



BK10-24-0440_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund des Antrages

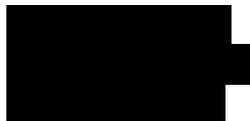
der Infraserv GmbH & Co. Höchst KG, Industriepark Höchst, 65926 Frankfurt am Main,
vertreten durch die Infraserv Verwaltungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 12.11.2024 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),

– 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 20.12.2024

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr im Industriepark Höchst betriebene Wartungseinrichtung (Gleise 78 und 79), der Reinigungsanlage (Gleise 73 und 80 sowie Gleiswannen 19 - 21) sowie die Zuführungsgleise 2, 3, 32, 40, 42, 72, 73, 80, 81, 82, 190, 501, 502, 506, 550, 551 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.

2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die von ihr betriebene und im Tenor zu 1. näher bezeichnete Wartungseinrichtung und die Reinigungsanlage sowie die im Tenor zu 1. näher bezeichneten Zuführungsgleise von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist eine nichtbundeseigene Eisenbahn, die auf dem Gelände des Industrieparks Höchst eine Wartungseinrichtung für die Reparatur und Instandhaltung von Güter- und Eisenbahnkesselwagen betreibt. Des Weiteren betreibt sie eine Anlage zur Reinigung von Bahnkesselwagen, verschiedene Zuführungsgleise sowie eine Wasserstofftankstelle für Eisenbahnfahrzeuge. Für die letztgenannte Einrichtung hat die Bundesnetzagentur die Betreiberin mit Beschluss vom 17.10.2022 (Gz. BK10-22-0026_B) von den Pflichten zur Einhaltung verschiedener eisenbahnrechtlicher Vorgaben ausgenommen und befreit.

Mit Schreiben vom 12.11.2024 wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, hinsichtlich weiterer Einrichtungen von der Anwendung von Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen sowie von bestimmten Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) befreit zu werden.

Am 13.11.2024 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahren eröffnet, dies am 13.11.2024 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. sie hinsichtlich der von ihr erbrachten Leistungen einschließlich der Gewährung des Schienenzugangs in der von ihr im Industriepark Höchst an den Gleisen 78 und 79 betriebenen Einrichtung zur Reparatur, Wartung und Revision von Güterwagen und Eisenbahnkesselwagen sowie in der von ihr im Industriepark Höchst an den Gleisen 73 und 80 sowie an den Gleiswannen 19–21 betriebenen Einrichtung zur Reinigung von Bahnkesselwagen einschließlich der Zuführungsgleise 42, 72, 73, 80 und 82 jeweils
 - a) mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) bis d) und Buchst. m) sowie Art. 5 von der Anwendung aller Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22. November 2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen auszunehmen und
 - b) von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG ganz zu befreien;
2. sie hinsichtlich der von ihr erbrachten Leistungen einschließlich der Gewährung des Schienenzugangs in Bezug auf die von ihr im Industriepark Höchst betriebenen Zuführungsgleise 2, 3, 32, 40, 81, 190, 501, 502, 506 sowie – auf dem Abschnitt zwischen den Weichen 513 und 517 – das Zuführungsgleis 550 und – auf dem Abschnitt zwischen den Weichen 517 und 551 – das Zuführungsgleis 551, die zum Container Terminal, Südwerk führen, jeweils
 - c) mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchst. a) bis d) und Buchst. m) sowie Art. 5 von der Anwendung aller Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 der Kommission vom 22. November 2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen auszunehmen und
 - d) von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG ganz zu befreien.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. und 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 § 2b Abs. 2 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 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.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 13.11.2024 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen. Bei der Beschlusskammer sind keine Hinzuziehungsanträge eingegangen.

In Ausübung des ihr gemäß § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG zustehenden Ermessens hat die Beschlusskammer von der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung abgesehen. Dafür war der Umstand maßgeblich, dass die Antragstellerin schriftlich ausreichend und gleichwertig angehört werden konnte.

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

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht materiell rechtmäßig.

Dem Antrag auf Ausnahme gemäß der DVO (EU) 2017/2177 wird ebenso stattgegeben (hierzu unter II.2.1) wie dem Antrag auf Befreiung nach dem ERegG (hierzu unter II.2.2).

II.2.1 Ausnahme der Antragstellerin von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 (Tenor zu 1.)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die im Tenor zu 1. benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen.

Die Rechtsgrundlage für diese Entscheidung bildet Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177. Nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 DVO (EU) 2017/2177 können Betreiber von Serviceeinrichtungen beantragen, von der Anwendung aller oder bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von deren Art. 4 Abs. 2 Buchstabe a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5, ausgenommen zu werden. Voraussetzung für eine stattgebende Ausnahmeentscheidung ist nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177, dass einer der darin aufgeführten Ausnahmegründe vorliegt. Die Vorschrift beinhaltet die Ausnahmegründe, dass die jeweilige Serviceeinrichtung oder Leistung entweder nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes ist (Anstrich 1), dass die jeweilige

Serviceeinrichtung oder Leistung in einem wettbewerbsorientierten Umfeld mit einer Vielzahl von Wettbewerbern steht (Anstrich 2) oder bei der Anwendung der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigt sein könnte (Anstrich 3).

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

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

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Rechtsgrundlage liegen für die Wartungseinrichtung und Reinigungsanlage (hierzu unter II.2.1.1) sowie für die Zuführungsgleise vor (hierzu unter II.2.1.2) vor. In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich dieser Einrichtungen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 Buchstaben a) bis d) und Buchstabe m) sowie Art. 5 derselben auszunehmen (hierzu unter II.2.1.3).

II.2.1.1 Wartungseinrichtung und Reinigungsanlage

Die Antragstellerin erbringt die hier in Rede stehenden Leistungen der Instandhaltung von Güterwagen und der Instandhaltung von Kesselwagen 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. – wenn auch nicht bindend – IRG Rail 18 (7), Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 30.

Hinsichtlich der Frage des Ausmaßes des Wettbewerbs ist für die Beschlusskammer insbesondere der Umstand, in welchem Umfang es weitere Wettbewerber gibt, maßgeblich. Darüber hinaus sind weitere Umstände in Betracht zu ziehen. Dies sind etwa die Möglichkeit für den Markteintritt Dritter, die verfügbare Kapazität, die Umsätze und Marktanteile konkurrierender Anbieter oder die ausgleichende Nachfragemacht. Auch dies stimmt überein mit den von den europäischen Regulierungsstellen erarbeiteten und veröffentlichten gemeinsamen Entscheidungsgrundsätzen für die Anwendung der in Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 genannten Kriterien,

vgl. – wenn auch nicht bindend – IRG Rail 18 (7), Common Principles on granting exemptions under Article 2 (2) of Commission Implementing Regulation (EU) 2017/2177, Rn. 35 - 37.

Die Beschlusskammer zieht zur Beurteilung, ob ein wettbewerbsorientierter Markt vorliegt, die Ergebnisse des Wartungseinrichtungsberichts heran, soweit nicht eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nunmehr eine abweichende Betrachtung erfordert. Denn im Rahmen des Berichts wurden die oben aufgeführten Kriterien zur Prüfung des Ausmaßes des Wettbewerbs

herangezogen. Zur Prüfung des Grades der Marktöffnung und des Umfangs des Wettbewerbs hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Marktuntersuchung je Markt fünf Untersuchungsfelder in den Blick genommen. Zunächst wurden die Strukturen des jeweiligen Instandhaltungsmarktes und des mit ihm in Verbindung stehenden Verkehrsmarktes untersucht. Zudem wurden der Anteil und die jeweiligen Besonderheiten von Instandhaltung in Eigenproduktion und als fremdvergebene Leistung berücksichtigt. Berücksichtigt wurde daneben die Möglichkeit von Markteintritten und von Dienstleisterwechseln. Berücksichtigt wurden zudem weitere Erkenntnisse der Bundesnetzagentur über bestehende wettbewerbliche Hindernisse aus ihrer Tätigkeit als Regulierungsbehörde,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 6.

Für den Markt der Instandhaltung von Güterwagen ist danach in der Gesamtschau ein Markt mit stabilem Wettbewerb anzunehmen,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 218.

Aufgrund der hohen Anzahl von 56 Betreibern im Jahr 2023 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.

Für den Markt der Instandhaltung von Kesselwagen mit 18 Betreibern im Jahr 2023 ist ebenfalls in der Gesamtschau ein Markt mit stabilem Wettbewerb anzunehmen,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 231.

Der Markt beruht oftmals auf direkten und loyalen Beziehungen, vermutlich aufgrund der geringen Zahl an Marktteilnehmern. Bei der Vertragsanbahnung werden vorrangig Leistungsanfragen als auch Direktvergaben genutzt. Markteintrittshürden sind vorhanden, aber nicht als wesentliches Hindernis für den Wettbewerb einzustufen. Meldungen von Marktteilnehmern zur Existenz von Diskriminierungspotentialen durch vertikal integrierte Unternehmen liegen der Bundesnetzagentur nicht vor. Die nur geringe Zahl privater Wagenhalter mit ihrem hohen Bestand an Kesselwagen zeigt eher die Tendenz eines nachfragedominierten Marktes. Ausländische Wartungseinrichtungen werden von Nachfragern auch aufgrund ihrer Lage rege genutzt und vor allem von den großen Wagenhaltern in vielen europäischen Einsatzländern angefahren. Die Mehrheit der Anbieter, aber auch der Nachfrager sieht die wettbewerbliche Situation auf dem betrachteten Markt positiv, wobei sie vor allem in Zukunft Kapazitätsengpässe sehen.

Die Beschlusskammer erkennt keine wesentlichen Entwicklungen auf den betroffenen Märkten seit Abschluss der vorgenannten Untersuchung, die eine abweichende Einschätzung der wettbewerblichen Verhältnisse nahelegen würden.

Am Standort der Wartungseinrichtung betreibt sie zudem eine Reinigungsanlage für Kesselwagen. Hierbei handelt es sich um eine andere technische Einrichtung im Sinne der Anlage 2

Nr. 2 Buchstabe f) zu den §§ 10 bis 14 ERegG. Aufgrund der Heterogenität anderer technischer Einrichtungen hat die Beschlusskammer für deren Bewertung keine allgemeingültigen Kriterien aufgestellt, sondern passt die Beurteilungskriterien dem Einzelfall entsprechend an.

Im vorliegenden Fall sind Wartungseinrichtung und Reinigungsanlage gesamthaft zu betrachten. Der Bundesnetzagentur liegen Erkenntnisse aus ihrem Wartungseinrichtungsbericht vor, wonach Anlagen für die Kesselwagenreinigung neben der entsprechenden Wartungseinrichtung stets vorgehalten werden müssen,

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 221.

Eine Trennung erscheint daher nicht sachgerecht. Vielmehr lässt sich aus dem wettbewerblichen Umfeld, in dem die Antragstellerin Leistungen der Instandhaltung von Kesselwagen erbringt, auch hinsichtlich der Reinigungsanlage auf eine Leistungserbringung in einem wettbewerblichen Umfeld schließen.

II.2.1.2 Zuführungsgleise

Die hier in Rede stehenden Zuführungsgleise der Antragstellerin sind als Serviceeinrichtung zu qualifizieren (hierzu unter II.2.1.2.1) und unter Berücksichtigung der Kriterien der Auslastung der Einrichtung (hierzu unter II.2.1.2.2), der Art und des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.1.2.3) sowie der Art der in der Einrichtung angebotenen Leistungen (hierzu unter II.2.1.2.4) in einer Gesamtschau (hierzu unter II.2.1.2.5) als ohne strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts anzusehen.

II.2.1.2.1 Zuführungsgleise als Serviceeinrichtung

Bei den antragsgegenständlichen Zuführungsgleisen handelt es sich um Serviceeinrichtungen im Sinne der Anlage 2 Nr. 2 Buchstabe h) zu den §§ 10 bis 14 ERegG. Danach zählen zu den Serviceeinrichtungen auch Hilfseinrichtungen, zu denen wiederum auch Zuführungsgleise gehören.

Der Begriff des Zuführungsgleises ist gesetzlich nicht definiert und auch unionsrechtlich nicht vorgegeben. Die notwendige Auslegung des Begriffs des Zuführungsgleises muss richtlinienkonform ausgehend vom Oberbegriff der Hilfseinrichtung erfolgen. Die Auslegung hat sicherzustellen, dass Infrastrukturen, die unionsrechtlich als Eisenbahnanlagen zu qualifizieren wären, aufgrund der abweichenden Rechtsfolgen nicht als Serviceeinrichtungen eingeordnet werden. Dies spricht für eine enge Auslegung des Begriffs des Zuführungsgleises. Andererseits müssen die als Zuführungsgleise einzuordnenden Infrastrukturen sich unter den europarechtlich vorgegebenen Begriff der Hilfseinrichtungen subsumieren lassen. Dem Begriff Hilfseinrichtung ist eine untergeordnete, dienende, unselbständige Funktion zu entnehmen. Zuführungsgleise sind daher solche, die dem Anschluss einer Serviceeinrichtung an das Schienennetz eines Betreibers der Schienenwege dienen. Auch die verkehrliche Nutzung sollte grundlegend von untergeordneter Bedeutung sein und einen notwendigen Zwischenschritt in einem größeren Zusammenhang darstellen.

Gemessen an diesen Anforderungen erweisen sich die antragsgegenständlichen Zuführungsgleise sämtlich als Hilfs- und damit als Serviceeinrichtungen. Sie dienen dem Anschluss verschiedener anderer Serviceeinrichtungen an das Schienennetz der DB InfraGO AG im Bahnhof Frankfurt-Höchst. Die verkehrliche Nutzung hat nur eine untergeordnete Bedeutung, weil sie lediglich erfolgt, um zu den einzelnen Serviceeinrichtungen oder von dort wieder auf das Schienennetz der DB InfraGO AG zu gelangen. Die Zuführungsgleise mit den Gleisnummern 42, 72, 73, 80 und 82 sind dabei als eigenständige Serviceeinrichtungen zu betrachten, auch

wenn sie nicht zu anderen Serviceeinrichtungen als der Wartungseinrichtung und der Reinigungsanlage führen.

II.2.1.2.2 Auslastung der Einrichtungen

Die Auslastung spricht gegen die Annahme einer strategischen Bedeutung.

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

Die Beschlusskammer versteht unter der Auslastung der Einrichtung die tatsächlich erbrachte Leistung in der Serviceeinrichtung im Verhältnis zur potenziell möglichen Maximalauslastung der Serviceeinrichtung. Eine besonders hohe Auslastung kann gegen eine Ausnahme sprechen, weil sie auf eine hohe Nachfrage der Zugangsberechtigten schließen lässt, die wiederum Rückschlüsse auf die strategische Bedeutung der zu betrachtenden Serviceeinrichtung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts zulässt. Bei Zuführungsgleisen 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 Einrichtungen gering. Nach Angaben der Antragstellerin liegt die derzeitige Auslastung bei ca. [REDACTED] Prozent.

II.2.1.2.3 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

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

Die Durchführungsverordnung verlangt zunächst 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. Derartige Besonderheiten sind hier nicht ersichtlich.

Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht gegen eine strategische Bedeutung. Zur Bestimmung des Umfangs des potenziell betroffenen Verkehrs zieht die Beschlusskammer den bisherigen Verkehr heran, der die Abstell- und Ladegleise 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.

Für Zuführungsgleise hat die Beschlusskammer bislang keinen Schwellenwert definiert. Die Antragstellerin gibt einen Umsatz in Höhe von [REDACTED] Euro an. Setzt man den für Abstellgleise definierten Schwellenwert in Höhe von 130.000 Euro an, liegt der Umsatz der Antragstellerin deutlich darunter. Der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs spricht daher gegen eine strategische Bedeutung.

II.2.1.2.4 Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen

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

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

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

II.2.1.2.5 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 Zuführungsgleise der Antragstellerin nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes sind. Die geringe Auslastung und der geringe Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sprechen aus Sicht der Beschlusskammer maßgeblich gegen eine strategische Bedeutung der Einrichtungen der Antragstellerin für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes.

II.2.1.3 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin in dem aus dem Tenor zu 1. ersichtlichen Umfang antragsgemäß 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, 10. Auflage 2023, § 40, Rn. 10.

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

vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand: 45. EL Januar 2024, § 114, Rn. 19.

Aus Erwägungsgrund Nr. 2 der DVO (EU) 2017/2177 ergibt sich, dass die verordnungsgebende 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 kein Umstand ersichtlich, welcher einer Ausnahme von der Anwendung der vorbenannten Vorschriften der Durchführungsverordnung entgegenstünde. Dabei hat die Beschlusskammer auch berücksichtigt, dass ihr derzeit keine Beschwerden von Zugangsberechtigten hinsichtlich der Antragstellerin vorliegen, die aktuell eine anderweitige Entscheidung rechtfertigen könnten.

II.2.2 Befreiung der Antragstellerin von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG (Tenor zu 2.)

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die im Tenor zu 2. benannten und von ihr betriebenen Serviceeinrichtungen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG mit Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

Die Bundesnetzagentur soll einen Betreiber von Serviceeinrichtungen von der Anwendung bestimmter Vorschriften des ERegG 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, die vergleichbare Leistungen erbringen, betrieben oder erbracht wird, oder bei der Anwendung der Verordnung das Funktionieren des Marktes für Serviceeinrichtungen beeinträchtigt sein könnte (§ 2b Abs. 2 ERegG).

Eine Befreiung erfolgt nach denselben Voraussetzungen wie eine Ausnahme nach Art. 2 Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177, um eine einheitliche Entscheidung über Befreiungen von Betreibern von Serviceeinrichtungen zu gewährleisten,

vgl. die Begründung zur ERegG-Novelle, BT-Drucks. 19/27656, S. 80.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen liegen vor (dazu unter II.2.2.1), so dass die Befreiung zu erteilen ist (dazu unter II.2.2.2).

II.2.2.1 Tatbestand

Hinsichtlich der Zuführungsgleise führt eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen, der Art und des Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen vorzunehmende Gesamtabwägung dazu, dass die Einrichtungen der Antragstellerin als nicht strategisch bedeutsam für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes i. S. d. § 2b Abs. 2 Nr. 1 ERegG anzusehen sind.

Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter II.2.1.1 und II.2.1.2 verwiesen.

II.2.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin zu befreien. § 2b Abs. 2 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, 10. Auflage 2023, § 40, Rn. 26;
Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand: 45. EL Januar 2024,
§ 114, Rn. 24 f.

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

II.3 Hinweis

Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die gewährte Ausnahme und Befreiung gemäß Art. 2 Abs. 4 DVO (EU) 2017/2177 bzw. § 2b Abs. 4 zu widerrufen hat, wenn die Kriterien für ihre Gewährung nicht länger erfüllt werden. Die Beschlusskammer bittet daher die Antragstellerin um einen Hinweis, sollten sich wesentliche Umstände, die zu der Ausnahme bzw. Befreiung geführt haben, verändern.

Rechtsbehelfsbelehrung

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Geers

Dr. Leupold

Dr. Arnade

Der Vorsitzende Dr. Geers war zum Zeitpunkt der Unterzeichnung abwesend. Er hat an der Entwurfsfassung mitgewirkt.