



BK10-17-0106_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

der S-Bahn Hamburg GmbH, Hammerbrookstraße 44, 20097 Hamburg,
vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 08.05.2017 wegen Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG Eisenbahnregulierungsgesetz
(ERegG),

Hinzugezogene:

Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die Behörde für Wirtschaft, Verkehr
und Innovation, Abteilung Mobilität – Öffentlicher Verkehr – VM122, Alter Steinweg 4,
20459 Hamburg

– Verfahrensbevollmächtigte:

der Antragstellerin:



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 **27. April 2022**

beschlossen:

1. Der Antrag der Antragstellerin, in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des § 7 Abs. 1 und 2 ERegG befreit zu werden, wird als unzulässig verworfen.
2. Der Antrag der Antragstellerin, in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG befreit zu werden, wird abgelehnt.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt.....	4
II. Gründe	5
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit	5
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	5
II.2.1 Antragsumfang.....	5
II.2.2 Teilweise Unzulässigkeit des Antrags	6
II.2.2.1 Antragstellerin ist eine Eisenbahn	6
II.2.2.2 Antragstellerin betreibt keine Eisenbahnanlagen.....	7
II.2.3 Ablehnung des Antrags im Übrigen	7
II.2.3.1 Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ERegG auf die Antragstellerin	7
II.2.3.2 Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten.....	10
II.2.3.2.1 Verkehrsleistung der Antragstellerin.....	10
II.2.3.2.2 In den Wartungseinrichtungen angebotene Leistungen.....	10
II.2.3.2.2.1 Leistungsbezogene Betrachtung	11
II.2.3.2.2.2 Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG	11
II.2.3.2.2.2.1 Auslastung der Einrichtung	12
II.2.3.2.2.2.2 Art und Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs	12
II.2.3.2.2.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen.....	13
II.2.3.2.2.2.4 Gesamtabwägung.....	14
II.2.3.2.2.3 Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ERegG	14
II.2.3.2.2.4 Keine weitere Befassung mit weiteren Wartungsleistungen und den Außenreinigungsanlagen erforderlich	15
Rechtsbehelfsbelehrung.....	16

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der DB Regio AG, diese wiederum ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG. Die Antragstellerin betreibt im Großraum Hamburg drei Wartungseinrichtungen und zwei Außenreinigungsanlagen. Die Antragstellerin erbringt zudem Schienenpersonenverkehrsdienste auf dem zum Netz der DB Netz AG gehörenden und von dieser betriebenen S-Bahn-Netz Hamburg sowie auf der ebenfalls von der DB Netz AG betriebenen Strecke von Hamburg nach Stade. Der zugrundeliegende Verkehrsvertrag hat eine Laufzeit bis zum 11. Dezember 2033. Das Hamburger S-Bahn-Netz wird abweichend vom übrigen Schienennetz über seitliche Stromschienen mit Gleichstrom mit einer Spannung von 1.200 Volt betrieben. Bei den dort verkehrenden Fahrzeugen handelt es sich um Spezialkonstruktionen, die regelmäßig ausschließlich in der Region Hamburg verkehren.

Mit Schreiben vom 08.05.2017, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 16.05.2017, wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von der Anwendung bestimmter Vorschriften des ERegG befreit.

Am 16.05.2017 hat die Bundesnetzagentur das Befreiungsverfahren eingeleitet, dies auf ihren Internetseiten veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zum Verfahren hingewiesen. Der Aufgabenträger der Freien und Hansestadt Hamburg ist auf Antrag zu dem Verfahren hinzugezogen worden.

Die Antragstellerin beantragt (sinngemäß),

sie gemäß § 2 Abs. 4 ERegG von der Anwendung des § 7 Abs. 1 und 2 ERegG sowie für den Fall, dass die Beschlusskammer der Auffassung der Antragstellerin zur fehlenden Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ERegG auf Wartungseinrichtungen nicht folgen sollte, von der Anwendung des § 12 Abs. 2 ERegG zu befreien.

Sie begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass es keinen erkennbaren Unterschied zwischen der alten Rechtslage vor Inkrafttreten des ERegG im Jahr 2016 und der neuen Rechtslage seit dessen Inkrafttreten gebe. Die Maßstäbe, die für ihre erfolgreiche Befreiung durch das Eisenbahn-Bundesamt aus dem Jahr 2015 gegolten hätten, müssten daher fortgelten. Die danach einzuhaltenden Voraussetzungen seien im Fall der Antragstellerin erfüllt. Ergänzend hierzu sei nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Eisenbahnregulierungsgesetzes vom 09.06.2021 (BGBl. I 1737) davon auszugehen, dass § 12 Abs. 2 ERegG bereits unabhängig vom Ausspruch einer Befreiung auf Wartungseinrichtungsbetreiber keine Anwendung finde. Dies ergebe sich aus der Systematik und der Historie sowie Sinn und Zweck des Gesetzes.

Mit Schreiben vom 09.06.2017 und 08.03.2019 sowie mit E-Mail vom 09.03.2022 hat die Bundesnetzagentur weitere Informationen bei der Antragstellerin abgefragt. Die Antwort hierauf ist mit Fax vom 23.06.2017 sowie E-Mails vom 22.03.2019 und 30.03.2022 erfolgt.

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

II. Gründe

Soweit der Antrag auf eine Befreiung von der Anwendung der § 7 Abs. 1 und 2 ERegG gerichtet ist, wird er als unzulässig verworfen. Im Übrigen wird der Antrag als unbegründet abgelehnt.

Die Entscheidung beruht auf § 2 Abs. 4 ERegG.

Die Entscheidung ergeht sowohl formell (hierzu unter II.1) als auch materiell rechtmäßig (hierzu unter II.2).

II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

Zuständig für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) i. V. m. § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG eine Beschlusskammer der Bundesnetzagentur. Nach dem Organisationsplan der Bundesnetzagentur ist für derartige Entscheidungen die Beschlusskammer 10, Eisenbahnen, zuständig.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 08.06.2017 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 23.06.2017 festgelegt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten. Bei der Beschlusskammer ist ein Hinzuziehungsantrag eingegangen und positiv beschieden worden.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Sätze 1 und 2 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 Beteiligten – noch unter Geltung des § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG a. F. – auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet haben.

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 auch materiell rechtmäßig. Der Antrag der Antragstellerin (hierzu unter II.2.1) ist als unzulässig zu verwerfen, soweit er auf eine Befreiung von der Anwendung des § 7 Abs. 1 und Abs. 2 ERegG gerichtet ist, weil diese Vorschriften auf die Antragstellerin ohnehin nicht anwendbar sind (hierzu unter II.2.2). Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt, weil die Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG im Falle der Antragstellerin nicht vorliegen (hierzu unter II.2.3).

II.2.1 Antragsumfang

Die Beschlusskammer hat den Antrag der Antragstellerin dahingehend ausgelegt, dass er sich nur noch auf eine auf § 2 Abs. 4 ERegG gestützte Befreiung von der Anwendung der § 7 Abs. 1 und 2 ERegG sowie des § 12 Abs. 2 ERegG bezieht. § 7 Abs. 6 ERegG a. F., den die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 08.05.2017 ebenfalls erwähnt hat, ist mittlerweile weggefallen. Ein Antrag kann zum Entscheidungszeitpunkt daher nicht mehr sinnvollerweise auf diese Vorschrift gestützt werden.

Die Beschlusskammer hat zudem den Antrag der Antragstellerin auf wörtlich „hilfsweise“ Befreiung von den Vorgaben des § 12 Abs. 2 ERegG für den Fall, dass die Beschlusskammer der Rechtsauffassung der Antragstellerin zur vermeintlichen Unanwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ERegG auf Wartungseinrichtungsbetreiber nicht zustimmen sollte, so ausgelegt, dass dieser Antrag nicht im prozessualen Sinne hilfsweise, also im Falle des Scheiterns mit einem Hauptantrag an dessen Stelle treten soll, sondern dass durch den Ausdruck „hilfsweise“ vielmehr deutlich gemacht werden sollte, dass der Antrag auf Befreiung bei abweichender rechtlicher Bewertung zur Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ERegG im Rahmen der Beschlussfassung vollwertig und damit auf Ebene eines Hauptantrages zum Tragen kommen soll. Zwar hat die Antragstellerin in ihrer E-Mail v. 30.03.2022 darum gebeten, dass die Beschlusskammer im Falle des Befundes einer Nichtanwendbarkeit an „passender Stelle“ die „Feststellung“ vornimmt, dass § 12 Abs. 2 ERegG auf Wartungseinrichtungen und damit auch im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Das primäre Interesse der Antragstellerin dürfte indes hierbei lediglich sein, eine rechtliche Einschätzung im Rahmen der beabsichtigten Entscheidung zu erlangen, ohne dass diese Einschätzung formal die Form eines Verwaltungsakts annehmen müsste. Hierfür spricht jedenfalls, dass die Antragstellerin – anwaltlich vertreten – nicht explizit von einem „Antrag auf Feststellung“ spricht und zudem lediglich auf eine „passende Stelle“ für die von ihr begehrte „Feststellung“ hinweist. Daneben spricht auch der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass Feststellungsbegehren gegenüber Leistungsbegehren subsidiär sind (vgl. etwa § 43 Abs. 2 VwGO), für diese Auslegung.

Vor dem Hintergrund der hier getroffenen Entscheidung ist zudem zu beachten, dass die Tenorierung der Nichtbefreiung die Feststellung der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Gesetzes gleichsam in sich trägt. Der zusätzliche feststellende Ausspruch der Anwendbarkeit wäre damit – seine Zulässigkeit vorausgesetzt – ohne eigenen Gehalt.

II.2.2 Teilweise Unzulässigkeit des Antrags

Soweit sich der Antrag auf eine Befreiung von der Anwendung des § 7 Abs. 1 und 2 ERegG bezieht, wird dieser als unzulässig verworfen. Zwar bietet § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG grundsätzlich die Möglichkeit einer solchen Befreiung. Der Antrag ist vorliegend allerdings nicht statthaft, weil § 7 Abs. 1 und 2 ERegG auf die Antragstellerin in ihrer alleinigen Eigenschaft als Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) und Betreiberin von Serviceeinrichtungen nicht anwendbar sind.

Gemäß § 7 Abs. 1 ERegG müssen Eisenbahnen ungeachtet ihrer Rechtsform für die Erbringung von Verkehrsleistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen einerseits und für den Betrieb von Eisenbahnanlagen andererseits jeweils gesonderte Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen aufstellen und in entsprechender Anwendung der §§ 325 bis 328 des Handelsgesetzbuchs offenlegen. Handels- und steuerrechtliche Pflichten bleiben unberührt. § 7 Abs. 2 Satz 1 ERegG legt fest, dass Eisenbahnen nach § 7 Abs. 1 ERegG in ihrer Buchführung die beiden Bereiche Erbringung von Verkehrsleistungen und Betrieb von Eisenbahnanlagen zu trennen haben. In den weiteren Sätzen des § 7 Abs. 2 ERegG finden sich diesbezüglich weitere Vorgaben.

Die Vorschriften gehen ins Leere, weil die Antragstellerin zwar eine Eisenbahn ist (hierzu unter II.2.2.1), aber keine Eisenbahnanlagen betreibt (hierzu unter II.2.2.2).

II.2.2.1 Antragstellerin ist eine Eisenbahn

Die Antragstellerin ist eine Eisenbahn im Sinne des § 7 Abs. 1 ERegG. Eisenbahnen sind nach § 1 Abs. 4 ERegG i. V. m. § 2 Abs. 1 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) öffentliche

Einrichtungen oder privatrechtlich organisierte Unternehmen, die Eisenbahnverkehrsdienste erbringen oder eine Eisenbahninfrastruktur betreiben. Die Antragstellerin betreibt mit ihren drei Wartungseinrichtungen Serviceeinrichtungen im Sinne der Anlage 2 Nr. 2 lit. e) zu den §§ 10 bis 14 ERegG. Als Betreiberin von Serviceeinrichtungen ist sie ausweislich des § 2 Abs. 11 AEG Eisenbahninfrastrukturunternehmen, ihre Serviceeinrichtungen zählen mithin ebenfalls zur Eisenbahninfrastruktur im Sinne des § 2 Abs. 1 AEG. Darüber hinaus ist die Antragstellerin als Eisenbahnverkehrsunternehmen (vgl. § 2 Abs. 3 AEG), das die vorgenannten Infrastrukturen nutzt, ebenfalls Eisenbahn im Sinne des § 2 Abs. 1 AEG.

II.2.2.2 Antragstellerin betreibt keine Eisenbahnanlagen

Die Antragstellerin betreibt allerdings keine Eisenbahnanlagen. Betreiber von Eisenbahnanlagen ist gemäß § 1 Abs. 4 ERegG i. V. m. § 2 Abs. 7 AEG jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen, das für den Betrieb, die Instandhaltung, den Ausbau und die Erneuerung von Eisenbahnanlagen innerhalb eines Netzes zuständig ist. Eisenbahnanlagen wiederum sind gemäß § 1 Abs. 4 ERegG i. V. m. § 2 Abs. 6a AEG die in Anlage 1 des Eisenbahnregulierungsgesetzes aufgeführten Anlagen. Die Antragstellerin hat in ihrem Schreiben vom 23.06.2017 selbst mitgeteilt, dass sie weder Stationen noch Schienenwege, sondern nur Wartungseinrichtungen betreibe. Die Gleise innerhalb von Ausbesserungswerken oder Bahnbetriebswerken, die rechtlich unter den Begriff Wartungseinrichtungen zusammengefasst werden, werden in der Anlage 1 zum ERegG explizit von den Eisenbahnanlagen ausgenommen.

II.2.3 Ablehnung des Antrags im Übrigen

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt, weil die Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG im Falle der Antragstellerin nicht gegeben sind. Danach soll die Regulierungsbehörde auf Antrag Eisenbahnen ganz oder teilweise von der Anwendung der §§ 5, 6, 7 Abs. 1, 2 und 4 Satz 1 ERegG sowie der §§ 8 bis 8d und 12 ERegG befreien, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist. Die Vorschrift des § 12 Abs. 2 ERegG findet auch im Falle der Antragstellerin Anwendung (hierzu unter II.2.3.1). Zwar ist die Antragstellerin eine Eisenbahn im Sinne der Vorschrift (insoweit gelten die Ausführungen unter II.2.2.1 entsprechend). Allerdings wäre im Falle einer antragsgemäßen Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten (hierzu unter II.2.3.2).

II.2.3.1 Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ERegG auf die Antragstellerin

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist § 12 Abs. 2 ERegG auf Wartungseinrichtungsbetreiber – und damit auf sie selbst – anwendbar.

Gemäß § 12 Abs. 2 ERegG haben Eisenbahnen in ihrer Buchführung die beiden Bereiche Erbringen von Verkehrsleistungen und Betrieb von Serviceeinrichtungen zu trennen. Der Umfang der Trennung wird über diese gesetzliche Anordnung hinaus im Rahmen des § 12 Abs. 2 ERegG näher beschrieben.

Bereits dem Wortlaut nach handelt es sich hierbei um eine entflechtungsrechtliche Vorgabe, die sich an Eisenbahnen richtet, welche die Funktionen eines EVU mit denen eines Betreibers von Serviceeinrichtungen verbinden. Hierdurch wird die Antragstellerin in ihrer Eigenschaft als EVU und gleichzeitiger Wartungseinrichtungsbetreiberin direkt adressiert (vgl. hierzu ergänzend II.2.2.1).

Der Anwendbarkeit steht auch die Systematik des Gesetzes nicht grundsätzlich entgegen. Sofern die Antragstellerin in diesem Zusammenhang feststellt, dass entgegen des Wortlautes in § 12 Abs. 2 ERegG aus dem Verweis des § 12 Abs. 3 ERegG auf beide vorstehenden

Absätze des § 12 ERegG zu folgern sei, dass die in § 12 Abs. 1 ERegG enthaltene abschließende Aufzählung der von der dortigen gesetzlichen Regelung getroffenen Serviceeinrichtungen – unbestritten ohne Nennung der Wartungseinrichtungen – auch in § 12 Abs. 2 ERegG gelte, so erscheint dieser Schluss aus Sicht der Beschlusskammer nicht zwingend. Ungeachtet des Umstandes, dass gerade die unterschiedliche Wortwahl in den Absätzen 1 und 2 der Vorschrift ebenso gut dafür spricht, dass eine Trennung bei den entsprechenden Regelungen anzunehmen ist, so erscheint auch die Annahme einer gewissermaßen „systematischen Verklammerung“ der beiden Absätze durch § 12 Abs. 3 ERegG eher fernliegend. § 12 Abs. 3 ERegG statuiert eine gesetzliche Fiktion für den Fall einer Kontrolle der Serviceeinrichtung bzw. des Betreibers einer Serviceeinrichtung durch den Betreiber von Eisenbahnanlagen. Ungeachtet des Umstandes, dass auch dieser Absatz in seinem Wortlaut nicht nach bestimmten Arten von Serviceeinrichtungen differenziert und damit sowohl den engen Wortlaut des § 12 Abs. 1 ERegG als auch den weiten Wortlaut des § 12 Abs. 2 ERegG mit umfasst, wird durch ihn nicht belegt, dass § 12 Abs. 1 und 2 ERegG zusammenzulesen sind. Dies würde – wie die Antragstellerin anzudeuten scheint – erfordern, dass die in den Absätzen 1 und 2 enthaltenen Verpflichtungen (aufgrund von Absatz 3) nicht getrennt voneinander betrachtet werden könnten. Abgesehen davon, dass Absatz 3 statuiert, dass die „Anforderungen der Absätze 1 und 2 als erfüllt gelten“ (Hervorhebungen nur hier), bietet das Gesetz indes keinen Anhaltspunkt für eine solche Betrachtung. Gleichzeitig erscheint es indes nicht fernliegend, dass es Fälle gibt, in denen ein Wartungseinrichtungsbetreiber nach § 12 Abs. 1 ERegG zwar von der Verpflichtung zur Entscheidungsunabhängigkeit, nach § 12 Abs. 2 ERegG aber nicht von der Verpflichtung zur Trennung der Buchführung ausgenommen ist und es sich bei dem Begriff „und“ lediglich um eine mögliche Art der Einbeziehung beider Regelungsbereiche handelt.

Sofern die Antragstellerin darauf hinweist, dass sich aus der Haltung des historischen Gesetzgebers ergebe, dass Wartungseinrichtungen aufgrund des funktionierenden Marktes gänzlich von der Regulierung – und also auch von den Vorgaben des § 12 Abs. 2 ERegG – ausgenommen werden sollten, so ist der Antragstellerin zwar darin zuzustimmen, dass die Regulierung im Bereich der Wartungseinrichtungen historisch gesehen aus gesetzgeberischer Perspektive nicht zu stark eingreifen sollte. Dies macht § 12 Abs. 2 ERegG indes noch nicht zu einer Norm, die auf Wartungseinrichtungsbetreiber keine Anwendung fände. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Regelungsgehalt des § 12 Abs. 2 ERegG bereits in § 9 Abs. 1a AEG a. F. nahezu wortgleich enthalten war. Auch damals stellte das Gesetz seinem Wortlaut nach bereits allein auf den Begriff der „Eisenbahn“ und darunter auf die Vereinigung der Eigenschaften von EVU und Eisenbahninfrastrukturunternehmen (im Sinne des nationalen Gesetzes auch Serviceeinrichtungsbetreiber) ab. Auch konnte bereits zum damaligen Zeitpunkt eine Befreiung ausgesprochen werden (§ 9 Abs. 1e Satz 2 i. V. m. Satz 1 AEG a.F.). Zudem formulierte bereits § 14 Abs. 7 AEG a.F. eine Ausnahme von der Anwendung der Entgeltvorschriften des § 14 Abs. 5 AEG a.F. (ähnlich dem heutigen § 32 Abs. 3 ERegG) für Wartungseinrichtungen, ohne dass darin zugleich explizit von der Vorgabe der Trennung der Buchführung ausgenommen wurde. Auch erscheint vor diesem historischen Hintergrund, wonach die Trennung der Buchführung schon seit jeher auf alle Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des nationalen Rechts Anwendung gefunden hat, der von der Antragstellerin nahegelegte systematische Zusammenhang noch weniger durchschlagend. Wie die Antragstellerin hervorhebt, hat der historische Gesetzgeber im Rahmen allgemeiner Erwägungen zu den §§ 63 bis 65 ERegG a.F. angeführt, dass Regulierung kein Selbstzweck sei und in einem bestehenden Wettbewerb einen unnötigen Eingriff in einen funktionierenden Markt darstelle, wobei für den Bereich der Wartungseinrichtungen keine Regulierung erforderlich sei,

Was der historische Gesetzgeber indes als erforderlich erachtete, um den Grad der Regulierung entsprechend seiner Vorstellung von der Marktlage zurückzufahren, hat er selbst festgelegt,

BT-Drs. 18/8334, S. 218: *„Daher müssen Ausnahmen von den allgemeinen Regelungen für Wartungseinrichtungen vorgesehen werden“*,

und in Gesetzesform – namentlich „nur“ in die Ausnahme gemäß § 63 ERegG a.F. von § 19 Abs. 4 ERegG und § 13 Abs. 4 Satz 1 ERegG sowie § 32 ERegG – gegossen. Bei der historischen Betrachtung darf zudem nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber die Marktlage bei Wartungseinrichtungen nach den Untersuchungen der Bundesnetzagentur zuletzt differenzierter betrachtete und – unter anderem auch aus diesem Grund – Privilegierungen strich,

vgl. BT-Drs. 19/27656, S. 95.

Dies verdeutlicht, dass der Gesetzgeber keineswegs eine vollständige Ausnahme der Wartungseinrichtungsbetreiber von der Regulierung beabsichtigte.

Ob im Rahmen der teleologischen Auslegung im Sinne der Antragstellerin auf die energierechtliche Kommentierung zu § 6b EnWG zurückzugreifen wäre, erscheint zunächst fraglich. Dabei wäre jedenfalls zu berücksichtigen, dass diese Kommentierung den Sinn und Zweck der Trennung der Buchführung auch darin erkennt, dass neben der Bundesnetzagentur auch das Bundeskartellamt einen Einblick in die Verteilung auf die unterschiedlichen Bereiche erhalten soll,

vgl. *Poullie*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 6b EnWG, Rn. 4.

Unabhängig davon, ob – aus Sicht der Beschlusskammer entgegen Wortlaut, Systematik und Historie des Gesetzes – Sinn und Zweck des § 12 Abs. 2 ERegG im Rahmen der Auslegung dazu führen würden, dass der Antragstellerin Recht zu geben wäre, spräche aber schlussendlich das Erfordernis einer europarechtskonformen Auslegung des § 12 Abs. 2 ERegG gegen die Annahme einer Unanwendbarkeit desselben auf die Antragstellerin. § 12 Abs. 2 ERegG beruht auf Art. 13 Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie 2012/34/EU,

vgl. BT-Drs. 18/8334, S. 89 (dort ist er als Art. 13 Abs. 3 Satz 3 bezeichnet).

Darin heißt es:

„Für alle in Anhang II Nummer 2 aufgeführten Serviceeinrichtungen müssen der Betreiber und die betreffende Stelle bzw. das betreffende Unternehmen eine getrennte Rechnungsführung einschließlich getrennter Bilanzen und getrennter Gewinn- und Verlustrechnungen haben.“

Damit hat der europäische Gesetzgeber deutlich gemacht, dass er abweichend von Art. 13 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 1 Richtlinie 2012/34/EU (*„Wird der Betreiber einer der in Anhang II Nummer 2 Buchstaben a, b, c, d, g und i aufgeführten Serviceeinrichtungen [...]“*) und entgegen der Vorstellung der Antragstellerin auch Wartungseinrichtungsbetreiber im Sinne des Anhangs II Nummer 2 lit. e) zur Richtlinie 2012/34/EU von der Regelung umfasst sehen wollte. Dass der deutsche Gesetzestext diese Ausdrücklichkeit nicht formuliert hat bzw. diese nur implizit vorauszusetzen scheint, ist hierbei unschädlich. Die Norm ist insofern der europarechtskonformen Auslegung unproblematisch zugänglich.

II.2.3.2 Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten

Im Falle einer antragsgemäßen Befreiung wäre eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten. § 2 Abs. 2 Satz 2 ERegG enthält ein Regelbeispiel dafür, wann dies nicht der Fall ist: Danach ist eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs insbesondere nicht zu erwarten, wenn ihre Schienenwege nach Streckenlänge und Betriebsleistung oder ihre Verkehrsleistung von geringer Bedeutung sind. Die Verkehrsleistung der Antragstellerin ist nicht von geringer Bedeutung (hierzu unter II.2.3.2.1). Da das Regelbeispiel im Übrigen auf den vorliegenden Fall nicht passt, ist stattdessen eine an § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr.2 ERegG angelegte Betrachtung der in den Wartungseinrichtungen angebotenen Leistungen vorzunehmen. Auch nach dieser wäre bei einer Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten (hierzu unter II.2.3.2.2)

II.2.3.2.1 Verkehrsleistung der Antragstellerin

Die Beschlusskammer sieht eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs als dann zu erwarten an, wenn die zu befreiende Eisenbahn eine Verkehrsleistung von mehr als 1 Mrd. Tonnen- oder Personenkilometer im Jahr erbringt. Dieser Schwellenwert hat sich im Rahmen der jährlich stattfindenden Markterhebungen als diejenige Marke herauskristallisiert, an der sich der Bereich der eher kleinen, regional tätigen Unternehmen von demjenigen der in der Regel bundesweit tätigen und damit für den Wettbewerb bedeutsameren Unternehmen scheidet. Im Falle der Antragstellerin liegt die Besonderheit darin, [REDACTED]

[REDACTED] Die Verkehrsleistung der Antragstellerin lag im Jahr 2020 bei [REDACTED] Personenkilometern. In den Jahren vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie lagen die Werte noch bedeutend höher (2018: [REDACTED]). Diese [REDACTED] ergeben sich aus dem Umstand, dass die Antragstellerin sämtliche S-Bahn-Verkehre in der zweitgrößten Stadt Deutschlands erbringt.

II.2.3.2.2 In den Wartungseinrichtungen angebotene Leistungen

Auch mit Blick auf die von ihr betriebenen Wartungseinrichtungen und die darin angebotenen Leistungen wäre im Falle einer antragsgemäßen Befreiung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu erwarten.

Das in § 2 Abs. 4 Satz 1 ERegG enthaltene Regelbeispiel fokussiert auf (Länge bzw. Betriebsleistung der) Schienenwege und Verkehrsleistung des Bereichs des Eisenbahnverkehrsunternehmens. Der Bereich der Serviceeinrichtungen bleibt aber bei der Betrachtung nicht unberücksichtigt. Wie die Formulierung „insbesondere“ zeigt, ist § 2 Abs. 4 Satz 2 ERegG nicht abschließend. Die Beschlusskammer greift für die Bewertung, ob durch eine Befreiung von der Anwendung von Vorgaben zur Unternehmensstruktur eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist, für Betreiber einer Serviceeinrichtung auf die in § 2b Abs. 2 Nr. 1 und 2 ERegG normierten Voraussetzungen einer Befreiung, die denjenigen in Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 und Anstrich 2 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177) entsprechen, zurück.

Zwar knüpfen diese – anders als § 2 Abs. 5 ERegG a. F. – ihrerseits nicht unmittelbar an eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs an. Die Frage nach der strategischen Bedeutung einer Serviceeinrichtung oder angebotenen Leistung für das Funktionieren des Schienenverkehrs-

markts (§ 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG) und die Frage, ob die Serviceeinrichtung oder Leistung in einem wettbewerblichen Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, betrieben oder erbracht wird (§ 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ERegG), fußen allerdings ebenfalls auf dem Gedanken einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs aus der Sicht der nachfragenden Zugangsberechtigten. Im Zusammenhang mit einer Befreiung nach § 2 Abs. 4 ERegG bleibt § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ERegG (entsprechend Art. 2 Abs. 2 Anstrich 3 der DVO (EU) 2017/2177) dagegen außer Betracht. Dieser ermöglicht eine Befreiung von Zugangs- und Entgeltregelungen, wenn deren Anwendung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigen könnte. Dieser Tatbestand hat eine andere Stoßrichtung, die für die Frage, ob eine Befreiung von der Anwendung von Vorgaben zur Unternehmensstruktur zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen würde, nichts hergibt.

Die von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen und die in ihnen angebotenen Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) erfüllen indes bei der gebotenen leistungsbezogenen Betrachtung (hierzu unter II.2.3.2.2.1) weder die Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG (hierzu unter II.2.3.2.2.2) noch diejenigen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ERegG (hierzu unter II.2.3.2.2.3). Eine weitere Befassung mit den von der Antragstellerin in ihren Wartungseinrichtungen ebenfalls angebotenen Leistungen der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen und den von ihr zusätzlich betriebenen Außenreinigungsanlagen bedarf es daher nicht (hierzu unter II.2.3.2.2.4).

II.2.3.2.2.1 Leistungsbezogene Betrachtung

Die Prüfung der Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ERegG erfolgt vorliegend leistungsbezogen. Der Gesetzeswortlaut beider hier in Rede stehender Vorschriften erlaubt eine solche Betrachtung ausdrücklich. Sie ist vorliegend auch sachgerecht. Das Marktgeschehen ist bei Wartungseinrichtungen anders als bei sonstigen Serviceeinrichtungen – wie beispielsweise Abstellanlagen – nicht standortbezogen, sondern leistungsbezogen. Insbesondere für die Frage eines bestehenden wettbewerblichen Umfelds ist zunächst die Substituierbarkeit der Leistung und das jeweilige maßgebliche geografische Gebiet zu bestimmen. Die leistungsbezogene Betrachtung erfolgt anhand der im Bericht der Bundesnetzagentur über Märkte für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen (Wartungseinrichtungsbericht) festgelegten Märkte,

der Wartungseinrichtungsbericht ist im Internet abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Eisenbahn/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/Endg%C3%BCltigerBerichtWartunseinr.pdf?__blob=publicationFile&v=1

II.2.3.2.2.2 Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG

Die von der Antragstellerin in ihren Wartungseinrichtungen angebotenen Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV erfüllen nicht die von § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG aufgestellten Voraussetzungen. Nach § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG ist eine Befreiung möglich, wenn die Serviceeinrichtung oder Leistung hinsichtlich der Auslastung der Serviceeinrichtung, der Art und des Umfangs des potentiell betroffenen Verkehrs sowie der Art der in der Serviceeinrichtung angebotenen Leistungen ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts ist. Eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen (hierzu unter II.2.3.2.2.2.1), der Art und des Umfangs des potentiell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.3.2.2.2.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.3.2.2.2.3) vorzunehmende Gesamtabwägung

(hierzu unter II.2.3.2.2.4) führt dazu, dass die von der Antragstellerin in ihren Wartungseinrichtungen angebotenen Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV [REDACTED]

II.2.3.2.2.1 Auslastung der Einrichtung

[REDACTED] zunächst für die Annahme einer strategischen Bedeutung.

Als erstes Kriterium für die Beurteilung, ob eine Serviceeinrichtung oder die darin erbrachten Leistungen ohne strategische Bedeutung sind, nennt § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG die Auslastung der Einrichtung.

Die Beschlusskammer versteht unter der Auslastung der Einrichtung die tatsächlich erbrachte Leistung in der Serviceeinrichtung im Verhältnis zur potenziell möglichen Maximalauslastung der Serviceeinrichtung. Eine besonders hohe Auslastung kann gegen eine Ausnahme sprechen, weil sie auf eine hohe Nachfrage der Zugangsberechtigten schließen lässt, die wiederum Rückschlüsse auf die strategische Bedeutung der zu betrachtenden Serviceeinrichtung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts zulässt. Bei Wartungseinrichtungen geht die Beschlusskammer grundsätzlich ab einer Auslastung von 70 Prozent davon aus, dass diese für eine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts spricht.

Die Antragstellerin hat angegeben, dass die Kapazitätsgrenze ihrer Wartungseinrichtungen unter Berücksichtigung des gesamten Instandhaltungsprogramms bei [REDACTED] pro Jahr liege. Der Durchsatz betrage [REDACTED] was einer Auslastung von [REDACTED] Prozent entspricht.

II.2.3.2.2.2 Art und Umfang des potentiell 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.

§ 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG verlangt zunächst eine qualitative Betrachtung, indem er 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. Derartige Besonderheiten sind hier nicht ersichtlich.

Im SPNV werden verschiedene Fahrzeugarten (Elektro- und Diesellokomotiven, Elektro- und Dieseltriebwagen sowie Reisezugwagen) eingesetzt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 40.

In Deutschland existiert eine hohe Anzahl an SPNV-Netzen (rund 200), die durch Ausschreibungen der Bundesländer zur Erbringung von regionalen Verkehrsleistungen zur Daseinsvorsorge geprägt sind. Wettbewerb findet immer dann statt, wenn der Aufgabenträger die Verkehre nach Ablauf des Verkehrsvertrags neu ausschreibt (Wettbewerb um den Markt). Bei einer solchen erneuten Ausschreibung der Verkehrsleistungen müssen auch die weiteren Interessenten die Nutzung von Wartungseinrichtungen in ihre Angebote einkalkulieren können und sind hierfür auf eine transparente Darstellung der Nutzungsbedingungen angewiesen. Mit

Inkrafttreten der Durchführungsverordnung sind auch solche Betreiber von Wartungseinrichtungen, die im Übrigen von ihrer Anwendung ausgenommen sind, nach Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen verpflichtet, die für eine erneute Ausschreibung relevanten Informationen zu veröffentlichen. Die Besonderheit, dass die Wartungseinrichtung von Verkehren genutzt wird, die im Rahmen eines Verkehrsvertrags durchgeführt werden, verliert deshalb an Bedeutung. Im Ergebnis ist daher die Art des potenziell betroffenen Verkehrs als neutral zu bewerten.

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

Bei Wartungseinrichtungen geht die Beschlusskammer davon aus, dass ein erzielter Gesamtumsatz, der über dem marktspezifischen durchschnittlichen Gesamtumsatz liegt, für die strategische Bedeutung einer Einrichtung oder Leistung spricht. Der Bundesnetzagentur liegen die durchschnittlichen Umsatzwerte der jeweiligen im Wartungseinrichtungsbericht definierten Märkte vor. Diese 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 betrachtete 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 marktspezifische, mit Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV durchschnittlich erzielte Gesamtumsatz lag zum Zeitpunkt der Erstellung des Wartungseinrichtungsberichts im Jahr 2017 bei [REDACTED] Euro und im Jahr 2019 bei [REDACTED] Euro. Die Antragstellerin erzielte im Jahr 2020 mit den hier in Rede stehenden Leistungen einen deutlich über allen bisherigen Schwellenwerten liegenden Umsatz in Höhe von [REDACTED] Euro.

II.2.3.2.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen

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.

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, aufgrund welcher trotz des hohen erzielten Umsatzes nicht von einer strategischen Bedeutung der Einrichtung auszugehen wäre.

II.2.3.2.2.4 Gesamtabwägung

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

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 Wartungseinrichtungen der Antragstellerin im Hinblick auf die Leistung der betriebsnahen Instandhaltung von im SPNV zum Einsatz kommenden Fahrzeugen von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Der [REDACTED] des potenziell betroffenen Verkehrs spricht aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich für eine strategische Bedeutung der von der Antragstellerin betriebenen Wartungseinrichtungen für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes. Darüber hinaus wird dies auch [REDACTED]

II.2.3.2.2.3 Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ERegG

Die von der Antragstellerin in ihren Wartungseinrichtungen angebotenen Leistungen der betriebsnahen Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV erfüllen nicht die von § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ERegG aufgestellten Voraussetzungen. Danach ist eine Befreiung möglich, wenn die Serviceeinrichtung oder die Leistung in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern, die vergleichbare Leistungen erbringen, betrieben oder erbracht wird.

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. 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.

In der Gesamtschau der Untersuchungsfelder kommt die Bundesnetzagentur im Rahmen des Wartungseinrichtungsberichts zu dem Ergebnis, dass auf den regional zu betrachtenden Märkten für betriebsnahe Instandhaltung von Fahrzeugen des SPNV ein Wettbewerb zwischen bestehenden Wartungseinrichtungen nur selten zu erkennen ist. Stattdessen besteht eine klare Tendenz, als Betreiber eines SPNV-Netzes die betriebsnahe Instandhaltung in Eigenregie durchzuführen und hierfür ggf. neue Einrichtungen zu bauen. Viele Eisenbahnverkehrsunternehmen sehen dies als eines ihrer Geschäftsfelder an. Das räumlich beschränkte Einzugsgebiet von Wartungseinrichtungen auf diesen Märkten sowie das gleichzeitige Bestreben, die Instandhaltung der gesamten Fahrzeugflotte eines SPNV-Netzes in möglichst wenigen Wartungseinrichtungen zu zentralisieren, verhindern in vielen Fällen ein Entfalten von Wettbewerbskräften für betriebsnahe Instandhaltung.

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 59.

Diese allgemeinen Befunde gelten nach Auffassung der Beschlusskammer bei den Wartungseinrichtungen der Antragstellerin in besonderer Weise. Aufgrund der bereits dargestellten Besonderheiten der Hamburger S-Bahn stehen noch weniger geeignete Alternativen zur Verfügung als bei den sonstigen SPNV-Netzen. Bei der Ausschreibung der Berliner S-Bahn, die bis auf die Stromversorgung mit 750 Volt Gleichstrom viele Ähnlichkeiten mit der Hamburger S-Bahn aufweist, hat beispielsweise der Senat den Bewerbern ein geeignetes Grundstück für den Bau einer Wartungseinrichtung zur Verfügung gestellt (vgl. Der Tagesspiegel vom 15.04.2019, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/s-bahn-ausschreibung-die-konkurrenz-wird-ausgebremst/24222880.html>). Daran wird deutlich, dass es einerseits keine Alternativen in Form von bestehenden Wartungseinrichtungen gab und andererseits im Zuge des Ausschreibungswettbewerbs um die Verkehrsleistungen die Teilnehmer auf die Möglichkeit einer Eigenbringung der Wartungsleistungen angewiesen waren.

II.2.3.2.2.4 Keine weitere Befassung mit weiteren Wartungsleistungen und den Außenreinigungsanlagen erforderlich

Eine Befassung mit den Leistungen der schweren Instandhaltung von Elektrotriebwagen, die die Antragstellerin ebenfalls in ihren Wartungseinrichtungen anbietet, bedarf es ebenso wenig wie einer Auseinandersetzung mit den von ihr betriebenen Außenreinigungsanlagen. Selbst wenn diese isoliert betrachtet die Voraussetzungen des § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ERegG oder § 2b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ERegG erfüllen sollten, änderte dies nicht daran, dass der Antrag abzulehnen wäre. Denn eine Befreiung von Vorgaben zur Unternehmensstruktur nach § 2

Abs. 4 ERegG bezieht sich auf das gesamte (die Funktionen des EVU und des Betreibers von Serviceeinrichtungen vereinigende) Unternehmen und kommt nur dann in Betracht, wenn alle zu betrachtenden Unternehmensteile, in diesem Fall die von der Antragstellerin betriebenen Serviceeinrichtungen, die Voraussetzungen erfüllen.

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