



Beschlusskammer 10

öffentliche Fassung

BK10-19-0086_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrags

der Hafенbetriebe Worms GmbH, Hafenstr. 4, 67547 Worms,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 28.05.2019 auf Ausnahme von der Anwendung verschiedener Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177) 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 **04. Juli 2022**

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen Abstellgleise sowie im Hinblick auf die von ihr betriebene Einrichtung zur Brennstoffaufnahme 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, ausgenommen.
2. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche Eisenbahnanlagen in den Häfen der Stadt Worms betreibt. Sie betreibt neben weiteren Gleisanlagen, über die die im Hafen ansässigen Unternehmen angeschlossen sind und die zum Rangieren, zur Zugbildung und zum Be- und Entladen von Eisenbahnfahrzeugen genutzt werden, acht Abstellgleise sowie eine Einrichtung für die Brennstoffaufnahme. Eine Wartungseinrichtung wird von der Antragstellerin nicht selbst betrieben, sondern vermietet.

Mit E-Mail vom 28.05.2019 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, sie hinsichtlich ihrer Serviceeinrichtungen von der Anwendung bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen.

Am 04.06.2019 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahmeverfahren 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 als Betreiberin von Serviceeinrichtungen

gemäß Art. 2 Abs. 1, UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von allen Pflichten der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 auszunehmen.

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

II. Gründe

Dem Antrag der Antragstellerin, als Betreiberin von Abstellgleisen und einer Einrichtung zur Brennstoffaufnahme von Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen zu werden, wird stattgegeben. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

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

Die Entscheidung ergeht formell (hierzu unter II.1) sowie 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) im Hinblick auf die im Tenor benannten 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, auszunehmen (dazu unter II.2.2).

II.2.1 Antragsauslegung

Das Schreiben der Antragstellerin vom 28.05.2019 wird von der Beschlusskammer dahingehend ausgelegt, dass diese eine Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 Uabs. 1 i.V.m Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 von denjenigen Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 beantragt, von denen eine Ausnahme grundsätzlich erteilt werden kann, mithin von den Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177.

II.2.2 Ausnahme der Antragstellerin 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 (Tenor zu 1.)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen Abstellgleise und die Einrichtung zur Brennstoffaufnahme 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 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 Durchführungsverordnung, mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5, ausgenommen zu werden.

Die Bundesnetzagentur kann einen Betreiber von Serviceeinrichtungen von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausnehmen, wenn die jeweilige Serviceeinrichtung oder Leistung entweder nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist, in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern steht oder bei der Anwendung der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigt sein könnte (Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177).

Diese drei Ausnahmetatbestände sind alternativ zu untersuchen, sodass nur einer von ihnen erfüllt sein muss, damit eine Ausnahme in Betracht kommt,

vgl. – wenn auch nicht bindend – IRG Rail (18) 7, Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 17.

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

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen vor (hierzu unter II.2.2.1). In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 derselben, auszunehmen (hierzu unter II.2.2.2)

II.2.2.1 Tatbestand

Die von der Antragstellerin betriebenen und im Tenor zu 1. benannten Serviceeinrichtungen und die darin erbrachten Leistungen sind ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Wie Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 zeigt, ist für die Frage der fehlenden strategischen Bedeutung insbesondere die Auslastung der Einrichtung, die Art und der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie die Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung maßgeblich. In ihrer Zusammenschau führen diese Kriterien hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise (hierzu unter II.2.2.1.1) und der von ihr betriebenen Einrichtung für die Brennstoffaufnahme (hierzu unter II.2.2.1.2) dazu, dass diese Serviceeinrichtungen jeweils als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

II.2.2.1.1 Abstellgleise

Die nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 maßgeblichen Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.2.2.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.2.2.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen

(hierzu unter II.2.2.2.3) führen in ihrer Gesamtschau (hierzu unter II.2.2.2.4) dazu, dass die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

II.2.2.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen

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

Nach Angaben der Antragstellerin liegt die Auslastung ihrer Abstellgleise – neben dem Abstellen von Fahrzeugen finden gelegentliche Rangiernutzungen statt – zwischen [REDACTED] Prozent. Die Auslastung liegt zwar nahe an dem heranzuziehenden Schwellenwert, spricht jedoch im Ergebnis gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung

II.2.2.1.1.2 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, so dass es bei dem oben beschriebenen Grundsatz bleibt.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. 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 ab einem eisenbahnbezogenen Umsatz in Höhe von 130.000 Euro davon aus, dass der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs für eine strategische Bedeutung der zu betrachtenden Abstellgleise spricht. Dieser Schwellenwert entspricht dem durch die jährlich stattfindende Markterhebung ermittelten Grenzwert, ab welchem die Beschlusskammer bei Abstell- und Rangiergleisen davon ausgeht, dass diese für die Abwicklung des Verkehrs bedeutsam sind.

Mit ihren Abstellgleisen erwirtschaftete die Antragstellerin in den letzten Jahren einen Umsatz in Höhe von weniger als [REDACTED] Euro pro Jahr. Zusammengenommen sprechen damit der niedrige Umsatz sowie die Art des potenziell betroffenen Verkehrs nicht für die Annahme, dass die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts haben.

II.2.2.1.1.3 Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen

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 sind.

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

II.2.2.1.1.4 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 (18) 7, Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 26.

In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Abstellgleise der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Der geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich gegen eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes.

II.2.2.1.2 Einrichtung für die Brennstoffaufnahme

Die hier in Rede stehende Einrichtung für die Brennstoffaufnahme der Antragstellerin ist unter Berücksichtigung der Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.2.1.2.1), der

Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.2.1.2.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter 0) in einer Gesamtschau (hierzu unter II.2.2.1.2.4) als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen.

II.2.2.1.2.1 Auslastung der Einrichtungen

Die Auslastung der von der Antragstellerin betriebenen Einrichtung für die Brennstoffaufnahme spricht gegen eine strategische Bedeutung.

Die unter II.2.2.1.1.1 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Auslastung der dort betrachteten Einrichtungen gelten auch für Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme. Auch bei dieser Art von Serviceeinrichtung geht die Beschlusskammer grundsätzlich ab einer Auslastung von 70 Prozent davon aus, dass diese für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spricht.

Nach Angaben der Antragstellerin findet nur [REDACTED] statt. Die sehr geringe Auslastung spricht klar gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung

II.2.2.1.2.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

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

Die unter 0 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs gelten auch für Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme.

Auch im Hinblick auf die von der Antragstellerin betriebene Einrichtung für die Brennstoffaufnahme weisen die potenziell betroffenen Verkehre keine Besonderheiten auf, so dass das Kriterium der Art der potenziell betroffenen Verkehre als neutral zu bewerten ist.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung der Einrichtung für die Brennstoffaufnahme für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Den potentiell betroffenen Verkehr ermittelt die die Beschlusskammer in der Regel anhand des Umfangs des bisher die Serviceeinrichtung nutzenden Verkehrs und insoweit anhand des vom Betreiber erzielten Umsatzes (dazu unter 0).

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass insoweit ein eisenbahnbezogener Umsatz in Höhe von mindestens 1.000.000 Euro jährlich für die strategische Bedeutung einer Einrichtung oder Leistung spricht. Dieser Schwellenwert entspricht dem durch die jährlich stattfindende Markterhebung ermittelten Grenzwert, ab welchem die Beschlusskammer bei Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme davon ausgeht, dass diese für die Abwicklung des Verkehrs bedeutsam sind.

Die Antragstellerin gibt an, dass die Umsätze für die Betankung von Fahrzeugen im Jahr 2020 [REDACTED] Euro betragen. Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht daher eindeutig gegen eine strategische Bedeutung.

II.2.2.1.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Das Kriterium der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen, hinsichtlich dessen die unter 0 dargelegten Grundsätze gelten, erweist sich mit Blick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung der von der Antragstellerin betriebenen Einrichtung für die Brennstoffaufnahme für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts wiederum als neutral. Besonder-

heiten, die es rechtfertigten, die Einrichtung für die Brennstoffaufnahme als strategisch bedeutend anzusehen, sind für die Beschlusskammer nicht ersichtlich. Ein besonderes Leistungsportfolio mit weitreichender Bedeutung ist nicht erkennbar.

II.2.2.1.2.4 Gesamtabwägung

Die vorstehend aufgeführten Kriterien sind nicht einzeln zu betrachten, vielmehr kommt es für die Ausnahmeentscheidung letztlich auf eine Gesamtschau aller Kriterien an (siehe hierzu 0). In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Einrichtung der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist.

II.2.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 1. ersichtlichen Umfang von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177, 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 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 verordnungsgewebende 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.2.3 Keine Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der Zuführungs-/ Rangier- und Industriestammgleise im Hafen

Der Antrag der Antragstellerin auf Ausnahme von den Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 wird im Hinblick auf die im Hafen gelegenen übrigen Gleisanlagen wird abgelehnt.

Ein Ausnahmegrund nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 liegt insoweit weder im Hinblick auf Anstrich 1 (hierzu unter II.2.3.1) noch im Hinblick auf die Anstriche 2 (hierzu unter II.2.3.2) und 3 (hierzu unter II.2.3.3) vor.

II.2.3.1 Strategische Bedeutung gem. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177

Die nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 maßgeblichen Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.3.1.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.3.1.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.3.1.3) führen in ihrer Gesamtschau (hierzu unter II.2.3.1.4) dazu, dass für die von der Antragstellerin betriebenen Hafengleise eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzunehmen ist.

II.2.3.1.1 Auslastung der Einrichtung

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

Die unter II.2.2.1.1.1 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Auslastung der dort betrachteten Einrichtungen gelten auch für die hier gegenständlichen Gleise der Antragstellerin. Auch bei dieser Art von Serviceeinrichtung geht die Beschlusskammer grundsätzlich ab einer Auslastung von 70 Prozent davon aus, dass diese für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spricht. Die Antragstellerin hat zwar keine genaue Angabe zur Auslastung der Gleise gemacht. Aufgrund des von ihr mitgeteilten Umsatzes (hierzu unter II.2.3.1.2) ist aber von einer eher hohen Auslastung und folglich von einer strategischen Bedeutung der Gleise auszugehen.

II.2.3.1.2 Art und Umfang des Umfang des betroffenen Verkehrs

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

Die unter 0 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs gelten auch für die hier gegenständlichen Gleise der Antragstellerin.

Auch im Hinblick auf die von der Antragstellerin betriebenen Gleise weisen die potenziell betroffenen Verkehre keine Besonderheiten auf, so dass das Kriterium der Art der potenziell betroffenen Verkehre als neutral zu bewerten ist.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht für die Annahme einer strategischen Bedeutung der Hafengleise der Antragstellerin für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Den potentiell betroffenen Verkehr ermittelt die die Beschlusskammer in der Regel anhand des Umfangs des bisher die Serviceeinrichtung nutzenden Verkehrs und insoweit anhand des vom Betreiber erzielten Umsatzes (dazu unter 0).

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass insoweit ein eisenbahnbezogener Umsatz in Höhe von mindestens 130.000 Euro jährlich für die strategische Bedeutung einer Einrichtung oder Leistung spricht. Dieser Schwellenwert entspricht dem durch die jährlich stattfindende Markterhebung ermittelten Grenzwert, ab welchem die Beschlusskammer bei Rangierbahnhöfen, Zugbildungseinrichtungen und 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 Hafengleisen der Antragstellerin auch um Zuführungsgleise und mithin um eine Hilfeinrichtung i. S. d Anlage 2 Nr. 2 Buchstabe g) ERegG handelt, maßgeblich. Für Hilfeinrichtungen hat die Bundesnetzagentur keinen Schwellenwert entwickelt, so dass hinsichtlich dieser insbesondere zu ermitteln ist, ob aufgrund der Vergleichbarkeit mit

anderen Arten von Serviceeinrichtungen ein für diese entwickelter Schwellenwert heranzuziehen ist. Die Hafengleise der Antragstellerin werden auch zum Rangieren, zur Zugbildung sowie zur Abstellung genutzt und sind daher mit den vorbenannten Gleisanlagen vergleichbar.

Die Antragstellerin hat mit ihrer Schieneninfrastruktur (exkl. Abstellgleise) im Jahr 2020 einen Umsatz von rund [REDACTED] Euro erzielt und damit einen den Schwellenwert deutlich übersteigenden Umsatz erzielt. Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs spricht daher für eine strategische Bedeutung.

II.2.3.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Das Kriterium der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen, hinsichtlich dessen die unter 0 dargelegten Grundsätze gelten, erweist sich mit Blick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung der von der Antragstellerin betriebenen Hafengleise für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts wiederum als neutral. Besonderheiten, die es rechtfertigten, die Gleise dem Grunde nach nicht als strategisch bedeutend anzusehen, sind für die Beschlusskammer nicht ersichtlich. Ein besonderes Leistungsportfolio der Gleise an sich, das trotz der Überschreitung des Umsatzschwellenwertes zu der Annahme führt, die Einrichtung sei nicht von strategischer Bedeutung, ist nicht erkennbar.

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.2.3.1.4 Gesamtabwägung

Die vorstehend aufgeführten Kriterien sind nicht einzeln zu betrachten, vielmehr kommt es für die Ausnahmeentscheidung letztlich auf eine Gesamtschau aller Kriterien an (siehe hierzu 0). In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Hafengleise der Antragstellerin von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist.

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

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

Die Antragstellerin betreibt ihre Gleisanlagen nicht in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die ähnliche Leistungen erbringen. Um festzustellen, ob eine Serviceeinrichtung oder Leistung in einem Umfeld betrieben wird, das ausreichend wettbewerbsfähig ist, um eine Ausnahme nach der Durchführungsverordnung zu rechtfertigen, berücksichtigt die Beschlusskammer die Substituierbarkeit der angebotenen Leistung, das relevante geographische Gebiet sowie den Grad des Wettbewerbs. Dies stimmt überein mit den entsprechend Art. 2 Abs. 5 DVO (EU) 2017/2177 erarbeiteten und veröffentlichten gemeinsamen Entscheidungsgrundsätzen der mitgliedstaatlichen Regulierungsstellen für die Anwendung der in Art. 2 Abs. 2 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. 28 f.

Grundsätzlich können Betreiber von Serviceeinrichtungen nur dann miteinander im Wettbewerb stehen, wenn die Einrichtungen so gelegen sind, dass die Zugangsberechtigten zwischen ihnen wechseln können. Bei in Häfen gelegenen Gleisanlagen steht für den Zugangsberechtigten in besonderem Maße nicht die Leistungserbringung als solche, sondern vielmehr

die Leistungserbringung an einem konkreten Standort im Vordergrund. Eine Alternative zur Nutzung der Gleise der Antragstellerin, mithin von Wettbewerbern, welche eine vergleichbare Leistung erbringen, scheidet schon logisch aus. Die im Hafen ansässigen Unternehmen und Betriebe können nur über die Gleise der Antragstellerin erreicht werden, bzw. nur diese zum Be- und Entladen oder zur Zugbildung und dem Rangieren nutzen.

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

Der Ausnahmegrund des Art. 2 Abs. 2 Anstrich 3 DVO (EU) 2017/2177 ist nicht gegeben.

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

Da eine Ausnahme nur bei negativen Auswirkungen gewährt werden kann, die nicht nur einen einzelnen Betreiber von Serviceeinrichtungen, sondern den Markt für Serviceeinrichtungen, auf dem der Betreiber von Serviceeinrichtungen tätig ist, betreffen, erscheint der Anwendungsbereich dieses Ausnahmegrundes gering. Mit Ausnahme des in Erwägungsgrund Nr. 2 der DVO (EU) 2017/2177 genannten Beispiels sind den Regulierungsstellen keine weiteren Beispiele für Situationen bekannt, in denen negative Auswirkungen erfolgreich geltend gemacht werden können. Jeder Antragsteller, der eine Ausnahme nach dieser Klausel beantragt, müsste daher genau angeben, welche Bestimmung(en) der Durchführungsverordnung eine solche negative Auswirkung auf den (die) relevanten Markt (Märkte) für Serviceeinrichtungen haben würde(n), damit die Regulierungsstellen von Fall zu Fall entscheiden können,

vgl. – 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. 40 f.

Vor diesem Hintergrund ist weder von der Antragstellerin vorgetragen noch nach sonstigen Erkenntnissen der Beschlusskammer zu besorgen, dass die Anwendung von Vorschriften der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigen könnte mit der Folge, dass die Antragstellerin von der Anwendung bestimmter Vorschriften auszunehmen wäre.

II.4 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 ihren Einrichtungen zukünftig (auch) andere Leistungen als die unter Ziffer II.2.2.1.1 genannten Leistungen anbieten und/oder sollten sich die Auslastung und die erzielten Umsätze hinsichtlich der unter Ziffer II.2.2.1.1 bis II.2.2.1.3 genannten Einrichtung für die Brennstoffaufnahme oder Abstellgleise wesentlich erhöhen.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Dr. Leupold

Dr. Arnade

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