



BK10-24-0166_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:

1. Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Mobilität, Verkehr, Klimaschutz und Umwelt, Am Kölnischen Park 3, 10179 Berlin,
2. Land Brandenburg, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung, Henning-von-Tresckow-Straße 2-8, 14467 Potsdam
3. Mofair e. V., Marienstraße 3, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragstellerin:

[REDACTED]

der Hinzugezogenen zu 1. und 2.:

[REDACTED]

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 Berlin und erbringt Schienenpersonenverkehrsdienste. Als ein einhundertprozentiges Tochterunternehmen der DB Regio AG ist sie eine bundeseigene Eisenbahn.

Die Antragstellerin betreibt Wartungseinrichtungen an den Standorten Wannsee, Oranienburg, Friedrichsfelde, Grünau und Schönweide. Sie betreibt zudem Außenwaschanlagen an den Standorten Wannsee, Grünau und Friedrichsfelde. Außerdem erbringt sie aufgrund langlaufender Verkehrsverträge Schienenpersonenverkehrsdienste auf dem S-Bahn-Schienennetz Berlin der DB InfraGO AG.

Sowohl die Wartungseinrichtungen als auch die Außenwaschanlagen werden ausschließlich für die Zwecke des S-Bahn Verkehrs genutzt. Dafür sind sie auch entsprechend technisch ausgerichtet. Seit dem Jahr 2014 gab es keine Anfragen von Dritten nach Nutzung der Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen.

Mit E-Mail vom 28.10.2019 stellte die Antragstellerin u. a. einen Antrag gemäß § 2 Abs. 4 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) auf Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG. Daraufhin leitete die Beschlusskammer ein Verwaltungsverfahren unter dem Geschäftszeichen BK10-19-0284_B ein. Das Land Berlin, vertreten durch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt, und das Land Brandenburg, vertreten durch das Ministerium für Infrastruktur und Landesplanung, wurden auf entsprechenden Antrag zu dem Verfahren hinzugezogen.

Mit Beschluss vom 31.08.2020 (Gz. BK10-19-0284_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.

Gegen diesen Beschluss erhob die Antragstellerin am 05.10.2020 Klage bei dem Verwaltungsgericht (VG) Köln (Az. 18 K 5401/20).

Das VG Köln verpflichtete die Bundesnetzagentur mit seinem unter dem Aktenzeichen 18 K 5401/20 ergangenen Urteil vom 03.05.2024 unter Aufhebung des Beschlusses vom 31.08.2020 (Gz. BK10-19-0284_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 VG Köln im Wesentlichen aus, dass die die ablehnende Entscheidung über den Befreiungsantrag 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. Der Wortlaut „zu erwarten“ spreche für das Erfordernis einer Prognoseentscheidung mit Blick in die Zukunft. Die Befreiung setze damit tatbestandlich voraus, dass bereits feststehende Tatsachen keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung begründeten. Diese Voraussetzungen lägen nach Ansicht des Gerichts 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 BK10-24-0166_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 sind drei Hinzuziehungsanträge gestellt und positiv beschieden worden. Außerdem hat sie die Verfahrensbeteiligten aus dem Verfahren BK10-19-0284_B per E-Mail vom 21.06.2024 über das neue Geschäftszeichen informiert sowie Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Unter Berücksichtigung ihres ursprünglichen Antrags im Verfahren BK10-19-0284_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.

Die Hinzugezogenen zu 2. und 3. führen in ihrer Stellungnahme aus, dass unter Berücksichtigung des Urteils des VG Köln hinsichtlich der Befreiung der Antragstellerin von den Vorgaben des § 2 Abs. 4 ERegG ein atypischer Fall vorliege. Im Rahmen des Ermessens sei durch die Beschlusskammer zu berücksichtigen, dass vorliegend eine Entgeltkontrolle nach kartellrechtlichen Maßstäben wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in Betracht komme. Eine Befreiung von der Pflicht zur Einhaltung des § 12 Abs. 2 ERegG würde nach Ansicht der Hinzugezogenen abweichend vom Regelfall dazu führen, dass die rechtlichen Vorgaben, mit denen mögliche Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden, nicht mehr effektiv angewendet werden könnten. Die Hinzugezogenen verweisen insoweit auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Entgeltkontrolle bei Betreibern von Eisenbahninfrastrukturen. Die Regulierungsstelle habe dafür Sorge zu tragen, dass die Betreiber der Infrastruktur und damit auch Betreiber von Wartungseinrichtungen ihre rechtlichen Verpflichtungen einhielten. Eine Befreiung gem. § 2 Abs. 4 ERegG könne dazu führen, dass die unionsrechtlich gebotene Kontrolle der Entgelte anhand des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausgehöhlt werde. Die Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV ergebe sich zudem aus technischen Besonderheiten des Berliner S-Bahn-Netzes.

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 am 18.06.2024 (erneut) 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 sind drei Unternehmen, Personen oder Personenvereinigungen 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 unvertretbarem 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 5401/20, davon auszugehen, dass eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 5401/20, Rn. 78 ff. (juris).

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist mit Blick auf den Schienenpersonenverkehr in Berlin nicht zu erwarten. Zwar ist die Verkehrsleistung der Antragstellerin nicht von geringer Bedeutung, weil sie als einzige die angebotene Leistung auf dem Schienennetz Berlin 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 5401/20, Rn. 107 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 5401/20, Rn. 117 (juris) – wenn auch ohne Auseinandersetzung mit einer etwaigen unmittelbaren Anwendung von Art. 31 Abs. 7 RL 2012/34/EU.

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 5401/20, Rn. 119 f. (juris).

Auch im Übrigen ist keine Wettbewerbsbeeinträchtigung ersichtlich,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 5401/20, Rn. 122 ff. (juris).

Gleiches gilt mit Blick auf die Außenwaschanlagen. Nach Nr. 2 lit. f der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG wird der Zugang, einschließlich des Schienenzugangs, zu anderen technischen Einrichtungen einschließlich Reinigungs- und Wascheinrichtungen, soweit vorhanden, und zu den Leistungen, die in diesen Einrichtungen erbracht werden, gewährt. Aufgrund der im hiesigen Fall bestehenden räumlichen Verbundenheit mit der Hauptanlage, nämlich der Serviceeinrichtung „Wartungseinrichtung“, teilen die Außenwaschanlagen als andere technische Einrichtungen das Schicksal der Hauptanlage,

vgl. VG Köln, Urteil vom 03.05.2024, Az. 18 K 5401/20, Rn. 102 f. m. w. N. (juris).

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 ist.

Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Hinzugezogenen zu 1. und 2. Die Hinzugezogenen weisen im Kern darauf hin, dass neben der gemäß § 32 Abs. 3 ERegG ausgeschlossenen Entgeltkontrolle am Maßstab des § 32 Abs. 1 und 2 ERegG eine Entgeltkontrolle nach kartellrechtlichen Grundsätzen auf der Grundlage des Art. 102 AEUV Anwendung finden könne und müsse.

Abgesehen davon, dass unklar ist, ob der Bundesnetzagentur bei insgesamt fehlenden eisenbahnregulatorischen Kompetenzen überhaupt (ergänzende) kartellrechtliche Kompetenzen zukommen können, dürfte die abstrakte Möglichkeit künftiger kartellrechtlicher Verfahren allein noch keinen atypischen Fall begründen. Denn eine solche Möglichkeit bestünde bei allen Wartungseinrichtungen und wäre demzufolge nichts, was eine Besonderheit der verfahrensgegenständlichen Wartungseinrichtungen darstellen würde.

Um gleichwohl den Hinweis der Hinzugezogenen zu 1. und 2. aufzugreifen, hat die Beschlusskammer die Frage untersucht, ob die Vornahme einer getrennten Rechnungslegung eine wesentliche Unterstützung bei konkret anhängigen Kartellrechtsfällen leisten könnte. Der Beschlusskammer ist allerdings kein Fall insbesondere bei der Berliner Landeskartellbehörde genannt worden, bei dem – und sei es im Wege der „Amtshilfe“ – eine derartige Pflicht hilfreich

sein könnte. Ein atypischer Fall liegt derart im Falle der verfahrensgegenständlichen Wartungseinrichtungen nicht vor.

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