



BK10-19-0084_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

der blue lean mobility GmbH, Eichweg 1, 86573 Obergriesbach,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 22.05.2019 auf Ausnahme von verschiedenen Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177) und auf Befreiung von verschiedenen Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG),

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 **11. Mai 2022**

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die in der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung erbrachten Leistungen 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.
2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die in der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung erbrachten Leistungen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist ein nichtbundeseigenes Eisenbahninfrastrukturunternehmen, welches in Düsseldorf-Reisholz (Nordrhein-Westfalen) eine Wartungseinrichtung für die Instandhaltung von Schienenfahrzeugen sowie Fristarbeiten an diesem Standort betreibt.

Mit Schreiben vom 21.05.2019 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, von der Anwendung von Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen und von bestimmten Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) befreit zu werden.

Am 18.06.2019 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahren eröffnet, dies am 19.06.2019 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß, sie

gemäß Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO von allen Pflichten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO, sowie gemäß

§ 2b Abs. 2 ERegG von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitel 3 unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG zu befreien bzw. auszunehmen.

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

II. Gründe

Dem Ausnahme- bzw. Befreiungsantrag wird stattgegeben.

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

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

II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

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

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

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

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

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

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht materiell rechtmäßig.

Die Antragstellerin ist antragsgemäß (dazu unter II.2.1) bei gebotener leistungsbezogener Betrachtung (dazu unter II.2.2) hinsichtlich der in der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung erbrachten Leistungen der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven (dazu unter II.2.3), und der schweren Instandhaltung von Reisezugwagen (dazu unter II.2.4) gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen und gemäß § 2b Abs. 2 ERegG zu befreien.

II.2.1 Antragsumfang

Der Antrag der Antragstellerin bezieht sich gesamthaft auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung. Die Antragstellerin begehrt daher eine Ausnahme bzw. Befreiung hinsichtlich sämtlicher von ihr angebotener, der Regulierung unterliegender Instandhaltungsleistungen.

Hinsichtlich der begehrten Befreiung von Pflichten des ERegG ist zu berücksichtigen, dass die Befreiungsvorschriften im ERegG dahingehend angepasst worden sind, dass der die Betreiber von Serviceeinrichtungen betreffende Befreiungstatbestand nunmehr in § 2b Abs. 2 ERegG geregelt. Für die hier zu treffende Entscheidung sind die aktuellen Vorschriften in der durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts geänderten und am 18.06.2021 in Kraft getretenen Fassung des ERegG heranzuziehen.

II.2.2 Prüfung erfolgt leistungsbezogen

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

Namentlich werden die von der Antragstellerin angebotenen Leistungen der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven (dazu unter II.2.3) und der schweren Instandhaltung von Reisezugwagen (dazu unter II.2.4) separat betrachtet.

Die Ausnahme und Befreiung eines Betreibers von Serviceeinrichtungen hinsichtlich einzelner in einer Serviceeinrichtung angebotenen Leistungen ist zulässig (dazu unter II.2.2.1) und die leistungsbezogene Prüfung im vorliegenden Fall, auch hinsichtlich der vorgenommenen Segmentierung, sachgerecht (dazu unter II.2.2.2).

II.2.2.1 Ausnahme hinsichtlich einzelner angebotener Leistungen ist zulässig

Nach den Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 sowie des ERegG ist auch eine Ausnahme hinsichtlich einzelner in einer Einrichtung erbrachter Leistungen zulässig.

Die Beschlusskammer verkennt dabei nicht, dass jedenfalls Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 und § 2b Abs. 2 Nr. 1 ERegG ihrem Wortlaut nach auf die Einrichtung bezogen zu sein scheinen (vgl. „Auslastung der Einrichtung“; „Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung“). Gegen die differenzierte Betrachtung einer Einrichtung spricht auch, dass die Gefahr der Intransparenz besteht, da unklar sein kann, welchen Anforderungen der Betreiber einer Serviceeinrichtung hinsichtlich welcher angebotenen Leistungen unterliegt.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 und § 2b Abs. 2 ERegG, insbesondere auch von Anstrich 1 bzw. Nr. 1, ist aber auf die jeweilige betriebene Serviceeinrichtung oder die erbrachten Leistungen abzustellen. Für die im Hinblick auf eine Ausnahme bestehende Möglichkeit einer separaten Betrachtung der in einer Serviceeinrichtung angebotenen Leistungen spricht zudem die Regelung in Art. 5 Abs. 4 DVO (EU) 2017/2177. Danach kann ein Unternehmen Leistungen in einer Serviceeinrichtung anbieten, ohne diese selbst zu betreiben. Dieses Unternehmen ist dann Betreiber einer Serviceeinrichtung i. S. v. Art. 3 Abs. 12 RL 2012/34/EU und kann als solcher gemäß Art. 2 Abs. 2 DVO 2017/2177 ausgenommen werden

II.2.2.2 Vorgenommene Separierung ist sachgerecht

Auch ist eine Betrachtung nach den unterschiedlichen Leistungen, die die Antragstellerin erbringt, sachgerecht. Das Marktgeschehen ist bei Wartungseinrichtungen anders als bei sonstigen Serviceeinrichtungen – wie beispielsweise Abstellanlagen – nicht standortbezogen, sondern leistungsbezogen. Eine leistungsbezogene Betrachtung trägt diesem Umstand Rechnung. 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 (dazu unter II.2.3.1.1).

Tatsächlich hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des nach den §§ 64 und 65 ERegG a. F. erstellten und im April 2020 veröffentlichten Berichts zu den Märkten für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen¹ (Wartungseinrichtungsbericht) verschiedene Märkte für Instandhaltungsleistungen definiert. Untersucht wurde namentlich die Frage, ob auf den entsprechenden

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

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

II.2.3 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin hinsichtlich der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven (Markt 3)

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

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven 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, ausgenommen.

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.

II.2.3.1.1 Tatbestand

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

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

vgl. – wenn auch nicht bindend – IRG Rail 18 (7), Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 30.

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

vgl. – wenn auch nicht bindend – IRG Rail 18 (7), Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 35 - 37.

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

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 6.

Bei dem Markt der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven wurde im Rahmen der Marktuntersuchung in der Gesamtschau ein wettbewerbliches Umfeld festgestellt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 94 f.

Dabei wurde nicht verkannt, dass in manchen Untersuchungsfeldern eher wettbewerbsbeschränkende Rahmenbedingungen anzunehmen sind. Insoweit war zu berücksichtigen, dass wesentliche Markteintrittshürden, insbesondere in den Bereichen Investitionskosten, Normung und Zertifizierungen, Personalgewinnung sowie der Standortfindung, vorliegen. Zudem besteht aufgrund hoher technischer Erfordernisse eine Spezialisierung von Wartungseinrichtungen. Auch ist die durchschnittliche Auslastung auf dem Markt vergleichsweise hoch. Die Nachfrager am Markt schätzten die vorhandene Kapazität als unzureichend ein.

Dennoch konnte ein vergleichsweise stabiler Wettbewerb angenommen werden. Dies beruht insbesondere auf dem Umstand, dass der Teilmarkt für schwere Instandhaltungsleistungen von Diesellokomotiven, die mittels einer Fremdvergabe (d. h. ohne die Eigenproduktion vertikal integrierter Unternehmen) beauftragt werden, vergleichsweise groß ist, was ein Anteil von über 50 Prozent und ein Volumen von 44 Mio. EUR im Jahr 2017 am Gesamtmarkt belegen, und auf dem Teilmarkt für Fremdvergabe kein Anbieter einen Marktanteil von mehr als 20 Prozent hat. Eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, welche im allgemeinen Wettbewerbsrecht ab einem Marktanteil von 40 Prozent vermutet wird (vgl. § 18 Abs. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), ist insoweit nicht zu erkennen. Es sind insgesamt 53 Anbieter auf diesem Markt tätig. Zudem treten vermehrt auch Fahrzeughersteller als Betreiber von Wartungseinrichtungen auf.

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

II.2.3.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven antragsgemäß von der Anwendung 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.

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

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

Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 räumt den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein. Liegen keine besonderen Umstände vor, ist die Ausnahme zu gewähren. Zwar enthält Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 in seiner deutschen Sprachfassung das Wort „kann“ und in seiner englischen Sprachfassung das Wort „may“, was in der Regel auf ein Ermessen hindeutet. Die Begriffe lassen aber nicht zwingend auf einen Ermessensspielraum schließen. Das Wort „kann“ lässt sich auch dahingehend verstehen, dass der Verwaltung eine bestimmte Kompetenz eingeräumt wird, die sie bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen wahrnehmen muss. Letztlich kommt es nicht nur auf den Wortlaut der Vorschrift als maßgebliches Auslegungskriterium an, sondern auf deren teleologische und systematische Auslegung,

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

Aus Erwägungsgrund Nr. 2 der DVO (EU) 2017/2177 ergibt sich, dass die verordnungsgebende Kommission Betreiber von Serviceeinrichtungen auf einem Markt mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, von einigen Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 entlasten wollte, um sie nicht über Gebühr zu belasten. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass Betreiber von Serviceeinrichtungen, die den Tatbestand von Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 erfüllen, im Regelfall im Sinne einer Soll-Vorschrift auszunehmen sind. Anhaltspunkte, von dieser Regel abzuweichen, sind vorliegend nicht erkennbar. Es ist mit Blick auf die von der Antragstellerin betriebenen Serviceeinrichtungen hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven kein Umstand ersichtlich, welcher einer Ausnahme von der Anwendung der vorbenannten Vorschriften der Durchführungsverordnung entgegensteht.

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

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitel 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.

II.2.3.2.1 Tatbestand

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

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

II.2.3.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven zu befreien.

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

vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 9. Auflage 2018, § 40, Rn. 26; *Riese*, in: *Schoch/Schneider*, *VwGO*, Stand: 41. EL Juli 2021, Rn. 24 f.

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

II.2.4 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin hinsichtlich der schweren Instandhaltung von Reisezugwagen (Markt 9)

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

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der schweren Instandhaltung von Reisezugwagen von der Anwendung 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.

II.2.4.1.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der schweren Instandhaltung von Reisezugwagen 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 Reisezugwagen betrifft neben der Reparatur von größeren Schäden sowie Modernisierungen insbesondere die Hauptuntersuchung nach § 32 Abs. 2 EBO.

Die Beschlusskammer zieht zur Beurteilung der Wettbewerbssituation auf einem Markt grundsätzlich die Ergebnisse des Wartungseinrichtungsberichts heran (dazu unter II.2.3.1.1). Die Bundesnetzagentur ist im Wartungseinrichtungsbericht zu dem Ergebnis gekommen, dass lediglich moderater Wettbewerb besteht,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 191 f.

Insbesondere aufgrund der Entwicklungen seit dem Wartungseinrichtungsbericht zu Grunde liegenden letzten Berichtsjahr 2017 ist jedoch davon auszugehen, dass es sich mittlerweile um einen Markt mit einem wettbewerblichen Umfeld handelt.

Dabei verkennt die Beschlusskammer nicht, dass nach wie vor Umstände bestehen, die eher gegen einen stabilen Wettbewerb sprechen. So ist das Marktvolumen der fremdvergebenen Leistungen auch im Vergleich zum Umfang der Eigenproduktion eher gering. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen der Deutsche Bahn AG verfügen über den Großteil der Fahrzeuge, die wiederum größtenteils innerhalb des DB-Konzerns instandgehalten werden. Die anderen Wagenhalter verfügen nur über eine geringe Anzahl an Wagen. Der Aufbau einer Wartungseinrichtung für eine geringe Anzahl an Kunden- oder eigenen Fahrzeugen ist ökonomisch schwierig. Diese Markteintrittshürden gepaart mit einer hohen Auslastung der Einrichtungen können wettbewerbliche Bremsen darstellen.

Daneben wurden im Rahmen des Wartungseinrichtungsberichts aber auch Aspekte festgestellt, die auf wettbewerbliche Strukturen schließen lassen. So besteht auf dem Markt der Fremdvergabe keine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, vielmehr liegen die Marktanteile der fünf größten Anbieter relativ nah beieinander. Vier Nachfrager, darunter zwei Wagenvermieter, gaben an, mit Wartungseinrichtungen im Ausland Vertragsbeziehungen zu unterhalten. Auch wurde der Wettbewerb von den Marktteilnehmern schon zum Berichtsjahr 2017 als neutral bewertet. Berichte von Marktteilnehmern über eine diskriminierende Praxis durch vertikal integrierte Unternehmen liegen der Bundesnetzagentur nicht vor.

Es zeigt sich zudem, dass sich die wettbewerbliche Situation in den letzten Jahren verbessert hat. So schrumpft die Nachfrage nach Wartungsleistungen, weil Reisezugwagen zunehmend durch Triebzüge des SPFV sowie durch Triebwagen im SPNV ersetzt werden. Dies hat einen positiven Effekt auf die Kapazitätsnutzung am Markt. Die Beschlusskammer geht daher davon aus, dass mittlerweile ein wettbewerbsorientiertes Umfeld mit einer Vielzahl von Anbietern angenommen werden kann.

II.2.4.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der schweren Instandhaltung von Reisezugwagen antragsgemäß von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, auszunehmen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen räumt Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein (dazu unter II.2.3.1.2). Gründe, die für die Annahme eines solchen Ausnahmefalls sprechen, sind vorliegend nicht ersichtlich.

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

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

II.2.4.2.1 Tatbestand

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

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

II.2.4.2.2 Rechtsfolge

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

II.3 Hinweis

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

Die Beschlusskammer bittet die Antragstellerin daher um Mitteilung, sollte sie in ihrer Wartungseinrichtung zukünftig (auch) andere Leistungen, als die unter Ziffer II.2.3 und II.2.4 genannten Leistungen anbieten.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Dr. Leupold

Dr. Arnade

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