



BK10-19-0163\_B

## Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren  
aufgrund des Antrages

der FKA Fahrzeugkompetenzzentrum Augsburg GmbH, Friedberger Straße 43, 86161 Augsburg, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 14.06.2019, 19.10.2020 und 14.06.2021 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 Jan Kirchhartz und  
den Beisitzer Wolfram Krick

am **16. Juni 2021**

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung von der Anwendung der 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.
3. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen drei Abstellgleise und ein Zuführungsgleis von der Anwendung der Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, ausgenommen.
4. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebenen drei Abstellgleise und ein Zuführungsgleis von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
I. Sachverhalt.....	4
II. Gründe .....	5
II.1 Formelle Rechtmäßigkeit .....	5
II.2 Materielle Rechtmäßigkeit.....	5
II.2.1 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung (Tenor zu 1. und 2.).....	5
II.2.1.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/21775	
II.2.1.1.1 Tatbestand.....	6
II.2.1.1.2 Rechtsfolge.....	7
II.2.1.2 Befreiung gemäß § 2 Abs. 5 ERegG .....	8
II.2.1.2.1 Tatbestand.....	8
II.2.1.2.2 Rechtsfolge.....	9
II.2.2 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebenen drei Abstellgleise und einem Zuführungsgleis (Tenor zu 3. und 4.).....	9
II.2.2.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/21779	
II.2.2.1.1 Tatbestand.....	9
II.2.2.1.1.1 Abstellgleise .....	9
II.2.2.1.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen .....	10
II.2.2.1.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs .....	10
II.2.2.1.1.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung.....	11
II.2.2.1.1.1.4 Gesamtschau.....	12
II.2.2.1.1.2 Zuführungsgleis .....	12
II.2.2.1.1.2.1 Auslastung der Einrichtungen .....	12
II.2.2.1.1.2.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs .....	12
II.2.2.1.1.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung.....	13
II.2.2.1.1.2.4 Gesamtabwägung .....	13
II.2.2.1.2 Rechtsfolge.....	14
II.2.2.2 Befreiung gemäß § 2 Abs. 5 ERegG .....	14
II.2.2.2.1 Tatbestand.....	14
II.2.2.2.2 Rechtsfolge.....	14
II.3 Hinweis .....	14
Rechtsbehelfsbelehrung.....	15

## I. Sachverhalt

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nichtbundeseigene Eisenbahn, welche eine Wartungseinrichtung für die Instandhaltung von Güterwagen betreibt. Darüber hinaus betreibt sie drei Abstellgleise und ein Zuführungsgleis.

Mit E-Mails vom 14.06.2019 und 19.10.2020 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von der Anwendung bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausnimmt. Am 18.06.2019 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahren eröffnet, dies am 19.06.2019 auf ihren Internetseiten veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen. Am 14.06.2021 hat die Antragstellerin ihren Antrag auf eine Befreiung von bestimmten Pflichten des ERegG erweitert.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß, sie

1. mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen, sowie
2. von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme des § 43 ERegG mit der Maßgabe zu befreien, dass ausschließlich Bestimmungen zur Betriebssicherheit nach § 21 ERegG aufzustellen sind.

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. In diesem Bericht werden die Bedingungen auf dem Markt für die Instandhaltung von Güterwagen so beschrieben, dass es sich um einen Markt mit stabilem Wettbewerb handelt.

Die Antragstellerin hat auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

## II. Gründe

Dem Ausnahme- bzw. Befreiungsantrag wird stattgegeben.

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

Die Entscheidung ergeht formell (hierzu unter II.1) und materiell (hierzu unter II.2) rechtmäßig.

### II.1 Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht formell rechtmäßig.

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

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 1 ERegG). Auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde 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 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht materiell rechtmäßig.

Die Antragstellerin ist antragsgemäß hinsichtlich der von ihr betriebenen Wartungseinrichtung (dazu unter II.2.1) und hinsichtlich der von ihr betriebenen Abstell- und Zuführungsgleise (dazu unter II.2.2) gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 auszunehmen und gemäß § 2 Abs. 5 ERegG zu befreien.

#### II.2.1 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebene Wartungseinrichtung (Tenor zu 1. und 2.)

##### II.2.1.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die 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 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.

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

#### **II.2.1.1.1 Tatbestand**

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.

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.

Für den Markt der Instandhaltung von Güterwagen geht die Beschlusskammer davon aus, dass es sich um einen Markt mit stabilem Wettbewerb handelt,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 218.

Aufgrund der hohen Anzahl von über 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.2.1.1.2 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 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. 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 entgegenstünde.

#### **II.2.1.2 Befreiung 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 ganz oder teilweise von Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes befreien, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist (§ 2 Abs. 5 Satz 1 ERegG).

##### **II.2.1.2.1 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 (s. oben II.2.1.1.1). 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, mithin erst nach dem Betrachtungszeitraum des Wartungseinrichtungsberichtes. 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 lit. a) bis d) und lit. m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177 weiterhin Anwendung auf die Antragstellerin finden.

#### **II.2.1.2.2 Rechtsfolge**

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen 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.2.2 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin im Hinblick auf die von ihr betriebenen drei Abstellgleise und einem Zuführungsgleis (Tenor zu 3. und 4.)**

#### **II.2.2.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i.V.m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177**

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

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen vor (hierzu unter II.2.2.1.1). 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.2.2.1.2).

##### **II.2.2.1.1 Tatbestand**

Die von der Antragstellerin betriebenen Abstell- und Zuführungsgleise sowie die darin erbrachten Leistungen sind ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Wie Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 zeigt, ist für die Frage der fehlenden strategischen Bedeutung insbesondere die Auslastung der Einrichtung, die Art und der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie die Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung maßgeblich. In ihrer Zusammenschau führen diese Kriterien hinsichtlich der von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise (hierzu unter II.2.2.1.1.1) und dem Zuführungsgleis (hierzu unter II.2.2.1.1.2) dazu, dass die Serviceeinrichtungen jeweils als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

##### **II.2.2.1.1.1 Abstellgleise**

Die nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 maßgeblichen Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.2.1.1.1.1), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.2.1.1.1.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.2.1.1.1.3) führen in ihrer Gesamtschau (hierzu unter II.2.2.1.1.1.4)

dazu, dass die von der Antragstellerin betriebenen Abstellgleise als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen sind.

#### **II.2.2.1.1.1.1 Auslastung der Einrichtungen**

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

Die Beschlusskammer versteht unter der Auslastung der Einrichtung die tatsächlich erbrachte Leistung in der Serviceeinrichtung im Verhältnis zur potenziell möglichen Maximalauslastung der Serviceeinrichtung. Eine besonders hohe Auslastung kann gegen eine Ausnahme sprechen, weil sie auf eine hohe Nachfrage der Zugangsberechtigten schließen lässt, die wiederum Rückschlüsse auf die strategische Bedeutung der zu betrachtenden Serviceeinrichtung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts zulässt. Bei Abstellgleisen 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.

Dies zugrunde gelegt, ist die tatsächliche Auslastung der hier in Rede stehenden Abstellgleise hoch. Nach Angaben der Antragstellerin sind die Abstellgleise zu 100 Prozent belegt. Die hohe Auslastung spricht für die Annahme einer strategischen Bedeutung.

#### **II.2.2.1.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs**

Ebenfalls in die Betrachtung einzustellen sind nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs. Das erstgenannte Kriterium erweist sich im Hinblick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung als neutral, das letztgenannte Kriterium spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung.

Anders als im nationalen Recht gemäß § 2 Abs. 5 S. 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. Im Hinblick auf die hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen weisen die potenziell betroffenen Verkehre allerdings keine Besonderheit auf, so dass es bei dem oben beschriebenen Grundsatz bleibt.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts. Zur Bestimmung des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs zieht die Beschlusskammer den bisherigen Verkehr heran, der die Serviceeinrichtung nutzt, soweit insofern kein Auseinanderfallen zum zu-

künftigen 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 ab einem eisenbahnbezogenen Umsatz in Höhe von 160.000 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.

Für die Abstellgleise werden keine Entgelte erhoben, da sie nur für die Eigennutzung dienen. Damit wird die vorgenannte Umsatzschwelle nicht erreicht. Das gilt auch für den Fall, dass die Erhebung eines hypothetischen Entgeltes unterstellt würde. Einen Jahresumsatz von 160.000 EUR würde die Antragstellerin mit den drei Abstellgleisen erst dann erzielen, wenn sie pro täglicher Nutzung 146 EUR [160.000 EUR / 365 Tage / 3 Abstellgleise] erheben würde. Ein Entgelt in dieser Höhe für die Nutzung eines Abstellgleises ist jedoch weder marktüblich, noch dürfte es dem Entgeltmaßstab des § 32 ERegG entsprechen und wäre nach Einschätzung der Beschlusskammer daher unrealistisch hoch angesetzt.

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

#### **II.2.2.1.1.1.3 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.

Vorliegend liegt der Umsatz – wie beschrieben – unter dem von der Beschlusskammer angesetzten Schwellenwert. Besonderheiten, die dennoch aufgrund der Art der angebotenen Leistungen für die Annahme einer strategischen Bedeutung sprechen könnten, sind bei den hier in Rede stehenden Abstellgleisen der Antragstellerin nicht erkennbar.

#### **II.2.2.1.1.1.4 Gesamtschau**

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

Vgl. IRG-Rail, Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 26.

In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Abstellgleise der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist. 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. Soweit die Auslastung mit 100 Prozent zwar als hoch anzusehen ist, was grundsätzlich für eine strategische Bedeutung sprechen kann, ist dabei auch zu berücksichtigen, dass die fraglichen Abstellgleise nur durch die Antragstellerin selbst genutzt werden.

#### **II.2.2.1.1.2 Zuführungsgleis**

Das hier in Rede stehende Zuführungsgleis der Antragstellerin ist unter Berücksichtigung der Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hier zu unter II.2.2.1.1.2.1), der Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.2.1.1.2.2) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.2.1.1.2.3) in einer Gesamtschau (hierzu unter II.2.2.1.1.2.4) als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen.

##### **II.2.2.1.1.2.1 Auslastung der Einrichtungen**

Die Auslastung des von der Antragstellerin betriebenen Zuführungsgleises spricht eher gegen eine strategische Bedeutung dieser Einrichtungen.

Die unter II.2.2.1.1.1.1 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Auslastung der zu betrachtenden Einrichtung gelten auch für Rangierbahnhöfe. 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. Der Auslastungsgrad des von der Antragstellerin betriebene Zuführungsgleis ist durchschnittlich 60 bis 70 Prozent und liegt somit knapp unter dem Schwellenwert.

##### **II.2.2.1.1.2.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs**

Die Art und der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs erweist sich im Hinblick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung als neutral.

Die unter II.2.2.1.1.1.2 dargelegten Grundsätze betreffend das Kriterium der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs gelten auch für Zuführungsgleise.

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

Gleiches gilt mit Blick auf den Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs, den die Beschlusskammer in der Regel anhand des Umfangs des bisher die Serviceeinrichtung nutzenden Verkehrs und insoweit anhand des vom Betreiber erzielten Umsatzes ermittelt (dazu unter II.2.2.1.1.1.2).

Bei einem Zuführungsgleis handelt es sich um eine Hilfseinrichtung i.S.d Anlage 2 Nr. 2 Buchstabe g) ERegG. Für Hilfseinrichtungen hat die Bundesnetzagentur keinen Schwellenwert entwickelt, sodass hinsichtlich dieser insbesondere zu ermitteln ist, ob aufgrund der Vergleichbarkeit mit anderen Arten von Serviceeinrichtungen ein für diese entwickelter Schwellenwert heranzuziehen ist. Das Zuführungsgleis der Antragstellerin wird auch zum Rangieren, zur Zugbildung sowie zur Abstellung genutzt und ist daher mit den vorbenannten Gleisanlagen vergleichbar. Ob zu Gunsten der Antragstellerin dennoch von einem höheren Schwellenwert auszugehen wäre, kann vorliegend dahinstehen, da auch bei Heranziehung des Schwellenwertes von 160.000 Euro nicht von einer strategischen Bedeutung auszugehen ist.

Die Antragstellerin erhebt, wie auch bei den Abstellgleisen, für die Nutzung des Zuführungsgleises kein Entgelt und erwirtschaftet daher mit diesem keinen eisenbahnbezogenen Umsatz. Das Zuführungsgleis ist durchschnittlich zu 60 bis 70 Prozent (ca. 200 Tage pro Jahr) ausgelastet. Einen Jahresumsatz von 160.000 EUR würde die Antragstellerin mit dem Zuführungsgleis daher nur erzielen, wenn sie pro täglicher Nutzung 800 EUR [160.000 EUR / 200 Tage] erheben würde. Ein Entgelt in dieser Höhe für die Nutzung eines Zuführungsgleises ist wiederum nicht marktüblich und dürfte überdies auch hier nicht dem Entgeltmaßstab des § 32 ERegG entsprechen und kann daher nach Einschätzung der Beschlusskammer nicht als hypothetisches Entgelt unterstellt werden. Es ist davon auszugehen, dass der Umfang der nachgefragten Leistungen als gering anzusehen ist.

#### **II.2.2.1.1.2.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung**

Das Kriterium der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen, hinsichtlich dessen die unter II.2.2.1.1.1.3 dargelegten Grundsätze gelten, erweist sich mit Blick auf die Annahme einer strategischen Bedeutung des von der Antragstellerin betriebenen Zuführungsgleises für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts wiederum als neutral. Besonderheiten, die es rechtfertigten, das Zuführungsgleis als strategisch bedeutend anzusehen, sind für die Beschlusskammer nicht ersichtlich. Ein besonderes Leistungsportfolio mit weitreichender Bedeutung ist nicht erkennbar.

#### **II.2.2.1.1.2.4 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.2.2.1.1.1.4). Da sämtliche der vorstehend betrachteten Kriterien nicht für die Annahme einer strategischen Bedeutung sprechen, ist das von der Antragstellerin betriebene Zuführungsgleis in einer Gesamtschau als strategisch unbedeutend für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 anzusehen.

#### **II.2.2.1.2 Rechtsfolge**

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der von ihr betriebenen Abstellgleise und dem Zuführungsgleis 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.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen räumt Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 den Regulierungsstellen nur in besonders gelagerten Fällen ein Ermessen ein (dazu unter II.2.1.1.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht ersichtlich.

#### **II.2.2.2 Befreiung gemäß § 2 Abs. 5 ERegG**

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

##### **II.2.2.2.1 Tatbestand**

Durch eine Befreiung der Antragstellerin in ihrer Eigenschaft als Betreiberin von Abstellgleisen und dem Zuführungsgleis ist eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten. Die hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen sind nach dem Umfang der angebotenen und nachgefragten Leistungen von geringer Bedeutung. Die diesbezüglich maßgeblichen Erwägungen entsprechen denjenigen unter II.2.2.1.1, auf die entsprechend verwiesen wird. So belegen insbesondere die geringen Umsätze der hier in Rede stehenden Serviceeinrichtungen, aufgrund derer vorliegend maßgeblich die fehlende strategische Bedeutung nach Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (DVO) 2017/2177 anzunehmen ist, auch die nach dem Umfang der angebotenen und nachgefragten Leistung geringe Bedeutung der Serviceeinrichtungen im Sinne des § 2 Abs. 5 Satz 2 ERegG.

##### **II.2.2.2.2 Rechtsfolge**

In der Folge ist die Antragstellerin zu befreien. § 2 Abs. 5 ERegG ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet, sodass bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nur bei der Annahme eines atypischen Falls ein Ermessensspielraum eröffnet ist (dazu unter II.2.1.2.2). Für die Annahme eines solchen Falls sind hier allerdings keine Anhaltspunkte ersichtlich.

#### **II.3 Hinweis**

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die mit Tenorziffern 1 und 3 gewährte Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 4 DVO (EU) 2017/2177 zu widerrufen hat, wenn die Kriterien für ihre Gewährung nicht länger erfüllt werden.

Ferner weist die Beschlusskammer darauf hin, dass sie gemäß § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwVfG die mit den Tenorziffern 2 und 4 ausgesprochenen Befreiungen, auch nachdem sie unanfechtbar geworden sind, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann, wenn die Beschlusskammer auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die gegenständliche Befreiung nicht zu erteilen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.

Die Beschlusskammer bittet die Antragstellerin daher um Mitteilung, sollte sie in ihrer Wartungseinrichtung zukünftig (auch) andere Leistungen, als die unter Ziffer II.2.1 genannte Leistung anbieten und/oder sollten sich hinsichtlich der Abstell- und Zuführungsgleise die erzielten Umsätze wesentlich erhöhen.

#### **Rechtsbehelfsbelehrung**

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Kirchhartz

Krick