



BK10-21-0165_B

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren
aufgrund der Anträge

der Plasser Robel Services GmbH (vormals: Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH),
Friedrich-Eckart-Str. 35, 81929 München, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 29.07.2021 auf Ausnahme von der Anwendung verschiedener Vorschriften der Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 vom 22.11.2017 über den Zugang zu Serviceeinrichtungen und schienenverkehrsbezogenen Leistungen (DVO (EU) 2017/2177) und auf Befreiung von verschiedenen Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG),

– Verfahrensbevollmächtigter:

der Antragstellerin:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

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 17. Okt. 2022

beschlossen:

1. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistungen der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 lit. a) bis d) und lit. m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177, ausgenommen.
2. Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistungen der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter 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 Leistungen der Antragstellerin unterliegen der Regulierung	5
II.2.2 Prüfung erfolgt leistungsbezogen	7
II.2.3 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin hinsichtlich der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen (Markt 15)	8
II.2.3.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 8	
II.2.3.1.1 Strategische Bedeutung gemäß Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 9	
II.2.3.1.1.1 Auslastung der Einrichtung	9
II.2.3.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs	9
II.2.3.1.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung	11
II.2.3.1.1.4 Gesamtabwägung	12
II.2.3.1.2 Rechtsfolge	12
II.2.3.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG	13
II.2.3.2.1 Tatbestand	13
II.2.3.2.2 Rechtsfolge	13
II.2.4 Hinweis	13
Rechtsbehelfsbelehrung	14

I. Sachverhalt

Die Antragstellerin ist ein nichtbundeseigenes Eisenbahninfrastrukturunternehmen, welches Wartungseinrichtungen in Leverkusen/Opladen und Freilassing betreibt.

Die Antragstellerin ist Teil der sog. Plasser & Theurer Unternehmensgruppe, zu der ebenfalls die Plasser & Theurer, Export von Bahnbaumaschinen, Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in Wien, Österreich gehört. Hierbei handelt es sich um ein Unternehmen, welches sich auf die Herstellung und den Vertrieb von Bahnbaumaschinen spezialisiert hat.

In den Wartungseinrichtungen werden ausschließlich Leistungen der Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen angeboten. Als Eisenbahnverkehrsunternehmen ist die Antragstellerin nicht tätig.

Mit Schreiben vom 29.07.2021, am gleichen Tage bei der Bundesnetzagentur eingegangen, wandte sich die Antragstellerin mit dem Ziel an die Bundesnetzagentur, dass diese sie von der Anwendung bestimmter Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 ausnimmt und sie von bestimmten Pflichten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) befreit.

Am 30.07.2021 hat die Beschlusskammer daraufhin das vorliegende Ausnahme- bzw. Befreiungsverfahren eröffnet, dies am 30.07.2021 auf ihren Internetseiten veröffentlicht und dabei auf die Möglichkeit der Hinzuziehung zu diesem Verfahren hingewiesen. Hinzuziehungsanträge sind im Laufe des Verfahrens nicht gestellt worden.

Die Antragstellerin beantragt wörtlich

eine Befreiung der Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH gem. Art. 2 Abs. 2 Durchführungsverordnung (EU) 2017/2177 von der Durchführungsverordnung 2017/2177 und gem. § 2b Abs. 2 ERegG von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 ERegG unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, ihre Anträge seien bereits dadurch begründet, dass hinsichtlich der von ihr angebotenen Leistungen kein Zugangsanspruch gemäß §§ 10, 14 ERegG vorliege. Die Leistungen würden ausschließlich Gleisbauunternehmen angeboten, welche grds. nicht als Zugangsberechtigte gemäß § 1 Abs. 12 ERegG anzusehen seien. Daneben würden aufgrund der ausschließlichen Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen letztlich ausschließlich spezielle Leistungen angeboten und erbracht, die für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts, insbesondere aufgrund der speziellen Art der Instandhaltungsleistungen, nicht von strategischer Bedeutung seien. Zudem beträfen die speziellen Instandhaltungsleistungen den Eisenbahnverkehr nicht, auch weil die Gleisbaufahrzeuge nicht dem Transport dienten.

Die Antragstellerin hat im Laufe des Verfahrens ein Anhörungsschreiben der Beschlusskammer beantwortet. Sie hat hierin den allein bestehenden Fremdkundenumsatz sowie die durchschnittliche Auslastung der Wartungseinrichtungen und die Art der instandgehaltenen Fahrzeuge näher dargelegt.

Eine öffentliche mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden.

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

II. Gründe

Dem Ausnahme- und Befreiungsantrag wird stattgegeben.

Diese Entscheidung beruht auf Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 und § 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 ergibt sich aus § 77 Abs. 1 Satz 1 ERegG i. V. m. § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG).

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

Die Bundesnetzagentur hat das Verfahren am 30.07.2021 auf ihrer Internetseite veröffentlicht. Sie hat dabei eine Frist bis zum 13.08.2021 festgelegt, binnen derer Hinzuziehungsanträge gestellt werden konnten. Bei der Beschlusskammer sind keine Hinzuziehungsanträge eingegangen.

Die Entscheidung ergeht nach Anhörung der Beteiligten (§ 77 Abs. 6 Satz 1 ERegG). In Ausübung des ihr gemäß § 77 Abs. 6 Satz 3 ERegG zustehenden Ermessens hat die Beschlusskammer von der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung abgesehen.

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

II.2 Materielle Rechtmäßigkeit

Der Beschluss ergeht materiell rechtmäßig.

Die Leistungen der Antragstellerin unterliegen der Regulierung (hierzu unter II.2.1). Die hinsichtlich der Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen gestellten Anträge der Antragstellerin sind bei gebotener Auslegung als einerseits ein Antrag gerichtet auf *Ausnahme* von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 lit. a) bis d) und lit. m) sowie Art. 5 DVO (EU) 2017/2177 gemäß ihres Art. 2 Abs. 2 sowie andererseits ein Antrag auf *Befreiung* von bestimmten Vorgaben des ERegG gemäß § 2b Abs. 2 ERegG zu verstehen. Beiden Anträgen ist bei gebotener leistungsbezogener Betrachtung (dazu unter 0) stattzugeben (dazu unter II.2.3).

II.2.1 Leistungen der Antragstellerin unterliegen der Regulierung

Die Leistungen der Antragstellerin unterliegen der Regulierung. Insbesondere besteht grds. ein Anspruch jedes Zugangsberechtigten auf Zugang zu den betreffenden Leistungen im Sinne der §§ 10 Abs. 3, 11 Abs. 2 und 14 ERegG.

Gemäß § 10 Abs. 3 ERegG hat jeder Zugangsberechtigte das Recht auf Zugang einschließlich des Schienenzugangs zu den in Anlage 2 Nr. 2 zum ERegG genannten Einrichtungen zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen.

Nach § 11 Abs. 2 ERegG hat jeder Betreiber einer Serviceeinrichtung für alle Zugangsberechtigten die Leistungen, die in den in Anlage 2 Nr. 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG genannten Einrichtungen erbracht werden, zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu erbringen. § 11 Abs. 2 ERegG ist lediglich insoweit nicht anzuwenden, als ein

auf Grund des Artikels 13 Abs. 9 der Richtlinie 2012/34/EU (RL 2012/34/EU) erlassener Rechtsakt – die DVO (EU) 2017/2177 – eine inhaltgleiche oder entgegenstehende Regelung trifft.

Gemäß Anlage 2 Nr. 2 lit. e) zu den §§ 10 bis 14 ERegG wird u. a. der Zugang zu Leistungen, die in Wartungseinrichtungen erbracht werden, mit Ausnahme von Leistungen im Rahmen der schweren Instandhaltung, die für Hochgeschwindigkeitszüge oder andere Arten von Fahrzeugen erbracht werden, die besonderer Einrichtungen bedürfen, gewährt.

Hiervon umfasst sind demgemäß auch die Leistungen im Bereich der Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen, die die Antragstellerin in ihren Wartungseinrichtungen nach eigenem Vortrag ausschließlich erbringt.

Sofern die Antragstellerin annimmt, dass die Voraussetzungen eines Zugangsanspruchs aufgrund des Umstands nicht erfüllt seien, dass ihre Leistungen ausschließlich Gleisbauunternehmen angeboten würden und hiermit andeutet, dass sie von einer Anwendung der Vorschriften des ERegG ohnehin und unabhängig von einer ausgesprochenen Ausnahme oder Befreiung entbunden sei, ist dem nicht zu folgen.

Zum einen beruht das Verständnis der Antragstellerin auf der unzutreffenden Annahme, dass Gleisbauunternehmen per se nicht zum Kreis der Zugangsberechtigten zu zählen wären. Diese Annahme übersieht indes die Öffnung des § 1 Abs. 12 ERegG dahingehend, dass Zugangsberechtigte nicht nur Eisenbahnverkehrsunternehmen oder internationale Gruppierungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen sein können (§ 1 Abs. 12 Nr. 1 ERegG), sondern grds. auch andere juristische oder natürliche Personen (§ 1 Abs. 12 Nr. 2 ERegG). Aus dem Gesetzeswortlaut, welcher einzelne Gruppen hervorhebt („insbesondere“), Systematik, Historie und Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ergibt sich zwar auch, dass der Kreis der Zugangsberechtigten nicht so weit zu ziehen ist, dass er alle juristischen und natürlichen Personen umfasst,

vgl. insb. *Otte*, in: *Kühling/Otte*, AEG/ERegG, 2020, § 1 ERegG, Rn. 104.

Jedoch sind Gleisbauunternehmer zum Kreis der Zugangsberechtigten hinzuzuzählen.

Denn sie sind regelmäßig aufgrund ihrer Eigenschaft als Halter von Gleisbaufahrzeugen, welche in den Wartungseinrichtungen der Antragstellerin instandgehalten werden, in einem vergleichbaren Maß am Eisenbahnverkehr beteiligt wie Eisenbahnverkehrsunternehmen (etwa durch Fahrten der Gleisbaufahrzeuge an den Ort des Einsatzes o.ä.). Die Vergleichbarkeit rührt hierbei nicht daher, dass ein ähnliches Transport- bzw. Beförderungsbedürfnis wie bei Eisenbahnverkehrsunternehmen befriedigt wird, sondern daraus, dass die Beteiligung am Schienenverkehr als Halter von Eisenbahnfahrzeugen vergleichbare Rechte und Pflichten auslöst wie im Falle eines Eisenbahnverkehrsunternehmens.

Insbesondere die Pflicht zur Erlangung einer Unternehmensgenehmigung nach § 6 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG), welche Eisenbahnverkehrsunternehmen (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AEG) ebenso wie Fahrzeughalter, welche selbständig am Eisenbahnbetrieb teilnehmen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 AEG), gleichermaßen trifft, legt diese Gleichsetzung nahe,

vgl. auch: *Karnop*, in: *Kühling/Otte*, AEG/ERegG, 2020, § 6 AEG, Rn. 18.

Dabei ist auch hervorzuheben, dass es für die Frage der Haltereigenschaft unter Rückgriff auf die im Straßenverkehr geltende Definition des Halters im Sinne des § 7 Straßenverkehrsgesetz (StVG) nicht auf das Rechtsverhältnis des Gleisbauunternehmens zum Fahrzeug und insbesondere nicht auf eine existierende oder nichtexistierende Eigentümerstellung ankommt.

Ausschlaggebend ist, ob der Unternehmer oder das Unternehmen tatsächlich und wirtschaftlich der Verantwortliche für den Einsatz des betreffenden Fahrzeuges ist und demgemäß für die von diesem Fahrzeug ausgehenden Gefahren nach dem Gesetz zur Verantwortung gezogen werden soll bzw. einer Unternehmensgenehmigung nach dem AEG bedarf,

vgl. Laws/Lohmeyer/Vinke in: Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 1. Aufl., § 7 StVG (Stand: 25.03.2020), Rn. 120.

Unabhängig von der Frage der Haltereigenschaft dürfte indes auch das wirtschaftliche Interesse an einem Zugang zum Schienennetz einerseits und zu den Leistungen in Serviceeinrichtungen andererseits, welche einen Einsatz der Gleisbaufahrzeuge erst dauerhaft ermöglichen, für die Eigenschaft eines Zugangsberechtigten sprechen. Hinzu kommt die Bedeutung des Einsatzes von Gleisbaufahrzeugen als eine Art „Vorleistung“ für andere Verkehre (hierzu ebenfalls unter II.2.3.1.1.2).

Hierauf kommt es jedoch letztlich nicht entscheidend an. Denn die Betrachtung der Antragstellerin führt zum anderen zu der unzutreffenden Annahme, dass es in der Sphäre des Betreibers einer Serviceeinrichtung läge, zu entscheiden, welchen Personen oder Unternehmen es seine Leistungen anbietet und hierdurch den Grad seiner Betroffenheit durch Regelungen des Eisenbahnregulierungsrechts selbst zu bestimmen. Das nationale und auch das europäische Recht gehen demgegenüber indes von einem anderen Verständnis aus. Nach den vorzitierten Normen des ERegG haben Zugangsberechtigte im Sinne des § 1 Abs. 12 ERegG einen Zugangsanspruch zu Leistungen in einer bestimmten Einrichtung, sobald diese dem Begriff der Serviceeinrichtung nach Anlage 2 Nr. 2 zu den §§ 10 bis 14 ERegG unterfällt, und nicht erst dann, wenn der Betreiber dieser Serviceeinrichtungen explizit auf Zugangsberechtigte zugeht, um diesen seine Leistungen anzubieten. Dass Wartungseinrichtungen nach Anlage 2 Nr. 2 lit. e) zum ERegG dem Begriff der Serviceeinrichtung unterfallen, wird durch das Gesetz deutlich zum Ausdruck gebracht. Insofern kann sich die Antragstellerin als Betreiberin solcher Wartungseinrichtungen nicht auf den Standpunkt zurückziehen, das ERegG fände auf ihre Serviceeinrichtung keine Anwendung.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bestätigt diese Sichtweise auch in Bezug auf europäische Rechtsakte im Bereich des Eisenbahnregulierungsrechts. Der EuGH hat geurteilt, dass die Definition des Ausdrucks „Serviceeinrichtung“ im Sinne von Art. 3 Nr. 11 RL 2012/34/EU (im nationalen Recht umgesetzt in § 2 Abs. 9 AEG) auf einem objektiven Kriterium, nämlich der technischen Eignung einer Infrastruktur zur Erbringung bestimmter Leistungen, beruht und kein Kriterium mit Bezug auf die Nutzer dieser Leistungen aufstellt. Ein solches Kriterium ist sowohl von der Art oder der Einstufung der Rechtsgrundlage unabhängig, aufgrund derer eine derartige Einrichtung betrieben wird, als auch von der Identität der Nutzer der Leistungen,

vgl. EuGH, Urteil vom 15.07.2021, Rs. C-60/20 („Latvijas dzelzceļš” VAS ./ Valsts dzelzceļa administrācija), Rn. 39 (juris).

II.2.2 Prüfung erfolgt leistungsbezogen

Die Beschlusskammer prüft die Möglichkeit der Ausnahme der Antragstellerin von den Vorgaben der DVO (EU) 2017/2177 sowie eine Befreiung der Antragstellerin nach § 2b Abs. 2 ERegG nicht standortbezogen, sondern differenziert nach den von der Antragstellerin angebotenen Leistungen.

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

standortbezogen, sondern leistungsbezogen ist. Insbesondere für die Frage einer etwaigen Befreiung oder Ausnahme aufgrund eines bestehenden wettbewerblichen Umfelds ist zunächst die Substituierbarkeit der Leistung und das jeweilige maßgebliche geografische Gebiet zu bestimmen.

Tatsächlich hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des nach den §§ 64 und 65 ERegG erstellten und im April 2020 veröffentlichten Berichts zu den Märkten für Wartungseinrichtungen für Eisenbahnen¹ (Wartungseinrichtungsbericht) verschiedene Märkte für Instandhaltungsleistungen definiert. Untersucht wurde namentlich die Frage, ob auf den entsprechenden Märkten Verhältnisse bestehen, die einem unverfälschten Wettbewerb entsprechen. Aus Sicht der Beschlusskammer kann die darin vorgenommene Definition der Märkte auch im Zusammenhang mit der Entscheidung über etwaige Ausnahmen und Befreiungen für Wartungsleistungen verwendet werden. Die im Wartungseinrichtungsbericht vorgenommene sachliche Abgrenzung baut vor allem auf technischen Gegebenheiten wie den technischen Fahrzeugunterschieden, der unterschiedlichen Ausstattung und dem abweichenden „Know-how“ in Wartungseinrichtungen auf und berücksichtigt zudem die Struktur der Anbieter- und Nachfragerseite. Sie geht vom Bedarfsmarktkonzept aus, nach welchem zunächst danach geschaut wird, welche Anbieter aus Nachfragersicht jeweils in Frage kommen. Eine Differenzierung nach Verkehrsdiensten wurde dabei auch angewendet, soweit dies sinnvoll war. Dies betrifft etwa die betriebsnahe Instandhaltung im Schienenpersonennahverkehr, da hier ein wesentlich anderes Betriebs- und damit Wartungskonzept gegeben ist als bei anderen Verkehrsdiensten. Eine Unterscheidung nach Verkehrsdiensten bei anderen Märkten erscheint hingegen weniger sinnvoll.

II.2.3 Ausnahme und Befreiung der Antragstellerin hinsichtlich der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen (Markt 15)

Hinsichtlich der dem Markt für die Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen (Markt 15) zuordenbaren Leistungen der Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen wird die Antragstellerin nach Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177 ausgenommen (hierzu unter II.2.3.1) und nach § 2b Abs. 2 ERegG (hierzu unter II.2.3.2) befreit.

II.2.3.1 Ausnahme gemäß Art. 2 Abs. 1 UAbs. 1 i. V. m. Abs. 2 DVO (EU) 2017/2177

Dem Antrag auf Ausnahme von der Anwendung aller Vorschriften der DVO (EU) 2017/2177 mit Ausnahme von Art. 4 Abs. 2 lit. a) bis d) und lit. m) sowie Art. 5 wird stattgegeben.

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 lit. a) bis d) und lit. m) sowie Art. 5, ausgenommen zu werden. Voraussetzung für eine stattgebende Ausnahmedecision 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).

¹ Der Bericht ist unter der Internetadresse www.bundesnetzagentur.de/werkstattstudie abrufbar.

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.

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

II.2.3.1.1 Strategische Bedeutung gemäß Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177

Bezogen auf die durch die Antragstellerin erbrachten Leistungen der Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen führt eine auf der Grundlage der Kriterien der Auslastung der Einrichtungen (hierzu unter II.2.3.1.1.1), Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs (hierzu unter II.2.3.1.1.2) sowie der Art der in den Einrichtungen angebotenen Leistungen (dazu unter II.2.3.1.1.3) vorzunehmende Gesamtabwägung (hierzu unter II.2.3.1.1.4) dazu, dass die Einrichtung der Antragstellerin keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes i. S. d. Art. 2 Abs. 2 Anstrich 1 DVO (EU) 2017/2177 anzusehen ist.

II.2.3.1.1.1 Auslastung der Einrichtung

Die Einrichtungen sind hoch ausgelastet.

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.

Laut Angaben der Antragstellerin beträgt der durchschnittliche Auslastungsgrad 70 bis 80 Prozent.

Die hohe Auslastung spricht demnach zunächst für eine strategische Bedeutung.

II.2.3.1.1.2 Art und Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs

Während der Umfang des potenziell betroffenen Verkehrs für eine strategische Bedeutung spricht, ist dies hinsichtlich der Art des betroffenen Verkehrs zu verneinen.

Zur Bestimmung des Umfangs des potentiell 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,

vgl. Bundesnetzagentur, Leitlinien zur Befreiung für Betreiber von Serviceeinrichtungen, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Eisenbahnen/Veroeffentlichungen/Leitlinien/Leitfaden_Au_sn_Befrei/3_Betreiber_Serviceeinrichtung/Unterpunkte/Bewertung_ServiceE/Wartungseinrichtungen.html?nn=1063824.

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. EUR, der in etwa dem durchschnittlichen Gesamtumsatz sämtlicher Betreiber von Wartungseinrichtungen entspricht. Denn betrachtet man den durchschnittlichen Umsatz über sämtliche Märkte von Wartungseinrichtungen hinweg, würden unterschiedlich aufwendige und mithin unterschiedlich teure Instandhaltungsleistungen miteinander verglichen, sodass die Umsatzhöhe nicht in erster Linie auf dem Umfang der in Anspruch genommenen Leistungen beruhen muss. Der marktspezifische durchschnittliche Umsatz stellt demgegenüber einen Schwellenwert dar, anhand dessen sich die Inanspruchnahme einer Einrichtung und mithin die Relevanz einer Einrichtung für den jeweiligen Markt im Vergleich zu den sonstigen Einrichtungen, in welcher die jeweiligen Leistungen erbracht werden, besser ermitteln lässt.

Der Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs spricht in Summe aufgrund der ansteigenden Umsätze und insbesondere dem im Vergleich zum marktspezifischen durchschnittlichen Gesamtumsatz deutlich höheren Umsatz der Antragstellerin in 2019 für eine strategische Bedeutung.

Hinsichtlich der Art des potentiell betroffenen Verkehrs liegt indes keine strategische Bedeutung vor.

Die DVO (EU) 2017/2177 verlangt zudem 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.

Gleisbau- und Sonderfahrzeuge werden im Gegensatz zu dem Großteil anderer Fahrzeuge nicht für Transporte von Fahrgästen oder Gütern verwendet, sondern sie sind erforderlich, um die Schienenwege instand zu halten, im Winter zu räumen, sie auszubauen oder in Ausnahmesituationen Unterstützung zu leisten. Vor diesem Hintergrund weisen sie nach Auffassung der Beschlusskammer regelmäßig keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts im Sinne des Art. 2 Abs. 2 1. Variante der DVO (EU) 2017/2177 auf. Es liegt ein qualitativer Unterschied zwischen der Erbringung von Leistungen im Schienenver-

kehr, d.h. dem Transport von Personen oder Gütern, sowie der Erbringung von Instandhaltungsleistungen im Schienennetz vor. Bei letzterem handelt es sich gewissermaßen um einen Annex zum Betrieb des Schienennetzes, der für die Erbringung von Schienenverkehrsleistungen eine wesentliche Vorleistung darstellt.

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

vgl. Wartungseinrichtungsbericht, S. 249 f.

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

Dass die Wartung von Gleisbau- und Sonderfahrzeuge keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts aufweist, ergibt sich indirekt auch aus der DVO (EU) 2017/2177 sowie der Richtlinie 2012/34/EU. Die DVO (EU) 2017/2177 stellt im 1. Erwägungsgrund klar, dass die Bestimmungen über den Zugang zu den in Serviceeinrichtungen erbrachten Leistungen unter Berücksichtigung des Zwecks und des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2012/34/EU nur für die Leistungen gelten, die mit der Erbringung von Schienenverkehrsdiensten im Zusammenhang stehen. Damit ist nach Auffassung der Beschlusskammer nicht die Aussage verbunden, dass die Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen generell nicht vom Anwendungsbereich der europarechtlichen Vorgaben erfasst ist. Allerdings wird deutlich, dass der Schwerpunkt auf der Erbringung von Schienenverkehrsdiensten, also der Abwicklung von Transportaufträgen, liegt. Diese Zielrichtung kommt auch in den Erwägungsgründen der Richtlinie 2012/34/EU zum Ausdruck: Der zweite Erwägungsgrund stellt die Bedeutung eines Zusammenwachsens des Verkehrsmarkts für den Binnenmarkt der Union sowie der Eisenbahn für eine nachhaltige Mobilität heraus. Im achten Erwägungsgrund wird wiederum das Ziel angeführt, den Wettbewerb im Bereich der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen zu stimulieren. Daraus lässt sich ableiten, dass die Erbringung von Instandhaltungsleistungen am Schienennetz keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts hat. Insofern stellt die Wartung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen einen Spezialfall dar, der nicht mit der Instandhaltungen der übrigen Schienenfahrzeuge zu vergleichen ist, die regelmäßig kommerziell im Schienenverkehrsmarkt genutzt werden. Sollten sich dazu in Zukunft veränderte Umstände oder neue Erkenntnisse ergeben, wird die Beschlusskammer zu prüfen haben, ob sie erteilte Ausnahmen gemäß Art. 2 Abs. 4 der DVO (EU) 2017/2177 widerruft (dazu unter II.2.4).

II.2.3.1.1.3 Art der in der Einrichtung angebotenen Leistung

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

Nach Auffassung der Beschlusskammer soll anhand dieses qualitativen Kriteriums ermittelt werden, ob trotz einer geringen Nachfrage eine Ausnahme ausscheidet, weil beispielsweise

aufgrund von hoher Spezialität eine besondere strategische Bedeutung vorliegt oder ob umgekehrt eine Serviceeinrichtung, die hohe Umsätze verzeichnet, aufgrund von Besonderheiten der angebotenen Leistungen gleichwohl nicht als strategisch bedeutend anzusehen ist.

Aufgrund der Heterogenität von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen erfolgt deren Instandhaltung überwiegend in spezialisierten Wartungseinrichtungen. Teilweise erfolgt die Wartung dabei durch die Hersteller der Eisenbahnfahrzeuge oder den Fahrzeughalter. Gemeinsam haben die Fahrzeuge, dass bei ihrer Instandhaltung einerseits ähnliche technisch-mechanische und andererseits ähnliche elektronische Kenntnisse erforderlich sind. Da auf dem betrachteten Markt mehrere Anbieter grundsätzlich vergleichbare Leistungen anbieten, ist die Heterogenität der angebotenen Leistungen nicht ausreichend, um eine besondere strategische Bedeutung der Leistungen der Antragstellerin zu erkennen. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin in ihrer Antwort auf die Anhörung der Beschlusskammer insbesondere Stopfmaschinen und Schotterplaniermaschinen als instandgehaltene Fahrzeuge hervorgehoben hat.

II.2.3.1.1.4 Gesamtabwägung

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

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

In der Gesamtabwägung geht die Beschlusskammer davon aus, dass die Einrichtung der Antragstellerin im Hinblick auf die Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen keine strategische Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarktes aufweist. Zwar sprechen mit der Auslastung und dem Umfang des potentiell betroffenen Verkehrs zwei Kriterien für die Annahme einer strategischen Bedeutung. Demgegenüber ist jedoch die Art des potentiell betroffenen Verkehrs von entscheidender Bedeutung, weil die fehlende Eignung der Gleisbaufahrzeuge für die Erbringung von Schienenverkehrsdienstleistungen auch die Bedeutung einer vergleichsweise hohen Auslastung und des Umfangs in den Hintergrund drängt.

II.2.3.1.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin im Hinblick auf die Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen von der Anwendung der DVO (EU) 2017/2177, mit Ausnahme der Art. 4 Abs. 2 lit. a) bis d) und lit. 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 2018, § 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 Tatbestands-

voraussetzungen wahrnehmen muss. Letztlich kommt es nicht nur auf den Wortlaut der Vorschrift als maßgebliches Auslegungskriterium an, sondern auf deren teleologische und systematische Auslegung,

vgl. *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: 42. EL Februar 2022, § 114, Rn. 19.

Aus Erwägungsgrund Nr. 2 der DVO (EU) 2017/2177 ergibt sich, dass die 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 Wartungseinrichtungen 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.2.3.2 Befreiung gemäß § 2b Abs. 2 ERegG

Die Antragstellerin wird im Hinblick auf die Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen von den Pflichten des § 13 ERegG und des Kapitels 3 unter Ausnahme der §§ 21 und 43 ERegG befreit.

II.2.3.2.1 Tatbestand

Die von der Antragstellerin erbrachten Leistungen der Instandhaltung von Gleisbaufahrzeugen sind nicht von strategischer Bedeutung für das Funktionieren des Schienenverkehrsmarkts i. S. d. § 2b Abs. 2 Nr. 1 ERegG.

Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter Ziffer II.2.3.1.1 verwiesen.

II.2.3.2.2 Rechtsfolge

In der Folge ist die Antragstellerin hinsichtlich der Leistung der Instandhaltung von Gleisbau- und Sonderfahrzeugen 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, 9. Auflage 2018, § 40, Rn. 26; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: 42. EL Februar 2022, § 114, Rn. 24 f.

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

II.2.4 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 ERegG zu widerrufen hat, wenn die Kriterien für ihre Gewährung nicht länger erfüllt werden.

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. Leupöld

Dr. Arnade