



BK10-19-0174_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund des Antrages

der Nordic Rail Service GmbH, Zum Hafenplatz 1, 23570 Lübeck-Travemünde,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 11.07.2019 und 27.01.2021 auf Ausnahme von verschiedenen Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177) und auf Befreiung von verschiedenen Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG),

hat die Beschlusskammer 10 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Dr. Ulrich Geers,

den Beisitzer Dr. Johannes Arnade und

den Beisitzer Jan Kirchhartz

am 22. April 2021

b e s c h l o s s e n :

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

I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche eine öffentliche Werkstatt (nachfolgend Wartungseinrichtung) sowie vier Abstellgleise in Lübeck (Schleswig-Holstein) betreibt.

Mit Beschluss BK10-17-0364_B vom 06.03.2018 wurde die Antragstellerin als Betreiberin dieser Serviceeinrichtungen bereits von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit. Hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtung wurde die Befreiung unter der auflösenden Bedingung erlassen, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen § 13 Abs. 4 Satz 1 ERegG, soweit dieser die Begründung der ablehnenden Entscheidung betrifft, auch auf Betreiber von Wartungseinrichtungen anzuwenden ist und/oder § 19 Abs. 4 ERegG nicht mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass ausschließlich Bestimmungen zur Betriebssicherheit nach § 21 ERegG aufzustellen sind, und/oder § 32 ERegG auf die Betreiber von Wartungseinrichtungen anzuwenden ist.

Mit Schreiben vom 11.07.2019, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 15.07.2019, wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von der Anwendung bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 befreit. Am 01.08.2019 hat die Bundesnetzagentur unter dem Geschäftszeichen BK10-19-0174_B ein entsprechendes Verfahren eingeleitet und am 06.08.2019 auf ihren Internetseiten veröffentlicht.

Mit E-Mail vom 27.01.2021 hat die Antragstellerin ihren Antrag ergänzt.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

- sie hinsichtlich der von ihr betriebenen vier Abstellgleise sowie hinsichtlich der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung 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, auszunehmen sowie
- sie hinsichtlich der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG zu befreien.

Die Antragstellerin erklärt, ihre Serviceeinrichtung sei eine der kleinsten Anlagen zur Instandsetzung von Güterwagen in Deutschland, verfüge über knapp 2.000 m Abstellgleise und sei jedenfalls ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes. Die von ihr angebotenen Leitungen würden zudem im Umkreis von weniger als 200 km von einer Vielzahl an Betreibern in deutlich höherem Umfang angeboten und durchgeführt

Die zuständige Fachabteilung der Bundesnetzagentur hat im April 2020 den von ihr gemäß den §§ 64 und 65 ERegG erstellten „Bericht zu den Märkten für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen“ veröffentlicht.

Auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 12.08.2019 verzichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

II. Gründe

Dem Ausnahme- und Befreiungsantrag wird stattgegeben.

Diese Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 und § 2 Abs. 5 ERegG.

II.1. Zuständigkeit, Verfahren

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

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Antragstellerin (§ 77 Abs. 6 Satz 2 ERegG); auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (§ 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG) hat sie verzichtet. Zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis in Fällen vergleichbarer oder zusammenhängender Sachverhalte und zur Sicherstellung, dass Regulierungsmaßnahmen aufeinander abgestimmt sind, ist die Entscheidung behördenintern abgestimmt worden (§ 77 Abs. 5 ERegG).

Von einer Beteiligung der Eisenbahnaufsichtsbehörde sowie der Kartellbehörde i. S. d. § 9 Abs. 3 BEVVG wurde abgesehen, da die Entscheidung keine Bedeutung für die Erfüllung ihrer Aufgaben hat. Zugleich musste der Eisenbahninfrastrukturbeirat nicht zu der Entscheidung angehört werden. Es handelt sich bei der Entscheidung nicht um eine „grundlegende Entscheidung der Regulierungsbehörde mit erheblichen Auswirkungen auf den Eisenbahnmarkt“ i. S. v. § 79 S. 4 ERegG.

II. 2 Antragsumfang, Statthaftigkeit

Das Schreiben der Antragstellerin vom 11.07.2019 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. Dies ergibt sich daraus, dass die Antragstellerin ausdrücklich eine Befreiung „entsprechend der Durchführungsverordnung 2017/2177 Artikel 2“ beantragt und in ihren Ausführungen auf Art. 2 Abs. 2 Anstriche 1 und 2 DVO (EU) 2017/2177 Bezug nimmt.

Mit ihrer E-Mail vom 27.01.2021 beantragt die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung eine Befreiung gemäß § 2 Abs. 5 ERegG, mithin eine Befreiung von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG. Der Statthaftigkeit des Antrages steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin mit Beschluss vom 06.03.2018 – Gz. BK10-17-0364_B – im Hinblick auf die von ihr betriebenen Abstellgleise und die von ihr betriebenen Wartungseinrichtung bereits von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit worden ist. Die durch den vorbenannten Beschluss erteilte Befreiung hinsichtlich der Wartungseinrichtung stand unter einer auflösenden Bedingung, welche mit Ablauf des 31.12.2020 eingetreten ist (vgl. § 81 Abs. 2 ERegG).

II. 3 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung und der von ihr betriebenen Abstellgleise gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 (Tenor zu 1.)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung (hierzu unter II. 3.1) und im Hinblick auf die von ihr betriebenen Abstellgleise (hierzu unter II. 3.2) 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.

II.3.1 Ausnahme hinsichtlich der Wartungseinrichtung gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung 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 Rechtsgrundlage für diese Entscheidung bildet Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177. 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, Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 17.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen vor (hierzu unter II. 3.1.1). 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 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II. 3.1.2). Soweit ein Ausnahmegrund vorliegt, verzichtet die Beschlusskammer auf Ausführungen zu den jeweils anderen Ausnahmegründen.

II.3.1.1 Tatbestand

In der Wartungseinrichtung der Antragstellerin werden nur Instandhaltungen von Güterwagen durchgeführt. Diese Instandhaltungsleistungen erbringt die Antragstellerin in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177.

Für die Beurteilung, ob es sich um ein wettbewerbsorientiertes Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, 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. IRG Rail, 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. IRG Rail, 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 Instandhaltung von Güterwagen wurde im Rahmen der Marktuntersuchung in der Gesamtschau ein stabiler Wettbewerb festgestellt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 218.

Aufgrund der hohen Anzahl von 50 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.3.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung 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, § 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 ihrer deutschen Sprachfassung das Wort „kann“ und in ihrer 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: 39. EL Juli 2020, § 114, Rn. 19.

Aus Erwägungsgrund Nr. 2 der DVO (EU) 2017/2177 ergibt sich, dass die verordnungsggebende 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 Instandhaltung von Güterwagen kein Umstand ersichtlich, welcher einer Ausnahme von der Anwendung der vorbenannten Vorschriften der Durchführungsverordnung entgegensteht.

II.3.2 Ausnahme der Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Abstellgleise gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen vier Abstellgleise von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme des Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 (EU) 2017/2177, ausgenommen.

Die Rechtsgrundlage für diese Entscheidung bildet wiederum Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 Anstrich 2 DVO (EU) 2017/2177.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen vor, weil die betroffene Infrastruktur keine strategische Bedeutung aufweist (hierzu unter II. 3.2.1). 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 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen (hierzu unter II. 3.2.2).

II.3.2.1 Strategische Bedeutung gem. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177

Die gemäß Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen (dazu unter II.3.2.1.1), der Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs (dazu unter II.3.2.1.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (dazu unter II.3.2.1.3) vorzunehmende Gesamtabwägung (dazu unter II.3.2.1.4) dazu, dass die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise als nicht als strategisch bedeutsam für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes anzusehen ist.

II.3.2.1.1 Auslastung der Einrichtung

Die Auslastung der Einrichtung spricht nicht für eine strategische Bedeutung.

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 hat.

Nach Angaben der Antragstellerin ergibt sich eine potenzielle Auslastungsquote der von ihr betriebenen Abstellgleise von 50 Prozent, was keine hohe Auslastung darstellt.

II.3.2.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

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

Anders als im nationalen Recht gemäß § 2 Abs. 5 Satz 2 ERegG, nach dem eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs insbesondere nicht zu erwarten ist, wenn die Serviceeinrichtung nach dem Umfang der angebotenen und nachgefragten Leistungen von geringer Bedeutung ist, verlangt die Durchführungsverordnung 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. Die Abstellgleise werden grundsätzlich für die Nutzer der Wartungseinrichtung bereitgehalten. Dieser Verkehr stellt keine Besonderheit in der Art dar, dass diese für oder gegen eine besondere strategische Bedeutung der Abstellgleise der Antragstellerin spricht. Im Ergebnis ist daher die Art des potenziell betroffenen Verkehrs als neutral zu bewerten.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Zur Bestimmung des Umfangs des potentiell 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,

vgl. Bundesnetzagentur, Leitlinien zur Befreiung für Betreiber von Serviceeinrichtungen, S. 7.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass insoweit ein eisenbahnbezogener Umsatz in Höhe von 160.000 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. Die Bundesnetzagentur hält diesen Orientierungswert für sachgerecht. Zwar ist der Wert gemessen an den Umsatzzahlen der gewerblichen Wirtschaft eher

gering. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um Infrastrukturentgelte für öffentlich zugängliche Verkehrsanlagen handelt. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen als Nutzer stehen dabei im Güterverkehr in der Regel im intermodalen Wettbewerb zum Straßenverkehr. Dort werden für öffentliche Abstellanlagen oder Ladeflächen in der Regel keine oder nur geringe Entgelte erhoben. Vor diesem Hintergrund weisen Umsätze für Gleisnutzungen in der Höhe von höchstens 160.000 Euro eine Größenordnung auf, die die Annahme einer geringen Bedeutung nahelegen. Mit den von ihr betriebenen Abstellgleisen erwirtschaftete die Antragstellerin im Jahr 2018 einen Umsatz in Höhe von [REDACTED] Euro aus der Abstellung von Eisenbahnfahrzeugen. Die von der Antragstellerin erzielten Umsätze liegen damit deutlich unter dem zuvor beschriebenen maßgeblichen Schwellenwert.

II.3.2.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

Mit Blick auf die strategische Bedeutung neutral zu bewerten ist vorliegend die Art der angebotenen Leistung.

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.

Bei der Art der in den Einrichtungen 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 Leistung erzielten Umsätze als niedrig anzusehen sind. So ist es beispielsweise denkbar, dass für sehr spezielle Leistungen trotz einer geringen Nachfrage eine Ausnahme ausscheidet, weil aufgrund der Spezialisierung eine besondere strategische Bedeutung vorliegt, die einer Ausnahme entgegensteht. Daneben ist auch vorstellbar, dass bestimmte Serviceeinrichtungen im Hinblick auf eine angestrebte Verkehrsverlagerung von strategischer Bedeutung sind und Ausnahmen 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.

Typischerweise werden auf Abstellanlagen das Abstellen von Eisenbahnfahrzeugen angeboten. Eine besondere strategische Bedeutung der Leistungen der Antragstellerin ist nicht zu erkennen.

II.3.2.1.4 Gesamtabwägung

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

vgl. 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. Die eher geringe Auslastung der Einrichtung 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.3.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Abstellgleise antragsgemäß von der Anwendung aller 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, 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.3.1.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

II.4 Befreiung der Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung gemäß § 2 Abs. 5 ERegG

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitel 3 unter Ausnahme des § 43 ERegG mit der Maßgabe befreit, dass ausschließlich Bestimmungen zur Betriebssicherheit nach § 21 ERegG aufzustellen sind.

Die Bundesnetzagentur soll Betreiber einer Serviceeinrichtung nach Anlage 2 Nr. 2 ERegG ganz oder teilweise von Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitel 3 unter Ausnahme des § 43 ERegG mit der Maßgabe befreien, dass ausschließlich Bestimmungen zur Betriebssicherheit nach § 21 ERegG aufzustellen sind, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist (§ 2 Abs. 5 Satz 1 ERegG).

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen vor, weil eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Befreiung der Antragstellerin nicht zu erwarten ist (hierzu unter II. 4.1). In der Folge war die Befreiung auszusprechen (hierzu unter II. 4.2).

II. 4.1 Tatbestand

Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die vorbenannte Befreiung der Antragstellerin ist nicht zu erwarten.

Auf dem Markt der Instandhaltung von Güterwagen herrscht nach den Erkenntnissen der Bundesnetzagentur stabiler Wettbewerb (dazu unter II.3.1.1). Es ist nicht zu erwarten, dass der Wettbewerb im Falle der Befreiung der Antragstellerin beeinträchtigt würde. Denn der stabile

Wettbewerb hat sich gerade in dem Zeitraum entwickelt, in dem die Betreiber von Wartungseinrichtungen – und so auch die Antragstellerin – nur vereinzelt Regulierungsvorschriften unterlagen. Bis zum 31.12.2020 waren Betreiber von Wartungseinrichtungen gemäß § 63 Abs. 1 ERegG von der Verpflichtung, Nutzungsbedingungen aufzustellen, mit Ausnahme der Bestimmungen zur Betriebssicherheit, befreit (vgl. § 81 Abs. 2 ERegG). Auch hatten sie gemäß § 63 Abs. 2 ERegG die Zugangsberechtigten nicht vorab über eine beabsichtigte Ablehnung eines Antrags auf Nutzung und deren Begründung zu informieren und unterlagen nicht dem Entgeltmaßstab nach § 32 ERegG. Zwar sind zwischenzeitlich die Freistellungen aufgrund der unmittelbar geltenden und dem nationalen Recht vorrangigen Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 überholt worden. Dies gilt insbesondere für die gesetzliche Befreiung von der Verpflichtung, Nutzungsbedingungen aufstellen zu müssen, da der Betreiber einer Serviceeinrichtung gemäß Art. 4 und 5 DVO (EU) 2017/2177 verpflichtet ist, Informationen wie beispielsweise eine Infrastrukturbeschreibung sowie Informationen über Entgelte zu veröffentlichen. Die DVO (EU) 2017/2177 gilt jedoch erst seit dem 01.07.2019, war also im Betrachtungszeitraum des Wartungseinrichtungsberichtes noch nicht anwendbar. Das wettbewerbliche Umfeld hat sich also in einem Zeitraum entwickelt, in dem Betreiber von Wartungseinrichtungen weder Nutzungsbedingungen aufstellen mussten noch hinsichtlich der von ihnen erhobenen Entgelte an einen Entgeltmaßstab gebunden waren. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass die vorbenannte Befreiung der Antragstellerin den Wettbewerb beeinträchtigen könnte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin weiterhin gemäß §§ 10 Abs. 3, 11 Abs. 2 und § 14 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 ERegG jedem Zugangsberechtigten Zugang zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu gewähren hat und darüber hinaus die regulatorischen Vorgaben gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177 weiterhin Anwendung auf die Antragstellerin finden.

II.4.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich im Hinblick auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung zu befreien. § 2 Abs. 5 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: 39. EL Juli 2020, Rn. 24 f.

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

II.5 Hinweis

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die gewährte Ausnahme 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, sollte sie in ihrer Wartungseinrichtung zukünftig (auch) andere Leistungen, als die Instandhaltungen von Güterwagen anbieten und/oder sollten sich hinsichtlich der Abstellgleise die Auslastung und die erzielten Umsätze wesentlich erhöhen.

Gebührenhinweis

Gemäß § 69 ERegG erhebt die Regulierungsbehörde für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen Gebühren und Auslagen. Die Geltendmachung der Gebühren erfolgt gemäß § 77 Abs. 1 Satz 2 ERegG in einem gesonderten Bescheid. Ob und inwieweit im Zusammenhang mit dem vorliegenden Beschluss Gebühren erhoben werden, wird auf Basis einer Besonderen Gebührenverordnung entschieden werden, die das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in absehbarer Zeit auf Grundlage des § 22 Abs. 4 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 2 des Bundesgebührengesetzes erlassen wird.

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. Arnade

Kirchhartz