

Dr. Cornelia Ziehm [REDACTED]

Deutsche Umwelthilfe e.V.
Bundesgeschäftsstelle Berlin
Hackescher Markt 4
10178 Berlin

14. Oktober 2021
Aktenzeichen: VR/25/2021/cz

Zum Zertifizierungsverfahren der Nord Stream 2 AG bei der Bundesnetzagentur nach EnWG

1.

Die Nord Stream 2 AG hat im Juni 2021 mitgeteilt, dass sie bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Zertifizierung als unabhängiger Transportnetzbetreiber nach dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) gestellt habe. Nach Mitteilung der Bundesnetzagentur vom 13. September 2021 seien zwischenzeitlich alle für die behördliche Prüfung notwendigen Unterlagen seitens der Nord Stream 2 AG vorgelegt worden. Der Antrag basiere auf §§ 4a, 4b, 10 ff. EnWG.

Das Verfahren bei der Bundesnetzagentur trägt das Aktenzeichen BK7-21-056. Die Bundesnetzagentur hat bis Anfang des Jahres 2022 Zeit, einen Entscheidungsentwurf zu erstellen und der Europäischen Kommission zu übermitteln.

Es bestehen bereits Zweifel an der Zulässigkeit des Antrags der Nord Stream 2 AG:

2.

§ 4a Abs. 1 S. 3 EnWG lautet:

*„Transportnetzbetreiber oder Transportnetzeigentümer haben **den Antrag auf Zertifizierung bis spätestens 3. März 2012 zu stellen.**“*

§ 4b Abs. 1 S. 2 EnWG lautet:

*„Transportnetzbetreiber oder Transportnetzeigentümer haben **den Antrag auf Zertifizierung bis spätestens 3. März 2013 bei der Regulierungsbehörde zu stellen.**“*

Die Fristen der §§ 4a Abs. 1, 4b Abs. 1 EnWG sind offensichtlich nicht eingehalten.

Die Fristenregelungen in § 4a Abs. 1, 4b Abs. 1 EnWG sind klar und eindeutig. Beide Vorschriften stellen unmissverständlich auf die Antragstellung ab und benennen dafür fixe Zeitpunkte.

Das Energiewirtschaftsgesetz sieht an keiner Stelle eine Verlängerungs- oder Ausnahmemöglichkeit von diesen Fristenregelungen in §§ 4a Abs. 1, 4b Abs. 1 EnWG vor. Für eine gesetzlich gewollte Verlängerungs- oder Ausnahmemöglichkeit ergibt sich auch nichts aus der Gesetzesbegründung oder aus anderen Gesetzen.

Die Gesetzesbegründung ist vielmehr ebenso eindeutig wie der Wortlaut:

*„Zu § 4a: Absatz 1 enthält in Satz 1 die grundsätzliche Pflicht, dass Transportnetzbetreiber zertifiziert werden müssen. Satz 2 bestimmt den Kreis der Antragsberechtigten und **Satz 3 bestimmt den Zeitpunkt, zu dem der der Antrag spätestens bei der Bundesnetzagentur zu stellen ist.**“ (BT-Drs. 17/6072, S. 52)*

§ 4 b Abs. 1 EnWG regelt nach der Gesetzesbegründung spezielle zusätzliche Voraussetzungen für die Zertifizierung eines Transportnetzbetreibers in Fällen, in denen dieser Transportnetzbetreiber allein oder gemeinsam von einer oder mehreren Personen aus einem

oder mehreren Drittstaaten kontrolliert wird, aber keine Fristabweichungsmöglichkeiten (vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 52).

Dafür, dass die Fristen der §§ 4a Abs. 1, 4b Abs. 1 EnWG nicht im Sinne einer Ausschlussfrist zulasten der Antragssteller verstanden werden könnten, sondern vielmehr lediglich eine grundsätzliche Pflicht zur Umsetzung der Entflechtungsvorgaben ab den in §§ 4a Abs. 1, 4b Abs. 1 EnWG genannten Tagen bestehe, ergibt sich - siehe oben - weder etwas aus dem Wortlaut noch aus der Gesetzesbegründung. Das Gegenteil ist der Fall.

3.

Die Bundesnetzagentur vertritt gegenüber der Deutschen Umwelthilfe e.V. (DUH) in einer Mitteilung vom 28. September 2021 allerdings die Auffassung, dass eine „Auslegung“ der gesetzlichen Fristenregelungen des § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG und des § 4b Abs. 1 S. 2 EnWG erforderlich sei. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur seien sodann die Fristregelungen im Lichte des Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2009/73/EG auszulegen, dessen Umsetzung sie dienen. Werde der Betrieb eines Transportnetzes erst nach dem Stichtag aufgenommen, könne und müsse, so die Bundesnetzagentur, die Antragsfrist des § 4a Abs. 1 S. 2 EnWG bzw. des § 4b Abs. 1 S. 2 EnWG naturgemäß nicht eingehalten werden. Nach einer an Sinn und Zweck dieser Vorschrift orientierten Auslegung könne ein nach dem Stichtag zum 3. März 2012 bzw. 3. März 2013 gestellter Antrag daher jedenfalls dann nicht als verspätet gelten, wenn der Zweck der Fristbestimmung, ab dem 3. März 2012 entflechtungskonforme Zustände sicherzustellen, nicht gefährdet werde.

Einen Beleg dafür nennt die Bundesnetzagentur bereits selbst nicht.

4.

Die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur erstaunt. Eine Auslegung von Gesetzen ist nämlich immer, aber auch nur dann erforderlich und

zulässig, wenn die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Rede steht. Darum geht vorliegend offensichtlich nicht. Der Wortlaut beider gesetzlicher Fristbestimmungen für die Antragstellung ist klar und eindeutig, die Gesetzesbegründung bestätigt das. Es besteht kein Raum für eine Auslegung. Es besteht kein Raum für eine Interpretation unmissverständlicher Regelungen der Legislative durch die Exekutive.

Aus dem Verweis der Bundesnetzagentur auf Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2003/54/EG folgt nichts anderes. Zwar haben die Mitgliedstaaten nach Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2003/54/EG zu gewährleisten, dass ab dem 3. März 2012 konkret bezeichnete Entflechtungsvorschriften durch die Transportnetzbetreiber eingehalten werden. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgabe indes im Rahmen der Normierung von expliziten Ausschlussfristen für die Antragstellung in §§ 4a Abs. 1, 4b Abs. 1 EnWG umgesetzt. Anders ausgedrückt, der deutsche Gesetzgeber hätte Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2003/54/EG auch anders umsetzen können, er hat sich aber für die Möglichkeit der Festschreibung von Ausschlussfristen für Antragstellungen entschieden.

5.

Der Bundesnetzagentur ist zweifelsohne recht zu geben, wenn sie meint, dass auf der Grundlage von §§ 4a, 4b EnWG andernfalls keine Zertifizierungen von Transportnetzbetreibern mehr erfolgen könnten.

Verhält es sich aber so, ist diese gesetzliche „Regelungslücke“ durch die Legislative, nicht aber durch die Exekutive zu schließen. Die Bundesnetzagentur hatte ausreichend Zeit, auf einen Änderungsbedarf von §§ 4a, 4b EnWG nach Einführung einer Zertifizierungspflicht für den im deutschen Hoheitsgewässer verlaufenden Teil einer Verbindungsleitung mit Drittstaatenbezug durch die Richtlinie (EU) 2019/692 hinzuweisen, das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hätte in der vergangenen Legislaturperiode ausreichend Zeit gehabt, dem Deutschen Bundestag einen entsprechenden Gesetzentwurf vorzulegen. Beides ist nicht geschehen.

Das ist umso erstaunlicher, weil zwar die Begründung einer Zertifizierungspflicht solcher Leitungen national durch eine Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes aus 2019 umgesetzt, es dabei aber (bewusst?) versäumt wurde, auch §§ 4a Abs. 1, 4b Abs. 1 EnWG zu ändern. Es liegt nun bei einer neuen Bundesregierung, dies gegebenenfalls nachzuholen.

6.

Abschließend sei der Vollständigkeit halber angemerkt, dass der Verweis der Bundesnetzagentur auf eine vergleichbare Vorgehensweise von ihr im Rahmen einer Zertifizierungsentscheidung zur Ferngas Netzgesellschaft mbH (BK7-18-051) vom 29. Januar 2020 zu keinem anderen Ergebnis führt. Es gibt keinen Anspruch der Nord Stream 2 AG oder anderer Unternehmen auf „Gleichbehandlung im Unrecht“.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Cornelia Ziehm
Rechtsanwältin