VwVfG, Rn. 39 ff.

Für das Vorliegen eines solchen Falls sind hier allerdings keine Anhaltspunkte ersichtlich. Dementsprechend befreit die Beschlusskammer die Antragstellerin von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie der §§ 8 und 12 ERegG.

## **3. Widerrufsvorbehalt (Ziffer 2. des Tenors)**

Der Befreiungsbeschluss der Bundesnetzagentur steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass Umstände bekannt werden, welche die Einschätzung, dass die Eisenbahn für den Wettbewerb keine beeinträchtigende Wirkung hat, widerlegen.

Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich in § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Danach kann die Entscheidung über die Befreiung der Antragstellerin von der Anwendung der §§ 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie 12 ERegG gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG widerrufen werden, sofern sich die Einschätzung, dass die Eisenbahn für den Wettbewerb keine beeinträchtigende Wirkung hat, ändern sollte.

Die Aufnahme dieses Vorbehalts soll namentlich die Interessen der Zugangsberechtigten auf dem Gebiet der Eisenbahnmärkte bei der Förderung und Sicherstellung eines wirksamen

Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten sowie die Interessen der Verbraucher im Sinne von § 3 Nr. 2 ERegG wahren.

#### **4. Auflage (Ziffer 3. des Tenors)**

Gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG wird die Befreiung zudem mit der Auflage verbunden, die Bundesnetzagentur unverzüglich zu unterrichten, sollte sich der Umfang der von der Eisenbahn erbrachten Leistungen erheblich erhöhen.

Eine solche Erhöhung läge mit Blick auf die Eisenbahn der Antragstellerin dann vor, wenn sich die Verkehrsleistung auf mehr als 1 Mrd. Personen- oder Tonnenkilometer pro Jahr erhöhen sollte.

Mit dieser Auflage soll sichergestellt werden, dass die Bundesnetzagentur Kenntnis von dem Entstehen eines Widerrufsgrunds nach Ziffer 2. dieser Entscheidung erhält. Die Auflage dient damit ebenfalls dem in § 3 Nr. 2 ERegG niedergelegten Ziel der Interessenwahrung von Zugangsberechtigten und Verbrauchern. Sie geht im Übrigen in ihrer Eingriffstiefe nicht über die Belastungen hinaus, die mit einem eigenständigen Auskunftsverlangen nach § 67 Abs. 4 ERegG verbunden wäre.

#### **5. Befristung**

Die Befreiung der Antragstellerin von der Anwendung der §§ 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie 12 ERegG nach § 2 Abs. 4 ERegG wird ab dem 01.01.2021 wirksam. Die Rechtsgrundlage hierfür ergibt sich aus § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

Eine frühere Wirksamkeit ist nicht erforderlich, weil die Antragstellerin bis zum 31.12.2020 von den genannten Vorschriften bereits befreit ist. Der entsprechende und bis zum 31.12.2020 befristete Bescheid des Ministeriums für Landesentwicklung und Verkehr als zuständige Landeseisenbahnaufsichtsbehörde des Landes Sachsen-Anhalt vom 15.10.2015 bleibt gemäß § 80 Abs. 7 ERegG bis zum Ende der Befristung gültig.

#### **6. Gebührenregelung (Ziffer 5. des Tenors)**

Gemäß § 69 ERegG in Verbindung mit der Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen der Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEGebV) erhebt die Regulatorische Behörde Kosten für ihre Entscheidung. Die erbrachte öffentliche Leistung ist der Antragstellerin individuell zurechenbar. Die Geltendmachung der entstandenen Höhe der Kosten erfolgt in einem gesonderten Bescheid.

**Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz 1, 50667 Köln, erhoben werden.

Bonn, den 04. April 2019

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer



Prof. Dr. Otte

Dr. Müller

Dr. Geers