



BK10-19-0087_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund der Anträge

der Albtal-Verkehrs-Gesellschaft mbH, Tullastraße 71, 76131 Karlsruhe,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 29.05.2019 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)

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 **09. Jan. 2023**

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen Personenbahnhöfe, die von ihr betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme und die von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen von der Anwendung der Art. 4 Abs. 2 lit. j), Art. 6 Abs. 3, Art. 7 Abs. 4 sowie Art. 12 und 15 der DVO 2017/2177 ausgenommen.
2. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt.....	5
II. Gründe	6
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit	6
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	6
II.2.1 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177	6
II.2.1.1 Personenbahnhöfe	7
II.2.1.1.1 Tatbestand.....	7
II.2.1.1.2 Rechtsfolge.....	8
II.2.1.2 Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme.....	9
II.2.1.2.1 Tatbestand.....	9
II.2.1.2.1.1 Auslastung der Einrichtungen.....	9
II.2.1.2.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs.....	9
II.2.1.2.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung	10
II.2.1.2.1.4 Gesamtabwägung	11
II.2.1.2.2 Rechtsfolge.....	11
II.2.1.3 Wartungseinrichtungen.....	11
II.2.1.3.1 Tatbestand.....	11
II.2.1.3.1.1 Prüfung erfolgt leistungsbezogen	11
II.2.1.3.1.2 Betriebsnahe Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen (Markt 1)	12
II.2.1.3.1.2.1 Auslastung der Einrichtungen	12
II.2.1.3.1.2.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs	12
II.2.1.3.1.2.3 Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen.....	13
II.2.1.3.1.2.4 Gesamtabwägung.....	14
II.2.1.3.1.3 Betriebsnahe Instandhaltung von Diesellokomotiven (Markt 2).....	14
II.2.1.3.1.4 Instandhaltung von Güterwagen (Markt 12).....	15
II.2.1.3.1.5 Ausnahme der Antragstellerin Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen	16
II.2.1.3.1.5.1 Auslastung der Einrichtung	16
II.2.1.3.1.5.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs	16
II.2.1.3.1.5.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung.....	18
II.2.1.3.1.5.4 Gesamtabwägung.....	18
II.2.1.3.2 Rechtsfolge.....	18
II.2.2 Keine Ausnahme, soweit die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise betroffen sind	18

II.2.2.1 Keine Strategische Bedeutung gem. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177.....	19
II.2.2.1.1 Tatbestand.....	19
II.2.2.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen.....	19
II.2.2.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs.....	19
II.2.2.1.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung	20
II.2.2.1.1.4 Gesamtschau	20
II.2.2.2 Kein wettbewerbsorientiertes Umfeld, Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177.....	20
II.2.2.3 Keine Beeinträchtigung des Funktionierens des Marktes, Art. 2 Abs. 2 Anstrich 3 DVO (EU) 2017/2177	21
II.3 Hinweis	22
Rechtsbehelfsbelehrung.....	22

I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, die ein regelspuriges Schienennetz im Raum Karlsruhe – Rastatt – Heilbronn – Pforzheim betreibt. Das Schienennetz erstreckt sich über eine Länge von mehr als 250 km. Die Antragstellerin betreibt 185 Personenbahnhöfe bzw. Haltepunkte („Personenbahnhöfe“), zwei Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme und zwei Wartungseinrichtungen sowie 110 Abstellgleise entlang ihrer Strecken.

Mit Schreiben vom 29.05.2019 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von bestimmten Pflichten der Durchführungsverordnung 2017/2177 (DVO 2017/2177) ausnimmt.

Am 04.06.2019 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahren eröffnet, dies am 19.06.2019 auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

sie von der Anwendung der Art. 4 Abs. 2 lit. j), Art. 6 Abs. 3, Art. 7 Abs. 4 sowie Art. 12 und 15 der DVO 2017/2177 auszunehmen.

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

II. Gründe

Den Anträgen der Antragstellerin, als Betreiberin von Serviceeinrichtungen von einzelnen Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen zu werden, wird im tenorierten Umfang 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) 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 zustehenden Ermessens hat die Beschlusskammer von der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung abgesehen. Dabei hat die Beschlusskammer auch berücksichtigt, dass die Antragstellerin – noch unter Geltung des § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG a. F. – auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet hat.

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

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht materiell rechtmäßig.

Die Antragstellerin ist im Hinblick auf die im Tenor zu 1. benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1). Im Übrigen ist der Antrag abzulehnen (hierzu unter II.2.2)

II.2.1 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die im Tenor zu 1. genannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung der genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.

Die Rechtsgrundlage für diese Entscheidung bildet Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 Anstrich 1 und Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177. Nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO (EU) 2017/2177 können Betreiber von Serviceeinrichtungen beantragen, von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von deren Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5, ausgenommen zu werden.

Die Bundesnetzagentur kann einen Betreiber von Serviceeinrichtungen von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausnehmen, wenn die jeweilige Serviceeinrichtung oder Leistung entweder nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist (Anstrich 1), dass die jeweilige Serviceeinrichtung oder Leistung in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern steht (Anstrich 2) oder bei der Anwendung der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigt sein könnte (Anstrich 3).

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

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

Die von der Antragstellerin betriebenen Personenbahnhöfe (hierzu unter II.2.1.1), die von ihr betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme (hierzu unter II.2.1.2) sowie die von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen (hierzu unter II.2.1.3) erweisen sich danach als ausnahmefähig.

II.2.1.1 Personenbahnhöfe

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Personenbahnhöfe vor (hierzu unter II.2.1.1.1). In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1.1.2).

II.2.1.1.1 Tatbestand

Die von der Antragstellerin betriebenen Personenbahnhöfe 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 dieser von der Antragstellerin betriebenen Serviceeinrichtungen dazu, dass diese jeweils als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

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

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass Stationen regelmäßig über einzelne Einrichtungen verfügen, die nach der genannten Abgrenzung der Serviceeinrichtung „Personenbahnhof“ zuzuordnen sind,

vgl. Beschluss vom 27.05.2020, Gz. BK10-20-0034_Z, S. 20 ff.

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

II.2.1.1.2 Rechtsfolge

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

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

vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 10. Auflage 2022, § 40, Rn. 10.

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

vgl. *Riese*, in: *Schoch/Schneider, VwGO*, Stand: 42. EL Februar 2022, § 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.2.1.2 Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen auch hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme vor (hierzu unter II.2.1.2.1). In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1.2.2).

II.2.1.2.1 Tatbestand

Die hier in Rede stehenden Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme der Antragstellerin sind unter Berücksichtigung der Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.1.2.1.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.1.2.1.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.1.2.1.3) in einer Gesamtschau (hierzu unter II.2.1.2.1.4) als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen.

II.2.1.2.1.1 Auslastung der Einrichtungen

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

Als erstes Kriterium für die Beurteilung, ob eine Serviceeinrichtung oder die darin erbrachten Leistungen ohne strategische Bedeutung sind, nennt Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 die Auslastung der Einrichtung.

Die Beschlusskammer versteht unter der Auslastung der Einrichtung die tatsächlich erbrachte Leistung in der Serviceeinrichtung im Verhältnis zur potenziell möglichen Maximalauslastung der Serviceeinrichtung. Eine besonders hohe Auslastung kann gegen eine Ausnahme sprechen, weil sie auf eine hohe Nachfrage der Zugangsberechtigten schließen lässt, die wiederum Rückschlüsse auf die strategische Bedeutung der zu betrachtenden Serviceeinrichtung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts zulässt. Bei Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme 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 Angabe der Antragstellerin werden ihre Einrichtungen zur Brennstoffaufnahme überwiegend von Bussen und anderen Kraftfahrzeugen genutzt. Die Dieselloks würden im Schnitt nur [REDACTED] betankt. Die sehr geringe Auslastung spricht klar gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung.

II.2.1.2.1.2 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. Im Hinblick auf die von der Antragstellerin betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme weisen die potenziell betroffenen Verkehre keine Besonderheiten auf.

Zur Bestimmung des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs zieht die Beschlusskammer den bisherigen Verkehr heran, der die Serviceeinrichtung nutzt, soweit insofern kein Auseinanderfallen zum zukünftigen Verkehr zu erwarten ist. Die Beschlusskammer stellt dabei auf den mit einer Einrichtung oder Leistung erzielten Umsatz ab, da eine rege Nutzung in der Regel mit entsprechenden Umsätzen einhergeht.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass insoweit ein Umsatz aus Bereitstellungsentgelten und Kraftstoffpreisen 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 aus Betankungsvorgängen im Jahr 2021 ca. [REDACTED] Euro betragen.

Zusammengenommen sprechen damit der niedrige Umsatz sowie die Art des potenziell betroffenen Verkehrs nicht für die Annahme, dass die von der Antragstellerin betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts haben.

II.2.1.2.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

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

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

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

II.2.1.2.1.4 Gesamtabwägung

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

vgl. – wenn auch nicht bindend – IRG-Rail (18) 7, Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 26.

In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die 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.2.1.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebenen Einrichtungen für die Brennstoffaufnahme von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen räumt Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein (siehe dazu II.2.1.2.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.1.3 Wartungseinrichtungen

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen schließlich auch hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen vor (hierzu unter II.2.1.3.1). In der Folge ist die Antragstellerin von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II.2.1.3.2).

II.2.1.3.1 Tatbestand

Die Antragstellerin erfüllt bei gebotener leistungsbezogener Betrachtung (dazu unter II.2.1.3.1.1) hinsichtlich der in den von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen erbrachten Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) zum Einsatz kommenden Fahrzeugen (dazu unter II.2.1.3.1.2), der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven (dazu unter II.2.1.3.1.3), der Instandhaltung von Güterwagen (dazu unter II.2.1.3.1.4) sowie der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen (dazu unter II.2.1.3.1.5) die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1, Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177.

II.2.1.3.1.1 Prüfung erfolgt leistungsbezogen

Die Beschlusskammer prüft die Möglichkeit der Ausnahme der Antragstellerin von den Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 nicht standortbezogen, sondern differenziert nach den von der Antragstellerin angebotenen Leistungen.

Grund hierfür ist, dass das Marktgeschehen bei Wartungseinrichtungen anders als bei sonstigen Serviceeinrichtungen – wie beispielsweise Umschlagterminals oder Abstellanlagen – nicht standortbezogen, sondern leistungsbezogen ist.

Tatsächlich hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des nach den §§ 64 und 65 ERegG a. F. erstellten und im April 2020 veröffentlichten Berichts zu den Märkten für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen (Wartungseinrichtungsbericht)

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

verschiedene Märkte für Instandhaltungsleistungen definiert. Untersucht wurde namentlich die Frage, ob auf den entsprechenden Märkten Verhältnisse bestehen, die einem unverfälschten Wettbewerb entsprechen. Aus Sicht der Beschlusskammer kann die darin vorgenommene Definition der Märkte auch im Zusammenhang mit der Entscheidung über etwaige Ausnahmen und Befreiungen für Wartungsleistungen verwendet werden. Die im Wartungseinrichtungsbericht vorgenommene sachliche Abgrenzung baut vor allem auf technischen Gegebenheiten wie den technischen Fahrzeugunterschieden, der unterschiedlichen Ausstattung und dem abweichenden „Know-how“ in Wartungseinrichtungen auf und berücksichtigt zudem die Struktur der Anbieter- und Nachfragerseite. Sie geht vom Bedarfsmarktkonzept aus, nach welchem zunächst danach geschaut wird, welche Anbieter aus Nachfragersicht jeweils in Frage kommen. Eine Differenzierung nach Verkehrsdiensten wurde dabei auch angewendet, soweit dies sinnvoll war. Dies betrifft etwa die betriebsnahe Instandhaltung im Schienenpersonennahverkehr, da hier ein wesentlich anderes Betriebs- und damit Wartungskonzept gegeben ist als bei anderen Verkehrsdiensten. Eine Unterscheidung nach Verkehrsdiensten bei anderen Märkten erscheint hingegen weniger sinnvoll.

II.2.1.3.1.2 Betriebsnahe Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen (Markt 1)

Soweit die Antragstellerin Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen erbringt, führt eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen (hierzu unter II.2.1.3.1.2.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.1.3.1.2.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.1.3.1.2.3) vorzunehmende Gesamtabwägung (hierzu unter II.2.1.3.1.2.4) 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 sind.

II.2.1.3.1.2.1 Auslastung der Einrichtungen

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 unter II.2.1.2.1.1 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Auslastung einer Serviceeinrichtung gelten entsprechend auch für die Wartungseinrichtungen. Auch 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.

Dies zugrunde gelegt, ist die tatsächliche Auslastung der hier in Rede stehenden Wartungseinrichtungen der Antragstellerin nicht hoch. Nach Angaben der Antragstellerin sind ihre Wartungseinrichtungen insgesamt zu durchschnittlich [REDACTED] ausgelastet.

II.2.1.3.1.2.2 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 II.2.1.2.1.2 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs gelten auch für Wartungseinrichtungen. Es ist damit in den Blick zu nehmen, welche Verkehre die in Rede stehende Infrastruktur potenziell nutzen. Dabei gilt nach Ansicht der Beschlusskammer, dass grundsätzlich jede Form von Verkehr von

strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts sein kann. Das bedeutet, dass das Kriterium grundsätzlich als neutral zu betrachten ist. Die potenziell betroffenen Verkehre können jedoch Besonderheiten aufweisen, die dazu führen, dass die zu betrachtenden Serviceeinrichtungen wahlweise als strategisch bedeutend oder unbedeutend anzusehen sind. Derartige Besonderheiten sind hier nicht ersichtlich.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen eine strategische Bedeutung. Zur Bestimmung des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs zieht die Beschlusskammer den bisherigen Verkehr heran, der die Wartungseinrichtung nutzt, soweit kein Auseinanderfallen zum zukünftigen Verkehr zu erwarten ist. Die Beschlusskammer stellt dabei auf den mit einer Einrichtung oder Leistung erzielten Umsatz ab, da eine rege Nutzung in der Regel mit entsprechenden Umsätzen einhergeht.

Bei Wartungseinrichtungen geht die Beschlusskammer davon aus, dass ein erzielter Gesamtumsatz, der über dem marktspezifischen durchschnittlichen Gesamtumsatz liegt, für die strategische Bedeutung einer Einrichtung oder Leistung spricht. Tatsächlich hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des Wartungseinrichtungsberichts die durchschnittlichen Umsatzwerte der jeweiligen im Wartungseinrichtungsbericht definierten Märkte ermittelt. Diese Durchschnittsumsätze erscheinen der Beschlusskammer zur Bestimmung der strategischen Bedeutung einer Einrichtung geeigneter als der – früher herangezogene – Schwellenwert von 4,2 Mio. Euro, der in etwa dem durchschnittlichen Gesamtumsatz sämtlicher Betreiber von Wartungseinrichtungen entspricht. Denn betrachtet man den durchschnittlichen Umsatz über sämtliche Märkte von Wartungseinrichtungen hinweg, würden unterschiedlich aufwendige und mithin unterschiedlich teure Instandhaltungsleistungen miteinander verglichen, sodass die Umsatzhöhe nicht in erster Linie auf dem Umfang der in Anspruch genommenen Leistungen beruhen muss. Der marktspezifische durchschnittliche Umsatz stellt demgegenüber einen Schwellenwert dar, anhand dessen sich die Inanspruchnahme einer Einrichtung und mithin die Relevanz einer Einrichtung für den jeweiligen Markt im Vergleich zu den sonstigen Einrichtungen, in welcher die jeweiligen Leistungen erbracht werden, besser ermitteln lässt.

Der von der Antragstellerin im Bereich der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen erzielte Umsatz liegt deutlich unter dem marktspezifischen Durchschnittswert. So betrug 2020 der marktspezifische durchschnittliche Gesamtumsatz 19,27 Mio. Euro. Die Antragstellerin erzielte im Jahr 2020 einen Umsatz in Höhe von ■ Mio. Euro für diese Leistung.

II.2.1.3.1.2.3 Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen

Die Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen ist als neutral zu bewerten.

Nach Auffassung der Beschlusskammer soll anhand dieses qualitativen Kriteriums ermittelt werden, ob trotz einer geringen Nachfrage eine Ausnahme ausscheidet, weil beispielsweise aufgrund von hoher Spezialität eine besondere strategische Bedeutung vorliegt oder ob umgekehrt eine Serviceeinrichtung, die hohe Umsätze verzeichnet, aufgrund von Besonderheiten der angebotenen Leistungen gleichwohl nicht als strategisch bedeutend anzusehen ist.

Die betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV betrifft insbesondere Maßnahmen, die zur Sicherstellung der täglichen Verfügbarkeit und des Komforts für Fahrgäste nötig sind. So sind beispielsweise technische Leistungen wie das Auffüllen von Betriebsstoffen, häufig wiederkehrende Inspektionen sowie kleinere Reparaturen zu nennen. Dabei handelt es sich nicht um eine Leistung, bei der von einer strategischen Bedeutung der Einrichtung auszugehen wäre.

Besonderheiten, die es rechtfertigten, die Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von SPNF-Fahrzeugen als strategisch bedeutend anzusehen, sind für die Beschlusskammer nicht ersichtlich. Ein besonderes Leistungsportfolio mit weitreichender Bedeutung ist nicht erkennbar.

II.2.1.3.1.2.4 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 II.2.1.2.1.4). In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Einrichtung der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist. Die geringe Auslastung der Einrichtung und der niedrige Umsatz sprechen klar gegen eine strategische Bedeutung.

II.2.1.3.1.3 Betriebsnahe Instandhaltung von Diesellokomotiven (Markt 2)

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. 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.

Für den Markt der betriebsnahen Instandhaltung von Diesellokomotiven des Schienengüterverkehrs (SGV) ist danach festzustellen, dass es sich bei Abwägung der für und wider sprechenden Anhaltspunkte in der Gesamtschau um einen Markt mit stabilem Wettbewerb handelt,

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 56 Anbieter (Stand 2021) 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.2.1.3.1.4 Instandhaltung von Güterwagen (Markt 12)

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der Instandhaltung von Güterwagen 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 Beschlusskammer zieht zur Beurteilung der Wettbewerbssituation auf einem Markt grundsätzlich die Ergebnisse des Wartungseinrichtungsberichts heran. Danach geht die Beschlusskammer davon aus, dass es sich um einen Markt mit stabilem Wettbewerb handelt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 218.

Aufgrund der hohen Anzahl von rund 60 Betreibern ist der Markt breit aufgestellt und bietet in größerem Umfang Alternativen der Werkstattnutzung im Inland wie auch im europäischen Ausland. Die Eigenproduktion der Nachfrager ist auf diesem Markt verhältnismäßig gering. Das Diskriminierungspotential durch vertikal integrierte Unternehmen erscheint aufgrund der Bandbreite an Anbietern stark begrenzt zu sein. Entsprechende Meldungen von Marktteilnehmern

liegen der Bundesnetzagentur nicht vor. Auch liegt bei der Fremdvergabe keine marktbeherrschende Stellung eines Anbieters vor. Die Mehrheit der Anbieter, aber auch der Nachfrager, sieht die wettbewerbliche Situation auf dem betrachteten Markt neutral oder positiv, wobei die Nachfrager noch Verbesserungspotential beim Preis- und Qualitätsniveau sowie bei den zur Verfügung stehenden Kapazitäten sehen. In den vergangenen Jahren wurden zudem mehrere Eintritte neuer Anbieter in den Markt beobachtet.

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

II.2.1.3.1.5 Ausnahme der Antragstellerin Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen

Soweit die Antragstellerin diese Leistungen erbringt, führt eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen (hierzu unter II.2.1.3.1.5.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.1.3.1.5.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.1.3.1.5.3) vorzunehmende Gesamtabwägung (hierzu unter II.2.1.3.1.5.4) 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 sind.

II.2.1.3.1.5.1 Auslastung der Einrichtung

Die Auslastung der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen ist hinsichtlich der darin erbrachten Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen als gering anzusehen.

Die unter II.2.1.2.1.1 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.

Nach Angaben der Antragstellerin sind ihre Wartungseinrichtungen insgesamt zu durchschnittlich [REDACTED] ausgelastet, weshalb nicht von einer strategischen Bedeutung auszugehen ist.

II.2.1.3.1.5.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen gegen eine strategische Bedeutung.

Die unter II.2.1.2.1.2 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs gelten auch für die hier gegenständlichen Leistungen der Antragstellerin.

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.

Gleisbau- und Sonderfahrzeuge werden im Gegensatz zu dem Großteil anderer Fahrzeuge nicht für Transporte von Fahrgästen oder Gütern verwendet, sondern sie sind erforderlich, um

die Schienenwege instand zu halten, im Winter zu räumen, sie auszubauen oder in Ausnahmesituationen Unterstützung zu leisten. Vor diesem Hintergrund weisen sie nach Auffassung der Beschlusskammer regelmäßig keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 der DVO (EU) 2017/2177 auf. Es liegt ein qualitativer Unterschied zwischen der Erbringung von Leistungen im Schienenverkehr, d. h. dem Transport von Personen oder Gütern, sowie der Erbringung von Instandhaltungsleistungen im Schienennetz vor. Bei letzterem handelt es sich gewissermaßen um einen Annex zum Betrieb des Schienennetzes, der für die Erbringung von Schienenverkehrsleistungen eine wesentliche Vorleistung darstellt.

Trotz dieser nicht zu unterschätzenden Bedeutung der Instandhaltungs- und Sonderfahrzeuge für die Betriebsfähigkeit des Schienennetzes stehen diese Leistungen nicht im Zentrum der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Eisenbahnbereich. Instandhaltungs- und Sonderfahrzeuge werden dabei nicht ausdrücklich in Bezug genommen. Die Definition eines entsprechenden Marktes beruhte vor allem darauf, dass die Bundesnetzagentur bei der Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse für Eisenbahnfahrzeuge neben den Märkten, die die Instandhaltung von den im Schienenverkehrsmarkt genutzten Fahrzeugen zum Gegenstand haben (Märkte 1 - 14), einen weiteren Markt für die Instandhaltung von atypische Fahrzeugen festgelegt hat,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 249 f.

Die dort genannten Fahrzeuge (Schotterbettungsmaschinen, Gleisstopfmaschinen, Weichenbaumaschinen, Gleismessfahrzeuge und Verlege-/Prüfmaschinen für Oberleitungen) verdeutlichen nochmals, dass mit ihnen zum Teil keine Beförderungsleistungen erbracht werden können.

Dass Instandhaltungs- und Sonderfahrzeuge keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts aufweisen, ergibt sich indirekt auch aus der DVO (EU) 2017/2177 sowie der Richtlinie 2012/34/EU. Die DVO (EU) 2017/2177 stellt im ersten Erwägungsgrund klar, dass die Bestimmungen über den Zugang zu den in Serviceeinrichtungen erbrachten Leistungen unter Berücksichtigung des Zwecks und des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2012/34/EU nur für die Leistungen gelten, die mit der Erbringung von Schienenverkehrsdiensten im Zusammenhang stehen. Damit ist nach Auffassung der Beschlusskammer nicht die Aussage verbunden, dass die Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen generell nicht vom Anwendungsbereich der europarechtlichen Vorgaben erfasst ist. Allerdings wird deutlich, dass der Schwerpunkt auf der Erbringung von Schienenverkehrsdiensten, also der Abwicklung von Transportaufträgen, liegt. Diese Zielrichtung kommt auch in den Erwägungsgründen der Richtlinie 2012/34/EU zum Ausdruck: Der zweite Erwägungsgrund stellt die Bedeutung eines Zusammenwachsens des Verkehrsmarkts für den Binnenmarkt der Union sowie der Eisenbahn für eine nachhaltige Mobilität heraus. Im achten Erwägungsgrund wird wiederum das Ziel angeführt, den Wettbewerb im Bereich der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen zu stimulieren. Daraus lässt sich ableiten, dass die Erbringung von Instandhaltungsleistungen am Schienennetz keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts hat. Insofern stellt die Wartung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen einen Spezialfall dar, der nicht mit der Instandhaltungen der übrigen Schienenfahrzeuge zu vergleichen ist, die regelmäßig kommerziell im Schienenverkehrsmarkt genutzt werden.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs ist regelmäßig anhand des Maßes der nachgefragten Leistungen zu bestimmen. Der Umfang der nachgefragten Leistungen bemisst sich dabei bei Wartungseinrichtungen nach den erzielten eisenbahnbezogenen Umsatzwerten.

Aus Sicht der Beschlusskammer ist dabei der mit der jeweiligen Leistung erzielte Gesamtumsatz maßgeblich (siehe hierzu II.2.1.3.1.2.2).

Der von der Antragstellerin im Bereich der Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen erzielte Umsatz liegt in einer Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung der Entwicklungen der letzten Jahre unter dem marktspezifischen Durchschnittswert für die Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen. In 2021 betrug der marktspezifische durchschnittliche Gesamtumsatz etwa 2,9 Mio. EUR. Die Antragstellerin gibt für das Jahr 2021 einen Umsatz von ca. [REDACTED] EUR an.

II.2.1.3.1.5.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Die Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung ist als neutral zu bewerten.

Nach Auffassung der Beschlusskammer soll anhand dieses qualitativen Kriteriums ermittelt werden, ob trotz einer geringen Nachfrage eine Ausnahme ausscheidet, weil beispielsweise aufgrund von hoher Spezialität eine besondere strategische Bedeutung vorliegt oder ob umgekehrt eine Serviceeinrichtung, die hohe Umsätze verzeichnet, aufgrund von Besonderheiten der angebotenen Leistungen gleichwohl nicht als strategisch bedeutend anzusehen ist.

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 einerseits ähnliche technisch-mechanische und andererseits ähnliche 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.2.1.3.1.5.4 Gesamtabwägung

Die vorstehend aufgeführten Kriterien sind nicht einzeln zu betrachten, vielmehr kommt es für die Ausnahmeentscheidung letztlich auf eine Gesamtschau aller Kriterien an (siehe hierzu II.2.1.2.1.4). In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Einrichtung der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist. Die geringe Auslastung der Einrichtung und der niedrige Umsatz sprechen klar gegen eine strategische Bedeutung.

II.2.1.3.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin im Hinblick auf die Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen, die Leistung der Instandhaltung von Güterwagen sowie der Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen von der Anwendung der im Tenor zu 1. genannten Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen räumt Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein (siehe dazu II.2.1.2.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.2.2 Keine Ausnahme, soweit die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise betroffen sind

Der Antrag der Antragstellerin auf Ausnahme von Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 wird im Hinblick auf ihre Abstellgleise abgelehnt.

Ein Ausnahmegrund nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 liegt insoweit weder im Hinblick auf Anstrich 1 (hierzu unter II.2.2.1) noch im Hinblick auf die Anstriche 2 (hierzu unter II.2.2.2) und 3 (hierzu unter II.2.2.3) vor.

II.2.2.1 Keine Strategische Bedeutung gem. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177

Eine Ausnahme der Antragstellerin im Hinblick auf ihre Abstellgleise scheidet aus, weil diese als strategisch bedeutsam für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 anzusehen sind.

II.2.2.1.1 Tatbestand

Die hier in Rede stehenden Abstellgleise der Antragstellerin sind unter Berücksichtigung der Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.2.1.1.1) der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.2.1.1.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.2.1.1.3) in einer Gesamtschau (hierzu unter II.2.2.1.1.4) als strategisch bedeutsam für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 anzusehen.

II.2.2.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen

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

Die unter II.2.1.2.1.1 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Auslastung der zu betrachtenden Einrichtung gelten auch für Abstellgleise. Auch bei dieser Art von Serviceeinrichtung geht die Beschlusskammer grundsätzlich ab einer Auslastung von ca. 70 Prozent davon aus, dass diese für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spricht. Nach den für die Beschlusskammer nachvollziehbaren Angaben der Antragstellerin waren ihre Abstellgleise in den vergangenen Jahren zu knapp ■■■■ ausgelastet. Die relativ geringe Auslastung spricht damit zunächst gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung.

II.2.2.1.1.2 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 für eine strategische Bedeutung.

Die unter II.2.1.2.1.2 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs gelten auch für Abstellgleise. Auch im Hinblick auf die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise 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 klar für die Annahme einer strategischen Bedeutung der Abstellgleise für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts.

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 Serviceeinrichtungen spricht. Dieser Schwellenwert entspricht dem durch die jährlich stattfindende Markterhebung ermittelten Grenzwert, ab welchem die Beschlusskammer bei Abstellgleisen davon ausgeht, dass diese für die Abwicklung des Verkehrs bedeutsam sind.

Die Antragstellerin erzielte im Jahr 2021 mit den Abstellgleisen einen Umsatz in Höhe von ca. [REDACTED] Euro. Dieser Wert liegt deutlich über dem von der Beschlusskammer herangezogenen Schwellenwert.

II.2.2.1.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Das Kriterium der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen, hinsichtlich dessen die unter II.2.1.2.1.3 dargelegten Grundsätze gelten, erweist sich mit Blick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung der von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts wiederum als neutral. Besonderheiten, die es rechtfertigten, die Abstellgleise nach der Art der angebotenen Leistung als strategisch bedeutend anzusehen, sind für die Beschlusskammer nicht ersichtlich. Ein besonderes Leistungsportfolio mit weitreichender Bedeutung ist nicht erkennbar.

II.2.2.1.1.4 Gesamtschau

Die vorstehend aufgeführten Kriterien sind nicht einzeln zu betrachten, vielmehr kommt es für die Ausnahmeentscheidung letztlich auf eine Gesamtschau aller Kriterien an (siehe hierzu II.2.1.3.1.2.4). In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer aufgrund des sehr hohen Umsatzes davon aus, dass die Abstellgleise der Antragstellerin von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin mit 110 Abstellgleisen eine relativ hohe Anzahl betreibt, die zudem an einem Streckennetz von einer mittleren Länge liegen.

II.2.2.2 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 Abstellgleise 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. Die Abstellgleise der Antragstellerin liegen an den von ihr betriebenen Schienenwegen im Raum Karlsruhe – Rastatt – Heilbronn – Pforzheim. Eine Alternative zur Nutzung der Abstellgleise der Antragstellerin, mithin von Wettbewerbern, welche eine vergleichbare Leistung erbringen, scheidet aus. Die Beschlusskammer geht für die vorliegenden Zwecke davon aus, dass die Alternativen sich in einem Radius von ca. 25 km um die jeweiligen Abstellgleise der Antragstellerin befinden müssen. Dies entspricht einer Entfernung, die für Eisenbahnverkehrsunternehmen unter Berücksichtigung der höheren Kosten für weiter entfernte Abstellgleise noch akzeptabel sind. Die Beschlusskammer geht von einem

wettbewerbsorientiertem Umfeld aus, wenn innerhalb des räumlichen Umkreises wenigstens drei weitere Betreiber bestehen, die vergleichbare Leistungen anbieten. Ohne die 110 Abstellgleise und deren Belegenheit im Einzelnen zu betrachten, liegt diese Voraussetzung im Fall der Antragstellerin nicht vor. Die Beschlusskammer hat dazu die ihr im Zuge der Marktüberwachung bekannten Betreiber von Abstellgleisen mit Sitz in Baden-Württemberg ausgewertet. Dabei zeigt sich, dass es im regionalen Umfeld der Antragstellerin vor allem die DB Netz AG als weitere Betreiberin von Abstellgleisen gibt. Letztere betreibt grundsätzlich bundesweit Abstellgleise. Im Fall der Antragstellerin wird eine Substituierbarkeit allerdings dadurch erschwert, dass es sich bei den von der Antragstellerin betriebenen Infrastrukturen zum Teil um von der DB Netz AG gepachtete Strecken handelt. Insofern kann die DB Netz AG zwar in den Knoten und den Endpunkten der von der AVG betriebenen Strecken eine Alternative darstellen, nicht aber entlang der Strecken. Zudem berichten Eisenbahnverkehrsunternehmen immer wieder, dass die Verfügbarkeit von Abstellgleisen bundesweit angespannt ist, sodass auch die Abstellgleise der DB Netz AG global betrachtet nur eingeschränkt eine Alternative darstellen. Jedenfalls fehlt es aber an weiteren Betreibern, die im regionalen Umfeld der Antragstellerin Abstellgleise in vergleichbarer Anzahl und Belegenheit vorhalten. Lokal und vor allem in den Knoten gibt es zwar weitere Betreiber neben der Antragstellerin und der DB Netz AG, das Mindestanfordernis von drei alternativen Betreibern wird jedoch flächendeckend nicht erreicht. Insofern bedarf es keiner weitergehenden Prüfung, ob beim Betrieb der Abstellgleise der Antragstellerin im Einzelfall ein wettbewerbsorientiertes Umfeld besteht.

II.2.2.3 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.3 Hinweis

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

Die Beschlusskammer bittet die Antragstellerin daher um Mitteilung, sollten sich die Auslastung und die erzielten Umsätze hinsichtlich der unter Ziffer II.2.1 genannten Serviceeinrichtungen wesentlich erhöhen und/oder sollte sie in ihren Wartungseinrichtungen zukünftig (auch) andere Leistungen als die unter Ziffer II.2.1.3 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