



BK10-19-0046_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrags

der DB Cargo AG, Rheinstraße 2, 55116 Mainz,
vertreten durch den Vorstand,

Antragstellerin,

vom 15.09.2019 und 10.03.2021 auf Ausnahme von der Anwendung verschiedener Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177) und auf Befreiung von verschiedenen Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG),

– Verfahrensbevollmächtigter:

der Antragstellerin:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[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 17. Okt. 2022

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die in den von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen erbrachten Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des Schienengüterverkehrs, der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des Schienenpersonenfern- und Schienengüterverkehrs sowie der Instandhaltung von Güterwagen von der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, 11, 12 und 13 DVO (EU) 2017/2177, ausgenommen.
2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die in den von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen erbrachten Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des Schienengüterverkehrs, der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des Schienenpersonenfern- und Schienengüterverkehrs sowie der Instandhaltung von Güterwagen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt.....	4
II. Gründe.....	5
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit.....	5
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit	5
II.2.1 Antragsumfang	5
II.2.2 Prüfung erfolgt leistungsbezogen	6
II.2.3 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV (Markt 2)	6
II.2.3.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177	6
II.2.3.1.1 Tatbestand	7
II.2.3.1.2 Rechtsfolge	8
II.2.3.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG	9
II.2.3.2.1 Tatbestand	10
II.2.3.2.2 Rechtsfolge	10
II.2.4 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV (Markt 4).....	10
II.2.4.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 .	10
II.2.4.1.1 Tatbestand	10
II.2.4.1.2 Rechtsfolge	12
II.2.4.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG	12
II.2.4.2.1 Tatbestand	12
II.2.4.2.2 Rechtsfolge	12
II.2.5 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der Instandhaltung von Güterwagen (Markt 12).....	12
II.2.5.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 .	12
II.2.5.1.1 Tatbestand	13
II.2.5.1.2 Rechtsfolge	13
II.2.5.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG	13
II.2.5.2.1 Tatbestand	13
II.2.5.2.2 Rechtsfolge	13
II.2.6 Hinweis	14
Rechtsbehelfsbelehrung.....	14

I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine bundeseigene Eisenbahn, welche 20 Wartungseinrichtungen für die betriebsnahe Instandhaltung von Diesellokomotiven des Schienengüterverkehrs (SGV), die betriebsnahe Instandhaltung von Elektrolokomotiven des Schienenpersonenfern- (SPFV) und Schienengüterverkehrs (SGV) sowie die Instandhaltung von Güterwagen an verschiedenen Standorten im Bundesgebiet betreibt. Daneben ist die Antragstellerin noch als Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig.

Mit Schreiben vom 15.09.2019 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von der Anwendung bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausnimmt.

Am 29.04.2019 hat die Beschlusskammer daraufhin ein Ausnahmeverfahren eröffnet, dies am 02.05.2019 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen. Mit Schreiben vom 10.03.2021 hat die Antragstellerin ihren Antrag um eine Befreiung von bestimmten Pflichten des ERegG ergänzt. Seitdem wird das Verfahren als Ausnahme- und Befreiungsverfahren geführt.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß, sie

1. gemäß Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von den Pflichten des Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), k), l) und n), Art. 5 Abs. 3, Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, Art. 11, 12 und 13 der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen und
2. gemäß § 2b Abs. 2 ERegG von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 unter Ausnahme der §§ 21 und 43 zu befreien.

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

II. Gründe

Dem Ausnahme- und Befreiungsantrag wird stattgegeben.

Diese Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 und § 2b Abs. 2 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 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 02.05.2019 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 17.05.2019 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) bei gebotener leistungsbezogener Betrachtung (dazu unter II.2.2) hinsichtlich der in der von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen erbrachten Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV (dazu unter II.2.3), der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV (dazu unter II.2.4) sowie der Instandhaltung von Güterwagen (dazu unter II.2.5) gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen und gemäß § 2b Abs. 2 ERegG zu befreien.

II.2.1 Antragsumfang

Hinsichtlich der begehrten Befreiung von Pflichten des ERegG ist zu berücksichtigen, dass die Befreiungsvorschriften im ERegG dahingehend angepasst worden sind, dass der Befreiungstatbestand gemäß § 2 Abs. 5 ERegG a. F. – hinsichtlich der Rechtsfolgen inhaltlich unverändert – nunmehr in § 2b Abs. 2 ERegG verortet ist. Für die hier zu treffende Entscheidung sind die aktuellen Vorschriften in der durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts geänderten und am 18.06.2021 in Kraft getretenen Fassung des ERegG heranzuziehen.

II.2.2 Prüfung erfolgt leistungsbezogen

Die Beschlusskammer prüft die Möglichkeit der Ausnahme der Antragstellerin von den Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 sowie eine Befreiung der Antragstellerin nach § 2b Abs. 2 ERegG nicht standortbezogen, sondern differenziert nach den von der Antragstellerin angebotenen Leistungen.

Grund hierfür ist, dass das Marktgeschehen bei Wartungseinrichtungen anders als bei sonstigen Serviceeinrichtungen – wie beispielsweise Umschlagterminals oder Abstellanlagen – nicht standortbezogen, sondern leistungsbezogen ist. Insbesondere für die Frage einer etwaigen Befreiung oder Ausnahme aufgrund eines bestehenden wettbewerblichen Umfelds ist zunächst die Substituierbarkeit der Leistung und das jeweilige maßgebliche geografische Gebiet zu bestimmen (hierzu unter II.2.3.1.1).

Tatsächlich hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des nach den §§ 64 und 65 ERegG a. F. erstellten und im April 2020 veröffentlichten Berichts zu den Märkten für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen¹ (Wartungseinrichtungsbericht) verschiedene Märkte für Instandhaltungsleistungen definiert. Untersucht wurde namentlich die Frage, ob auf den entsprechenden Märkten Verhältnisse bestehen, die einem unverfälschten Wettbewerb entsprechen. Aus Sicht der Beschlusskammer kann die darin vorgenommene Definition der Märkte auch im Zusammenhang mit der Entscheidung über etwaige Ausnahmen und Befreiungen für Wartungsleistungen verwendet werden. Die im Wartungseinrichtungsbericht vorgenommene sachliche Abgrenzung baut vor allem auf technischen Gegebenheiten wie den technischen Fahrzeugunterschieden, der unterschiedlichen Ausstattung und dem abweichenden „Know-how“ in Wartungseinrichtungen auf und berücksichtigt zudem die Struktur der Anbieter- und Nachfragerseite. Sie geht vom Bedarfsmarktkonzept aus, nach welchem zunächst danach geschaut wird, welche Anbieter aus Nachfragersicht jeweils in Frage kommen. Eine Differenzierung nach Verkehrsdiensten wurde dabei auch angewendet, soweit dies sinnvoll war. Dies betrifft etwa die betriebsnahe Instandhaltung im Schienenpersonennahverkehr (SPNV), da hier ein wesentlich anderes Betriebs- und damit Wartungskonzept gegeben ist als bei anderen Verkehrsdiensten. Eine Unterscheidung nach Verkehrsdiensten bei anderen Märkten erscheint hingegen weniger sinnvoll. So sind beispielsweise die Betriebs- und Wartungskonzepte von Elektrolokomotiven für den SPNV und SGV i. d. R. deutlich vergleichbarer, sodass sich hier die betriebsnahe Instandhaltung jeweils ähnelt. Hinsichtlich der schweren Instandhaltung wird generell nicht zwischen den Verkehrsdiensten unterschieden; vielmehr steht hier die technische Heterogenität der Fahrzeuge im Fokus.

II.2.3 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV (Markt 2)

II.2.3.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des Schienengüterverkehrs von der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, 11, 12 und 13 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 Be-

¹ Der Bericht ist unter der Internetadresse www.bundesnetzagentur.de/werkstattstudie abrufbar.

treiber von Serviceeinrichtungen beantragen, von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von deren Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5, ausgenommen zu werden. Voraussetzung für eine stattgebende Ausnahmeentscheidung ist nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177, dass einer der darin aufgeführten Ausnahmegründe vorliegt. Die Vorschrift beinhaltet die Ausnahmegründe, dass die jeweilige Serviceeinrichtung oder Leistung entweder nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist (Anstrich 1), dass die jeweilige Serviceeinrichtung oder Leistung in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern steht (Anstrich 2) oder bei der Anwendung der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigt sein könnte (Anstrich 3).

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.

II.2.3.1.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177. Die betriebsnahe Instandhaltung von Diesellokomotiven betrifft insbesondere Maßnahmen, die zur täglichen Verfügbarkeit des Fahrzeugs nötig sind. Darunter fallen etwa das Auffüllen von Betriebsstoffen, häufig wiederkehrende Inspektionen sowie kleinere Reparaturen.

Für die Beurteilung, ob es sich um ein wettbewerbsorientiertes Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, handelt, sind zunächst die Substituierbarkeit der in der Einrichtung angebotenen Leistung und das relevante geografische Gebiet zu bestimmen und sodann das bestehende Ausmaß des Wettbewerbs zu prüfen. Dies entspricht auch den von den europäischen Regulierungsstellen erarbeiteten und veröffentlichten gemeinsamen Entscheidungsgrundsätzen für die Anwendung der in Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 genannten Kriterien (vgl. Art. 2 Abs. 5 DVO (EU) 2017/2177),

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. 30.

Hinsichtlich der Frage des Ausmaßes des Wettbewerbs ist für die Beschlusskammer insbesondere der Umstand, in welchem Umfang es weitere Wettbewerber gibt, maßgeblich. Darüber hinaus sind weitere Umstände in Betracht zu ziehen. Dies sind etwa die Möglichkeit für den Markteintritt Dritter, die verfügbare Kapazität, die Umsätze und Marktanteile konkurrierender Anbieter oder die ausgleichende Nachfragemacht. Auch dies stimmt überein mit den von den europäischen Regulierungsstellen erarbeiteten und veröffentlichten gemeinsamen Entscheidungsgrundsätzen für die Anwendung der in Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 genannten Kriterien,

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. 35 - 37.

Die Beschlusskammer zieht zur Beurteilung, ob ein wettbewerbsorientierter Markt vorliegt, die Ergebnisse des Wartungseinrichtungsberichts heran, soweit nicht eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nunmehr eine abweichende Betrachtung erfordert. Denn im Rahmen des Berichts wurden die oben aufgeführten Kriterien zur Prüfung des Ausmaßes des Wettbewerbs herangezogen. Zur Prüfung des Grades der Marktöffnung und des Umfangs des Wettbewerbs hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Marktuntersuchung je Markt fünf Untersuchungsfelder in den Blick genommen. Zunächst wurden die Strukturen des jeweiligen Instandhaltungsmarktes und des mit ihm in Verbindung stehenden Verkehrsmarktes untersucht. Zudem wurden der Anteil und die jeweiligen Besonderheiten von Instandhaltung in Eigenproduktion und als fremdvergebene Leistung berücksichtigt. Berücksichtigt wurde daneben die Möglichkeit von Markteintritten und von Dienstleisterwechseln. Berücksichtigt wurden zudem weitere Erkenntnisse der Bundesnetzagentur über bestehende wettbewerbliche Hindernisse aus ihrer Tätigkeit als Regulierungsbehörde,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 6.

Bei dem Markt der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV wurde im Rahmen der Marktuntersuchung in der Gesamtschau ein wettbewerliches Umfeld festgestellt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 78.

Eher wettbewerbsbeschränkend wirkt der Umstand, dass Diesellokomotiven des SGV, die betrieblich oder technisch für einen lokalen Betrieb ausgelegt sind, für die betriebsnahe Instandhaltung eine Wartungseinrichtung in räumlicher Nähe benötigen, was regional den Wettbewerbsgrad senken kann. Es bestehen Markteintrittshürden, insbesondere in den Bereichen Fachpersonalgewinnung, Standortwahl und gesetzliche Anforderungen.

Dennoch kann ein stabiler Wettbewerb angenommen werden. Auf dem Markt sind 55 Anbieter tätig (Stand 2020). Insgesamt kann bei Fremdvergaben von einem gering konzentrierten Markt ausgegangen werden. Diskriminierungspotentiale durch vertikal integrierte Unternehmen erscheinen wenig denkbar. Entsprechende Meldungen von Marktteilnehmern liegen der Bundesnetzagentur nicht vor. Aufgrund der vergleichsweise weniger komplizierten Technik ist der Aufbau einer Wartungseinrichtung für eine geringe Anzahl an Kunden- oder eigenen Fahrzeugen technisch und ökonomisch leichter als in anderen Instandhaltungsmärkten. Über zwei Drittel der Nachfrager und auch der Anbieter schätzt den Wettbewerb positiv oder neutral ein,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 73-75.

Die Beschlusskammer erkennt keine wesentlichen Entwicklungen auf dem Markt der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV seit Abschluss der vorgenannten Untersuchung, die eine abweichende Einschätzung nahelegen würden.

II.2.3.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven von der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, 11, 12 und 13 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: 42. EL Februar 2022, § 114, Rn. 19.

Aus Erwägungsgrund Nr. 2 der DVO (EU) 2017/2177 ergibt sich, dass die verordnungsgebende Kommission Betreiber von Serviceeinrichtungen auf einem Markt mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, von einigen Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 entlasten 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. Anhaltspunkte, von dieser Regel abzuweichen, sind vorliegend nicht erkennbar. Es ist mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebenen Serviceeinrichtungen hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven kein Umstand ersichtlich, welcher einer Ausnahme von der Anwendung der vorbenannten Vorschriften der Durchführungsverordnung entgegenstünde.

II.2.3.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG

Die Antragstellerin wird hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

Die Bundesnetzagentur soll einen Betreiber von Serviceeinrichtungen von der Anwendung bestimmter Vorschriften des ERegG 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, die vergleichbare Leistungen erbringen, betrieben oder erbracht wird, oder bei der Anwendung der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigt sein könnte (§ 2b Abs. 2 ERegG).

Eine Befreiung erfolgt nach denselben Voraussetzungen wie eine Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177, um eine einheitliche Entscheidung über Befreiungen von Betreibern von Serviceeinrichtungen zu gewährleisten,

vgl. die Begründung zur ERegG-Novelle, BT-Drucks. 19/27656, S. 80.

II.2.3.2.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, i. S. d. § 2b Abs. 2 Nr. 2 ERegG.

Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter II.2.3.1.1 verwiesen.

II.2.3.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin zu befreien. § 2b Abs. 2 ERegG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, muss die Beschlusskammer deshalb grundsätzlich die begehrte Befreiung erteilen. Ein Ermessensspielraum ist ihr nur bei der Annahme eines atypischen Falls eröffnet,

vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 9. Auflage 2018, § 40, Rn. 26; *Riese*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, Stand: 42. EL Februar 2022, § 114, Rn. 24 f.

Für die Annahme eines solchen Falls sind hier allerdings keine Anhaltspunkte ersichtlich.

II.2.4 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV (Markt 4)

II.2.4.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV von der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, 11, 12 und 13 DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.

II.2.4.1.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177. Die betriebsnahe Instandhaltung von Elektrolokomotiven betrifft insbesondere Maßnahmen, die zur täglichen Verfügbarkeit des Fahrzeugs nötig sind. Darunter fallen etwa das Auffüllen von Betriebsstoffen, häufig wiederkehrende Inspektionen sowie kleinere Reparaturen.

Zwar hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Werkstattstudie festgestellt, dass im Markt der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und des SGV kein stabiler, sondern moderater Wettbewerb herrscht. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass der Markt zwar durch stärkere Handelsbeziehungen geprägt ist, aber verschiedene Aspekte beobachtet werden, die an einer Situation eines unverfälschten Wettbewerbs zweifeln lassen.

Die Studie erkennt keine aktive Behinderungsstrategie der auf dem Instandhaltungs- und Verkehrsmarkt breit aufgestellten Deutsche Bahn AG und sieht auch die Nutzung von ausländischen Wartungseinrichtungen in einem gewissen Umfang. Ein Viertel der Nachfrager hat im Jahr 2017 zudem gute Erfahrungen mit dem Wettbewerb gemacht.

Demgegenüber weist laut dem Wartungseinrichtungsbericht aber insbesondere die Anbieterseite einen Konzentrationsgrad auf, der für einen hochkonzentrierten Markt spricht. Die Wartungseinrichtungen der Deutsche Bahn AG verfügen – neben einer umfangreichen Eigenproduktion – auch bei Fremdvergaben über einen hohen Marktanteil. Eine marktbeherrschende Stellung könnte daher vermutet werden. Daneben nehmen die Hälfte der Nachfrager und ein

Viertel der Anbieter einen nicht funktionierenden Wettbewerb auf dem Markt der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV wahr. Von den Nachfragern werden vor allem ungenügend freie Kapazitäten – bereits heute und noch stärker zukünftig – und ein nicht angemessenes Preisniveau wahrgenommen. Erschwerend kommt hinzu, dass aufgrund der technischen Gegebenheiten der betriebsnahen Instandhaltung dem Standort der Wartungseinrichtung ein höherer Stellenwert zukommt als bei der schweren Instandhaltung. Je nach Geschäftsmodell und Umlaufplänen der Nachfrager kann sich ein ökonomisch sinnvoller Betrieb einer ortsgebundenen Wartungseinrichtung als schwierig erweisen.

Aufgrund weiterer Erkenntnisse geht die Bundesnetzagentur jedoch davon aus, dass der Wartungseinrichtungsbericht das Marktgeschehen im Markt 4 nicht vollständig und für die vorliegenden Zwecke nicht hinreichend aktuell abbildet.

Unter den Schienenverkehrsmärkten weist der SGV die höchste Wettbewerbsintensität auf. Der Anteil der Wettbewerber liegt mittlerweile bei rund 55%, während die Antragstellerin nur noch rund 45% auf sich vereint,

vgl. Marktuntersuchung Eisenbahnen 2022, S. 20; abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Eisenbahn/Unternehmen_Institutionen/Veroeffentlichungen/Marktuntersuchungen/MarktuntersuchungEisenbahnen/MarktuntersuchungEisenbahnen2022Sonderausgabe2022.pdf?blob=publicationFile&v=10.

Dabei werden die Schienenverkehrsleistungen im Güterverkehr weit überwiegend mit Elektrolokomotiven erbracht. Lediglich für den Rangierdienst und die Anschlussbedienung werden bislang ausschließlich Diesellokomotiven eingesetzt. Hinzu kommen noch Verkehrsleistungen auf nicht elektrifizierten Strecken, die jedoch nur einen geringen Anteil am Verkehrsaufkommen des SGV ausmachen.

Aufgrund des hohen Marktanteils der Wettbewerber befindet sich auch eine größere Anzahl von Elektrolokomotiven bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) im Einsatz. Dabei fungieren die EVU zum Teil selbst als Eigentümer oder Halter der Lokomotiven, zum Teil nutzen sie jedoch auch das Angebot von Vermietungsgesellschaften, in deren Hand sich ebenfalls mehrere Hundert Lokomotiven befinden. Daher ist es für die Bundesnetzagentur zum Teil herausfordernd, die Zuständigkeit für die Wartung und Instandsetzung der Lokomotiven klar zuzuordnen. Je nach Vertragsgestaltung kann die Zuständigkeit entweder bei dem EVU, einer Vermietungsgesellschaft oder sogar Dritten liegen. Aus diesem Grund geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass die ihr vorliegenden Daten das Marktgeschehen im Markt 4 möglicherweise nicht vollständig abbilden.

Generell geht die Bundesnetzagentur zwar davon aus, dass sie im Zuge der jährlichen Marktuntersuchung über eine qualitativ hochwertige Datengrundlage verfügt. Nach den vorliegenden Daten hat die Antragstellerin im Markt 4 im Jahr 2020 indes einen Anteil von rund 65%, während auf den DB-Konzern bei der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven 95% entfallen sollen. Dies erscheint in Anbetracht einer größeren Zahl von Elektrolokomotiven, die von Wettbewerbern betrieben werden, selbst dann unwahrscheinlich, wenn man unterstellt, dass Wettbewerber in gewissem Umfang die Wartungseinrichtungen der Antragstellerin für die betriebsnahe Instandhaltung nutzen oder die Antragstellerin vergleichsweise höhere Aufwendungen tätigt. Auch eine Nutzung von ausländischen Wartungseinrichtungen für die betriebsnahe Instandhaltung von Elektrolokomotiven durch Wettbewerber kann den hohen Anteil des DB-Konzerns nicht vollständig erklären.

Vor diesem Hintergrund erscheint es naheliegend, dass die der Bundesnetzagentur gemeldeten Umsatzwerte für den Markt der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven das Marktgeschehen nicht umfassend abbilden. Dabei geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass die großen Fahrzeughersteller in diesem Bereich Instandhaltungsumsätze erwirtschaften, die nicht vollständig in die Marktuntersuchung eingeflossen sind. Verstärkt wird dies noch dadurch, dass die Vermietungsgesellschaften Wartungsverträge unmittelbar mit den Fahrzeugherstellern abschließen.

Für die vorliegenden Zwecke geht die Beschlusskammer daher davon aus, dass die Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, erbracht werden.

II.2.4.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV von der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, 11, 12 und 13 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 (siehe dazu II.2.3.1.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.4.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

II.2.4.2.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, i. S. d. § 2b Abs. 2 Nr. 2 ERegG.

Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter Ziffer II.2.4.1.1 verwiesen.

II.2.4.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Elektrolokomotiven des SPFV und SGV zu befreien. § 2b Abs. 2 ERegG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet, sodass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nur bei der Annahme eines atypischen Falls ein Ermessensspielraum eröffnet ist (dazu unter II.2.3.2.2). Für die Annahme eines solchen Falls sind hier allerdings keine Anhaltspunkte ersichtlich.

II.2.5 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der Instandhaltung von Güterwagen (Markt 12)

II.2.5.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der Instandhaltung von Güterwagen von der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, 11, 12 und 13 DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.

II.2.5.1.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der Instandhaltung von Güterwagen in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177.

Die Beschlusskammer zieht zur Beurteilung der Wettbewerbssituation auf einem Markt grundsätzlich die Ergebnisse des Wartungseinrichtungsberichts heran (dazu unter II.2.3.1.1). Für den Markt der Instandhaltung von Güterwagen ist danach ebenfalls in der Gesamtschau ein Markt mit stabilen Wettbewerb anzunehmen,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 218.

Aufgrund der hohen Anzahl von 56 Betreibern ist der Markt breit aufgestellt und bietet in größerem Umfang Alternativen der Werkstattnutzung im Inland wie auch im europäischen Ausland. Die Eigenproduktion der Nachfrager ist auf diesem Markt verhältnismäßig gering. Das Diskriminierungspotential durch vertikal integrierte Unternehmen erscheint aufgrund der Bandbreite an Anbietern stark begrenzt zu sein. Entsprechende Meldungen von Marktteilnehmern liegen der Bundesnetzagentur nicht vor. Auch liegt bei der Fremdvergabe keine marktbeherrschende Stellung eines Anbieters vor. Die Mehrheit der Anbieter, aber auch der Nachfrager, sieht die wettbewerbliche Situation auf dem betrachteten Markt neutral oder positiv, wobei die Nachfrager noch Verbesserungspotential beim Preis- und Qualitätsniveau sowie bei den zur Verfügung stehenden Kapazitäten sehen. In den vergangenen Jahren wurden zudem mehrere Eintritte neuer Anbieter in den Markt beobachtet.

Die Beschlusskammer erkennt keine wesentlichen Entwicklungen auf dem Markt der Instandhaltung von Güterwagen seit Abschluss der vorgenannten Untersuchung, die eine abweichende Einschätzung der wettbewerblichen Verhältnisse nahelegen würden.

II.2.5.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der Instandhaltung von Güterwagen von der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6, 7, 10 Abs. 3 und Abs. 5, 11, 12 und 13 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.2.3.1.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.5.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der Instandhaltung von Güterwagen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

II.2.5.2.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der Instandhaltung von Güterwagen in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, i. S. d. § 2b Abs. 2 Nr. 2 ERegG.

Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter Ziffer **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** verwiesen.

II.2.5.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der Instandhaltung von Güterwagen zu befreien. § 2b Abs. 2 ERegG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet, sodass bei Vorliegen der

tatbestandlichen Voraussetzungen nur bei der Annahme eines atypischen Falls ein Ermessensspielraum eröffnet ist (dazu unter II.2.3.2.2). Für die Annahme eines solchen Falls sind hier allerdings keine Anhaltspunkte ersichtlich.

II.2.6 Hinweis

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die gewährte Ausnahme und Befreiung gemäß Art. 2 Abs. 4 DVO (EU) 2017/2177 bzw. § 2b Abs. 4 ERegG 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