
Datum: 23.10.2024
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 466/24
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2024:1023.3KART466.24.00

Leitsätze:

1.
Zu den Maßnahmen der Bundesnetzagentur im Sinne des § 5 Satz 2 EnSiG zählen auch solche, die sie als Treuhänderin eines unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens (§ 17 EnSiG) trifft oder (vermeintlich) rechtswidrig unterlässt.

2.
Etwaige Abwehransprüche des Gesellschafters des Unternehmens sind jedenfalls nicht darauf gerichtet, ihm diejenigen rechtlichen und faktischen Einwirkungsmöglichkeiten umfassend zu erhalten, die er vor Anordnung der Treuhandverwaltung hatte, oder ihm gar Einwirkungsmöglichkeiten zu eröffnen, die ihm ohne die Treuhandverwaltung nicht zustünden.

Tenor:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerde- und des Eilverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft nach luxemburgischem Recht, Tochtergesellschaft der in Moskau ansässigen RPAO (mittelbar) und Alleingesellschafterin der R-GmbH. Die R-GmbH hält 37,5 % der Anteile an der A-Raffinerie GmbH. Letztere ist Unternehmensträgerin einer in Brandenburg befindlichen Raffinerie, welche vor allem im Nordosten Deutschlands die Grundversorgung mit Mineralölprodukten sichert. Ebenfalls an der A-Raffinerie GmbH zu 37,5 % beteiligt ist die S-GmbH. Der verbleibende Anteil von 25 % entfällt auf eine dritte Beteiligungsgesellschaft, an welcher die RN-GmbH – ebenfalls eine Tochtergesellschaft der RPAO – mehrheitlich beteiligt ist.

Die Gesellschafter der A-Raffinerie GmbH schlossen am 22. März 2019 unter Mitwirkung der Gesellschafter der dritten Beteiligungsgesellschaft einen notariell beurkundeten, hier insgesamt in Bezug genommenen Konsortialvertrag über die Zusammenarbeit in der A-Raffinerie GmbH. Danach wird Letztere als sogenannte Lohnverarbeitungsraffinerie für ihre Anteilseigner tätig. Unter § 12 finden sich Vereinbarungen zur „Verfügung über Anteile und Geschäftsanteile“. Darin heißt es auszugsweise:

„1. Beabsichtigt ein Anteilseigner die Veräußerung aller oder eines Teils der Anteile ... an einen anderen Anteilseigner oder einen Dritten, so hat der veräußernde Anteilseigner diese Anteile ... vor Aufnahme der Verhandlungen allen Anteilseignern anzubieten. Diese haben das Recht, die zu veräußernden Anteile ... im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zu übernehmen. Übernahmrechte nicht übernehmender Anteilseigner wachsen den Übrigen zu.

2. Machen die Anteilseigner innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Zugang des Angebotes von ihrem Übernahmerecht keinen Gebrauch, so kann der veräußernde Anteilseigner über seine Anteile ... frei verfügen, jedoch haben alle Anteilseigner ein Vorkaufsrecht. Die Veräußerung darf nur erfolgen unter der Voraussetzung, dass der Erwerber diesem Konsortialvertrag ... beitrifft.

Das Vorkaufsrecht steht den Anteilseignern nach Maßgabe der Ziff. 1 zu und ist binnen dreier Monate nach schriftlicher Mitteilung der Verkaufsbedingungen ... auszuüben ...

3. Als Veräußerung im Sinne der Ziffern 1 und 2 gilt nicht die Verfügung zugunsten einer Gesellschaft, die ... durch eine mehr als 50 %ige Beteiligung als Mutter-, Schwester- oder Tochtergesellschaft verbunden ist und diesem Vertrag beitrifft ...

4. Wird über Anteile nach Maßgabe der vorstehenden Ziff. 1-3 verfügt, so haben die Anteilseigner die gemäß § 1 Ziff. 3 erforderliche Zustimmung zu erteilen.“

Die in § 12 Ziff. 4 erwähnte Regelung unter § 1 Ziff. 3 sieht vor, dass jede Verfügung über Anteile an der A-Raffinerie GmbH der Zustimmung aller Anteilseigner durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafterversammlung bedarf.

Im Jahre 2021 beabsichtigte die S-GmbH die Veräußerung ihrer Anteile an einen Dritten (B-GmbH). Die R-GmbH übte ihr Vorkaufsrecht aus. Der am 3. Dezember 2021 notariell beurkundete Kaufvertrag zwischen der R-GmbH und der S-GmbH wurde in der Folgezeit

jedoch nicht vollzogen.

Am 14. September 2022 ordnete das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz gemäß § 17 EnSiG unter Nr. 1 der Entscheidungsformel hinsichtlich sämtlicher Stimmrechte aus den Geschäftsanteilen an der R-GmbH und der RN-GmbH die Treuhandverwaltung bis zum 15. März 2023 an. Während dieser Zeit sollten die Gesellschafter der beiden Gesellschaften (d.h. unter anderem die Beschwerdeführerin) gemäß Nr. 2 der Anordnung von der Wahrnehmung ihrer Stimmrechte ausgeschlossen sein und die Stimmrechte gemäß Nr. 3 Satz 1 auf die Bundesnetzagentur übergehen. Gemäß Nr. 3 Satz 2 der Anordnung wurde die Bundesnetzagentur insbesondere berechtigt, Mitglieder der Geschäftsführung der beiden Gesellschaften abzuwählen und neu zu bestellen sowie der jeweiligen Geschäftsführung Weisungen zu erteilen. Außerdem wurden die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Geschäftsführung in Bezug auf das Vermögen beider Gesellschaften mit Nr. 4 der Anordnung beschränkt und ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Bundesnetzagentur begründet. 12

Die vorgenannte Anordnung wurde in der Folgezeit mehrfach verlängert, zuletzt am 3. September 2024 bis zum 10. März 2025. Zuvor hatte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 14. März 2023 (8 A 2/22) die unter anderem von der Beschwerdeführerin erhobene Anfechtungsklage gegen die Anordnung vom 14. September 2022 abgewiesen. Der Betrieb der A-Raffinerie läuft seit Anordnung der Treuhandverwaltung weiter. 13

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2022 hatte die S-GmbH ihre Mitgesellschafter gemäß § 12 Ziff. 1 des Konsortialvertrags darüber informiert, dass sie beabsichtige, ihre Anteile an der A-Raffinerie GmbH zu veräußern. Am 8. Dezember 2023 schloss sie einen Anteilskaufvertrag mit der P-Raffinerie GmbH. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2023, tags darauf zugegangen, wurde die R-GmbH mit Blick auf das Vorkaufsrecht über den Verkauf unterrichtet. Die P-Gruppe ist ein britischer Konzern, der international unter anderem mit Rohöl und Mineralölprodukten handelt. Die Beschwerdeführerin erfuhr davon und brachte insbesondere mit einem an die S-GmbH gerichteten Schreiben vom 29. Dezember 2023 zum Ausdruck, mit dem Verkauf nicht einverstanden zu sein, weil dieser den Wert der Raffinerie schmälern und die Investitionsfähigkeit gefährden würde. 14

Mit Schreiben vom 12. März 2024 erklärte die R-GmbH gegenüber der S-GmbH, dass sie das in § 12 des Konsortialvertrags vorgesehene Vorkaufsrecht nicht ausüben werde. Am 15. März 2024 forderte die Beschwerdeführerin die Bundesnetzagentur dazu auf, die R-GmbH und die RN-GmbH anzuweisen, die Zustimmung zur Verfügung zu verweigern und die Vorkaufsrechte rechtzeitig, spätestens bis zum 18. März 2024, wirksam auszuüben. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz teilte taggleich mit, dass sich die Geschäftsführung der R-GmbH gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts entschieden habe. Diesem Votum habe man nach intensiver Prüfung folgen müssen. Für die Bundesnetzagentur sei nicht ersichtlich gewesen, dass der Kauf der Anteile für die Fortführung des Betriebs oder für die Versorgungssicherung erforderlich gewesen sei. Auch aus sanktionsrechtlichen Gründen hätte einem Kauf nicht zugestimmt werden können. 15

Mit einem an die S-GmbH gerichteten – hier wegen der Einzelheiten in Bezug genommenen – anwaltlichen Schreiben vom 18. März 2024 erklärten die Beschwerdeführerin und (mindestens) eine weitere Gesellschaft der RPAO-Gruppe, dass das Vorkaufsrecht ausgeübt werde. 16

Die Beschwerdeführerin beabsichtigt ebenfalls die Veräußerung ihrer Anteile. Im Zusammenhang mit den Verkaufsbemühungen schlossen (unter anderem) die Beschwerdeführerin und die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das 17

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, am 28. Februar 2024 eine – hier insgesamt in Bezug genommene – „Prozessvereinbarung“, die insbesondere das Ruhen eines absehbaren, gegen eine Verlängerung der Treuhandverwaltung eingeleiteten Klageverfahrens zum Gegenstand hatte. Unter § 5 Satz 1 der Prozessvereinbarung erklärte die Beschwerdeführerin, dass sie ernsthaft den Verkauf der Anteile an der R-GmbH mit dem Ziel betreiben werde, den Verkauf bis zum 31. August 2024 zum Abschluss zu bringen. Laut § 5 Satz 8 der Prozessvereinbarung wird der „Bund ... den Verkaufsprozess im Rahmen des geltenden Rechts in angemessener Weise unterstützen“. Gemäß § 6 Satz 9 Halbsatz 2 der Prozessvereinbarung sollte es der Beschwerdeführerin freistehen, „Maßnahmen ... des Treuhänders und der Geschäftsführung der R-GmbH ... anzugreifen“.

Nachdem seitens der Bundesnetzagentur am 11. März 2024 eine Schutzschrift beim zentralen Schutzschriftenregister eingereicht worden war, hat die Beschwerdeführerin mit Antragschrift vom 18. März 2024 zunächst das Landgericht Bonn um einstweiligen Rechtsschutz nach §§ 935 ff. ZPO ersucht. Das Landgericht hat sich mit Beschluss vom 20. März 2024 für örtlich und sachlich unzuständig erklärt und das Verfahren auf Antrag der Beschwerdeführerin an das hiesige Gericht abgegeben. Mit Schriftsatz vom 28. März 2024 hat die Beschwerdeführerin nach einem Hinweis des Senats auf die Unzulässigkeit isolierten Eilrechtsschutzes Beschwerde in der Hauptsache nach § 75 EnWG eingelegt. Den Eilantrag hat der Senat mit Beschluss vom 18. April 2024 zurückgewiesen.

18

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die P-Gruppe ein Newcomer auf dem Markt mit undurchsichtiger Inhaberstruktur sei. Die P-Gruppe zähle nicht zu den Kernakteuren in der ölverarbeitenden Industrie und verfüge nicht über die Finanzkraft für nachhaltige Investitionen. Die gravierenden Unterschiede in der wirtschaftlichen Potenz veranschaulichten schon die im Jahre 2023 erzielten wirtschaftlichen Ergebnisse (EBITDA von ... Millionen US-Dollar [P-Gruppe] im Vergleich zu etwa ... Milliarden US-Dollar Gewinn [RPAO-Gruppe] bzw. ... Milliarden US-Dollar Gewinn [S]). Unter anderem im Hinblick auf die zu leistende Finanzierung des Warenstocks der Raffinerie erweise sich die finanzielle Lage der P als besonders problematisch. Sie gehe aufgrund ihrer Marktkennntnis auch davon aus, dass die P-Gruppe nicht in der Lage wäre, unmittelbar nach dem Einstieg die logistischen Prozesse rund um den LPG-Verkauf zu bedienen. Der schlechte Ruf der Erwerberin werde sich auf den Wert der Beteiligungen der übrigen Gesellschafter auswirken. Dies sei angesichts ihrer eigenen Bemühungen, ihre Anteile an der R-GmbH zu verkaufen und sich aus dem deutschen Markt zurückzuziehen, höchst problematisch. Der drohende wirtschaftliche Schaden sei immens.

19

Der geltend gemachte Anspruch ergebe sich aus § 17 Abs. 5 EnSiG. Die Bundesnetzagentur sei dazu verpflichtet, dass der Betrieb des Unternehmens gemäß seiner Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie fortgeführt werde. Daraus folge ihre Verpflichtung, sämtliche Maßnahmen zu unterlassen, die den wirtschaftlichen Fortbestand des verwalteten Unternehmens verhinderten. Eine Übertragung von Anteilen an dem Unternehmen durch die Treuhand sei ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen. Dies gelte analog für Maßnahmen, die den Wert des unter Treuhand gestellten Unternehmens schmälerten. Der Konsortialvertrag liefere ein entsprechendes Instrumentarium zur Sicherung des Unternehmenswerts. Insbesondere das Zustimmungserfordernis nach § 1 Ziff. 3 bilde ein „scharfes Schwert“. Die Versagung der Zustimmung durch einen der Anteilseigner mache den Verkauf an einen Dritten unmöglich. Es gelte der Grundsatz, dass alle Altgesellschafter einem neuen Dritten vertrauen müssten. Die Bundesnetzagentur verletze hier in grober Weise ihre Pflicht zum Werterhalt. Diese habe mit der Antragserwiderung vom 11. April 2024 eingeräumt, eine interne Bewertung des anstehenden Verkaufs allein anhand der

20

Einschätzung der Geschäftsführung der R-GmbH vorgenommen zu haben. Sämtliche gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsmaßstäbe seien unterschritten worden.

Insbesondere mit der Replik vom 29. Juli 2024 vertieft die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen wie folgt: Bislang seien an der A-Raffinerie GmbH ausschließlich etablierte Betreiber beteiligt. Sie verfolgten gemeinsam das strategische Konzept „... 2030+“ mit dem Ziel einer langfristigen Zukunftsfähigkeit des Betriebs. Der installierte Konsortialausschuss Sorge für eine den Gemeinschaftsinteressen angepasste Führung. 21

Wie bisher bei Anteilsverkäufen verfahren worden sei, veranschauliche das Geschehen im Zusammenhang mit der B-GmbH, bezüglich derer es zur Ausübung des Vorkaufsrechts gekommen sei. Seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz seien potentielle Investoren (etwa die K-Gruppe oder B-GmbH) bislang ebenfalls kritisch bewertet bzw. abgelehnt worden. In Bezug auf die in der Branche bislang so gut wie nicht sichtbare P sei noch mehr zu besorgen, dass diese nicht in der Lage sein werde, die erforderlichen Investitionen zu tragen, die Mindestauslastung der Raffinerie zu gewährleisten und den Betrieb in Richtung Klimaneutralität umzubauen. Verdeutlicht werde dies durch das Ergebnis zwischenzeitlich initiiierter Recherchen und Begutachtungen (durch X/MH). Das Geschäftsmodell der P beruhe auf einer rapiden Expansion durch Zukäufe, was zu einem raschen Anstieg der Verschuldung und starken Schwankungen bei Umsatz und Gewinn geführt habe. Das Unternehmen verfüge nur über sehr überschaubare liquide Mittel und über so gut wie kein Upstream-Geschäft. Es stütze sich bei der Rohölbeschaffung vollumfänglich auf Vereinbarungen mit Drittanbietern. Dies führe zu einer signifikanten Abhängigkeit. Der Verkauf von Anlagen an P sei ein bequemer Weg für die in der Mineralölbranche marktführenden Unternehmen, um veraltete und unattraktive Assets loszuwerden. 22

Erst seit Anfang 2021 verfüge P über eine kleinere Ölraffinerie in Großbritannien. Der weitere, kürzlich getätigte Erwerb eines Gasfeldes vor den ... Inseln werde von Branchenexperten kritisch gesehen. Die Jahresabschlüsse zeugten eindeutig von einer sehr schwachen Leistungsfähigkeit als Investor, die für eine Übernahme des verfahrensgegenständlichen Geschäftsanteils vollkommen unzureichend sei. Im Geschäftsjahr 2023 habe die P einen Jahresüberschuss vor Steuern von nur ... Millionen US-Dollar erzielt, was einer Umsatzrendite von lediglich ... Prozent entspräche. Neu erschlossene Geschäftsfelder (unter anderem durch den Kauf von ... Tankstellen) müssten noch integriert werden, was insbesondere kritische finanzielle Risiken mit sich brächte. Die P sei hoch verschuldet und verfüge über praktisch keine liquiden Mittel (zum Geschäftsjahresende 2023 bloß ... Millionen Euro). Das Eigenkapital betrage ... Millionen US-Dollar (einschließlich ... Millionen US-Dollar für die Neubewertungsrücklage), die Eigenkapitalquote lediglich ... Prozent. Die wichtigste Finanzierung in Höhe von ... Millionen US-Dollar habe bloß eine Laufzeit bis zum ... Sollte diese nicht verlängert werden, sei die P sogar in ihrem gesamten Bestand gefährdet. Angesichts ihrer offensichtlich nicht ausreichenden Ausstattung stehe fest, dass die P nicht in der Lage sein werde, die auf ihren Gesellschafteranteil mittelfristig (bis zum Jahr 2027) entfallenden geplanten Investitionen in „grüne Projekte“ im Umfang von (durchschnittlich) ... Millionen Euro pro Jahr zu finanzieren. 23

Im Vergleich zu bedeutenden Marktteilnehmern in der Mineralölindustrie und insbesondere den anderen Konsorten weise P deutliche negative Abweichungen in gerade den Aspekten auf, die ein stabiles Funktionieren eines Unternehmens in der Branche determinierten. Mit ihrem Verschuldungsgrad von ... Prozent steche P im Vergleich zu den leistungsstarken Wettbewerbern besonders negativ heraus. Auch der Zinsdeckungsgrad von ... (2022) bzw. ... (2023) sei auffällig. Die P sei in der Folge außerstande, nachhaltig Eigenkapital 24

aufzubauen und fällige Darlehen zu tilgen. Auch die Umsatzerlöse, ein Indikator für Marktstellung, Wettbewerbsfähigkeit und Ressourcen, veranschaulichten die Problematik (... Milliarden Euro gegenüber ... Milliarden [S]). Die P verfüge über keine nennenswerte Infrastruktur in Kontinentaleuropa. In ihrer (weitaus) kleineren britischen Ölraffinerie sei die P auf tägliche externe Lieferungen angewiesen. Sollten die mit S für die A-Raffinerie geschlossenen Öllieferungsverträge auslaufen, würde P beim Händlerwechsel eine nur begrenzte Verhandlungsmacht innehaben und Gefahr laufen, Bedingungen einseitig diktiert zu bekommen. Die Beschaffungsstrategie stelle ein Risiko für die A-Raffinerie dar, wenn Kredite mit Unternehmensvermögen besichert werden müssten. Es erscheine angesichts der personellen und technischen Ausstattung fraglich, ob P in der Lage sein werde, Instandhaltungsleistungen verlässlich zu erbringen. Demgegenüber verfüge die R-GmbH mit einem Bankguthaben von ... Milliarden Euro (Stand: 31. Dezember 2022 und 31. Dezember 2023) über ausreichende liquide Mittel, um die Anteile der S-GmbH zu erwerben. Hinzuweisen sei zudem auf die in der Vergangenheit schon gezeigte Bereitschaft zu (durchaus spontanen) Investitionen.

Aus dem im Verwaltungsvorgang befindlichen sogenannten Bewertungsvermerk vom 5. März 2024 ergebe sich, dass die Bundesnetzagentur selbst bei ihrer extrem oberflächlichen Befassung die gravierenden Bedenken an der Eignung der P als Konsortialpartner geteilt habe. Insbesondere sei ausdrücklich die Begrenzung des Transformationspotenzials festgestellt worden. In einem von der Geschäftsführung der R-GmbH erstellten Schriftstück (Memorandum) sei zudem auf das deutlich erhöhte Ausfallrisiko sowie negative wirtschaftliche Auswirkungen, die sich aus Liefer- und Abnahmevereinbarungen im Zuge des Anteilskaufs ergäben, hingewiesen worden. 25

Eigene Prüfungsmaßnahmen habe die Bundesnetzagentur nicht ergriffen. Insbesondere sei der Aspekt des Ausfallrisikos im Hinblick auf die Kapitalverpflichtungen gegenüber der A-Raffinerie GmbH nicht weiterverfolgt worden. Demgegenüber fänden sich sachfremde Erwägungen. So sei dem Bewertungsvermerk vom 5. März 2024 zu entnehmen, dass ein Hinzuerwerb durch die R-GmbH deshalb als bedenklich angesehen worden sei, weil er zum Ausdruck brächte, der russische Einfluss bzw. dessen Vergrößerung sei unschädlich. Ihr selbst gehe es freilich nicht um die Stärkung des (ohnehin ausgehebelten) russischen Einflusses, sondern darum, den angestrebten Prozess zum Verkauf ihrer eigenen Beteiligung einschließlich des Vorkaufsrechts an den Anteilen der S-GmbH erfolgreich zum Abschluss bringen zu können. Die Zustimmung zur Nichtausübung des Vorkaufsrechts bzw. die Initiierung des aktiven Verzichts habe danach offensichtlich dazu gedient, die vermeintliche Rechtmäßigkeit der Verlängerung der Treuhandanordnung sicherzustellen. Die Bundesnetzagentur und das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz hätten aktiv den Erwerb durch einen finanzschwachen Neugesellschafter gefördert. Dies hindere den Transformationsprozess, widerspräche dem Ziel einer Gewährleistung der Versorgungssicherheit und lasse sich nur damit erklären, dass eine etwaige Entschädigung nach § 17a, § 17b EnSiG offenbar so gering wie möglich gehalten werden solle. Im Fall eines Eintritts der P in die A-Raffinerie GmbH drohe ihr ein substanzieller Wertverlust. Die R-GmbH habe diesen im März 2024 selbst auf bis zu ... Millionen Euro beziffert (und diesen Verlust in nicht nachvollziehbarer Weise mit einem angeblichen Wertrisiko im Fall einer Ausübung des Vorkaufsrechts verglichen). Freilich sei der Wertverlust weitaus höher als ... Millionen Euro. 26

Die Bundesnetzagentur habe den Sachverhalt bei weitem nicht ausreichend aufgeklärt, wobei der Umfang der Versäumnisse nicht verlässlich beurteilt werden könne, da der Verwaltungsvorgang nur in Bruchstücken zugänglich sei. Diese Vorgehensweise sei keinesfalls durch Geheimhaltung gerechtfertigt. Insbesondere entfalle die 27

Geheimhaltungsbedürftigkeit aller Unterlagen, die S innerhalb der A-Raffinerie GmbH und gegenüber der R-GmbH vorgelegt habe, bereits aufgrund der Regelung des § 51a GmbH. In jedem Fall sei der Senat gefordert, gemäß § 82 EnWG ergänzende Ermittlungen vorzunehmen. Sie selbst habe im Rahmen ihrer Möglichkeiten alles unternommen, um zur Aufklärung beizutragen.

Die Beschwerde sei begründet. Mit dem Verzicht auf das Vorkaufsrecht habe die Bundesnetzagentur ein fremdes Geschäft besorgt, ohne dazu von ihr – der Beschwerdeführerin – beauftragt oder sonst berechtigt zu sein. Hier sei ein dem Schutz des Art. 14 GG unterfallender Vermögensgegenstand aufgegeben und vereitelt worden. Die Voraussetzungen des § 17b EnSiG seien weder gesehen noch beachtet worden. Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass die Bundesnetzagentur ausweislich des Bewertungsvermerks angenommen habe, dass der Ausübung des Vorkaufsrechts der beschränkte Handlungsspielraum der Treuhandverwaltung entgegenstünde. Dies müsse erst recht für den Verzicht auf die Ausübung des Rechts gelten. Wenn die Bundesnetzagentur der Meinung gewesen sei, sie sei nicht dazu gehalten, das Vorkaufsrecht auszuüben, hätte sie es dabei belassen müssen (so wie seitens der dritten Beteiligungsgesellschaft verfahren worden sei). Dies hätte die S-GmbH mindestens dazu veranlassen müssen, einen Aufschub der Transaktion anzustoßen, wozu sie aufgrund der Loyalitätsklausel im Konsortialvertrag auch verpflichtet gewesen wäre. Hiernach schulde die Bundesnetzagentur die Neutralisierung des Verzichts nach § 678 BGB. Ihr Wille als Gesellschafterin der R-GmbH sei beachtlich, weil er nicht im Widerspruch zum Zweck der Treuhandverwaltung stehe. Zudem ergebe sich der geltend gemachte Anspruch auch aus § 17 Abs. 5 EnSiG. 28

Eine Zustimmungspflicht der R-GmbH zu der Anteilsübertragung bestehe nicht. Dies ergebe sich – wie von Prof. Dr. M. erarbeitet – aus dem Konsortialvertrag. § 12 Ziff. 4 verweise auf den Tatbestand des § 1 Ziff. 3, also darauf, dass eine Anteilsübertragung nur wirksam sei, wenn die erforderliche Zustimmung dazu erteilt werde. Schon mit der Aufnahme einer Vinkulierungsklausel werde zu verstehen gegeben, dass das Vinkulierungsinteresse das Veräußerungsinteresse überwiegen solle. Entnähme man § 12 Ziff. 4 eine Verpflichtung zum Konsens, verstoße man gegen das Verbot der sinnentleerenden Auslegung. Die enge Bindung der Konsortialpartner folge zudem aus dem Umstand, dass sie nicht nur Anteilseigner seien, sondern auch die exklusiven Lieferanten des Rohöls, das raffiniert und verkauft werde. Konsequenz sei, dass die Entscheidung über die Zustimmung zur Anteilsübertragung im Ermessen des zustimmungsbedürftigen Organs liege. Der veräußerungswillige Gesellschafter sei insoweit nicht schutzlos gestellt, da es ihm im Fall der Verweigerung zustehe, die Mitgliedschaft im Konsortium zu kündigen. 29

Die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Zustimmung sei auf der Basis angemessener Informationen zu treffen. Ausschlaggebend sei die Eignung des Bewerbers, was auch die Bundesnetzagentur in der Vergangenheit deutlich gemacht habe (siehe den anwaltlich erarbeiteten Kriterienkatalog vom 12. Juni 2023). Könne die Eignung des Bewerbers nicht (eindeutig) festgestellt werden, sei seine Ablehnung möglich. Insbesondere sei von Bedeutung, ob der Bewerber in der Lage sei, etwaige Finanzierungsverpflichtungen zu erfüllen. Wesentlich seien zudem die Angemessenheit der Eigenkapitalausstattung und das „Standing“. 30

Danach sei es allein rechtmäßig, die Zustimmung zu verweigern. Eine ermessensfehlerfreie Zustimmungserteilung scheide hier schon aufgrund des bestehenden Informationsdefizits der Bundesnetzagentur aus. Den im Memorandum der R-GmbH und Bewertungsvermerk angesprochenen Bedenken sei die Bundesnetzagentur nicht weiter nachgegangen, etwa 31

mithilfe von Gutachten und vertieften Analysen. Es seien nicht einmal weitere Informationen angefragt worden. Geradezu erschreckend sei die im Memorandum zum Ausdruck gebrachte Unkenntnis der Auswirkungen eines möglichen Konkurses der P. Es sei überaus verantwortungslos, dass die Bundesnetzagentur die Transaktion hierauf nicht sofort blockiert habe.

Es sei auch nicht ihre Aufgabe, diesen Informationsmangel zu beseitigen. Die Darlegungs- und Beweislast läge bei der Bundesnetzagentur, was sich aus Aspekten der prozessualen Waffengleichheit sowie Zumutbarkeitserwägungen ergebe. Insbesondere sei ihr eigener Austausch mit der S-GmbH seit der Treuhandverwaltung stark eingeschränkt. Nur hilfsweise habe sie eigene weitreichende Recherchen unternommen, aus denen sich die Ungeeignetheit der P ergebe. Offensichtlich seien – was dem bruchstückhaft vorliegenden Verwaltungsvorgang zu entnehmen sei – bewusst die Augen vor den eklatanten Mängeln der P verschlossen worden. 32

Danach habe die Bundesnetzagentur die R-GmbH zur Nichterteilung der Zustimmung anzuweisen. Die im Senatsbeschluss vom 18. April 2024 ausgemachte Vertragslücke sei ausgehend von § 19 Ziff. 2 des Konsortialvertrags und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zu füllen. Es wäre widersprüchlich, sie – die Beschwerdeführerin – aufgrund von Bedenken hinsichtlich der Versorgungssicherheit Deutschlands ihrer Aktionärsrechte zu berauben, zugleich aber trotz anerkannter Bedenken keine Maßnahmen gegen den Einstieg der P zu ergreifen. 33

Hilfsweise habe die Bundesnetzagentur bei unterstellter Zustimmungspflicht jedenfalls ihre Pflicht zur Ausübung des Vorkaufsrechts und zugleich ihre Pflichten aus § 17 EnSiG verletzt. Die Ausübung des Vorkaufsrechts wäre erforderlich gewesen, um die Gefährdung der Versorgungssicherheit abzuwenden. 34

Äußerst hilfsweise greife der Einwand des Rechtsmissbrauchs. Die Erwägung des Senats, die R-GmbH könne nicht zum Vertragsbruch aufgefordert werden, greife nicht durch. Ein solcher Vertragsbruch wäre unbeachtlich, weil die Bundesnetzagentur die Voraussetzungen eines solchen Vertragsbruchs selbst geschaffen habe. Ohne das Schreiben der R-GmbH vom 12. März 2024 wäre die Erklärung vom 18. März 2024 das einzig maßgebliche und letzte Wort gewesen. Die S-GmbH hätte sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob diese Erklärung wirksam gewesen sei oder nicht zumindest eine Verpflichtung zum Zuwarten bestanden hätte. Insbesondere wäre es der S-GmbH zuzumuten gewesen, den in der Treuhandanordnung vom 7. März 2024 erwähnten Zeitraum, innerhalb dessen ein Verkauf der RPAO-Beteiligungen beabsichtigt gewesen sei (bis zum 31. August 2024), abzuwarten. Das Long Stop Date laut des Anteilskaufvertrags vom 8. Dezember 2023 laufe bis zum 8. September 2024 und verlängere sich um drei Monate, wenn bis dahin noch keine rechtskräftige Entscheidung im Streit zwischen der S-GmbH und der B-GmbH getroffen worden sei. 35

Ein Anspruch auf Anweisung, die Zustimmung nicht zu erteilen, ergebe sich außerdem aus § 5 der im Zusammenhang mit den Klageverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geschlossenen Prozessvereinbarung. Gegenstand der Prozessvereinbarung sei die Veräußerung sämtlicher Beteiligungen der RPAO-Gruppe an ihren drei Raffinerien, wobei die Verkaufsofferte hinsichtlich der A-Raffinerie GmbH auch das Vorkaufsrecht an den Anteilen der S-GmbH umfasse, so dass potentiellen Interessenten 91,67 % angeboten werden könnten. Dieser Ansatz habe die Grundlage der Vergleichsgespräche gebildet. So habe man die Relevanz des Vorkaufsrechts etwa in einer Email vom 6. August 2023 ausdrücklich hervorgehoben. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur und des ihr übergeordneten 36

Ministeriums, wenige Tage nach der Unterzeichnung der Prozessvereinbarung auf das Vorkaufsrecht zu verzichten, sowie das Verschweigen der schon zuvor erteilten investitionsrechtlichen Freigabe verstießen gegen die vorherigen Gespräche und Vereinbarungen. Das Verhalten lasse den Schluss zu, dass es um eine Reduzierung der Höhe der später zu leistenden Entschädigung gegangen sei.

Mit Schriftsatz vom 10. September 2024 hat die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen weiter ergänzt und geltend gemacht, dass es nunmehr eine zweite Prozessvereinbarung vom 16. August 2024 gebe, aus der abzuleiten sei, dass auf ihre Willensbildung und Interessen Rücksicht zu nehmen sei. Würde die Bundesnetzagentur die R-GmbH zur Erteilung der Zustimmung anweisen, würde sie sich außerhalb des durch das EnSiG vorgegebenen Rahmens bewegen, weshalb sie auf die Gesellschafterinteressen Rücksicht nehmen müsse.

37

Gestützt werde ihre Auffassung zudem durch das Vorgehen der S-GmbH in einem anderen Rechtsstreit und die dort unter Beteiligung der R-GmbH ergangenen Entscheidungen. Die S-GmbH habe in diesem Verfahren die Durchführung einer Transaktion ohne vorherige Einholung ihrer Zustimmung unterbinden wollen. Die dort und hier maßgeblichen Konsortialverträge seien im Allgemeinen und auch in Bezug auf die Regelungen zur Zusammenarbeit und die Vinkulierungsbestimmungen vergleichbar. Das Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteil vom 22. Juli 2024 – 1 U 10/24) habe unter anderem erkannt, dass der Sinn und Zweck der vereinbarten Vinkulierung darin bestehe, den unkontrollierten Eintritt von Dritten in die Gesellschaft zu verhindern. Zudem bejahe das Oberlandesgericht Karlsruhe einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Zustimmungserteilung und lege bei der Prüfung, ob eine Ermessensreduzierung vorliege, den Fokus auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Diese Ausführungen seien auf den hiesigen Fall übertragbar. So habe auch sie ein vertraglich geschütztes Interesse daran, einem Kaufinteressenten stabile Verhältnisse aufzuzeigen, in die sie selbst Einblick habe und in denen ein neuer Anteilseigner nicht einem erheblichen finanziellen und operativen Risiko ausgesetzt sei. Medienberichten zufolge halte die Anteilsübertragung an P indes schon jetzt potenzielle Investoren davon ab, die Anteile der R-GmbH zu übernehmen. Ein Bundestagsabgeordneter habe es als völlig unverständlich bezeichnet, dass der Bund die Zustimmung zum Verkauf gegeben habe, ohne die langfristige Investitionsfähigkeit zu prüfen. Weitere Schwierigkeiten der P – etwa das Recht von S, Durchleitungsgebühren zu verlangen oder eine Uneinigkeit über die Übernahme von Rentenansprüchen der Beschäftigten – seien ebenfalls der Medienberichterstattung zu entnehmen.

38

Die Beweislast liege bei der Partei, die eine Zustimmungspflicht proklamiere. Auch dies ergebe sich aus den Karlsruher Entscheidungen. Zumindest treffe die Bundesnetzagentur eine sekundäre Darlegungslast.

39

Hinzu komme, dass die S-GmbH sich rechtsmissbräuchlich verhalte, indem sie in dem Karlsruher Verfahren ihr Interesse an der Verhinderung des Eintritts eines ungeeigneten Dritten geltend mache, den Altgesellschaftern der A-Raffinerie GmbH aber einen solchen Neugesellschafter aufzwinge. Für das Beschwerdeverfahren bedeute dies, dass die Bundesnetzagentur sich ihr Wissen um die bisherige Überprüfungspraxis der S im Vorfeld des Abschlusses von Unternehmenskaufverträgen zurechnen lassen müsse und aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verpflichtet gewesen wäre, sich die Ergebnisse der von S vorgenommenen Bewertung der P vorlegen zu lassen. Es sei nicht erklärlich, warum die Bundesnetzagentur von dieser einfachen Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe.

40

Ursprünglich hat die Beschwerdeführerin lediglich den auf Anweisung zur Nichterteilung der Zustimmung gerichteten Antrag zu 1 angekündigt. Mit hier insgesamt – d.h. einschließlich der

41

dazugehörigen Anlagen – in Bezug genommenem Schriftsatz vom 17. September 2024 hat die Bundesnetzagentur vorgetragen, dass die S-GmbH mit Schreiben vom 19. August 2024 um die Zustimmung zur Anteilsübertragung gebeten habe. Sie als Treuhänderin habe der R-GmbH am 5. September 2024 die Freigabe erteilt, woraufhin diese am 11. September 2024 zugestimmt habe.

In der mündlichen Verhandlung vom 18. September 2024 hat die Bundesnetzagentur einen als Anlage zum Protokoll genommenen Gesellschafterbeschluss vom 11. September 2024 überreicht, der die hier streitige Zustimmung zum Gegenstand hat, auf dem aber die Unterschrift der S-GmbH fehlt. Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, dass sich aus diesem Dokument weder Abgabe noch Zugang der Willenserklärung ergäben. Zudem enthalte der Beschluss auf Seite 3 eine aufschiebende Bedingung, die noch nicht eingetreten sei. 42

Die Beschwerdeführerin beantragt nunmehr, 43

1. unter Aufrechterhaltung der Anträge aus dem Schriftsatz vom 28. März 2024 (Seite 2) die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die Geschäftsführung der R-GmbH sofort anzuweisen, die gemäß § 1 Ziff. 3 des Konsortialvertrags über die Zusammenarbeit in der A-Raffinerie GmbH vom 22. März 2019 erforderliche Zustimmung zur Veräußerung durch die S-GmbH ihrer Anteile von bis zu 37,5 % an der A-Raffinerie GmbH an die P-Raffinerie GmbH (Anteilskaufvertrag vom 8. Dezember 2023 [UR-Nr. ...]) nicht zu erteilen, 44

2. kumulativ 45

2.1. die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, die Zustimmung 46

(i) zu einem Beitritt der P-Raffinerie GmbH zum Konsortialvertrag über die Zusammenarbeit in der A-Raffinerie GmbH vom 22. März 2019 in seiner aktuellen Fassung (zuletzt bekannte Ergänzung vom 15. Dezember 2020) 47

und/oder 48

(ii) zu einer befreienden Vertragsübernahme der Rechte und Pflichten der S-GmbH aus diesem Konsortialvertrag ... 49

nicht zu erteilen oder erteilen zu lassen; 50

und, kumulativ, 51

2.2. für den Fall, dass die anderen Konsortialmitglieder der A-Raffinerie GmbH ihre Zustimmung zum Anteilskaufvertrag vom 8. Dezember 2023 (UR-Nr. ...) noch nicht erteilt haben, die R-GmbH die Zustimmung aber schon erteilt hat, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, diese sofort zu widerrufen, 52

und, kumulativ, 53

2.3. für den Fall, dass die anderen Konsortialmitglieder der A-Raffinerie GmbH ihre Zustimmung 54

(i) zu einem Beitritt der P-Raffinerie GmbH zum Konsortialvertrag über die Zusammenarbeit in der A-Raffinerie GmbH vom 22. März 2019 in seiner aktuellen Fassung (zuletzt bekannte Ergänzung vom 15. Dezember 2020) 55

und/oder	56
(ii) zu einer befreienden Vertragsübernahme der Rechte und Pflichten der S-GmbH aus diesem Konsortialvertrag durch die P-Raffinerie GmbH	57
noch nicht erteilt haben, die R-GmbH die Zustimmung dazu aber schon erteilt hat, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, diese sofort zu widerrufen;	58
3. hilfsweise, für den Fall, dass die Gesellschafterversammlung der A-Raffinerie GmbH einen zustimmenden Beschluss	59
(i) zum Anteilskaufvertrag vom 8. Dezember 2023 (UR-Nr. ...),	60
und/oder	61
(ii) zu einem Beitritt der P-Raffinerie GmbH zum Konsortialvertrag über die Zusammenarbeit in der A-Raffinerie GmbH vom 22. März 2019 in seiner aktuellen Fassung (zuletzt bekannte Ergänzung vom 15. Dezember 2020)	62
und/oder	63
(iii) zu einer befreienden Schuldübernahme der Rechte und Pflichten der S-GmbH aus diesem Konsortialvertrag durch die P-Raffinerie GmbH	64
erlassen hat, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, die Beschlüsse sofort für nichtig zu erklären, hilfsweise sofort anzufechten, unter Einschluss einer entsprechenden Nichtigkeits- und Anfechtungsklage;	65
4. kumulativ zu 2. und 3. die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, keine sonstigen Erklärungen abzugeben oder an Gesellschafterversammlungen oder Beschlussfassungen oder sonstiger Abgabe oder Beurkundung von Erklärungen mitzuwirken, durch welche es der P-Raffinerie GmbH ermöglicht würde,	66
(i) Gesellschafter der A-Raffinerie GmbH zu werden	67
und/oder	68
(ii) Partei des Konsortialvertrags zu werden;	69
und	70
5. kumulativ zu 2., 3. und 4. die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, etwa von dritter Seite abgegebene Erklärungen im Sinne der vorstehenden Ziffern 2 und 3 weder zu genehmigen noch sonst an deren rechtlichen Zustandekommen mitzuwirken;	71
und	72
6. äußerst und schlusshilfsweise, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, eine etwaige Rechtswirksamkeit oder einen Rechtsschein bereits im Zusammenhang mit vorstehender Ziffern 2, 3, 4 oder 5 abgegebener Erklärungen, Genehmigungs- oder sonstiger Mitwirkungshandlungen unverzüglich zu beseitigen, etwa durch	73

(i) Rücknahme, Widerruf oder Erklärung der Anfechtung gegenüber den jeweiligen Erklärungsgegnern,	74
und/oder	75
(ii) unverzüglicher Erhebung einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage in Bezug auf Gesellschafterbeschlüsse;	76
7. kumulativ zu den Anträgen 1. bis 6. die Bundesnetzagentur zu verpflichten, die R-GmbH sofort anzuweisen, keine Zustimmungen, Mitwirkungen und/oder Vollzugshandlungen und/oder Willenserklärungen abzugeben, die darauf angelegt sind, das gemäß Nr. 4.5 am 8. September 2024 endende Long Stop Date des Anteilskaufvertrags vom 8. Dezember 2023 (...) zu verlängern;	77
8. hilfsweise, für den Fall, dass das Gericht davon ausgeht, dass der Antrag zu 1 in der Hauptsache in der Beschwerdeschrift vom 28. März 2024 (Seite 2) sich materiell erledigt hat, kumulativ zu den Anträgen 2. bis 7. im Wege eines Fortsetzungsfeststellungsurteils festzustellen, dass die erforderliche Zustimmung oder Freigabe durch die Bundesnetzagentur vom 5. September 2024 oder eines anderen Datums an die Geschäftsführung der R-GmbH, die gemäß § 1 Ziff. 3 des Konsortialvertrags über die Zusammenarbeit in der A-Raffinerie GmbH vom 22. März 2019 erforderliche Zustimmung zur Veräußerung von bis zu 37,5 % der Anteile der S-GmbH ... an die P-Raffinerie GmbH (Anteilskaufvertrag vom 8. Dezember 2023 [UR-Nr. ...]) zu erteilen, rechtswidrig gewesen ist.	78
Die Bundesnetzagentur beantragt,	79
die Beschwerde zurückzuweisen.	80
Sie meint, dass die Beschwerde auch mit den in mündlicher Verhandlung gestellten Anträgen unbegründet sei. Wie der Senat in seinem Beschluss vom 18. April 2024 zutreffend ausgeführt habe, könne die Beschwerdeführerin nicht verlangen, dass solche Handlungen untersagt würden, zu denen die R-GmbH auch ohne Anordnung der Treuhandverwaltung verpflichtet wäre. Hier sei die R-GmbH nach der Nichtausübung des Vorkaufsrechts dazu verpflichtet, der von der S-GmbH beabsichtigten Verfügung zuzustimmen. Das entsprechende Verfahren nach § 12 Ziff. 1 bis 3 des Konsortialvertrags sei eingehalten worden. Zu Unrecht meine die Beschwerdeführerin, es bestehe gleichwohl ein einseitiges und unbedingtes Verweigerungsrecht der R-GmbH. Für diese der Interessenlage der Konsorten bzw. Gesellschafter widersprechende Auslegung fände sich keinerlei Anhaltspunkt im Konsortialvertrag. Anderes ergebe sich auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Es fehle bereits an einer Regelungslücke.	81
Dem Beschwerdeerfolg stehe im Übrigen entgegen, dass § 17 Abs. 5 EnSiG keine taugliche Anspruchsgrundlage sei. Der Sinn der Treuhandverwaltung würde konterkariert, wäre es dem Gesellschafter eines unter Treuhand gestellten Unternehmens möglich, den Treuhänder zur Vornahme einer bestimmten Maßnahme zu verpflichten. § 17 EnSiG lasse keine Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Einzelmaßnahmen des Treuhänders zu. Jedenfalls sei es nicht Sinn und Zweck des § 17 Abs. 5 EnSiG, zukünftige potenzielle Gewinne aus einem Verkauf ihrer Anteile an der R-GmbH abzusichern, worauf es der Beschwerdeführerin hier ankomme. Überdies habe der Senat in seinem Beschluss vom 18. April 2024 zu Recht ausgeführt, dass es an konkreten Anhaltspunkten für einen Wertverlust der Beteiligung der Beschwerdeführerin fehle. Ebenso wenig sei feststellbar, dass der eigene Verkaufsprozess der Beschwerdeführerin durch die in Rede stehende Anteilsveräußerung unzumutbar	82

erschwert werden könnte.

Die Beschwerdeführerin könne einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Weisung auch nicht aus der Prozessvereinbarung und der darin enthaltenen Erklärung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, den Verkaufsprozess „in angemessener Weise“ zu „unterstützen“, herleiten. Gegenstand des sogenannten Verkaufsprozesses sei allein der Verkauf der Anteile der Beschwerdeführerin an der R-GmbH, nicht aber das Vorkaufsrecht. Dieses sei auch nicht „Grundlage der Vergleichsgespräche“ gewesen. Vielmehr hätten Vertreter des Bundes gegenüber der RPAO-Gruppe in einem gemeinsamen Gespräch am 12. Februar 2024 ausdrücklich erklärt, dass eine Aufstockung der Beteiligung der R-GmbH nicht in Betracht komme. 83

Erfolg habe die Beschwerde auch nicht aufgrund der neuen Prozessvereinbarung vom 16. August 2024. Diese binde in erster Linie das Ministerium und sei beschränkt auf das Bemühen, eine Konsultation durchzuführen. Ihr als Treuhänderin sei eine aktive Beteiligung an einem möglichen Verkaufsprozess nach § 17 Abs. 5 Satz 3 EnSiG ohnehin nicht gestattet. 84

Die Bundesnetzagentur hat den insgesamt 815 Seiten umfassenden Verwaltungsvorgang am 25. Juni 2024 elektronisch übermittelt, zuvor aber eine Vielzahl an Seiten zum Zwecke der Wahrung des Geheimnisschutzes entnommen und im Übrigen Schwärzungen vorgenommen. Mit Beschluss vom 24. Juli 2024 hat der Senat die Anträge der Beschwerdeführerin aus dem Schriftsatz vom 8. Juli 2024, im Wesentlichen gerichtet auf die Erwirkung einer vollständigen Vorlage des Verwaltungsvorgangs zum Zwecke anschließender Akteneinsicht, zurückgewiesen. 85

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang sowie das Verhandlungsprotokoll vom 18. September 2024 nebst Anlagen Bezug genommen. 86

B. 87

Die Beschwerde hat, soweit über die Beschwerdeanträge zu entscheiden war, keinen Erfolg. 88

I. Der auf Anweisung zur Nichterteilung der Zustimmung im Sinne des § 1 Ziff. 3 des Konsortialvertrags (Anlage II zur notariellen Urkunde vom 22. März 2019) gerichtete Antrag zu 1 ist unbegründet. 89

1. Der Senat ist zuständig für die Entscheidung über diesen Beschwerdeantrag. Dies folgt aus § 5 Satz 2 EnSiG. Zu den Maßnahmen der Bundesnetzagentur im Sinne dieser Vorschrift zählen auch solche, die sie als Treuhänderin der R-GmbH trifft oder (vermeintlich) rechtswidrig unterlässt. Danach ist weder ein Landgericht noch ein Verwaltungsgericht, sondern vielmehr der Senat im Verfahren nach § 75 EnWG zur Entscheidung berufen. 90

a) Eine andere und speziellere Vorschrift als § 5 Satz 2 EnSiG, die ausdrücklich den Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen oder Unterlassungen des Treuhänders regelte und deshalb vorrangig anzuwenden wäre, enthält das EnSiG nicht. 91

In § 17 EnSiG findet lediglich der Rechtsschutz gegen die Anordnung der Treuhandverwaltung und gegen die Festsetzung eines angemessenen Ausgleichs Erwähnung (§ 17 Abs. 6 und Abs. 7 Satz 4 EnSiG). Die Regelungen in § 17a Abs. 8 Satz 2, § 17b Abs. 7 Satz 2 EnSiG enthalten noch Bestimmungen für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für eine Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte des 92

Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, mit denen eine Kapitalmaßnahme (§ 17a EnSiG) angeordnet oder einer Übertragung von Vermögensgegenständen (§ 17b EnSiG) zugestimmt worden ist. Derartige Verwaltungsakte sind jedoch nicht erlassen worden. Auch eine entsprechende Anwendung der § 17b Abs. 7 Satz 2 EnSiG, § 50 Abs. 1 Nr. 7 VwGO auf Streitigkeiten, in denen – wie hier unter anderem – geltend gemacht wird, dass die Voraussetzungen des § 17b EnSiG missachtet worden seien, kommt nicht in Betracht.

b) Steht einer Heranziehung des § 5 Satz 2 EnSiG nicht der Vorrang eines spezielleren Gesetzes entgegen, gibt sein Wortlaut allerdings noch keinen sicheren Aufschluss darüber, ob die Vorschrift auch auf Maßnahmen der Bundesnetzagentur Anwendung findet, die sie als Treuhänderin vornimmt oder (vermeintlich) pflichtwidrig unterlässt. 93

Die von § 5 Satz 2 EnSiG vorgesehene entsprechende Anwendung der Abschnitte 2 bis 4 des Teils 8 des EnWG (mit Ausnahme der § 91 und § 93 EnWG) setzt eine Maßnahme der Bundesnetzagentur „nach diesem Gesetz“ voraus. Bei der Erteilung einer Weisung an die Geschäftsleitung des unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens ist dies im Ausgangspunkt der Fall, weil derartige Weisungen insbesondere in § 17 Abs. 4 Nr. 2 EnSiG Erwähnung finden. Die Befugnis der Bundesnetzagentur hierzu ergibt sich allerdings nicht unmittelbar aus dem EnSiG. In § 17 Abs. 4 Nrn. 2 und 3 EnSiG ist lediglich von einer „Stelle des Bundes“ die Rede, welche mit der Aufgabe der Treuhandverwaltung betraut wird. Somit ist die Bundesnetzagentur nicht kraft Gesetzes, sondern erst aufgrund der Entscheidungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz über die Anordnung und Fortdauer der Treuhandverwaltung für die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsleitung der R-GmbH zuständig. 94

c) Die Gesetzessystematik spricht für eine weite, Maßnahmen im Sinne des § 17 Abs. 4 EnSiG einbeziehende Auslegung des § 5 Satz 2 EnSiG. Dies ergibt sich aus einem Vergleich der Regelung mit weiteren Bestimmungen zum Rechtsschutz und Rechtsweg im EnSiG. 95

Insbesondere im ersten Abschnitt des Kapitels 2 des EnSiG hat der Gesetzgeber mehrere spezielle Regelungen getroffen, die entweder punktuell die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts oder Bundesgerichtshofs anordnen (§ 17 Abs. 6 Satz 2, § 17a Abs. 8 Satz 2 und Abs. 9, § 17b Abs. 7 Satz 2 und Abs. 8, § 22 Abs. 1 und Abs. 7) oder aber (implizit) klarstellen, dass die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit nach den allgemeinen Regeln zu bestimmen ist (vgl. § 17 Abs. 7 Satz 4, § 23a Abs. 8 Satz 2 EnSiG). So ist etwa § 17 Abs. 7 Satz 4 EnSiG nach der gesetzlichen Konzeption nicht mehr als eine bloße Wiederholung der schon in § 40 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 VwGO vorgesehenen Rückausnahme für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Den Wortlaut der Regelung des § 5 Satz 2 EnSiG hat der Gesetzgeber hingegen weit gefasst („Maßnahmen ... nach diesem Gesetz“), die Anwendung der Vorschrift punktuell ausdrücklich ausgeschlossen (§ 30 Abs. 5 Satz 3 EnSiG), sonst aber nirgends klarstellend zu erkennen gegeben, dass sich der Rechtsweg und die Zuständigkeit bei Streitigkeiten mit der Bundesnetzagentur in einem Teilbereich nach § 13 GVG, § 40 VwGO richteten. Dies deutet auf einen weiten Anwendungsbereich des § 5 Satz 2 EnSiG hin. 96

d) Entscheidend für eine Anwendung des § 5 Satz 2 EnSiG auf Maßnahmen der Bundesnetzagentur im Rahmen einer Treuhandverwaltung sprechen Sinn und Zweck des Gesetzes. 97

Sowohl § 5 als auch § 17 EnSiG gehen zurück auf Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften vom 98

20. Mai 2022 (BGBl. Teil I Nr. 16, S. 730). Nachdem der völkerrechtswidrige Angriff Russlands auf die Ukraine die Lage auf den Energiemärkten drastisch verschärft hatte, beabsichtigte der Gesetzgeber eine Stärkung der Krisenvorsorge und der Instrumente der Krisenbewältigung (BT-Drucks. 20/1501, S. 21). Die Regelung zum gerichtlichen Rechtsschutz in § 5 Satz 2 EnSiG hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die langjährige Erfahrung und Expertise des Oberlandesgerichts Düsseldorf und des Kartellsenats beim Bundesgerichtshof in energiewirtschaftsrechtlichen Fragestellungen getroffen (BT-Drucks. 20/1766, S. 18). Bei Maßnahmen der Bundesnetzagentur im Rahmen der Treuhandverwaltung geht es gerade – zumindest auch – um solche energiewirtschaftsrechtlichen Fragestellungen (so auch BeckOK-EnSiR/Gerstner, § 5 EnSiG Rn. 19 [Stand: 1. August 2024]; ähnlich Gerstner/Breuling/Reiter IR 2022, 254, 263 zu § 24 EnSiG). Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – zu prüfen ist, ob und inwieweit es mit der Rechtsstellung und Funktion des Treuhänders überhaupt vereinbar ist, dessen Einzelmaßnahmen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber sowohl mit § 5 Satz 2 EnSiG als auch in mehreren weiteren Vorschriften des EnSiG den Willen zum Ausdruck gebracht hat, im Interesse der Rechtssicherheit einen einfach zu handhabenden und zügigen Rechtsschutz zu gewährleisten. Dies spricht ebenfalls für eine weite Auslegung des § 5 Satz 2 EnSiG unter Einbeziehung von Maßnahmen der Bundesnetzagentur als Treuhänderin. So haben die Regelung des § 5 Satz 2 EnSiG und die Vorschriften über die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts oder Bundesgerichtshofs (§ 17 Abs. 6 Satz 2, § 17a Abs. 8 Satz 2 und Abs. 9, § 17b Abs. 7 Satz 2 und Abs. 8, § 22 Abs. 1 und Abs. 7 EnSiG) gemeinsam, dass abweichend von den allgemeinen Regeln (vgl. § 128 VwGO, § 529 ZPO) nicht zwei Tatsacheninstanzen mit der Streitigkeit befasst sein können. Unter anderem deshalb wird in den Verfahren nach den §§ 75 ff. EnWG – wie vom Gesetzgeber in den Materialien zu § 5 Satz 2 EnSiG hervorgehoben (BT-Drucks. 20/1766, S. 18) – „rasch“ entschieden. Eine weitere Zersplitterung des Rechtsschutzes, die im Fall der Nichtanwendung des § 5 Satz 2 EnSiG zu besorgen wäre, widerspricht dieser gesetzgeberischen Intention. Eben deshalb hängt die Anwendbarkeit des § 5 Satz 2 EnSiG auch nicht davon ab, ob § 75 Abs. 4 EnWG unter den gegebenen Umständen – wie im Allgemeinen (OVG NRW, Beschluss vom 9. Januar 2017 – 11 E 839/16, juris Rn. 19; BT-Drucks. 20/4328, S. 19) – als abdrängende Sonderzuweisung wirkt, d.h. eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 13 GVG, § 40 VwGO einer anderen Gerichtsbarkeit als der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuweist (a.A. BeckOK-EnSiR/Riemer, § 17 EnSiG Rn. 69 und § 17b Rn. 19 [Stand: 1. August 2024]; zur Abgrenzung von hoheitlichem und privatrechtlichem Handeln in Treuhandkonstellationen siehe BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 1998 – 7 C 41/97, juris Rn. 13; OVG Berlin, Beschluss vom 22. Januar 1991 – 8 S 6/91, ZIP 1991, 198, 199; Nothhelfer, NZKart 2018, 180 ff.; Weimar, DB 1993, 821 ff.; von Rom, WM 2023, 2118, 2120; Thomas in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 6. Auflage § 41 GWB Rn. 139).

2. Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere (jedenfalls) als allgemeine Leistungsbeschwerde statthaft. 100

a) Die Statthaftigkeit richtet sich nach dem tatsächlich verfolgten Rechtsschutzbegehren des jeweiligen Beschwerdeführers, welches bei Zweifeln durch Auslegung zu ermitteln ist (Senatsbeschluss vom 5. Juli 2023 – VI-3 Kart 29/22 [V], juris Rn. 70). Wendet er sich gegen die Unterlassung einer zuvor erfolglos beantragten Entscheidung, d.h. begehrt er den Erlass eines Verwaltungsakts im Sinne von § 35 VwVfG, ist seine Beschwerde als Verpflichtungsbeschwerde (§ 75 Abs. 3 EnWG) statthaft (vgl. Senatsbeschluss vom 21. 101

September 2022 – VI-3 Kart 114/21 [V], juris Rn. 58). Ob die Beschwerdeführerin hier ein solches Rechtsschutzziel verfolgt, ist zweifelhaft, weil sich begriffliche Entsprechungen zu den in § 17 Abs. 4 und Abs. 5 EnSiG umschriebenen und hier der Bundesnetzagentur zugewiesenen Befugnissen in erster Linie im Zivilrecht und gerade nicht im Öffentlichen Recht finden (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 25. Juli 2013 – III ZB 18/13, NVwZ 2013, 1630 Rn. 9). Jedenfalls ist die Beschwerde aber als allgemeine Leistungsbeschwerde statthaft. Diese ist im EnWG zwar nicht geregelt, ihre Existenz aber anerkannt, wenn nur durch sie ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juni 2007 – KVZ 35/06, juris Rn. 4, Senatsbeschluss vom 10. August 2022 – VI-3 Kart 1203/16 [V], juris Rn. 135).

b) Die Beschwerdeführerin ist auch beschwerdebefugt. Es ist nicht offensichtlich 102
ausgeschlossen, dass ihr Ansprüche auf Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Maßnahme im Rahmen der Treuhandverwaltung zustehen. Die Befugnisse des Treuhänders sind gesetzlich begrenzt (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. März 2023 – 8 A 2/22, juris Rn. 36). Insbesondere schützt § 17 Abs. 5 Satz 2 und Satz 3 EnSiG die Inhaberschaft und die Renditegrundlage der betroffenen Beteiligungen, indem er eine Übertragung der Gesellschaftsanteile verbietet und eine Übertragung von Gegenständen des Betriebsvermögens nur zulässt, wenn dies zum Werterhalt des Unternehmens erforderlich ist (BVerwG aaO). Danach ist es eine Frage der Begründetheit der Beschwerde, ob die Beschwerdeführerin etwa auf einen etwaigen Sekundärrechtsschutz verwiesen werden kann, wenn die Bundesnetzagentur die ihr gezogenen Grenzen (vermeintlich) überschreitet oder die Vornahme einer gebotenen Handlung unterlässt.

3. Der auf Anweisung zur Nichterteilung der Zustimmung im Sinne des § 1 Ziff. 3 des 103
Konsortialvertrags (Anlage II zur notariellen Urkunde vom 22. März 2019) gerichtete Antrag zu 1 ist jedoch unbegründet. Ob der Antrag schon deshalb erfolglos bleiben muss, weil die Bundesnetzagentur mit Email vom 5. September 2024 die Freigabe zur Zustimmung bereits erklärt hat und die gesellschaftsrechtliche Beschlussfassung im Umlaufverfahren nach den in mündlicher Verhandlung gewonnenen Erkenntnissen zumindest in Gang gesetzt worden sein dürfte, kann dahinstehen. Denn die Beschwerdeführerin hatte auch zuvor keinen Anspruch darauf, dass die Bundesnetzagentur die Geschäftsführung der R-GmbH anweist, die Zustimmung zur Veräußerung des Anteils der S-GmbH an die P-Raffinerie GmbH nicht zu erteilen.

a) Ob der Gesellschafter eines unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens 104
berechtigt sein kann, vom Treuhänder die Vornahme oder Unterlassung bestimmter Handlungen zu beanspruchen, ist bereits im Ausgangspunkt zweifelhaft.

Der Zweck der Treuhandverwaltung legt nahe, dass einem solchen Gesellschafter jedenfalls 105
im Grundsatz derartige Ansprüche nicht zustehen und er somit darauf beschränkt ist, von den in § 17 Abs. 6, Abs. 7 Satz 4, § 17a Abs. 8 und Abs. 9, § 17b Abs. 7 und Abs. 8 EnSiG ausdrücklich erwähnten Rechten Gebrauch zu machen oder eine etwaige Schadensersatzklage anzustrengen. Denn die Möglichkeit der Treuhandverwaltung wurde geschaffen, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten (BT-Drucks. 20/1501, S. 36). Infolge ihrer Anordnung ist der bestimmende Einfluss der Beschwerdeführerin entfallen (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. März 2023 – 8 A 2/22, juris Rn. 93; siehe auch von Rom, WM 2023, 2118, 2124 zum sogenannten Abspaltungsverbot). Eine umfassende gerichtliche Kontrolle aller Einzelmaßnahmen des Treuhänders während der Geltungsdauer der Treuhandverwaltung aufgrund vermeintlicher Abwehransprüche oder Weisungsrechte der Beschwerdeführerin hätte indes zur Konsequenz, dass ihr bestimmender Einfluss zum Teil

wiederhergestellt werden würde. Dies zeigt sich in besonderer Deutlichkeit, wenn der Gesellschafter – wie hier die Beschwerdeführerin mit ihrer (ursprünglichen) Forderung nach Ausübung des Vorkaufsrechts – dem Treuhänder eine Handlung abverlangt, die angeblich zum Werterhalt notwendig sei, aber zugleich auf einen Hinzuerwerb, d.h. eine Erweiterung des Gegenstands der Treuhandverwaltung gerichtet ist.

Dass eine weitreichende Einflussnahme der Beschwerdeführerin dem Zweck der Treuhandverwaltung widersprechen dürfte, legt auch ein Vergleich mit insolvenzverfahrensrechtlichen Bestimmungen nahe. Dort haben Verfahrensbeteiligte – etwa der Schuldner – die Möglichkeit, Aufsichtsmaßnahmen des Insolvenzgerichts nach § 58 InsO anzuregen (zur verfassungsrechtlichen Bedeutung dieser Aufsicht siehe BVerfG, Beschluss vom 12. Januar 2016 – 1 BvR 3102/13, juris Rn. 45). Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Insolvenzgerichts, nicht tätig zu werden, sind jedoch nicht vorgesehen. So soll verhindert werden, dass die Arbeit des Insolvenzverwalters durch Anträge des Schuldners behindert und das Insolvenzverfahren durch Rechtsmittel unnötig in die Länge gezogen wird (BGH, Urteil vom 16. Juli 2015 – IX ZR 127/14, juris Rn. 17; zu etwaigen Ansprüchen analog § 1004 BGB siehe aber Baumert in Braun, InsO 10. Auflage § 60 Rn. 11 m.w.N.).

b) Ob ein Ausschluss bzw. eine weitreichende Beschränkung des Primärrechtsschutzes gegen Einzelmaßnahmen des Treuhänders mit Art. 19 Abs. 4 GG oder dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch vereinbar wäre (siehe auch BVerwG, Urteil vom 14. März 2023 – 8 A 2/22, juris Rn. 92 zur Frage der Grundrechtsberechtigung), kann jedoch dahinstehen. Denn auch wenn man Abwehransprüche des Gesellschafters des unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens grundsätzlich für möglich hält, sind diese jedenfalls nicht darauf gerichtet, ihm diejenigen rechtlichen und faktischen Einwirkungsmöglichkeiten umfassend zu erhalten, die er vor Anordnung der Treuhandverwaltung hatte, oder ihm gar Einwirkungsmöglichkeiten zu eröffnen, die ihm ohne die Treuhandverwaltung nicht zustünden. Dies liefe dem Zweck des § 17 EnSiG zuwider. Deshalb kann die Beschwerdeführerin nicht beanspruchen, dass solche Handlungen der Geschäftsführung der R-GmbH unterbunden werden, zu deren Vornahme diese gegenüber Dritten wirksam verpflichtet ist.

Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist die Beschwerde unbegründet. Dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch steht entgegen, dass die R-GmbH gemäß § 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags verpflichtet ist (bzw. im Zeitpunkt der Freigabeerklärung vom 5. September 2024 oder anschließenden Beschlussfassung verpflichtet war), der Anteilsübertragung durch die S-GmbH nach § 1 Ziff. 3 des Konsortialvertrags zuzustimmen. Dies ergibt die Auslegung des Vertrags (zum Auslegungsmaßstab Busch, RNotZ 2020, 249, 256; Gores in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht 3. Auflage § 20 Rn. 130).

aa) § 1 Ziff. 3 des Konsortialvertrags sieht vor, dass jede Verfügung über Anteile an der A-Raffinerie GmbH, insbesondere die Veräußerung oder Belastung, der Zustimmung aller Anteilseigner durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafterversammlung bedarf. Gemäß § 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags haben die Gesellschafter allerdings die gemäß § 1 Ziff. 3 erforderliche Zustimmung zu erteilen, wenn über Gesellschaftsanteile nach Maßgabe von § 12 Ziff. 1 bis 3 des Konsortialvertrags verfügt wird, der veräußernde Gesellschafter also den Mitgesellschaftern die Möglichkeit zur Übernahme der Anteile und zum Vorkauf ordnungsgemäß eingeräumt hat.

bb) Nach dem erkennbar übereinstimmenden Verständnis der am Konsortialvertrag beteiligten Gesellschaften sowie der Beschwerdeführerin ist das beschriebene Procedere

nicht bloß einmalig beim Erstverkauf an die B-GmbH, sondern auch anlässlich des zweiten Geschäfts mit der P-Raffinerie GmbH einzuhalten gewesen. Die entsprechenden Vorgaben hat die S-GmbH hier beachtet. Zunächst hatte sie mit Schreiben vom 20. Dezember 2022 die Mitgesellschafter informiert, dass sie beabsichtige, ihre Anteile zu veräußern. Damit hat sie (auch) der R-GmbH ihre Anteile, wie in § 12 Ziff. 1 vorgesehen, angedient. Das Vorkaufsrecht wurde sodann nach Maßgabe von § 12 Ziff. 2 des Konsortialvertrags ebenfalls ordnungsgemäß eingeräumt. Insoweit zieht die Beschwerdeführerin (unter anderem ausweislich ihres Antrags zu 2.1.) auch nicht in Zweifel, dass die Veräußerung an die P-Raffinerie GmbH – wie in § 12 Ziff. 2 vorgesehen – unter der Voraussetzung eines Beitritts zum Konsortialvertrag erfolgen sollte und erfolgen wird. Auszuüben war das Vorkaufsrecht gemäß § 12 Ziff. 2 binnen dreier Monate nach schriftlicher Mitteilung der Verkaufsbedingungen. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und erkennbaren Verständnis aller Konsortialpartner ist diese Frist (spätestens) am 19. März 2024 abgelaufen. Innerhalb dieser Frist hat die R-GmbH ihr Vorkaufsrecht nicht ausgeübt, sondern vielmehr mit Schreiben vom 12. März 2024 ausdrücklich erklärt, dass sie ihr Recht nicht ausüben werde. Auch die weitere Mitgesellschafterin hat von einem Vorkauf abgesehen.

cc) Mit Ablauf der für das Vorkaufsrecht maßgeblichen Frist trifft die R-GmbH die Verpflichtung zur Zustimmung zu der Anteilsveräußerung, d.h. die „Verpflichtung zum Konsens“. Ein Recht der R-GmbH, die Zustimmung zu verweigern, ohne selbst von dem Übernahme- oder Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht zu haben, existiert nicht. Die Zustimmungsverpflichtung ist auch nicht auf den Fall beschränkt, dass ein Bestandsgesellschafter Anteile des veräußernden Gesellschafters erwirbt. Nur dieses Verständnis entspricht Wortlaut und Funktion der Vereinbarungen in § 1 Ziff. 3 und § 12 des Konsortialvertrags. 111

(1) § 1 Ziff. 3 des Vertrags bildet die konsortialvertragliche Grundlage für eine vom gesetzlichen Regelfall abweichende satzungsmäßige Einschränkung der freien Übertragbarkeit der GmbH-Anteile im eigentlichen GmbH-Vertrag (vgl. dazu § 12 Ziff. 7 und § 20 des Konsortialvertrags sowie die Zustimmung der Gesellschafterversammlung „mit allen Stimmen“ unter III der notariellen Urkunde vom 22. März 2019). Derartige Zustimmungsvorbehalte sind gebräuchlich. Sie dienen im Ausgangspunkt dazu, unerwünschte personelle Veränderungen des Gesellschafterkreises zu verhindern (Busch, RNotZ 2020, 249, 267; MüKo-GmbHG/Weller/Reichert, 4. Auflage § 15 Rn. 362). Die Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung steht – was in dem von der Beschwerdeführerin eingeholten Rechtsgutachten von Prof. Dr. M. im Einzelnen ausgeführt wird – grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Berechtigten (vgl. dazu OLG Hamm, Urteil vom 6. April 2000 – 27 U 78/99, NZG 2000, 1185 unter II; Seibt in Scholz, GmbHG 13. Auflage § 15 Rn. 127; Schacht/Petersen, Beck'sches Handbuch der GmbH 6. Auflage § 13 Rn. 64; Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG 23. Auflage § 15 Rn. 46 m.w.N.). 112

(2) Es ist aber möglich, außerhalb des eigentlichen GmbH-Vertrags besondere vertragliche Bindungen einzugehen, aus denen sich die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zustimmung ergibt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Januar 1987 – 7 U 244/85, NJW-RR 1987, 732 unter B; Reichert, ZIP 2014, 1957, 1962). Bei § 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags handelt es sich um eine solche Vereinbarung. Aus ihr folgt eine Zustimmungspflicht der R-GmbH. 113

(a) Dafür spricht zunächst der Wortlaut des § 12. Nach diesem betrifft § 12 – was Ziff. 1 und 3 unzweideutig zu entnehmen ist – gerade (auch) den Fall der Veräußerung an Dritte. Im Weiteren heißt es in § 12 Ziff. 4, dass die Anteilseigner die gemäß § 1 Ziff. 3 erforderliche 114

Zustimmung zu erteilen „haben“, wenn das in § 12 Ziff. 1 und 2 vorgesehene zweistufige Verfahren, bestehend aus Andienung und Ermöglichung des Vorkaufs, eingehalten worden ist. Diese Formulierung spricht eindeutig und unmissverständlich für eine unbedingte, nicht unter dem Vorbehalt der Billigung des Kaufinteressenten stehende Zustimmungsverpflichtung. Die Erteilung der Zustimmung liegt danach gerade nicht im Ermessen der übrigen Gesellschafter.

Die gegenteilige Interpretation der Beschwerdeführerin findet im Wortlaut keine Stütze. 115
Soweit sie sich darauf beruft, dass die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts keinen Schluss auf eine Zustimmungspflicht nach Nichtausübung des Rechts erlaube (vgl. dazu OLG Hamm, Urteil vom 19. Juni 2023 – 8 U 177/22, NZG 2024, 443 Rn. 52), lässt sie unberücksichtigt, dass hier eine solche Verpflichtung positiv formuliert worden ist. Deren Eindeutigkeit ist auch nicht – anders als die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf das von ihr eingeholte Rechtsgutachten von Prof. Dr. M. (S. 13 f.) meint – deshalb zu bezweifeln, weil § 1 Ziff. 3 in § 12 Ziff. 4 ausdrücklich Erwähnung findet („die gemäß § 1 Ziff. 3 erforderliche Zustimmung“). Die Pflicht zur Erteilung der Zustimmung ist etwas anderes als eine bloße Verpflichtung zur Ermessensentscheidung. Die Nennung des § 1 Ziff. 3 ist in diesem Zusammenhang unzweideutig bloß zur Klarstellung, d.h. zum Zwecke der Gewährleistung eines verständlichen Textes erfolgt.

(b) Auch an anderer Stelle des Vertrags findet sich keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass den 116
Mitgesellschaftern im Fall der Nichtausübung der Übernahme- bzw. Vorkaufsrechte die Befugnis verbleiben soll, die Zustimmung generell oder zumindest aus bestimmten Gründen zu verweigern. Dieses Schweigen bestätigt die Richtigkeit des wortlautgetreuen Verständnisses des § 12 Ziff. 4.

Regelungen über die Beendigung eines Joint Venture und die Möglichkeit zur 117
Anteilsveräußerung sind regelmäßig wichtige Bestandteile des Joint Venture-Vertrags (vgl. Busch, RNotZ 2020, 249, 269; Khalilzadeh, GmbHR 2013, 232, 234; Fett/Spiering, Handbuch Joint Venture 2. Auflage 7. Kapitel Rn. 623). Joint Ventures sind zumeist auf eine strategische und enge Zusammenarbeit ausgerichtet, so dass die Beteiligten in aller Regel nicht wünschen, dass einer von ihnen seine Beteiligung ganz oder teilweise frei veräußern kann (Busch aaO). Dies hat im Grundsatz auch Niederschlag im hier maßgeblichen Konsortialvertrag gefunden (siehe etwa § 1 Ziff. 3 sowie die Vorgaben zur einstimmigen Beschlussfassung).

Es kommen jedoch eine Vielzahl an Gestaltungsoptionen in Betracht, mit denen in 118
unterschiedlicher Intensität und auf unterschiedliche Weise dem bezeichneten Interesse Rechnung getragen wird. So ist etwa denkbar, eine Andienungspflicht oder ein Vorkaufsrecht vorzusehen, dem Bestandsgesellschafter aber für den Fall der Nichtausübung seines Rechts gleichwohl die Befugnis einzuräumen, die Zustimmung zur Anteilsveräußerung nach pflichtgemäßen Ermessen oder aus bestimmten Gründen zu versagen (Blasche, NZG 2016, 173, 175; siehe ferner zur Verknüpfung von Vorkaufs- und Mitveräußerungsrecht Göthel, BB 2014, 1475, 1477; Wittneben, ZfIR 2009, 846, 851 f.). Eine solche Vereinbarung enthielt derjenige Konsortialvertrag, der vom Oberlandesgericht Stuttgart in dessen Urteil vom 22. Juli 2024 (1 U 10/24) zu prüfen war („Machen die GmbH-Gesellschafter von dem Andienungsangebot ... keinen Gebrauch, kann jeder GmbH-Gesellschafter die Zustimmung ... versagen oder kann diese an die Einräumung eines Vorkaufsrechts ... knüpfen“). Ebenso ist es aber möglich, eine Zustimmungsverpflichtung für den Fall der Nichtausübung eines Vorerwerbs- bzw. Vorkaufsrechts zu vereinbaren (siehe Blasche aaO; Busch aaO; Kinzl, Gesellschaftervereinbarungen 1. Auflage § 98 Rn. 20; Drinnhausen in Münchener Handbuch

des Gesellschaftsrechts Band 6 5. Auflage § 38 Rn. 56; Wirbel aaO Band 1 6. Auflage § 54 Rn. 54). Die Differenzierung zwischen unbedingten und eingeschränkten Zustimmungspflichten bei Nichtausübung von Vorerwerbs- (bzw. Übernahme-) oder Vorkaufsrechten ist somit kein Novum, sondern in der Vertragsgestaltungspraxis bekannt. Ihre Unterschiede können nicht mittels eines pauschalen Hinweises auf eine „closed-shop-Strategie“ nivelliert werden. Vielmehr wird von den Gestaltungsoptionen gerade wegen der Bedeutung und Auswirkungen einer Anteilsveräußerung mit Bedacht Gebrauch gemacht. Mithin ist zu erwarten, dass die Parteien des Konsortialvertrags, wenn eine unbedingte Zustimmungspflicht ihrem Willen widersprochen hätte, auf Formulierungen verzichtet hätten, denen unzweideutig eine solche strikte Verpflichtung zu entnehmen ist.

(c) Die wortlautgetreue Interpretation des § 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags entspricht 119
entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch den Grundsätzen interessen- und folgenorientierter Auslegung.

Mit der Vereinbarung in § 12 und insbesondere der darin vorgesehenen Zustimmungspflicht 120
erhalten die Konsorten bzw. Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, zu eigenen, d.h. selbständig ausgehandelten Bedingungen im Wege der Anteilsübertragung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Sie sind mithin nicht auf eine Kündigung angewiesen oder gar zu einem dauerhaften Verbleib in der Gesellschaft gezwungen, wenn eine Anteilsveräußerung an einen Dritten von den übrigen Bestandsgesellschaftern abgelehnt wird. Diese haben ihrerseits grundsätzlich nicht zu besorgen, dass ihnen eine ungewollte, etwa für ihren Beteiligungswert nachteilige Entscheidung aufgezwungen wird. Nach dem in § 12 vorgesehenen Procedere steht es ihnen vielmehr frei, durch den Gebrauch der darin vorgesehenen Rechte unerwünschte Veränderungen des Gesellschafterkreises zu verhindern. In diesem Zuge können sie insbesondere eingehend würdigen, ob mögliche oder feststehende Dritte als Mitgesellschafter geeignet wären. Die wortlautgetreue Auslegung des § 12 Ziff. 4 ist somit auch nicht unvereinbar mit der von der Beschwerdeführerin hervorgehobenen personalistischen Struktur der Gesellschaft, sondern hat lediglich eine – in der Vertragsgestaltungspraxis bekannte – partielle Zuweisung des Risikos des Eintritts eines unerwünschten Dritten nach Nichtausübung des Vorerwerbs- bzw. Vorkaufsrechts zur Folge (vgl. Blasche, NZG 2016, 173, 175; Göthel in ders., Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen 5. Auflage Teil III § 39 Rn. 43). Ebenso wenig führt die bezeichnete Auslegung zur Funktionslosigkeit des § 1 Ziff. 3 (oder des Textteils in § 12 Ziff. 4, der auf § 1 Ziff. 3 Bezug nimmt). Denn der Zustimmungsvorbehalt nach § 1 Ziff. 3 bildet die konsortialvertragliche Grundlage für die Einschränkung der (dinglichen) Verfügungsbefugnis, gewährleistet die Einhaltung eines bestimmten Prozederes und hat damit unabhängig vom Eintritt der Zustimmungspflicht eine eigenständige Bedeutung.

(d) Es ist auch nicht festzustellen, dass ein Zustimmungsermessen der R-GmbH der „best 121
practice“ in der Mineralöl- und Raffinerieindustrie entspricht und selbst ein bloßer Hinweis auf diese Praxis in einem Konsortialvertrag nach dem übereinstimmenden branchenweiten Verständnis als überflüssig und unnötig anzusehen wäre. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Musterklausel 12.2.D.2. in dem Mustervertrag eines Dachverbands stützt, ist dies zur Darlegung einer entsprechenden Praxis schon nicht geeignet. Individuelle Abweichungen von Vertragsmustervorschlägen sind üblich.

(e) Schließlich lässt sich – anders als die Beschwerdeführerin meint – auch dem 122
Anteilskaufvertrag vom 8. Dezember 2023 kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass die Entscheidung über die Zustimmung nach § 1 Ziff. 3 trotz Nichtausübung des Übernahme-

bzw. Vorkaufsrechts noch im Ermessen der R-GmbH stehe. Dass die Erteilung der besagten Zustimmung laut des Vertrags vom 8. Dezember 2023 eine Bedingung für dessen Vollzug ist, besagt nicht, dass die S-GmbH von einem Entscheidungsspielraum ihrer Mitgesellschafter bzw. Konsortialvertragspartner ausgeht. Die entsprechende Vereinbarung trägt vielmehr dem Umstand Rechnung, dass die Wirksamkeit der Anteilsübertragung von der Zustimmung abhängt. Die im Weiteren vereinbarte Frist (Long Stop Date) hat den Zweck, den Transaktionsprozess einem strikten Zeitplan zu unterwerfen.

(3) An einer Zustimmungspflicht der R-GmbH fehlt es auch nicht aufgrund ihrer Ausübung des Vorkaufsrechts im Jahre 2021 und des daraufhin notariell beurkundeten Anteilskaufvertrags. Die R-GmbH kann (oder konnte) die Zustimmung nach § 1 Ziff. 3 und § 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags insbesondere nicht mit der Begründung verweigern, dass sie selbst einen Anspruch auf Anteilsübertragung habe. 123

Nach dem übereinstimmenden Verständnis der Beschwerdeführerin, der R-GmbH sowie der S-GmbH kann die R-GmbH aus ihrer Ausübung des Vorkaufsrechts und dem notariellen Vertrag vom 3. Dezember 2021 keine Rechte mehr herleiten. Dieser Kaufvertrag ist als rechtlich selbständiger Vertrag zustande gekommen, aber nicht vollzogen, sondern – wie die Beschwerdeführerin auf Seite 8 ihrer Replik vom 29. Juli 2024 selbst vorträgt – am 5. Dezember 2022 durch Erklärung der S-GmbH wirksam aufgelöst worden (vgl. dazu VG Berlin, Urteil vom 7. November 2023 – 4 K 536/22, juris Rn. 32). Die hier in Rede stehenden Zustimmungspflicht nach § 12 Ziff. 4 wird durch ihn mithin nicht in Frage gestellt. Entsprechendes gilt für etwaige schuldrechtliche Anteilsübertragungsansprüche der B-GmbH gegen die S-GmbH (siehe hierzu VG Berlin aaO Rn. 122). 124

(4) Der Antrag hat auch nicht wegen eines Überschreitens des im Vertrag zwischen der S-GmbH und der P-Raffinerie GmbH vereinbarten Long Stop Date Erfolg. 125

Sollte der Anteilskaufvertrag nicht weiter vollzogen werden, entfielen bereits das Rechtsschutzbedürfnis für den Beschwerdeantrag zu 1. Abgesehen davon ist aber auch auszuschließen, dass das bloße Überschreiten des ursprünglich maßgeblichen Datums (8. September 2024) zwangsläufig zur Auflösung des Kaufvertrags führt. Vielmehr ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin selbst in Bezug genommenen Vertragsübersicht die Möglichkeit einer einvernehmlichen Fristverlängerung. Zudem findet sich eine Regelung zur Fristverlängerung um drei Monate im Hinblick auf das Verfahren mit der B-GmbH, was die Beschwerdeführerin ebenfalls anerkennt (S. 74 ihrer Replik vom 29. Juli 2024). Die konsortialvertragliche Zustimmungspflicht wird danach durch das bloße Überschreiten des ursprünglich errechneten Long Stop Date nicht berührt. Für eine solche Akzessorietät der einmal entstandenen Pflicht fehlt jeder Anhaltspunkt. Hinzu kommt, dass dem besagten Dokument über den Anteilskaufvertrag zu entnehmen ist, dass mit Fristablauf ohnehin bloß ein kaufvertragliches Lösungsrecht entsteht. 126

(5) Der Eintritt der nach § 12 Ziff. 4 mit dem Ablauf der Ausübungsfrist verbundenen Rechtsfolge wurde auch nicht durch die an die S-GmbH gerichteten Erklärungen der Beschwerdeführerin und (mindestens) einer weiteren RPAO-Gesellschaft vom 18. März 2024 („actio pro socio“) verhindert. Erst recht ist der Fristablauf nicht gemäß § 17b Abs. 1 Satz 2 EnSiG unbeachtlich. 127

(a) Die besagten Erklärungen sind unerheblich. Dies folgt schon daraus, dass infolge der Anordnung der Treuhandverwaltung der bestimmende Einfluss der Beschwerdeführerin entfallen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. März 2023 – 8 A 2/22, juris Rn. 93; siehe auch von Rom, WM 2023, 2118, 2124 zum sogenannten Abspaltungsverbot). Im Verhältnis zur S- 128

GmbH kommt es auf das Handeln der Geschäftsführung der R-GmbH an.

(b) Der für die Zustimmungspflicht maßgebliche Fristablauf ist auch nicht gemäß § 17b Abs. 1 Satz 2 EnSiG unwirksam oder unbeachtlich. 129

Der Fristablauf und die daran anknüpfende Zustimmungspflicht stellen keine Übertragung von Vermögensgegenständen im Sinne des § 17b Abs. 1 Satz 1 EnSiG dar, deren Wirksamkeit gemäß § 17b Abs. 1 Satz 2 EnSiG von dem Erlass eines zustimmenden Verwaltungsakts des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz abhinge. Die R-GmbH hat es (allenfalls) unterlassen, von der Möglichkeit eines Hinzuerwerbs Gebrauch zu machen. Die Rechtsfolgen dieses Verhaltens ergeben sich aus dem vor Anordnung der Treuhandverwaltung geschlossenen Konsortialvertrag. 130

dd) Auch eine zum Fortfall der Zustimmungspflicht (§ 12 Ziff. 4) führende ergänzende Auslegung des Konsortialvertrags kommt nicht in Betracht. 131

(1) Die ergänzende Vertragsauslegung setzt eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit voraus. Das ist dann der Fall, wenn die Vertragsparteien einen Punkt übersehen oder ihn bewusst offengelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2024 – XII ZB 385/23, juris Rn. 34). Dies kommt auch in § 19 Ziff. 2 des Konsortialvertrags zum Ausdruck. Von einer Regelungslücke kann jedoch nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrundeliegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre (BGH, Urteil vom 20. April 2017 – VII ZR 194/13, NJW 2017, 2025 Rn. 25). Besteht eine Lücke, so ist zunächst auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln, wie die Gesellschafter einen offen gebliebenen Punkt unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben geregelt hätten, wenn sie bei Abschluss des Vertrags an ihn gedacht hätten (BGH, Urteil vom 21. Oktober 1985 – II ZR 57/85, NJW-RR 1986, 256 unter I). Es ist mithin an die im Vertrag enthaltenen Regelungen und Wertungen anzuknüpfen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 2. März 2012 – V ZR 159/11, juris Rn. 10). 132

(2) Danach dürfte es bereits an einer Regelungslücke fehlen. 133

Zwar haben die Vertragspartner des Konsortialvertrags bei dessen Abschluss im Jahre 2019 nicht konkret vorhergesehen, dass infolge der Anordnung der Treuhandverwaltung der bestimmende Einfluss der Beschwerdeführerin entfallen würde (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 14. März 2023 – 8 A 2/22, juris Rn. 93; von Rom, WM 2023, 2118, 2124), sie mithin nicht mehr dazu im Stande sein würde, als Alleingesellschafterin der R-GmbH intern über den Hinzuerwerb von Anteilen an der A-Raffinerie GmbH zu entscheiden. Ebenso wenig stellte sich bereits im Jahre 2019 die Frage, ob die Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. der eigentliche Anteilserwerb durch die R-GmbH aufgrund ihrer mittelbaren Beherrschung durch die russische Konzernmutter sanktionsrechtlich unzulässig sein könnte (zu Art. 5aa VO (EU) Nr. 833/2014 Schwendinger/Göcke, EuZW 2022, 499, 503; gegen eine solche weite Auslegung des Verbots Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Fragen und Antworten zu Russland-Sanktionen Nr. 36 [zuletzt geändert am 4. Oktober 2023]). Dementsprechend finden sich im Konsortialvertrag dazu auch keine ausdrücklichen Vereinbarungen. Daraus ergibt sich aber nicht eine Lückenhaftigkeit des Vertrags. 134

Dies ist offensichtlich, wenn die R-GmbH auch unter den vorgenannten veränderten Umständen rechtlich wie faktisch zum Vorkauf und dessen Vollzug im Stande gewesen sein sollte. Die Zustimmungspflicht steht nach dem Konsortialvertrag nicht unter dem Vorbehalt, dass sich die interne Entscheidung gegen einen Vorkauf als fehlerfrei erweist. Daran hat sich durch den „change-of-control“ in Gestalt der Treuhandverwaltung nichts geändert. Es fällt in den Risikobereich der Beschwerdeführerin, ob ein Vorkauf im Wissen um die drohende „prekäre Lage“ zu Unrecht abgelehnt wurde.

Lückenhaft ist der Vertrag aber selbst dann nicht, wenn man zu Gunsten der Beschwerdeführerin unterstellt, dass der R-GmbH ein Vorkauf (insbesondere rechtlich) unmöglich gewesen sei (dies etwa aufgrund der unionsrechtlichen Sanktionen oder des gesetzlichen Ziels der Treuhandverwaltung). Denn die Konsorten bzw. Gesellschafter haben die Problematik des Unvermögens zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht übersehen, sondern hierzu ebenfalls eine Regelung getroffen. Indem die Zustimmungspflicht im Sinne von § 12 Ziff. 4 unbedingt formuliert, also nicht die Möglichkeit eröffnet worden ist, bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts etwa noch einwenden zu können, dass beachtliche Gründe gegen den Dritten sprächen, haben sie insoweit das potentielle Interesse eines Anteilseigners an einem Ausscheiden im Wege der Anteilsübertragung höher gewichtet als das Interesse der übrigen Anteilseigner, eine Veräußerung auch ohne Herbeiführung des Vorkaufsfalles unterbinden zu können. Hiermit haben sie sich gegen eine – gerade für den Fall des Unvermögens zur Ausübung des Vorkaufsrechts bedeutsame – Einschränkung der Zustimmungspflicht (vgl. dazu Blasche, NZG 2016, 173, 175) entschieden. Dem Vorkaufsberechtigten ist insoweit das Risiko des Eintritts eines unerwünschten Dritten zugewiesen worden und dies zu einem Zeitpunkt, als RPAO immerhin schon in der VO (EU) Nr. 833/2014 aufgeführt war (vgl. Anhang VI der VO (EU) Nr. 833/2014 in der vor Abschluss des Konsortialvertrags zuletzt durch die VO (EU) 2017/2212 geänderten Fassung). 136

Mit dieser Risikozuweisung ist auch weiterhin eine angemessene, interessengerechte Lösung zu erzielen. Es verbleiben hinreichende Reaktionsmöglichkeiten. So waren und sind weder die Beschwerdeführerin noch die R-GmbH zu einem (mittelbaren oder unmittelbaren) Verbleib in der A-Raffinerie GmbH mit einem veränderten Gesellschafterbestand gezwungen. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin trotz Treuhandanordnung das Recht, über ihre Beteiligung zu verfügen (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. März 2023 – 8 A 2/22, juris Rn. 36; BT-Drucks. 20/1501, S. 36), zumal eine Transaktion zur (mittelbaren) Abwicklung eines Gemeinschaftsunternehmens (jedenfalls derzeit) auch sanktionsrechtlich offensichtlich unbedenklich wäre (vgl. Art. 5aa Abs. 3 VO (EU) Nr. 833/2014). Der nach dem Konsortialvertrag vorkaufsberechtigte R-GmbH war und ist eine Veräußerung ihrer Anteile an der A-Raffinerie GmbH ebenfalls nicht unmöglich. Zwar ist die Übertragung von Vermögensgegenständen, zu denen Anteile an abhängigen Unternehmen zählen (BT-Drucks. aaO), nicht generell, sondern lediglich „im Einzelfall vom Umfang der Treuhandverwaltung gedeckt“ (BT-Drucks. aaO; vgl. auch BT-Drucks. 20/5993, S. 11). Dies richtet sich grundsätzlich nach den Vorgaben des § 17 Abs. 5 Satz 2 EnSiG oder des § 17b EnSiG. Auf diese gesetzlichen Voraussetzungen käme es nach Sinn und Zweck der Treuhandverwaltung aber nicht an, wenn die Anteilsübertragung und damit die (teilweise) Aufgabe der Betreiberstellung im Sinne des § 17 Abs. 1 EnSiG dem Willen der Beschwerdeführerin entspräche und von der Bundesnetzagentur als unbedenklich gebilligt würde. 137

(3) Selbst wenn aber – wie im Senatsbeschluss vom 18. April 2024 angenommen – von einer Regelungslücke auszugehen sein sollte, führte dies nicht dazu, dass die Zustimmungspflicht nach § 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags entfiel oder zumindest die dafür maßgebliche Frist 138

zur Ausübung des Vorkaufsrechts noch liefe. Eine solche Lückenschließung kommt nicht in Betracht. Die Konsortialvertragspartner hätten eine solche Vereinbarung bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben nicht getroffen.

Wenn – wie hier – verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung einer (gedachten) vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen, kann eine ergänzende Vertragsauslegung nur erfolgen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, welche dieser Regelungen die Parteien getroffen hätten (BGH, Urteil vom 6. April 2009 – II ZR 255/08, NJW 2009, 1962 Rn. 36). Danach kommt ein Fortfall der Zustimmungspflicht nicht in Betracht. Dies hätte zur Folge, dass eine zentrale vertragliche Wertung aufgrund eines der Sphäre der R.GmbH zuzuordnenden Umstands in ihr Gegenteil verkehrt würde. Zum einen würde der S-GmbH so das vertraglich ausdrücklich vorgesehene Ausscheiden aus der A-Raffinerie GmbH im Wege der Anteilsübertragung erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht, obwohl nach Anordnung der Treuhandverwaltung ein gesteigertes Bedürfnis für eine solche Veräußerung bestehen kann. Zum anderen erlangten die R-GmbH und mittelbar die Beschwerdeführerin infolge der nach Maßgabe des § 17 Abs. 7 EnSiG ausgleichspflichtigen Treuhandverwaltung eine Blockadebefugnis ohne Rücksicht darauf, dass sie zum (mittelbaren) Verbleib in der A-Raffinerie GmbH nicht gezwungen sind, sondern allenfalls – rechtlich oder faktisch – an einem (mittelbaren) Hinzuerwerb von Anteilen an der A-Raffinerie GmbH gehindert sind. Eine Schließung der – gedachten – Vertragslücke durch Fortfall der Zustimmungspflicht stellte deshalb keinen redlichen Interessenausgleich, sondern eine einseitige Begünstigung der R-GmbH (und mittelbar der Beschwerdeführerin) dar. Entsprechendes gilt für eine etwaige Verlängerung der für § 12 Ziff. 4 maßgeblichen Ausübungsfrist. Eine solche Verlängerung, deren Umfang weder ex-ante noch anhand des konkreten Ablaufs verlässlich umgrenzt werden könnte, ist der S-GmbH nach Treu und Glauben nicht zuzumuten. Dem hypothetischen Parteiwillen hätte es allenfalls entsprochen, der R-GmbH über die in § 12 beschriebenen Befugnisse hinaus das Recht zur Benennung eines den Vorkauf fristgerecht erklärenden Dritten einzuräumen. Aber auch von einem solchen – unterstellten – Recht ist kein Gebrauch gemacht worden.

ee) Die Zustimmungspflicht nach § 12 Ziff. 4 entfällt auch nicht deshalb, weil die S-GmbH nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin mit der P-Raffinerie GmbH (bzw. der P-Gruppe) einen ungeeigneten Erwerber vorgeschlagen habe. Die S-GmbH verstößt nicht gegen ihre Treupflicht, indem sie sich auf die Zustimmungspflicht beruft.

(1) Der Inhalt der Treupflicht ist jeweils nach den Verhältnissen im konkreten Anwendungsfall zu bestimmen, wobei der Zweck der Gesellschaft, ihre Struktur, die Rechtsstellung der Gesellschafter und die Funktion des auszuübenden Rechts von Bedeutung sind (BGH, Beschluss vom 8. November 2022 – II ZR 91/21, DStR 2023, 777 Rn. 28). Ist ein Gesellschafter in der Anteilsveräußerung unbeschränkt, kann es etwa treuepflichtwidrig sein, den Anteil zum Schaden der Gesellschaft an einen Dritten abzutreten, um sich Nebenleistungspflichten zu entledigen, zu deren Erfüllung der Dritte ersichtlich nicht im Stande ist (vgl. Ulmer/Löbbe in Haber/Casper/Löbbe, GmbHG 3. Auflage § 3 Rn. 106). Zu einem personengesellschaftsrechtlichen Übertragungs- und Vererbungsrecht hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass hiervon nicht in einer für die Mitgesellschafter unzumutbaren Weise Gebrauch gemacht werden dürfe (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1981 – II ZR 200/80, juris Rn. 10; siehe auch KG, Urteil vom 29. August 2012 – 23 U 112/12, juris Rn. 27).

(2) Unter Anlegung dieser Maßstäbe kommt ein Entfallen der Zustimmungspflicht (§ 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags) auch unter Zugrundelegung der Tatsachen, aus denen die

Beschwerdeführerin auf die Nichteignung der P-Raffinerie GmbH schließt, nicht in Betracht.

(a) Der Senat verkennt nicht, dass mit dem Eintritt der P-Raffinerie GmbH Risiken verbunden sind. Die Beschwerdeführerin hat hierzu ausführlich vorgetragen und ihr Vorbringen insbesondere mit ihrer Replik vom 29. Juli 2024 vertieft. So ist etwa dem in der gutachterlichen Stellungnahme von MH angestellten „Vergleich mit S und anderen bedeutenden Marktteilnehmern“ zu entnehmen, dass wesentliche Kennzahlen der P-Gruppe (insbesondere: Verschuldungsgrad, Eigenkapitalquote, Zinsdeckungsgrad, Umsatzerlöse, Tankstellenanzahl und Ausgaben für Forschung und Entwicklung) teilweise deutlich von den Daten der anderen betrachteten Unternehmen abweichen. Die offenbar hohe Abhängigkeit von kurzfristigen Darlehen kann – bisweilen auch medial geäußerte – Zweifel an der Zukunftsfähigkeit wecken. Die beschriebene Belieferungsstruktur mag die Gefahr einer Nichterfüllung der konsortialvertraglich geschuldeten Verarbeitungspflicht nochmals steigern (siehe dazu etwa X-Gutachten, S. 13). Im Vergleich mit S sind zudem weitere Risiken zu identifizieren, etwa hinsichtlich der operativen Fähigkeit zur Durchführung einer geplanten Stilllegung (Turnaround), die in drei- oder fünfjährigen Intervallen zu erfolgen hat. Inwieweit die von der P-Gruppe bislang zur Bewältigung der Herausforderungen ergriffenen Maßnahmen ausreichen (vgl. MH-Gutachten, S. 12 f. und 15 f. zur Belieferung und Abnahme [Crude-Oil-Vertrag und Off-Take-Agreement]), ist diskutabel. In der Gesamtschau mag es danach vertretbar sein, die Fähigkeit der P-Gruppe zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Kontinuität und Erfüllung ihrer Lieferverpflichtungen als fragwürdig zu bewerten, an ihrer Bereitschaft zur Umsetzung zukünftiger Investitionsvorhaben zu zweifeln oder gar die Möglichkeit eines finanziellen Zusammenbruchs zu bejahen (siehe dazu im Einzelnen etwa X-Gutachten, S. 21: „deutet darauf hin, dass die P auf einem wackeligen Fundament steht, das auf Dauer nicht tragfähig ist“).

(b) Das bloße Risiko, dass in der Person des Eintretenden Gründe entstehen könnten, die seine Ausschließung rechtfertigen würden, führt jedoch nicht zur Unzumutbarkeit des Gesellschafterwechsels (vgl. KG, Urteil vom 29. August 2012 – 23 U 112/12, juris Rn. 27). Um derartige Risiken geht es hier. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf eine Vielzahl an Gefahren, deren Verwirklichung von weiteren Faktoren – etwa des Endes der derzeitigen Wachstumsentwicklung (siehe X-Gutachten, S. 9), dem Ausfall von Beschaffungsquellen oder der Uneinigkeit mit Lieferanten (aaO S.13), der Nichtverlängerung der wichtigsten kurzfristigen Finanzierung (MH-Gutachten, S. 3) sowie der Nichtbewältigung weiterer Herausforderungen [z.B. Hinzugewinnung von Personal und Ressourcen, Meisterung des Margendrucks]) – abhängig ist.

Unzumutbar ist der Eintritt der P-Raffinerie GmbH auch dann nicht, wenn – wie etwa im X-Gutachten z.B. in Bezug auf Investitionsverpflichtungen angenommen (S. 1 f.) – eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Nichterfüllung von Pflichten bestehen sollte. Dem steht entgegen, dass der Konsortialvertrag hinsichtlich des Risikos des Eintritts eines (möglicherweise) ungeeigneten Mitgeschafters eine besondere Ausprägung erfahren hat (zu diesem Gesichtspunkt siehe BGH, Urteil vom 14. Dezember 1981 – II ZR 200/80, juris Rn. 12). Die Konsorten bzw. Gesellschafter sind, indem sie in § 12 des Konsortialvertrags ein detailliertes Procedere für den Fall der Anteilsveräußerung vorgesehen haben, dem Veräußerungsentschluss eines Mitgeschafters nicht ausgeliefert, sondern können durch Ausübung des Übernahme- bzw. Vorkaufsrechts ihre Interessen wahren. Hiermit sind sie im Stande, eine Eigentümerstruktur sicherzustellen, die aus ihrer Sicht gewährleistet, dass die Raffinerie – auch im Hinblick auf einen generell in der Branche erwarteten Absatzrückgang (MH-Gutachten, S. 15) – „überleben“ werde (siehe die aaO S. 55 mit Fn. 76 zitierte Auffassung „führender Experten“). Unterbleibt ein Vorerwerb oder Vorkauf, haben die in der

A-Raffinerie GmbH verbleibenden Bestandsgesellschafter den Eintritt des Dritten hingegen gemäß § 12 Ziff. 4 des Konsortialvertrags hinzunehmen. Mit dieser vertraglichen Konzeption ist es nicht vereinbar, die Zustimmungspflicht wegen einer vermeintlichen Treuepflichtverletzung der S-GmbH bei ihrer Auswahl des Käufers in Frage zu stellen und dabei – was die Beschwerdeführerin der Sache nach einfordert – Kriterien anzulegen, die regelmäßig nur von den wenigen „etablierten Akteuren“ der Branche, d.h. dem S-Konzern vergleichbaren Unternehmen, erfüllt werden.

Im Übrigen kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin (bzw. die R-GmbH) im Jahre 2021 bereits den Eintritt der B-GmbH abgelehnt hatte und sich der Kreis potentieller Erwerbsinteressenten seit Beginn des Ukraine-Krieges und Anordnung der Treuhandverwaltung jedenfalls nicht vergrößert hat. Legte man die von der Beschwerdeführerin aufgestellten Kriterien an, wäre das – unter den veränderten Umständen im Zweifel gesteigerte – Interesse der S-GmbH an einer Anteilsveräußerung kaum noch durchsetzbar, obwohl dieses Interesse konsortialvertraglich anerkannt ist, das entsprechende Verfahren eingehalten wurde, die beschriebenen Risiken seitens der Bundesnetzagentur und der R-GmbH zumindest im Kern identifiziert wurden und ein Vorkauf durch die R-GmbH (und die dritte Beteiligungsgesellschaft) aus Gründen unterblieben ist, die ihrer Sphäre zuzurechnen sind. 146

(c) Treuwidrig handelt die S-GmbH schließlich auch nicht deshalb, weil sie in anderer Sache selbst gerichtlich darauf hingewirkt hat, den Eintritt eines Dritten in eine Gesellschaft aufgrund von Zweifeln an dessen Eignung zu verhindern (siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 22. Juli 2024 – 1 U 10/24). Sie hat dort lediglich von einer vertraglich vorgesehenen Befugnis Gebrauch gemacht, welche der R-GmbH nach dem hier maßgeblichen Konsortialvertrag hingegen nicht zusteht. 147

c) Ob die Entscheidung der R-GmbH und der Bundesnetzagentur, von der Ausübung des Vorkaufsrechts abzusehen, rechtskonform war (was aus Sicht des Senats durchaus naheliegt), ist nicht entscheidungserheblich. 148

aa) Die Zustimmungspflicht der R-GmbH im Verhältnis zur S-GmbH besteht unabhängig davon, ob der Entschluss zur Nichtausübung des Vorkaufsrechts ordnungsgemäß getroffen worden ist oder sogar rechtlich vorgegeben war. Jedenfalls infolge dieser Zustimmungspflicht steht der Beschwerdeführerin der geltend gemachte Anspruch nicht zu. Sie hat und hatte während der Treuhandverwaltung kein subjektives Recht auf Anweisung der R-GmbH zum Vertragsbruch. 149

bb) Ein solches Recht folgt auch nicht aus der Erklärung in § 5 Satz 8 der Prozessvereinbarung, der „Bund“ werde „den Verkaufsprozess im Rahmen des geltenden Rechts in angemessener Weise unterstützen“. Dies verpflichtet die Bundesnetzagentur nicht zur Vornahme der begehrten Anweisung. Für ein solches Verständnis gibt der Wortlaut des § 5 Satz 8 der Prozessvereinbarung nichts her. Derartiges folgt auch nicht aus den von der Beschwerdeführerin hierzu vorgelegten Unterlagen (insbesondere: Email vom 6. August 2023 sowie Schreiben vom 29. Dezember 2023). Ihnen ist lediglich zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin die Anteilsveräußerung an die P-Raffinerie GmbH ablehnt und einen Verkauf ihrer Beteiligung an der R-GmbH „unter Einbeziehung ihres Vorkaufsrechts“ anstrebt. Die besagte – teils weit vor Abschluss der Prozessvereinbarung stattgefundene – Korrespondenz bietet keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das an der Prozessvereinbarung beteiligte Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz mit seiner schlichten Erklärung der „Unterstützungsabsicht“ zugesichert haben könnte, den Verkaufsprozess gerade in dem von der RPAO-Gruppe gewünschten Sinne, d.h. mit dem Ziel, einen sogenannten Paketdeal 150

über 91,67 % der Anteile abzuschließen, mit allen denkbaren Mitteln (auch nachgeordneter Behörden) und in größtmöglichem Umfang zu gewährleisten.

cc) Das Vorgesagte gilt entsprechend für die weitere Prozessvereinbarung vom 16. August 2024. Sie beschränkt sich – soweit von Interesse – auf Verpflichtungen des Bundes des Inhalts, den von der Beschwerdeführerin initiierten Verkaufsprozess ernsthaft zu unterstützen, sich um die Beantwortung von Auskunftsbefehlen und die Konsultation zu bemühen und gegebenenfalls weitere Unterstützungsmaßnahmen zu erörtern. 151

dd) Eine „Neutralisierung“ des Verzichts auf die Ausübung des Vorkaufsrechts oder der Wirkungen des Ablaufs der in § 12 Ziff. 3 des Konsortialvertrags geregelten Frist kann die Beschwerdeführerin auch nicht gemäß § 678 BGB oder – was am Ehesten in Betracht käme – aufgrund eines entsprechenden Folgenbeseitigungsanspruchs verlangen. 152

(1) Wird jemand durch (schlichtes) öffentlich-rechtliches Handeln der Verwaltung in seinen Rechten verletzt, kann er fordern, dass diese die andauernden unmittelbaren Folgen ihres rechtswidrigen Vorgehens rückgängig macht. Dieser Anspruch auf Folgenbeseitigung ergänzt den allgemeinen Anspruch auf Abwehr- bzw. Unterlassung rechtswidrigen hoheitlichen Handelns. Die Ansprüche finden ihre Grundlage in den Grundrechten und dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (BVerwG, Urteil vom 29. Juli 2015 – 6 C 35/14, NVwZ 2016, 541 Rn. 8). Umstritten ist, inwiefern auch ein Unterlassen der Verwaltung zu einem rechtswidrigen Zustand führen kann (vgl. Voßkuhle/Kaiser, JuS 2012, 1079). Um ein solches Unterlassen in Gestalt einer Nichtanweisung zur fristgemäßen Ausübung des Vorkaufsrechts geht es hier, da ein einseitiger Verzicht, den die Beschwerdeführerin dem Schreiben vom 12. März 2024 offenbar entnimmt, rechtlich nicht möglich sein dürfte (hierzu BeckOK-BGB/Faust, § 463 Rn. 16 [Stand: 1. August 2024] m.w.N.). 153

(2) Ob ein derartiges Unterlassen grundsätzlich zur Folgenbeseitigung verpflichten kann, bedarf jedoch keiner Klärung. Denn Folgenbeseitigung durch Anweisung zur Nichtzustimmung nach § 1 Ziff. 3 kann die Beschwerdeführerin jedenfalls aus einem anderen Grund nicht beanspruchen. Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung entfällt, wenn der verpflichtete Rechtsträger nicht mehr die Rechtsmacht besitzt, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, was unter anderem der Fall ist, wenn der erstrebte Zustand nach der derzeitigen Rechtsordnung unzulässig ist (BVerwG, Urteil vom 26. August 1993 – 4 C 24/91, NVwZ 1994, 275 unter 2 b). Dies wäre hier der Fall. Die von der Beschwerdeführerin geforderte Anweisung zur Nichtzustimmung im Sinne von § 1 Ziff. 3 des Konsortialvertrags stellte eine Aufforderung zum Bruch des Konsortialvertrags dar. 154

Es kommt insoweit auch nicht in Betracht, die R-GmbH zum Zwecke der Abwehr einer vermeintlichen, hier von der Beschwerdeführerin behaupteten Gefahr für die Versorgungssicherheit zur Nichterteilung der Zustimmung zur Anteilsübertragung anzuweisen. Dies liefe auf eine vom Gesetz nicht vorgesehene mittelbare Treuhandverwaltung der S-GmbH hinaus. 155

d) Danach bestand und besteht weiterhin kein Anlass zur Beiziehung derjenigen Seiten bzw. Teile des Verwaltungsvorgangs, welche die Bundesnetzagentur zum Zwecke der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht offengelegt hat. Ebenso wenig war eine Anordnung der Offenlegung nach § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG zu treffen. 156

aa) Die Bundesnetzagentur hat dem Senat nach Aufforderung den aus ihrer Sicht um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Verwaltungsvorgang vorgelegt. Zahlreiche 157

Seiten hat sie zuvor vollständig entnommen. Die übermittelten Seiten weisen zum Teil Schwärzungen auf. Den Inhalt der fehlenden Seiten hat die Bundesnetzagentur in einer Übersicht umschrieben. Die Beschwerdeführerin hat dies beanstandet und Einsicht in den gesamten Vorgang, gegebenenfalls mit Schwärzungen, begehrt.

bb) Das Einsichtsrecht nach § 84 Abs. 2 EnWG betrifft jedoch insgesamt nur den bei Gericht vorhandenen Aktenbestand. Dies gilt auch für das im Absatz 2 des § 84 EnWG geregelte Einsichtsrecht in Akten anderer Stellen. Nur soweit sie dem Gericht tatsächlich vorliegen, findet § 84 Abs. 2 EnWG überhaupt Anwendung. Ein Anspruch auf Beiziehung von Akten folgt aus der Norm dagegen nicht (Senatsbeschluss vom 5. Juli 2021 – VI-3 Kart 612/19 [V], BeckRS 2021, 23413 Rn. 18). 158

cc) Für eine Beziehungsanordnung nach § 82 EnWG bestand und besteht weiterhin kein Anlass. 159

Aufzuklären sind solche Umstände, auf die es materiell-rechtlich ankommt (ebenso § 84 Abs. 2 Satz 4 EnWG). Das ist hinsichtlich der nicht vorgelegten oder geschwärzten Aktenbestandteile aber nicht der Fall. Die „Andienung Vorkaufsrecht“ (Seiten 2 bis 7 des insoweit nicht übermittelten Verwaltungsvorgangs) ist unstreitig. Die übrigen von der Übersendung ausgenommenen oder geschwärzten Aktenteile mögen für eine detaillierte Bewertung des Entschlusses zur Nichtausübung des Vorkaufsrechts von Bedeutung sein. Diese Tatsachen sind jedoch aufgrund der Zustimmungspflicht der R-GmbH nicht entscheidungserheblich. Deshalb bedarf es auch nicht der Beiziehung von Unterlagen, die lediglich der R-GmbH vorliegen mögen und aus denen sich nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin (Replik vom 29. Juli 2024, S. 26) ergeben soll, dass die „prekäre Lage“, in der sich die A-Raffinerie GmbH bei einem Eintritt der P wiederfinden würde, „wohl bekannt“ gewesen sei. 160

II. Die Anträge zu 2.1. (i) und (ii) bleiben ebenfalls erfolglos. 161

1. Über sie ist nach der gebotenen Auslegung (dazu Senatsbeschluss vom 5. Juli 2023 – VI-3 Kart 29/22 [V], juris Rn. 70 m.w.N.) in der Sache zu entscheiden. Sie sind nicht – was unzulässig sein könnte – alternativ, sondern kumulativ und unbedingt gestellt worden. Zwar sind sie ihrem Wortlaut nach („und/oder“) darauf gerichtet, sowohl den „Beitritt“ zum Konsortialvertrag als auch eine „befreiende Vertragsübernahme“ oder eines von beiden zu verhindern. Mit dieser Formulierung hat die Beschwerdeführerin aber lediglich der dynamischen, ihr teils unbekannten Sachverhaltsentwicklung im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung Rechnung tragen wollen, dies in Anlehnung an die Erklärungen, zu deren Abgabe die R-GmbH von der S-GmbH mit Schreiben vom 19. August 2024 aufgefordert worden ist. 162

2. Die Beschwerde ist aber auch insoweit unbegründet. 163

a) Nach § 12 Ziff. 2 des Konsortialvertrags ist ein Beitritt zum Konsortialvertrag Voraussetzung einer – wie hier – vertragsgemäßen Veräußerung. Unter anderem davon hängt die Zustimmungspflicht ab. Die Beschwerdeführerin kann daher nicht beanspruchen, dass ein solcher Beitritt der P-Raffinerie GmbH unterbunden wird. 164

b) Soweit die Beschwerdeführerin mit dem Antrag zu 2.1. (ii) die „befreiende Vertragsübernahme“ zu verhindern begehrt, wie sie im Schreiben der S-GmbH vom 19. August 2024 beschrieben wird, zeigt die Beschwerdeführerin schon nicht auf, dass die entsprechende Forderung der S-GmbH konsortialvertragswidrig sei. Dafür bestehen auch 165

sonst keine Anhaltspunkte. Der Terminus „befreiende Übernahme“ ist im hier maßgeblichen Zusammenhang üblich (vgl. dazu Fett/Spiering, Handbuch Joint Venture 2. Auflage 7. Kapitel Rn. 625 und 650; Khalilzadeh, GmbHR 2013, 232, 238).

III. Die auf Widerruf von Zustimmungen gerichteten Anträge zu 2.2 und 2.3 (i) und (ii) sind ebenfalls zurückzuweisen. 166

1. Die Anträge sind unbedingt gestellt worden. 167

a) Der Senat ist nicht an den Antragswortlaut gebunden, der dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Widerruf von Zustimmungen „für den Fall“ einer bestimmten Situation innerhalb des Zustimmungsprozesses begehrt wird. Maßgeblich ist nicht (allein) der Wortlaut, sondern vielmehr das tatsächlich verfolgte Rechtsschutzbegehren (Senatsbeschluss vom 5. Juli 2023 – VI-3 Kart 29/22 [V], juris Rn. 70). 168

b) Danach ist der besagte Zusatz nicht als (zulässige) innerprozessuale oder (unzulässige) außerprozessuale Bedingung zu verstehen. Die Anträge sind vielmehr unbedingt gestellt worden. 169

Ein Vergleich mit dem Antrag zu 8 veranschaulicht, dass die Beschwerdeführerin eine Sachentscheidung über die Anträge zu 2.2 und 2.3 (i) und (ii) nicht für den Fall begehrt hat, dass der Senat im Zusammenhang mit dem Antrag zu 1 eine Rechtsfrage in einer bestimmten Weise beurteilt (was eine zulässige innerprozessuale Bedingung darstellte, siehe BAG, Urteil vom 15. November 2023 – 10 AZR 288/22, NZA 2024, 400 Rn. 18). Ebenso wenig hat die Beschwerdeführerin eine Sachentscheidung nur unter der Voraussetzung erstrebt, dass der Senat bestimmte taggenaue Tatsachenfeststellungen zum Willensbildungsprozess innerhalb der A-Raffinerie GmbH trifft. Vielmehr besteht ihr Rechtsschutzziel darin, angesichts einer dynamischen Sachverhaltsentwicklung, die sich für sie erst unmittelbar vor dem Verhandlungstermin abzeichnete, sämtliche denkbaren – aktuellen wie zukünftigen – Szenarien mit spezifizierten Anträgen, etwa gerichtet auf Widerruf der Zustimmung oder Erhebung einer Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklage (Anträge zu 3), zu erfassen. Dafür spricht zum einen die zu Protokoll erklärte punktuelle Umformulierung der Anträge, welche die Beschwerdeführerin kurz zuvor – dies noch in Unkenntnis des von der Bundesnetzagentur als Anlage zum Verhandlungsprotokoll gereichten Gesellschafterbeschlussdokuments – schriftlich vorbereitet hatte. So hat sie im Antrag zu 8 den Begriff „Hilfsanträge“ durch „Anträge“ ersetzt. Zum anderen ergibt sich der Wille zur unbedingten Antragsstellung aus dem Antrag zu 5, mit dem die Bundesnetzagentur insbesondere dazu verpflichtet werden soll, die Genehmigung von Erklärungen „von dritter Seite“ zu verhindern. Mit diesem ausdrücklich „kumulativ“ gestellten Antrag bezieht sich die Beschwerdeführerin einschränkungslos auf sämtliche Szenarien im Sinne der Anträge zu 2 und 3. 170

2. Die Beschwerde ist aber auch insoweit unbegründet. Fehlt und fehlte es an einem Anspruch auf Anweisung zur Nichterteilung der fraglichen Zustimmungen, kann die Beschwerdeführerin auch nicht die Vornahme von Maßnahmen beanspruchen, die auf deren Widerruf gerichtet sind. 171

IV. Auch die Anträge zu 3, über die aus den besagten Gründen ebenfalls eine Sachentscheidung zu treffen ist, sind zurückzuweisen. Sie sind wiederum unbegründet, weil die Beschwerdeführerin schon keinen Anspruch auf Anweisung zur Nichterteilung der Zustimmungen hat oder hatte. 172

V. Mit den Anträgen zu 4 bis 7 hat die Beschwerdeführerin ebenfalls keinen Erfolg.

1. Der Antrag zu 7 ist bereits unzulässig. Es fehlt an der Antragsbefugnis und jedenfalls am Rechtsschutzbedürfnis. Vereinbarungen über die Verlängerung des im Anteilskaufvertrag vorgesehenen Long Stop Date treffen die Vertragsparteien, d.h. die S-GmbH und die P-Raffinerie GmbH. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, welche „Zustimmungen, Mitwirkungen und/oder Vollzugshandlungen und/oder Willenserklärungen“ seitens der R-GmbH denkbar seien. 174

2. Die Anträge zu 4 bis 6 sind unbegründet. Ist der Eintritt der P-Raffinerie GmbH vertragskonform, ist es unbedenklich, wenn die R-GmbH „sonstige darauf gerichtete“ Erklärungen abgibt bzw. mitwirkt (Antrag zu 4) oder aber – wie offenbar von der S-GmbH ausweislich ihres Schreibens vom 19. August 2024 angedacht – entsprechende Erklärungen eines vollmachtlosen Vertreters genehmigt (Antrag zu 5). Erst recht besteht kein Anspruch auf Anweisung zur Beseitigung einer „etwaigen“ Rechtswirksamkeit oder eines „Rechtsscheins“ (Antrag zu 6). 175

V. Über den Antrag zu 8 ist keine Sachentscheidung zu treffen. Er ist unter einer Bedingung gestellt worden, die nicht eingetreten ist. Der Antrag wäre allerdings auch ohne Erfolg geblieben, wobei zu Gunsten der Beschwerdeführerin unterstellt wird, dass derartige Feststellungsanträge nach Sinn und Zweck der Rechtsschutzbestimmungen des EnSiG überhaupt statthaft sein können. 176

1. Sollte § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO entsprechend anwendbar sein (hiergegen für den Fall einer allgemeinen Leistungsklage VGH München, Beschluss vom 4. Februar 2020 – 11 ZB 19.1150, BeckRS 2020, 1230 Rn. 12 m.w.N.), hatte die Beschwerdeführerin im maßgeblichen Zeitpunkt, d.h. unmittelbar vor Eintritt des erledigenden Ereignisses (vgl. BVerwG, Urt. vom 4. Dezember 2014 – 4 C 33/13, NVwZ 2015, 986 Rn. 21), etwa der Freigabe vom 5. September 2024 oder aber einer Erteilung der Zustimmung durch Beschluss im Sinne von § 1 Nr. 3 des Konsortialvertrags, keinen Anspruch auf Anweisung zur Nichterteilung der Zustimmung. 177

2. Handelte es sich hingegen um einen auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichteten Antrag entsprechend § 43 VwGO, wäre er mangels Feststellungsinteresses unzulässig, soweit er sich auf die Sach- und Rechtslage vor Eintritt der Rechtshängigkeit beziehen sollte, und im Übrigen unbegründet. 178

a) Am 28. März 2024, d.h. im Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde, waren die R-GmbH und die dritte Beteiligungsgesellschaft wegen Ablaufs der Vorkaufsrechtsausübungsfrist bereits zur Zustimmung verpflichtet. Auf den Zeitpunkt der Einreichung des am 18. April 2024 beschiedenen Eilantrags kommt es – auch eingedenk des § 17b Abs. 1 Satz 2 GVG – nicht an. Die Beschwerde in der Hauptsache war mithin bereits bei Rechtshängigkeit unbegründet. 179

b) Soweit die Beschwerdeführerin ausweislich ihrer in das Verhandlungsprotokoll aufgenommenen Erläuterungen zum Feststellungsantrag, die unter anderem den Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts zum Gegenstand haben, wohl auch das Verhalten der Bundesnetzagentur vor Ablauf der konsortialvertraglichen Frist (§ 12 Ziff. 2) überprüft wissen will, wäre der Antrag unzulässig. 180

Ist die Erledigung bereits vor der Klageerhebung eingetreten, kann das berechtigte Interesse nicht auf die Absicht gestützt werden, einen Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess zu führen (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Januar 1989 – 8 C 30/87, juris Rn. 9; BeckOK-VwGO/Möstl, § 43 Rn. 25 [Stand: 1. Juli 2024]). Für eine Wiederholungsgefahr fehlt jeder 181

Anhaltspunkt. Dafür genügt nicht die von der Beschwerdeführerin zum Ausdruck gebrachte allgemeine Besorgnis, die Bundesnetzagentur könne sich in ihrer Rolle als Treuhänderin in anderem Zusammenhang erneut (vermeintlich) rechtswidrig verhalten. Es bedürfte vielmehr konkreter Anzeichen dafür, dass es abermals unter im Wesentlichen vergleichbaren Umständen zu einem von der Beschwerdeführerin missbilligten „Verzicht“ auf den Hinzuerwerb von Anteilen durch eine unter Treuhandverwaltung stehende Gesellschaft kommen könne. Dafür ist jedoch – auch unter Berücksichtigung des dem Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 22. Juli 2024 (1 U 10/24) zugrundeliegenden Sachverhalts – nichts ersichtlich.

C. 182

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 EnWG. Es entspricht der Billigkeit, der unterlegenen Beschwerdeführerin die Kosten des Beschwerde- und Eilverfahrens (vgl. dazu Laubenstein/Bourazeri in Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG 4. Auflage § 77 Rn. 21) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. 183

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Maßgeblich ist das wirtschaftliche Interesse. Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, dass der Wertverlust ihres Anteils im Fall eines Eintritts der P höher als ... Millionen Euro sei (Replik vom 29. Juli 2024, S. 33). Im Schriftsatz vom 15. April 2024 (S. 28) hat sie die Möglichkeit noch (weitaus) größerer Schäden beschrieben (teils unter Einbeziehung weiterer Szenarien). Danach ist der Gegenstandswert auf ... Millionen Euro festzusetzen (§ 39 Abs. 2 GKG). Für eine Festsetzung des Werts auf lediglich ... Millionen Euro, wie von der Beschwerdeführerin in mündlicher Verhandlung angeregt, besteht kein Anlass. 184

D. 185

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert (§ 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG). 186

Rechtsmittelbelehrung: 187

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. Auf die Pflicht zur elektronischen Einreichung durch professionelle Einreicher/innen ab dem 1. Januar 2022 durch das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013, das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5. Juli 2017 und das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 5. Oktober 2021 wird hingewiesen. Die elektronische Form wird durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und auf einem zugelassenen elektronischen Übermittlungsweg gemäß § 4 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERRV) oder von ihr selbst auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, 188

§ 55a Abs. 4 VwGO eingereicht wird. Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und Übermittlungswegen sowie zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der ERRV in der jeweils gültigen Fassung. 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 Rechtsbeschwerde 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).
