



- 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 den Vorsitzenden Dr. Frank-Peter Hansen,  
ihren Beisitzer Christian Mielke  
und ihren Beisitzer Dr. Chris Mögelin

am 07.07.2009 beschlossen, die Entscheidung im Verwaltungsverfahren BK7-08-009 vom 25.02.2009 nach Maßgabe der Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 12.06.2009, wie folgt zu ändern:

1. In Ziffer 1 des Tenors der Entscheidung vom 25.02.2009 wird als neuer Buchstabe j) eingefügt:

„ j) Die Kapazitätsbuchungen von marktbeherrschenden Unternehmen sollen nach folgenden Prinzipien begrenzt werden:

aa) Ein Unternehmen, das in einem oder mehreren der relevanten vor- oder nachgelagerten Erdgasmärkte, welche die Tschechische Republik oder Lieferung von Gas in die Tschechische Republik umfassen, marktbeherrschend ist, darf, vorbehaltlich der Regelung in Buchstabe bb), in keinem Jahr mehr als 50% der Ausspeisekapazität der OPAL-Pipeline an der tschechischen Grenze buchen. Die Buchungen von Unternehmen die zur selben Unternehmensgruppe gehören wie Gazprom und Wingas werden zusammen betrachtet. Buchungen von marktbeherrschenden Unterneh-

men bzw. Unternehmensgruppen, zwischen denen langfristige und wesentliche Gasliefervereinbarungen bestehen (wie zwischen RWE Transgas und Gazprom), werden aggregiert betrachtet, d.h. die Buchungen beider Unternehmen zusammen dürfen 50% nicht überschreiten.

- bb) Die Kapazitätsobergrenze von 50% darf überschritten werden, wenn das betroffene Unternehmen (bzw. die betroffenen Unternehmen) auf der OPAL eine Gasmenge von 3 Mrd. m<sup>3</sup>/a dem Markt in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren anbietet („Gas-Release-Programm“). Die Betreibergesellschaft bzw. das (die) Unternehmen, welche(s) zur Ausführung des Gas-Release-Programmes verpflichtet ist (sind), muss (müssen) die Verfügbarkeit korrespondierender Transportkapazität mit frei wählbarem Ausspeisepunkt gewährleisten („Capacity-Release-Programm“). Die Ausgestaltung des Gas-Release- und des Capacity-Release-Programmes ist von der Bundesnetzagentur zu genehmigen.“

2. In Ziffer 4 des Tenors der Entscheidung vom 25.02.2009 sind Satz 1 und Satz 2 nunmehr gegenstandslos.

## Gründe

### I.

Im vorliegenden Verwaltungsverfahren begehrt die Antragstellerin eine Freistellung von der Regulierung gemäß § 28a EnWG u.a. für das Leitungsprojekt Ostseepipeline-Anbindungsleitung („OPAL“) die zur landseitigen Fortführung der geplanten Offshore-Erdgasleitung Nord Stream konzipiert ist.

Die rund 470 km lange OPAL soll mit einer Kapazität von 36,5 Mrd. m<sup>3</sup>/a bzw. 32 Mrd. m<sup>3</sup>/a von Greifswald bis nach Brandov in Tschechien verlaufen. Dort ist eine Netzkopplung mit dem von RWE Transgas Net s.r.o. betriebenen Fernleitungsnetz bzw. deren neuem Leitungsprojekt „Gazelle“ vorgesehen. Die geplante Leitung soll im Bruchteilseigentum zwischen der Wingas GmbH & Co. KG (80%) und der E.ON Ruhrgas AG (20%) stehen. Für den Betrieb sind je zwei Netzbetreiber, u.a. die Antragstellerin, vorgesehen. Die Kapazitätsaufteilung erfolgt entsprechend den Miteigentumsanteilen.

Mit Beschluss vom 25.02.2009 hat die Bundesnetzagentur die auf Grundlage des Miteigentumsanteils der Wingas GmbH & Co. KG an der OPAL geschaffenen Kapazitäten zugunsten der Antragstellerin teilweise, für Verbindungskapazitäten, von der Anwendung der §§ 20-25 EnWG befristet ausgenommen. Eine darüber hinausgehende Ausnahmegewährung, insbesondere für rein innerdeutsche Transporte oder Gegenstromtransporte ab Tschechien auf der OPAL, ist hingegen abgelehnt worden. Die Teilausnahme für die OPAL ist außerdem mit weiteren Nebenbestimmungen versehen worden. Für eine weitere Leitung, die NEL, ist die Ausnahme-

gewährung vollständig versagt worden, da der NEL bereits die für eine Regulierungsfreistellung erforderliche Verbindungsleitungseigenschaft fehlt.

Die von der Bundesnetzagentur erteilte Ausnahmegenehmigung ist der Europäischen Kommission zusammen mit allen einschlägigen Begleitinformationen zum 13.03.2009 zur Prüfung vorgelegt worden (EG-Beteiligungsverfahren). Am 26.03.2009 hat die Kommission eine Bekanntmachung zur Mitteilung der Ausnahmegenehmigung der Bundesnetzagentur mit der Gelegenheit zur Stellungnahme für Dritte bis zum 09.04.2009 veröffentlicht. Mit Schreiben vom 20.04.2009 hat die Kommission die Bundesnetzagentur um die Übermittlung zusätzlicher Informationen gebeten, die am 12.05.2009 übersandt wurden.

Mit Schreiben vom 12.06.2009 hat die Europäische Kommission der Bundesnetzagentur das Ergebnis ihrer Prüfung übermittelt. Darin bestätigt sie grundsätzlich die Ausnahmegewährung für die OPAL und die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen rechtlichen Bewertungen und Auslegungsergebnisse. Ergänzend ist, im Hinblick auf die Wettbewerbsauswirkungen in Tschechien, eine zusätzliche Auflage zu Kapazitätsbuchungen von marktbeherrschenden Unternehmen von der Kommission bestimmt worden. Die Europäische Kommission hat die Bundesnetzagentur aufgefordert, die bisherige Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 binnen einer vierwöchigen Frist nach Erhalt des Schreibens entsprechend zu ändern und die Kommission hiervon zu unterrichten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere das Änderungsverlangen der Kommission vom 12.06.2009, Bezug genommen.

## II.

Der vorliegende Änderungsbeschluss setzt das Änderungsverlangen der Europäischen Kommission vom 12.06.2009 uneingeschränkt um. Die Änderung der Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 ist formell und materiell rechtmäßig.

### 1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die gesetzlichen Vorgaben zur formellen Rechtmäßigkeit sind gewahrt worden.

(1) Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die auf § 28a Abs. 1, 3 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 3 lit. b) bis e) und Abs. 4 GasRL beruhende Ausnahmeentscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Hs. 1 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

(2) Die Ausnahmeentscheidung der Bundesnetzagentur unterliegt der Kontrolle der Europäischen Kommission, die gemäß § 28a Abs. 3 i.V.m. Art. 22 Abs. 4 GasRL beteiligt worden ist (EG-Beteiligungsverfahren). Der Kommission sind hierzu die Ausnahmeentscheidung sowie eine

Kopie der vollständigen Verfahrensakten für alle einschlägigen Begleitinformationen übermittelt worden. Die Antragstellerin und die Beigeladene haben zuvor erklärt, mit einer Offenlegung der in den Verfahrensunterlagen enthaltenen vertraulichen Informationen gegenüber der Europäischen Kommission einverstanden zu sein.

Die Prüfungsfrist der Kommission beträgt grundsätzlich zwei Monate. Dadurch, dass die Kommission mit Schreiben vom 20.04.2009 zusätzliche Informationen von der Bundesnetzagentur angefordert hat, hat sich die Frist um einen weiteren Monat verlängert. Das Änderungsverlangen ist fristgerecht bei der Bundesnetzagentur eingegangen.

(3) Die Europäische Kommission ist im Rahmen des EG-Beteiligungsverfahrens gemäß Art. 22 Abs. 4 GasRL befugt, im Ergebnis ihrer Prüfung eine Änderung oder Aufhebung der Ausnahmeentscheidung zu verlangen. Vorliegend verlangt sie die Änderung der Ausnahmeentscheidung gemäß der im Schreiben vom 12.06.2009 bestimmten Wettbewerbsauflage.

Das Schreiben der Europäischen Kommission vom 12.06.2009 ist den Verfahrensbeteiligten, dem Bundeskartellamt, der zuständigen Landesregulierungsbehörde und der tschechischen Regulierungsbehörde in einer um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung von der Bundesnetzagentur übermittelt worden.

Vor Erlass der vorliegenden Entscheidung ist dem Bundeskartellamt, der zuständigen Landesregulierungsbehörde sowie der tschechischen Regulierungsbehörde der Entscheidungsentwurf übermittelt worden.

(4) Gemäß § 28a Abs. 3 EnWG i.V.m. Art. 22 Abs. 4 GasRL ist dem Änderungsverlangen der Europäischen Kommission binnen einer Frist von vier Wochen durch die betroffene Regulierungsbehörde nachzukommen. Die Umsetzung ist vorliegend fristgerecht erfolgt.

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

Die materiellen Voraussetzungen liegen vor.

(1) Die Änderung der Ausnahmeentscheidung beruht auf § 28a Abs. 3 EnWG iVm Art. 22 Abs. 4 GasRL. Zur Begründung wird vollumfänglich auf das Schreiben der Kommission vom 12.06.2009 Bezug genommen. Die Entscheidung ist auch mit dem geänderten Inhalt rechtmäßig.

(2) Die Europäische Kommission bestätigt in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen die Ausnahmeentscheidung der Bundesnetzagentur. Sie führt aus, dass die OPAL grundsätzlich die Bedingungen für eine (Teil-)Ausnahmegenehmigung erfülle. Es bestehen insbesondere keine Einwände gegen die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass es sich bei der OPAL um eine Verbindungsleitung handelt, die Verbesserung der Versorgungssicherheit gegeben ist und ein besonders hohes Investitionsrisiko besteht. Auch die Einhaltung der Entflechtungs- und Entgeltvoraussetzungen sowie die Einschätzung, dass keine nachteiligen Auswirkungen auf das

effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes und des regulierten Netzes bestehen, werden von der Europäischen Kommission bestätigt.

Das Änderungsverlangen beruht allein auf der Einschätzung der Kommission, dass für die Wettbewerbsanalyse vor allem die Betrachtung des tschechischen Gasmarktes (tschechischer Gasabsatzmarkt, Produzentenmarkt) entscheidend sei. Gazprom sei dort gegenwärtig maßgeblicher Gaslieferant der RWE Transgas und habe mit einem Marktanteil von 78% die überragende Marktstellung für Lieferungen in die Tschechische Republik inne, während der Endkundenmarkt von RWE Transgas monopolisiert werde. Von einer zeitnahen Änderung dieses Liefergefüges bzw. einer Substituierbarkeit dieser Gasmengen in Tschechien aufgrund der zusätzlichen Pipeline OPAL sei dabei nicht ohne Weiteres auszugehen. Um eine Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung sicherzustellen, gibt die Europäische Kommission daher im Hinblick auf die Wettbewerbsauswirkungen in Tschechien zusätzliche Bedingungen für Kapazitätsbuchungen von marktbeherrschenden Unternehmen vor, die wortgleich mit dem vorliegenden Beschluss umgesetzt werden.

(3) Entsprechend Randnummer 89, Fn. 67 des Änderungsverlangens der Kommission sind auch für die Zwecke der vorliegenden Entscheidung als Unternehmensgruppe all solche Unternehmen definiert, die direkt oder indirekt von denselben Unternehmen oder Personen kontrolliert werden. Vgl. zum Kontrollbegriff Art. 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29.01.2004, S. 1.

Eine inhaltlich gleiche Entscheidung ergeht an die E.ON Ruhrgas Nord Stream Anbindungsgesellschaft mbH. Beide Netzbetreiber der OPAL haben damit in Ansehung der Auswirkungen auf die relevanten vor- oder nachgelagerten Erdgasmärkte, welche die Tschechische Republik oder Lieferung von Gas in die die Tschechische Republik umfassen, die identische Wettbewerbsaufgabe einzuhalten. Für die Berechnung der Kapazitätsobergrenze von 50% der Ausspeisekapazität der OPAL-Pipeline ist darauf hinzuweisen, dass aus der Ausnahmegenehmigung keine Verpflichtung folgt, dem jeweils anderen Netzbetreiber auf der OPAL mitzuteilen, welche Transportkunden Kapazitäten in welcher Höhe gebucht haben. Eine Weitergabe solcher wirtschaftlich sensiblen Informationen dürfte nur im Einvernehmen aller Parteien, d.h. beider Netzbetreiber und der betroffenen Transportkunden, möglich sein. Ohne eine solche Vereinbarung kann die Einhaltung der Kapazitätsobergrenze nur dadurch sichergestellt werden, dass die Buchungen der Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen, für welche die Grenze gilt, von jedem der beiden Netzbetreiber auf je 50% des von ihm betriebenen Leitungsanteils begrenzt 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).



Dr. Frank-Peter Hansen  
Vorsitzender



Christian Mielke  
Beisitzer



Dr. Chris Mögel  
Beisitzer