



## Beschlusskammer 10

BK10-19-0047\_B

### **Beschluss**

In dem Verwaltungsverfahren  
aufgrund des Antrags

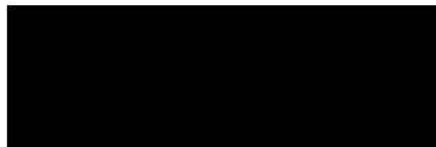
der S-Bahn Hamburg GmbH, Hammerbrookstraße 44, 20097 Hamburg,  
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 15.04.2019 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),

– Verfahrensbevollmächtigter:

der Antragstellerin:



hat die Beschlusskammer 10 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,  
den Beisitzer Dr. Hendrik Leupold und  
den Beisitzer Dr. Johannes Arnade

am **07. Sep. 2022**

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr angebotene Leistung „Schwere Instandhaltung von Elektrotriebwagen“ in den von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen von der Anwendung der Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6 - 8 und Art. 10 - 12 der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.
2. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt.....	4
II. Gründe .....	5
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit .....	5
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	5
II.2.1 Prüfung erfolgt leistungsbezogen .....	5
II.2.2 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), k), l) und n), Art. 6 - 8, und 10 - 12 DVO (EU) 2017/2177 als im Wettbewerb befindliche Serviceeinrichtung, soweit die von ihr angebotene Leistung „Schwere Instandhaltung von Elektrotriebwagen“ betroffen sind, gem. Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 (Ziffer 1. des Tenors) .....	6
II.2.2.1 Tatbestand .....	7
II.2.2.2 Rechtsfolge .....	8
II.2.3 Keine Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), k), l) und n), Art. 6 - 8 und 10 - 12 DVO (EU) 2017/2177 als im Wettbewerb befindliche Serviceeinrichtung, soweit die von ihr angebotene Leistung „Betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV“ betroffen ist, gem. Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 (Ziffer 2. des Tenors).....	9
II.2.3.1 Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 1. Var. der DVO (EU) 2017/2177 .....	9
II.2.3.1.1 Auslastung der Einrichtung .....	10
II.2.3.1.2 Art und Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs .....	10
II.2.3.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen.....	11
II.2.3.1.4 Gesamtabwägung .....	11
II.2.3.2 Kein wettbewerbsorientiertes Umfeld, Art. 2 Abs. 2, 2. Var. DVO (EU) 2017/2177.....	12
II.2.3.2.1 Marktabgrenzung .....	12
II.2.3.2.2 Wettbewerbsverhältnisse im Fall der Antragstellerin .....	13
II.2.3.3 Keine Beeinträchtigung des Funktionierens des Marktes, Art. 2 Abs. 2, 3. Var. DVO (EU) 2017/2177 .....	14
Rechtsbehelfsbelehrung.....	15

## I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der DB Regio AG, diese wiederum ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG. Die Antragstellerin betreibt im Großraum Hamburg drei Wartungseinrichtungen und zwei Außenreinigungsanlagen. Die Antragstellerin erbringt zudem Schienenpersonenverkehrsdienste auf dem zum Netz der DB Netz AG gehörenden und von dieser betriebenen S-Bahn-Netz Hamburg sowie auf der ebenfalls von der DB Netz AG betriebenen Strecke von Hamburg nach Stade. Der zugrundeliegende Verkehrsvertrag hat eine Laufzeit bis zum 11.12. 2033. Das Hamburger S-Bahn-Netz wird abweichend vom übrigen Schienennetz über seitliche Stromschiene mit Gleichstrom mit einer Spannung von 1.200 Volt betrieben. Bei den dort verkehrenden Fahrzeugen handelt es sich um Spezialkonstruktionen, die regelmäßig ausschließlich in der Region Hamburg verkehren.

Die Beschlusskammer lehnte einen Befreiungsantrag der Antragstellerin, in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG befreit zu werden, mit Beschluss vom 27.04.2022 (Gz. BK10-17-0106\_B) ab. Die Entscheidung ist aufgrund einer Klage der Antragstellerin noch nicht bestandskräftig.

Mit Schreiben vom 15.04.2019 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von der Anwendung bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 befreit.

Am 16.04.2019 hat die Bundesnetzagentur das Befreiungsverfahren eingeleitet, dies am 02.05.2019 auf ihren Internetseiten veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zum Verfahren hingewiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

sie gemäß Art. 2 der DVO (EU) 2017/2177 von der Anwendung der Art. 4 Abs. 2 lit. f, h, i, k, l, und n, Art. 5 Abs. 3, Art. 6 – 8 und Art. 10 – 12 auszunehmen.

Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass die aus der DVO (EU) 2017/2177 resultierenden administrativen Pflichten letztlich verzichtbar seien. Die Antragstellerin betreibe ein eigenständiges Schienennetz, bei dem es aufgrund der technischen Besonderheiten fast ausgeschlossen sei, dass Dritte dort verkehrten. Vor dem Hintergrund der langen Laufzeit des Verkehrsvertrages hätten die Wartungseinrichtungen der Antragstellerin keine strategische Bedeutung.

Mit Schreiben vom 02.05.2019 hat die Bundesnetzagentur weitere Informationen bei der Antragstellerin abgefragt. Die Antwort hierauf ist am 07.06.2019 erfolgt.

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

## II. Gründe

Dem Ausnahmeantrag wird in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang stattgegeben. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 2 der DVO (EU) 2017/2177.

Die Entscheidung ergeht sowohl formell (hierzu unter II.1) als auch materiell rechtmäßig (hierzu unter II.2).

### II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

Zuständig für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG eine Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur ist für derartige Entscheidungen die Beschlusskammer 10, Eisenbahnen, zuständig.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 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 Sätze 1 und 2 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 Beteiligten – noch unter Geltung des § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG a. F. – auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet haben.

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 auch materiell rechtmäßig.

Die Antragstellerin ist bei gebotener leistungsbezogener Betrachtung (dazu unter II.2.1) hinsichtlich in den von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen erbrachten Leistung der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (dazu unter II.2.2)

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt (dazu unter II.2.3).

#### II.2.1 Prüfung erfolgt leistungsbezogen

Die Beschlusskammer prüft die Möglichkeit der Ausnahme der Antragstellerin von den Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 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.

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 Eisenbahnen<sup>1</sup> (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, 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.

**II.2.2 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), k), l) und n), Art. 6 - 8, und 10 - 12 DVO (EU) 2017/2177 als im Wettbewerb befindliche Serviceeinrichtung, soweit die von ihr angebotene Leistung „Schwere Instandhaltung von Elektrotriebwagen“ betroffen sind, gem. Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 (Ziffer 1. des Tenors)**

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen von der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6 - 8 und Art. 10 - 12 der 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 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,

---

<sup>1</sup> Der Bericht ist unter der Internetadresse [www.bundesnetzagentur.de/werkstattstudie](http://www.bundesnetzagentur.de/werkstattstudie) abrufbar.

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. Für die von der Antragstellerin beantragte Ausnahme von Art. 5 Abs. 3 der DVO (EU) 2017/2177 fehlt es nach dem zuvor Gesagten bereits an einer Rechtsgrundlage für eine Ausnahme, sodass es nachfolgend keiner weiteren Erörterung diesbezüglich bedarf.

### **II.2.2.1 Tatbestand**

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen 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 schwere Instandhaltung von Elektrotriebwagen betrifft neben der Reparatur von größeren Schäden insbesondere die Hauptuntersuchung nach § 32 Abs. 2 Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung.

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. 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. 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.

Für den Markt der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen ist danach ebenfalls in der Gesamtschau ein Markt mit stabilem Wettbewerb anzunehmen,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 161 f.

Zwar bestehen auch hier Markteintrittshürden insbesondere in den Bereichen Investitionskosten, Personalgewinnung, Standortwahl und gesetzlicher Anforderungen. Auch führen die technischen Erfordernisse sowie der im Vergleich zur betriebsnahen Instandhaltung seltene Bedarfsfall zu Skaleneffekten und fördern eine Konzentration von Wartungseinrichtungen. Der Aufbau einer Wartungseinrichtung für eine geringe Anzahl an Kunden- oder eigenen Fahrzeugen ist ökonomisch schwierig. Dementsprechend kam es in den letzten Jahren nur zu wenigen Eintritten neuer Anbieter. Zudem ist die Auslastung in den Einrichtungen überwiegend hoch.

Dennoch geht die Beschlusskammer in einer Gesamtschau davon aus, dass ein stabiler Wettbewerb angenommen werden kann. Das Diskriminierungspotential durch vertikal integrierte Unternehmen erscheint gering. Entsprechende Meldungen von Marktteilnehmern liegen der Bundesnetzagentur nicht vor. Mit insgesamt 24 Anbietern (Stand 2020), von denen sechs zu einem Konzernverbund gehören. Bei der Fremdvergabe ist allein aus dem Marktanteil heraus bei keinem Anbieter eine marktbeherrschende Stellung zu vermuten, da sich der Marktanteil jeweils unter 40 Prozent bewegt. Wesentlich ist für die Beschlusskammer insoweit auch, dass insbesondere die Anbieter, aber auch die überwiegende Mehrzahl der Nachfrager, die wettbewerbliche Situation auf dem betrachteten Markt positiv sehen. Es zeigte sich zudem, dass die Kapazitäten heute und in Zukunft von der Mehrzahl der Marktteilnehmer als ausreichend wahrgenommen werden.

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

#### **II.2.2.2 Rechtsfolge**

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen von der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe f), h), i), k), l) und n), Art. 6 - 8 und Art. 10 - 12 der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.

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 Tatbestands-

voraussetzungen 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 Wartungseinrichtungen hinsichtlich der Leistung der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen kein Umstand ersichtlich, welcher einer Ausnahme von der Anwendung der vorbenannten Vorschriften der Durchführungsverordnung entgegenstünde.

**II.2.3 Keine Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung des Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), k), l) und n), Art. 6 - 8 und 10 - 12 DVO (EU) 2017/2177 als im Wettbewerb befindliche Serviceeinrichtung, soweit die von ihr angebotene Leistung „Betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV“ betroffen ist, gem. Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 (Ziffer 2. des Tenors)**

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt, weil die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 der DVO (EU) 2017/2177 im Falle der Antragstellerin nicht gegeben sind.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen liegen nicht vor.

Die von der Antragstellerin angebotene Leistung „Betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV“ ist von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes (II.2.3.1), steht nicht im Wettbewerb mit einer Vielzahl anderer Serviceeinrichtungen, die vergleichbare Leistungen erbringen (II.2.3.2) und die Anwendung der Durchführungsverordnung beeinträchtigt das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen nicht (II.2.3.3) (vgl. Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177).

**II.2.3.1 Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 1. Var. der DVO (EU) 2017/2177**

Die von der Antragstellerin in ihren Wartungseinrichtungen angebotenen Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV erfüllen nicht die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 1. Var. der DVO (EU) 2017/2177. Danach ist eine Ausnahme möglich, 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 Schienenverkehrsmarktes ist. Eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen (hierzu unter II.2.3.1.1), der Art und des Umfangs des potentiell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.3.1.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.3.1.3) vorzunehmende Gesamtabwägung (hierzu unter II.2.3.1.4) führt dazu, dass die von der Antragstellerin in ihren Wartungseinrichtungen angebotenen Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV als strategisch bedeutsam für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes anzusehen sind.

### **II.2.3.1.1 Auslastung der Einrichtung**

Die hohe Auslastung spricht zunächst für die Annahme einer strategischen Bedeutung.

Die Beschlusskammer versteht unter der Auslastung der Einrichtung die tatsächlich erbrachte Leistung in der Serviceeinrichtung im Verhältnis zur potenziell möglichen Maximalauslastung der Serviceeinrichtung. Eine besonders hohe Auslastung kann gegen eine Ausnahme sprechen, weil sie auf eine hohe Nachfrage der Zugangsberechtigten schließen lässt, die wiederum Rückschlüsse auf die strategische Bedeutung der zu betrachtenden Serviceeinrichtung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts zulässt. Bei Wartungseinrichtungen geht die Beschlusskammer grundsätzlich ab einer Auslastung von 70 Prozent davon aus, dass dies für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spricht.

Die Antragstellerin hat angegeben, dass die Kapazitätsgrenze ihrer Wartungseinrichtungen unter Berücksichtigung des gesamten Instandhaltungsprogramms bei [REDACTED] pro Jahr liege. Der Durchsatz betrage [REDACTED], was einer Auslastung von [REDACTED] entspricht.

### **II.2.3.1.2 Art und Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs**

Während die Art des potenziell betroffenen Verkehrs als neutral zu bewerten ist, spricht der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs für eine strategische Bedeutung.

Die Durchführungsverordnung verlangt zunächst 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. Derartige Besonderheiten sind hier nicht ersichtlich.

Im SPNV werden verschiedene Fahrzeugarten (Elektro- und Diesellokomotiven, Elektro- und Dieseltriebwagen sowie Reisezugwagen) eingesetzt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 40.

In Deutschland existiert eine hohe Anzahl an SPNV-Netzen (rund 200), die durch Ausschreibungen der Bundesländer zur Erbringung von regionalen Verkehrsleistungen zur Daseinsvorsorge geprägt sind. Wettbewerb findet immer dann statt, wenn der Aufgabenträger die Verkehre nach Ablauf des Verkehrsvertrags neu ausschreibt (Wettbewerb um den Markt). Bei einer solchen erneuten Ausschreibung der Verkehrsleistungen müssen auch die weiteren Interessenten die Nutzung von Wartungseinrichtungen in ihre Angebote einkalkulieren können und sind hierfür auf eine transparente Darstellung der Nutzungsbedingungen angewiesen. Mit Inkrafttreten der Durchführungsverordnung sind auch solche Betreiber von Wartungseinrichtungen, die im Übrigen von ihrer Anwendung ausgenommen sind, nach Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 der DVO (EU) 2017/2177 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen verpflichtet, die für eine erneute Ausschreibung relevanten Informationen zu veröffentlichen. Die Besonderheit, dass die Wartungseinrichtung von Verkehren genutzt wird, die im Rahmen eines Verkehrsvertrags durchgeführt werden, verliert deshalb an Bedeutung. Im Ergebnis ist daher die Art des potenziell betroffenen Verkehrs als neutral zu bewerten.

Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs spricht für eine strategische Bedeutung. Zur Bestimmung des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs zieht die Beschlusskammer den bisherigen Verkehr heran, der die Wartungseinrichtung nutzt, soweit kein Auseinanderfallen zum zukünftigen Verkehr zu erwarten ist. Die Beschlusskammer stellt dabei auf den mit einer Einrichtung oder Leistung erzielten Umsatz ab, da eine rege Nutzung in der Regel mit entsprechenden Umsätzen einhergeht.

Bei Wartungseinrichtungen geht die Beschlusskammer davon aus, dass ein erzielter Gesamtumsatz, der über dem marktspezifischen durchschnittlichen Gesamtumsatz liegt, für die strategische Bedeutung einer Einrichtung oder Leistung spricht. Der Bundesnetzagentur liegen die durchschnittlichen Umsatzwerte der jeweiligen im Wartungseinrichtungsbericht definierten Märkte vor. Diese erscheinen der Beschlusskammer zur Bestimmung der strategischen Bedeutung einer Einrichtung geeigneter als der – früher herangezogene – Schwellenwert von 4,2 Mio. Euro, der in etwa dem durchschnittlichen Gesamtumsatz sämtlicher Betreiber von Wartungseinrichtungen entspricht. Denn betrachtete man den durchschnittlichen Umsatz über sämtliche Märkte von Wartungseinrichtungen hinweg, würden unterschiedlich aufwendige und mithin unterschiedlich teure Instandhaltungsleistungen miteinander verglichen, sodass die Umsatzhöhe nicht in erster Linie auf dem Umfang der in Anspruch genommenen Leistungen beruhen muss. Der marktspezifische durchschnittliche Umsatz stellt demgegenüber einen Schwellenwert dar, anhand dessen sich die Inanspruchnahme einer Einrichtung und mithin die Relevanz einer Einrichtung für den jeweiligen Markt im Vergleich zu den sonstigen Einrichtungen, in welcher die jeweiligen Leistungen erbracht werden, besser ermitteln lässt.

Der marktspezifische, mit Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV durchschnittlich erzielte Gesamtumsatz lag zum Zeitpunkt der Erstellung des Wartungseinrichtungsberichts im Jahr 2017 bei 12 Mio. Euro und im Jahr 2019 bei 13,8 Mio. Euro. Für das Jahr 2020 betrug der durchschnittliche Umsatz ca. 19,2 Mio. Euro. Die Antragstellerin erzielte im Jahr 2020 mit den hier in Rede stehenden Leistungen einen deutlich über allen bisherigen Schwellenwerten liegenden Umsatz in Höhe von [REDACTED] Euro. Auch 2021 lag der Umsatz mit [REDACTED] Euro deutlich über dem Schwellenwert. Der Umfang des potenziellen Verkehrs spricht somit für eine strategische Bedeutung.

#### **II.2.3.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen**

Die Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung ist als neutral zu bewerten.

Nach Auffassung der Beschlusskammer soll anhand dieses qualitativen Kriteriums ermittelt werden, ob trotz einer geringen Nachfrage eine Ausnahme ausscheidet, weil beispielsweise aufgrund von hoher Spezialität eine besondere strategische Bedeutung vorliegt oder ob umgekehrt eine Serviceeinrichtung, die hohe Umsätze verzeichnet, aufgrund von Besonderheiten der angebotenen Leistungen gleichwohl nicht als strategisch bedeutend anzusehen ist.

Die betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV betrifft insbesondere Maßnahmen, die zur Sicherstellung der täglichen Verfügbarkeit und des Komforts für Fahrgäste nötig sind. So sind beispielsweise technische Leistungen wie das Auffüllen von Betriebsstoffen, häufig wiederkehrende Inspektionen sowie kleinere Reparaturen zu nennen. Dabei handelt es sich nicht um eine Leistung, aufgrund welcher trotz des hohen erzielten Umsatzes nicht von einer strategischen Bedeutung der Einrichtung auszugehen wäre.

#### **II.2.3.1.4 Gesamtabwägung**

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

vgl. – 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. 26.

In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Wartungseinrichtungen der Antragstellerin im Hinblick auf die Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Der hohe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich für eine strategische Bedeutung der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes. Darüber hinaus wird dies auch durch den hohen Auslastungsgrad der Wartungseinrichtungen belegt.

### **II.2.3.2 Kein wettbewerbsorientiertes Umfeld, Art. 2 Abs. 2, 2. Var. DVO (EU) 2017/2177**

Der Ausnahmegrund des Art. 2 Abs. 2, 2. Var. DVO (EU) 2017/2177 ist ebenfalls nicht gegeben.

Die von der Antragstellerin angebotene Leistung „Betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV“ steht nicht in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern.

#### **II.2.3.2.1 Marktabgrenzung**

Die Beschlusskammer betrachtet dabei die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und zieht dazu den Wartungseinrichtungsbericht sowie weitere Erkenntnisse heran. Für die Frage, ob die Wartungseinrichtungen der Antragstellerin in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern stehen, ist der jeweilige Markt sachlich und räumlich abzugrenzen.

Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt über den Bedarf an Instandhaltungsleistungen für die auf dem Netz der S-Bahn Hamburg eingesetzten Fahrzeuge. Dabei handelt es sich um Elektrotriebwagen, die zum Teil ausschließlich mit dem Stromsystem des Hamburger S-Bahn Netzes (Gleichstrom mit einer Spannung von 1200 Volt) betrieben werden können. Ein Teil der eingesetzten Fahrzeuge kann zusätzlich auch mit dem regulären Bahnstromsystem betrieben werden.

Räumlich ist der relevante Markt wie folgt abzugrenzen: Bei der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV handelt es sich um einen regional begrenzten Markt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 17.

Die Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung sind in kurzen zeitlichen Abständen – mitunter sogar täglich – zu erbringen. Daher sollte die Wartungseinrichtung entweder an dem SPNV-Netz liegen, in dem die Fahrzeuge zum Einsatz kommen, oder in dessen unmittelbarer Nähe. Dafür sind wirtschaftliche Zwänge entscheidend. Die Fahrzeuge sind während der Durchführung der Instandhaltungsleistungen nicht einsetzbar. Sofern Wartungseinrichtungen außerhalb des bedienten SPNV-Netzes liegen, ergibt sich ein zusätzlicher Zeitbedarf für die erforderlichen Überführungsfahrten, die ihrerseits weitere Kosten für Personal, Traktionsenergie und die Nutzung des Schienennetzes nach sich ziehen.

Nach Auffassung der Beschlusskammer wird der räumliche Markt durch das relevante SPNV-Netz sowie einen Umkreis von ca. 50 km heran. Mit dem um ca. 50 km erweiterten Umkreis

trägt die Beschlusskammer den genannten sachlichen Zwängen bei der betriebsnahen Instandhaltung Rechnung.

Im Fall der Antragstellerin erstreckt sich das Hamburger S-Bahn Netz über das Hamburger Stadtgebiet und den Großraum Hamburg der angrenzenden Bundesländer. Die Endpunkte bilden Wedel, Pinneberg, Hamburg-Poppenbüttel, Aumühle, Hamburg-Harburg sowie Stade. Um diesen Bereich ist ein weiterer Umkreis von ca. 50 km zu ziehen, in dem Wartungseinrichtungen potentiell im Wettbewerb zu denen der Antragstellerin stehen könnten. Neben den Wartungseinrichtungen der Antragstellerin werden auf Hamburger Stadtgebiet Wartungseinrichtungen der DB Fernverkehr AG in Hamburg-Eidelstedt und Hamburg-Langenhorn sowie der nbe Nordbahn in Hamburg-Tiefstack betrieben. Im weiteren Umkreis liegen Wartungseinrichtungen der AKN Eisenbahn in Henstedt-Ulzburg, der Osthannoverschen Eisenbahn in Bleckede sowie der Arbeitsgemeinschaft Geesthachter Eisenbahnen in Geesthacht.

#### **II.2.3.2.2 Wettbewerbsverhältnisse im Fall der Antragstellerin**

Die weiteren Wartungseinrichtungen stehen nicht im Wettbewerb zur Antragstellerin, weil sie nach sachlichen und räumlichen Kriterien keine vergleichbaren Leistungen erbringen. Eine Substituierbarkeit als Voraussetzung für das Bestehen wettbewerblicher Verhältnisse scheidet weitgehend aus.

Die Wartungseinrichtungen der DB Fernverkehr AG sind auf Fahrzeuge des Schienenpersonenfernverkehrs ausgelegt. Deren Instandhaltungsleistungen hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des Wartungseinrichtungsberichts als abweichenden Markt abgegrenzt. Zugunsten der Antragstellerin mag man unterstellen, dass in der Wartungseinrichtung in Hamburg-Eidelstedt neben den elektrischen Triebwagen des Schienenpersonenfernverkehrs auch die S-Bahn-Triebwagen des Schienenpersonennahverkehrs gewartet werden könnten. Eine Substituierbarkeit nach sachlichen Kriterien könnte auch im Fall der nbe Nordbahn vorliegen, die ebenfalls eine Wartungseinrichtung für Fahrzeuge des SPNV in Form von Elektrotriebwagen betreibt. Die weiteren Betreiber erbringen jedoch nach sachlichen Kriterien keine vergleichbaren Leistungen. Die AKN Eisenbahn wartet ebenfalls Fahrzeuge des SPNV, bei denen es sich jedoch um Dieseltriebwagen handelt. Bei der Arbeitsgemeinschaft Geesthachter Eisenbahn handelt es sich im Wesentlichen um eine Museumseisenbahn, die keine den Bedürfnissen des S-Bahn Verkehrs vergleichbaren Leistungen anbietet. Auch die Wartungseinrichtung der OHE in Bleckede scheidet nach sachlichen Kriterien aus, weil dort keine elektrischen Triebwagen gewartet werden.

Ergänzend ist dabei im Blick zu behalten, dass der Fahrzeugbestand der Hamburger S-Bahn aus ca. [REDACTED] besteht. Mit der betriebsnahen Instandhaltung einer so großen Fahrzeugflotte wären nach Einschätzung der Beschlusskammer selbst Betreiber von größeren Wartungseinrichtungen überfordert.

Eine Substituierbarkeit scheidet jedoch nach räumlichen Kriterien aus. Abweichend von den sonstigen Kriterien, bei denen die Beschlusskammer Wartungseinrichtungen in einem Umkreis von ca. 50 km als potentielle Wettbewerber ansieht, ist im Fall der Hamburger S-Bahn der räumliche Bereich unmittelbar auf das S-Bahn-Netz beschränkt. Neben den Wartungseinrichtungen der Antragstellerin bestehen jedoch keine Wartungseinrichtungen, die unmittelbar am S-Bahn Netz belegen sind.

Wie bereits dargestellt können die eingesetzten Fahrzeuge zum überwiegenden Teil nicht aus eigener Kraft im sonstigen deutschen Eisenbahnnetz verkehren. Das Hamburger S-Bahn-Netz wird daher – bis auf die Erweiterung nach Stade – überwiegend als betrieblich eigenständiges

Netz betrieben. Die Übergangsmöglichkeiten in das übrige Vollbahnnetz sind daher beschränkt. Aufgrund dieser betrieblichen Besonderheiten geht die Beschlusskammer davon aus, dass für die betriebsnahe Instandhaltung lediglich Wartungseinrichtungen in Betracht kommen, die unmittelbar am S-Bahn-Netz liegen. Das wird indirekt durch die Erfahrungen mit der Ausschreibung der technisch vergleichbaren Berliner S-Bahn bestätigt, bei der das Land Berlin sich im Interesse eines hinreichenden Teilnehmerwettbewerbs darum bemühte, Standorte für die Errichtung neuer Wartungseinrichtungen unmittelbar am S-Bahn-Netz auszuweisen. Jedenfalls fehlt es im Hinblick auf die in Rede stehenden S-Bahn-Fahrzeuge an einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen anbieten könnten.

Insgesamt kommt die Bundesnetzagentur deshalb zum Schluss, dass es sich nicht um einen Markt mit einem wettbewerbsorientierten Umfeld und einer Vielzahl von Wettbewerbern handelt.

### **II.2.3.3 Keine Beeinträchtigung des Funktionierens des Marktes, Art. 2 Abs. 2, 3. Var. DVO (EU) 2017/2177**

Der Ausnahmegrund des Art. 2 Abs. 2, 3. Var. DVO (EU) 2017/2177 ist schließlich auch nicht gegeben.

Die Anwendung der Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 durch die Antragstellerin beeinträchtigt nicht das Funktionieren des Marktes.

Da eine Ausnahme nur bei negativen Auswirkungen gewährt werden kann, die nicht nur einen einzelnen Betreiber von Serviceeinrichtungen, sondern den Markt für Serviceeinrichtungen, auf dem der Betreiber von Serviceeinrichtungen tätig ist, betreffen, erscheint der Anwendungsbereich dieses Ausnahmegrundes klein. Mit Ausnahme des in Erwägungsgrund 2 der Durchführungsverordnung genannten Beispiels sind den Regulierungsstellen bisher keine weiteren Beispiele für Situationen bekannt, in denen der negative Auswirkungsgrund erfolgreich geltend gemacht werden kann. Jeder Antragsteller, der eine Ausnahme nach dieser Klausel beantragt, müsste daher genau angeben, welche Bestimmung(en) der Durchführungsverordnung eine solche negative Auswirkung auf den (die) relevanten Markt (Märkte) für Serviceeinrichtungen haben würde(n), damit die Regulierungsstellen von Fall zu Fall entscheiden können,

vgl. IRG–Rail, Subgroup on Access to Service Facilities: Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 40 f.).

Die Antragstellerin hat nicht vorgetragen, warum die Anwendung der DVO (EU) 2017/2177 das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigen würde. Der Beschlusskammer sind ebenfalls keine Umstände bekannt, die das Vorliegen des Art. 2 Abs. 2 3. Var. DVO (EU) 2017/2177 stützen könnten.

Bei Märkten mit moderatem Wettbewerbsverhältnissen betrachtet die Bundesnetzagentur im Einzelfall die Stellung der Antragstellerin im Gesamtmarkt. Bei der Wartung von SPNV-Fahrzeugen hat die Antragstellerin mit einem Volumen von 53 Mio. Euro einen erheblichen Anteil im relevanten, räumlich auf den Großraum Hamburg beschränkten Marktumfeld. Das ergibt sich auch aus dem bereits erwähnten Umstand, dass die Antragstellerin ca. 200 S-Bahn-Triebwagen betreibt und instand hält. Vor dem Hintergrund scheidet eine Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 3. Var. DVO (EU) 2017/2177 aus.

**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