



BK10-19-0203\_B

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der Stadt Burgbernheim, Rathausplatz 1, 91593 Burgbernheim,  
vertreten durch den ersten Bürgermeister,

Antragstellerin,

vom 28.06.2019 wegen Befreiung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO und § 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

am 15. Mai 2020

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf das von ihr betriebene Industriestammgleis von den Pflichten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO), mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO, ausgenommen.
2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf das von ihr betriebene Industriestammgleis von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.
3. Die Entscheidung nach Ziffer 2. steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass sich der Umfang der im Rahmen des Industriestammgleises angebotenen und nachgefragten Leistungen erheblich erhöht.
4. Der Antragstellerin wird auferlegt, die Bundesnetzagentur unverzüglich zu unterrichten, sollten die für die Befreiung herangezogenen Kriterien nicht länger erfüllt sein und/oder sollte sich der Umfang der in dem Industriestammgleis angebotenen und nachgefragten Leistungen erheblich erhöhen.

## I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche ein Industriestammgleis in dem Industriegebiet der Stadt Burgbernheim (Bayern) zur Erschließung der dort ansässigen Industrie- und Gewerbebetriebe betreibt. Das Industriestammgleis war für viele Jahre unbenutzt. Nach Prüfung und anschließender Freigabe durch die zuständige Landesregulierung konnte im September 2019 der Betrieb des Gleises wieder aufgenommen werden.

Mit E-Mail vom 28.06.2019 und Schreiben vom 10.09.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 12.09.2019, beantragt die Antragstellerin, sie

- im Hinblick auf das von ihr betriebene Industriestammgleis gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO von allen Pflichten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen, soweit dies nach dem gesetzlichen Rahmen möglich ist, auszunehmen sowie
- gemäß § 2 Abs. 5 ERegG von allen Zugangs und Entgeltvorschriften zu befreien.

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

Am 19.08.2019 hat die Bundesnetzagentur das Befreiungs- bzw. Ausnahmeverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 22.08.2019 hat die Bundesnetzagentur weitere Informationen bei der Antragstellerin abgefragt. Die Antwort hierauf ist mit Schreiben vom 10.09.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 12.09.2019, erfolgt.

Die Antragstellerin hat auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

## II. Gründe

Dem Befreiungs- bzw. Ausnahmeantrag wird stattgegeben.

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). Auf eine öffentlich-mündliche Verhandlung (§ 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG) haben die Beteiligten verzichtet. 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 der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO, soweit das von ihr betriebene Industriestammgleis betroffen ist, gem. Art. 2 Abs. 1, Uabs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (Ziffer 1. des Tenors)**

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf das von ihr betriebene Industriestammgleis von den Pflichten der Durchführungsverordnung, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben 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 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).

**2.1. Antragsumfang**

Das Schreiben der Antragstellerin vom 28.06.2019 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 Beeinträchtigung des Funktionierens des Schienenverkehrsmarktes durch die Ausnahme der Antragstellerin ist nicht zu erwarten, da das hier in Rede stehende Industriestammgleis hierfür ohne strategische Bedeutung ist.

Die Antragstellerin begründet ihren Antrag mit Schreiben vom 10.09.2019 damit, dass das Industriestammgleis zur Erschließung der in der Stadt Burgbernheim ansässigen Industrie- und Gewerbebetriebe betrieben wird. Eine Nutzung durch die Anlieger fand bisher nicht statt. Das Hauptinteresse der Antragstellerin bestünde darin, eine Nutzung der „brachliegenden“ Serviceeinrichtung herzustellen und die dort anliegenden Industriebetriebe in ihrer Logistik zu unterstützen. Auch könne von der Streckenführung und der Anbindung zum vorgelagerten Streckennetz der DB Netz AG in Form einer „eingleisigen“ Bahnstrecke zwischen den Bahnhöfen Steinach b. Rothenburg und Bad Windsheim und einer zeitlichen Beschränkung von einer sehr kleinen Gleisanlage der Antragstellerin mit geringer Marktbedeutung für die Region ausgegangen werden. Schon aufgrund der baulichen Gegebenheiten läge keine Beeinträchtigung eines Wettbewerbs vor. Bei dem Industriestammgleis sei deshalb von einer fehlenden strategischen Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes gemäß Art. 2 Abs. 2, 1. Alt. DVO auszugehen.

Für die Frage der fehlenden strategischen Bedeutung ist insbesondere die Auslastung der Einrichtung, die Art und der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie die Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung maßgeblich.

### 2.2.1 Auslastung der Einrichtung

Die Einrichtung ist nicht hoch ausgelastet.

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

Das Industriestammgleis der Antragstellerin war für viele Jahre unbenutzt. Die Wiederaufnahme des Betriebes ist mittlerweile erfolgt. Ein Unternehmen plant zukünftig dreimal wöchentlich, betriebsnotwendige Transporte über das Industriestammgleis durchzuführen.

Von einer hohen Auslastung des Industriestammgleises ist derzeit nicht auszugehen, da bisher nur Transporte geplant sind und selbst bei drei Transporten wöchentlich noch nicht von einer hohen Auslastung auszugehen ist.

### 2.2.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

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

Das Industriestammgleis der Antragstellerin wird zur Erschließung der in der Stadt Burgbernheim ansässigen Industrie- und Gewerbebetriebe betrieben. Es dient zur Unterstützung der Betriebe in ihrer Logistik. An die Serviceeinrichtung sind aktuell lediglich zwei Unternehmen mit entsprechenden Verloaderampen angebunden, die potenziell Verkehr auf der Infrastruktur

der Antragstellerin generieren könnten. Der potenziell betroffene Verkehr wird sich nach derzeitiger Einschätzung auf den Güterverkehr zu und von den beiden angeschlossenen Unternehmen beschränken.

Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs ist regelmäßig anhand des Maßes der nachgefragten Leistungen zu bestimmen.

Die Bundesnetzagentur geht bei Rangierbahnhöfen, Zugbildungseinrichtungen und Abstellgleisen 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 erhoben. Vor diesem Hintergrund weisen Umsätze für Gleisnutzungen in der Höhe von 160.000 Euro eine Größenordnung auf, die für die Beurteilung einer geringen Bedeutung geeignet ist.

Der prognostizierte Umsatzwert für das Industriestammgleis beläuft sich auf eine Höhe von 10.000 Euro jährlich. Der niedrige Umsatz sowie die Art des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen dafür, dass eine strategische Bedeutung des Industriestammgleises für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes nicht zu erwarten ist.

### **2.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung**

Neutral zu bewerten ist vorliegend die Art der angebotenen Leistung. Bei einem Industriestammgleis handelt es sich typischerweise um eine Gleisanlage in einem Industrie- bzw. Gewerbegebiet, auf der ausschließlich Schienengüterverkehr stattfindet. Es dient als Gleisanschluss für die im Industrie- bzw. Gewerbegebiet ansässigen Unternehmen. Ein besonderes Leistungsportfolio mit weitreichender Bedeutung ist nicht erkennbar.

### **2.2.4 Ergebnis**

In der Gesamtabwägung der Regelbeispiele, unter denen insbesondere der sehr geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs hervorsteht, ergibt sich, dass dem von der Antragstellerin betriebenen Industriestammgleis 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 die Ausnahme der Betreiberin der Serviceeinrichtung als zweckdienlich. Aus den Erwägungsgründen zur DVO ergibt sich, dass der europäische Ordnungsgeber 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 Bundesnetzagentur 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 das von ihr betriebene Industriestammgleis betroffen ist, gem. § 2 Abs. 5 ERegG (Ziffer 2. des Tenors)**

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf das von ihr betriebene Industriestammgleis 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.

#### **3.1 Tatbestand**

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist nicht zu erwarten.

Das hier in Rede stehende Industriestammgleis ist für den Eisenbahnverkehrsmarkt von nur geringem Interesse. Die diesbezüglich maßgeblichen Erwägungen entsprechen denjenigen unter Ziffer 3.2, auf die entsprechend verwiesen wird. So zeigt insbesondere die geringe Auslastung, die unter Ziffer 2.2.1 maßgeblich die fehlende strategische Bedeutung nach Art. 2 Abs. 2 Alt. 1 DVO begründet, auch die nach dem Umfang der angebotenen und nachgefragten Leistung geringe Bedeutung des Industriestammgleises.

#### **3.2 Ermessen**

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. Aschke, in: 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. Widerrufsvorbehalt (Ziffer 3. des Tenors)**

Der Befreiungsbeschluss der Bundesnetzagentur steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass sich der Umfang der mit dem Industriestammgleis angebotenen und nachgefragten Leistungen erheblich erhöht. Die Rechtsgrundlage hierfür findet sich in § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Danach kann die Entscheidung gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwVfG über die Befreiung der Antragstellerin von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG widerrufen werden, sofern sich die Beurteilungsgrundlage für die Wettbewerbsrelevanz des Industriestammgleises 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 Bundesnetzagentur 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.

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

Gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG wird die Befreiung bzw. Ausnahme zudem mit der Auflage verbunden, die Bundesnetzagentur unverzüglich zu unterrichten, sollten die für die Befreiung herangezogenen Kriterien nicht länger erfüllt sein und/oder sollte sich der Umfang der in dem von der Antragstellerin betriebenen Industriestammgleis angebotenen und nachgefragten Leistungen erheblich erhöhen.

Eine erhebliche Erhöhung der zur Befreiung herangezogenen Kriterien und/oder des Leistungsumfangs läge mit Blick auf das Industriestammgleis der Antragstellerin dann vor, wenn sich der Umsatz aus der Nutzung der Serviceeinrichtung auf mindestens 160.000 Euro erhöhen würde.

Mit dieser Auflage soll sichergestellt werden, dass die Bundesnetzagentur Kenntnis von dem Entstehen eines möglichen Widerrufsgrunds nach Ziffer 3. dieser Entscheidung bzw. Art. 2 Abs. 4 DVO 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 wären.

**Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Bonn, den 15. Mai 2020

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer

Dr. Geers

Weyers ✓

Kirchhartz