



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az.: BK7-21-106

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Opt-In-Erklärung Wasserstoffnetze

gegenüber

ENERVIE Vernetzt GmbH, Lennestraße 2, 58507 Lüdenscheid, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Betroffene,

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

durch ihre Vorsitzende Barbie Kornelia Haller,

ihren Beisitzer Dr. Werner Schaller

und ihre Beisitzerin Dr. Antje Peters

am 01.02.2022 beschlossen:

Bundesnetzagentur für
Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen

Behördensitz: Bonn
Tulpenfeld 4
53113 Bonn
☎ 0228 14-0

Telefax Bonn
0228 14-8872

E-Mail
poststelle@bnetza.de
Internet
<http://www.bundesnetzagentur.de>

Bitte neue Bankverbindung beachten!
Bundeskasse Weiden
Dt. Bundesbank – Filiale Regensburg
BIC: MARKDEF1750
IBAN: DE08 7500 0000 0075 0010 07

1. Es wird festgestellt, dass die Wasserstoffnetze der Betroffenen der Regulierung nach Teil 3 Abschnitt 3b EnWG unterfallen, wenn erstmalig eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit nach § 28p EnWG vorliegt.
2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

- 1 Das Verwaltungsverfahren betrifft die Feststellung der Gesetzeslage in Bezug auf die Regulierung der Wasserstoffnetze der Betroffenen nach Teil 3 Abschnitt 3b Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).
- 2 Mit dem Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht vom 16. Juli 2021, BGBl I. S. 3026, wurden Änderungen des EnWG sowie weiterer Gesetze und Rechtsverordnungen vorgenommen. Unter anderem wurde in Teil 3 EnWG der neue Abschnitt 3b „Regulierung von Wasserstoffnetzen“ eingefügt, dessen Vorschriften in §§ 28j bis 28q EnWG am 27. Juli 2021 in Kraft getreten sind. Die vorgenannten Vorschriften enthalten Bestimmungen, die auf eine Markthochlaufphase für reine Wasserstoffnetze ausgerichtet sind. Durch die besonderen Regelungen, die abschließend sind, soll der zügige und rechtssichere Einstieg in den schrittweisen Aufbau einer nationalen Wasserstoffnetzinfrastruktur ermöglicht und durch eine Regulierung begleitet werden. Die Regelungen sind als Übergangsregelungen für die Einstiegsphase zu verstehen und sollen gelten, bis zukünftige europäische Vorgaben umzusetzen sind. Sie dienen dem Ziel, von Beginn an wettbewerbliche Strukturen zu fördern und für die Marktteilnehmer einen vorhersehbaren und fairen Rechtsrahmen für den Geschäftsverkehr im Zusammenhang mit neuen Wasserstoffnetzen zu schaffen. Dabei soll es der Einschätzung der Betreiber von Wasserstoffnetzen überlassen bleiben, ob ihr Geschäftsmodell für den Aufbau einer entsprechenden Infrastruktur durch diesen Rechtsrahmen, der insbesondere einen diskriminierungsfreien Zugang potenzieller Nutzer absichert, unterstützt werden kann (vgl. zu den vorstehenden Ausführungen BR-Drs. 165/21, S. 136). Dementsprechend wird es den Betreibern von Wasserstoffnetzen gem. § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG freigestellt, ob sie sich durch entsprechende Erklärung der Regulierung unterwerfen wollen („Opt-In-Erklärung“).
- 3 Die Betroffene hat mit Schreiben vom 17.12.2021, das zunächst mit Email vom 20.12.2021 und später per Post im Original, zugegangen am 11.01.2022, übermittelt wurde, gegenüber der Beschlusskammer folgende Erklärung abgegeben: „(...) als Netzbetreiber im Raum Hagen und Märkischer Kreis erklären wir hiermit, dass unsere Wasserstoffnetze nach § 28j Abs. 3 EnWG der Regulierung nach Teil 3 Abschnitt 3b des EnWG unterfallen sollen.“
- 4 Eine Ad-hoc Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit von Wasserstoffnetzinfrastruktur nach § 28p EnWG wurde von der Betroffenen bislang nicht beantragt.
- 5 Die Beschlusskammer hat von Amts wegen am 22.12.2021 das Verfahren eingeleitet. Die Einleitung ist im Amtsblatt der Bundesnetzagentur (01/2022 vom 12.01.2022, Vfg- Nr. 5, S. 31) und auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden. Die Landesregulierungsbehörde NRW und das Bundeskartellamt sind über die Verfahrenseinleitung am 22.12.2021 informiert worden.

- 6 Mit Email vom 20.01.2022 ist der Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Eine Beteiligung der Landesregulierungsbehörde NRW und des Bundeskartellamts ist durch Übersendung des Beschlusssentwurfs am 21.01.2022 erfolgt.
- 7 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

- 8 Die Feststellung, dass die Wasserstoffnetze der Betroffenen der Regulierung nach Teil 3 Abschnitt 3b EnWG unterfallen, wenn erstmalig eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit nach § 28p EnWG vorliegt, ist formell und materiell rechtmäßig.

1. Rechtsgrundlage

- 9 Die Feststellung ergeht auf Grundlage von § 28j Abs. 3 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG.
- 10 Zwar enthält § 28j Abs. 3 EnWG keine ausdrückliche Befugnis zum Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes. Eine solche ergibt sich aber durch Auslegung. Gemäß § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG sind Opt-In-Erklärungen gegenüber der Bundesnetzagentur abzugeben. Daran anknüpfend regelt § 28j Abs. 3 S. 4 EnWG die Verpflichtung der Bundesnetzagentur, die Liste der regulierten Wasserstoffnetzbetreiber zu veröffentlichen. Angesichts dieser Veröffentlichungspflicht löst der Eingang einer Opt-In-Erklärung die behördliche Prüfung aus, ob die abgegebene Erklärung den gesetzlichen Anforderungen des § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG genügt und die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen gem. § 28j Abs. 3 S. 2 EnWG für eine wirksame Unterwerfung unter die Regulierung erfüllt sind. Die Feststellung, dass die Regulierung zur Anwendung kommt, erfolgt mit Außenwirkung spätestens einhergehend mit der Veröffentlichung der Liste der regulierten Wasserstoffnetzbetreiber, vgl. § 37 Abs. 2 S. 1 Var. 4 VwVfG. Nach Eingang einer Opt-In-Erklärung hat die Bundesnetzagentur daher gemäß § 28j Abs. 3 EnWG die Befugnis, festzustellen, dass bzw. unter welchen Voraussetzungen die Wasserstoffnetze des betreffenden Wasserstoffnetzbetreibers der Regulierung nach Teil 3 Abschnitt 3b EnWG unterfallen.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

- 11 Die Feststellung ist formell rechtmäßig.

2.1. Zuständigkeit

- 12 Die Bundesnetzagentur ist für die Feststellung gemäß § 28j Abs. 3 EnWG zuständig. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2.2. Anhörung der Betroffenen und Beteiligung weiterer Behörden

- 13 Der Betroffenen ist vor dem Erlass der Entscheidung gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

- 14 Die Beteiligung der Landesregulierungsbehörde NRW und des Bundeskartellamts ist im gebotenen Umfang erfolgt. Die Landesregulierungsbehörde ist gem. § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG am 22.12.2021 über die Einleitung des Verfahrens informiert worden, ebenso auch das Bundeskartellamt. Die förmliche Beteiligung der Landesregulierungsbehörde und des Bundeskartellamtes gem. § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG ist durch Übersendung des Beschlussentwurfs am 21.01.2022 mit Gelegenheit zur Stellungnahme erfolgt.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

- 15 Die Feststellung ist auch materiell rechtmäßig.

3.1. Abgabe der Opt-In-Erklärung gem. § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG

- 16 Die Betroffene hat eine Opt-In-Erklärung abgegeben, die den gesetzlichen Anforderungen des § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG in Form und Inhalt genügt. Die Erklärung ist der Beschlusskammer gem. § 130 BGB zugegangen.
- 17 Gem. § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG können Betreiber von Wasserstoffnetzen gegenüber der Bundesnetzagentur schriftlich oder durch Übermittlung in elektronischer Form erklären, dass ihre Wasserstoffnetze der Regulierung nach diesem Teil unterfallen sollen. Die Erklärung muss eindeutig sein und den Willen des Erklärenden zweifelsfrei erkennen lassen. Zudem muss die Erklärung inhaltlich ohne Bedingungen und Vorbehalte formuliert sein, vgl. BR-Drs. 165/21, S. 137.
- 18 Diesen Anforderungen wird die von der Betroffenen abgegebene Erklärung gerecht. Die Erklärung wurde zunächst als PDF-Dokument einer einfachen Email vom 20.12.2021 angehängt. Zusätzlich erfolgte per Post die Übersendung des Originals, das der Beschlusskammer am 11.01.2022 zugegangen ist. Jedenfalls mit der Übersendung des Originals per Post wurde das Schriftformerfordernis des § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG gewahrt. Die Erklärung ist von einem Geschäftsführer und einem Prokuristen der Betroffenen unterzeichnet, die laut Handelsregistereintrag gemeinsam vertretungsberechtigt sind. Die Erklärung ist inhaltlich eindeutig. Sie bringt zweifelsfrei den Willen der Betroffenen zum Ausdruck, dass ihre Wasserstoffnetze der Regulierung unterfallen sollen. Die Erklärung wurde ohne Einschränkung und vorbehaltlos abgegeben.
- 19 Die Opt-In-Erklärung der Betroffenen ist gemäß § 28j Abs. 3 S. 3 EnWG unwiderruflich und gilt ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit unbefristet für alle ihre Wasserstoffnetze.

3.2. Zur Wirksamkeit der Opt-In-Erklärung gem. § 28j Abs. 3 S. 2 EnWG

- 20 Die Opt-In-Erklärung der Betroffenen hat noch keine Wirksamkeit erlangt. Erst ab dem Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit führt sie zur Anwendung der Regulierung nach Teil 3 Abschnitt 3b EnWG, vgl. § 28j Abs. 3 S. 3 EnWG.

- 21 Nach § 28j Abs. 3 S. 2 EnWG hängt die Wirksamkeit einer Opt-In-Erklärung davon ab, dass erstmalig eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit nach § 28p EnWG vorliegt. Diese Voraussetzung ist bislang nicht erfüllt.
- 22 Nach Kenntnis der Beschlusskammer hat die Betroffene noch keinen Antrag auf Ad-hoc Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit von Wasserstoffnetzinfrastruktur gestellt. Dementsprechend liegt bislang weder eine positive Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Bedarfsgerechtigkeit im Sinne des § 28p Abs. 5 S. 1 EnWG vor, noch ist der Fall des § 28p Abs. 5 S. 2 EnWG eingetreten, dass nach Ablauf der viermonatigen Prüffrist auch ohne Entscheidung von einer Bedarfsgerechtigkeit auszugehen ist.

3.3. Ermessen

- 23 Die Beschlusskammer hat das ihr zustehende Aufgreifermessen fehlerfrei ausgeübt, vgl. § 40 VwVfG.
- 24 Die Beschlusskammer hat den Erhalt der Opt-In-Erklärung der Betroffenen zum Anlass genommen, das Verfahren einzuleiten. Die Feststellung in Tenorziffer 1 schafft Rechtsklarheit und Transparenz. Sie verdeutlicht gegenüber der Betroffenen, dass die von ihr abgegebene Opt-In-Erklärung den gesetzlichen Anforderungen des § 28j Abs. 3 S. 1 EnWG genügt. Zugleich zeigt sie auf, dass die Wasserstoffnetze der Betroffenen erst dann der Regulierung nach Teil 3 Abschnitt 3b des EnWG unterfallen, wenn die Opt-In-Erklärung gem. § 28j Abs. 3 S. 2 EnWG wirksam wird, also erstmalig eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit nach § 28p EnWG vorliegt.
- 25 Rechtliche Nachteile sind für die Betroffene mit der Feststellung nicht verbunden. Die Feststellung gibt lediglich die Rechtslage wieder, wie sie nach der rechtswirksamen Abgabe der Opt-In-Erklärung besteht. Eine darüber hinaus gehende Regelungswirkung entfaltet der Beschluss nicht. Insbesondere wird durch den Beschluss nicht angeordnet, dass bzw. unter welchen Voraussetzungen die Wasserstoffnetze der Betroffenen der Regulierung nach Teil 3 Abschnitt 3b EnWG unterfallen. Vielmehr wird lediglich die Gesetzeslage festgestellt, dass infolge der Opt-In-Erklärung der Betroffenen ihre Wasserstoffnetze der Regulierung unterfallen, wenn erstmalig eine positive Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit nach § 28p EnWG vorliegt.

4. Hinweis

- 26 Die Beschlusskammer weist darauf hin, dass sie die Betroffene gem. § 28j Abs. 3 S. 4 EnWG in die auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlichte Liste der regulierten Betreiber von Wasserstoffnetzen aufnehmen wird, sobald die Voraussetzungen des § 28j Abs. 3 S. 2 EnWG erfüllt sind.

5. Kosten (Tenorziffer 2)

- 27 Hinsichtlich der Kosten ergeht gegebenenfalls ein gesonderter Bescheid nach § 91 Abs. 1 Nr. 4 EnWG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

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

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

Barbie Kornelia Haller

Vorsitzende

Dr. Werner Schaller

Beisitzer

Dr. Antje Peters

Beisitzerin