



- Beschlusskammer 7 -

**Beschluss**

Az.: BK7-07-013

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Antrag auf Freistellung von der Regulierung

E.ON Ruhrgas AG, Huttropstraße 60, 45138 Essen, gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Redeker Sellner Dahs & Widmaier Rechtsanwälte, Rechtsanwalt Dr. Frank Hölscher, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn -

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

durch ihren Vorsitzenden Kurt Schmidt,  
ihren Beisitzer Christian Mielke  
und ihren Beisitzer Dr. Chris Mögelin

am 27.08.2007 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft einen Antrag auf Freistellung von der Regulierung nach § 28a EnWG. Die von der Antragstellerin beantragte Freistellung von der Anwendung der §§ 20 bis 28 EnWG betrifft geplante Leitungen für den Transport von Erdgas. Diese sollen dem Zweck dienen, die geplante Nord Stream-Leitung (so genannte „Ostseepipeline“) auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland fortzuführen.

Die Nord Stream-Leitung soll nach den bisherigen Planungen zwischen Vyborg (nördlich von Sankt Petersburg) und Greifswald durch die Ostsee (*Offshore*) verlaufen. Betreiberin und

Eigentümerin soll die Nord Stream AG sein, deren Mitaktionärin die Antragstellerin ist. Die Freistellung der Nord Stream-Leitung selbst ist von dem Antrag nicht umfasst

Ab dem Anlandepunkt Greifswald sollen die über die Nord Stream-Leitung importierten Gas-mengen durch mehrere Leitungen weiter transportiert werden. Hierzu gehören die Ostseepipeli-ne-Anbindungsleitung („OPAL“), die Norddeutsche Erdgasleitung („NEL“) und eine an die NEL anschließende Leitung zwischen Achim und Drohne („Leitung Achim–Drohne“). Auf diese drei Festlandleitungen (*Onshore*) bezieht sich der Freistellungsantrag:

- Die OPAL soll von Greifswald über Groß Köris bis Olbernhau an der tschechischen Grenze über eine Länge von ca. 480 km verlaufen. Sie soll im Bruchteilseigentum zwi-schen der Antragstellerin und der WINGAS GmbH stehen und von diesen anteilig finan-ziert werden. Die Kapazitätsrechte sollen den Eigentümern anteilig zur Eigennutzung o-der Drittvermarktung zur Verfügung stehen.
- Die NEL soll von Greifswald bis nach Achim über eine Länge von ca. 370 km verlaufen. Sie soll ebenfalls im Bruchteilseigentum zwischen der Antragstellerin und der WINGAS GmbH stehen, wobei sie ebenfalls von diesen anteilig genutzt und finanziert werden soll.
- Die Leitung Achim-Drohne soll ab dem NEL-Endpunkt über eine Länge von ca. 100 km bis nach Drohne verlaufen. Sie soll allein durch die Antragstellerin gebaut werden.

Für die vorliegend allein relevanten Bruchteilsanteile der Antragstellerin an der OPAL und der NEL soll nicht die Antragstellerin selbst, sondern die mit ihr verbundene E.ON Gastransport AG & Co. KG als Netzbetreiberin tätig werden. Diese soll ebenfalls die Leitung Achim–Drohne betreiben.

Die Antragstellerin trägt vor, für alle drei Leitungen stehe eine endgültige Investitionsentschei-dung noch aus. Die Freistellung der Onshore-Leitungen vom Regulierungsrahmen der §§ 20-28 EnWG sei für sie erforderlich, um die Projekte verwirklichen zu können.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Ostseepipeline-Anbindungsleitung („OPAL“) von Greifswald nach Olbernhau,
2. die Norddeutsche Erdgasleitung („NEL“) von Greifswald nach Achim und
3. die Leitung von Achim bis Drohne

für einen Zeitraum von 22 Jahren nach Aufnahme des Betriebes von der Anwendung der §§ 20 bis 28 EnWG freizustellen.

Nach Eingang des Antrags am 05.06.2007 hat die Beschlusskammer die Antragstellerin mit Schreiben vom 13.06.2007 darauf hingewiesen, dass der Freistellungsantrag voraussichtlich nur durch die spätere Betreiberin der geplanten Infrastrukturvorhaben gestellt werden könne. Da die

Antragstellerin nicht selbst als Betreiberin auftreten wolle, bestünden erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit des Antrags, so dass eine Antragsrücknahme anheim gestellt werde.

Mit Schreiben vom 10.07.2007 hat die Antragstellerin erklärt, ihren Antrag aufrecht zu erhalten. Sie ist der Ansicht, der Antrag nach § 28a EnWG könne auch von dem Unternehmen gestellt werden, das als Investor zukünftiger Eigentümer der freizustellenden Infrastruktur sei.

Das Bundeskartellamt hat zu dem am 20.08.2007 übersandten Entscheidungsentwurf wie folgt Stellung genommen:

Die rechtliche Einschätzung, dass der Antrag mangels Antragsbefugnis zurückzuweisen sei, werde geteilt. Eine ergänzende Stellungnahme sei nicht notwendig.

Es könne dahinstehen, ob bei der Zurückweisung eines Antrags nach § 28a EnWG als unzulässig lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme bestehe oder auch ein Einvernehmen nach § 48 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG erforderlich sei. Jedenfalls stelle die Beschlussabteilung das Einvernehmen für die Entscheidung her.

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

## II.

Die Anträge sind unzulässig und daher zurückzuweisen. Die Antragstellerin ist nach § 28a Abs. 3 S. 3 EnWG nicht antragsbefugt. Betroffenes Gasversorgungsunternehmen im Sinne dieser Vorschrift ist nur der Betreiber der späteren Infrastruktur, während bloße Eigentümer oder Investoren wie die Antragstellerin nicht antragsbefugt sind.

### 1. Allgemeine Verfahrensanforderungen

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende auf § 28a EnWG beruhende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 3 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

Gemäß § 58 EnWG ist das Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens beteiligt worden. Es kann dabei dahinstehen, ob bei der Zurückweisung eines Antrags nach § 28a EnWG als unzulässig lediglich Gelegenheit zur Stellungnahme besteht oder auch dann ein Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt nach § 58 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG erforderlich ist. Das Einvernehmen für Entscheidungen nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG muss nach § 58 Abs. 1 S. 1 EnWG lediglich bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG hergestellt werden, also hinsichtlich der Prüfung, ob durch die Investition der Wettbewerb bei der Gasversorgung und die Versorgungssicherheit verbessert werden. Das

Bundeskartellamt hat in seiner Stellungnahme vom 24.08.2007 jedenfalls auch das Einvernehmen hergestellt.

Neben dem Bundeskartellamt ist gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG grundsätzlich der nach Landesrecht zuständigen Behörde, in deren Bundesland der Sitz des betroffenen Netzbetreibers belegen ist, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Vorliegend fehlt es an den Voraussetzungen für ein solches Stellungnahmerecht. Da die Antragstellerin unter Zugrundelegung ihres eigenen Sachvortrags zwar von der Entscheidung betroffen, nicht aber Netzbetreiberin ist bzw. sein wird, fehlt es in Ansehung von § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG an einem von dem Verfahren betroffenen Netzbetreiber. Der Antrag auf Freistellung nach § 28a EnWG wurde weder durch die spätere Netzbetreiberin (die E.ON Gastransport AG & Co. KG) gestellt noch war diese sonst an dem Verfahren beteiligt.

## **2. Fehlende Antragsbefugnis**

Die Antragstellerin ist nach § 28a Abs. 3 S. 3 EnWG nicht antragsbefugt. Es handelt sich bei ihr zwar um ein Gasversorgungsunternehmen (siehe folgenden Abschnitt 2.1.), nicht aber um ein allein antragsbefugtes „betroffenes Gasversorgungsunternehmen“ im Sinne dieser Vorschrift (siehe folgenden Abschnitt 2.2.).

### **2.1. Antragstellerin ist Gasversorgungsunternehmen**

Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein Gasversorgungsunternehmen im Sinne von § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG. Der Begriff des „Gasversorgungsunternehmens“ ist im EnWG nicht definiert. § 3 Nr. 18 definiert jedoch den Oberbegriff „Energieversorgungsunternehmen“. Hierunter fallen natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen. Nach § 3 Nr. 14 EnWG gilt Gas als Energie, soweit es zur leitungsgebundenen Versorgung verwendet wird.

Dem Begriff des Gasversorgungsunternehmens unterfallen damit nicht nur Betreiber eines Gasversorgungsnetzes, sondern auch Gaslieferanten und Eigentümer von Gasversorgungsnetzen. Dass die Antragstellerin, die zu den größten europäischen Gaslieferanten gehört, als Gasversorgungsunternehmen einzustufen ist, unterliegt keinem Zweifel. Die in Bruchteilsgemeinschaft angestrebte Eigentümerposition führt ebenfalls dazu, dass die Antragstellerin als Gasversorgungsunternehmen einzuordnen ist.

### **2.2. Antragstellerin ist aber kein „betroffenes“ Gasversorgungsunternehmen**

Die Antragstellerin ist jedoch kein „betroffenes“ Gasversorgungsunternehmen gemäß § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG. Die Freistellungsentscheidung nach § 28a EnWG betrifft sie nicht in ihrem

eigenen Rechtskreis. Dies ist jedoch für die „Betroffenheit“ und damit für die Antragsbefugnis erforderlich.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bedarf es für die Antragsbefugnis nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG einer über die bloße wirtschaftliche Betroffenheit hinausgehenden rechtlichen Betroffenheit. Während der Wortlaut beide Deutungsmöglichkeiten zulässt, sprechen gesetzliche Systematik (siehe folgenden Abschnitt 2.2.1.), Sinn und Zweck der Vorschrift (siehe folgenden Abschnitt 2.2.2.) sowie eine historische Auslegung (siehe folgenden Abschnitt 2.2.3.) dafür, dass eine wirtschaftliche Betroffenheit für die Antragsbefugnis nicht ausreicht, sondern eine rechtliche Betroffenheit erforderlich ist. Dieses Ergebnis wird durch eine europarechtskonforme Auslegung gestützt (siehe folgenden Abschnitt 2.2.4). Die erforderliche rechtliche Betroffenheit kann die Antragstellerin jedoch nicht geltend machen (siehe folgenden Abschnitt 2.2.5).

### **2.2.1. Wörtliche und systematische Auslegung**

§ 28a Abs. 3 S.1 EnWG erfordert eine rechtliche Betroffenheit des antragstellenden Unternehmens. Allein der Wortlaut des § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG lässt bei isolierter Betrachtung offen, in welcher Weise das Gasversorgungsunternehmen „betroffen“ sein muss. Der weite Begriff der Betroffenheit erfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch sowohl eine wirtschaftliche als auch eine rechtliche Beziehung zum Verfahrensgegenstand. Eine engere Auslegung ist aber bereits aus systematischen Argumenten erforderlich.

(1) Dagegen, dass nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG eine wirtschaftliche Betroffenheit ausreicht, wie sie durch die Stellung als Eigentümer oder Investor vermittelt wird, spricht jedoch in systematischer Hinsicht vor allem die Abgrenzung des § 28a EnWG zu den Regelungen der § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG und § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG. Sowohl für die Antragsbefugnis im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht als auch bei der Beiladung zum Verfahren reicht es nach dem Gesetz ausdrücklich aus, dass die „Interessen“ des Antragstellers „berührt“ – nicht betroffen – werden. Dies deutet darauf hin, dass „betroffenes“ Unternehmen im Sinne von § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG nur das Unternehmen ist, dem die angestrebte Verbesserung seiner Rechte – nicht Interessen – zugute kommen soll. Dies ist, wie eingangs dargelegt, nur der spätere Netzbetreiber, der von den ihn treffenden Pflichten der §§ 20 bis 28 EnWG befreit würde, nicht aber der spätere Eigentümer oder Investor im Vorfeld der Investitionsentscheidung, der lediglich eine höhere oder risikofreie Rendite erstrebt.

Die Abgrenzung zwischen einer wirtschaftlichen Interessenberührung und einer rechtlichen Betroffenheit, die sich aus § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG und § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG ergibt, entspricht auch der Verwendung des Begriffs der Betroffenheit in gesetzlichen Vorschriften außerhalb des EnWG. So dient dieses Merkmal in gleicher Weise in § 41 Abs. 1 VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben ist, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, zur Abgrenzung. Nur wirtschaftliche oder ideelle Interessen begründen aber

keine Betroffenheit in diesem Sinne (P. Stelkens/ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Auflage, § 41 Rn. 37).

(2) Eine Freistellungsentscheidung nach § 28a EnWG berührt ausschließlich den Rechtskreis der Person, die die antragsgegenständliche Infrastruktur betreibt. Dies ergibt sich aus dem strikten Bezug der Freistellungsmöglichkeit des § 28a Abs. 1 EnWG auf die §§ 20 bis 28 EnWG. Soweit diese Vorschriften anknüpfend an ein besonderes Näheverhältnis zu einer Infrastruktur sachbezogene Pflichten begründen oder hierfür verfahrensrechtliche Voraussetzungen schaffen, beziehen sie sich ausnahmslos auf die Betreiber der jeweiligen Infrastruktur.

Beispielsweise richten sich § 20 Abs. 1 S. 1 und §§ 22 f. EnWG an „Betreiber von Energieversorgungsnetzen“, § 20 Abs. 1b S. 1 und 5 EnWG an „Betreiber von Gasversorgungsnetzen“, § 20 Abs. 1b S. 2 und 3 EnWG an „Netzbetreiber“, § 20 Abs. 1b S. 4 EnWG an „Betreiber eines Verteilnetzes“, § 20 Abs. 1b S. 8 EnWG an „Betreiber von über Netzkopplungspunkten verbundenen Netzen“, § 20 Abs. 1b S. 10 EnWG an Betreiber von Fernleitungsnetzen, § 20 Abs. 1b S. 11 EnWG an „Betreiber eines örtlichen Verteilernetzes“, § 21b Abs. 2 S. 6 an „Messstellenbetreiber und (...) Netzbetreiber“, § 27 S. 1 EnWG an „Betreiber von vorgelagerten Rohrleitungsnetzen“ und § 28 Abs. 1 S. 1 EnWG an „Betreiber von Speicheranlagen“. Sind damit nur die jeweiligen Betreiber verpflichtet, kommt auch nur ihnen die Freistellung von der Anwendung der §§ 20 bis 28 EnWG unmittelbar zugute.

(3) Dieser Befund wird zudem durch § 21a Abs. 5 S. 3 und 4 EnWG systematisch bestätigt. Diese Regelungen befassen sich mit Effizienzvorgaben im Rahmen der Anreizregulierung, zu denen nach § 21a Abs. 1 S. 1 EnWG Qualitätsvorgaben gehören. Nach § 21a Abs. 5 S. 3 EnWG können bei einem Verstoß gegen Qualitätsvorgaben die Obergrenzen zur Bestimmung der „Netzzugangsentgelte für ein Energieversorgungsunternehmen“ gesenkt werden. Dagegen müssen nach dem folgenden S. 4 Effizienzvorgaben so gestaltet sein, dass „der betroffene Netzbetreiber oder die betroffene Gruppe von Netzbetreibern“ die Vorgaben zumindest erreichen kann. Aus diesem Zusammenhang wird deutlich, dass es sich beim Begriff „Energieversorgungsunternehmen“ um eine bloße sprachliche Variation handelt, mit der keine Ausweitung über den Kreis der betroffenen Netzbetreiber hinaus erfolgen sollte. Dies ergibt sich auch bereits aus dem Sachzusammenhang der Bestimmung der Höhe von Netzzugangsentgelten, die nur einem Netzbetreiber gegenüber festgelegt werden können.

Hierfür spricht auch die Verordnungsermächtigung des § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 4 EnWG. Danach können Regelungen getroffen werden, unter welchen Voraussetzungen die Obergrenze bei der Anreizregulierung „auf Antrag des betroffenen Netzbetreibers“ abweichend vom Entwicklungspfad angepasst werden kann. Ein Antragsrecht der in § 21a Abs. 5 S. 3 EnWG genannten „Energieversorgungsunternehmen“ ist – sofern man hierin eine Ausweitung über den Kreis der Netzbetreiber hinaus sähe – danach gerade nicht vorgesehen.

Auch die Verordnungsermächtigung des § 24 EnWG, auf den § 28a EnWG hinsichtlich der Freistellung verweist, sieht in S. 1 Nr. 2 lediglich ein Antragsrecht „des Netzbetreibers“ vor. Dieses richtet sich auf eine Genehmigung der ggf. durch Rechtsverordnung festzulegenden Bedingungen oder Methoden, die den Netzzugang und die Netzentgelte betreffen. Die Verordnungsermächtigung enthält insoweit jedenfalls keine explizite Befugnis, Antragsrechte anderer Gasversorgungsunternehmen als der jeweiligen Netzbetreiber zu begründen.

(4) Für ihre gegenteilige Auffassung beruft sich die Antragstellerin in systematischer Hinsicht auf § 25 EnWG. Danach kann ein Gasversorgungsunternehmen, dem wegen unbedingter Zahlungsverpflichtungen ernsthafte wirtschaftliche und finanzielle Schwierigkeiten entstehen würden, den Netzzugang als nach § 20 Abs. 2 EnWG unzumutbar verweigern. Gemäß § 25 S. 2 EnWG entscheidet die Regulierungsbehörde „auf Antrag des betroffenen Gasversorgungsunternehmens“, ob diese Voraussetzungen vorliegen.

Bei dieser Vorschrift handelt es sich jedoch um eine Ausnahmeregelung, deren Rechtsgedanke nicht verallgemeinert werden kann. § 25 EnWG ermöglicht, dass Vertriebsinteressen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, dem der Netzbetreiber angehört, ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen als Grund für eine Zugangsverweigerung anerkannt werden. Das Grundprinzip der Entflechtung, das in den §§ 6 ff. EnWG im Detail seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, wird hier auf der materiellen Ebene des Verweigerungsgrundes ausnahmsweise durchbrochen, um ernsthaften wirtschaftlichen und finanziellen Schwierigkeiten des integrierten Unternehmens Rechnung zu tragen. Diese Ausweitung ist allenfalls deswegen berechtigt, weil die von § 25 EnWG erfassten Gaslieferverträge typischerweise vor einer rechtlichen Entflechtung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens geschlossen wurden. Da die Verpflichtungen hinsichtlich des Gasbezugs nach der Entflechtung beim Handel verbleiben, dieser die netzseitige Kapazitätssituation aber nicht mehr beeinflussen kann, kann eine von § 25 EnWG vorgesehene „externe“ Gestaltungsmöglichkeit im Hinblick auf den Netzzugang ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Eine Übertragung dieser Interessensituation auf § 28a EnWG ist aber nicht möglich, weil diese Norm allein auf die Gestaltung der zukünftigen Rechtslage ausgerichtet ist und nicht auf die Bewältigung von Problemen, die aus der Rechtslage in der Vergangenheit resultieren. Auch im Übrigen liegt eine vergleichbare Interessensituation im Vorfeld einer Investitionsentscheidung in den Fallgruppen des § 28a EnWG nicht vor.

Auf der verfahrensrechtlichen Ebene ist im Übrigen nicht klar, ob der Antrag nach § 25 EnWG tatsächlich vom Vertrieb, dessen wirtschaftliche Schwierigkeiten den Grund für die Zugangsverweigerung bilden, gestellt werden kann. Hierauf deutet zwar hin, dass sowohl § 25 S. 1 EnWG als auch § 25 S. 2 EnWG den Begriff des „Gasversorgungsunternehmens“ verwenden. Dies impliziert, dass es sich in beiden Fällen um dasselbe Unternehmen handelt. Andererseits verweist § 25 S. 1 EnWG auf § 20 Abs. 2 EnWG, wonach die „Betreiber von Energieversor-

gungsnetzen“ ggf. den Netzzugang verweigern können. Begünstigt durch eine Entscheidung nach § 25 S. 1 EnWG würde also der Netzbetreiber, nicht aber der Vertrieb, d.h. der Netzbetreiber dürfte bei einer antragsgemäßen Entscheidung den Drittzugang verweigern, ohne hierzu regulierungsrechtlich verpflichtet zu sein. Ob damit Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten, dass das wirtschaftliche Interesse des Vertriebes nicht nur materiell „durchschlägt“, sondern dem Vertrieb auch verfahrensrechtlich eine Antragsbefugnis zukommen soll, erscheint zweifelhaft. Dies gilt vor allem dann, wenn sich die Zugangsverweigerung nach § 20 Abs. 2 EnWG auf eine konkrete Zugangsanfrage eines Dritten bezieht. In diesem Fall ergibt sich zwar das Zugangsverweigerungsrecht aus der wirtschaftlichen Notlage des Vertriebs. Dieser wird jedoch regelmäßig von der konkreten Zugangsanfrage keine Kenntnis erlangen bzw. diese nicht auf zulässige Weise erlangen können. Es handelt sich hierbei um eine wirtschaftlich sensible Information, die das vertikal integrierte Unternehmen in Ausübung seiner Geschäftstätigkeit als Netzbetreiber erlangt hat und zu dessen vertraulicher Behandlung der Netzbetreiber – auch und gerade unternehmensintern – nach § 9 Abs. 1 EnWG verpflichtet ist. Auf welcher Informationsgrundlage der Vertrieb daher den Antrag nach § 25 S. 2 EnWG stellen soll, erschließt sich in diesem Fall nicht. Außerdem erscheint ein ausschließliches Antragsrecht des Netzbetreibers auch deshalb sinnvoll, weil nur er zur Gewährung des Netzzugangs verpflichtet ist und deshalb nur er auf eine rechtsverbindliche Entscheidung über die Berechtigung der Verweigerung des Zugangs angewiesen ist.

Letztlich kann dies dahinstehen, da es sich, wie oben dargelegt, bei § 25 EnWG um eine Sonderregelung handelt, deren Rechtsgedanke schon aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage nicht auf § 28a EnWG übertragen werden kann. Bei einer Übertragung des Rechtsgedankens des § 25 EnWG auf § 28a EnWG wäre überdies zu beachten, dass § 25 EnWG allenfalls Vertriebsunternehmen eine Antragsbefugnis einräumt, während die Antragstellerin ihre vermeintliche Antragsbefugnis bei § 28a EnWG aus ihrer Eigentümerstellung herleitet.

(5) Ebenfalls fehlt der rechtssystematische Hinweis der Antragstellerin auf das Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG, bei dem der Antrag auf Erteilung einer Genehmigung für den Bau bzw. Betrieb einer immissionsschutzrelevanten Anlage nicht nur von dem späteren Betreiber, sondern auch von demjenigen gestellt werden könne, der die Anlage errichte, um sie dem Betreiber zu überlassen.

Ein unmittelbarer Vergleich beider Vorschriften verbietet sich schon deshalb, weil § 10 BImSchG anders als § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG die Anforderungen an die Antragsbefugnis nicht konkretisiert. Während in § 10 BImSchG lediglich unspezifisch auf den „Antragsteller“ abgestellt wird, ist die Antragsbefugnis nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG gerade auf den Kreis der „betroffenen Gasversorgungsunternehmen“ beschränkt.

Zudem sind die Regelungsgegenstände sowie die Ziele und Zwecke der Rechtsnormen des § 10 BImSchG und § 28a EnWG grundsätzlich verschieden, so dass eine einfache Übertragung



von Rechtsfolgen weder angemessen noch sinnvoll erscheint. Während das Genehmigungsverfahren im Immissionsschutzrecht der Vermeidung und Verminderung schädlicher Umwelteinwirkungen oder anderer Gefährdungen der Allgemeinheit oder der Nachbarschaft dient, spielen Aspekte der ordnungsbehördlichen Gefahrenprävention im Verfahren nach § 28a EnWG keine Rolle. Bei § 28a EnWG stehen der Wettbewerb bei der Energieversorgung und die Versorgungssicherheit im Mittelpunkt des Verfahrens. Allein diese grundlegenden Unterschiede rechtfertigen eine andere Bewertung.

Schließlich bestimmt auf der untergesetzlichen Ebene § 2 Abs. 1 S. 1 der 9. BlmschV, dass der Antrag vom „Träger des Vorhabens“ zu stellen ist. Nach § 2 Abs. 1 S. 2 der 9. BlmschV kann Träger des Vorhabens auch sein, „wer nicht beabsichtigt, die Anlage zu errichten oder zu betreiben.“ Eine vergleichbare verordnungsrechtliche Vorschrift, die den Kreis der „betroffenen Gasversorgungsunternehmen“ nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG konkretisieren würde, existiert nicht. Aus § 2 Abs. 2 S. 2 der 9. BlmschV ergibt sich ferner, dass nicht nur der Errichter oder Betreiber der Anlage als Träger des Vorhabens antragsbefugt ist, sondern auch weitere Personen, die weder die Errichtung noch den Betrieb beabsichtigen. Mit dieser Regelung ist erkennbar eine Erweiterung der Antragsbefugnis über das übliche, durch § 10 BImSchG notwendige Mindestmaß hinaus bezweckt. § 2 Abs. 1 der 9. BlmschV kann daher insgesamt nicht als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstanden werden, nach welchem der Eigentümer oder Betreiber einer neuen Infrastruktur oder gar Dritte, die nicht beabsichtigen, eine dieser Funktionen auszufüllen, immer befugt wären, die Infrastruktur betreffende Genehmigungsanträge zu stellen. Hierfür ist vielmehr im Einzelfall auf die Schutzrichtung des jeweiligen Genehmigerfordernisses abzustellen, die bei § 28a EnWG nicht auf den Eigentümer, sondern auf den Betreiber zielt.

(6) Verfehlt ist schließlich der Einwand der Antragstellerin (unter Hinweis auf BVerwGE 48, 242, 247; 84, 11; P. Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, § 9 Rn. 143 ff.), die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung gehe bezüglich der Antragstellung von einem weiten Verständnis aus, wobei ein Bescheidungsinteresse nur dann fehle, wenn der Antragsteller aus Gründen, die jenseits des Verfahrensgegenstandes liegen, an einer Verwertung der begehrten Genehmigung gehindert und deshalb auch die Genehmigung ersichtlich nutzlos wäre.

Dieser Einwand zielt jedoch nicht auf die hier relevante Antragsbefugnis, sondern befasst sich mit den Voraussetzungen für ein Bescheidungsinteresse. Bei der Antragsbefugnis, die analog § 42 Abs. 2 VwGO zu bestimmen ist (P. Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, § 22 Rn. 63), geht es um die Frage, ob der Antragsteller die Durchsetzung oder Wahrung eigener Rechte, d.h. nicht nur der Rechte oder Interessen Dritter oder der Allgemeinheit verfolgt (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Auflage 2005, § 22 Rn. 43). Beim Bescheidungs- oder Sachentscheidungsinteresse, das dem Rechtsschutzinteresse im Verwal-

tungsprozess entspricht, geht es hingegen darum, ob der Antragsteller ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung der Behörde hat. Das Bescheidungsinteresse kann z.B. fehlen, wenn der Ausnutzung einer Genehmigung tatsächliche Gründe entgegenstehen, der erstrebte Erfolg auf anderem Weg einfacher zu erreichen oder die Inanspruchnahme des Verfahrens missbräuchlich ist (P. Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, § 9 Rn. 143 ff.). Auf das Bescheidungsinteresse kommt es vorliegend nicht an, da bereits die Antragsbefugnis fehlt.

### **2.2.2. Teleologische Auslegung**

Sinn und Zweck des § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG erfordern eine Eingrenzung des Kreises der antragsbefugten Unternehmen auf die Betreiber der Infrastrukturen.

(1) Der Zweck der Vorschrift besteht darin, stabile Rahmenbedingungen für Infrastrukturvorhaben zu schaffen, die unter dem allgemeinen Regulierungsregime der §§ 20 bis 28 EnWG nicht verwirklicht würden (vgl. BT Drs. 15/3917 vom 14.10.2004, S. 87). Hierdurch sollen sowohl eine Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung (vgl. § 28a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG) als auch der Versorgungssicherheit (vgl. § 28a Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 EnWG i.V.m. § 1 Abs. 2 EnWG) erzielt werden. Das latente Spannungsverhältnis, das zwischen diesen beiden Zielen besteht, soll durch eine befristete und ggf. mit weiteren Auflagen versehene Freistellung aufgelöst werden, indem der Betreiber vorübergehend von den ihn sonst treffenden Verpflichtungen entbunden wird. Für die Dauer der Ausnahme wird dem Investitionsinteresse unter Berücksichtigung des Investitionsrisikos (§ 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG) insoweit ein relativer Vorrang gegenüber dem Wettbewerbsinteresse eingeräumt, als die Ausnahme sich lediglich nicht nachteilig auf den Wettbewerb auswirken darf (§ 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG).

(2) Ist der Netzbetreiber nicht zugleich Eigentümer/Investor, sondern lediglich Pächter der Infrastruktur – andernfalls stellt sich die Frage der Antragsbefugnis nicht –, trifft zunächst ihn und nicht den Eigentümer das Investitionsrisiko. Der Eigentümer/Investor kann mit dem Netzbetreiber im Rahmen eines Pachtvertrages regelmäßige Zahlungen vereinbaren und trägt in diesem Fall lediglich das übliche Kreditrisiko. Hierbei kann er das wirtschaftlich relevante Insolvenzrisiko begrenzen, indem er sich – wie in anderen Wirtschaftszweigen üblich – von dem Netzbetreiber als Pächter Sicherheitsleistungen gewähren lässt. Das Gleiche gilt für dritte Investoren, die sich an der Projektfinanzierung beteiligen, ohne Miteigentum an der Infrastruktur zu erwerben.

Das spezifische „mit der Investition verbundene Risiko“ (§ 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG) lastet in diesem Fall allein auf dem Netzbetreiber. Gegenüber dem Eigentümer/Investor ist er zur Zahlung des regelmäßigen Pachtzinses verpflichtet, ohne die Kapazitäten der Infrastruktur unbeschränkt von den Vorgaben des §§ 20 ff. EnWG möglichst gewinnbringend vermarkten zu können. Damit kann er nicht ohne weiteres sicherstellen, dass er für die Überlassung der Kapazitäten an die Nutzer über die gesamte Dauer Entgelte erheben kann, die ihm eine

Refinanzierung des Pachtzinses ermöglichen. Im Gegensatz zum Eigentümer/Investor trifft ihn das volle Auslastungsrisiko.

(3) Hielte man demgegenüber jegliches wirtschaftliches Risiko einschließlich der allgemeinen Kreditrisiken für ausreichend, um eine Antragsbefugnis zu begründen, käme es nicht auf die Stellung als Eigentümer, sondern auf die Stellung als Investor an. Den Eigentümer, der nicht zugleich Investor ist, trifft lediglich die Gefahr des Untergangs der Sache, nicht jedoch stets und alleinig das Investitionsrisiko. Ein Investor, der zunächst Eigentümer ist, kann die Sache auch einem Dritten übereignen, etwa im Wege der Sicherungsübereignung an eine Bank, die nicht einmal an der Finanzierung des konkreten Investitionsprojektes beteiligt sein muss. Damit besteht weder rechtlich noch wirtschaftlich eine zwangsläufige Verbindung zwischen der Stellung als Eigentümer und derjenigen als Investor.

Bei einer solchen Betrachtung käme es also weniger auf die Eigentümer- als vielmehr auf die Investorenstellung bzw. auf die Stellung als Träger von wirtschaftlichen Risiken in dem konkreten Projekt an. Da es sich bei dem „betroffenen Gasversorgungsunternehmen“ aber nicht nur um ein „betroffenes“ Unternehmen, sondern zugleich um ein „Gasversorgungsunternehmen“ handeln muss, müsste für die Antragsbefugnis nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG zwischen verschiedenen Gruppen von Investoren differenziert werden. Nur ein Investor, der zugleich Eigentümer ist, wäre nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG antragsbefugt, nicht hingegen ein Drittinvestor. Denn gemäß § 3 Nr. 18 EnWG vermittelt zwar die Eigentümerstellung, nicht aber die Investorenstellung an einem Gasversorgungsnetz für die § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG besondere Qualifikation als „Gasversorgungsunternehmen“. Eine solche Differenzierung wäre ausgehend von dem dargestellten Begründungsansatz für die Antragsbefugnis, dem Abstellen auf das Investitionsrisiko, erkennbar nicht sachgerecht, da dieses Risiko beide Gruppen von Investoren gleichermaßen trifft. Bei der Beschränkung der Antragsbefugnis auf die Netzbetreiber werden solche sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierungen von vornherein vermieden bzw. einheitlich aufgefangen.

(4) Eine Ausweitung der Antragsbefugnis auf die Eigentümer der geplanten Infrastruktur könnte weiterhin zu unvermeidlichen widersprüchlichen Ergebnissen bei der Reichweite der Freistellung führen.

Sofern die geplante Infrastruktur wie vorliegend einer Mehrheit von Eigentümern gehören soll, stellt sich die Frage, auf welchen Teil der Infrastruktur sich die Antragsbefugnis der einzelnen Eigentümer erstreckt.

Die Antragstellerin geht offenbar davon aus, dass sie hinsichtlich der OPAL und der NEL, die in Bruchteilsgemeinschaft zwischen ihr und WINGAS GmbH stehen sollen, in vollem Umfang antragsbefugt ist. Ihr Antrag ist nicht auf den ihr gehörenden Miteigentumsanteil beschränkt. Demgegenüber hat die mit der WINGAS GmbH verbundene WINGAS TRANSPORT GmbH & Co. KG, die als Netzbetreiberin für den Anteil der WINGAS GmbH tätig werden soll, mit

Antrag vom 09.03./21.05.2007 (Az.: BK7-07-004) einen begrenzten Antrag auf Freistellung nach § 28a EnWG gestellt. Dieser unterscheidet sich von dem Antrag im vorliegenden Verfahren nicht nur dadurch, dass er sich lediglich auf den im Eigentum der WINGAS GmbH stehenden Anteil der Infrastruktur beschränkt. Vielmehr weicht der Antrag der WINGAS TRANSPORT GmbH & Co. KG auch in zeitlicher und sonstiger sachlicher Hinsicht von dem vorliegenden Antrag ab, indem eine Freistellung für nur 20 Jahre begehrt und kapazitativ hinsichtlich einzelner Vorschriften differenziert wird, von denen eine Regulierungsfreistellung erfolgen soll.

Eine Ausweitung des Antragsrechts auf die Eigentümer und zugleich unabhängig von den Eigentumsanteilen auf die gesamte Infrastruktur würde dazu führen, dass für ein und dieselbe Infrastruktur abweichende Anträge gestellt werden könnten. Dass es sich hierbei nicht nur um eine theoretische Befürchtung handelt, belegt die unterschiedliche Handhabung der Projektpartner für die konkret in Rede stehenden Vorhaben.

Dem kann auch nicht dadurch begegnet werden, dass das Antragsrecht auf die jeweiligen Miteigentumsanteile beschränkt wird. Zwar können sich die Miteigentumsanteile in den jeweiligen Kapazitäten des oder der späteren Netzbetreiber widerspiegeln. Zwangsläufig ist dies jedoch nicht. So ist beispielsweise denkbar, dass ein Projektpartner 50 Prozent des Miteigentums erwerben soll, aber 60 Prozent an der Finanzierung übernimmt. In einem solchen Fall liegt es wirtschaftlich nahe, dass die Investitionsanteile und nicht die Eigentumsanteile maßgeblich dafür sind, für welchen Anteil der Kapazitäten die jeweiligen mit den Projektpartnern verbundenen Netzbetreiber verantwortlich sind. Bei einer Ausweitung des Antragsrechts auf die Eigentümer unter gleichzeitiger Beschränkung auf die Eigentumsanteile bliebe unklar, welcher Teil der Kapazität freizustellen wäre. Noch komplizierter und diffuser wäre die Situation, wenn sich Finanzinvestoren an der Investition beteiligten, die keinerlei Eigeninteresse an den Kapazitäten hätten.

Im Beispielsfall könnte der Eigentümer, dessen verbundener Netzbetreiber über 40 Prozent der Kapazitäten verfügt, nach Maßgabe seines Eigentumsanteils einen Antrag für 50 Prozent der Infrastruktur stellen. Der über 40 Prozent hinausgehende Teil dieses Antrags bezöge sich auf einen Teil der Infrastruktur, der ihm nicht gehört, den er nicht finanziert und der den mit ihm verbundenen Netzbetreiber nicht betrifft, d.h. an der er ersichtlich kein eigenes rechtliches Interesse hat. Eine Begrenzung seiner Antragsbefugnis auf den Kapazitätsanteil von 40 Prozent unter diesem Gesichtspunkt würde nichts daran ändern, dass der andere Miteigentümer hinsichtlich seines Antragsrechts auf seinen Eigentumsanteil von 50 Prozent beschränkt bliebe. Damit wäre es den Projektpartnern verwehrt, einen Ausnahmeantrag hinsichtlich der kompletten Infrastruktur zu stellen. Auch ein solches Ergebnis, das ersichtlich widersinnig wäre, wird bei der Beschränkung der Antragsbefugnis auf die Netzbetreiber von vornherein vermieden.

(5) Die gleichen Verwerfungen träten schließlich auf, wenn man im Wege einer „teleologischen Erweiterung“ des § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG jegliche wirtschaftliche Betroffenheit für eine An-

tragsbefugnis ausreichen ließe, ohne dem Merkmal des „Gasversorgungsunternehmens“ einschränkende Bedeutung zuzuerkennen. In diesem Fall wäre eine große Anzahl von wirtschaftlich Betroffenen antragsbefugt. Neben den Eigentümern und Investoren einschließlich von Kreditgebern (Banken, stille Teilhaber) oder Anteilseignern (z.B. Aktionären) wären die wirtschaftlichen Interessen der potenziellen Nutzer als für die Antragsbefugnis ausreichend anzuerkennen. Dies würde zu einer Ausuferung der Antragsrechte führen.

(6) Sinn und Zweck der Ausnahmegenehmigung erfordern auch nicht, dass die Eigentümer und/oder Investoren selbst antragsbefugt sind. Wie der Antrag der WINGAS TRANSPORT GmbH & Co. KG im Parallelverfahren (Az.: BK7-07-004) zeigt, ist eine Antragstellung durch die mit den Eigentümern/Investoren gesellschaftsrechtlich oder schuldrechtlich verbundenen Netzbetreiber ohne weiteres möglich. Für die Beschlusskammer erschließt sich nicht, weshalb die Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens ungeachtet des rechtlichen Hinweises auf ihrem Antrag beharrt, obwohl – unbeschadet der materiellen Bedenken, auf welche die Beschlusskammer hingewiesen hatte – eine Antragstellung durch die mit ihr verbundene Netzbetreiber-Gesellschaft E.ON Gastransport AG & Co. KG möglich wäre. Sofern diese einem entsprechenden Anliegen der Antragstellerin nicht schon freiwillig nachkäme, könnte die Antragstellerin eine Verpflichtung zur Antragstellung in den Pachtvertrag oder dessen Entwurf aufnehmen, ohne dass dem rechtliche Hindernisse entgegenstünden.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin kommt in diesem Zusammenhang der Vorschrift des § 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG keine maßgebliche Bedeutung zu, nach der es für den Erlass einer positiven Freistellungsentscheidung auf das mit der Investition verbundene Risiko ankommt. Die Antragstellerin argumentiert insoweit, nur der investierende Eigentümer könne gegenüber der Regulierungsbehörde sein eigenes Investitionskalkül offen legen, während ein Betreiber lediglich auf die Vorgaben des Investors verweisen könne. Dieses Argument ist schon deshalb zweifelhaft, weil es erneut auf das allgemeine Kreditrisiko des Investors zielt, während „das mit der Investition verbundene Risiko“ das spezifische Risiko betrifft, welches zunächst den Netzbetreiber trifft, also insbesondere das Risiko der Auslastung der Infrastruktur. In diesem Zusammenhang bedarf die Frage, inwieweit es daneben auf das Investitionskalkül des Eigentümers/Investors ankommt, allerdings keiner Entscheidung. Denn auch in diesem Fall ist der Betreiber nicht gehindert, auf die Vorgaben des Investors zu verweisen und von diesem ggf. ergänzende Auskünfte einzuholen. Das Risiko des Investors dürfte auch in den vom Netzbetreiber zu zahlenden Pachtzins einfließen, so dass der Netzbetreiber Umfang und Ausmaß der finanziellen Belastungen in seiner eigenen Sphäre ermessen können wird, da dem Risiko des Netzbetreibers das durch den Investor/Eigentümer an ihn weiter gebene Risiko zugrunde liegt. Dass bei dieser Verfahrensgestaltung kein substanzieller Vortrag möglich sein sollte, erschließt sich nicht. Der Eigentümer/Investor hat regelmäßig nicht nur ein Eigeninteresse daran, den Netzbetreiber/Pächter zu unterstützen, sondern dürfte auch als Nebenpflicht aus dem Pachtvertrag hierzu verpflichtet sein (zu Mitwirkungspflichten bei genehmigungsbedürftigen Rechtsge-

schäften vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, 66. Auflage 2007, § 242, Rn. 32 ff. m.w.N.). Zudem bestreitet auch die Antragstellerin nicht, dass jedenfalls der Netzbetreiber befugt ist, eine Freistellung nach § 28a EnWG zu beantragen, wobei ihn dann nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG die volle Nachweispflicht trifft.

(7) Schließlich lässt sich aus dem von der Antragstellerin angeführten Gesichtspunkt, die beantragte Freistellung sei ein sachbezogener Verwaltungsakt, nicht auf eine Antragsbefugnis der Eigentümerin schließen. Anknüpfungspunkt eines sachbezogenen oder dinglichen Verwaltungsaktes (allgemein P. Stelkens/ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Auflage, § 35 Rn. 192 ff. m.w.N.) ist nicht eine bestimmte Person, sondern der Gegenstand selbst (a.a.O., § 35 Rn. 192). Zu den sachbezogenen Verwaltungsakten gehören auch solche Verwaltungsakte, die zwar konkret die Rechte und Pflichten einer bestimmten Person im Hinblick auf eine konkrete Sache festschreiben, die nach dem gesetzlichen Prüfungsprogramm aber ohne Ansehen der Person des Verfügungsbefugten nur im Hinblick auf den Zustand der Sache ergehen (a.a.O. § 35 Rn. 193 m.w.N.).

Ob es sich bei der Ausnahmegenehmigung nach § 28a EnWG um einen sachbezogenen Verwaltungsakt handelt, kann hier dahinstehen. Denn soweit ein sachbezogener Verwaltungsakt die Rechte und Pflichten einer bestimmten Person im Hinblick auf eine Sache festschreibt, muss es sich bei dieser Person nicht notwendigerweise um deren Eigentümer handeln. Anknüpfungspunkt kann ebenso ein anderes Näheverhältnis zu der betroffenen Sache sein. Dieses kann z.B. durch den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder eine besondere Verantwortlichkeit für die Sache sein. Eine solche kommt insbesondere dem Netzbetreiber zu, welcher die Funktionsherrschaft (zu diesem telekommunikationsrechtlich geprägten Begriff vgl. Säcker, in: *Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz*, 1. Auflage 2006, § 3 Rn. 54 m.w.N.) über die Sache innehat. Beim sachbezogenen Verwaltungsakt resultiert die Anknüpfung von Rechten und Pflichten an die Inhaberschaft einer Sache gerade daraus, dass der Inhaber eine besondere Einwirkungsmöglichkeit auf diese Sache hat. Eine solche Beherrschungsmöglichkeit ist bei der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation, bei der der Eigentümer die Einwirkungsmöglichkeiten gezielt einem Dritten, dem die Funktionsherrschaft innehabenden Netzbetreiber, übertragen hat, gerade nicht gegeben.

Die dogmatische Einordnung der Freistellungsentscheidung als einem sachbezogenen Verwaltungsakt spricht daher eher gegen ein Antragsrecht der Antragstellerin, weil sie die energierechtlich spezifische Verantwortlichkeit und Einwirkungsmöglichkeit gezielt auf die Netzbetreiberin übertragen will. Zumindest lässt sich aber die Antragsbefugnis der Antragstellerin mit dieser Rechtsfigur nicht positiv begründen. Maßgeblich bleibt vielmehr auch bei dieser dogmatischen Einordnung, ob es gerade der Eigentümer ist, dessen Rechte und Pflichten im Hinblick auf die betroffene Sache geregelt werden. Dies ist, wie eingangs ausgeführt, zu verneinen, da nicht den

Eigentümer, sondern den Netzbetreiber die auf den §§ 20 bis 28 EnWG beruhenden Pflichten treffen, von denen die Infrastruktur freigestellt werden soll.

### 2.2.3. Historische Auslegung

Aus der historischen Auslegung lässt sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht der Schluss ziehen, dass die Investoren, Kreditgeber und Eigentümer der freizustellenden Infrastruktur antragsbefugt sind, soweit es sich bei ihnen nicht zugleich um den späteren Netzbetreiber handelt. Entscheidend ist das von den Gesetzesmaterialien im Zusammenhang mit dem „Recht der Unternehmen auf eine Ermessensentscheidung“ genannte Regulierungsrisiko, welches – sofern ein solches tatsächlich überhaupt besteht – unmittelbar den Netzbetreiber trifft. Das daneben genannte Finanzierungsrisiko ist hingegen ein allgemeines, jeder Investition innewohnendes Risiko und damit für eine Erweiterung der Antragsbefugnis über den Kreis der Netzbetreiber hinaus nicht relevant.

Die Vorschrift des § 28a EnWG, die im Entwurf der Bundesregierung noch nicht enthalten war, geht auf eine Stellungnahme des Bundesrates zurück. Zur Begründung führte der Bundesrat (BT Drs. 15/3917 vom 14.10.2004, S. 87) u.a. aus:

„Wesentliches Kriterium der Kreditvergabe für Investoren und Kreditgeber ist die kalkulierbare und dauerhafte Sicherstellung des Kapitalrückflusses. Ohne eine Ausnahme im Einzelfall von der – stetigem Wandel unterliegenden – Regulierung, steigt das Finanzierungsrisiko und sinkt gleichzeitig die Investitionsbereitschaft von Investoren und Kreditgebern.

§ 28a EnWG-E reduziert das Regulierungsrisiko und stellt ein positives Investitionsklima her, das die deutsche Gaswirtschaft im Wettbewerb mit anderen europäischen Unternehmen um Infrastrukturinvestitionen unterstützt. (...)

Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG gibt die gesetzliche Einführung eines individuellen Rechts der Unternehmen auf eine Ermessensentscheidung der Verwaltung über eine Ausnahme vom regulierten Netzzugang vor. (...)“ (Hervorhebungen nur hier)

Der Änderungsvorschlag des Bundesrates wurde nach Prüfung durch die Bundesregierung (vgl. BT Drs. 14/4068 vom 28.10.2004, S. 6) durch den Gesetzgeber übernommen. Hieraus schließt die Antragstellerin zu Unrecht, die Gesetzesmaterialien sprächen für eine Antragsbefugnis der Investoren und Kreditgeber, wobei der Investor zugleich der künftige Eigentümer der Infrastruktur sei.

Aus der Begründung des Bundesrates ergibt sich lediglich eindeutig, dass § 28a EnWG im Einklang mit Art. 22 GasRL (Richtlinie 2003/55/EG vom 26.06.2003) ein individuelles Recht „der Unternehmen“ auf eine Ermessensentscheidung der Verwaltung begründen sollte. Dies wird von der Beschlusskammer nicht in Abrede gestellt. Die Frage, welchen Unternehmen ein solches

Recht auf eine Ermessensentscheidung zustehen sollte, lässt die Begründung des Bundesrates hingegen offen.

Hieraus lässt sich auch nicht aus den Ausführungen zum allgemeinen Zweck der vorgeschlagenen Norm schließen. Insoweit stellt die Begründung einerseits auf das Finanzierungsrisiko, andererseits auf das Regulierungsrisiko ab. Ob tatsächlich ein Regulierungsrisiko besteht und ggf. normativ anererkennungsfähig ist, ist zweifelhaft. Geht man von der Unterscheidung aus, wie sie der Bundesrat getroffen hat, träfe dieses jedenfalls den Netzbetreiber.

Hinsichtlich des Finanzierungsrisikos der Investoren und Kreditgeber enthält die Argumentation der Antragstellerin zunächst eine gedankliche Unterstellung. Die von ihr vorgenommene Gleichsetzung zwischen dem Investor und dem späteren Eigentümer ist weder zwingend noch in der Begründung des Bundesrates enthalten. Wie oben im Rahmen der teleologischen Auslegung dargelegt, muss der Investor nicht zwangsläufig Eigentümer der Infrastruktur sein. So ist etwa vorstellbar, dass der Investor die Infrastruktur zur Sicherheit an seine Kreditgeber übereignet. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Formulierung des Bundesrates, „wesentliches Kriterium der Kreditvergabe für Investoren und Kreditgeber“ sei die Sicherstellung des Kapitalrückflusses. Nach dieser Sichtweise sollte der Investor dem externen Kreditgeber gleichgestellt sein. In beiden Fällen geht es wirtschaftlich um eine „Kreditvergabe“. Für das Finanzierungsrisiko, das damit auch nach der Begründung des Bundesrates im Wesentlichen ein Kreditrisiko ist, spielt aber ein etwaiges Regulierungsrisiko allenfalls eine untergeordnete Rolle. Maßgeblich für die Beurteilung des Kreditrisikos sind vielmehr andere, von der Regulierung unabhängige Faktoren wie die Bonität des Netzbetreibers als Kreditnehmer bzw. Pächter, die Laufzeit des Vertrages, die Zinsentwicklung am Kapitalmarkt oder ggf. Währungsrisiken.

Die Reduktion eines etwaigen Regulierungsrisikos, das erst im folgenden Absatz erwähnt wird, trifft hingegen in erster Linie und unmittelbar den Netzbetreiber, welcher der Regulierung unterliegt. Dementsprechend beschränkt sich die Begründung auf die Aussage, die Reduktion des Regulierungsrisikos schaffe „ein positives Investitionsklima“ und unterstütze „die deutsche Gaswirtschaft“ im Wettbewerb um Infrastrukturinvestitionen. Ausweislich der Materialien ging es dem Bundesrat damit um die Schaffung genereller wirtschaftspolitischer Rahmenbedingungen. Mit der Begründung ist insoweit nicht der Schutz des einzelnen Investors, Kreditgebers oder Eigentümers angesprochen, sondern wird die Unterstützung der deutschen Gaswirtschaft und die Förderung industriepolitischer Interessen im Allgemeinen dokumentiert. Hieraus kann nicht auf die Antragsbefugnis einzelner Unternehmen aus dem Kreis der Investoren, Kreditgeber oder Eigentümer geschlossen werden.

#### **2.2.4. Europarechtskonforme Auslegung**

Die Auslegung von § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG in der Weise, dass lediglich der spätere Netzbetreiber der Infrastruktur antragsbefugt ist, ist auch europarechtskonform. Art. 22 GasRL sieht



lediglich vor, dass eine Ausnahmeentscheidung „auf Antrag“ erfolgt, präzisiert aber nicht den antragsbefugten Personenkreis.

Für ihre gegenteilige Auffassung beruft sich die Antragstellerin auf einen Auslegungsvermerk der EU-Kommission vom 30.01.2004 („Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG und der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 im Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt“). Danach treffen „Investoren, die Ausnahmen beantragen wollen“ (a.a.O. S. 2), bestimmte Verpflichtungen.

Das Argument der Antragstellerin überzeugt schon formal nicht, weil es sich bei dem Auslegungsvermerk lediglich um eine rechtlich unverbindliche Meinungsäußerung der Kommission handelt, die zeitlich nach Erlass von Art. 22 GasRL veröffentlicht wurde. Dabei ergibt sich die fehlende Bindungswirkung bereits aus dem Vermerk selbst, der in der Überschrift als „rechtlich nicht bindendes Kommissionspapier“ bezeichnet wird. Zur verbindlichen Auslegung europäischen Rechts sind lediglich die Europäischen Gerichte befugt (Art. 220 EGV). Die zitierte Passage befasst sich auch nicht speziell mit der Antragsbefugnis oder sonstigen verfahrensrechtlichen Fragen, sondern skizziert nach der Überschrift des Abschnitts („Hintergrund“) lediglich den allgemeinen Rahmen für Freistellungsanträge.

Unabhängig davon stützt der Auslegungsvermerk die Position der Antragstellerin auch inhaltlich nicht. Die Verpflichtungen, welche hiernach die „Investoren, die Ausnahmen beantragen wollen“, treffen, befassen sich nämlich mit der Zuteilung von Kapazitäten an Dritte. Die Dritten sollen nach Möglichkeit Gelegenheit haben, „in der Planungsphase und der Phase der Durchführbarkeitsstudie Zugang zur neuen Infrastruktur zu erhalten“. Als Alternative „sollten Investoren die Möglichkeit schaffen, dass Dritte in einem bestimmten Mindestmaß und bezogen auf einen bestimmten Anteil der Kapazität nach den Regeln der Richtlinie Zugang zur neuen Infrastruktur erhalten.“ Hieraus lässt sich schließen, dass die Kommission an dieser Stelle von einer Identität zwischen dem Investor und dem Zugang gewährenden Unternehmen ausging, ohne hierbei auch die denkbare Konstellation ansprechen zu wollen, dass Netzbetreiber, Eigentümer und Investoren unterschiedliche Personen sein können.

Die Verpflichtung, Dritten „nach den Regeln der Richtlinie Zugang“ zu gewähren, trifft „nach den Regeln der Richtlinie“, auf welche sich der Auslegungsvermerk bezieht, das jeweilige „Erdgasunternehmen“. Dies ergibt sich u.a. aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GasRL, wonach „Erdgasunternehmen (...) den Netzzugang“ unter bestimmten Voraussetzungen verweigern können. Im Gegensatz zur Definition des „Energieversorgungsunternehmens“ in § 3 Nr. 18 EnWG sind nach Art. 2 Nr. 1 GasRL Eigentümer von der Definition des „Erdgasunternehmens“ nicht erfasst. Zwar definiert Art. 2 Nr. 13 GasRL das „Netz“ als eine Gesamtheit von Anlagen, die „einem Erdgasunternehmen gehören und/oder von ihm betrieben werden“. Damit ist jedoch das Eigentum an diesen Anlagen lediglich ein Merkmal zur Bestimmung der Reichweite des Netzes, qualifiziert den Eigentümer oder gar den bloßen Investor aber nicht als Gasversorgungsunternehmen.

Weder Art. 22 GasRL noch der Auslegungsvermerk der Kommission stützen deshalb die Argumentation der Antragstellerin. Vielmehr stehen Art. 22 GasRL und der Auslegungsvermerk der Kommission mit der vorliegenden rechtlichen Bewertung im Einklang.

### **2.2.5. Antragstellerin ist nicht rechtlich betroffen**

Für die Antragsbefugnis ist nach alledem die formale Rechtsstellung der Antragstellerin als Infrastrukturbetreiberin maßgeblich, nicht ihre – außer Streit stehende – wirtschaftliche Betroffenheit. Rechtlich betroffenes und damit antragsbefugtes Gasversorgungsunternehmen im Sinne von § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG ist die Antragstellerin jedoch nicht. Rechtlich betroffen ist nur der Betreiber der späteren Infrastruktur (siehe oben). Nur ihn treffen die in den §§ 20 bis 28 EnWG normierten Pflichten, von deren Anwendung die Infrastruktur nach § 28a Abs. 1 EnWG befristet ausgenommen werden kann. Nur er wird daher durch eine Freistellung rechtlich begünstigt, d.h. in seinem Rechtskreis „betroffen“. Die Funktion einer Netzbetreiberin nimmt die Antragstellerin weder derzeit wahr noch beabsichtigt sie, diese Funktion für die geplante Infrastruktur zu übernehmen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

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

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

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Kurt Schmidt  
Vorsitzender

Christian Mielke  
Beisitzer

Dr. Chris Mögelin  
Beisitzer