

I. Einleitung

Die folgende Analyse betrifft den von der Antragstellerin gemäß § 28b Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (im Folgenden: „EnWG“) am 23. Dezember 2019 eingelegten Antrag der Nord Stream AG auf die Freistellung für die Gasverbindungsleitung Nord Stream.

Nach dieser Vorschrift wird eine Freistellung für Gasverbindungsleitungen gewährt, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden, wenn objektive Gründe vorliegen, wie bspw.: die Ermöglichung der Amortisierung der getätigten Investitionen oder die Versorgungssicherheit, vorausgesetzt, dass diese Freistellung den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt und dessen effektives Funktionieren sowie die Versorgungssicherheit in der Union nicht beeinträchtigt wird.

Die Analyse enthält Bemerkungen zu den Ansprüchen der Antragstellerin hinsichtlich der angeblichen Vorliegen der in der oben genannten Vorschrift genannten Gründen. Die folgenden Argumente zeigen, dass der Antrag vom 23. Dezember 2019 nicht begründet ist.

II. Allgemeine Anmerkungen.

1. Falsche Auslegung des Begriffs „Gasverbindungsleitung, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurde“

Die Frage, auf die wir zunächst hinweisen möchten, ist die Auslegung des Begriffs „Gasverbindungsleitung, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurde“. Die von der Antragstellerin bei mehreren Gelegenheiten geäußerten Meinungen darüber, wie die Voraussetzung „*completed*“ ausgelegt werden soll, sind zweifelhaft. Diese Frage, d.h. die Definition der bestehenden Infrastruktur, sollte nicht über das hinausgehen, was für die Entscheidung dieses Falles erforderlich ist. Indessen geht die Analyse der Antragstellerin viel weiter und kann sich auf andere Fälle auswirken, was unzulässig ist.

Der Antrag enthält Fragmente, aus denen hervorgeht, dass die Antragstellerin die obige Voraussetzung falsch interpretiert und die Rahmen des vorliegenden Falls überschreitet hat:

*„Section 28b (1) sentence 1 EnWG requires that the pipeline to be exempted was completed before 23 May 2019. **This is the case for the pipeline overall, including the section of Nord Stream located on German territory.** From a technical point of view, Nord Stream’s two pipeline strings reached overall completion – that is, **including this German pipeline segment** – by August 2012 at the latest.*

*This requirement is thus met, **irrespective of the exact interpretation of the criterion of „completion**“.*¹

Die von der Antragstellerin vorgenommenen Unterscheidungen („*including the section of Nord Stream located on German territory*“ und „*including this German pipeline segment*“) scheinen darauf hinzuweisen, dass sich der 23. Mai 2019 nach Ansicht der Antragstellerin nur auf einen Abschnitt der Gasverbindungsleitung auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (im Folgenden: „**Deutschland**“) bezieht. Eine solche Auslegung würde sowohl dem Wortlaut des Art. 49a der Richtlinie

¹ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 22.

2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (im Folgenden: „**Gesrichtlinie**“) widersprechen:

*„1. Für **Gasfernleitungen** zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittland, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden (...)*

*(1) Für **Gasfernleitungen** zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittland, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden (...)*“

als auch des § 28b Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (im Folgenden: „**EnWG**“):

*„(1) **Gasverbindungsleitungen** mit einem Drittstaat im Sinne des Artikels 49a der Richtlinie 2009/73/EG, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden „*

Die Tatsache, dass die Vorschriften für Gasverbindungsleitungen als Ganzes gelten, ergibt sich auch direkt aus dem 4. Erwägungsgrund der Gasrichtlinie:

„(4) Um dem Fehlen spezifischer Unionsvorschriften für Gasfernleitungen aus Drittländern und in Drittländer vor dem Tag des Inkrafttretens dieser Richtlinie Rechnung zu tragen, sollten die Mitgliedstaaten Ausnahmen von bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2009/73/EG für Gasfernleitungen gewähren können, die vor dem Tag des Inkrafttretens dieser Richtlinie fertiggestellt sind. Das maßgebliche Datum für die Anwendung von anderen Entflechtungsmodellen als dem der eigentumsrechtlichen Entflechtung sollte für Gasfernleitungen aus Drittländern und in Drittländer angepasst werden.“

Der wörtliche Wortlaut der obigen Vorschriften gibt keinen Anlass zur Annahme, dass es Zweifel am Verständnis des Begriffs „abgeschlossen“ bestehen. Sie bezieht sich direkt auf die gesamte Gasverbindungsleitung und nicht auf einen bestimmten Abschnitt im Hoheitsgebiet Deutschlands, wie die Antragstellerin zu vermuten scheint. Der Begriff „Gasverbindungsleitungsabschnitt“ wurde erst im zweiten Satz der Vorschrift verwendet, um den territorialen Geltungsbereich der Vorschrift zu bestimmen.

Die analysierte Vorschrift hat den Charakter eines gerichtlichen Bindeglieds und bestimmt das Vorhandensein einer Zuständigkeit der zuständigen Behörde in Deutschland, es besteht jedoch kein Grund dafür, ihre Erfüllung nur mit Ereignissen zu knüpfen, die im Hoheitsgebiet Deutschlands stattfinden. Zum Beispiel Art. 1 Abs. 2 Buchstabe a und Abs. 3 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen) macht den „gesamten globalen Umsatz aller betroffenen Unternehmen“ zu einer der Voraussetzungen für die Zuständigkeit der Europäischen Kommission dafür, eine Entscheidung über den Zusammenschluss zu erlassen. Das EU-Recht schreibt in vielen anderen Fällen Ereignissen, die außerhalb des Hoheitsgebiets der Union stattfinden, rechtliche Bedeutung zu. Wie bei Fusionen oder Übernahmen, die außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (im Folgenden: „**EWR**“) stattfinden, oder bei Unternehmen, die erhebliche Einnahmen außerhalb des EWR erzielen, ist die Prüfung der Auswirkungen auf den Binnenmarkt durch die Kommission erforderlich, ebenso sollte eine Behörde zunächst ihre Zuständigkeit überprüfen, nicht nur in Bezug auf Ereignisse, die sich im Hoheitsgebiet Deutschlands oder der EU abspielen.

Der Standpunkt der Antragstellerin scheint auch gegen die offizielle Stellungnahme der deutschen Regulierungsbehörde zu verstoßen, die in ihrem Dokument „Information on submitting an application under section 28b(1) of the Energy Industry Act“ (im Folgenden: „**Dokument der BNetzA**“)² darauf hingewiesen hat, dass ein Gegenstand der Untersuchung die gesamte Gasverbindungsleitung ist, und die Antragstellerin soll nachweisen, dass sie vor dem Datum, das sich aus der Gasrichtlinie und ihrer Umsetzung in deutsches Recht ergibt, fertiggestellt wurde³.

Das oben genannte Frage ist für die Gasverbindungsleitung Nord Stream, die der Antragsgegenstand ist, nicht entscheidend. Es besteht kein Zweifel daran, dass die angegebene Gasverbindungsleitung vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurde. Ein Kommentar zu dieser Frage ist jedoch notwendig, um die Kohärenz der Analyse zu bewahren und Schlüsselbegriffe im Hinblick auf die Zulässigkeit potenzieller anderen Freistellungsanträge zu definieren.

2. Beschränkung der Anwendung des EU-Rechts auf das Hoheitsgebiet Deutschlands.

Die in Punkt 1 erörterte Frage steht in engem Zusammenhang mit der Frage der EU-Rechtsanwendung in dem auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkten Bereich. Die Antragstellerin macht mehrfach geltend⁴, dass der Geltungsbereich des EU-Rechts aufgrund der Existenz grundlegender völkerrechtlichen Prinzipien (des Territorialitäts- und Wirkungsprinzips, sowie des Prinzips der Nichteinmischung)⁵ auf nur etwa 50 km der Gasverbindungsleitung beschränkt wird, was etwa 4% der gesamten Infrastruktur entspricht. Ihrer Ansicht nach soll dies die Zustimmung einer Fertigstellung von der Bundesnetzagentur rechtfertigen (im Folgenden: „**BNetzA**“).

Dieser These kann nicht zugestimmt werden. In diesem Zusammenhang ist auf das erläuternde Dokument der Europäischen Kommission zum Entwurf der Richtlinie zur Änderung der Gasrichtlinie (im Folgenden: „**EK**“) vom 8. November 2017⁶, hinzuweisen, in dem mehrfach auf die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung des EU-Rechts auf die gesamte Gasverbindungsleitung⁷ und auf das Ziel der Änderung hingewiesen wird, das das darin besteht, das ordnungsgemäße Funktionieren des Gasbinnenmarktes, die Versorgungssicherheit und den Wettbewerbs- und Verbraucherschutz zu gewährleisten⁸. Ist der Anwendungsbereich des EU-Rechts begrenzt, werden die vom Gesetzgeber

² Information on submitting an application under section 28b(1) of the Energy Industry Act.

³ https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/BK07/BK7_78_FreiReg/Hinweispapier_Antrag_FreiReg_28b/Hinweispapier_englisch_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=1 [Zugangsdatum: 5. Februar 2020].

⁴ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 18-19.

⁵ Ibidem, S. 19.

⁶ Commission Staff Working Document Assessing the amendments to Directive 2009/73/EC setting out rules for gas pipelines connecting the European Union with third countries, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1580741104296&uri=CELEX:52017SC0368>.

⁷ *As outlined above, the Gas Directive does not expressly regulate **the operation of gas pipelines** connecting Member States with third countries. In the absence of applicable regulatory rules at Union level, the operation of such infrastructure could be regulated at the national level in the law of the respective Member States. For infrastructure entering the Union from a third country and thereafter crossing several Member States, **this could result in the application of different rules to one and the same pipeline within the Union and thus to regulatory conflicts, legal uncertainty and distortion of competition within the Union internal energy market.***

⁸ *Furthermore, the lack of Union-wide rules in the area **may be detrimental for the achievement of the Union's energy policy objectives set out in Article 194 TFEU.***

angegebenen Ziele nicht erreicht – die detaillierte Argumentation dazu wird später in der Stellungnahme dargestellt.

Darüber hinaus wurde in dem von der EK ausgearbeiteten Dokument das Problem der Anwendung zwei Regulierungen - des EU-Rechts und des Rechts eines Drittlandes auf eine Infrastruktur aufgeworfen⁹. Art. 41 Abs. 1 Punkt C und Art. 42 Abs. 6 der Gasrichtlinie sieht ausdrücklich die Möglichkeit für die nationale Regulierungsbehörden und andere zuständige Behörden vor, mit den zuständigen Behörden eines Drittlandes zusammenzuarbeiten, um die Richtlinie auf dem gesamten Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einheitlich in Bezug auf die betreffende Infrastruktur anzuwenden. Dies zeigt eine klare Absicht des EU-Gesetzgebers, die Infrastruktur als Ganzes zu behandeln und die Grundsätze des Binnenmarktes so weit wie möglich anzuwenden. Nur ein solcher Ansatz wird es ermöglichen, die in 5. Erwägungsgrund der Gasrichtlinie definierten Ziele der Gasrichtlinie zu erreichen, gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle in der Gemeinschaft ansässigen Gasunternehmen zu schaffen. Die Auslegung der Vorschriften der Gasrichtlinie im Hinblick auf die Ziele des EU-Energierechts lässt keinen Zweifel daran, dass die Auslegung der Vorschriften auf den maximalen Wettbewerbs- und Verbraucherschutz auf dem Gasmarkt abzielen sollte.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber ausdrücklich einen Mechanismus vorgesehen, um die wirksame Umsetzung des EU-Rechts in solchen Situationen zu gewährleisten. Er besteht darin, dass es eine Möglichkeit gibt, ein zwischenstaatliches Abkommen mit einem EU-Land zu schließen (Art. 49b der Gasrichtlinie). Folglich muss die von der Antragstellerin vorgetragene Logik, die die Notwendigkeit einer Freistellung mit der angeblichen Unmöglichkeit der Anwendung zweier Regulierungssysteme zu rechtfertigen versucht, als unrichtig angesehen werden. Zunächst sollten Verhandlungen über den Abschluss eines zwischenstaatlichen Abkommens zwischen Deutschland und der Russischen Föderation geführt werden, und nur in Ermangelung eines Ergebnisses – sollte gegebenenfalls eine Freistellung zugestimmt werden, wenn die in der Vorschrift festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

Darüber hinaus bemüht sich die Antragstellerin zu argumentieren, dass es gerechtfertigt ist, eine Freistellung aufgrund der Rechtslage zu gewähren, die unter der Gasrichtlinie in der Fassung vor ihrer Änderung bestand¹⁰. Es ist deutlich zu betonen, dass die bisher fehlende Regulierung dieser Gasverbindungsleitung nicht mit dem EU-Recht vereinbar war. Der Stand der Nichtanwendung des EU-Rechts kann wiederum nicht als Grundsatz betrachtet werden. Darüber hinaus, bestätigte der EU-Gesetzgeber angesichts wachsender Zweifel an der Anwendung des EU-Rechts auf Gasverbindungsleitungen aus Drittländern, dass der Stand ihrer Regulierung wünschenswert ist. Folglich, sollten die Freistellungsregelungen eng ausgelegt werden, und die „bisherige

⁹ *The question is more complex where the conflicting framework is based on third country legislation and/or intergovernmental agreements, as will often be the case. In this context, it has to be borne in mind that a pipeline from a third country may cross different territories and is therefore, in its different parts, subject to different jurisdictions – that of the third country and at least that of the Member State(s). This may result in the application of two conflicting regulatory regimes – that of the Union and that of the third country – to a single pipeline and thus in a "conflict of laws". **Such "conflicts of laws" do not as such prevent the application of Union law. In order to provide for a single and coherent framework, the conclusion of an intergovernmental agreement with the third country is a possible solution.** Such an agreement could either specifically cover a given project, or generally agree on the framework for all projects between the contracting parties.*

¹⁰ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 19 und S. 30.

Entscheidungspraxis" sollte im Hinblick auf die gerechtfertigten Voraussetzungen für eine Freistellung als irrelevant angesehen werden.

III. Anmerkungen zu den Voraussetzungen für eine Freistellung.

1. Erwägungen der Versorgungssicherheit und keine nachteiligen Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit in der EU.

Falsche Methodologie zur Bewertung der Voraussetzung „Versorgungssicherheit“.

Zunächst ist Bezug auf die von der Antragstellerin durchgeführte Bewertungsmethode der Voraussetzung „Versorgungssicherheit“ zu nehmen. Nach Ansicht der Nord Stream AG sollte die oben erwähnte Voraussetzung in Bezug auf die Funktionsweise der Gasverbindungsleitungen als solche und nicht auf ihre mögliche Freistellung geprüft werden¹¹. Antragsteller unterscheiden zwischen:

- a) einer „positiven“¹² Voraussetzung für die Versorgungssicherheit (Art. 49a Abs. 1 der Gasrichtlinie und § 28b Abs. 1 Punkt 2 Buchstabe b EnWG) – in Bezug auf die Funktionsweise der Gasverbindungsleitung als Ganzes,
- b) einer „negativen“¹³ Voraussetzung für die Versorgungssicherheit (Art. 49a Abs. 1 der Gasrichtlinie und § 28b Abs. 3 EnWG) – nur in Bezug auf die Auswirkungen einer Freistellung.

Folglich, da die Unterscheidung zwischen den Auswirkungen der Voraussetzungsprüfung für die „Versorgungssicherheit“ aus der Sicht der Funktionsweise der Gasverbindungsleitung und ihrer Freistellung unnötig erscheint, sollte nach Ansicht der Antragstellerin diese Voraussetzung für die tatsächliche Funktionsweise der Gasverbindungsleitung selbst analysiert werden. Zur Bestätigung dieser Tatsache legt die Antragstellerin auch das Dokument der BNetzA vor¹⁴.

Die vorgelegte Auslegung sollte als klarer Widerspruch zum Wortlaut der Gasrichtlinie angesehen werden. Die wörtliche Auslegung der Vorschriften – des Art. 49a der Gasrichtlinie und des § 28b des EnWG begründet keine Behauptung, dass die Versorgungssicherheit im Hinblick auf die Funktionsweise der Gasverbindungsleitung allein beurteilt werden soll. Im Gegenteil, der Wortlaut den Vorschriften in drei Sprachversionen (in der Polnischen, Englischen und Deutschen) macht deutlich, dass es eine andere Auffassung erforderlich ist. Folglich sollte der Ausgangspunkt der Analyse eine Bewertung der Auswirkungen der Freistellung auf die Versorgungssicherheit in der EU und in den einzelnen Mitgliedstaaten sein.

¹¹ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 22 ff.

¹² (...) aus objektiven Gründen, wie etwa, um eine Amortisierung der getätigten Investitionen zu ermöglichen oder **aus Gründen der Versorgungssicherheit** (...) (deu. (...) aus objektiven Gründen, wie etwa, um eine Amortisierung der getätigten Investitionen zu ermöglichen oder **aus Gründen der Versorgungssicherheit** (...)).

¹³ (...) sofern **die Abweichung** den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt in der Union, dessen effektives Funktionieren oder die Versorgungssicherheit in der Union nicht beeinträchtigen würde (...) (deu. sofern **die Abweichung** den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt in der Union, dessen effektives Funktionieren oder die Versorgungssicherheit in der Union nicht beeinträchtigen würde (...)).

¹⁴ Please provide evidence of **the pipeline's** positive contribution to security of supply in an appropriate and traceable manner (Information on submitting an application under section 28b(1) of the Energy Industry Act, S. 3.)

Falsche Auslegung des Begriffs „Versorgungssicherheit in der EU“.

Nach Ansicht der Antragstellerin sind die beiden Voraussetzungen – positive und negative auch durch ihren Anwendungsbereich zu unterscheiden. Im Falle einer positiven Voraussetzung hat der Gesetzgeber den territorialen Anwendungsbereich der Vorschrift nicht bestimmt. Im Fall einer negativen Voraussetzung ist der territoriale Anwendungsbereich der Analyse die Versorgungssicherheit „in der Union“¹⁵. Die Antragstellerin weist ferner darauf hin, dass „da die Mitgliedstaaten ein integraler Bestandteil der EU sind, ist es weder wünschenswert noch sinnvoll, ihre Gesetzgebung in Opposition zu der ganzen Union zu stellen“¹⁶.

Dies hat auch im Dokument der BNetzA seine Widerspiegelung gefunden, das Leitlinien für die Durchführung einer Untersuchung über das Nichtbestehen negativer Auswirkungen der angewandten Fertigstellung auf die Versorgungssicherheit enthält. Seine Empfehlungen beschränkten sich auf die Bewertung der Auswirkungen einer möglichen Entscheidung **auf die Versorgungssicherheit der EU als Ganzes**. Ein analoger restriktiver Ansatz wird im Antrag der Nord Stream AG vorgestellt, in dem in Punkt IV.3 zusätzlich versucht wurde, die Rechtsprechung des EU-Gerichts hinsichtlich der Auslegung des Grundsatzes der Energiesolidarität anzufechten.

In erster Linie ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz der Energiesolidarität in Art. 194 Abs. 1 AEUV geregelt ist. Es ist daher ein Vertragsgrundsatz, das heißt, es wurde in das Primärrecht aufgenommen und bildet das oberste Element des EU-Rechts. Ihre Anwendung kann weder durch sekundäres Unionsrecht wie Richtlinien bzw. Verordnungen, noch durch den Ermessensentscheidungen der Behörden einzelner Mitgliedstaaten eingeschränkt oder geändert werden.

Hinsichtlich der Analyse des Anwendungsbereiches des Grundsatzes der Energiesolidarität ist darauf hinzuweisen, dass sie sich insbesondere auf die Notwendigkeit bezieht, die Energieversorgungssicherheit zu gewährleisten. Es ist daher klar, dass dieser Grundsatz in dem Freistellungsverfahren von ausgewählten Vorschriften der Gasrichtlinie gemäß Art. 49a berücksichtigt werden soll.

Diesbezüglich ist ein Schlüsselement für die korrekte Auslegung dieses Grundsatzes die Festlegung der richtigen Untersuchungsmethodologie der Auswirkungen der geplanten Freistellung auf die Versorgungssicherheit. **Die richtige Berücksichtigung dieses Grundsatzes erfordert eine Untersuchung nicht nur des Verhältnisses zwischen dem betreffenden Mitgliedstaat und der Europäischen Union, sondern auch des Verhältnisses zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten.** In der Tat bezieht sich der Art. 194 Abs. 1 AEUV auf einen „Geist der Solidarität“ zwischen den Mitgliedstaaten, der eine direkte Beziehung zwischen den Ländern schafft, an die die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag gerichtet sind. Die Betonung der Beziehungen zwischen den Unterzeichnerstaaten des Vertrags zeigt deutlich, dass die Verpflichtungen aus dem Grundsatz der Energiesolidarität nicht nur die Wahrung der Interessen der EU als Ganzes betreffen, sondern auch die Berücksichtigung der Interessen anderer EU-Mitglieder als Gemeinschaft spezifischer Rechte, Werte und Interessen.

¹⁵ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 26.

¹⁶ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 27.

Unter Berücksichtigung der Verpflichtung, den Grundsatz der Energiesolidarität in dem oben erörterten Umfang anzuwenden, ist es nicht akzeptabel, die Voraussetzung der Auswirkung auf die Versorgungssicherheit unter dem Art. 49a der Gasrichtlinie nur in Bezug auf die EU als Ganzes zu prüfen. Es besteht kein Zweifel daran, dass der übergeordnete Grundsatz der Energiesolidarität jedes Organ eines Mitgliedstaats dazu verpflichtet, den im Vertrag verankerten Grundsatz der Energiesolidarität in seinem Verfahren zu berücksichtigen. Eine solche Absicht des Gesetzgebers ergibt sich auch unmittelbar aus dem Art. 49a der Gasrichtlinie, der die Notwendigkeit einer Analyse der Freistellungsauswirkungen auf die „Versorgungssicherheit in der Union“ feststellt, sie gilt daher auch für die einzelnen Mitgliedstaaten. **Die Untersuchung der BNetzA sollte daher nicht nur die Auswirkungen der vorgeschlagenen Freistellung auf die Versorgungssicherheit der Europäischen Union als Ganzes, sondern auch auf die Versorgungssicherheit anderer Mitgliedstaaten berücksichtigen.**

Der Ordnung halber ist es darauf hinzuweisen, dass sich der oben beschriebene Ansatz im Urteil des EU-Gerichts vom 10. September 2019 (Az. T-883/16) in der Sache Republik Polen gegen EK widerspiegelt, diese den Beschluss der Kommission vom 28. Oktober 2016 zu den Regeln für den Zugang zum Opal-Pipeline betraf¹⁷. Dieses Urteil bestätigt die Verpflichtung der Institutionen der Union und der Mitgliedstaaten, sowohl die Interessen der Union als auch die Interessen einzelner Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass sich die Aktivitäten eines Unternehmers möglicherweise negativ auf die Wettbewerbssituation auswirken, und zwar nicht nur auf dem Zielmarkt, wo die Pipeline an das Übertragungsnetz eines Mitgliedstaates verbunden ist, sondern auch auf anderen, separaten Märkten, die als „verbundene Märkte“ bezeichnet werden. Ein Beispiel davon ist eine Situation, in der ein Unternehmer mit der marktbeherrschenden Stellung auf einem Markt diese Stellung nutzt, um auf einem separaten, aber ausreichend verbundenen Markt davon zu profitieren (sog. Hebelwirkung). Wie in der Rechtsprechung des EuGH dargelegt, kann die führende Stellung eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt in Verbindung mit dem Bestehen enger Verbindungen zwischen diesem Markt und anderen Märkten ihm im Vergleich zu anderen Wirtschaftsteilnehmern, die auf diesen anderen Märkten tätig sind, Handlungsfreiheit einräumen, und es sollte daher auf der Grundlage von Art. 102 AEUV für die Aufrechterhaltung eines echten unverfälschten Wettbewerbs auf diesen Märkten verantwortlich gemacht werden¹⁸. Gleichzeitig, da die möglichen negativen Auswirkungen der Gewährung einer Freistellung geprüft werden sollten und

¹⁷ Urteil des Gerichts vom 10. September 2019 REPUBLIK POLEN vs. Europäische Kommission, Rn. 81. *Zunächst ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sowohl die Prüfung in dem ursprünglichen Beschluss als auch die ergänzende Prüfung in dem angefochtenen Beschluss nur die Auswirkungen der Inbetriebnahme und der Erhöhung der tatsächlichen Kapazität der OPAL-Pipeline auf die Versorgungssicherheit in der Union im Allgemeinen betreffen. So hat die Kommission in Punkt 4.2 des angefochtenen Beschlusses u. a. ausgeführt, dass die Verfügbarkeit zusätzlicher Kapazität an der deutsch-tschechischen Grenze allen Regionen zugute komme, die von diesem Ort aus über bestehende oder künftige Infrastrukturen erreichbar sind, und dass die zusätzliche Kapazität den vollständigen Ersatz anderer Transitstrecken nicht ermögliche. Die Kommission hat jedoch keine Analyse der Auswirkungen der geänderten Bedingungen für die Nutzung der OPAL-Gaspipeline auf die Versorgungssicherheit in Polen durchgeführt.*

¹⁸ Urteil des Gerichts [des Gericht erster Instanz] vom 6. Oktober 1994 in der Rechtssache T-83/91Tetra Pak International SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, ECLI:EU:T:1994:246, Randnr. 122.

es sich daher um eine Ex-ante-Analyse der zu prüfenden Umstände handelt, sollte die gefestigte Praxis der Kommission in Bezug auf die Konzentrationskontrolle als Vorbild dienen¹⁹.

Es ist zu betonen, dass die Antragstellerin sich überhaupt nicht auf andere Märkte außerhalb des nordwesteuropäischen Marktes bezog, möglicherweise einschließlich der Tschechischen Republik, wo die Wettbewerbssituation durch die Erteilung der Freistellung für die Gasverbindungsleitung Nord Stream 1 beeinträchtigt werden könnte. Es gibt auch keine Argumente für die Schlussfolgerung, dass eine solche Auswirkung im vorliegenden Fall ausgeschlossen ist.

Trotz des von der Antragstellerin vorgelegten falschen Ansatzes, wurde eine oberflächliche Analyse der Versorgungssicherheit für Polen jedoch im Anhang 8 durchgeführt. Die Nord Stream AG fügt ein Dokument als Beweis bei, dass die Republik Polen bereits heute in der Lage ist, seinen Bedarf zu decken, ohne russisches Gas zu importieren. Die Analyse enthält jedoch Ungenauigkeiten und Tatsachenfehler. Zunächst einmal ist auf eine überhöhte Explorationsrate von 5,6 Mrd. m³ im Jahr 2018 hinzuweisen. Laut dem auf der Website der Regierung der Republik Polen veröffentlichten Bericht über die Überwachungsergebnisse der Gasversorgungssicherheit für den Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2018 betrug der national Abbau im Jahr 2018 4,031 Mrd. m³ ²⁰. Darüber hinaus berücksichtigt die Methode der einfachen Berechnung von Jahresvolumen („*purely mathematical comparison*“ – wie die Antragstellerin selbst betont) nicht die Variabilität des täglichen und stündlichen Bedarfs. Mit anderen Worten, ein hypothetischer Ausweis der Fähigkeit, den gesamten Marktbedarf unter Berücksichtigung des Verbrauchs und der Kapazität auf jährlicher Basis zu decken, ermöglicht es nicht festzustellen, dass es keine Risiken für die Versorgungssicherheit bestehen, weil die Variabilität des Gasbedarfs und der Kapazität berücksichtigt werden muss. Bei der Untersuchung der Voraussetzung bezüglich der Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit kann auch der wirtschaftliche Aspekt der Versorgungssicherheit nicht außer Acht gelassen werden, der sich in der Möglichkeit ausdrückt, Gas zu einem akzeptablen Preis zu erwerben. Dieser Aspekt wurde in dem Antrag auf Freistellung überhaupt nicht erwähnt.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Beschränkung der Untersuchung der Auswirkungen einer möglichen Freistellung auf die Versorgungssicherheit nur für die gesamte EU zu einem erheblichen Mangel des genannten Verfahrens führen wird, der darin besteht, dass der Vertragsgrundsatz der Energiesolidarität und die Anforderungen der Gasrichtlinie nicht umfassend geprüft werden. Es ist zu betonen, dass der Grundsatz der Energiesolidarität die Institutionen eines Mitgliedstaats dazu verpflichtet, eine spezifische Lösung anzuwenden, um die Auswirkungen von den Entscheidungen sowohl auf die Interessen der Union als auch auf die Interessen anderer Mitgliedstaaten zu prüfen.

Der vorliegende Antrag enthält daher keine vollständige Analyse der Auswirkungen der Gewährung der Freistellung auf die Wettbewerbssituation und das Funktionieren des europäischen Erdgasbinnenmarktes, weshalb die Antragstellerin nicht nachgewiesen hat, dass es keine solche negative Voraussetzung für die Freistellung nach Art. 49a Abs. 1 der Richtlinie 2009/73 und § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. EnWG vorliegt.

¹⁹ Auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1–22).

²⁰ 44 237 GWh nach Berechnung; <https://www.gov.pl/web/aktywa-panstwowe/sprawozdanie-z-wynikow-monitorowania-bezpieczenstwa-dostaw-paliw-gazowych-za-2018-r>.

Falsche Auslegung des Begriffs „Diversifikation“.

In den Punkten 2.2.1 und 2.2.2 des Antrags der Nord Stream AG wird geltend gemacht, dass der Bau der Gasverbindungsleitung zu einer stärkeren Diversifizierung der Gasversorgung beigetragen hat, da die Zahl der Strecken und Quellen auf dem Gebiet der Russischen Föderation, aus denen Erdgas in die EU transportiert werden kann, gestiegen ist.

Der vorgestellte Ansatz, der auf der Diversifizierung der einzelnen Strecken als Element zur Gewährleistung der Energiesicherheit beruht, muss korrigiert werden. In den Dokumenten des Europäischen Rates, des Rates und der Europäischen Kommission wurde darauf eindeutig hingewiesen, dass die Diversifizierung von "Strecken, Quellen und Lieferanten". „Strecken und Lieferanten“, „Lieferungen und Strecken“, „Quellen und Lieferungen“ untrennbar sein muss,²¹ von denen klar ist, dass die Diversifizierung in Bezug auf die Lieferstrecken allein nicht ausreicht, um die Energiesicherheit zu stärken.

Die Schaffung neuer Erdgasversorgungswege unter Beibehaltung einer derselben Quelle führt zu einer zunehmenden Abhängigkeit von einer einzigen externen Quelle und schafft gleichzeitig ein fiktives Gefühl der Energieunabhängigkeit und Versorgungssicherheit.

Unserer Meinung nach ist die Erhöhung der Zahl der Erdgasversorgungsquellen eine Maßnahme, die zu einer effektiven Diversifizierung führt, um echte Energiesicherheit zu gewährleisten. Nur dieser Ansatz ermöglicht einen wirklichen Schutz der Gasempfänger vor möglichen Versorgungsunterbrechungen, die durch nachteilige Auswirkungen oder zufällige Situationen seitens eines Nicht-EU-Lieferanten verursacht werden. Zusätzlich, ist eine Diversifizierung in diesem Sinne wichtig, um die Möglichkeit wettbewerbswidriger Praktiken einzuschränken.

Die Einführung einer Streckendiversifikation bei gleichzeitiger Beibehaltung einer identischen Lieferquelle führt zu einer stärkeren Abhängigkeit vom aktuellen Lieferanten und zur Stärkung seiner Position. Dies ist ein Phänomen, das bei einer hohen Exposition gegenüber Lieferungen eines bestimmten Lieferanten besonders große Risiken mit sich bringt. Gazprom als ein Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Versorgungsmarkt in die Region der Mittel- und Osteuropa kann einzelne Strecke nutzen, um Empfänger zu beeinflussen, die Abhängigkeit von einer einzigen Lieferung (und eine größere Exposition gegenüber politischen Risiken, die vom Lieferanten selbst ausgehen) sowie die Preisdiskriminierung zwischen einzelnen Märkten zu erhöhen.

Es sollte auch klar betont werden, dass der Prozess der Quellendiversifizierung sich auf den Prozess der Gaslieferantendiversifizierung beziehen sollte, die Gas außerhalb der EU exportieren. Das von Nord

²¹ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 24. Oktober 2014, Schlussfolgerungen des EU-Rates vom 2. Juni 2014, Schlussfolgerungen des EU-Rates vom 26. November 2014, Schlussfolgerungen des EU-Rates vom 1. Juli 2015, Schlussfolgerungen des EU-Rates vom 20. Juli 2015, Dokument EC EC SWD (2014) 330 Umfassende Studie zur europäischen Energiesicherheit, Mitteilung EC EC (2014) 654 zur kurzfristigen Belastbarkeit des europäischen Gassystems Vorbereitung auf mögliche Störungen der Versorgung aus dem Osten im Herbst und Winter 2014 / 2015, Mitteilung der Europäischen Kommission COM (2014) 330 Europäische Energiesicherheitsstrategie, Mitteilung der Europäischen Kommission COM (2015) 80 Rahmenstrategie für eine stabile Energieunion auf der Grundlage einer vorausschauenden Klimapolitik, Mitteilung der Europäischen Kommission COM (2019) 285 Gemeinsam für die Umsetzung der Energieunion und Klimaschutz - Vorbereitung der Grundlagen für einen erfolgreichen Übergang zu sauberer Energie, Mitteilung der Kommission KOM (2019) 195 Vierter Bericht über den Stand der Energieunion, C Schlussfolgerungen des Rates der EU vom 25. Juni 2019, Schlussfolgerungen des EU-Rates vom 6. März 2017.

Stream AG auf Seite 34 des Antrags vorgebrachte Argumentierung, dass die Quellendiversifizierung darin bestehen würde, die EU mit mehreren Quellen zu verbinden, die sich auf dem Gebiet eines Landes befinden und von ein und demselben Lieferanten betrieben werden, ist falsch. Sie berücksichtigt nicht die Faktoren, die sich auf das Verhalten eines einzelnen Lieferanten beziehen, der keine Gasversorgung ausführen kann, bspw. aus politischen Gründen. In diesem Fall ist die Anzahl der Versorgungsquellen für die Mitgliedstaaten irrelevant, da ihre Nutzung und die Verwendung ihres Gases vollständig von ein und demselben Entscheidungsfaktor abhängig ist.

„Politisches Risiko“ der Transitländer.

Nach Ansicht der Antragstellerin ist Nord Stream 1 eine direkte Versorgungsstrecke, die den Hersteller (Russland) mit dem Mitgliedstaat (Deutschland) verbindet. Wie unterstrichen (S. 33-34 des Antrags) - trägt Nord Stream 1 zur Versorgungssicherheit der EU bei und wird auch weiterhin zur Stärkung der Versorgungssicherheit der EU beitragen, unter anderem durch die Möglichkeit, im Falle von Krisen oder anderen Versorgungsunterbrechungen auf alternativen Strecken (d.h. über Weißrussland, Türkei und Ukraine) eine andere Versorgungsstrecke anzubieten.

In Punkt 2.2.2.a des Antrags der Nord Stream AG wurde hingewiesen, dass von Transitländern politische Risiken im Hinblick auf die Durchführung von Lieferungen über ihr Gebiet ausgehen könnten, die insbesondere die Ukraine betreffen würden. Die Antragstellerin betont in ihrem Antrag, dass die Erfahrungen der letzten zehn Jahre auf das Auftreten derartiger Risiken hindeuten und weißt daraufhin, dass solche Krisen *„are more than merely theoretical“*. Ähnliche Thesen werden in Punkt 2.5 der Frontier-Analyse vorgestellt, wo ein wichtiger Hinweis darauf gegeben wird, dass Transitländer aufgrund der politischen Beziehungen zwischen dem Transitland und dem Herkunftsland oder dem Transitland und dem Zielland zu den bisherigen Gaskrisen beigetragen haben. Die von der Antragstellerin genannten Versorgungskrisen wurden jedoch durch den Hauptproduzenten, d.h. Russland, verursacht und waren nicht auf negative Maßnahmen der Transitländer zurückzuführen. Es ist bemerkenswert, dass die Länder, durch denen Lieferungswege durchziehen, selbst in solchen Situationen Störungen in ihrem Fernleitungsnetz erlebt haben, die auf ein Defizit an importiertem Gas zurückzuführen sind.

Die Antragstellerin gibt an, dass die Gasverbindungsleitung Nord Stream zur Erhöhung der Energiesicherheit beiträgt, indem sie den Transfer durch Transitländer reduziert, in denen „politische Unsicherheit und Instabilität“ herrschen. Darüber hinaus wurden in der Frontier-Analyse zwei Gaskrisen erwähnt: in den Jahren 2006 und 2009. Die Analyse zeigt nur die Auswirkungen der angegebenen Gaskrisen an und ordnet sie standardmäßig den oben genannten „politischen Unsicherheiten und Instabilität“ zu.

Die Krise von 2006 hing mit den Preisforderungen von Gazprom auf ukrainischer Seite zusammen. Gazprom forderte eine Preiserhöhung von 50 USD/1000 m³ auf 160 USD/1000 m³ und schließlich auf 230 USD/100 m³, während die ukrainische Seite angab, dass der Preis von 50 USD/1000 m³ bis 2009 garantiert sei. Nach der Unterbrechung der Gasversorgung im Januar 2006 warf die russische Seite der ukrainischen Seite die unbefugte Verwendung von für Transitzwecke bestimmtem Gas vor. Die vorläufige Vereinbarung wurde am 4. Januar 2006 vereinbart.

Der Krise von 2009 gingen Preisverhandlungen voraus, bei denen sich beide Seiten über den endgültigen Gaspreis und die Höhe und Form der Schuldentrückzahlung durch die ukrainische Seite,

sowie über das Verhältnis zwischen dem Gaskaufvertrag und dem Gastransitvertrag uneinig waren. Die Frage der Übernahme des ukrainischen Transitsystems durch Russland ist nicht zu übersehen.

Im Jahr 2014 forderte Gazprom auch Vorauszahlungen für Gaslieferungen und die Schuldentrückzahlung. Die Gaslieferungen an die Ukraine sind unterbrochen worden. EU-Länder (Polen, Slowakei, Ungarn) haben Maßnahmen ergriffen, um Lieferungen aus dem Osten durch Gaslieferungen aus der EU durch Reverse-flow-Verbindungen zu ersetzen. Als Reaktion darauf erklärte Gazprom solche Aktivitäten für illegal und reduzierte die Gaslieferungen an Länder, die Gas in die Ukraine verkauften. Ohne technische Begründung wurden Gaslieferungen aus dem Osten an europäische Empfänger (einschließlich der polnischen Einheit - PGNiG S.A.) nicht gemäß der Bestellung beim Lieferanten (d.h. GAZPROM) ausgeführt. Die Lieferverringerungen lag zwischen ca. 10 % in der ersten Septemberhälfte und sogar 46% in der Endphase der Beschränkungen (Ende Februar/Anfang März). Aufgrund der reduzierten Lieferungen aus Russland mussten die Transitländer (in diesem Fall Weißrussland und die Ukraine) die Gaslieferungen nach Polen reduzieren. Es sollte jedoch betont werden, dass diese Beschränkungen nicht auf die geringe Glaubwürdigkeit der Transitländer oder auf ihre Maßnahmen zur Beeinträchtigung des Transits zurückzuführen waren, sondern auf den schlechten Willen Russlands, der aus politischen Gründen die Gasversorgung auf Strecken durch diese Länder einschränkte. Im November 2014 wurde zwischen der EU, der Ukraine und Russland (unter Anteilnahme von Gazprom und Naftogaz) ein dreiseitiges Abkommen über die Bedingungen des Gasverkaufs in der Wintersaison abgeschlossen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Grund für beiden erwähnten Konflikte eher die Preispolitik von Gazprom als die mangelnde politische Stabilität der Transitländer war. Darüber hinaus ist es zu beachten, dass in den letzten Jahren die Gründe für weitere Unterbrechungen der Gasversorgung aus Russland oder eine Senkung der Lieferungen in EU-Länder nur auf der Seite des russischen Lieferanten zu sehen waren (z. B. Einschränkungen in Jahren 2014/2015).

2. Wirksames Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes.

Angeblich fehlende Auswirkungen der Freistellung auf den Wettbewerb.

In ihrem Antrag macht Nord Stream geltend, dass die Gewährung einer Freistellung für die von ihr verwaltete Infrastruktur neutral auf den Wettbewerb auswirken wird, unabhängig von der Definition des relevanten Marktes für den Gasgroßhandel²². Die Antragstellerin bringt die folgenden Argumente zur Unterstützung dieser These vor:

- Das gesamte Volumen, das mit OPAL- und NEL-Gaspipelines in die EU geliefert wird, wird bereits durch das EnWG geregelt.
- die Freistellung gerechtfertigt ist, weil die Versorgung von einem anderen Lieferanten als Gazprom Export LLC (im Folgenden: „**Gazprom**“) technisch und rechtlich unmöglich ist,
- das Fehlen einer Freistellung negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann, da die Übertragungsstarife in Deutschland und damit die Gaspreise für die Empfänger steigen²³.

²² Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 50.

²³ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 51 Raport Frontier – Kapitel 3.2.

Zunächst ist festzustellen, dass das Argument der Antragstellerin, dass die Nord Stream-Gaspipeline keine Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgrund der Regulierung der NEL- und OPAL-Gaspipeline hat, nicht zutreffend ist.

Die Anwendung der Vorschriften der Gasrichtlinie nur auf den sich auf dem Land befindeten Teil der Infrastruktur, der zur Erdgasversorgung von außerhalb der EU verwendet wird, wird keine beabsichtigte Wirkung mitbringen, ohne auch die im Meer gelegenen Teile ähnlichen Anforderungen zu unterwerfen. Die Einführung einer solchen Beschränkung führt zu der Fiktion, Transportkapazitäten auf der OPAL- oder NEL-Gaspipeline anzubieten, obwohl die Reservierung dieser Kapazitäten in Wirklichkeit nur Gazprom zusteht als Einheit, die über die Gaspipelinekapazität Nord Stream und den über die Gaspipeline Nord Stream zum Punkt Greifswald gelieferten Waren verfügt. Dies führt de facto zur Monopolisierung des Einstiegspunkts in Greifswald, wo alternative Einheiten zu Gazprom keine tatsächliche Möglichkeit haben, eine solche Infrastruktur ohne Zugang zu ihren früheren Seeabschnitts zu nutzen.

In Anbetracht der vorstehenden Überlegungen ist hervorzuheben, dass zur Erreichung der Umsetzungswirkung der Marktgrundsätze für die Importinfrastruktur notwendig ist, die Grundsätze der Gasrichtlinie (wie z.B. den Grundsatz des Zugangs Dritter) für die gesamte Importinfrastruktur und nicht nur für deren Festlandabschnitt umzusetzen. Die Verengung des Onshore-Abschnitts führt zu einer vollständigen Abhängigkeit dieser Infrastruktur von der Tätigkeit an der Offshore-Gaspipeline, die als unregulierter Abschnitt zu einer praktischen Schwächung der Umsetzung des EU-Rechtsfunktion auf dem Landabschnitt führen würde. Daher können EU-Energierechtsvorschriften ihre Hauptziele nur erreichen, wenn das EU-Recht sowohl im Unterwasser- als auch im Landabschnitt eingehalten wird.

Man kann sogar die gegenteilige These zu der von der Antragstellerin angeführten vertreten, nämlich dass die fehlende Regulierung des Seeabschnitts de facto dazu führt, dass die Wirksamkeit des EU-Rechts auf dem Landabschnitt verringert wird, als vollständig von der Funktionsweise des Offshore-Abschnitts abhängig wird. Nur die Anwendungsmaximierung des europäischen Rechts auf die Nord Stream-Gaspipeline wird zur tatsächlichen Umsetzung der Marktgrundsätze für den Betrieb dieser Infrastruktur führen.

Zweitens ist, wie im Antrag angegeben, Gazprom – derzeit der einzige Nutzer der Nord Stream-Gasverbindungsleitung - das einzige Unternehmen, das nach russischem Recht Gas aus der Russischen Föderation exportieren kann. Gleichzeitig ist Gazprom der Lieferant mit dem größten Anteil an Gaslieferungen in die EU, der auf einigen Inlandsmärkten eine beherrschende Stellung hat. Darüber hinaus macht die Nord Stream AG geltend, dass die Gewährung einer Freistellung nur eine Sanktion für die gegenwärtige Situation darstellt, und daher sind die Auswirkungen der Freistellung auf den Wettbewerb auf dem (den) relevanten Markt (en) - unabhängig von seiner (ihrer) Definition - neutral. Diese These ist als grob falsch anzusehen. Zunächst ist hervorzuheben, dass der Hauptaktionär der Antragstellerin ist PJSC Gazprom, die 51% der Anteile besitzt. Der Hauptlieferant von Gas im Rahmen des GTA ist Gazprom Export LLC, der auf ausgewählten Märkten der Mitgliedstaaten der Region eine marktbeherrschende Stellung hat.

Bei der Analyse der Auswirkung auf den Wettbewerb sollte auf die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission in Fällen von Freistellung nach Art. 36 der Gasrichtlinie verwiesen werden.

Die Antragstellerin analysiert selbst hierzu die Voraussetzung der „Versorgungssicherheit“²⁴ und wirft das Argument der Identität der Ziele beiden Vorschriften auf. In der Freistellungsentscheidung für die Speichereinrichtungen in Dambořice erklärte EK ausdrücklich, dass „nicht ausreichend nachgewiesen wurde, dass die Freistellungsentscheidung **die marktbeherrschende Stellung von Gazprom Export und seinen verbundenen Unternehmen nicht stärken wird**“²⁵. Bei der Nord Stream-Gasverbindungsleitung ist dieser Effekt offensichtlich. Es ist unmöglich, ein Argument zu konstruieren, das es rechtfertigen würde, von den Regeln der Gasrichtlinie für eine Gaspipeline abzuweichen, bei der 100 % der Kapazität von einem Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf dem EU-Gasmarkt reserviert worden ist.

Ähnliche Schlussfolgerungen wurden auch im EK-Arbeitsdokument über die Freistellungen enthalten, die nach Art. 22 (jetzt Art. 36) der Gasrichtlinie gewährt sind²⁶. Die größte Gefahr einer Verletzung der Wettbewerbsregeln besteht, wenn **eine Freistellung einer Einheit gewährt wird, die eine marktbeherrschende Stellung auf einem von der Infrastruktur bedienten Markt hat**. Darüber hinaus betont die EK, dass das Minimum, das von einer neuen Infrastruktur erwartet wird, um sie als positive Auswirkung auf den Wettbewerb zu betrachten, darin besteht, signifikante Chancen **für nicht marktbeherrschende Unternehmen zu schaffen, in den Gasversorgungsmarkt einzutreten**. Die Manifestation einer solchen Aktivität sollte die Auferlegung eines Grenzwerts sein, der die Nutzung der Infrastruktur durch die marktbeherrschenden Personen in einem Ausmaß von nicht mehr als z.B. 50% erlaubt²⁷. Es ist begründet, die Wettbewerbsvoraussetzung unter Berücksichtigung der Auswirkungen der vollständigen Regulierung der Nord Stream-Gasverbindungsleitung unter Berücksichtigung der aktuellen Situation zu bewerten, mit Rücksicht auf das derzeitige unangemessene Regulierungsprivileg der Nichtanwendung des EU-Rechts auf die Infrastruktur, die von einem marktbeherrschenden Unternehmer kontrolliert wird.

Das dritte von der Antragstellerin angeführte Argument ist, dass eine Verweigerung der Freistellung negative Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgrund der Erhöhung der Übertragungstarife in Deutschland und folglich der Gaspreise haben könnte.

Als Antwort auf das dritte Argument sollten zunächst allgemeine Bemerkungen zu den Auswirkungen der möglichen Freistellung auf die Wettbewerbsfähigkeit der Transportstrecke für die Versorgung Europas mit Erdgas gemacht und auf interne Widersprüche in der Argumentation der Antragstellerin hingewiesen werden. Einerseits argumentiert die Antragstellerin, dass die Verweigerung einer Freistellung zu einer Tarifierhöhung und andererseits zu einer Tarifsenkung führen könnte.

²⁴ Application for a derogation pursuant to section 28b Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz, „EnWG“), S. 25.

²⁵ Commission Decision on the exemption of an Underground Gas Storage Facility in Dambořice, from the internal market rules on third party access, Punkt 58.

²⁶ Commission Staff Working Paper Commission staff working document on Article 22 of Directive 2003/55/EC concerning common rules for the internal market in natural gas and Article 7 of Regulation (EC) No 1228/2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity, Investment in infrastructure is likely to entail positive effects on competition through increased capacity. If - in the absence of the exemption - the project did not go ahead or had a smaller scale, an exemption triggering the investment would usually generate positive effects on competition. However, the grant of an exemption counteracts this effect to some extent in the cases where access to the exempted infrastructure is restricted which is in turn likely to restrict competition, **in particular if the capacity is held by players with a significant degree of market power**.

²⁷ Ibidem, Punkt 34.

Nach der von der Antragstellerin vorgebrachten Argumentation wurde die Investition in die Infrastruktur von Nord Stream 1 unter der Annahme einer 100% Kapazitätsauslastung durch Gazprom export für 50 Jahre unter der „*ship or pay*“ berechnet (Seite 17 des Antrags). Dies war eine der Grundannahmen der Investition. Darüber hinaus ist Gazprom export das einzige Unternehmen, das berechtigt ist, Gas aus Russland zu exportieren - so dass, wie die Antragstellerin argumentiert - die Anwendung der EU-Vorschriften für die Gasverbindungsleitung keine positiven Auswirkungen bringen würde. Darüber hinaus hat Nord Stream 1, wie die Antragstellerin behauptet, keine Endempfänger angeschlossen – daher wird die Regulierung von Nord Stream 1 nach Ansicht der Antragstellerin keine spürbaren Auswirkungen auf die Märkte oder den Wettbewerb haben.

Die Antragstellerin argumentiert (S. 40 ff.), dass im Falle der Regulierung von Nord Stream 1 durch das dritte Energiepaket ein ernsthaftes Risiko der Kapazitätsausnutzung auf der Seite der Antragstellerin bestehen würde. Dies wäre darauf zurückzuführen, dass Gazprom den bestehenden Vertrag untergraben und nicht die gesamte Kapazität reservieren könnte, sowie auf die Tatsache, dass es EU-Anforderungen für das kurzfristige Angebot von Kapazität gibt.

Nach Ansicht der Antragstellerin würde die Einführung einer Eisenbahntarifverpflichtung dazu führen, dass es auf NS1 2 Tarifen beständen, von denen eine in deutschen Gewässern reguliert und der andere (nach den geltenden Vorschriften) unreguliert wäre. Darüber hinaus wäre zum Zeitpunkt der Verpflichtung zur Anwendung der Tarife in dem deutschen Abschnitt nach der Auslegung der Antragstellerin sie an den BNETZA Beschluss (AMELIE case no. BK9-18/607) gebunden, wonach alle Überschüsse und Unterdeckungen zwischen den deutschen OSP ausgeglichen werden sollen („*equalisation scheme within the relevant market area*“).

Ohne mit der Antragstellerin in einen Streit darüber einzutreten, ob NS1 ein Teil des deutschen „*equalisation scheme*“ werden soll, oder nicht und unter der Annahme, dass der regulierte NS1 Teil dieses Schemas wäre, sollte argumentiert werden, dass eine solche Lösung für die Antragstellerin vorteilhaft ist. Damit würden nicht nur die Investitionsrisiken reduziert (gegenseitiger Ausgleich von Überschüssen und Mengen), sondern die Aktionäre der Nord Stream AG würden auch ihre Verhandlungsposition gegenüber Gazprom export stärken. Es sollte der Antragstellerin zugestimmt werden, dass die Aufrechterhaltung von zwei Tarifen - reguliert und nicht reguliert für die Gaspipeline - eine komplizierte und unvernünftige Variante ist. In Anbetracht der Rationalität der Geschäftstätigkeit und des Interesses der Aktionäre sollte die Nord Stream AG anstreben, den regulierten Tarif auf die gesamte Gaspipeline auszudehnen, was mit dem Wortlaut der Richtlinie, wie bereits in diesem Dokument erwähnt wurde, in Einklang steht.

Darüber hinaus behauptet die Antragstellerin, dass auf dem deutschen Abschnitt regulierte Tarife angewendet werden müssten und nicht die auf dem spezifischen Investitionsrisiko von Nord Stream 1 beruhende.

Dies ist eine weitere Aussage der Antragstellerin, die keine sachliche Grundlage hat. Die Regulierungsbehörde berücksichtigt bei der Festlegung des Tarifs für einen bestimmten Betreiber die von der Antragstellerin in WACC genannten Risiken. Darüber hinaus tut sie dies auf transparente Weise, was aus Sicht der Antragstellerin ein zusätzliches positives Argument im Zusammenhang mit dem Image darstellen kann.

Die Antragstellerin macht ferner geltend, dass die Erweiterung des EU-Rechts auf NS1 (auch nur ein Abschnitt im deutschen Gewässern) zur Beendigung der Darlehensverträge / zur Refinanzierung / zur

Herabsetzung der Kreditwürdigkeit der Antragstellerin und zu einem höheren Zinssätzen führen könne. Dies erhöht die angenommenen Kosten der bereits vorgenommenen Investition.

Eine solche Aussage ist zumindest erstaunlich und zeigt, dass die Regeln für das Tarifverfahren in der Europäischen Union der Antragstellerin nicht bekannt sind. Das von der Antragstellerin aufgeworfene Problem könnte auftreten, wenn eine bestimmte Regulierungsbehörde automatisch handeln würde, d.h. wenn sie bei der Festlegung des Tarifs nicht auf einzelne Variablen achten würde, die sich auf jede Infrastruktur beziehen. Dies ist jedoch nicht die Handlungsweise den Regulierungsbehörden in europäischen Ländern. Nebenbei ist hervorzuheben, dass sich die Regulierung der Antragstellerin durch das Tarifregime positiv auf seine Bonität auswirken kann. Die Ratings der regulierten Gesellschaften gehören zu den höchsten der Welt.

Bemerkenswert ist, dass es in der von der Antragstellerin als Anhang Nr. 9 vorgelegten Analyse ein Schaubild Nr. 5.4. gibt, demzufolge die Tarife gesenkt werden, wenn NS1 unter die Gasrichtlinie fällt. Dies wiederum führt dazu, dass keine Investitionsrendite erzielt werden können. Die Antragstellerin macht geltend, dass im Falle der Anwendung der Gasrichtlinie Gazprom im Rahmen der Neuverhandlung des geltenden Vertrags eine Senkung des Durchleitungstarifs auf das im Debt Service Cover Ratio Vertrag festgelegte Minimum aushandeln könnte. Dann wird die Gazprom-Kapitalgruppe höhere Gewinne erzielen (trotz fehlender Dividenden für PJSC Gazprom), während den europäischen Aktionären von NS1 Verluste entstehen, was bedeutet, dass ihre Investitionen nicht amortisiert werden.

Die obige Argumentation ist widersprüchlich und auf falschen Annahmen gestützt. Die Bedenken der Antragstellerin scheinen sich daraus zu ergeben, dass NS1 mit zwei Verpflichtungen abgedeckt wurde: der Bereitstellung des Zugangs für Dritte durch das Angebot von Kapazitäten zu den in CAM NC festgelegten Bedingungen und der Veröffentlichung von Tarifen.

Abdeckung der Kapazitätsreservierungsverpflichtungen

Nach den von der Antragstellerin vorgelegten Informationen können nach deutschem Recht 80% der Kapazität langfristig und 20% kurzfristig angeboten werden. Der Antragstellerin zufolge besteht die Gefahr, dass Gazprom export (als einziger Nutzer dieser Infrastruktur) nicht 20% bucht, was zu höheren Übertragungskosten (höherer Tarif / Gebühr für die gebuchte 80%) und geringeren Gewinnen für die Aktionäre führen wird. Diese Aussage wird durch die Fakten nicht belegt. Wenn sich das Risiko einer Investitionsrendite erhöht, was, wie von der Antragstellerin angegeben, zu einem Anstieg der Kreditbearbeitungskosten führen kann, werden diese neuen Kosten auch im Tarif berücksichtigt oder können sogar im Rahmen des „*equalisation fund*“ ersetzt. Die Tarifabdeckung der Gasleitung ist für sie nur vorteilhaft, denn unabhängig von der reservierten Kapazität werden die Kosten durch die genutzte Kapazität geteilt und somit der Tarifsatz bestimmt. Aus diesem Grund würde Gazprom Export durch die Senkung der Übertragung auf diesem Wege tatsächlich höhere (und nicht, wie von der Antragstellerin vorgeschlagen, niedrigere) Gebühren zahlen müssen. Die Funktion des Tarifs besteht darin, eine Investitionsrendite zu gewährleisten. Zusätzlich, unter Berücksichtigung von Bedingungen des deutschen Marktes, d.h. höheren Übertragungstarifen von kurzfristigen Produkte als von langfristigen Produkte, kann die Einführung des Unionsrechts tatsächlich zu höheren Einnahmen und damit zu Dividenden von Aktionären führen.

Berechnung und Veröffentlichung des Tarifs und die Möglichkeit der Neuverhandlung den Übertragungskosten von Gazprom export

Die Antragstellerin argumentiert, dass, wenn Nord Stream 1 unter das EU-Recht fällt, bekommt Gazprom export die Möglichkeit, den bestehenden Vertrag neu zu verhandeln, was zu einer Senkung der Übertragungsgebühr führen kann, was eine Senkung der Dividenden für die Aktionäre der Nord Stream AG (einschließlich europäischer Unternehmen) zur Folge haben könnte. Dies ist in der Tat ein Argument für eine EU-Regulierung der betreffenden Gasverbindungsleitung. Die Antragstellerin gibt selbst zu, dass das derzeitige Modell Gazprom export eine Position einräumt, die es ermöglicht, der Nord Stream AG ungünstigen Bedingungen aufzuerlegen. Wenn die Gaspipeline der EU-Regulierung unterliegt und der Tarif von der deutschen Regulierungsbehörde genehmigt wird, wird Nord Stream AG regulierte Einnahmen haben und der alleinige Nutzer wird einen enormen Verhandlungsvorteil ihm gegenüber verlieren.

Die Gewährung einer möglichen Freistellung für Nord Stream Gasverbindungsleitung wird eine systematische Diskriminierung alternativen Strecken zur Folge haben. Die meisten Einfuhrrouen aus Drittländern unterliegen transparenten Marktregeln:

- Europipe 1-, Europipe 2- und Norpipe-Gaspipelines - dienen der Einfuhr von Gas aus Norwegen,
- Bruderschaft Gaspipeline - dient der Einfuhr von Gas aus Russland,
- Die Jamal-Europa Gaspipeline (soweit sie sich auf polnischem Gebiet befindet) dient der Einfuhr von Gas aus Russland.

Im Falle einer Freistellung wäre die Nord Stream – Gaspipeline die einzige Infrastruktur, für die die Grundsätze der Gasrichtlinie überhaupt keine Anwendung finden würden. Infolgedessen würden Unternehmen, die Betriebsfunktionen an den oben genannten Gaspipelines ausüben, aufgrund der Notwendigkeit, unter einem ordnungsgemäßen Regulierungssystem zu arbeiten, diskriminiert werden. Tatsächlich zielt der Antrag darauf ab, dem einzigen möglichen Nutzer der Nord Stream-Gaspipeline einen regulatorischen Vorteil zu verschaffen, indem Bedingungen für die Nutzung der Importinfrastruktur für die EU geschaffen werden, die den Wettbewerber aus den EU-Mitgliedstaaten nicht gewährt sind. Es ist zu betonen, dass die negativen Auswirkungen der Freistellung vor allem in der Anwendung transparenter Tarife sichtbar werden würden.

Die Freistellung der Nord Stream- Gasverbindungsleitung, unter anderem von der Verpflichtung, die Tarife in Übereinstimmung mit den EU-Standards der Tarifierungsmethodologie festzulegen, bedeutet, dass dem einzigen möglichen Nutzer dieser Infrastruktur - Gazprom – ein Monopol auf Gasversorgung der EU gewährt wird, zusätzlich mit ihrem größten und liquidesten Markt (unabhängig davon, ob dieser geografisch als deutscher oder nordwesteuropäischer Markt definiert wird) (im Folgenden: „NWE“) zu ermäßigten Sätzen, die die tatsächlichen Infrastrukturkosten nicht widerspiegeln.

Angesichts der derzeitigen Politik von Gazprom in der COE-Region, die in der langfristigen Anwendung von Beschränkungen für die Wiederausfuhr von Gas aus diesen Ländern besteht, wird die Gewährung von Regulierungsprivilegien für dieses Unternehmen die Wettbewerbsverzerrung aufrechterhalten und einen Anreiz darstellen, die Politik zur Entwicklung und Integration der COE-Märkte in den NWE-Markt fortzusetzen. Die Freistellung wird daher zu einer dauerhaften Festigung der beherrschenden

Stellung von Gazprom auf den COE-Märkten führen, was aus Sicht des Wettbewerbsschutzes und der bisherigen Tätigkeit dieses Unternehmers kein positives Phänomen ist.

Auswirkungen der Freistellung auf die Tarifsätze im geregelten Abschnitt

Im Punkt 3.2.4 der von Frontier erstellten Analyse (Anhang 8 des Antrags der Nord Stream AG) wurde darauf hingewiesen, dass die Nichtanwendung der Freistellung nach dem Art. 49a der Änderungsrichtlinie zu einer Erhöhung der Tarifsätze aufgrund der Einbeziehung des Offshore-Teils in das Gaspool-Tarifgebiet führt. Besonderes Augenmerk legen wir auf die auf den Seiten 102-103 der obigen Analyse vorgebrachten Argumente, dass Nord Stream die Transportgebühr für den nicht regulierten Abschnitt senken und diese Kosten auf den regulierten Abschnitt übertragen könnte. Gleichzeitig weist diese darauf hin, dass die angebliche Rechtfertigung in den hohen Kosten für den Infrastrukturbau am Einstiegspunkt in die Landinfrastruktur besteht. Dieses Verständnis zeigt deutlich, dass die Anforderungen der Gasrichtlinie nicht nur auf die Nord Stream-Gasverbindungsleitung innerhalb des Territoriums der EU-Mitgliedsstaaten angewendet werden sollten, sondern dass in Übereinstimmung mit den Anforderungen der Gasrichtlinie versucht werden sollte, diese in kohärenter Weise anzuwenden und die Ziele der Gasrichtlinie zu erreichen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. In Bezug auf die Tarifsätze erfordert dies, dass die Betriebskosten der gesamten Gaspipeline und nicht nur der Teil, der im Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten liegt, einbezogen werden. Auf diese Weise wird eine Quersubventionierung vermieden und gleiche Wettbewerbsbedingungen für Versorgungsrouten sowie für gewerbliche Unternehmen, die Versorgungsrouten nutzen, die vollständig unter die Gasrichtlinie fallen, sichergestellt. Eine Befreiung von der Verpflichtung zur Anwendung transparenter Tarife angesichts der impliziten Anerkennung der Antragstellerin, dass die Nichtanwendung des EU-Rechts eine Senkung der Übertragungskosten zur Folge hat, führt zur Zustimmung zur systematischen Verwendung von Quersubventionen.

Die vorgebrachten Argumente beweisen, dass die Aufrechterhaltung unregulierter Abschnitte bereits dazu führt, dass eine der Strecken durch eine angemessene Kostenverteilung gegenüber den anderen bevorzugt wird. Die Nord Stream AG scheint nach der beigelegten Analyse zuzugeben, Maßnahmen zur Quersubventionierung zu ergreifen, was in der EU verboten ist. Diese Quersubventionierung würde darin bestehen, die Kosten der unregulierten Infrastruktur im Offshore-Abschnitt durch eine Überbewertung der Tarifsätze im regulierten Abschnitt zu wiederzugewinnen.

Hinsichtlich des Arguments der Antragstellerin zu den negativen Auswirkungen einer möglichen Freistellung auf den Wettbewerb aufgrund des Anstiegs der Gasübertragungskosten ist hingegen festzustellen, dass dieser Effekt durch den Ausgleich der Wettbewerbschancen einzelner Teilnehmer am Gasgroßhandelsmarkt ausgeglichen wird. Die Abschaffung der derzeitigen Privilegien wird die Marktmacht des größten Gasversorgers (Gazprom) einschränken und eine Barriere darstellen, die dieses Unternehmen davon abhält, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen zu ergreifen. Es sollte auch darauf hingewiesen werden, dass unabhängig von den Geschäftsentscheidungen der Lieferanten hinsichtlich der Auswahl der Nord Stream-Pipeline als Gastransportinfrastruktur ist auch die Tariftransparenz zu berücksichtigen, die sich aus der Verordnung (EU) 2017/460 der Kommission vom 16. März 2017 zur Festlegung eines Netzkodex für harmonisierte Strukturen der Gasübertragungsstarife ergibt, das ein Wert an sich ist und wirkt sich positiv auf die Schaffung von Wettbewerbsbedingungen auf den Gasgroßhandelsmärkten in der EU aus. Auf diese Weise erhalten die Netznutzer umfassende

Informationen über die Höhe der Tarife selbst, über die Methoden ihrer Feststellung und über die Kosten, die die Grundlage für ihre Feststellung bilden.

Die negativen Auswirkungen der Freistellung werden auch im Gashandelsbereich erkennbar sein - im Falle von Handelsgesellschaften, die andere Übertragungswege nutzen. Unternehmen, die den Rohstoff über eine Infrastruktur importieren, die den Vorschriften der Gasrichtlinie unterliegt, werden gegen Gazprom - einem Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf dem EU-Gasgroßhandelsmarkt diskriminiert.

Auswirkungen der Gewährung einer Freistellung auf alternative Transportwege

Die Gewährung einer Freistellung und die Beibehaltung unterschiedlicher Tarifsysteme in Abhängigkeit von der Gasversorgungsstrecken desselben Unternehmers wirken sich auf die anderen Erdgastransportstrecken aus. Die beantragte Freistellung ermöglicht die freie Gestaltung der Übertragungssätze zwischen den Versorgungsrouten, was Druck auf die baltischen Staaten sowie auf Mittel- und Osteuropa ausüben kann.

In Anbetracht dessen wird die Befreiung der NS1 aus der Verwendung der EU-Vorschriften es Gazprom und Unternehmen der Gazprom-Kapitalgruppe ermöglichen, zusätzliche Gasvolumen auf den Markt der Europäischen Union umzuleiten, indem die Kapazität der Nord Stream-Gasverbindungsleitung voll ausgenutzt wird. Da die Nachfrage nach Erdgas in Mitteleuropa nicht wesentlich gestiegen ist, besteht die einzige mögliche Auswirkung der umstrittenen Änderung darin, die Bedingungen für die Bereitstellung und Nutzung von Übertragungsdienstleistungen auf konkurrierende Gasverbindungsleitungen, d.h. die Bruderschafts- und die Jamal-Gaspipeline, zu beeinflussen, indem der Gastransport durch diese beiden Leitungen reduziert oder sogar ganz eingestellt wird. Ein zu geringes Volumen auf bestehenden herkömmlichen Übertragungswegen führt zur Einstellung ihrer Nutzung und damit zum Wertverlust alternativer Versorgungswege, beispielsweise im Falle eines technischen Defekts auf einem der Wege. Es könnte sich herausstellen, dass die bisher über die Basisrouten (Ukraine, Belarus) verschickten Mengen zu gering sind, um die dortigen Einheiten mit ausreichenden Finanzmitteln zu versorgen, die zur Aufrechterhaltung der funktionierenden Infrastruktur erforderlich sind. Infolgedessen kann sich herausstellen, dass es im Falle eines Ausfalls von Nord Stream keine alternativen Wege gibt, um die erforderlichen Gasmengen nach Europa zu senden.

Eine solche Beschränkung oder Einstellung der Übermittlung hat zur Folge, dass es nicht möglich ist, die Lieferungen auf polnischem Gebiet auszuführen, was die Kontinuität der Versorgung der Empfänger auf polnischem Gebiet unmöglich macht oder erheblich behindert und folgende Konsequenzen hat:

- a) Unfähigkeit, die Verpflichtung zur Sicherstellung der Gasversorgung für Empfänger zu erfüllen, die von dazu verpflichteten Unternehmen geschützt sind,
- b) keine Möglichkeit der ordnungsgemäßen Funktion des Gassystems und Beeinträchtigung der Möglichkeit der kommerziellen Nutzung von Gasspeichereinrichtungen,
- c) Risiko eines signifikanten Anstiegs der Gasbeschaffungskosten.

Falsche Analyse der Konsequenzen des Gazprom-Verpflichtungsbeschlusses.

Unter Bezugnahme auf die Argumente zu den angeblichen „Zusammenhängen“, die der Gazprom-Verpflichtungsbeschluss²⁸ von 2018 hervorbringt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass er vor dem Gericht der EU angefochten wurde²⁹.

Es ist auch zu beachten, dass die in der Entscheidung vorgesehenen Mechanismen rein theoretischer Natur sind und ihre künftige Anwendung für die COE-Märkte nur eine begrenzte Bedeutung (wenn überhaupt) Bedeutung haben wird. Der *-Swap* -Mechanismus wurde in der Praxis auch nur ein einziges Mal eingesetzt, hauptsächlich aufgrund von Konstruktionsfehlern (hohes Mindestvolumen für die Beantragung des *-Swaps* sowie hohe Gebühren, die in keinem Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten von Gazprom stehen). Es sei darauf hingewiesen, dass die EK selbst in dem Gazprom-Verpflichtungsbeschluss bereits anerkannt hat, dass dieser Mechanismus den Marktmechanismus nicht ersetzen wird und in Fällen zum Einsatz kommt, in denen Preisunterschiede zwischen einzelnen Märkten erheblich werden³⁰ (d.h. in einer Situation wachsender Marktbarrieren und nicht ihrer weiteren Integration).

Ebenso ist der von Gazprom vorgeschlagene Preisrevisionsmechanismus, der angeblich das Problem der ungewöhnlich hohen Gaspreise in Verträgen mit Empfänger in Mittel- und Osteuropa angeht, mangelhaft. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es auf dem in den meisten Verträgen bereits vorhandenen Neuverhandlungsmechanismus und dem Verfahren vor dem Schiedsgericht beruht. Dies bedeutet, dass die Empfänger keinen Schutz gegen grob überhöhte Preise erhalten haben - Gazprom ist bei Neuverhandlungen nicht verpflichtet, einer Preisänderung zuzustimmen, und der Ausgang des Schiedsverfahrens kann ungeachtet des Wortlauts der Überprüfungsklausel nicht vorhergesagt werden. Das Gefühl der Unvorhersehbarkeit von Schiedsverfahren wird durch die Haltung von Gazprom hinsichtlich den Urteilen des Schiedsgerichts verstärkt. Im Falle eines Streits mit dem ukrainischen Konzern Naftogaz hat Gazprom die aus den Haftstrafen resultierenden Schulden lange Zeit nicht zurückgezahlt. Die Haltung von Gazprom zwang Naftogaz, eine Reihe von Maßnahmen in den Gerichtsbarkeiten verschiedener Länder zu ergreifen, um Vermögenswerte von Gazprom zur Schuldenrückzahlung zu pfänden³¹. Letztendlich erklärte sich Gazprom bereit, die Schulden nur im Rahmen des Verhandlungsabkommens für den Gastransitvertrag durch die Ukraine zurückzuzahlen³². Es ist auch erwähnenswert, dass die von Gazprom vorgeschlagene Klausel selbst ungenaue Konzepte enthält, deren Auslegung nicht offensichtlich ist. Darüber hinaus enthalten einige der in der Klausel verwendeten Elemente (z.B. die „Merkmale des langfristigen Vertrags“) nur Faktoren, die eine Preiserhöhung rechtfertigen. Auch die Tatsache, dass bislang nur ein einziger Preisrevisionsverfahren

²⁸ Beschluss der Europäischen Kommission vom 24. Mai 2018 in der Sache AT.39816 - Upstream Gas Supplies in Central and Eastern Europe, C (2018) 3106 final, ausgestellt auf der Grundlage von Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der Wettbewerbsregeln gemäß Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. EG 2003, L 1/1, erhältlich unter:

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39816/39816_10148_3.pdf.

²⁹ Verfahren T-616/18 Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo vs. Kommission.

³⁰ Punkt 174 des Gazprom-Verpflichtungsbeschlusses.

³¹ UK court orders Gazprom to hand over pipeline dividends, 12. Juli 2019.

<https://globalarbitrationreview.com/article/1194924/uk-court-orders-gazprom-to-hand-over-pipeline-dividends>.

³² Naftogaz Erklärung, 23. Dezember 2019, <http://www.naftogaz.com/www/3/nakweben.nsf/0/0F580983A4AED8E2C22584D9004C866E?OpenDocument&year=2019&month=12&nt=News&>.

eingeleitet wurde (in Bulgarien³³) zeigt, dass der Mechanismus für den Markt von begrenzter Bedeutung ist.

IV. Von der Antragstellerin gezogene Analogie zwischen Amortisierung und Investitionsrisiko

Unter Bezugnahme auf „Ermöglichung der Rückzahlung der getätigten Investition“ (Art. 49b Abs. 1 der Gasrichtlinie) leitet die Antragstellerin eine Analogie zwischen einem solchen objektiven Grund für die Gewährung der vom Antrag erfassten Freistellung und Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b der Gasrichtlinie, wonach ein aufsichtsrechtlicher Ausschluss festgelegt werden muss, so dass das mit der Investition verbundene Risiko so hoch sein muss, dass die Investition ohne die Gewährung der Freistellung nicht stattfinden würde.

Art. 36 der Gasrichtlinie betrifft naturgemäß neue Infrastrukturen, für die noch keine Investitionsentscheidung getroffen wurde und die betreffende Anlage noch nicht gebaut wurde, während die Freistellung nach dem Art. 49b der Gasrichtlinie gilt nur für Verbindungsleitungen, die vor dem in der Verordnung angegebenen Datum vollständig fertiggestellt wurden und die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Erlaubnisse für ihrer Nutzung auf der gesamten Gasfernleistungsstrecke erhalten haben. Der Untersuchungsgegenstand ist in beiden Fällen eine unterschiedliche Art des Risikos. Im Falle des Ausschlusses nach Art. 36 der Gasrichtlinie geht es darum, die Marktversagen und Unsicherheit über die zukünftigen Einnahmen aus Übertragungsaktivitäten zu überwinden, die auf der freigestellten Gasverbindungsleitung basieren. Bei Freistellungen handelt es sich jedoch nur um das aktuelle Geschäftsrisiko. Nach bestem Wissen aus der Geschäftspraxis ist das mit der Rückzahlung von Darlehen verbundene Risiko von den Geldgebern ordnungsgemäß abgesichert worden, und unterliegt die Antragstellerin keiner Verletzung der Zahlungsdisziplin gegen das öffentliche Interesse. Die Infrastruktur wird in einem Zustand der Bereitschaft und Eignung für die Geschäftstätigkeit bleiben.

Nach dem Vorbringen der Antragstellerin ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin nachweisen müsste, dass:

- a) wenn die Gasverbindungsleitung, auf die sich der Antrag bezieht, dem EU-Recht unterliegen würde, wäre es unmöglich, eine externe Finanzierung zu erhalten, und der Investor würde nicht über ausreichende eigene finanzielle Mittel verfügen **und**
- b) die Einbeziehung der EU-Gesetzgebung während des Nutzung der Gasverbindungsleitung wird es nicht ermöglichen, die Einnahmen aus dem laufenden Betrieb zu erzielen, die zur Deckung der Betriebskosten der Gasverbindungsleitung notwendig sind, wobei ein transparentes Preismodell auf der Grundlage des NC TAR entlang der gesamten Strecke vorausgesetzt wird, **sowie**
- c) eine dem EU-Recht unterliegende Gasverbindungsleitung konnte aus objektiven Gründen nicht mit einem EU-Unternehmen abgewickelt werden, um abgezinste Zahlungsströme wiederzugewinnen.

³³ Bulgaria will open talks with Gazprom on reducing the price of natural gas, 24 Mai. 2019. <https://neftegaz.ru/en/news/energy/455363-bulgaria-will-open-talks-with-gazprom-on-reducing-the-price-of-natural-gas/>.

V. Dauer der beantragten Freistellung und gegebenenfalls Auferlegung von Bedingungen gemäß Art. 49a Abs. 1 Unterabs. 2 der Gasrichtlinie.

Die Nord Stream AG beantragt eine Freistellung für einen Zeitraum von 20 Jahren und, falls sie für einen solchen Zeitraum nicht gewährt wurde, für einen möglichst langen Zeitraum, der aus objektiven Gründen gemäß Art. 49a Abs. 1 der Richtlinie 2009/73 und § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG.

Es ist zu betonen, dass die Freistellung als Ausnahme vom Grundsatz der Ausdehnung von Erdgasverbindungsleitungen aus Drittländern auf die Grundsätze der Erdgasbinnenmarktfunktionsweise betrachtet werden sollte und daher eine solche Freistellung so eng wie möglich gewährt werden sollte. Der Zeitraum einer Freistellung muss durch objektive Gründe gerechtfertigt sein, die von der Antragstellerin, das die Freistellung beantragt, ausführlich darzulegen sind. Im vorliegenden Fall fehlen der nichtvertraulichen Fassung des von der Nord Stream AG eingereichten Antrags Argumente dafür, warum er für einen Zeitraum von bis zu 20 Jahren gewährt werden sollte. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass der Erdgasmarkt derzeit und in Zukunft u.a. aufgrund der neuen Klimapolitik der Europäischen Union erheblichen Veränderungen unterworfen ist und sein wird. Folglich werden sich auch die Wettbewerbsbedingungen darauf ändern. Es ist daher unangemessen, die gegenwärtige Situation durch die Gewährung dieser Freistellung für einen so langen Zeitraum zu festigen. Das sich ändernde Marktumfeld kann dazu führen, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Freistellung nach Art. 49a Abs. 1 Buchstabe 1 der Richtlinie 2009/73 und § 28b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG irgendwann nicht mehr erfüllt, und für eine ordnungsgemäße Entwicklung des Wettbewerbs und des Funktionierens des Marktes wird es erforderlich sein, eine solche Freistellung abzuschaffen oder ihr bestimmte Bedingungen aufzuerlegen. Da die Richtlinie 2009/73 und das EnWG die Möglichkeit vorsehen, die Geltungsdauer der Freistellung zu verlängern, gefährdet ihre Gewährung für einen kürzeren Zeitraum als der beantragte Zeitraum in keiner Weise die berechtigten Interessen der Antragstellerin. Eine solche Lösung ermöglicht es hingegen, sich zu vergewissern, dass die gewährte Freistellung im Lichte der Fakten weiterhin notwendig ist.

Im Falle einer Entscheidung der deutschen Behörden, trotz der in diesem Dokument vorgebrachten Vorbehalte eine Freistellung zu gewähren, wenden wir uns mit äußerster Vorsicht auf die Antragstellerin gemäß Art. 49a Abs. 1 Unterabs. 2 der Gasrichtlinie die Betriebsbedingungen aufzuerlegen, einschließlich:

1. Verpflichtung zur Unabhängigkeitszertifizierung, auch in Bezug auf die Beziehungen zu einem Drittland,
2. Verpflichtung zur regelmäßigen Bewertung der Auswirkungen von Freistellungen auf die Funktionsweise der Erdgasmärkte in Mittel- und Osteuropa, mindestens alle vier Jahre, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Energiesolidarität;
3. Vorbehalt der künftigen Anordnung der Aufsichtsmaßnahmen durch die deutsche Regulierungsbehörde gegenüber der Antragstellerin, um die Rechtsverletzung zu beseitigen oder den rechtmäßigen Status wiederherzustellen.

VI. Abschluss.

Unter Berücksichtigung der wichtigsten Schlussfolgerungen der obigen Analyse:

- zu enger Umfang der Themenanalyse - der Notwendigkeit, die Auswirkungen aus der Sicht der gesamten Gasverbindungsleitung zu analysieren (insbesondere hinsichtlich der Auswirkungen auf die Tarifhöhe),
- Nichtbeachtung relevanter Instrumente der Gasrichtlinie, die eine kohärente Anwendung der Richtlinie auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten in Bezug auf eine bestimmte Infrastruktur ermöglichen sollen, insbesondere des Art. 49b der Gasrichtlinie,
- der Notwendigkeit, Begriffe wie „Versorgungssicherheit in der Union“ und „Diversifizierung“ richtig zu verstehen,
- einer falschen Beurteilung der Konsequenzen der Freistellung der Gasverbindungsleitung, die Folge des Missverständnisses der oben genannten Begriffe ist,
- Nichtbeachtung der Schlüsselaspekte für die Bewertung der Auswirkungen der Gewährung einer Freistellung für eine Gasverbindungsleitung auf die Funktionsweise des Binnenmarktes, sowohl in Bezug auf den Wettbewerb zwischen den Versorgungsstrecken als auch auf die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Handelsgesellschaften,

es ist zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Voraussetzungen für die Gewährung einer Freistellung gemäß § 28b EnWG **nicht erfüllt sind**.