



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az. BK7-20-004

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Antrag auf Freistellung von der Regulierung

Verfahrensbeteiligte

Nord Stream 2 AG, Baarerstraße 52, 6300 Zug, Schweiz, vertreten durch die Geschäftsführung, diese wiederum vertreten durch Matthias Warnig

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin: [REDACTED],

1) Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, Poland, vertreten durch den Vorstand,

Beigeladene zu 1),

2) PGNiG Supply & Trading GmbH, Arnulfstraße 19, 80335 München, vertreten durch die Geschäftsführung

Beigeladene zu 2),

- Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen zu 1) und zu 2): Becker Büttner Held, Rechtsanwälte Dr. Olaf Däuper und Johannes Nohl, Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin -

hat die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann,

durch ihre Vorsitzende Barbie Kornelia Haller,
ihre Beisitzerin Dr. Antje Peters
und ihren Beisitzer Dr. Werner Schaller

am 15.Mai 2020 beschlossen:

1. Die Anträge werden abgelehnt.
2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

In dem vorliegenden Verwaltungsverfahren begehrt die Antragstellerin eine Freistellung von der Regulierung gemäß § 28b Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) für die Gasverbindungsleitung Nord Stream 2 in Bezug auf den im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Leitungsabschnitt für die Dauer von 20 Jahren.

(1) Die Antragstellerin wurde am 4. Juli 2015 als Aktiengesellschaft gemäß Art. 620 ff. des Schweizer Obligationenrechts mit Sitz in Zug/Schweiz gegründet und firmierte zunächst als New European Pipeline AG (Handelsregister des Kantons Zug CHE-444.239.548). Die 100%ige Anteilseignerin der Antragstellerin war zunächst [REDACTED]

[REDACTED] die sodann am 2. Dezember 2016 und am 3. Februar 2017 jeweils die Hälfte der Anteile [REDACTED] übertrug, die nunmehr 100%ige Anteilseignerin der Antragstellerin ist. Zweck der Gesellschaft ist gemäß Art. 3 der Statuten „(...) die Planung, die Konstruktion, die Entwicklung und das Halten des Eigentums an, das Verwalten, den Betrieb, den Unterhalt und die Nutzung einer Pipeline, welche Gas von der russischen Küste bis zur deutschen Küste durch die Ostsee transportiert. (...)“. Zum Aufgabenbereich der Antragstellerin gehören somit der Bau und der spätere Betrieb der Nord Stream 2, die kommerzielle Abwicklung des Gastransports (Dispatching) und die Wartung aller technischen Komponenten des Leitungssystems.

(2) Die Nord Stream 2 ist eine Erdgas-Leitung, mit der in der Russischen Föderation gefördertes Erdgas aus den Gasfeldern der Jamal-Halbinsel in Sibirien über eine Strecke von rund 1.235 km in die Europäische Union transportiert werden soll. Die Leitung wird aus zwei getrennten mit einem Abstand von 55 bis 100 m parallel zueinander laufenden Strängen (A und B) bestehen, die eine Kapazität von zusammen 55 Mrd. m³/Jahr aufweisen werden. Sie verläuft von Ust Luga in der Russischen Föderation durch die Ostsee bis nach Lubmin in der Bundesrepublik Deutschland, wo sie mit der Onshore-Leitung Europäische Gas-Anbindungsleitung (EUGAL) verbunden werden soll. Außerdem wird über eine Anbindungsleitung eine Verbindung zur Nordeuropäischen Erdgasleitung (NEL) bestehen. Folgende Meereszonen werden passiert: die Nord Stream 2 beginnt im russischen Küstenmeer, quert dabei die ausschließlichen Wirtschaftszonen der Republik Finnland, des Königreichs Schweden sowie des Königreichs Dänemark und verläuft weiter durch die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ) und schließlich das deutsche Küstenmeer. Hinsichtlich des genauen Verlaufs wird auf Abbildung B I der Akte Bezug genommen.

Die Nord Stream 2 wird von der dänischen AWZ aus am Kilometerpunkt (KP)¹ 0 in die deutsche AWZ eintreten. Im deutschen Zuständigkeitsbereich verläuft sie von dort zunächst durch die AWZ bis zum KP 31.065, wo sie in das deutsche Küstenmeer im Sinne des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (SRÜ)² eintritt. Der KP 83.800 kennzeichnet den Übergang der Leitung in den Landabschnitt. Ab dort verlaufen die beiden Leitungsstränge im Landabschnitt durch zwei Mikrotunnel, unterqueren die Küstenlinie bei KP 84.136 und enden in der Anlandestation bei KP 84.500. Diese besteht u. a. aus der Molchempfangsstation, Absperr- und Notabsperrvorrichtungen, Kontrollständen, Gebäuden für Elektroinstallationen, einem System zum Abfackeln von Gas und befindet sich westlich des Hafens von Lubmin. In der Anlandestation liegt die Anlagengrenze des Leitungssystems am Übergang der Molchempfangsstation zur Erdgasempfangsstation. Der Bau und Betrieb der Molchempfangsstation, in der der Gasfluss über ein T-Stück und kleinere Leitungen in die benachbarte Erdgasempfangsstation erfolgt, sind vom Planfeststellungsbeschluss des Bergamts Stralsund vom 31. Januar 2018 umfasst. Die Erdgasempfangsanlage („Lubmin 2“), von der aus das Gas in die EUGAL, sowie über eine Anbindungsleitung in die NEL geleitet wird, ist hingegen nicht Teil der Nord Stream 2. Sie steht im Eigentum der Bruchteilseigentümer der EUGAL und wird von der GASCADE Gastransport GmbH betrieben. Durch die EUGAL wird die Nord Stream 2 indirekt mit der Norddeutschen Erdgas-Transversalen (NETRA) und der Jamal-Gas-Anbindungsleitung (JAGAL) verbunden.

(3) Im Jahre 2016 wurde die verbindliche Investitionsentscheidung über den Bau und den Betrieb der Nord Stream 2 getroffen und bis Frühjahr 2017 durch großvolumige Verträge der Antragstellerin u. a. zum Kauf und Erwerb der erforderlichen Rohre und zur Beauftragung des Rohrverlegungsunternehmens umgesetzt. Das Gesamtvolumen der bis zum 23. Mai 2019 eingegangenen Verpflichtungen beläuft sich auf [REDACTED] und hat sich auf [REDACTED] bis zum Zeitpunkt der Antragstellung am 10.01.2020 erhöht.

Die Finanzierung erfolgt durch die PSJC Gazprom sowie durch die europäischen Energieversorgungsunternehmen Uniper Gas Transportation & Finance B.V. (Uniper), Wintershall Nederland Transport and Trading B.V. (Wintershall), die OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. (OMV), Shell Exploration an Production (LXXI) B.V. (Shell) und Engie Energy Management Holding Switzerland AG (Engie) [REDACTED]. Die für das Gesamtprojekt notwendigen Investitionen werden dabei zu [REDACTED] [REDACTED]

¹ Vorliegend wird die Kilometrierung der Antragstellerin zugrunde gelegt, die ebenfalls in den Genehmigungsverfahren beim Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) sowie dem Bergamt Stralsund verwendet wurde.

² Ratifiziert für die Bundesrepublik Deutschland durch Gesetz v. 02.09.1994 (BGBl. II S. 1798); Inkrafttreten gem. Bekanntmachung v. 15.05.1995 (BGBl. II S. 602) am 16.11.1994. Der Begriff Küstenmeer wird oftmals auch gleichbedeutend mit der sog. 12-Seemeilen-Zone verwendet; die Bundesrepublik Deutschland hat für die Ostsee allerdings detaillierte Koordinaten zur seewärtigen Küstenmeerbegrenzung (binnen des nach Seerechtsübereinkommen zulässigen Bereichs) festgelegt.

weiteren [REDACTED] der Antragstellerin [REDACTED] und die verbleibenden [REDACTED] bereitgestellt wird. Eine vollständige Tilgung des Darlehens hat bis spätestens [REDACTED] zu erfolgen, das [REDACTED] ist in [REDACTED] zurückzuzahlen. Der Kapitalrückfluss wird durch ein [REDACTED] gesichert, das die Antragstellerin mit [REDACTED] geschlossen hat. Die Regelungen [REDACTED]

(4) Die Bautätigkeit zur Verlegung der Leitung und zur Errichtung der Anlandestation durch die Antragstellerin begann im deutschen Zuständigkeitsbereich Anfang Februar 2018 mit der Errichtung der Mikrotunnel im Anlandungsbereich, in welche sodann die Rohrleitungen des Leitungssystems eingezogen wurden. Darauf folgten die Arbeiten im Küstenmeer und der deutschen AWZ abschnittsweise und zeitlich versetzt ab Mitte 2018. Erste Planungsarbeiten zum Bau der Nord Stream 2 in Form einer Machbarkeitsstudie hatten bereits im Jahre 2012 begonnen. Nach Ermittlung des optimalen Routenverlaufs hatte zunächst die Nord Stream AG, die die Betreiberin der im Jahr 2011/2012 in Betrieb genommenen Nord Stream ist, am 22. März 2013 als Vorhabenträgerin insgesamt drei Anträge auf Genehmigung des Vorhabens nach dem Bundesberggesetz (BBergG) und EnWG beim Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrografie (BSH) und beim Bergamt Stralsund eingereicht und damit die Genehmigungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland eingeleitet. Beim BSH beantragte die damalige Vorhabenträgerin die Genehmigung hinsichtlich der Ordnung der Nutzung und Benutzung der Gewässer über dem Festlandsockel und des Luftraumes über diesen Gewässern, nach § 133 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBergG. Das Bergamt Stralsund führte parallel das Genehmigungsverfahren hinsichtlich der bergrechtlichen Genehmigungen im deutschen Festlandsockel, nach § 133 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBergG, und das Planfeststellungsverfahren im deutschen Küstenmeer gemäß § 43 EnWG durch. Die Antragstellerin trat in die laufenden Verfahren ein, die Entscheidungen ergingen an sie.

Im Zeitraum zwischen September 2016 und Herbst 2017 beantragte die Antragstellerin zudem die erforderlichen Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb der Nord Stream 2 in den Ländern Republik Finnland, Königreich Schweden, Königreich Dänemark und der Russischen Föderation.

Das Bergamt Stralsund erteilte am 02. November 2017 die „Genehmigung zur Errichtung der Transit-Rohrleitung Nord-Stream 2“ im Bereich des deutschen Festlandssockels (AWZ) der Ostsee gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBergG und stellte am 31. Januar 2018 den „Plan für den Bau und Betrieb der Gasversorgungsleitung Nord Stream 2“ im Abschnitt des deutschen Küstenmeers (KP 31.065 bis KP 84.500) einschließlich des Landfalls westlich des Industriehafens Lubmins gemäß § 43 S. 1 Nr. EnWG (a. F.) fest. Am 16. März 2018 erteilte das Bergamt Stralsund zudem die Genehmigung zum „Betrieb der Transit-Rohrleitung Nord-Stream 2“ im Bereich des deutschen Festlandssockels (AWZ) der Ostsee, gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBergG. Unter dem 27. März 2018 und mit Änderung vom 04. Mai 2018 erteilte das BSH gemäß § 133 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BBergG die Genehmigung für die „Errichtung und den Betrieb von zwei grenzüberschreitenden parallelen Erdgashochdruckrohrleitungen“ für den Bereich des deutschen Festlandssockels (AWZ) der Ostsee.

Die erforderlichen Genehmigungen der nach nationalem Recht zuständigen Behörden in den ebenfalls von dem Vorhaben betroffenen Ländern der Russischen Föderation, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden ergingen zwischen dem 05. April 2018 und dem 14. August 2018. Die Genehmigung für den 147 km langen Abschnitt in dänischer Zuständigkeit (AWZ) wurde von der zuständigen Behörde, der Danish Energy Agency (DEA), am 30. Oktober 2019 erteilt und am 28. November 2019 bestandskräftig.

Aufgrund von Verzögerungen bei der Planung und Genehmigung im dänischen Abschnitt beantragte die Antragstellerin unter dem 23. September 2019 beim BSH bezüglich der deutschen AWZ die Änderung der Genehmigung vom 27. März und 04. Mai 2018, vor allem im Hinblick auf die in der erteilten Genehmigung geregelten Bauzeitenbeschränkungen. Das BSH erteilte am 20. Dezember 2019 eine entsprechende Änderungsgenehmigung in Bezug auf die noch ausstehenden Verlegearbeiten zwischen KP 0 und KP 16.5 im Bereich der deutschen AWZ in der Ostsee.

(5) Zum 23. Mai 2019, dieses Datum ist in der Regelung des § 28b EnWG als Stichtag für die Fertigstellung der Gasverbindungsleitung aufgeführt, waren bezüglich des Strangs A rund ■ km von insgesamt ca. 1.235 km und bezüglich des Strangs B rund ■ km von insgesamt ca. 1.235 km in der Ostsee abgelegt. Diese Zahlen ergeben sich, aufgrund des abschnittswisen Vorgehens der Antragstellerin, bei beiden Strängen aus unterschiedlichen Abschnitten derselben an verschiedenen Stellen auf der Gesamtstrecke in der Ostsee. Insgesamt vier Verlegeschiffe haben einzelne Rohrleitungsstränge teilweise zeitlich nacheinander sowie teilweise auch zeitlich und räumlich parallel verlegt. Zusätzlich stand zum 23. Mai 2019 noch die Verlegung in dänischen Gewässern aus.

Nicht alle der schon auf dem Meeresboden abgelegten Abschnitte waren dabei zum 23. Mai 2019 bereits mittels sog. *Above-water Tie-ins* (AWTI) verbunden. Beim sog. AWTI werden zwei zuvor auf dem Meeresboden abgelegte Rohrteile mittels einer über der Wasseroberfläche hergestellten Verbindungsschweißnaht an Bord eines Verlegeschiffs miteinander verschweißt. Zum 23. Mai 2019 standen zur Herstellung durchgängiger Leitungsstränge derartige Verbindungsarbeiten jedenfalls noch im deutschen Küstenmeer bei KP 54.4 sowie in der deutschen AWZ bei KP 16.5 und in russischen Gewässern aus.

Bezogen auf den ca. 84 km langen Abschnitt des Vorhabens in deutscher Zuständigkeit stellte sich der Baufortschritt bis zum 23. Mai 2019 gemäß den Antragsunterlagen sowie ergänzender Heranziehung der Mitteilungen der Antragstellerin zum Baufortschritt gegenüber dem BSH und dem Bergamt Stralsund und Pressemitteilungen der Antragstellerin auf der Unternehmenswebsite wie folgt dar: Die Arbeiten für beide Leitungsstränge erfolgten ausgehend von der deutschen Anlandung in Richtung der Grenze zwischen der deutschen und dänischen AWZ (KP 0). Dabei legte das Verlegeschiff *Castoro 10 (C10)* auf beiden Strängen im Zeitraum von Juli bis November 2018 Rohrleitungsabschnitte von der Anlandung bei Lubmin bis zum KP 54.4 ab, das Verlegeschiff *Audacia* legte auf beiden Strängen im Zeitraum von Oktober bis Dezember vom KP 54.4 weiter bis zum KP 16.5 Rohrleitungsabschnitte in der deutschen AWZ ab. Zum 23. Mai 2019 war der Leitungsstrang A zwischen der Anlandung und dem KP [REDACTED] durchgehend abgelegt. Die Arbeiten zum Ablegen des letzten Teilstücks in der deutschen AWZ, von [REDACTED], konnten erst nach Erhalt der Änderungsgenehmigung des BSH vom 20. Dezember 2019 fortgesetzt werden. Am 23. Mai 2019 waren dort daher noch keine Rohre abgelegt. Der Leitungsstrang B wurde auf der gleichen Strecke abgelegt [REDACTED] Strangs zum 23. Mai 2019 [REDACTED]

[REDACTED] Die Arbeiten zur Verbindung der beiden Rohrabschnitte durch das AWTI-Verfahren wurden im August 2019 wiederaufgenommen. Auch erfolgten punktuelle Steinschüttungen zur Lagesicherung der Rohrleitungen.

Der vollständige Bau der Molchempfangsstation stand zum 23. Mai 2019 ebenfalls noch aus und erfolgte im Zeitraum von Juli bis August 2019. Auch die Molchschleusen, die zwingend für bestimmte Schritte im Rahmen der Prüfung der technischen Sicherheit (insb. Vorbetrieb) vor der Erstbefüllung mit Erdgas sind, waren noch nicht errichtet.

(6) Mit Schreiben vom 9. Januar 2020, eingegangen am 10. Januar 2020, hat die Antragstellerin die Freistellung des deutschen Teilstücks der Nord Stream 2 von der Regulierung gemäß § 28b EnWG beantragt. Mit ihrem Antrag hat die Antragstellerin umfangreiche Unterlagen vorgelegt, auf die im Einzelnen Bezug genommen wird. Diese enthalten insbesondere Informationen zur allgemeinen Beschreibung des Projekts, zum Baufortschritt, Nachweise über Genehmigungen der Bundesrepublik Deutschland sowie des Königreichs Schweden, der Republik Finnland, des

Königreichs Dänemark und der Russischen Föderation, Informationen zur Gesellschafts- und Organisationsstruktur der Antragstellerin, Verträge zur Finanzierung des Leitungsbauprojekts sowie ein Rechtsgutachten zum Verständnis des Begriffs der Fertigstellung, ein Gutachten zur Finanzierungsstruktur und zum entgelterhöhenden Effekt sowie ein ökonomisches Gutachten zu den Auswirkungen der Nord Stream 2 auf den europäischen Gasmarkt. Auf ihrer Website veröffentlicht die Antragstellerin zudem fortlaufend aktuelle Informationen, u. a. zum Projektfortschritt und zum Verfahrensstand sowie zum technischen Konzept der Nord Stream 2. Die Pressemitteilungen der Antragstellerin zum Baufortschritt im Zeitraum 2018 bis 2020 sowie das online auf der Website der Antragstellerin veröffentlichte Dokument „Hintergrund: Verbindungsschweißnaht über Wasser (AWTI) im deutschen Trassenabschnitt“ von August 2019, wurden für das Verfahren beigezogen. Auf Nachfrage der Beschlusskammer informierten das Bergamt Stralsund und das BSH zudem über Mitteilungen der Antragstellerin zum Baufortschritt, zu denen die Antragstellerin als Adressatin des Planfeststellungsbeschlusses nach § 43 EnWG und der Genehmigungen nach § 133 BBergG gegenüber diesen Behörden verpflichtet ist.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, die Voraussetzungen für eine Ausnahme gemäß § 28b EnWG seien erfüllt. Hierzu trägt sie unter Vorlage von Nachweisen und Gutachten vor. Sie stellt insbesondere für den in der Regelung des § 28b EnWG enthaltenen Stichtag 23. Mai 2019 zur Fertigstellung nicht auf die baulich-technische Fertigstellung der Nord Stream 2 ab, sondern legt eine wirtschaftlich-funktionale Betrachtung zugrunde. Daher sei auf die Investitionsentscheidung abzustellen. Zudem sei für die Fertigstellung im Sinne des § 28b EnWG ohnehin nur das im deutschen Hoheitsgebiet verlaufende Teilstück der Nord Stream 2 maßgeblich, welches zum Stichtag 23. Mai 2019 baulich-technisch bereits vollendet gewesen sei. Auch lägen mehrere objektive Gründe für die Freistellung der Nord Stream 2 von der Entflechtungs- sowie der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung vor. Hierzu zähle die Sicherstellung der Amortisierung der getätigten Investitionen. Darüber hinaus sei die Freistellung der Nord Stream 2 unter dem Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit erforderlich. Schließlich sprächen auch ungeschriebene objektive Gründe für eine Freistellung: Die Nord Stream 2 führe zu einer kosteneffizienten Gasversorgung in der EU und sie leiste einen wichtigen Beitrag zum Klimaschutz. Zudem könne die Regulierung der Nord Stream 2 keinen regulierungsinhärenten Zweck erfüllen, da die Nord Stream 2 außerhalb des Hoheitsgebietes der EU-Mitgliedstaaten regulierungsfrei sei und aufgrund des russischen Exportmonopols zugunsten der [REDACTED] daher nur dieses Unternehmen als Transportkunde in Betracht komme. Die Antragstellerin trägt weiter vor, dass sich eine Freistellung weder negativ auf den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt oder dessen effektives Funktionieren auswirke noch die Versorgungssicherheit in der Europäischen Union negativ beeinträchtige, da unabhängig von einer etwaigen Freistellung aufgrund des russischen Exportmonopols ohnehin nur ein Unternehmen der Gazprom Gruppe als Transportkunde die Nord Stream 2 nutzen könne. Etwaige Auswirkungen der Nord Stream 2 auf die Gasgroßhandelsmärkte in Europa oder auf die Auslastung alternativer Transportsysteme wären daher auf die Existenz der Leitung und deren Nutzung im

Regime eines russischen Exportmonopols an sich zurückzuführen und nicht aber durch eine Freistellung indiziert. Nur auf letzteres komme es im Rahmen des § 28b EnWG an.

Die Antragstellerin beantragt,

die Gasverbindungsleitung Nord Stream 2 in Bezug auf den im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Leitungsabschnitt von der Anwendung der §§ 8 bis 10e sowie der §§ 20 bis 28 EnWG für die Dauer von 20 Jahren ab dem Tag der kommerziellen Inbetriebnahme der Nord Stream 2 Gasverbindungsleitung, hilfsweise ab Erlass der Freistellungsentscheidung, vollständig freizustellen.

Die Bundesnetzagentur bestätigte den Eingang des Antrages auf Freistellung mit E-Mail vom 10. Januar 2020. Mit Schreiben vom 16. Januar 2020 wurde die Antragstellerin aufgefordert, fehlende Unterlagen und Informationen, insbesondere im Kontext mit der Erstellung einer nicht-vertraulichen Version des Antrags und der Anlagen zu übersenden. Dieser Aufforderung kam die Antragstellerin mit verschiedenen Schreiben und E-Mails im Zeitraum 24. Januar 2020 bis zum 4. Februar 2020 nach.

Die Beschlusskammer hat zwischen dem 10. Februar und dem 8. März 2020 eine Konsultation der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des § 28b Abs. 6 EnWG, Art. 49a Abs. 2 der Richtlinie 2009/73/EG in der Fassung der Änderungsrichtlinie (EU) 2019/692 (im Folgenden: RL 2009/73/EG) durchgeführt. Die Beschlusskammer hatte zuvor alle Mitgliedstaaten nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 28b EnWG über die Ständigen Vertretungen bei der Europäischen Union angeschrieben, um die zuständige Institution und die konkreten Ansprechpartner des jeweiligen Mitgliedstaates für eine Konsultation im Falle eines Freistellungsverfahrens benannt zu bekommen. Die Beschlusskammer hat sodann zur Durchführung der Konsultation den von den Mitgliedstaaten benannten Stellen, beziehungsweise, soweit zuvor keine Rückmeldung erfolgt war, den Ständigen Vertretungen der übrigen Mitgliedstaaten, die nicht-vertraulichen Fassung des Antrags nebst Anlagen sowie das auf der Internetseite der Beschlusskammer veröffentlichte Hinweispapier zur Antragstellung nach § 28b EnWG übermittelt.

Es sind Stellungnahmen von folgenden Mitgliedstaaten eingegangen: dem Königreich Dänemark, der Republik Estland, der Italienischen Republik, der Republik Kroatien, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Polen, Rumänien, dem Königreich Schweden und der Slowakische Republik. Die Niederlande haben schriftlich erklärt, keine Stellungnahme abgeben zu wollen. Die übrigen Mitgliedstaaten haben sich in keiner Weise geäußert.

Die Konsultationsbeiträge wurden der Antragstellerin per E-Mail vom 18. März 2020 zur Verfügung gestellt. Die Antragstellerin nahm zu den Stellungnahmen mit Schreiben vom 08. April 2020 Ihre-seits Stellung.

Mit gemeinsamen Schreiben vom 19. Februar 2020 haben die Beigeladenen zu 1) und zu 2) die Beiladung zum Verfahren nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 EnWG beantragt. Mit Beschluss vom 18. März 2020 (Az. BK7-20-004-B1) hat die Beschlusskammer die Beigeladenen zu 1) und zu 2) zu dem Verfahren hinzugezogen. Sie erhielten am 06. April 2020 die nicht-vertrauliche Fassung des Antrags nebst Anlagen, die Konsultationsbeiträge der Mitgliedstaaten in jeweils der nicht-vertraulichen Fassung und das Hinweispapier der Bundesnetzagentur für Anträge nach § 28b Abs. 1 EnWG. Zudem wurde den Beigeladenen die Stellungnahme der Antragstellerin zu den Konsultationsbeiträgen der Mitgliedstaaten in nicht-vertraulicher Fassung am 24. April 2020 übermittelt

Die Beigeladenen übermittelten am 24. April 2020 eine Stellungnahme deren nicht-vertrauliche Fassung der Antragstellerin am 28. April 2020 übermittelt wurde.

Mit E-Mail vom 10. Februar 2020 wurde die Energieabteilung der Europäischen Kommission über das Verfahren in Kenntnis gesetzt. Auf Wunsch der Kommission wurde ihr am gleichen Tag der nicht-vertrauliche Antrag nebst Anlagen übermittelt. Die vorliegende Entscheidung wird gemäß § 28b Abs. 8 EnWG an die Kommission übermittelt werden.

Die Beschlusskammer hat dem Bundeskartellamt nach § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG mit E-Mail vom 30. April 2020 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Das Bundeskartellamt hat von einer Stellungnahme abgesehen.

Den Verfahrensbeteiligten ist der geplante Tenor am 30. April 2020 mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übermittelt worden. Die Verfahrensbeteiligten haben davon nicht Gebrauch gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Anträge sind zulässig aber unbegründet. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung nach § 28b EnWG liegen nicht vor. Die Anträge sind daher abzulehnen.

Aufgrund des Umfangs der Darstellung wird den folgenden Entscheidungsgründen eine Gliederungsübersicht vorangestellt, welche sich zur besseren Übersichtlichkeit auf vier Gliederungsebenen beschränkt.

Im Einzelnen:

1. Formelle Anforderungen	10
1.1. Allgemeine Verfahrensanforderungen	11
1.2. Antragsbefugnis und Bescheidungsinteresse	11
2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung	13
2.1. Gasverbindungsverbindungsleitung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat	13
2.1.1. Leitung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat verlaufend.....	14
2.1.2. Charakteristika einer Fernleitung	16
2.1.3. Abgrenzung zum vorgelagerten Rohrleitungsnetz	16
2.2. Fertigstellung im Sinne des § 28b Abs. 1 EnWG	16
2.2.1. Begriff der Fertigstellung.....	17
2.2.1.1. Wortlautauslegung	18
2.2.1.2. Systematische Auslegung	19
2.2.1.3. Sinn und Zweck	23
2.2.2. Keine wirtschaftlich-funktionale Betrachtung geboten	32
2.2.2.1. Wirtschaftlich-funktionale Auslegung in den Grenzen der Gesetzesauslegung nicht möglich.....	33
2.2.2.2. Keine Verwerfung bzw. Aussetzung von europäischem Sekundärrecht sowie entsprechend umgesetzten nationalem Recht... 35	
2.2.3. Keine Fertigstellung zum Stichtag.....	37
2.3. Keine Prüfung der objektiven Gründe mangels Fertigstellung zum 23. Mai 2019	40
2.4. Tenorbegründung	40

1. Formelle Anforderungen

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der vorliegenden Entscheidung sind die gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren im Allgemeinen gewahrt worden (siehe folgenden Abschnitt 1.1.). Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt (siehe folgenden Abschnitt 1.2.).

1.1. Allgemeine Verfahrensanforderungen

(1) Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende auf § 28b EnWG i. V. m. Art. 49a der RL 2009/73/EG beruhende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Hs. 1 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

(2) Eine gemäß § 28b Abs. 6 EnWG in Verbindung mit Art. 49a Abs. 2 RL 2009/73/EG vorgesehene Konsultation wurde im Zeitraum vom 10. Februar 2020 bis 8. März 2020 durchgeführt. Es haben sich 10 Mitgliedstaaten – konkret die Italienische Republik, das Königreich Dänemark, das Königreich Schweden, die Republik Estland, die Republik Kroatien, die Republik Lettland, die Republik Litauen, die Republik Polen, Rumänien und die Slowakische Republik – im Rahmen der Konsultation geäußert und eine Stellungnahme abgegeben. Die Niederlande haben schriftlich mitgeteilt, von einem Konsultationsbeitrag abzusehen. Die übrigen Mitgliedstaaten haben sich nicht geäußert. Die Konsultationsbeiträge der Mitgliedstaaten sind in die Prüfungen durch die Beschlusskammer eingeflossen, unabhängig davon, ob der jeweilige Mitgliedstaat im engeren Sinne betroffen nach Maßgabe des Art. 49a Abs. 2 RL 2009//3/EG ist. Es konnte also dahingestellt bleiben, ob die Betroffenheit geografisch im Sinne eines Verlaufs der Leitung im (Hoheits-)Gewässer eines anderen Mitgliedstaates zu verstehen ist oder weiter.

(3) Dem Bundeskartellamt ist gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Einer Landesregulierungsbehörde war vorliegend nicht eine Stellungnamegelegenheit nach § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG einzuräumen, da, losgelöst von der nachfolgend noch zu betrachtenden Frage ihrer Betreibereigenschaft, der Sitz der Antragstellerin jedenfalls nicht in einem Bundesland der Bundesrepublik Deutschland liegt.

(4) Den Verfahrensbeteiligten wurde vor Abschluss des Verfahrens gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. U.a wurde zu diesem Zwecke der geplante Tenor am 30.04.2020 an die Verfahrensbeteiligten mit Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt.

1.2. Antragsbefugnis und Bescheidungsinteresse

Die Antragstellerin ist nach § 28b Abs. 1 S. 1 EnWG antragsbefugt. Antragsbefugt ist der „Betreiber dieser Gasverbindungsleitung in Bezug auf die im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Leitungsabschnitte“. Antragstellerin auf Erteilung einer Freistellung nach § 28b EnWG für die Nord Stream 2- ist die Nord Stream 2 AG, mit Sitz in Zug/Schweiz. Es handelt sich bei der Antragstellerin um eine Projektgesellschaft, mit dem Gesellschaftszweck, die Nord Stream 2 durch die Ostsee zu planen, zu bauen und zu betreiben. Die Republik Polen führt in ihrem Konsultationsbeitrag unter Verweis auf § 3 Nr. 16 EnWG aus, dass die Antragstellerin nicht Betreiberin im Sinne des § 28b EnWG sei, da die Leitung nicht fertiggestellt sei. Die Antragsbefugnis sei daher nicht gegeben. Auch die Beigeladenen vertreten in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 24. April 2020 die Ansicht, dass die Antragstellerin als bloße Planerin und Bauherrin der Nord Stream

2 nicht als Betreiberin im Sinne des § 28b Abs. 1 EnWG anzusehen und daher nicht antragsbefugt sei.

Ein derartig enges Verständnis greift jedoch zu kurz, zumal die Legaldefinition des Betreibers in § 3 Nr. 16 EnWG auf Gasversorgungsnetze bezogen ist und nicht ohne Weiteres auf Gasverbindungsleitungen im Sinne des § 28b EnWG übertragbar ist. Mangels einer expliziten Legaldefinition des Betreibers einer Gasverbindungsleitung im Sinne des § 3 Nr. 19 lit. c EnWG erscheint es zudem wegen des Charakters der Gasverbindungsleitung als einer besonderen Form der Fernleitung sachgerechter, § 3 Nr. 5 EnWG heranzuziehen, der für Betreiber von Fernleitungsnetzen auch die Aufgabe des Ausbaus definiert und somit, anders als von den Beigeladenen vertreten, nicht nur auf den Betrieb im engeren Sinne abstellt. Zudem würden in Bezug auf § 28b EnWG bei einer Definition der Betreibereigenschaft über das Merkmal der Fertigstellung der Norm, zwei separate Tatbestandsmerkmale, das des Betreibers und das der Fertigstellung, die hier einerseits die Zulässigkeit des Antrags und andererseits die Begründetheit des Antrags betreffen, untrennbar miteinander verknüpft. Die Frage der Fertigstellung zum Stichtag als materiell-rechtliche Voraussetzung wäre bei einem derartigen Verständnis nicht mehr separat prüfbar. Vor diesem Hintergrund ist der Auffassung der Republik Polen im Sinne eines engen Betreiberbegriffs daher nicht zu folgen. Vielmehr ist die Antragstellerin nach §§ 1, 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG, 42 Abs. 2 VwGO jedenfalls analog antragsbefugt, denn die Freistellung wird für den Zeitraum ab Inbetriebnahme der Leitung begehrt. Spätestens dann ist die Antragstellerin auch Betreiberin. Sie ist daher - solange der zukünftige Betrieb nicht auf eine dritte Person übertragen wird – auch vor der Inbetriebnahme befugt, für diesen Zeitraum den Antrag nach § 28b EnWG zu stellen.

Das von der Republik Polen zugrunde gelegte Verständnis führte dazu, dass eine Freistellung im Vorfeld einer Inbetriebnahme nicht beantragt werden könnte. Damit käme eine Freistellung nach § 28b EnWG von Beginn an niemals in Betracht. Vielmehr müsste immer erst eine – der Regulierung unterworfenen - Inbetriebnahme der Verbindungsleitung erfolgen, bevor dann die Freistellung von der Regulierung erfolgen könnte. Vor dem Hintergrund, dass die Antragstellung nur innerhalb der engen zeitlichen Vorgaben des § 28b Abs. 2 Satz 5 EnWG möglich ist, ist die Antragstellerin befugt, die Abweichung von den dann anwendbaren Regulierungsvorgaben nach § 28b EnWG schon jetzt zu beantragen, zumal die Regelung des § 28b EnWG im Übrigen nicht an den Betrieb, sondern an die Fertigstellung der Gasverbindungsleitung anknüpft.

Für das Bescheidungsinteresse reicht es aus, dass die Antragstellerin die Realisierung der Nord Stream 2 ernsthaft betreibt. Dies steht angesichts des stetigen Baufortschritts und des Vorliegens aller erforderlichen Genehmigungen nicht in Zweifel.

Die Frist des § 28 b Abs. 3 EnWG ist noch nicht abgelaufen. Auch wurde der Antrag innerhalb der Frist des § 28b Abs. 2 Satz 5 EnWG von 30 Tagen nach dem am 12. Dezember 2019 erfolgten Inkrafttreten des geänderten EnWG am 10. Januar 2020 eingereicht.

2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die Entscheidung ist auch materiell rechtmäßig, da für die Nord Stream 2 die Voraussetzungen einer Freistellung nach § 28b EnWG nicht vorliegen. Zwar ist die Nord Stream 2 als Gasverbindungsleitung i. S. d. § 28b Abs. 1 EnWG i. V. m. Art. 49a Abs.1 RL 2009/73/EG zu qualifizieren (siehe folgenden Abschnitt 2.1.). Unter Zugrundelegung eines baulich-technischen Verständnisses der Fertigstellung (siehe Abschnitt 2.2.) ist die Nord Stream 2 jedoch nicht zum Stichtag 23. Mai 2019 fertiggestellt gewesen (siehe Abschnitt 2.2.3.). Die Freistellung nach § 28b EnWG ist somit nicht möglich, auf das eventuelle Vorliegen objektiver Gründe im Sinne des § 28b Abs. 1 Nr. 2 EnWG kommt es daher nicht an (siehe Abschnitt 3.).

2.1. Gasverbindungsverbindungsleitung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat

Die Nord Stream 2 ist eine Gasverbindungsleitung im Sinne des § 28b EnWG denn es handelt sich bei der Nord Stream 2 gemäß der Legaldefinition des § 3 Nr. 19 lit. c EnWG um eine Fernleitung zwischen einem Mitgliedstaat der Europäischen Union und einem Drittstaat bis zur Grenze des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten oder dem Küstenmeer dieses Mitgliedstaates. § 3 Nr. 19 lit c EnWG bestimmt damit Gasverbindungsleitungen mit Drittstaaten zum einen gesondert gegenüber den in § 3 Nr. 34 EnWG definierten Verbindungsleitungen, worunter „Anlagen, die zur Verbundschaltung von Elektrizitätsnetzen dienen, oder eine Fernleitung, die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert oder überspannt und einzig dem Zweck dient, die nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten zu verbinden“ zu verstehen sind. § 3 Nr. 19 lit c EnWG ist in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/692 geregelt worden, wobei Ausgangspunkt der Umsetzung die Anpassung der Definition der Verbindungsleitung im Gasbereich (vgl. BT-Drucksache 19/13443, S. 1) war und ist insoweit die gegenüber § 3 Nr. 34 EnWG speziellere Regelung für Leitungen, die – wie die Nord Stream 2 – zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat verlaufen .Außerdem definiert § 3 Nr. 19 lit c EnWG Gasverbindungsleitungen mit Drittstaaten als eine Sonderform der Fernleitung im Sinne des § 3 Nr. 19 EnWG wonach Fernleitung der Transport von Erdgas durch ein Hochdruckfernleitungsnetz, mit Ausnahme von vorgelagerten Rohrleitungsnetzen um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, jedoch nicht die Versorgung der Kunden selbst, ist.

Die Nord Stream 2 ist eine solche Gasverbindungsleitung, die zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Russland als einem Drittstaat verläuft (dazu 2.1.1.), die dem Transport von Erdgas durch ein Hochdruckfernleitungsnetz dient und damit die Charakteristika einer Fernleitung im Sinne des § 3 Nr. 19 lit c EnWG aufweist (dazu 2.1.2.) und die insbesondere kein vorgelagertes Rohrleitungsnetz ist (dazu 2.1.3.):

2.1.1. Leitung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem Drittstaat verlaufend

Die Nord Stream 2 ist eine Gasverbindungsleitung, die unter Zugrundelegung der Gasflussrichtung, von der Russischen Föderation aus kommend durch russisches Gewässer sowie durch die AWZ mehrerer Mitgliedstaaten verläuft, sodann das deutsche Küstengewässer im Sinne des Art. 3 SRÜ durchläuft und schließlich in Lubmin als dem ersten Kopplungspunkt mit dem europäischen Netz an das deutsche Festland anlandet. Sowohl das Küstengewässer als auch das Festland sind deutsches Hoheitsgebiet.

(1) Dabei ist zunächst festzuhalten, dass der Satzteil „bis zur Grenze des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten oder dem Küstenmeer dieses Mitgliedstaates“ in § 3 Nr. 19 lit. c EnWG nicht den Begriff der Gasverbindungsleitung auf den Teil der Nord Stream 2 begrenzt, der im deutschen Hoheitsgebiet verläuft. Ziel des Richtlinienvorschlages der Kommission war es gerade, Leitungen mit Drittstaatenbezug einem einheitlichen europäischen Regime zu unterwerfen. So heißt es im Commission Staff Working Document vom 8. November 2017 (COM (2017) 660): *„In the absence of applicable regulatory rules at Union level, the operation of such infrastructure could be regulated at the national level in the law of the respective Member States. For infrastructure entering the Union from a third country and thereafter crossing several Member States, this could result in the application of different rules to one and the same pipeline within the Union (...)“*. Dem soll die RL (EU) 2019/692 ausweislich des Erwägungsgrunds 15 der RL (EU) 2019/692 durch Herstellung eines kohärenten Rechtsrahmens innerhalb der Europäischen Union abhelfen. Konkret erfolgt dies, indem über die Freistellung nach Art. 49a RL 2009/737EG oder auch über die Nichtanwendung des Art. 9 Abs. 1 RL 2009/73/EG (nur) der Mitgliedstaat entscheidet, in dessen Hoheitsgebiet der erste Kopplungspunkt der Gasverbindungsleitung mit dem Netz der Mitgliedstaaten liegt.

Der Satzteil *„bis zur Grenze des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten oder dem Küstenmeer dieses Mitgliedstaates“* trägt daher lediglich dem Erwägungsgrund 9 der RL (EU) 2019/692 Rechnung, dass die Anwendbarkeit der geänderten RL 2009/73/EG, mithin das Binnenmarktregulierungsrecht, auf das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten beschränkt bleibt. Hintergrund für diese Klarstellung im Erwägungsgrund 9 dürften die Diskussionen zur Reichweite der neuen Regulierungsvorgaben gewesen sein. Im Zuge derer hatte der Legal Service des Rates der Europäischen Union die zunächst geplante Ausweitung der Gasrichtlinie auf die AWZ (engl. EEZ) in der Fassung vom 13. November 2017 geprüft und verneint. Ausdrücklich wird dargestellt, dass *„The Union does not have the jurisdiction to apply energy law on unbundling, transparency, third party access and regulated tariffs, which is unrelated to the economic exploitation of the EEZ to pipelines crossing EEZ of member states. The application of the gas directive to the EEZ would be contrary to Art. 56 and 58 of UNCLOS as interpreted by the court of justice“*. (Stellungnahme des Legal Service des Rates der Europäischen Union vom 1. März 2018 (2017/0294(COD) – 6738/18). Dementsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 19 lit. c EnWG (BT-Drucksache

19/13443) „Wesentliche Neuerung der Richtlinie ist die Anwendung des Binnenmarktregulierungsrechts auch auf Verbindungsleitungen mit Drittstaaten. Ihre Geltung soll sich auf jenen Teil der Leitungen erstrecken, der auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder im Küstenmeer des Mitgliedstaates verläuft, in dem der erste Kopplungspunkt mit dem Netz der Mitgliedstaaten gelegen ist.“

Die rechtliche Erstreckung der Regulierung in Bezug auf die Gasverbindungsleitung ist somit nicht deckungsgleich mit dem Bezugspunkt der Prüfungen im Rahmen des § 28b EnWG als Umsetzungsnorm des Art. 49a RL 2009/73/EG: Weder ist nur der im deutschen Küstenmeer verlaufende Teil der Nord Stream 2 Gasverbindungsleitung im Sinne des § 28b EnWG noch ist Gasverbindungsleitung im Sinne des § 28b EnWG beziehungsweise Art. 49a RL 2009/73/EG nur der im europäischen Hoheitsgebiet, einschließlich Küstengewässern, verlaufende Teil der Nord Stream 2, sondern die Leitung ist hinsichtlich des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale in Gänze zu betrachten, mithin auch bezüglich des Leitungsteils, der außerhalb des Hoheitsgebiets der Europäischen Union in russischen Gewässern verläuft. Dieses Verständnis tritt – wie auch die Republik Estland in der Stellungnahme betont – besonders in Art. 49a RL 2009/73/EG zutage, der gerade nicht auf die legaldefinierte Gasverbindungsleitung rekurriert, sondern in Abgrenzung zu dem rechtlichen Begriff die Formulierung „Gasfernleitung“ als einer tatsächlichen, technischen Beschreibung verwendet. In § 28b EnWG kommt diese Bindung an das dem Art. 49a RL 2009/73/EG zugrundeliegende Verständnis durch den Zusatz „Gasverbindungsleitungen im Sinne des Art. 49a RL 2009/73/EG“ zum Ausdruck. Davon abgesehen wäre es faktisch aber auch schlechterdings unmöglich, einen Beitrag zur Versorgungssicherheit nur für Teile einer Gasfernleitung zu prüfen.

(2) Für den Status der Russischen Föderation als Drittstaat im Sinne des § 28b EnWG kann des Weiteren auf das in § 4b EnWG zum Ausdruck kommende Verständnis, wonach Drittstaaten Staaten sind, die nicht der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) angehören, zurückgegriffen werden. Bestätigt wird diese Lesart des § 28b EnWG durch den europäischen Kontext der Norm, denn § 28b EnWG setzt die Vorgaben des Art. 49a RL 2009/73/EG um, was durch die explizite Formulierung in § 28b Abs. 1 S. 1 EnWG „Gasverbindungsleitungen mit einem Drittstaat im Sinne des Artikel 49 a der RL 2009/73/EG“ unterstrichen wird.

Die RL 2009/73/EG wurde entsprechend der im Erwägungsgrund 2 der RL (EU) 2019/692 zum Ausdruck kommenden Zielsetzung dahingehend geändert, dass die für Gasfernleitungen zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften nunmehr auch für Gasfernleitungen in der Union aus Drittländern und in Drittländer gelten. Drittstaat wird somit von der RL 2009/73/EG in der durch die Richtlinie (EU) 2019/692 geänderten Fassung vom 17. April 2019 in Abgrenzung zu den Mitgliedstaaten verstanden. Auf die Frage, wie EWR-Staaten je nach Umsetzungsstand der

europäischen energierechtlichen Vorgaben und mit Blick auf § 28b EnWG in Bezug auf ihre Einstufung als Drittstaat zu bewerten wären, kommt es im Falle der Nord Stream 2 nicht an, da die Russischen Föderation kein EWR-Staat ist.

2.1.2. Charakteristika einer Fernleitung

Die Nord Stream 2 erfüllt die für die Gasverbindungsleitung im Sinne des § 3 Nr. 19 lit. c EnWG ebenfalls geltenden Anforderungen einer Fernleitung im Sinne des § 3 Nr. 19 EnWG, denn sie dient dem Transport von Erdgas durch ein Hochdruckfernleitungsnetz, um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, indem sie künftig Gas aus der Russischen Föderation bis nach Lubmin liefert. Dort schließen sich wiederum weitere Fernleitungsnetze – konkret die EUGAL und die NEL – an, die das Gas weiter zu Verteilnetzen, über die dann letztlich die Direktversorgung der Kunden erfolgen kann, transportieren.

2.1.3. Abgrenzung zum vorgelagerten Rohrleitungsnetz

Die Nord Stream 2 ist insbesondere kein vorgelagertes Rohrleitungsnetz im Sinne des § 3 Nr. 39 EnWG, von dem die Fernleitung nach § 3 Nr. 19 EnWG abzugrenzen ist, denn der Betrieb oder Bau der Nord Stream 2 ist weder Teil eines Öl- oder Gewinnungsvorhabens noch wird die Nord Stream 2 künftig dazu verwendet, Erdgas von einer oder mehreren solcher Anlagen zu einer Aufbereitungsanlage, zu einem Terminal oder zu einem an der Küste gelegenen Endanlande-Terminal zu leiten. Da das von der Nord Stream 2 künftig zu transportierende Gas auf den Gasfeldern der Jamal-Halbinsel gewonnen wird und nach Aufbereitung und Verdichtung in der Kompressorstation Slawianskaja an der Anlandestation in der Nara-Bucht in die Nord Stream 2 eingeleitet werden soll, endet eine in einem engen Kontext mit der Gasgewinnung stehende und daher dem vorgelagerten Rohrleitungsnetz im Sinne des § 3 Nr. 38 EnWG vergleichbare russische Gasleitung jedenfalls an der russischen Anlandestation. Ab dort ist der Zweck der Nord Stream 2 nicht mehr im Kontext einer Gasgewinnung zu sehen, sondern dient dem Transport.

2.2. Fertigstellung im Sinne des § 28b Abs. 1 EnWG

Gemäß § 28b Abs. 1 Satz 1 EnWG kann eine Freistellung nur Gasverbindungsleitungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland mit einem Drittstaat im Sinne des Artikels 49a der RL 2009/73/EG, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden, gewährt werden.

Die Nord Stream 2 war zum Stichtag 23. Mai 2019 nicht fertiggestellt, denn entscheidend für die Fertigstellung ist eine Benutzbarkeit der Nord Stream 2 zum Zwecke des Gastransports. Da die Rohre der Nord Stream 2 zum Stichtag nicht vollständig verlegt und verbunden waren, ist eine baulich-technische Fertigstellung daher zum Stichtag nicht gegeben (dazu Abschnitte 2.2.1. und 2.2.3.).

Die Antragstellerin hingegen bejaht eine Fertigstellung der Nord Stream 2 zum Stichtag 23. Mai 2019 und argumentiert, dass die Fertigstellung nicht baulich-technisch zu verstehen sei, sondern wirtschaftlich-funktional. Sie stellt dafür auf die bereits 2016/2017 getroffene finale und wirtschaftlich unumkehrbare Investitionsentscheidung zur Errichtung der Nord Stream 2 ab. Die Antragstellerin trägt zur Begründung vor, dass diese Auslegung des § 28b EnWG nach Wortlaut und Sinn und Zweck zwingend geboten sei, um einen Verstoß gegen europäisches Primärrecht zu vermeiden. Angesichts der Tragweite des Begriffsverständnisses der Fertigstellung für das vorliegende Verfahren hat die Beschlusskammer den Begriff der Fertigstellung ausgelegt und sich in diesem Kontext auch mit dem Verständnis der Antragstellerin auseinandergesetzt. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Fertigstellung“ ergibt, dass hier eine baulich-technische Betrachtung zu erfolgen hat (vgl. Abschnitt 2.2.1). Gemessen hieran kommt die im Antrag vertretene Auffassung, dem Begriff der Fertigstellung müsse eine wirtschaftlich-funktionale Betrachtung zugrunde gelegt werden, auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragstellerin zum europäischen Primärrecht nicht in Betracht (siehe Abschnitt 2.2.2.).

Bezugspunkt der Fertigstellung ist die Gasverbindungsleitung in Gänze und nicht nur das im deutschen Hoheitsgebiet verlaufende Teilstück der Gasverbindungsleitung (dazu Abschnitt 2.2.3.).

2.2.1. Begriff der Fertigstellung

Die Nord Stream 2 war zum Stichtag 23. Mai 2019 noch nicht fertiggestellt, da zu diesem Zeitpunkt nur etwa die Hälfte der Rohre auf dem Meeresboden abgelegt waren (dazu Abschnitt 2.2.3.). Dies betrifft sowohl Leitungsabschnitte der Nord Stream 2 außerhalb deutscher Gewässer als auch das Teilstück der Nord Stream 2, das innerhalb des deutschen Zuständigkeitsbereichs verläuft. Auch zum Zeitpunkt der Entscheidung dauern die Baumaßnahmen noch an.

Zwingendes Tatbestandsmerkmal für eine Freistellung nach § 28b EnWG ist die Fertigstellung der Gasverbindungsleitung vor dem 23. Mai 2019. Maßgebend für die Auslegung des § 28b EnWG und des Begriffs der Fertigstellung bzw. des Wortes „fertiggestellt“ ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist. Der Erfassung des objektiven Willens des Gesetzgebers dienen die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen. Sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Das gilt auch für die Heranziehung der Gesetzesmaterialien, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift (st. Rspr, vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 17. Mai 1960 - 2 BvL 11/59 - BVerfGE 11,126 (130); BVerfG; Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 -BVerfGE 133, 168 (66); BVerwG,

Urteil vom 19. Februar 2015 - 9 C 10.14 - BVerwGE 151, 255). Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können (BVerfG, Urteil vom 21. Mai 1952 - 2 BvH 2/52 - BVerfGE 1, 299 (312)). Gemessen hieran kommt die im Antrag vertretene Auffassung, dem Begriff der Fertigstellung müsse eine wirtschaftlich-funktionale Betrachtung zugrunde gelegt werden, nicht in Betracht (siehe Abschnitt 2.2.2.). Eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Fertigstellung“ ergibt vielmehr, dass hier eine baulich-technische Betrachtung zu erfolgen hat.

Hierfür sprechen der Wortlaut der Norm, die Gesetzessystematik sowie der Normzweck, wobei angesichts der wortgleichen Wiederholung des von § 28b EnWG umgesetzten Art. 49a RL 2009/73/EG stets auch die europäische Regelung mit in den Blick zu nehmen ist. Bestätigt wird dieses Verständnis insbesondere auch durch die Stellungnahmen der Italienischen Republik, des Königreichs Dänemarks, der Republik Estlands, der Republik Lettlands und der Republik Polens, die sich mit der Begrifflichkeit auseinandergesetzt haben.

2.2.1.1. Wortlautauslegung

(1) „Fertiggestellt“ wird in § 28b EnWG und gleichlaufend in Art. 49a RL 2009/73/EG in einem Relativsatz im Vorgangspassiv verwendet: *„Gasverbindungsleitungen (...) die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden“*. Bezug des Relativsatzes und der Passivkonstruktion, auf die auch die Beigeladenen zur Untermauerung ihres Verständnisses der Nord Stream 2 als „nicht-fertiggestellt“ in ihrer gemeinsamen Stellungnahme verweisen, sind demnach die Gasverbindungsleitungen, deren Fertigstellung zum 23. Mai 2019 verlangt wird. Fertigstellung wiederum wird gemäß Duden in der deutschen Sprache sprachlich als Vorgang, bei dem etwas zu Ende oder zum Abschluss gebracht wird, verwendet. Verlangt wird somit wegen des Bezugs zur Gasverbindungsleitung die Vollendung oder Vervollständigung derselben bzw. bei Abstellen auf die zur Fertigstellung der Leitung gerichtete Tätigkeit der Abschluss oder die Beendigung derselben. Das Verständnis des Begriffs „fertiggestellt“ im Sinne von „abgeschlossen“ beziehungsweise „vollendet“ betont auch das Königreich Dänemark in seiner Stellungnahme.

(2) Die Wortlautauslegung des § 28b EnWG steht im Einklang mit dem Wortlautverständnis des Art. 49a RL 2009/73/EG. Die englische und französische Sprachfassung des Art. 49a RL 2009/73/EG zeichnen insbesondere kein anderes Bild, sondern sind der deutschen Sprachfassung der Gasrichtlinie sehr ähnlich. Die englische Sprachfassung lautet *„gas transmission lines (...) completed before 23 May 2019.“* und verwendet „completed“ nicht – wie von der Antragstellerin vorgetragen als Verb – sondern als Adjektiv in einer Partizipialkonstruktion mit der Bedeutung „having all necessary parts or appropriate parts“ oder „with all the parts“. Bezugsobjekt

von „completed“ ist auch in der englischen Sprachfassung des Art. 49a RL 2009/73/EG „gas transmission lines“, so dass „completed“ folglich Anforderungen an den Zustand dieser Leitungen zum Stichtag beschreibt, diese demnach alle (relevanten) Teile aufweisen müssen. Selbst wenn man der Argumentation der Antragstellerin folgen würde und die Investitionsentscheidung als eine relevante Position für die Fertigstellung ansähe, so wäre sie unter Berücksichtigung der Bedeutung von „completed“ aber keinesfalls der letzte erforderliche Bestandteil, um die Gasleitung als „having all necessary parts or appropriate parts“, somit als vollständig ansehen zu können. Die französische Sprachfassung *„En ce qui concerne les conduites de transport de gaz (...) achevées avant le 23 mai 2019“* zeigt ein ähnliches Bild. Wiederum wird mit „achevées“ ein Adjektiv verwendet, dessen Bezugsobjekt die Gasleitungen „les conduites de transport de gaz“ sind. Es hat die Bedeutung „accompli, parfait en son genre, complet“, Synonyme sind daneben „consommé“, „fini“, und „parfait“. Auch die französische Fassung setzt somit eine fertige bzw. vollständige Leitung zum Stichtag voraus.

2.2.1.2. Systematische Auslegung

(1) Die systematische Auslegung, die auf den Gedanken beruht, dass die Rechtsordnung als Ganzes widerspruchsfrei aufgebaut sein muss, stützt dieses Verständnis und bietet ihrerseits insbesondere keine Anhaltspunkte für ein von der Antragstellerin vertretenes wirtschaftlich-funktionales Verständnis der die Gasverbindungsleitung in Bezug nehmenden Fertigstellung in § 28b EnWG.

Zwar ist der Begriff der Fertigstellung weder im EnWG noch in der Gasrichtlinie noch an anderer Stelle im europäischen oder nationalen Recht legal definiert; die Verwendung des Begriffs in einem rechtlichen Kontext ist jedoch sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht gebräuchlich. Dies betrifft ganz überwiegend Anforderungen an Vorhaben im Zusammenhang mit Genehmigungs- und Planungsverfahren sowie – im deutschen Recht - an Baumaßnahmen im Zusammenhang mit der Abnahme eines geschuldeten Werks und bezeichnet somit den Grad des Baufortschrittes in Bezug auf das Vorhaben bzw. die Baumaßnahme.

(2) Die Gasrichtlinie selbst verwendet den Begriff der Fertigstellung in Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG für den bereits mit RL 2003/55/EG vom 26. Juni 2003 eingeführten Begriff der „neuen Infrastruktur“ als einer bis zum 4. August 2003 nicht fertiggestellten Infrastruktur. Nach Art. 36 der RL 2009/73/EG sind Ausnahmen von der Regulierung für derartige Infrastrukturprojekte möglich. Im Hinblick auf die Normsystematik des Art. 36 RL 2009/73/EG ergibt sich die Abgrenzung einer neuen, somit nicht-fertiggestellten Infrastruktur zu einer bereits vorhandenen Infrastruktur. So gilt nach Art. 36 Abs. 2 RL 2009/73/EG die Ausnahmemöglichkeit für „neue Infrastrukturen“ im Sinne des Art. 36 RL 2009/73/EG *„auch für erhebliche Kapazitätsaufstockungen bei vorhandenen Infrastrukturen und für Änderungen dieser Infrastrukturen, die die Erschließung neuer Gasversorgungsquellen ermöglichen“*. Nach Art. 36 Abs. 6 RL 2009/73/EG wiederum kann sich die Ausnahme *„auf die gesamte Kapazität der neuen Infrastruktur oder der vorhandenen Infrastruktur,*

deren Kapazität erheblich vergrößert wurde, oder bestimmte Teile der Infrastruktur erstrecken“. Die Regelungen zur neuen Infrastruktur in Art. 36 RL 2009/73/EG gelten somit zum einen unmittelbar für neue Infrastrukturen im Sinne einer nicht fertiggestellten Infrastruktur sowie zudem für vorhandene Infrastrukturen, wenn diese, etwa durch eine erhebliche Kapazitätserweiterung vergrößert werden, so dass der Normtitel „Neue Infrastruktur“ des Art. 36 RL 2009/73/EG insoweit einschränkender formuliert ist, als der Anwendungsbereich der Ausnahmemöglichkeit tatsächlich ist. Was Fertigstellung im Sinne der RL 2009/73/EG bedeuten kann, ergibt sich aus der in Art. 36 RL 2009/73/EG getroffenen Unterscheidung zwischen neuer, nicht-fertiggestellter Infrastruktur und vorhandener erweiterter bzw. geänderter und somit über Art. 36 Abs. 2, 6 RL 2009/73/EG von der Ausnahmemöglichkeit erfassten Infrastruktur. Das Gegensatzpaar „neu“ im Sinne von „nicht-fertiggestellt“ und „vorhanden“ lässt den Umkehrschluss zu, dass bei dem „Vorhandensein“ eine fertiggestellte Infrastruktur bestehen muss, das heißt bereits baulich-technisch existent sein muss.

(3) Im europäischen – und wegen der unmittelbaren Geltung auch im nationalen - Normkontext kann insbesondere die Verordnung (EU) Nr. 347/2013 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. April 2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 713/2009, (EG) Nr. 714/2009 und (EG) Nr. 715/2009 (TEN-E-VO) herangezogen werden, die transeuropäische Energieinfrastrukturprojekte zum Regelungsgegenstand hat und den Begriff der Fertigstellung baulich-technisch im Kontext mit baubezogenen Tätigkeiten verwendet. Die Regelungen der TEN-E VO enthalten Vorgaben zum beschleunigten Genehmigungsverfahren sogenannter vorrangiger Infrastrukturprojekte (PCI), zu denen gemäß Anhang II der Verordnung auch transeuropäische Gasverbindungsleitungen zählen können, so dass eine thematische Nähe von TEN-E VO einerseits und § 28b EnWG bzw. Art. 49a GasRL andererseits durchaus besteht. Vorhaben, die unter die Infrastrukturkategorien der TEN E-VO fallen, sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 3 TEN-E VO technisch bestimmt als *„eine oder mehrere Leitungen, Rohrleitungen, Einrichtungen, Ausrüstungen oder Anlagen“*. Die Inbetriebnahme eines solchermaßen technisch bestimmten Vorhabens wiederum ist nach Art. 2 Nr. 11 TEN-E VO als *„Vorgang, bei dem ein Vorhaben nach seiner Fertigstellung in Betrieb genommen wird“* definiert. Die Inbetriebnahme setzt somit eine Gebrauchsfähigkeit des Vorhabens im Sinne des Art. 2 Nr. 3 TEN-E VO voraus, die durch die Fertigstellung eintritt und damit zugleich einen erreichten baulichen Arbeitsstand markiert. Art. 2 Nr. 8 TEN-E VO, wonach Arbeiten *„den Erwerb, die Lieferung und den Einsatz von Komponenten, Systemen und Dienstleistungen, einschließlich Software, die Durchführung der ein Vorhaben betreffenden Entwicklungs-, Bau- und Herstellungstätigkeiten, die Bauabnahme und die Inbetriebnahme eines Vorhabens“* bezeichnet, erlaubt eine weitere Eingrenzung des Begriffs der Fertigstellung dahingehend, dass Fertigstellung und die Bauabnahme als die jeweils der Inbetriebnahme unmittelbar vorgelagerten Schritte zeitlich eng aneinander liegen und auch inhaltlich in einem engen Sachzusammenhang stehen. Hierfür könnte auch das in §§ 3 Nr. 29a und 28a EnWG als die Vorgaben des Art. 2 Nr. 33, Art. 36 RL 2009/73/EG umsetzende nationale Normen

zum Ausdruck kommende Verständnis sprechen. Auch das Königreich Dänemark sowie die Republik Italien weisen in ihren Stellungnahmen den engen Zusammenhang zwischen der Fertigstellung und der Inbetriebnahme hin.

(4) Im nationalen Recht ist Art. 36 RL 2009/73/EG, wie bereits die Vorgängerregelung des Art. 22 RL 2003/55/EG, durch § 28a EnWG umgesetzt. Die Definition der neuen Infrastruktur in § 3 Nr. 29a EnWG als „eine Infrastruktur, die nach dem 12. Juli 2005 in Betrieb genommen worden ist“ weicht sprachlich von Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG insoweit ab, als dass „nicht-fertiggestellt“ im Sinne des Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG durch „noch nicht in Betrieb genommen“ umgesetzt wird. Im Umkehrschluss ist daher in Bezug auf § 28a EnWG von einer Fertigstellung jedenfalls bei einer Inbetriebnahme der Infrastruktur auszugehen.

(5) Das EnWG verwendet den Begriff der Fertigstellung in §§ 17b - f EnWG im Zusammenhang mit der Offshore-Anbindung von Windenergieanlagen auf See. Nach § 17d EnWG muss der anbindungsverpflichtete Übertragungsnetzbetreiber die Offshore-Anbindungsleitung so rechtzeitig beauftragen, dass der im Offshore-Netzentwicklungsplan bzw. im Flächenentwicklungsplan genannte geplante Fertigstellungstermin jeweils erreicht werden kann. Der Inhalt der Anbindungsverpflichtung nach § 17d EnWG ist daher die Errichtung und Betrieb der Anbindungsleitung in den zeitlichen Vorgaben des Abs. 2 der Norm. Bindeglied zwischen beiden Vorgaben ist der voraussichtliche Fertigstellungstermin - somit das Datum, zu dem die Verpflichtung zur Errichtung und Betrieb der Anbindungsleitung erfüllt worden sein muss. Dem Begriff der Fertigstellung liegt somit aufgrund des Bezugs „Errichtung und Betrieb“ ein baulich-technisches Verständnis im Sinne eines Bauabschlusses zugrunde. Zugleich dient der voraussichtliche Fertigstellungstermin der Abstimmung eines Realisierungsfahrplans zwischen dem anbindungsverpflichteten Übertragungsnetzbetreiber und dem Betreiber der Windenergieanlage auf See, die angeschlossen werden soll. Auf diese Weise soll eine Koordinierung des Ausbaus der Anbindungsleitung auf See und der Errichtung der Windenergieanlagen auf See erfolgen. Auch hier zeigt sich das baulich-technische Verständnis der Fertigstellung im Sinne einer Kopplung zweier Baumaßnahmen dergestalt, dass beide möglichst zeitgleich zum Abschluss kommen.

(6) Im nationalen Kontext wird der Begriff der Fertigstellung weiterhin in § 76 VwVfG verwendet, der die Durchführung eines neuen Planfeststellungsverfahrens verlangt, wenn vor Fertigstellung des Vorhabens der festgestellte Plan geändert wird. Auf diese Regelung wird für viele planfeststellungsbedürftige Infrastrukturprojekte im jeweiligen Spezialgesetz verwiesen, so auch in § 43 Abs. 4 EnWG für das nach Maßgabe des § 43 Abs. 1 Nr. 5 EnWG als Planfeststellungsverfahren zu führende Planungs- und Genehmigungsverfahren für Gasversorgungsleitungen. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2018 – 9 A 4/17) hat zu der Frage, wann bei einer planfeststellungsbedürftigen Straßenbaumaßnahme von einer Planänderung „vor Fertigstellung des Vorhabens“ auszugehen ist, entschieden, dass mit dem Vorhaben nicht nur die Maßnahme selbst gemeint ist, wegen der der Planfeststellungsbeschluss erforderlich geworden

ist, sondern auch – der eigentlichen baulichen Errichtung nachgelagerte – sog. Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. Durch dieses weite, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen einschließende Verständnis des Vorhabens in Abgrenzung zur Maßnahme im engeren Sinne – im Falle der Nord Stream 2 der beantragte und mit Planfeststellungsbeschluss vom 31. Januar 2018 genehmigte Bau und Betrieb der Nord Stream 2 - verlagert sich auch der Begriff der Fertigstellung auf einen späteren Zeitpunkt, und kann daher noch nach der baulichen Fertigstellung liegen. Einer Entscheidung, ob ggf. nicht nur die Maßnahme selbst, sondern unter Anlehnung an das durch das Bundesverwaltungsgericht für § 76 VwVfG entwickelte Verständnis das Vorhaben in Gänze Bezugspunkt für die Fertigstellung im Sinne des § 28b EnWG ist, bedarf es an dieser Stelle nicht, da durch ein umfassendes, auch Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen umfassendes Verständnis der Zeitpunkt der Fertigstellung später liegen würde, keinesfalls aber früher, wie die Antragstellerin für die wirtschaftlich-funktionale Betrachtung argumentiert.

(7) Gestützt wird dieses Verständnis im nationalen Normkontext durch die Regelungen zur Fertigstellungsanzeige nach Bauordnungsrecht. Ein Rohbau ist etwa nach § 84 Abs. 3 BauO NRW fertiggestellt, wenn die tragenden Teile, Schornsteine, Brandwände und die Dachkonstruktion vollendet sind. Die abschließende Fertigstellung umfasst sodann die Fertigstellung auch der Wasserversorgungsanlagen und Abwasseranlagen. Mit der Fertigstellungsanzeige wird somit ein konkreter Baufortschritt eines Bauvorhabens dokumentiert. Mithin ist das Verständnis der Fertigstellung ebenfalls ein baulich-technisches.

(8) Auch im Werkvertragsrecht, auf das auch die Beigeladenen in der gemeinsamen Stellungnahme vom 24. April.2020 zur Begründung ihres baulich-technischen Verständnisses des Begriffs der Fertigstellung verweisen - wird bei der Regelung zur Abnahmefiktion eines Werkes in § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB der Begriff der Fertigstellung verwendet. Nach dem Wortlaut des § 640 Abs. 2 Satz 1 BGB kann die Abnahmefiktion nur eintreten, wenn das Werk den Zustand der Fertigstellung erreicht hat. Der Begriff selber wird nicht legal definiert. Der Gesetzgeber bringt in der Begründung des Gesetzes jedoch zum Ausdruck, dass von einer Fertigstellung im Sinne der Vorschrift dann auszugehen sei, wenn das Werk nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien als „fertig“ anzusehen sei. Das sei dann der Fall, wenn die im Vertrag genannten Leistungen abgearbeitet bzw. erbracht seien, wobei es auf das Vorliegen von Mängeln nicht ankomme. Fertigstellung bedeutet in diesem Kontext somit, dass das Werk im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt ist. Entscheidend ist dafür die objektive Bewertung eines verständigen, nicht notwendig sachverständigen – durchschnittlichen Dritten (BeckOGK/Kögl BGB § 649 Rn. 124). Der Begriff der Fertigstellung in § 640 Abs. 2 BGB wird daher in der Literatur vor allem quantitativ verstanden, das heißt Bewertungsmaßstab ist nicht die Qualität des Werkes, insbesondere nicht dessen Mangelfreiheit sondern die Quantität bezogen auf den Herstellungsprozess. Insofern unterscheidet sich der Begriff der Fertigstellung in § 640 Absatz 2 Satz 1 BGB von dem Begriff der vollständigen Fertigstellung in § 3 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV), der voraussetzt, dass sämtliche Arbeiten erbracht und alle wesentlichen Mängel behoben worden sind

und damit Abnahmereife der Werkleistung voraussetzt (vgl. Marcks, MaBV, 9. Auflage 2014, § 3 Rn. 42; BGH, Urteil vom 30. April 1998, VII ZR, 47/97, NJW 1998, 2967).

(9) Auch dem Einkommensteuerrecht liegt in Bezug auf Wirtschaftsgüter ein vergleichbares Verständnis zugrunde. Zwar wird in § 6 EStG der Begriff Herstellung verwendet, nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs endet die Herstellung eines Wirtschaftsgutes jedoch, wenn es fertiggestellt ist. Fertiggestellt beschreibt nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs wiederum das Erreichen eines Zustandes der nach objektiven Merkmalen die bestimmungsmäßige Nutzung des Wirtschaftsgutes uneingeschränkt ermöglicht. Je nach Wirtschaftsgut können sich daraus verschiedene Anforderungen ergeben, so muss ein Wirtschaftsgut des Anlagevermögens zur bestimmungsgemäßen dauerhaften Nutzung eingesetzt werden können und ein Wirtschaftsgut des Umlaufvermögens zum vorgesehenen Verbrauch oder Absatz. Ein Betriebsgebäude ist nach der Rechtsprechung zu § 6 EStG fertiggestellt, wenn die wesentlichen Bauarbeiten abgeschlossen sind und das Gebäude in all seinen wesentlichen Teilen für den Betrieb nutzbar ist.

(10) Die Normkontexte zeigen, dass Fertigstellung stets die Erreichung eines Zustands umschreibt, der nach objektiven Merkmalen die Nutzung ermöglicht. Fertigstellung ist somit etwas Tatsächliches. Je nach Bezugsobjekt der Fertigstellung ergeben sich weitere Anhaltspunkte, welche Merkmale konkret vorliegen müssen, um eine Ermöglichung der Nutzung und somit eine Fertigstellung im konkreten Fall annehmen zu können. Soweit das Bezugsobjekt des Begriffs der Fertigstellung ein Vorhaben, ein Werk, eine Baumaßnahme ist, beschreibt Fertigstellung in allen Fällen ein Stadium der baulich-technischen Realisierung, das die Nutzung ermöglicht. Je nach jeweiligem Normkontext kann die Fertigstellung im Einzelnen verschiedene Bezüge haben und wie im Falle der vorgenannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 76 VwVfG planungsrechtlich sogar eine Phase nach der Inbetriebnahme des Vorhabens erfassen. Rein planerisch-konzeptionelle Schritte im Vorfeld der in Bezug genommenen Maßnahme, des Bezugsobjekts – dies ist bei § 28b EnWG die Gasverbindungsleitung – sind jedoch in keinem Fall ausreichend.

2.2.1.3. Sinn und Zweck

(1) Aus dem Sinn und Zweck des § 28b EnWG und des ihm zugrundeliegenden Art. 49a RL 2009/73/EG ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Frage der Fertigstellung zum 23. Mai 2019 tatsächlich nicht die Gasverbindungsleitung als Bauvorhaben in Bezug genommen werden sollte, sondern die Investitionsentscheidung für den Bau der Gasverbindungsleitung; der Begriff der Fertigstellung mithin wirtschaftlich-funktional zu lesen ist. Bereits der Aufbau des § 28b EnWG und auch des Art. 49a RL 2009/73/EG zeigen, dass die Investitionskosten nicht zwingend im Rahmen einer Freistellungsprüfung zu betrachten sind, sondern unter dem Blickwinkel der Amortisation, welche wiederum nur ein möglicher objektiver Grund für eine Frei-

stellung sein kann. Zweck der Regelung ist nach Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien sowohl auf europäischer Ebene als auch im Gesetzgebungsverfahren zur Implementierung der europäischen Vorgaben in das EnWG vielmehr, den neu der Regulierung unterfallenden Gasverbindungsleitungen von und zu Drittstaaten unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten eine Übergangsregelung in Form einer befristeten Freistellung zu ermöglichen, soweit sie zum Stichtag fertiggestellt waren. Es ist nicht ersichtlich, dass Anknüpfungspunkt die Investitionsentscheidung sein sollte oder auch baulich zum Stichtag noch nicht erfasste Gasverbindungsleitungen unter die Regelung fallen sollten.

2.2.1.3.1. Sinn und Zweck des Art. 49a RL 2009/73/EG

(1) In Erwägungsgrund 4 der RL (EU) 2019/692 zur Änderung der RL 2009/73/EG heißt es *„Um dem Fehlen spezifischer Unionsvorschriften für Gasfernleitungen aus Drittländern und in Drittländer vor dem Tag des Inkrafttretens dieser Richtlinie Rechnung zu tragen, sollten die Mitgliedstaaten Ausnahmen von bestimmten Vorschriften der RL 2009/73/EG für Gasfernleitungen gewähren können, die vor dem Tag des Inkrafttretens dieser Richtlinie fertiggestellt sind“*. Durch die den Mitgliedstaaten eingeräumte Option einer Ausnahme nach Art. 49a RL 2009/73/EG von den Vorgaben der Art. 9, 19, 11 und 31 sowie Art. 41 Abs. 6, 8 und 10 RL 2009/73/EG soll die Möglichkeit bestehen, für diese Gasfernleitungen einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, der im Wesentlichen dem Zustand vor der Ausdehnung der Regulierungsvorgaben durch die RL (EU) 2019/692 entspricht. So kann der Betrieb dieser nunmehr neu der Regulierung unterfallenden Gasverbindungsleitungen weitgehend unter Rahmenbedingungen wie vor Geltung der RL (EU) 2019/692 erfolgen, soweit die sonstigen Anforderungen des Art. 49a RL 2009/73/EG vorliegen, insbesondere soweit die Freistellungsentscheidung keine negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Binnenmarkt hat. Insoweit stellt sich Art. 49a RL 2009/73/EG als eine Regelung des Vertrauens- und Bestandschutzes im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsbetrachtung dar. Bezug des Art. 49a RL 2009/73/EG ist somit der Schutz vor Anpassungen an die geänderten Rahmenbedingungen. Dies verdeutlicht die Aussage der Kommission in ihrem Fact Sheet vom 8. November 2017 (EC-Fact Sheet, Questions and Answers on the Commission proposal to amend the Gas Directive (2009/73/EC): *„However, in order to take into account the legitimate expectations of existing operators and the previous lack of specific Union rules applicable to gas pipelines to and from third countries, Member States will be able to grant derogations for existing pipelines from certain key requirements of the gas Directive 2009/73/EC.“*

(2) Die Antragstellerin trägt in ihrem als Anlage AS 49 zum Antrag übermittelten Rechtsgutachten vor, dass der Bezugspunkt des berechtigten Vertrauens die „getätigten“ oder „bestehenden“ Investitionen seien (Anlage AS 49, Rn. 81). Diese die Argumentation eines wirtschaftlich-funktionalen Fertigstellungsbegriffs tragende Schlussfolgerung verkennt, dass die Amortisierung von Investitionen nur ein möglicher objektiver Grund für eine Freistellung ist, eine Ausnahme aber auch aus anderen als in der Sphäre des Normadressaten liegenden Gründen gewährt werden kann,

etwa wenn die Gasverbindungsleitung einen Beitrag zur Versorgungssicherheit leistet. Der Bezugspunkt des berechtigten Vertrauens ergibt sich daher vorrangig nicht aus dem objektiven Grund der Amortisation selber, sondern – wie Erwägungsgrund 4 der RL (EU) 2019/692 zeigt – aus den in Art. 49a RL 2009/73/EG genannten Normen, von denen aufgrund der bereits vor diesem Regime etablierten Rahmenbedingungen eine Freistellung gewährt werden kann. Dem Ansinnen, hier unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten und daher in Abwägung mit dem grundsätzlichen Bestreben, die Regulierung gerade auf derartige Leitungen auszuweiten, angemessenen Vertrauens- und Bestandsschutz zu gewährleisten, trägt bereits der Vorschlag der Kommission vom 8. November 2017 Rechnung, worin es heißt: *„Ausnahmeregelungen für vorhandene Infrastruktur sind möglich, um bereits vorhandenen, komplexen rechtlichen Strukturen, die möglicherweise einen fallspezifischen Ansatz erfordern, Rechnung zu tragen.“* Das im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens normierte Erfordernis eines objektiven Grundes, ohne diese jedoch abschließend vorzugeben, setzt den fallspezifischen Ansatz in Art. 49a RL 2009/73/EG um. Explizit benannt ist der objektive Grund der Amortisierung, daneben sind weitere objektive Gründe möglich. Diese müssen in ihrer Wirkweise, das heißt entweder hinsichtlich des mit ihnen verbundenen Risikos oder hinsichtlich ihrer positiven Auswirkung, den in Art. 49a RL 2009/73/EG genannten exemplarisch genannten Gründen gleichwertig sein. Nicht zwingend ist, dass der objektive Grund selber Ausdruck eines zu schützenden Vertrauens des Normadressaten in den Bestand bereits etablierter rechtlicher Strukturen ist. Dies zeigt der objektive Grund der Versorgungssicherheit, der ebenfalls eine Freistellungsentscheidung und damit den Fortbestand der Bedingungen wie vor der Regulierung legitimieren kann.

Zudem besteht ein schützenswertes Vertrauen in eine bestehende Rechtslage nach Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 05.07.1973; C-1/73, S. 723 ff) nur solange, wie ein Marktteilnehmer davon ausgehen konnte, dass das rechtliche Umfeld seiner Tätigkeit auf angemessene Zeit erhalten bleibt, mithin keine Anhaltspunkte für eine geplante Rechtsänderung vorliegen. Bereits mit dem förmlichen Ersuchen der Europäischen Kommission gegenüber dem Rat der Europäischen Union um ein Mandat für Verhandlungen mit der Russischen Föderation über die Grundprinzipien für den Betrieb der Nord Stream 2 am 9. Juni 2017 könnte dieses Vertrauen erschüttert worden sein, denn die Kommission gibt als Grund in der Pressemitteilung (abzurufen unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1571) an, durch ein Verhandlungsmandat sicherstellen zu wollen *„, dass die Pipeline Nord Stream 2 im Einklang mit den wichtigsten Grundsätzen des internationalen und EU-weiten Energierechts sowie auf transparente und diskriminierungsfreie Weise betrieben und angemessen aufsichtsrechtlich überwacht wird.“* Die Stellungnahme der Republik Polens betont abstellend auf dieses Datum, dass *„die EU-Gesetzgebungspläne (...) lange vor der Vornahme der finanziellen Ausgaben sowie vor dem Anfang des physischen Infrastrukturbaus“* bekannt gewesen seien.

Spätestens mit dem Kommissionsvorschlag vom 8. November 2017 zur Änderung der RL 2009/73/EG wäre jedoch ein schützenswertes Vertrauen der Antragstellerin nicht mehr gegeben, wie auch die Antragstellerin in dem Rechtsgutachten zu ihrem Antrag ausführt (AS 49, Rn. 85). Der europäische Gesetzgeber hat jedoch weder auf den 8. November 2017 als Stichtag noch auf die Investitionsentscheidung abgestellt, obwohl er sich mit dem schützenswerten Vertrauen des neu der Regulierung unterfallenden Normadressaten und auch der konkreten Frage der Amortisierung von Investitionskosten auseinandergesetzt hat. Diese Kriterien können daher nicht über eine wirtschaftlich-funktionale Betrachtungsweise in den für Art. 49a RL 2009/73/EG gewählten, die Fertigstellung der Leitung voraussetzenden Stichtag 23. Mai 2019 hineingelesen werden, entsprechen sie doch erkennbar nicht dem Verständnis des europäischen Gesetzgebers.

(3) Anknüpfungspunkt für die Art. 49a RL 2009/73/EG zugrundeliegenden Verhältnismäßigkeits-erwägungen ist die Geltung der Regulierungsvorgaben einerseits und der dadurch für den Normadressaten veränderte Rechtsrahmen andererseits. Ausgehend von diesem Verständnis des europäischen Gesetzgebers ist es folgerichtig, das Datum des Inkrafttretens als Stichtag für die Möglichkeit einer Freistellungsentscheidung zu bestimmen. Härten, die sich für den Normadressaten aus der Anwendung der Regulierung ergeben, können so durch die Möglichkeit einer maximal 20 Jahre geltenden Freistellung abgemildert werden. Die Entscheidung über eine solche Freistellung ist angesichts der Entscheidungsfrist nach Art. 49a RL 2009/73/EG bis zum 24. Mai 2020 nur in einer relativ kurzen Übergangszeit möglich und ist zudem bezüglich der nationalen Umsetzung optional, denn die europäische Vorgabe adressiert den Mitgliedstaat und ist nach Art. 49a Abs. 1 Satz 1 RL 2009/73/EG als „Kann“-Vorschrift der Mitgliedstaaten ausgestaltet. Hinsichtlich des „Ob“ einer Ausnahme „...*kann der Mitgliedstaat (...) beschließen*“. Auch die Formulierung „sollte“ in Erwägungsgrund 4 der RL (EU) 2019/692 zur Änderung der RL 2009/73/EG - konkret „*sollten die Mitgliedstaaten Ausnahmen von bestimmten Vorschriften der RL 2009/73/EG für Gasfernleitungen gewähren können, die vor dem Tag des Inkrafttretens dieser Richtlinie fertiggestellt sind*“ - zeigt, dass der Richtliniengeber die Entscheidung darüber, ob eine Ausnahmeregelung national implementiert wird, letztlich dem jeweiligen Mitgliedstaat überlässt. Als stets zwingend hat der europäische Gesetzgeber die Freistellung nach Maßgabe des Art. 49a RL 2009/73/EG daher nicht gesehen. Demnach dient Art. 49a RL 2009/73/EG dem Verständnis des europäischen Gesetzgebers vor allem dazu, die Folgen für einen neu der Regulierung unterfallenden Normadressaten unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bei Vorliegen bestimmter, insbesondere die Gemeinschaftsinteressen berücksichtigende Voraussetzungen – etwa, dass die Freistellung keine negativen Auswirkungen auf den Binnenmarkt hat – abzufedern.

(4) Anknüpfungspunkt der Stichtagsregelung ist der Umstand, dass die Gasverbindungsleitung zum Stichtag fertiggestellt ist. Bei der Wahl dieser Begrifflichkeit knüpft der europäische Gesetzgeber an das bereits für die Stichtagsregelung in Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG verwendete Abgrenzungskriterium an. Das dem Begriff der Fertigstellung zugrundeliegende Verständnis ergibt

sich aus der Abgrenzung zu Art. 36 RL 2009/73/EG und den dortigen Regelungen für neue Infrastrukturen im Sinne des Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG als „eine Infrastruktur, die bis zum 4. August 2003 nicht fertig gestellt worden ist“. Im Vorschlag der Kommission vom 8. November 2017 heißt es: „Die vorgeschlagenen Änderungen werden dazu führen, dass die Gasrichtlinie (...) bis zur Grenze des EU-Gebiets vollumfänglich für bestehende wie auch für künftige Rohrleitungen aus und nach Drittländern gelten. (...). Außerdem wird dadurch für neue Rohrleitungen aus und nach Drittländern die Möglichkeit geschaffen, eine Ausnahme von den oben genannten Vorschriften gemäß Artikel 36 der Gasrichtlinie zu beantragen. Hinsichtlich der bestehenden³ Rohrleitungen, die nicht unter Artikel 36 fallen, werden die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, Ausnahmen von der Anwendung der Hauptbestimmungen der Richtlinie zu gewähren, sofern die Ausnahme sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb, das effektive Funktionieren des Marktes oder die Versorgungssicherheit in der Union auswirkt“. Als fertiggestellt werden ausweislich dieser Erwägung bestehende Leitungen angesehen und zwar in Abgrenzung zu den unter Art. 36 RL 2009/73/EG fallenden nicht-fertiggestellten neuen Infrastrukturen. Dieses bauliche Verständnis der Kommission von dem Begriff der Fertigstellung belegt das Fact Sheet der Kommission vom 8. November 2017 zum Richtlinienvorschlag, in dem es noch weitergehend heißt: „The Commission proposal on derogations concerns gas pipelines already in operation.“ Das Königreich Dänemark weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass dieses Verständnis des Begriffs der Fertigstellung dem Gesetzgebungsverfahren somit von Beginn an zugrunde lag.

(5) Dass für eine erstmals der Regulierung unterfallende Gasverbindungsleitung zwingend die eine oder die andere Ausnahme geltend gemacht werden können muss und daher der Anknüpfungspunkt der Fertigstellung über ein wirtschaftlich-funktionales Verständnis so weit nach vorne verlagert werden muss, dass es keine Lücke zwischen beiden Regimen gibt, ergibt sich aus dem Normkontext zu Art. 36 RL 2009/73/EG hingegen nicht. Dies zeigt bereits der unterschiedliche Regelungsrahmen beider Ausnahmenvorschriften, der auch in dem Fact Sheet der Kommission vom 8. November 2017 hervorgehoben wird. Darin heißt es: „The logic of the derogation (of Art. 49a) is therefore very different than the one used in exemption procedure under Article 36 of the Gas Directive, which aims at exempting pipelines which would not be built otherwise and which bring competitive and security supply benefits“. Dies verdeutlicht zugleich die verschiedenen Zielsetzungen des EU-Gesetzgebers. Bei der Ausnahme nach Art. 36 RL 2009/73/EG geht es um die Förderung von Investitionen in neue Großinfrastrukturen im Interesse der Gemeinschaft, die sonst nicht gebaut würden. Einer Stichtagsregelung in der Definition bedurfte es, um den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 36 RL 2009/73/EG zu bestimmen, wobei sich aufgrund der möglichen Anwendung des Art. 36 RL 2009/73/EG auf vorhandene Infrastrukturen eine Benachteiligung nicht automatisch durch das Verstreichen eines Stichtages ergibt. Das heißt, selbst wenn eine Infrastruktur zum relevanten Stichtag keine „neue“ Infrastruktur im Sinne des

³ Unterstreichung nicht im Kommissionsvorschlag enthalten

Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG war, so kann sie im Falle einer für diese vorhandene Infrastruktur neu zu treffenden Investitionsentscheidung, etwa aufgrund einer Kapazitätserweiterung, ebenfalls über Art. 36 RL 2009/73/EG ausnahmefähig sein. Entscheidend für Art. 36 RL 2009/73/EG sind noch zu tätige Investitionen in eine Infrastruktur, die ohne Ausnahme nicht erfolgen würden. Der Unterschied zu Art. 49a RL 2009/73/EG liegt darin, dass es sich um vorzunehmende Investitionen handelt, zwecks deren Förderung die Ausnahme erfolgen kann, während es bei Art. 49a RL 2009/73/EG um die Amortisierung bereits getätigter Investitionen gehen kann – nicht muss, denn eine Ausnahme nach Art. 49a RL 2009/73/EG kann auch ohne die Berücksichtigung von Investitionsentscheidungen getroffen werden. Hätte der europäische Gesetzgeber zum Ziel gehabt oder es gar als unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als zwingend erachtet, bereits getätigte Investitionen in eine Gasverbindungsleitung von und zu Drittstaaten umfassend zu schützen, so wäre es naheliegender gewesen, eine entsprechende Regelung für neu der Regulierung unterfallende Verbindungsleitungen in Art. 36 RL 2009/73/EG als Sonderfall aufzunehmen oder aber die Freistellungsmöglichkeit des Art. 49a RL 2009/73/EG auch auf zum Stichtag in Bau befindliche Gasverbindungsleitungen zu erstrecken. Beides ist nicht erfolgt, obwohl die Situation der Nord Stream 2 als einer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der RL 2009/73/EG voraussichtlich noch im Bau befindlichen Gasverbindungsleitung im Gesetzgebungsprozess bekannt war.

(6) So wurde die Ausgestaltung des Art. 49a RL 2009/73/EG gerade auch in Hinblick auf die besondere Situation der Nord Stream 2 im Gesetzgebungsprozess intensiv diskutiert. Dass im Commission Staff Working Document (COM (2017) 660) als Begleitdokument des Kommissionsvorschlages nur zwei Fallgestaltungen behandelt wurden - *„New pipelines could request exemptions pursuant to Article 36. As existing infrastructure cannot meet the risk criterion of Art 36, existing pipelines could not request an exemption but could be subject to derogation“* - heißt nicht, dass alle denkbaren Sachverhalte zwingend darunter subsumierbar sein sollten. Denn dass die Nord Stream 2 zum Inkrafttreten der Richtlinie baulich nicht abgeschlossen sein und sich die ursprünglich für das 3. Quartal 2019 geplante Inbetriebnahme der Nord Stream 2 noch weiter verzögern würde, zeichnete sich bereits im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens für alle Beteiligten ab. Auch stand das Vorhaben „Nord Stream 2“ im Blickpunkt des europäischen Gesetzgebungsverfahrens, was exemplarisch das Fact Sheet der Kommission zum Richtlinienentwurf sowie die Stellungnahmen des Ausschusses der Regionen und des Wirtschafts- und Sozialausschusses und die Änderungsanträge im Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie des Europäischen Parlamentes zeigen, die explizit auf die Nord Stream 2 rekurrieren.

Die Beteiligten gingen auch davon aus, dass eine Gasverbindungsleitung, die zum Stichtag noch nicht fertiggestellt, deren Investitionsentscheidung jedoch bereits getroffen worden war, weder unter Art 36 RL 2009/73/EG noch unter Art. 49a RL 2009/73/EG fallen würde. So regt der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss in seiner Stellungnahme vom 19. April 2018 an, dass *„die notwendigen Änderungen der Gasrichtlinie unverzüglich angenommen werden, wobei jed-*

wede Rechtsunsicherheit hinsichtlich der vollumfänglichen Anwendbarkeit der EU-Rechtsvorschriften auf bestehende und geplante Verbindungsleitungen auszuräumen“ sei. Das Begehren des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses ist auf Rechtsklarheit, nicht auf Erweiterung des Anwendungsbereichs gerichtet, wie die Formulierung unter 1.5. der Stellungnahme *„Der EWSA ist der Meinung, dass Rechtsunsicherheit in einem bestimmten Bereich (bei künftigen Bauvorhaben aufgrund unklarer Verfahrensweisen bei den vorgeschlagenen Ausnahmeregelungen) die Investitionssicherheit gefährdet und den freien Wettbewerb zwischen nationalen und regionalen Behörden um Investitionen behindern kann.(...)“* und das grundsätzliche Anliegen, die Ausnahme nach Art. 49a RL 2009/73/EG nur zeitlich eng begrenzt zu erteilen, zeigen.

Auch der Änderungsvorschlag Nr. 27 des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments zeigt, dass die Fallkonstellation und die Einbeziehung eines für Nord Stream 2 geltenden Sachverhalts als Anwendungsfall diskutiert wurde. Der Vorschlag lautet: *„To take account of the previous lack of specific Union rules applicable to gas pipelines to and from third countries, Member States should be able to grant derogations from certain provisions of Directive 2009/73/EC to such pipelines which are completed at the date of entry into force of this Directive or which are already in the process of planning or being built, where major investment has already been made for those purposes. The relevant date for the application of unbundling models other than ownership unbundling should be adapted for gas pipelines to and from third countries“*. Selbiges gilt für den Änderungsvorschlag 111: *„In respect of gas pipelines to and from third countries completed before [PO: date of entry into force of this Directive] or for which on [PO: date of entry into force of this Directive] construction works relating to the investment have started, or the first legally binding commitment to order equipment for the construction of the pipeline has been made, Member States may decide to derogate (...)“*. Diese Änderungsvorschläge konnten sich aber letztlich nicht durchsetzen.

(7) Eine Änderung des Stichtagsbezuges, so dass dieser auch für die noch in Bau befindliche Nord Stream 2 eindeutig eingreifen würde, ist daher bewusst nicht erfolgt. Dies belegt auch die Äußerung des damaligen Generaldirektors für Energie in der EU-Kommission Dominique Ristori im März 2019, der laut Pressemitteilung (Zeit-online vom 04.03.2019, abzurufen unter: <https://www.zeit.de/news/2019-03/04/eu-kommission-neue-gasrichtlinie-soll-fuer-nord-stream-2-gelten-20190304-doc-1e74wj>) am Rande eines Treffens der EU-Energieminister betont habe, dass die neue Gasrichtlinie hoffentlich *„schnell, das heißt auf jeden Fall vor der Fertigstellung von Nord Stream 2“* in Kraft treten werde. Dies dürfte angesichts seiner Funktion und des Rahmens, in dem die Äußerung erfolgte, nicht als primär persönliche Meinung zu verstehen sein, sondern zeigt, dass die Wahl der Begrifflichkeiten bewusst und in Kenntnis der besonderen Situation der Nord Stream 2 erfolgt sind.

Die Antragstellerin trägt in dem vorgelegten Rechtsgutachten vor, dass die politischen Hintergründe für die Auslegung und Anwendung des Art 49a RL 73/2009/EG nicht unmittelbar relevant

seien. Wenn sich wie im vorliegenden Fall das Verständnis des Begriffs der Fertigstellung jedoch vor dem Hintergrund einer auch politischen Situation entwickelt und hinsichtlich seiner Reichweite und Geltung während des Gesetzgebungsprozesses diskutiert wird, so drückt die finale Richtlinie den Willen des Normgebers aus – hier bezüglich Art. 49a RL 2009/73/EG das Verständnis einer baulich-technischen Fertigstellung. Unter Berücksichtigung des zum Ausdruck kommenden Verständnisses der Kommission von Art. 49a RL 2009/73/EG als einer Verhältnismäßigkeitsregelung und des nur längstens bis 8. November 2017 bestehenden legitimen Vertrauens des künftigen Normadressaten in die bestehende Rechtslage, kann das Festhalten an einem baulich-technischen Fertigstellungsbegriff nur bedeuten, dass der europäische Gesetzgeber im Falle einer zum 23. Mai 2019 noch nicht fertiggestellten Gasverbindungsleitung noch nicht von so gefestigten Strukturen ausging, denn diese sind nach Ansicht der Kommission gerade der Bezugspunkt des legitimen Vertrauens bei Art. 49a RL 2009/73/EG. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass eine Gasverbindungsleitung, die zwar zum Zeitpunkt des Kommissionsvorschlags bereits in Planung und gegebenenfalls auch schon in Bau war, aber absehbar nicht zum Zeitpunkt eines Inkrafttretens fertig werden würde, nach Auffassung des Gesetzgebers eben noch nicht über derart gefestigte Strukturen verfügt beziehungsweise ausreichend Möglichkeiten hatte, ihre Struktur den geänderten Rahmenbedingungen anzupassen. Der europäische Gesetzgeber ist somit offensichtlich davon ausgegangen, dass es für künftige Betreiber solcher Leitungen zumutbar ist, die Regulierungsvorhaben unmittelbar nach Inkrafttreten der RL (EU) 2019/692 und nicht erst nach Ablauf einer nach Art. 49a RL 2009/73/EG gewährten Freistellung einzuhalten. Dies erscheint nicht sachfremd: So sind Finanzierungspläne zur Rückzahlung von Krediten häufig an die Inbetriebnahme gekoppelt und auch die für die Entflechtung maßgebliche Gesellschafts- und Organisationsstruktur ist möglicherweise bei einer Projektgesellschaft, die noch nicht betreibt, weniger komplex und gefestigt. Da das Vertrauen auf einen Bestand der Rechtslage bereits ab 2017 erschüttert war, ist dieser Ansatz auch nicht offensichtlich unverhältnismäßig.

Insbesondere war der europäische Gesetzgeber erkennbar nicht der Ansicht, dass eine Leitung, deren Fertigstellung sich innerhalb dieser Zeitspanne nicht realisieren lässt und dies im Falle der Nord Stream 2 gerade durch noch ausstehende Genehmigungen als einem Umstand, der gerade nicht Ausdruck eines besonderen Regulierungsrisikos ist – zwingend aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten in die Ausnahmeregelung einzubeziehen ist. Wenn sich die Strukturen im Zuge der fortschreitenden Baumaßnahmen dennoch zunehmend verfestigen, so dürfte dies nach der im Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitserwägungen als ein Risiko des künftigen Normadressaten, dass sich außerhalb des schutzwürdigen Vertrauens verwirklicht, anzusehen sein.

2.2.1.3.2. Sinn und Zweck des § 28b EnWG

§ 28b EnWG setzt Art. 49a RL 2009/73/EG in nationales Recht um und ist daher im Lichte dieser Norm zu sehen. Der nationale Gesetzgeber hat explizit darauf verzichtet, innerhalb seines Umsetzungsspielraums andere Begriffe etwa zur Fertigstellung zu verwenden, sondern orientiert sich hinsichtlich der materiell-rechtlichen Vorgaben eng an der zugrundeliegenden europäischen Norm. Lediglich die Ausgestaltung des Verfahrens zeigt einen größeren Detaillierungsgrad als Art. 49a RL 2009/73/EG – dies betrifft die Zuweisung der Zuständigkeit an die Regulierungsbehörde, das Antragserfordernis, die Antragsfrist und die Anforderungen an die Antragsunterlagen.

Insbesondere ist der nationale Gesetzgeber anders als bei der Implementierung des Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG durch § 3 Nr. 29a EnWG nicht vom Wortlaut der Richtlinie abgewichen und hat Fertigstellung daher nicht in Anlehnung an § 3 Nr. 29a EnWG enger mit Inbetriebnahme in das deutsche EnWG umgesetzt, sondern eine wortgetreue 1:1 Umsetzung gewählt. Eine Umsetzung im Sinne eines wirtschaftlich-funktionalen Verständnisses, etwa durch Einfügen des Kriteriums der noch in Bau befindlichen Leitung oder bei Abstellen auf die Investitionsentscheidung wäre eine Ausdehnung der Ausnahme auf europarechtlich nicht ausnahmefähige Gasverbindungsleitungen. Aufgrund der engen und sehr konkreten Vorgaben des Art. 49a RL 2009/73/EG bestand kein derartiger Umsetzungsspielraum. Selbiges muss daher für die Auslegung des Begriffs der Fertigstellung in § 28b EnWG im Sinne eines wirtschaftlich-funktionalen Ansatzes gelten, denn dieser hat nach den Darlegungen der Antragstellerin im Ergebnis zur Folge, dass Fertigstellung die getroffene Investitionsentscheidung meint und daher auch noch in Bau befindliche Gasverbindungsleitungen als fertiggestellt anzusehen seien. Daher kann der Begriff der Fertigstellung in § 28b EnWG nicht anders ausgelegt werden, als im europäischen Recht, mithin baulich-technisch.

Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 6. November 2019 (BT-Drucksache 19/14878), die Änderungen des § 28b EnWG zum Inhalt und die Annahme eines entsprechend geänderten Gesetzentwurfs zur Folge hatte, führt zu keiner anderen Betrachtung. In diesem Beschlusssentwurf hatte der Ausschuss angeregt, den Stichtag 23. Mai 2019 an anderer Stelle in § 28b EnWG zu verankern. Während der Entwurf des § 28b Abs. 1 EnWG zunächst wie folgt lautete: *„Die Regulierungsbehörde stellt Gasverbindungsleitungen mit einem Drittstaat zwischen Deutschland und dem Drittstaat im Sinne des Artikels 49a der RL 2009/73/EG auf Antrag des Betreibers dieser Gasverbindungsleitung in Bezug auf die im Hoheitsgebiet Deutschlands befindlichen Leitungsabschnitte von der Anwendung der §§ 8 bis 10e sowie der §§ 20 bis 28 befristet frei, wenn (...) 2. die Leitung vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurde, (...)“* ist das Stichtagsdatum aufgrund der Beschlussempfehlung an den Beginn der Norm verschoben worden und entspricht so der geltenden Fassung des § 28b EnWG. In der Begründung heißt es, dass die Änderung der Klarstellung diene. Weiter heißt es, dass *„vor diesem Hintergrund (...) bei der Bestimmung, ob die Leitung vor dem Inkrafttreten fertiggestellt worden ist, allen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen (ist).“* Aus dem Beratungsverlauf ergibt sich, dass die Fraktionen der

Beschlussempfehlung gefolgt sind, weil „die *Ergänzung und Klarstellungen* (...) *der Erzielung von Rechtssicherheit dienen*“ und „die mit dem *Änderungsantrag veränderte Platzierung des Fertigstellungsdatums* (sich) *an dem Richtlinien text (orientieren)*“. Durch die Verschiebung des Fertigstellungsdatums an andere Stelle des § 28b EnWG ist keine materiell-rechtliche Veränderung des Gesetzestextes gegenüber der Version im ursprünglichen Gesetzesentwurf erfolgt. Daran kann auch der Hinweis in der Begründung der Beschlussempfehlung, dass hinsichtlich der Fertigstellung allen Umständen Rechnung zu tragen ist, nichts ändern. Durch diesen Zusatz kann insbesondere nicht der eindeutige Gesetzeswortlaut vor dem Hintergrund der Bindung an das dem Art. 49a RL 2009/73/EG zugrundeliegenden Verständnisses anders gelesen werden. Weder kann auf diese Weise ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Fertigstellung eingeräumt werden, der zudem europarechtlich nicht vorgesehen ist, noch ist der Begriff der Fertigstellung dadurch nunmehr wirtschaftlich-funktional zu verstehen. In Anbetracht der klaren Zielsetzung einer 1:1 Umsetzung und der Schaffung von Rechtssicherheit kann dieser Hinweis auf die Umstände des Einzelfalls lediglich im systematischen Kontext mit anderen Normen zu verstehen sein (siehe dazu 2.2.1.2.), dergestalt, dass die bauliche Fertigstellung die Benutzbarkeit der Gasverbindungsleitung voraussetzt. Raum für eine Einzelfallbetrachtung besteht dabei insoweit hinsichtlich der Frage, wann konkret die tatsächliche Benutzbarkeit einer Gasverbindungsleitung gegeben ist. Die Vorhabenrealisierung kann bei komplexen Bauvorhaben durchaus je nach Vorhaben verschieden ausgestaltet sein, dass insoweit Raum für eine Einzelfallbetrachtung der einzelnen Schritte bestehen kann. Nicht der Einzelfallbetrachtung zugänglich ist jedoch die Fertigstellung, d. h. die Entscheidung, wann die tatsächliche Benutzbarkeit zu bejahen ist.

2.2.2. Keine wirtschaftlich-funktionale Betrachtung geboten

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin, scheidet eine wirtschaftlich-funktionale Betrachtung vorliegend aus. Der Begriff der Fertigstellung ist nicht aus Gründen des behaupteten Verstoßes gegen EU-Primärrecht bzw. das deutsche Verfassungsrecht - sofern dieses im vorliegenden Fall bei einer 1 :1 Umsetzung einer europäischen Richtlinie als Maßstab überhaupt heranzuziehen wäre- wirtschaftlich-funktional auszulegen. Der Auslegung einer Norm sind durch ihren ausdrücklichen Wortlaut sowie dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers (dazu unter Abschnitt 2.2.2.1.) Grenzen gesetzt. Auch steht nationalen Behörden weder eine Verwerfungs- noch eine Aussetzungskompetenz europäischen Sekundärrechts sowie entsprechend umgesetzten nationalem Recht zu (dazu unter Abschnitt 2.2.2.2.).

Die Antragstellerin vertritt vorliegend die Auffassung, dass eine wirtschaftlich-funktionale Auslegung des § 28b EnWG geboten sei, da ein baulich-technisches Verständnis des Begriffs der Fertigstellung im Sinne des Art. 49a RL 2009/73/EG in der Fassung der RL (EU) 2019/692 gegen das EU-primärrechtliche Prinzip des Vertrauensschutzes sowie gegen die europarechtlichen Grundrechte auf Gleichbehandlung, auf Schutz des Eigentums und auf Schutz der unternehmerischen Freiheit verstoße. In Hinblick auf § 28b EnWG ergebe sich das Erfordernis einer Auslegung des

Begriffs der Fertigstellung im wirtschaftlich-funktionalen Sinne zudem aus Art. 12, 14 GG sowie aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip, konkret des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes.

2.2.2.1. Wirtschaftlich-funktionale Auslegung in den Grenzen der Gesetzesauslegung nicht möglich

Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass der Begriff der Fertigstellung wirtschaftlich-funktional ausgelegt werden müsse, weil ein baulich-technisches Verständnis nicht mit dem Grundgesetz bzw. dem europäischen Primärrecht vereinbar sei, so ist dem entgegenzuhalten, dass das von der Antragstellerin geforderte Verständnis der Fertigstellung im Rahmen der Gesetzesauslegung nicht möglich ist.

Die Auslegung findet ihre Grenzen dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzes in Widerspruch treten würde (vgl. BVerfG, Beschluss v. 14.6.2007, 2 BvR 1447/05). Im Wege der Auslegung darf daher einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen werden bzw. der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt werden (BVerfG, Beschluss v. 22.10.1985, 1BvL 44/83; BVerfGE 54, 277 (299f.) m. w. N.).

Der Begriff der Fertigstellung ist angesichts einer fehlenden Legaldefinition hinsichtlich seines rechtlichen Bedeutungsgehalts zwar auslegungsfähig und auslegungsbedürftig (siehe oben Abschnitt 2.2.1.); er ist jedoch stets im Kontext des betreffenden Sachverhalts und unter Berücksichtigung des konkreten Bezugsobjekts zu sehen und kann nur unter Berücksichtigung dessen ausgelegt werden. Dementsprechend ist die Beurteilung der Fertigstellung bspw. eines literarischen Werks an andere Voraussetzungen zu knüpfen, als etwa die Fertigstellung eines Bauwerks. Im vorliegenden Fall kommt jedoch nur eine baulich-technische Auslegung in Betracht, da die Fertigstellung – wie oben in Abschnitt 2.2.1.1. dargelegt – auf eine Gasleitung, mithin auf ein Bauwerk bezogen ist. Die Annahme, dass ein Bauwerk schon aufgrund unternehmerischer Entscheidungen, insbesondere frühzeitiger Investitionsentscheidungen, als fertiggestellt eingestuft werden kann, ist fernliegend und entsprechend nicht mehr mit dem Wortlaut der Norm vereinbar.

Die Antragstellerin vermischt in ihrer Argumentation vielmehr die unterschiedlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Freistellung, die sowohl in Art. 49a RL 2009/73/EG in der Fassung der RL (EU) 2019/692 als auch in § 28b EnWG klar abgegrenzt aufgeführt sind, indem sie den Aspekt des Schutzes getätigter Investitionen bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der fertiggestellten Leitung anführt. Da das Tatbestandsmerkmal der Fertigstellung unabhängig von der Frage zu beurteilen ist, ob die weiteren Voraussetzungen für eine Freistellung vorliegen, sind Erwägungen zum Schutz getätigter Investitionen in diesem Zusammenhang jedoch verfehlt.

Eine wirtschaftlich-funktionale Auslegung ist zudem ausgeschlossen, da sie weder mit dem Willen des europäischen noch des nationalen Gesetzgebers vereinbar ist. Denn im Hinblick auf den

Grundsatz der Gewaltenteilung scheidet eine Auslegung ebenfalls dann aus, wenn sie dem klar erkennbaren gesetzgeberischen Willen widerspricht (BVerfG, Beschluss vom 22. 10.1985, 1 BvL 44/83).

Dass der europäische Gesetzgeber dem Tatbestandsmerkmal ein baulich-technisches Verständnis zugrunde gelegt hat, ist oben in Abschnitt 2.2.1.3.1 ausführlich dargelegt. Das baulich-technische Verständnis der Kommission in Bezug auf die Voraussetzung der vor dem Stichtag fertiggestellten Leitung belegt insbesondere ihre Aussage im European Commission Fact Sheet, Questions and Answers on the Commission proposal to amend GS Directive vom 8. November 2017, in der es zu Frage 6 heißt: „The Commission proposal on derogations concerns gas pipelines *already in operation*.“ Da die Inbetriebnahme einer Gasleitung deren baulich-technische Fertigstellung voraussetzt, kann ausgeschlossen werden, dass die Kommission in Bezug auf die Fertigstellung auf ein wirtschaftlich-funktionales Verständnis abstellen wollte.

Auch aus dem nationalen Gesetzgebungsverfahren ergibt sich – wie oben in Abschnitt 2.2.1.3.2. bereits erörtert – klar erkennbar die gesetzgeberische Intention, den Begriff der Fertigstellung als baulich-technische Voraussetzung zu normieren.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 28b EnWG die Vorgaben aus der Richtlinie wortlautgetreu umgesetzt und mehrfach darauf verwiesen, dass mit dem Gesetzesentwurf eine „rechtsichere Umsetzung der Richtlinie“ bzw. eine „Eins-zu-Eins-Umsetzung der Richtlinie“ angestrebt werde (BT-Drs. 18/14878 S. 5). Angesichts des oben aufgezeigten Verständnisses der Art. 49a RL 2009/73/EG in der Fassung der RL (EU) 2019/692 scheidet dementsprechend eine Auslegung des Begriffs der Fertigstellung in § 28b EnWG im Sinne eines wirtschaftlich-funktionalen Ansatzes aus.

Auch die durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie veränderte Platzierung des Tatbestandsmerkmals der Fertigstellung führt zu keiner anderen Schlussfolgerung: Die Änderung orientiert sich ausdrücklich laut Begründung am Text der umzusetzenden Richtlinie (BT-Drs. 19/14878 S. 5) und dient lediglich der Klarstellung (BT-Drs. 19/14878 S. 6). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin lässt auch der Hinweis des Ausschusses, dass bei der Prüfung der Fertigstellung „allen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen ist“, keine dahingehende Schlussfolgerung zu, dass andere als bauliche Umstände beachtet werden sollen.

Soweit die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme zu den Konsultationsbeiträgen der Mitgliedstaaten aus einem Schreiben des Präsidenten der Bundesnetzagentur Herrn Homann an den damaligen Generaldirektor der Generaldirektion Energie bei der Europäischen Kommission vom 3. März 2017 zitiert und aus der Aussage „Für Nord Stream 2 andere Vorgaben anzuwenden, für die es im Dritten Binnenmarktpaket keine hinreichende rechtliche Grundlage gibt, wäre ersichtlich diskriminierend.“ ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für alle Verbindungsleitungen mit Drittstaaten herleitet, berücksichtigt sie nicht den Kontext des Schreibens. Zum Zeitpunkt des Schreibens gab es die Richtlinie (EU) 2019/692 noch nicht, so dass die Regulierung sich noch nicht auf

die nunmehr unter die Definition des § 3 Nr. 19 lit c EnWG bzw. Art. 2 Nr. 17 RL 2009/73/EG unterfallenden Gasverbindungsleitungen erstreckte. Wären die Regulierungsvorschriften nach damaligen Recht dennoch (nur) auf die Nord Stream 2 angewendet worden, wäre dies zweifelsohne diskriminierend und zudem ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage erfolgt. Übertragbar ist dieser Gedanke und auch damit auch die Aussage von Herrn Homann jedoch nicht im Falle der Ausweitung der Regulierung durch die die Richtlinie (EU) 2019/692 auf Gasverbindungsleitungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Drittstaaten, sondern dann bedarf es einer Auseinandersetzung mit den konkreten Normen, einschließlich deren Auslegung (siehe dazu 2.2.1.).

Auch ergibt sich aus dem Urteil des EuGH vom 11. März 2020 (Urteil vom 11. März 2020, C-454/18) keine andere Beurteilung dahingehend, dass eine wirtschaftlich-funktionale Betrachtung zwingend ist. Denn der angeführte Fall behandelt nicht die Frage nach dem „natürlichen Wortverständnis“ eines konkreten Begriffs, etwa in dem Sinne, wie ein objektiver und verständiger Dritter den Begriff verstehen muss, sondern die – nach Auslegung unionsrechtlich gebotene – ergänzende Wortlautinterpretation und damit letztlich die Anwendung der Regelung einer EU-Verordnung auf einen offenbar nicht berücksichtigten bzw. nicht eindeutig geregelten Fall. Auf Grundlage der obigen Auslegung des Begriffs der Fertigstellung (s. Abschnitt 2.2.1.) besteht – ungeachtet dessen, was kompetenzrechtlich überhaupt möglich wäre (s. Abschnitt 2.2.2.2.) – aber gerade nicht die Notwendigkeit, durch ergänzende Wortlautinterpretation den Anwendungsbereich des § 28b EnWG auch auf solche Verbindungsleitungen zu erstrecken, die vor dem 23. Mai 2019 nicht baulich-technisch fertiggestellt waren. Wie sich gezeigt hat, ergibt sich dies insbesondere aus dem Blick auf die Genese sowie Sinn und Zweck sowohl des Art. 49a RL 2009/73/EG in der Fassung der RL (EU) 2019/692 als auch des § 28b EnWG (dazu unter Abschnitt 2.2.1. und folgende) sowie im Übrigen u. a. auch auf die Verwendung des Begriffs in den sektorbezogenen Vorschriften – im EnWG und europäischen Recht.

2.2.2.2. Keine Verwerfung bzw. Aussetzung von europäischem Sekundärrecht sowie entsprechend umgesetzten nationalem Recht

Des Weiteren ist – auch unter Zugrundelegung eines baulich-technischen Verständnisses des Tatbestandmerkmals der fertiggestellten Gasleitung in § 28b EnWG bzw. Art. 49a RL 2009/73/EG in der Fassung der RL (EU) 2019/692 – kein Verstoß dieser Normen gegen EU-Primärrecht bzw. deutsches Verfassungsrecht festzustellen, der eine Verwerfung- bzw. Nichtanwendung dieser Normen durch die Bundesnetzagentur im Rahmen des vorliegenden Verfahrens rechtfertigen würde.

Der EuGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung im Fall Granaria (EuGH, Urteil vom 13.02.1979, C – 101/78) festgelegt, dass es dem EuGH alleine zusteht, über die Rechtmäßigkeit von Verordnungen zu bestimmen und dass jede gemäß dem Vertrag in Kraft gesetzte Verordnung als rechtswirksam gelten muss, solange ein zuständiges Gericht sie nicht für ungültig erklärt hat.

Diesen Grundsatz hat er in zahlreichen Entscheidungen bestätigt und dahingehend ausgeweitet, dass für die Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane (dementsprechend auch Richtlinien) die Vermutung der Rechtmäßigkeit spricht und diese Akte daher Rechtswirkungen entfalten, solange sie nicht zurückgenommen, im Rahmen einer Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt oder in Folge eines Vorabentscheidungsersuchens oder einer Rechtswidrigkeitseinrede für ungültig erklärt worden sind (EuGH, Urteil vom 05.10.2004, C – 475/01). Dieses Verwerfungsmonopol dient der Rechtssicherheit, indem es die einheitliche Anwendung des Unionsrechts gewährleisten soll (EuGH, Urteil vom 14.06.2012, C – 533/10).

Nationalen Behörden ist es demnach verwehrt, europäisches Sekundärrecht wie Art. 49a RL 2009/73/EG in der Fassung der RL 2019/692 aufgrund eines etwaigen Verstoßes gegen europäisches Primärrecht zu verwerfen bzw. deren Anwendung auszusetzen. Nichts Anderes kann für die wortlautgetreue Umsetzung in nationales Recht, im vorliegenden Fall § 28b EnWG, gelten, deren Verwerfung durch eine nationale Behörde dementsprechend eine Umgehung der EuGH-Rechtsprechung bedeuten würde. Dabei kann es dahinstehen, ob § 28b EnWG an der Charta der Europäischen Union oder am Grundgesetz zu messen wäre, da die hier betroffenen Grundrechte nach deutschem und nach europäischem Recht weitgehend ähnliche Schutzbereiche aufweisen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 15.06.1994, C – 137/92P, Rn. 50) nur ganz außergewöhnlichen Fällen vorbehalten: Bei Rechtsakten, die mit einem Fehler behaftet sind, dessen Schwere so offensichtlich ist, dass er von der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht geduldet werden kann, ist davon auszugehen, dass sie keine – auch nur vorläufige – Rechtswirkung entfalten, das heißt, dass sie als rechtlich inexistent zu betrachten sind (EuGH, Urteil vom 05.10.2004, C – 475/01). Diese Ausnahme soll das Gleichgewicht zwischen zwei grundlegenden, manchmal jedoch widerstreitenden Erfordernissen wahren, denen eine Rechtsordnung genügen muss, nämlich die Stabilität der Rechtsbeziehungen und die Einhaltung der Rechtmäßigkeit (EuGH a .a. O.). Solch außergewöhnliche Fälle können aus Gründen der Rechtssicherheit aber nur bei ganz offensichtlichen und erheblichen (EuGH, Urteil vom 15.06.1994, C – 137/92P, Rn. 52) Verfahrens- oder Formfehlern (EuGH, verb. Rs. C-15–33, 52, 53, 57–109, 116, 117, 123, 132 u. 135–137/73, Slg. 1974, Rn. 33) angenommen werden, die hier nicht vorliegen.

Äußerst hilfsweise sei angemerkt, dass – selbst wenn man unterstellen würde, dass auch materielle Gesichtspunkte, wie sie von der Antragstellerin vorgebracht werden, grundsätzlich einen „Nichtakt“ im Sinne der oben zitierten EuGH-Rechtsprechung zur Folge haben könnten – die vorgebrachten Aspekte im vorliegenden Fall keinen derart außergewöhnlichen und schwerwiegenden Fehler begründen. Dies wäre allenfalls bei offensichtlich willkürlichem Handeln denkbar. Wie

jedoch bereits oben unter 2.2.1.3.1.dargelegt, wurden bei der Normierung der Freistellungs Voraussetzungen in Art. 49a RL 2009/73/EG in der Fassung der RL (EU) 2019/692, sowohl Vertrauens- als auch Verhältnismäßigkeitserwägungen nachvollziehbar berücksichtigt.

2.2.3. Keine Fertigstellung zum Stichtag

(1) Die Nord Stream 2 war zum Stichtag des 23. Mai 2019 nicht fertiggestellt, denn wesentliche Verlegearbeiten waren noch nicht erfolgt. Da die Leitung zum Stichtag noch Baulücken aufwies, reichen die bis zum 23. Mai 2019 bereits erfolgten Baumaßnahmen nicht aus, um die für die Fertigstellung als einem baulich-technischen Begriff erforderliche Benutzbarkeit der Leitung zum Zwecke des Gastransportes annehmen zu können. Selbst fast ein Jahr nach dem Verstreichen des Stichtages war die Nord Stream 2 nicht fertiggestellt. So führte der Finanzvorstand der Antragstellerin, Herr Paul Corcoran, am 7. April 2020 in einem Interview zum Stand der Bauarbeiten an der Nord Stream 2 aus „(...) *Was ich sagen kann: Wir prüfen alle Optionen zur Fertigstellung der Pipeline. Eine endgültige Lösung haben wir noch nicht. Zu den Optionen und dem Zeitplan kann ich nichts sagen. Es fehlen noch sechs Prozent oder 150 Kilometer. (...)*“ (vgl. energate messenger plus vom 07. April 2020). In einem Interview vom 8. Mai 2020 führte er dazu abermals aus: „*Wie gesagt, wir arbeiten an verschiedenen Optionen, um die Verlegung so schnell wie möglich zu beenden. Das ist auch im Interesse Europas. Es fehlen nur noch sechs Prozent der Pipeline. (..)*“ (vgl. energate-gasmarkt von Mai 2020).

(2) Bezugspunkt für die Fertigstellung vor dem 23. Mai 2019 nach § 28b EnWG ist die Gasverbindungsleitung im Sinne des § 3 Nr. 19 lit c EnWG und somit die Gasverbindungsleitung in Gänze. Dieses Verständnis liegt auch den Stellungnahmen des Königreichs Dänemark, der Republik Estlands, der Republik Lettlands, der Republik Litauens der Republik Polens und Rumäniens zugrunde. Auch das Königreich Schweden betont, dass die Nord Stream 2 nicht fertiggestellt sei, ohne jedoch nach Abschnitten zu differenzieren. Die Republik Litauen weist daraufhin, dass die Antragstellerin selber die Fertigstellung der Leitung erst für 2021 angekündigt habe.

Der Ansicht der Antragstellerin, wonach für die Fertigstellung nicht erheblich sei, in welcher Bauphase sich die Nord Stream 2 zum Stichtag 23. Mai 2019 außerhalb des deutschen Küstenmeeres befunden habe, ist nicht zuzustimmen, denn der Zusatz „*bis zur Grenze des Hoheitsgebietes der Mitgliedstaaten oder dem Küstenmeer dieses Mitgliedstaates*“ in § 3 Nr. 19 lit. c EnWG“ begrenzt nicht etwa den Begriff der Gasverbindungsleitung auf den Teil der Nord Stream 2, der im deutschen Hoheitsgebiet verläuft, sondern trägt lediglich dem Erwägungsgrund 9 der RL (EU) 2019/692 Rechnung, der klarstellt, dass die Anwendbarkeit der geänderten RL 2009/73/EG, somit das Binnenmarktregulierungsrecht, auf das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten beschränkt bleibt (siehe dazu unter 2.1.1.). Folglich muss die gesamte Nord Stream 2 bis zum Stichtag des 23. Mai

2019 fertiggestellt worden sein und nicht nur der im deutschen Hoheitsgebiet einschließlich Küstengewässer verlaufende Leitungsabschnitt, der aber ebenfalls zum Stichtag noch nicht fertiggestellt war.

Für die Betrachtung der Nord Stream 2 in Gänze spricht das dem Begriff der Fertigstellung zugrundeliegende baulich-technische Verständnis (siehe dazu unter 2.2.1.) als etwas Tatsächlichem und einem auf die Nutzbarkeit abstellenden Begriffs, denn eine Nutzbarkeit einer Gasverbindungsleitung kann nur bei Betrachtung der Leitung in Gänze, das heißt als einer technischen Einheit festgestellt werden, da Grundvoraussetzung für den Gasfluss zwischen einem Einspeise- und einem Ausspeisepunkt und damit der bestimmungsgemäßen Nutzung der Gasverbindungsleitung das Vorliegen einer durchgehenden Verbindung zwischen diesen beiden Punkten ist. Eine für die Annahme der Fertigstellung erforderliche Nutzbarkeit ist folglich gegeben, wenn die grundsätzliche Möglichkeit des Gastransports auf der Gasverbindungsleistung gewährleistet ist, das heißt, dass ein Zustand erreicht wurde, der nach objektiven Merkmalen die Nutzung ermöglicht (siehe dazu Abschnitt 2.2.1.2.). Angesichts der Verklammerung beider Stränge der Nord Stream 2 zu einem Vorhaben in den Planungs- und Genehmigungsverfahren nach § 43 EnWG und § 133 BBergG und der stets auf die Gesamtkapazität ausgelegten Auswirkungsbetrachtung müsste daher zum 23. Mai 2019, die die Durchgängigkeit beider Stränge vorgelegen haben. Das ist jedoch nicht der Fall.

(3) Die Nord Stream 2 wies zum Stichtag 23. Mai 2019 noch Baulücken auf, die einer Benutzbarkeit entgegenstanden. Dies betrifft beide Stränge, jedoch würde angesichts der Verklammerung beider Stränge zu einem Vorhaben in den Planungs- und Genehmigungsverfahren nach § 43 EnWG und § 133 BBergG und der stets auf die Gesamtkapazität ausgelegten Auswirkungsbetrachtung die Durchgängigkeit nur eines Stranges ohnehin nicht ausreichen, um eine Fertigstellung zu bejahen. Zum Stichtag 23. Mai 2019 waren auf rund der Hälfte der Pipelinestrecke noch keine Rohre auf den Meeresboden verbracht worden. Diese Baulücken befanden sich unter anderem in dem in der dänischen AWZ verlaufenden 147 km langen Leitungsabschnitt auf beiden Strängen, da zum Stichtag die Genehmigung der dänischen Behörde zur Verlegung der Rohre und deren konkreter Lage in der dänischen AWZ noch ausstand. Erst nach Erteilung dieser Genehmigung am 30. Oktober 2019, die am 28. November 2019 bestandskräftig wurde, konnten diese Arbeiten in Angriff genommen werden. Auch in der deutschen AWZ waren zum Stichtag noch nicht alle Rohre beider Stränge auf dem Meeresboden abgelegt. Nachdem die Arbeiten auf einem 16,5 km langen Abschnitt nicht in dem von der ursprünglichen Genehmigung des BSH vorgesehenen Zeitfenster erfolgt waren, musste die Antragstellerin am 23. September 2019 einen Antrag auf Änderung der 2018 erteilten Genehmigung zwecks Durchführung der Verlegearbeiten in den Wintermonaten 2019/2020 stellen, die am 20. Dezember 2019 erteilt wurde. Hinzu kommen weitere Lücken, die zum Stichtag noch in den Abschnitten in schwedischer, finnischer und russischer Zuständigkeit bestanden haben. Die Ablage der Rohrleitungen der beiden Stränge erfolgt

in diesem Bereich jeweils in entgegengesetzte Richtung aufeinander zu, d. h. Strang A wird ausgehend von der Anlandung in der Russischen Föderation in Richtung Südwest verlegt und Strang B ausgehend von der dänisch-schwedischen AWZ-Grenze in Richtung Nordost, wobei aber keiner der beiden Stränge zum 23. Mai 2019 vollständig abgelegt war.

(4) Zudem waren die zum 23. Mai 2019 bereits auf dem Meeresboden abgelegten Rohrabschnitte in weiten Teilen zum Stichtag noch nicht durch ein AWTI-Verfahren oder dem im russischen Gewässer vorgesehenen gleichartigen Verfahren miteinander verbunden worden. Auch dies steht einer Fertigstellung zum 23. Mai 2019 entgegen. Das AWTI-Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass die bereits auf dem Meeresboden abgelegten Rohrabschnitte von einem speziellen Verlegeschiff aufgenommen werden, über der Wasseroberfläche gekürzt und miteinander verschweißt und sodann in einem Bogen wieder auf dem Meeresboden abgelegt werden. Wie auch die Beigeladenen in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 24. April 2020 ausführen, wird erst durch Verbindung im Zuge dieses Verfahrens, das die Antragstellerin ausweislich der von ihr zur Planfeststellung eingereichten Unterlagen selber zur standardmäßigen Bauausführung und hier konkret zum Arbeitsschritt der Verlegung zählt (vgl. etwa A.01 - Vorhaben und Zulassungen für den deutschen Zuständigkeitsbereich, Kap. 3.3.2.1. und 3.3.2.2.4, sowie C.01 Technischer Erläuterungsbericht, Kap. 3.3.7.3), die Durchgängigkeit der Leitung hergestellt und damit die Benutzbarkeit derselben ermöglicht. Es handelt sich somit bei dem AWTI-Verfahren nicht um nachgelagerte Arbeiten, denn ohne die Verbindung der bereits abgelegten Leitungsabschnitte ist der Gastransport von einem Einspeisepunkt zu einem Ausspeisepunkt nicht möglich. Für die Beurteilung der Leitungsbeschaffenheit ist in diesem Kontext auf das technische Moment des Gastransports abzustellen, nicht hingegen müssen zwingend sämtliche nachgelagerten Arbeiten, wie Steinerschüttungen an AWTI-Stellen, die Rückverfüllungen von Rohrgräben oder die Wiederherstellung der Meeresbodenoberfläche abgeschlossen sein. Schließlich bleibt zu beachten, dass unabhängig davon, ob man zur Annahme der Benutzbarkeit zwingend einen tatsächlichen Nachweis im Gestalt einer technischen Sicherheitsprüfung einschließlich des Vorbetriebs fordert (vgl. Stellungnahme der Beigeladenen), dieser zum 23. Mai 2019 gar nicht möglich gewesen, da die Errichtung der wesentlichen Anlagen der Molchempfangsstation bei Lubmin, einschließlich so genannter Molchschleusen, erst im Zeitraum bis August 2019 erfolgte. So fehlten zum Stichtag die für den Gasfluss erforderliche durchgehende Verbindung der anlandenden Offshore-Rohrleitungen zur Erdgasempfangsstation und die Installation der Molchschleusen, die ausweislich der von der Nord Stream 2 AG online veröffentlichten Dokumentation im August 2019 erfolgte.

(5) Selbst unter Zugrundelegung des von der Antragstellerin vertretenen engen Verständnisses, wonach hinsichtlich des Stichtages nur der im deutschen Hoheitsgebiet, das heißt der im deutschen Küstengewässer und im Anlandebereich verlaufende Abschnitt der Nord Stream 2 zu betrachten sei, ist eine Fertigstellung zum 23. Mai 2019 zu verneinen, da ausweislich der auf der Website der Antragstellerin abrufbaren Information „Hintergrund: Verbindungsschweißnaht über Wasser (AWTI) im deutschen Trassenabschnitt“ von August 2019 zum Stichtag für Strang B bei

KP 54.4 im deutschen Küstenmeer im Sommer 2019 und somit nach dem 23. Mai 2019 noch Verlegearbeiten stattfanden.

2.3. Keine Prüfung der objektiven Gründe mangels Fertigstellung zum 23. Mai 2019

Da die Nord Stream 2 als eine Gasverbindungsleitung im Sinne des § 28b EnWG zu dem nach § 28b EnWG maßgeblichen Stichtag des 23. Mai 2019 noch nicht fertiggestellt war, liegt ein für die Freistellung zwingend erforderliches Tatbestandsmerkmal nicht vor. Es ist daher kein Raum mehr für die Prüfung der weiteren Freistellungsvoraussetzungen.

2.4. Tenorbegründung

Tenor zu 1: Der Antrag der Antragstellerin auf Freistellung der Nord Stream 2 gemäß § 28b Abs. 1 EnWG bezogen auf die Vorschriften §§ 8-10e und §§ 20-28 EnWG in Bezug auf den im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Leitungsabschnitt für die Dauer von 20 Jahren ab dem Tag der kommerziellen Inbetriebnahme der Nord Stream 2 Gasverbindungsleitung, ist abzulehnen. Die Nord Stream 2 erfüllt mangels Fertigstellung vor dem 23. Mai 2019 nicht die Voraussetzungen des § 28b Abs. 1 Satz 1 EnWG, so dass die Möglichkeit einer Freistellung nach dieser Norm nicht gegeben ist. Aus demselben Grund ist auch der hilfsweise Antrag der Antragstellerin, die Nord Stream 2 hilfsweise ab dem Erlass der Freistellungsentscheidung freizustellen, abzulehnen.

Tenor zu 2: Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 Abs. 1 Nr. 4 EnWG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Barbie Kornelia Haller
Vorsitzende

Dr. Antje Peters
Beisitzerin

Dr. Werner Schaller
Beisitzer