



BK10-19-0048\_B

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
aufgrund der Anträge

der Usedomer Bäderbahn GmbH, Am Bahnhof 1, 17424 Seebad Heringsdorf,  
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),

– Verfahrensbevollmächtigte:

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 13. Okt. 2022

beschlossen:

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen 29 Personenbahnhöfe und Haltepunkte, 19 Abstellgleise und die von ihr betriebene Wartungseinrichtung von den Pflichten der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), k), l) und n), Art. 6 bis 8 und Art. 10 bis 12 Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177 befreit.

## I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine bundeseigene Eisenbahn, die die zusammenhängenden Strecken 6772 (Züssow DB Grenze - Wolgast Hafen), 6773 (Seebad Heringsdorf - Wolgast Hafen), 6774 (Zinnowitz - Peenemünde) und 6768 (Ahlbeck Staatsgrenze Seebad Heringsdorf) zur und auf der Ostseeinsel Usedom betreibt. Diese Strecken haben eine Gesamtlänge von 70,9 km. Zudem betreibt die Antragstellerin die 10,4 km lange Strecke 6778 von Velgast DB Grenze nach Barth (Mecklenburg-Vorpommern). Sämtliche Strecken sind solche der Streckenklasse B1 gemäß der Europäischen Norm 15528 mit einer Radsatzlast von 18 Tonnen und einer Meterlast von fünf Tonnen pro Meter. Die Antragstellerin betreibt darüber hinaus 29 Stationen zum Ein- und Ausstieg von Fahrgästen, 19 Abstellgleise und eine Wartungseinrichtung entlang dieser Strecken sowie eine Einrichtung für die Aufnahme von Brennstoffen in Seebad Heringsdorf. Zudem ist sie als Eisenbahnverkehrsunternehmen auf ihrer eigenen Schieneninfrastruktur tätig.

Mit Beschluss BK10-17-0084\_B/BK10-17-0093\_B vom 19.03.2018 ist die Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe von den Pflichten des § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ERegG befreit worden. Der Antrag der Antragstellerin auf Befreiung von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG für alle von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen wurde demgegenüber abgelehnt.

Mit Schreiben vom 15.04.2019 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 16.04.2019 hat die Bundesnetzagentur das Befreiungsverfahren eröffnet, dies am 02.05.2019 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. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von der Anwendung der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), k), l) und n), Art. 6 bis 8 und Art. 10 bis 12 auszunehmen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

## **II. Gründe**

Den Anträgen wird stattgegeben.

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

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 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.

Nach Auslegung des wörtlich gestellten Antrags (hierzu unter II.2.1) war die Antragstellerin im Hinblick auf die im Tenor benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung der im Tenor benannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, auszunehmen (dazu unter II.2.2).

#### **II.2.1 Antragsauslegung**

Der wörtliche gestellte Antrag der Antragstellerin, der auf ihre Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben f), h), i), j), k), l) und n), Art. 5 Abs. 3, Art. 6 bis 8 und Art. 10 bis 12 DVO (EU) 2017/2177 gerichtet ist, wird von der Beschlusskammer dahingehend ausgelegt, dass diese eine Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO von denjenigen Vorschriften der DVO beantragt, von denen eine Ausnahme grundsätzlich erteilt werden kann. Dazu gehört jedoch nicht Art. 5 Abs. 3 DVO (EU) 2017/2177. Zum Zeitpunkt der Antragstellung ging dies aufgrund eines redaktionellen Versehens noch nicht eindeutig aus der deutschen Fassung des

Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO (EU) 2017/2177 hervor. Eine am 25.02.2021 vorgenommene Berichtigung

vgl. Amtsblatt der Europäischen Union L 307 vom 25.02.2021

schaffte aber insoweit Klarheit.

## **II.2.2 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung der im Tenor genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177**

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die im Tenor benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung der genannten Vorschriften 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.

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.2.2.1). In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung der im Tenor benannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.2.2).

### **II.2.2.1 Tatbestand**

Die von der Antragstellerin betriebenen und im Tenor 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 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 Personenbahnhöfe und Haltepunkte (hierzu unter II.2.2.1.1), der von ihr betriebenen Abstellgleise (hierzu unter II.2.2.1.2) sowie der Wartungseinrichtung (hierzu unter II.2.2.1.3) dazu, dass diese Serviceeinrichtungen jeweils als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

### **II.2.2.1.1 Personenbahnhöfe**

Die hier in Rede stehenden Personenbahnhöfe sind für das Funktionieren des Eisenbahnverkehrsmarktes ohne strategische Bedeutung.

Der Antrag hat die Ausnahme der Personenbahnhöfe als Serviceeinrichtungen von der Anwendung von Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 zum Gegenstand. Gemäß Anlage 1 Nummern 2 und 6 ERegG sowie dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 10.07.2019 (C-210/18) sind Personenbahnsteige in Personenbahnhöfen und die Zugangswege als Eisenbahnanlagen zu qualifizieren und ihre Nutzung daher Bestandteil des Mindestzugangspakets (Anlage 2 Nr. 1 lit. c) ERegG). Das gilt jedenfalls für die für den Halt von Personenzügen und den Fahrgastwechsel wesentlichen Funktionen (Bahnsteig sowie Zugangswege). Als Bestandteile der Serviceeinrichtung Personenbahnhof zählen demgegenüber gemäß Anlage 2 Nr. 2 lit. a) ERegG deren Gebäude und sonstige Einrichtungen, einschließlich Einrichtungen für die Anzeige von Reiseauskünften sowie geeigneter Örtlichkeiten für den Fahrscheinverkauf. Die Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 beschränkt sich auf die so verstandene Serviceeinrichtung Personenbahnhof.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass Personenbahnhöfe regelmäßig über einzelne Einrichtungen verfügen, die nach der genannten Abgrenzung der Serviceeinrichtung „Personenbahnhof“ zuzuordnen sind. Die als Serviceeinrichtungen verbleibenden Bestandteile weisen indes nach Einschätzung der Beschlusskammer bei Betreibern mit regional und zahlenmäßig begrenzten Personenbahnhöfen regelmäßig keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts auf, so dass eine Befreiung von den Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und m) DVO (EU) 2017/2177 erfolgen kann. Die Ausstattung dieser Personenbahnhöfe mit Serviceeinrichtungsbestandteilen hat in der Regulierungspraxis bisher keine größere Bedeutung erlangt. Der Beschlusskammer liegen zu den genannten Betreibern – anders als zu denjenigen, die deutschlandweit entsprechende Infrastruktur betreiben, – praktisch keine Beschwerden oder sonstigen Eingaben im Hinblick auf die Ausstattung der Personenbahnhöfe vor. Für die Bedürfnisse der Reisenden ist insofern wesentlich, dass an den verfahrensgegenständlichen Personenbahnhöfen die Serviceeinrichtungsbestandteile in Abhängigkeit von den verkehrlichen Erfordernissen zur Verfügung stehen. Auf die Serviceeinrichtungsbestandteile dieser Personenbahnhöfe sind im Übrigen die für die Beurteilung der strategischen Bedeutung in Art. 2 Abs. 2, erster Anstrich DVO (EU) 2017/2177 genannten Kriterien Auslastung, Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung allenfalls eingeschränkt anwendbar, so dass aus Sicht der Beschlusskammer eine strategische Bedeutung bei Betreibern mit regional und zahlenmäßig begrenzten Personenbahnhöfen regelmäßig ausscheidet.

### **II.2.2.1.2 Abstellgleise**

Die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise weisen keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts auf.

Die nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 maßgeblichen Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.2.1.2.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.2.1.2.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.2.1.2.3) führen in ihrer Gesamtschau (hierzu unter II.2.2.1.2.4) dazu, dass die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

#### **II.2.2.1.2.1 Auslastung der Einrichtungen**

Die Auslastung der von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise spricht gegen eine strategische Bedeutung dieser Einrichtung.

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.

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 Abstellgleisen geht die Beschlusskammer grundsätzlich ab einer Auslastung von 70 Prozent davon aus, dass diese für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spricht.

Die tatsächliche Auslastung der hier in Rede stehenden 19 Abstellgleise ist gering. Nach Angaben der Antragstellerin würden die Abstellgleise ausschließlich zur Durchführung von Verkehrsdiensten im Rahmen eines Verkehrsvertrages genutzt. Es würden nur 5 Abstellgleise, regelmäßig genutzt. Der Auslastungsgrad aller Abstellgleise liege rechnerisch bei 16 Prozent. Aus Sicht der Beschlusskammer spricht für die geringe Auslastung der Abstellgleise auch der Umstand, dass die Serviceeinrichtungen überwiegend auf der Insel Usedom belegen sind und regelmäßig nur durch die Antragstellerin im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) genutzt werden. Für weitere Verkehre fehlen derzeit aufgrund der Lage, der Anbindung und der Streckenklasse B1 weitgehend die Voraussetzungen.

#### **II.2.2.1.2.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs**

Während die Art des potenziell betroffenen Verkehrs als neutral zu bewerten ist, spricht der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs gegen eine strategische Bedeutung. Zusammengekommen sprechen damit der niedrige Umsatz sowie die Art des potenziell betroffenen Verkehrs nicht für die Annahme, dass die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts haben.

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.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung der Abstellgleise für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Den potentiell betroffenen Verkehr ermittelt die die Beschlusskammer in der Regel anhand des Umfangs des bisher die Serviceeinrichtung nutzenden Verkehrs und insoweit anhand des vom Betreiber erzielten Umsatzes.

Die Beschlusskammer geht ab einem eisenbahnbezogenen Umsatz in Höhe von 130.000 Euro davon aus, dass der Umfang des potenziell betroffenen Verkehres für eine strategische Bedeutung der zu betrachtenden Serviceeinrichtungen spricht. Dieser Schwellenwert entspricht dem durch die jährlich stattfindende Markterhebung ermittelten Grenzwert, ab welchem die Beschlusskammer bei Abstellgleisen davon ausgeht, dass diese für die Abwicklung des Verkehres bedeutsam sind.

Die Antragstellerin erzielte im Jahr 2021 mit den Abstellgleisen einen Umsatz in Höhe von ca. [REDACTED] Euro.

#### **II.2.2.1.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung**

Die Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen 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. Solche Besonderheiten sind hier nicht erkennbar.

#### **II.2.2.1.2.4 Gesamtschau**

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 Abstellgleise der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Die geringe Auslastung und der geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich gegen eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes.

#### **II.2.2.1.3 Wartungseinrichtung**

Die von der Antragstellerin betriebene Wartungseinrichtung weist keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts auf.

Die Antragstellerin erbringt in ihrer Wartungseinrichtung nur Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen. Eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen (hierzu unter II.2.2.1.3.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.2.1.3.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.2.1.3.3) vorzunehmende Gesamtabwägung (hierzu unter II.2.2.1.3.4) führt dazu, dass die Wartungseinrichtung der Antragstellerin als nicht strategisch bedeutsam für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 anzusehen ist.

#### **II.2.2.1.3.1 Auslastung der Einrichtung**

Die Auslastung der von der Antragstellerinnen betriebenen Wartungseinrichtung spricht zunächst für die Annahme einer strategischen Bedeutung.

Die unter II.2.2.1.2.1 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Auslastung der zu betrachtenden Einrichtung gelten auch für Wartungseinrichtungen. Auch bei dieser Art von

Serviceeinrichtung geht die Beschlusskammer grundsätzlich ab einer Auslastung von 70 Prozent davon aus, dass diese für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spricht.

Die Antragstellerin gibt die tatsächliche Auslastung der Wartungseinrichtung mit ca. 100 Prozent an. Die Wartungseinrichtung ist mit der Wartung der Fahrzeuge der Antragstellerin vollkommen ausgelastet.

#### **II.2.2.1.3.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs**

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

Die unter II.2.2.1.2.2 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs gelten auch für die Wartungseinrichtung. 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.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen 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. Tatsächlich hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des nach den §§ 64 und 65 ERegG a. F. erstellten und veröffentlichten Berichts zu den Märkten für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen<sup>1</sup> (Wartungseinrichtungsbericht) die durchschnittlichen Umsatzwerte der jeweiligen im Wartungseinrichtungsbericht definierten Märkte ermittelt. Diese Durchschnittsumsätze 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 betrachtet 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.

---

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

Der von der Antragstellerin im Bereich der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen erzielte Umsatz liegt deutlich unter dem marktspezifischen Durchschnittswert. So betrug 2020 der marktspezifische durchschnittliche Gesamtumsatz 19,2 Mio. Euro. Die Antragstellerin erzielte im Jahr 2020 einen Umsatz in Höhe von [REDACTED] Euro mit der Wartungseinrichtung. Der Umsatz liegt damit deutlich unter dem zuletzt durch die Bundesnetzagentur ermittelten marktspezifischen durchschnittlichen Gesamtumsatz in 2020. Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht daher klar gegen eine strategische Bedeutung.

#### **II.2.2.1.3.3 Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen**

Das Kriterium der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen, hinsichtlich dessen die unter II.2.2.1.2.3 dargelegten Grundsätze gelten, erweist sich mit Blick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts wiederum als neutral.

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 geringen erzielten Umsatzes von einer strategischen Bedeutung der Einrichtung auszugehen wäre. Nach Angaben der Antragstellerin ist die Einrichtung zudem nur auf die Wartung von Dieseltriebwagen der Baureihe 646 ausgelegt. Dieser Umstand spricht ebenfalls gegen eine strategische Bedeutung, da Dieseltriebwagen eine SPNV weithin zum Einsatz kommende Fahrzeugart sind, während gleichzeitig nicht ersichtlich ist, dass Zugangsberechtigte ein konkretes Interesse an der Nutzung der Wartungseinrichtung haben könnten.

#### **II.2.2.1.3.4 Gesamtabwägung**

Die vorstehend aufgeführten Kriterien sind nicht einzeln zu betrachten, vielmehr kommt es für die Ausnahmeentscheidung letztlich auf eine Gesamtschau aller Kriterien an (siehe hierzu II.2.2.1.2.4). In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Wartungseinrichtung der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Der geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich gegen eine strategische Bedeutung der Einrichtungen der Antragstellerin für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes. Gleichzeitig ist eine hohe Auslastung bei Wartungseinrichtungen für SPNV-Fahrzeuge nicht ungewöhnlich, weil viele Wartungseinrichtungen im Hinblick auf die Instandhaltung der für ein oder mehrere SPNV-Netze erforderlichen Fahrzeuge geplant werden und ausgelegt sind. Die hohe Auslastung spricht daher eher für einen effizienten Betrieb als für eine strategische Bedeutung.

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

In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang antragsgemäß von der Anwendung 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: 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 kein Umstand ersichtlich, welcher einer Ausnahme von der Anwendung der vorbenannten Vorschriften der Durchführungsverordnung entgegenstünde. Dabei hat die Beschlusskammer auch berücksichtigt, dass ihr derzeit keine Beschwerden von Zugangsberechtigten hinsichtlich der Antragstellerin vorliegen, die aktuell eine anderweitige Entscheidung rechtfertigen könnten. In dem durch einen „Wettbewerb um den Markt“ definierten Markt 1 für Wartungseinrichtungen könnten entsprechende Beschwerden einen entscheidenden Faktor für die Annahme eines Ausnahmefalls bilden, weshalb bei Vorliegen derartiger Beschwerden (in Zukunft) eine Neubewertung vorgenommen werden könnte.

### **II.3 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.

Die Beschlusskammer bittet die Antragstellerin daher um Mitteilung, sollte sie in ihrer Wartungseinrichtung zukünftig (auch) andere Leistungen als die unter Ziffer II.2.2.1.3 genannten Leistungen anbieten und/oder sollten sich die Auslastung und die erzielten Umsätze hinsichtlich der unter Ziffer II.2.2.1.2 und II.2.2.1.3 genannten Abstellgleise und Wartungseinrichtung wesentlich erhöhen.

### **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