

Beschlusskammer 10

öffentliche Fassung

BK10-19-0284_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Antrages

der S-Bahn Berlin GmbH, Elisabeth-Schwarzhaupt-Platz 1, 10115 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 28.10.2019 und 19.05.2020 wegen Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG,

Hinzugezogene:

- Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt, Am Köllnischen Park 3, 10179 Berlin,
- Land Brandenburg, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung, Henning-von-Tresckow-Straße 2 – 8, 14467 Potsdam,

- Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragstellerin:



der Hinzugezogenen:



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 3 1, Aug. 2020

beschlossen:

Der Antrag der Antragstellerin, in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG befreit zu werden, wird abgelehnt.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist eine bundeseigene Eisenbahn, welche Wartungseinrichtungen an den Standorten Wannsee, Oranienburg, Friedrichsfelde, Grünau und Schöneweide in Berlin betreibt. Die von der Antragstellerin zusätzlich betriebene Wartungseinrichtung in Erkner wird als nichtselbstständiger Betriebsteil der Wartungseinrichtung Friedrichsfelde geführt. Zudem erbringt sie Schienenpersonenverkehrsdienste auf dem S-Bahn-Schienennetz der DB Netz AG. Die Antragstellerin ist ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der DB Regio AG.

Mit E-Mail vom 28.10.2019, am gleichen Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, hat die Antragstellerin einen Antrag auf Erteilung von Befreiungen auf Basis von § 2 Abs. 4 und Abs. 5 ERegG gestellt. Mit E-Mail vom 19.05.2020, ebenfalls am gleichen Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, hat die Antragstellerin ihren Antrag geändert und den Befreiungsantrag nach § 2 Abs. 5 ERegG zurückgezogen.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr, sie

gemäß § 2 Abs. 4 ERegG von der Anwendung des § 12 ERegG hinsichtlich ihrer Serviceeinrichtungen zu befreien.

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

Am 25.11.2019 hat die Bundesnetzagentur das Befreiungsverfahren eingeleitet. Mit E-Mail vom 26.11.2019 und 03.01.2020 hat die Bundesnetzagentur weitere Informationen bei der Antragstellerin abgefragt. Die Antworten hierauf sind mit E-Mail vom 06.12.2019 und 08.01.2020, jeweils am gleichen Tag bei der Bundesnetzagentur eingegangen, erfolgt.

Die öffentliche mündliche Verhandlung hat am 27.04.2020 stattgefunden. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der öffentlichen mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

II. Gründe

Der Befreiungsantrag der Antragstellerin wird abgelehnt. Diese Entscheidung beruht auf § 2 Abs. 4 ERegG.

1. Zuständigkeit, Verfahren

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

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 2 ERegG). Eine öffentliche mündliche Verhandlung (§ 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG) ist am 27.04.2020 durchgeführt worden. 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. Antragsumfang

Der Antrag der Antragstellerin wird dahingehend ausgelegt, dass dieser nur auf eine Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG gerichtet ist.

Von dem Antrag ist die Befreiung von § 12 Abs. 1 ERegG, nach welchem die organisatorische Trennung von Betreiber von Serviceeinrichtungen und einem diesen unmittelbar oder mittelbar kontrollierenden Unternehmen, das auf inländischen Schienenwegen tätig ist und eine marktbeherrschende Stellung innehat, nicht umfasst. Denn Wartungseinrichtungen sind, wie auch die Antragstellerin selbst anführt (vgl. Antragsschreiben, Seite 3), von der Regelung des § 12 Abs. 1 ERegG nicht erfasst. Dieser ist nur auf solche Serviceeinrichtungen anwendbar, die unter Anlage 2 Nummer 2 Buchstabe a), b), c), d), g) und i) des ERegG aufgeführt sind.

Der Antragsumfang beschränkt sich auf die Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG.

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

Der Antrag der Antragstellerin, in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG befreit zu werden, wird abgelehnt.

Gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 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. Eine Beeinträchtigung ist nach § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG insbesondere nicht zu erwarten, wenn ihre Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder ihre Verkehrsleistung von geringer Bedeutung sind.

Die Antragstellerin ist zwar eine Eisenbahn im Sinne des § 2 Abs. 4 ERegG. Eisenbahnen sind nach § 2 Abs. 1 AEG i.V.m. § 1 Abs. 4 ERegG öffentliche Einrichtungen oder privatrechtlich organisierte Unternehmen, die Eisenbahnverkehrsdienste erbringen oder eine Eisenbahninfrastruktur betreiben. Tatsächlich betreibt die Antragstellerin fünf Wartungseinrichtungen im Großraum Berlin als Serviceeinrichtungen. Darüber hinaus ist sie als Eisenbahnverkehrsunternehmen auf fremder Schieneninfrastruktur tätig.

Eine Befreiung der Antragstellerin würde jedoch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs erwarten lassen. Dies gilt sowohl mit Blick auf die in der Serviceeinrichtung erbrachten Infrastrukturleistungen als auch auf die vom Eisenbahnverkehrsunternehmen erbrachten Verkehrsleistungen.

Hinsichtlich der Infrastrukturleistungen ist zum einen festzustellen, dass vorliegend das Regelbeispiel des § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG nicht erfüllt ist. Dieses Beispiel ist auf die hiesige Fall-konstallation nicht anwendbar. Denn die Antragstellerin betreibt selbst kein Schienennetz nach § 2 Abs. 7 AEG i.V.m. § 1 Abs. 4 ERegG, so dass die Vorschriften, welche die strukturellen

Vorgaben zwischen den Bereichen Betrieb eines Eisenbahnverkehrsunternehmens und Betrieb eines Schienennetzes regeln, insbesondere § 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 und §§ 8 bis 8d ERegG, für die Antragstellerin nicht anzuwenden sind. Demzufolge laufen auch die Beurteilungskriterien des Regelbeispiels – Streckenlänge und Betriebsleistung – ins Leere.

Zum anderen gibt es aber auch keine sonstigen Umstände, die – mit Blick auf die Infrastrukturleistungen – bei einer Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht erwarten ließen. Zwar ist, wie das "insbesondere" in § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG zeigt, es im vorliegenden Zusammenhang durchaus möglich, über die im Regelbeispiel genannten Merkmale hinaus weitere Kriterien zu prüfen. Die verfahrensgegenständlichen Serviceeinrichtungen bzw. die darin erbrachten Leistungen erweisen sich jedoch auch bei dieser erweiterten Prüfung als für den Wettbewerb bedeutsam.

Dabei lässt sich zur Quantifizierung der wettbewerblichen Relevanz von Serviceeinrichtungen bzw. der darin erbrachten Leistungen namentlich der entsprechende Umsatz heranziehen. Denn eine rege Nutzung geht in der Regel mit erhöhten Umsätzen einher. Aus Sicht der Beschlusskammer stellt der Umsatz auch bei Wartungseinrichtungen, welche der Wartung von Fahrzeugen des regionalen Schienenpersonennahverkehrs dienen, ein geeignetes Kriterium für die Ermittlung der wettbewerblichen Relevanz der Wartungseinrichtung dar. Denn auch hier korrespondiert die Umsatzhöhe mit der Nachfrage durch und damit mit der Bedeutung einer Einrichtung für die Zugangsberechtigten. Daher erscheint es sachgerecht, in den Fällen, in denen hohe Umsätze zu erzielen sind, von einer wettbewerblichen Relevanz auszugehen.

Gegen das Heranziehen des Umsatzes als Kriterium zur Beurteilung der wettbewerblichen Relevanz der Einrichtungen spricht auch nicht, wie die Antragstellerin vorbringt, dass der Zugangswettbewerb betreffend die Wartungseinrichtungen durch die Vergabe des Verkehrsvertrages gegebenenfalls vorgelagert ist. Der Umstand, dass die fraglichen Einrichtungen ausschließlich durch das Verkehrsunternehmen genutzt werden bzw. genutzt werden können, welches im Rahmen eines Verkehrsvertrages die Schienenpersonennahverkehre durchführt, hat nicht zur Folge, dass Einrichtungen, mit denen ein hoher Umsatz erzielt wird, von geringerer Bedeutung für den Wettbewerb wären. Vielmehr geht die Beschlusskammer mit den Hinzugezogenen davon aus, dass die Frage der Wartung der Fahrzeuge für Verkehrsunternehmen, die sich an dem wettbewerblichen Vergabeverfahren (potentiell) beteiligen, von wesentlicher Bedeutung ist. Insoweit erscheint der Beschlusskammer eine Differenzierung der wettbewerblichen Bedeutung von Wartungseinrichtungen danach, ob diese eine hohe Betriebsleistung aufweisen, auch in den Fällen geeignet, in denen die hohe Betriebsleistung auf umfangreichen Personenverkehren beruhen, die der Durchführung eines Verkehrsvertrages dienen.

Die Bundesnetzagentur geht bei der angebotenen Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV bis zu einem Umsatz in Höhe von 12.000.000 Euro davon aus, dass die nachgefragte Leistung von geringer Bedeutung ist. Diese Wertung ergibt sich aus dem durchschnittlichen Umsatzwert aller Betreiber von Wartungseinrichtungen, die an der Marktuntersuchung der Bundesnetzagentur teilgenommen und Umsatzwerte für das Jahr 2017 genannt haben.

der Umsätze statt. Diese wurde als Grundlage zur Ermittlung eines potenziellen Umsatzes herangezogen, wobei der Materialaufwand unberücksichtigt blieb. Danach betrug der Umsatz mit der Nutzung der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen im Jahr 2018 insgesamt
Der hohe Umsatz spricht dafür, dass die fraglichen Einrichtungen von erheblicher wettbewerb licher Relevanz sind. Andere Indizien, die dieser Einschätzung entgegenstünden, sind nich ersichtlich.
Darüber hinaus ist auch mit Blick auf die Verkehrsleistung des Eisenbahnverkehrsunterneh mens der Antragstellerin, die sich auf insgesamt Personenkilometer im bestell ten Schienenpersonennahverkehr beläuft, von einer hohen wettbewerblichen Relevanz aus

Die Beschlusskammer sieht eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs dann als 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 Unternehmen von demjenigen der für den Wettbewerb bedeutsameren Unternehmen scheidet.

Auch Verkehrsleistung spricht dafür, dass die fraglichen Einrichtungen von erheblicher wettbewerblicher Relevanz sind.

Eine Befreiung der Antragstellerin als Betreiberin von fünf Wartungseinrichtungen von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG nach § 2 Abs. 4 ERegG ist daher nicht möglich.

Rechtsbehelfsbelehrung

zugehen.

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

Bonn, den 3 1, Aug. 2020

Vorsitzender	Beisitzerin	Beisitzer
Dr. Geers	Weyers ()	Kirchhartz