



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 10

öffentliche Fassung

BK10-19-0083_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

der Erms-Neckar-Bahn AG, Pfählerstraße 17, 72574 Bad Urach,
vertreten durch den Vorstand,

Antragstellerin,

vom 19.05.2019 und 28.01.2020 wegen Ausnahme nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2
DVO und Befreiung nach § 2 Abs. 5 ERegG,

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

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,

die Beisitzerin Ulrike Weyers und

den Beisitzer Jan Kirchhartz

auf die öffentliche mündliche Verhandlung vom 28.01.2020

am 13. Juli 2020

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Einrichtung zum Güterumschlag, das von ihr betriebene Industrieanschlussgleis sowie die von ihr betriebenen 13 Abstellgleise von der Anwendung aller Vorschriften der DVO mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO ausgenommen.
2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Einrichtung zum Güterumschlag, das von ihr betriebene Industrieanschlussgleis sowie die von ihr betriebenen 13 Abstellgleise von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitel 3 mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.
3. Der Antrag der Antragstellerin, im Hinblick auf die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe von der Anwendung aller Vorschriften der DVO mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO ausgenommen zu werden, wird abgelehnt.
4. Die Entscheidung nach Ziffer 2. steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass sich der Umfang der bezüglich der Einrichtung zum Güterumschlag, des Industrieanschlussgleis und/oder der Abstellgleise angebotenen und nachgefragten Leistungen erheblich erhöht.
5. Der Antragstellerin wird auferlegt, die Bundesnetzagentur unverzüglich zu unterrichten, sollte sich der Umfang der bezüglich der Einrichtung zum Güterumschlag, des Industrieanschlussgleis und/oder der Abstellgleise angebotenen und nachgefragten Leistungen erheblich erhöhen.

I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, die in Baden-Württemberg ein regelspuriges Schienennetz, bestehend aus den Strecken Metzingen nach Bad Urach (Ermstalbahn), Kleinengstingen nach Schelklingen (Schwäbische Albbahn) und Neckarbischofsheim nach Hüffenhardt (Krebsbachtalbahn), betreibt. Das Schienennetz erstreckt sich über eine Länge von 69,1 km. Die Antragstellerin betreibt Personenbahnhöfe bzw. Haltepunkte - nachfolgend unter dem Begriff Personenbahnhöfe zusammengefasst - entlang dieser Strecken und zusätzlich noch den Personenbahnhof Rechtenstein auf der Strecke Ulm nach Sigmaringen. Daneben betreibt die Antragstellerin noch eine Einrichtung zum Güterumschlag und 13 Abstellgleise sowie ein Industrieanchlussgleis entlang der oben genannten Strecken. Die Antragstellerin ist ein reines Eisenbahninfrastrukturunternehmen und ist weder selbst noch über ein verbundenes Unternehmen als Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig.

Mit Teilbeschlüssen BK10-16-0102_B vom 13.02.2017 sowie 14.09.2017 wurde die Antragstellerin als Betreiberin von Personenbahnhöfen von der Pflicht zur Ermittlung und Genehmigung der Entgelte nach § 33 ERegG befreit. Im Übrigen wurde ihr Antrag auf Befreiung des von ihr betriebenen Schienennetzes nach § 2 Abs. 7 ERegG sowie ihr Antrag auf Befreiung der von ihr betriebenen Personenbahnhöfe von den Pflichten der §§ 32, 34 Abs. 2, 40, 41, 45, 46, 58 und 61 ERegG nach § 2 Abs. 5 ERegG abgelehnt. Hiergegen reichte die Antragstellerin am 11.10.2017 Klage beim VG Köln (18 K 13618/17) ein. Die Entscheidung des Gerichts steht noch aus.

Mit Schreiben vom 19.05.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 21.05.2019, sowie mündlichem Vortrag in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28.01.2020 beantragt die Antragstellerin sinngemäß, sie

- im Hinblick auf die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe, die Einrichtung zum Güterumschlag, die Abstellgleise sowie das Industriestammgleis gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO von der Anwendung aller Vorschriften der DVO mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Abs. 5 DVO auszunehmen und
- im Hinblick auf die von ihr betriebene Einrichtung zum Güterumschlag, die Abstellgleise sowie das Industriestammgleis von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG zu befreien.

Die Antragstellerin hat dem Antrag auf Befreiung bzw. Ausnahme verschiedene Angaben zum Leistungs- und Nutzungsumfang der verfahrensgegenständlichen Einrichtungen beigelegt.

Am 17.06.2019 hat die Bundesnetzagentur das Verfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 21.06.2019 hat die Bundesnetzagentur weitere Informationen bei der Antragstellerin abgefragt. Die Antwort hierauf ist mit E-Mail vom 05.07.2019, am gleichen Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, erfolgt.

Die öffentliche mündliche Verhandlung hat am 28.01.2020 stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

II. Gründe

Dem Ausnahme- bzw. Befreiungsantrag wird im tenorierten Umfang stattgegeben; im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Diese Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO und § 2 Abs. 5 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 (Bundes-eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG).

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 2 ERegG). Eine öffentlich-mündliche Verhandlung (§ 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG) hat am 28.01.2020 stattgefunden. Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte und zur Sicherstellung, dass Regulierungsmaßnahmen aufeinander abgestimmt sind, ist die Entscheidung behördenintern abgestimmt worden (§ 77 Abs. 5 ERegG).

2. Ausnahme der Antragstellerin von den Pflichten der Durchführungsverordnung mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO, soweit die von ihr betriebenen Abstellgleise, das Industrieanschlussgleis und die Einrichtung zum Güterumschlag betroffen sind, gem. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (Ziffer 1. des Tenors)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die 13 von ihr betriebenen Abstellgleise, das von ihr betriebene Industriestammgleis und der von ihr betriebenen Einrichtung zum Güterumschlag von den Pflichten der Durchführungsverordnung mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO ausgenommen.

Nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO können Betreiber von Serviceeinrichtungen beantragen, von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der Durchführungsverordnung, mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO, ausgenommen zu werden.

Voraussetzung hierfür ist, dass die entsprechende Serviceeinrichtung bzw. die darin erbrachte Leistung nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist oder im Wettbewerb mit einer Vielzahl anderer Serviceeinrichtungen steht, die vergleichbare Leistungen erbringen, oder wenn die Anwendung der Durchführungsverordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigen könnte (vgl. Art. 2 Abs. 2 DVO).

Vorliegend ist keine strategische Bedeutung der Serviceeinrichtung und der darin erbrachten Leistung festzustellen (hierzu unter 2.2), so dass nach ermessensgerechter Beurteilung (hierzu

unter 2.3) eine Ausnahme erteilt werden kann. Vorgreiflich ist der Antragsumfang zu präzisieren (hierzu unter 2.1).

2.1 Antragsumfang

Das Schreiben der Antragstellerin vom 19.05.2019 wird von der Beschlusskammer dahingehend ausgelegt, dass diese eine Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m Abs. 2 DVO von denjenigen Vorschriften der DVO beantragt, von denen eine Ausnahme grundsätzlich erteilt werden kann, mithin von den Vorschriften der DVO mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO.

Soweit in Art. 2 Abs. 1 UAbs.1 DVO von „Absatz 5“ die Rede ist, handelt es sich um einen Redaktionsfehler. Es muss richtigerweise „Artikel 5“ heißen. Dies folgt zum einen aus dem Umstand, dass der dort aufgeführte Art. 4 DVO keinen Absatz 5 enthält. Zudem ist dies bei Heranziehung z.B. der englischen Fassung („with the exception of Articles 4(2)(a) to (d) and (m) and 5“) und der französischen Fassung („à l'exception de l'article 4 ... et de l'article 5“) ersichtlich. Die Möglichkeit der Ausnahme von der Veröffentlichungspflicht würde darüber hinaus den Sinn der Aufstellung von Beschreibungen der Serviceeinrichtungen nach Art. 4 DVO konterkarieren, da hiervon eine umfassende Ausnahme nicht möglich ist. Eine Ausnahme von Art. 5 DVO kann lediglich bei kulturhistorischen Eisenbahnen erfolgen (Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 DVO).

2.2 Tatbestand

Eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes der von der Antragstellerin betriebenen 13 Abstellgleise und des Industriestammgleis (2.2.1) sowie der Einrichtung zum Güterumschlag (2.2.2) und der in diesen Einrichtungen erbrachten Leistungen liegt nicht vor

Die Antragstellerin begründet ihren Ausnahmeantrag mit der fehlenden strategischen Bedeutung der hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes, insbesondere was die Auslastung der Einrichtungen, die Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie die Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen anbelangt (vgl. Art. 2 Abs. 2, 1. Alt. DVO).

Im Einzelnen:

2.2.1 Gleisanlagen der Antragstellerin

Die hier in Rede stehenden Gleisanlagen der Antragstellerin sind nach der Auslastung der Einrichtungen (2.2.1.1), der Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs (2.2.1.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (2.2.1.3) ohne strategische Bedeutung.

2.2.1.1 Auslastung der Einrichtungen

Die tatsächliche Auslastung der hier in Rede stehenden Abstellgleise und des Industrieanchlussgleises sind relativ gering.

Die Bundesnetzagentur versteht unter der Auslastung der Einrichtung die tatsächlich erbrachte Leistung in der Serviceeinrichtung im Verhältnis zur potenziell möglichen Maximalauslastung der Serviceeinrichtung.

Nach Angaben der Antragstellerin würden die Abstellgleise anliegend an der Ermstalbahn nur von Eisenbahnverkehrsunternehmen genutzt, [REDACTED]. Hierbei handle es sich [REDACTED]. Die an der Schwäbischen Albahn und der Krebsbachtalbahn anliegenden Abstellgleise [REDACTED].

Die von der Antragstellerin vorgetragene geringe Auslastung spricht zunächst nicht für eine strategische Bedeutung.

2.2.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen gegen eine strategische Bedeutung.

Auf dem Teilstück Ermstalbahn des Schienennetzes der Antragstellerin werden die Abstellgleise nur von Eisenbahnverkehrsunternehmen genutzt, [REDACTED].

Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs ist regelmäßig anhand des Maßes der nachgefragten Leistungen zu bestimmen. Der Umfang der nachgefragten Leistungen bemisst sich bei Abstell- und Industrieanschlussgleisen nach dem aus den mit den Gleisanlagen erzielten Umsatzwerten.

Die Antragstellerin hat für die Abstellgleise für das Jahr 2018 [REDACTED] angegeben, da im Rahmen der Erbringung von Verkehrsleistungen durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen [REDACTED].

Geht man davon aus, dass alle Abstellgleise [REDACTED], so ergäbe sich ein rechnerischer Umsatz in Höhe von [REDACTED]. Dieser errechnet sich aus der Gesamtlänge aller von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise von [REDACTED].

Für das Industrieanschlussgleis erzielt die Antragstellerin einen Umsatz in Höhe von [REDACTED].

Die Bundesnetzagentur geht bis zu einem Umsatz in Höhe von 160.000 Euro davon aus, dass die nachgefragte Leistung von geringer Bedeutung ist. Dies entspricht dem durchschnittlichen Umsatz, den ein Betreiber mit der Gleisnutzung in diesen Serviceeinrichtungen erzielt. Die Bundesnetzagentur hält diesen Orientierungswert für sachgerecht. Zwar ist der Wert gemessen an den Umsatzzahlen der gewerblichen Wirtschaft eher gering. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um Infrastrukturentgelte für öffentlich zugängliche Verkehrsanlagen handelt. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen als Nutzer stehen dabei im Güterverkehr in der Regel im intermodalen Wettbewerb zum Straßenverkehr. Dort werden für

öffentliche Abstellanlagen oder Ladeflächen in der Regel keine oder nur geringe Entgelte erheben. Vor diesem Hintergrund weisen Umsätze für Gleisnutzungen in der Höhe von bis zu 160.000 Euro eine Größenordnung auf, die für die Beurteilung einer geringen Bedeutung geeignet ist. Die von der Antragstellerin erzielten Umsätze liegen [REDACTED].

Der niedrige Umsatz sowie die Art des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen dafür, dass eine strategische Bedeutung der Gleisanlagen für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes nicht gegeben ist.

2.2.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Mit Blick auf die strategische Bedeutung neutral zu bewerten ist vorliegend die Art der angebotenen Leistung. Typischerweise werden auf Abstellanlagen das Abstellen von Eisenbahnfahrzeugen und auf Industrieanschlussgleisen die Zufahrt zu einer Industrieanlage angeboten. Zusatzleistungen wie die Reinigung von Eisenbahnfahrzeugen oder die Beheizung werden von der Antragstellerin nicht angeboten.

2.2.1.4 Zwischenergebnis

In der Gesamtabwägung der Regelbeispiele, unter denen insbesondere der sehr geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs hervorsteht, ergibt sich, dass den von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleisen und dem von der Antragstellerin betriebenen Industrieanschlussgleis keine strategische Bedeutung zukommt.

2.2.2 Einrichtung zum Güterumschlag der Antragstellerin

Die hier in Rede stehende Einrichtung zum Güterumschlag ist nach der Auslastung der Einrichtung (2.2.2.1), der Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs (2.2.2.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (2.2.2.3) ohne strategische Bedeutung.

2.2.2.1 Auslastung der Einrichtung

Die tatsächliche Auslastung der hier in Rede stehenden Einrichtung zum Güterumschlag ist relativ gering.

Die Antragstellerin hat angegeben, dass die von ihr betriebene Einrichtung zum Güterumschlag lediglich eine Verladestelle in Münsingen-Oberheutal sei, welche nur aus einer an die Gleise angebauten Betonplatte bestünde, über die militärische Fahrzeuge für den in der Nähe befindlichen Truppenübungsplatz der Bundeswehr transportiert werden können. Da der Truppenübungsplatz im Jahr 2005 geschlossen wurde, werde die Anlage [REDACTED] für den Güterumschlag verwendet. In 2018 habe es [REDACTED] gegeben.

Die von der Antragstellerin vorgetragene [REDACTED] Auslastung spricht zunächst nicht für eine strategische Bedeutung.

2.2.2.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen gegen eine strategische Bedeutung.

Die Antragstellerin gibt an, dass nahezu kein Güterumschlag mehr stattfindet.

Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs ist nach dem aus den mit der Einrichtung zum Güterumschlag erzielten Umsatzwerten zu ermitteln.

Die Antragstellerin berechnet für die Nutzung der Anlage keine eigenen Nutzungsentgelte. Diese sind vielmehr in den Nutzungsentgelten der Trassennutzung enthalten. Zudem gab es nach Angabe der Antragstellerin im Jahr 2018 [REDACTED], so dass im Ergebnis [REDACTED] durch die Nutzung der Anlage zum Güterumschlag vorliegen.

Die Bundesnetzagentur geht bis zu einem Umsatz in Höhe von 600.000 Euro davon aus, dass die nachgefragte Leistung von geringer Bedeutung ist. Diese Wertung ergibt sich aus dem durchschnittlichen Umsatzwert aller Betreiber von Güterterminals, die an der jährlichen Marktuntersuchung teilgenommen und Umsatzwerte genannt haben.

Der [REDACTED] Umsatz sowie die Art des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen dafür, dass eine strategische Bedeutung der Einrichtung zum Güterumschlag für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes nicht zu erwarten ist.

2.2.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Mit Blick auf die strategische Bedeutung neutral zu bewerten ist vorliegend die Art der angebotenen Leistung. Die Einrichtung zum Güterumschlag kann zur Verladung von Schüttgut, wie Schotter und Kies, verwendet werden. Ihren ursprünglichen Zweck der Verladung von militärischen Fahrzeugen, was der Anlage ihre Einzigartigkeit verlieh, hat sie mit Schließung des Truppenübungsplatzes im Jahr 2005 verloren. Jetzt dient dieser als Teil des Unesco-Biosphärenreservats Schwäbische Alb.

2.2.2.4 Zwischenergebnis

In der Gesamtabwägung der Regelbeispiele, unter denen insbesondere der sehr geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs hervorsteht, ergibt sich, dass den von der Antragstellerin betriebenen Einrichtung zum Güterumschlag keine strategische Bedeutung zukommt.

2.3 Ermessen

Die behördliche Entscheidung ergeht ermessensfehlerfrei. Für die Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften durch deutsche Behörden gilt § 40 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) „einschließlich der in ihm anerkannten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts“.

vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Auflage, § 40 Rn. 10.

Gemäß § 40 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.

Sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Ausnahmegrundes des Art. 2 Abs. 2 DVO vorliegen, erweist sich in der Regel die Ausnahme der Betreiberin der Serviceeinrichtungen

als zweckdienlich. Aus den Erwägungsgründen zur DVO ergibt sich, dass der europäische Verordnungsgeber Betreiber von geringer Bedeutung von einigen Vorgaben der DVO entlasten wollte. Er bringt damit zum Ausdruck, dass Betreiber von Serviceeinrichtungen die den Tatbestand von Art 2 Abs. 2 DVO erfüllen im Regelfall zu befreien sind. Anhaltspunkte, von dieser Regel abzuweichen sind nicht erkennbar. Dementsprechend nimmt die Beschlusskammer die Antragstellerin von den hier fraglichen Pflichten der Durchführungsverordnung aus.

3. Befreiung der Antragstellerin von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG, soweit die von ihr betriebenen Abstellgleise, Industrieanschlussgleis und Einrichtung zum Güterumschlag betroffen sind, gem. § 2 Abs. 5 ERegG (Ziffer 2. des Tenors)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die 13 Abstellgleise, ein Industriestammgleis und eine Einrichtung zum Güterumschlag von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

Nach § 2 Abs. 5 Satz 1 ERegG soll die Regulierungsbehörde Betreiber einer Serviceeinrichtung auf Antrag ganz oder teilweise von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreien, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist gemäß § 2 Abs. 5 Satz 2 ERegG insbesondere nicht zu erwarten, wenn die Serviceeinrichtung nach dem Umfang der angebotenen und nachgefragten Leistung von geringer Bedeutung ist.

Vorliegend ist durch die Befreiung der Antragstellerin keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten (hierzu unter 3.1), so dass nach ermessensgerechter Beurteilung (hierzu unter 3.2) eine Befreiung erteilt werden kann.

3.1 Tatbestand

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Befreiung der Antragstellerin ist nicht zu erwarten.

Die hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen sind für den Eisenbahnverkehrsmarkt von nur geringem Interesse. Die diesbezüglich maßgeblichen Erwägungen entsprechen denjenigen unter Ziffer 2.2, auf die entsprechend verwiesen wird. So zeigt insbesondere der geringe Umsatz der einzelnen Serviceeinrichtungen im Jahr 2018, aufgrund dessen maßgeblich die fehlende strategische Bedeutung nach Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 DVO anzunehmen ist, auch die nach dem Umfang der angebotenen und nachgefragten Leistung geringe Bedeutung i.S.d. § 2 Abs. 5 Satz 2 ERegG der 13 Abstellgleise, des Industriestammgleises und der Einrichtung zum Güterumschlag.

3.2 Ermessen

Die behördliche Entscheidung ergeht ermessensfehlerfrei.

Der Gesetzgeber verwendet in § 2 Abs. 5 ERegG eine Soll-Regelung, nach welcher die Bundesnetzagentur bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen an die in der Gesetzesnorm aufgeführte Rechtsfolge gebunden ist. Ein Ermessenspielraum besteht nur insoweit, sofern 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 den hier fraglichen Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG.

4. Keine Ausnahme der Antragstellerin von den Pflichten der Durchführungsverordnung mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO, soweit die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe betroffen sind, gem. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (Ziffer 3. des Tenors)

Der Antrag der Antragstellerin, als Betreiberin von Personenbahnhöfen von den Pflichten der Durchführungsverordnung mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO ausgenommen zu werden, wird abgelehnt.

Nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO können Betreiber von Serviceeinrichtungen beantragen, von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der Durchführungsverordnung, mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO, ausgenommen zu werden.

Voraussetzung hierfür ist, dass die entsprechende Serviceeinrichtung und die darin erbrachte Leistung nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist oder im Wettbewerb mit einer Vielzahl anderer Serviceeinrichtungen steht, die vergleichbare Leistungen erbringen, oder wenn die Anwendung der Durchführungsverordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigen könnte (vgl. Art. 2 Abs. 2 DVO).

Die tatbestandlichen Voraussetzungen liegen nicht vor. Die entsprechende Serviceeinrichtung und die darin erbrachte Leistung sind nicht ohne strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes (hierzu unter 4.1). Sie stehen nicht im Wettbewerb mit einer Vielzahl anderer Serviceeinrichtungen, die vergleichbare Leistungen erbringen (hierzu unter 4.2). Die Anwendung der Durchführungsverordnung kann das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen nicht beeinträchtigen (hierzu unter 4.3).

4.1 Nicht ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes, Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO

Der Ausnahmegrund des Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO ist nicht gegeben, da die Personenbahnhöfe der Antragstellerin nicht ohne strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Im Einzelnen:

4.1.1 Auslastung der Einrichtung

Die tatsächliche Auslastung der hier in Rede stehenden Personenbahnhöfe ist relativ hoch.

Nach Angaben der Antragstellerin liegt die Zahl der die Personenbahnhöfe nutzenden Passagiere auf der Strecke der Ermstalbahn bei insgesamt [REDACTED] Personen pro Tag, was heruntergerechnet auf den einzelnen der dort angrenzenden acht Personenbahnhöfe eine Anzahl von [REDACTED] Nutzern pro Tag bedeutet. Hinsichtlich der an der Schwäbischen Albbahn gelegenen Personenbahnhöfe kann die Antragstellerin für den Zeitraum nach der Verkehrserweiterung keine Angaben zu der Anzahl der Passagiere machen. Hinsichtlich der Strecke Krebsbachtalbahn gibt die Antragstellerin an, die zwei dort liegenden Personenbahnhöfe werden insgesamt von [REDACTED] Passagieren pro Woche genutzt.

Die Auslastung eines Personenbahnhofes ist aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich anhand der Anzahl der Züge, die an diesem Personenbahnhof halten können bzw. tatsächlich halten, zu beurteilen. Betrachtet man die Auslastung des Schienennetzes der Antragstellerin, so ist zwar zuzugeben, dass die Streckenauslastung auf der Schwäbischen Albbahn und der Krebsbachtalbahn niedrig ist. Dem steht aber die hohe Auslastung der Ermstalbahn mit mehr als [REDACTED] pro Tag (vgl. BK10-16-0102_B) gegenüber. Dies führt dazu, dass die zum Teil deutlich geringere Auslastung der anderen beiden Strecken nicht ins Gewicht fällt.

Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 20 AEG. Danach kann die Schieneninfrastruktur der Antragstellerin nur einheitlich betrachtet werden. Daraus folgt, dass die hohe Auslastung einer Strecke die anderen Strecken auch „infiziert“.

Die hohe Streckenauslastung auf der Ermstalbahn spricht zunächst für eine strategische Bedeutung.

4.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen ebenfalls für eine strategische Bedeutung.

Hinsichtlich der Art des betroffenen Verkehrs ist zu berücksichtigen, dass das Schienennetz der Antragstellerin überwiegend für Personenverkehr aufgrund von Verkehrsverträgen mit der Nahverkehrsgesellschaft Baden-Württemberg mbH mit Sitz in Stuttgart, beauftragt durch das Ministerium für Verkehr Baden-Württemberg, genutzt wird. Personenbahnhöfe sind aus Sicht der Beschlusskammer insbesondere dann für den Personentransport von herausgehobener Bedeutung, wenn sie mit einem vertakteten oder ins Netz eingebundenen Verkehr bedient werden. Die von der Antragstellerin betriebenen Personenbahnhöfe auf der Ermstalbahn sind darüber hinaus insbesondere deshalb von Bedeutung, da die Strecke als Teilstück der vom

Land Baden-Württemberg geplanten „Stadtbahn Neckaralb“ durch Elektrifizierung ertüchtigt werden soll.

Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs ist regelmäßig anhand des Maßes der nachgefragten Leistungen zu bestimmen. Der Umfang der nachgefragten Leistung bemisst sich bei Personenbahnhöfen nach der Zahl der Zughalte pro Station und Tag.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass Personenbahnhöfe dann nicht mehr von geringer wettbewerblicher Bedeutung sind, wenn sie im Durchschnitt mindestens achtmal pro Tag angefahren werden. Die vorgenannte Bedienungsfrequenz eignet sich als Schwelle, um zwischen einer noch nicht und einer gerade schon für den Wettbewerb bedeutsamen, weil hinreichend frequentierten Station unterscheiden zu können. Strecke und anliegende Bahnhöfe sind insbesondere dann für den Personentransport von Bedeutung, wenn sie mit einem vertakteten Verkehr bedient werden. Gemäß § 1 Abs. 23 ERegG liegt ein vertakteter Verkehr vor, sofern – neben weiteren Voraussetzungen – ein Verkehrsdienst auf demselben Weg am selben Tag mindestens viermal durchgeführt wird. Bei bidirektionaler Befahrung ergeben sich so mindestens acht Halte pro Station und Tag. Die Beschlusskammer greift diesen Schwellenwert als verallgemeinerbares Merkmal wettbewerblich bedeutsamer Personenbahnhöfe auf.

Die Personenbahnhöfe der Antragstellerin wurden im Jahr 2018 durchschnittlich [REDACTED] pro Personenbahnhof und Tag angefahren, was nicht mehr einer geringen Auslastung entspricht. Auf der Schwäbischen Alb sind darüber hinaus Zugverdichtungen bestellt worden.

Art und Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs sprechen für eine strategische Bedeutung der Personenbahnhöfe der Antragstellerin.

4.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Mit Blick auf die strategische Bedeutung neutral zu bewerten ist vorliegend die Art der angebotenen Leistung. Die Antragstellerin betreibt Personenbahnhöfe für den typischen Pendler- bzw. Tourismusverkehr, die keine Besonderheiten aufweisen.

4.1.4 Ergebnis

In der Gesamtabwägung der Regelbeispiele zeigt sich, dass die hier in Rede stehenden Personenbahnhöfe nicht ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Entscheidend ist hier die relativ hohe Bedienung der meisten Personenbahnhöfe und die Bedeutung, die sie für die Durchführung von Verkehrsverträgen haben. Zumal hier auch keine Besonderheiten, wie z.B. das Anliegen der Personenbahnhöfe an nicht regelspurigen Schienenwegen ersichtlich sind.

4.2. Kein wettbewerbsorientiertes Umfeld, Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO

Der Ausnahmegrund des Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO ist ebenfalls nicht gegeben.

Die Personenbahnhöfe der Antragstellerin stehen nicht in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern.

Um festzustellen, ob eine Serviceeinrichtung oder Leistung in einem Umfeld betrieben wird, das ausreichend wettbewerbsfähig ist, um eine Ausnahme nach der Durchführungsverordnung zu rechtfertigen, berücksichtigt die Beschlusskammer die Substituierbarkeit der angebotenen Leistung, das relevante geographische Gebiet sowie den Grad des Wettbewerbs. Dies stimmt überein mit den entsprechend Art. 2 Abs. 5 DVO erarbeiteten und veröffentlichten gemeinsamen Entscheidungsgrundsätzen der mitgliedstaatlichen Regulierungsstellen für die Anwendung der in Art. 2 Abs. 2 DVO genannten Kriterien (vgl. IRG–Rail, Subgroup on Access to Service Facilities: Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 28 f.).

Grundsätzlich kann eine Serviceeinrichtung nur dann Wettbewerbsdruck auf eine andere Einrichtung ausüben, wenn beide Einrichtungen so gelegen sind, dass die Zugangsberechtigten zwischen ihnen wechseln können. Bei Personenbahnhöfen steht für den Zugangsberechtigten in besonderem Maße nicht die Leistungserbringung als solche, sondern vielmehr die Leistungserbringung an einem konkreten Standort im Vordergrund. Es ist nicht ersichtlich, dass überhaupt eine Alternative zur Nutzung der Personenbahnhöfe der Antragstellerin, mithin ein Wettbewerber, welcher eine vergleichbare Leistung erbringt, besteht.

4.3 Keine Beeinträchtigung des Funktionierens des Marktes, Art. 2 Abs. 2 Anstrich 3 DVO

Der Ausnahmegrund des Art. 2 Abs. 2 Anstrich 3 DVO ist schließlich auch nicht gegeben.

Die Anwendung der Vorschriften der DVO durch die Antragstellerin beeinträchtigt nicht das Funktionieren des Marktes.

Da eine Ausnahme nur bei negativen Auswirkungen gewährt werden kann, die nicht nur einen einzelnen Betreiber von Serviceeinrichtungen, sondern den Markt für Serviceeinrichtungen, auf dem der Betreiber von Serviceeinrichtungen tätig ist, betreffen, erscheint der Anwendungsbereich dieses Ausnahmegrundes klein. Mit Ausnahme des in Erwägungsgrund 2 der Durchführungsverordnung genannten Beispiels sind den Regulierungsstellen bisher keine weiteren Beispiele für Situationen bekannt, in denen der negative Auswirkungsgrund erfolgreich geltend gemacht werden kann. Jeder Antragsteller, der eine Ausnahme nach dieser Klausel beantragt, müsste daher genau angeben, welche Bestimmung(en) der Durchführungsverordnung eine solche negative Auswirkung auf den (die) relevanten Markt (Märkte) für Serviceeinrichtungen haben würde(n), damit die Regulierungsstellen von Fall zu Fall entscheiden können (vgl. IRG–Rail, Subgroup on Access to Service Facilities: Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 40 f.).

Vor diesem Hintergrund ist weder von der Antragstellerin vorgetragen noch nach sonstigen Erkenntnissen der Bundesnetzagentur zu besorgen, dass die Anwendung von Vorschriften der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigen könnte.

5. Widerrufsvorbehalt (Ziffer 4. des Tenors)

Der Befreiungs- bzw. Ausnahmebeschluss der Bundesnetzagentur steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass sich der Umfang der Leistungen, die in den von der Antragstellerin betriebenen Abstell- und Industrieanschlussgleisen und/oder in der von der Antragstellerin betriebenen Einrichtung zum Güterumschlag angeboten und nachgefragt werden, erheblich erhöht. Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich in § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.

Die Entscheidung über die Befreiung der Antragstellerin als Betreiberin von Abstellgleisen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG kann gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG widerrufen werden, sofern sich die Beurteilungsgrundlage für die Wettbewerbsrelevanz der Serviceeinrichtungen 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.

Hinsichtlich der in Ziffer 1. tenorierten Ausnahme von verschiedenen Vorschriften der DVO behält sich die Beschlusskammer keinen Widerruf vor; gemäß Art. 2 Abs. 4 DVO besteht vielmehr eine Pflicht der Regulierungsstelle, die Ausnahme zu widerrufen, wenn die Kriterien für die Gewährung einer Ausnahme nicht länger erfüllt werden.

6. Auflage (Ziffer 5. des Tenors)

Gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG wird die Befreiung bzw. Ausnahme zudem mit der Auflage verbunden, die Bundesnetzagentur unverzüglich zu unterrichten, sollte sich der Umfang der in den von der Antragstellerin betriebenen Abstell- und Industrieanschlussgleisen und/oder in der von der Antragstellerin betriebenen Einrichtung zum Güterumschlag angebotenen und nachgefragten Leistungen erheblich erhöhen.

Eine erhebliche Erhöhung des Leistungsumfangs läge mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebenen Abstell- und Industrieanschlussgleise dann vor, wenn sich der Umsatz aus der Nutzung der jeweiligen Serviceeinrichtung auf 160.000 Euro erhöhen würde.

Eine erhebliche Erhöhung des Leistungsumfangs läge mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebene Einrichtung zum Güterumschlag dann vor, wenn sich der Umsatz aus der Nutzung der jeweiligen Serviceeinrichtung auf 600.000 Euro erhöhen würde.

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

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Bonn, den 13. Juli 2020

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer

Dr. Geers

Weyers

Kirchhartz