



## Urteil vom 14. Dezember 2016

---

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Richter Christoph Bandli,  
Gerichtsschreiber Oliver Herrmann.

---

Parteien

1. **Gasverbund Mittelland AG**,  
Untertalweg 32, Postfach 360, 4144 Arlesheim,  
2. **Erdgasversorgung Bündner Rheintal AG Ebrag**,  
Zustelladresse: c/o Industrielle Betriebe der Stadt Chur,  
Felsenaustrasse 29, 7000 Chur,  
3. **Erdgas Ostschweiz AG**,  
Postfach 610, 8010 Zürich,  
4. **Erdgas Zentralschweiz AG**,  
Industriestrasse 6, 6005 Luzern,  
5. **Gaznat SA**,  
Place Chauderon 25, 1003 Lausanne,  
alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Beat Badertscher,  
Badertscher Rechtsanwälte AG,  
Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**EBM Energie AG**,  
Weidenstrasse 27, 4142 Münchenstein,  
Beschwerdegegnerin,

**Bundesamt für Energie BFE,**  
3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Feststellung des Nichtbestandes einer Transportpflicht  
gemäss Art. 13 Abs. 1 RLG.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 8. Februar 2016 stellte die EBM Energie AG bei der Gasverbund Mittelland AG ein Netzzugangs- bzw. Durchleitungsgesuch für den Zeitraum 1. Oktober 2016 bis 1. Oktober 2017, mit welchem sie um die Vornahme bestimmter Gastransporte ersuchte.

### **B.**

Mit Schreiben vom 4. März 2016 lehnte die Gasverbund Mittelland AG das Gesuch der EBM Energie AG ab. Zur Begründung brachte sie vor, das zu transportierende Erdgas werde primär als Heizgas und nicht als Prozessgas [Energie, die gewerblichen und industriellen Produktions- und Fertigungsverfahren dient] eingesetzt. Weil Heizgasprofile sehr schlecht prognostizierbar seien und aktuell die Infrastruktur für die Bewältigung solcher Profile fehle, müsse das Gesuch aus Gründen der Netzstabilität bzw. -sicherheit abgelehnt werden. Die Gasverbund Mittelland AG verwies "im Übrigen" auf Ziff. 4 der am 1. Oktober 2012 in Kraft getretenen Vereinbarung zum Netzzugang beim Erdgas (sog. Verbändevereinbarung, abgeschlossen zwischen der Genossenschaft VSG ASIG [Verband der Schweizerischen Gasindustrie; nachfolgend: VSG] einerseits sowie der Interessengemeinschaft Erdgas [IG Erdgas] und der Interessengemeinschaft Energieintensiver Branchen [IGEB] andererseits; vgl. < [http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user\\_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf](http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf) >, abgerufen am 12.12.2016), wonach die Netznutzer das Erdgas primär als Prozessgas einzusetzen hätten.

### **C.**

Ebenfalls am 4. März 2016 gelangte die Gasverbund Mittelland AG sodann zusammen mit der Erdgasversorgung Bündner Rheintal AG Ebrag, der Erdgas Ostschweiz AG, der Erdgas Zentralschweiz AG und der Gaznat SA (Gesuchstellerinnen) an das Bundesamt für Energie BFE mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerinnen für die EBM Energie AG "keine Transporte gemäss Art. 13 Abs. 1 RLG [Rohrleitungsgesetz, SR 746.1] übernehmen müssen".

Das BFE trat auf das Gesuch mit Verfügung vom 3. Mai 2016 nicht ein. Es begründete seinen Entscheid damit, dass es an einem schutzwürdigen Feststellungsinteresse im Sinne von Art. 25 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) fehle.

**D.**

Gegen diesen Entscheid des BFE (nachfolgend: Vorinstanz) erheben die Gesuchstellerinnen (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 3. Juni 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung.

**E.**

Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 23. Juni 2016 sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde.

**F.**

Die EBM Energie AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragt mit Beschwerdeantwort vom 30. Juni 2016 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde.

**G.**

Die Beschwerdeführerinnen reichen am 12. August 2016 ihre Replik ein. Eine weitere Stellungnahme der Beschwerdegegnerin datiert vom 13. September 2016.

**H.**

Am 28. Oktober 2016 gelangen die Beschwerdeführerinnen mit einer Noveneingabe ans Bundesverwaltungsgericht.

Mit Schreiben vom 16. und 18. November 2016 nehmen die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz zur Noveneingabe der Beschwerdeführerinnen Stellung.

**I.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Da

keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG und Art. 44 VwVG).

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.2** Die Beschwerdeführerinnen haben sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und sind als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz nicht auf ihre Anträge eintrat, ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG; statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-1703/2016 vom 29. September 2016 E. 2.2).

**1.3** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

## **2.**

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerinnen am Erlass einer Feststellungsverfügung verneinte und auf das entsprechende Begehren nicht eintrat.

Gemäss Wortlaut des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerinnen im Gesuch vom 4. März 2016 verlangen diese einen Feststellungsentscheid der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerinnen für die Beschwerdegegnerin – unabhängig von der Ausgestaltung des einzelnen Netzzugangsgesuchs – (überhaupt) keinen Transport gemäss Art. 13 Abs. 1 RLG übernehmen müssen (vgl. vorstehend Bst. C). Aus der Begründung des Gesuchs (namentlich Rz. 3) ergibt sich indes, dass sich das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerinnen nur auf Transporte von Erdgas bezieht, welches nicht primär als Prozessgas eingesetzt werden soll.

**2.1** Gemäss Art. 25 Abs. 1 VwVG kann die sachlich zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung erlassen (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG). Weist der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nach, besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung (Art. 25 Abs. 2 VwVG).

Ein solches schutzwürdiges Interesse ist gegeben, wenn glaubhaft ein aktuelles rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten Rechtsverhältnisses besteht und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (BVGE 2015/35 E. 2.2.1 sowie Urteile des BVGer A-2421/2015 vom 31. August 2016 E. 1.2.2.1 und A-1300/2015 vom 30. März 2016 E. 1.3, je m.w.H.). Einem Feststellungsbegehren ist nur zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller an der Beseitigung einer Unklarheit betreffend öffentlichrechtliche Rechte oder Pflichten interessiert ist, weil er sonst Gefahr laufen würde, zu seinem Nachteil Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen, durch den Erlass einer Feststellungsverfügung mithin nachteilige Dispositionen vermieden werden können (Urteile des BVGer A-654/2016 vom 11. Oktober 2016 E. 1.5.3 und A-5557/2015 vom 17. November 2015 E. 1.2.2.1, je m.w.H.).

**2.2** Ein Feststellungsbegehren im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG ist praxisgemäss nur zulässig, wenn das geltend gemachte schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (sog. Subsidiarität der Feststellungsverfügung). Dieses Erfordernis gilt allerdings nicht absolut. Kann das schutzwürdige Interesse mit einer Feststellungsverfügung besser gewahrt werden als mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung, reicht dies aus (BVGE 2015/35 E. 2.2.2 und Urteil des BVGer A-654/2016 vom 11. Oktober 2016 E. 1.5.3, je m.w.H.). Diese Voraussetzung kann namentlich dann erfüllt sein, wenn mit dem vorgängigen Erlass des Feststellungsentscheides grundlegende Fragen vorweg geklärt und ein aufwendiges Verfahren vermieden werden kann. Ein schutzwürdiges, selbständiges Interesse an gerichtlicher Feststellung kann ferner dann gegeben sein, wenn nicht nur über eine fällige Leistung befunden, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses oder das Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen auch für die Zukunft festgestellt werden soll (Urteil des BVGer A-5557/2015 vom 17. November 2015 E. 1.2.2.1 m.w.H.).

**2.3** Ein Interesse an der Klärung bloss abstrakter, theoretischer Rechtsfragen genügt nicht (BGE 137 II 199 E. 6.5; Urteil des BVGer A-1300/2015 vom 30. März 2016 E. 1.3). Diesfalls mangelt es an einem aktuellen, konkreten und selbständigen Interesse, weshalb auf ein entsprechendes Feststellungsbegehren nicht einzutreten ist. Es darf insbesondere nicht Aufgabe der Behörden sein, Rechtsgutachten zu erstatten. Ebenso wenig können feststellende Verfügungen in der Weise als "Grundsatzentscheidungen" oder "-bewilligungen" ergehen, als die Behörde bestimmte Begehren

grundsätzlich in dieser oder jener Weise behandeln soll bzw. wird. Namentlich kann ein noch nicht durch einen konkreten Sachverhalt aktualisiertes Rechtsverhältnis nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (BVGE 2015/35 E. 2.2.3 und Urteil des BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.1.2, je m.w.H.).

Wenn ein künftiger Sachverhalt hinreichend konkretisiert ist, um darauf beruhende Rechte und Pflichten bereits verbindlich feststellen zu können, kann auch an deren Feststellung ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG bestehen. Feststellungsverfügungen über Rechte und Pflichten, welche auf einem erst in der Zukunft zu verwirklichenden Sachverhalt beruhen, sind jedoch grundsätzlich ausgeschlossen bei Feststellungsbegehren, aufgrund welcher sich die verfügenden Behörden sowie die Rechtsmittelinstanzen – unter Umständen wiederholt – zu theoretischen Vorgehensvarianten zu äussern hätten, um dem Gesuchsteller eine optimale Gestaltung seiner Verhältnisse zu ermöglichen. In diesem Fall ist das Feststellungsinteresse nur dann schutzwürdig, sofern es der Verwaltungsökonomie vorgeht. Stehen künftige Rechte oder Pflichten in Frage, ist generell unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung abzuwägen zwischen dem Interesse des Gesuchstellers an einer sicheren Dispositionsgrundlage zum einen und dem Interesse an der Verwaltungsökonomie zum anderen (zum Ganzen BVGE 2015/35 E. 2.2.3 und Urteil des BVGer B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 E. 4.1.2, je m.w.H.).

### **3.**

#### **3.1**

**3.1.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen mit Bezug auf die Rohrleitungsgesetzgebung vor, zwischen den Parteien sei strittig, ob die Beschwerdeführerin 1 den Transport des primär als Heizgas dienenden Gases der Beschwerdegegnerin ablehnen durfte, weil die gebuchte Transportkapazität zu einer Gefährdung der Netzstabilität bzw. -sicherheit führen würde, mithin die Durchführung des Transports technisch nicht möglich bzw. wirtschaftlich nicht zumutbar sei. Es liege eine konkrete Transportanfrage der Beschwerdegegnerin vor. Die Beschwerdeführerin 1 möchte sich korrekt verhalten und wissen, ob sie für die Beschwerdegegnerin einen Transport durchführen müsse, weshalb ein tatsächliches bzw. ideelles Interesse an einem Feststellungsentscheid gegeben sei. Die Beschwerdegegnerin habe

die Möglichkeit, bei der Vorinstanz eine Leistungsklage einzureichen (wonach die Beschwerdeführerin 1 zu verpflichten sei, für die Beschwerdegegnerin den angefragten Transport durchzuführen). Ebenso müsse aber auch die Beschwerdeführerin 1 die Möglichkeit haben, die aufgrund der (abgelehnten) Anfrage nun bestehende Rechtsunsicherheit beseitigen zu lassen und bei der Vorinstanz ein Feststellungsbegehren einzureichen (wonach festzustellen sei, dass die Beschwerdeführerin 1 für die Beschwerdegegnerin den angefragten Transport nicht durchführen müsse). Die Beschwerdeführerinnen 2–5 hätten sodann ein Feststellungsinteresse, weil sie damit rechneten, in naher Zukunft mit ähnlichen Netzzugangsgesuchen betreffend den Transport von Heizgas konfrontiert zu werden.

**3.1.2** Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, abgesehen von eventuellen kartellrechtlichen Sanktionsfolgen (vgl. dazu nachfolgend E. 4.1.2) entstehe den Beschwerdeführerinnen durch die Ungewissheit über den Bestand ihrer Transportpflicht kein ernsthafter Nachteil, weshalb ein rohrleitungsrechtlicher Feststellungsanspruch zu verneinen sei.

**3.2** Die Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass der geforderten Feststellungsverfügung *gestützt auf Art. 13 Abs. 2 RLG* ist zwischen den Parteien zu Recht nicht umstritten, zumal vorliegend eine Hochdruckrohrleitunganlage im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. a RLG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Rohrleitungsverordnung (RLV, SR 746.11) betroffen ist (vgl. Urteile des BVGer A-5259/2012 vom 3. April 2013 E. 3 und A-6650/2009 vom 21. Mai 2010 E. 6).

**3.3** Ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerinnen an der sofortigen Feststellung der Rechtmässigkeit ihres Vorgehens ist zu verneinen, soweit die Rohrleitungsgesetzgebung betroffen ist (zum kartellrechtlichen Aspekt vgl. nachfolgend E. 4). Ein diesbezügliches Feststellungsinteresse, welches die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen überwiegen würde, ist nicht erkennbar, wie nachfolgend gezeigt wird.

**3.3.1** Die Beschwerdegegnerin hat den Entscheid der Beschwerdeführerin 1, ihr Netzzugangsgesuch vom 8. Februar 2016 abzulehnen, akzeptiert und sich nicht gestützt auf Art. 13 Abs. 2 RLG an die Vorinstanz gewandt. In ihrer Eingabe vom 16. November 2016 bestätigt die Beschwerdegegnerin, gegenüber der Koordinationsstelle Durchleitung KSDL erklärt zu haben, dass das genannte Gesuch als hinfällig zu betrachten sei. Sollte die Beschwerdegegnerin oder eine andere Gesuchstellerin irgendwann erneut

mit einem Durchleitungsgesuch betreffend Heizgas an eine der Beschwerdeführerinnen gelangen und einen abschlägigen Entscheid der Vorinstanz vorlegen, würde diese über eine allfällige Transportpflicht vor dem Hintergrund der dannzumal gegebenen konkreten Umstände zu befinden haben. Es ist nicht ersichtlich, welche substantiellen Vorteile die Beschwerdeführerinnen aus einem sofortigen Feststellungsentscheid ziehen würden bzw. welche nachteiligen Dispositionen sie vermeiden könnten, wenn die Rechtsfrage aufgrund der heutigen Gegebenheiten umgehend beantwortet würde. Es ist fraglich, ob die Beschwerdegegnerin (oder eine andere Gesuchstellerin) überhaupt nochmals mit einem Netzzugangsgesuch betreffend Heizgas an eine der Beschwerdeführerinnen gelangen wird. Ferner hätte ein Entscheid über das Gesuch der Beschwerdegegnerin höchstens beschränkt eine präjudizielle Wirkung mit Bezug auf andere Gesuchstellerinnen, denn bei der Beantwortung eines Durchleitungsgesuchs ist stets auf den konkreten Einzelfall abzustellen. Mit einem Feststellungsentscheid der Vorinstanz könnten daher kaum zukünftige Verfahren vermieden werden. Welcher Sachverhalt einem allfälligen künftigen Gesuch zugrunde liegen und wie dieses konkret ausgestaltet sein wird, ist völlig offen. Rechte oder Pflichten, die auf einem sich erst in Zukunft verwirklichenden Sachverhalt beruhen, können indes nur festgelegt werden, wenn der Sachverhalt bereits hinreichend bestimmt ist (vgl. vorstehend E. 2.3). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Hinzu kommt, dass sich bis dahin auch die gesetzlichen Grundlagen bzw. die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert haben könnten. Dies umso mehr, als das Energierecht in jüngerer Zeit regelmässig Gegenstand von (Teil-)Revisionen bildet(e) und bis Ende 2017 eine Vernehmlassungsvorlage für ein neues Gasversorgungsgesetz ausgearbeitet werden soll, welches die trotz der Verbändevereinbarung weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheiten im Gasmarkt klären soll (vgl. < <http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=de&msg-id=60340> > und < <http://www.bfe.admin.ch/themen/00486/00488/06662/index.html?lang=de> >, abgerufen am 12.12.2016).

Soweit die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Feststellungsbegehren darauf abzielen, die inhaltliche Zulässigkeit der Verbändevereinbarung beurteilen zu lassen, ist darauf hinzuweisen, dass es gerade nicht Sinn und Zweck des Feststellungsverfahrens ist, unabhängig von einem aktuellen, konkreten Einzelfall einen Erlass (bzw. vorliegend eine Vereinbarung) im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle auf seine Gesetzmässigkeit zu überprüfen (vgl. vorstehend E. 2.3). Da das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 8. Februar 2016 inzwischen gegenstandslos ist, kann insofern aber nicht mehr von einem aktuellen Einzelfall gesprochen werden. Eine

Konstellation, in der ausnahmsweise auf ein aktuelles Interesse verzichtet werden kann, weil die sich stellende Grundsatzfrage voraussichtlich nie rechtzeitig entschieden werden könnte (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2A.258/2000 vom 27. Oktober 2000 E. 2b; Urteil des BVGer A-1053/2014 vom 1. Dezember 2014 E. 4.5.1.1 m.H.; zur analogen Rechtsprechung bei der Beschwerdelegitimation vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-136/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 1.3 m.w.H.), liegt nicht vor.

Ihren ablehnenden Entscheid vom 4. März 2016 begründete die Beschwerdeführerin 1 im Übrigen mit der fehlenden Netzstabilität bzw. -sicherheit und berief sich damit sinngemäss auf Art. 13 Abs. 1 RLG. Selbst wenn die Vorinstanz das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerinnen prüfen würde und zum Schluss gelange, diese hätten die technische Möglichkeit und/oder wirtschaftliche Zumutbarkeit des Gastransports zu Recht verneint, könnten die Beschwerdeführerinnen daraus mit Bezug auf die Verbandsvereinbarung nichts ableiten.

Kein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG zu begründen vermag der blosser Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen sich korrekt verhalten sowie eine Rechtsunsicherheit beseitigen möchten und damit rechnen, in Zukunft mit ähnlichen Gesuchen konfrontiert zu werden. Mit dieser Argumentation könnte bezüglich nahezu jeder sich möglicherweise einmal stellenden Rechtsfrage ein Feststellungsentscheid verlangt werden. Es ist aber gerade nicht Aufgabe der Behörden, losgelöst von einem konkreten Fall theoretische Rechtsfragen zu beantworten (vgl. vorstehend E. 2.3).

Insgesamt kann das Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerinnen – zumindest mit Blick auf die Rohrleitungsgesetzgebung – nicht als erheblich bezeichnet werden.

**3.3.2** Gegen ein Feststellungsverfahren spricht somit das öffentliche Interesse der Prozess- bzw. Verwaltungsökonomie. Zum jetzigen Zeitpunkt ist fraglich, ob es überhaupt je eines Entscheides über die Transportpflicht der Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf Heizgas bedarf. Ferner ist höchst ungewiss, ob einem Feststellungsentscheid überhaupt massgebliche Bedeutung für zukünftige Verfahren zukäme oder dannzumal nicht ohnehin – wegen abweichender tatsächlicher Gegebenheiten und/oder geänderter Rechtslage – ein neuer Entscheid gefällt (und dementsprechend ein neues Verfahren durchgeführt) werden müsste. So lehnte die Beschwerdeführerin 1 das Durchleitungsgesuch der Beschwerdegegnerin namentlich ab,

"weil Heizgasprofile sehr schlecht prognostizierbar sind und *aktuell* [Hervorhebung hinzugefügt] die Infrastruktur für die Bewältigung solcher Profile fehlt". Dies kann sich jedoch geändert haben, bis eine der Beschwerdeführerinnen wieder ein Heizgas betreffendes Netzzugangsgesuch zu beurteilen haben wird.

Sodann steht einem Feststellungsverfahren das private Interesse der Beschwerdegegnerin entgegen, die den ablehnenden Entscheid der Beschwerdeführerin 1 akzeptiert und bewusst auf eine Überprüfung durch die Vorinstanz verzichtet hat. Sie hat bereits aus finanziellen Gründen kein Interesse, gegen ihren Willen in ein Verfahren hineingezogen zu werden. Eine Gesuchstellerin soll grundsätzlich selbst entscheiden können, wann sie ihr Gesuch stellt und ob sie an diesem festhält. Aus diesem Grund sind negative Feststellungsbegehren nur zurückhaltend zuzulassen (vgl. BGE 141 III 68 E. 2.3; Urteil des BGer 2C\_824/2015 vom 21. Juli 2016 E. 2.2.1).

**3.4** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Interesse an der Verwaltungsökonomie und das private Interesse der Beschwerdegegnerin an der Vermeidung eines Feststellungsverfahrens das Interesse der Beschwerdeführerinnen an einem Feststellungsentscheid überwiegen. Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG ist deshalb mit Blick auf das Rohrleitungsrecht zu verneinen.

Nicht näher eingegangen werden muss auf die Noveneingabe der Beschwerdeführerinnen vom 28. Oktober 2016, nachdem die Beschwerdegegnerin das zugrunde liegende "Missverständnis" in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2016 aufgeklärt und betont hat, ihr Netzzugangsgesuch vom 8. Februar 2016 sei hinfällig, ohne dass diese Darstellung von den Beschwerdeführerinnen in Frage gestellt wurde.

#### **4.**

Obwohl die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde (Rz. 36) festhalten, sie machten ihr Feststellungsinteresse "nicht gestützt auf kartellrechtliche Aspekte geltend", sondern es basiere "einzig und allein auf dem RLG", geht aus ihren Rechtsschriften hervor, dass sie sich als Eventualbegründung auf ein sich aus dem Kartellrecht ergebendes Feststellungsinteresse berufen.

In Ziff. 1 der Verbändevereinbarung verpflichtete sich der VSG, mittels Erlass von verbandsrechtlichen Sanktionen dafür zu sorgen, dass alle seine Mitglieder die in der Vereinbarung beschriebenen Verpflichtungen der

Netzbetreiberinnen einhalten, soweit und sofern sie davon betroffen sind. Ziff. 4 Abs. 1 der Vereinbarung regelt die Voraussetzungen für den Netzzugang. Demnach muss der Netznutzer – unter anderem – Erdgas primär als Prozessgas einsetzen (Bst. b).

Im September 2012 meldete der VSG die Verbändevereinbarung der Wettbewerbskommission WEKO im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a des Kartellgesetzes (KG, SR 251). Die WEKO (bzw. deren Sekretariat) eröffnete in der Folge eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Geprüft werden sollte, ob namentlich in Bezug auf die Regelung betreffend die Kriterien für den Netzzugang in Ziff. 4 der Verbändevereinbarung Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 und/oder Art. 7 KG bestehen. Mit Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 (nachfolgend: Schlussbericht; publiziert auf der Website der WEKO: < <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html> >, abgerufen am 12.12.2016) stellte die WEKO die Vorabklärung mit Vorbehalten, insbesondere der weiterhin bestehenden Sanktionsdrohung, ein (Ziff. 17 der Schlussfolgerungen). Zu den Vorbehalten hielt es unter anderem fest, "dass die Anwendung des Kriteriums für den Netzzugang, wonach das transportierte Erdgas primär als Prozessgas genutzt werden muss, unter gewissen Umständen eine Verweigerung einer Geschäftsbeziehung im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG und eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte" (Ziff. 16 der Schlussfolgerungen).

#### 4.1

**4.1.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, trotz der Vorabklärung durch die WEKO drohe weiterhin eine kartellrechtliche Sanktion, wenn sie einen Transport für die Beschwerdegegnerin nicht übernehmen, weil die Transportkapazität für den Transport von Erdgas gebucht würde, welches nicht primär als Prozessgas eingesetzt werde. Dies, falls die WEKO in dieser Sache zuständig sei und in der Nichtausführung dieses Transports ein kartellrechtswidriges Verhalten erkenne. Eine im Anwendungsbereich von Art. 13 RLG als zulässig erachtete Transportverweigerung habe präjudizierende Wirkung auf ein allfälliges Kartellverfahren.

Die WEKO anerkenne in Bezug auf Hochdruckrohrleitungsanlagen eine doppelte Zuständigkeit von WEKO und Vorinstanz. Sie schliesse deshalb nicht mit Sicherheit aus, dass Art. 13 RLG allenfalls eine vorbehaltene Vor-

schrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG darstelle, auch wenn die WEKO anderer Auffassung sei (vgl. dazu Schlussbericht, Rz. 35 f.). Es bestehe daher die Möglichkeit, dass ein im Anwendungsbereich des RLG verweigerter Transport auch für die kartellrechtliche Beurteilung präjudizierende Wirkung habe mit der Folge, dass er nicht sanktioniert werden könne.

**4.1.2** Die Vorinstanz führt an, ihre Zuständigkeit gemäss Art. 13 Abs. 2 RLG beschränke sich auf den Entscheid über den Bestand der rohrlieferungsrechtlichen Transportpflicht. Die kartellrechtliche Qualifikation des Sachverhalts sei davon nicht berührt und könne deshalb auch nicht präjudiziert werden. Der Entscheid darüber liege in der alleinigen Kompetenz der WEKO. Die Vorinstanz könne somit mangels Zuständigkeit keinen Entscheid fällen, der dem Feststellungsgesuch der Beschwerdeführerinnen mit Blick auf ihr Feststellungsinteresse betreffend die Verhinderung allfälliger kartellrechtlicher Sanktionen entsprechen würde. Im Übrigen schliesse die spezialgesetzliche Verfahrensordnung des Kartellrechts und insbesondere Art. 49a KG (Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen) den Erlass einer Feststellungsverfügung gestützt auf Art. 25 VwVG aus.

**4.1.3** Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, Sanktionen würden von der WEKO in jedem konkreten Einzelfall geprüft, weshalb die Beschwerdeführerinnen kein schützenswertes Interesse an der Feststellung hätten, dass sie schweizweit keine Transporte nach Art. 13 RLG für die Beschwerdegegnerin vornehmen müssten.

**4.2** Das Bundesgericht entschied in BGE 135 II 60 E. 3, die spezifische Ausgestaltung des kartellrechtlichen Sonderverfahrens nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG schliesse die Anwendung von Art. 25 VwVG auf die materiellrechtliche Frage der Zulässigkeit einer Verhaltensweise im Sinne von Art. 5 bzw. 7 KG ausserhalb des Untersuchungsverfahrens aus. Art. 25 VwVG finde mithin im Verfahren von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG keine Anwendung.

Die Vorinstanz kann in ihrer Zuständigkeit sodann gar keinen Entscheid fällen, der dem Feststellungsgesuch der Beschwerdeführerinnen mit Blick auf ihr Interesse an der Vermeidung allfälliger kartellrechtlicher Sanktionen entsprechen würde (vgl. Art. 18 Abs. 3 KG). Dies anerkennen auch die Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 37).

**4.3** Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf die angeblich präjudizierende Wirkung eines Feststellungsentscheides der Vorinstanz für ein mögliches kartellrechtliches Verfahren. Im Zentrum steht die Frage, ob die Beschwerdeführerin 1 das Durchleitungsgesuch der Beschwerdegegnerin abweisen durfte mit der Begründung, das zu transportierende Erdgas werde am Bestimmungsort nicht primär als Prozessgas eingesetzt.

**4.3.1** Die WEKO hielt zu dieser in der Verbändevereinbarung enthaltenen Voraussetzung im Schlussbericht fest, sie erfülle voraussichtlich die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und b KG, falls die Verweigerung des Transports im konkreten Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt werden könne (Rz. 171). Falls eine Gewährung des Netzzugangs aus technischen Gründen nicht möglich sei, sei eine Netzbetreiberin (wie nach dem RLG) auch nach dem KG nicht verpflichtet, Dritten diesen Zugang zu gewähren (Rz. 189). Ob bzw. ab welchen Schwellenwerten die Gewährung des Netzzugangs technisch unmöglich sei, könne nicht für alle über hundert Schweizer Netzbetreiberinnen einheitlich bestimmt werden (Rz. 191). Selbst wenn – wie von den Netzbetreiberinnen vorgebracht – der Netzzugang aus technischen Gründen schweizweit nur einer bestimmten Anzahl von Netzkunden gewährt werden könnte, erkläre dies noch nicht, weshalb gerade die beiden in Ziff. 4 Bst. a und b der Verbändevereinbarung genannten Kriterien (u.a. primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas) zu diskriminierungsfreien Ergebnissen führten (Rz. 193). Bei einer zukünftigen Beurteilung eines konkreten Einzelfalls betreffend Netzzugangsverweigerung müsste bezogen auf die konkrete Situation, die konkrete Netzbetreiberin und den betroffenen Netzkunden dargetan werden, dass die Gewährung des Netzzugangs aus technischen Gründen unmöglich sei (Rz. 194). In diesem Fall bestehe zwar ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung einer (einzelnen) Geschäftsbeziehung, nicht jedoch für die durch die Verbändevereinbarung hervorgerufene Ungleichbehandlung von Kunden, welche die Kriterien gemäss Ziff. 4 Bst. a und b der Verbändevereinbarung erfüllten und solchen, die sie nicht erfüllten (Rz. 207). Eine allfällige technische Unmöglichkeit der Gewährung des Netzzugangs vermöge mithin die potenzielle Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und b KG nicht in allgemeiner Weise sachlich zu rechtfertigen (Rz. 225).

**4.3.2** In dem von den Beschwerdeführerinnen verlangten Feststellungsverfahren könnte geprüft werden, ob die Beschwerdeführerin 1 (und damit die Beschwerdeführerinnen) im Zeitpunkt der Abweisung des Netzzugangsge-

suchs bzw. im Zeitpunkt des Ergehens des Feststellungsentscheides gestützt auf Art. 13 Abs. 1 RLG verpflichtet (gewesen) wäre, den von der Beschwerdegegnerin verlangten Gastransport durchzuführen. Eine präjudizierende Wirkung eines solchen Entscheides wäre indes unwahrscheinlich. Dies setzte nicht nur voraus, dass die Beschwerdegegnerin (oder eine andere Gesuchstellerin) in Zukunft ein identisches Gesuch stellte, sondern ebenso, dass sich bis dahin weder die tatsächlichen noch die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert hätten.

**4.3.3** Inwieweit die WEKO überhaupt an einen Entscheid der Vorinstanz betreffend die Transportpflicht der Beschwerdeführerinnen gebunden wäre, hinge von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Eine Behörde, für welche sich eine Frage (nur) als Vorfrage stellt, hat zwar einen allenfalls bereits bestehenden Entscheid der sachkompetenten Behörde grundsätzlich zu beachten. Nicht jedes Urteil einer anderen Behörde über eine Vorfrage ist indes geeignet, von der Behörde des Hauptverfahrens übernommen zu werden (vgl. Urteile des BVGer A-5506/2015 vom 31. Oktober 2016 E. 12.2.1 und A-4934/2013 vom 4. September 2014 E. 1.7, je m.w.H.). Jedenfalls bliebe es der WEKO aber im Fall der Abweisung zukünftiger Netzzugangsgesuche durch die Beschwerdeführerinnen unbenommen, infolge veränderter Umstände kartellrechtliche Sanktionen zu verhängen. Dies auch dann, wenn die Vorinstanz im konkret zu beurteilenden Fall zum Schluss gelangt wäre, die Beschwerdeführerin 1 habe das Gesuch der Beschwerdegegnerin zu Recht zurückgewiesen. Mit dem von den Beschwerdeführerinnen verlangten Feststellungsentscheid der Vorinstanz liesse sich hinsichtlich einer möglichen Sanktionierung durch die WEKO also keine Klarheit bzw. Rechtssicherheit schaffen.

**4.4** Dementsprechend ist ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerinnen auch insofern zu verneinen, als sie sich zu dessen Begründung auf eine drohende Sanktion nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG berufen, zumal auch in diesem Fall das Interesse an der Verwaltungsökonomie und das private Interesse der Beschwerdegegnerin an der Vermeidung eines Feststellungsverfahrens (vgl. dazu vorstehend E. 3.3.2) entgegenstehen.

Die WEKO stellte das Vorabklärungsverfahren gemäss Art. 26 KG im Übrigen namentlich deshalb ein, weil "bis anhin [...] keine konkreten Fälle bekannt [sind], in welchen der Netzzugang gestützt auf die Kriterien in der Verbändevereinbarung verweigert worden wäre". Es sei "entsprechend da-

von auszugehen, dass die Verbändevereinbarung bis anhin keine relevanten Auswirkungen gezeitigt" habe und es könne "bis zum heutigen Zeitpunkt kein kartellrechtlicher Verstoss festgestellt werden". Gleichzeitig erwog die WEKO, die Verfahrenseinstellung schliesse nicht aus, dass eine Vorabklärung bzw. Untersuchung eröffnet werde, "falls es zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Netzzugangsverweigerung kommen sollte oder sich anderweitige Hinweise bzw. Anhaltspunkte für einen Kartellrechtsverstoss ergeben würden" (Schlussbericht, Rz. 232). Den Beschwerdeführerinnen bzw. dem VSG ist es unbenommen, nun, nachdem die Beschwerdeführerin 1 ein Netzzugangsgesuch gestützt auf die Verbändevereinbarung abgewiesen hat, erneut an die WEKO zu gelangen und auf die veränderte Ausgangslage hinzuweisen.

#### 5.

Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG demnach zu Recht verneint, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

#### 6.

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'000.– festgesetzt (vgl. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Sie sind dem Verfahrensausgang entsprechend den unterliegenden Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und dem von diesen in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

Eine Parteientschädigung ist weder den Beschwerdeführerinnen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE e contrario) noch der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin (vgl. Art. 7 Abs. 4 VGKE) zuzusprechen. Die Vorinstanz hat von vornherein keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'000.– festgesetzt und den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ER/RLG13.16.1; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Christine Ackermann

Oliver Herrmann

## **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: