



Beschlusskammer 10

öffentliche Fassung

BK10-19-0085_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

der Westfälische Lokomotiv-Fabrik Reuschling GmbH & Co. KG, Eickener Str. 45,
45525 Hattingen, vertreten durch die WLH Beteiligungs-GmbH, diese wiederum vertreten
durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 24.05.2019 auf Ausnahme von verschiedenen Vorschriften der Durchführungsverord-
nung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schie-
nenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177) und auf Befreiung von verschiede-
nen 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 **04. Juli 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 eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche eine Wartungseinrichtung für die betriebsnahe und schwere Instandhaltung von Schienenfahrzeugen am Standort Hattungen (Nordrhein-Westfalen) 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 04.06.2019 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 betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des Schienengüterverkehrs (dazu unter II.2.3), der schweren Instandhaltung von Diesellokomotiven (dazu unter II.2.4) und der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen (dazu unter II.2.5) gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen und gemäß § 2b Abs. 2 ERegG zu befreien.

II.2.1 Antragsumfang

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 ist. Für die hier zu treffende Entscheidung sind die aktuellen Vorschriften in der durch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsrechts geänderten und am 18.06.2021 in Kraft getretenen Fassung des ERegG heranzuziehen.

II.2.2 Prüfung erfolgt leistungsbezogen

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

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 angebotener 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 Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.11.2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums, zuletzt geändert durch den Delegierten Beschluss (EU) 2017/2075 der Kommission vom 04.09.2017, und kann als solcher gemäß Art. 2 Abs. 2 DVO 2017/2177 angenommen 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 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 betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des SGV (Markt 2)

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

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des Schienengüterverkehrs von der Anwendung 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.

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

Soweit ein Ausnahmegrund vorliegt, verzichtet die Beschlusskammer auf Ausführungen zu den jeweils anderen Ausnahmegründen.

II.2.3.1.1 Tatbestand

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

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

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

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

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

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

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 6.

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

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 78.

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

Dennoch kann ein stabiler Wettbewerb angenommen werden. Insgesamt sind 74 Anbieter (Stand 2019) auf dem Markt tätig. Die Antragstellerin hat einen vergleichsweise geringen Marktanteil. Insgesamt kann bei Fremdvergaben von einem gering konzentrierten Markt ausgegangen werden. Diskriminierungspotentiale durch vertikal integrierte Unternehmen erscheinen wenig denkbar. Entsprechende Meldungen von Marktteilnehmern liegen der Bundesnetzagentur nicht vor. Aufgrund der vergleichsweise weniger komplizierten Technik ist der Aufbau einer Wartungseinrichtung für eine geringe Anzahl an Kunden- oder eigenen Fahrzeugen technisch und ökonomisch leichter als in anderen Instandhaltungsmärkten. Über zwei Drittel der Nachfrager und auch der Anbieter schätzt den Wettbewerb positiv oder neutral ein,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 73-75.

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

II.2.3.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven 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 betriebsnahe 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 betriebsnahen 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 betriebsnahen 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 Diesellokomotiven (Markt 3)

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 Diesellokomotiven 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 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 sowie Umbauten und Modernisierungen insbesondere die Hauptuntersuchung nach § 32 Abs. 2 Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung.

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

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 94.

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

Dennoch geht die Beschlusskammer in einer Gesamtschau davon aus, dass ein stabiler Wettbewerb angenommen werden kann. Das Diskriminierungspotential durch vertikal integrierte Unternehmen erscheint gering. Entsprechende Meldungen von Marktteilnehmern liegen der Bundesnetzagentur nicht vor. Mit insgesamt 51 Anbietern (Stand 2019) gibt es eine Vielzahl von Betreibern von Wartungseinrichtungen auf dem Markt. Weniger als die Hälfte der Leistungen werden als Eigenleistungen erbracht. Bei der Fremdvergabe ist bei keinem Anbieter eine marktbeherrschende Stellung zu vermuten, da sich der Marktanteil jeweils unter 40 Prozent bewegt. Die Marktkonzentration kann als gering beschrieben werden. Wesentlich ist für die Beschlusskammer insoweit auch, dass sowohl mehr Anbieter als auch Nachfrager die wettbewerbliche Situation auf dem betrachteten Markt positiv als negativ sehen,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 88-91.

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.2.4.1.2 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 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 Diesellokomotiven 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 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.2.4.1.1 verwiesen

II.2.4.2.2 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, 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.2.5 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin hinsichtlich der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen (Markt 15)

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

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen 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.2.5.1.1 Tatbestand

Soweit die Antragstellerin Leistungen der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen erbringt, führt eine auf der Grundlage der Kriterien (der Auslastung der Einrichtungen (dazu unter II.2.5.1.1.1), Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs (dazu unter II.2.5.1.1.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (dazu unter II.2.5.1.1.3) vorzunehmende Gesamtabwägung (dazu unter II.2.5.1.1.4) dazu, dass die Einrichtung 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.2.5.1.1.1 Auslastung der Einrichtung

Als erstes Kriterium, das die 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 Wartungseinrichtungen 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 hat zwar keine genaue Angabe zur Auslastung ihrer Wartungseinrichtung bezogen auf die hier in Rede stehende Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen gemacht. Aufgrund der von ihr mitgeteilten Umsätze und deren Aufschlüsselung in die einzelnen Leistungen ist aber bei der hier gegenständlichen Leistung von einer geringen Auslastung und folglich nicht von einer strategischen Bedeutung auszugehen.

II.2.5.1.1.2 Art und Umfang des 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.

Hinsichtlich der Frage nach der Art des potentiell betroffenen Verkehrs ist zu prüfen, welche Verkehre die in Rede stehende Infrastruktur potenziell nutzen, und ob die Verkehre Besonderheiten aufweisen, die dazu führen, dass die zu betrachtenden Serviceeinrichtungen wahlweise als strategisch bedeutend oder unbedeutend anzusehen sind. Gleisbau- und Sonderfahrzeuge werden im Gegensatz zu dem Großteil anderer Fahrzeuge nicht für Transporte von Fahrgästen oder Güter verwendet, sondern sie sind erforderlich, um die Schienenwege instand zu halten, im Winter zu räumen, sie auszubauen oder in Ausnahmesituationen Unterstützung zu leisten. Ihr Einsatz stellt somit eine Art Vorleistung für jeden anderen Schienenverkehr dar; gleichzeitig sind sie in der Regel nicht durch andere Fahrzeugarten zu ersetzen. Die Art des potentiell betroffenen Verkehrs spricht daher für eine Annahme einer strategischen Bedeutung der Serviceeinrichtungen.

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. Der Bundesnetzagentur liegen die durchschnittlichen Umsatzwerte der jeweiligen im Wartungseinrichtungsbericht definierten Märkte vor. Der marktspezifische durchschnittliche Umsatz stellt 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, ermittelt lässt.

Der durchschnittliche Gesamtumsatz der Betreiber von Wartungseinrichtungen hinsichtlich der Leistung Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen lag im Jahr 2019 bei rund 2,4 Mio. EUR. Mit einem Umsatz in Höhe von _____ EUR unterschreitet die Antragstellerin den durchschnittlichen marktspezifischen Umsatzwert deutlich.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht daher gegen eine strategische Bedeutung.

II.2.5.1.1.3 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 Spezialisierung 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.

Aufgrund der Heterogenität von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen erfolgt deren Instandhaltung überwiegend in spezialisierten Wartungseinrichtungen. Teilweise erfolgt die Wartung dabei durch die Hersteller der Eisenbahnfahrzeuge oder den Fahrzeughalter. Gemeinsam haben die Fahrzeuge, dass bei ihrer Instandhaltung ähnliche technisch-mechanische und elektronische Kenntnisse erforderlich sind. Da auf dem betrachteten Markt mehrere Anbieter grundsätzlich vergleichbare Leistungen anbieten, ist die Heterogenität der angebotenen Leistungen nicht ausreichend, um eine besondere strategische Bedeutung der Leistungen der Antragstellerin zu erkennen.

II.2.5.1.1.4 Gesamtabwägung

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

Vgl. IRG-Rail, 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 Wartungseinrichtung der Antragstellerin, sofern darin Leistungen zur Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen erbracht werden, nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist. Die Auslastung und der geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich gegen eine strategische Bedeutung der Einrichtung der Antragstellerin für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes.

II.2.5.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin im Hinblick auf die Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen 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.

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 Ermessens-

spielraum 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.

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

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

II.2.5.2.1 Tatbestand

Die von der Antragstellerin erbrachten Leistungen der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen sind nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes i. S. d. § 2b Abs. 2 ERegG.

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

II.2.5.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen 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.2.6 Hinweis

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

Die Beschlusskammer bittet die Antragstellerin daher um Mitteilung, sollte sie in ihrer Wartungseinrichtung zukünftig (auch) andere Leistungen, als die unter Ziffer II.2.3, II.2.4 und II.2.5 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. Leupold war zum Zeitpunkt der Unterzeichnung abwesend. Er hat an der Entwurfsfassung mitgewirkt.