



- Beschlusskammer 7 -

**Beschluss**

Az. BK7-08-009

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Antrag auf Freistellung von der Regulierung

Verfahrensbeteiligte:

1) OPAL NEL Transport GmbH, Baumbachstraße 1, 34119 Kassel, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

2) Concord Power Nordal GmbH, Max-Brauer-Allee 44, 22765 Hamburg, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beigeladene zu 1),

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hogan & Hartson Raue LLP, Rechtsanwalt Christian von Hammerstein, Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin -

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

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2008  
am 25.02.2009 beschlossen:

1. Die auf Grundlage des Miteigentumsanteils der Wingas GmbH & Co. KG an der Ostseepipeline-Anbindungsleitung (nachfolgend „OPAL“) geschaffenen Kapazitäten werden zugunsten der Antragstellerin nach folgender Maßgabe von der Anwendung der §§ 20 bis 25 EnWG ausgenommen:
  - a) Die Ausnahme gilt ausschließlich für Verbindungskapazitäten auf der OPAL mit Entry auf deutschem Staatsgebiet und Exit in Brandov. Hierbei sind unter Verbindungskapazitäten beschränkt zuordenbare Entry- und Exit-Kapazitäten zu verstehen, die nur gebündelt angeboten werden. Sofern die Höhe der angebotenen bzw. gebuchten Entry-Kapazität von der Höhe der angebotenen bzw. gebuchten Exit-Kapazität abweicht, erstreckt sich die Ausnahme insgesamt nur auf den niedrigeren der beiden Werte (nachfolgend: „ausgenommene Kapazitäten“).

Nicht ausgenommen sind damit insbesondere Gegenstromtransporte mit Entry in Olbernhau oder Brandov oder sonstige Transporte mit Entry oder Exit innerhalb Deutschlands (z.B. Groß Körös), die der Versorgung von Letztverbrauchern, der Ein- oder Ausspeicherung in bzw. aus Speicheranlagen in Deutschland oder dem Weitertransport auf bestehenden Transportsystemen (z.B. der JAGAL oder STEGAL) dienen. Etwaige Notausspeisungen, die bei einer Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit der OPAL oder mit dieser verbundener Infrastruktureinrichtungen erforderlich werden, stehen der Ausnahme nicht entgegen. Notausspeisungen aus der oder in die OPAL sind der Beschlusskammer unverzüglich mitzuteilen.

- b) Die Antragstellerin wird verpflichtet, von den Nutzern der ausgenommenen Infrastruktur Entgelte zu erheben.
- c) Die Antragstellerin wird verpflichtet, für den Fall eines vertraglichen Engpasses ein marktorientiertes, transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren anzuwenden. Die allgemeinen rechtlichen Vorgaben für das Engpassmanagement hinsichtlich der nicht ausgenommenen Kapazitäten bleiben unberührt.
- d) Die Antragstellerin wird verpflichtet, in ihren Verträgen über Verbindungskapazitäten besondere Regelungen gegen eine Hortung von Kapazitäten vorzusehen und hiervon unter den vertraglich vereinbarten Bedingungen Gebrauch zu machen. Die allgemeinen rechtlichen Vorgaben für das Engpassmanagement hinsichtlich der nicht ausgenommenen Kapazitäten bleiben unberührt. In den Verträgen über Verbindungskapazitäten hat sie zumindest folgende Vorgaben einzuhalten bzw. Bedingungen zu vereinbaren:
  - aa) Werden Kapazitäten nicht am Vortag (D-1) desjenigen Tages, an dem der Transport erfolgen soll (D), nominiert, muss die Antragstellerin diese Kapazitäten anderen Transportkunden diskriminierungsfrei als feste Kapazitäten auf Day-Ahead-Basis anbieten und so rechtzeitig zur Verfügung stellen, dass sie am am Tag D effektiv genutzt werden können (nachfolgend „kurzfristiges UIOLI“).
  - bb) Werden Kapazitäten für Transporte, die für mehrere Quartale (oder einen nach anderen Zeiträumen bemessenen vergleichbaren Zeitraum) von einem Transportkunden gebucht sind, innerhalb eines Quartals nicht oder nur unwesentlich genutzt, muss die Antragstellerin dem Inhaber die gebuchten Kapazitäten mindestens für das folgende Quartal entziehen und anderen Transportkunden rechtzeitig und diskriminierungsfrei als feste Kapazitäten auf Tages-, Monats- und Quartalsbasis anbieten. Als unwesentliche Nutzung gilt eine durchschnittliche Nominierung in Höhe von unter 10% der gebuchten Kapazitäten in dem betreffenden Zeitraum, wobei Leitungsausfälle infolge von Störungen, Wartungen oder ähnlichen Ereignissen zugunsten des ursprünglichen Transportkunden zu berücksichtigen sind. Dieser kann die Entziehung abwenden, wenn er sei-

ne Kapazitäten spätestens einen Monat vor Beginn des Folgequartals in voller Höhe und für den gesamten Zeitraum der drohenden Entziehung an einen Dritten veräußert und dies der Antragstellerin nachweist (nachfolgend „langfristiges UIOLI“).

- cc) Die entzogenen Kapazitäten können Dritten auch unter Änderung oder Aufhebung der Beschränkung der Zuordnungsaufgaben angeboten werden. Zu einer solchen Änderung oder Aufhebung ist die Antragstellerin im Rahmen des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren verpflichtet. Eine Nominierung oder Renominierung des ursprünglichen Transportkunden ist nach Entziehung der Kapazitäten ausgeschlossen. Der ursprüngliche Transportkunde bleibt zur Zahlung der vereinbarten Entgelte verpflichtet. Sein Widerspruch hindert die Entziehung nicht, es sei denn, er kann sich hierfür auf ein bestandskräftiges Urteil berufen. Wenn keine Nachfrage eines Dritten nach den entzogenen Kapazitäten besteht, bleibt der ursprüngliche Transportkunde zur Nutzung berechtigt.
  
- e) Die folgende Bestimmung ist bis zur Inbetriebnahme der OPAL in den Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin aufzunehmen: „Die Geschäftsführung agiert in allen laufenden Systembetriebsfragen unabhängig und entscheidet innerhalb des genehmigten Finanzierungsplans unabhängig über den Bau oder die Umstrukturierung der OPAL. Mit Ausnahme einer Rechtskontrolle ist jede Befugnis der Gesellschaft oder der Gesellschafter, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen, insoweit eingeschränkt.“ Die entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages ist der Beschlusskammer nachzuweisen.
  
- f) Die Ausnahmegenehmigung kann widerrufen werden, sofern
  - aa) die Antragstellerin eine oder mehrere der vorgenannten Auflagen nicht erfüllt,
  - bb) beim Bau oder beim Betrieb der OPAL von den in den Antragsunterlagen dargestellten technischen Planungen in erheblicher Weise abgewichen wird, wovon insbesondere dann auszugehen ist, wenn die OPAL (einschließlich der hierzu gehörenden Anbindungsleitungen unabhängig von ihrer Bezeichnung) zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht über die tschechische Grenze geführt wird, oder
  - cc) die Antragstellerin nach Inbetriebnahme der OPAL nicht entsprechend § 7 Abs. 1 und §§ 8 bis 10 EnWG vom Netzbetrieb der Wingas Transport GmbH & Co. KG oder eines dritten Netzbetreibers getrennt ist.
  
- g) Die Ausnahme gilt unter der Bedingung, dass die OPAL spätestens am 01.01.2015 in Betrieb genommen wird. Das Datum der Inbetriebnahme ist der Beschlusskammer schriftlich mitzuteilen.

- h) Die Ausnahme ist auf 22 Jahre ab tatsächlicher Inbetriebnahme befristet.
  - i) Es wird darauf hingewiesen, dass die allgemeinen rechtlichen Verpflichtungen, die von der Ausnahme nicht explizit erfasst werden, unberührt bleiben. Dies gilt insbesondere für die jeweils geltenden nationalen und europäischen Berichts-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten, für die Verpflichtungen zum bedarfsgerechten Netzausbau nach § 11 Abs. 1 EnWG sowie für die Verpflichtungen bezüglich des Handels mit Kapazitätsrechten nach § 14 GasNZV.
2. Die Ausnahme gilt auch für den Fall der vollständigen oder teilweisen Übertragung des Miteigentums an der OPAL, für den Fall der Übertragung des Netzbetriebs auf einen Dritten sowie für den Fall von Änderungen der Gesellschaftsverhältnisse der Antragstellerin gegenüber der im Antrag beschriebenen Situation, sofern
- a) der Bundesnetzagentur die beabsichtigte Übertragung oder Änderung spätestens drei Monate vor dem vereinbarten Rechtsübergang angezeigt wird,
  - b) der Dritte sich, sofern er den Netzbetrieb übernimmt, zur Einhaltung der Auflagen aus dieser Genehmigung verpflichtet und
  - c) die Bundesnetzagentur die Genehmigung nicht innerhalb von drei Monaten nach Eingang der Anzeige widerruft. Der Widerruf hat unter der Bedingung zu erfolgen, dass die Übertragung oder Änderung durchgeführt wird. Der Widerruf bleibt auch insoweit vorbehalten.
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
4. Die Entscheidung ergeht gemäß § 28a Abs. 3 S. 3 EnWG vorbehaltlich einer endgültigen Entscheidung der Kommission nach Art. 22 Abs. 4 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG. Sie ist nach Maßgabe einer solchen Entscheidung ggf. zu ändern oder aufzuheben. Die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes bleiben unberührt.

## Gründe

### I.

In dem vorliegenden Verwaltungsverfahren begehrt die Antragstellerin eine Freistellung von der Regulierung gemäß § 28a EnWG für Leitungsprojekte, die die landseitige Fortführung der geplanten Offshore-Erdgasleitung Nord Stream auf dem Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland bilden sollen.

1. Die noch zu errichtende Erdgasleitung Nord Stream soll von Vyborg (Russland) nach Greifswald (Deutschland) durch die Ostsee führen. Nachdem zunächst die Inbetriebnahme für 2010 geplant war, soll sie nach den letzten Planungen im Jahr 2011 in Betrieb genommen

werden. Zunächst ist ein Leitungsstrang geplant, der über eine Transportkapazität von rund 27,5 Mrd. m<sup>3</sup>/a verfügen soll. Die Fertigstellung und Inbetriebnahme eines zweiten, parallelen Leitungsstranges, der die Transportkapazität auf insgesamt 55 Mrd. m<sup>3</sup>/a verdoppeln soll, ist für das Jahr 2012 vorgesehen. Die voraussichtliche Gesamtinvestition für beide Leitungsstränge beträgt ca. 7,4 Mrd. € und damit deutlich mehr als zunächst geplant. Gebaut und betrieben werden soll die Nord Stream (offshore) von der im Jahr 2005 gegründeten Nord Stream AG mit Sitz in Zug/Schweiz. Deren Aktionäre sind die OAO Gazprom mit einer 51%-Beteiligung, die Wintershall Holding AG (100%-ige Tochter der BASF AG) und die E.ON Ruhrgas AG (100%-ige Tochter der E.ON AG) mit einer Beteiligung in Höhe von jeweils 20 % und die Gasunie Infrastruktur AG mit einer Beteiligung in Höhe von 9%. Über die Nord Stream soll die Europäische Union mit Gasmengen aus russischen Lagerstätten versorgt werden. Teilweise handelt es sich hierbei um die Verlagerung bestehender Transporte, teilweise um die Heranführung von Neumengen. Insgesamt sollen nach veröffentlichten Informationen der Nordstream AG vom Anlandepunkt Greifswald/Lubmin rund 20 Mrd. m<sup>3</sup>/a Erdgas an Neumengen in die EU 27 transportiert werden. Diese sollen sich wie folgt zusammensetzen: Dong Energy (Dänemark) 1 Mrd. m<sup>3</sup>/a, E.ON Ruhrgas (Deutschland) 4 Mrd. m<sup>3</sup>/a, Gaz de France 2,5 Mrd. m<sup>3</sup>/a, Gazprom Marketing und Trading (Vereinigtes Königreich) 4 Mrd. m<sup>3</sup>/a, Wingas (Deutschland) 9 Mrd. m<sup>3</sup>/a.

2. Für den unmittelbaren landseitigen Anschluss (onshore) in Deutschland ab der Anlandestation in Greifswald/Lubmin sind die Errichtung der neuen Ostseepipeline-Anbindungsleitung (nachfolgend „OPAL“) sowie der neuen Norddeutschen Erdgasleitung (nachfolgend „NEL“) geplant. Auf diese zwei Leitungsprojekte bezieht sich der Freistellungsantrag der Antragstellerin. Außerdem sind u.a. Kapazitätserweiterungen bestehender Transportsysteme der Wingas Transport GmbH & Co. KG geplant, die jedoch nicht Gegenstand des Antrags sind. Diese sollen für Ausspeisungen der in der NEL transportierten Gasmengen in die Niederlande, nach Belgien und Frankreich zur Verfügung stehen.

Die insgesamt etwa 470 km lange OPAL soll einen Durchmesser von 1.420 mm und einen maximalen Betriebsdruck von 100 bar haben. Sie unterteilt sich kapazitativ in zwei Abschnitte, die OPAL-Nord und die OPAL-Süd. Die OPAL-Nord beginnt auf dem Gelände der Verdichterstation Greifswald/Lubmin und endet an der geplanten Verdichterstation Groß Köris südlich von Berlin. Die OPAL-Süd soll in Groß Köris beginnen und bis zur Grenze zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik geführt werden. Die Kapazität der OPAL-Nord soll 36,5 Mrd. m<sup>3</sup>/a betragen. In Groß Köris ist ein Ausspeisepunkt mit einer buchbaren Ausspeisekapazität von 4,5 Mrd. m<sup>3</sup>/a geplant. Dort wird die Leitung über die OPAL-Süd mit einer Kapazität von 32 Mrd. m<sup>3</sup>/a in Richtung Tschechische Republik weitergeführt. Hinter der deutsch-tschechischen Grenze soll ein für Transportkunden buchbarer Ausspeisepunkt in der Nähe des tschechischen Ortes Brandov errichtet werden. Dort ist eine Netzkopplung mit dem von RWE Transgas Net s.r.o. (nachfolgend „RWE Transgas Net“) betriebenen Fernleitungsnetz bzw. deren neuem Leitungsprojekt namens „Gazelle“ vorgesehen. [REDACTED]

Die gesamten Investitionskosten für die OPAL werden veranschlagt. Die Leitung soll in einer Bruchteilsgemeinschaft zwischen der Wingas GmbH & Co. KG (vormals Wingas GmbH, 80% Miteigentum) und der E.ON Ruhrgas AG (20% Miteigentum) errichtet werden. Die Kapazitätsaufteilung erfolgt entsprechend den Miteigentumsanteilen. Der Netzbetrieb für die jeweiligen Kapazitäten soll durch zwei voneinander unabhängige Netzbetreiber, u.a. die Antragstellerin, durchgeführt werden. Die Antragstellerin soll hierbei für den Betrieb hinsichtlich des Bruchteilseigentums der Wingas GmbH & Co. KG zuständig sein. Ob sie dieses pachtet oder ob es ihr als Eigentümerin übertragen wird, ist bislang nicht abschließend entschieden.

Die NEL soll als zweite Onshore-Anbindungsleitung den Transport eines weiteren Teils der durch die Nord Stream in der Bundesrepublik Deutschland angelandeten Gasmengen ermöglichen. Die NEL soll von dem Ausspeisepunkt der Nord Stream in Greifswald/Lubmin mit einer Länge von rund 440 km entlang der Ostseeküste in Richtung Hamburg und über Heidenau und Achim weiter nach Rehden in Niedersachsen verlaufen. Dort soll eine Anbindung an die Fernleitungsnetze der Wingas Transport GmbH & Co. KG und der E.ON Gastransport GmbH (vormals E.ON Gastransport AG & Co. KG) erfolgen. Die NEL soll 2012 betriebsbereit sein. In Greifswald/Lubmin können insgesamt 21,8 Mrd. m<sup>3</sup>/a aus der Nord Stream in die NEL eingespeist werden. Als Ausspeisepunkte sollen Heidenau und Rehden zur Verfügung stehen. Die gesamten Investitionskosten für die NEL werden veranschlagt. Die Leitung soll in einer Bruchteilsgemeinschaft zwischen der Wingas GmbH & Co. KG (75% Miteigentum) und der E.ON Ruhrgas AG (25% Miteigentum) errichtet werden. Die Kapazitätsaufteilung erfolgt entsprechend den Miteigentumsanteilen. Der Netzbetrieb für die jeweiligen Kapazitäten soll ebenfalls durch zwei voneinander unabhängige Netzbetreiber, u.a. der Antragstellerin, vorgenommen werden. Die Antragstellerin soll hierbei für den Betrieb hinsichtlich des Bruchteilseigentums der Wingas GmbH & Co. KG zuständig sein. Ob sie dieses pachtet oder ob es ihr als Eigentümerin übertragen wird, ist ebenso wie bei der OPAL bislang nicht abschließend entschieden.

3. Das technische Konzept für OPAL und NEL beruhte zunächst auf Transportanfragen an die Wingas Transport GmbH & Co. KG. Nachfrager waren die

[REDACTED]

Zur Überprüfung des gesamten Marktbedarfs hatte die Wingas Transport GmbH & Co. KG zwei Open Season-Verfahren für Kapazitäten auf OPAL und NEL in Anlehnung an die von ERGEG (European Regulator's Group of electricity and gas) entwickelten „Guidelines für Good Practice on Open Season Procedures“ (GGPOS) durchgeführt.

In einem ersten Verfahren wurden verschiedene feste Kapazitätspakete in „Forward-Flow“-Richtung auf der NEL und in „Reverse-Flow“-Richtung auf der OPAL angeboten. Kapazitäten auf der OPAL in „Forward Flow“-Richtung mit einer Einspeisung bei Greifswald/Lubmin wurden hingegen nicht angeboten. [REDACTED]

Auf Basis dieser Erfahrungen leitete die Wingas Transport GmbH & Co. KG am 08.10.2007 ein weiteres Open Season-Verfahren für die gesamten Kapazitäten in „Forward-Flow“ und „Reverse-Flow“-Richtung auf der OPAL ein. Die Interessenten waren bei ihrer Nachfrage weder hinsichtlich Laufzeit, Zuordenbarkeit, Unterbrechbarkeit, maximaler Höhe der Kapazitäten noch Ein- oder Ausspeisepunkten eingeschränkt. Lediglich die Mindestlaufzeit war mit einem Jahr und die Mindestmenge der kumulierten Anfragen mit 0,05 Mrd. m<sup>3</sup>/a vorgegeben. [REDACTED]

4. Mit Schreiben vom 25.07.2008, eingegangen am 28.07.2008, hat die Antragstellerin die Einleitung eines Verfahrens zur Gewährung einer Freistellung von der Regulierung gemäß § 28a EnWG beantragt. Dieser Antrag schließt sich an ein unter dem Aktenzeichen BK7-07-004 geführtes Antragsverfahren der Wingas Transport GmbH & Co. KG an. Dieses war nach Antragsrücknahme beendet worden.

Mit ihrem anhängigen Antrag hat die Antragstellerin umfangreiche Unterlagen vorgelegt, auf die im Einzelnen Bezug genommen wird. Diese enthalten insbesondere Informationen zur technischen Planung einschließlich der erforderlichen Kartendarstellungen, die Verträge über die Bruchteilsgemeinschaften, Korrespondenz mit der Beigeladenen, Transportanfragen, Materialien zu den Open Season-Verfahren und eine Kapazitätsplanung bzw. ein Nutzungskonzept. Außerdem hat sie ein Gutachten von Frontier Economics zur „Analyse der Auswirkungen russischer Erdgasmengen über OPAL und NEL auf Wettbewerb und Versorgungssicherheit“ sowie eine „Finanzwirtschaftliche Beurteilung“ durch eine europäische Bank und eine Wirtschaftlichkeitsrechnung vorgelegt.

Das Kapazitätsnutzungskonzept der Antragstellerin (Anlage AS 25) berücksichtigt die vorliegenden Transportanfragen. Danach sollen [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



Die Antragstellerin beantragt,

eine Ausnahme von der Anwendung der Vorschriften der §§ 20 bis 27 EnWG

für die gesamten im Miteigentum der Wingas GmbH & Co. KG & Co. KG (nach Rechtsformwechsel die ehemalige Wingas GmbH & Co. KG, nachfolgend „Wingas“ genannt) stehenden Kapazitäten

- a) der Ostseepipeline-Anbindungsleitung (nachfolgend „OPAL“ genannt) von Greifswald nach Groß Kōris in Höhe von ■ Mrd. m<sup>3</sup>/a und von Groß Kōris nach Olbernhau/Brandov in Höhe von ■ Mrd. m<sup>3</sup>/a sowie
- b) der Norddeutschen Erdgasleitung (nachfolgend „NEL“ genannt) von Greifswald nach Heidenau in Höhe von ■ Mrd. m<sup>3</sup>/a und von Heidenau nach Rehden in Höhe von ■ Mrd. m<sup>3</sup>/a

für die Dauer von 22 Jahren beginnend mit dem jeweiligen Zeitpunkt der Inbetriebnahme, mit der Maßgabe, dass diese Ausnahme auch

- a) für den Fall der vollständigen oder teilweisen Übertragung des Miteigentums an OPAL oder NEL sowie
- b) für den Fall der Übertragung des Netzbetriebs von der Antragstellerin auf einen Dritten, der gleichsam der Antragstellerin die Entflechtungsvorgaben erfüllt,

gilt.

5. Die Beigeladene ist der Ansicht, die Voraussetzungen für die Erteilung einer vollständigen oder teilweisen Ausnahme nach § 28a EnWG lägen nicht vor. Hierzu trägt sie umfangreich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vor.

Nach ihrer Auffassung seien OPAL und NEL keine Verbindungsleitungen. Es fehle in beiden Fällen an der Grenzübergang zur Verbindung von Mitgliedstaaten. Die Leitungen dienten nicht einzig Transitzwecken. Auch die Nord Stream stelle keine Verbindungsleitung dar, da sie nicht die Grenze zwischen zwei Mitgliedstaaten quere oder überspanne. Zu keinem anderen Ergebnis führe die Berücksichtigung des Projekts „Gazelle“, einer von RWE Transgas Net auf tschechischem Staatsgebiet geplanten Leitung, die an die OPAL anschließen und im Wesentlichen die übernommenen Gasmengen bis nach Waidhaus transportieren solle.

Das mit der Investition verbundene Risiko sei auch nicht so hoch, dass die Investition nicht ohne eine Ausnahmegenehmigung getätigt würde. Außerdem werde das Entflechtungsgebot des § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG nicht hinreichend beachtet.

Die Leitungsprojekte führten auch nicht zu einer Verbesserung des Wettbewerbs. Die Erteilung der Ausnahme würde sich nachteilig auf den Wettbewerb, das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes und das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes auswirken. Die Ausnahme würde dazu führen, dass die Beigeladene vom Angebot einer identischen Transportleistung ausgeschlossen würde. Sie hätte außerdem zur Folge, dass marktbeherrschende Ex- bzw. Importeure von Erdgas alleinige Abnehmer des über die Nord Stream aus Russland transportierten Erdgases würden. Dies verhindere die Entstehung eines Handelsplatzes für russisches Erdgas. Die Wingas und der mit ihr verbundene Gazprom-Konzern erhofften sich lediglich strategische Vorteile aus der Verbindung zwischen Erdgaslieferung und dem Betrieb des Erdgasnetzes. Derartige Vorteile sollten durch den geltenden europäischen und nationalen Rechtsrahmen jedoch gerade beseitigt werden.

Das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes werde beeinträchtigt, da die Buchung einzelner Leitungsabschnitte und die Berechnung von Transportentgelten hierfür mit dem durch § 20 Abs. 1b EnWG vorgegebenen Entry-Exit-System nicht vereinbar sei. Die Erteilung der Ausnahme erschwere eine weitere Integration der Marktgebiete. Zudem würde die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung die Schaffung von Überkapazitäten begünstigen und auch insoweit das Effizienzgebot verletzen.

Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung komme schließlich unter Ermessensgesichtspunkten nicht in Betracht. Sie würde zu einer Ungleichbehandlung mit der NORDAL führen und der Antragstellerin im dann bestehenden Wettbewerbsverhältnis zur Beigeladenen ungerechtfertigte Vorteile verschaffen. Bei der NORDAL handelt es sich um eine von der Beigeladenen geplante, nach ihrer Ansicht mit der OPAL konkurrierende Leitung, die ebenfalls ab Greifswald/Lubmin in Nord-Süd-Richtung verlaufen und in Börnicke nördlich von Berlin enden soll. Die NORDAL werde in der Lage sein, das gesamte aus dem 1. Leitungsstrang der Nord Stream ankommende Erdgasvolumen aufzunehmen und bis nach Börnicke zu transportieren. Die geplanten Kapazitäten auf der OPAL als einer Parallelleitung zur NORDAL seien daher überflüssig. Die Einspeisekapazitäten auf der NORDAL sollten Dritten einschließlich der Gazprom export ohne Befreiung von der Regulierung diskriminierungsfrei angeboten werden.

6. Die Beschlusskammer hat dem Bundeskartellamt sowie der Landesregulierungsbehörde Hessen, in deren Bundesland der Sitz des betroffenen Netzbetreibers belegen ist, nach § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Der Regulierungsbehörde in Tschechien wurde auf der Grundlage von § 28a Abs. 3 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. e) der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie

98/30/EG, ABl. EG Nr. L 176/57 vom 15.07.2003 (nachfolgend „GasRL“) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Das Bundeskartellamt hat mit Schreiben der 10. Beschlussabteilung vom 18.02.2009 sein Einvernehmen gemäß § 58 Abs. 1 in Verbindung mit § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG erteilt und zu dem ihm übersandten Entscheidungsentwurf Stellung genommen.

Das Bundeskartellamt hat seine Stellungnahme auf die OPAL beschränkt, da sich nur diesbezüglich die Frage einer Ausnahme stellt. Ausweislich des dem Bundeskartellamt übersandten Entscheidungsentwurfs fehlt es bereits an dem Tatbestandsmerkmal der Verbindungsleitungsqualität nach § 28a Abs. 1 EnWG.

Der Erteilung des Einvernehmens zur OPAL liegen folgende wesentliche Erwägungen zu Grunde:

Soweit die Beschlusskammer beabsichtige, die Ausnahme für die OPAL auf deren so genannte Transitkapazitäten in Hauptstromrichtung nach Süden zu begrenzen und auch für Gegenstromtransporte keine Ausnahme zu erteilen, erfolgten diese Einschränkungen ausweislich des Entscheidungsentwurfs ebenfalls aufgrund von fehlenden Tatbestandsvoraussetzungen, auf die sich das Einvernehmen durch das Bundeskartellamt nicht erstrecke.

Bezüglich der Transitkapazitäten der OPAL lägen die Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG vor, so dass diesbezüglich das erforderliche Einvernehmen durch das Bundeskartellamt mit der von der Beschlusskammer beabsichtigten Herausnahme aus der Netzzugangsregulierung hergestellt werden könne.

Was das Tatbestandsmerkmal der Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung betreffe, so gelte Folgendes: Im Entscheidungsentwurf werde dieses Merkmal in erster Linie damit bejaht, dass es auf dem Produzentenmarkt in den Grenzen der EU 27 durch die Nord Stream in qualitativer Hinsicht zu einer Wettbewerbsverbesserung im Sinne von Angebotserweiterung komme, während auf den Downstream-Märkten im Inland lediglich neutrale Wirkungen attestiert würden. Das Bundeskartellamt sei im Ergebnis ebenfalls der Auffassung, dass eine Herausnahme der OPAL aus der Regulierung nicht an dem Tatbestandsmerkmal der Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung scheitere. Allerdings gelange es zu diesem Ergebnis mit einer anderen Begründung.

Auf den Märkten, auf denen sich ausländische Gasproduzenten und Importeure träfen, könne die OPAL bereits im Ausgangspunkt nicht zu einer Verbesserung beitragen, da sie – südliche Flussrichtung unterstellt – hinter dem entsprechenden Grenzübergabepunkt beginne. Hier würden vertriebsseitig aber bereits die inländischen Ferngasmärkte beginnen. Selbst wenn es, wie im Entscheidungsentwurf angenommen, tatsächlich einen EU 27-weiten Produzentenmarkt gäbe, so würde dieser das Inland nicht mit einschließen. Andernfalls hätte es der Erdgas-

Binnenmarkttrichtlinien nicht bedurft, weil dann jeder Nachfrager aus jedem Ort der EU 27 barrierefrei (sogar) beim Produzenten beziehen könnte. Es stünden deshalb für die Prüfung auf Wettbewerbsverbesserungen hin nur inländische Gasmärkte zur Verfügung.

Der Tatbestand des § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG sei aber nach Auffassung des Bundeskartellamts aus einem anderen Grund erfüllt, den auch die Beschlusskammer heranziehe. Bei dem für eine Ausnahme von der Netzzugangsregulierung vorgesehenen Teil sei nämlich nach dem von der Beschlusskammer festgestellten Sachverhalt – Verbindung der Fernleitungsnetze Deutschlands und Tschechiens ohne Gegenstromtransporte - schon im Ansatz nicht prüfbar, ob es zu einer gasseitigen Wettbewerbsverbesserung im Inland komme. In solch einer Fallkonstellation sei eine Verbesserung der Gasversorgung durch die Investition nach Sinn und Zweck des § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG nicht erforderlich.

Nach den Feststellungen der Beschlusskammer im Zusammenhang mit dem Merkmal der Verbindungsleitungsqualität diene die OPAL in tatsächlicher Hinsicht – unter Außerachtlassung der von der Ausnahme nicht umfassten rein nationalen Transporte - der Verbindung der Fernleitungsnetze Deutschlands und Tschechiens. Auf tschechischer Seite solle sie eine Verbindung zu der geplanten Fernleitung „Gazelle“ erhalten. Eine Ausspeisung von Gas mit der Möglichkeit, den Wettbewerb auf den deutschen Gasvertriebsmärkten zu verbessern, sei also in Fallkonstellationen wie der vorliegenden bereits der Natur der Sache nach nicht gegeben.

Die Beigeladene habe gegenüber der 10. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes den entsprechenden Feststellungen der Beschlusskammer in tatsächlicher Hinsicht entgegengehalten, dass es sich bei der OPAL nicht um eine Verbindung der Nord Stream mit Tschechien handele, sondern dass es sich einzig und allein um einen Lückenschluss zur Verbindung der Nord Stream mit dem deutsch-tschechischen Grenzübergangspunkt Waidhaus handele. Dass hierfür zusätzlich noch die von einem anderen Netzbetreiber, der RWE Transgas Net, geplante Leitung „Gazelle“ in Tschechien erforderlich sei, stehe dem bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht im Wege. Der Beigeladenen zufolge handele es sich deshalb um eine Leitungsverbindung mit rein deutschen Aus- und Einspeisepunkten, die aus geografischen Gründen auch durch Tschechien verlaufe. Träfe dies zu, so wäre in der Tat eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bei Gas in Deutschland prüfbar und – je nach Ausgang dieser Prüfung - zu bejahen oder zu verneinen. Jedoch sehe sich die 10. Beschlussabteilung in diesem Punkt an die Feststellungen der Beschlusskammer gebunden, wonach es sich unzweifelhaft um eine Verbindungsleitung nach Tschechien handele, aus der in das tschechische Fernleitungsnetz überspeist werde, und wonach die „Gazelle“ den Antragstellern nicht zuzurechnen sei, auch wenn die „Gazelle“ das von OPAL übergebene Gas in hohem Umfang in Waidhaus wieder an die deutschen Fernleitungsnetze übergeben solle.

Zwar halte sich die 10. Beschlussabteilung grundsätzlich für befugt, im Rahmen der Konsultation nach § 58 Abs. 1 Satz 1 EnWG eigene Sachverhaltsaufklärungen zu betreiben. Aber jedenfalls

bezüglich solcher Sachverhaltskomplexe, die zugleich zur Subsumtion unter die ausschließlich von der Bundesnetzagentur zu beurteilenden Tatbestandsmerkmale des § 28a EnWG relevant seien, sei der von der Bundesnetzagentur ermittelte Sachverhalt vom Bundeskartellamt für die Prüfung der Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen zugrunde zu legen. Denn würde es sich nicht um eine Verbindungsleitung handeln, würde sich die Frage der Wettbewerbsverbesserung und damit des Einvernehmens durch das Bundeskartellamt überhaupt nicht stellen. Die 10. Beschlussabteilung habe sich deshalb nicht mit der Richtigkeit der Darstellung der Beigeladenen auseinanderzusetzen.

Soweit die Antragstellerin gegenüber der 10. Beschlussabteilung dargestellt habe, dass von der grundsätzlichen Flussrichtung Nord-Süd der OPAL in besonderen Fällen auch einmal abgewichen werden könne mit der Folge, dass doch Gas nach Deutschland eingespeist werde und dort zu Wettbewerbsverbesserungen führen könne, sei dies nicht Gegenstand der Prüfung. Der Entscheidungsentwurf nehme u.a. derartige Gegenstromtransporte ausdrücklich von der Ausnahme aus.

Da nach alledem die OPAL mit Ausnahme des zur Ausspeisung in Groß-Köris vorgesehenen Teils ausschließlich Aus- bzw. Überspeisungspunkte im Ausland aufweise, liege die in § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG nicht erfasste Situation vor, dass eine Prüfung wettbewerblicher Verbesserungen bei der Gasversorgung in Deutschland per se nicht möglich sei. Es sei entstehungsgeschichtlich und gesetzessystematisch nicht erkennbar, dass in dieser Fallkonstellation das Einvernehmen durch das Bundeskartellamt versagt werden und die Leitung damit in der Netzzugangsregulierung verbleiben solle.

Durch den Bau der OPAL werde schließlich die Versorgungssicherheit im Sinne einer Schaffung zusätzlicher Transportmöglichkeiten verbessert, wie es § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG verlange. Als Fortsetzung der Nord Stream trage sie ersichtlich zu einer Transportalternative für russisches Gas gegenüber den bestehenden Transitleitungen, insbesondere der über die Ukraine führenden Transitleitung bei, ohne dass es hierzu weiterer Ausführungen über das im Entscheidungsentwurf der Beschlusskammer Gesagte hinaus bedürfe. Dies decke sich im Übrigen mit dem Vortrag der Beigeladenen, die den einzigen Zweck der OPAL in dem Schließen des „Bypasses“ zur Transitleitung über die Ukraine erblicke.

Ob die von der Beigeladenen geplante Leitung in bedeutenderem Umfang den Wettbewerb bei der Gasversorgung oder die Versorgungssicherheit verbessere, könne dahingestellt bleiben. Sowohl die Beigeladene als auch die Antragstellerin hätten gegenüber der 10. Beschlussabteilung zwar Argumente für die jeweils höhere Qualität ihres Projekts vorgebracht, doch sehe § 28a EnWG für den Fall eines zeitlich zusammenfallenden Leitungsbaus keine Alternativenprüfung vor. Nicht anders verhalte es sich im Zusammenhang mit Zusammenschlussprüfungen nach § 40 Abs. 1 GWB, wo dem Bundeskartellamt ebenfalls nicht die Auswahl

zwischen zwei unterschiedlich wettbewerbsintensiven Erwerbern zustehe, solange beide die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB nicht erfüllen.

Die tschechische Regulierungsbehörde Energetický regulační úřad (nachfolgend „ERÚ“) hat Zweifel an der Rechtfertigung der Ausnahme geäußert. Bestimmte vertragliche Vereinbarungen über den Weitertransport des Gases in Tschechien, die nach Angabe der ERÚ vertraulich sind, reduzierten das Auslastungsrisiko für die OPAL auf ein vernachlässigbares Maß. Gazprom export und verbundene Unternehmen hätten eine dominante Stellung in der Region, die durch die OPAL gestärkt werde. Beim Merkmal der Versorgungssicherheit sei problematisch, dass die OPAL nicht zu einer Diversifizierung der Gasquellen beitrage, sondern lediglich eine neue Transportroute für Gasflüsse von Gazprom export darstelle. Die OPAL diene außerdem weniger der Heranführung neuer Gasmengen als der Verlagerung der bisherigen Transportströme. Dies könne zu einer Minderauslastung existierender Transitleitungen in Tschechien und der Slowakei mit negativen Auswirkungen auf die Entgeltregulierung führen.

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

## II.

Hinsichtlich der OPAL liegen die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung vor. Diese konnte unter Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens auf eine Teilausnahme begrenzt und mit Nebenbestimmungen versehen werden. Hinsichtlich der NEL liegen die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung nicht vor. Insoweit war der Antrag abzulehnen.

Aufgrund des Umfangs der Darstellung wird den folgenden Entscheidungsgründen eine Gliederungsübersicht vorangestellt, welche sich zur besseren Übersichtlichkeit auf vier Gliederungsebenen beschränkt.

### Gliederung

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.....	15
1.1. Allgemeine Verfahrensanforderungen.....	15
1.2. Antragsbefugnis und Bescheidungsinteresse .....	17
2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung .....	18
2.1. Verbindungsleitung.....	18
2.1.1. NEL und OPAL als Prüfungsgegenstand .....	18
2.1.2. NEL ist keine Verbindungsleitung im Sinne von § 28a Abs. 1 EnWG.....	20
2.1.3. OPAL ist eine Verbindungsleitung im Sinne von § 28a Abs. 1 EnWG .....	22
2.1.3.1. OPAL quert eine Grenze zwischen EU-Mitgliedstaaten (geografisches Element einer Verbindungsleitung).....	23
2.1.3.2. Verbindung nationaler Fernleitungsnetze durch OPAL (funktionales Element einer Verbindungsleitung) .....	24
2.2. Verbesserung des Wettbewerbs und der Versorgungssicherheit .....	34

2.2.1. Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung .....	34
2.2.1.1. Auslegung des Tatbestandsmerkmals .....	35
2.2.1.2. Wettbewerbsauswirkungen .....	46
2.2.2. Verbesserung der Versorgungssicherheit .....	53
2.3. Größere neue Infrastruktur .....	57
2.4. Investitionsrisiko .....	57
2.4.1. Allgemeine Grundsätze .....	58
2.4.2. Relevante Risiken .....	58
2.4.3. Kausalität .....	62
2.5. Entflechtung .....	65
2.6. Erhebung von Entgelten .....	65
2.7. Keine nachteiligen Auswirkungen der Ausnahme auf den Wettbewerb, das effektive Funktionieren des Binnenmarktes und des regulierten Netzes .....	66
2.8. Ermessen .....	71
2.8.1. Allgemeine Erwägungen .....	71
2.8.2. Tenor zu 1. ....	72
2.8.3. Tenor zu 2. ....	76
2.8.4. Tenor zu 3. ....	77
2.8.5. Tenor zu 4. ....	77

Im Einzelnen:

## **1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung**

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der vorliegenden Entscheidung sind die gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren im Allgemeinen gewahrt worden (siehe folgenden Abschnitt 1.1.). In ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin ist die Antragstellerin insbesondere auch antragsbefugt (siehe folgenden Abschnitt 1.2.).

### **1.1. Allgemeine Verfahrensanforderungen**

(1) Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende auf § 28a Abs. 1, 2, 3 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. b) bis e) und Abs. 4 GasRL beruhende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Hs. 1 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG. Gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG sind sowohl das Bundeskartellamt als auch die Landesregulierungsbehörde, hier des Landes Hessen, rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens beteiligt worden. Das nach § 58 Abs. 1 i.V.m. § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG erforderliche Einvernehmen des Bundeskartellamts ist erteilt worden. Des Weiteren ist im Rahmen des Verfahrens den Beteiligten gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Die Sach- und Rechtslage wurde mit ihnen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 20.11.2008 umfassend erörtert. Im Anschluss hieran wurde ihnen nochmals Gelegenheit gegeben, unter Berücksichtigung der erörterten Argumente innerhalb einer angemessenen Frist schriftlich vorzutragen.

(2) Die der Beigeladenen einzuräumenden Beteiligtenrechte sind auch nicht dadurch unzulässig verkürzt worden, dass ihr im Rahmen des Verfahrens nur solche Unterlagen zur Verfügung gestellt worden sind, in denen Passagen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, entnommen bzw. geschwärzt wurden.

Gemäß § 29 VwVfG hat die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Allerdings haben die Verfahrensbeteiligten einen Anspruch darauf, dass u.a. ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht unbefugt offenbart werden (§ 30 VwVfG). Dies gilt im Grundsatz für alle Beteiligten eines Beschlusskammerverfahrens – sowohl für die Antragstellerin als auch für die Beigeladene – gleichermaßen. Auch die Beigeladene hat daher Teile der von ihr eingereichten Unterlagen geschwärzt.

Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin Angaben geschwärzt hätte, ohne sich hierfür auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse berufen zu können. Die Beschlusskammer hat die von der Antragstellerin in den Antragsunterlagen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ausgewiesenen Schwärzungen nicht grundsätzlich akzeptiert, sondern hat sie in der mündlichen Verhandlung sowie im Anschluss hieran per E-Mail aufgefordert, ihre Schwärzungen zunächst selbst nochmals zu überprüfen und die Unterlagen nach Möglichkeit weitergehend offenzulegen. Daraufhin hat die Antragstellerin weitere Teile ihrer Schriftsätze für die Beigeladene freigegeben. So hat sie insbesondere das Gutachten von Frontier Economics zu den Auswirkungen auf Wettbewerb und Versorgungssicherheit, das zunächst vollständig geschwärzt war, in weitgehendem Umfang offengelegt. Die verbleibenden Schwärzungen hat sie gegenüber der Beschlusskammer mit Schriftsatz vom 19.12.2008 begründet. Die von ihr geltend gemachten Gründe sind nachvollziehbar und geeignet, den erforderlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des eigenen Unternehmens, verbundener Unternehmen oder Dritter, mit denen die Antragstellerin oder verbundene Unternehmen in geschäftlichem Kontakt stehen, zu belegen. Diese Angaben ermöglichen Rückschlüsse auf Geschäftsstrategien oder Kalkulationsgrundlagen, die sie auf vertraulicher Grundlage etwa im Rahmen der Open Season-Verfahren erhalten hat. Eine verpflichtende Offenlegung kann gerade gegenüber der Beigeladenen, die geltend macht, mit der geplanten NORDAL ein Konkurrenzprojekt zur OPAL betreiben zu wollen, nicht gefordert werden.

Schließlich ist nicht erkennbar, dass die Beigeladene aufgrund des Umfangs der Schwärzungen nicht in der Lage gewesen wäre, von ihrem Anhörungsrecht in sinnvoller Weise Gebrauch zu machen. Allein ihr ergänzender Schriftsatz nach der mündlichen Verhandlung umfasst über 100 Seiten nebst mehreren hundert Seiten Anlagen. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um allgemeine Betrachtungen, sondern um konkrete Stellungnahmen zu den geplanten Projekten. Zu berücksichtigen ist auch, dass das einfachgesetzliche Anhörungsrecht nicht mit dem im Gerichtsverfahren zu gewährenden, verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtliches

Gehör gleichzusetzen ist. Die Anhörung von Beigeladenen im Beschlusskammerverfahren ist ein aus dem Akt der Beiladung folgendes Verfahrensrecht. Die Beiladung selbst dient aber jedenfalls im Fall der hier vorliegenden einfachen Beiladung nicht dazu, eigene materielle Rechte der Beigeladenen im Verwaltungsverfahren zur Geltung zu bringen. Ihr vorrangiger Zweck besteht vielmehr darin, der Beschlusskammer eine breitere Entscheidungsgrundlage zu ermöglichen. Diesen Zweck erfüllen die umfangreichen Stellungnahmen der Beigeladenen im vorliegenden Verfahren auch ohne eine weitergehende Offenlegung der Antragsunterlagen ihr gegenüber.

(3) Es ist eine Konsultation der Regulierungsbehörden der anderen betroffenen Mitgliedstaaten gemäß § 28a Abs. 3 S. 2 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. e) GasRL erfolgt. Förmlich zu beteiligen waren hierbei nur solche Länder, an deren Grenze jeweils die Endpunkte der geplanten Leitungsprojekte liegen sollen. Da die NEL in Deutschland endet, war lediglich die Regulierungsbehörde der Tschechischen Republik wegen der Grenzquerung der OPAL und dem geplanten Ausspeisepunkt in Brandov zu beteiligen.

## **1.2. Antragsbefugnis und Bescheidungsinteresse**

Die Antragstellerin ist nach § 28a Abs. 3 S. 3 EnWG antragsbefugt. „Betroffenes Gasversorgungsunternehmen“ im Sinne dieser Vorschrift ist nur der Betreiber der späteren Infrastruktur, während bloße Eigentümer oder Investoren nicht antragsbefugt sind (vgl. Beschluss vom 27.08.2007, Az. BK7-07-013). Als Betreiberin der OPAL und der NEL wird jeweils (im Rahmen des Umfangs der Antragstellung) die Antragstellerin fungieren, sie hat damit zulässigerweise die Freistellung von der Regulierung nach § 28a EnWG beantragt.

Der Antragstellerin fehlt auch nicht etwa deshalb das Bescheidungsinteresse, weil die Errichtung der Leitungen nicht hinreichend wahrscheinlich wäre. Von einem Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses wäre allerdings dann auszugehen, wenn der angestrebte Rechtsschutz für die Antragstellerin nutzlos wäre, weil einer Verwirklichung der Projekte bereits planungsrechtliche Gesichtspunkte entgegenstünden. Ob dies der Fall ist, ist aber derzeit für die Beschlusskammer nicht hinreichend sicher erkennbar. Für das Bescheidungsinteresse reicht es aus, dass die Antragstellerin bzw. das von ihr hiermit beauftragte Unternehmen die Planungsverfahren ernsthaft betreibt. Ein Abschluss der landesrechtlichen Verfahren vor einer stattgebenden Ausnahmeentscheidung nach § 28a EnWG ist hingegen nicht erforderlich. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass Projekte, für welche eine Ausnahme begehrt wird, mit zusätzlichen zeitlichen und wirtschaftlichen Risiken belastet würden.

Es ist auch zulässig, dass die Antragstellerin die Ausnahme nicht für die gesamten Kapazitäten der OPAL und NEL beantragt, sondern nur für den auf sie als Netzbetreiberin entfallenden Anteil. Es handelt sich unter Berücksichtigung des Antrags im Parallelverfahren um zwei getrennte Anträge auf Teilausnahmen. Die Möglichkeit, Teilausnahmen zu erteilen, ergibt sich

aus § 28a Abs. 3 S. 2 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. b) Ziff. i) GasRL. Zulässig und unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten vorzugswürdig wäre daneben ein gemeinsames Vorgehen durch beide Netzbetreiber der geplanten Infrastrukturen gewesen, wobei auch in diesem Fall sich ergänzende Teilausnahmen für die jeweiligen Netzbetreiber zu beantragen gewesen wären.

## **2. Materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung**

Die Entscheidung ist auch materiell rechtmäßig, da für die OPAL die Voraussetzungen einer Teilausnahme vorliegen, für die NEL hingegen nicht. Bei der NEL fehlt es bereits an der Eigenschaft als Verbindungsleitung, hingegen ist die OPAL als Verbindungsleitung zu qualifizieren (siehe folgenden Abschnitt 2.1.). Für die OPAL liegen auch die anderen Voraussetzungen einer Ausnahme vor: Verbesserung des Wettbewerbs und der Versorgungssicherheit (siehe folgenden Abschnitt 2.2.), größere neue Infrastruktur (siehe folgenden Abschnitt 2.3.), Investitionsrisiko so hoch, dass die Investition ohne Ausnahme nicht getätigt würde (siehe folgenden Abschnitt 2.4.), Gewährleistung der Entflechtung (siehe folgenden Abschnitt 2.5.), Erhebung von Entgelten (siehe folgenden Abschnitt 2.6.), keine nachteiligen Auswirkungen der Ausnahme auf den Wettbewerb, das effektive Funktionieren des Binnenmarktes und des regulierten Netzes (siehe folgenden Abschnitt 2.7.). Sind die Voraussetzungen für die OPAL gegeben, so steht die Entscheidung über die Gewährung einer Ausnahme im Ermessen der Beschlusskammer. Unter Abwägung aller Gesichtspunkte hat sich die Beschlusskammer entschieden, die Ausnahme unter Auflagen teilweise zu genehmigen (siehe folgenden Abschnitte 2.8.).

### **2.1. Verbindungsleitung**

Die OPAL, die Deutschland mit der Tschechischen Republik verbinden soll, ist eine Verbindungsleitung im Sinne von § 28a Abs. 1 Hs. 1 EnWG. Dagegen ist die NEL keine Verbindungsleitung, da sie innerhalb Deutschlands sowohl beginnt als auch endet und damit keine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert (siehe folgende Abschnitte 2.1.1. bis 2.1.3.).

#### **2.1.1. NEL und OPAL als Prüfungsgegenstand**

Zunächst ist zu klären, für welchen Prüfungsgegenstand das Tatbestandsmerkmal der Verbindungsleitung erfüllt sein muss. Im Ergebnis geht die Beschlusskammer davon aus, dass es sich bei OPAL und NEL um zwei unterschiedliche Leitungen handelt, die zwar nach der Planung der Investoren in einem engen ökonomischen Zusammenhang miteinander gebaut werden sollen, die aber in Ansehung von § 28a EnWG isoliert zu betrachten sind. Eine rechtliche Verklammerung über eine Gesamtprojektplanung findet damit nicht statt. Dies betrifft sowohl den von der Antragstellerin hergestellten Zusammenhang mit dem „Gesamtprojekt Nord Stream“ bzw. dem

„Gesamtprojekt Nord Stream Onshore“ als auch eine denkbare Verknüpfung zu einem einheitlichen Leitungsprojekt mit dem Projekt „Gazelle“.

(1) Dass für die Frage einer Ausnahmegewährung jeweils die einzelne Infrastruktur maßgeblich zu betrachten und zu beurteilen ist und nicht ein Gesamtprojekt, das sich ggf. aus diesen einzelnen Infrastrukturen zusammensetzt, ergibt sich u.a. deutlich aus der Formulierung des § 28a Abs. 3 i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. b) Nr. i) GasRL. Danach kann „Die Ausnahme (...) sich auf die neue Infrastruktur, die erheblich vergrößerte vorhandene Infrastruktur oder die Änderung einer vorhandenen Infrastruktur (...) erstrecken.“ Relevant im Hinblick auf eine mögliche Ausnahme ist nach dieser alternativ aufzählenden Vorgabe also entweder die singuläre neue, die erheblich vergrößerte vorhandene oder die geänderte vorhandene Infrastruktur, nicht ein Gesamtprojekt.

(2) Für die Frage, ob es sich bei einer neuen Infrastruktur um eine oder mehrere Leitungen im Sinne von § 28a EnWG handelt, ist auf eine Gesamtschau von Kriterien abzustellen.

Danach handelt es sich bei OPAL bzw. NEL einerseits und der Nord Stream andererseits um verschiedene Leitungen. In technischer Hinsicht unterscheiden sich die Nord Stream als Offshore-Leitung und die OPAL bzw. NEL als Onshore-Leitungen mit zwischengeschalteten Verdichtern und Ausspeisemöglichkeiten deutlich. Die Leitungen sollen zudem jeweils von unterschiedlichen Konsortien gebaut werden, wobei es sich nicht nur um formal unterschiedliche Gesellschaften handelt, sondern sich auch die Beteiligungsverhältnisse und der Kreis der Gesellschafter unterscheiden. Am Nord Stream-Projekt sind neben BASF/Wintershall und E.ON Ruhrgas mit jeweils 20 Prozent, Gazprom als Mehrheitsgesellschafter mit 51 Prozent und die niederländische Gasunie mit neun Prozent beteiligt. Eine klare, vertraglich geregelte Trennung der Systeme und Verantwortungsbereiche soll in der Anlandestation Greifswald stattfinden. Diese getrennte Betrachtung beim Tatbestandsmerkmal der Verbindungsleitung schließt allerdings nicht aus, die ökonomischen Wechselwirkungen der verschiedenen Leitungen z.B. bei der Risiko- oder Wettbewerbsbetrachtung mit in den Blick zu nehmen.

Einer Gesamtbetrachtung der OPAL mit dem Projekt „Gazelle“ stehen vergleichbare Gründe entgegen. Die Antragstellerin und die künftige Netzbetreiberin der „Gazelle“ sind weder gesellschaftsrechtlich noch durch einen gemeinsamen Projektplan miteinander verbunden. Gleiches gilt für die dahinter stehenden Gesellschafter als Investoren.

OPAL und NEL stellen weiterhin keine einheitliche Leitung über die Klammer eines „Gesamtprojektes Nord Stream Onshore“ dar. Insoweit sprechen die vorgelegten Unterlagen zwar für einen gemeinsamen Projektplan der Investoren und künftigen Miteigentümer, wobei es sich in beiden Fällen um die gleichen Gesellschaften handelt. In technisch-funktionaler Hinsicht handelt es sich jedoch eindeutig um zwei getrennte Leitungen und nicht lediglich um zwei Abschnitte oder Teilstücke einer einheitlichen Leitung. Beide dienen dem Zweck, die in Greifswald anlandenden Mengen der Nord Stream abzutransportieren. Sie verlaufen jedoch nicht wie im Falle eines

sogenannten „Loops“ parallel. Keine der Leitungen dient auch dem Weitertransport der aus der anderen Leitung übergebenen Gasmengen. Der Zweck der Leitungen besteht daher darin, unterschiedliche Teilmengen des in Greifswald anlandenden Gases von Beginn an in unterschiedliche Flussrichtungen (NEL: Ost-West bzw. OPAL: Nord-Süd) und Regionen zu transportieren. Auch wenn dahinter ein betriebswirtschaftliches Gesamtkonzept erkennbar ist, erlauben es diese Unterschiede nicht, die beiden Leitungen als einheitliche Leitung zu betrachten.

Hingegen handelt es sich beim Nordabschnitt und Südabschnitt der OPAL um Abschnitte einer einheitlich zu betrachtenden Leitung, die ineinander übergehen bzw. aneinander anschließen. Beide Abschnitte verlaufen in Nord-Süd-Richtung und transportieren, wenn auch mit kapazitativen Unterschieden, im Wesentlichen die gleichen Gasmengen in derselben Hauptflussrichtung. Gleiches gilt für die geplante Weiterführung ab Olbernhau zur Anbindung der Leitung an die „Gazelle“, d.h. zur Ermöglichung der Ausspeisung auf tschechischem Staatsgebiet in Brandov. Auf die Bezeichnung dieses Leitungsabschnitts durch die Antragstellerin oder Dritte (z.B. im Rahmen planungsrechtlicher Verfahren) kommt es dabei nicht an.

### **2.1.2. NEL ist keine Verbindungsleitung im Sinne von § 28a Abs. 1 EnWG**

Die NEL ist keine Verbindungsleitung im Sinne von § 28a Abs. 1 EnWG, da sie keine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert oder überspannt, sondern in Deutschland beginnt und endet. Einer analogen Erweiterung der Ausnahmemöglichkeit des § 28a Abs. 1 EnWG auf sonstige größere Leitungen, die nicht den Charakter einer Verbindungsleitung haben, steht der Ausnahmecharakter der Vorschrift entgegen.

(1) Der Begriff der Verbindungsleitung ist legal definiert. Nach § 3 Nr. 34 EnWG sind Verbindungsleitungen

„Anlagen, die zur Verbundschaltung von Elektrizitätsnetzen dienen, oder eine Fernleitung, die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert oder überspannt und einzig dem Zweck dient, die nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten zu verbinden“.

Für den hier vorliegenden Fall einer Fernleitung im Gasbereich (vgl. § 3 Nr. 19 EnWG) lassen sich zwei maßgebliche Elemente einer Verbindungsleitung bestimmen: einerseits ein geografisches Element („Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert oder überspannt“) und andererseits ein funktionales Element („einzig dem Zweck dient, die nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten zu verbinden“).

(2) Hinsichtlich des funktionalen Elements ist problematisch, ob die Zweckbestimmung, wofür der Wortlaut spricht, die Qualifikation als Verbindungsleitung beschreibt oder ob damit nach Sinn und Zweck der Ausnahmenvorschrift lediglich der Umfang einer möglichen Genehmigung beschränkt werden soll, indem eine Regulierungsfreistellung lediglich („einzig“) „Transite“ umfassen darf.

Diese für die OPAL relevante Frage kann für die NEL jedoch dahinstehen, da es bereits an dem geografischen Element der Querung bzw. Überspannung der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat fehlt. Insoweit ist erforderlich, dass die Leitung selbst eine Staatsgrenze queren oder überspannen muss, um die Verbindung zwischen Fernleitungsnetzen der Mitgliedstaaten herzustellen. Schon hieran fehlt es bei der NEL, die an der Anlandestation Greifswald (NEL-Ost) beginnt und an der Absperrstation Achim (NEL-West) endet, also über 100 km von der deutsch-niederländischen Grenze entfernt auf deutschem Staatsgebiet.

(3) Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man die NEL entgegen der von der Beschlusskammer zugrunde gelegten Bewertung als Teil eines einheitlichen Gesamtprojektes Nord Stream betrachtet. Zwar verlief diese „Gesamtleitung“ dann bis auf russisches Staatsgebiet. Auch damit würde jedoch keine Staatsgrenze zu einem Mitgliedstaat gequert oder überspannt. Wegen der den deutschen Regelungen der § 28a und § 3 Nr. 34 EnWG zugrunde liegenden europäischen Normen (Art. 22 und Art. 2 Nr. 17 GasRL) handelt es sich bei den Mitgliedstaaten um solche der Europäischen Union (vgl. Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht Kommentar, 55. Ergänzungslieferung Januar 2007, § 3 Rn. 264). Dagegen ist eine unmittelbare oder mittelbare Verbindung zu einem Drittstaat wie der Russischen Föderation für die Qualifikation als Verbindungsleitung weder notwendig noch hinreichend.

(4) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin im Parallelverfahren BK7-08-010 ist der Begriff der Verbindungsleitung in § 28a Abs. 1 EnWG in systematischer Hinsicht auch nicht von § 3 Nr. 34 EnWG abweichend zu definieren, wobei dann die speziellere Vorschrift vorrangig wäre. Eine eigene Definition der Verbindungsleitung, die insoweit auch von dem in den §§ 19 und 35 EnWG verwendetem Sprachgebrauch abweichen würde, enthält § 28a EnWG nicht.

Eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung von § 28a EnWG, nach der auch sonstige größere Leitungen freigestellt werden könnten, wird durch die Gesetzesmaterialien nicht gestützt. Aus diesen ergibt sich vielmehr gerade, dass nicht jegliche größeren Infrastrukturen (§ 28a Nr. 2 EnWG), sondern ausschließlich die in § 28a Abs. 1 Hs. 1 EnWG enumerativ genannten Anlagen, d.h. Verbindungsleitungen, Speicheranlagen oder LNG-Anlagen, freistellungsfähig sein sollten. So sollten nach der Entwurfsfassung des Bundesrates zu § 28a Abs. 1 EnWG „größere neue Erdgasinfrastrukturen“ freistellungsfähig sein (BT Drs. 15/3917, S. 87). Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit (BT Drs. 15/5268, S. 41 f.), die bis auf im Wesentlichen redaktionelle Änderungen Grundlage der verabschiedeten Gesetzesfassung wurde, wich hiervon ab und präziserte dies, indem bereits in § 28a Abs. 1 EnWG ein abschließender Katalog freistellungsfähiger Infrastrukturen im Einklang mit Art. 22 GasRL aufgeführt wurde. Aus diesem Ablauf ergibt sich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus den Materialien erschließt, nicht jegliche Infrastruktur freistellungsfähig sein sollte, deren Errichtung die Versorgungssicherheit verbessert. Vielmehr war eine enge Ausnahmeregelung für einen gesetzlich eingegrenzten Kreis bestimmter Einrichtungen beabsichtigt.

Diese Auslegung widerspricht auch nicht der Intention des Gesetzgebers. Der in § 28a EnWG vorgenommenen Einschränkung auf einzelne ausgewählte Infrastrukturen (*numerus clausus*) liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Regulierungsfreistellung mit der Grundkonzeption des Regulierungsrahmens, Drittzugang zu Netzen zu gewährleisten und Netzentgelte zu überprüfen, nicht vereinbar ist. Aus diesem Grund sollen lediglich besonders bedeutende, besonders risikoreiche und für den EU-Binnenmarkt besonders relevante Infrastrukturvorhaben in den Genuss einer Freistellung kommen. Diese Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers ist zu respektieren, auch wenn es sonstige größere Infrastrukturprojekte geben mag, die eine ähnliche Bedeutung für die Versorgungssicherheit haben mögen wie die in § 28a EnWG enumerativ genannten Investitionen. Aspekte der Versorgungssicherheit sind bei der Prüfung der weiteren Voraussetzungen der Freistellungsentscheidung zu berücksichtigen (siehe § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG), spielen jedoch für die Frage, welche Infrastruktur überhaupt freistellungsfähig ist, keine Rolle. Zum einen ergibt sich dies aus der separaten Erwähnung als materielle Voraussetzung in § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG, so dass es einer Vorab-Prüfung bei der Frage nach der freistellungsfähigen Infrastruktur nicht bedarf. Zum anderen kann bei der Frage, ob eine freistellungsfähige Verbindungsleitung vorliegt, nicht die Verbesserung der Versorgungssicherheit als Kriterium herangezogen werden, weil prinzipiell jede Infrastruktur im Energiebereich auch die Versorgungssicherheit positiv beeinflusst.

(5) Das Ergebnis der Auslegung der Voraussetzungen einer „Verbindungsleitung“ auf der Grundlage von § 28a Abs. 1 i.V.m. § 3 Nr. 34 EnWG wird auch durch die europäische Gasrichtlinie gestützt. Die Regelung des Art. 22 Abs. 1 GasRL, auf der die nationale Vorschrift des § 28a EnWG basiert, gibt als ausnahmefähige größere Erdgasinfrastrukturen „Verbindungsleitungen zwischen Mitgliedstaaten“ vor. Auch hiernach sind mithin nicht jegliche größere Erdgasinfrastrukturen freistellungsfähig, sondern im Falle von Leitungsprojekten nur Verbindungsleitungen. Die Definition des europarechtlich geprägten Begriffs der Verbindungsleitung in Art. 2 Nr. 17 GasRL wurde in § 3 Nr. 34 EnWG nahezu wortgleich übernommen, so dass für eine abweichende europarechtliche Betrachtung kein Raum bleibt.

### **2.1.3. OPAL ist eine Verbindungsleitung im Sinne von § 28a Abs. 1 EnWG**

Bei der OPAL handelt es sich nach den Planungsunterlagen, die der Beschlusskammer vorgelegt wurden, um eine Verbindungsleitung. Im Unterschied zu früheren Planungsstadien ist nunmehr eine Weiterführung der Leitung in der Nähe von Olbernhau bis über die tschechische Grenze geplant. Dieser Unterschied bei der Erfüllung des geografischen Elements einer Verbindungsleitung ist für die rechtliche Bewertung von maßgeblicher Bedeutung (siehe folgenden Abschnitt 2.1.3.1.). Die OPAL ist aber auch eine Verbindungsleitung im funktionalen Sinne, weil sie einzig dem Zweck dient, die nationalen Fernleitungsnetze von Mitgliedstaaten zu verbinden (siehe folgenden Abschnitt 2.1.3.2.).

### **2.1.3.1. OPAL quert eine Grenze zwischen EU-Mitgliedstaaten (geografisches Element einer Verbindungsleitung)**

Die OPAL soll im Nordabschnitt nach den Planungen, die der Entscheidung zugrunde gelegt werden, in Deutschland auf dem Gelände der Verdichterstation bei Greifswald beginnen. Die ursprünglichen Planungen sahen vor, dass sie im Südabschnitt vor der tschechischen Grenze an der Verdichterstation in Olbernhau enden sollte. Damit hätten sich sowohl ihr Anfangs- als auch ihr Endpunkt auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befunden, ohne die Grenze eines anderen europäischen Mitgliedstaates zu queren oder zu überspannen.

Auch der Antrag vom 25.07.2008 enthielt mit der Formulierung, der Endpunkt der OPAL solle „auf oder hinter der Grenze zwischen Deutschland und der Tschechischen Republik in der Nähe von Olbernhau (Deutschland / Brandov, Tschechische Republik)“ liegen, noch Unklarheiten hinsichtlich der nunmehr geplanten Realisierung. Hieraus kann jedoch entgegen der Vermutung der Beigeladenen (Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, S. 9) nicht geschlossen werden, die Antragstellerin beabsichtige mit dieser Formulierung, eine Grenzüberschreitung im Rahmen des Antrags nach § 28a EnWG vorzutauschen. Vielmehr hat die Antragstellerin den Umstand, dass die von ihr eingereichten Unterlagen zunächst noch unvollständig waren, explizit offengelegt. So heißt es in ihrer Anlage AS 3, die eine Kartenübersicht über den Leitungsverlauf der OPAL enthält, in Fettdruck: „Hinweis: Eine detaillierte Darstellung ist diesem Antrag als CD-Rom beigefügt. Diese beinhaltet allerdings noch nicht die Weiterführung der OPAL von Olbernhau bis nach Brandov“.

Auf die Vorhaltung der Beigeladenen und die Nachfrage der Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin ihre Angaben mit Schriftsatz vom 28.11.2008 ergänzt. Hierzu hat sie ein Schreiben der Landesdirektion Chemnitz vom 01.10.2008 vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass nach behördlicher Einschätzung keine unüberwindlichen Hindernisse rechtlicher oder tatsächlicher Art den Erfordernissen der Raumordnung nach § 15 des Sächsischen Landesplanungsgesetzes entgegen stehen. Aus diesem Schreiben ergibt sich, dass die geplante Trassierung eine durchgängige grenzüberschreitende Trassenplanung ermöglicht. Ausweislich dieses Schreibens lagen dieser Bewertung u.a. Angaben des Straßenbauamtes Chemnitz zugrunde, welches die höhere Raumordnungsbehörde davon in Kenntnis gesetzt hatte, „dass der erreichte Plankonsens zum grenzüberschreitenden Verlauf der Straßenplanung im Zusammenhang mit der geplanten grenzüberschreitenden Gastrasse“ von der zuständigen tschechischen Behörde („Krajský úřad Ústeckého kraje“) bestätigt wurde. Ein zuvor festgestellter Konflikt mit der berührten Straßenplanung der S 216 im Grenzbereich „konnte durch planerische Abstimmungen des Vorhabenträgers einschließlich den Partnern aus der Tschechischen Republik einer Lösung zugeführt werden“.

Im Schriftsatz vom 28.11.2008 hat die Antragstellerin weiterhin angekündigt, ein gesondertes Planfeststellungsverfahren beantragen zu wollen, das die Weiterführung der OPAL ab der

Erdgasverdichterstation Olbernhau bis zur Grenze der Tschechischen Republik (ca. 1.360 Meter) beinhalte. Dies entspricht den Einlassungen beider Antragsteller der parallelen Beschlusskammerverfahren in der mündlichen Verhandlung. Danach verfolgen beide – entgegen ihren ursprünglich abweichenden Planungen im Grenzbereich zu Tschechien, vgl. die Antragsunterlagen der Wingas zum Planfeststellungsverfahren für die Erdgasfernleitung OPAL (DN 1400), Abschnitt Mecklenburg-Vorpommern, S. 12, vorgelegt von der Beigeladenen als Anlage CPN 9 ihres Schriftsatzes vom 12.11.2008 – nunmehr einheitlich das Konzept, die OPAL mittels dieser Anbindungsleitung über die tschechische Grenze weiterzuführen.

Die Beschlusskammer geht hierbei davon aus, dass das Teilstück ab der deutschen Grenze bis zur Übergabestation in Brandov auch von der Antragstellerin betrieben werden soll, wobei die Eigentumsverhältnisse auf beiden Seiten der Grenze sich nicht unterscheiden. Zwingend ist dies jedoch nicht. Nach Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung, nach der unter bestimmten Bedingungen Verbindungsleitungen zur Herstellung des europäischen Gasverbunds begünstigt werden können, muss es auch genügen, wenn die Leitung physikalisch und mit ihr die technisch-betriebliche Verantwortung genau auf der Grenze endet, solange die gaswirtschaftliche Leistung jenseits der Grenze erbracht wird. Dies ist nach den Planungen unabhängig von der Zuordnung des Teilstücks von der Grenze bis nach Brandov der Fall, da der Ausspeisepunkt in Brandov und damit auf tschechischer Seite liegen soll.

Nach diesen Angaben steht für die Beschlusskammer zweifelsfrei fest, dass die OPAL, zu der in Ansehung von § 28a EnWG unabhängig von ihrer Bezeichnung auch diese Anbindungsleitung zählt, die Grenze zwischen Deutschland und Tschechien queren soll. Die Beschlusskammer hat die Antragstellerin auch unmissverständlich darauf hingewiesen, dass dieser Gesichtspunkt von entscheidender Bedeutung für die Genehmigung ist. Die Genehmigung wird daher nur unter einem entsprechenden Widerrufsvorbehalt für den Fall erteilt, dass von den in den Antragsunterlagen dargestellten technischen Planungen in erheblicher Weise abgewichen wird, wovon insbesondere dann auszugehen ist, wenn die OPAL (einschließlich der hierzu gehörenden Anbindungsleitungen unabhängig von ihrer Bezeichnung) zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht über die tschechische Grenze geführt wird, was unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen auch einen Verlauf bis „auf“ die Grenze einschließen kann. Damit ist sichergestellt, dass die Grenzquerung spätestens bei Inbetriebnahme der Leitung vorliegen muss, damit die Antragstellerin von der Genehmigung Gebrauch machen kann.

#### **2.1.3.2. Verbindung nationaler Fernleitungsnetze durch OPAL (funktionales Element einer Verbindungsleitung)**

Nach § 28a Abs. 1 EnWG i.V.m. § 3 Nr. 34 EnWG kommt eine Ausnahme nur für eine Verbindungsleitung als einer Fernleitung, die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert oder überspannt „und einzig dem Zweck dient, die nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaa-

ten zu verbinden“ in Betracht. Das hierin neben dem geographischen liegende funktionale Element entspricht Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Nr. 17 GasRL.

Die rechtliche Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals (siehe hierzu folgenden Abschnitt 2.1.3.2.1.) ist zwischen den Beteiligten ebenso umstritten wie die Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen (siehe folgenden Abschnitt 2.1.3.2.2.).

#### **2.1.3.2.1. Auslegung des Tatbestandsmerkmals**

In rechtlicher Hinsicht geht die Beschlusskammer im Ergebnis davon aus, dass das funktionale Element einer Verbindungsleitung dazu dient, eine Freistellung rein nationaler Transporte zu verhindern. Anders gewendet dient es dazu, eine Freistellung nur für Verbindungen zwischen Mitgliedstaaten zu ermöglichen. Hingegen besteht sein Zweck nicht darin, eine Freistellung von grenzquerenden Fernleitungen insgesamt zu verhindern, wenn hierüber auch in gewissem Umfang nationale Transporte abgewickelt werden. In diesem Fall darf sich die Freistellung lediglich nicht auf die hierfür vorgesehenen Kapazitäten erstrecken (sog. „Teleskopeffekt“). Soweit die Beschlusskammer in früheren Stadien eine andere Auffassung vertreten hatte, hält sie hieran im Ergebnis ihrer Beratungen nicht länger fest. Rechtlich verbindlich ist die Frage erstmals im vorliegenden Fall zu entscheiden. Diese Bewertung ergibt sich im Einzelnen aus den folgenden Erwägungen:

##### **2.1.3.2.1.1. Wörtliche Auslegung**

Nach dem Wortlaut von § 3 Nr. 34 EnWG, der durch den Begriff „Verbindungsleitung“ in § 28a EnWG in Bezug genommen wird, muss die Leitung „einzig“ dem Zweck dienen, die „nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten“ zu verbinden. Objekt dieser Begriffsbestimmung ist danach die Leitung selbst und nicht die für die Leitung erteilte oder beantragte Ausnahme.

(1) Soweit der Zweck mit der Verbindung der „nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten“ beschrieben wird, ist eindeutig, dass hierunter jedenfalls die Verbindung „des“ nationalen Fernleitungsnetzes des einen Mitgliedstaates mit „dem“ des anderen Mitgliedstaates, deren Grenze gequert wird, zu verstehen ist.

Die Pluralbildung „nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten“ lässt sich sprachlich auch in der Weise verstehen, dass dies mehrere nationale Fernleitungsnetze des einen Mitgliedstaates umfasst, die mit dem oder den nationalen Fernleitungsnetzen des anderen Mitgliedstaates verbunden werden. In diesem Fall werden aber die verschiedenen nationalen Fernleitungsnetze des einen Mitgliedstaates mit dem oder denen des anderen Mitgliedstaates verbunden. Dies gilt auch in dem Fall, in dem die Verbindungsleitung nur Transporte in einer Richtung zum Ziel hat, indem sie etwa lediglich Einspeisungen aus den verschiedenen nationalen Fernleitungsnetzen aufnimmt und die hieraus resultierende Gesamtmenge bis über die Grenze transportiert. In diesem Fall wären zwar Ausspeisungen der in ein nationales Netz

eingesammelten Mengen mangels Ausspeisekapazitäten in ein anderes Netz desselben Mitgliedstaates nicht möglich. Unerheblich ist auch, ob eine „gaswirtschaftliche Verbindung“ gegeben ist. Diese könnte z.B. dann nicht vorliegen, wenn Gasmengen aus einem Drittland nur weiter transportiert würden, Ausspeisungen zwar ggf. möglich sind, jedenfalls aber keine Einspeisungen vorgenommen würden, die im Nachbarland wieder ausgespeist werden könnten. Eine physikalische „Verbindung“ wäre jedoch in beiden Fällen gegeben, was nach § 3 Nr. 34 EnWG ausreichend ist.

(2) Der Wortlaut steht dieser Interpretation auch insoweit nicht entgegen, als der Zweck „einzig“ die Verbindung der nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten sein darf. Bezugspunkt dieses Begriffs ist nicht eine Einschränkung auf die Verbindung „dieser Mitgliedstaaten“ im – zu engen – Sinne der ausschließlichen Verbindung der Fernleitungsnetze der benachbarten Staaten. Sprachlich ist auch möglich und geboten, den Bezugspunkt im Wort „verbinden“ am Satzende zu sehen, dem durch die Bezeichnung der Leitung als „Verbindungsleitung“ eine besondere Bedeutung zukommt. Das Merkmal dient daher der Abgrenzung von Leitungen, deren Zweck darin besteht, Fernleitungsnetze miteinander zu „verbinden“ von Leitungen, die darüber hinausgehende Zwecke erfüllen. Mit Blick auf die in § 3 Nr. 19 und § 3 Nr. 37 getroffene Unterscheidung von Fernleitung und Verteilung unterfallen damit lediglich solche Leitungen nicht dem Begriff der „Verbindungsleitung“, die neben der verbindenden Funktion auch einen verteilenden Charakter haben.

#### **2.1.3.2.1.2. Systematische Auslegung**

Bei systematischer Auslegung ist zu berücksichtigen, dass § 28a Abs. 1 EnWG auf der Rechtsfolgenseite lediglich eine Ausnahme von der Anwendung der Vorschriften der §§ 20 bis 28 EnWG ermöglicht. Hingegen kann eine Leitung, für welche die Ausnahme begehrt wird, nicht von der Netzanschlusspflicht nach § 17 EnWG ausgenommen werden.

(1) Damit bleibt der Betreiber einer Verbindungsleitung nach Erteilung einer Freistellung gemäß § 28a EnWG grundsätzlich zum Netzanschluss verpflichtet, sofern er keinen Verweigerungsgrund nach § 17 Abs. 2 EnWG nachweisen kann. Dieser Verpflichtung steht ein Anspruch des Anschlusspetenten gegen den Netzbetreiber gegenüber, ihm den Anschluss zu gewähren. Indem § 28a EnWG zwar eine Ausnahme von den §§ 20 bis 28 EnWG, nicht aber von § 17 EnWG ermöglicht, lässt die gesetzliche Systematik erkennen, dass der Gesetzgeber diesem Anschlussrecht ein besonderes Gewicht beigemessen hat. Es bliebe jedoch nicht mehr als eine leere Hülle, wenn hiermit nicht zugleich erfolgreich ein Netzzugang, d.h. eine Ein- oder Ausspeisekapazität, verbunden werden könnte. Zu einer solchen Zugangsgewährung kann der Inhaber einer Ausnahmegenehmigung etwa auch dann verpflichtet sein, wenn die Leitung nur hinsichtlich eines Teils der Kapazitäten von der Anwendung der §§ 20 bis 28 EnWG ausgenommen ist.

Dies steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Wortlaut von § 3 Nr. 34 EnWG, wonach eine Verbindungsleitung „einzig“ dem Zweck dienen muss, Fernleitungsnetze der Mitgliedstaaten miteinander zu verbinden. Stellt der Betreiber einer freigestellten Leitung in Erfüllung der ihn weiterhin treffenden Verpflichtung aus § 17 EnWG einen Netzanschluss her, der etwa der Versorgung eines industriellen Großverbrauchers (z.B. einem Gaskraftwerk) dient, ließe sich argumentieren, die freigestellte Leitung diene nicht mehr einzig dem Zweck, Fernleitungsnetze der Mitgliedstaaten zu verbinden. Damit lägen die Voraussetzungen der erteilten Genehmigung nicht mehr vor, so dass diese ggf. zu widerrufen wäre. Unter diesen Umständen könnte der Betreiber allerdings möglicherweise geltend machen, gemäß § 17 Abs. 2 EnWG berechtigt zu sein, den Netzanschluss aus wirtschaftlichen Gründen zu verweigern. Eine Anschlussgewährung, die zum Widerruf der Ausnahmegenehmigung führen würde, wäre ihm in der Regel nicht zumutbar. Damit würde das gesetzliche Anschlussrecht aus § 17 Abs. 1 EnWG jedoch vollständig entwertet.

Die Konsequenz wäre, dass auch im Falle einer Teilausnahme für eine ausschließlich als Verbindungsleitung konzipierte Pipeline eine Nutzung der verbleibenden regulierten Kapazitäten für Inlandstransporte verhindert wäre. Obwohl der Betreiber an sich zum Netzanschluss verpflichtet wäre, könnte und würde er diesen bei rationalem Verhalten allein deshalb verweigern, weil er ansonsten der Teilausnahme verlustig ginge. Damit würde der Effekt der Teilausnahme in ihr Gegenteil verkehrt. Zwar bliebe das Netzzugangsrecht nach § 20 EnWG hinsichtlich des nicht ausgenommenen Teils formal bestehen, d.h. Netzzugang müsste auch für rein inländische Transportzwecke gewährt werden. Mangels physischer Anschlusspunkte könnte dieser Netzzugang aber tatsächlich nicht realisiert werden.

Damit spricht die systematische Auslegung dafür, dass eine Leitung, bei der es sich ursprünglich um eine reine Verbindungsleitung handelte, in Ansehung von § 28a EnWG ihren Charakter als Verbindungsleitung nicht ohne Weiteres dadurch verliert, dass nachträglich inländische Anschlüsse/Ausspeisepunkte errichtet werden. Gilt dies für nachträglich errichtete Anschlüsse, erscheint es aber zugleich sachgerecht, einer Leitung nicht allein deshalb den Charakter als Verbindungsleitung abzuerkennen, weil bei ihrer Planung inländische Anschlussmöglichkeiten von vornherein mitbedacht und in technische Konzepte umgesetzt werden. Mit Blick auf § 3 Nr. 34 EnWG lässt sich von einer Verbindungsleitung erst dann nicht mehr sprechen, wenn die „verbindende“ Funktion in den Hintergrund tritt, d.h. wenn die Leitung durch geplante oder nachträglich hinzugefügte Anschlüsse ihren Charakter als einzelne Leitung verliert, indem sie die Funktion innerhalb eines verteilenden oder vermaschten Netzes übernimmt.

(2) Die Beschlusskammer ist der Ansicht, dass die Einrichtung von Netzkopplungs- und Anschlusspunkten an die OPAL innerhalb Deutschlands wünschenswert ist. Die Abgrenzung der nicht nach § 28a EnWG freigestellten Infrastruktur soll dabei verursachungsgerecht erfolgen.

### 2.1.3.2.1.3. Historische und teleologische Auslegung

Nach der Gesetzgebungsgeschichte und der Intention, die der Ausnahmebestimmung des § 28a EnWG zugrunde liegt, sind als Verbindungsleitung ausnahmefähig auch solche Fernleitungen, welche die Grenze zwischen zwei Mitgliedstaaten queren oder überspannen und die nationalen Netze der Nachbarstaaten miteinander verbinden, darüber hinaus aber auch nationale Verbindungen schaffen und der Heranführung von Importmengen aus Drittstaaten dienen.

(1) Ausweislich der Entstehungsgeschichte bestehen Sinn und Zweck der Vorschrift des § 28a EnWG darin, durch zeitlich befristete Regulierungsfreistellungen im Einzelfall stabile Rahmenbedingungen für neue Infrastrukturvorhaben zu schaffen, die unter Einhaltung der Regulierungsvorgaben der §§ 20 bis 28 EnWG sonst nicht verwirklicht würden (vgl. BR Drs. 613/04 vom 24.09.2004, S. 25). Dabei soll durch die entsprechenden Investitionen sowohl dem Wettbewerbsgedanken als auch der Versorgungssicherheit Rechnung getragen werden (vgl. § 28a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1, 2 EnWG).

Diese Zielsetzungen sind nicht nur für reine Verbindungsleitungen, die 1:1-Beziehungen zwischen den Fernleitungsnetzen der benachbarten Mitgliedstaaten herstellen, relevant. Sie gelten in gleicher Weise für solche Fernleitungen, die zusätzlich Netzkopplungspunkte innerhalb des einen oder des anderen Mitgliedstaates aufweisen und nicht nur der Verbindung der Nachbarländer dienen, sondern darüber hinaus der Heranführung von Importmengen aus Drittstaaten:

(2) Diese Zweckrichtung wird durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. § 28a EnWG geht auf eine Anregung des Bundesrats zurück, der in diesem Zusammenhang die erforderliche Umsetzung von Art. 22 GasRL wie folgt begründete (BT-Drs. 15/3917, S. 84):

„Es ist abzusehen, dass Deutschland zunehmend von importiertem Erdgas, das über weite Entfernungen in Erdgasfernleitungen transportiert wird, bzw. von Flüssiggas abhängig wird. Die Erschließung der dafür notwendigen neuen Gasversorgungsquellen sowie der Bau der notwendigen Infrastruktur erfordern erhebliche Investitionen.“

Zweck der Vorschrift sollte es danach u.a. sein, ggf. auch solche Erdgasfernleitungen von der Regulierung ausnehmen zu können, die dem Transport von importiertem Erdgas nach Deutschland hinein dienen. Eine Beschränkung auf Importmengen, die in Mitgliedstaaten der Europäischen Union gefördert werden, ist diesen Ausführungen nicht zu entnehmen. Die Nennung von „Flüssiggas“ (gemeint war offenbar verflüssigtes Erdgas), das derzeit nahezu ausschließlich aus Nicht-EU-Ländern importiert wird, spricht ebenfalls dafür, dass auch für Ausnahmen bei Leitungsprojekten Importmengen aus Nicht-EU-Ländern unschädlich sein sollten.

(3) Bei einer eng am Wortlaut des § 3 Nr. 34 EnWG verhafteten Auslegung würde eine Leitung, die die Grenze zwischen zwei Mitgliedstaaten quert und deren Fernleitungsnetze miteinander verbindet, aber nicht mehr „einzig“ diesem Zweck dienen, wenn sie zugleich Importmengen aus

einem Drittstaat heranführt. Ihr weiterer, nach der Entstehungsgeschichte § 28a EnWG aber gerade zu fördernde Zweck wäre die Heranführung eben dieser Importmengen. Die Ausnahmefähigkeit einer solchen Leitung an der bloßen Begrifflichkeit des § 3 Nr. 34 EnWG scheitern zu lassen, stünde im Widerspruch zu dieser rechtlich gebotenen wie gewirtschaftlich wünschenswerten Zweckbestimmung.

(4) Dass diese zusätzlichen nationalen Verknüpfungen und Zwecke für die Ausnahmefähigkeit der Verbindungsleitung unschädlich sind, führt auf der anderen Seite nicht dazu, dass auch die dadurch ermöglichten zusätzlichen Transporte ohne grenzüberschreitenden Charakter der Freistellung zu unterwerfen wären. Insoweit übernimmt die Verbindungsleitung keine andere Funktion als eine Leitung, die nicht die Grenze eines anderen Mitgliedstaates quert oder überspannt.

Obwohl die Interessenlage aus Sicht der Betreiber bei größeren Infrastrukturen dieser Art vergleichbar sein mag, hat der Gesetzgeber im Einklang mit Art. 22 GasRL die Ausnahmemöglichkeit gerade auf die in § 28a Abs. 1 EnWG abschließend genannten Infrastrukturen beschränkt. Die Erteilung einer Ausnahme auch für den rein nationalen Transportanteil einer Verbindungsleitung würde daher zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber vollständig nationalen Leitungen führen. Die Ausnahmefähigkeit des Verbindungsanteils liegt demgegenüber darin begründet, dass damit die Schaffung eines europäischen Verbundnetzes bzw. Netzverbundes gefördert wird, indem die begrenzten grenzüberschreitenden Kapazitäten erweitert werden. Insofern kann man sich die nationalen Fernleitungsnetze als „Inseln“ vorstellen, die durch „Brücken“, d.h. durch Verbindungsleitungen, miteinander verbunden werden sollen. Erst diese Verbindungen können die Basis für ein europäisches Gasnetz sein, wobei dieses europäische Gasnetz die Grundlage für die wirkliche Herstellung eines einheitlichen europäischen Erdgasbinnenmarktes bildet (vgl. Grünbuch der Kommission vom 08.03.2006, SEK(2006) 317, S. 6 sowie Erwägungsgrund 1 GasRL).

#### **2.1.3.2.1.4. Europarechtskonforme Auslegung**

Die vorstehende Auslegung entspricht auch den europarechtlichen Vorgaben insbesondere des Art. 22 GasRL. Da der Wortlaut von § 28a EnWG dieser Vorschrift im Wesentlichen entspricht, stellen sich die Auslegungsfragen aus der Ebene des europäischen Rechts in gleicher Weise, ohne dass sich hierbei gegenteilige Schlussfolgerungen ziehen ließen. Die hier zugrunde gelegte Auslegung entspricht auch der europäischen Anwendungs- und Umsetzungspraxis.

(1) Soweit die Beigeladene mit den Projekten „BBL“ und „Poseidon“ auf zwei Entscheidungen verweist, in denen Offshore-Leitungen ohne den sie ergänzenden *Onshore*-Teil von der Regulierung freigestellt wurden, lassen sich hieraus keine weitergehenden Erkenntnisse gewinnen. Bei der „BBL“ handelt es sich um eine 235 km lange Fernleitung zwischen Balgzand (Niederlande) und Bacton (Großbritannien). Die BBL-Leitung quert den Ärmelkanal (*offshore*)

und verbindet zwei EU-Mitgliedstaaten. Eine längere Landverbindung (*onshore*) gibt es nicht. Vielmehr endet die BBL-Leitung in beiden Ländern jeweils am ersten inländischen Ein- bzw. Ausspeisepunkt. Ähnlich verhält es bei dem zweiten Leitungsprojekt namens „Poseidon“, die Teil des IGI-Projektes („*Italy Greece Interconnector*“, „IGI“) ist. Die Poseidon-Leitung verbindet Otranto (Italien) und Stavrolimenas/Igoumenitsa (Griechenland) durch eine 212 km lange Querung der Adria bzw. des Ionischen Meeres. Auch hier endet die für die Ausnahmegewährung relevante Leitung jeweils am ersten inländischen Ein- bzw. Ausspeisepunkt, auch wenn es eine entsprechende IGI-*Onshore*-Leitung auf griechischem Territorium gibt.

Die Beschlusskammer bezweifelt nicht, dass es sich bei diesen Leitungen um Verbindungsleitungen handelt. Aus welchen Gründen die jeweiligen Netzbetreiber für die weiterführenden *Onshore*-Leitungen keine Ausnahme beantragt haben, ist der Beschlusskammer nicht bekannt. Aus dem Umstand, dass bei beiden Projekten lediglich die *Offshore*-Leitungen freigestellt wurden, kann jedoch nicht geschlossen werden, dass generell nur eine Freistellung von *Offshore*-Leitungen möglich ist. § 28a EnWG ist technikneutral formuliert.

(2) In technischer und rechtlicher Hinsicht eher vergleichbar mit der OPAL ist hingegen die Nabucco-Leitung. Das Nabucco-Pipeline-Projekt sieht den Bau einer ca. 3.300 km langen Erdgaspipeline beginnend in der Türkei bis in das österreichische Baumgarten vor. Die Leitung soll die EU u.a. mit Erdgasvorkommen aus Aserbeidschan, dem Iran, Irak und Ägypten verbinden und so neue Gasquellen für Europa erschließen. Nicht ausgeschlossen ist aber auch, dass die Nabucco-Pipeline „im ungünstigsten Fall ... vollständig für russische Gaslieferungen genutzt werden“ wird (Bescheid der österreichischen Energie-Control-Kommission vom 09.04.2008 (PA 1278/08), S. 26).

Nach dem technischen Konzept der Leitung, wie es sich aus Annex 2 der von den Projektträgern veröffentlichten „*Market Survey Interest Form*“ ergibt, soll die Leitung mehrere Einspeisepunkte und einen Ausspeisepunkt in der Türkei, also einem Nicht-Mitgliedstaat, sowie insgesamt fünf Ausspeisepunkte in den Mitgliedstaaten Bulgarien, Rumänien (zwei Ausspeisepunkte), Ungarn und Österreich erhalten. Zwar ist auch mit erheblichen Einschränkungen eine Nutzung der Ein- als Ausspeisepunkte und umgekehrt vorgesehen

*(“The Entry points stated above may also be used as exit points if contractually so stipulated with shipper and if technically possible. No bottleneck to an other shipper shall be caused by the usage of an Entry point as an Exit point. This stipulation shall also be applied for Exit points used as Entry points.”)*,

jedoch entspricht dies nicht dem Hauptnutzungszweck. Damit verbindet die Nabucco-Pipeline die Fernleitungsnetze der Mitgliedstaaten, die sie quert, im Wesentlichen rein physikalisch durch die metallische Verbindung, während eine gaswirtschaftliche Verbindung nicht zwischen den Mitgliedstaaten untereinander, sondern zwischen der Türkei und den einzelnen Mitgliedstaaten geschaffen wird. Mit anderen Worten dient die Nabucco im Wesentlichen der Heranführung von

Importmengen aus Drittstaaten, die in der Türkei „eingesammelt“ werden und von dort in die einzelnen Mitgliedstaaten transportiert werden, nicht aber dem Austausch von Gasmengen zwischen diesen Mitgliedstaaten. Dies verkennt die Beigeladene, welche die Nabucco gerade als Gegenbeispiel für die OPAL anführt. Da die Nabucco in Rumänien über zwei Ausspeisepunkte verfügen soll, die nach der *Market Survey* – obgleich in geringem Umfang – auch als Einspeisepunkte genutzt werden können, können auf ihr auch rein nationale Transporte innerhalb Rumäniens stattfinden.

Gleichwohl hat die österreichische Energie-Control-Kommission den österreichischen Abschnitt der Nabucco-Pipeline gemäß § 20a GWG des österreichischen Gaswirtschaftsgesetzes (GWG), einer auf Art. 22 GasRL beruhenden und § 28a EnWG entsprechenden Vorschrift, von der Regulierung freigestellt. Der ursprüngliche Bescheid vom 24.10.2007 (K NIS G 01/07) wurde aufgrund eines Änderungsverlangens der Europäischen Kommission durch eine weitere Entscheidung vom 09.04.2008 (K NIS G 01/07) modifiziert, wobei weiterhin eine Genehmigung unter Nebenbestimmungen erteilt wurde. Auf Antrag der Nabucco Gas Pipeline International GmbH vom 28./29.05.2008 wurde diese Genehmigung durch die Energie-Control-Kommission erneut modifiziert. Die hierzu erlassene Entscheidung vom 16.07.2008 (K NIS G 01/08) wurde aufgrund eines erneuten Änderungsverlangens der Europäischen Kommission vom 22.10.2008 in der abschließenden Entscheidung vom 26.11.2008 (K NIS G 01/08) wiederum modifiziert. Auch in dieser Entscheidung, mit der einzelne Nebenbestimmungen geändert wurden, wurde jedoch die Genehmigung grundsätzlich aufrechterhalten.

(3) Bemerkenswert hierbei ist auch, dass § 20a Abs. 1 des österreichischen GWG eine Ausnahme für „grenzüberschreitende Fernleitungen“ ermöglicht. Nach § 6 Nr. 15 GWG ist „Fernleitung“ eine „Anlage zum Zwecke des Transports von Erdgas durch eine Hochdruckleitung oder ein Hochdrucknetz, sofern diese Leitungsanlage auch für grenzüberschreitende Transporte oder den Transport zu anderen Fernleitungs- oder Verteilerunternehmen bestimmt ist“ (Hervorhebung nur hier). § 6 Nr. 17. definiert dabei den „grenzüberschreitender Transport“ als „einen Transport von Erdgas in einen Zielstaat, auch wenn in Österreich eine Zwischenspeicherung des Gases erfolgt“.

Obwohl § 20a Abs. 1 GWG i.V.m. § 6 Nr. 15 und 17 GWG ebenso wie § 28a EnWG i.V.m. § 3 Nr. 34 GWG auf der gleichen europarechtlichen Grundlage des Art. 22 GasRL beruht, ist die im österreichischen Recht zur Umsetzung gewählte Formulierung („auch“ statt „einzig“ sowie die Ermöglichung einer Zwischenspeicherung) erheblich weiter. Im Ergebnis entspricht sie damit der hier gefundenen weiten Auslegung der deutschen Vorschriften. Auch die Europäische Kommission, der die Unterschiede bekannt sind, hat hierin offenbar keinen Anlass für ein Vertragsverletzungsverfahren gesehen. Vielmehr hat sie die Geltung der österreichischen Vorschriften, deren Wortlaut über den von Art. 22 GasRL i.V.m. Art. 2 Nr. 17 GasRL hinausgeht, im Falle des

Nabucco-Projektes implizit bestätigt, indem sie in ihren Stellungnahmen die Ausnahmegenehmigungsfähigkeit der Leitung nicht prinzipiell in Abrede gestellt hat.

(4) Sowohl die Energie-Control-Kommission als auch die Europäische Kommission gehen damit davon aus, dass es sich bei der Nabucco-Pipeline um eine freistellungsfähige Verbindungsleitung handelt. Hierbei sahen sie es offenbar als unschädlich an, dass die Leitung nicht einzig der gaswirtschaftlichen Verbindung der Fernleitungsnetze der Mitgliedstaaten, sondern vorwiegend der Heranführung von Importmengen aus Drittstaaten unter Nutzung des Staatsgebiets der Mitgliedstaaten als Verbindungsrouten dienen soll. Ebenso unschädlich war hierbei offenbar, dass die Leitung in begrenztem Umfang auch für rein nationale Transporte genutzt werden kann. Obwohl man hätte auch eine engere Auslegung hätte vertreten können, hat sich die Europäische Kommission augenscheinlich davon leiten lassen, dass man nur durch eine weite Auslegung den Zielen der Versorgungssicherheit gerecht werden kann.

Die vorliegende Auslegung des § 28a EnWG durch die Beschlusskammer steht damit auch in Einklang mit dem europäischen Recht und der europäischen Umsetzungspraxis und gewährleistet somit eine einheitliche Anwendung europäischer Wettbewerbsvorgaben.

#### **2.1.3.2.2. Verbindung von Fernleitungsnetzen der Mitgliedstaaten durch die OPAL**

In tatsächlicher Hinsicht dient die OPAL der Verbindung der Fernleitungsnetze Deutschlands und Tschechiens. Soweit über die OPAL auch rein nationale Transporte abgewickelt werden sollen und sie damit nicht „einzig“ Verbindungszwecken dient, wird dem durch eine Beschränkung der Ausnahme auf die Verbindungskapazitäten Rechnung getragen.

(1) Auf der tschechischen Seite soll sie eine Verbindung zu der geplanten „Gazelle“ erhalten. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass beide Projekte annähernd gleichzeitig fertig gestellt werden, da ein wirtschaftlich sinnvoller Betrieb der OPAL ansonsten nicht sichergestellt wäre.

Bei der „Gazelle“ handelt es sich auch um einen Bestandteil des Fernleitungsnetzes der RWE Transgas Net. Als Hochdruckleitung mit einer Länge von über 200 km erfüllt sie selbst die Definition einer Fernleitung im Sinne von § 3 Nr. 19 EnWG. Zugleich wird sie Bestandteil des bestehenden, eine Länge von rund 2.460 km umfassenden Fernleitungsnetzes von RWE Transgas Net.

Unschädlich hierbei ist, dass die „Gazelle“ ihrerseits eine Verbindungsfunktion übernehmen soll, wobei sie das von der OPAL übergebene Gas in hohem Umfang in Waidhaus wieder an die deutschen Fernleitungsnetze übergeben soll. Ein besonderes Transitregime, nach dem solche Leitungen – abgesehen von der Ausnahmemöglichkeit für größere neue Infrastrukturen –

anderen Regelungen als sonstige Fernleitungen zu unterwerfen wären, ist dem vorrangigen europäischen Recht fremd. Die Transitrichtlinie (Richtlinie 91/296/EWG des Rates vom 31.05.1991 über den Transit von Erdgas über große Netze, ABl. EU Nr. L 147 vom 12.06.1991, S. 37) wurde durch Art. 32 Abs. 1 S. 1 GasRL aufgehoben. Hierbei wurde durch Art. 32 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 lediglich dem Schutz von Altverträgen Rechnung getragen. Im Übrigen unterliegen Transitleitungen bzw. Verbindungsleitungen nach der GasRL den allgemeinen für Fernleitungsnetze geltenden Bestimmungen. Ob und inwieweit in der Tschechischen Republik für solche Leitungen bzw. „Transite“ Sonderregelungen bestehen, ist der Beschlusskammer nicht bekannt. In Ansehung von § 28a EnWG wäre dies jedenfalls nicht relevant.

Ausgehend von der „Gazelle“ findet außerdem auch in Süd-Nord-Richtung eine Verbindung der nationalen deutschen Fernleitungsnetze mit dem tschechischen Fernleitungsnetz statt. Ausweislich der von RWE Transnet Gas veröffentlichten Planungsangaben soll die „Gazelle“ bidirektional ausgebaut werden:

*„Gas will mostly flow in the direction of the CR and, further, to Germany. Nevertheless, the operation has been designed as bidirectional. It is, therefore, possible to reverse the gas flow, if need be. Such situation might occur if, for example, the sub-sea gas pipeline were not passable and, at the same time, larger quantities of gas needed to be carried to Germany through the pipelines running through the Ukraine, Slovakia and the CR.“*  
(Quelle: <http://www.rwe-transgasnet.cz/en/New-projects/gazelle/faq/>; Stand der Abfrage: 09.01.2009).

Diese Flussrichtung bezieht die Antragstellerin zumindest auch grundsätzlich in ihre Planungen mit ein, indem sie ausführt, zu einem gegenwärtig noch nicht feststehenden Zeitpunkt komme in Betracht, Gasmengen aus der Tschechischen Republik in Richtung Deutschland zu transportieren, also in Reverse-Flow-Richtung (S. 20 der Antragsschrift vom 25.07.2008).

(2) Auf der deutschen Seite gilt auch für die OPAL, dass sie der Verbindung mit bestehenden Fernleitungsnetzen dient. So werden etwa die angrenzenden Gasfernleitungsnetze in Groß Körös über den dort vorgesehenen Ausspeisepunkt mit der OPAL verbunden. Weitere Ein- oder Ausspeisepunkte können in Erfüllung der Anschlussverpflichtungen aus § 17 EnWG errichtet werden. Entsprechend der zuvor dargelegten Auslegung ist unschädlich, dass hierbei im Wesentlichen eine Ausspeisung der in Greifswald anlandenden russischen Importmengen, nicht aber eine Ausspeisung von aus Tschechien herangeführten Mengen stattfinden soll. Ebenso unschädlich ist es, dass bei Errichtung mehrerer Ein- oder Ausspeisepunkte innerhalb Deutschlands auch nationale Transporte möglich sind. Diese können entsprechend dem Zweck der Ausnahme allerdings nicht an der Freistellung teilhaben.

(3) Darüber hinaus erscheint es entgegen der Auffassung der Beigeladenen im Schriftsatz vom 15.12.2008 (S. 7 f.) durchaus möglich, die Verbindung des tschechischen Fernleitungsnetzes, d.h. der „Gazelle“ und des Bestandsnetzes, mit der OPAL selbst als Verbindung der nationalen

Fernleitungsnetze der Mitgliedstaaten anzusehen. § 3 Nr. 34 EnWG verlangt nicht, dass es sich um eine Verbindung solcher Fernleitungsnetze handelt, die den allgemeinen Regulierungsbestimmungen unterliegen. Ausreichend kann daher auch die Verbindung mit einem Fernleitungsnetz sein, dass einer Ausnahmeregelung unterliegt. Insoweit stellt sich allerdings die Frage, ob es sich bei der OPAL um ein Netz oder um eine bloße Leitung handelt. In dieser Frage spiegelt sich ein in § 28a EnWG ebenso wie in Art. 22 GasRL angelegtes Spannungsverhältnis wider, da einerseits nur einzelne Leitungen (und nicht Netze) von der Zugangs- und Entgeltregulierung ausgenommen werden können, andererseits aber nur Netze (und nicht einzelne Leitungen) der Zugangs- und Entgeltregulierung unterliegen. Nach der jetzigen Planung handelt es sich bei der OPAL schwerpunktmäßig um eine Leitung, die aber ohne die Erteilung einer Ausnahme zugleich der Netzregulierung unterliegen würde, da sie infolge der geplanten Verdichter und Kopplungspunkte zugleich Charakteristika eines (Fernleitungs-)Netzes aufweist. Damit besitzt auch die OPAL selbst unbeschadet dessen, dass es sich bei ihr um eine nach § 28a EnWG freistellungs-fähige Verbindungsleitung handelt, Elemente eines Netzes. Die Verbindung zwischen ihr selbst und der NEL und dem tschechischen Fernleitungsnetz ist damit ebenfalls eine Verbindung der nationalen Fernleitungsnetze beider Mitgliedstaaten.

## **2.2. Verbesserung des Wettbewerbs und der Versorgungssicherheit**

Gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG müssen durch die Investition der Wettbewerb bei der Gasversorgung und die Versorgungssicherheit verbessert werden. Beide Voraussetzungen sind von der Antragstellerin zur Überzeugung der Beschlusskammer mit dem von ihr vorgelegten Gutachten von Frontier Economics zur „Analyse der Auswirkungen russischer Erdgasmengen über OPAL und NEL auf Wettbewerb und Versorgungssicherheit“ nachgewiesen worden.

Hinsichtlich der Verbesserung des Wettbewerbs ist hierbei auf das Investitionsprojekt unter den Rahmenbedingungen der Ausnahmegenehmigung abzustellen, d.h. die mit der Genehmigung verbundenen wettbewerbsfördernden Nebenbestimmungen sind zu berücksichtigen (siehe folgenden Abschnitt 2.2.1.). Die Verbindungsleitung OPAL verbessert die Versorgungssicherheit insbesondere durch die Erweiterung der bestehenden Importwege (siehe folgenden Abschnitt 2.2.2.).

### **2.2.1. Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung**

Die OPAL als Teil des Nord Stream-Projektes verbessert auch den Wettbewerb bei der Gasversorgung. Dies belegt das von der Antragstellerin vorgelegte Gutachten von Frontier Economics, in dem die betroffenen Märkte und Wettbewerbseffekte des Gesamtprojekts Nord Stream *Onshore* unter Einbeziehung von OPAL und NEL eingehend untersucht werden. Soweit möglicherweise negative oder neutrale Effekte für den Wettbewerb zu befürchten sind, werden

diese durch die mit der Entscheidung verbundenen Nebenbestimmungen überkompensiert, so dass insgesamt von einer Verbesserung des Wettbewerbs auszugehen ist.

Auch in dieser Frage ist jedoch sowohl die rechtliche Bedeutung des Tatbestandsmerkmals (siehe hierzu folgenden Abschnitt 2.2.1.1.) als auch die Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen (siehe folgenden Abschnitt 2.2.1.2.) zwischen den Beteiligten umstritten.

### **2.2.1.1. Auslegung des Tatbestandsmerkmals**

Voraussetzung für eine Ausnahme von der Regulierung ist, dass der Wettbewerb bei der Gasversorgung verbessert wird. Was hiermit gemeint ist, ergibt sich weder aus der Gesetzgebungsgeschichte des EnWG noch aus der insofern wörtlich umgesetzten Bestimmung von Art. 22 GasRL und muss deshalb auf der Grundlage systematischer und europarechtskonformer Auslegung einer praktischen Anwendung zugeführt werden. Im Einzelnen:

#### **2.2.1.1.1. Allgemeine Grundsätze**

(1) Weder die Gasrichtlinie noch § 28a EnWG stellen entgegen der sonst üblichen Terminologie auf den „relevanten Markt“ oder einen in anderer Weise spezifizierten Markt ab, obwohl die Gasrichtlinie sich in anderen Normen auf näher spezifizierte Märkte bezieht. Ebenso wenig ist spezifiziert, wann der Wettbewerb auf einem bestimmten Markt verbessert wird.

(2) Die DG TREN geht im aktuellen Entwurf ihres Vermerks zur Anwendung von Art. 22 GasRL (*Commission Draft Staff Working Document on Article 22 of Directive (EC) No 2003/55 and Article 7 Regulation (EC) No 1228/2003*, Stand: 06.11.2008) davon aus, dass das Kriterium eine Verbesserung des Wettbewerbs in Art. 22 GasRL ein Kriterium *sui generis* darstellt, wenn auch die Prinzipien des allgemeinen Kartellrechts zu berücksichtigen („*to have regard to*“, a.a.O., Tz. 31) und entsprechende Analysetechniken anzuwenden sind („*shall apply analytical techniques that are consistent with those applied in competition cases at national and European level*“, a.a.O., Tz. 36). Hierbei soll nicht jeder negative Effekt für die Ausnahme schädlich sein, sondern positive und negative Effekte müssen gegeneinander abgewogen und ausgeglichen („*assessed and balanced*“) werden:

*“The enhancement-of-competition test in these provisions is a sui generis test. However, in the application of the test it is relevant to have regard to the principles developed under Articles 81 EC and 82 EC and the EC Merger Regulation. This implies that likely negative effects and likely positive effects must be assessed and balanced.”* (a.a.O., Tz. 31)

Für die Beurteilung der Frage, ob eine Verbesserung des Wettbewerbs vorliegt, kommt es daher nicht zwingend darauf an, ob in einem der zu betrachtenden relevanten Märkte lediglich ein neutraler Effekt oder sogar eine Verschlechterung eintritt. Maßgeblich ist vielmehr eine Abwägung der möglichen negativen und der möglichen positiven Effekte.

(3) Nach dem Wortlaut des § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG kommt es darauf an, ob der Wettbewerb durch „die Investition ... verbessert“ wird. Demgegenüber ist nach § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG erforderlich, dass „die Ausnahme sich nicht nachteilig“ auf den Wettbewerb auswirken darf. Dem liegt einerseits ein unterschiedlich strenger Maßstab (Verbesserung bzw. fehlende Nachteilhaftigkeit) zugrunde, andererseits ein anderes Bezugsobjekt (Investition bzw. Ausnahme).

Der Sinn dieser Differenzierung erschließt sich nicht ohne Weiteres. Die DG TREN geht im Entwurf ihres Vermerks zur Anwendung von Art. 22 GasRL (a.a.O. Tz. 33 Fn. 12) davon aus, dass beide Tatbestandsmerkmale jeweils zwei Interpretationsmöglichkeiten erlauben, d.h. insgesamt vier Interpretationsmöglichkeiten:

*“In themselves, each of the two requirements is open to two interpretations. The First requirement benchmarks the investment project against a situation in which no project would be built but does not state explicitly whether the investment project is to be conceived as the investment project as submitted for exemption or as the investment project as such, irrespective of the exemption as requested. The second requirement does not state explicitly whether the effect of the exemption is to be compared to a “no project” situation or to a “no exemption, i.e. regulated” situation. It can be noted that in both cases one option is based on the assumption that the project would exist irrespective of the exemption while the other Option is based on the contrary assumption that absent an exemption the project would not come to exist (e.g. in application of the risk criterion).”*

Die verschiedenen Auslegungsvarianten ergeben sich aus folgender tabellarischer Übersicht:

	Situation 1	Situation 2 Alternative 1	Situation 2 Alternative 2
Verbesserung des Wettbewerbs durch die Investition	Kein Bau des Investitionsprojektes	Bau des Investitionsprojektes in der Form des Ausnahmeantrags	Bau des Investitionsprojektes „als solches“
Keine nachteilige Wirkung der Ausnahme auf den Wettbewerb	Bau des Investitionsprojektes mit Ausnahme	Kein Bau des Investitionsprojektes	Bau des Investitionsprojektes ohne Ausnahme

(4) Nach Auffassung der Beschlusskammer ist für die Verbesserung des Wettbewerbs durch die Investition (§ 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG) auf einen Vergleich der Situation „Kein Bau des Investitionsprojektes“ (Zeile 1, Situation 1) mit der Situation „Bau des Investitionsprojektes in der Form des Ausnahmeantrags“ (Zeile 1, Situation 2, Alternative 1) abzustellen. Dies folgt daraus, dass ein Investitionsprojekt „als solches“ nicht existiert, weil Netzbetreiber und Investoren ihre Planungen wegen des geltend gemachten besonderen Risikos gerade auf die beantragte Ausnahme eingerichtet haben.

Hinsichtlich der fehlenden nachteiligen Wirkung der Ausnahme auf den Wettbewerb (§ 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG) müssen nach Auffassung der Beschlusskammer folgende Situationen verglichen

werden: Die Situation, bei der das Investitionsprojekt mit einer Ausnahme gebaut wird (Zeile 2, Situation 1), ist der Situation ohne den Bau des Investitionsprojektes (Zeile 2, Situation 2, Alternative 1) gegenüberzustellen. Ein Vergleich mit der Situation, in der das Investitionsprojekt ohne Ausnahme gebaut wird, liefe auf die Betrachtung einer nicht realen Alternative hinaus. Denn die Ausnahme darf nur dann erteilt werden, wenn die Investition ohne die Ausnahme nicht getätigt würde (§ 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG). Damit steht bei Verneinung der Voraussetzungen des § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG nach dem Ergebnis der sonstigen Prüfungen bereits fest, dass die Investition nicht getätigt wird.

Zu vergleichen sind demnach bei beiden Tatbestandsmerkmalen die Wettbewerbsverhältnisse ohne die neue Infrastruktur mit denen bei Bau des ausgenommenen Investitionsprojektes. Der Unterschied ist neben dem Maßstab (Verbesserung/ fehlende Verschlechterung), dass bei § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG auf die Infrastruktur in der Form des Ausnahmeantrags abgestellt wird, bei § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG hingegen auf die Ausnahme selbst, damit aber auf das Investitionsprojekt in der Form der erteilten Ausnahme. Diese Betrachtungsweisen überschneiden sich aber letztlich. Führt das Investitionsprojekt in der beantragten Form zu Nachteilen für den Wettbewerb, die aber durch Nebenbestimmungen in der Ausnahmeentscheidung beseitigt oder überkompensiert werden können, wäre es widersinnig, die Ausnahme deshalb zu versagen, weil bei isolierter Betrachtung (d.h. ohne diese Nebenbestimmungen) ein Verstoß gegen § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG vorläge. Auf der anderen Seite könnte sich eine Ausnahme unter der Annahme, dass das Investitionsprojekt in der beantragten Form sich positiv auf den Wettbewerb auswirkt, bei antragsgemäßer Bescheidung niemals nachteilig auf den Wettbewerb auswirken. Daher dürften keine über den Antrag hinausgehenden Beschränkungen wie etwa eine Teilausnahme oder nicht beantragte Nebenbestimmungen ausgesprochen werden. Damit liefe das Tatbestandsmerkmal des § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG letztlich leer. Hieraus ergibt sich, dass auch bei der Beurteilung von § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG bereits die mit der Ausnahme verbundenen Nebenbestimmungen mit in den Blick zu nehmen sind. Mit anderen Worten ist bereits bei der Beurteilung, welche Wettbewerbswirkungen die Investition hat, den Wechselwirkungen mit dem Umfang der erteilten Ausnahme Rechnung zu tragen.

Soweit § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG auf die „Investition“ abstellt, ist hierbei außerdem nicht nur die bloße Infrastruktur, sondern vor allem deren Nutzung, wie sie im Ausnahmeantrag beschrieben wird, zu betrachten. Dahinter steht die Überlegung, dass Investitionen durch die Vergrößerung der Infrastrukturkapazität im Allgemeinen den Zugang zu Märkten und damit den Wettbewerb in Gasmärkten fördern. Eine neue Infrastruktur hat daher per se generell positive Effekte für den Wettbewerb. Dies gilt hingegen nicht ohne weiteres für die Bedingungen, unter denen sie genutzt werden kann oder für ihre konkrete Nutzung durch bestimmte Marktakteure.

(5) Für die wettbewerbliche Bedeutung kommt es damit vor allem darauf an, ob und in welchem Umfang ein marktbeherrschendes Unternehmen Nutznießer der freigestellten Infrastruktur ist.

Problematisch sind – wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht – vor allem die Fälle, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen Hauptnutznießer der Befreiung ist.

Auch in diesen Fällen hat eine neue Infrastruktur aber einen positiven Effekt auf den Wettbewerb, wenn die zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens reservierte Kapazität niedriger ist als der Gesamtmarktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens (a.a.O., Tz. 34) bzw. unter 50% liegt (vgl. Stellungnahme der Kommission zur Ausnahmeentscheidung für den österreichischen Abschnitt der Nabucco-Pipeline vom 08.02.2008, Tz. 37).

#### **2.2.1.1.2. Relevante Märkte**

Auf der Basis dieser allgemeinen Grundsätze sind jene Märkte zu untersuchen, auf die die Infrastruktur, deren Befreiung beantragt wird, wahrscheinlich eine wesentliche Auswirkung hat. Hierbei ist zunächst in rechtlicher Hinsicht zu analysieren, welche Marktstufen (vor-, nach- oder gleichgelagerte Märkte) zu betrachten sind. Die Abgrenzung der auf diesen Marktstufen betroffenen Märkte erfolgt sodann entsprechend allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen in sachlicher und räumlicher Hinsicht nach dem Bedarfsmarktkonzept.

##### **2.2.1.1.2.1. Zu betrachtende Marktstufen**

Hinsichtlich der potenziell betroffenen Marktstufen stellt sich die Frage, ob vor-, gleich- oder nachgelagerte Märkte zu untersuchen sind. Mit anderen Worten geht es darum, ob die *Upstream*- und *Downstream*-Märkte für Erdgas oder die Transportmärkte zu analysieren sind.

(1) Praktische Relevanz hat die Beantwortung dieser Frage vor allem deshalb, weil die Beigela-dene negative Wettbewerbseffekte in Bezug auf die von ihr geplante Konkurrenzleitung NOR-DAL geltend macht. Im Ergebnis ist diese Marktstufe, bei der es um den Wettbewerb im Transportbereich geht, jedoch nicht in die Betrachtung nach § 28a Abs. 1 S. 1 EnWG einzubeziehen.

Nach § 28a EnWG sind die „Wettbewerbsverhältnisse bei der Gasversorgung“ relevant. Der Begriff der „Gasversorgung“ ist im EnWG nicht definiert, allerdings enthält § 3 Nr. 36 EnWG eine Definition des allgemeineren Begriffs der „Versorgung“. Hierunter ist „die Erzeugung oder Gewinnung von Energie, der Vertrieb von Energie an Kunden und der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes“ zu verstehen. Dies spräche dafür, hinsichtlich der „Wettbewerbsverhältnisse bei der Gasversorgung“ auch auf den etwaigen Wettbewerb beim Betrieb von Energieversorgungsnetzen abzustellen.

Auf der anderen Seite definiert § 3 Nr. 19 den Begriff „Fernleitung“ als den „Transport von Erdgas durch ein Hochdruckfernleitungsnetz (...), um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, nicht jedoch die Versorgung der Kunden selbst“. Dem entspricht die Definition der Verteilung in § 3 Nr. 37 EnWG als dem „Transport von Gas über örtliche oder regionale Lei-

tungsnetze (...), um die Versorgung von Kunden zu ermöglichen, nicht jedoch die Versorgung der Kunden selbst“. In diesen Definitionen ist mit „Versorgung“ offenbar nicht die Transportaufgabe, sondern der mit dieser verfolgte weitergehende Zweck der „Versorgung von Kunden“ im Sinne einer Belieferung mit Energie (und nicht im Sinne des Gastransports an die Kunden) gemeint. Eine begriffsjuristische Interpretation des Tatbestandsmerkmals der „Gasversorgung“ in § 28a EnWG führt daher nicht weiter.

Der Auslegungsvermerk der DG TREN ist (*Commission Draft Staff Working Document on Article 22 of Directive (EC) No 2003/55 and Article 7 Regulation (EC) No 1228/2003*) ist in dieser Hinsicht ebenfalls nicht eindeutig. Einerseits soll sich die hiernach erforderliche Prüfung typischerweise lediglich auf eine Untersuchung der Effekte auf die *Upstream-* und *Downstream-*Märkte für Erdgas erstrecken (a.a.O., Tz. 36 lit. c). Andererseits soll der Antragsteller („*project developer*“) oder die nationale Regulierungsbehörde ggf. Informationen über konkurrierende Investitionsprojekte bereitstellen, die dieselben Märkte betreffen (a.a.O., Tz. 37.3: „*information on competing investment project affecting the same markets*“). Hierbei handelt es sich jedoch um eine Informationspflicht („*necessary information*“), nicht um ein Beurteilungskriterium („*assessment criteria*“). Dementsprechend weist die Kommission in ihrer Stellungnahme zur Nabucco-Entscheidung darauf hin, „dass für die Analyse der Auswirkungen der Ausnahme auf den Wettbewerb die relevanten vor- und nachgelagerten Erdgasmärkte betrachtet werden müssen“ (Entscheidung der Kommission vom 08.02.2008, CAB D (2008)/142, Tz. 31).

Die Transportmärkte wurden in dieser Entscheidung nicht betrachtet. Zur Begründung führte die Energie-Control-Kommission aus, der Transportbereich werde nicht behandelt, da er als regulierter Markt kein Wettbewerbsmarkt sei (Bescheid vom 09.04.2008 (PA 1278/08), S. 18).

(2) Das gleiche gilt auch, unabhängig von der erforderlichen näheren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, für Speichermärkte. Diese werden von der Antragstellerin nicht näher betrachtet. Auch hierbei handelt es sich um Infrastrukturmärkte, die einer – wenn auch weiche- ren – Regulierung nach § 28 EnWG unterliegen. Der hoheitliche Eingriff durch eine solche Regulierung ist von vornherein nur deshalb zu rechtfertigen, weil der Gesetzgeber davon ausgehen konnte, dass die wettbewerblichen Kräfte in diesem Bereich versagen. Etwaige nachteilige Auswirkungen durch den Wettbewerb in diesem Markt bzw. in diesen Märkten sind nicht durch eine Regulierung der vorgelagerten Ebene der Transportleitungen bzw. -netze zu beheben, sondern allenfalls durch eine Regulierung der Speicher selbst.

Soweit § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG auf den Wettbewerb „bei der Gasversorgung“ abstellt, ist darauf hinzuweisen, dass die Speicherung von Gas nicht vom Begriff der „Versorgung“ nach § 3 Nr. 36 EnWG erfasst wird. Hiernach ist Versorgung die Erzeugung oder Gewinnung von Energie zur Belieferung von Kunden, der Vertrieb von Energie an Kunden oder der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes, nicht aber die Speicherung von Energie bzw. Gas. Der Speichermarkt bzw. die Speichermärkte sind daher bei der Beurteilung, inwieweit sich der Bau einer

Verbindungsleitung auf den Wettbewerb „bei der Gasversorgung“ auswirkt, nicht weiter zu berücksichtigen.

(3) Nach dem Entwurf des Vermerks der DG TREN zur Anwendung von Art. 22 GasRL sind die Auswirkungen auf andere geplante Projekte (Tz. 66: „*other planned projects competing for the same source of supply or corridor*“) allerdings bei der Frage zu prüfen, ob die Ausnahme sich nachteilig auswirkt, d.h. nach deutschem Recht im Rahmen von § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG. Aus systematischen Gründen sollen die Auswirkungen der Ausnahme auf die NORDAL daher dort untersucht werden.

#### **2.2.1.1.2.2. Sachliche und räumliche Marktabgrenzung**

Nachfolgend werden die sachlich und räumlich relevanten Märkte identifiziert, auf die sich die geplante Investition auswirken könnte. Hierbei sind die Effekte auf *Upstream*-Märkten und *Downstream*-Märkten zu unterscheiden.

Mit der Gasversorgung lediglich mittelbar zusammenhängende Märkte sind hingegen nicht zu betrachten. Hierauf ist deshalb hinzuweisen, weil die Untersuchung nach Auffassung der Beigeladenen hierauf zu erstrecken sei, da der E.ON-Konzern in diesem Bereich eine marktstarke Stellung habe und zunehmend Gaskraftwerke errichtet würden, so dass es Wechselwirkungen zwischen beiden Bereichen gebe (Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, Bl. 48 f.). Nach § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG ist jedoch ebenso wie nach Art. 22 Abs. 1 lit. a) allein der Wettbewerb „bei der Gasversorgung“ relevant, nicht der Wettbewerb auf anderen Energiemärkten. Dies ginge erkennbar über den gesetzlichen Wortlaut wie über die gesetzliche Intention hinaus, nach der lediglich eine Verzerrung der mit der Infrastruktur unmittelbar verbundenen Gasmärkte verhindert werden soll.

##### **(i) Potenziell relevante Gasmärkte**

Nachfolgend werden die potenziell relevanten Gasmärkte analysiert.

##### **(ii) Produzentenmarkt**

Auf der Upstream-Seite ist nach den Feststellungen im Beschlussentwurf vom 06.02.2009, welcher dem Bundeskartellamt zur Stellungnahme und Erteilung des Einvernehmens übersandt wurde, der nachfolgend als „Produzentenmarkt“ bezeichnete Markt für die Belieferung von überregionalen Ferngasunternehmen durch Produzenten mit Sitzland innerhalb und außerhalb der EU 27 zu betrachten. Danach beinhaltet dieser sachlich relevante Markt die Förderung und den Verkauf von Erdgas und ist von dem Markt der Exploration zu trennen (vgl. KOM, Entscheidung vom 29.9.1999, Nr. IV/M.1383, Tz. 10 ff., 15 ff., „Exxon/Mobil“; KOM, Entscheidung vom 29.9.1999, Nr. IV/M.1532, Tz. 13 ff., „BP Amoco/Arco“; KOM, Entscheidung vom 28.02.2001, Nr.

COMP/M.2208, Tz. 8, „Chevron/Texaco“; KOM, Entscheidung vom 23.1.2003, Nr. COMP/M.3052, Tz. 9 ff., „ENI/Fortum Gas“).

Räumlich geht dieser nach den Feststellungen im Entscheidungsentwurf entsprechend der Struktur der Anbieter nicht nur über das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, sondern auch über das Gebiet der EU 27 hinaus. Dieser Markt bestimmt sich grundsätzlich nach den für überregionale Ferngasunternehmen zur Verfügung stehenden und funktionell austauschbaren Bezugsquellen von Erdgas. Überregionale Ferngasunternehmen können zum einen Erdgas von sämtlichen Quellen innerhalb der EU 27 beziehen, da diese über den europäischen Erdgasnetzverbund (un-)mittelbar erreichbar sind. Zum anderen stehen überregionalen Ferngasunternehmen in der EU 27 über Importinfrastrukturen wie Importgasleitungen oder Regasifizierungsterminals für LNG-Erdgasquellen von Produzenten außerhalb der EU 27 (un-)mittelbar weitere, funktionell austauschbare Bezugsmöglichkeiten zur Verfügung. Über bestehende Importgasleitungen sind Erdgasimporte aus Russland, Algerien und Norwegen in die EU 27 möglich. Darüber hinaus sind mittels LNG Erdgasimporte insbesondere aus den Ländern Algerien, Nigeria, Katar, Trinidad, Libyen und Ägypten realisierbar (vgl. KOM, Entscheidung vom 03.05.2007, Nr. COMP/M.4545, Tz. 13, „Statoil/Hydro“; KOM, Entscheidung vom 29.9.1999, Nr. IV/M.1383, Tz. 18, „Exxon/Mobil“; KOM, Entscheidung vom 6.3.2002, Nr. COMP/M.2681, Tz. 10, „Conoco/Phillips Petroleum“; KOM, DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, SEC(2006) 1724, Tz. 26 und Tz. 880 ff.).

Durch den Ausbau von LNG-Verflüssigungskapazitäten in den Produktionsländern weltweit und den Ausbau von LNG-Regasifizierungsterminals in der EU 27 werden zukünftig Erdgasimporte aus weiteren Produktionsländern, insbesondere aus dem mittleren Osten (z. B. Iran, Oman, Jemen), möglich sein (KOM, DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, SEC(2006) 1724, Tz. 880).

Bei der Erteilung des Einvernehmens hat das Bundeskartellamt offengelassen, ob es einen EU 27-weiten Produzentenmarkt gibt, da in Ansehung von § 28a EnWG für die Prüfung auf Wettbewerbsverbesserungen hin nur inländische Gasmärkte zur Verfügung stünden. Insoweit besteht Konsens mit dem Bundeskartellamt. Ob der Produzentenmarkt entsprechend den dargestellten, im Beschlussentwurf vom 06.02.2009 enthaltenen Ausführungen abzugrenzen ist, kann auch aus Sicht der Beschlusskammer dahinstehen, da die Wettbewerbseffekte auf einem solchen Markt maßgeblich der Nord Stream und nicht der OPAL zuzurechnen sind. Soweit der Beschlussentwurf vom 06.02.2009 noch Ausführungen zur Wettbewerbsverbesserung auf dem Produzentenmarkt durch das Gesamtprojekt Nord Stream enthielt, werden diese daher der abschließenden Entscheidung nicht mehr zugrunde gelegt.

(iii) Innerdeutsche Absatzmärkte für Erdgas als Energieträger

(1) Nach der bisherigen Praxis sind die Märkte wie folgt abzugrenzen:

Auf der *Downstream*-Seite kann innerhalb Deutschlands zwischen drei sachlich relevanten Gasabsatzmärkten unterschieden werden. Diese sind

- der Markt für die Erstbelieferung von regionalen Ferngasunternehmen durch importierende und/oder produzierende überregionale Ferngasunternehmen (nachfolgend „Ferngasstufe 1“),
- der Markt für die Belieferung von Regional- und Ortsgasunternehmen zum Zweck einer Versorgung der Endverbraucher (nachfolgend „Ferngasstufe 2“) und
- der Markt für die Belieferung von Endverbrauchern, d.h. Haushalts- und Kleingewerbekunden sowie industrielle und gewerbliche Sondervertragskunden (nachfolgend „Endverbrauchermarkt“).

Diese Abgrenzung wurde zuletzt durch die kartellrechtliche Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 04.10.2007 (Az.: VI-2 Kart 1/06 (V)) bestätigt (vgl. außerdem: BKartA, Beschluss vom 12.03.2007, Az. B 8 - 40000 - U - 62/06, S. 12, „RWE Energie/Saar Ferngas“; KOM, Entscheidung vom 25.4.2006, Nr. COMP/M.4110, Tz. 14, „E.ON/Endesa“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.6.2006, Az. VI-2 Kart 1/06 (V), Rn. 58 ff. – zitiert nach juris; BKartA, Beschluss vom 13.1.2006, Az. B 8 - 113/03 - 1, S. 7 ff., „E.ON Ruhrgas“; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11.2005, Az. VI-2 Kart 14/04 (V), Rn. 21, - zitiert nach juris; KOM, Entscheidung vom 17.12.2002, Nr. COMP/M.2822, Tz. 13, „EnBW/ENI/GVS“).

In sachlicher Hinsicht findet keine weitere Unterteilung der Großhandelsmärkte und der Versorgungsmärkte nach Gasqualitäten statt (vgl. KOM, Entscheidung vom 29.9.1999, Nr. IV/M.1383, Tz. 113 ff., „Exxon/Mobil“; Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten, BT-Drucks. 16/7087, Tz. 441; anders allerdings für Endkundenmärkte KOM, Entscheidung vom 14.11.2006, Nr. COMP/M.4180, Tz. 64 ff., „Gaz de France/Suez“).

Die räumliche Abgrenzung der relevanten Märkte wird nach der kartellrechtlichen Praxis in allen Fällen auf das Netzgebiet des beteiligten Netzbetreibers abgestellt.

Auf der Ferngasstufe 1, die dem Produzentenmarkt nachgelagert ist, sind die E.ON Ruhrgas AG, die RWE Energy AG, die Wingas GmbH & Co. KG/Wintershall Erdgas Handelshaus GmbH & Co. KG, die ExxonMobil Gas Marketing Deutschland GmbH & Co. KG, die Verbundnetz Gas AG, die Shell Erdgas Marketing GmbH & Co. KG und die Erdgas-Verkaufs GmbH tätig (vgl. BKartA, Beschluss vom 13.1.2006, Az. B 8 - 113/03-1, S. 7, „E.ON Ruhrgas“; KOM, Entscheidung vom 29.9.1999, Nr. IV/M.1383, Tz. 183 ff., „Exxon/Mobil“).

In räumlicher Hinsicht wird dieser Markt nach den Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite abgegrenzt. Diese leiten sich nach gegenwärtiger Auffassung der Rechtsprechung und Kartellbehörden grundsätzlich von dem räumlichen Netzgebiet des Netzbetreibers ab, an dem ein überregionales Ferngasunternehmen Anteile hält (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom

20.6.2006, Az. VI-2 Kart 1/06 (V), Rn. 60 ff. - zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 13.12.2005, Az. KVR 13/05, Rn. 15 f., „Stadtwerke Dachau“ - zitiert nach juris; BKartA, Beschluss vom 12.03.2007, Az. B 8 – 40000 – U - 62/06, S. 13 ff., „RWE Energie/Saar Ferngas“).

Die räumliche Marktabgrenzung anhand der Netzgebiete wird damit begründet, dass sich angesichts der erst jüngst erfolgten Änderungen des Gasnetzzugangsmodells (insbesondere die Abschaffung der sog. „Einzelbuchungsvariante“) noch kein tatsächlicher „Durchleitungsmechanismus“ eingestellt habe (vgl. BKartA, Beschluss vom 12.03.2007, Az. B 8 - 40000 - U - 62/06, S. 14 ff., „RWE Energie/Saar Ferngas“; BGH, Urteil vom 04.11.2003, Az. KZR 16/02, Rn. 23 ff., „Strom und Telefon I“ - zitiert nach juris).

Auf der Ferngasstufe 2, die der Ferngasstufe 1 nachgelagert ist, sind insgesamt acht regionale Ferngasunternehmen tätig. Diese verfügen im Gegensatz zu den Anbietern auf der genannten vorgelagerten Marktstufe weder über eigene Förderquellen noch über (nennenswerten) Importbezug. Regionale Ferngasunternehmen beziehen Erdgas grundsätzlich von den Unternehmen der vorgelagerten Marktstufe und beliefern ebenfalls regionale und örtliche Gasversorgungsunternehmen, aber auch private Haushalte, Gewerbe- und Industriebetriebe. Im Einzelnen handelt es sich bei diesen regionalen Ferngasunternehmen um die Gasversorgung Süddeutschland GmbH, die Bayerngas GmbH, die Gasunion GmbH, die Saar Ferngas AG, die EWE Aktiengesellschaft, die Avacon AG, die Ferngas Nordbayern GmbH und die Erdgasversorgungsgesellschaft Thüringen-Sachsen mbH (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.6.2006, Az. VI-2 Kart 1/06 (V), Rn. 58 ff. – zitiert nach juris; BKartA, Beschluss vom 13.1.2006, Az. B 8 - 113/03-1, S. 7 f., „E.ON Ruhrgas“).

In räumlicher Hinsicht wird nach der Auffassung der Rechtsprechung und der Kartellbehörden der Markt wiederum anhand des Netzgebiets des beteiligten Netzbetreibers abgegrenzt und erfolgt damit derzeit regional (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.10.2007, Az. VI-2 Kart 1/06 (V), Rn. 102 – zitiert nach juris; BGH, Beschluss vom 13.12.2005, Az. KVR 13/05, Rn. 15 f., „Stadtwerke Dachau“ – zitiert nach juris; KOM, Entscheidung vom 17.12.2002, Nr. COMP/M.2822, Tz. 20 ff. und Tz. 31, „EnBW/ENI/GVS“; BKartA, Beschluss vom 12.03.2007, Az. B 8 - 40000 - U - 62/06, S. 13, „RWE Energie/Saar Ferngas“).

Der Endverbrauchermarkt, der sich nach den Kundengruppen Haushalts- und Kleingewerbekunden, Industriekunden und Kraftwerkskunden weiter unterteilen lässt, ist sowohl der Ferngasstufe 1 als auch der Ferngasstufe 2 nachgelagert. In erster Linie treten als Anbieter von Erdgas die regionalen und örtlichen Gasversorgungsunternehmen auf diesem Markt auf. Sie verbrauchen entweder Erdgas (insbesondere Kraftwerksgas) oder verteilen das Erdgas im Rahmen ihres Vertriebsbedarfs an Endverbraucher wie private Haushalte, Gewerbe und Industriebetriebe weiter. In der Bundesrepublik Deutschland sind auf diesem Markt ca. 40 regionale sowie ca. 650 örtliche Gasversorgungsunternehmen – insbesondere Stadtwerke – tätig. In Gebieten ohne Stadtwerke versorgen hingegen die (über-)regionalen Ferngasunternehmen die Endverbraucher

selbst (vgl. BKartA, Beschluss vom 13.01.2006, Az. B 8 - 113/03-1, S. 8, „E.ON Ruhrgas“; BKartA, Beschluss vom 03.07.2000, Az. B 8 – 40200 – U – 29/00, S. 5 ff.; BKartA, Beschluss vom 12.03.2007, Az. B 8 – 40000 – U – 62/06, S. 12 ff., „RWE Energie/Saar Ferngas“).

Auch in der Endverteilung wird bislang der räumlich relevante Markt nach dem Netzgebiet des beteiligten Netzbetreibers bestimmt.

(2) Die Antragstellerin ist der Meinung, die Unterteilung der Märkte in die Ferngasstufe 1 und 2 sei teilweise bereits heute überholt. Jedenfalls seien sie aber der Entscheidung nach § 28a EnWG wegen ihres prognostischen Charakters und der Länge des Ausnahmezeitraums, bei dem auch künftige Entwicklungen in die Beurteilung einzustellen seien, nicht zugrunde zu legen.

Im Einzelnen geht die Antragstellerin davon aus, dass sich mit der Einführung des ausschließlichen Zweivertragsmodells zum Gaswirtschaftsjahr 2007/2008, spätestens aber für den Zeitpunkt der vollständigen Inbetriebnahme von „Nord Stream Onshore“ eine einheitliche inländische Distributionsstufe bestehend aus regionalen Ferngasunternehmen, Weiterverteilern und Händlern herausgebildet haben wird. In räumlicher Hinsicht geht sie davon aus, dass die inländischen Gasabsatzmärkte zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme wenigstens bundesweit (bzw. nach Marktgebiet), wenn nicht sogar nach einem zentraleuropäischen Markt abzugrenzen sind. Eine vergleichbare Betrachtung finde bereits für die relevanten Märkte im Strombereich statt, die sich insofern auf den Gasbereich übertragen lasse. Auch hier müsse nur noch zwischen einer Erzeugerstufe, einer Distributionsstufe und einer Endkundenstufe unterschieden werden.

Nach Einführung des ausschließlichen sog. „Zweivertragsmodells“ und dem damit verbundenen Wegfall der Möglichkeit der Kapazitätsbuchung zwischen einzelnen Netzen müssten regionale Ferngasunternehmen sowie regionale oder örtliche Weiterverteiler Gas am virtuellen Punkt eines Marktgebiets beziehen. Sie bezögen das Gas am virtuellen Punkt entweder von importierenden bzw. produzierenden überregionalen Ferngasunternehmen, die das Gas dort erstmalig bereitstellten, oder von anderen Energieversorgungsunternehmen oder Händlern, die das Gas weiterverkauften. Damit träten aus Sicht der Endabnehmer alle weiterverteilenden Energieversorgungsunternehmen einheitlich am virtuellen Handelspunkt auf und seien als Lieferanten funktional austauschbar. Im Unterschied zu den bisherigen Änderungen des Netzzugangs hätten sich nicht nur die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert, sondern auch die tatsächlichen Marktverhältnisse hätten sich diesen geänderten Rahmenbedingungen angepasst. Vergleichbar dem Strombereich habe sich bereits mit dem Gaswirtschaftsjahr 2007/2008 eine einheitliche Distributionsstufe entwickelt.

Diese Distributionsstufe schaffe aber keinen eigenen, weiteren Wettbewerb, weil das Gasangebot am virtuellen Punkt durch die importierenden bzw. produzierenden überregionalen Ferngasgesellschaften vorgegeben werde. Für eine wettbewerbliche Beurteilung der Investition bzw. der Ausnahme des Projektes „Nord Stream Onshore“ sei daher eine aufkommensseitige Betrachtung der Ferngasstufe 1 entscheidend.

In räumlicher Hinsicht sei vor dem Hintergrund der verpflichtenden Anwendung des Zweivertragsmodells bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt von keiner netzbezogenen, sondern entsprechend dem Bedarfsmarktkonzept von einer marktgebietsbezogenen Marktabgrenzung auszugehen. Nicht nur die rechtlichen Rahmenbedingungen des Netzzugangs hätten sich geändert, sondern jeder Transportkunde sei auch tatsächlich gezwungen, Ein- und Ausspeisekapazitäten netzübergreifend zu buchen. Eine mögliche „Abschottung“ von nachgelagerten Netzen durch Buchung von Netzkopplungskapazitäten innerhalb des Marktgebietes sei nicht mehr möglich. Dies rechtfertige zum heutigen Zeitpunkt aus Sicht der Transportkunden bereits eine räumliche Marktabgrenzung anhand des Marktgebietes bzw. Bilanzzone.

Für „Nord Stream *Onshore*“ werde darüber hinaus bei einer Betrachtung der technischen Konzeption und der Anschlüsse an bestehende überregionale Gasfernleitungsnetze von einer Austauschbarkeit zwischen allen Marktgebieten auszugehen sein, so dass eine bundesweite Marktabgrenzung anzuwenden sei. Das Projekt „Nord Stream *Onshore*“ ermögliche durch die direkten Anschlüsse an die überregionalen Gasfernleitungsnetze der WINGAS TRANSPORT, der E.ON Gastransport und der ONTRAS sowie die mittelbare Verbindung zu den überregionalen Gasfernleitungsnetzen der Gaz de France Deutschland Transport GmbH, der Gasunie Deutschland GmbH sowie der RWE Transportnetz Gas GmbH die Ausspeisung in alle heute bestehenden Marktgebiete. Diese über die ganze Bundesrepublik Deutschland verteilten Netze seien bei der Abgrenzung der räumlich relevanten Absatzmärkte mit einzubeziehen und ergäben eine bundesweite Marktabgrenzung, in die alle – soweit zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme noch vorhandenen – Marktgebiete einzubeziehen seien.

(3) Nach Auffassung der Beschlusskammer kann dahinstehen, ob nach wie vor an der bisherigen Aufteilung in eine räumlich auf das jeweilige Netzgebiet bezogene Ferngasstufe 1 und 2 festzuhalten ist oder ob – zumindest prognostisch – von einer einheitlichen, marktgebiets- oder bundesweiten Distributionsstufe auszugehen ist.

Dafür, dass es nicht allein auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Antragstellung ankommt, spricht allerdings der Entwurf der Auslegungshinweise zu Art. 22. Die DG TREN führt dazu aus, dass die Anwendung des Art. 22 GasRL einen stark vorausschauendes Element ("*a strong forward-looking element*") hat, weil die Durchführung eines Projekts Zeit brauche und weil die beantragte Ausnahme im Allgemeinen von langer Dauer sei. Daher müssten wahrscheinliche Marktentwicklungen berücksichtigt werden (*Commission Draft Staff Working Document on Article 22 of Directive (EC) No 2003/55 and Article 7 Regulation (EC) No 1228/2003, Tz. 35*).

Andererseits sind die Marktverhältnisse auf dem Strommarkt, auf die die Antragstellerin sich zum Vergleich beruft, nicht vergleichbar. Nach der aktuellen Rechtsprechung ist von einem Erstabsatzmarkt für Strom auszugehen, auf dem die stromerzeugenden und importierenden Unternehmen als Anbieter auftreten (BGH WRP 2009, 85 ff = Beschluss vom 11.11.2008, Az.: KVR 60/07). Dies entspräche einer Zusammenfassung des Produzentenmarktes mit der

Ferngasstufe 1, nicht aber der Ferngasstufen 1 und 2. Eine Zusammenfassung der Weiterverleiher mit den Produzenten und Importeuren zu einer Marktstufe wurde dagegen vom Bundesgerichtshof im Einklang mit der vorinstanzlichen Entscheidung des OLG Düsseldorf (vgl. Beschluss vom 06.06.2007, Az. VI-2 Kart 7/04 (V)) verworfen, was u.a. mit der geringen Bedeutung des Stromimports infolge der geringen Kapazität der Grenzkuppelstellen (weniger als 10% des inländischen Stromabsatzes) sowie mit der fehlenden Speicherbarkeit von Strom begründet wurde (BGH WRP 2009, 85, 86). Darin unterscheiden sich die Verhältnisse im Strombereich fundamental von denen im Gassektor.

Die Frage, ob perspektivisch von einer anderen Abgrenzung der innerdeutschen Märkte auszugehen ist, bedarf jedoch keiner Entscheidung. Soweit Auswirkungen auf innerdeutsche Märkte bestehen, kommt es auf deren genaue Unterteilung nicht an, da die OPAL in diesem Umfang (nationale Transporte und Gegenstromtransporte) nicht ausnahmefähig ist, während sich die Investition im verbleibenden Umfang des Antrags bzw. der erteilten Ausnahme (reine Verbindungskapazitäten) nicht auf die innerdeutschen Märkte auswirkt.

#### **(iv) Ausländische Gasabsatzmärkte für Erdgas als Energieträger**

Entsprechend der Abgrenzung der innerdeutschen Märkte gilt für andere nationale Märkte in der EU 27 eine entsprechende sachliche Marktabgrenzung mit einer im Einzelfall geringeren Anzahl von Marktstufen (vgl. KOM, Entscheidung vom 14.11.2006, Nr. COMP/M.4180, Tz. 63 und Tz. 341, „Gaz de France/Suez“; KOM, Entscheidung vom 14.3.2006, Nr. COMP/M.3868, Tz. 122, „DONG/Elsam/Energi E2“; KOM, Entscheidung vom 11.7.2006, Nr. COMP/M.4238, Tz. 13 ff., „E.ON/PRAZSKÁ PLYNÁRENSKÁ“; KOM, Entscheidung vom 18.12.2002, Nr. COMP/M.3007, Tz. 17 „E.ON/TXU EUROPE GROUP“).

Für die von der Antragstellerin betrachteten Länder (Dänemark, Niederlande, Belgien, Frankreich, Großbritannien und die Tschechische Republik) geht der von ihr beauftragte Gutachter jeweils von nationalen Märkten aus, was mit den dort geltenden nationalen Netzzugangsregimes begründet wird (Anlage AS 30, S. 45). Der Beschlusskammer liegen keine Anhaltspunkte vor, die zu einer abweichenden Beurteilung führen würden.

#### **2.2.1.2. Wettbewerbsauswirkungen**

Nachfolgend werden die erwarteten wettbewerblichen Auswirkungen der Investition nach den jeweiligen Märkten differenziert. Eine Besonderheit des vorliegenden Verfahrens besteht darin, dass die OPAL ebenso wie die NEL durch zwei voneinander unabhängige Betreiber vermarktet werden soll. Dies ist Folge des Bruchteilseigentums der dahinter stehenden, mit den Betreibern gesellschaftsrechtlich verbundenen Investoren. Bereits hierdurch ist ein gewisses Maß an Unabhängigkeit der Betreiber untereinander gewährleistet, ohne dass man allerdings bei dieser pipe-in-pipe Situation bereits von Leitungswettbewerb sprechen könnte.

### 2.2.1.2.1. Produzentenmarkt

Auf die Wettbewerbsverbesserung auf dem Produzentenmarkt – sofern ein solcher entsprechend den Ausführungen im Beschlussentwurf vom 06.03.2009 abzugrenzen ist – kommt es nach Auffassung des Bundeskartellamts nicht an, da die OPAL hinter dem Grenzübergangspunkt beginnt. Einer Wettbewerbsverbesserung durch die OPAL auf einem solchen Markt bedürfte es daher in Ansehung von § 28a EnWG auch nicht.

Für die nachfolgende Betrachtung soll unterstellt werden, dass der Produzentenmarkt entsprechend den Ausführungen im Beschlussentwurf vom 06.02.2009, der der Erteilung des Einvernehmens durch das Bundeskartellamt zugrunde lag, abzugrenzen ist. Letztlich kann dies allerdings dahinstehen, da im Ergebnis Einvernehmen zwischen dem Bundeskartellamt und der Beschlusskammer besteht. Lediglich die Begründungen variieren.

Geht man von der Existenz eines Produzentenmarktes entsprechend der dargestellten Abgrenzung aus, kommt es nicht auf die Wettbewerbswirkungen des Gesamtprojekts Nord Stream, sondern auf die der OPAL bzw. der hier nicht weiter zu betrachtenden NEL an. Wie sich bei der Analyse des Tatbestandsmerkmals der Verbindungsleitung (siehe oben, Abschnitt 2.1.3) gezeigt hat, ist allein die OPAL als verfahrensgegenständliche Verbindungsleitung zu qualifizieren. Ob sie von der Regulierung freigestellt werden kann, hängt daher maßgeblich von den mit ihr bzw. ihrer Nutzung unmittelbar ausgehenden Wettbewerbswirkungen ab.

Auch bei diesem Ausgangspunkt fällt die Bewertung für den Produzentenmarkt jedoch nicht zu Lasten der Antragstellerin aus. Entsprechend der unterstellten räumlichen Marktabgrenzung (siehe oben, Abschnitt 2.2.1.1.2.2) handelt es sich beim Produzentenmarkt gemäß der Struktur der Anbieter um einen Markt, der zumindest die räumlichen Grenzen der EU 27 umfasst. Damit steht das auf diesem Markt angebotene Gas grundsätzlich bereits mit der Anlandung der eigentlichen Nord Stream Leitung in Greifswald zum Verkauf an die Importeure in der EU 27 bereit. Etwaige negative Wettbewerbsauswirkungen, die mit dem Export russischen Gases über die Nord Stream verbunden sind, treten daher unabhängig vom Bau der OPAL ein. Sie sind der OPAL daher ebenso wenig wie die positiven Wettbewerbswirkungen durch die Nord Stream zuzurechnen. Auch insoweit besteht Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt.

(1) Ein Weitertransport von Nord Stream-Gasmengen durch reine Importgesellschaften über die OPAL wirkt sich auf den Produzentenmarkt nicht aus, da diese hier nicht als Anbieter, sondern als Nachfrager auftreten. Mögliche Auswirkungen auf den Produzentenmarkt sind daher nach Auffassung der Beschlusskammer allenfalls dann vorstellbar, wenn die OPAL von anderen Produzenten genutzt wird, die in Greifswald Nord Stream-Gas übernehmen, oder wenn eine Nutzung durch Gazprom erfolgt. [REDACTED]

[REDACTED]. Nach Auffassung des Bundeskartellamts sind Rückwirkungen auf den Produzentenmarkt durch die OPAL von vornherein ausgeschlossen, da sie hinter dem Grenzübergangspunkt beginnt. Beide

Betrachtungsweisen führen jedoch zu demselben Ergebnis, da eine Verschlechterung des Wettbewerbs auf dem Produzentenmarkt unabhängig von dem jeweiligen Begründungsansatz nicht zu befürchten ist.

Geht man davon aus, dass Rückwirkungen auf den Produzentenmarkt überhaupt möglich sind, würde eine Nutzung durch andere Produzenten, die in diesem Fall zugleich als Importeure auftreten würden, zu einer Verbesserung des Wettbewerbs auf dem Produzentenmarkt führen. Unabhängig von der genauen Höhe des Marktanteils steht fest, dass Gazprom der weitaus größte Anbieter auf diesem Markt ist. Eine Nutzung der OPAL durch andere Produzenten dürfte zwar wegen der sonst eintretenden Mehrfachverrechnung der gleichen physischen Mengen nicht quantitativ zu berücksichtigen sein. Aufgrund der damit verbundenen Handelsaktivitäten würden aber zusätzliche wettbewerbliche Impulse zwischen den Produzenten generiert.

Eine worst-case-Betrachtung ergäbe sich für den Fall, dass die OPAL vollständig durch Gazprom oder verbundene Unternehmen genutzt wird. Selbst unter dieser Voraussetzung wären die wettbewerblichen Auswirkungen der OPAL jedoch für den Produzentenmarkt neutral. Würde die OPAL nicht gebaut, wäre Gazprom gezwungen, die Nord Stream-Mengen am Anlandepunkt Greifswald zu verkaufen oder über regulierte Systeme (z.B. NORDAL oder NEL) innerhalb Deutschlands oder bis in die jeweiligen Zielländer der EU 27 transportieren zu lassen. In beiden Fällen würde das gesamte Nord Stream-Gas durch Gazprom innerhalb der EU 27, also auf dem räumlich relevanten Produzentenmarkt, angeboten. Eine vollständige Nutzung der OPAL durch die Gazprom innerhalb des Freistellungszeitraums würde hieran nichts ändern. Lediglich der Lieferpunkt könnte sich hierdurch von der Anlandestation Greifswald nach Brandov, d.h. von deutschem auf tschechisches Territorium, oder nach Waidhaus oder aber an verschiedene virtuelle Handlungspunkte verlagern. Da der Produzentenmarkt entsprechend der unterstellten Prämisse räumlich weder regional noch national abzugrenzen ist, ist dies für die Auswirkungen auf diesem Markt jedoch ohne Belang.

Soweit die tschechische Regulierungsbehörde ERÚ hiergegen in früheren Stellungnahmen Bedenken erhoben hat, weil Gazprom export in der Tschechischen Republik bzw. in der südsüdosteuropäischen Region im Allgemeinen eine dominierende, wenn nicht sogar monopolistische Stellung innehat, kommt es darauf nicht an. So zeigt das Projekt Nord Stream ebenso wie die OPAL, dass Pipelinemengen nicht notwendigerweise zum Verbleib in dem Land bestimmt sind, in dem die Verbindungsleitung endet. Die Nord Stream-Mengen sind unabhängig vom physischen Verlauf der Leitungen für eine große Anzahl von Zielländern bestimmt. Bezieht man LNG-Mengen in die Betrachtung des Produzentenmarktes ein, die nach der Verflüssigung und Verladung auf LNG-Tanker weltweit regasifiziert und angeboten werden können, stehen solche Mengen potenziell auch Binnenländern wie der Tschechischen Republik zur Verfügung, da sie über das verzweigte Leitungssystem innerhalb Europas weitertransportiert werden können.

Aus Sicht der Beschlusskammer kann den von der ERÚ geäußerten Bedenken außerdem hinreichend durch die mit der Freistellung verbundenen Nebenbestimmungen Rechnung getragen werden. So ergeben sich aus den Bestimmungen gegen die Hortung von Kapazitäten auch für dritte Marktteilnehmer Möglichkeiten, Gas nach Tschechien zu transportieren, was mit wettbewerblichen Impulsen verbunden wäre. Würde die OPAL nicht gebaut, wären ihnen solche Möglichkeiten über das derzeitige Maß hinaus verwehrt.

#### **2.2.1.2.2. Innerdeutsche Absatzmärkte für Erdgas als Energieträger**

Hinsichtlich der innerdeutschen Absatzmärkte sind die Wettbewerbsauswirkungen der OPAL unter den Bedingungen der Ausnahmegenehmigung neutral. Insoweit hat die Antragstellerin zwar den ihr obliegenden Nachweis einer Wettbewerbsverbesserung nicht erbracht, jedoch hat dies aus rechtlichen und tatsächlichen Kontrollüberlegungen keinen Einfluss auf die Ausnahmefähigkeit der OPAL als Verbindungsleitung.

(1) Für die Beurteilung der Wettbewerbsverbesserung kommt es auf die zutreffende Marktabgrenzung an, bei der die Antragstellerin einen von der derzeitigen Rechtsprechung und Kartellrechtspraxis abweichenden Ansatz verfolgt (siehe oben, Abschnitt 2.2.1.1.2.2.). Für beide Ansätze hat die Antragstellerin jedoch eine Verbesserung des Wettbewerbs auf den innerdeutschen Gasversorgungsmärkte nicht nachgewiesen.

Die „klassische“ Marktabgrenzung wird von ihr zwar abstrakt dargestellt. In dem von ihr vorgelegten Gutachten werden die resultierenden Effekte bei Zugrundelegung dieser Hypothese jedoch nicht vollständig untersucht. Das Gutachten beschränkt sich letztlich auf eine Analyse der Effekte auf der Ferngasstufe 1, womit zugleich die Effekte auf der „einheitlichen Distributionsstufe“, d.h. entsprechend dem Ansatz der Antragstellerin, beschrieben werden sollen. Die Ferngasstufe 2 wird ebenso wie der Endverbrauchermarkt außer Acht gelassen. Unabhängig davon leidet das Gutachten unter dem weiteren Mangel, dass die Auswirkungen auf die Ferngasstufe 1 (als eigener Marktstufe oder als Teil eines einheitlichen Distributionsmarktes) in Abhängigkeit von dem Gesamtprojekt Nord Stream beurteilt werden. Eine Darstellung der Auswirkungen der OPAL und/oder der NEL, also des eigentlichen Antragsgegenstandes, fehlt hingegen sowohl im Gutachten als auch in den sonstigen Antragsunterlagen. Zwar findet sich mehrfach die Behauptung, das (Teil-)Projekt „Nord Stream *Onshore*“ führe zu einer Verbesserung des Wettbewerbs. Tatsächlich untersucht werden jedoch die Auswirkungen des „Gesamtprojekts Nord Stream“, d.h. einschließlich der Nord Stream selbst und maßgeblich gestützt auf die von ihr – nicht von OPAL/NEL – ausgehenden Wettbewerbswirkungen.

Diese Analyse ermöglicht keine hinreichende Bewertung der innerdeutschen Marktverhältnisse durch die Beschlusskammer. Die Nachweispflicht liegt nach § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG bei der Antragstellerin. Dass aufgrund der starken Marktstellung der Projektpartner, d.h. der E.ON

Ruhrgas AG und Wingas GmbH & Co. KG, ggf. gesteigerte Anforderungen an einen Nachweis zu stellen sein würden, war den Antragstellerinnen bewusst.

(2) Die hieraus für die Antragstellerinnen resultierenden Nachteile im Verfahren sind jedoch äußerst begrenzt. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

Mögliche Auswirkungen der OPAL auf innerdeutsche Erdgasmärkte ergeben sich unter drei Gesichtspunkten. Erstens kann es zu Effekten durch nationale Transporte zwischen Greifswald und Olbernhau, d.h. in Hauptstromrichtung bis an die tschechische Grenze, kommen. Zweitens können sich Auswirkungen durch Gegenstromtransporte von Brandov nach Deutschland ergeben. Drittens sind die Rückwirkungen auf die innerdeutschen Märkte zu betrachten, die sich infolge eines Reimportes nach einem Weitertransport über die „Gazelle“ ergeben.

Keine Auswirkungen auf die innerdeutschen Erdgasmärkte ergeben sich jedoch, soweit die Verbindungskapazitäten auf der OPAL selbst betroffen sind, d.h. für nicht-nationale Transporte von Greifswald bis nach Brandov. Bei dieser Nutzung wird lediglich das deutsche Staatsgebiet für die Durchleitung benutzt. Ein Nachweis für die Verbesserung des Wettbewerbs innerhalb Deutschlands durch die Transporte nach Tschechien wäre daher von vornherein nicht möglich, ist aber damit insoweit auch entbehrlich. Aus dem fehlenden Nachweis für die Verbesserung des Gaswettbewerbs auf die innerdeutschen Märkte können der Antragstellerin daher keine Nachteile erwachsen, soweit es um die Ausnahme für die OPAL als Verbindungsleitung, d.h. im Rahmen ihrer hauptsächlichen Nutzung, geht.

Eine Ausnahme für innerdeutsche Transporte in Hauptstromrichtung zwischen Greifswald und Olbernhau kommt schon aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht. Die OPAL wird insoweit nicht als Verbindungsleitung, sondern für rein nationale Transporte genutzt. Eine Erstreckung von Ausnahmegenehmigungen für Verbindungsleitungen auf solche rein nationalen „Nebentransporte“ ist mit Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung nicht vereinbar (vgl. Abschnitt 2.1.3.2.). Der fehlende Nachweis für die Wettbewerbsverbesserung tritt insoweit allenfalls als zusätzliches Argument hinzu, um die Verweigerung der Genehmigung für diesen Teil der Transporte zu begründen.

Eine Ausnahme für Gegenstromtransporte ist von der Antragstellerin nicht beantragt. Der Antrag für die OPAL umfasst lediglich die Kapazitäten „von Greifswald nach Groß Köris“ bzw. „von Groß Köris nach Olbernhau/Brandov“, nicht hingegen in der Gegenrichtung. Die erteilte Genehmigung geht darüber nicht hinaus. Insoweit sind etwaige negative Wettbewerbseffekte der beantragten Investition ebenso wenig zu befürchten wie solche der Ausnahme selbst. Bei einer weiten Auslegung des Antrags wäre es allerdings wegen des fehlenden Wettbewerbsnachweises nicht in Betracht gekommen, die Genehmigung auf Transporte in Gegenstromrichtung zu erstrecken. Insoweit erschiene die Ausnahme aber auch im Falle eines erfolgreichen Nachweises nicht erforderlich, um das mit der Investition verbundene Risiko zu begrenzen, da hierfür die Teilausnahme für Verbindungskapazitäten in Hauptstromrichtung ausreicht. Faktisch resultieren

daher aus dem fehlenden Nachweis auch in diesem Bereich keine Nachteile für die Antragstellerin.

Soweit Re-Importe betrachtet werden, die mithilfe des Weitertransports über die „Gazelle“ erfolgen, sind Rückwirkungen auf die innerdeutschen Märkte zwar nicht auszuschließen. Insoweit geht es aber letztlich nicht um die Wettbewerbsauswirkungen der OPAL oder einer Ausnahme für die OPAL, sondern um die Auswirkungen der „Gazelle“. Dieser Frage wäre daher ggf. im Rahmen eines Ausnahmeverfahrens für die „Gazelle“ nachzugehen, während sie für die OPAL keine Rolle spielt. Unter der Hypothese, dass die „Gazelle“ im Einklang mit dem europäischen Rechtsrahmen der Regulierung durch die tschechischen Behörden unterliegt, resultieren aus einer Ausnahme für die OPAL auch keine negativen Effekte im Falle eines Re-Importes. Ein Marktverschluss dadurch, dass die OPAL langfristig ausschließlich durch bestimmte Nutzer zur Durchleitung verwendet werden kann, ist in diesem Fall für die re-importierten Mengen nicht zu befürchten. Eine Übertragung der hiermit verbundenen Marktvorteile auf die Nutzung der „Gazelle“ und damit die Möglichkeit zum Re-Import ist dann nicht möglich. Zudem sollen OPAL und „Gazelle“ zwar in zeitlicher und technischer Abstimmung der unterschiedlichen Projektverantwortlichen gebaut werden. Eigentümer und Betreiber der OPAL haben jedoch keinen unmittelbaren Einfluss auf den Leitungsverlauf und die Nutzung der „Gazelle“. Die Ausnahme-genehmigung für die OPAL führt bei deren Nutzern daher in Ansehung der Re-Importe nicht zu Vorteilen, die über diejenigen hinausgehen, die sie bei einer Nutzung der Leitung im regulierten Umfeld hätten. Soweit sie im Vergleich zur Situation ohne den Bau der OPAL Vorteile aus der Nutzung ziehen, ist ihre Stellung bei einer vollständigen Regulierung der „Gazelle“ angreifbar, während sie bei einer etwaigen Freistellung der „Gazelle“ hierauf und nicht auf die Freistellung für die OPAL zurückzuführen wären. Insgesamt wirkt sich der fehlende Nachweis für die Verbesserung des Wettbewerbs auf den innerdeutschen Märkten damit nicht zu Lasten der Antragstellerin aus.

#### **2.2.1.2.3. Ausländische Absatzmärkte für Erdgas als Energieträger**

Nachteile für den Wettbewerb im tschechischen Absatzmarkt sind nicht konkret zu befürchten.

(1) Nach Auffassung der Antragstellerin ist die Realisierung des „Gesamtprojekts Nord Stream“ neben Deutschland vor allem für die nationalen Erdgasmärkte der Niederlande, Belgiens, Großbritanniens, Frankreichs, Dänemarks und der Tschechischen Republik relevant. Abgesehen von Dänemark, wo die Wirkung jedoch immerhin neutral sei, verbessere sich die Wettbewerbssituation durch das Gesamtprojekt Nord Stream. Besonders positive Wettbewerbswirkungen seien insbesondere in den hochkonzentrierten Märkten Frankreich und Belgien zu beobachten.

Diese Betrachtung unterliegt der gleichen Kritik wie die Analyse der innerdeutschen Märkte, da die Auswirkungen des Gesamtprojekts Nord Stream, nicht hingegen die entscheidungserhebli-

chen Auswirkungen der Verbindungsleitung OPAL betrachtet werden. Dies zeigt allein die Aufzählung der Märkte durch die Antragstellerin bzw. ihren Gutachter, die offensichtlich nicht zwischen den von NEL und OPAL ausgehenden Effekten differenziert. So dürften beispielsweise die Auswirkungen der in südlicher Richtung verlaufenden OPAL auf die nationalen Absatzmärkte Großbritanniens, falls überhaupt vorhanden, zu vernachlässigen sein. Zutreffenderweise ist jedoch auch bei dieser Frage auf den eigentlichen Verfahrensgegenstand, d.h. auf die von der freizustellenden OPAL unmittelbar ausgehenden Wettbewerbseffekte abzustellen.

(2) Auswirkungen der OPAL auf nationale Absatzmärkte für Erdgas als Energieträger ergeben sich unter Berücksichtigung der technischen Planungen allein für die Tschechische Republik. Weitere Länder sollen jedenfalls nach dem bisherigen Konzept nicht an die OPAL angeschlossen werden. Da die NEL keine bzw. allenfalls sehr geringe Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Tschechischen Republik haben dürfte, entsprechen die Feststellungen zu Auswirkungen des „Gesamtprojekts Nord Stream“ in der tschechischen Republik in dem Gutachten von Frontier Economics (Antragsschrift vom 25.07.2008, Anlage AS 30, Abschnitt 5.6.6) denen der OPAL. Diese werden daher der weiteren Betrachtung zugrunde gelegt. Sie sind auch zur Überzeugung der Beschlusskammer geeignet, um die Wettbewerbsverbesserung auf dem – von dem Produzentenmarkt streng zu trennenden – tschechischen Absatzmarkt für Energieträger zu belegen.

(3) Danach verfügte RWE Transgas im Jahr 2006 über einen nahezu vollständigen Zugriff auf die geringe einheimische Produktion und die Importe (insgesamt 97 TWh). Lediglich vergleichsweise kleine Mengen von zusammen ca. 1 TWh wurden durch die Gazprom-Beteiligungen Vemex und Wingas in die Tschechische Republik importiert. Der gemeinsame Marktanteil der beiden mit Gazprom verbundenen Unternehmen betrug damit unter 1%. Direkte Verkäufe von Gazprom auf der Ferngasebene fanden nicht statt.

Der geringe Marktanteil zeigt, dass Gazprom in der Vergangenheit seine Stellung als Hauptlieferant von Importmengen nicht dazu genutzt hat oder nicht dazu nutzen konnte, eine entsprechende Marktstellung auf der Ferngasstufe zu entfalten. Dies liegt unter anderem in der hohen Abdeckung und der langen Laufzeit der Importverträge zwischen Gazprom und RWE Transgas begründet. Diese Verträge wurden nach Angaben des Gutachters, der allerdings keine Quelle angibt, über den Zeitraum der Analyse (d.h. bis über das Jahr 2020) hinaus verlängert. Unter dieser Prämisse, die sich auch mit den von der Beigeladenen eingereichten Unterlagen deckt (Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, Anlage CPN 15, Schreiben der ERÚ vom 15.07.2008: „*RWE Transgas still has a contract with Gazprom to meet Czech cutomers' demand*“) ist für die Zukunft nicht mit einer fundamental geänderten Vertriebsstrategie von Gazprom oder verbundener Unternehmen einschließlich der Wingas zu rechnen. Voraussetzung wäre ohnehin, dass das Gas über die „Gazelle“ nicht lediglich nach Deutschland weitergeleitet wird, sondern auch in Tschechien ausgespeist werden kann. Hierfür ist aber für den Ausnahme-

zeitraum auszugehen (Schriftsatz der Beigeladenen, Anlage CPN 15, Schreiben der ERÚ vom 15.07.2008: „*Furthermore, in the light of the 3rd energy package we expect unification of national and transit transportation in the Czech Republic.*“)

Dem tschechischen Gasabsatz wird bis 2020 eine geringe Zunahme von derzeit 100 auf 110 TWh prognostiziert. Wie im Jahr 2006, wird auch später die einheimische Förderung nahezu keine Rolle spielen. RWE Transgas verfügte in 2006 über einen Marktanteil von 99%. Aufgrund der vorhandenen Infrastruktur und den damit verbundenen Gasflüssen ist es für neue Marktteilnehmer nahezu unmöglich, originären Zugang zu Importen zu erlangen. In einem solchen Umfeld dürfte der gemeinsame Marktanteil der Gazprom-Beteiligungen (in diesem Fall Wingas und Vemex) maximal auf 5% ansteigen.

(4) Die OPAL und der damit verbundene verbesserte Zugang zu Importgas führt zu einer deutlichen Reduzierung des HHI für die Tschechische Republik. Insgesamt werden Wingas und Vemex nach den Prognosen von Frontier Economics 10 TWh (2015 bzw. 2020) absetzen. Die restlichen Mengen werden auch weiterhin durch RWE Transgas bezogen, so dass eine Erhöhung der Mengen der Gazprom-Beteiligungen zwangsläufig zu einem Verdrängen von Marktanteilen der RWE Transgas führt. Folglich sinkt auch der Konzentrationswert C 1 für beide Stichjahre um 4%-Punkte im Vergleich zum Zustand ohne das Projekt. Im Jahr 2020 bewegt sich der HHI nach dieser Prognose auf einem Niveau um 8350, während der entsprechende Wert ohne das Gesamtprojekt Nord Stream bei über 9100 läge, also zu einer deutlich höheren Marktkonzentration führen würde. Damit wirkt der Zugang zu den Nord Stream-Gasmengen über die OPAL positiv auf die Intensität des Wettbewerbs im tschechischen Gasmarkt. Auch der Eintritt weiterer Marktteilnehmer einschließlich der E.ON Ruhrgas AG würde zu einer Dekonzentration des tschechischen Absatzmarktes führen, hätte also wettbewerbliche Vorteile.

Ein worst-case-Szenario für die Betrachtung des tschechischen Absatzmarktes wäre daher anders als bei der Betrachtung des Produzentenmarktes nicht die Nutzung der OPAL durch die Eigentümer bzw. Investoren, sondern die Nutzung durch RWE Transgas. [REDACTED]

[REDACTED] Folglich sind Nachteile für den Wettbewerb im tschechischen Absatzmarkt nicht konkret zu befürchten.

### **2.2.2. Verbesserung der Versorgungssicherheit**

Sowohl die OPAL als solche als auch das Gesamtprojekt Nord Stream, in das sie wirtschaftlich eingebettet ist, führen zu einer Verbesserung der Versorgungssicherheit. Zwar findet keine Diversifizierung der Bezugsquellen statt, jedoch werden Redundanzen für den Fall des Ausfalls anderer Importleitungen geschaffen. Es kann hier im Ergebnis dahinstehen, ob bei der Bewertung des Beitrags der OPAL zur Versorgungssicherheit auf das übergeordnete Gesamtkonzept des Nord Stream-Gesamtprojektes abzustellen ist oder der isolierte Beitrag der OPAL zur

Versorgungssicherheit zu würdigen ist. Bei beiden Betrachtungsweisen liegt eine Verbesserung der Versorgungssicherheit vor. Die Verbesserung der Versorgungssicherheit wird einvernehmlich mit dem Bundeskartellamt bejaht, das die hierzu vorgenommenen Einschätzungen der Beschlusskammer im Beschlussentwurf vom 06.02.2009 teilt.

(1) Der Begriff der Versorgungssicherheit in § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG entspricht dem in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Gesetzeszweck einer „sicheren Versorgung“. Eine einheitliche Definition hat sich bislang weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene durchgesetzt (vgl. Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht Kommentar, 55. Ergänzungslieferung Januar 2007, § 1 Rn. 13). Nach dem Entwurf eines Arbeitspapiers der Generaldirektion Energie und Verkehr der Europäischen Kommission (DG TREN) zu Art. 22 GasRL und Art. 7 der Stromhandelsverordnung 1228/2003 liegt eine Verbesserung der Versorgungssicherheit bei jeder Diversifizierung der Versorgungsquellen vor, insbesondere bei der Erschließung einer neuen Quelle oder eines neuen Weges zu den relevanten Märkten (*Commission draft staff working document on Article 22 of Directive (EC) No 2003/55 and Article 7 Regulation (EC) No 1228/2003*, Stand: 06.11.2008, Tz. 25 ff.). Dementsprechend hat die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme zur Nabucco-Entscheidung der österreichischen Regulierungsbehörde ausgeführt, dass eine Verbesserung der Versorgungssicherheit vorliegt, wenn durch eine Investition eine neue Route zum relevanten Markt geschaffen wird oder neue vorgelagerte Gasquellen an den Markt angebunden werden (Stellungnahme EU-KOM, Tz. 41 ff.). Maßgebliche Gesichtspunkte, unter denen die Versorgungssicherheit gesteigert wird, sind damit einerseits eine Diversifikation der Bezugsquellen, andererseits aber auch die Schaffung zusätzlicher Transportmöglichkeiten selbst.

(2) Durch das Nord Stream-Gesamtprojekt wird zunächst eine neue Route zu den relevanten Märkten geschaffen. Im Gegensatz zu den bisherigen Transportwegen für russisches Gas, die durch die politisch instabilen Länder Weißrussland und Ukraine führen, verläuft die Route des Nord Stream-Gesamtprojekts von Russland durch internationale Gewässer unmittelbar in den europäischen Binnenmarkt. Hierdurch wird die Versorgungssicherheit verbessert, da politische Instabilitäten geringere Auswirkungen auf die Versorgung der Gemeinschaft mit russischem Erdgas haben werden.

Die jüngsten Auseinandersetzungen zwischen Russland und der Ukraine machen diese Gefahr augenfällig. Die hierdurch bedingten Lieferausfälle betreffen nicht nur weite Teile Osteuropas, sondern haben auch spürbar negative Auswirkungen auf die Versorgung der weiter westlich liegenden Mitgliedstaaten einschließlich Deutschlands.

Der hiergegen gerichtete Einwand der Beigeladenen, es fehle an einer Erhöhung der politischen Stabilität, weil das Länderrisiko der Ukraine als Transitland geringer als dasjenige Russlands sei, geht erkennbar fehl. Gleiches gilt für ihre Argumentation, im (ersten) russisch-ukrainischen Gasstreit sei es nicht die Ukraine gewesen, die die Transgas-Leitung unterbrochen habe,

sondern Gazprom habe die Einspeisung reduziert, um Gaspreiserhöhungen gegenüber der Ukraine durchzusetzen (Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, S. 32). Ob diese Einschätzungen zutreffend sind, kann dahinstehen. Unabhängig von den jeweiligen Verantwortlichkeiten und dem Vergleich der Länderrisiken handelt es sich um Risiken, die für die Gasversorgung Europas nicht alternativ, sondern kumulativ bestehen. Die Schaffung einer zusätzlichen Transportroute durch internationale Gewässer würde daher auch dann zu einer Steigerung der Versorgungssicherheit führen, wenn hierdurch bisherige Routen vollständig substituiert würden. Inwieweit das Nord Stream-Projekt entsprechend seiner erklärten Zielrichtung darüber hinaus echte Neumengen an Europa heranführt, ist daher nicht entscheidend.

(3) Soweit es auf eine Diversifizierung der Bezugsquellen ankommt, ist darüber hinaus nicht nur auf die einzelnen Länder, sondern auch auf unterschiedliche Gasquellen innerhalb eines Landes abzustellen. Auch insoweit ist das Nord Stream-Projekt geeignet, die Versorgungssicherheit zu erhöhen. Ein Großteil des Erdgases, das über das Nord Stream-Gesamtprojekt transportiert werden soll, soll aus dem Erdöl- und Erdgasfeld Yuzhno-Russkoye stammen. Hierbei handelt es sich um eine der weltweit größten Lagerstätten. Darüber hinaus soll über das Nord Stream-Gesamtprojekt später auch Gas aus den Lagerstätten der Halbinsel Yamal, der Bucht von Ob-Taz sowie Shtokmanovskoye transportiert werden. Auch damit wird das Nord Stream-Gesamtprojekt einen Beitrag dazu liefern können, die befürchtete Versorgungslücke der Europäischen Union zu schließen. Als Teil dieses Projektes leistet auch die OPAL einen Beitrag hierzu.

(4) Auch bei einer isolierten Betrachtung trägt die OPAL zur Verbesserung der Versorgungssicherheit bei. Die Beigeladene wendet sich hiergegen vor allem mit Blick auf das von ihr betriebene Alternativprojekt NORDAL. Bei der Bewertung des Beitrags der OPAL zur Verbesserung der Versorgungssicherheit sei dieses Leitungsbauvorhaben ebenso wie andere Alternativprojekte zu berücksichtigen. Im Ergebnis dieser Vergleichsbetrachtung führe die OPAL nicht zu einer Verbesserung, sondern zu einer Verschlechterung der Versorgungssicherheit.

Diese Betrachtung ist bereits, worauf die Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat, im Ansatz verfehlt. Gegenstand der Prüfung nach § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG ist nicht die Frage, ob ein mögliches anderes Projekt, das ebenso wie die OPAL noch nicht realisiert ist, einen stärkeren Beitrag zur Verbesserung der Versorgungssicherheit leisten könnte als die Infrastruktur, für welche die Ausnahme beantragt wird. Gegenstand der vorliegenden Prüfung ist allein die Frage, ob die Infrastruktur, für welche die Ausnahme beantragt wird, überhaupt einen Beitrag zur Versorgungssicherheit leistet. Hiervon ist bei der OPAL auszugehen, da sie als Verlängerung der Nord Stream hinter dem Anlandepunkt in Greifswald einen alternativen Transportweg zur Heranführung russischer Gasmengen nach Deutschland bis über die Grenze zum tschechischen Fernleitungsnetz schafft. Allein schon die hierdurch gegebene Redundanz der Transportrouten verbessert die Versorgungssicherheit, ohne dass es darauf

ankäme, in welchem Umfang Neumengen über die OPAL bis nach Tschechien und – mittels der „Gazelle“ – weiter bis nach Waidhaus transportiert würden.

(5) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Auslegungshinweisen der Kommission zu Art. 22 GasRL, auf die sich die Beigeladene beruft. Die von ihr (Stellungnahme der Beigeladenen vom 15.12.2008, S. 35 unter Verweis auf die Anlage CPN 35) angegebenen Fundstellen (Tz. 12, 46 (Box 6) und 66) des „*Commission Draft Staff Working Documents*“ befassen sich nicht mit dem Aspekt der Versorgungssicherheit, sondern mit der Wettbewerbs- und Risikobetrachtung. Eine Notwendigkeit, zwei geplante Projekte unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit dahingehend zu vergleichen, welches von ihnen einen höheren Beitrag leistet, ergibt sich hieraus nicht.

Unter diesem Gesichtspunkt ebensowenig entscheidend ist, ob der Bau oder die Ausnahmeerteilung für die OPAL dazu führt, dass die NORDAL nicht in ökonomisch sinnvoller Weise realisiert werden kann. Hierbei handelt es sich nicht um eine Frage der Versorgungssicherheit, sondern um eine Frage der Projektsicherheit für die NORDAL. Wie die Beigeladene im Grundsatz richtig erkennt, geht es bei der Frage der Versorgungssicherheit darum, die „bei Verwirklichung des Projekts eintretende Situation mit der bei Nichtverwirklichung des Projekts eintretenden Situation zu vergleichen. Dieser Vergleich setzt voraus, dass der *Status Quo* ermittelt wird.“ (Schriftsatz der Beigeladenen vom 15.12.2008, S. 36). In Wirklichkeit unternimmt die Beigeladene aber keinen Vergleich der bestehenden Situation mit der Situation bei Verwirklichung der OPAL, sondern den Vergleich zweier zukünftiger, in verschiedenem Grade ungewisser Situationen.

(6) Dies ist auch das offenkundige Ziel des EWI-Gutachtens „Modellgestützte Untersuchung der Nord Stream-Anbindungsleitungen NORDAL und OPAL“ (Schriftsatz der Beigeladenen vom 15.12.2008, Anlage CPN 41), das sie zum Zwecke des Beweises ihrer These vorlegt, die OPAL verschlechtere die Versorgungssicherheit. Dieses Gutachten vergleicht verschiedene Szenarien für die Anbindung der Nord Stream über die NORDAL einerseits und über die OPAL (in verschiedenen Regulierungsszenarien) andererseits. Ziel der Studie ist dabei nicht die Untersuchung, ob die OPAL überhaupt einen Beitrag zur Versorgungssicherheit leistet, was § 28a EnWG verlangt, sondern die „Ermittlung der effizienten Anbindung der Nord Stream-Pipeline an das bestehende Erdgasfernleitungsnetz“ (Anlage CPN 41 S. 10). M.a.W. geht es um die Analyse, welches die effizientere der beiden Infrastrukturen ist. Das Gutachten verweist daher auch darauf, seine Methodik folge den Anforderungen der Bundesnetzagentur für die Beantragung von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 3 ARegV (Anlage CPN 41, S. 6). Die hiernach zu überprüfende Erforderlichkeit von Investitionen, bei der Effizienzgesichtspunkte zu berücksichtigen sind, betrifft jedoch einen vollständig anderen rechtlichen Kontext.

Auch die Gutachter der Beigeladenen bestreiten nicht, dass alle drei Optionen, d.h. auch die OPAL (mit oder ohne Ausspeisemöglichkeiten in Deutschland) eine ausreichende Kapazität

aufweist, um den direkten Abtransport der Gasimporte aus dem ersten Strang der Nord Stream ab Greifswald/Lubmin zu leisten (Anlage CPN 41, S. 7 Nr. 2). Als eine Fernleitung, die die Gasnetze Deutschlands und der Tschechischen Republik verbindet, ist sie damit auch ein Projekt, das den europäischen TEN-E-Leitlinien entspricht (Entscheidung Nr. 1364/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.09.2006 und zur zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze und zur Aufhebung der Entscheidung 96/391/EG und der Entscheidung Nr. 1229/2003/EG). Anhang III („Transeuropäische Energienetze“), der die Vorhaben von gemeinsamem Interesse und deren Spezifikationen aufführt, umfasst in Nr. 9.26 explizit Fernleitungsverbindungen zwischen den Gasnetzen Deutschlands und der Tschechischen Republik. Dass die OPAL, die für sich den TEN-E-Status reklamieren kann, den TEN-E-Status der Nord Stream und damit die Versorgungssicherheit gefährde, wie die Beigeladene meint (Schriftsatz der Beigeladenen vom 15.12.2008, S. 37 ff.), ist daher abwegig.

### **2.3. Größere neue Infrastruktur**

Bei der OPAL handelt es sich um eine größere neue Infrastruktur im Sinne von § 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 der GasRL.

(1) Neu ist eine Infrastrukturanlage nach Art. 2 Nr. 33 GasRL, wenn sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der GasRL, d.h. gemäß Art. 34 GasRL am 05.08.2003, noch nicht fertiggestellt ist. Abweichend davon ist nach § 3 Nr. 29a EnWG eine Infrastruktur dann neu, wenn sie nach dem 12.07.2005 in Betrieb genommen ist. Da die Fertigstellung der OPAL nicht vor 2011 erfolgen dürfte, nach beiden Definitionen also als neue Infrastruktur anzusehen ist, kann das Verhältnis dieser Fristenregelungen zueinander offen bleiben.

(2) Bei der OPAL handelt es sich auch um eine „größere“ Infrastrukturanlage im Sinne von § 28a Abs. 1 Nr. 2 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 GasRL. Dieses Tatbestandsmerkmal ist einer Auslegung allerdings kaum zugänglich, da unklar bleibt, worin das Vergleichsobjekt besteht und wie der Größenunterschied zu bemessen ist.

Im Ergebnis geht die Beschlusskammer davon aus, dass bei Verbindungsleitungen ein Vergleich mit den üblichen Investitionsvolumina für andere Fernleitungen, d.h. nationale Pipelines und Verbindungsleitungen, anzustellen ist. Angesichts des veranschlagten Investitionsvolumens von [REDACTED] hat die Beschlusskammer keinen Zweifel daran, dass es sich bei der OPAL um eine größere Infrastruktur handelt. Dies gilt auch im Hinblick auf die Leitungslänge der OPAL von ca. 470 km.

### **2.4. Investitionsrisiko**

Zur Überzeugung der Beschlusskammer hat die Antragstellerin auch nachgewiesen, dass das Investitionsrisiko für die OPAL gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 2 Hs. 2 EnWG so hoch ist, dass die Investition ohne eine Ausnahmegenehmigung nicht getätigt würde. Dies betrifft sowohl die Höhe

des Risikos als solches als auch die Kausalität zwischen Risiko und Investitionsentscheidung, die nach den im Verfahren erhobenen Feststellungen zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht getroffen worden ist.

#### **2.4.1. Allgemeine Grundsätze**

Da das Risiko so hoch sein muss, dass die Investition ohne die Ausnahmegenehmigung nicht getätigt würde, muss es sich um ein über das übliche Maß hinausgehendes Risiko handeln. Die üblichen Investitionsrisiken, die im Rahmen regulierter Entgelte etwa durch die Bestimmung des Risikozuschlags beim Eigenkapitalzinssatz oder bei der Genehmigung von Investitionsbudgets berücksichtigt werden können, sind folglich von den für eine Freistellungsentscheidung relevanten Risiken zu trennen.

Der Ausgangspunkt der Beigeladenen, dass es schlechterdings keine Risiken geben könne, die eine Freistellung rechtfertigen würden, weil die regulatorisch genehmigten Kosten einschließlich etwaiger Investitionsbudgets den Antragstellern per se eine hinreichende Rendite ermöglichen, ist daher verfehlt. Dies gilt zwar im Regelfall, so dass eine Ausnahme nach § 28a EnWG nur in seltenen Fällen erteilt werden kann. Die Ausnahmeregelung des § 28a EnWG dient jedoch gerade dazu, besonderen Risiken für eng ausgewählte, im volkswirtschaftlichen Interesse liegende Projekte Rechnung zu tragen, die über das übliche Maß hinausgehen. Ebenso verfehlt ist der Hinweis, das Projekt NORDAL zeige, dass das Instrument des Investitionsbudgets ausreiche, um die mit der OPAL verbundenen Risiken abzufedern. Abgesehen davon, dass für die NORDAL als einer rein nationalen Leitung im Unterschied zur OPAL von vornherein keine Ausnahme nach § 28a EnWG in Betracht käme, sind die Projekte nach Investitionssumme, Kapazitäten und Leitungslänge nur eingeschränkt vergleichbar. Darüber hinaus zeigt das Projekt NORDAL bislang nur, dass die Beigeladene ein Investitionsbudget beantragt hat, nicht aber, dass sich die Leitung tatsächlich realisieren lässt. Mit dem Bau hat die Beigeladene bislang noch nicht begonnen. Ein erfolgreiches Antragsverfahren für ein Investitionsbudget bei NORDAL bedeutet nicht, dass für ein anderes Leitungsbauvorhaben (OPAL) keine Ausnahmegenehmigung in Betracht kommen kann.

#### **2.4.2. Relevante Risiken**

Als relevantes Risiko im Rahmen einer Ausnahmeentscheidung ist aus normativen Gründen nicht jedes beliebige Risiko in die Bewertung einzustellen, sondern nur solche Risiken, die regelmäßig mit einer Infrastrukturinvestition verbunden sind (vgl. ausführlich Beschluss vom 27.08.2007, Az. BK 7-07-013) Hierzu gehören u. a. technische Risiken, Planungs- und Genehmigungsrisiken, aber auch solche finanziellen Risiken, die über das allgemeine Kreditrisiko oder vergleichbare Finanzierungsrisiken hinausgehen, indem sie aus den Besonderheiten der Infrastruktur resultieren. Hierzu gehört vor allem ein etwaiges Auslastungsrisiko.

(1) Besondere Risiken für die OPAL, die über das üblicherweise mit Investitionen in Infrastrukturen verbundene Maß hinausgehen, resultieren aus dem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Nord Stream-Leitung. Obwohl es sich hierbei um getrennte Projekte handelt, schlagen etwa die technischen Risiken der Nord Stream unmittelbar auf die OPAL durch. Da der wesentliche Verwendungszweck der OPAL im Weitertransport der Nord Stream-Mengen besteht, führt jede Störung oder Unterbrechung der Leitung zu einer Versorgungsunterbrechung auf der OPAL. Aufgrund ihrer räumlichen Lage und ihrer kapazitiven Größe wäre in diesem Fall eine alternative Verwendung selbst dann nicht bzw. bei künftigen Gegenstromtransporten nur eingeschränkt möglich, wenn künftig weitere Ein- und Ausspeisepunkte als bislang geplant errichtet werden sollten.

Dieses Risiko geht auch erheblich über das übliche Maß hinaus. Anders als bei landseitigen Importleitungen wie z.B. der Yamal-Pipeline wären Defekte der Nord Stream auf dem Grund der Ostsee nur schwer zu beheben. Mit einer Länge von ca. 1.220 km handelt es sich um das weltweit größte Projekt dieser Art, das individuelle Lösungen an der Grenze der technischen Machbarkeit erfordert. Standardkonzepte stehen daher weder beim Bau der Nord Stream noch bei Störungen zur Verfügung, die zwar durch die technische Konzeption und die Leitungsführung weitgehend vermieden werden sollen, nicht aber völlig ausgeschlossen werden können. Beispiele wären Defekte infolge von Schiffskollisionen, Ankerungen oder Schäden durch Kriegsmunition. Diese Risiken wirken sich teilweise schon beim Bau der Nord Stream, im Übrigen aber während der gesamten Ausnahmedauer auf die OPAL aus.

Soweit die ERÚ in ihrer Stellungnahme bestimmte vertragliche Vereinbarungen über den Weitertransport in Tschechien anführt, die das Auslastungsrisiko der OPAL verringerten, handelt es sich um vertrauliche Informationen über Dritte, die auch gegenüber der Antragstellerin nicht offengelegt werden können. Im Übrigen kann indes dahinstehen, inwieweit diese Angaben zutreffen und im vorliegenden Verfahren verwertet werden könnten. Wie dargelegt, resultiert das relevante Auslastungsrisiko aus dem Zusammenhang mit der Nord Stream, d.h. es betrifft maßgeblich die Upstream-Seite, während der Einwand der ERÚ sich auf die Downstream-Seite des Projekts bezieht.

(2) Die OPAL selbst unterliegt ebenso wie die Nord Stream auch besonderen Genehmigungsrisiken. Sie quert die drei Bundesländer Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg und Sachsen. In keinem der drei Bundesländer wurde bislang ein Planfeststellungsbeschluss erteilt. Insoweit handelt es sich zwar grundsätzlich um ein typischerweise mit dem Bau einer neuen Leitung verbundenes Risiko. Besondere Risiken treten jedoch hier durch die Konkurrenzsituation zur NORDAL hinzu. Aus Sicht der Beigeladenen fehlt es für die OPAL an einer Planrechtfertigung, da die bereits planfestgestellte NORDAL geeignet sei, die Nord Stream-Gasmengen abzutransportieren. Die von der Beigeladenen hinzugezogenen Rechtsgutachter befürworten daher eine

Ablehnung der Planfeststellung, zumindest aber für den Fall einer positiven Planungsentscheidung eine Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Abs. 4 VwGO.

Dieses Risiko in der Planungs- und Errichtungsphase wird noch dadurch verstärkt, dass die Beigeladene mit Klageschrift vom 27.10.2008 eine Unterlassungsklage vor dem Landgericht Rostock (Az. nicht bekannt) gegen die Wingas GmbH & Co. KG und die E.ON Ruhrgas AG eingereicht hat (Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, Anlage CPN 27). Diese zielt u.a. darauf, den Beklagten zu untersagen, ihre Zusammenarbeit bei der Planung, Errichtung und dem Betrieb der OPAL oder anderer Gashochdruckleitungen ab Lubmin zum Anschluss an die Nord Stream fortzusetzen. Außerdem soll ihnen untersagt werden, die zwischen ihnen abgeschlossenen Bruchteilsgemeinschaftsverträge durchzuführen. Zudem ist amtsbekannt, dass die Beigeladene wegen der behaupteten Kartellrechtsverstöße, die diesen Handlungen zugrunde liegen sollen, auch Beschwerden bei den Kartellbehörden eingereicht hat.

(3) Soweit die Beigeladene im vorliegenden Verfahren vorgetragen hat, dass die NORDAL voraussichtlich nicht gebaut werden wird, wenn die freigestellte OPAL errichtet wird, deckt sich dies mit der Einschätzung der Beschlusskammer. Gleichwohl liegt auch hierin ein zusätzliches Risiko für die Antragstellerin. So ist etwa nicht auszuschließen, dass die Beigeladene ihr Projekt oder ihr Unternehmen an einen dritten Investor veräußert, der eine andere Geschäftsstrategie verfolgt. Bei einem Bau der NORDAL und Herstellung eines Anschlusses mit anderen nationalen Fernleitungsnetzen müssten diese zwar noch ausgebaut werden, damit die Nord Stream-Mengen abtransportiert werden können. Sollte dies aber der Fall sein, könnten sich die Transportkunden der OPAL dafür entscheiden, Verträge auf der OPAL zu kündigen und bei NORDAL zu buchen, z.B. weil die Transportentgelte geringer sind.

(4) Ein Auslastungsrisiko kann existieren, da Investitionen für Transportleitungen regelmäßig zu versunkenen Kosten führen. Eine Verwendung der Leitungen für einen anderen als den ursprünglich geplanten Zweck scheidet meist aus. Für eine betriebswirtschaftlich rationale Investitionsentscheidung bedarf es daher grundsätzlich einer zuverlässigen Prognose darüber, ob die Leitungen während der Amortisationsdauer in angemessenem Umfang ausgelastet sind und hierfür Transportentgelte erhoben werden können, die eine Refinanzierung ermöglichen.

Für die OPAL besteht ein besonderes Auslastungsrisiko, das wegen des engen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhangs mit der Nord Stream über das Auslastungsrisiko vergleichbarer Fernleitungen hinausgeht. Die Nord Stream dient nicht nur dem Bezug von Neumengen, sondern auch und – abhängig von der Entwicklung der Nachfrage in Europa – möglicherweise sogar überwiegend der Diversifizierung der Transportwege in die EU 27. Wäre die Antragstellerin gezwungen, Kapazitäten auf der OPAL ganz oder zu einem erheblichen Teil auf kurz- oder mittelfristiger Basis zu vermarkten, wäre die Auslastung in einem gaswirtschaftlich üblichen Umfang nicht sichergestellt. Beim Effizienzvergleich im Rahmen der Anreizregulierung könnten diese ungenutzten Kapazitäten der Antragstellerin auch dann zum Nachteil gereichen, wenn die

Leitung effizient errichtet und betrieben würde. Eine Amortisation der Leitung wäre dadurch gefährdet.

Dieses Risiko kann die Antragstellerin auch nicht allein durch den Abschluss langfristiger Kapazitätsverträge im regulierten Regime auffangen, zumal sich dadurch die Effizienzwerte z.B. bei Unterauslastung nicht verändern. In welchen regulatorischen Grenzen langfristige Kapazitätsverträge zulässig sind, muss derzeit als rechtlich nicht hinreichend geklärt betrachtet werden. Die Frage ist Gegenstand eines laufenden Rechtsgutachtens im Auftrag der Bundesnetzagentur. Neben dem Risiko, dass solche langfristigen Kapazitätsverträge außerhalb einer Ausnahmegenehmigung zu beanstanden wären, ist die Antragstellerin aber auch dem Risiko ausgesetzt, dass sich die Transportkunden auf solche Verträge nicht einlassen, da sie ggf. den Anspruch auf Netzzugang im Rahmen kürzerer Verträge auch über § 20 EnWG geltend machen könnten. Bei Erteilung einer Zugangsausnahme ist den Transportkunden diese Möglichkeit verwehrt. Insoweit hat die Antragstellerin ohne eine solche Ausnahme auch ein Vermarktungsrisiko.

Hinzu kommt, dass auch solche Transportkunden, die bereit sind, langfristige Verträge abzuschließen, nach vorliegenden Erkenntnissen maximal bereit sein werden, sich zwischen 15 und 30 Jahren zu binden. Obwohl es sich hierbei angesichts der prognostischen Unsicherheiten über die Entwicklung von Gasnachfrage und -angebot in der EU 27 um extrem lange Zeiträume handelt, erschöpft dies nicht den Zeitraum der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer für kathodisch geschützte Stahlleitungen, die nach Anlage 1 Abschn. II Ziff. 1.2 zu § 6 Abs. 5 S. 1 der GasNEV zwischen 55 und 65 Jahren beträgt. Spätestens nach Ablauf der genannten langfristigen Verträge wäre die Antragstellerin damit erneut dem Risiko einer Unterauslastung infolge einer Verlagerung der Transportrouten ausgesetzt, ohne dass sich die Leitung bis dahin amortisiert hätte. Neben einer befristeten Zugangsausnahme bedarf sie daher auch einer Entgeltausnahme.

Das Auslastungsrisiko wird auch durch die Ergebnisse der beiden Open Season-Verfahren für die OPAL gestützt. Das erste Open Season-Verfahren hatte insoweit zwar nur einen begrenzten Erkenntniswert, weil ausschließlich Kapazitäten in der Gegenstromrichtung nachgefragt werden konnten. Beim zweiten Open Season-Verfahren, das im Oktober 2007 begann, wurden diese und weitere Einschränkungen jedoch aufgehoben. So beinhaltete etwa die Mindestlaufzeit mit einem Jahr und die Mindestmenge der kumulierten Anfragen mit 0,05 Mrd. m<sup>3</sup>/a keine unüberwindbare Hürde für die Nachfrager. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Bei dieser Sachlage könnte ein Ausfall der Transportkunden, für deren Bedarf die Leitung konzipiert wurde, voraussichtlich nicht bzw. nur in geringem Umfang durch die Nachfrage anderer Transportkunden kompensiert werden. Über die gesamte Dauer der beantragten Ausnahme ist damit für die Betreiber der OPAL ein erhebliches Auslastungsrisiko gegeben.

(5) Zum Nachweis der mit Bau und Betrieb der OPAL verbundenen Risiken hat die Antragstellerin außerdem [REDACTED]

[REDACTED]

(6) Ob und inwieweit weitere Risiken, auf die sich die Antragstellerin beruft, faktisch und normativ anzuerkennen sind, kann bei dieser Sachlage dahinstehen. Schon die hier erörterten Risiken gehen weit die vergleichbarer Infrastrukturen hinaus.

### **2.4.3. Kausalität**

Die Antragstellerin hat zur Überzeugung der Beschlusskammer auch nachgewiesen, dass die Ausnahmegenehmigung für die Investitionsentscheidung in dem Sinne erforderlich ist, dass die Investition ohne die Genehmigung nicht getätigt würde.

(1) An der Kausalität zwischen Risiko und Investitionsentscheidung fehlt es dann, wenn die Investitionsentscheidung bereits vorbehaltlos getroffen wurde oder wenn absehbar ist, dass eine positive Investitionsentscheidung auch bei Ablehnung der Ausnahme getroffen werden wird. § 28a EnWG dient nicht dazu, Mitnahmeeffekte zu ermöglichen, so dass das besondere Risiko

allein nicht ausreichend ist, wenn der Investor unabhängig davon bereit ist, das Projekt auch im regulierten Rahmen zu realisieren.

(2) Die Antragstellerin hat sowohl in der mündlichen Verhandlung als auch zuletzt mit Schriftsatz vom 28.11.2008 dargelegt, dass eine abschließende Investitionsentscheidung bislang noch nicht getroffen wurde. [REDACTED]

(3) Zweifel an dieser Beschlusslage ergeben sich aus Sicht der Beigeladenen vor allem daraus, dass die Antragstellerin bereits Rohrleitungen in erheblichem Umfang bestellt hat, wobei sie von einem Gesamtwert von 400 bis 500 Mio. Euro ausgeht (Schriftsatz vom 15.12.2008, S. 94). Die Antragstellerin hat die Bestellung von Rohrleitungen nicht bestritten, beziffert die Aufwendungen hierfür jedoch mit [REDACTED]

[REDACTED]

Aus der Größenordnung der bereits getätigten Investitionen kann jedoch nach Auffassung der Beschlusskammer nicht auf einen unbedingten Investitionswillen geschlossen werden. Bei Projekten dieser Größenordnung ist es aufgrund von Engpässen bei bestimmten Dienstleistungen (z.B. Ingenieurleistungen) und Materiallieferungen nicht ungewöhnlich, dass die Investoren bereits im Vorstadium der Investitionsentscheidung nicht unerhebliche finanzielle Verpflichtungen eingehen. Dies reicht von bindenden Bestellungen bis hin zu Vorverträgen, die oft mit hohen Vertragsstrafen für den Fall verbunden sind, dass spätere Bestellungen nicht erfolgen. Ein Grund hierfür ist das vergleichsweise enge Angebot für die Herstellung bestimmter terminführender Vorleistungsprodukte wie der Stahlröhren.

Kritisch für die Beurteilung, ob die abschließende Investitionsentscheidung entgegen einer behaupteten Beschlusslage bereits getroffen wurde, sind eingegangene Verpflichtungen dieser Art jedoch dann, wenn hiermit versunkene Kosten in einer Größenordnung verbunden sind, die vermuten lässt, dass aus Sicht eines rationalen Investors der „*point-of-no-return*“ überschritten wurde. Hiervon ist jedoch nicht auszugehen, da die bestellten Produkte nach Überzeugung der Beschlusskammer weiterveräußert werden können, so dass es sich allenfalls teilweise um

versunkene Kosten handelt. Je nach Entwicklung des Preises für Leitungen dieser Art, der nicht zuletzt von der Entwicklung der Stahlpreise abhängt, ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass bei der Weiterveräußerung ein Gewinn anfällt. Dass dies nicht der eigentliche Zweck der frühzeitigen Bestellung ist, d.h. dass es der Antragstellerin nicht darauf ankommt, sich als „Rohrhändlerin“ zu betätigen, versteht sich von selbst. Entscheidend ist aber, dass eine Verwertung in dieser Weise nicht ausgeschlossen ist. Hiervon ist nach den Feststellungen der Beschlusskammer auszugehen. So hat die Antragstellerin dargelegt, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Diese Angaben sind überzeugend.

(4) Unmaßgeblich ist auch die mehrfach von der Beigeladenen zitierte Aussage der Antragstellerin vor dem Bergamt Stralsund, sie könne „nicht ausschließen“, dass sie die OPAL bauen werde, wenn die Ausnahmegenehmigung nicht erteilt werde (u.a. Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, S. 37).

Bei der Abhängigkeit der Investitionsentscheidung von der Erteilung der Ausnahme handelt es sich um ein subjektives Tatbestandsmerkmal, das zum Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen und vom Antragsteller nachgewiesen werden muss. Nicht maßgeblich ist, ob der Investor sich nach Ablehnung des Ausnahmeantrags entschließt, im Lichte neuerer Erkenntnisse oder einer anderen Bewertung des wirtschaftlichen Umfelds gleichwohl zu investieren. Dass die Antragstellerin oder die hinter ihr stehenden Investoren es nicht ausschließen können, die OPAL auch bei Ablehnung der Ausnahme zu bauen, belegt nicht, dass sie sich zum maßgeblichen Zeitpunkt der Erteilung der Ausnahmegenehmigung bereits unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dazu entschlossen haben. Nur hierauf kommt es aber an. Dass die zitierte Aussage auch, wie die Beigeladene meint, „taktisch“ motiviert war, weil die Antragsteller sich ansonsten dem Vorwurf eines fehlenden Sachbescheidungsinteresses im Planfeststellungsverfahren ausgesetzt hätten, ist anzunehmen. Dies spricht aber eher dafür, dass die Investitionsentscheidung noch nicht getroffen wurde, als dass es der Antragstellerin im Verfahren nach § 28a EnWG entgegengehalten werden könnte.

## 2.5. Entflechtung

Nach § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG muss die freizustellende Infrastruktur Eigentum einer natürlichen oder juristischen Person sein, die entsprechend des § 7 Abs. 1 und der §§ 8 bis 10 EnWG von den Netzbetreibern getrennt ist, in deren Netzen die Infrastruktur geschaffen wird.

(1) Das Entflechtungsgebot des § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG i.V.m. § 7 Abs. 1 EnWG dient der Verhinderung von Quersubventionierungen zwischen dem regulierten und dem unregulierten Netzbereich. Es kann daher nur durch die Übertragung des Netzbetriebs auf eine eigene Gesellschaft befolgt werden. Sinn und Zweck der Vorschrift erfordern über den engen Wortlaut hinaus, dass nicht nur der Eigentümer der freigestellten Infrastruktur rechtlich vom Betreiber des regulierten Netzes getrennt sein muss, sondern auch und gerade der Betreiber der neuen Infrastruktur. Diese Voraussetzungen liegen vor, da die Antragstellerin nicht zugleich Betreiberin des bestehenden regulierten Netzes im vertikal integrierten Unternehmensverbund ist.

(2) Soweit § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG darüber hinaus auf die Vorschriften der operationellen, informatorischen und buchhalterischen Entflechtung (§§ 8-10 EnWG) verweist, dient dies in gleicher Weise einer Entflechtung zwischen dem regulierten Bestandsnetz und der neu zu schaffenden Verbindungsleitung, für welche die Ausnahme beantragt wird. Die Entflechtungsvorgabe hängt damit in ihrem Bestand von der Ausnahmegenehmigung ab, so dass es ausreicht, wenn diese speziellen Vorgaben nach deren Erteilung eingehalten werden. Kritischer Zeitpunkt ist hierbei der Betrieb der neuen Infrastruktur. Dementsprechend hat die Beschlusskammer die Ausnahmegenehmigung mit einem Widerrufsvorbehalt für den Fall versehen, dass die speziellen Entflechtungsbestimmungen des § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG nach Aufnahme des Betriebs der OPAL nicht eingehalten werden (Tenor zu 1. lit. f) cc)). Dies ist notwendig, aber auch hinreichend, um die Einhaltung dieser Vorgaben zu gewährleisten.

(3) Die allgemeine Verpflichtung zur Entflechtung zwischen dem Betreiber der ausgenommenen Verbindungsleitung und den wettbewerblichen Bereichen des integrierten Unternehmens ergibt sich dagegen bereits unmittelbar aus den §§ 8-10 EnWG, ohne dass es auf den Verweis durch § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG ankommt. Soweit im Vorfeld der Genehmigung bzw. des Betriebs der neu zu errichtenden Infrastruktur bereits hiergegen verstoßen wird, kann dies im Ermessen der Bundesnetzagentur nach § 65 EnWG geahndet werden, ist in Ansehung der Ausnahmegenehmigung jedoch nicht relevant.

## 2.6. Erhebung von Entgelten

Gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 4 EnWG müssen von den Nutzern der Infrastruktur Entgelte erhoben werden. Die Antragstellerin hat zur Überzeugung der Beschlusskammer dargelegt, dass sie die OPAL ihren Transportkunden gegen entsprechende Kapazitätsentgelte anbieten wird. Hierzu hat sie die bisherigen Transportanfragen vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass die Nutzer auch zur Zahlung solcher Entgelte bereit sind. Weitergehende Anforderungen an die Höhe und Struktur

der Entgelte beinhaltet § 28a Abs. 1 Nr. 4 EnWG nicht. Um diese Voraussetzungen sicherzustellen, wird der Antragstellerin außerdem mit der vorliegenden Entscheidung auferlegt, Entgelte von ihren Nutzern zu erheben (Tenor zu 1. lit. b)).

## **2.7. Keine nachteiligen Auswirkungen der Ausnahme auf den Wettbewerb, das effektive Funktionieren des Binnenmarktes und des regulierten Netzes**

Nach § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG kommt eine Ausnahme nur in Betracht, wenn sie sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb oder das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes oder das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes auswirkt, an das die Infrastruktur angeschlossen ist. Diese Voraussetzungen liegen vor.

(1) Die Wettbewerbsauswirkungen der Ausnahme (§ 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG) entsprechen im Wesentlichen denen der Investition (§ 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG), so dass auf die dortigen Ausführungen (siehe oben, Abschnitt 2.2) verwiesen werden kann. Über die mit der beantragten Investition verbundenen Effekte hinaus beinhaltet die Ausnahme zusätzliche positive Wettbewerbseffekte, indem der Antragstellerin konkrete Maßnahmen zur Vermeidung einer Hortung von Transportkapazitäten und zur Unterstützung des Sekundärhandels aufgegeben werden (vgl. nachfolgend Abschnitt 2.8.2).

(2) Soweit nach § 28a Abs. 5 Nr. 1 EnWG sich auf Auswirkungen auf „den Wettbewerb“ bezieht, § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG hingegen auf Auswirkungen „auf den Wettbewerb bei der Gasversorgung“, ist hiermit nach Auffassung der Beschlusskammer nur eine sprachliche Variation, nicht aber ein inhaltlicher Unterschied verbunden. Dies zeigt die systematische Zusammenschau mit dem folgenden Tatbestandsmerkmal des § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG, wonach sich die Ausnahme nicht nachteilig auf das effektive Funktionieren des „Erdgasbinnenmarktes“ auswirken darf, während Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes im Übrigen nicht genannt werden.

(3) Geht man demgegenüber davon aus, dass der Begriff des Wettbewerbs in § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG weiter zu interpretieren ist als in § 28a Abs. 1 Nr. 1 EnWG, könnte es insoweit auf das Konkurrenzverhältnis zur NORDAL ankommen. Auch in diesem Fall ist aber darauf hinzuweisen, dass die NORDAL und die OPAL aus Sicht der Beschlusskammer nicht dem gleichen sachlich und räumlich relevanten Markt angehören. Potenzielle Nachfrager nach Transportdienstleistungen dieser Leitungen sind hauptsächlich Transportkunden, die in Greifswald über Nord Stream-Gasmengen verfügen. Aus Sicht solcher Nachfrager sind die Transportdienstleistungen überwiegend nicht austauschbar. Während es sich bei der OPAL um eine Verbindungsleitung handelt, die dazu bestimmt und geeignet ist, Erdgas bis nach Tschechien zu transportieren, von wo über die geplante „Gazelle“ ein Weitertransport in südliche Richtung möglich ist, endet die NORDAL im Großraum Berlin mehrere hundert Kilometer nördlich von der tschechischen Grenze. Als eine der OPAL vergleichbare Verbindungsleitung ist sie daher ungeeignet. Ihr

eigentlicher Zweck besteht, wie das geplante Nutzungskonzept der Beigeladenen zeigt, auch nicht in der Schaffung derartiger Verbindungskapazitäten, sondern neben der Versorgung des ostdeutschen Raums in einer Anbindung der Ost-West-Achse über den Ausbau von Systemen dritter Netzbetreiber, d.h. insbesondere einer Erweiterung der NETRA.

Dies kann jedoch letztlich dahinstehen, da auch unter der Hypothese, dass ein etwaiger Leitungswettbewerb zwischen NORDAL und OPAL für § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG maßgeblich ist, die möglichen Nachteile für die NORDAL unabhängig von der Erteilung der Ausnahme sind.

Die Beigeladene geht davon aus, dass nur eines von beiden Projekten realisiert werden kann (Schriftsatz vom 12.11.2008, S. 40). Im Wirkbetrieb wird unter diesen Umständen kein Wettbewerbsverhältnis zwischen OPAL und NORDAL bestehen, auf das sich die Ausnahme nachteilig auswirken könnte. Die von der Beigeladenen befürchteten Nachteile wirken sich allein im Planungs- und Errichtungsstadium aus, da sie aus ihrer Sicht das wirtschaftliche Konzept der NORDAL beeinträchtigen. Insoweit handelt es sich aber weder um eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung noch um eine Beeinträchtigung eines etwaigen Wettbewerbs zwischen verschiedenen Transportdienstleistungen, sondern allenfalls um Einflüsse auf den Wettbewerb bei Planung und Bau verschiedener Infrastrukturprojekte. Die Einlassung der Beigeladenen zeigt auch, dass es ihr letztlich nicht darum geht, einen unverfälschten Leitungswettbewerb – sofern ein solcher überhaupt anzuerkennen wäre – zwischen OPAL und NORDAL zu ermöglichen. Vielmehr geht es ihr um die Errichtung einer Leitung, die für den Abtransport der Nord Stream-Mengen ab Greifswald eine ebenso monopolistische Stellung hätte wie jede andere Leitung, die in der entsprechenden Größenordnung an diesem Punkt errichtet würde. Der Unterschied ist lediglich, dass sie nach eigenen Angaben „bereit und in der Lage“ sei (u.a. Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, S. 42), die NORDAL ohne eine Freistellungserlaubnis zu bauen und zu betreiben. Dies ist vorliegend jedoch rechtlich bedeutungslos, weil es sich bei der NORDAL, die nach den derzeitigen Planungen keine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert und bei der es sich daher nicht um eine freistellungsfähige Verbindungsleitung, sondern um eine rein nationale Leitung handeln würde.

(4) Im Übrigen wird die Beigeladene durch die Ausnahmegenehmigung rechtlich nicht daran gehindert, ihr Projekt unter den von ihr gewählten regulatorischen Zielvorstellungen weiter voranzutreiben. Die Beigeladene hat hierzu die Genehmigung eines Investitionsbudgets bei der Bundesnetzagentur beantragt. In einem Anhörungsschreiben vom 19.01.2009 hat die für die Entscheidung zuständige Beschlusskammer 4 mitgeteilt, dass sie dieses Investitionsbudget voraussichtlich genehmigen wird, wobei sie detailliert den Umfang der anererkennungsfähigen Kosten für die einzelnen Infrastrukturelemente aufgeführt hat. Auch damit ist allerdings keine Aussage verbunden, ob es sich bei der NORDAL um das „bessere“ Projekt gegenüber der OPAL handelt. Soweit mit der Genehmigung des Investitionsbudgets implizit die energiewirtschaftliche Notwendigkeit des Projektes anerkannt wird, beruht dies nach den Entscheidungs-

grundsätzen der Beschlusskammer 4, die den Beteiligten bekannt sind, allein darauf, dass eine Planfeststellung für die Leitung existiert.

(5) Vor allem aber bestünde das wirtschaftliche Risiko einer fehlenden oder unzureichenden Nutzung der NORDAL für den Fall, dass beide Projekte gebaut werden sollten, nicht darin, dass die OPAL dann unter den Bedingungen einer Ausnahmegenehmigung betrieben würde. Es bestünde vielmehr allein darin, dass die OPAL überhaupt betrieben werden würde. Auch bei einer vollständigen Versagung der Ausnahmegenehmigung wären die Antragstellerin oder die hinter ihr stehenden Investoren nicht daran gehindert, die OPAL zu errichten. Ein Bauverbot kann die Beschlusskammer nicht aussprechen.

(6) Des Weiteren befürchtet die Beigeladene, eine Ausnahmegenehmigung nach § 28a EnWG führe dazu, dass der Speichermarkt abgeschottet werde, weil kein anderes Unternehmen Zugang zu den angeschlossenen Speichern von E.ON bzw. Wingas habe und auch andere Speicherbetreiber keinen Anspruch auf Anschluss oder Zugang hätten. Dies könne beispielsweise den Speicher Hinrichshagen betreffen, zu dem andere Unternehmen bei Erteilung der Ausnahmegenehmigung keinen Zugangsanspruch mehr hätten (Schriftsatz der Beigeladenen vom 12.11.2008, Anlage CPN 11, Rechtsgutachten Schwintowski, S. 14 f.). Diese Betrachtung ist jedoch verfehlt.

Soweit es um den Zugang zu bestehenden Speicheranlagen von E.ON oder Wingas geht, ist dies weder Gegenstand des Antrags noch der erteilten Ausnahme. Der Zugang zu diesen Speichern ist nach Maßgabe von § 28 EnWG unter regulierten Bedingungen zu gewähren. Auch ob der Zugang zu neuen Speicheranlagen wie dem Speicher Hinrichshagen zu gewähren ist, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Entscheidung. Dieser Untergrundspeicher in der Nähe von Greifswald wird derzeit von Gazprom Germania auf seine geologische Eignung untersucht und könnte möglicherweise ein Volumen von mehreren Mrd. m<sup>3</sup> Erdgas fassen. Ob eine Ausnahmegenehmigung für diesen Speicher beantragt werden wird und ggf. erteilt werden kann, ist offen, für die vorliegende Entscheidung aber nicht relevant.

Der Anspruch von Speicherbetreibern auf einen Anschluss an die OPAL wird durch die Ausnahme nicht beeinträchtigt. Ein solcher Anspruch ergibt sich aus § 17 EnWG und ist unter den dort genannten Voraussetzungen auch von der Antragstellerin zu gewähren. Dieser Anspruch ist auch nicht etwa deshalb nutzlos, weil die Antragstellerin von den hiermit korrespondierenden Ansprüchen auf Netzzugang freigestellt wäre. Soweit es sich um nationale Transporte handelt – nur insoweit wird von der Beigeladenen auch eine marktbeherrschende Stellung von E.ON und Wingas behauptet –, ist die OPAL infolge der Teilausnahme nicht von der Regulierung freigestellt, müsste also ggf. den Zugang gewähren. Dies betrifft sowohl die Ein- als auch die Ausspeicherung. Gleiches gilt für etwaige Gegenstromtransporte, mit denen Gas aus Richtung Tschechien unter Nutzung der OPAL an deutsche Speicher übergeben werden könnte.

(7) Der Nachweis, dass mit der Ausnahme keine Nachteile für den Wettbewerb folgen, hat die Antragstellerin auch im Hinblick auf die durchgeführten Open Season-Verfahren erbracht. Während das erste Open Season-Verfahren aufgrund zahlreicher Einschränkungen hierfür nur bedingt geeignet war, war das zweite Open Season-Verfahren unabhängig von Detailfragen der Ausgestaltung grundsätzlich dafür geeignet, den künftigen Marktbedarf und damit die Auswirkungen auf den Wettbewerb abzuschätzen. Nachteile auf den Wettbewerb, die durch ein von vornherein unzureichendes Design der Leitung, d.h. eine künstliche Kapazitätsverknappung, hätten erzeugt werden können, wurden damit ausgeschlossen. Hiervon geht auch die Beigeladene implizit aus, indem sie vorträgt, die OPAL beinhalte Überkapazitäten. Ob dies unter Effizienzgesichtspunkten der Fall ist, spielt für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung nach § 28a EnWG keine Rolle.

Unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsauswirkungen wären solche Überkapazitäten aber in keinem Fall nachteilig, sondern würden es im Gegenteil in Verbindung mit den Nebenbestimmungen der vorliegenden Entscheidung, die sich gegen eine Hortung von Kapazitätenrichten, dritten Interessenten ermöglichen, die Leitung zu nutzen.

(8) Nachteile für das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes ergeben sich aus den gleichen Erwägungen nicht. Insoweit ist allenfalls der Umfang der ausgenommenen Kapazitäten als kritisch anzusehen, da hiermit nicht unerhebliche Transportkapazitäten dem Drittzugang entzogen werden. Bei der Freistellung für die Nabucco wurde im Ergebnis eine Kapazität von 15 Mrd. m<sup>3</sup>/a als unkritisch angesehen. Die freigestellten Verbindungskapazitäten für die OPAL gehen zwar deutlich darüber hinaus. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Ausnahme nicht für innerdeutsche Transporte und Gegenstromtransporte gilt, so dass die konkrete Höhe der Ausnahme letztlich davon abhängt, in welchem Umfang die Antragstellerin Verbindungskapazitäten vermarktet und wie hoch die – durch zusätzliche Netzkopplungspunkte potenziell zunehmende – Höhe von Transporten im regulierten Umfeld ist.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die OPAL in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Nord Stream steht. Für den Fall der Errichtung des zweiten Strangs der Nord Stream landen zusätzliche Gasmengen in Greifswald an, die infolge der Ablehnung der Freistellung für die NEL über regulierte Systeme transportiert werden müssen. Bei einer Gesamtbetrachtung dieser Mengen, von denen nur ein Teil über die OPAL transportiert wird, relativiert sich der Umfang der Ausnahme.

Schließlich ist zu bedenken, ob die ausgenommenen Verbindungskapazitäten von Dritten faktisch genutzt werden könnten, selbst wenn nicht nur die NEL, sondern auch die OPAL der Regulierung unterstellt würde. Dies hängt davon ab, inwieweit Gazprom die Nord Stream-Mengen selbst durch Deutschland zu transportieren beabsichtigt oder in Greifswald an Dritte zu veräußern bereit ist. Ohne einen Zugriff auf diese Gasmengen, der auch durch eine Regulierung

der OPAL nicht erzwungen werden kann, sind die Verbindungskapazitäten für Dritte wirtschaftlich wertlos.

(9) Schließlich wirkt sich die Ausnahme gemäß § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG auch nicht negativ auf das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes aus, an das die Infrastruktur angeschlossen ist. Soweit die deutschen Netze betroffen sind, an die die OPAL angeschlossen werden kann, bleibt es aufgrund der verbindungskapazitätsbezogenen Teilausnahme beim allgemeinen Regulierungsrahmen, dem insoweit auch die Antragstellerin unterliegt.

Insbesondere bleibt sie verpflichtet, die nicht ausgenommenen Kapazitäten in das gesetzlich vorgesehene Zweivertragsmodell (Entry-Exit-Modell) einzubinden. Im Übrigen werden die regulierten Netze gerade durch die Ausnahme vor den Kosten der ausgenommenen Infrastruktur geschützt, da die Kapazitäten insoweit vollständig und isoliert von den Kapazitäten der angeschlossenen und regulierten Netze vermarktet und abgerechnet werden. Dies ermöglicht eine eindeutige Kostenzuordnung, wobei eine Quersubventionierung der ausgenommenen Kapazitäten durch die regulierten Kapazitäten durch den geltenden Rechtsrahmen zuverlässig verhindert werden kann. Eine eindeutige Zuordnung ist letztlich dadurch möglich, dass die Verbindungskapazitäten von den regulierten Kapazitäten getrennt werden. Dies wird durch die Ausnahmegenehmigung ermöglicht, da sich die Ausnahme nur auf solche Kapazitäten mit Entry auf deutschem Staatsgebiet und Exit in Brandov bezieht, die als sogenannte beschränkt zuordenbare Kapazitäten gebündelt anzubieten sind.

(10) Soweit das effiziente Funktionieren des tschechischen Netzes betroffen ist, an das die OPAL angeschlossen ist, ist dies durch eine zeitliche und technische Abstimmung der Betreiber der OPAL mit dem Projekt „Gazelle“ sichergestellt. Eine effiziente Weiterleitung der Gasmengen aus der OPAL durch die „Gazelle“ ist damit zu erwarten. Soweit es zu Engpässen in weiter nachgelagerten Bereichen, etwa am Grenzkopplungspunkt Waidhaus, kommen sollte, stellt sich zwar die Frage eines darüber hinausgehenden Netzausbaus. Ausgehend von der OPAL handelt es sich jedoch insoweit um eine lediglich mittelbare Folge, da die OPAL selbst nicht an diesen Netzkopplungspunkt angeschlossen ist. Zudem kann solchen Engpässen auf deutscher Seite ggf. über die gesetzliche Ausbaupflichtung nach § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG begegnet werden, wobei entsprechende Regelungen im Einklang mit Art. 8 Abs. 1 lit. a) GasRL auch in der Tschechischen Republik existieren dürften.

(11) Soweit die ERÚ einwendet, die Verlagerung von Transportströmen auf die OPAL könne zu einer Minderauslastung existierender Transitleitungen in Tschechien und der Slowakei mit negativen Auswirkungen auf die Entgeltregulierung führen, handelt es sich nicht um Nachteile, die durch die Ausnahme verursacht werden. Derartige Effekte sind unabhängig davon, ob die OPAL mit oder ohne eine Ausnahmegenehmigung gebaut wird. Sofern solche Effekte überhaupt auftreten, beruhen sie in erster Linie auf dem Bau der Nord Stream, unabhängig von deren Onshore-Weiterführung. Darüberhinaus träten diese Effekte unmittelbar erst durch den Bau der

„Gazelle“ oder ähnlicher Projekte zur Weiterführung der OPAL auf. Hieraus dürfte zugleich ein weiteres Risiko für die OPAL resultieren, da angesichts des Einwands der ERÚ nicht zweifelsfrei sichergestellt zu sein scheint, dass die erforderlichen Genehmigungen für die „Gazelle“ erteilt werden.

## **2.8. Ermessen**

Nach § 28a Abs. 1 S. 1 EnWG („können“) steht die Entscheidung über die Gewährung einer Ausnahme im Ermessen der Regulierungsbehörde. Unter Abwägung der für oder gegen die Genehmigung sprechenden Gesichtspunkte hat sich die Beschlusskammer entschieden, die Genehmigung in dem tenorierten Umfang zu erteilen.

Nach § 28a Abs. 3 S. 2 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. b) und c) GasRL kann die Entscheidung mit Nebenbestimmungen getroffen werden. Diese können sich im Wege einer Befristung auf die Dauer der Ausnahme beziehen, aber auch Bestimmungen über den nichtdiskriminierenden Zugang, die Laufzeit der Verträge, das Kapazitätsmanagement oder die Kapazitätszuweisung enthalten. Wie sich u.a. aus dem Hinweis auf die Berücksichtigung der einzelstaatlichen Gegebenheiten in Art. 22 Abs. 3 lit. b) Ziff. iii) GasRL ergibt, bleibt hiervon die Festlegung weiterer Nebenbestimmungen nach Maßgabe des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts unberührt.

Ausgehend hiervon hat die Beschlusskammer die Genehmigung nach Maßgabe einer Reihe von Einschränkungen erteilt, die diesen Voraussetzungen genügen. Im Einzelnen liegen dem die folgenden Erwägungen zugrunde.

### **2.8.1. Allgemeine Erwägungen**

(1) Gegen eine unbeschränkte Freistellung spricht hierbei vor allem der kapazitative Umfang der auszunehmenden Infrastruktur im Vergleich zur bestehenden Infrastruktur der nationalen Netze. Unter Einbeziehung der NEL ist mit dem Freistellungsantrag offensichtlich die Schaffung einer parallelen Netzinfrastuktur bezweckt, die nicht den Regulierungsvorgaben unterliegen soll. Gleichzeitig ist die bestehende regulierte Infrastruktur jedoch weiterhin durch Kapazitätsengpässe gekennzeichnet. Dem Antrag liegen damit nicht nur Überlegungen aus Sicht der künftigen Betreiber der Infrastruktur, sondern offenkundig auch strategische Aspekte aus Handelssicht zugrunde. Der Ansatz, das Leitungsnetz als Wettbewerbsfaktor für den Gashandel zu nutzen, widerspricht jedoch grundlegenden Prinzipien der Netzregulierung.

Auf der anderen Seite wird eine „Gruppenfreistellung“ mit der vorliegenden Entscheidung nicht erteilt, da die NEL nicht freistellungsfähig ist und die Ausbaumaßnahmen im bestehenden Netz, das sogenannte KAPAL-Projekt, nicht länger Gegenstand des Antrags sind. Damit kann die Ausnahme projektspezifisch limitiert erteilt werden, ohne damit ein Präjudiz für weitere Leitungsbauprojekte im Konzernverbund der Antragstellerin zu schaffen.

(2) Ausschlaggebend für die Erteilung einer Teilgenehmigung unter Nebenbestimmungen war letztlich der Gesichtspunkt, dass der Bau der OPAL auch im volkswirtschaftlichen Interesse liegt. Aufgrund des besonderen Risikos, das mit der Investition in die OPAL verbunden ist, und unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Investitionsentscheidung bislang nicht getroffen wurde, spricht aus derzeitiger Sicht Überwiegendes dafür, dass die OPAL bei Versagung der Ausnahmegenehmigung nicht gebaut würde. Aus Sicht der Beschlusskammer bestünde in diesem Fall die konkrete Gefahr, dass auch die Nord Stream nicht gebaut wird.

Zwar sind die Vorarbeiten hierfür, soweit dies aus öffentlichen Informationen hervorgeht, weiter fortgeschritten. Die Entscheidung zum Bau der Nord Stream dürfte jedoch nicht irreversibel sein, zumal nach wie vor die erforderlichen umweltrechtlichen Genehmigungen ausstehen. Als TEN-E-Projekt unterliegt die Nord Stream nicht nur einer besonderen Förderung durch die Europäische Union, sondern sie dient auch unabhängig von diesem (formalen) Status einer Diversifizierung der Transportwege und ggf. neuer Gasquellen innerhalb Russlands. Darüber hinaus können hierüber in erheblichem Umfang Neumengen nach Europa transportiert werden, die zur Deckung der prognostizierten Versorgungslücke erforderlich sind.

(3) Dagegen spricht auch nicht, dass die NORDAL in gewissem Umfang zur Ableitung der Nord Stream-Gasmengen in den Berliner Raum geeignet wäre. Abgesehen davon, dass sich die NORDAL ebenso wie die OPAL bislang lediglich in der Projektphase befindet, scheint eine Nutzung der NORDAL durch die potenziellen Transportkunden allenfalls auf geringe Nachfrage zu stoßen. Ob die Gründe hierfür in der unterschiedlichen technischen Ausrichtung, insbesondere im deutlich kürzeren Leitungsverlauf liegen oder aber ihre Ursache, wie die Beigeladene meint, in einem rechtlich zu missbilligenden Verhalten haben, ist in diesem Kontext nicht zu bewerten. Unabhängig von der Motivation der potenziellen Transportkunden stellt dies für die Ermessenserwägungen ein Faktum dar, das in die Überlegungen mit einzubeziehen ist. Hieraus resultiert das konkrete Risiko, dass die teilweise identischen Investoren von Nord Stream und OPAL das Schicksal beider Leitungen miteinander verknüpfen. Unterbliebe der Bau der Nord Stream, hätte dies erheblich nachteilige Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit in Europa, einschließlich des Gebiets der Bundesrepublik Deutschland.

### **2.8.2. Tenor zu 1.**

(1) Mit dem Tenor zu 1. werden die Kapazitäten im Miteigentum des Unternehmens, für das die Antragstellerin den Netzbetrieb übernimmt, von der Anwendung der §§ 20 bis 25 EnWG ausgenommen. Dies schließt sowohl eine Ausnahme von der Zugangs- als auch von der Entgeltregulierung ein. Abweichend vom umfassenderen Wortlaut des § 28a Abs. 1 S. 1 Hs. 1 EnWG bedurfte es dabei keiner Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 26-28 EnWG, da diese vorliegend nicht einschlägig sind. Bei der OPAL handelt es sich weder um ein vorgelagertes Rohrleitungsnetz (§§ 26 und 27 EnWG) noch um eine Speicheranlage (§ 28 EnWG).

Hingegen kam eine Teilausnahme, die entweder auf die Zugangs- oder auf die Entgeltregulierung beschränkt gewesen wäre, aus Sicht der Beschlusskammer nicht in Betracht. Wie bei der Analyse des Auslastungsrisikos (siehe oben, Abschnitt 2.4.2.) dargestellt, würde damit das Risiko nicht hinreichend aufgefangen. Für eine zuverlässige, den Bau und Betrieb der OPAL sicherstellende Amortisation der Investitionskosten bedarf die Antragstellerin sowohl einer Entgelt- als auch einer Zugangsausnahme.

(2) Mit dem Tenor zu 1. lit. a) wird die Ausnahme auf die Verbindungskapazitäten der OPAL in Hauptstromrichtung nach Süden begrenzt. Eine Ausnahme für rein nationale Transporte kommt, wie dargelegt (vgl. Abschnitt 2.1.3.2.), schon aufgrund der begrenzten Reichweite der Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht. Um nationale Transporte handelt es sich u.a. auch dann, wenn eine Ein- oder Ausspeicherung in bzw. aus Speicheranlagen innerhalb Deutschlands erfolgt. Dies gilt auch, wenn neue Speicheranlagen zu einem späteren Zeitpunkt an die OPAL angeschlossen würden. Sofern ein Transportkunde, der begrenzt zuordenbare Verbindungskapazitäten gebucht hat, Gasmengen unter Nutzung der OPAL ein- oder ausspeichern will, bedarf er hierzu zusätzlicher, rein nationaler Kapazitäten. Ggf. hat er hierzu im Einverständnis mit der Antragstellerin gebuchte Verbindungskapazitäten zurückzugeben und sich anschließend dem regulierten Vergabeverfahren zu unterwerfen. Auf diese Weise sind auch diskriminierungsfreie Transporte für solche Speicher sichergestellt, soweit noch freie Kapazitäten vorhanden sind oder Kapazitäten infolge der Rückgabe von Verbindungskapazitäten frei werden.

Klargestellt hierbei wurde außerdem, dass es nur um Transporte auf der OPAL selbst geht, so dass Transporte, bei denen bestehende Leitungssysteme mit genutzt werden (z.B. die JAGAL oder die STEGAL), der Ausnahme nicht unterfallen.

Eine Ausnahme für Gegenstromtransporte war abgesehen von dem fehlenden Nachweis für die Wettbewerbsauswirkungen auf die innerdeutschen Märkte (vgl. Abschnitt 2.2.1.2.2.) auch deshalb nicht zu erteilen, weil sie zur Absicherung des Investitionsrisikos nicht erforderlich erscheint. Hauptzweck der OPAL ist der Transport in Nord-Süd-Richtung, wobei das besondere Risiko vor allem aus dem engen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang mit der Nord Stream resultiert. In Gegenrichtung wirkt sich dieses Risiko nicht aus. Gegenstromtransporte stellen zudem für die Antragstellerin lediglich ein Zusatzgeschäft dar, während die hauptsächliche Finanzierung der Leitung über die Transporte in Hauptstromrichtung erfolgt.

Klarzustellen war außerdem, dass etwaige Notausspeisungen, die bei einer Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit der OPAL oder mit dieser verbundener Infrastruktureinrichtungen erforderlich werden, nicht mit der Ausnahme kollidieren. Hierin liegt kein Abweichen vom Nutzungskonzept, das der Genehmigung zugrunde liegt, sondern eine übergeordnete technische Maßnahme zur Sicherstellung der Netzintegrität. Notausspeisungen sind also nicht solche Maßnahmen, die im Regelbetrieb erfolgen oder auf eine dauerhafte Nutzung

angelegt sind. Die Mitteilungspflicht ist erforderlich, um die Einhaltung dieser Vorgaben zu überprüfen und sicherzustellen, dass die Ausnahme nicht umgangen wird.

(3) Nach dem Tenor zu 1. lit. b) wird die Antragstellerin verpflichtet, von den Nutzern der ausgenommenen Infrastruktur Entgelte zu erheben. Hiermit wird die Voraussetzung des § 28a Abs. 1 Nr. 4) EnWG dauerhaft sichergestellt. Diese Auflage belastet die Antragstellerin allenfalls formell, da sie ohnehin die Erhebung von Entgelten beabsichtigt und diese zur Refinanzierung der Investition benötigt.

(4) Mit dem Tenor zu 1. lit. c) wird die Antragstellerin verpflichtet, für den Fall eines vertraglichen Engpasses ein marktorientiertes, transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren anzuwenden. Dabei bleiben die allgemeinen rechtlichen Vorgaben für das Engpassmanagement hinsichtlich der nicht ausgenommenen Kapazitäten, d.h. hinsichtlich der regulierten nationalen Transporte und Gegenstromtransporte, unberührt. Mit der Auflage, ein Engpassmanagementverfahren für die ausgenommenen Kapazitäten vorzusehen, wird verhindert, dass die Antragstellerin die mit ihr konzernverbundenen Nutzer im Falle eines vertraglichen Engpasses bevorzugt. Insoweit gilt der Nichtdiskriminierungsgrundsatz auch für die Kapazitätsvergabe im Rahmen der Ausnahme. Darin liegt kein Widerspruch zur Ausnahme von den Zugangsverpflichtungen nach § 20 EnWG. Voraussetzung der Regelung des Tenors zu 1. lit. c) ist ein vertraglicher Engpass. Ein solcher liegt dann vor, wenn die offenen und von der Antragstellerin zu berücksichtigenden Kapazitätsanfragen die freie Kapazität, d.h. den noch nicht gebuchten Anteil der technischen Kapazität übersteigen. Damit bleibt es der Antragstellerin unbenommen, Kapazitäten bis zur Grenze der technischen Kapazität vorrangig zu vergeben, solange noch kein vertraglicher Engpass vorliegt. Für die danach eingehenden Kapazitätsanfragen unterliegt sie zwar entsprechend der Reichweite der Ausnahme nicht einer Zugangsverpflichtung nach § 20 EnWG. Berücksichtigt sie diese jedoch, wozu sie ggf. nach Maßgabe allgemeiner rechtlicher Regelungen oder eingegangener vertraglicher Bindungen verpflichtet sein kann, hat die Vergabe in einem marktorientierten, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren zu erfolgen.

(5) Tenor zu 1. lit. d) enthält die Verpflichtung der Antragstellerin, in ihren Verträgen über Verbindungskapazitäten besondere Regelungen gegen eine Hortung von Kapazitäten vorzusehen und hiervon unter den vertraglich vereinbarten Bedingungen Gebrauch zu machen. Diese Vorgaben betreffen ausschließlich die vorliegende Ausnahmegenehmigung. Damit ist kein Präjudiz für eine Ausgestaltung solcher Verfahren im regulierten Regime verbunden.

Hierfür werden der Antragstellerin in lit. aa) bis cc) konkrete Vorgaben gemacht, um das Verfahren wirksam auszugestalten. Die hierbei vorgesehenen „use-it-or-lose-it“-Mechanismen führen zum einen zu einer Freigabe von kurzfristigen Kapazitäten auf Day-ahead-Basis. Zum anderen ist eine Entziehung nicht oder nur unwesentlich genutzter Kapazitäten auf Quartalsbasis möglich. In beiden Fällen sind die entzogenen Kapazitäten sodann dem Markt auf fester Basis anzubieten. Um eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung zu ermöglichen, kann die Antragstel-

lerin in diesem Fall die entzogenen Kapazitäten auch unter Änderung oder Aufhebung der vormaligen Zuordnungsbeschränkung anbieten. Dies wird nicht immer möglich sein, da es insbesondere technische Restriktionen für die freie Zuordenbarkeit geben kann. Soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist, ist die Antragstellerin jedoch zugleich verpflichtet, eine nachgefragte Nutzungsänderung der Kapazitäten einzuräumen.

Um sicherzustellen, dass die Antragstellerin von den vertraglichen Möglichkeiten Gebrauch macht, wird sie nach dem Tenor zu Ziff. 1. lit. d) S. 1 zudem nicht nur zur Vereinbarung, sondern auch zur Anwendung dieser Mechanismen verpflichtet. Dies stärkt zugleich ihre Rolle gegenüber konzernverbundenen Transportkunden. Um unverhältnismäßige Auswirkungen auf die Transportkunden zu vermeiden, denen die Kapazitäten auf Quartalsbasis entzogen werden, ist diesen zu gestatten, die Kapazitäten mit einer hinreichenden Vorlaufzeit selbst auf dem Sekundärmarkt zu veräußern, was der Antragstellerin dann nachzuweisen ist.

Eine Renominierung oder ein Widerspruch des Transportkunden gegen die Entziehung ist hingegen im Regelfall ausgeschlossen, es sei denn, er kann sich hierfür auf eine bestandskräftige Gerichtsentscheidung berufen. Damit ist gewährleistet, dass der neue Transportkunde, der die entzogenen Kapazitäten erwirbt, nicht einem Unterbrechungsrisiko ausgesetzt ist. Vermieden werden soll allerdings, dass die Kapazitäten entzogen, anschließend aber von niemandem genutzt werden. Wenn keine Nachfrage eines Dritten nach den entzogenen Kapazitäten besteht, bleibt der ursprüngliche Transportkunde daher zur Nutzung berechtigt.

(6) Mit Ziff. 1 lit. e) wird die Unabhängigkeit der Geschäftsführung der Antragstellerin gegenüber den mit ihr verbundenen Unternehmen gestärkt. Diese Nebenbestimmung ist Konsequenz des in § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG enthaltenen Entflechtungsgedankens. Sie dient letztlich der praktischen Durchsetzung der in den weiteren Ziffern enthaltenen Nebenbestimmungen, da bei deren Anwendung Interessenkollisionen zwischen der Antragstellerin und ihren Gesellschaftern nicht auszuschließen sind.

(7) Tenor zu 1. lit. f) enthält Widerrufsvorbehalte, die gemäß lit. aa) bis cc) an verschiedene alternative Voraussetzungen anknüpfen. Unter Ausübung des durch § 28a EnWG eingeräumten Ermessens hat sich die Beschlusskammer zur Aufnahme eines Widerrufsvorbehalts statt einer auflösenden Bedingung entschieden, da andernfalls auch unbedeutende Verstöße gegen die Auflagen die Genehmigung gefährden würden. Dies wäre ersichtlich unverhältnismäßig. Mit dem Widerrufsvorbehalt kann die Beschlusskammer hingegen der Schwere etwaiger Verstöße unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragen.

Ein Widerruf kommt danach in Betracht, wenn die Antragstellerin eine oder mehrere der vorgenannten Auflagen nicht erfüllt, beim Bau oder beim Betrieb der OPAL von den in den Antragsunterlagen dargestellten technischen Planungen in erheblicher Weise abweicht oder wenn sie nach Inbetriebnahme der OPAL nicht die besonderen Entflechtungsbestimmungen des § 28a Abs. 1 Nr. 3 EnWG i.V.m. §§ 7-10 EnWG einhält. Ein gravierender Verstoß, der einen

Widerruf rechtfertigen würde, läge vor allem darin, wenn die OPAL (einschließlich der hierzu gehörenden Anbindungsleitungen unabhängig von ihrer Bezeichnung) zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht über die tschechische Grenze geführt wäre, da sie dann anders als nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Annahmen nicht als Verbindungsleitung qualifiziert werden könnte.

(8) Mit dem Tenor zu 1. lit. g) wird die Ausnahme unter die auflösende Bedingung gestellt, dass die OPAL spätestens am 01.01.2015 in Betrieb genommen wird, wobei das Datum der Inbetriebnahme der Bundesnetzagentur schriftlich mitzuteilen ist. Angesichts der zeitlichen Planungen für den Bau der OPAL ebenso wie für die Nord Stream erscheint dieser Zeitraum ausreichend bemessen, um auch etwaige Verzögerungen aufzufangen, die sich aus planungsrechtlichen oder technischen Hinderungsgründen ergeben können. Auf der anderen Seite wird damit verhindert, dass die Antragstellerin lediglich einen „Vorratsbeschluss“ erwirkt, der andere Marktteilnehmer unter Umständen davon abhalten könnte, ihre eigenen Investitionsprojekte voranzutreiben.

(9) Mit dem Tenor zu Ziff. 1) lit. h) wird die Ausnahme auf 22 Jahre ab tatsächlicher Inbetriebnahme, d.h. nach dem gemäß der vorangehenden Tenorziffer mitzuteilenden Zeitpunkt befristet. Dieser Zeitraum entspricht dem Antrag und ist damit jedenfalls ausreichend, um das besondere Risiko der Investition zu berücksichtigen. Er entspricht auch dem üblichen Rahmen anderer Ausnahmegenehmigungen, die in der Regel für Zeiträume zwischen 20 und 25 Jahren erteilt werden.

(10) Mit dem Tenor zu Ziff. 1) lit. i) wird das Verhältnis der Ausnahme zu den bestehen bleibenden allgemeinen rechtlichen Verpflichtungen klargestellt. Hierbei werden einige Tatbestände beispielhaft hervorgehoben, denen aus Sicht der Beschlusskammer besondere Bedeutung zukommt. Hierbei handelt es sich um nationale und europäische Berichts-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten, die Verpflichtung zum bedarfsgerechten Ausbau nach § 11 EnWG sowie die Verpflichtungen bezüglich des Handels mit Kapazitätsrechten nach § 14 GasNZV.

### **2.8.3. Tenor zu 2.**

Mit dem Tenor zu 2. wird eine Übertragung des Miteigentums an der OPAL oder des Netzbetriebs für die OPAL sowie eine Änderung der Gesellschaftsverhältnisse ermöglicht, ohne hierdurch die Ausnahme zu gefährden.

(1) Ohne eine solche Tenorierung bliebe zweifelhaft, ob dies möglich wäre, da die Ausnahme nach § 28a EnWG, die sich auf eine bestimmte Infrastruktur bezieht, zwar Merkmale eines sachbezogenen Verwaltungsakts, mit dem Abstellen auf die Entflechtungsbestimmungen und die Wettbewerbsverhältnisse aber auch Merkmale eines personenbezogenen Verwaltungsakts aufweist.

(2) Der Tenor zu 2. ermöglicht daher zwar die genannten Rechtsakte ohne Gefährdung der Ausnahme, knüpft sie aber an bestimmte Voraussetzungen. Dabei ist es erforderlich, dass der Bundesnetzagentur die beabsichtigte Änderung rechtzeitig angezeigt wird und sich ein Dritter, auf den der Netzbetrieb übertragen wird, zur Einhaltung der Auflagen aus der Genehmigung verpflichtet. Dies vermeidet, dass lediglich die Rechte, aber nicht die Pflichten aus der Genehmigung übertragen werden. Zudem behält sich die Beschlusskammer ein Widerrufsrecht vor, das etwa bei nachteiligen Wettbewerbsauswirkungen der beschriebenen Übertragungsvorgänge geltend gemacht werden kann. Netzbetrieb im Sinne dieser Regelungen ist die Übernahme der bereichsspezifischen Verantwortung für die Einhaltung der energierechtlichen Vorgaben, insbesondere die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit gegenüber den Regulierungsbehörden. Die zulässige Wahrnehmung von Aufgaben und Funktionen durch Dritte z.B. im Rahmen von Betriebsführungsverträgen, Serviceverträgen oder Planungstätigkeiten bleibt hiervon unberührt. Eine generelle Aussage, ob solche Tätigkeiten in anderen rechtlichen Zusammenhängen als Netzbetrieb zu qualifizieren sind, ist hiermit nicht verbunden.

#### **2.8.4. Tenor zu 3.**

Mit dem Tenor zu 3. wird der Antrag im Übrigen abgelehnt. Die Ablehnung betrifft im Wesentlichen die beantragte Ausnahme für die NEL sowie den Teil der Kapazitäten von OPAL, die infolge der Beschränkung auf Verbindungskapazitäten künftig der Regulierung unterliegen. Darüberhinaus bleibt die Genehmigung aufgrund der Nebenbestimmungen hinter dem Antrag zurück.

#### **2.8.5. Tenor zu 4.**

Mit dem Tenor zu 4. wird die Antragstellerin lediglich auf die ohnehin geltende Rechtslage hingewiesen. Danach ergeht die Entscheidung gemäß § 28a Abs. 3 S. 3 EnWG vorbehaltlich einer endgültigen Entscheidung der Kommission nach Art. 22 Abs. 4 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 GasRL. Sie ist nach Maßgabe einer solchen Entscheidung ggf. zu ändern oder aufzuheben. Die §§ 48 und 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes bleiben unberührt. Unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Kommission und der daran anknüpfenden Rechtsfolgen handelt es sich bei der vorliegenden Beschluss um eine Entscheidung und nicht um einen bloßen Entscheidungsentwurf. Gegen diesen Beschluss kann damit nach Maßgabe der enthaltenen Rechtsmittelbelehrung ggf. Beschwerde eingelegt werden.

### **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