



Bundesnetzagentur

Beschlusskammer 10

- **geschwärzte Fassung** -

BK10-19-0218\_B

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der Eisenbahn-Bau- und Betriebsgesellschaft Pressnitztalbahn mbH, Am Bahnhof 78, 09477 Jöhstadt, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 05.09. und 04.12.2019 wegen Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG sowie Ausnahme nach Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 DVO,

– Verfahrensbevollmächtigter der Antragstellerin:



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 02.12.2019

am 13. Juli 2020

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe, vier Abstellgleise, einer Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie einer Wartungseinrichtung, welche an einem nicht regelspurigen Schienennetz anliegen, von der Anwendung der Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (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 nicht regelspurige Eisenbahn von den Vorschriften der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie §§ 8 bis 8d und 12 ERegG befreit.
3. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene regelspurige Eisenbahn von den Vorschriften der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie §§ 8 bis 8d und 12 ERegG befreit.
4. Die Entscheidung nach Ziffern 2. und 3. stehen 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.
5. Der Antragstellerin wird auferlegt, die Bundesnetzagentur unverzüglich zu unterrichten, sollte sich der Umfang der von der Eisenbahn nach Ziffern 2. und/oder 3. erbrachten Leistungen erheblich erhöhen.
6. Im Übrigen wird der Antrag der Antragstellerin abgelehnt.

## I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche in Mecklenburg-Vorpommern ein regelspuriges Schienennetz auf der Strecke Putbus nach Lauterbach Mole mit einer Länge von 3,38 km und ein nicht regelspuriges Schienennetz (750 mm Spurweite) auf der Strecke Lauterbach Mole nach Göhren auf Rügen (Rügensche BäderBahn oder auch rasender Roland genannt) mit einer Länge von knapp 24 km betreibt. Die Infrastruktur der Strecke Putbus nach Lauterbach Mole besteht aus einem Dreischienengleis, das sowohl die Nutzung durch Regelspurfahrzeuge als auch durch Schmalspurfahrzeuge ermöglicht. Zusätzlich betreibt die Antragstellerin unterschiedliche Serviceeinrichtungen. Sie betreibt drei Personenbahnhöfe bzw. Haltepunkte (nachfolgend: Personenbahnhöfe) anschließend an das regelspurige Schienennetz. Weiterhin betreibt sie 13 Personenbahnhöfe, vier Abstellgleise, eine Wartungseinrichtung, eine Dieseltankstelle und zwei Wasserkräne als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme anschließend an die Schmalspurbahn als Serviceeinrichtungen. Weiterhin betreibt die Antragstellerin noch die Anschlussbahn Espenhain zur Abstellung eigener Lokomotiven und Wagen in der Nähe von Leipzig.

Mit Beschluss BK10-17-0028\_B vom 16.01.2018 wurde der Antrag der Antragstellerin auf Befreiung für das von ihr betriebene regelspurige Schienennetz von Putbus nach Lauterbach Mole nach § 2 Abs. 7 ERegG sowie für die von ihr betriebene Anschlussbahn Espenhain nach § 2 Abs. 5 ERegG abgelehnt.

Mit Schreiben vom 05.09.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 12.09.2019 und präzisiert in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 02.12.2019, beantragt die Antragstellerin sinngemäß, sie

- als Betreiberin von 13 Personenbahnhöfen, vier Abstellgleisen, einer Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie einer Wartungseinrichtung, welche an der Schmalspurbahn anliegen, nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 bzw. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO,
- als Betreiberin von drei Personenbahnhöfen, welche am regelspurigen Schienenweg anliegen, nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO,
- als nicht regelspurige Eisenbahn von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG sowie
- als regelspurige Eisenbahn von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG befreit bzw. ausgenommen zu werden.

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

Am 18.09.2019 hat die Bundesnetzagentur das Befreiungs- bzw. Ausnahmeverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 18.09. und E-Mail vom 22.10.2019 hat die Bundesnetzagentur weitere Informationen bei der Antragstellerin abgefragt. Die Antworten hierauf sind mit E-Mail vom 21.10. und 05.11.2019, jeweils am gleichen Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, erfolgt.

Die öffentliche mündliche Verhandlung hat am 02.12.2019 stattgefunden. Die Antragstellerin hat mit nachgelassenem Schriftsatz vom 09.12.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 11.12.2019, weitere Angaben gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

## II. Gründe

Dem Befreiungs- bzw. Ausnahmeantrag wird in dem aus dem im Tenor ersichtlichen Umfang stattgegeben; im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Diese Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 DVO sowie § 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 (Bundes-eisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG).

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 2 ERegG). Die öffentliche mündliche Verhandlung fand am 02.12.2019 statt. 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 13 Personenbahnhöfe, vier Abstellgleise, eine Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie eine Wartungseinrichtung, die an nicht regelspurigen Schienenwegen anliegen, 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 von ihr betriebenen Personenbahnhöfe, vier Abstellgleise, eine Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie eine Wartungseinrichtung, die an nicht regelspurigen Schienenwegen anliegen 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 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 05.09.2019 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 das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes der hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen 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 in der Einrichtung angebotenen Leistung angeht (vgl. Art. 2 Abs. 2, 1. Alt. DVO).

Im Einzelnen:

### **2.2.1 Personenbahnhöfe der Antragstellerin**

Die hier in Rede stehenden Personenbahnhöfe sind für das Funktionieren des Eisenbahnverkehrsmarktes ohne strategische Bedeutung.

#### **2.2.1.1 Auslastung der Einrichtung**

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

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 beträgt die Auslastung des nicht regelspurigen Schienennetzes 90 Prozent. Da auf diesem Schienennetz ausschließlich Personenverkehr gefahren wird, kann auch für die Personenbahnhöfe von einer ähnlich hohen Auslastung ausgegangen werden.

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

### **2.2.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs**

Die Art des potentiell betroffenen Verkehrs spricht gegen eine strategische Bedeutung, während der Umfang für eine strategische Bedeutung spricht.

Nach Angaben der Antragstellerin erbringt die Schmalspureisenbahn reinen Personenverkehr, der durch einen Verkehrsvertrag mit der Verkehrsgesellschaft Mecklenburg-Vorpommern beauftragt wurde. Der Betrieb der Schmalspurbahn diene auch den Bewohnern der Insel Rügen, sei aber im Wesentlichen auf touristisch geprägten Schienenpersonenverkehr in der Sommersaison ausgelegt. Darüberhinausgehende eigenwirtschaftlich zu erbringende Verkehre seien aufgrund der Streckenauslastung von über 90 Prozent nicht möglich. Zudem sei die Zahl weiterer Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche die Infrastruktur der Antragstellerin befahren könnten, auf die sächsischen Schmalspurbahnen gleicher Spurbreite beschränkt. Diese dürften aufgrund rechtlicher Beschränkungen aber nicht auf fremden Infrastrukturen eingesetzt werden und seien ohnehin wegen der dort bestellten Verkehre nicht verzichtbar. Gelegenheitsverkehr sei auf dem Schienennetz der Antragstellerin nur sehr begrenzt möglich. Aus diesem Grund sei die Zahl der Sonderzugkilometer pro Jahr durch den Verkehrsvertrag begrenzt.

Diese Umstände sprechen aus Sicht der Bundesnetzagentur dafür, dass die Art des betroffenen Verkehrs auf keine strategische Bedeutung hinweist.

Zum einen handelt es sich bei der hier in Rede stehenden Eisenbahninfrastruktur um nicht regelspurige Infrastruktur, genauer um Schmalspur mit 750 mm Spurbreite. Diese technische Besonderheit impliziert, dass die Wettbewerbssituation stark eingeschränkt ist. Hierfür spricht, dass sich die Eisenbahnfahrzeuge im Eigentum des Aufgabenträgers befinden und zwingend zur Erfüllung des Verkehrsvertrages durch das obsiegende Eisenbahnunternehmen zu verwenden sind, so dass nur solche Eisenbahnunternehmen an der Ausschreibung teilnehmen können, die über die notwendige technische Expertise verfügen. Darüber hinaus ist die Wertung aus § 2 Abs. 3 Nr. 1 ERegG zur Bewertung der Art des betroffenen Verkehrs zur Bewertung der strategischen Bedeutung heranzuziehen, nach der bereits der nationale Gesetzgeber Schmalspurbahnen als weniger regulierungsbedürftig angesehen hat.

Demgegenüber spricht der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs für eine strategische Bedeutung der fraglichen Personbahnhöfe.

Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs ist regelmäßig anhand des Maßes der nachgefragten Leistungen zu bestimmen. Dieser bemisst sich bei Personbahnhöfen nach der Zahl der Zughalte pro Station und Tag. Die Personbahnhöfe der Antragstellerin, die an einem nicht regelspurigen Schienennetz anliegen, wurden im Jahr 2018 durchschnittlich 14-mal pro Personbahnhof und Tag angefahren.

Die Bundesnetzagentur 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 Bedienhäufigkeit 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. Vor diesem Hintergrund sind die Personenbahnhöfe nach Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs nicht mehr von geringerer Bedeutung.

#### **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. Die Antragstellerin betreibt Personenbahnhöfe, die hinsichtlich der Art der angebotenen Leistung keine Besonderheiten aufweisen.

#### **2.2.1.4 Ergebnis**

In der Gesamtabwägung ist aufgrund der technischen Besonderheiten und der fehlenden Wettbewerbssituation des zugrundeliegenden schmalspurigen Schienennetzes davon auszugehen, dass den von der Antragstellerin betriebenen Personenbahnhöfen, die an einem nicht regelspurigen Schienennetz anliegen, keine strategische Bedeutung zukommt.

#### **2.2.2 Sonstige Serviceeinrichtungen der Antragstellerin**

Das zu den Personenbahnhöfen, die an einem nicht regelspurigen Schienennetz anliegen, Gesagte gilt auch für die anderen hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen, namentlich vier Abstellgleise, eine Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie eine Wartungseinrichtung, die nicht an einem regelspurigen Schienennetz anliegen. Auch hinsichtlich dieser ist der Umstand, dass es sich um eine Schmalspurinfrastruktur handelt und mithin nur eine spezielle Art von Verkehr betroffen ist, entscheidend dafür, dass nicht von einer strategischen Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes auszugehen ist.

#### **2.2.3 Ergebnis**

Aufgrund der technischen Besonderheit der Schmalspurbahn sind die an diese anliegenden Serviceeinrichtungen nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes.

#### **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 als nicht regelspurige Eisenbahn nach § 2 Abs. 4 ERegG (Ziffer 2. des Tenors)**

Die Antragstellerin wird in ihrer Eigenschaft als nicht regelspurige Eisenbahn von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG befreit.

#### **3.1 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 bis 8d 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 der Strecke Lauterbach Mole nach Göhren auf Rügen noch Personenbahnhöfe, vier Abstellgleise, eine Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie eine Wartungseinrichtung als Serviceeinrichtungen. Darüber hinaus ist sie als Eisenbahnverkehrsunternehmen auf ihrer eigenen nicht regelspurigen 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 Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder die Verkehrsleistung des Eisenbahnverkehrsunternehmens der Antragstellerin vorliegend von mehr als geringer Bedeutung sind. Gleiches gilt mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebenen am nicht regelspurigen Netz gelegenen Serviceeinrichtungen (hierzu II.2.2).

### **3.1.1 Schienennetz der Antragstellerin**

Das Schienennetz der Antragstellerin ist weder mit Blick auf die Streckenlänge von rund ■ km noch mit Blick auf die Betriebsleistung von ■ Trassenkilometern von so erheblicher Bedeutung, dass im Fall einer Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten wäre.

Die Beschlusskammer sieht eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs als dann zu erwarten an, wenn die Streckenlänge des von der Antragstellerin betriebenen Schienennetzes mindestens 300 km und die damit erzielte Betriebsleistung mindestens 700.000 Trassenkilometer beträgt. Diese Schwellenwerte ergeben sich zum einen aus dem Umstand, dass Streckennetze bis zu einer Länge von 300 km als regional qualifiziert werden. Die Obergrenze von 300 km Streckenlänge basiert auf einer Wertung der Größenverhältnisse von Regionen. Regionen können eine Ausdehnung von etwa 150 x 150 km erreichen (z.B. Ruhrgebiet, Rhein-Main-Region). Da das Streckennetz innerhalb der Region verzweigt sein kann, sind regionale Schienennetze solche mit einer Streckenlänge von bis zu 300 km. Darüberhinausgehende Streckennetze sind alleine von ihrer Größe bereits überregional und eine wettbewerbliche Beeinträchtigung gegeben. Zum anderen hat sich der Schwellenwert der Betriebsleistung von 700.000 Trassenkilometer als derjenige Wert herauskristallisiert, an welchem sich strategisch unbedeutende Schienennetze von solchen Schienennetzen unterscheiden, die insbesondere durch die Erbringung von Verkehrsdiensten im Rahmen eines Verkehrsvertrages eine strategische Bedeutung für den Schienenverkehrsmarkt aufweisen.

### **3.1.2 Verkehrsleistung der Antragstellerin**

Gleiches gilt mit Blick auf die Verkehrsleistung des Eisenbahnverkehrsunternehmens der Antragstellerin mit insgesamt ■ Personenkilometern im Personenverkehr und ■ Tonnenkilometern im Schienengüterverkehr.

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.

## **3.2 Ermessen**

Die behördliche Entscheidung ergeht ermessensfehlerfrei.

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.

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. 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 der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG.

#### **4. Befreiung der Antragstellerin als regelspurige Eisenbahn nach § 2 Abs. 4 ERegG (Ziffer 3. des Tenors)**

Die Antragstellerin wird in ihrer Eigenschaft als regelspurige Eisenbahn von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG befreit.

##### **4.1 Tatbestand**

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 der Strecke Putbus nach Lauterbach Mole noch Personenbahnhöfe als Serviceeinrichtungen. Darüber hinaus ist sie als Eisenbahnverkehrsunternehmen auf ihrer eigenen regelspurigen 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 Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder die Verkehrsleistung des Eisenbahnverkehrsunternehmens der Antragstellerin vorliegend von mehr als geringer Bedeutung sind. Dies gilt allerdings nicht mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebenen Serviceeinrichtungen (hierzu II.6.1).

##### **4.1.1 Schienennetz der Antragstellerin**

So ist das Schienennetz der Antragstellerin weder von der Streckenlänge mit rund ■■■ km noch von der Betriebsleistung mit ■■■ Trassenkilometern her von so erheblicher Bedeutung, dass von einer Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten wäre.

#### 4.1.2 Verkehrsleistung der Antragstellerin

Gleiches gilt mit Blick aber die Verkehrsleistung des Eisenbahnverkehrsunternehmens der Antragstellerin mit insgesamt [REDACTED] Personenkilometern im Personenverkehr und [REDACTED] Tonnenkilometern im Schienengüterverkehr.

#### 4.2 Ermessen

Die behördliche Entscheidung ergeht ermessensfehlerfrei.

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. 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 der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG.

#### **5. Keine Ausnahme der Antragstellerin von Art. 4 Abs. 2 lit. a) – d) und m) sowie Art. 5 DVO soweit die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe, vier Abstellgleise, eine Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie eine Wartungseinrichtung, die an nicht regelspurigen Schienenwegen anliegen, betroffen sind, gem. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 DVO (Ziffer 6. des Tenors)**

Eine über die in Ziffer 1 des Tenors hinausgehende Ausnahme der Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe, vier Abstellgleise, eine Dieseltankstelle und zwei Wasserkränen als Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme sowie eine Wartungseinrichtung, die an nicht regelspurigen Schienenwegen anliegen, von sämtlichen Pflichten der DVO wird abgelehnt.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 i.V.m. Abs. 2 DVO können die Betreiber von Serviceeinrichtungen, die ausschließlich von Betreibern kulturhistorischer Eisenbahnen für deren eigene Zwecke genutzt werden und ein Ausnahmegrund nach Abs. 2 vorliegt, die Ausnahme von sämtlichen Vorschriften dieser Verordnung beantragen.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen liegen nicht vor.

Zwar besteht ein Ausnahmegrund nach Art. 2 Abs. 2 1. Alt. DVO (s. dazu II.2.2). Die hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen werden aber nicht ausschließlich von Betreibern kulturhistorischer Eisenbahnen für deren eigene Zwecke genutzt.

Eine kulturhistorische Eisenbahn liegt dann vor, wenn Eisenbahnverkehrsdienste mit historischen Eisenbahnfahrzeugen erbracht werden oder historische Eisenbahnfahrzeuge auf einer Eisenbahninfrastruktur ausgestellt oder im Betrieb präsentiert werden. Die Formulierung „für deren eigene Zwecke“ lässt zudem darauf schließen, dass auch eine museale Zweckbindung

bestehen muss. Würde man lediglich auf das verwendete Wagenmaterial abstellen, wäre dieser Passus entbehrlich. Die Beschlusskammer geht insoweit davon aus, dass ein Gleichlauf mit § 2 Abs. 6 ERegG besteht, in dem ebenfalls der Betrieb „zu dem Zweck musealer Nutzung“ maßgeblich ist.

Bei den durch die Antragstellerin eingesetzten Eisenbahnfahrzeugen handelt es sich zwar um historisches Wagenmaterial, da die jüngste Dampflokomotive nach Angabe der Antragstellerin aus den 1950er Jahren stammt und der Wagenpark in seiner Historie bis zum Beginn des 20sten Jahrhundert zurückreicht. Jedoch ist der Zweck der Eisenbahn der Antragstellerin nicht nur das reine Fahrerlebnis mit historischem Wagenmaterial, sondern auch die Sicherstellung des – wenn auch durch den Tourismus geprägten – Personenverkehrs auf der Insel Rügen.

Eine Ausnahme der Antragstellerin gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 DVO kommt aus diesem Grund nicht in Betracht.

**6. 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 drei Personenbahnhöfe, die an regelspurigem Schienennetz anliegen, betroffen sind, gem. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (Ziffer 6. des Tenors)**

Der Antrag der Antragstellerin, im Hinblick auf die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe, die an einem regelspurigen Schienennetz anliegen, 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 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.

**6.1 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 fraglichen Serviceeinrichtungen der Antragstellerin von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Im Einzelnen:

### **6.1.1 Auslastung der Einrichtung**

Die Auslastung der Personenbahnhöfe ist relativ hoch.

Die Antragstellerin hat angegeben, dass auf dem regelspurigen Schienennetz, welches nur für Personenverkehr genutzt wird, kein Raum für andere Zugtrassen neben denen des bestellten Verkehrs bleiben. Die hohe Auslastung des Schienennetzes ausschließlich mit Personenverkehr lässt auf eine hohe Auslastung der anliegenden Personenbahnhöfe schließen.

Die hohe Auslastung spricht zunächst für eine strategische Bedeutung der Personenbahnhöfe.

### **6.1.2 Art und Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs**

Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen für eine strategische Bedeutung der von der Antragstellerin betriebenen Personenbahnhöfe, welche an einem regelspurigen Schienennetz anliegen.

Nach Angaben der Antragstellerin wird der Verkehr auf der Regelspurstrecke mit einem Diesellokomotiv fast ausschließlich von Einheimischen bzw. Pendlern genutzt. Im Gegensatz zum nicht regelspurigen Schienennetz liegt hier aber gerade kein Inselnetz vor. Jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches dort fahren möchte, könnte – eine Trasse vorausgesetzt – dort auch fahren.

Auch der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs spricht für eine strategische Bedeutung. Die fraglichen Personenbahnhöfe der Antragstellerin wurden im Jahr 2018 durchschnittlich 16-mal pro Personenbahnhof und Tag angefahren. Dies übersteigt den Schwellenwert von acht Halten pro Personenbahnhof und Tag, bis zu dem die Bundesnetzagentur von einer geringen Bedeutung ausgeht (s. dazu II.2.2.1.2)

### **6.1.3 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, die hinsichtlich der Art der angebotenen Leistung keine Besonderheiten aufweisen.

### **6.1.4. Ergebnis**

Aufgrund der Regelkriterien ist im Ergebnis von einer strategischen Bedeutung der an dem regelspurigen Schienennetz liegenden Personenbahnhöfen auszugehen.

## **6.2. Kein Wettbewerbsorientiertes Umfeld, Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO**

Der Ausnahmegrund des Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO ist 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 (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 eine Alternative zur Nutzung der Personenbahnhöfe der Antragstellerin, mithin ein Wettbewerber, welcher eine vergleichbare Leistung erbringt, besteht.

### **6.3 Keine Beeinträchtigung des Funktionierens des Marktes, Art. 2 Abs. 2 Anstrich 3 DVO**

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

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

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 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 mit der Folge, dass die Antragstellerin von der Anwendung bestimmter Vorschriften auszunehmen wäre.

Soweit die Antragstellerin mit Schreiben vom 09.12.2019 anführt, die Veröffentlichung der Pflichtangaben nach § 4 Abs. 2 lit. a) bis d) sei nicht das Problem, sondern die bei einer Regulierung erforderliche Ausweisung der Nutzungsentgelte für die drei Regelspurbahnsteigkanten, führ dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO sind Informationen über Entgelte für den Zugang zu Serviceeinrichtungen und die einzelnen dort erbrachten schienenverkehrsbezogenen Leistungen (Art. 4 Abs. 2 lit. m) DVO) auch im Fall einer Ausnahme zu erstellen und zu veröffentlichen. Der Antragstellerin ist es dabei allerdings

nicht verwehrt, die Information über die Entgelte in einer Weise vorzunehmen, die auf die von ihr namentlich im Schreiben vom 09.12.2019 hervorgehobenen Besonderheiten der Betriebs-situation Rücksicht nimmt und derart einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Informationsbedürfnis etwaiger Zugangsberechtigter und den mit einer Entgeltermittlung verbundenen Herausforderungen darstellt.

#### **7. Widerrufsvorbehalte (Ziffer 4. des Tenors)**

Der Befreiungs- bzw. Ausnahmebeschluss der Bundesnetzagentur steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass Umstände bekannt werden, welche die Einschätzung, dass die nicht regelspurige Eisenbahn und/oder die regelspurige 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 §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie der §§ 8 und 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.

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.

#### **8. 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 im Rahmen der von den Eisenbahnen nach Ziffern 2. und/oder 3. erbrachten Leistungen erheblich erhöhen.

Eine erhebliche Erhöhung des Leistungsumfanges läge mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebene nicht regelspurige Eisenbahn und die von der Antragstellerin betriebene regelspurige Eisenbahn dann vor, wenn sich die Verkehrsleistung auf mehr als 1 Mrd. Personen- oder Tonnenkilometer pro Jahr und/oder sich die Betriebsleistung auf dem Schienennetz der Antragstellerin auf mehr als 700.000 Trassenkilometer und/oder sich die Streckenlänge des Schienennetzes der Antragstellerin auf mehr als 300 km erhöhen sollte.

Mit dieser Auflage soll sichergestellt werden, dass die Bundesnetzagentur Kenntnis von dem Entstehen eines Widerrufsgrunds nach Ziffer 3. 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 wären.

### Rechtsbehelfsbelehrung

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

Bonn, den 13. Juli 2020

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer

Dr. Geers

Weyers

Kirchhartz