



Aktueller Begriff Europa

Das OLG Düsseldorf zur Regulierung von Nord Stream 2 durch die Bundesnetzagentur (Beschluss vom 25.08.2021 – 3 Kart 211/20)

Das OLG Düsseldorf hat eine Beschwerde der Nord Stream 2 AG zurückgewiesen, welche sich gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur richtete, die Gasverbindungsleitung Nord Stream 2 nicht gemäß § 28b Energiewirtschaftsgesetz (im Folgenden: EnWG) von der energiewirtschaftsrechtlichen Regulierung freizustellen.

Hintergrund: Die Beschwerdeführerin ist eine vollständig vom russischen Gaskonzern Gazprom gehaltene Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, die zur Errichtung und zum späteren Betrieb der Gaspipeline Nord Stream 2 gegründet wurde. Mit der Pipeline soll russisches Erdgas durch die Ostsee bis nach Lubmin in Deutschland transportiert werden.

Während des Baus der Pipeline trat am 23. Mai 2019 die Richtlinie (EU) 2019/692 (im Folgenden: Änderungsrichtlinie) in Kraft, welche die Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (im Folgenden: Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie) änderte. Durch die Änderungsrichtlinie wurde der Anwendungsbereich der Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie auf Gasleitungen ausgeweitet, die von Drittstaaten wie etwa Russland in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates führen. Nachdem der deutsche Gesetzgeber die Änderungsrichtlinie durch das Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 5. Dezember 2019 umgesetzt hatte, war die Nord Stream 2 Pipeline – entgegen der bisherigen Rechtslage – dem Regulierungsregime des EnWG unterworfen. Am 9. Januar 2020 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Bundesnetzagentur, den im deutschen Hoheitsgebiet verlaufenden Teil der Nord Stream 2 Pipeline von der Regulierung **freizustellen**. Art. 49a der Änderungsrichtlinie sowie der diese Norm wortgleich umsetzende § 28b EnWG erlauben eine solche Freistellung, wenn die Gasverbindungsleitung am Tag des Inkrafttretens der Änderungsrichtlinie, dem 23. Mai 2019, **fertiggestellt** war. Mit Beschluss vom 15. Mai 2020 lehnte die Bundesnetzagentur den Freistellungsantrag ab, weil die Pipeline zum Stichtag des 23. Mai 2019 **baulich nicht vollständig errichtet** war. Zu diesem Zeitpunkt war zwar der im deutschen Hoheitsgebiet verlaufende Leitungsabschnitt bereits verlegt worden, jedoch wies die Pipeline außerhalb der deutschen Küstengewässer noch erhebliche Baulücken auf. Demgegenüber wandte die Beschwerdeführerin ein, dass das Tatbestandsmerkmal der Fertigstellung nicht in einem baulich-technischen, sondern in einem wirtschaftlich-funktionalen Sinne zu verstehen sei. Zweck von Art. 49a der Änderungsrichtlinie bzw. § 28b EnWG sei der Investitions- und Vertrauensschutz. Da zum 23. Mai 2019 bereits eine **finale, wirtschaftlich nicht mehr umkehrbare Investitionsentscheidung** vorgelegen habe, sei die Pipeline zum Stichtag fertiggestellt gewesen.

Entscheidung: Mit Beschluss vom 25. August 2021 bestätigte der 3. Kartellsenat des OLG Düsseldorf das **baulich-technische Verständnis** des Begriffs der Fertigstellung. Nach Auffassung des Gerichts lässt sich die von der Beschwerdeführerin vertretene wirtschaftlich-funktionale Auslegung des Fertigstellungs begriffs weder dem Wortlaut der Normen, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck noch den Gesetzesmaterialien oder der Entstehungsgeschichte entnehmen.



Mit dem Begriff der Fertigstellung werde nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zum Ausdruck gebracht, dass die Herstellung einer Sache abgeschlossen bzw. beendet ist, so das Gericht. Der Wortsinn von Art. 49a der Änderungsrichtlinie bzw. § 28b EnWG sei **eindeutig** und beschreibe eine physisch vollständig oder nahezu vollständig errichtete Gasverbindungsleitung. Ein Vergleich mit europäischen und nationalen Normen innerhalb und außerhalb des Energiewirtschaftsrechts, die ebenfalls den Begriff der Fertigstellung verwenden, bestätige dieses Ergebnis in **systematischer Hinsicht**. Aus dem **Sinn und Zweck** von Art. 49a der Änderungsrichtlinie bzw. § 28b EnWG lasse sich ebenfalls kein Schutz der bloßen Investitionsentscheidung entnehmen, so das Gericht. Es weist darauf hin, dass beide Normen neben der Fertigstellung zum 23. Mai 2019 das Vorliegen objektiver Gründe für eine Freistellung fordern und hier insbesondere die „Ermöglichung der Amortisierung der getätigten Investitionen“ nennen. Im Gegensatz zu einer bloßen Investitionsentscheidung sei eine getätigte Investition aber nur eine solche, die bereits materialisiert und damit baulich abgeschlossen ist. Denn nur eine solche Investition in Gestalt einer vorhandenen Anlage könne sich auch amortisieren. Schließlich stellt das Gericht fest, dass ein baulich-technisches Verständnis des Fertigstellungs begriffs weder gegen die Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 12, 14, 3 GG bzw. Art. 16, 17, 20 GRCh noch gegen das Rückwirkungsverbot verstößt.

Ausblick: Am 10. September 2021 wurde der Bau der Nord Stream 2 Pipeline abgeschlossen. Ob, wann und unter welchen Voraussetzungen sie in Betrieb genommen wird, war **nicht** Gegenstand der Entscheidung des OLG Düsseldorf. Es steht nun jedoch fest, dass die Pipeline der Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterliegt. Neben der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung finden auf die Nord Stream 2 Pipeline insbesondere die **Entflechtungsvorgaben** der §§ 8–10e EnWG Anwendung. Diese sehen im Grundsatz vor, dass Produktion, Transport und Vertrieb von Erdgas eigentumsrechtlich zu entflechten sind. Da der Gasproduzent Gazprom alleiniger Aktionär der Nord Stream 2 AG ist, dürfte sich dies als problematisch erweisen. Um eine eigentumsrechtliche Entflechtung zu vermeiden, hat die Nord Stream 2 AG vorsorglich bereits am 11. Juni 2021 einen Antrag auf Zertifizierung als sog. **unabhängiger Transportnetzbetreiber** gem. §§ 4b, 10 ff. EnWG gestellt. Eine Entscheidung der für die Zertifizierung zuständigen Bundesnetzagentur steht noch aus. Es bleibt auch abzuwarten, ob sich der EuGH mit dem Begriff der Fertigstellung in Art. 49a der Änderungsrichtlinie befassen wird. Die Nord Stream 2 AG hat nämlich die Möglichkeit, gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf Rechtsbeschwerde zum BGH einzulegen. Falls sie davon Gebrauch macht, könnte sich der BGH zur Klärung des Fertigstellungs begriffs im Wege eines **Vorabentscheidungsverfahrens** an den EuGH wenden. Bei Zweifeln über die Auslegung von Unionsrecht ist der BGH als letztinstanzliches Gericht grundsätzlich nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Allerdings entfällt die Vorlagepflicht nach der sog. **acte-claire-Doktrin** des EuGH ausnahmsweise dann, wenn die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt. Unter Berufung auf die acte-claire-Doktrin könnte der BGH von einer Vorlage absehen, wenn er mit dem OLG Düsseldorf den Wortsinn von Art. 49a der Änderungsrichtlinie für eindeutig hält. Der EuGH wird sich jedoch ohnehin noch mit der Nord Stream 2 Pipeline befassen, da die Nord Stream 2 AG in einem weiteren Verfahren (Rs. C-348/20 P) gemäß Art. 263 AEUV Nichtigkeitsklage gegen die Änderungsrichtlinie erhoben hat. Nachdem diese Klage vom erstinstanzlich zuständigen EuG mangels Klagebefugnis gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV als unzulässig abgewiesen wurde, hat die Nord Stream 2 AG am 28. Juli 2020 Rechtsmittel beim EuGH eingelegt. Des sen Entscheidung steht noch aus.

Quellen

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.08.2021 – 3 Kart 211/20.
- OLG Düsseldorf, Pressemitteilung Nr. 26/2021 vom 25.08.2021.
- Fölsing, SchiedsVZ 2021, 223.