



BK10-19-0076_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund der Anträge

der NordWestBahn GmbH, Franz-Lenz-Straße 5, 49084 Osnabrück,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 16.05.2019 und 24.06.2020 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 wegen Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG

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. März 2023

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Abstell- und Zuführungsgleise, die von ihr betriebene Wartungseinrichtung in Osnabrück, die von ihr betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme in Osnabrück und Paderborn sowie die von ihr betriebenen WC-Entsorgungseinrichtungen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Artikel 5 DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.
2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Abstell- und Zuführungsgleise, die von ihr betriebene Wartungseinrichtung in Osnabrück, die von ihr betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme in Osnabrück und Paderborn sowie die von ihr betriebenen WC-Entsorgungseinrichtungen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.
3. Die Antragstellerin wird in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des § 12 ERegG befreit.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	2
I. Sachverhalt.....	4
II. Gründe	5
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit	5
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	5
II.2.1 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung von Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177	5
II.2.1.1 Gleisanlagen der Antragstellerin.....	6
II.2.1.1.1 Tatbestand.....	6
II.2.1.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen.....	6
II.2.1.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs.....	7
II.2.1.1.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung	8
II.2.1.1.1.4 Gesamtabwägung	8
II.2.1.1.2 Rechtsfolge.....	8
II.2.1.2 WC-Ver- und Entsorgungseinrichtungen der Antragstellerin.....	9
II.2.1.2.1 Tatbestand.....	9
II.2.1.2.2 Rechtsfolge.....	9
II.2.1.3 Wartungseinrichtungen.....	10
II.2.1.3.1 Tatbestand.....	10
II.2.1.3.1.1 Prüfung erfolgt leistungsbezogen	10

II.2.1.3.1.2	Wettbewerbsorientiertes Umfeld.....	11
II.2.1.3.1.2.1	Marktabgrenzung	12
II.2.1.3.1.2.2	Wettbewerbsverhältnisse im Fall der Antragstellerin	12
II.2.1.3.2	Rechtsfolge.....	13
II.2.1.4	Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme.....	13
II.2.1.4.1	Tatbestand.....	13
II.2.1.4.1.1	Wettbewerbsorientiertes Umfeld.....	13
II.2.1.4.1.1.1	Marktabgrenzung	13
II.2.1.4.1.1.2	Wettbewerbsverhältnisse im Fall der Antragstellerin	14
II.2.1.4.2	Rechtsfolge.....	14
II.2.2	Befreiung der Antragstellerin als Betreiberin von Serviceeinrichtungen gemäß § 2b Abs. 2 ERegG (Tenor zu 2.).....	14
II.2.2.1	Tatbestand	15
II.2.2.2	Rechtsfolge	15
II.2.3	Befreiung der Antragstellerin als Eisenbahn gemäß § 2 Abs. 4 ERegG (Tenor zu 3.)	15
II.2.3.1	Tatbestand	15
II.2.3.2	Rechtsfolge	16
II.3	Hinweis	16
Rechtsbehelfsbelehrung.....		16

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist eine nichtbundeseigene Eisenbahn, die im Nordwesten Deutschlands Leistungen im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) anbietet. Die SPNV-Leistungen werden in drei von den zuständigen Aufgabenträgern vorgegebenen Teilnetzen erbracht: Das Liniennetz Weser-Ems verläuft zwischen Osnabrück, Bremen, Oldenburg, Wilhelmshaven und Esens. Im Liniennetz Ostwestfalen werden Bielefeld, Paderborn und Höxter angebunden, mit Verbindung nach Osnabrück, Göttingen und Kreiensen. Daneben betreibt die Antragstellerin noch die sog. Regio-S-Bahn Bremen, die SPNV-Leistungen auf den von Bremen ausgehenden Strecken erbringt.

Die Antragstellerin ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der Transdev Regio GmbH, diese ihrerseits 100-prozentiges Tochterunternehmen der Transdev GmbH. Die Antragstellerin betreibt an bzw. in der Nähe dieser SPNV-Netze Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme in Osnabrück und Paderborn, eine Wartungseinrichtung an zwei Standorten in Osnabrück, Zuführungs- bzw. Abstellgleise sowie Einrichtungen zur Ver- und Entsorgung von geschlossenen WC-Systemen.

Mit Schreiben vom 13.05.2019 und 24.06.2020 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von bestimmten Pflichten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 (DVO (EU) 2017/2177) sowie des Eisenbahnregulierungsgesetz ausnimmt bzw. befreit.

Am 17.05.2019 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahren eröffnet, dies am 20.05.2019 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen.

Mit Schreiben vom 09.02.2023 hat die Antragstellerin ihren Ausnahme- und Befreiungsantrag hinsichtlich der Wartungseinrichtung in Bremerhaven sowie der Einrichtung zur Brennstoffaufnahme in Wilhelmshaven zurückgenommen.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß, sie

1. hinsichtlich von ihr betriebener Serviceeinrichtungen gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von der Anwendung der Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen und gemäß § 2 Abs. 5 ERegG a. F. von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG zu befreien sowie
2. gemäß § 2 Abs. 4 ERegG in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des 12 ERegG zu befreien.

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

II. Gründe

Den Anträgen der Antragstellerin wird stattgegeben.

Diese Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177, §§ 2 Abs. 4, 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 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 20.05.2019 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 04.06.2019 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 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 im Hinblick auf die im Tenor zu 1. benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO (EU) 2017/2177 von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1) und von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG zu befreien (hierzu unter II.2.2) sowie gemäß § 2 Abs. 4 ERegG als Eisenbahn von der Anwendung des § 12 ERegG zu befreien (hierzu unter II.2.3).

II.2.1 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung von Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die im Tenor zu 1. genannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.

Die Rechtsgrundlage für diese Entscheidung bildet Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 Anstrich 1 und Anstrich 2 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 (Anstrich 1), 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.

Die von der Antragstellerin betriebenen und im Tenor zu 1. benannten Serviceeinrichtungen erweisen sich danach als ausnahmefähig. Das gilt für die Gleisanlagen (hierzu unter II.2.1.1), die WC-Ver- und Entsorgungseinrichtungen (hierzu unter II.2.1.2), die Wartungseinrichtung in Osnabrück (hierzu unter II.2.1.3) und die Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme (hierzu unter II.2.1.4).

II.2.1.1 Gleisanlagen der Antragstellerin

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Gleisanlagen vor (hierzu unter II.2.1.1.1). In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 1. ersichtlichen Umfang von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1.1.2).

II.2.1.1.1 Tatbestand

Die hier in Rede stehenden Gleisanlagen der Antragstellerin sind unter Berücksichtigung der Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.1.1.1.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.1.1.1.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.1.1.1.3) in einer Gesamtschau (hierzu unter II.2.1.1.1.4) als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen.

II.2.1.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen

Die Auslastung der von der Antragstellerin betriebenen Gleisanlagen spricht gegen eine strategische Bedeutung.

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. Die Beschlusskammer geht grundsätzlich

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

Nach Angabe der Antragstellerin sind ihre Serviceeinrichtungen insgesamt und damit auch ihre Gleise [REDACTED] ausgelastet. Diese hohe Auslastung spricht zunächst für die Annahme einer strategischen Bedeutung.

II.2.1.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

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

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

Zur Bestimmung des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs zieht die Beschlusskammer den bisherigen Verkehr heran, der die Serviceeinrichtung nutzt, soweit insofern 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.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass insoweit ein Umsatz in Höhe von 130.000 Euro jährlich für die strategische Bedeutung der Einrichtung oder Leistung 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 Verkehrs bedeutsam sind. Dieser Schwellenwert ist vorliegend auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei den Gleisen der Antragstellerin zum Teil auch um Industriestamm- und Zuführungsgleise und mithin um Hilfseinrichtungen i. S. d Anlage 2 Nr. 2 Buchstabe g) ERegG handelt, maßgeblich. Für Hilfseinrichtungen hat die Bundesnetzagentur keinen eigenen Schwellenwert entwickelt, sodass hinsichtlich dieser insbesondere zu ermitteln ist, ob aufgrund der Vergleichbarkeit mit anderen Arten von Serviceeinrichtungen ein für diese entwickelter Schwellenwert heranzuziehen ist. Die vorgenannten Gleise der Antragstellerin werden zur Durchleitung von Zügen zu einem Nebenanschluss, aber vor allem auch zur Abstellung genutzt und sind daher mit den vorbenannten Abstellgleisen vergleichbar.

Die Antragstellerin gibt an, dass die Umsätze aus der Nutzung der Gleise im Jahr 2021 ca. [REDACTED] Euro betragen. Dieser Wert liegt deutlich unter dem von der Beschlusskammer herangezogenen Schwellenwert.

Zusammengenommen sprechen damit der sehr niedrige Umsatz sowie die Art des potenziell betroffenen Verkehrs nicht für die Annahme, dass die von der Antragstellerin betriebenen

Gleise eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts haben.

II.2.1.1.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

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

Bei der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen handelt es sich wiederum um ein qualitatives Kriterium. Nach Auffassung der Beschlusskammer soll dieses Kriterium ermöglichen, eine Ausnahme auch dann zu versagen, wenn die mit der zu betrachtenden Serviceeinrichtung erzielten Umsätze als niedrig anzusehen sind. So ist es beispielsweise denkbar, dass für sehr spezielle Leistungen trotz einer geringen Nachfrage eine Befreiung ausscheidet, weil aufgrund der Spezialisierung eine besondere strategische Bedeutung vorliegt, die einer Befreiung entgegensteht. Daneben ist auch vorstellbar, dass bestimmte Serviceeinrichtungen im Hinblick auf eine angestrebte Verkehrsverlagerung von strategischer Bedeutung sind und Befreiungen daher grundsätzlich und unabhängig vom Umfang der Nachfrage ausscheiden. In die andere Richtung kann das Kriterium auch dazu führen, dass eine Serviceeinrichtung, die hohe Umsätze verzeichnet, aufgrund von Besonderheiten der angebotenen Leistungen gleichwohl nicht als strategisch bedeutend anzusehen ist.

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

II.2.1.1.1.4 Gesamtabwägung

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

vgl. – 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 Gleise der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Trotz eher hoher Auslastung spricht aus Sicht der Beschlusskammer der sehr geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs maßgeblich gegen eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes.

II.2.1.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 1. ersichtlichen Umfang von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen.

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

vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 10. Auflage 2022, § 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: 43. EL August 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.

II.2.1.2 WC-Ver- und Entsorgungseinrichtungen der Antragstellerin

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen auch hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen WC-Ver- und Entsorgungseinrichtungen vor (hierzu unter II.2.1.1.1). In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 1. ersichtlichen Umfang von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1.1.2).

II.2.1.2.1 Tatbestand

Die von der Antragstellerin betriebenen WC-Ver- und Entsorgungseinrichtungen sind als andere technische Einrichtungen i. S. d. Anlage 2 Nr. 2 lit. f) ERegG einzuordnen und als solche ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Wie Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 zeigt, sind für die Frage der fehlenden strategischen Bedeutung insbesondere die Auslastung der Einrichtung, die Art und der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie die Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung maßgeblich. Demnach können aber bereits übergeordnete, allgemeine Erwägungen gegen eine strategische Bedeutung einzelner Serviceeinrichtungen sprechen. So ist es auch hier.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass die WC-Ver- und Entsorgungseinrichtungen dann keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts aufweisen, wenn sie auf die Nutzung durch ein Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV ausgerichtet sind und abseits der größeren Knotenbahnhöfe liegen. Diese Voraussetzungen liegen hinsichtlich der Einrichtungen der Antragstellerin vor: Die Ver- und Entsorgungseinrichtungen liegen in Wilhelmshaven, Bremerhaven, Bremen-Farge, Verden, Twistringen, Vechta, Osnabrück, Bielefeld, Paderborn und Holzminden. Für die Beschlusskammer ist nicht ersichtlich, dass diese Einrichtungen eine wesentliche Bedeutung für andere Eisenbahnverkehrsunternehmen haben. Zudem liegen der Beschlusskammer keine Beschwerden zu diesen Ver- und Entsorgungseinrichtungen vor.

II.2.1.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen WC-Ver- und Entsorgungseinrichtungen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, 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.2.1.1.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.1.3 Wartungseinrichtungen

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen auch hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtung mit zwei Standorten in Osnabrück vor (hierzu unter II.2.1.3.1). In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 1. ersichtlichen Umfang von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1.3.2).

II.2.1.3.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erfüllt bei gebotener leistungsbezogener Betrachtung (dazu unter II.2.1.3.1.1) hinsichtlich der in den von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen erbrachten Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177.

II.2.1.3.1.1 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.

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 (Wartungseinrichtungsbericht)

abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/werkstattstudie>,

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.2.1.3.1.2 Wettbewerbsorientiertes Umfeld

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen 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 im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen 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

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 (dazu unter II.2.1.3.1.2.1) und die Wettbewerbsverhältnisse im Einzelnen zu bewerten (dazu unter II.2.1.3.1.2.2).

II.2.1.3.1.2.1 Marktabgrenzung

Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt über den Bedarf an Instandhaltungsleistungen für die in den jeweiligen Netzen eingesetzten Fahrzeuge. Dabei handelt es sich überwiegend um Dieseltriebwagen. Die Bundesnetzagentur hat diese Fahrzeuge im Wartungseinrichtungsbericht ohne weitere Unterscheidung im Markt 1 zusammengefasst.

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 gebildet. Mit dem um ca. 50 km erweiterten Umkreis trägt die Beschlusskammer den genannten sachlichen Zwängen bei der betriebsnahen Instandhaltung Rechnung.

Im Fall der Antragstellerin bestehen drei Teilnetze, von denen hier zwei Teilnetze relevant sind. Das Liniennetz Weser-Ems verläuft zwischen Osnabrück, Bremen, Oldenburg, Wilhelmshaven und Esens. Im Liniennetz Ostwestfalen werden Bielefeld, Paderborn und Höxter angebunden, mit Verbindung nach Osnabrück, Göttingen und Kreiensen.

Die Wartungseinrichtung in Osnabrück liegt an der Schnittstelle zwischen diesen beiden Teilnetzen der Antragstellerin. Der räumliche Markt für die Instandhaltungsleistungen von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen umfasst zusätzlich einen Umkreis von ca. 50 km um die o.g. Städte/Orte.

II.2.1.3.1.2.2 Wettbewerbsverhältnisse im Fall der Antragstellerin

Im räumlichen Markt bestehen jeweils weitere Wartungseinrichtungen konkurrierender Betreiber, die die Instandhaltungsleistungen in den Wartungseinrichtungen der Antragstellerin grundsätzlich substituieren können. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass wettbewerbliche Verhältnisse dann bestehen, wenn mindestens drei Wettbewerber vergleichbare Leistungen erbringen. Dabei kann jedoch keine generalisierende Betrachtung erfolgen, vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls in den Blick zu nehmen. Vorliegend werden überwiegend Dieseltriebwagen gewartet, bei denen es sich derzeit um die weitverbreitetste Fahrzeugart im Regionalverkehr auf nicht elektrifizierten Nebenstrecken handelt. Die Beschlusskammer geht daher davon aus, dass die erforderlichen Instandhaltungsleistungen weitgehend vergleichbar sind, sodass Wartungseinrichtungen, die diese Leistungen erbringen, leicht durch andere Wartungseinrichtungen substituierbar sind.

Im Hinblick auf die Wartungseinrichtungen der Antragstellerin in Osnabrück bestehen Wartungseinrichtungen anderer, nicht konzernverbundener Betreiber im Umkreis von ca. 50 km um die von der Antragstellerin betriebenen SPNV-Netze in Rheine und Minden (Westfalen-Bahn GmbH), in Bielefeld (eurobahn GmbH & Co. KG) und in Bremen (DB Regio AG).

II.2.1.3.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen für die von ihr betriebene Wartungseinrichtungen in Osnabrück von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, auszunehmen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen räumt Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein (siehe dazu II.2.1.1.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.1.4 Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen schließlich auch hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme in Osnabrück und Paderborn vor (hierzu unter II.2.1.4.1). In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 1. ersichtlichen Umfang von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1.4.2).

II.2.1.4.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erfüllt hinsichtlich der von ihr betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177.

II.2.1.4.1.1 Wettbewerbsorientiertes Umfeld

Die Antragstellerin betreibt die hier verfahrensgegenständlichen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme 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.

Für die Beurteilung, ob es sich um ein wettbewerbsorientiertes Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern handelt, die vergleichbare Leistungen erbringen, gelten insofern die gleichen Kriterien wie unter II.2.1.3.1.1.

Demnach ist auch bei den Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme der jeweilige Markt sachlich und räumlich abzugrenzen (dazu unter II.2.1.4.1.1.1) und die Wettbewerbsverhältnisse im Einzelnen zu bewerten (dazu unter II.2.1.4.1.1.2).

II.2.1.4.1.1.1 Marktabgrenzung

Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt über den Bedarf an Betankungen mit Brennstoffen für die in den jeweiligen Netzen eingesetzten Fahrzeuge. Dabei handelt es sich überwiegend um Dieseltriebwagen.

Die Betankung findet je nach Streckenlänge und Taktfrequenz der Fahrten in der Regel täglich statt. Daher sollten Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme direkt an dem SPNV-Netz liegen, in dem die Fahrzeuge zum Einsatz kommen, oder in dessen unmittelbarer Nähe. Dafür sind zwingende betriebliche, logistische und wirtschaftliche Zwänge entscheidend.

Nach Auffassung der Beschlusskammer wird der räumliche Markt, wie auch bei den Wartungseinrichtungen zur betriebsnahen Instandhaltung von SPNV-Fahrzeugen (vgl. unter II.2.1.3.1.2.1) durch einen Umkreis von ca. 50 km gebildet. Innerhalb dieses Umkreises kann noch sinnvollerweise eine alternative Betankung bei einem konkurrierenden Wettbewerber erfolgen.

II.2.1.4.1.1.2 Wettbewerbsverhältnisse im Fall der Antragstellerin

Im räumlichen Markt bestehen jeweils mehrere weitere Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme konkurrierender, nicht konzernverbundener Betreiber. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass wettbewerbliche Verhältnisse dann bestehen, wenn mindestens drei Wettbewerber vergleichbare Leistungen erbringen.

Alternativ zu der von der Antragstellerin betriebenen Einrichtung für die Brennstoffaufnahme in Osnabrück bestehen weitere vergleichbare Einrichtungen anderer Betreiber. Dies sind in einem Umkreis von 50 km um Osnabrück die Einrichtungen der DB Energie GmbH in Osnabrück und Bielefeld, der Eurobahn GmbH & Co. KG ebenfalls in Bielefeld und der Regionalverkehr Münsterland GmbH in Rheine.

Alternativ zum Standort in Paderborn können ebenfalls die vergleichbaren Einrichtungen der DB Energie GmbH und der Eurobahn GmbH & Co. KG in Bielefeld genutzt werden, zudem die Einrichtung der Westfälische Landes-Eisenbahn GmbH in Lippstadt.

II.2.1.4.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme in Osnabrück und Paderborn von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, auszunehmen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen räumt Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein (siehe dazu II.2.1.1.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.2 Befreiung der Antragstellerin als Betreiberin von Serviceeinrichtungen gemäß § 2b Abs. 2 ERegG (Tenor zu 2.)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen und im Tenor zu 1 benannten Serviceeinrichtungen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 unter 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.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Befreiung liegen vor (hierzu unter II.2.2.1). In der Folge ist die Antragstellerin antragsgemäß zu befreien (hierzu unter II.2.2.2).

II.2.2.1 Tatbestand

Hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Abstell- und Zuführungsgleise führt eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen, der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen vorzunehmende Gesamtabwägung dazu, dass die Einrichtungen der Antragstellerin als nicht strategisch bedeutsam für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes i. S. d. § 2b Abs. 2 Nr. 1 ERegG anzusehen sind. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter II.2.1.1 verwiesen.

Soweit die Antragstellerin Wartungseinrichtungen bzw. Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme betreibt, werden diese Leistungen in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern erbracht (§ 2b Abs. 2 Nr. 2 ERegG). Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter II.2.1.3 und II.2.1.4 verwiesen.

II.2.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen und im Tenor zu 1. benannten Serviceeinrichtungen 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, 10. Auflage 2022, § 40, Rn. 26;
Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: 43. EL August 2022, § 114, Rn. 24 f.

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

II.2.3 Befreiung der Antragstellerin als Eisenbahn gemäß § 2 Abs. 4 ERegG (Tenor zu 3.)

Die Antragstellerin wird in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des § 12 ERegG befreit. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der hier insgesamt einschlägigen Rechtsgrundlage des § 2 Abs. 4 ERegG sind vorliegend erfüllt (hierzu unter II.2.3.1). In der Folge ist die Antragstellerin antragsgemäß zu befreien (hierzu unter II.2.3.2).

II.2.3.1 Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 ERegG sind vorliegend erfüllt. Danach soll die Regulierungsbehörde Eisenbahnen ganz oder teilweise von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG befreien, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist.

Die Antragstellerin ist eine Eisenbahn im Sinne des § 2 Abs. 4 ERegG. Eisenbahnen sind nach § 1 Abs. 4 ERegG i. V. m. § 2 Abs. 1 AEG öffentliche Einrichtungen oder privatrechtlich organisierte Unternehmen, die Eisenbahnverkehrsdienste erbringen oder eine Eisenbahninfrastruktur betreiben. Die Antragstellerin erbringt Eisenbahnverkehrsdienste und betreibt auch Serviceeinrichtungen im Sinne der Anlage 2 Nr. 2 ERegG, mithin Eisenbahninfrastruktur.

Aufgrund der alternativen Formulierung in § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG reicht es für die Annahme, dass durch die Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist, aus,

wenn entweder für den Eisenbahninfrastrukturbereich oder den Eisenbahnverkehrsbereich eines der beiden normierten Regelbeispiele erfüllt ist. Dies ist für den Einbahnverkehrsbereich der Antragstellerin der Fall.

Die Beschlusskammer geht von einer geringen Bedeutung der Verkehrsleistung der Eisenbahn aus und sieht in der Folge eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs regelmäßig als nicht zu erwarten an, wenn die zu befreiende Eisenbahn eine Verkehrsleistung von weniger als 1 Mrd. Tonnen- oder Personenkilometer im Jahr erbringt. Dieser Schwellenwert hat sich bei einer Auswertung von Daten aus der jährlich stattfindenden Markterhebungen als diejenige Marke herauskristallisiert, an der sich der Bereich der eher kleinen, regional tätigen Unternehmen von demjenigen der bundesweit tätigen und damit für den Wettbewerb bedeutsameren Unternehmen scheidet.

Die Verkehrsleistung der Antragstellerin als Eisenbahnverkehrsunternehmens betrug 2021 insgesamt [REDACTED] Personenkilometern im SPNV. Sie unterschreitet damit deutlich denjenigen Wert, den die Beschlusskammer in ständiger Spruchpraxis für die Bestimmung einer relevanten Verkehrsleistung heranzieht.

II.2.3.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin zu befreien. § 2 Abs. 4 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, 10. Auflage 2022, § 40 Rn. 26; Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: 43. EL August 2022, § 114 Rn. 24 f.

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

II.3 Hinweis

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die ausgesprochenen Ausnahmen bzw. Befreiungen gemäß Art. 2 Abs. 4 DVO (EU) 2017/2177 bzw. § 2b Abs. 4 ERegG zu widerrufen hat, wenn die Kriterien für eine Ausnahme nicht länger erfüllt sind. Die Beschlusskammer bittet daher die Antragstellerin um einen Hinweis, sollten sich wesentliche Umstände, die zu der Befreiung oder Ausnahme geführt haben, verändern. Ebenso wird auf die Fortgeltung der §§ 72 und 73 ERegG hingewiesen.

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