
Datum: 03.05.2024
Gericht: Verwaltungsgericht Köln
Spruchkörper: 18. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 K 3196/22
ECLI: ECLI:DE:VGK:2024:0503.18K3196.22.00

Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Beklagte wird unter Aufhebung der Ziffer 2. ihres Beschlusses vom 27. April 2022 (Az.: N01) verpflichtet, den Antrag der Klägerin, 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 wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin zu $\frac{3}{4}$ und die Beklagte zu $\frac{1}{4}$.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar; für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Tatbestand

1

Die Klägerin, ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der DB Regio AG und Teil des DB-Konzerns, ist eine bundeseigene Eisenbahn und betreibt im Großraum Hamburg Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen. Konkret betreibt sie Wartungseinrichtungen im Werk Hamburg-Ohlsdorf sowie in der Werkstatt Hamburg Stellingen. Die beiden von der Klägerin betriebenen Außenwaschanlagen befinden sich am

2

Instandhaltungspunkt Hamburg Elbgaustraße sowie in Hamburg-Poppenbüttel. Am Instandhaltungspunkt Hamburg Elbgaustraße können auch kleinere Instandhaltungsarbeiten durchgeführt werden. Zudem erbringt sie aufgrund eines bis zum Jahr 2033 laufenden Verkehrsvertrags Schienenpersonenverkehrsdienste auf dem 115 km langen Hamburger Gleichstromnetz (S-Bahn-Netz Hamburg) und auf der 32 km langen Wechselstrom-Strecke zwischen Hamburg und Stade. Auf letzterem Streckenabschnitt findet auch Güterverkehr von und nach Cuxhaven statt. Beide (Teil-) Netze werden von der DB InfraGO AG betrieben. Bei den eingesetzten Fahrzeugen handelt es sich um Spezialkonstruktionen.

Die an das S-Bahn-Netz Hamburg angeschlossenen Wartungseinrichtungen werden ausschließlich für die Zwecke des S-Bahn-Verkehrs genutzt und sind entsprechend technisch ausgerichtet. Eine Einfahrt mit Oberleitungs-Wechselstromfahrzeugen ist nicht möglich. Externe Zuführungen können nur energieautonom (durch mit Diesel oder Akku betriebene externe Triebfahrzeuge) erfolgen und sind aufgrund des S-Bahn Taktverkehrs auf die Nachtstunden beschränkt. Die Werkstatteinrichtungen (Hallengleise, Arbeitsstände, Tore, Versorgungen, Einrichtungen zur Gewährleistung der Arbeitssicherheit) sind weit überwiegend nur für Triebfahrzeuge der Hamburger S-Bahn ausgelegt, die sich hinsichtlich der Stromversorgung, Türanordnung, Fahrzeuglänge und Fahrzeugumgrenzungsprofil von herkömmlichen Wagons unterscheiden. Die Waschanlagen sind nur für die Fahrzeugbaureihen der Hamburger S-Bahn baulich ausgelegt und auch entsprechend in der Automatik programmiert. 3

Die Klägerin stellt die Leistungen ihrer Werkstatteinrichtungen im Rahmen der gegebenen technischen Möglichkeiten und vorhandenen Kapazitäten Dritten zur Verfügung. So nutzte sie im Jahr 2023 die Unterflur-Radsatzdrehbank sowie den Bereich Komponentenfertigung in der Wartungseinrichtung Hamburg-Ohlsdorf für die Bearbeitung externer Aufträge (Aufarbeitung einer Serie von Luftpressern für die S-Bahn München). Darüber hinaus gab es seit dem Jahr 2017 keine weiteren Anfragen Dritter. 4

Mit Schreiben vom 8. Mai 2017 beantragte die Klägerin bei der Beklagten u.a. die Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG gemäß § 2 Abs. 4 ERegG. 5

Mit Beschluss vom 27. April 2022 (N01) lehnte die Beklagte in Ziffer 2. den Antrag auf Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG ab. Zur Begründung führte sie insoweit aus, § 12 Abs. 2 ERegG sei auch in Bezug auf Wartungseinrichtungsbetreiber anwendbar. Aus dem systematischen Verständnis des § 12 Abs. 1 bis 3 ERegG lasse sich nicht schließen, dass Betreiber von Wartungseinrichtungen nicht betroffen seien. Diese seien lediglich von den Anforderungen nach Absatz 1 nicht berührt. Absatz 2 richte sich uneingeschränkt an alle Betreiber von Serviceeinrichtungen, die gleichzeitig Verkehrsleistungen erbrächten. Anderes ergebe sich auch nicht aus § 12 Abs. 3 ERegG, der auf beide vorherigen Absätze verweise. Der Gesetzgeber habe auch keine vollständige Ausnahme der Wartungseinrichtungsbetreiber von der Regulierung gewollt, sondern eine entsprechende Privilegierung nur an vereinzelten Stellen im Eisenbahnregulierungsgesetz kodifiziert. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass § 12 Abs. 2 ERegG auf Art. 13 Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU beruhe, der eine Ausnahme für Wartungseinrichtungen – anders als für andere Serviceeinrichtungen – nicht vorsehe. 6

Eine Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG gemäß § 2 Abs. 4 ERegG komme nicht in Betracht, da eine Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs erwarten lasse. Dies gelte sowohl mit Blick auf die in der Serviceeinrichtung erbrachten Infrastrukturleistungen als auch mit Blick auf die vom Eisenbahnverkehrsunternehmen erbrachten Verkehrsleistungen. Nach dem Regelbeispiel des § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG sei 7

eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs insbesondere nicht zu erwarten, wenn ihre Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder ihre Verkehrsleistung von geringer Bedeutung sind. Die Verkehrsleistung der Klägerin sei nicht von geringer Bedeutung. Die Beklagte gehe in diesem Zusammenhang von einem Schwellenwert in Höhe von 1 Mrd. Tonnen- oder Personenkilometern aus, den die Klägerin mit ihrer jährlichen Verkehrsleistung deutlich übersteige. Dieser Wert habe sich im Rahmen der jährlich stattfindenden Markterhebungen als derjenige herauskristallisiert, anhand dessen eher kleine, regional tätige Unternehmen von in der Regel bundesweit tätigen und damit für den Wettbewerb bedeutsameren Unternehmen abzugrenzen seien. Im Falle der Klägerin liege die Besonderheit darin, dass sie zwar lediglich regional tätig sei, aber den Schwellenwert deutlich überschreite.

Hinsichtlich der Infrastrukturleistungen in den Serviceeinrichtungen sei das Regelbeispiel des § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG zwar nicht einschlägig. Dessen Beurteilungskriterien – Streckenlänge und Betriebsleistung – liefen ins Leere. Die Beklagte greife daher für die Bewertung, ob durch eine Befreiung von der Anwendung von Vorgaben zur Unternehmensstruktur eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten sei, für Betreiber einer Serviceeinrichtung auf die in § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ERegG normierten Voraussetzungen einer Befreiung, die denjenigen in Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 und Anstrich 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 nachgebildet seien, zurück. Die Prüfung erfolge dabei im Rahmen einer Gesamtabwägung und sei leistungsbezogen, sodass zunächst die Substituierbarkeit der Leistung und das jeweilige maßgebliche geografische Gebiet zu bestimmen seien. Insoweit greife die Beklagte auf ihren Wartungseinrichtungsbericht zurück. 8

Danach lägen die Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG nicht vor, wonach eine Befreiung für Betreiber bestimmter Serviceeinrichtungen möglich sei, wenn die Serviceeinrichtung oder Leistung hinsichtlich der Auslastung der Serviceeinrichtung, der Art und des Umfangs des potentiell betroffenen Verkehrs sowie der Art der in der Serviceeinrichtung angebotenen Leistungen ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts ist. Bei Wartungseinrichtungen gehe die Beklagte grundsätzlich davon aus, dass eine Auslastungsquote von mindestens 70 Prozent für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spreche, da eine hohe Auslastung auf eine hohe Nachfrage schließen lasse. Diesen Wert überschreite die Klägerin mit ihrer Auslastungsquote von 97 Prozent. Bei Wartungseinrichtungen gehe die Beklagte davon aus, dass ein erzielter Gesamtumsatz, der über dem marktspezifischen durchschnittlichen Gesamtumsatz liegt, für die strategische Bedeutung einer Einrichtung oder Leistung spreche. Der danach maßgeblich erzielte Gesamtumsatz habe im Jahr 2017 bei 12 Mio. Euro und im Jahr 2019 bei 13,8 Mio. Euro gelegen. Auch diese Werte überschreite die Klägerin in erheblichem Umfang. 9

Auch die Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ERegG lägen nicht vor, wonach eine Befreiung möglich sei, wenn die Serviceeinrichtung oder die Leistung in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, betrieben oder erbracht werde. In einer Gesamtschau komme die Beklagte im Rahmen des Wartungseinrichtungsberichts zu dem Ergebnis, dass auf den regional zu betrachtenden Märkten für betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV ein Wettbewerb zwischen bestehenden Wartungseinrichtungen nur selten zu erkennen sei. Stattdessen bestehe eine klare Tendenz, als Betreiber eines SPNV-Netzes die betriebsnahe Instandhaltung in Eigenregie durchzuführen und hierfür ggf. neue Einrichtungen zu bauen. Diese allgemeinen Befunde gölten bei den Wartungseinrichtungen der Klägerin in 10

besonderer Weise. Aufgrund der Besonderheiten der Hamburger S-Bahn stünden noch weniger geeignete Alternativen zur Verfügung als bei den sonstigen SPNV-Netzen.

Soweit die Klägerin noch weitere Leistungen anbiete (z.B. Außenwaschanlagen), bedürfe es hiermit keiner weiteren Befassung, da eine Befreiung nur dann in Betracht komme, wenn alle Unternehmensteile die Voraussetzungen erfüllten. 11

Die Klägerin hat am 25. Mai 2022 Klage erhoben. 12

Zur Begründung trägt sie vor, sie sei entgegen der Ansicht der Beklagten bereits nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ERegG vom Anwendungsbereich des § 12 ERegG ausgenommen. Da sich die von ihr beantragte Befreiung lediglich auf die betriebenen Werkstätten beziehe, die nur über das technisch eigenständige S-Bahn-Netz Hamburg zu erreichen seien, komme es nicht darauf an, dass der Streckenabschnitt zwischen Hamburg und Stade auch von anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen genutzt werde. Im Übrigen sei es denkbar, dass ein Betreiber von Eisenbahnanlagen mehrere nicht zusammenhängende Einzelnetze betreibe und diese dann nicht als ein einziges Netz zu bewerten seien. Der Gesetzgeber habe mit der Ausnahme alle Eisenbahnverkehrsunternehmen mit einem räumlich begrenzten Einzugsbereich umfassen wollen. Hierzu zähle auch die Klägerin. 13

Die in § 12 Abs. 2 ERegG vorgesehene buchhalterische Trennung sei im vorliegenden Zusammenhang bereits deshalb gegenstandslos, da Wartungseinrichtungen nach § 32 Abs. 3 ERegG von den Vorschriften über die sektorspezifische Entgeltregulierung befreit seien. Die Freistellung der Betreiber von Wartungseinrichtungen von den Entgeltregulierungsvorschriften gründe auf der gesetzgeberischen Erkenntnis, dass bei Wartungseinrichtungen der Wettbewerb funktioniere. Diese Erkenntnis müsse auch auf § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG durchschlagen. Die Pflicht zur buchhalterischen Trennung sei daher ein reiner Selbstzweck und nicht regulatorisch notwendig, da eine Erleichterung der Aufgabenerfüllung der Bundesnetzagentur in der Entgeltregulierung gar nicht erforderlich sei, wenn Wartungseinrichtungen nicht entgeltreguliert werden müssten. 14

Zudem erwähne § 12 Abs. 1 Satz 1 ERegG Wartungseinrichtungen als Serviceeinrichtungen gerade nicht. Hingegen beziehe sich § 12 Abs. 3 ERegG sowohl auf Absatz 1 als auch auf Absatz 2 und begründe insoweit eine gesetzliche Erfüllungsvermutung. Eine Differenzierung hinsichtlich verschiedener Arten von Serviceeinrichtungen sei in diesem Zusammenhang nicht nachvollziehbar. Soweit die Beklagte auf Art. 13 der RL 2012/34/EU abstelle, übersehe sie, dass dieser Artikel nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 der RL 2012/34/EU gar nicht anwendbar sei. 15

Soweit die Beklagte die Wettbewerbsrelevanz der erbrachten Eisenbahnverkehrsleistungen mit dem Umfang der Personenkilometer begründe, verkenne sie, dass die gesetzte Schwelle von 1 Mrd. Personenkilometern ungeeignet sei, die eher kleinen, regional tätigen Unternehmen von denjenigen der in der Regel bundesweit tätigen und damit für den Wettbewerb bedeutsameren Unternehmen zu unterscheiden. Denn vorliegend könnten weder die Fahrzeuge noch die Wartungseinrichtungen auf anderen Märkten eingesetzt werden. Es handele sich nämlich allein um Verkehre im Stadt- und Vorortverkehr und um ÖPNV, der keine bundesweite Relevanz habe. Die Vergabe solcher ÖPNV-Verkehre erfolge regelmäßig über Ausschreibungen, sodass kein Wettbewerb im Markt, sondern um den Markt statfinde, der durch die Laufzeit des Verkehrsvertrags für einen längeren Zeitraum ausgeschlossen werde. Während der Laufzeit der Verkehrsverträge sei die buchhalterische Trennung nicht relevant, weil der Wettbewerb um den Markt bereits stattgefunden habe. 16

Auch für die Neuvergabe sei die getrennte Buchhaltung unergiebig, da lediglich die Verkehrsleistung und das Leistungsangebot des bietenden Eisenbahnverkehrsunternehmens bewertet werde. Werde infolge einer Neuvergabe die Verkehrsleistung durch einen Dritten erbracht, sei die Klägerin ohnehin nicht mehr gleichzeitig Eisenbahnverkehrsunternehmen und Betreiberin einer Serviceeinrichtung, sodass § 12 Abs. 2 ERegG dann bereits deshalb nicht mehr einschlägig wäre.

Hinsichtlich der Wettbewerbsrelevanz des Betriebs der Wartungseinrichtungen stelle die Beklagte darauf ab, dass andere Eisenbahnverkehrsunternehmen bei einer Neuausschreibung der Verkehre in Hamburg die Möglichkeit haben müssten, die Wartungseinrichtungen zu nutzen. Für eine derartige Zweckerreichung sei § 12 Abs. 2 ERegG allerdings nicht geeignet. Weder aus der Gewinn- und Verlustrechnung noch aus der Bilanz könnten Dritte die Kosten ermitteln, die auf sie zukämen, wenn sie die Leistungen der Wartungseinrichtungen in Anspruch nehmen wollten. Im Übrigen überzeuge es schon nicht, dass die Beklagte das Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Beeinträchtigung mit dem Merkmal der strategischen Bedeutung i.S.d. § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ERegG ausfülle. Unabhängig davon leuchte nicht ein, warum eine 70%ige Auslastung von Wartungseinrichtungen für eine strategische Bedeutung spreche. 18

Die Klägerin hat ursprünglich angekündigt, zu beantragen, den Beschluss der Beklagten vom 27. April 2022 (N01) teilweise, nämlich hinsichtlich Ziffer 2. des Tenors, aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Klägerin gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG ihrem Antrag vom 8. Mai 2017 entsprechend von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG zu befreien. 19

Nunmehr beantragt die Klägerin, 20

festzustellen, dass für sie § 12 Abs. 2 ERegG nicht anwendbar ist, 21

hilfsweise, 22

unter Aufhebung der Ziffer 2. des Beschlusses der Beklagten vom 27. April 2022 (Az.: N01) die Beklagte zu verpflichten, die Klägerin gemäß ihrem Antrag nach § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG zu befreien, 23

äußerst hilfsweise, 24

unter Aufhebung der Ziffer 2. des Beschlusses der Beklagten vom 27. April 2022 (Az.: N01) die Beklagte zu verpflichten, den klägerischen Antrag, 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. 25

Die Beklagte willigt in die Klageerweiterung ein und beantragt, 26

die Klage abzuweisen. 27

Sie verteidigt den erlassenen Beschluss und führt ergänzend aus, die Klägerin sei nicht gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 ERegG vom Anwendungsbereich des § 12 ERegG ausgenommen. Zwar könne es zutreffend, dass die Klägerin ein Eisenbahnverkehrsunternehmen sei, das ausschließlich im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr tätig ist. Sie sei jedoch nicht ausschließlich auf Netzen, die nur für die Durchführung von Schienenverkehrsdiensten im Stadt- oder Vorortverkehr bestimmt sind, tätig. Denn die Klägerin sei auf dem Netz der DB InfraGO AG tätig. Entsprechend der Legaldefinition in § 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 20 AEG sei auf das gesamte Netz der DB InfraGO AG abzustellen und dieses sei nicht nur für 28

den Stadt- oder Vorortverkehr bestimmt. Im Übrigen verkehre die Klägerin nicht nur auf dem besonderen S-Bahn-Netz Hamburg, sondern auch im Streckenabschnitt zwischen Hamburg-Neugraben und Stade und damit auf dem allgemeinen Schienennetz der DB InfraGO AG. Dieser Abschnitt werde auch von Güterzügen von und nach Cuxhaven befahren.

Einen Befreiungsanspruch nach § 2 Abs. 4 ERegG habe die Klägerin nicht. Insbesondere schlage die Befreiung von der Entgeltregulierung gemäß § 32 Abs. 3 ERegG nicht auf die Pflichten nach § 12 Abs. 2 ERegG durch. 29

Die in § 12 Abs. 2 ERegG geregelte buchhalterische Entflechtung verfolge den Zweck, Transparenz im Rechnungswesen der betroffenen Eisenbahnunternehmen herzustellen. Es sollten Diskriminierungen, Quersubventionierung und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Die Entflechtungsvorschrift solle Transparenz gewähren. Dieser Zweck entfalle auch nicht in der vorliegenden Konstellation, in der der Wettbewerb um die Serviceeinrichtungen nach Auffassung der Klägerin durch einen Wettbewerb um die Verkehrsleistung vorgelagert werde. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei es nicht ausgeschlossen, dass auch andere Unternehmen als das Unternehmen, das sich im Vergabeverfahren der Verkehrsverträge durchsetzt, die Wartungseinrichtungen der Klägerin nutzen möchten. Zudem müssten bei einer Neuausschreibung der Verkehrsleistung durch die Aufgabenträger auch die weiteren Interessenten die Nutzung von Wartungseinrichtungen in ihre Angebote einkalkulieren können und seien daher auf eine transparente Darstellung der Nutzungsbedingungen angewiesen. 30

Der die Verkehrsleistung betreffende Schwellenwert von 1 Mrd. sei auch nicht willkürlich gegriffen, sondern ergebe sich aus der jährlich stattfindenden Markterhebung. Dass die Klägerin lediglich im Nahverkehr tätig sei, könne ihr insoweit nicht zum Vorteil gereichen. Unerheblich sei auch, dass die Fahrzeuge nicht auf anderen Märkten eingesetzt werden könnten. 31

§ 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG sei nicht abschließend, sodass auch andere Kriterien als das Regelbeispiel herangezogen werden könnten. Soweit die Beklagte daher sich an den Vorgaben und Werten orientiere, die für Befreiungen nach § 2b Abs. 2 ERegG gälten, sei dies nicht zu beanstanden. Der in diesem Zusammenhang in Bezug auf die Auslastung herangezogene Schwellenwert von 70 % sei nicht willkürlich, sondern basiere auf den Erfahrungen und Erkenntnissen der Marktkonsultation. 32

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte des vorliegenden Verfahrens sowie des beigezogenen Verwaltungsvorgangs Bezug genommen. 33

Entscheidungsgründe 34

Die Klage hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. 35

I. Der Hauptantrag, den die Klägerin in der mündlichen Verhandlung gestellt hat und mit dem sie die Feststellung begehrt, dass für sie § 12 ERegG, 36

Eisenbahnregulierungsgesetz vom 29. August 2016 (BGBl. I S. 2082), zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1737) geändert (ERegG), 37

nicht anwendbar ist, ist zulässig, aber unbegründet. 38

39

1. Die Erweiterung des Klageantrags stellt eine Klageänderung nach § 91 VwGO dar. Nach § 91 Abs. 1 VwGO ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. Eine Klageänderung in diesem Sinne ist dadurch gekennzeichnet, dass der Streitgegenstand eines anhängigen Verfahrens nachträglich durch eine Erklärung des Klägers gegenüber dem Gericht geändert wird, etwa durch einen weiteren Antrag ergänzt oder durch ein neues Begehren ersetzt wird. 40
- Vgl. VGH München, Urteil vom 15. Februar 2021 – 8 B 20.2352 – juris Rn. 20 unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 18. August 2005 – 4 C 13.04 – juris Rn. 21 und BVerwG, Beschluss vom 27. Mai 2014 – 1 WB 59.13 – juris Rn. 34.
- Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Klägerin hat den Streitgegenstand nach Rechtshängigkeit der Klage (§ 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 263 ZPO) und damit nachträglich geändert, indem sie in der mündlichen Verhandlung erstmalig einen Feststellungsantrag erhoben und den bisherig einzigen als Hauptantrag angekündigten Verpflichtungsantrag zum Hilfsantrag gemacht hat. In diese Klageänderung hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung eingewilligt. 41
2. Die Feststellungsklage ist zulässig. 42
- Sie ist statthaft, denn die Klägerin kann im Wege der negativen Feststellungsklage nach § 43 VwGO die Feststellung verlangen, dass für sie § 12 ERegG nicht anwendbar ist. 43
- Des Weiteren hat die Klägerin das nach § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche berechtigte Interesse an der alsbaldigen Feststellung. Das berechtigte Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass die Beklagte im Gegensatz zur Klägerin davon ausgeht, dass § 12 ERegG auf die Klägerin anwendbar ist, und ihre Entscheidungspraxis hieran ausrichtet. 44
- Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht auch nicht § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegen, wonach die Feststellung nicht begehrt werden kann, soweit die Klägerin ihre Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Eine Verpflichtungsklage auf Befreiung von § 12 Abs. 2 ERegG kann der Klägerin als Hauptbegehren nicht angesonnen werden, weil sie sich gerade der Nichtanwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ERegG berührt und sie andernfalls ihren Rechtsstandpunkt aufgeben müsste. 45
- Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 17. Januar 1972 – I C 33.68 – juris Rn. 7; OVG Münster, Urteil vom 21. Dezember 2010 – 2 A 126/09 – juris Rn. 31 46
3. Die Feststellungsklage ist allerdings unbegründet. Denn die Klägerin ist nicht gemäß § 2 Abs. 1 ERegG – in der für die Sach- und Rechtslage maßgeblichen Fassung zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung – von der Anwendbarkeit des § 12 ERegG ausgenommen. 47
- Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 ERegG ist § 12 ERegG nicht anzuwenden auf Eisenbahnverkehrsunternehmen, die ausschließlich tätig sind im Stadtverkehr, Vorortverkehr oder Regionalverkehr auf Netzen, die nur für die Durchführung von Schienenverkehrsdiensten im Stadt- oder Vorortverkehr bestimmt sind. Mit dieser Regelung beabsichtigte der Gesetzgeber die Eisenbahnverkehrsunternehmen mit einem räumlich begrenzten Einzugsbereich von den Regelungen auszunehmen, welche die organisatorische und rechtliche Trennung von Eisenbahnunternehmen behandeln. Eine organisatorische und/oder rechtliche Trennung der Strukturen dieser Eisenbahnen würde diese Eisenbahnen übermäßig belasten und das Ziel eines wirksamen Wettbewerbs in den Eisenbahnmärkten dabei nicht fördern. 48

| | |
|---|----|
| Vgl. BR Drs. 22/16, S. 249; BT Drs. 18/8334, S. 171. | 49 |
| Die Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahme vom Anwendungsbereich des Gesetzes liegen jedoch nicht vor. | 50 |
| Gemäß § 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 3 AEG, | 51 |
| Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439), zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 409) geändert (AEG), | 52 |
| sind Eisenbahnverkehrsunternehmen alle Eisenbahnen, deren Tätigkeit im Erbringen von Eisenbahnverkehrsdiensten zur Beförderung von Gütern oder Personen besteht. | 53 |
| Indem § 2 Abs. 1 ERegG eine ausschließliche Tätigkeit im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr verlangt, setzt die Nichtanwendbarkeit des § 12 ERegG zunächst voraus, dass die Klägerin im Schienenpersonennahverkehr tätig ist. | 54 |
| Soweit der Gesetzgeber die Formulierung „ausschließlich“ gewählt hat, bezieht sich diese lediglich auf die Tätigkeit im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr, | 55 |
| so auch: Staebe, in: Staebe, ERegG, 2017, § 2 Rn. 9, | 56 |
| und nicht – wie es die Beklagte vorträgt – auch auf den Begriff des „Netzes“ und dessen weitere Voraussetzungen in § 2 Abs. 1 Nr. 2 ERegG. Dies ergibt sich bereits aus dem Aufbau der Norm, da die Syntax des Normsatzes hinsichtlich des „ausschließlich“ allein auf die Tätigkeit im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzielt, die wiederum auf zwei Netzvarianten (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 ERegG) stattfinden kann. Dieses Auslegungsergebnis liegt spätestens durch die Änderung des § 2 Abs. 1 ERegG durch Art. 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1737) auf der Hand. Ohne dass der Gesetzgeber eine inhaltliche Änderung beabsichtigte, | 57 |
| vgl. BT-Drs. 19/27656, S. 78, | 58 |
| strich er das ursprünglich am Ende des Satzes stehende Verb „tätig (sein)“ und fügte dieses im ersten Halbsatz unmittelbar hinter dem Adverb „ausschließlich“ an. Hätte man in der Ursprungsfassung des Gesetzes möglicherweise noch von einer Klammerwirkung des Verbs in der Satzkonstruktion ausgehen können, folgt dieses nunmehr unmittelbar dem Adverb „ausschließlich“ und begrenzt damit dessen inhaltliche Wirkung. | 59 |
| Ein Schienenpersonennahverkehr ist nach § 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 12 AEG ein Verkehrsdienst, dessen Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzudecken. Das ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Zuges die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt. Stadt- und Vorortverkehr ist ein Verkehrsdienst, dessen Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse eines Stadtgebietes oder eines, auch grenzüberschreitenden, Ballungsraumes sowie die Verkehrsbedürfnisse zwischen einem Stadtgebiet oder Ballungsraum und dem Umland abzudecken (§ 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 16 AEG). Nach § 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 18 AEG ist Regionalverkehr ein Verkehrsdienst, dessen Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse einer – auch grenzüberschreitenden – Region abzudecken. | 60 |

Ein Netz oder Schienennetz sind gemäß § 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 20 AEG die gesamten Eisenbahnanlagen, die von einem Betreiber von Eisenbahnanlagen betrieben werden. Diese Legaldefinition des § 2 Abs. 20 AEG ist dahin zu verstehen, dass das Netz eines Betreibers von Eisenbahnanlagen als Einheit zu begreifen ist. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob einzelne Strecken örtlich oder technisch verbunden sind.

Vgl. Otte, in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, § 2 AEG, Rn. 189.

62

Gemessen daran ist die Klägerin zwar ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, das ausschließlich im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr tätig ist. Denn es ist davon auszugehen, dass in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Zuges die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt. Gegenteiliges hat keiner der Beteiligten vorgetragen und ist für das Gericht auf Grund der Tatsache des Einzugsgebiets der Klägerin auch nicht ersichtlich.

63

Dies geschieht allerdings nicht auf Netzen, die i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ERegG nur für die Durchführung von Schienenverkehrsdiensten im Stadt- oder Vorortverkehr bestimmt sind.

64

Tatsächlich nutzt die Klägerin sowohl in Bezug auf das S-Bahn-Netz Hamburg als auch auf dem Streckenabschnitt zwischen Hamburg-Neugraben und Stade das Netz der DB InfraGO AG. Das Netz der DB InfraGO AG ist jedoch zweifelsohne in seiner Gesamtheit nicht „nur“, d.h. einzig, für die Durchführung von Schienenverkehrsdiensten im Stadt- oder Vorortverkehr bestimmt. Dass es im Rahmen von § 2 Abs. 1 ERegG durch das maßgebende Kriterium der „Bestimmung“ damit einzig auf die organisatorische Struktur des Eisenbahninfrastrukturunternehmens ankommt, auf die das betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst keinen Einfluss hat, ist der gesetzgeberischen Entscheidung geschuldet.

65

Die Nichtanwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ERegG für die Klägerin ergibt sich auch nicht daraus, dass diese Regelung für Betreiber von Wartungseinrichtungen nicht einschlägig wäre. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang auf § 12 Abs. 3 ERegG verweist und diesen dahingehend interpretiert, dass es sich um eine Klammerregelung handle, die sowohl § 12 Abs. 1 und Abs. 2 ERegG umfasse, und insoweit ein einheitliches Verständnis von den betroffenen Serviceeinrichtungen in § 12 ERegG – in Form der reduzierten Liste des § 12 Abs. 1 ERegG – erforderlich mache, überzeugt dies nicht.

66

Nach § 12 Abs. 3 ERegG gelten in den Fällen, in denen die Serviceeinrichtung von einem Betreiber von Eisenbahnanlagen betrieben oder der Betreiber einer Serviceeinrichtung unmittelbar oder mittelbar von einem Betreiber von Eisenbahnanlagen kontrolliert wird, die Anforderungen der Absätze 1 und 2 als erfüllt, wenn die Anforderungen der § 7 und § 8 ERegG für Eisenbahnverkehrsunternehmen und für Betreiber einer Serviceeinrichtung entsprechend eingehalten werden.

67

Bereits der Wortlaut der Norm trägt die Annahme der Klägerin nicht. Beschränkt sich § 12 Abs. 1 ERegG noch auf die in Ziffer 2 Buchst. a), b), c), d), g) und h) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG aufgeführten Serviceeinrichtungen, findet sich in § 12 Abs. 2 ERegG diese Begrenzung nicht. Vielmehr ist dort allgemein die Rede vom „Betrieb von Serviceeinrichtungen“.

68

Indem der nationale Gesetzgeber in § 12 Abs. 1 und 2 ERegG zwischen verschiedenen Arten von Serviceeinrichtungen differenziert, entspricht er dem europäischen Richtlinienrecht, das er auch im vorliegenden Zusammenhang 1:1 umsetzen wollte. § 12 Abs. 1 bis 3 ERegG

69

beruhen auf Art. 13 Abs. 3 der RL 2012/34/EU,

Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums. 70

In Art. 13 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 der RL 2012/34/EU werden wie in § 12 Abs. 1 ERegG nicht alle Serviceeinrichtungen adressiert, sondern nur die in Anhang II Ziffer 2 Buchstaben a), b), c), d), g) und i) aufgeführten Serviceeinrichtungen. Demgegenüber werden in Art. 13 Abs. 3 UAbs. 2 der RL 2012/34/EU wie in § 12 Abs. 2 ERegG alle Serviceeinrichtungen aus Anhang II Ziffer 2 genannt. 71

Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang vorträgt, Art. 13 der RL 2012/34/EU sei auf sie wegen Art. 2 Abs. 1 der RL 2012/34/EU gar nicht anwendbar, sodass sich ein entsprechender Rückschluss verbiete, übersieht sie, dass nach Art. 2 Abs. 1 der RL 2012/34/EU das Kapitel II der Richtlinie, dem Art. 13 der RL 2012/34/EU zugehörig ist, keine Anwendung auf Eisenbahnunternehmen findet, die ausschließlich im Stadtverkehr, Vorortverkehr oder Regionalverkehr auf eigenständigen örtlichen und regionalen Netzen für Verkehrsdienste auf Eisenbahninfrastrukturen oder auf Netzen tätig sind, die nur für die Durchführung von Schienenverkehrsdiensten im Stadt- oder Vorortverkehr bestimmt sind. Dies entspricht im Wesentlichen dem Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 ERegG, der wie gezeigt vorliegend nicht einschlägig ist. 72

Auch systematisch spricht nichts dagegen, dass die Verpflichtung zur organisatorischen Unabhängigkeit nach § 12 Abs. 1 ERegG nur für die dort genannten Serviceeinrichtungen gilt, wohingegen die Pflicht zur Trennung der Buchführung an alle Serviceeinrichtungen uneingeschränkt gerichtet ist. Anderes ergibt sich auch nicht aus der Fiktionswirkung des § 12 Abs. 3 ERegG, wonach die Anforderungen der Absätze 1 und 2 als erfüllt gelten, wenn die Anforderungen der §§ 7 und 8 ERegG eingehalten werden. Denn bevor auf die Fiktionswirkung abgestellt werden kann, muss zunächst die Pflicht aus Absatz 1 und / oder 2 begründet worden sein. Nur soweit dies der Fall ist, besteht für das betroffene Unternehmen Anlass, auf die Einhaltung der Anforderungen des § 7 und/oder § 8 ERegG zu verweisen. 73

II. Der zulässige erste Hilfsantrag, mit dem die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten begehrt, sie gemäß ihres Antrags nach § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG zu befreien, ist unbegründet. 74

Für die Beurteilung des Verpflichtungsbegehrens der Klägerin ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblich. 75

Std. Rspr.: BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1999 – 2 C 4.98 – juris Rn. 18 m.w.N.; vgl. in Abgrenzung zur vorliegenden Konstellation: VG Köln, Urteile vom 4. Dezember 2023 – 18 K 1156/18 – juris Rn. 67, und vom 27. Januar 2023 – 18 K 6721/19 – juris Rn. 53 zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt für die Überprüfung der Genehmigung von für eine Regulierungsperiode geltende Entgelte oder Entgeltgrundsätze. 76

Damit ist auch insoweit das Eisenbahnregulierungsgesetz in der Fassung der Gesetzesnovellierung im Jahr 2021 (Art. 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1737)) maßgeblich. 77

Die Verpflichtungsklage ist jedenfalls unbegründet, da es an der insoweit erforderlichen Spruchreife fehlt, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. 78

79

Die Spruchreife fehlt aus rechtlichen Gründen, wenn der Gesetzgeber der Behörde eine vorrangige Entscheidungsbefugnis eingeräumt hat, in die das Gericht eingriffe, wenn es im Fall einer Stattgabe das Ergebnis der erneuten Entscheidung über den Antrag vorwegnehme. Bei der der Behörde zugewiesenen Letztentscheidungskompetenz kann es sich auf Tatbestandsseite um einen Beurteilungsspielraum bei der Feststellung der Voraussetzungen für den beantragten Verwaltungsakt oder auf Rechtsfolgenseite um Ermessen handeln.

Vgl. Riese, in: Schoch/Schneider, 44. EL März 2023, VwGO, § 113 Rn. 218; BVerwG, Urteil vom 20. Februar 1992 – 3 C 51.88 – juris Rn. 37. 80

Letzteres ist hier der Fall. Gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG „soll“ die Beklagte die Klägerin befreien, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind. Damit hat der Gesetzgeber für die Rechtsfolgenseite zwar vorgegeben, dass bei Vorliegen der tatbestandlichen Befreiungstatbestandsvoraussetzungen in der Regel die Entscheidung der Behörde darin besteht, die Befreiung auszusprechen. Nur in Ausnahmefällen kann die Behörde aus wichtigen Gründen oder wegen atypischen Einzelfällen von der vorgegebenen Rechtsfolge abweichen. 81

Vgl. Geis, in: Schoch/Schneider, 4. EL November 2023, VwVfG, § 40 Rn. 26. 82

Diese Letztprüfung, ob eine Atypik gegeben ist, eröffnet aber ein (Rest-) Ermessen der Beklagten, das diese bisher noch nicht ausgeübt hat, und steht der Spruchreife entgegen. 83

III. Der zulässige weitere Hilfsantrag, der darauf gerichtet ist, die Beklagte zu verpflichten, den Antrag der Klägerin auf Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG nach § 2 Abs. 4 ERegG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, ist begründet. Denn die ablehnende Entscheidung in Ziffer 2. des Beschlusses der Beklagten vom 27. April 2022 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. 84

1. Nach § 2 Abs. 4 ERegG soll die Regulierungsbehörde auf Antrag Eisenbahnen ganz oder teilweise u.a. von der Anwendung des § 12 ERegG befreien, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist. Eine Beeinträchtigung ist insbesondere nicht zu erwarten, wenn ihre Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder ihre Verkehrsleistung von geringer Bedeutung sind. 85

Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine Befreiung liegen vor. 86

Die Klägerin ist als Eisenbahnverkehrsunternehmen nach § 1 Abs. 4 ERegG i.V.m. § 2 Abs. 1 AEG eine Eisenbahn i.S.v. § 2 Abs. 4 ERegG und hat bei der Beklagten auch einen entsprechenden Befreiungsantrag gestellt. 87

Durch die Befreiung ist die Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten. Die Gesetzformulierung „zu erwarten“ richtet den Blick in die Zukunft in Form einer Prognoseentscheidung. Die Befreiung setzt damit tatbestandlich voraus, dass bereits feststehende Tatsachen keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung begründen. Ein (wirtschaftlicher) Wettbewerb setzt neben der Existenz von Märkten mindestens zwei Anbieter oder Nachfrager voraus, die sich antagonistisch verhalten, sodass eine Komplementarität von Anreiz- und Ordnungsfunktion gegeben ist. 88

Vgl. <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/wettbewerb-48719#definition>, zuletzt abgerufen am 25. April 2024.

§ 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG ermöglicht die Befreiung von unterschiedlichen regulatorischen Struktur- und/oder Organisationsregelungen – § 5, § 6, § 7 Abs. 1, 2, 4 Satz 1, § 8 bis § 8d sowie § 12 ERegG – und nimmt dabei jeweils im konkret vorliegenden Zusammenhang maßgebliche spezielle Marktsegmente innerhalb des Eisenbahnmarktes in den Blick, den die Norm, von der eine Befreiung erfolgen soll, vorgibt. 90

Marktsegmente entsprechen dem kartellrechtlichen Begriff des „Teilmarktes“ und werden anhand der Frage abgegrenzt, ob die angebotene Leistung aus Sicht der Nachfrageseite aufgrund von sachlichen, räumlichen oder zeitlichen Kriterien austauschbar ist. 91

Vgl. VG Köln, Urteil vom 4. Dezember 2023 – 18 K 1156/18 – juris Rn. 77; OVG Münster, Beschluss vom 1. März 2019 – 13 B 1349/18 – juris Rn. 110; Otte/Kirchhartz, in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, 2020, § 36 ERegG Rn. 20; Klinge, in: Staebe, ERegG, 2018, § 36 Rn. 11. 92

Die Bundesnetzagentur differenziert in ihrer jährlich erscheinenden „Marktuntersuchung Eisenbahnen“, 93

zuletzt: Marktuntersuchung Eisenbahnen 2023 (Berichtsjahr 2022), abrufbar unter: https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Eisenbahn/Unternehmen_Institutionen/Veroeffentlichungen/MarktuntersuchungEisenbahnen/MarktuntersuchungEisenbahnen2023.pdf, zuletzt abgerufen am 25. April 2024, 94

zwischen dem Eisenbahnverkehrsmarkt, der Eisenbahninfrastruktur (Schienenwege), der Eisenbahninfrastruktur (Serviceeinrichtungen) und Werksbahnen. Der Eisenbahnverkehrsmarkt wird dabei zusätzlich in Fern-, Nah- und Güterverkehr, die Serviceeinrichtungen entsprechend der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG unterteilt. 95

§ 5, § 6, § 7 Abs. 1, 2, 4 Satz 1, § 8 bis § 8d sowie § 12 ERegG, die dem Grunde nach einer Befreiung zugänglich sind, knüpfen hieran an und adressieren Pflichten an Teilnehmer in verschiedenen Marktsegmenten des Eisenbahnverkehrs. So zielen § 5 und § 6 ERegG auf Eisenbahnverkehrsunternehmen, deren Unabhängigkeit von staatlicher Einflussnahme gewährleistet werden soll und die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen sind. In § 7 Abs. 1 ERegG sind Eisenbahnen, die sowohl Verkehrsleistungen erbringen als auch Eisenbahnanlagen betreiben, Normadressat. § 7 Abs. 4 ERegG zielt auf Eisenbahnverkehrsunternehmen, die sowohl Eisenbahnverkehrsleistungen im Personenverkehr als auch im Güterverkehr erbringen. In beiden Fällen besteht nach § 7 Abs. 2 ERegG die Pflicht zur getrennten Rechnungslegung. Die Betreiber von Eisenbahnanlagen sind in den § 8 bis § 8d ERegG adressiert, deren Unabhängigkeit abgesichert werden soll. § 12 Abs. 1 ERegG zielt auf einen Betreiber einer der in Ziffer 2 Buchst. a), b), c), d), g) und h) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG aufgeführten Serviceeinrichtungen. 96

§ 12 Abs. 2 ERegG beschränkt sich wie gezeigt demgegenüber nicht auf die in § 12 Abs. 1 ERegG genannten Betreiber von Serviceeinrichtungen, sondern umfasst uneingeschränkt Eisenbahnen, die sowohl Betreiber einer Serviceeinrichtung sind und zugleich Verkehrsleistungen erbringen. 97

98

Da die Klägerin eine Befreiung von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG begehrt, ist das Marktsegment Schienenpersonennahverkehr auf dem Hamburger S-Bahn-Netz sowie das Marktsegment der betriebenen Serviceeinrichtungen – hier: Wartungseinrichtungen und Außenwaschanlagen – maßgeblich, sodass eine Befreiung nach § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG voraussetzt, dass auf keinem der genannten Marktsegmente prognostisch der Wettbewerb beeinträchtigt wird.

Das Marktsegment im Schienenpersonennahverkehr zeichnet sich durch seine räumliche Begrenzung auf Ebene der Bundesländer aus. Für den öffentlichen Personennahverkehr stellt der Bund aus seinem Steueraufkommen den Ländern einen Betrag zu Verfügung, § 5 Abs. 1 Satz 1 RegG. Deshalb haben die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes für Verkehrsdienste nach § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ERegG die Höhe der Entgelte für die Nutzung von Eisenbahnanlagen je Land festzulegen, § 37 Abs. 1 ERegG. Auf dieser Grundlage bestellt der Aufgabenträger (§ 1 Abs. 30 ERegG) die Leistungen für den Schienenpersonennahverkehr bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen und vergibt diese wettbewerblich auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007,

Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates in der Fassung der Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016,

sowie § 131 GWB durch – häufig langfristige – Verkehrsverträge.

Das Marktsegment Wartungseinrichtungen (Ziffer 2 Buchst. e) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG) in Form betriebsnaher Instandhaltung im Schienenpersonennahverkehr stellt ein räumlich begrenztes, regionales Marktsegment im Umkreis des betroffenen Netzes dar. Zeitlich ist dieses Marktsegment typischerweise an die Dauer des Verkehrsvertrags gebunden. Insgesamt werden lokal begrenzten Einzelmärkte nur bei der Neuvergabe eines Schienenpersonennahverkehrs-Netzes hinsichtlich einer Vertragsanbahnung aktiv.

Vgl. BNetzA, Bericht „Märkte für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen“, S. 19 abrufbar: https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Eisenbahn/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/endlgtigerbe zuletzt abgerufen: 25. April 2024.

Wartungseinrichtungen unterfallen als Serviceeinrichtung der Zugangsregulierung nach § 10 und § 13 ERegG, wobei eine Entgeltregulierung für Betreiber von Wartungseinrichtungen nicht stattfindet, § 32 Abs. 3 ERegG. Bereits bei der Schaffung des Eisenbahnregulierungsgesetzes im Jahr 2016 ging der Gesetzgeber davon aus, dass es im Bereich der Wartungseinrichtungen keiner Entgeltregulierung bedarf.

Vgl. BT-Drs. 18/8334, S. 218,

Das Gesetz sah zunächst übergangsweise (§ 63 Abs. 2 ERegG i.V.m. § 81 ERegG) und sieht nunmehr seit 2021 dauerhaft vor, dass eine Entgeltregulierung nicht stattfindet.

Das Marktsegment „Außenwaschanlagen“ (Ziffer 2 Buchst. f) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG) ist, soweit vorliegend auf Grund der räumlichen Trennung die „Außenwaschanlagen“ als andere technische Einrichtungen Ziffer 2 Buchst. f) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG aufzufassen sind, die nicht das Schicksal der Hauptanlage (hier:

Serviceeinrichtung „Wartungseinrichtung“) teilen,

vgl. hierzu: Staebe, in: Staebe, ERegG, 2018, § 1 Rn. 30; Otte, in: Kühling/Otte, AEG/ERegG, 108 2020, § 1 ERegG Rn. 40 f.,

ebenfalls geprägt durch die Zugangsregulierung nach § 10 und § 13 ERegG, wobei sich die 109
Entgeltregulierung am Maßstab des § 32 Abs. 1 und 2 ERegG ausrichtet. Gemäß § 72 Satz 1
Nr. 5 ERegG unterfallen die Entgeltgrundsätze und die Entgelthöhen dem
Unterrichtungsverfahren.

Wann eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist, gibt § 2 Abs. 4 Satz 2 110
ERegG regelbeispielartig („insbesondere“) vor. Eine Beeinträchtigung ist danach
insbesondere nicht zu erwarten, wenn die Schienenwege nach Streckenlänge und
Betriebsleistung oder die Verkehrsleistung von geringer Bedeutung sind. Die beiden
Regelbeispiele – Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung (1.) oder die
Verkehrsleistung (2.) von geringer Bedeutung – geben damit vor, wann eine Befreiung
aufgrund nicht zu erwartender Wettbewerbsbeeinträchtigung möglich ist. Durch die
Formulierung „insbesondere“ wird jedoch zugleich deutlich, dass es neben den genannten
Fallgruppen weitere gibt, in denen eine Beeinträchtigung nicht zu erwarten ist. Daher
verbieter sich der von der Beklagten scheinbar gezogene Umkehrschluss, wonach die
Verneinung des Regelbeispiels – Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung
oder die Verkehrsleistung von nicht geringer Bedeutung – eine Wettbewerbsbeeinträchtigung
bereits begründet und damit einer Befreiung entgegensteht.

Gemessen daran ist weder im Marktsegment „Schienenpersonennahverkehr in Hamburg“ 111
noch im Marktsegment „Wartungseinrichtungen“ noch im Marktsegment
„Außenwaschanlagen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu erwarten.

Die fehlende Nichtbeeinträchtigung des Wettbewerbs im Marktsegment 112
„Schienenpersonennahverkehr in Hamburg“ ergibt sich dabei nicht aus dem Regelbeispiel
des § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG. Zwar weist dieses mit der „Verkehrsleistung“ durchaus ein
Merkmal von potenzieller Relevanz auf. Die Kammer muss vorliegend allerdings nicht klären,
ab welcher Verkehrsleistung (etwa gemessen in Personenkilometern) eine Verkehrsleistung
(noch) von geringer Bedeutung ist. Denn die Klägerin ist auf dem maßgeblichen
Marktsegment „Schienenpersonennahverkehr in Hamburg“ das einzige tätige
Eisenbahnverkehrsunternehmen, sodass dessen Verkehrsleistung bereits deshalb für den
Wettbewerb im konkreten Marktsegment nicht von geringer Bedeutung sein kann.

Es ist jedoch entgegen der Auffassung der Beklagten keine Beeinträchtigung des 113
Wettbewerbs zu erwarten, wenn die Klägerin von der Pflicht aus § 12 Abs. 2 ERegG befreit
wird. Nach dessen Satz 1 haben Eisenbahnen in ihrer Buchführung die beiden Bereiche
Erbringen von Verkehrsleistungen und Betrieb von Serviceeinrichtungen zu trennen. Danach
müsste die Klägerin getrennte Konten führen und eine nach handelsrechtlichen Grundsätzen
aufzustellende Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung für jeden Bereich aufstellen.

Hinsichtlich des Sinn und Zwecks der Regelung stimmen die Klägerin und die Beklagte unter 114
Verweis auf die Kommentarliteratur zum vergleichbaren § 6b EnWG zu Recht darin überein,
dass dadurch die Aufgabenerfüllung der Bundesnetzagentur in der Entgeltregulierung
erleichtert werden soll.

Vgl. zu § 6b EnWG: Poullie, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 115
(2019), § 6b Rn. 4.

| | |
|--|-----|
| Mit der Führung getrennter Konten für die verschiedenen Bereiche und der damit einhergehenden Transparenz in der Kostenzuordnung sollen zudem Diskriminierung, Quersubventionierung und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. | 116 |
| Vgl. zu § 6b EnWG: Poullie, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. (2019), § 6b Rn. 2; Knauff, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, EnWG, § 6b Rn. 1. | 117 |
| Dies entspricht auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der durch § 6b EnWG die Voraussetzung für die Kostenregulierung schaffen sowie Quersubventionierung und Diskriminierung in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verhindern wollte. | 118 |
| Vgl. BT-Drs. 17/10754, S. 21. | 119 |
| Auf diese nach Ansicht des Gesetzgebers im Energierecht bewährten Regelungen hat er verwiesen und in § 7 Abs. 2 ERegG sowie § 12 Abs. 2 ERegG entsprechende buchhalterische Entflechtungsregelungen nachgebildet. | 120 |
| Vgl. BT-Drs. 18/8334, S. 175, 179. | 121 |
| Vorliegend steht hingegen gar keine Entgeltkontrolle der Klägerin hinsichtlich ihrer Leistung im Schienenpersonennahverkehr im Raum, da sie insoweit nicht der Regulierungskompetenz der Beklagten unterfällt. | 122 |
| Soweit die Beklagte darauf abstellt, dass im Wettbewerb um das Marktsegment „Schienenpersonennahverkehr in Hamburg“ Gesichtspunkte der Transparenz und Nichtdiskriminierung relevant seien, betrifft dies nicht die Buchhaltung der Verkehrsleistungen. Diese werden vom Aufgabenträger wettbewerblich vergeben, ohne dass die Rechnungslegung der Klägerin hierfür eine Relevanz aufweist. Auch für die Entgeltbildung im Schienenpersonennahverkehr gemäß § 37 ERegG ist die getrennte Buchführung der Klägerin als Schienenpersonennahverkehrsunternehmen nicht erforderlich. | 123 |
| Eine Befreiung von der Pflicht aus § 12 Abs. 2 ERegG führt auch zu keiner erwartbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Marktsegment „Wartungseinrichtungen“. | 124 |
| Eine Entgeltrelevanz scheidet bereits deshalb aus, weil Wartungseinrichtungen nach § 32 Abs. 3 ERegG von der Entgeltregulierung ausgenommen sind, sodass der skizzierte Sinn und Zweck des § 12 Abs. 2 ERegG auch in diesem Zusammenhang keine Relevanz aufweist. Soweit die Beklagte darauf abstellt, dass potentielle Nachfrager – insbesondere zukünftige Konkurrenten um einen Verkehrsvertrag – abschätzen können müssen, welcher finanzielle Aufwand zu kalkulieren ist, wenn die klägerischen Wartungseinrichtungen in Anspruch genommen werden, ist dem bereits dadurch genüge getan, dass die Klägerin ihre Entgelte jährlich festlegt und bekanntgibt. | 125 |
| Vgl. Entgeltliste Instandhaltung, gültig ab 1. Januar 2024: https://www.deutschebahn.com/resource/blob/250618/d0f30a620e4629b31f3805cfd650c847/entgeltliste-data.pdf , zuletzt abgerufen am 25. April 2024. | 126 |
| Inwieweit eine buchhalterische Entflechtung eine Zugangsrelevanz haben soll, wird von der Beklagten nicht vorgetragen und liegt auch sonst nicht auf der Hand. Die unstrittig hohe Auslastung der klägerischen Wartungseinrichtungen erlaubt nicht den Rückschluss, dass der Zugang für Dritte entgegen regulierungsrechtlichen Vorgaben ausgeschlossen oder erschwert wäre. Die hohe Auslastungsquote ist vielmehr darin begründet, dass es sich bei den streitgegenständlichen Wartungseinrichtungen um solche handelt, die speziell für den S- | 127 |

Bahn-Betrieb in Hamburg errichtet und technisch konzipiert worden sind. Nachfrager dürften daher allenfalls solche sein, die Verkehrsleistungen auf einem vergleichbaren Netz erbringen. Sollte allerdings eine entsprechende Anfrage an die Klägerin gerichtet werden, ist sie verpflichtet, diese entsprechend der Zugangsregelungen im Eisenbahnregulierungsgesetz zu bearbeiten. Unabhängig davon ist nicht erkennbar, wie eine buchhalterische Entflechtung den Zugangsanspruch eines Dritten fördern könnte und eine Befreiung den Wettbewerb insoweit beeinträchtigt. In diesem Sinne scheint die Klägerin auch zu verfahren. So hat sie im Jahr 2023 die Unterflur-Radsatzdrehbank sowie den Bereich Komponentenfertigung in der Wartungseinrichtung Hamburg-Ohlsdorf für die Bearbeitung externer Aufträge (Aufarbeitung einer Serie von Luftpressern für die S-Bahn München) genutzt. Seit 2017 hat es keine darüber hinausgehende Anfragen Dritter gegeben.

Soweit die Beklagte mangels Einschlägigkeit des Regelbeispiels in § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG die Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 oder 2 ERegG in ihre Befreiungsprüfung mit einbezieht, verkennt sie die systematischen Unterschiede der Befreiungsregelungen, die einer „entsprechenden“ Heranziehung entgegenstehen. 128

§ 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG zielt auf regulierungsrechtliche Entflechtungsvorschriften und verlangt tatbestandlich lediglich, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht zu erwarten ist, und gibt in Satz 2 ein Regelbeispiel, das für Wartungseinrichtungen unergiebig ist. Demgegenüber ermöglicht § 2b Abs. 2 Satz 1 ERegG eine Befreiung von Zugangs- und Entgeltregulierungsvorschriften und verlangt in Nr. 1 tatbestandlich, dass keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes besteht bzw. in Nr. 2 die Serviceeinrichtung in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern erbracht wird. Die Verschiedenartigkeit der zu befreienden Regelungen erklärt die unterschiedliche Tatbestandsschwelle, die in § 2b Abs. 2 Satz 1 ERegG ersichtlich höher ist. Allein das Nichtvorliegen des Regelbeispiels in § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG rechtfertigt keinen Rückgriff auf § 2b Abs. 2 Satz 1 ERegG. Stattdessen kommt es allein darauf an, ob Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch die Befreiung der konkret streitigen Regulierungspflicht zu erwarten sind. 129

Auch für das Marktsegment „Außenwaschanlagen“ fehlt es an einer Wettbewerbsrelevanz. So besteht mangels Nachfrage bereits kein Wettbewerb in diesem Marktsegment. Die Waschanlagen sind nur für die Fahrzeugbaureihen der Hamburger S-Bahn baulich ausgelegt und auch entsprechend in der Automatik programmiert. Richtet sich das Produkt im Marktsegment aufgrund seiner spezifischen Ausstattung an genau einen Nachfrager, liegt nach der allgemeinen Definition des Begriffs „Wettbewerb“ ein solcher nicht vor. Eine getrennte Buchführung würde dieses Marktsegment auch nicht für weitere Wettbewerber öffnen, da insoweit keine Nachfrage besteht. 130

Soweit die Klägerin zudem Leistungen im Rahmen der schweren Instandhaltung in ihren Wartungseinrichtungen erbringt, handelt es sich bereits begrifflich nicht um eine Serviceeinrichtung i.S.d. § 12 Abs. 2 ERegG, da Ziffer 2. Buchst. e) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG diese Leistung gerade von der Definition der Serviceeinrichtungen ausnimmt. Vielmehr handelt es sich um eine Nebenleistung gemäß Ziffer 4 Buchst. e) der Anlage 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG. Unabhängig davon geht die Beklagte selbst davon aus, dass in diesem Marktsegment ein stabiler Wettbewerb existiert, der eine Regulierung nicht erforderlich macht. 131

Vgl. BNetzA, Bericht „Märkte für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen“, S. 161, 164 abrufbar: https://data.bundesnetzagentur.de/Bundesnetzagentur/Shared-Docs/Downloads/DE/Sachgebiete/Eisenbahn/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/endlgtigerbe 132

abgerufen am 25. April 2024.

2. Da die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG vorliegen, hat die Beklagte von ihrem (Rest-) Ermessen Gebrauch zu machen und zu prüfen, ob ein atypischer Fall vorliegt, der einer Befreiung der Klägerin entgegengehalten werden kann. 133

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. 134

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO in Verbindung mit den § 708 Nr. 11, § 709, § 710 ZPO und § 711 ZPO. 135

Rechtsmittelbelehrung 136

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden. 137

Die Beschwerde ist beim Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem vorgenannten Gericht einzureichen. 138

Beschluss 139

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 140

60.000.- € 141

festgesetzt. 142

Gründe 143

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache für die Klägerin ist es angemessen, den Streitwert auf den festgesetzten Betrag zu bestimmen (§ 52 Abs. 1 GKG). Dabei hat die Kammer den einmaligen Umstellungsaufwand (20.000 Euro) zzgl. des Kostenaufwandes für ein Jahr (40.000 Euro) zu Grunde gelegt. 144

Rechtsmittelbelehrung 145

Gegen diesen Beschluss kann Beschwerde bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln eingelegt werden. 146

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. 147

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt. 148
