



Beschlusskammer 10

öffentliche Fassung

BK10-19-0032_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrags

der Harzer Schmalspurbahnen GmbH, Friedrichstraße 151, 38855 Wernigerode,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 13.03.2019 auf Ausnahme von der Anwendung von Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177)

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 **28. Juli 2022**

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr als kulturhistorische Eisenbahn betriebenen 36 Personenbahnhöfe bzw. Haltepunkte (Personenbahnhöfe), soweit diese nicht an dem Streckenabschnitt Nordhausen – Ilfeld liegen, eine Wagenhalle in Wernigerode mit sechs Abstellgleisen, die Lokschuppen in Wernigerode mit fünf, Nordhausen mit 3 und Gernrode mit 5 Abstellgleisen, die Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme in Wernigerode und Gernrode, eine Wartungseinrichtung mit elf zugehörigen Abstellgleisen sowie zehn Wasserkräne, drei Bekohlungsanlagen und eine Verladestelle für Schotter von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.
2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die an dem Streckenabschnitt Nordhausen-Ilfeld von ihr betriebenen elf Personenbahnhöfe und eine Einrichtung zur Brennstoffaufnahme von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, ausgenommen.
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche ein nicht-regelspuriges Schienennetz mit einer Spurweite von 1.000 mm auf verschiedenen Strecken im Harz in den Bundesländern Sachsen-Anhalt und Thüringen mit einer Gesamtlänge von 140,4 km betreibt. Das Streckennetz umfasst die sog. Harzquerbahn Wernigerode – Nordhausen, die sog. Selketalbahn (Quedlinburg – Alexisbad – Harzgerode – Hasselfelde – Eislefelder Talmühle) und die sog. Brockenbahn, die von dem Bahnhof Drei Annen Hohne auf den Brockengipfel führt. Die Antragstellerin ist auf dem Streckennetz auch als Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig. Das Streckennetz der Antragstellerin wird überwiegend von Touristen genutzt. Die Antragstellerin bespannt die meisten Züge mit historischen Dampflokomotiven, die 65 Jahre alt oder noch älter sind. Lediglich der Streckenabschnitt Nordhausen – Ilfeld der Harzquerbahn wird neben dampfbespannten Reisezügen auch von Triebwagen bedient, die auf das Netz der Straßenbahn Nordhausen übergehen.

Die Antragstellerin betreibt insgesamt 47 Personenbahnhöfe bzw. Haltepunkte (Personenbahnhöfe), eine Halle mit fünf Abstellgleisen, drei Lokschuppen mit Abstellgleisen, drei Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme, eine Wartungseinrichtung mit zugehörig zehn Abstellgleisen sowie acht Wasserkräne, drei Bekohlungsanlagen und eine Verladestelle für Schotter entlang dieser Strecken. Davon liegen elf Personenbahnhöfe und eine Einrichtung für die Brennstoffaufnahme an dem Streckenabschnitt Nordhausen-Ilfeld. Die übrigen Einrichtungen werden nur von bzw. für historische(n) Eisenbahnfahrzeuge(n) genutzt. Alle Serviceeinrichtungen der Antragstellerin sind gleichermaßen nur über die Schmalspurstrecken erreichbar.

Mit Beschluss BK10-19-0003_B vom 04.04.2019 wurde die Antragstellerin in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn mit Wirkung ab dem 01.01.2021 von der Anwendung des § 7 Abs. 1, 2 Abs. 4 Satz 1 sowie des § 12 ERegG befreit.

Mit Schreiben vom 13.03.2019 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, sie hinsichtlich ihrer Serviceeinrichtungen von der Anwendung bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen.

Am 27.03.2019 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahmeverfahren eröffnet, dies auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß, sie als Betreiberin von Serviceeinrichtungen

gemäß Art. 2 Abs. 1, UAbs. 2 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von allen Pflichten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 auszunehmen, hilfsweise sie

gemäß Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von allen Pflichten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 auszunehmen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte und die Ausführungen unter II. Bezug genommen.

II. Gründe

Dem Ausnahmeantrag der Antragstellerin wird in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang stattgegeben; im Übrigen wird der Hauptantrag abgelehnt und dem Hilfsantrag stattgegeben.

Diese Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 sowie Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177.

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

II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

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

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 19.06.2019 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 05.07.2019 festgelegt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten. Bei der Beschlusskammer sind keine Hinzuziehungsanträge eingegangen.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 1 ERegG). In Ausübung des ihr gemäß § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG n.F. zustehenden Ermessens hat die Beschlusskammer von der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung abgesehen. Dabei hat die Beschlusskammer auch berücksichtigt, dass die Antragstellerin – noch unter Geltung des § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG a.F. – auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet hat.

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

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht materiell rechtmäßig.

Die Antragstellerin ist antragsgemäß (dazu unter II.2.1) im Hinblick auf die im Tenor zu 1. benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (dazu unter II.2.2) sowie im Hinblick auf die im Tenor zu 2. benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, auszunehmen (dazu unter II.2.3).

II.2.1 Antragsauslegung

Das Schreiben der Antragstellerin vom 13.03.2019 wird von der Beschlusskammer dahingehend ausgelegt, dass diese mit ihrem Hilfsantrag eine Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von denjenigen Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 beantragt, von denen eine Ausnahme grundsätzlich erteilt werden kann, mithin von den Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177. Auch wenn Art. 5 von der Antragstellerin nicht explizit benannt wird, hat sie ihren entsprechenden Willen durch die Formulierung „von allen Vorschriften der DVO“ und die Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1 hinreichend zum Ausdruck gebracht.

II.2.2 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 gem. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 DVO (Tenor zu 1.)

Die Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebenen und im Tenor zu 1. benannten Serviceeinrichtungen ausgenommen.

Rechtsgrundlage für diese Entscheidung ist Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177. Danach kann die Regulierungsstelle die Betreiber von Serviceeinrichtungen, die ausschließlich von Betreibern kulturhistorischer Eisenbahnen für deren eigene Zwecke genutzt werden und bei denen ein Ausnahmegrund nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 vorliegt, von allen Vorschriften dieser Verordnung ausnehmen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Rechtsgrundlage liegen bei den in der Tenorziffer 1 genannten Einrichtungen vor (hierzu unter II.2.2.1). In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.2.2).

II.2.2.1 Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift sind erfüllt. Die im Tenor zu 1. benannten Serviceeinrichtungen werden ausschließlich von der Antragstellerin als Betreiberin einer kulturhistorischen Eisenbahn für deren eigene Zwecke genutzt (hierzu unter II.2.2.1.1). Zudem ist ein Ausnahmegrund nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 gegeben (hierzu unter II.2.2.1.2).

II.2.2.1.1 Serviceeinrichtungen werden ausschließlich von Betreibern kulturhistorischer Eisenbahnen genutzt

Die verfahrensgegenständlichen Serviceeinrichtungen werden ausschließlich von der Antragstellerin als Betreiberin einer kulturhistorischen Eisenbahn für deren eigene Zwecke genutzt.

Eine Nutzung zu ausschließlich kulturhistorischen Zwecken liegt vor, wenn die Serviceeinrichtungen grundsätzlich nur für oder durch historische Eisenbahnfahrzeuge genutzt werden, z. B. indem die historischen Eisenbahnfahrzeuge auf der Eisenbahninfrastruktur ausgestellt oder im Betrieb präsentiert werden. Als historisch wertet die Beschlusskammer jedenfalls

dampfbetriebene Triebfahrzeuge und Eisenbahnfahrzeuge und -wagen, die älter als 50 Jahre sind. Wenn einzelne Triebfahrzeuge oder Wagen eines historischen Zuges jüngeren Baujahrs oder originalgetreue Nachbauten oder Restaurierungen historischer Fahrzeuge sind, ist dies unbeachtlich.

Auf den Strecken der Antragstellerin verkehrt nur die Antragstellerin selbst mit überwiegend kulturhistorischen Zügen, die aus historischen Eisenbahnfahrzeugen im vorgenannten Sinne bestehen. Hauptgrund der regelmäßig durchgeführten Bahnfahrten ist jedenfalls das Fahrerlebnis mit historischen Eisenbahnen. Dem steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin in Zeiten schwächerer Nachfrage zum Teil Triebwagen einsetzt, die nicht als historisch einzuordnen sind, während andere Triebwagen aufgrund des hohen Alters ebenfalls historische Fahrzeuge darstellen. Die Fahrgäste, die die Angebote der Antragstellerin nutzen, wollen aufgrund des besonderen Erlebniswerts weit überwiegend mit historischen Dampfzügen befördert werden. Die Antragstellerin trägt dem Rechnung, soweit dies wirtschaftlich darstellbar ist. Die gegenständlichen Serviceeinrichtungen werden ausschließlich durch bzw. für diese historischen Eisenbahnfahrten und damit für kulturhistorische Zwecke genutzt.

Der ausschließlich historischen Nutzung steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin die Serviceeinrichtungen zur Durchführung von Verkehrsdiensten im Rahmen eines Verkehrsvertrages nutzt. Denn dieser ist ausschließlich auf den Tourismus- und Ausflugsverkehr mit den historischen Eisenbahnen ausgerichtet. Eine Nachfrage dritter Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Nutzung des Schienennetzes hat es in den letzten Jahren nicht gegeben, sie ist zukünftig auch nicht zu erwarten. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es sich um ein nicht-regelspuriges, abgegrenztes Schienennetz handelt. Vor diesem Hintergrund ist es weitgehend ausgeschlossen, dass Verkehre aus dem regelspurigen Schienennetz das Netz der Antragstellerin und ihre Serviceeinrichtungen nutzen.

II.2.2.1.2 Ausnahmegrund nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 gegeben

Die Serviceeinrichtungen der Antragstellerin haben zudem keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts, sodass der Ausnahmegrund nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 gegeben ist. Die fehlende strategische Bedeutung ergibt sich bereits daraus, dass sich die angebotenen Leistungen ausschließlich auf historische Zwecke beschränken. Serviceeinrichtungen, die ausschließlich kulturhistorisch genutzt werden und zudem wie hier nur für nicht-regelspurige Eisenbahnen erreichbar sind, werden auch aus praktischen Gründen in der Regel nicht durch den regulären Schienenverkehrsmarkt genutzt werden können, weil es an den entsprechenden Voraussetzungen fehlt.

II.2.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen.

Ergehen in Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften Verwaltungsakte deutscher Behörden, gilt grundsätzlich § 40 VwVfG einschließlich der in ihm anerkannten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts,

vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 40, Rn. 10.

Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 räumt den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein. Liegen keine besonderen Umstände vor, ist die Ausnahme zu gewähren. Zwar enthält Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 in seiner deutschen Sprachfassung

das Wort „kann“ und in seiner englischen Sprachfassung das Wort „may“, was in der Regel auf ein Ermessen hindeutet. Die Begriffe lassen aber nicht zwingend auf einen Ermessensspielraum schließen. Das Wort „kann“ lässt sich auch dahingehend verstehen, dass der Verwaltung eine bestimmte Kompetenz eingeräumt wird, die sie bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen wahrnehmen muss. Letztlich kommt es nicht nur auf den Wortlaut der Vorschrift als maßgebliches Auslegungskriterium an, sondern auf deren teleologische und systematische Auslegung,

vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: 41. EL Juli 2021, § 114, Rn. 19.

Aus Erwägungsgrund Nr. 2 der DVO (EU) 2017/2177 ergibt sich, dass die verordnunggebende Kommission Betreiber von Serviceeinrichtungen auf einem Markt mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, von einigen Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 ausnehmen wollte, um sie nicht über Gebühr zu belasten. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass Betreiber von Serviceeinrichtungen, die den Tatbestand von Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 erfüllen, im Regelfall im Sinne einer Soll-Vorschrift auszunehmen sind. Kulturhistorische Eisenbahnen werden nur für ein eng begrenztes Verkehrsmarktsegment angeboten und haben insofern in der Regel eine geringe Bedeutung. Anhaltspunkte, von dieser Regel abzuweichen, sind vorliegend nicht erkennbar. Es ist mit Blick auf die von dem Antragsteller betriebenen Serviceeinrichtungen kein Umstand ersichtlich, welcher einer Ausnahme von der Anwendung aller Vorschriften der Durchführungsverordnung entgegenstünde.

II.2.3 Keine Ausnahme von allen Vorschriften der DVO, soweit Serviceeinrichtungen am Streckenabschnitt Nordhausen-Ilfeld liegen (Tenor zu 3.)

Die weiteren, in Tenorziffer 2 genannten Serviceeinrichtungen werden dagegen nicht ausschließlich für kulturhistorische Zwecke genutzt. Die Bedienung durch moderne Nahverkehrstriebwagen, die auf das Netz der Straßenbahn Nordhausen übergehen, stellt sich als regulärer Schienenpersonennahverkehr dar. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 liegen demnach nicht vor.

II.2.4 Ausnahme der Antragstellerin von den Pflichten der Durchführungsverordnung mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO gem. Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (Tenor zu 2.)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen übrigen auf dem Streckenabschnitt zwischen Nordhausen und Ilfeld gelegenen elf Personenbahnhöfe und eine Einrichtung zur Brennstoffaufnahme von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, ausgenommen.

Die Rechtsgrundlage für diese Entscheidung bildet Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177. Nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO (EU) 2017/2177 können Betreiber von Serviceeinrichtungen beantragen, von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der Durchführungsverordnung, mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5, ausgenommen zu werden.

Die Bundesnetzagentur kann einen Betreiber von Serviceeinrichtungen von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausnehmen, wenn die jeweilige Serviceeinrichtung oder Leistung entweder nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist, in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern steht oder bei der Anwendung der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigt sein könnte (Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177).

Diese drei Ausnahmetatbestände sind alternativ zu untersuchen, sodass nur einer von ihnen erfüllt sein muss, damit eine Ausnahme in Betracht kommt,

vgl. – wenn auch nicht bindend – IRG Rail (18) 7, Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 17.

Soweit ein Ausnahmegrund vorliegt, verzichtet die Beschlusskammer auf Ausführungen zu den jeweils anderen Ausnahmegründen.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen vor (hierzu unter II.2.4.1). In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 derselben, auszunehmen (hierzu unter II.2.4.2).

II.2.4.1 Tatbestand

Die von der Antragstellerin betriebenen und im Tenor zu 2. benannten Serviceeinrichtungen und die darin erbrachten Leistungen sind ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Wie Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 zeigt, ist für die Frage der fehlenden strategischen Bedeutung insbesondere die Auslastung der Einrichtung, die Art und der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie die Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung maßgeblich. In ihrer Zusammenschau führen diese Kriterien hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Serviceeinrichtungen dazu, dass diese jeweils als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

II.2.4.1.1 Weitere nicht regelspurige Serviceeinrichtungen der Antragstellerin

Die weiteren Serviceeinrichtungen der Antragstellerin sind ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Die nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 maßgeblichen Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.4.1.1.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.4.1.1.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.4.1.1.3) führen in ihrer Gesamtschau (hierzu unter II.2.3.1.2.4) dazu, dass die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

II.2.4.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen

Die tatsächliche Auslastung der weiteren Serviceeinrichtungen der Antragstellerin ist nicht als hoch einzuschätzen.

Als erstes Kriterium für die Beurteilung, ob eine Serviceeinrichtung oder die darin erbrachten Leistungen ohne strategische Bedeutung sind, nennt Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 die Auslastung der Einrichtung.

Dabei zieht die Beschlusskammer in diesem Fall die Auslastung des Schienennetzes der Antragstellerin zur Beurteilung der Auslastung der Serviceeinrichtungen heran, weil es sich um ein abgegrenztes Netz mit abweichender Spurweite handelt. Vor diesem Hintergrund ist es weitgehend ausgeschlossen, dass Verkehre aus dem regelspurigen Schienennetz das Netz der Antragstellerin nutzen. Die dafür erforderliche Verladung von regelspurigen Fahrzeugen auf sog. Rollwagen ist mit einem erhöhten Aufwand verbunden und daher die Ausnahme.

Das Schienennetz der Antragstellerin wird täglich im Durchschnitt ■-mal komplett abgefahren. Dies entspricht einer durchschnittlichen Auslastung des von der Antragstellerin betriebenen Schienennetzes. Da auf diesem Schienennetz ausschließlich Personenverkehr gefahren wird, kann auch für die weiteren Einrichtungen von einer ähnlich hohen Auslastung ausgegangen werden.

Die Bundesnetzagentur geht dann von einer hohen Auslastung eines Schienennetzes aus, wenn dieses pro Tag 30-mal abgefahren wird. Dies entspricht 15 Fahrten pro Richtung und entspricht einem stündlich verkehrenden Taktverkehr.

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

II.2.4.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

Ebenfalls in die Betrachtung einzustellen sind nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs. Das erstgenannte Kriterium erweist sich im Hinblick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung als neutral, das letztgenannte Kriterium spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung.

Die Durchführungsverordnung verlangt neben der quantitativen auch eine qualitative Betrachtung, indem sie der Art des potenziell betroffenen Verkehrs Bedeutung beimisst. Es ist damit in den Blick zu nehmen, welche Verkehre die in Rede stehende Infrastruktur potenziell nutzen. Dabei gilt nach Ansicht der Beschlusskammer, dass grundsätzlich jede Form von Verkehr von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts sein kann. Das bedeutet, dass das Kriterium grundsätzlich als neutral zu betrachten ist. Die potenziell betroffenen Verkehre können jedoch Besonderheiten aufweisen, die dazu führen, dass die zu betrachtenden Serviceeinrichtungen wahlweise als strategisch bedeutend oder unbedeutend anzusehen sind. Im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen weisen die potenziell betroffenen Verkehre allerdings keine Besonderheit auf, so dass es bei dem oben beschriebenen Grundsatz bleibt.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Zwar werden die hier gegenständlichen Serviceeinrichtungen der Antragstellerin auch im Rahmen von Fahrten aufgrund eines zugrundeliegenden Verkehrsvertrages regelmäßig genutzt, allerdings weist der Umfang keine Besonderheiten auf. Insbesondere findet keine Nutzung der Einrichtung durch dritte Eisenbahnverkehrsunternehmen statt, so dass die Antragstellerin z. B. auch keine Umsätze aus der Nutzung der Einrichtungen erwirtschaftet. Ein interner Umsatz wird nicht ermittelt, da die Antragstellerin von der Pflicht zur getrennten Rechnungslegung befreit ist.

II.2.4.1.1.3 Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen

Das dritte nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 zu berücksichtigende Kriterium ist das der Art der in der Einrichtung erbrachten Leistung. Dieses Kriterium erweist sich vorliegend als neutral.

Bei der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen handelt es sich wiederum um ein qualitatives Kriterium. Nach Auffassung der Beschlusskammer soll dieses Kriterium ermöglichen, eine Ausnahme auch dann zu versagen, wenn die mit der zu betrachtenden Serviceeinrichtung erzielten Umsätze als niedrig anzusehen sind. So ist es beispielsweise denkbar, dass für sehr spezielle Leistungen trotz einer geringen Nachfrage eine Befreiung ausscheidet, weil

aufgrund der Spezialisierung eine besondere strategische Bedeutung vorliegt, die einer Befreiung entgegensteht. Daneben ist auch vorstellbar, dass bestimmte Serviceeinrichtungen im Hinblick auf eine angestrebte Verkehrsverlagerung von strategischer Bedeutung sind und Befreiungen daher grundsätzlich und unabhängig vom Umfang der Nachfrage ausscheiden. In die andere Richtung kann das Kriterium auch dazu führen, dass eine Serviceeinrichtung, die hohe Umsätze verzeichnet, aufgrund von Besonderheiten der angebotenen Leistungen gleichwohl nicht als strategisch bedeutend anzusehen sind.

Besonderheiten, die aufgrund der Art der angebotenen Leistungen für die Annahme einer strategischen Bedeutung sprechen könnten, sind bei den hier in Rede stehenden Personenbahnhöfen und der Dieseltankstelle der Antragstellerin nicht erkennbar.

II.2.4.1.1.4 Gesamtabwägung

Die vorstehend aufgeführten Kriterien sind nicht einzeln zu betrachten, vielmehr kommt es für die Ausnahmeentscheidung letztlich auf eine Gesamtschau aller Kriterien an,

vgl. IRG-Rail (18) 7, Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 26.

In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die hier gegenständlichen Serviceeinrichtungen der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Maßgeblich hierfür ist die Besonderheit des nicht-regelspurigen Netzes der Antragstellerin. So ist es weitgehend ausgeschlossen, dass Verkehre aus dem regelspurigen Schienennetz das Netz der Antragstellerin nutzen. Die dafür erforderliche Verladung von regelspurigen Fahrzeugen auf sog. Rollwagen ist mit einem erhöhten Aufwand verbunden und äußerst unwahrscheinlich.

II.2.4.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 2. ersichtlichen Umfang von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, auszunehmen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen räumt Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein (dazu unter II.2.2.2). Gründe, die für die Annahme eines solchen Ausnahmefalls sprechen, sind vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.5 Hinweis

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die gewährte Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 4 DVO (EU) 2017/2177 zu widerrufen hat, wenn die Kriterien für ihre Gewährung nicht länger erfüllt werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Dr. Leupold

Dr. Arnade

Der Beisitzer Dr. Leupold war zum Zeitpunkt der Unterzeichnung abwesend. Er hat an der Entwurfsfassung mitgewirkt.