
Datum: 25.08.2021
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 211/20
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:0825.3KART211.20.00

Leitsätze:

§ 28b EnWG, Art. 49a RL (EU) 2019/692

Eine zwischen der Europäischen Union und Drittstaaten verlaufende Gasverbindungsleitung ist nur dann „fertiggestellt“ im Sinne des Art. 49a RL (EU) 2019/692 bzw. § 28b EnWG, wenn sie zum Stichtag am 23. Mai 2019 physisch vollständig errichtet war. Eine Auslegung der genannten Normen, die den Begriff der Fertigstellung an die endgültige, nicht mehr umkehrbare Investitionsentscheidung knüpft, lässt sich weder dem Wortlaut der Normen, ihrer Systematik, ihrem Sinn und Zweck noch den Gesetzesmaterialien oder der Entstehungsgeschichte entnehmen und ist auch nicht aufgrund einer verfassungskonformen bzw. europarechtskonformen Auslegung geboten.

Tenor:

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 15.05.2020, BK7-20-004, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Kosten der Bundesnetzagentur sowie der Beigeladenen trägt die Beschwerdeführerin.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe :

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin entwickelt, errichtet und wird betreiben die Nord Stream 2 Pipeline, eine Gasverbindungsleitung zwischen Russland und Zentraleuropa. Über die Nord Stream 2 Pipeline wird Erdgas aus den Gasfeldern der Jamal-Halbinsel in Sibirien in die Europäische Union (nachfolgend auch EU) transportiert. Die Pipeline besteht aus zwei jeweils ca. 1.235 km langen Rohrleitungssträngen (A und B) von Ust Luga in Russland bis nach Lubmin in Deutschland, wo sie mit der Offshore-Leitung EUGAL verbunden wird. Eine Anbindungsleitung besteht auch zur NEL. Die beiden Leitungsstränge der Nord Stream 2 weisen eine Kapazität von zusammen ... m³ pro Jahr bei einer Bezugs-temperatur von ... auf. Die Pipeline verläuft durch die ausschließlichen Wirtschaftszonen Dänemarks, Schwedens und Finnlands sowie durch das russische Küstenmeer. Im deutschen Küstenmeer und damit gleichzeitig im europäischen Hoheitsgebiet verläuft die Nord Stream 2 lediglich über eine Länge von 54 km.

3

Mit den Planungen der Nord Stream 2 Pipeline wurde bereits im Mai 2012 begonnen und zu deren Errichtung und Betrieb im Juli 2015 die Beschwerdeführerin gegründet, damals noch unter der Firma New European Pipeline AG (NEP). Ursprünglicher Aktionär war die Die ... übernahm später ... an der Beschwerdeführerin. Die europäischen Energieversorgungsunternehmen ... (zusammen: Finanzinvestoren) gaben als Finanzinvestoren ohne Beteiligung Kapital für das Projekt. Die verbindliche Investitionsentscheidung wurde im Jahr 2016 mit Beschlüssen der Generalversammlung und des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin zum Abschluss großvolumiger Beschaffungsverträge getroffen. Die Umsetzung der entsprechenden Verträge begann im Frühjahr 2017. Allein die Investitionen zur Beschaffung von Rohrleitungen, verteilt auf ... Verträge, beliefen sich auf ein Volumen von rund ... Euro. Auf die Darstellung Seite 14 der Beschwerdebegründung (Bl. 41 GA) sowie die Anlagen BF 2 – BF 6 wird Bezug genommen. Die im Planungsverfahren beantragten Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb der Nord Stream 2 Pipeline wurden überwiegend Anfang 2017, in Deutschland im April 2017, erteilt. Die dänische Genehmigung erfolgte erst nach Beantragung einer Änderungsgenehmigung am 20.12.2019. Die Finanzierungsstruktur der Beschwerdeführerin ist ausführlich in dem Gutachten der Wirtschaftsprüfer von PWC zur „Amortisierung der Investitionen der Nord Stream 2“ vom 07.01.2020 beschrieben, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird (Anlage AS 32 zum Freistellungsantrag, Bl. 944 ff VV).

4

Am 08.11.2017 legte die Kommission den Entwurf einer Richtlinie vor, der - entgegen der zuvor geltenden Rechtslage - die Regulierung desjenigen Teils einer Gasverbindungsleitung aus Drittstaaten vorsieht, der innerhalb der EU verläuft. Dieser Entwurf wurde nach Beratung und Änderung am 17.04.2019 als Richtlinie (EU) 2019/692 (nachfolgend: Änderungsrichtlinie) verabschiedet und trat am 23.05.2019 in Kraft. Die Umsetzung in den Mitgliedstaaten sollte nach Art. 2 der Änderungsrichtlinie bis zum 24.02.2020 erfolgen. Deutschland kam der Umsetzungsverpflichtung mit dem Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt vom 05.12.2019 (BGBl. 2019, I, S. 2002), in Kraft getreten am 12.12.2019, nach. Art. 49a Änderungsrichtlinie und der diese Norm umsetzende § 28b EnWG sehen die Möglichkeit vor, Gasverbindungsleitungen von der neu eingeführten Regulierung freizustellen. Voraussetzung für die Freistellung ist, dass die Gasverbindungsleitung am Tag des Inkrafttretens der Richtlinie, dem 23.05.2019,

5

fertiggestellt war. Darüber hinaus müssen objektive Gründe wie die Ermöglichung der Amortisation oder die Versorgungssicherheit für eine Freistellung sprechen.

Am 23.05.2019 waren vom Pipelinestrang A der Nord Stream 2.650 km und vom Pipelinestrang B über 500 km verlegt. Das Gesamtvolumen der bis dahin eingegangenen Verpflichtungen belief sich auf rund ... Euro.

Mit Schreiben vom 09.01.2020 beantragte die Beschwerdeführerin, den in Deutschland befindlichen Leitungsteil der Nord Stream 2 Pipeline von der Regulierung freizustellen. Vor der Entscheidung führte die Bundesnetzagentur eine Konsultation der Mitgliedstaaten durch und ermöglichte in der Folgezeit auch der Europäischen Kommission und dem Bundeskartellamt eine Stellungnahme. Mit Beschluss vom 18.03.2020 lud sie die Beigeladenen auf Antrag zum Verfahren bei. Mit Beschluss vom 15.05.2020, Az. BK7-20-004, lehnte die Bundesnetzagentur schließlich den Freistellungsantrag mit der Begründung ab, die Nord Stream 2 Pipeline sei zum Stichtag am 23.05.2019 noch nicht fertiggestellt gewesen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde. Zugleich hat sie am 25.07.2019 beim Gericht der Europäischen Union Nichtigkeitsklage gegen die Änderungsrichtlinie erhoben (Rs. T -526/19). Am 20.05.2020 verwarf das Gericht der Europäischen Union die Nichtigkeitsklage mit dem Argument als unzulässig, die Beschwerdeführerin sei durch die Richtlinie nicht unmittelbar betroffen und damit nicht klagebefugt. Es stehe dieser frei, bei der deutschen Regulierungsbehörde eine Ausnahme nach Art. 49a oder Art. 36 Änderungsrichtlinie zu beantragen und diese Entscheidung vor einem deutschen Gericht anzufechten.

Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, die Nord Stream 2 Pipeline falle in den Anwendungsbereich der Freistellungsvorschriften des Art. 49a Änderungsrichtlinie und des § 28b EnWG, weil sie als fertiggestellt im Sinne dieser Bestimmungen einzustufen sei. Das Tatbestandsmerkmal der „Fertigstellung“ sei nicht zwingend in einem baulich-technischen Sinne zu verstehen. Die Frage des Bezugspunkts der Fertigstellung lasse sich nicht aus dem Wortsinn isoliert entwickeln, sondern müsse alle Auslegungsmöglichkeiten in den Blick nehmen. Im Zweifel sei ein Rechtssatz so auszulegen, dass er mit höherrangigem Recht vereinbar sei. Dies führe dazu, dass Art 49a der Änderungsrichtlinie wirtschaftlich-funktional auszulegen sei und nachgefragt werden müsse, ob zum Stichtag bereits die finale, wirtschaftlich nicht mehr umkehrbare Investitionsentscheidung getroffen gewesen sei.

Die Bundesnetzagentur hätte bereits im Rahmen der Wortlautinterpretation den Kontext der Norm und ihren Zweck, der in der Gewährung von Investitions- und Vertrauensschutz liege, berücksichtigen müssen. Sie verkenne, dass der Begriff der Fertigstellung nicht allein in einem „natürlichen“ Sinne verstanden werden müsse. Er werde nicht durch ein vorangestelltes Adjektiv wie „baulich“ konkretisiert und knüpfe auch nicht an die Inbetriebnahme an. Die Wortlautauslegung erfordere vielmehr darüber hinaus eine autonome Interpretation des europarechtlichen Begriffs „Fertigstellung“ unter Berücksichtigung des Regelungsanliegens des europäischen Gesetzgebers. Dies könne methodisch auch dazu führen, dass das „natürliche“ Wortverständnis erweitert oder überschritten werde, wie die Baltic Cable-Entscheidung des EuGH vom 11.03.2020 zeige.

Auch eine systematische Auslegung führe nicht zu einem engen baulich-technischen Verständnis des Begriffs der „Fertigstellung“. Da § 28b EnWG eine Vorschrift des EU-Sekundärrechts umsetze und die Vorschrift daher richtlinienkonform auszulegen sei, müsse die systematische Auslegung des Begriffs autonom und im Einklang mit dem europäischen

Rechtskontext erfolgen. Soweit die Bundesnetzagentur daher im Rahmen der systematischen Auslegung mehrheitlich auf der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung entstammende Normen Bezug nehme – u.a. §§ 17b-f WindSeeG, § 76 VwVfG, § 640 Abs. 2 S. 1 BGB sowie § 6 EStG und § 84 Abs. 3 BauO –, sei dies verfehlt. Sämtliche innerstaatlichen Normen könnten auch nichts zur Auslegung des streitgegenständlichen Tatbestandsmerkmals beitragen. Die Zwecke der genannten Vorschriften seien zudem gänzlich andere als der mit Art. 49a Änderungsrichtlinie bzw. § 28b EnWG verfolgte Investitions- und Vertrauensschutz. Auch der angeführten Verordnung (EU) 347/2013 (TEN-E VO) lasse sich keine Erkenntnis für die Auslegung des Begriffs der „Fertigstellung“ entnehmen. Aus dem Begriff der „Inbetriebnahme“ folge nur, dass die Fertigstellung dieser vorausgehen müsse, was ebenso für die finale Investitionsentscheidung gelte. Ein zeitliches Unmittelbarkeitskriterium ergebe sich aus der Vorschrift nicht. Zudem verfolge die TEN-E VO einen anderen Zweck als die Änderungsrichtlinie. Vertrauens- und Investitionsschutzabkommen spielten im Kontext der TEN-E VO keine Rolle. Schließlich sei der Begriff der „Fertigstellung“ nach Art. 2 Nr. 11 TEN-E VO („constructed“, „après sa construction“) nicht identisch mit dem der Fertigstellung in Art. 49a Änderungsrichtlinie („completed“, „achevées“), wie die englischsprachige sowie auch die französischsprachige Fassung der TEN-E VO zeigten. Art. 2 Nr. 11 TEN-E VO lege daher ein engeres, konstruktionsbezogenes Fertigstellungsverständnis zugrunde, was eher für und nicht gegen eine wirtschaftlich-funktionale Auslegung des Begriffs der Fertigstellung in Art. 49a Änderungsrichtlinie spreche. Auch ein Vergleich mit Art. 36 RL 2009/73/EG und Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG führe zu keinem anderen Ergebnis. Da Art. 36 Abs. 2 RL 2009/73/EG von „vorhanden“ und nicht von „fertiggestellt“ spreche, seien die Begriffe offensichtlich nicht identisch. Der Umkehrschluss, den die Bundesnetzagentur ziehen wolle, sei daher methodisch unzulässig. Zudem sei die Argumentation der Bundesnetzagentur auch widersprüchlich. Wenn, wie die Bundesnetzagentur meine, Art. 36 RL 2009/73/EG und Art. 49a Änderungsrichtlinie unterschiedliche Zwecke verfolgten, hätte sie sich auch im Rahmen der Auslegung damit befassen müssen, inwieweit der Bedeutungsgehalt des Art. 36 RL 2009/73/EG auf den des Art. 49a Änderungsrichtlinie übertragbar sei. Im Übrigen setze eine Ausnahme von der Regulierung nach Art. 36 Abs. 1 lit. b RL (EG) 2009/73/EG voraus, dass eine Investition ohne die Ausnahme nicht getätigt werden würde. Der Anwendungsbereich des Art. 36 RL 2009/73/EG knüpfe daher offensichtlich an die noch zu treffende Investitionsentscheidung an. Daraus folge, dass eine „neue Infrastruktur“ im Sinne des Art. 36 RL 2009/73/EG und damit auch im Sinne des Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG eine solche sei, für die noch keine finale, wirtschaftlich nicht mehr umkehrbare Investitionsentscheidung getroffen worden sei, und die Regelungen daher an die Investition und nicht an die baulich-technische Fertigstellung anknüpfen.

Ein enges, baulich-technisches Verständnis des Anwendungsbereiches lasse sich auch nicht 12
Sinn und Zweck des Art. 49a Änderungsrichtlinie entnehmen. Dieser diene insbesondere dem Vertrauensschutz – hier in seiner Ausprägung des Investitionsschutzes. Vertrauens- sowie Verhältnismäßigkeitserwägungen, insbesondere unter Berücksichtigung der Grundrechte der Beschwerdeführerin, habe die Bundesnetzagentur indes nicht nachvollziehbar berücksichtigt. Die den Vertrauensschutz begründende finale Investitionsentscheidung sei unabhängig vom Baufortschritt bereits getroffen sowie großvolumige Beschaffungsverträge abgeschlossen und in unterschiedlichem Umfang schon durchgeführt worden. Die Kommission gehe offensichtlich in ihrer Begründung zum Vorschlag für die Änderungsrichtlinie von einem Konzept aus, wonach Verbindungsleitungen aus Drittstaaten prinzipiell entweder vom Regulierungsregime nach Art. 36 RL 2009/73/EG ausgenommen oder nach Art. 49a Änderungsrichtlinie von der Regulierung freigestellt werden könnten. Die Trennlinie verlaufe dabei entlang des Begriffs der „Fertigstellung“. Bei der Auslegung des Begriffs der „Fertigstellung“ in Art. 49a Änderungsrichtlinie müsse daher

auch die Auslegung des gleichlautenden Begriffs unter Art. 36 RL 2009/73/EG berücksichtigt werden, die unter fertiggestellte Investments auch solche fasse, für die die Hauptfinanzierung vor einem bestimmten Stichtag stehe. Zu Unrecht meine die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang, das Vertrauen der Beschwerdeführerin wäre 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 09.06.2017 erschüttert gewesen. Zum Abschluss eines Vertrages gehörten zwei Staaten und es sei nicht zu erkennen gewesen, dass Russland bereit gewesen wäre, europäisches Regulierungsrecht auf eine in Russland verlaufende Gasverbindungsleitung für anwendbar zu erklären. Im Übrigen habe sie auch darauf vertrauen dürfen, dass ihr Investitionsschutzinteresse durch eine Freistellungsklausel geschützt werden würde.

Durch den von der Bundesnetzagentur behaupteten Gleichlauf zwischen Art. 49a 13
Änderungsrichtlinie und § 28b EnWG setze sich die Fehlinterpretation fort. Richtigerweise sei der Begriff der „Fertigstellung“ auch in § 28b EnWG wirtschaftlich–funktional auszulegen. Hierfür fänden sich klare Belege in der Entstehungsgeschichte des § 28b EnWG. Insbesondere werde nach den Plenarprotokollen deutlich, dass § 28b EnWG dem Schutz getätigter Investitionen dienen solle und hierbei eine Einzelfallbetrachtung anzustellen sei (Bundestag Plenarprotokoll 19/124 S. 15536, 15538 sowie 19/126, S. 15735, 15743). Dies komme auch ausdrücklich in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Ausdruck (BT-Drucksache 19/13443, Seite 11).

Auch europäisches Primärrecht und deutsches Verfassungsrecht geböten eine wirtschaftlich- 14
funktionale Auslegung des Begriffs der „Fertigstellung“ in Art. 49a RL (EU) 2019/692 und § 28b EnWG. Dies bestätige ausführlich das rechtswissenschaftliche Gutachten der Herren ...), die in ihrem Gutachten zu dem Ergebnis kämen, eine Reduktion des Tatbestandsmerkmals „Fertigstellung“ auf die baulich-technische Vollendung einer Gasverbindungsleitung verletze das Prinzip des Vertrauensschutzes sowie die europarechtlichen Grundrechte auf Gleichbehandlung, Schutz des Eigentums und auf Schutz der unternehmerischen Freiheit. Schützenswertes Vertrauen knüpfe nicht an den Baufortschritt an, sondern an die nicht mehr rückgängig zu machende Investitionsentscheidung. Dies gelte umso mehr, als alle von der Regulierung konkret betroffenen Betreiber von Gasverbindungsleitungen prinzipiell von der Regulierung ausgenommen oder freigestellt werden könnten.

Der Europäische Gerichtshof gehe in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das zu den 15
allgemeinen Rechtsgrundsätzen des EU-Rechts gehörende Prinzip der Rechtssicherheit nicht nur die Rechtsklarheit der von der EU geschaffenen Regeln umfasse, sondern auch den Grundsatz des Rückwirkungsverbots und das Gebot des Schutzes legitimen Vertrauens, das im Rechtsstaatsprinzip verankert sei. Dies erkenne der EU-Gesetzgeber an und stelle durch die Begründung einer Freistellungsmöglichkeit in Art. 49a Änderungsrichtlinie sicher, dass es nicht zu einer Verletzung rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Vorgaben komme. Der Europäische Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht gewährten bei bereits realisierten Investitionen intensiven Vertrauensschutz. Die Bundesnetzagentur verkenne, dass sich die Rechtfertigungslast für die nachträgliche Begründung einer Regulierung in dem Umfang erhöhe, in dem das Vorhaben bereits realisiert sei. Die vertraglichen Unterlagen seien der Bundesnetzagentur bekannt und könnten von dieser geprüft werden. Praktische Abgrenzungs- und Nachweisschwierigkeiten gebe es nicht. Im Übrigen weise auch eine baulich-technische Auslegung Abgrenzungsprobleme auf. Es komme auch nicht darauf an, ob schon alle Genehmigungen, z.B. im Planfeststellungsverfahren, vorgelegen hätten. Entscheidend sei allein, ob im Zeitpunkt der unumkehrbaren Investitionsentscheidung mit

solchen hätte gerechnet werden können. Die Beschwerdeführerin könne sich daher auf den grundrechtlichen Vertrauensschutz berufen. Dem könnten nicht vorrangige Gemeinwohlzwecke der Europäischen Union entgegengehalten werden. Die Bundesnetzagentur zeige kein Argument auf, aus dem sich ein legitimer Zweck, die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Einführung eines Regulierungsregimes für Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten ergebe. Die eingeführte Regulierung habe bereits keinen Nutzen. Denn wo auf der unregulierten Pipelinesseite nur ein Unternehmen Gas einspeise, bestehe auch auf der regulierten Fortsetzung der Gaspipeline kein Bedürfnis dritter Gaslieferanten, Einspeisekapazitäten zu buchen. Demgegenüber seien Investitionen in Verbindungsleitungen aus einem Drittstaat grundsätzlich gemeinwohlförderlich, und zwar unabhängig davon, wie weit die Realisierung des Projekts fortgeschritten sei. Auch verweise die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf ihre fehlende Normverwerfungskompetenz. Vielmehr hätte sie die Norm im Rahmen des methodisch Zulässigen verfassungskonform unter Berücksichtigung eines wirtschaftlich-funktionalen Fertigstellungsverständnisses auslegen müssen. Die Beschwerdeführerin habe darauf vertrauen können, dass ihre Infrastrukturen nicht unvermittelt und übergangslos einem Regulierungsregime unterworfen, sondern zumindest 20 Jahre von der Regulierung freigestellt würden.

Auch das grundrechtlich verankerte Handlungsgebot aus Art. 20 GRCh gebiete eine Auslegung des Art. 49a Änderungsrichtlinie bzw. des § 28b EnWG dahingehend, solche Pipelineprojekte von der Regulierung freizustellen, für die eine verbindliche, wirtschaftlich nicht mehr umkehrbare Investitionsentscheidung getroffen worden sei. Anspruch auf Gleichbehandlung hätten alle Rechtssubjekte, die dem EU-Recht unterworfen seien, auch juristische Personen mit Sitz außerhalb der Europäischen Union. Ein Ausschluss der Befreiungsmöglichkeit von Infrastrukturen, die bereits wirtschaftlich-funktional abgeschlossen seien, bedeute eine Schlechterstellung dieser Vorhaben gegenüber schon baulich-technisch abgeschlossenen Vorhaben, die nicht gerechtfertigt sei.

16

Darüber hinaus verletze die von der Bundesnetzagentur vorgenommene baulich-technische Auslegung die Eigentumsgarantie der Beschwerdeführerin aus Art. 17 GRCh. Unternehmen fielen unter den Schutz der Eigentumsgarantie, wenn sie der Hoheitsgewalt der EU unterworfen seien. Dies gelte auch dann, wenn sie sich in der Hand der staatlichen Autoritäten eines Drittstaates befänden. Es stelle eine Beeinträchtigung der eigentumsrechtlich geschützten Rechtsstellung der Eigentümer von Erdgasinfrastrukturen dar, wenn der EU-Gesetzgeber den Betrieb einer Erdgasinfrastruktur einem Regulierungsregime unterwerfe. Dies gelte unabhängig vom baulichen Verwirklichungszustand. Um Bestand haben zu können, müsse der Eingriff gerechtfertigt, insbesondere verhältnismäßig sein. Die Verhältnismäßigkeit sei schon im Hinblick auf die getroffene Maßnahme, die nicht von legitimen Gründen des Gemeinwohls getragen werde und allenfalls einen geringen Nutzen bringe, zweifelhaft. Jedenfalls sei ein Verstoß gegen Art. 17 GRCh darin zu sehen, dass ein Regulierungsregime unvermittelt und übergangslos auf Investitionen in bereits abgeschlossene Infrastrukturprojekte angewendet werde. Die Belastungswirkung der übergangslosen und unvermittelten Begründung eines Regulierungsregimes hänge auch nicht davon ab, wie weit das Vorhaben bereits fortgeschrittenen sei, solange es nur wirtschaftlich-funktional abgeschlossen sei.

17

Schließlich verstoße die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Auslegung des Begriffs der „Fertigstellung“ gegen das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh. Auf dieses könnten sich natürliche sowie auch juristische Personen berufen, die in der EU unternehmerisch tätig seien. Das Grundrecht schütze die mit der unternehmerischen Tätigkeit

18

verbundenen inhaltlichen Entscheidungs- und Verhaltensmöglichkeiten. Die Ausübung der Unternehmensfreiheit könne nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die ein tatsächlich dem Gemeinwohl dienendes Ziel der Union verfolgten und keinen im Hinblick auf das verfolgte Ziel unverhältnismäßigen und untragbaren Eingriff bewirkten. Es sei schon kein legitimes, dem Gemeinwohl dienendes Ziel erkennbar, eine geplante, finanzierte und baulich ins Werk gesetzte Gasverbindungsleitung der Regulierung nach der Änderungsrichtlinie zu unterwerfen, ohne eine Ausnahmemöglichkeit vorzusehen. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nehme die Bundesnetzagentur nicht vor. Im Übrigen brächte sie auch tiefgreifende und wirtschaftlich schwer belastende Folgen mit sich. Bereits geschlossene Verträge ließen sich z.B. nicht mehr wie vereinbart durchführen. Der Europäische Gerichtshof gehe in solchen Fällen davon aus, dass zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit eine Übergangslösung notwendig sei. Nur einer Anwendung von Art. 49a Änderungsrichtlinie, die den Begriff der Fertigstellung wirtschaftlich-funktional interpretiere, könne dem Grundrecht auf unternehmerische Freiheit gerecht werden.

Eine entsprechende Auslegung sei auch vor dem Hintergrund deutschen Verfassungsrechts im Hinblick auf § 28b EnWG geboten. Eine restriktivere Auslegung als eine wirtschaftlich-funktionale sei mit den Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG sowie den rechtsstaatlichen Prinzipien des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbotes unvereinbar. Die Auferlegung eines Regulierungsregimes für Gasverbindungsleitungen aus und nach Drittstaaten sei als Eingriff in die unternehmerische Freiheit bereits nicht von vernünftigen Zwecken des Allgemeinwohls getragen. Erst recht könnten keine vernünftigen Gründe des Allgemeinwohls dafür angeführt werden, die deutsche Umsetzungsbestimmung zwar auf Projekte anzuwenden, die zum 23.05.2019 baulich abgeschlossen gewesen seien, nicht aber auf solche Vorhaben, die zu diesem Zeitpunkt wirtschaftlich-funktional abgeschlossen und baulich-technisch nur weitestgehend realisiert gewesen seien. Die Erforderlichkeit einer solchen Schlechterstellung lasse sich nicht erkennen, sie sei jedenfalls unangemessen. Auch die Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG erfordere eine verfassungskonforme Auslegung von § 28b EnWG und des Begriffs der „Fertigstellung“. Die Herstellung eines Ausgleichs zwischen Allgemeininteressen und Individualinteressen falle hier zugunsten des Bestandsschutzes von Vorhaben aus, die bereits wirtschaftlich funktional abgeschlossen gewesen seien. Allgemeinwohlintressen würden durch ein solches Verständnis nicht beeinträchtigt. Demgegenüber liege es auf der Hand, dass eine baulich-technische Auslegung des Begriffs der Fertigstellung die Individualinteressen des Grundrechtsträgers berühre. 19

Eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlich-funktional und baulich-technisch fertig gestellten Erdgasinfrastrukturen verstoße auch gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG. Denn Vorhabenträger, die sich in einer vergleichbaren Situation befänden, würden ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt. Künftige Bauvorhaben könnten eine Ausnahmegenehmigung nach Art. 36 RL 2009/73/EG, § 28a EnWG beantragen und hiervon ihre Investitionsentscheidung abhängig machen. Ihr seien indes beide Wege – über § 28a EnWG und über § 28b EnWG – versperrt. 20

Schließlich verstoße die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Auslegung auch gegen das Verbot der Rückwirkung und das Gebot des Vertrauensschutzes. Die Erstreckung der energierechtlichen Regulierung auf Gasverbindungsleitungen von und nach Drittstaaten bewirke zwar keine echte Rückwirkung, führe aber zu einer rechtlichen Neuordnung von Sachverhalten, die in der Vergangenheit bewirkt worden seien, und sei daher als unechte Rückwirkung zu qualifizieren. Vorhabenträger, die vor dem 23.05.2019 mit der Errichtung einer großen Infrastruktur begonnen hätten, hätten in legitimer Weise darauf vertrauen 21

können, dass ihr Vorhaben keiner Regulierung durch die Änderungsrichtlinie unterfalle. Der deutsche Gesetzgeber müsse daher bei der Umsetzung der Richtlinie dieses entstandene Vertrauen angemessen berücksichtigen mit der Folge, dass der Begriff der Fertigstellung im wirtschaftlich-funktionalen Sinne zu verstehen sei. Danach sei die Nord Stream 2 zum Stichtag 23.05.2019 fertig gestellt gewesen. Am 23.05.2019 sei final über die Errichtung der Pipeline entschieden gewesen und es seien bereits großvolumige Verträge abgeschlossen und die eingegangenen Verträge zu erheblichen Teilen ausgeführt gewesen. Auch zum Stichtag 08.11.2017 sei eine nicht mehr unumkehrbare Investitionsentscheidung getroffen gewesen. Im November 2017 seien bereits Röhren für über 1.500 km und damit 60 % des gesamten Röhrenbestandes produziert gewesen. Hätte sie die Verträge unmittelbar nach Bekanntwerden des Richtlinienvorschlags gekündigt, wären ihr allein hierdurch Kosten in Höhe von über ... Euro entstanden. Die produzierten Röhren hätte sie, da diese speziell für die Nord Stream 2 Pipeline angefertigt worden wären, auch nicht anderweitig nutzen können. Hierauf komme es aber im Rahmen des Vertrauensschutzes auch nicht an.

Selbst wenn man ein baulich-technisches Verständnis zugrunde legen wollte, sei zum Stichtag 23.05.2019 jedenfalls der im deutschen Hoheitsgebiet gelegene Teil der Pipeline auch baulich-technisch fertig gestellt gewesen. Es komme bei der Betrachtung auch nur auf den im europäischen Hoheitsgebiet gelegenen Teil der Gasverbindungsleitung an, denn nur dieser könne nach völkerrechtlichen Grundsätzen Gegenstand der Regulierung gemäß der Änderungsrichtlinie sein. Dies folge bereits aus dem Wortlaut des § 3 Nr. 19c EnWG, der den Begriff der Gasfernleitung ausdrücklich auf das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates beschränke. Dieses Ergebnis bestätige auch eine systematische Gesetzesauslegung. Wenn Art. 49a Änderungsrichtlinie eine Freistellungsmöglichkeit für bestimmte Teile einer Gasverbindungsleitung vorsehe, spreche nichts dagegen, die baulich-technische Fertigstellung dieses Teils für die Entscheidung über die Fertigstellung zugrunde zu legen. Die baulich-technische Fertigstellung lasse sich, anders als z.B. die Inbetriebnahme, auch auf einzelne Teilstücke einer Leitung begrenzen. Die 54 in Deutschland verlaufenden Kilometer der Rohrleitung seien am 23.05.2019 auf dem Meeresgrund verlegt gewesen. Richtig, aber für die Bewertung nicht entscheidend sei der Hinweis der Bundesnetzagentur, dass die Verbindung der Rohrleitungen am KP 54.4 durch das sogenannte Above-Water-Tie-In (AWTI) zum Stichtag noch ausgestanden habe.

22

Ohne Änderungen der zugrunde liegenden Finanzierungsvereinbarungen sei eine Insolvenz der Beschwerdeführerin die Folge.

23

Die Beschwerdeführerin regt eine Entscheidung durch den Europäischen Gerichtshof zur Klärung des Begriffs der „Fertigstellung“ an und beantragt,

24

den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 15.05.2020 (BK7-20-004) aufzuheben und die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Antrag der Beschwerdeführerin auf Freistellung von der Regulierung vom 09.01.2020 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

25

Die Bundesnetzagentur beantragt,

26

die Beschwerde zurückzuweisen.

27

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss und meint, die Pipeline sei nicht zum gesetzlich vorgegebenen Stichtag am 23.05.2019 fertiggestellt gewesen. Zutreffend habe sie auf ein baulich-technisches Verständnis des Begriffs der Fertigstellung abgestellt. Ausgehend vom Verständnis des deutschen Wortlauts „Fertigstellung“, der mit der europäischen Regelung

28

übereinstimme, sei eine Vollendung der Pipeline, mithin der Abschluss der Arbeiten an der Pipeline, erforderlich. Dieses eindeutige Verständnis des deutschen Wortlauts, das keinen Raum für Unklarheiten oder Zweideutigkeiten lasse, werde bei einer Betrachtung der englischen und französischen Fassung des Art. 49a Änderungsrichtlinie bestärkt. In der englischen Sprachfassung sei von „completed“, in der französischen Sprachfassung von „achevée“ die Rede. Beide forderten mithin eine abgeschlossene Gasverbindungsleitung zum Stichtag. Eine autonome unionsrechtliche Auslegung sei nicht geboten, da es sich bei § 28b EnWG um nationales Recht handle. Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bestehe nur, wenn und soweit das nach mitgliedstaatlichen Maßstäben gefundene Auslegungsergebnis mit dem Ziel der Richtlinie unvereinbar sei, nicht aber, wie von der Beschwerdeführerin gefordert, von vornherein. Ausweislich Art. 49a Richtlinie „könne“ der Mitgliedstaat eine Freistellung beschließen, so dass eine Freistellungsvorschrift wie § 28b EnWG nicht einmal zwingend sei.

Es sei nicht erkennbar, dass sie die Auslegung des Wortlauts unzulässig verkürzt habe und bereits bei der Wortlautauslegung die Systematik sowie den Sinn und Zweck der Norm hätte mitberücksichtigen müssen. Auch der Europäische Gerichtshof nehme in der von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Entscheidung vom 05.07.2012 (Rs.: C-49/11, Rn. 33 ff.) eine knappe Auslegung nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, dem Kontext der Norm und der Zielsetzung vor. Angesichts des von ihr anzuwendenden nationalen Rechts des § 28b EnWG habe sie auch methodisch einwandfrei bei der Auslegung mit dem deutschen Wortlaut der nationalen Regelung begonnen. Zwar habe der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung *Baltic Cable AB* vom 11.03.2020 (Rs.: C-454/18) eine Auslegung des Art. 16 Abs. 6 VO (EG) 714/2019 auch über den Wortlaut hinaus vorgenommen. Diese im Lichte des 21. Erwägungsgrundes der VO (EG) 714/2009 getroffene Entscheidung sei indes auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Es sei zudem nicht ersichtlich, dass im Falle einer Regulierung ein wirtschaftlicher Betrieb der Pipeline nicht mehr möglich sei. Auch im Übrigen komme eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung nicht in Betracht. Dass eine Regulierung von Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten beabsichtigt sei, sei seit der Mitteilung der Kommission vom 09.06.2017 bekannt gewesen, spätestens jedoch, nachdem am 08.11.2017 ein Vorschlag der Kommission zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG zur Regulierung von Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten ergangen sei. Angesichts dieser Zeitspanne bis zur möglichen baulichen Fertigstellung der Pipeline sei eine diskriminierende Wirkung des Stichtags für im Bau befindliche Pipelines nicht zu erkennen. Im Übrigen sei die Regulierung grundsätzlich auch auf zukünftige Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten anzuwenden.

29

Dieses baulich-technische Verständnis der „fertiggestellten“ Gasleitung ergebe sich auch aus der Gesetzesbegründung, die ein Freistellungsverfahren für bestehende Drittlandverbindungen vorsehe (BT-Drs. 19/13443, S. 9). Fehlerhaft setze die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang den Ausdruck „bestehende Investitionen“ (BT-Drs. 19/13443, Seite 11) mit der getätigten finalen Investitionsentscheidung gleich. Die Begründung beziehe sich an dieser Stelle ausdrücklich auf Bestandsleitungen und nicht auf noch im Bau befindliche Leitungen. Auch die von der Beschwerdeführerin angeführten Redebeiträge der Parlamentarier stützten nicht deren Rechtsauffassung. In den Aussagen des deutschen Gesetzgebers fänden sich ebenfalls keine Anzeichen für die Annahme, der Begriff der „Fertigstellung“ solle auf die finale Investitionsentscheidung bezogen werden.

30

Auch eine systematische Auslegung spreche für ein baulich-technisches Verständnis des Begriffs der „Fertigstellung“. Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG, der sich mit der Abgrenzung zwischen bestehenden und neuen Infrastrukturen beschäftige, ordne an, dass eine neue

31

Infrastruktur vorliege, wenn diese nicht vor dem Stichtag am 04.08.2003 fertiggestellt worden sei. Eine Infrastruktur gelte nach dieser Definition dann als „neu“, wenn sie noch nicht baulich abgeschlossen sei im Vergleich zu bereits vorhandenen, physikalisch nutzbaren Gasverbindungsleitungen. Nach Art. 2 Nr. 11 VO (EU) 347/2013 sei die „Inbetriebnahme“ der Vorgang, bei dem ein Vorhaben nach seiner Fertigstellung in Betrieb genommen werde. Diese Legaldefinition zeige den engen Zusammenhang zwischen dem Begriff der „Fertigstellung“ und dem Begriff der „Inbetriebnahme“, der auch durch Art. 2 Nr. 8 VO (EU) 347/2013 bestätigt werde. Aus diesen Regelungen lasse sich ableiten, dass eine Anlage erst fertiggestellt sei, wenn sie auch den Betrieb aufnehmen könne. Auch die englischen, französischen und spanischen Sprachversionen bestärkten dieses baulich-technische Verständnis. Während in der englischsprachigen Version von „constructed“ die Rede sei, die fertig konstruierte Leitung also getrennt von der Inbetriebnahme betrachtet werde, spreche die englische Sprachversion in Art. 49a Änderungsrichtlinie von „completed“, was offensichtlich noch über den baulichen Abschluss hinausgehe und die Inbetriebnahme voraussetze. Ob Verordnung und Richtlinie einen gleichen Schutzzweck verfolgten, sei in diesem Zusammenhang unerheblich. Entscheidend sei, dass sich beide Regelwerke mit der Errichtung von Gasverbindungsleitungen befassen und sich zu deren Zustand äußerten. Ein gleiches Verständnis zeige sich auch auf nationaler Ebene. Die Umsetzung des Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG durch § 3 Nr. 29a EnWG sei zwar nicht wortgleich erfolgt, lasse aber den engen Zusammenhang der Fertigstellung mit der Inbetriebnahme erkennen. Im Rahmen der Anbindung von Windenergieanlagen auf See werde der Begriff der „Fertigstellung“ mehrfach verwendet. Danach sei eine Anbindungsleitung dann fertiggestellt, wenn sie in der Lage sei, den erzeugten Strom abzutransportieren, wie § 17d Abs. 1 S. 3 EnWG und § 17e Abs. 2 EnWG zeigten. Zu dem Begriff der Fertigstellung in § 43d EnWG habe das Bundesverwaltungsgericht sogar die Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zur Fertigstellung hinzugerechnet und damit den Begriff der Fertigstellung über den baulichen Abschluss des Vorhabens hinaus erweitert. Sie habe zutreffend auch diese deutschen Normen zur Auslegung des Begriffs der „Fertigstellung“ herangezogen. Ermächtigungsgrundlage für den Beschluss sei zunächst die nationale Regelung des § 28b EnWG, auch wenn dieser durch Art. 49a Änderungsrichtlinie determiniert werde. Auch Art. 36 RL 2009/73/EG bestätige gerade nicht, dass es für den Begriff der „Fertigstellung“ auf die finale Investitionsentscheidung ankomme.

Aus Sinn und Zweck der europäischen und nationalen Regelungen folge ebenfalls kein anderes Verständnis. Ziel des § 28b EnWG wie des Art. 49a Änderungsrichtlinie sei ein Systemwechsel hin zu einer Einbeziehung der bisher nicht regulierten Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten. Dies folge aus Erwägungsgrund 3 Änderungsrichtlinie. Hierdurch solle eine Gleichstellung dieser Leitungen mit zwischen Mitgliedstaaten verlaufenden Fernleitungen gewährleistet werden. Dieses Ziel werde in Erwägungsgrund 15 Änderungsrichtlinie erneut aufgegriffen und auch durch den deutschen Gesetzgeber bestätigt. Der Systemwechsel werde von der Übergangsregelung flankiert, um für bereits bestehende Gasfernleitungen die Möglichkeit einer Freistellung von dem neu errichteten Regime der Regulierung zu schaffen. Die auch vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Ausnahmeregelung diene zwar dem Vertrauens- und Bestandsschutz, jedoch nicht uneingeschränkt. Eine Normverwerfungskompetenz komme ihr im Hinblick auf § 28b EnWG nicht zu. Im Übrigen habe sie auch keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung gehabt. Ein offensichtlicher Widerspruch zur europäischen Änderungsrichtlinie, der eine Nichtanwendung der nationalen Norm durch die anwendende Behörde zur Folge habe, liege ebenfalls nicht vor.

32

33

Selbst eine – wie nicht – ausreichende Offenheit des Begriffs der Fertigstellung für eine wirtschaftlich-funktionale Auslegung unterstellt, bestehe kein Bedarf für eine Korrektur. Der persönliche Anwendungsbereich der Art. 3, 12 und 14 GG sei für die Beschwerdeführerin als juristische Person in Form der Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht bereits nicht eröffnet. Maßgeblich sei der Sitz der Gesellschaft. Die Frage, ob sie sich als von der russischen Föderation dominiertes Unternehmen auf Unionsgrundrechte berufen könne, sei umstritten, wobei die besseren Argumente gegen eine solche Berechtigung sprächen. Im Übrigen sei die Beschwerdeführerin auch nicht in ihren Grundrechten zum Schutz des Eigentums verletzt. Die infolge der Entscheidung anwendbaren Entflechtungsvorgaben der §§ 8 ff. EnWG stellten Inhalts- und Schrankenbestimmungen dar. Nichts anderes gelte für die Pflichten zur Netzregulierung und zum Netzzugang. Ihre Entscheidung diene auch einem legitimen Zweck. Der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck der Änderungsrichtlinie, die Sicherstellung der Versorgungssicherheit, die Vollendung des Erdgasbinnenmarktes und die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen, seien von den in Art. 194 Abs. 1 AEUV genannten Zielen gedeckt. Diese abstrakt-generelle Legitimität könne nicht durch eine Besonderheit im Einzelfall in Frage gestellt werden. Der Einwand der Beschwerdeführerin, es sei ihr faktisch unmöglich, Netzzugang für Dritte herzustellen, sei daher unerheblich. Die Regulierung erschöpfe sich zudem auch nicht im Netzzugang. Hinsichtlich der Beurteilung der Geeignetheit einer Norm zur Erreichung des legitimen Zwecks komme dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zugute. Die Instrumente des Regulierungsrechts hätten ihre Eignung zur Erreichung der genannten Ziele bereits unter Beweis gestellt. Die Einführung der vorgenannten Pflichten sei auch das mildeste wirksame Mittel. Es gebe keine Gewissheit, dass der unregulierte Betrieb weiterer Gasleitungen aus Drittstaaten nicht in Zukunft Wettbewerbsverzerrungen oder Gefahren für die Versorgungssicherheit schaffen würde. Schließlich seien die Regelungen des § 28b EnWG bzw. Art. 49a Änderungsrichtlinie auch angemessen. Die Schutzwürdigkeit des Eigentums der Beschwerdeführerin müsse hinter dem öffentlichen Interesse an der Regulierung zurücktreten. Speziell im Energiesektor habe die Eigentumsgarantie aufgrund des öffentlichen Bedürfnisses nach Versorgungssicherheit einen starken Sozialbezug. Demgegenüber diene die Eigentumsgarantie der Beschwerdeführerin der Gewinnerzielung. Diese Gewinnerzielungsinteressen würden durch die Entgeltregulierung nicht im Übermaß beeinträchtigt. Auch das Regime der Netzentgeltregulierung sehe eine Gewinnerzielungsmöglichkeit gem. § 21 Abs. 1 EnWG vor. Diese Ausführungen gälten auch für die Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 12 GG, da insoweit keine strengeren Anforderungen als an die Eingriffe in das Eigentumsrecht gestellt würden.

Eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes liege ebenfalls nicht vor. Der Gesetzgeber sei bei der Vergleichsgruppenbildung nicht gehalten, die vermeintlich zweckmäßigste oder gerechteste Lösung zu wählen. Baulich fertig gestellte und baulich nicht fertig gestellte Gasleitungen wiesen fundamentale Unterschiede auf, z.B. hinsichtlich ihrer Verfügbarkeit und ihrer Auswirkungen auf den Markt und den Wettbewerb, welche sie als Vergleichsgruppen untauglich mache. Daher liege auch nach Unionsrecht kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs setze eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nämlich voraus, dass die ungleich behandelten Sachverhalte in allen Merkmalen, die sie kennzeichneten, vergleichbar seien. Etwaige Ungleichbehandlungen wären auch durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Dieser ergebe sich aus den Aspekten der Rechtssicherheit und der vereinfachten Feststellung des Tatbestandsmerkmals „Fertigstellung“. Der Begriff einer „wirtschaftlich-funktionalen Fertigstellung“ begegne praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten. Während der Abschluss der Bauarbeiten relativ einfach festzustellen sei, bedürfe es bei einem Abstellen auf die Investitionsentscheidung einer Einsichtnahme in die Beschlüsse der zuständigen Organe und

gegebenenfalls in die betreffenden abgeschlossenen Verträge. Vorliegend sei zudem zu berücksichtigen, dass die Beschlüsse zur Investition in die Pipeline getroffen worden seien, bevor ein Planfeststellungsbeschluss vorgelegen habe, also risikobehaftet gewesen seien. So habe die Beschwerdeführerin längerer Zeit auf die Genehmigung aus Dänemark gewartet und habe schließlich eine andere als die ursprünglich vorgesehene Route für die Verlegung der Pipeline nehmen müssen. Auch diese Unwägbarkeiten im frühen Zeitpunkt eines Projektes sprächen für ein Abstellen auf einen physischen Zustand.

Der Beschluss sei auch nicht wegen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot aufzuheben. § 28b EnWG beinhalte keine echte Rückwirkung, da der Sachverhalt, auf den sich die Norm auswirke, vorliegend noch nicht abgeschlossen sei. Bezugspunkt der Norm seien nicht bereits getätigte Investitionsentscheidungen, sondern bereits bestehende Leitungen. Die Nord Stream 2 sei indes noch nicht unreguliert betrieben und dann rückwirkend der Regulierung unterworfen worden. Im Übrigen käme eine Regulierung auch nicht rückwirkend zur Anwendung, sondern gelte nur für die Zukunft. Es liege damit nur eine unechte Rückwirkung vor, die zulässig sei. Die Bestandsinteressen der Beschwerdeführerin überwögen nicht die gesetzgeberischen Veränderungsgründe. Ein schutzwürdiges Vertrauen auf einen unregulierten Betrieb habe nicht bestanden bzw. sei jedenfalls durch die Pressemitteilung der Kommission vom 09.06.2017 und die im November folgende Gesetzesinitiative der Kommission erschüttert worden. Bereits bei einer unklaren Rechtslage entstehe kein Vertrauensschutz. Ein schutzwürdiges Vertrauen auf das Ausbleiben von Gesetzesänderungen gebe es nicht. Die Beschwerdeführerin habe zwar zum Stichtag bereits erhebliche Aufwendungen getätigt gehabt. Der Bau der Pipeline selbst sei jedoch erst nach Bekanntwerden der Pläne der Kommission begonnen worden. Der Beschwerdeführerin hätte daher bewusst sein müssen, dass angesichts der technischen Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten beim Bau einer Offshore-Gasverbindungsleitung ein Abschluss der Bauarbeiten bis zum Inkrafttreten der Richtlinienänderung nicht gesichert gewesen sei. 35

Selbst ein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der Nichtanwendbarkeit der Regulierungsvorschriften unterstellt sei die unechte Rückwirkung gerechtfertigt. Im Falle von Investitionen, die auf Grundlage einer bestimmten erwarteten gesetzlichen Vergütung getätigt worden seien, setze der Vertrauensschutz nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts erst ein, wenn die jeweilige Anlage in Betrieb genommen worden sei, nicht aber bereits im Genehmigungsstadium. 36

Unabhängig von der Frage der Regulierung hätte die Beschwerdeführerin zudem ihr begonnenes Projekt zu Ende führen können. Es lägen keine nutzlos getätigten Investitionen vor. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass Sinn und Zweck der Entgeltregulierung auch eine angemessene Refinanzierung der Investitionen sei. Es sei daher nicht erkennbar, dass die Pipeline bei einer Entflechtung nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden könne. Den Interessen der Beschwerdeführerin stünden die Bestrebungen des europäischen und nationalen Gesetzgebers gegenüber, Verbindungsleitungen aus Drittstaaten den innereuropäischen Verbindungsleitungen gleichzustellen. Die Freistellungsmöglichkeit für bestehende Gasleitungen stelle in diesem Zusammenhang eine Übergangsregelung dar, ein absoluter Bestandsschutz bestehe daher nicht. Dem europäischen und dem deutschen Gesetzgeber seien die Situation der hier relevanten Pipeline bewusst gewesen. Sie hätten gleichwohl nicht auf die zu einem früheren Zeitpunkt zu treffende Investitionsentscheidung angeknüpft und z.B. den Planungsbeginn oder die Investitionsentscheidung oder den Baubeginn in den Wortlaut der Norm mit aufgenommen. Im Zusammenspiel mit der Feststellung, dass Bürger und Unternehmen nicht auf eine Unveränderlichkeit der Rechtslage vertrauen dürften, erscheine die Annahme des europäischen und deutschen Gesetzgebers 37

nicht unverhältnismäßig, bei noch im Bau befindlichen Gasverbindungsleitungen die Auswirkungen einer Regulierung als noch zumutbar einzuschätzen.

Die Pipeline Nord Stream 2 sei bis heute nicht baulich fertiggestellt. Auch im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland sei die Pipeline am 23.05.2019 nicht baulich-technisch fertig gestellt gewesen. Die Beschwerdeführerin trage selbst vor, dass die Röhren auf diesem Abschnitt der Pipeline zum Stichtag nur abgelegt, aber noch nicht verschweißt gewesen seien, so dass ein Gastransport durch diese Leitungen nicht möglich gewesen sei. Auch die Anlandestation bei Lubmin sei am 23.05.2019 noch nicht betriebsbereit gewesen, wie sich an den Informationen über den Bau auf der Homepage der Beschwerdeführerin bestätigt habe. Bis heute sei keine Fertigstellung erfolgt. 38

Eine Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof sei nicht geboten. Der Senat könne die Rechtsfragen des § 28b EnWG selbst beantworten. 39

Die Beigeladenen beantragen 40

die Beschwerde zurückzuweisen. 41

Sie meinen, die Beschwerde sei unbegründet. Weder lägen die formellen Antragsvoraussetzungen, also die Fertigstellung zum Stichtag 23.05.2019 vor, noch die besonderen Freistellungsgründe gemäß § 28b EnWG. 42

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin führe die Änderungsrichtlinie zu keinem erweiterten Anwendungsbereich. Der Regulierung seien schon immer alle Arten von Fernleitungen unterworfen gewesen. Bereits Art. 2 Nr. 3 der 1. Binnenmarktrichtlinie 98/30/EG habe alle Hochdrucknetze unterschiedslos als „Fernleitungen“ qualifiziert. Dem stehe nicht entgegen, dass bis zum Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie gemäß Art. 2 Nr. 17 RL 2009/73/EG eine Fernleitung nur dann zugleich auch eine „Verbindungsleitung“ gewesen sei, wenn diese „eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quere“. Sofern die Beschwerdeführerin Rückschlüsse daraus ziehe, dass die Änderungsrichtlinie den Tatbestand der „Verbindungsleitung“ neu erfasse und diesen nunmehr ausdrücklich auf Gasverbindungsleitungen mit Drittstaaten erstrecke, komme es hierauf nicht an. Dieser Tatbestand habe lediglich zur Bestimmung der Gruppe der Fernleiter gedient, die von Art. 36 RL 2009/73/EG Gebrauch machen könnten. Insoweit mangle es an einem Eingriff in geschützte Rechtspositionen. 43

Der Neubescheidungsantrag der Beschwerdeführerin sei formell unzulässig. Die Beschwerdeführerin habe nur formal fristgerecht den erforderlichen Antrag nach § 28b EnWG gestellt. Innerhalb der Antragsfrist bis zum 11.01.2020 hätten auch die für die Entscheidung erforderlichen Nachweise beigebracht werden müssen. Insbesondere sei die Entscheidung über den Antrag der Beschwerdeführerin nach § 28b Abs. 3 EnWG bis zum 24.05.2020 zu treffen gewesen. Die materiell-rechtliche Frist zur Entscheidung über eine Freistellung sei demnach verstrichen. Da im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung kein Anspruch mehr bestanden habe, sei eine Neubescheidung nicht möglich. Die Beschwerde sei infolge materieller Präklusion ohne weitere Prüfung abzuweisen. Eine Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entscheidung sei nur mit entsprechender Umstellung der Beschwerdeanträge möglich. Einem potenziellen Beschwerdeänderungsantrag stimmten sie nicht zu. 44

Die Beschwerde sei auch in der Sache unbegründet. Die Voraussetzungen einer Freistellung nach § 28b EnWG lägen nicht vor. § 28b EnWG setze eine betriebsfertige 45

Gasverbindungsleitung voraus. Es fehle bereits an dem Antrag eines Betreibers. Eine Freistellung sei nur für Gasverbindungsleitungen eines aktiven Betreibers zugänglich. Betreiber sei nur derjenige, der den Betrieb tatsächlich ausübe. Vorliegend fehle die Betreibereigenschaft der Beschwerdeführerin. Diese sei lediglich Projektgesellschaft.

Fertiggestellt im Sinne des § 28b Abs. 1 S. 1 EnWG bezeichne den Zeitpunkt, zu dem die Betriebsbereitschaft der Verbindungsleitung komplett hergestellt sei. Dieses Verständnis entspreche im Übrigen auch dem vorherrschenden Rechtsverständnis der Mitgliedstaaten, wie sich aus den Stellungnahmen entnehmen lasse. Einen Spielraum lasse der Wortlaut nicht zu. Unter Fertigstellung verstehe man den wesentlichen Abschluss einer Arbeit, eines Vorgangs oder die Zusammenfügung einer Sache. Maßgebend sei das Ergebnis. Nur dieses sei einer Feststellung am 23.05.2019 zugänglich. Dieses Verständnis entspreche auch dem Rechtsrahmen im Übrigen. Im EnWG sowie auch in der RL 2009/73/EG selbst werde die Betriebsfertigkeit der Infrastruktur an mehreren Stellen ohne weiteres vorausgesetzt, auch wenn der Tatbestand an sich nur auf eine Fertigstellung verweise. Aus Sinn und Zweck der Norm ergebe sich keine andere Auslegung. Der Gesetzgeber wolle nicht Investitionen in einen so ohnehin nicht bestehenden Rechtsrahmen schützen. Sinn und Zweck von Art. 49a Änderungsrichtlinie sei nicht der Bestandsschutz von im Bau befindlichen Leitungen. Dies zeige gerade die Diskussion im Gesetzgebungsverfahren zur Änderungsrichtlinie. 46

Die Nord Stream 2 sei am 23.05.2019 keine betriebsfertige Gasverbindungsleitung gewesen, sondern es sei nur gut die Hälfte der Leitungsteile verlegt gewesen. Schließlich sei zum Stichtag entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch keine Fertigstellung im deutschen Hoheitsgebiet gegeben gewesen. Stahlrohre auf dem Meeresgrund allein stellten keine Pipeline dar und es hätten noch Arbeiten ausstanden. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin könne es auch nicht allein auf das deutsche Hoheitsgebiet ankommen. Würde man eine solche Aufspaltung zulassen, läge schon keine Gasverbindungsleitung vor. 47

Auch im Hinblick auf die Amortisation und die Versorgungssicherheit lägen keine objektiven Gründe für eine Freistellung vor. Eine bloße Erschwerung der Refinanzierungsmöglichkeiten sei nicht ausreichend. Das vorgelegte Gutachten zur angeblichen Insolvenzgefahr könne von ihr, da es geschwärzt sei, nicht einmal auf Plausibilität geprüft werden. Bemühungen dazu, dass sie erfolglos versucht habe, von dem Projekt Abstand nehmen zu wollen, trage die Beschwerdeführerin nicht vor. 48

Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass bereits im Jahr 2016 eine endgültige, unumkehrbare Investitionsentscheidung vorgelegen habe. Die vorgelegten geschwärzten Unterlagen Anlagen BF 2 bis BF 6 seien nicht zum Nachweis geeignet. Gleiches gelte für die geschwärzte Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin. Es sei deshalb höchst fraglich, ob die Beschwerdeführerin bei Scheitern der Investitionen im Jahr 2016 tatsächlich ... km Beton ummantelte Stahlrohre hätte abnehmen müssen. 49

Weiterhin werde bestritten, dass durch regulierte Netzentgelte keine Refinanzierung des Neubaus einer Gasverbindungsleitung möglich sei. Die Beschwerdeführerin habe hierzu keine nachvollziehbaren Angaben gemacht. Ein transparenter Mechanismus zur Bestimmung der Netzentgelte werde von der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht gewollt. Entweder gebe es den behaupteten Bedarf für eine weitere Gasverbindungsleitung durch die Ostsee, dann werde eine verursachungsgerechte Finanzierung mittels regulierter Netzentgelte für eine Amortisation des Investments sorgen. Oder aber die Transportkosten sollten „künstlich“ klein gerechnet werden, um am Exitpunkt der Nord Stream 2 zu besseren Konditionen in den europäischen Großhandelsmarkt eintreten zu können als an Exitpunkten, die durch 50

Gasverbindungsleitungen erreicht würden, deren Betreiber regulierte Entgelte bildeten. Dies wäre jedoch Wettbewerbsverzerrung. Die Regulierung der Nord Stream 2 sei daher notwendig, um Auswirkungen auf die angeschlossenen Anbindungsleitungen im europäischen Binnenmarkt zu verhindern. So seien EUGAL und NEL nicht freigestellt. Würde die Nord Stream 2 nicht demselben Regulierungsrahmen unterworfen wie die EUGAL, könnten sich Wettbewerbsverzerrungen von Greifswald bis nach Zentraleuropa fortsetzen.

Der Vortrag der Beschwerdeführerin zur Versorgungssicherheit überzeuge ebenfalls nicht. Die Freistellung wirke sich besonders gravierend auf die Versorgungssicherheit mehrerer, vor allem in Zentral- und Osteuropa gelegener Märkte aus. Im europäischen Binnenmarkt seien die anderen Transportrouten gerade nicht freigestellt. Eine Freistellung habe negativen Einfluss auf konkurrierende Infrastrukturen sowie die hieraus versorgten Märkte. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs sei zu befürchten. Die Transportfunktion der Nord Stream 2 befriedige keinen zusätzlichen Bedarf, sondern ersetze andere, womit eine Umverteilung unvermeidlich sei. Ersetzt werden dürften vor allem Kapazitäten auf den Pipelines BRUDERSCHAFT und JAMAL, nicht zuletzt könnten Wettbewerber auf anderen Wertschöpfungsstufen, beispielsweise die Beigeladenen als Lieferanten von Letztverbrauchern, vom Erstbezug ausgeschlossen oder zumindest stark behindert werden. Die Preissetzungsmacht der Gazprom im Fall der Freistellung sei am Beispiel der polnischen Gaspreise deutlich erkennbar. Im Rahmen des § 28b Abs. 1 EnWG sei schließlich auch der Grundsatz der Solidarität im Energiesektor gemäß Art. 194 Abs. 1 AEUV zu berücksichtigen. 51

Der Anspruch auf eine Freistellung folge auch weder aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes noch aus dem behaupteten Investitionsschutz. Es habe kein Umfeld vorgelegen, in dem die Beschwerdeführerin nachhaltig hätte Vertrauen entwickeln können. Zum vorgetragenen Zeitpunkt der Freigabe der Finanzierung sei die politische Diskussion vielmehr in vollem Gang gewesen. Der weit überwiegende Teil der Investitionen sei nach Kenntnis des regulativen Umfeldes erfolgt. Es sei abwegig anzunehmen, die Beschwerdeführerin bzw. deren Finanzierer hätten das Gesamtprojekt nicht erneut evaluiert, bevor in die Bauphase übergegangen worden sei. Der begehrte Vertrauensschutz betreffe daher nur einen Bruchteil der Investitionen. Selbst im Falle der Projektaufgabe würden etwaige Investitionen nicht zum vollständigen finanziellen Ausfall führen, sondern durch Verkäufe und ersparte Aufwendungen aufgefangen. Zudem sei der Baubeginn erst ab dem 15.05.2018, trotz Veröffentlichung des Entwurfs der Änderungsrichtlinie am 08.11.2017, also in vollem Bewusstsein und Kenntnis eines gesetzlich sich in einer Veränderung befindlichen Umfelds erfolgt. Zum Zeitpunkt der ersten Verlegungsarbeiten fehlten zudem die schwedische und die dänische Genehmigung. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass die Frage der Regulierung die Entscheidung zum Bau der Pipeline nicht wesentlich berührt habe. 52

Auch aus europäischem Primärrecht und nationalem Verfassungsrecht folge kein Bedürfnis für eine Sonderrechtsbindung der Beschwerdeführerin. Es werde bereits kein Eingriff in den Schutzbereich dargelegt. Die abstrakte Änderung des Rechtsrahmens sei kein Eingriff. Es liege auch keine Diskriminierung vor, weil nicht alle Wettbewerber reguliert würden. Innerhalb der Vergleichsgruppe würden alle Gasverbindungsleitungen gleich behandelt, außer solchen, die zum 23.05.2019 betriebsfertig gewesen seien. 53

Sollte der Senat wider Erwarten zu der Auffassung gelangen, im Interesse der Beschwerdeführerin vom eindeutigen Wortlaut und Zweck des Art. 49a Änderungsrichtlinie abweichen zu müssen, sei eine Vorlagefrage im Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV an den Europäischen Gerichtshof zu richten. 54

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten
Schriftsätze mit Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen. 55

B. 56

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. 57

I. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist der von der Beschwerdeführerin geltend
gemachte Neubescheidungsanspruch statthaft. Auch wenn die Bundesnetzagentur nach
erstmaliger Antragstellung am 09.01.2020 über den Antrag auf Freistellung von der
Regulierung nach § 28b Abs. 3 EnWG bis zum 24.05.2020 zu entscheiden hatte, wäre nach
Aufhebung des Beschlusses durch den Senat eine erneute Entscheidung über den
Freistellungsantrag durch die Bundesnetzagentur möglich. Nach Ablauf der Bescheidungsfrist
tritt jedenfalls in den Fällen, in denen die Bundesnetzagentur bereits einmal fristgerecht über
den Antrag auf Freistellung von der Regulierung entschieden hat, dann keine materielle
Präklusion ein, wenn ihre Entscheidung im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens
aufgehoben und die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung verpflichtet wird. Die
gegenteilige Auffassung würde das Grundrecht der Beschwerdeführerin auf effektiven
Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG rechtswidrig verkürzen. Die rechtlichen Erwägungen der
Beteiligten als zutreffend unterstellt könnte die Beschwerdeführerin gegen eine ablehnende
Entscheidung der Bundesnetzagentur keinen effektiven Rechtsschutz erlangen, weil eine
möglicherweise durch den Senat tenorierte Verpflichtung zur Neubescheidung denklogisch
erst nach Ablauf der Bescheidungsfrist erfüllt werden kann. Die in § 28b Abs. 3 EnWG
genannte Frist gilt daher nur für die erstmalige Entscheidung der Bundesnetzagentur. Nach
einer unterstellten Aufhebung und Zurückverweisung der Sache würde das Verfahren in den
Zustand vor Entscheidung durch die Bundesnetzagentur zurückversetzt werden und eine
erneute Entscheidung durch die Bundesnetzagentur bliebe unbeschadet der in § 28b Abs. 3
EnWG genannten Frist möglich. 58

II. Zu Recht hat die Bundesnetzagentur den Antrag der Beschwerdeführerin auf Freistellung
von der Regulierung gemäß § 28b EnWG mit dem angegriffenen Beschluss vom 15.05.2020
zurückgewiesen. 59

Nach § 28b EnWG werden Gasverbindungsleitungen mit einem Drittstaat im Sinne des
Artikels 49a Änderungsrichtlinie, die vor dem 23.05.2019 fertiggestellt wurden, von der
Regulierungsbehörde 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 EnWG befristet freigestellt, wenn 1. der erste
Kopplungspunkt der Leitung mit dem Netz eines Mitgliedstaates in Deutschland liegt, 2.
objektive Gründe für eine Freistellung vorliegen, insbesondere a) die Ermöglichung der
Amortisierung der getätigten Investitionen oder b) Gründe der Versorgungssicherheit, und 3.
die Freistellung sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt in der
Europäischen Union und dessen effektives Funktionieren auswirkt und die
Versorgungssicherheit in der Europäischen Union nicht beeinträchtigt wird. Art. 49a
Änderungsrichtlinie ordnet an, dass für Gasfernleitungen zwischen einem Mitgliedstaat und
einem Drittland, die vor dem 23.05.2019 fertiggestellt wurden, der Mitgliedstaat, in dem der
erste Kopplungspunkt einer solchen Fernleitung mit dem Netz eines Mitgliedstaats gelegen
ist, beschließen kann, in Bezug auf die Abschnitte einer solchen in seinem Hoheitsgebiet und
Küstenmeer befindlichen Gasfernleitung aus objektiven Gründen, wie etwa, um eine
Amortisierung der getätigten Investitionen zu ermöglichen oder aus Gründen der
Versorgungssicherheit, von den Artikeln 9, 10, 11 und 32 und von Artikel 41 Absätze 6, 8 und
10 abzuweichen, sofern die Abweichung den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt in der 60

Union, dessen effektives Funktionieren oder die Versorgungssicherheit in der Union nicht beeinträchtigen würde. Der Wortlaut der beiden Normen ist daher vom Regelungsgehalt identisch. Der deutsche Gesetzgeber hat Art. 49a Änderungsrichtlinie 1:1 umgesetzt.

Unabhängig von der Frage, ob die in den Normen genannten Freistellungsvoraussetzungen vorliegend im Einzelnen erfüllt sind, kommt die beantragte Freistellung von der Regulierung bereits deshalb nicht in Betracht, weil die streitgegenständliche Gasverbindungsleistung Nord Stream 2, wie es sowohl Art. 49a Änderungsrichtlinie als auch § 28b EnWG fordern, nicht vor dem 23.05.2019 fertiggestellt gewesen ist. Zutreffend hat die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang den Begriff der „Fertigstellung“ auf die zu befreiende Gasverbindungsleitung bezogen und ist damit zu Recht von einem baulich-technischen Verständnis des Fertigstellungsbegriffs ausgegangen. Die von der Beschwerdeführerin gewünschte Auslegung, die den Begriff der Fertigstellung an die endgültige, nicht mehr umkehrbare Investitionsentscheidung knüpft, lässt sich weder dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck noch den Gesetzesmaterialien oder der Entstehungsgeschichte entnehmen (nachfolgend zu 1.), noch ist sie aufgrund einer verfassungskonformen bzw. europarechtskonformen Auslegung geboten (nachfolgend zu 2).

1. Zutreffend hat die Bundesnetzagentur den Begriff der Fertigstellung in § 28b EnWG gestützt auf eine klassische Auslegung der Norm in einem baulich-technischen Sinne verstanden. 61

1.1. Für die Antwort auf die Frage, ob der Begriff der Fertigstellung in einem baulich-technischen oder in einem wirtschaftlich-funktionalen Sinne zu verstehen ist, ist zunächst der in der Norm zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers maßgeblich. Weder der europäische Verordnungsgeber noch der deutsche Gesetzgeber haben ihren Willen zum Verständnis des Fertigstellungsbegriffs durch eine erklärende oder abgrenzende Definition offenkundig gemacht. Für die erforderliche Erforschung des gesetzgeberischen Willens durch Auslegung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, 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 der Entstehungsgeschichte, die einander nicht ausschließen, sondern sich gegenseitig ergänzen. Unter ihnen hat keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen, wobei Ausgangspunkt der Auslegung der Wortlaut der Vorschrift ist (vgl. nur BVerfG, Urteil v. 19.03.2013, 2 BvR 2628/10 u.a., Rn. 66 mwN; Stattgebender Kammerbeschluss v. 26.08.2014, 2 BvR 2400/13, Rn. 15; BGH, Urteile v. 15.05.2019, VIII ZR 134/18, Rn. 30; v. 20.03.2017, AnwZ (Brfg) 33/16, Rn. 19; Beschluss v. 16.05.2013, II ZB 7/11, Rn. 27; Urteil v. 27.2019, VIII ZR 285/18, Rn. 54 - juris). 63

Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Auslegung nach dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck entspricht diesen anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und ist nicht zu beanstanden. Die Ansicht der Beschwerdeführerin, der Begriff der Fertigstellung hätte nicht kontextlos anhand des natürlichen Wortsinns ausgelegt werden dürfen, sondern die Bundesnetzagentur hätte bereits im Rahmen der Wortlautinterpretation den Kontext der Norm und ihren Zweck – Investitions- und Vertrauensschutz – heranziehen müssen, ist nicht zutreffend und führt jedenfalls nicht zur Rechtswidrigkeit des angegriffenen Beschlusses. Zwar führt der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 05.07.2012 aus: „Deshalb ist zur Bestimmung der Bedeutung dieser Begriffe auf ihren Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch abzustellen, wobei zu 64

berücksichtigen ist, in welchem Zusammenhang sie verwendet werden und welche Ziele mit der Regelung verfolgt werden, zu der sie gehören.“ (EuGH, Urteil v. 05.07.2012, C-49/11, Rn. 32, juris). Der Europäische Gerichtshof nimmt jedoch im Anschluss (Rn. 33-36 der genannten Entscheidung) eine klassische Auslegung nach Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Vorschrift vor, so dass davon auszugehen ist, dass mit dem von der Beschwerdeführerin genannten, zuvor zitierten Satz aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs genau diese Auslegungsreihenfolge angesprochen worden ist. Weitere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs bestätigen diesen Befund. In einem Urteil vom 01.10.2019 heißt es z.B. zu der Frage der Auslegungsmethoden: „Außerdem sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts nicht nur ihr Wortlaut und die mit ihr verfolgten Ziele zu berücksichtigen, sondern auch ihr Kontext und das gesamte Unionsrecht. Die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift des Unionsrechts kann ebenfalls relevante Anhaltspunkte für ihre Auslegung liefern“ (Urteil v. 10.10.2018, Wightman u. a., C-621/18, Rn. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH, Urteil v. 01.10.2019, C-673/17, Rn. 48 - juris). In der Folge prüft der Europäische Gerichtshof in der genannten Entscheidung auch nacheinander die unterschiedlichen Auslegungskriterien.

1.2. Auch die im angegriffenen Beschluss erfolgte Auslegung im Einzelnen hält einer rechtlichen Nachprüfung stand. Ausgangspunkt für die Erforschung des gesetzgeberischen Willens ist der Wortlaut der hier einschlägigen Normen. Nach Art. 49a Änderungsrichtlinie und der wortlautidentischen nationalen Umsetzungsnorm des § 28b EnWG besteht eine Freistellungsmöglichkeit für „Gasfernleitungen bzw. Gasverbindungsleitungen [...], die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden“. Mit dem Begriff der Fertigstellung wird nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zum Ausdruck gebracht, dass die Herstellung einer Sache abgeschlossen bzw. beendet ist. Der Wortsinn der Regelungen ist eindeutig und beschreibt eine physisch vollständig oder nahezu vollständig errichtete Leitung. Die Bestimmung dieses natürlichen Wortsinns erfolgt nicht kontextlos, sondern wird auch bei Berücksichtigung der weiteren Zusammenhänge bestätigt. Bereits die Überschrift zu § 28b EnWG „Bestandsleitungen zwischen Deutschland und einem Drittstaat“ legt den hier ermittelten Wortsinn nahe. Der Begriff des Bestands erfasst ein physisch vorhandenes Objekt. Der gleiche Befund ergibt sich bei Betrachtung des grammatikalischen Bezugs/Zusammenhangs. Der eingefügte Relativsatz, mit dem auf die Fertigstellung als maßgebliches Kriterium für die Anwendbarkeit der Freistellungsmöglichkeit gemäß § 28b EnWG bzw. Art. 49a Änderungsrichtlinie abgestellt wird, bezieht sich auf „Gasverbindungsleitungen“ bzw. „Gasfernleitungen“ und damit auf eine Anlage als ein körperliches Objekt. Dadurch erfolgt eine eindeutige Verknüpfung zwischen der Fertigstellung und der Leitung. Hätten die Regelungen mit der Fertigstellung die endgültige und verbindliche Investitionsentscheidung in Bezug nehmen wollen, hätte es nahe gelegen, eine Formulierung wie: Gasverbindungsleitungen, für die vor dem 23.05.2019 eine verbindliche Investition(entscheidung) vorgelegen hat,...“ zu wählen, oder sonst irgendwie kenntlich zu machen, dass sich die Fertigstellung auf die schuldrechtlichen Vertragsabschlüsse, in denen sich die Investoren im Hinblick auf die Finanzierung der Gasfernleitung verpflichtet haben, beziehen soll. Zudem steht der auszulegende Begriff im Kontext mit der befristeten Freistellung von im Hoheitsgebiet Deutschlands befindlichen Leitungsabschnitten. Mit der Formulierung „befindlich“ wird ein bestehender Zustand beschrieben, was ebenfalls belegt, dass die Fertigstellung ein materielles, physisches Objekt betrifft.

Eine Kontrolle dieses Wortverständnisses anhand anderer Sprachfassungen des Art. 49a Änderungsrichtlinie bestätigt das gefundene Auslegungsergebnis. In der englischsprachigen Fassung heißt es: „completed“, was das Oxford English Dictionary mit „finish making or doing“ definiert. Die französische Fassung spricht von „achevées“, und die italienische

Übersetzung der Richtlinie von „complete“, was in beiden Fällen übersetzt „abgeschlossen“ bedeutet und damit inhaltlich sogar noch weitergehend ist. Alle Sprachfassungen enthalten nach ihrem Wortsinn das Element des in physischer Hinsicht vollständigen Objekts, bei dem alle materiellen, das Objekt ausmachenden Komponenten vorhanden sind.

Bei der vom Wortlaut ausgehenden Auslegung ist auch nicht stets von dem allgemeinen Auslegungssatz Gebrauch zu machen, wonach eine Gesetzesnorm nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ihre Gültigkeit nicht infrage steht (EuGH, Urteil v. 04.10.2001, Rs. C-403/99, Rn. 37, juris). Zum Tragen kommt das Gebot der „richtlinienkonformen Interpretation des nationalen Umsetzungsrechts“ immer erst und nur dann, wenn und soweit das nationale Umsetzungsrecht auch Interpretationsergebnisse zulässt, die mit den Gehalten der Richtlinienbestimmung unvereinbar wären. Es wäre in diesen Fällen mit Art. 288 AEUV iVm Art. 4 Abs. 3 EUV unvereinbar, eine richtlinienwidrige Entscheidung zu treffen (Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 72. EL Februar 2021, AEUV Art. 288 Rn. 135). Auch der Europäische Gerichtshof hat in der zuvor genannten Entscheidung zunächst eine klassische Auslegung vorgenommen und im Rahmen der Wortlautauslegung festgestellt, dass der Wortlaut der in der Entscheidung streitgegenständlichen Vorschrift nicht eindeutig sei und verschiedene Auslegungsprobleme aufwerfe. Im Folgenden führt er dann an: „Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist bei verschiedenen möglichen Auslegungen einer Gemeinschaftsvorschrift derjenigen der Vorzug zu geben, die die praktische Wirksamkeit der Vorschrift zu wahren geeignet ist“ (EuGH, Urteil v. 04.10.2001, Rs. C-403/99, Rn. 28, juris). Vorliegend lässt der Wortlaut jedoch nicht mehrere Deutungsmöglichkeiten zu. Aus dem Begriff der Fertigstellung eine Bezugnahme auf eine Investitionsentscheidung herauslesen zu wollen, wirkt konstruiert und fernliegend. Dem Begriff der Fertigstellung ist bereits ein gegenständliches Verständnis immanent. Eine Investitionsentscheidung wird nicht fertiggestellt, sondern getroffen oder abgeschlossen. Der Wortsinn ist – wie die vorherigen Ausführungen zeigen – eindeutig mit der Folge, dass eine richtlinienkonforme Interpretation des Umsetzungsrechts an dieser Stelle nicht zur Anwendung kommt.

67

1.3. Eine systematische Auslegung des § 28b EnWG bzw. des Art. 49a Änderungsrichtlinie führt ebenfalls nicht zu einem baulich-technischen Verständnis des Fertigstellungsbegriffs.

68

Auch wenn der Begriff der Fertigstellung weder im europäischen noch im nationalen Recht legaldefiniert ist, wird er in einigen Vorschriften verwendet, so dass sich hieraus Rückschlüsse für seine Bedeutung und seinen Wortsinn im Rahmen der hier streitgegenständlichen Vorgaben ziehen lassen. Da es sich bei der Ermächtigungsgrundlage um eine nationale Vorschrift handelt, ist es nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur bei Beurteilung des systematischen Verständnisses der beiden streitgegenständlichen Normen auch nationale Vorschriften herangezogen hat.

69

Der systematische Blick auf Art. 36 RL 2009/73/EG, umgesetzt durch § 28a EnWG, bestärkt das hier vertretene Verständnis des Begriffs „Fertigstellung“. § 28a EnWG ist gemäß Abs. 1 Nr. 2 der Norm anwendbar auf größere neue Infrastrukturanlagen im Sinne des Art. 36 Abs. 1 RL 2009/73/EG. Der Begriff der „neuen Infrastruktur“ determiniert in diesem Zusammenhang den Anwendungsbereich des § 28a EnWG, der die Befreiungsmöglichkeit vom Zugangsregime der §§ 20-28 EnWG für neue Infrastruktureinrichtungen vorsieht und Art. 36 RL 2009/73/EG umsetzt. Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG definiert eine „neue Infrastruktur“ als eine Infrastruktur, die bis zum 04.08.2003 nicht fertiggestellt worden ist. Der deutsche Gesetzgeber hat die Regelung nicht wortgleich umgesetzt, sondern in § 3 Nr. 29a EnWG als neue Infrastruktur eine solche bestimmt, die nach dem 12.07.2005 in Betrieb genommen worden ist. Die durch den Gesetzgeber in der nationalen Umsetzungsnorm erfolgte

70

Gleichstellung einer fertiggestellten Infrastruktur mit einer in Betrieb genommenen Infrastruktur bestätigt die Ansicht, dass eine Fertigstellung das Vorhandensein eines physisch vollständigen Objekts voraussetzt. Auch die grammatikalische Betrachtung der beiden Normen untermauert dieses Verständnis. Durch die Bezugnahme des Fertigstellungsbegriffs auf die „Infrastruktur“ als eine gegenständliche Anlage, so sogar ausdrücklich in § 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG erwähnt, lässt sich ebenfalls erkennen, dass fertiggestellt nur ein materiell vollständig vorhandenes Objekt ist. Von einer „Anlage“ spricht man zudem nur in Zusammenhang mit einem baulichen Werk, hingegen nicht mit einer Investitionsentscheidung. Systematisch unterscheiden sowohl Art. 36 Abs. 2 RL 2009/73/EG sowie § 28a EnWG zwischen der Befreiungsmöglichkeit für „neue Infrastrukturen“ jeweils in Absatz 1 und der Befreiungsmöglichkeit für Änderungen bereits „vorhandener Infrastrukturen“ in Abs. 2. Der Begriff der neuen Infrastruktur wird in der Gesetzessystematik folglich in Abgrenzung zu einer bereits vorhandenen Infrastruktur verwendet. Eine vorhandene Infrastruktur im Sinne des § 28a Abs. 2 EnWG ist eine solche, die bereits da, mithin erbaut ist. Es liegt daher auf der Hand, dass mit einer neuen Infrastruktur im Sinne des § 28a Abs. 1 EnWG nur eine bis zum 12.07.2005 noch nicht in Betrieb genommene Infrastruktur gemeint sein kann.

Auch Art. 2 Nr. 11 VO (EU) 347/2013, der den Begriff der Inbetriebnahme als den Vorgang definiert, bei dem ein Vorhaben nach seiner Fertigstellung in Betrieb genommen wird, unterstützt das hier vertretene Verständnis des Fertigstellungsbegriffs als Umschreibung für ein abgeschlossenes, physisch vorhandenes Objekt. Durch das enge Zusammenspiel zwischen der Inbetriebnahme und der Fertigstellung wird hervorgehoben, dass ein Vorhaben erst dann fertiggestellt ist, wenn ein regulärer Leitungs- bzw. Netzbetrieb aufgenommen werden kann. Die Inbetriebnahme setzt das physische Vorhandensein der Infrastruktur voraus. Mit dieser Verordnung sollen Leitlinien für die Entwicklung transeuropäischer Netze und deren Modernisierung und Ausbau zu einem Verbundnetz geschaffen werden. Gemäß Anhang II fallen auch transeuropäische Gasverbindungsleitungen hierunter.

71

Zutreffend verweist die Bundesnetzagentur in dem angegriffenen Beschluss auch auf die Regelungen in § 17e EnWG und § 17d EnWG zur Umsetzungspflicht von Offshore-Netzentwicklungsplänen durch die Übertragungsnetzbetreiber, die einen voraussichtlichen und in der Folge auch einen verbindlichen Fertigstellungstermin für Anbindungsleitungen vorsehen und an diesen bestimmte Ansprüche der anbindungsberechtigten Betreiber von Windenergieanlagen auf See knüpfen. So kann der Betreiber der Windenergieanlage auf See ab dem Zeitpunkt der Herstellung der Betriebsbereitschaft der Windenergieanlage auf See, frühestens jedoch ab dem 91. Tag nach dem verbindlichen Fertigstellungstermin eine Entschädigung verlangen, wenn die Einspeisung aus einer betriebsbereiten Windenergieanlage auf See nicht möglich ist, weil die Netzanbindung nicht zu dem verbindlichen Fertigstellungstermin nach § 17d Absatz 2 Satz 9 fertiggestellt ist. Die Vorschrift sieht die Anbindungsleitung dann als fertiggestellt an, wenn die Möglichkeit der Einspeisung aus einer betriebsbereiten Windenergieanlage besteht. Die Einspeisung setzt eine inbetriebgenommene und damit in physischer Hinsicht vollständig vorhandene Leitung voraus.

72

Weitere Regelungen außerhalb des Energiewirtschaftsrechtes verwenden ebenfalls den Begriff der Fertigstellung und stellen in diesem Zusammenhang auf die bauliche Errichtung zur Nutzung ab. So regelt 76 VwVfG, auf den § 43d EnWG für bestimmte Elektrizitäts- und Gasversorgungsleitungen, die eine Planfeststellung erfordern, verweist, die Folgen von Planänderungen vor Fertigstellung des Vorhabens und ist nur anwendbar, wenn das Vorhaben nicht tatsächlich vollständig errichtet und zum planfestgestellten Zweck in Betrieb

73

genommen wurde (Kämper, in: BeckOK, VwVfG, 51. Ed. 1.4.2021, VwVfG § 76 Rn. 5).

Auch aus der in § 640 Abs. 2 BGB geregelten Abnahmefiktion folgt, dass mit „Fertigstellung“ ein baulich vorhandenes Objekt beschrieben wird. Nach dieser Vorschrift gilt ein Werk auch dann als abgenommen, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Auch § 640 Abs. 2 BGB nutzt das Wort „fertigstellen“ für ein physisch bereits errichtetes Werk und nicht für errichtete Baupläne oder Investitionsentscheidungen. Dies folgt bereits aus dem Sinnzusammenhang der Norm. Denn nur ein vertragsgemäß errichtetes Werk kann auch übergeben und damit abgenommen werden. Die auf die Fertigstellung gerichtete Abnahmefiktion kann daher ebenfalls nur ein solches Werk meinen, welches baulich vollendet ist. 74

Gegenbeispiele, die ein anderes Verständnis des Begriffs der Fertigstellung nahelegen könnten, hat die Beschwerdeführerin nicht genannt. Soweit sie darauf verweist, die genannten Normen dienten einem anderen Zweck als die hier streitgegenständlichen Regelungen in Art. 49a Änderungsrichtlinie und § 28b EnWG, stellt dies nicht deren Geeignetheit im Rahmen einer systematischen Betrachtung in Frage. Üblicherweise dienen unterschiedliche Normen auch unterschiedlichen Zwecken. Entscheidend ist, dass sich alle Normen auf bestimmte Strukturvorhaben beziehen und zumindest die §§ 17d und e EnWG, Art. 2 Nr. 11 VO (EU) 347/2013 sowie auch Art. 36 und Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG sowie § 28a EnWG energiewirtschaftsrechtliche Normen darstellen. Die Frage nach Sinn und Zweck der Regelungen, die die Beschwerdeführerin bereits im Rahmen der Gesetzes- und Verordnungssystematik aufwirft, stellt sich erst im folgenden Auslegungsschritt. 75

1.4. Sinn und Zweck des § 28b EnWG bzw. des Art. 49a Änderungsrichtlinie stützen ebenfalls nicht den von der Beschwerdeführerin favorisierten wirtschaftlich-funktionellen Fertigstellungsbegriff, der nicht auf die Gasverbindungsleitung als das Bauvorhaben selbst, sondern auf die unumkehrbare Investitionsentscheidung abstellt. 76

1.4.1. Ziel der Änderungsrichtlinie ist es ausweislich des Erwägungsgrundes 3, Hindernisse für die Vollendung des Erdgasbinnenmarktes zu beseitigen, die sich aus der Nichtanwendung der Marktvorschriften der Union auf Gasfernleitungen aus Drittländern und in Drittländer ergeben. Mit den durch die Änderungsrichtlinie eingeführten Änderungen soll sichergestellt werden, dass die für Gasfernleitungen zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften auch für Gasfernleitungen in der Union aus Drittländern und in Drittländer gelten. Dadurch sollen Wettbewerbsverzerrungen im Energiebinnenmarkt der Union und negative Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit vermieden, die Transparenz verbessert und Marktteilnehmern, insbesondere Gasinfrastrukturinvestoren und Netznutzern, Rechtssicherheit hinsichtlich des anwendbaren Rechtsrahmens gegeben werden. Erwägungsgrund 4 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen von bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2009/73/EG für Gasfernleitungen gewähren können, die vor dem Tag des Inkrafttretens dieser Richtlinie fertiggestellt sind, um dem Fehlen spezifischer Unionsvorschriften für Gasfernleitungen aus Drittländern und in Drittländer vor dem Tag des Inkrafttretens dieser Richtlinie Rechnung zu tragen. 77

Art. 49a Änderungsrichtlinie regelt dem folgend, dass die Mitgliedstaaten Gasfernleitungen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittland, die vor dem 23.05.2019 fertiggestellt wurden, bei Vorliegen bestimmter objektiver Gründe, wie etwa, um eine Amortisierung der getätigten Investitionen zu ermöglichen oder aus Gründen der Versorgungssicherheit, für eine bestimmte Zeit von der Regulierung freistellen können, sofern sich dies nicht nachteilig auf den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt in der Europäischen Union und dessen 78

effektives Funktionieren auswirkt oder die Versorgungssicherheit in der Europäischen Union beeinträchtigt. Diese den Systemwechsel flankierende Übergangsregelung soll, ebenso wie die nationale Umsetzungsnorm § 28b EnWG, Bestandsschutz gewähren und investorisches Vertrauen schützen. Vertrauensschutz in diesem Sinne bedeutet indes nicht einen Schutz der Erwartung, dass eine Investitionsentscheidung unverändert umgesetzt und realisiert werden kann. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Befreiungsnormen. So fordern sowohl § 28b Abs. 2 EnWG und auch die gleichlautende Regelung des § 49a Abs. 1 Änderungsrichtlinie das Vorliegen objektiver Gründe für eine Freistellung und nennen hier insbesondere die Ermöglichung der Amortisierung der getätigten Investitionen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Formulierung „Amortisierung von getätigten Investitionen“ in diesem Zusammenhang auch nicht gleichbedeutend mit „Amortisierung von getätigten Investitionsentscheidungen“. Es liegt auf der Hand, dass eine getätigte Investition eine solche ist, die bereits materialisiert und damit baulich abgeschlossen ist, denn nur eine solche Investition in Gestalt einer vorhandenen Anlage kann sich im Übrigen auch amortisieren. Unter einer Amortisation versteht man die Deckung der für ein Investitionsgut aufgewendeten Anschaffungskosten aus dem damit erwirtschafteten Ertrag. Eine Deckung der Anschaffungskosten kann indes erst dann erfolgen, wenn das Investitionsgut auch zum Einsatz kommt und Erträge erwirtschaftet.

1.4.2. Weder in den jeweiligen Normtexten noch in den Dokumenten, die Aufschluss über die Motivlage des Richtliniengebers geben, finden sich Hinweise darauf, dass eine zum Stichtag erst im Entstehungsprozess befindliche Leitung ausnahmsweise und auch erst zukünftig von der Regulierung freigestellt werden kann. 79

Sämtliche Dokumente, die das mit der Freistellungsmöglichkeit verfolgte Ziel des europäischen Verordnungsgebers näher darlegen, deuten vielmehr darauf hin, dass diese mit einer fertiggestellten Leitung das Vorstellungsbild von einer bereits physisch vollständig vorhandenen Leitung verbunden haben. In dem Vorschlag der Europäischen Kommission zur Änderung der Richtlinie über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt vom 08.11.2017 (EUR-Lex Dokument 52017PC0660, dort S. 3) heißt es: „Außerdem wird dadurch für neue Rohrleitungen aus und nach Drittländern die Möglichkeit geschaffen, eine Ausnahme von den oben genannten Vorschriften gemäß Art. 36 der Gasrichtlinie (Anm.: RL 2009/73/EG) zu beantragen. Hinsichtlich der bestehenden Rohrleitungen, die nicht unter Art. 36 fallen, werden die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, Ausnahmen von der Anwendung der Hauptbestimmungen der Richtlinie zu gewähren, sofern die Auswirkungen sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb, das effektive Funktionieren des Marktes oder die Versorgungssicherheit in der Union auswirken“ (Unterstreichung durch den Senat). Eine bestehende Rohrleitung ist indes nur eine solche, die körperlich vorhanden und damit baulich errichtet ist. Noch eindeutiger ist die folgende Formulierung, die sich unter dem Punkt „Verhältnismäßigkeit“ (a.a.O., S. 5) findet. Hier führt die Europäische Kommission aus: „Ausnahmeregelungen für vorhandene Infrastruktur (z.B. für Rohrleitungen aus und nach Drittländern, die vor dem Inkrafttreten dieser Richtlinie fertiggestellt wurden) sind möglich, um bereits vorhandenen komplexen rechtlichen Strukturen, die möglicherweise einen fallspezifischen Ansatz erfordern, Rechnung zu tragen, sofern [...]“. Die Gleichstellung einer fertiggestellten Infrastruktur mit einer vorhandenen Infrastruktur unterstützt das hier vertretene Wortverständnis von einer physisch vollständig errichteten Gasleitung. Dass die Europäische Kommission auch eine teilerrichtete Gasleitung als vorhandene Infrastruktur anerkennen wollte, erscheint bereits deshalb fernliegend, weil ein solches Verständnis zahlreiche Abgrenzungsschwierigkeiten zur Folge hätte, die die Europäische Kommission erkannt und mitgeregelt hätte, wird aber auch durch die folgende Formulierung in dem letzten Absatz des Kommissionsvorschlags (a.a.O., S. 7) widerlegt: „Mit dem Vorschlag wird die 80

Möglichkeit geschaffen, für neue Rohrleitungen aus und nach Drittländern eine Ausnahme von den oben genannten Vorschriften gemäß Art. 36 Gasrichtlinie zu beantragen. Vorgesehen ist auch, dass die Mitgliedstaaten für bereits in Betrieb befindliche Infrastruktur Ausnahmen gewähren können.“ (Unterstreichung durch den Senat). Die Wortwahl ist eindeutig. Ausnahmen sollen nach dem Willen der Kommission danach für neue Leitungen gemäß Art. 36 RL 2009/73/EG und für bereits in Betrieb befindliche Infrastrukturen gewährt werden. Dass sich an diesem Vorschlag, der schließlich zur Verabschiedung der Änderungsrichtlinie geführt hat, hinsichtlich des Verständnisses des Fertigstellungsbegriffs im Rahmen des weiteren Verfahrens keine Änderungen mehr ergeben haben, wird durch die Stellungnahmen der am Verfahren beteiligten Organe deutlich. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss empfiehlt zum Vorschlag der Änderungsrichtlinie vom 18.04.2018, nach dem „die einzelnen Mitgliedstaaten für bestehende Rohrleitungen Ausnahmen von zahlreichen wesentlichen Vorschriften der Gasrichtlinie gewähren könnten und für neue, zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie geplante oder im Bau befindliche Rohrleitungen sämtliche Auflagen des Erdgasbinnenmarktes gelten würden“ (EUR-Lex Dokument 52018AE0170, Ziffer 2.4), mögliche Ausnahmen von den wesentlichen Vorschriften der Gasrichtlinie strikt einzuschränken und zeitlich zu begrenzen. Weiter heißt es im Folgenden: „Sie sollen nur in Sonderfällen gewährt werden und nach umfassender Prüfung durch die Europäische Kommission, um sicherzustellen, dass Ausnahmeregelungen nicht den Zielen der Energieunion zuwider laufen und den Wettbewerb und das wirksame Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes oder die Gasversorgungssicherheit der EU beeinträchtigen“ (EUR-Lex Dokument 52018AE0170, Ziffer 5.8).

Schließlich sieht der Europäische Ausschuss der Regionen in seiner Stellungnahme zum Vorschlag der Änderungsrichtlinie vom 16.05.2018 (EUR-Lex Dokument 52017AR5833, S. 9 zu 3 und S. 12 zu 11. und 12.) die Möglichkeit, dass Infrastrukturprojekte wie die Nord Stream 2, die einem einzigen Lieferanten Zugang zu über 40 % der Importkapazität der EU gewähren, die Energieversorgungssicherheit und die Entwicklung des Binnenmarktes gefährden und hält zur Begegnung dieser Gefahr die vollständige Einhaltung der Bestimmungen der Gasrichtlinie für erforderlich.

81

1.4.3. Aus der nationalen Gesetzesbegründung folgt gleichfalls der gesetzgeberische Wille dahingehend, nur für physisch vorhandene Leitungen eine Freistellungsmöglichkeit zu schaffen.

82

Bereits im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie heißt es unter Punkt B. Lösung: „Für bestehende Drittlandsverbindungen gilt bis zum 24. Mai 2020 ein Verfahren zur Freistellung von den Vorgaben des Regulierungsrechts“ (BR-Drs. 401/19 v. 30.08.2019, ebenso BT-Drs. 19/13443 v. 23.09.2019, S. 1). Diese Formulierung wird noch einmal auf S. 5 und 6 in BR-Drs. 401/19 v. 30.08.2019 bzw. S. 9 und 10 in BT-Drs. 19/13443 v. 23.09.2019 wiederholt. Auch die deutsche Gesetzesbegründung wählt, wie der europäische Verordnungsgeber, den Begriff der bestehenden Drittlandsverbindung, der eindeutig eine bereits erbaute Verbindungsleitung voraussetzt. Bestehende Drittlandsverbindungen bzw. Bestandsleitungen sind eben keine im Entstehen begriffenen Leitungen, sondern setzen eine physisch abgeschlossene Infrastruktur voraus. Eine wie auch immer getroffene Investitionsentscheidung stellt keine „bestehende Drittlandsverbindung“ dar. Bestätigt wird dieser Befund auch durch die Stellungnahme des nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Abs. 1 NKRG, in der es unter Ziffer II. heißt: „Darüber hinaus können Bestandsleitungen von den Marktregeln des Dritten Binnenmarktpaketes im Gasbereich befreit werden, wenn“

83

84

Dass der gesetzgeberische Wille das Ziel verfolgte, die Nord Stream 2 Pipeline der gesetzlichen Regulierung zu unterwerfen, zeigt sich ebenfalls in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 06.11.2019 (BT Drucksache 19/14878, Seite 5), insbesondere in der folgenden Erklärung der Fraktion der CDU/CSU: „Die Leitung Nord Stream 1 sei in ihrer Eigenschaft als bereits bestehende Pipeline von der anstehenden Regulierung ausgenommen. Für Nord Stream 2 müsse nun die gesetzliche Regulierung erfolgen, damit das „Unbundling“ in der Zwölf-Seemeilen-Zone vollzogen werden könne. Der zwischen der EU und dem Mitgliedstaat Deutschland erzielte Kompromiss beinhalte, dass der damit im Zusammenhang stehende Teil der Nord Stream 2 Pipeline reguliert werde, so dass die Regulierungszuständigkeit dann bei der Bundesnetzagentur liege.“

Schließlich hat die Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der AfD-Abgeordneten am 29.03.2019 erklärt, dass es sich bei Nord Stream 2 um eine neue und nicht um eine bestehende Infrastruktur handele, weil sie voraussichtlich erst nach Inkrafttreten der Revision der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie fertiggestellt werde (BT-Drs. 19/9658, S. 2). 85

Der Ansicht der Beschwerdeführerin, aus der Begründung zum Gesetzesentwurf des § 28b EnWG, wonach dieser dem Schutz bestehender Investitionen diene (BT-Drs. 19/13443, S. 11), folge ein wirtschaftlich-funktionales Verständnis der Norm, ist nicht zuzustimmen. Eine bestehende Investition ist nicht gleich zu setzen mit einer verbindlichen Investitionsentscheidung, sondern als eine bereits getätigte und damit materialisierte Investition zu verstehen, die eine Investitionsentscheidung realisiert und umgesetzt und in der Folge zu einer Bestandsleitung geführt hat. Die Interpretation der Beschwerdeführerin, die die getätigte Investitionsentscheidung als geschützt ansehen will, ist dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung gerade nicht zu entnehmen. 86

Auch kann nicht angenommen werden, dass der deutsche Gesetzgeber getätigte Teilinvestitionen schützen wollte. Neben den bereits genannten Abgrenzungsschwierigkeiten und einem insoweit fehlenden, ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen stellt auch die Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Abgeordneten der AfD am 18.06.2020 klar: „Artikel 49a der Richtlinie ebenso wie ihre Umsetzung in § 28b EnWG sieht keinen teil- oder abschnittsweisen Begriff der Fertigstellung vor“ (BT-Drs. 19/20199, S. 3 zu Frage 5.). 87

Nach alledem finden sich in den Gesetzesbegründungen und Aussagen des Gesetzgebers keine Anhaltspunkte für die Annahme, der Ausnahmeregelung in § 28b EnWG sei ein wirtschaftlich-funktionales und damit an die Investitionsentscheidung anknüpfendes Verständnis zugrunde zu legen. 88

1.4.4. Das Begriffsverständnis der Beschwerdeführerin ist schließlich auch deshalb abzulehnen, weil es erhebliche Abgrenzungs- und Anwendungsschwierigkeiten auslösen würde. Die Beschwerdeführerin möchte im Rahmen einer wirtschaftlich-funktionalen Auslegung eine Fertigstellung der Gasleitung bereits dann annehmen, wenn zum Stichtag eine verbindliche bzw. finale, wirtschaftlich nicht mehr umkehrbare Investitionsentscheidung getroffen worden war. Nach dem allgemeinen Verständnis kann dies nur bedeuten, dass bereits Umsetzungsakte vollzogen worden und hierdurch Zahlungsverpflichtungen in einem erheblichen Umfang entstanden oder erfüllt worden sind, die nicht oder nicht mehr verlustfrei rückgängig gemacht werden können. Anschließend an diese Überlegung stellt sich denklogisch die Frage, wo die Grenze zur Unumkehrbarkeit exakt verlaufen soll. Fraglich wäre insbesondere, ob eine Entscheidung bereits dann unumkehrbar ist, wenn erhebliche Zahlungsverpflichtungen entstanden sind, oder erst, wenn Zahlungen – in welchem Umfang? – getätigt worden sind. Zu klären wäre des Weiteren, wie sich vertragliche oder gesetzliche 89

Auflösungs- und Rückabwicklungsmöglichkeiten auswirken. Zudem könnte es eine Rolle spielen, ob bereits erfolgte Gegenleistungen (gewinnbringend) veräußert werden können. Nicht zuletzt wäre die Frage zu beantworten, wie die Finalität der Entscheidung geprüft werden soll. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass es auf den Entscheidungsstichtag des 23.05.2019 ankommt. Demgegenüber lässt sich recht einfach nachweisen und durch die Bundesnetzagentur feststellen, ob eine Leitung zum Stichtag vollständig physisch errichtet war. Es liegt daher auch aus diesem Grund nahe, den Begriff der Fertigstellung in dem hier vertretenen Sinne zu verstehen.

1.5. Schließlich erfordert es auch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 28b EnWG nicht, solche Gasleitungen, die geplant und weitestgehend finanziert, aber nicht baulich fertiggestellt sind, in den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung zu fassen. 90

Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Aus der Verbindlichkeit des Richtlinienziels folgt die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten“. Hieraus folgt, dass die mit der Umsetzung befassten staatlichen Stellen einschließlich der Gerichte das „nationale Recht im Lichte des Wortlautes und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“ haben (Bievert, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, 4. Auflage 2019, Art. 288 AEUV Rn. 27), wobei das Gericht diese Auslegung „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts“ vornehmen muss. Auf der Basis von Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV verlangt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung von den nationalen Trägern öffentlicher Gewalt, unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles zu tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem vom Unionsrecht verfolgten Ziel im Einklang steht (EuGH, Urteil v. 11.09.2019, C-143/18, Rn. 37, juris; Ruffert, in: Calliess/Ruffert/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 77). 91

Ein entsprechender Wille des europäischen Normgebers, der unter Berücksichtigung dieser Grundsätze Anlass für eine Korrektur des Auslegungsergebnisses geben würde, lässt sich nicht feststellen. Dies ergibt sich bereits aus den zuvor gemachten Ausführungen. Die Regelung in Art. 49a Änderungsrichtlinie ist 1:1 in nationales Recht übernommen worden. Der Wortlaut des § 28b EnWG entspricht dem Wortlaut des Art. 49a Änderungsrichtlinie. Beide Normen lassen eine wirtschaftlich-funktionale Betrachtungsweise des Fertigstellungsbegriffs nicht zu. Wie bereits unter Ziffer 1.4. ausgeführt, lässt sich aus Sinn und Zweck der Änderungsrichtlinie, insbesondere aus Art. 49a, ein Schutz von Teilinvestitionen oder sogar bereits der Investitionsentscheidung nicht entnehmen. Hinweise auf ein dem Wortlaut oder den verlautbarten Motiven und Absichten entgegenstehendes Richtlinienziel existieren nicht. 92

Etwas anderes folgt auch nicht vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen Baltic Cable AB (Urteil v. 11.03.2020, Rs.: C-454/18). Mit der Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof eine Verwendung der Erlöse aus dem bewirtschafteten Engpass – konkret der Verbindungsleitung zwischen Deutschland und Schweden - auch außerhalb der Vorgaben des Art. 16 Abs. 6 VO (EG) Nr. 714/2019 zugelassen, damit ein Netzbetreiber wie die Baltic Cable AB, der lediglich eine grenzüberschreitende Verbindungsleitung betreibt, gegenüber denjenigen Übertragungsnetzbetreibern, die zudem zusätzlich ein oder mehrere Übertragungsnetze 93

bewirtschaften, nicht diskriminiert wird und seine Tätigkeit unter wirtschaftlichen Bedingungen ausüben kann. Um der Baltic Cable AB zu ermöglichen, die Kosten für den Betrieb und die Wartung ihrer Verbindungsleitung sowie einen angemessenen Gewinn zu erzielen, sei Art. 16 Abs. 6 VO (EG) Nr. 714/2009 im Lichte des 21. Erwägungsgrundes der Verordnung so auszulegen, dass von den Regeln über die Verwendung der Engpasserlöse abgewichen werden dürfe, wenn dies aufgrund der spezifischen Art der betreffenden Verbindungsleitung gerechtfertigt sei. Die schwedische Regulierungsbehörde habe der Baltic Cable AB daher zu gestatten, einen Teil der von ihr aus der Verbindungsleitung bezogenen Engpasserlöse zur Deckung der mit dem Betrieb und der Wartung der Verbindungsleitung verbundenen Kosten zu verwenden und mit ihrer Tätigkeit einen angemessenen Ertrag zu erzielen.

Die in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätze, die im Einzelfall eine Auslegung der europäischen Norm über den Wortlaut hinaus ermöglichen, können auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. Richtlinie 2009/73/EG sieht – anders als der 21. Erwägungsgrund VO (EG) 714/2009 - bereits keine ausdrückliche Möglichkeit vor, von den Regelungen über die Freistellung von Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten abzuweichen. Auch wenn die Nord Stream 2 reguliert wird, dürfte der Beschwerdeführerin zudem - anders als der Baltic Cable AB in der genannten Entscheidung – die Erwirtschaftung eines angemessenen Ertrags möglich sein. Sinn und Zweck der Entgeltregulierung ist auch die angemessene Refinanzierung der getätigten Investitionen. Eine Auslegung des Art. 49a Änderungsrichtlinie bzw. § 28b EnWG über den Wortlaut hinaus ist schließlich auch nicht deshalb erforderlich, um eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin auszuschließen. Wie in Ziffer 2.1.3. dargelegt wird, verstößt die vorgenommene Auslegung nicht gegen Art. 20 GrCh bzw. Art. 3 GG. 94

Mit der Beschränkung der Anwendung auf bestehende Leitungen wird entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht der Zweck des Art. 49a Änderungsrichtlinie verkannt, weil mit der Anknüpfung an die bauliche Vollendung der Leitung allein ein Anreiz für schnelles Bauen gesetzt werde. Dieser Einwand beruht auf dem unzutreffenden Ansatz, dass Vertrauen unabhängig vom Baufortschritt immer gleich schützenswert ist, indem unabhängig vom Vollendungsgrad der Leitung der Schutz an die Investitionsentscheidung als solche anknüpft. Die Argumentation der Beschwerdeführerin setzt darauf auf, dass in beiden Fallgestaltungen schließlich eine unumkehrbare Investitionsentscheidung getroffen worden sei. Diese Einschätzung teilt der Senat bereits im Ansatz nicht. Eine bestehende, betriebsfertige Leitung unterscheidet sich von einer solchen, für die lediglich eine finale Investitionsentscheidung getroffen worden ist im Hinblick auf ihre Irreversibilität deutlich. Bei einer Bestandsleitung ist das investierte Geld verbaut und es bleibt allein ein kostspieliger Rückbau. Insoweit sind die wirtschaftlichen Auswirkungen offensichtlich. Demgegenüber sind bei einer Leitung, für die lediglich eine – wenn auch verbindliche - Investitionsentscheidung getroffen worden ist, in der Regel noch nicht alle Zahlungen erbracht, weil diese üblicherweise nach Baufortschritt erfolgen. Ihr Bau kann verändert, der Entstehungsprozess sogar gestoppt und bereits erworbenes Material gegebenenfalls weiter veräußert werden. Anders als bei einer Bestandsleitung verbleiben Einfluss- und Reaktionsmöglichkeiten. 95

1.6. Schließlich folgt auch nicht aus dem Verhältnis zwischen Art. 36 RL 2009/73/EG und 49a Änderungsrichtlinie bzw. § 28a und § 28b EnWG, dass baulich noch nicht vollständig errichtete Leitungen, für die eine finale unumkehrbare Investitionsentscheidung getroffen worden ist, deshalb in den Anwendungsbereich des Art. 49a Änderungsrichtlinie bzw. § 28b EnWG fallen müssen, weil sie vom Anwendungsbereich des § 28a EnWG nicht erfasst sind. 96

1.6.1. Nach Art. 36 RL 2009/73/EG bzw. der Umsetzungsnorm in § 28a EnWG können große neue Erdgasinfrastrukturen, d. h. Verbindungsleitungen, LNG- und Speichieranlagen, auf Antrag für einen bestimmten Zeitraum von den Bestimmungen der Artikel 9, 32, 33 und 34 sowie des Artikels 41 Absätze 6, 8 und 10 RL 2009/73/EG bzw. von der Anwendung der §§ 8 bis 10e sowie §§ 20 bis 28 EnWG ausgenommen werden, wenn 1. durch die Investition der Wettbewerb bei der Gasversorgung und die Versorgungssicherheit verbessert wird, 2. es sich um größere neue Infrastrukturanlagen im Sinne des Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 2009/73/EG handelt, bei denen insbesondere das mit der Investition verbundene Risiko so hoch ist, dass die Investition ohne eine Ausnahmegenehmigung nicht getätigt würde, 3. die Infrastruktur Eigentum einer natürlichen oder juristischen Person ist, die zumindest der Rechtsform nach bzw. entsprechend der §§ 8 bis 10e EnWG von den Netzbetreibern getrennt ist, in deren Netzen die Infrastruktur geschaffen wird, 4. von den Nutzern dieser Infrastruktur Entgelte erhoben werden und 5. die Ausnahme sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb auf den jeweiligen Märkten, die wahrscheinlich von der Investition betroffen sein werden, auf das effiziente Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes, auf das effiziente Funktionieren der betroffenen regulierten Netze oder auf die Erdgasversorgungssicherheit der Europäischen Union auswirkt. Art. 36 RL 2009/73/EG sowie auch die Umsetzungsnorm in § 28a EnWG sollen die Investitionsbereitschaft stärken, indem bereits im Vorfeld das Finanzierungsrisiko für die Investoren und Kreditgeber durch eine mögliche fehlende Regulierung geklärt wird (BT-Drs. 15/3917, S. 87, 88).

Die Europäische Kommission führt in ihrem Vorschlag zur Änderungsrichtlinie vom 08.11.2017 aus: „Außerdem wird dadurch für neue Rohrleitungen aus und nach Drittländern die Möglichkeit geschaffen, eine Ausnahme von den oben genannten Vorschriften gemäß Art. 36 der Gasrichtlinie zu beantragen. Hinsichtlich der bestehenden Rohrleitungen, die nicht unter Art. 36 fallen, werden die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, Ausnahmen von der Anwendung der Hauptbestimmung 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.“ (EUR-Lex – Dokument 52017PC0660, S. 2). Ob die Europäische Kommission damit, wie die Beschwerdeführerin meint, von einem Konzept ausgeht, wonach Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten prinzipiell entweder vom Regulierungsregime nach Art. 36 Richtlinie 2009/73/EG oder nach Art. 49a Änderungsrichtlinie von der Regulierung freigestellt werden können, erscheint denkbar. Auch die Bundesregierung hat sich im Rahmen einer kleinen Anfrage von Abgeordneten und der Fraktion der AfD, ob es sich bei der Nord Stream 2 nach Kenntnis der Bundesregierung gemäß der neuen Gasrichtlinie um eine bestehende oder eine neue Gasinfrastruktur handele, dahingehend geäußert, dass es sich nach ihrer Auffassung bei der Nord Stream 2 um eine neue Gasinfrastruktur handele, da diese voraussichtlich erst nach Inkrafttreten der Revision der Erdgasbinnenmarktrichtlinie fertiggestellt werden wird (BT-Drs. 19/9658, S. 2 Frage 2).

1.6.2. Obwohl die in § 28a EnWG genannten „Verbindungsleitungen“ in § 3 Nr. 34 EnWG definiert sind als 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, ist § 28a EnWG grundsätzlich auch auf Fernleitungen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittland anwendbar. Die Nord Stream 2 Pipeline dürfte jedenfalls zum Stichtag des 23.05.2019 als Drittlandsverbindung grundsätzlich auch in den Anwendungsbereich des § 28a EnWG gefallen sein.

Eine neue Infrastruktur iSd Art. 36 RL 2009/73/EG ist eine solche, die bis zum 04. August 2003 nicht fertiggestellt ist, vgl. Art. 2 Nr. 33 RL 2009/73/EG. Gemäß § 3 Nr. 29a ist eine

98

99

100

neue Infrastruktur sogar eine solche, die nach dem 12.07.2005 in Betrieb genommen worden ist. Beide Voraussetzungen erfüllt die hier streitgegenständliche Gasverbindungsleitung Nord Stream 2 zum Stichtag.

Einer Anwendbarkeit des § 28a EnWG jedenfalls zum Stichtag auf die bereits teilweise errichtete Nord Stream 2 Gasleitung steht nach Einschätzung des Senats auch nicht entgegen, dass § 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG eine Freistellung für größere neue Infrastrukturanlagen im Sinne des Artikel 36 Abs. 1 RL 2009/73/EG vorsieht, bei denen insbesondere das mit der Investition verbundene Risiko so hoch ist, dass die Investition ohne eine Ausnahmegenehmigung nicht getätigt werden würde. Hierbei handelt es sich nach Auffassung des Senats nicht um eine echte Tatbestandsvoraussetzung, die die Anwendbarkeit auf Projekte im Vorfeld einer finalen Investitionsentscheidung beschränkt, wofür bereits die Regelung in § 28 Abs. 2 EnWG, die eine Freistellungsmöglichkeit für Kapazitätsaufstockungen bei vorhandenen Infrastrukturen vorsieht, spricht. § 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG enthält nach Auffassung des Senats daher eher eine begründende Beschreibung, die Sinn und Zweck der Regelung zum Ausdruck bringt, das bei einer Kreditvergabe bestehende Finanzierungsrisiko für die Investoren durch die Reduktion des Regulierungsrisikos zu minimieren und hierdurch die Investitionsbereitschaft von Investoren und Kreditgebern zu fördern (BT-Drs. 15/3917, S. 87). 101

Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungsrichtlinie bereits ihre Investitionsentscheidung abschließend getroffen und hat in der Folgezeit keinen Antrag auf Ausnahme der Nord Stream 2 von der Regulierung gemäß § 28a EnWG gestellt. Dies kann indes nicht zur Folge haben, dass der Anwendungsbereich des § 28b EnWG erzwungen wird, indem die entlang des Begriffs der „Fertigstellung“ verlaufende Trennlinie zwischen den Freistellungsnormen des Art. 36 RL 2009/73/EG und Art. 49a Änderungsrichtlinie bzw. § 28a EnWG und § 28b EnWG durch Überdehnung des Fertigstellungsbegriffs derart vorverlagert wird, dass sie dem klaren Wortlaut und auch dem gesetzgeberischen Willen entgegensteht. Vielmehr liegt es im Hinblick auf die zitierten Gesetzesbegründungen und die dargestellte Auffassung des Senats nahe, ausnahmsweise auch die Nord Stream 2 als - so weit gerichtsbekannt - einzige Pipeline, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungsrichtlinie nur teilweise erbaut war, grundsätzlich als vom Anwendungsbereich des Art. 36 RL 2009/73/EG bzw. § 28a EnWG erfasst anzusehen. Dies muss indes in dem vorliegenden Verfahren, bei dem es allein um die Frage der Anwendbarkeit des § 28b EnWG geht, nicht entschieden werden. 102

2. Schließlich sind weder Art. 49a Änderungsrichtlinie noch die wortgleich übernommene Vorschrift des § 28b EnWG primärrechts- oder verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass eine Ausnahme von der Regulierung zwingend bereits bei Vorliegen einer finalen, nicht mehr rückgängig zu machenden Investitionsentscheidung vorgenommen werden muss, sollten die übrigen Freistellungsvoraussetzungen vorliegen. Ein baulich-technisches Verständnis des Fertigstellungsbegriffs verstößt weder gegen die Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 12, 14, 3 GG bzw. Art. 16, 17, 20 GRCh noch gegen das Rückwirkungsverbot oder den Vertrauensschutz. 103

2.1. Ob sich die Beschwerdeführerin als von der russischen Föderation dominiertes Unternehmen mit Sitz in der Schweiz überhaupt auf die deutschen und die Unions-Grundrechte berufen kann, kann im Ergebnis dahinstehen, weil die Beschwerdeführerin durch die Änderungsrichtlinie und die dort geregelten Freistellungsmöglichkeiten nicht in ihren deutschen und Unionsgrundrechten aus Art. 12, 14, 3 GG und Art. 16, 17, 20 GRCh verletzt ist. 104

2.1.1. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ausnahmeregelung in Art. 49a Änderungsrichtlinie bzw. des § 28b EnWG auf Leitungen, die zum Stichtag 23.05.2019 vollständig errichtet und damit baulich hergestellt waren, verletzt die Beschwerdeführerin nicht in ihrer Eigentumsgarantie aus Art. 17 GRCh bzw. Art. 14 GG. 105

Diese Verfassungsvorschriften gewährleisten das Recht, eine eigentumsfähige Position zu besitzen, zu nutzen, zu verwalten, zu verbrauchen oder darüber zu verfügen. Der Eigentümer kann etwa das Eigentumsobjekt selbst nutzen und Dritte von der Nutzung ausschließen oder aus der vertraglichen Nutzungsüberlassung einen Ertrag erwirtschaften. Die Nutzungsbefugnis ermöglicht es dem Eigentümer, sein Leben im vermögensrechtlichen Bereich nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Demgemäß wird die Entscheidung des Eigentümers geschützt, wie er das Eigentumsobjekt verwenden will. Die einträglichste Nutzung des Eigentums schützt das Eigentumsgrundrecht indes nicht (Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, 93. EL Oktober 2020, Art. 14 GG, Rn. 146; EuGH Urteil v. 28.01.2003, C-363/01, Rn. 58; Urteil v. 06.07.2006, C-53/05, Rn. 34 - juris). 106

Wenn eine Gasverbindungsleitung erstmalig einer Regulierung unterworfen und auf das Unternehmen die Entflechtungsvorgaben angewendet werden, stellt dies eine Nutzungsregelung dar, die nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bzw. Art. 17 Abs. 1 S. 1 und 3 GRCh zu überprüfen ist (Wollenschläger, in: von der Groeben/Schwarze, 7. Auflage 2015, Art. 17 GRCh, Rn. 23). 107

Diese Nutzungsbeschränkung ist jedoch gerechtfertigt. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh gestattet Nutzungsregelungen, die auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich sind. Der Gesetzesvorbehalt verlangt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage. Die Erforderlichkeitsklausel ist im Lichte der bisherigen Rechtsprechung und der allgemeinen Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 GRCh zu lesen, erfordert mithin eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und die – hiervon zu unterscheidende – Wahrung des Wesensgehalts der Eigentumsgarantie. Zur näheren Konkretisierung beider Anforderungen kann auf die Ausführung zur Berufs- und unternehmerischen Freiheit – einschließlich der Problematik der gerichtlichen Kontrolldichte – verwiesen werden. Danach erfolgt die Verhältnismäßigkeitsprüfung mehrstufig: Es ist nach legitimem Zweck, Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Beschränkung zu fragen (Wollenschläger, in: von der Groeben/Schwarze, 7. Auflage 2015, Art. 17 GRCh, Rn. 36). 108

Ebenso folgt die Rechtfertigungsprüfung im Rahmen des deutschen Grundrechts aus Art. 14 GG. Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergibt sich erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Sache des Gesetzgebers ist. Der Gesetzgeber, der Inhalt und Schranken der als Eigentum grundrechtlich geschützten Rechtspositionen bestimmt, hat dabei sowohl der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) Rechnung zu tragen. Das Wohl der Allgemeinheit, an dem sich der Gesetzgeber hierbei zu orientieren hat, ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die Beschränkung der Eigentümerbefugnisse. Der Gesetzgeber hat die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen und sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen zu halten. Insbesondere muss jede Inhalts- und Schrankenbestimmung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten (BVerfG, Urteil v. 06.12.2016, 1 BvR 2821/11, Rn. 268, juris). Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist um so größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender 109

Bedeutung (BVerfG, Beschluss v. 02.03.1999, 1 BvL 7/91, Rn. 77, juris).

Gemessen an diesen Ausführungen ist die Änderungsrichtlinie sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Verfassungsrecht verhältnismäßig und die Nutzung der Eigentumsbeschränkung gerechtfertigt. 110

Die Änderungsrichtlinie verfolgt den legitimen Zweck, Hindernisse für die Vollendung des Erdgasbinnenmarktes zu beseitigen, die sich aus der Nichtanwendung der Marktvorschriften der Union auf Gasfernleitungen aus Drittländern und in Drittländer ergeben, um so Wettbewerbsverzerrungen im Energiebinnenmarkt der Union und negative Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit zu vermeiden. Dass mit dem unregulierten Betrieb von Gasleitungen aus Drittstaaten auch Gefahren für die Versorgungssicherheit einzelner Mitgliedstaaten verbunden sein können, hat das Gericht der Europäischen Union bereits festgestellt (Urteil v. 10.09.2019, T-883/16, Rn. 82, juris). 111

Die Änderungsrichtlinie ist grundsätzlich auch geeignet, diesen Zweck herbeizuführen. Was die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Einhaltung dieser Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit einer Gemeinschaftsbestimmung betrifft, hat der Europäische Gerichtshof dem Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen der Ausübung der ihm übertragenen Zuständigkeiten ein weites Ermessen in Bereichen zugebilligt, in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt und in denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen muss. Es geht somit nicht darum, ob eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme die einzig mögliche oder die bestmögliche war; sie ist vielmehr nur dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Organ verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist (EuGH, Urteil v. 08.10.2010, C-58/08, Rn. 52, juris). Auch das Bundesverfassungsgericht lässt es ausreichen, wenn durch die gesetzliche Regelung der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung: Insoweit kommt dem Gesetzgeber eine große Einschätzungsprärogative zu (BVerfG, Beschluss v. 30.06.2020, 1 BvR 1679/17, Rn. 102, 103, juris). Die Instrumente des Regulierungsrechts haben, worauf die Bundesnetzagentur zutreffend verweist, ihre Eignung zur Erreichung der genannten Zwecke in der Praxis bereits unter Beweis gestellt, wie die nunmehr seit 15 Jahren bestehende Regulierung in Deutschland zeigt. Warum die Regulierung diesen Zweck bei Einbeziehung von Gasfernleitungen aus Drittstaaten nicht erfüllen sollte, ist nicht ersichtlich. Die eingeführten Maßnahmen sind auch erforderlich, da sie das mildeste Mittel zur Erreichung dieses Ziels darstellen. Alternative Instrumente, die Wettbewerbsverzerrungen im Energiebinnenmarkt der Union und negative Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit ebenso geeignet vermeiden, aber weniger einschneidend wären, sind nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht dargetan. Schließlich sind die hier in Rede stehenden Regelungen auch angemessen. Bei Gasverbindungsleitungen und Energieversorgungsunternehmen handelt es sich aufgrund des öffentlichen Bedürfnisses nach Versorgungssicherheit um Eigentum mit einem hohen Sozialbezug, was den Eigentumsschutz gegenüber staatlichen Einflussmaßnahmen weiter einschränkt (BVerfG, Urteil v. 06.12.2006, 1 BvR 2821/11, Rn. 297, juris). Das öffentliche Interesse an der Regulierung auch von Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten zur Regulierung des Wettbewerbs und Herbeiführung der Versorgungssicherheit ist groß. Das dem gegenüberstehende Interesse der Beschwerdeführerin, nicht der Regulierung unterworfen zu werden, muss dahinter zurück treten. Auch im Rahmen der Netzregulierung besteht die Möglichkeit, seinen Betrieb mit Gewinn zu führen. Dass die Umsetzung von Entflechtungsvorgaben möglich ist und nicht zur Insolvenz von Unternehmen führt, hat die Umsetzung der Unbundlingvorschriften in Deutschland gezeigt. 112

Der Einwand der Beschwerdeführerin, die erforderliche Herstellung eines Ausgleichs zwischen Allgemeininteressen und Individualinteressen müsse hier zugunsten des Bestandsschutzes von Vorhaben ausfallen, die bereits wirtschaftlich funktional abgeschlossen worden seien, weil die Individualinteressen des Grundrechtsträgers schwerwiegend beeinträchtigt würden, wenn er nach wirtschaftlich funktionaler aber vor baulicher Fertigstellung damit konfrontiert werde, dass sein Vorhaben unvermittelt der Regulierung unterworfen werden solle, ist allein im Rahmen der nach Art. 20 GG zu beurteilenden Rückwirkung, des Vertrauensschutzes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu klären (vgl. nachfolgend zu Ziff. 5.4 und 5.5.). Die Frage, ob der Begriff der Fertigstellung wirtschaftlich funktional auszulegen ist, um große Infrastrukturen von der Regulierung freizustellen, spielt indes bei der hier zu beurteilenden grundsätzlichen Verhältnismäßigkeit der Einbeziehung von Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten in den Regulierungsrahmen keine Rolle.

2.1.2. Die Beschwerdeführerin ist durch die Änderungsrichtlinie auch nicht in ihrer grundrechtlich geschützten Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 GG bzw. ihrer unionsprimärrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh verletzt.

Art. 12 GG schützt jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Die unternehmerische Freiheit umfasst auch die Freiheit, sich frei und ungehindert unternehmerisch am Markt zu betätigen und die Preise frei zu bestimmen. Zum sachlichen Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh gehören die Freiheit zur Ausübung einer Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit, die Vertragsfreiheit, die Handelsfreiheit, die Werbefreiheit und die Wettbewerbsfreiheit (Schwarze/van Vormizeele, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, 4. Auflage 2019, Art. 16 GRCh, Rn. 3). Es stellt daher einen Eingriff in die unternehmerische Ausübungsfreiheit dar, wenn ein Unternehmen einem energiewirtschaftsrechtlichen Regulierungsregime unterworfen wird, das Anforderungen an die unternehmerische Struktur (Entflechtung), die Ausgestaltung der Nutzung unternehmerischen Eigentums (Netzzugang Dritter) und die Preispolitik (Entgeltregulierung) stellt.

Ein in den Schutzbereich des Art. 12 GG erfolgter Eingriff ist gerechtfertigt, wenn hinreichende Gründe des Allgemeinwohls vorliegen, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und erforderlich sind und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird (vgl. BVerfG, Beschluss v. 17.10.1984, 1 BvL 18/82, Rn. 39; BVerfG, Beschluss v. 18.11.2003, 1 BvR 302/96, Rn. 196; BVerfG, Urteil v. 02.03.2010, 1 BvR 256/08, Rn. 297; BVerfG, Beschluss v. 18.11.2003, 1 BvR 302/96, Rn. 194 f – juris). Die Rechtfertigungsvorbehalte für Eingriffe in die Berufsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 GRCh ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 GRCh. Danach dürfen die Grundrechte der Charta nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des jeweiligen Wesensgehalts sowie des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingeschränkt werden (Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, 4. Auflage 2019, Art. 15 GRCh, Rn. 7).

Es ist grundsätzlich verhältnismäßig, Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten der Regulierung zu unterwerfen. Insoweit kann auf die Ausführungen unter Ziff. 2.1.1. Bezug genommen werden. Soweit die Beschwerdeführerin die Freistellungsregelung und damit die Übergangsregelung für verfassungswidrig hält, ist dies im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes, der Rückwirkung und des Vertrauensschutzes zu überprüfen.

2.1.3. Es verstößt auch nicht gegen das in Art. 3 GG bzw. Art. 20 GRCh geregelte Gleichbehandlungsgebot, Verbindungsleitungen zu Drittstaaten, die noch nicht vollständig errichtet sind, nicht in den Anwendungsbereich des Art. 49a Änderungsrichtlinie bzw. § 28b EnWG zu fassen. Der in Art. 3 Abs. 1 GG enthaltene Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet die Träger deutscher Hoheitsgewalt dazu, Rechtssubjekte in einer vergleichbaren Lage gleich zu behandeln. Die gleiche Verpflichtung trifft den europäischen Normgeber nach Art. 20 GRCh. Der Grundsatz der Gleichbehandlung zwingt EU-Organe, nicht wesentlich Gleiches ungleich zu behandeln, wenn nicht objektiv rechtfertigende Gründe eine Ausnahme zulassen.

2.1.3.1. Grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche von diesen Elementen er als maßgebend für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung ansieht (BVerfG, Beschluss v. 29.11.1989, 1 BvR 1402/87, Rn. 35, juris). Bei der Überprüfung eines Gesetzes auf seine Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz ist nicht zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste und gerechteste Lösung gefunden, sondern nur, ob er die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit eingehalten hat. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz kommt dabei vor allem in Betracht, wenn der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obgleich zwischen den beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten (BVerfG, Beschluss v. 29.11.1989, 1 BvR 1402/87, Rn. 36, juris). 119

Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot wäre unter Berücksichtigung dieser Ausführungen dann zu bejahen, wenn der nationale Gesetzgeber und der europäische Richtliniengeber mittels des Differenzierungskriteriums „fertiggestellt“ im Sinne der hier erfolgten Auslegung von „baulich und physisch vollständig errichtet“ zwei Gruppen von Unternehmen ungleich behandeln würden, die aber in den entscheidenden Merkmalen gleich sind. Einen solchen Verstoß kann der Senat nicht feststellen. Eine bereits bestehende, mithin vollständig baulich errichtete Gasverbindungsleitung ist nicht in den entscheidenden Merkmalen mit einer solchen vergleichbar, für die eine verbindliche und finale Investitionsentscheidung getroffen worden, die aber noch nicht errichtet ist. Hierauf hat der Senat bereits in anderem Zusammenhang (Ziff. 1.5. am Ende) hingewiesen. Physisch bereits fertiggestellte Gasverbindungsleitungen sind unumkehrbar errichtet und üblicherweise auch schon in Betrieb genommen. Sämtliche Investitionen sind getätigt worden und eine Entscheidung, von dem Projekt Abstand zu nehmen, ist nicht mehr möglich. Demgegenüber sind Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten, für die eine verbindliche Investitionsentscheidung getroffen worden ist, die indes nur teilweise oder gar nicht errichtet sind, noch nicht betriebsbereit und im Einsatz. Eine Entscheidung dahingehend, von dem Projekt Abstand zu nehmen, ist – da noch kein vollendeter Zustand eingetreten ist – grundsätzlich möglich, ohne dass es auf vertragliche Einzelheiten ankäme. Der Gesetzgeber / Richtliniengeber betrachtet nicht den Einzelfall, sondern stets allgemein die sich gegenüberstehenden Vergleichsgruppen. 120

2.1.3.2. Eine – hier nicht feststellbare - Ungleichbehandlung von baulich fertiggestellten Gasverbindungsleitungen und solchen, für die eine verbindliche Investitionsentscheidung getroffen worden ist, wäre aber auch sachlich gerechtfertigt. Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung setzt zunächst voraus, dass diese auf objektiven „Umständen“, „Kriterien“ oder „Gründen“ beruht. Dies ist der Fall, wenn die staatliche Maßnahme, welche die problematische Ungleichbehandlung bewirkt, ein berechtigtes, das heißt mit höherrangigem Recht in Einklang stehendes Ziel verfolgt und – wie das vor allem in der Rechtsprechung regelmäßig genannte Erfordernis der „Objektivität“ verlangt – zur Förderung 121

dieses Ziels diese Ungleichbehandlung nicht nur aus der subjektiven Sicht der handelnden Stelle, sondern aufgrund der tatsächlichen Sachlage bzw. aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse nahelegt. Letztlich also muss ein sachlicher, im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Maßnahme stehender Grund für die voneinander abweichende Behandlung vorliegen, die vergleichbare Personengruppen oder Sachverhalte erfassen (Graser/Reiter, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, 4. Auflage 2019, Art. 20 GRCh, Rn. 5). Auch die Praktikabilität kommt als Rechtfertigungsgrund in Betracht (BVerfGE 98, 365 (394) = NZA 1999, 194 (197); BVerfGE 113, 167 (236) = NVwZ 2006, 559 (570)) und wirkt sich insbesondere bei Typisierungen aus (Kischel, in: BeckOK, 47. Edition 15.05.2021, Art. 3 GG, Rn. 67). Hierbei sieht der Gesetzgeber aus Zwecken der Verwaltungsvereinfachung zulässigerweise von Aspekten des Sachverhalts ab, die im Rahmen des Regelungszwecks durchaus Beachtung verlangen würden. Typisierung bedeutet hier also, bestimmte, in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen (BVerfGE 126, 268 (279) = NJW 2010, 2643 (2644)). Der Gleichheitssatz zwingt den Gesetzgeber also nicht zu einer Berücksichtigung jeder individuellen Besonderheit eines Sachverhalts. Der Typisierungsgedanke verhindert hier – im Unterschied zum vorgenannten Aspekt – die Verfassungswidrigkeit. Übliche Fallkonstellationen sind Generalisierungen, Pauschalierungen, aber auch Stichtagsregeln. Ausgehend von dem Grundgedanken, dass der Gesetzgeber stets generalisieren muss (stRspr seit BVerfGE 11, 245 = DÖV 1960, 905 (906)), sind typisierende Regelungen insbesondere bei Massenerscheinungen allgemein als notwendig anerkannt und grundsätzlich unbedenklich (stRspr seit BVerfGE 17, 1 (23) = NJW 1963, 1723 (1726), (Kischel, in: BeckOK, 47. Edition 15.05.2021, Art. 3 GG, Rn. 122, 123).

Der sachliche Grund für die Ungleichbehandlung von baulich-technisch fertiggestellten Gasverbindungsleitungen und solchen, für die bereits eine Investitionsentscheidung getroffen worden ist, die indes noch nicht vollständig errichtet worden sind, folgt aus der bei Gesetzesänderungen erforderlichen Stichtagsregelung und der Notwendigkeit, zu diesem Stichtag tatbestandliche Voraussetzungen sicher feststellen zu können. Eine Feststellung dahingehend, ob eine Gasverbindungsleitung zu einem bestimmten Stichtag baulich vollständig errichtet ist, ist für die Bundesnetzagentur praktikabel durch Vorlage von Fertigstellungsbescheinigungen möglich. Würde man demgegenüber auf eine verbindliche Investitionsentscheidung abstellten, stellten sich – wie der Senat ebenfalls dargelegt hat – zahlreiche Anwendungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten, die mit vielen Unsicherheiten und auch Missbrauchsmöglichkeiten verbunden wären. Auf die Ausführungen zu Ziffer 1.4.4. wird Bezug genommen. 122

2.2. Der Begriff der Fertigstellung in § 28b EnWG bzw. Art. 49a Änderungsrichtlinie ist schließlich auch nicht zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot oder den Grundsatz des Vertrauensschutzes verfassungsgemäß im Sinne der Beschwerdeführerin auf Projekte zu erstrecken, für die eine finale, wirtschaftlich nicht mehr unumkehrbare Investitionsentscheidung getroffen ist. 123

2.2.1 Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Rückwirkung zwischen einer echten Rückwirkung und einer unechten Rückwirkung bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung. 124

Eine unzulässige echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift (BVerfG, Beschluss v. 18.02.2009, 1 BvR 3076/08, Rn. 66, juris). Dies ist insbesondere der Fall, wenn seine Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt der Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll. Erst mit der Verkündung ist eine Norm rechtlich existent. Bis zu 125

diesem Zeitpunkt, zumindest aber bis zum endgültigen Gesetzesbeschluss, müssen von einem Gesetz Betroffene grundsätzlich darauf vertrauen können, dass ihre auf geltendes Recht gegründete Rechtsposition nicht durch eine zeitlich rückwirkende Änderung der gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung nachteilig verändert wird (BVerfG, Beschluss v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, Rn. 59, m.w.N., juris). Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sind echt rückwirkende belastende Gesetze grundsätzlich unzulässig. Der Grundsatz der Unzulässigkeit echter Rückwirkungen gilt jedoch ausnahmsweise nicht, wenn die Betroffenen mit einer Änderung einer unklaren und verworrenen Rechtslage rechnen mussten, oder wenn das bisherige Recht derart systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden (BVerfG, Beschluss v. 17.12.2013, 1 BvL 5/08, Rn. 65, juris).

Eine unechte Rückwirkung liegt dagegen dann vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet, so wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden ("tatbestandliche Rückanknüpfung") (BVerfG, Beschluss v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, Rn. 60 m.w.N., Senat, Beschluss vom 12.12.2012, VI-3 Kart 46/12 [V], Rn. 23; Beschluss v. 20.10.2017, VI-3 Kart 38/16 [V], Rn. 52 - juris). Sie ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Jedoch können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Dies ist dann der Fall, wenn die Änderung zur Erreichung eines Gesetzeszwecks nicht geeignet oder nicht erforderlich ist oder wenn Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (BVerfG, Beschluss v. 15.10.1996, 1 BvL 44/92, Rn. 109, juris). Bei der Beurteilung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit kommt dem Gesetz- oder Satzungsgeber eine Einschätzungsprärogative zu, die nur überschritten ist, wenn Erwägungen nicht schlüssig sind und deswegen offensichtlich keine Grundlage für eine angegriffene Maßnahme sein können (BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 17.12.2012, 1 BvR 488/10, Rn. 28, juris)

2.2.2. Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen sind die angegriffenen Freistellungsregelungen nicht als echte Rückwirkung, sondern als tatbestandliche Rückanknüpfung zu qualifizieren und damit grundsätzlich zulässig. Der Sachverhalt, auf den sich die Normen auswirken, war noch nicht abgeschlossen, da die Gasverbindungsleitung zum Stichtag 23.05.2019 weder vollständig errichtet war, noch bereits unreguliert betrieben wurde. 127

Grenzen der Zulässigkeit, die hier ein wirtschaftlich funktionales Verständnis des Fertigstellungsbegriffs erforderten, ergeben sich weder aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes noch aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. 128

Eine unechte Rückwirkung kann danach im Ergebnis vor allem dann unzulässig sein, wenn das Gesetz einen Eingriff vorsieht, mit dem der Betroffene nicht rechnen musste, den er also bei seinen Dispositionen nicht berücksichtigen konnte (Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 94. EL Januar 2021, Art. 21 GG, VII. Rn. 91). Bei einer noch in der Entwicklung begriffenen Rechtslage zerstört schon die Einbringung des Gesetzesentwurfs im Bundestag die Kontinuität einer fortwirkenden Rechtslage. Die Einbringung macht die gesetzlich geplante Gesetzesänderung öffentlich und bereitet die Rechtsbetroffenen auf die bevorstehende Gesetzesänderung vor (Kirchhof, in: Maunz/Dürig, 94. EL Januar 2021, Art. 3 GG Rn. 359). 129

Spätestens mit Eingang des Kommissionsvorschlags am 08.11.2017 zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG war der Beschwerdeführerin bekannt, dass die Nord Stream 2 Pipeline 130

unter das Regulierungsregime fallen wird. Auch war zu diesem Zeitpunkt bereits der Wortlaut des Art. 49a Änderungsrichtlinie und die im Vorschlag der Kommission geäußerte Ansicht, Ausnahmen könnten für bereits in Betrieb befindliche Infrastrukturen gewährt werden, bekannt. Da der Bürger in dieser Situation wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht mit einer Änderung der deutschen Rechtsvorschriften grundsätzlich rechnen muss (Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 94. EL Januar 2021, Art. 20 GG Rn. 94), musste auch die Beschwerdeführerin mit einer Umsetzung der Änderungsrichtlinie ins deutsche Recht rechnen.

Zwar hatte die Beschwerdeführerin schon im Jahr 2016 ihre Investitionsentscheidung getroffen und auch bereits Verträge zum Erwerb von Stahlrohren und Betonummantelungen sowie mit dem Offshore Rohrverlegungsunternehmen über einen Gesamtwert von ca. ... Euro abgeschlossen. Mit dem Rohrleitungsbau begonnen hatten die Unternehmen indes noch nicht. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie hätte sich nicht mehr von den Verträgen lösen können, erscheint bereits deshalb fraglich, weil eine veränderte Rechtslage – die nunmehr erfolgte Regulierung – sicherlich ein außerordentliches Kündigungsrecht begründet hätte. Dass die Beschwerdeführerin im November 2017 erfolglos versucht hat, sich von den Verträgen zu lösen, trägt sie selbst nicht vor. Da sie weitere Verträge geschlossen und mit dem Bau der Rohrleitung begonnen hat, bevor überhaupt sämtliche erforderlichen planungsrechtlichen Genehmigungen vorlagen, ist vielmehr anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin das Projekt Nord Stream 2 unter allen Umständen durchsetzen wollte. Im Hinblick auf die nunmehr behauptete drohende Insolvenz – uU durch die Entflechtungsvorgaben – hätte es nahe gelegen, das Projekt Nord Stream 2 zu stoppen und gar nicht erst mit dem Bau der Pipeline zu beginnen. 131

Die Beschwerdeführerin war durch die angegriffene Regelung auch nicht am Bau der Pipeline gehindert. Im Übrigen werden auch im Rahmen der Entgeltregulierung Investitionen refinanziert und ein Gewinn in Form von Eigenkapitalzinsen berücksichtigt. Demnach dürfte der Betrieb der Pipeline immer noch unter Erzielung von Gewinnen wirtschaftlich möglich sein (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 12.02.2019, 1 BvR 2914/17, Rn. 27, juris). Insoweit liegt der Fall anders als in der von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.06.2020, 1 BvR 1679/17, Rn. 138, juris. Die dort genannten Unternehmen hatten keine Möglichkeit mehr, ihr Projekt zu realisieren (stranded investments). 132

Bei diesem hier festgestellten, nur geringen Vertrauensschutz überwiegen insgesamt die Interessen des Richtliniengebers / Gesetzgebers an der Regulierung von Gasverbindungsleitungen aus Drittstaaten. Dieser Befund wird zudem durch folgende Kontrollüberlegung bestätigt: Die Auffassung der Beschwerdeführerin als richtig unterstellt, bereits eine finale Investitionsentscheidung löse ein Rückwirkungsverbot aus, könnte der Gesetzgeber nie verfassungsrechtlich legitimiert in Unternehmensplanungen eingreifen. 133

Grenzen der Zulässigkeit ergeben sich auch nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn die Änderungen sind, wie dargelegt, zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignet, erforderlich und angemessen. 134

3. Nach dem damit hier maßgeblichen Verständnis des Begriffs der Fertigstellung als baulich vollständig errichtete Infrastruktur war die Nord Stream 2 Pipeline zum Stichtag am 23.05.2019 nicht fertiggestellt. Hierbei dürfte es auf den Zustand der Gesamtleitung und nicht nur auf den im deutschen Hoheitsgebiet bzw. Küstenmeer gelegenen Teil der Leitung ankommen. Aus § 3 Nr. 19c EnWG (Anm: seit 27.07.2021 § 19d EnWG) folgt kein anderes Begriffsverständnis dahingehend, eine Gasverbindungsleitung mit einem Mitgliedstaat sei auf 135

den im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates gelegenen Teil zu begrenzen. Eine solche Aufteilung der Gasfernleitung bis zur Grenze und ab der Grenze des Hoheitsgebiets (Küstenmeeres) des Mitgliedstaates zu einem Drittstaat wäre schlicht fernliegend, wenn es auf den Betrieb der Gesamtleitung ankommt. Der Anwendungsbereich beschränkt sich damit allein auf die Möglichkeit zur Regulierung der Gasverbindungsleitung nur bis zur Grenze des Hoheitsgebietes des Mitgliedstaates.

Im Ergebnis kann dies auch dahin stehen. Am 23.05.2019 waren von Pipelinestrang A über 650 km und von Pipelinestrang B 500 km verlegt. Angesichts einer Gesamtlänge der beiden Pipelinestränge von jeweils 1.235 km ist die Pipeline eindeutig am 23.05.2019 nicht fertiggestellt gewesen. Aber selbst wenn man nur auf die jeweils 54 km langen, in deutschem Hoheitsgebiet bzw. Küstenmeer gelegenen Teilstücke abstellen wollte, ist eine Fertigstellung zu verneinen. Zwar mögen die Rohre auf dem Meeresboden abgelegt gewesen sein. Sie waren indessen noch nicht durch das Above Water Tie In (AWTI-Verfahren) am KP 54,4 miteinander verschweißt und es fehlte die Betriebsbereitschaft der Anlandestation in Lubmin. 136

III. Der Senat ist auch nicht verpflichtet, das Verfahren auszusetzen und die Sache dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen, um zu klären, ob ein baulich-technisches Verständnis des Fertigstellungsbegriffs gegen europäisches Primärrecht verstößt. 137

Bei Zweifeln über die Auslegung von Unionsrecht besteht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV nur für letztinstanzliche Gerichte eine Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof. Darunter fällt im energiewirtschaftsrechtlichen Beschwerdeverfahren das Oberlandesgericht nicht. Als letztinstanzliches Gericht i.S.d. Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nur das Gericht anzusehen, dessen getroffene Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann (EuGH, Urteil v. 04.06.2002, C-99/00, Rn. 15, juris). Der Qualifikation als Rechtsmittel i.S.d. Art. 267 AEUV steht es dabei nicht entgegen, dass die Einlegung des Rechtsmittels an eine Zulassung gebunden ist und über diese Zulassung ein höherinstanzliches Gericht entscheidet (EuGH, Urteil v. 04.06.2002, C-99/00, Rn. 16, juris). Auch die Nichtzulassungsbeschwerde ist daher als Rechtsmittel im unionsrechtlichen Sinne zu sehen (BSG, Beschluss v. 08.04.2020, B 13 R 125/19 B, Rn. 18, juris; Schoch/Schneider/Marsch, VwGO, 39. EL Juli 2020, AEUV Art. 267 Rn. 38). 138

Ein mitgliedstaatliches Gericht, dessen Entscheidung noch mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, „kann“ nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem Europäischen Gerichtshof eine Frage über die Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts vorlegen, wenn es die Entscheidung darüber zum Erlass seiner Entscheidung für erforderlich hält. Verpflichtet zu einer solchen Vorlage ist ein Instanzgericht lediglich dann, wenn sich das ihm insoweit eingeräumte Ermessen auf null reduziert. Dies ist indessen vorliegend sowohl hinsichtlich des 1. als auch hinsichtlich des 2. Hilfsantrags nicht der Fall. 139

Der Senat hält es nicht für erforderlich, den Europäischen Gerichtshof vorab zur Auslegung des Art. 49a Änderungsrichtlinie zu ersuchen. Art. 49a Änderungsrichtlinie ist im Hinblick auf die hier zu entscheidende Frage, ob der Fertigstellungsbegriff baulich technisch auszulegen ist, eindeutig und verstößt nach Auffassung des Senats auch nicht gegen europäisches Primärrecht. Auch der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie 1 : 1 umgesetzt, ohne Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung – gerade auch im Hinblick auf die bekannte Anwendbarkeit der Änderungsrichtlinie auf die Nord Stream 2 – zu äußern. 140

C. 141

142

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, der Beschwerdeführerin die Gerichtskosten und die zu einer zweckentsprechenden Verfolgung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen, da die Beschwerde insgesamt keinen Erfolg hatte.

Ebenfalls war es geboten, der Beschwerdeführerin die zu einer zweckentsprechenden Verfolgung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen. Dem Nebenbeteiligten ist ein Anspruch auf Erstattung seiner außergerichtlichen Kosten nur unter besonderen Umständen zuzuerkennen (zur kartellrechtlichen Parallelvorschrift zu § 90 EnWG Kühnen in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage, § 78 GWB, Rn. 5; siehe auch Theobald/Werk in: Theobald/Kühling, Energierecht, 109. EL, § 90 EnWG, Rn. 13 m.w.N.). Eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten eines Nebenbeteiligten im Sinne des § 79 Abs. 1 Nr. 3 EnWG setzt neben einer Antragstellung bzw. einer sonstigen wesentlichen Verfahrensförderung ein berechtigtes Interesse am Verfahrensausgang voraus (BGH, Beschluss v. 08.11.2017, EnVR 49/15, Rn. 2; Beschluss v. 23.10.2019, EnVR 28/18, Rn. 2 - juris). Ein solches berechtigtes Interesse kommt bei kontradiktorischen Verfahrensgestaltungen in Betracht, die von erheblichen gegenläufigen wirtschaftlichen Interessen geprägt sind. Ein solcher Interessengegensatz liegt im Hinblick auf die Beteiligten vorliegend ausnahmsweise vor. Die bereits am Verfahren vor der Bundesnetzagentur beteiligten Beigeladenen, die in dem Verfahren eigene Anträge gestellt und umfangreichen Vortrag geliefert haben, haben als Gasexporteurin von auf dem deutschen Markt erworbenen Gases nach Polen (Beteiligte zu 2.) bzw. als mittelbare Eigentümerin der JAMAL-Pipeline Transportkundin (Beteiligte zu 1.) auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Beschwerdeverfahrens, das demjenigen der Beschwerdeführerin dergestalt widerspricht, dass der Vorteil der Beschwerdeführerin zugleich einen Nachteil für die Beschwerdeführerin bedeuten würde und umgekehrt. Es liegt daher eine insgesamt dem kontradiktorischen Verfahren ähnliche Verfahrensgestaltung vor, die eine Kostenerstattung der Beigeladenen durch die Beschwerdeführerin rechtfertigt.

II. Den Gegenstandswert setzt der Senat entsprechend der Angaben der Beschwerdeführerin zu ihrem wirtschaftlichen Interesse an dem Beschwerdeverfahren auf ... Euro fest (§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO).

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die Streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).

Rechtsmittelbelehrung:

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen

Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).
