



BK10-24-0165_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

der S-Bahn Hamburg GmbH, Hammerbrookstraße 44, 20097 Hamburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 08.05.2017 wegen Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG,

Hinzugezogener:

Mofair e. V., Marienstraße 3, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

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,
den Beisitzer Dr. Hendrik Leupold und
den Beisitzer Dr. Johannes Arnade

am 04.09.2024

beschlossen:

Die Antragstellerin wird hinsichtlich des Erbringens von Verkehrsdiensten im Schienenpersonennahverkehr und des Betriebs von Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen von den Pflichten des § 12 Abs. 2 ERegG befreit.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt.....	4
II. Gründe	6
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit	6
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	6
II.2.1 Tatbestand des § 2 Abs. 4 ERegG	7
II.2.2 Rechtsfolge	8
Rechtsbehelfsbelehrung.....	9

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin betreibt Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen im Großraum Hamburg und erbringt Schienenpersonenverkehrsdienste. Als ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der DB Regio AG sie eine bundeseigene Eisenbahn.

Die Wartungseinrichtungen werden von ihr im Werk Hamburg-Ohlsdorf und in der Werkstatt Hamburg Stellingen betrieben, die Außenwaschanlagen am Instandhaltungspunkt Hamburg Elbgaustraße sowie in Hamburg-Poppenbüttel. Es ist zudem möglich, am Instandhaltungspunkt Hamburg Elbgaustraße auch kleinere Instandhaltungsarbeiten durchzuführen. Die Antragstellerin erbringt zudem Schienenpersonenverkehrsdienste auf dem zum Netz der DB InfraGO AG gehörenden und von dieser betriebenen S-Bahn-Netz Hamburg sowie auf der ebenfalls von der DB InfraGO AG betriebenen Strecke von Hamburg nach Stade. Bei den dort verkehrenden Fahrzeugen handelt es sich um Spezialkonstruktionen.

Die Wartungseinrichtungen sind an das S-Bahn-Netz Hamburg angeschlossen und technisch allein auf Wartungen im S-Bahn Verkehr ausgerichtet. Fahrzeuge mit Oberleitungs-Wechselstrom können nicht einfahren, Zuführungen von extern setzen voraus, dass die Fahrzeuge energieautonom betrieben werden. Aufgrund des S-Bahn-Taktverkehrs ist dies allerdings nur nachts möglich. Da S-Bahn-Fahrzeuge bauliche Unterschiede zu anderen Fahrzeugen aufweisen, sind die Werkstatteinrichtungen weit überwiegend für diese ausgelegt. Die baulichen Besonderheiten führen dazu, dass auch die Waschanlagen allein für die Fahrzeugbaureihen der Hamburger S-Bahn baulich ausgelegt sowie in der Automatik programmiert sind.

Im Jahr 2023 nutzte die Antragstellerin Bereiche in der Wartungseinrichtung Hamburg-Ohlsdorf für die Bearbeitung externer Aufträge. Andere externe Anfragen gab es seit dem Jahr 2017 nicht.

Mit Schreiben vom 08.05.2017 stellte die Antragstellerin bei der Bundesnetzagentur u. a. einen Antrag gemäß § 2 Abs. 4 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) auf Befreiung von der Anwendung der Vorschrift des § 12 Abs. 2 ERegG zur getrennten Buchführung. Daraufhin leitete die Beschlusskammer ein Verwaltungsverfahren unter dem Geschäftszeichen BK10-17-0106_B ein. Die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation, wurde am 03.07.2017 auf entsprechenden Antrag zu dem Verfahren hinzugezogen.

Mit Ziffer 2. des Beschlusses vom 27.04.2022 (Gz. BK10-17-0106_B) lehnte die Bundesnetzagentur den Antrag auf Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG ab. Hinsichtlich der Begründung wird auf den Beschluss verwiesen.

Hiergegen erhob die Antragstellerin am 25.05.2022 Klage bei dem Verwaltungsgericht (VG) Köln (Az. 18 K 3196/22).

Das Gericht verpflichtete die Bundesnetzagentur mit seinem unter dem Aktenzeichen 18 K 3196/22 ergangenen Urteil vom 03.05.2024 unter Aufhebung der Ziffer 2. des Beschlusses vom 27.04.2022 (Gz. BK10-17-0106_B) dazu, den Antrag der Antragstellerin, sie von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG nach § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG zu befreien, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Im Übrigen wies es die Klage ab.

Zur Begründung führte das Gericht im Wesentlichen aus, dass die ablehnende Entscheidung rechtswidrig sei und die Klägerin in ihren Rechten verletze. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs i. S. d. § 2 Abs. 4 ERegG sei durch die Befreiung nicht zu erwarten. Die Formulierung „zu erwarten“ richte den Blick in die Zukunft in Form einer Prognoseentscheidung. Die Befrei-

ung setze damit tatbestandlich voraus, dass bereits feststehende Tatsachen keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung begründeten. Diese Voraussetzungen lägen nach Auffassung des Gerichts nicht vor.

Die Bundesnetzagentur habe abschließend von ihrem (Rest-) Ermessen Gebrauch zu machen und zu prüfen, ob ein atypischer Fall vorliege, der einer Befreiung der Antragstellerin entgegengehalten werden könne.

Gegen das Urteil des VG Köln legten die Verfahrensbeteiligten keine Rechtsmittel ein.

Am 18.06.2024 hat die Beschlusskammer der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige, den Befreiungsantrag neu zu bescheiden. Die Fortführung des Befreiungsverfahrens erfolge unter dem Geschäftszeichen BK10-24-0165_B. Die Beschlusskammer hat zudem auf ihrer Internetseite darauf hingewiesen, dass sie beabsichtige, den Befreiungsantrag neu zu bescheiden. Dabei hat sie zugleich auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zum Verfahren hingewiesen. Es ist ein Hinzuziehungsantrag gestellt und positiv beschieden worden. Außerdem hat sie die Behörde für Verkehr und Mobilität – da die Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation als Verfahrensbeteiligte aus dem Verfahren BK10-17-0106_B so nicht mehr besteht – per E-Mail vom 21.06.2024 über das neue Geschäftszeichen informiert sowie Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 28.06.2024 gegeben. Binnen dieser Frist ist keine Stellungnahme eingegangen.

Unter Berücksichtigung ihres ursprünglichen Antrags im Verfahren BK10-17-0106_B sowie des Urteils des VG Köln beantragt die Antragstellerin,

sie von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG nach § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG zu befreien.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakten und die Ausführungen unter II. Bezug genommen.

II. Gründe

Die Antragstellerin wird hinsichtlich des Erbringens von Verkehrsdiensten im Schienenpersonennahverkehr und des Betriebs von Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen von den Pflichten des § 12 Abs. 2 ERegG befreit.

Rechtsgrundlage der Entscheidung ist § 2 Abs. 4 ERegG.

Die Entscheidung ergeht formell (hierzu unter II.1) und materiell (hierzu unter II.2) rechtmäßig.

II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

Die Bundesnetzagentur ist für die Durchführung des hiesigen Verfahrens zuständig.

Die Zuständigkeit liegt gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG bei einer Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur ist für derartige Entscheidungen die Beschlusskammer 10, Eisenbahnen, zuständig.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren (erneut) am 18.06.2024 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 28.06.2024 festgelegt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten.

Die Hinzuziehungen sind ordnungsgemäß auf der Grundlage des § 77 Abs. 3 Nr. 3 ERegG erfolgt. Auf entsprechenden Antrag ist eine Personenvereinigung zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 1 ERegG). Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte dagegen zu Recht unterbleiben. Nach § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG kann die Beschlusskammer eine öffentliche mündliche Verhandlung auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen durchführen. Vorliegend haben die Verfahrensbeteiligten keine entsprechenden Anträge gestellt. Auf eine amtswegige Durchführung hat die Beschlusskammer dagegen im Wege pflichtgemäßer Ermessensausübung verzichtet. Dafür war der Umstand maßgeblich, dass die Verfahrensbeteiligten schriftlich ausreichend und gleichwertig angehört werden konnten.

Die Entscheidung ist gemäß § 77 Abs. 5 ERegG mit der für Eisenbahnregulierung zuständigen Abteilung der Bundesnetzagentur abgestimmt worden.

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht auch materiell rechtmäßig.

Die Antragstellerin wird hinsichtlich des Erbringens von Verkehrsdiensten im Schienenpersonennahverkehr und des Betriebs von Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen von den Pflichten des § 12 Abs. 2 ERegG befreit.

Gemäß § 12 Abs. 2 ERegG haben Eisenbahnen in ihrer Buchführung die beiden Bereiche Erbringen von Verkehrsleistungen und Betrieb von Serviceeinrichtungen zu trennen. Hierzu gehören getrennte Konten für die beiden genannten Bereiche und für einen außerhalb dieser Bereiche gelegenen Tätigkeitsbereich. Sie haben für jeden der nach Satz 2 umfassten Bereiche eine nach handelsrechtlichen Grundsätzen aufzustellende zusätzliche Bilanz und eine Gewinn- und Verlustrechnung in den Anhang ihres Jahresabschlusses aufzunehmen. Soweit

dabei eine unmittelbare Zuordnung von Vermögensgegenständen, Schulden, Eigenkapital und Rechnungsabgrenzungsposten oder von Aufwendungen und Erträgen zu den einzelnen Bereichen nicht möglich ist oder mit unververtretbarem Aufwand verbunden wäre, hat die Zuordnung durch Schlüsselung der Konten, die sachgerecht und für Dritte nachvollziehbar sein muss, zu erfolgen. Im Anhang zum Jahresabschluss sind die Regeln anzugeben, nach denen die Positionen der Aktiva und Passiva sowie die ausgewiesenen Aufwendungen und Erträge jedem der nach Satz 2 umfassten Bereiche zugewiesen werden. Änderungen dieser Regeln in Ausnahmefällen sind zu erläutern und zu begründen.

Die Voraussetzungen der für die Befreiung einschlägigen Rechtsgrundlage liegen vor (hierzu unter II.2.1). In der Folge ist die Antragstellerin antragsgemäß zu befreien; ein atypischer Fall liegt nicht vor (hierzu unter II.2.2).

II.2.1 Tatbestand des § 2 Abs. 4 ERegG

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 ERegG liegen vor.

Nach § 2 Abs. 4 ERegG soll die Regulierungsbehörde auf Antrag 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 Satz 2 insbesondere nicht zu erwarten, wenn ihre Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder ihre Verkehrsleistung von geringer Bedeutung sind.

Soweit die Antragstellerin Verkehrsdienste im Schienenpersonennahverkehr, Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen betreibt, ist nach der Rechtsprechung des VG Köln in seiner Entscheidung vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22 davon auszugehen, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22, Rn. 82 ff. (juris).

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist mit Blick auf den Schienenpersonenverkehr in Hamburg nicht zu erwarten. Zwar ist die Verkehrsleistung der Antragstellerin nicht von geringer Bedeutung, weil sie als einzige die angebotene Leistung auf dem Netz der S-Bahn Hamburg erbringt. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs scheidet jedoch deshalb aus, weil eine Befreiung von § 12 Abs. 2 ERegG dem Zweck dient, die Aufgabenerfüllung der Bundesnetzagentur in der Entgeltregulierung zu erleichtern und Diskriminierung, Quersubventionierung und Wettbewerbsverzerrungen mit der getrennten Kontenführung zu vermeiden,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22, Rn. 110 ff. m.w.N. (juris).

Soweit es die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr durch die Antragstellerin betrifft, erfolgt jedoch keine Entgeltkontrolle durch die Bundesnetzagentur, sodass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch eine Befreiung von § 12 Abs. 2 ERegG nicht droht,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22, Rn. 120 (juris).

Auch mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen ist keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten. Nach § 32 Abs. 3 ERegG gelten die Absätze 1 und 2 zur Ermittlung der Entgelte des Betreibers einer Serviceeinrichtung nicht für Wartungseinrichtungen. Auch hier scheidet eine Entgeltrelevanz mit Blick auf den zuvor skizzierten Sinn und Zweck des § 12 Abs. 2 ERegG aus,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22, Rn. 122 f. (juris).

Auch im Übrigen ist keine Wettbewerbsbeeinträchtigung ersichtlich,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22, Rn. 125 ff. (juris).

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist auch hinsichtlich der betriebenen Außenwaschanlagen nicht zu erwarten. Denn aufgrund der speziellen baulichen Ausgestaltung und Programmierung für die Zwecke der Hamburger S-Bahn fehlt es an externer Nachfrage,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22, Rn. 128 (juris).

Auch mit Blick auf schwere Instandhaltungsmaßnahmen ist keine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu erwarten. Nach Nr. 2 lit. e) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG sind diese Leistungen von der Vorschrift ausgenommen und werden stattdessen unter Nebenleistungen gemäß Nr. 4 lit. e) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG gefasst. Jedenfalls existiert hier aber ein stabiler Wettbewerb,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 3196/22, Rn. 129 (juris); Bundesnetzagentur, Bericht Märkte für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen, S. 161, 164, abrufbar unter: https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Eisenbahn/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/endgltigerberichtwartunseinr.pdf (zuletzt abgerufen am 19.06.2024).

II.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich des Erbringens von Verkehrsdiensten im Schienenpersonennahverkehr und des Betriebs von Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen antragsgemäß von den Pflichten des § 12 Abs. 2 ERegG zu befreien.

§ 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet, sodass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nur bei der Annahme eines atypischen Falls von der vorgegebenen Rechtsfolge abgewichen werden kann,

vgl. *Geis*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 4. EL November 2023, § 40, Rn. 26.

Für die Annahme eines solchen atypischen Falls sind hier allerdings keine Anhaltspunkte ersichtlich, sodass die Antragstellerin zu befreien war.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Dr. Leupold

Dr. Arnade