I. Einleitung

Die folgende Analyse betrifft den von der Antragstellerin gemäß § 28b Energiewirtschaftsgesetzes (im Folgenden: „**EnWG**“) am 10. Januar 2020 gestellten Antrag der Nord Stream 2 AG auf die Freistellung der Nord Stream 2-Pipeline.

Nach dieser Vorschrift wird eine Freistellung der Gasverbindungsleitungen gewährt, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden[1], wenn objektive Gründe vorliegen, wie bspw.: die Ermöglichung der Amortisierung der getätigten Investitionen oder die Versorgungssicherheit, vorausgesetzt, dass diese Freistellung sich nicht auf den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt und dessen effektives Funktionieren sowie auf die Versorgungssicherheit in der Union nachteilig auswirken wird.

Die in dem Schreiben angegebenen Argumente zeigen:

a) die Unmöglichkeit der Gewährung einer Freistellung der Nord Stream-Pipeline als einer Investition, die vor dem 23. Mai 2019 nicht fertiggestellt wurde,
b) die mangelnde Legitimität der Nord Stream 2 AG, einen Antrag auf die Freistellung zu stellen,
c) die Nichterfüllung materiellen Voraussetzungen, die die Nord Stream 2 AG zu einer Freistellung berechtigen.

II. Allgemeine Anmerkungen.

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

Zunächst ist auf die Argumente der Antragstellerin bezüglich der subjektiven Voraussetzung für die Gewährung einer Freistellung zu verweisen. Eine *sine qua non* Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines Rechtsmittels nach Art. 49a der Richtlinie 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: **„Gasrichtlinie"**) ist die Erfüllung eines zeitbestimmten Merkmals der Vollständigkeit einer Investition. Die Begründung des Antrags der Nord Stream 2 Projektgesellschaft stützt sich auf einer falschen Annahme, dass das Kriterium für die Fertigstellung der Investition relativ ist, während nach den im EU-Recht festgelegten Auslegungsregeln und den Zielen des EU-Gesetzgebers hinsichtlich der Gasrichtlinienvorschriften stellt die Anforderung, dass die Investition vor dem 23. Mai 2019 vollständig ist, ein objektives Kriterium dar. Die Ansprüche der Antragstellerin beruhen auf einem willkürlich entstellten Inhalt der normativen Voraussetzung der Vollständigkeit zu einem funktionalen und nicht objektiven Kriterium. Um die subjektive Voraussetzung der Freistellung zu erfüllen, wurde der wirtschaftliche Fortschritt der Investition als funktionales Ausmaß der Vollständigkeit der Nord Stream 2-Pipeline angenommen. Die Antragstellerin führt wirtschaftliche Gründe an und verweist auf die Tatsache, dass die endgültige Investitionsentscheidung (Eng. *Final Investment Decision* - FID) getroffen wurde als zeitbestimmter

[1] In dem Schreiben wurden konsequent die Begriffe „fertiggestellte Gasverbindungsleitung" oder „fertiggestellte Investition" verwendet. Der wörtliche Wortlaut des Art. 49a der Gasrichtlinie in polnischer Fassung bezieht sich jedoch auf die „gebaute Gasverbindungsleitung“.

Bezugspunkt dafür, eine Investition als „fertiggestellt" zu betrachten. Behauptungen wie die oben genannten führen die Antragstellerin zu einer Auslegung, die den Zielen des EU-Gesetzgebers offenkundig widerspricht. Die von der Nord Stream 2 AG vorgeschlagene Auslegung der Gasrichtlinienvorschriften ist eine *contra legem* Auslegung, kann daher keine Grundlage für die Regulierungsbehörde bilden, um dem Antrag auf Freistellung stattzugeben.

Der Zweck der Rechtsauslegung besteht darin, den richtigen Inhalt der in den Rechtsvorschriften enthaltenen Rechtsnormen zu bestimmen. Das Ergebnis einer solchen Maßnahme kann nicht die Schaffung neuer Rechtsnormen sein, die von der richtigen Bedeutung entfernt sind, sondern deren richtige Interpretation aus den Vorschriften des positiven Rechts. Indessen nehmen in diesem Fall Antragstellerinnen eine normative Bewertung der Gasrichtlinienvorschriften sowie Vorschriften des EnWG in einer Weise vor, die in der Tat eine völlig andere Bedeutung der für die Freistellung relevanten Vorschriften umreißt. Es ist unmöglich, der Behauptung der Antragstellerin zuzustimmen, dass die Hypothese des Art. 28b EnWG das Vollständigkeitsmerkmal in einer Weise bestimmte, die vage und für unterschiedliche Auslegungen dieser Voraussetzung offen ist (S. 37 des Antrags). Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung des Art. 49a der Gasrichtlinie das Wort „*fertiggestellt*" verwendet, was als Adjektiv: „abgeschlossen" (bzw. „fertig")[2] übersetzt wird. Die in dem Vorschrift angewendete grammatikalische Form ist vollendet. Daher ist die umfangreiche Argumentation der Antragstellerin, die darauf abzielt , die linguistische Grundlage der vermeintlichen Ungenauigkeit und Offenheit des Begriffs „Vollständigkeit" in der deutschen Sprache nachzuweisen, nicht stichhaltig. Sie hält einer einfachen sprachlich-grammatikalischen Analyse nicht stand. Es ist darauf hinzuweisen, dass es aus Sicht der Gesetzgebungstechnik auch eine Reihe von Voraussetzungen gibt, die den Thesen der Antragstellerin widersprechen. Im Art. 28b EnWG wurde keine Erweiterung der Bezeichnungssammlung durch die Wendungen „insbesondere", „zum Beispiel" oder die Verwendung der offenen Berechnung der „Vollständigkeitskriterien" untergenommen. Darüber hinaus enthält die Hypothese der Vorschrift keine zusätzliche Auslegungsrichtlinie bezüglich der Voraussetzung des Investitionsabschlusses, die es erlauben würde, den Begriff „Vollständigkeit" beliebig zu interpretieren oder ihm eine funktionale Bedeutung zu geben. Der Gesetzgeber hat auch keinen Ermessensspielraum bei der Frage vorgesehen, ob die den Antrag auf Freistellung prüfende Behörde das Merkmal der „Vollständigkeit" am 23. Mai 2019 erklären sollte oder nicht. Es wurden keine Formulierungen wie „die Behörde beurteilt", „kann feststellen", „es wird berücksichtigt". Dies bedeutet, dass der Begriff der Fertigstellung der Investition in den entsprechenden Vorschriften in der üblichen, allgemein anerkannten Bedeutung verwendet wurde, der keiner Bedeutungsrelativierung unterliegt. In dieser Hinsicht schaffen die Art. 49a der Gasrichtlinie und Art. 28b EnWG eine eindeutige, formelle Voraussetzung, die vor einer möglichen normativen Verzerrung der Regulierung als Folge einer Überinterpretation in Form einer Auslegung *contra legem* schützt. Verwendung eines Begriffs durch den Gesetzgeber der Union, das durch Datum bestimmt wird (der später bei der Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht wiederholt wird), weist auf eine klare Absicht, den genauen Zeitpunkt zu definieren, in dem das Merkmal der „Vollständigkeit" sich materialisiert. Die Antragstellerin ist

[2] Agnieszka Kilian, Alina Kilian, *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Deutsch-Polnisch*, Wolters Kluwer Polska, 2014.

fälschlicherweise der Ansicht, dass das eine mangelnde rechtliche Definition der „Vollständigkeit" in dem Begriffsbestimmung des EnWG eine Voraussetzung für eine breite und funktionale Anwendung der Voraussetzung der Vollständigkeit darstellt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach dem allgemeinen Grundsatz der Gesetzgebungstechnik klare und offensichtliche Begriffe vom Gesetzgeber nicht weiter erklärt werden müssen. Die Möglichkeit, in einen Rechtsakt eine Begriffsdefinition aufzunehmen, die von der allgemein anerkannten Bedeutung getrennt ist, weist auf die Absicht des Gesetzgebers hin, einem bestimmten Rechtsbegriff eine bestimmte Bedeutung zu verleihen. In diesem Fall wurde es keine solche Gesetzgebungsmaßnahme angewendet, was als Absicht angesehen werden kann, der Kategorie „Vollständigkeit" die Standardbedeutung zu belassen, nachdem sie als die materielle Bereitschaft des Projekts zu einem genau festgelegten Zeitpunkt verstanden werden soll, und nicht als seine wirtschaftliche Funktionalität, wie die Antragstellerin falsch annimmt. Eine solche Maßnahme des EU-Gesetzgebers sollte wahrscheinlich die höchste normative Präzision der Vorschrift und damit die volle Wirksamkeit der EU-Vorschriften in dieser Hinsicht gewährleisten[3]. Jeder Versuch, die Bedeutung des Begriffs „Vollständigkeit" zu relativieren, streben im Wesentlichen an, die Wirksamkeit des EU-Rechts einzuschränken, was dem Grundsatz der unmittelbaren Wirkung, dem Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung und dem Grundsatz der Einheitlichkeit der EU-Rechtsvorschriften widerspricht.

Die immer wieder im Antrag erwähnter wirtschaftlicher Fortschritt lässt sich nicht in strengen Interpretationsrahmen fassen, da die Zeit und die Kontinuität des Finanzierungsprozesses[4], der die funktionale (d.h. wirtschaftliche) Bereitschaft des betreffenden Projekts bestimmen soll, unbestimmt sind. Hypothetisch gesehen würde das Zulassen der relativen Dimension der Voraussetzung der „Vollständigkeit" dazu führen, dass den entsprechenden Vorschriften ihre rechtliche Wirksamkeit entzogen werden und das Ziel des EU-Gesetzgebers vereitelt wird, das darin bestand „*sicherzustellen, dass die für Gasfernleitungen zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften auch für Gasfernleitungen in der Union aus Drittländern und in Drittländer gelten*" [5]. Die Vorschriften des Art. 49a der Gasrichtlinie und des Art. 28b EnWG erlauben in keiner Weise anzunehmen, dass die endgültige Investitionsentscheidung, bzw. der abgeschlossene Investitionsfinanzierungsvertrag das Merkmal der „Vollständigkeit" für die Gewährung der Freistellung bestimmen. Unter Verwendung der von der Antragstellerin angenommenen Logik könnten als „abgeschlossene Investition" Investitionen in Betracht gezogen werden, für die noch keine Bauarbeiten begonnen haben. Ein Beispiel dient die South Stream-Gaspipeline, bei der die FID am 5. November 2012[6] unterzeichnet wurde und die Investition nicht endgültig getätigt wurde.

---

[3] Vgl. Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 19. Juli 2016 C-455/14 P *Rat der EU gegen Kommission*

[4] Nach den vorliegenden Informationen wurde die Finanzierung der Nord Stream 2 Investition am 23. Mai 2019 nicht definitiv abgeschlossen.

[5] Erwägungsgrund (3) der Präambel der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates (EU) 2019/692.

[6] Gazprom, Final investment decision adopted for South Stream offshore section, https://www.gazprom.com/press/news/2012/november/article148506/ (Zugang: 25. Februar 2020).

Dies ist eine nicht berechtigte Schlussfolgerung, die das Merkmal einer rechtswidrigen extensiven Auslegung trägt, die den Auslegungsregeln und den EU-Rechtszielen widerspricht. Eine solche Maßnahme ist insbesondere bei Freistellung nicht gerechtfertigt, da dieses Rechtsmittel eine formale Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz darstellt, dass innerhalb der EU Gasverbindungsleitungen den regulatorischen Anforderungen des Binnenmarktes unterliegen, daher sollten die Voraussetzungen für eine Freistellung eng ausgelegt werden[7].

Alle vorstehenden Überlegungen zur durch die Antragstellerin gemachten falschen Auslegung des in Art. 49a der Gasrichtlinie enthaltenen Merkmals der „Vollständigkeit" sind an den Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts gebunden (im Folgenden: **„EU"**). Der Grundsatz der Einheitlichkeit hat der EUGH auf der folgenden Weise bestimmt: *„die einheitliche Anwendung ist ein grundlegendes Erfordernis der gemeinschaftlichen Rechtsordnung. (...) Es sollte auch hinzugefügt werden, dass das nationale Gericht, das verpflichtet ist, die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in seinem Zuständigkeitsbereich anzuwenden, die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sicherstellen und (...) die Interessen der Gemeinschaft berücksichtigen muss (...)"*[8]. Der Grundsatz der Einheitlichkeit soll die Wirksamkeit des EU-Rechts vor der unterschiedlichen Lesart darin enthaltenen Rechte und Pflichten schützen, die sich aus der Mehrsprachigkeit der EU-Rechtsordnung und dem rechtlichen Multizentrismus in der EU ergeben[9]. Nach den dargestellten Überlegungen des EuGH muss die Auslegung des Begriffs „Vollständigkeit" zum Zwecke der Beurteilung des Antrags der Projektgesellschaft Nord Stream 2 AG auf eine Freistellung für das Projekt Nord Stream 2 restriktiv und im Einklang mit den Auslegungsregeln und den Zielen des Gesetzes sowie mit dem EU-Interesse, das den einschlägigen Vorschriften zugrunde liegt (hier: Gewährleistung eines einheitlichen Rechtsrahmens für den Gasbinnenmarkt in der EU), erfolgen. Wirtschaftliche Interessen von privaten Subjekten, wie die Antragstellerin, völlig durch das EU-Recht geschützt , müssen jedoch mit dem EU-Recht vereinbar sein. Es steht im Widerspruch mit dem EU-Recht, darüber hinauszugehen, indem man den normativen Inhalt dieser regulatorischen Einschränkungen willkürlich ändert.

Darüber hinaus sollte die weitreichende Inkonsequenz der Antragstellerin unterstrichen werden. In der Klage[10], die vor dem EU Gericht am 25. Juli 2019 gegen des Europäischen Parlaments und der EU Rat erhoben wurde, macht die Nord Stream 2 AG mit ihren ersten Klagegrund einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung geltend, da die Änderung der Gasrichtlinie nimmt der Klägerin die Möglichkeit der Freistellung trotzt hohen Investitionen, die bereits zum Zeitpunkt ihrer Annahme und sogar vor der Vorlage ihres Entwurfs, getragen wurden, während alle andere Unterwasser-

---

[7] Die Regel der restriktiven Auslegung von Ausnahmevorschriften (lateinisch: *exceptiones non sunt extentendae*) wurde in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU anerkannt – vgl. die Urteile des EUGH: C-26/13 in der Rechtssache *Árpád Kásler und Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt*, C-231/87 und C-129/88 in den verbundenen Rechtssachen *Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda and others v Comune di Carpaneto Piacentino*, C-7/98 in der Rechtssache *Krombach*, den 11. Mai 2000, C-38/98 in der Rechtssache *Renault*.

[8] Urteil des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen C-143/88 und C-92/89 *Zuckerfabrik*.

[9] Urteil des Gerichtshofs vom 12. November 1969 in der Rechtssache C 29/69 *Stauder gegen Stadt Ulm*.

[10] Klage, eingereicht am 25. Juli 2019 – Nord Stream 2 / Parlament und Rat (Az. T-526/19), http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217585&pageIndex=0&doclang=PL&mode=lst&dir=&occ= erste & part = 1 & cid = 7.392.910.

Einfuhr-Pipelines kommen für die Freistellung in Betracht. In dem Schreiben führt die Antragstellerin jedoch eine rechtliche Argumentation an (in einer Weise, die dem abgekürzten Klageinhalt direkt widerspricht), um nachzuweisen, dass er ein Subjekt ist, das zu einer Freistellung berechtigt ist, da die Nord Stream 2 AG die Voraussetzungen für die Anwendung von § 28b EnWG erfüllt. Die erläuterte Einrede aus der Klage der Nord Stream 2 AG gegen der Änderung der Gasrichtlinie weist darauf hin, dass die Antragstellerin seit der Annahme dieses Rechtsaktes keine Zweifel daran hatte, dass sie die in Art. 49a der Gasrichtlinie bestimmten Voraussetzungen nicht erfüllt.

Zur Begründung des Antrags macht die Nord Stream 2 AG geltend, dass der Begriff „Vollständigkeit" nicht nur auf die physische Fertigstellung des Baus reduziert werden soll, und verwies auf die in der Charta der Grundrechte der EU (im Folgenden: **„GRC"**) enthaltenen Garantien, d.h. den Grundsatz des Schutzes berechtigter Erwartungen und den Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 20 GRC), den Grundsatz des Vermögensschutzes (Art. 17 GRC) und die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC). Zunächst sollte angegeben werden, dass die Antragsbegründung in keiner Weise *iunctim* zwischen den wirtschaftliche Garantien für die Wirtschaftsteilnehmer, die in der GRC beinhaltet werden und einer restriktiven, d.h. objektiven Auslegung des in Art. 49a der Gasrichtlinie enthaltenen Begriffs der „Vollständigkeit" nachgewiesen hat, insbesondere unter Berücksichtigung der Natur der Freistellung als einer rechtlichen Ausnahme. Die Feststellung der Antragstellerin, dass die Regulierung der Investition zum Zeitpunkt des Baus oder wenn erhebliche Investitionen schon getragen wurden eine Verletzung der durch das EU-Recht geschützten wirtschaftlichen Interessen darstellt, steht in Widerspruch mit Art. 16 GRC, auf die sich die Antragstellerin bezieht. Laut diesem Artikel: *„Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt*". Dementsprechend ist die unternehmerische Freiheit nicht absolut und wird durch den Rahmen der EU-Rechtsordnung eingeschränkt. Infolgedessen, könnte und sollte der Investor der Nord Stream 2-Pipeline davon überzeugt werden, dass die Rechtsunsicherheit über den Rechtsstatus der Einfuhrpipelines, die die Mitgliedstaaten mit Drittländern verbinden, dazu führen würden, dass diese Gaspipelines von den Regeln des EU-Energierechts freigestellt werden und zu Ergebnissen führen würden, die den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des EU-Rechts widersprechen. Dies wiederum machte die Wahrscheinlichkeit der Einführung eines EU-Gesetzgebungsakts (gesetzgeberische Intervention), wodurch Zweifel an den EU-Regulierungsanforderungen für Einfuhrgaspipelines in der EU beseitigt würden, mehr realistisch. Die Analyse der Tatsachen im Rahmen der Debatte über die Notwendigkeit, den Betrieb der Nord Stream 2 -Pipeline zu regeln, zeigt, dass der Investor sowohl die bestehende Auslegungszweifel als auch EU-Gesetzgebungspläne in diesem Bereich lange vor der Vornahme finanziellen Ausgaben sowie vor dem Anfang des physischen Infrastrukturbau genau kennen musste. Am 9. Juni 2017 gab die Europäische Kommission eine Mitteilung über ihre Absicht heraus, sich an die Mitgliedstaaten der EU-Rat zu wenden, um ein Mandat dafür zu erhalten, im Namen der EU ein Abkommen mit der Russischen Föderation über die Regeln für den Betrieb der Nord Stream 2-Pipeline zu verhandeln.

Die Antragstellerin versteht die Bedeutung der genannten Vorschriften der GRC falsch. Es kann nämlich anerkannt werden, dass die Europäische Union im Rahmen der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit bezüglich den Bau und die Nutzung von Einfuhrgaspipelines die Anforderungen vereinheitlicht und präzisiert hat, die die Grundlage für die Ausübung der in dem Art. 16 GRC genannten subjektiven Rechte bilden. Dadurch wird die Rechtssicherheit in Bezug auf die genannte Regelung erhöht, die die Garantien für den Schutz der Geschäftstätigkeit in der EU nur erstarkt hat. Unter Berufung auf die angebliche Verletzung dieser Vorschrift der GRC durch die EU hat der Gaspipelineinvestor daher nicht nur Unrecht, sondern zielt er in seiner Argumentation auf den Personenrechtsmissbrauch, verabsolutiert seine Auswirkungen und ignoriert die Einschränkungen der unionsrechtliche Regelungen (die durch die Annahme der Gasrichtlinienvorschriften vereinheitlicht und präzisiert wurden). Fälschlicherweise beruft sich die Antragstellerin auch auf Art. 17 GRC. Zum einen sieht dieser Vorschrift Garantien für die Nutzung von nach dem Recht erworbenem Eigentum vor, zum anderen sieht er die Möglichkeit, das Eigentumsrecht für das Wohl der Allgemeinheit gesetzlich einzuschränken. Insofern ist es unmöglich, einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Handeln der EU (der Annahme der Gasrichtlinienvorschriften) und dem Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Investors im Hinblick auf das Recht über eigenes Eigentum zu herrschen, zu erkennen. Im vorliegenden Fall ist es unmöglich, eine These über das Bestehen des Persönlichkeitsrechts des Investors, das nach dem EU Recht geschützt wird, zu formulieren. Die Marktregeln des EU-Rechts sollen der im Art. 17 GRC genannten allgemeinen Interesse der Union dienen, in diesem Fall der Interesse an Gewährleistung eines maximalen Wettbewerbsniveau auf dem EU-Gasbinnenmarkt. Der Kontext des Art. 16 und des Art. 17 GRC stellt im vorliegenden Fall genau das Gegenteil davon dar, was im Antrag auf Freistellung steht. Die Annahme der Gasrichtlinie zielte im Wesentlichen auf die Wahrung der Interessen dieser Wirtschaftsteilnehmer ab, dessen Marktposition in diskriminierender Weise infolge der Nichtanwendung für die Nord Stream 2-Pipeline von den regulatorischen Anforderungen der EU geschwächt werden kann. Die Gesellschaften, die die nicht dem EU Recht untergeordneten Hauptverteilungsleitung nutzen (sowohl ein Gaspipelinebetreiber, als auch ihre Benutzer) würden einen inakzeptablen Wettbewerbsvorteil gegenüber Gaspipelinebetreiber, die dem EU Recht untergeordnet werden sowie Wirtschaftsakteuren, die diese Infrastruktur nutzen, erhalten. In dieser Hinsicht war die EU-Regelung in Form von der Gasrichtlinie genau eine Maßnahme, die im Einklang mit den Vorschriften der Grundrechte Charta steht, die die Investitionsinteressen in der EU schützen. Das Szenario, Nord Stream 2 ohne die Verpflichtung zur Einhaltung der Marktregeln des EU-Rechts zu verlassen, würde den Zustand der Diskriminierung von Betreibern und Nutzern europäischer Gasverbindungsleitungen bedingen, die den gesetzlichen Anforderungen der EU untergeordnet sind, was direkt ihre wirtschaftlichen, nach der Grundrechte Charta geschützten Interessen verletzen würde. Die der Antragstellerin entstandenen Kosten gehörten zum Investitionsrisiko, das in diesem Fall über das hinausging, was normalerweise in der Projektplanungsphase zu berücksichtigen ist, weil es dem Investor bewusst sein sollte, dass aufgrund der Zweifel bezüglich der Anwendung der EU-Vorschriften auf das Projekt, ein EU-Rechtsakt erforderlich war. Aus diesem Grund könnte die Nord Stream 2 AG leicht die Möglichkeit vorsehen, die Funktionsweise der Gaspipeline direkt zu regeln. Im vorliegenden Fall handelt es sich daher um ein

Investitionsrisiko, das die Antragstellerin aufgrund ihrer eigenen Unterlassung zukommen ist und allmählich angehäuft hat. Nämlich hat sie die Zweifel bezüglich der Auslegung der EU-Vorschriften in den Projektplänen im Rahmen ihrer eigenen Projektaktivitäten nicht berücksichtigt und die damit verbundenen Versuche, die Grundsätze der Funktionsweise der Importgaspipelines aus Drittländern direkt zu regeln, ignoriert. Der Investor hat den Kontext des EU-Rechtsrahmens in der Planungs- und Bauphase der Gaspipeline absichtlich nicht berücksichtigt, zitiert jedoch derzeit – falsch – ausführlich EU-Rechtsgarantien für Wirtschaftsteilnehmer, was eine instrumentelle Einstellung zur Rechtsordnung der EU vermuten lässt.

Es ist auch unbegründet, dass sich die Antragstellerin zur Stützung des Arguments über die angebliche rechtliche Diskriminierung der Nord Stream 2-Projektgesellschaft infolge der Annahme der Gasrichtlinie auf den Art. 20 GRC beruft. Da es sich bei der Richtlinie um eine allgemeine und abstrakte Regelung handelt, hat die Erhebung vermeintlich dedizierten Absichten, ein Gesetzgebungsakt anzunehmen, keine rechtliche Bedeutung und bleibt als solche eher im Bereich der tatsächlichen Spekulationen als der rechtlichen Argumente. Die Vorschriften der Gasrichtlinie als eines Gesetzgebungsaktes sind in abstrakten Situationen auf eine unbegrenzte Anzahl von Adressaten (die jedoch die Regulierungsvoraussetzungen erfüllen) anzuwenden. Die angenommenen rechtlichen Maßnahmen zeigen – im gesetzgeberischen Sinne – keine gesetzgeberische Absicht, Vorschriften, die auf bestimmtes Projekt abzielen, zu erlassen. In diesen Vorschriften ist keine Kasuistik oder die Suggestivität von Rechtshypothesen zu finden. Die Analyse des Rechtsstand der Nord Stream 2 AG zeigt auch, dass sich die Antragstellerin vor der Annahme der Gasrichtlinie in keinem bestimmten Rechts- oder Verfahrenszusammenhang befand, der sie bei der Anwendung der EU-Regulierungsanforderungen individualisieren würde (z.B. durch vorherige Teilnahme an Regulierungsverfahren nach den Gasrichtlinienvorschriften vor der Änderung). In Hinblick auf die vorstehenden Überlegungen muss das Argument der rechtlichen Diskriminierung der Nord Stream 2 AG durch die Annahme der Gasrichtlinie vollständig abgelehnt werden.

Die Nord Stream 2 AG stützt ihren Antrag auf der Unverhältnismäßigkeit der Beschränkung der Bedeutung „Vollständigkeit“ auf eine materielle Bereitschaft der Infrastruktur innerhalb eines bestimmten Zeitraums, und spricht sich für weite Fassung der Voraussetzung in die Richtung der wirtschaftlichen Funktionalität aus. Die erwähnte Behauptungen zeugen von einem falschen Verständnis des Kerns des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips[11], als allgemeiner Grundsatz des EU-Rechts, und als solche sollten vollständig abgelehnt werden. Erstens, erscheint die Adäquatheit und die Stichhaltigkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Bedeutungen von Rechtsbegriffen, die in Rechtsakten verwendet werden, zweifelhaft. Das unionsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzips hat eine Schutzfunktion für Subjekten, die dem EU-Recht unterliegen, im Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung von bestimmten Rechtsmaßnahmen, die vor allem von Organen, Institutionen und Organisationsbehörden der EU angenommen werden[12]. Diese bezieht sich

[11] Art. 5 des EU-Vertrags (Amtsblatt der EU vom 30. März 2010, 2010/C 83/01).
[12] Das Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt einen eigenartigen Dualismus dar, da es einerseits mit dem Schutz des Einzelnen vor schädlichen EU-Mitteln verbunden ist, andererseits – mit dem Schutz der Mitgliedstaaten vor ungerechtfertigten Eingriffen der EU in ihren Zuständigkeitsbereich.

auf die systematische, institutionelle bzw. praktische repressive Maßnahmen, die unionrechtliche Rechte und Freiheiten beschranken können. In diesem Sinne hat das Verhältnismäßigkeitsprinzip die besondere Schutzfunktion vor übermäßig belastenden Rechtsmaßnahmen und sie dient dazu, die Rechtmäßigkeit der im EU-Recht enthaltenen Belastungen zu beurteilen. Es ist schwer zu sagen, wie eine restriktive Auslegung des Begriffs „Vollständigkeit" als eine rechtliche Belastung bzw. als eine repressive restriktive Maßnahme betrachtet werden kann. Die Feststellung der Bedeutung von unionsrechtlichen Begriffen sollte durch einfache Auslegung erfolgen, die den spezifischen Auslegungsregeln untergeordnet ist. Die Antragstellerin beruft sich daher auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip im falschen Zusammenhang. Übrigens ist es darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin die Tatsache ignoriert, dass der im Antrag auf Freistellung dargestellter Fall sich für einen erweiterten Ausmaß des Verhältnismäßigkeitsprinzips qualifiziert. Der Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden: **„EuGH"**) verwendet das Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht nur, um die Angemessenheit der Tätigkeiten der EU-Organen zu beurteilen, sondern erweitert seinen Anwendungsbereich auf die Beurteilung, ob die Mitgliedstaaten unter Verwendung einer Freistellung von einer Reihe von unionsrechtlichen Normen, nicht dieses Recht missbrauchen, indem sie verschiedene protektionistische Wirtschaftsziele erreichen und die Freiheiten des Binnenmarktes einschränken[13]. In diesem Zusammenhang kann die mögliche Freistellung einer Beurteilung durch den EuGH hinsichtlich eines Verstoßes gegen die Marktvorschriften der EU durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Freistellung für die Nord Stream 2-Pipeline, unterliegen.

Es sollte auch Bezug auf die alternative Argumentation der Nord Stream 2 AG bezüglich der Fertigstellung der Gasverbindungsleitung vor dem 23. Mai 2019 genommen werden, ebenfalls **aus baulicher Sicht**. Die Antragstellerin macht geltend, dass sich im Hoheitsgebiet Deutschlands befindlicher Gasverbindungsleitungsabschnitt vor dem vom EU-Gesetzgeber angegebenen Datum gebaut worden sei[14]. Als Argument für diese These verweist die Antragstellerin auf den Geltungsbereich der Gasrichtlinie, der ihrer Meinung nach auf das Hoheitsgebiet Deutschlands beschränkt ist. Nach Ansicht der Nord Stream 2 AG lässt die systematische Auslegung die Annahme zu, dass aus der Sicht einer Prüfung der Voraussetzung des „Baus“ nur der Bau eines Gasverbindungsleitungsabschnitts in dem von der Gasrichtlinie erfassten Gebiet relevant ist. Darüber hinaus macht die Antragstellerin geltend, dass da sich die Gasrichtlinie nicht auf den Begriff der „Betriebsaufnahme" bezieht, ist das Argument zulässig, dass diese Voraussetzung nur in Bezug auf ein Gasverbindungsleitungsabschnitt geprüft werden dürfe.

Die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente können aus den nachstehend dargelegten Gründen nicht akzeptiert werden. Zunächst einmal würden sie dem Wortlaut der Vorschriften widersprechen, sowohl des Art. 49a der Gasrichtlinie:

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

---

[13] Siehe z.B. Urteil des Gerichtshofs der EU vom 11. Juni 2009 in der Rechtssache C-33/08 - Agrana Zucker GmbH gegen Bundesminister

[14] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 68.

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

als auch des § 28b EnWG:

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

Der Wortlaut der oben genannten Vorschriften gibt keinen Anlass dazu, die Frage des Verständnisses der Voraussetzung des „Baus einer Gaspipeline vor dem 23. Mai 2019" mit der Frage des territorialen Geltungsbereichs der Gasrichtlinie zu verbinden. Er bezieht sich direkt auf die gesamte Gasverbindungsleitung und nicht auf einen bestimmten Abschnitt, der sich im Hoheitsgebiet Deutschlands befindet, wie die Antragstellerin lässt vermuten. Der Begriff „Gasverbindungsleitungsabschnitt" wurde erst im zweiten Satz der Vorschrift verwendet.

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.”*

Die analysierte Vorschrift hat den Charakter eines gerichtlichen Bindeglieds und bestimmt das Vorhandensein einer Zuständigkeit der zuständigen Behörde in Deutschland als Mitgliedstaat, in dem sich der erste Verbindungspunkt einer solchen Gasverbindungsleitung mit dem Netz eines Mitgliedstaats befindet. 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"**) 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 wurde.

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

Die Antragstellerin macht mehrfach geltend[15], dass der Geltungsbereich des EU-Rechts nur auf den deutschen Gasverbindungsleitungsabschnitt beschränkt wird. 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 2017[16], hinzuweisen, in dem mehrfach auf die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung des EU-Rechts auf die gesamte Infrastruktur[17] 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 gewährleisten[18]. Ist der Anwendungsbereich des EU-Rechts begrenzt, werden die vom Gesetzgeber angegebenen Ziele nicht erreicht.

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 aufgeworfen[19]. Art. 41 Abs. 1 Punkt C und Art. 42 Abs. 6 der Gasrichtlinie sehen 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

---

[15] Ibidem, S. 68 und 69.

[16] 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

[17] *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.***

[18] *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**.*

[19] *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.*

Grundsätze des Binnenmarktes so weit wie möglich anzuwenden. Nur eine solche Einstellung 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 Gasrichtlinienvorschriften 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.

3. Nord Stream 2 AG als ein Subjekt, der nicht zur Einlegung eines Antrags auf Freistellung befugt ist.

Wir möchten darauf hinweisen, dass gemäß § 28b Abs. 1 EnWG eine Freistellung erfolgt auf **einen Antrag des Betreibers dieser Gasverbindungsleitung** („*Gasverbindungsleitungen mit einem Drittstaat im Sinne des Artikels 49a der Richtlinie 2009/73/EG, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt wurden, werden von der Regulierungsbehörde* ***auf Antrag des Betreibers*** *dieser Gasverbindungsleitung (…) freigestellt"*). Es ist zu betonen, dass § 3 Abs. 6 EnWG den Betreiber einer Gasverbindungsleitung als **Subjekte, die sie betreiben definiert** ("*natürliche oder juristische Personen oder rechtlich unselbständige Organisationseinheiten eines Energieversorgungsunternehmens, die Gasversorgungsnetze* ***betreiben"***). Eine solche Formulierung bestätigt das oben beschriebene Verständnis des Begriffs der Vollständigkeit und lehnt jede extensive Auslegung ab, die von der Antragstellerin verwendet wurden, sowie zeigt eine mangelnde Legitimation der Antragstellerin, den Antrag auf Freistellung einzulegen. Der Gaspipeline wird weder von dem Investor im Bau - noch mehr von irgendeinem Subjekt - betreibt, mit Sicherheit nicht in Rahmen der Geschäftstätigkeit der Gasfernleitung. Weder zum Zeitpunkt der Antragsstellung noch heute gab es keinen Betreiber der von dem Antrag umfassten Gasverbindungsleitung, - wenigstens für einzelne Gasverbindungsleitungsabschnitte – weder *de iure*, noch *de facto*. Tätigkeit, für die die Pipeline gebaut werden sollte, war und ist nicht ausgeübt, was übrigens verständlich ist, da die genannte Pipeline nicht fertiggestellt wurde. Die Verwendung des Begriffs „Betreiber" durch den deutschen Gesetzgeber fügt sich auch in die Logik und Systematik den neuen Regelungen. Die Freistellung ist eine Rechtsinstitution, die für die Gasverbindungsleitungen vorgesehen wird, die am Tag der Inkrafttreten der Änderung der Gasrichtlinie funktioniert haben, also für solche, die den Betreiber besitzen. Diese Voraussetzung kann von der Antragstellerin aus offensichtlichen Gründen nicht erfüllt werden.

Die oben genannten Überlegungen zusammenfassend, ist es festzustellen, dass der Antrag nicht von einer befugten Person, von einer legitimen Antragstellerin stammt, deshalb sollte er nicht weitergeführt werden sowie verdient er auch keine sachliche Beilegung. Symptomatisch ist die Tatsache, dass sich die Antragstellerin der mangelnden Legitimität der Antragsstellung bewusst ist. Auf der Seite 35 im Abschnitt „Antragsteller als Gasverbindungsleitungsbetreiber" stellt sie fest, dass sie zur Zeit keine Bedienerfunktionen ausführt („*The Applicant is also* ***to be*** *the operator of the Nord Stream 2 pipeline"*)[20].

[20] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 35.

4. Anmerkungen zu den Argumenten zum Schutz laufender Interessen, zum Vertrauensschutz und zum Schutz der erworbenen Rechte sowie der berechtigten Erwartungen.

Auf den Seiten 36 und 37 verweist die Antragstellerin auf den Schutz laufender Interessen, den Vertrauensschutz sowie den Schutz der erworbenen Rechte und berechtigten Erwartungen. Diese Argumentation verdient keine Beachtung aus zwei Gründen[21].

Erstens ist der Abschluss der Bauarbeiten vor dem 23. Mai 2019 eines der Elemente eines gerichtlichen Bindeglieds und bestimmt die Zuständigkeit der Behörde, den Antrag inhaltlich zu prüfen. Jedoch würden die von der Antragstellerin vorgeschlagenen Gründe bei der inhaltlichen Prüfung des Antrags, im Hinblick auf seine objektive Begründung und Auferlegung möglicher Bedingungen, einer Analyse unterzogen.

Zweitens scheint die Antragstellerin durch die Formulierung solcher Argumente darauf hinzuweisen, dass die Gasrichtlinie eine rückwirkende Wirkung hat, was nicht der Fall ist. Die Richtlinie sieht keine Haftung für historische Verstöße der Antragstellerin gegen das EU-Recht vor, wirkt sich jedoch auf die Form der künftigen Geschäftstätigkeit aus, die unter Verwendung der derzeit von der Antragstellerin gebauten Infrastruktur betrieben wird.

Hilfsweise ist jedoch anzumerken, dass dem Gewicht der Antragstellerin jedoch entkommen ist, dass das EU-Recht wichtige Ausnahmen von den aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit abgeleiteten Grundsätzen vorsieht. Es gibt keine Möglichkeit, den Schutz zu nutzen:

a) wenn der Regulierungszweck darin besteht, Spekulationen entgegenzuwirken[22],
b) wenn die Vorhersehbarkeit der Änderung durch die Besonderheit eines Sektors bestimmt wird, außerdem ist ein früherer Fehler in Interesse der Union zu beheben und es ist der Gestaltung der privilegierten Stellung entgegenzuwirken[23],
c) wenn die Rechtsänderung innerhalb der Grenzen des wirtschaftlichen Risikos in dem Sinne liegt, dass es eine andere gesetzgeberische Lösung aufgrund der laufenden Prozesse oder Forschungen nicht vernünftigerweise zu erwarten ist, insbesondere um eine Rechtslücke zu vermeiden[24].

Jede der oben genannten Ausnahmen gilt für den Antrag. Die Antragstellerin als Investor konnte nicht vernünftigerweise erwarten, dass die EU ihre Vorzugsbehandlung dauerhaft garantieren würde, was sich nachteilig auf die Aktivitäten der EU-Unternehmen, das Funktionieren des Binnenmarkts und dessen Wettbewerb sowie die Energiesicherheit auswirkt.

---

[21] Ibidem, S. 36-37.
[22] Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Mai 1975, Az. 2/75 Einfuhr- und Vorratsstelle fuer Getreide und Futtermittel v Firma C. Mackprang, pkt 4; S. Wolf, Briefcase on European Community Law, Cavendish Publishing Limited, London – Sydney 1999, S. 78.
[23] Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3 Mai.1978, Az. 112/77 August Töpfer & Co. GmbH gegen Kommission, Punkt 20.
[24] Urteil des Gerichtshofes vom 13. November 1990, Az. C-331/88 Fedesa, Punkte 45-47.

Mit der Bitte darum, die Auslegung „aus Sicht der wirtschaftlichen Funktionalität", die nicht mit dem EU-Recht im Einklang steht, zu Gunsten einer EU-konformen Auslegung zu unterlassen, sollte es betont werden, dass der Antrag unzulässig ist, weil:

a) er sich auf die Infrastruktur bezieht, die nicht innerhalb der in der Richtlinie vorgesehenen Frist fertiggestellt wurde,
b) er von einem nicht berechtigten Subjekt im Sinne des nationalen Rechts der Bundesrepublik Deutschland stammt.

III. Anmerkungen zu den Voraussetzungen für eine Freistellung.

1. Voraussetzung der „Ermöglichung der Rückzahlung der getätigten Investition".

Unter Bezugnahme auf das Argument der Antragstellerin bezüglich der angeblichen Erfüllung der Voraussetzung der „Ermöglichung der Rückzahlung der getätigten Investition“ sollten die folgenden Bemerkungen gemacht werden.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Europäische Kommission am 8. November 2017 den Plan zur Änderung der Gasrichtlinie verkündet hat.[25] Darüber hinaus geht der Beginn der Arbeit im Europäischen Parlament auf das Jahr 2017 zurück.[26] Hierbei ist zu beachten, dass diese Pläne im Wesentlichen darin bestanden, die Anwendung der Richtlinie auf Gaspipelines wie Nord Stream 2 zu bestätigen, und nicht ein Regulierungssystem zu schaffen, das so neu und „pseudoretroaktiv" ist, wie die Antragstellerin zu behaupten scheint.

Die Antragstellerin war sich daher den rechtlichen Voraussetzungen für den Bau einer neuen Infrastruktur völlig bewusst. Obwohl sie dessen bewusst war, hat sie die Tätigkeiten fortgesetzt, die mit der Organisation der Finanzierung und mit dem Bau dieser Gasverbindungsleitung verbunden waren, was durch die Tabelle auf der Seite 19 nachgewiesen wird, die die Intensität der von der Antragstellerin geleisteten Arbeiten in Jahren 2018 und 2019[27] zeigt. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Vorbereitungsarbeiten mehr als ein halbes Jahr nach Vorlage des Vorschlags durch die Europäische Kommission - am 15. Mai 2018 begonnen haben[28] und der Bau selbst am 5. September 2018.[29] Darüber hinaus soll es betonnt werden, dass der Investor zum Zeitpunkt der Benachrichtigung von der Europäischen Kommission über das Projekt keine rechtskräftige Baugenehmigung bezüglich der Gaspipeline hatte. Denn diese wurden am:

---

[25] COM (2017) 660: Proposal for a Directive Of The European Parliament And Of The Council amending Directive 2009/73/EC concerning common rules for the internal market in natural gas, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:32019L0692

[26] https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2017%2f0294(COD)#

[27] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 19.

[28] Nord Stream 2, Nord Stream 2 Starts Offshore Preparatory Pipelay Works in Germany, https://www.nord-stream2.com/media-info/news-events/nord-stream-2-starts-offshore-preparatory-pipelay-works-in-germany-93/ (Zugang: 25. Februar 2020).

[29] A. Łoskot-Strachota, Work starts on Nord Stream 2’s construction, https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2018-09-12/work-starts-nord-stream-2s-construction (Zugang: 25. Februar 2020)

a) 2. November 2017, 31. Januar 2018, 16. März 2018 und 27. März 2018 - Genehmigungen nach deutschem Recht,
b) 7. Juni 2018 - Genehmigung nach schwedischem Recht,
c) 5. April 2018 und 12. April 2018 - Genehmigungen nach finnischem Recht,
d) 7. Juni 2018 und 14. August 2018 - Genehmigungen nach russischem Recht,
e) 30. Oktober 2019 - Genehmigung nach dänischem Recht erstellt,

und sind offensichtlich zu einem späteren Zeitpunkt rechtskräftig geworden, gemäß dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, deren Behörden diese Genehmigungen erteilt haben.

Der Antrag beinhaltet keine Informationen zum Stand der Verwaltungsgerichtsverfahren vor dem Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern, das im Zusammenhang mit der Anfechtung des Planfeststellungsbeschlusses (deu. *Planfeststellungsbeschluss*) vom 31. Januar 2018, dessen Rechtskraft die „Vollständigkeit" der von dem Antrag abgedeckten Investition bestimmen soll.

Trotzdem ist die Antragstellerin in voller Kenntnis die finanziellen Verpflichtungen eingegangen, deren Erfüllung davon abhängt, dass die rechtliche Zweifel bezüglich der Anwendung des EU-Rechts auf die Einfuhrgaspipelines (und somit der tatsächlichen Nichtanwendung des EU-Rechts auf die Gaspipeline) positiv ausgeräumt würden. Unter diesen Umständen ist das Verhalten der Antragstellerin kaum als gutgläubig anzusehen, dieses eine privilegierte Umgang mit der Nord Stream 2 AG durch die Regulierungsbehörde rechtsfertigt.

Auf den Seiten 35 und 36 des Antrags verweist die Nord Stream 2 AG unbegründet darauf, dass es eine wirtschaftlich unumkehrbare Investitionsentscheidung getroffen wurde. Solche Umstände müssten berücksichtigt werden im Fall einer staatlichen Beihilfen im Sinne von Art. 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (im Folgenden: **„AEUV“**) (als Beweis für das Fehlen eines „Anreizeffekts“ und die fehlende Rechtfertigung für die Gewährung solcher Beihilfen) und von Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b der Gasrichtlinie (als Beweis für das Fehlen eines Investitionsrisikos, das die Gewährung der in diesem Vorschrift für neue Infrastruktur vorgesehenen Freistellung rechtfertigt). In vorliegendem Fall ist dieser Faktor irrelevant, die Gasrichtlinie verlangt lediglich eine Anpassung des künftigen Betriebs an gesetzliche Anforderungen, deren Geltung sie bestätigt.

Infolgedessen sind die Ansprüche der Antragstellerin bezüglich den angeblichen „Ersatz“ der bereits von den Finanzierungsanbietern vereinbarten Risikoallokation (zu denen unter anderem die Kapitalrendite, die Abschreibungskosten, die Zinsen für externes Kapital gehören) durch die Bestimmungen der Gasrichtlinie in Situationen, in denen sich die Antragstellerin des Risikos einer Geschäftstätigkeit bewusst war und dieser bewusst zugestimmt hat.

Vielmehr ist die Art dieses angeblichen Risikos kein Hindernis für die Rückforderung von Investitionen, die die Antragstellerin als Investor geleistet hat. Wie bereits erwähnt, ist die Antragstellerin kein Betreiber weder *de iure*, noch *de facto*. Diese Frage bleibt insbesondere die Frage der Verträge, die sie mit dem Infrastrukturbetreiber abschließen kann und soll, der die Unabhängigkeitskriterien erfüllt und gleichzeitig die Nachfrage nach Übertragungsdiensten (die z.B. durch die „open season“ Prozedur gesichert sind) und die Zahlungen an die Antragstellerin (z.B. Miete, Leasinggebühr oder ähnliche

Verpflichtungen ausgleicht, die dem Investor die Rückzahlung seiner Ausgaben gewährleisten). Daher beschäftigen wir uns in den beschriebenen Tatsachen nicht mit der Situation, in der die Antragstellerin von der Handlungsweise des europäischen Gesetzgebers und insbesondere von der von der Antragstellerin vorgebrachten „Pseudoretroaktivität" überrascht werden könnte. Es genügt zu erwähnen, dass die Vertreter der Gesellschaften und Gruppen, die finanziell an der Nord Stream 2 AG beteiligt sind, selbst das Argument verwendetet haben, dass die Änderung der Gasrichtlinie keine Auswirkungen auf die Baukosten dieser Infrastruktur hat[30]. Im öffentlichen Raum gibt es auch eine Äußerung des russischen Energieministers Alexander Nowak, der ausdrücklich erklärt, dass die Änderung der Gasrichtlinie keine Auswirkungen auf Nord Stream 2 haben wird[31]. Eine ähnliche Stellungnahme hat auch der Ständige Vertreter der Russischen Föderation bei der EU vertreten und behauptet, dass die Pipeline trotz der Annahme einer Änderung der Gasrichtlinie gebaut werden würde[32].

2. Überlegungen zur Versorgungssicherheit und keine nachteiligen Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit in der EU.

Falsche Methodologie zur Bewertung der Voraussetzung „Versorgungssicherheit".

In dem Schreiben wiederholt die Antragstellerin einen von der Nord Stream AG begangenen methodischen Fehler bei der Auslegung des Begriffs „Versorgungssicherheit". Nach Ansicht der Nord Stream AG sollte die oben erwähnte Voraussetzung in Bezug auf den Betrieb der Gasleitung als solchen und nicht auf ihre potenzielle Freistellung geprüft werden[33]. Wie bei der Nord Stream AG wurde auf das unverbindliche Dokument der Bundesnetzagentur „Information on submitting an application under section 28b(1) of the Energy Industry Act" (im Folgenden: **„Dokument der BNetzA"**), in dem die deutsche Regulierungsbehörde dies ausdrücklich festgestellt hat, dass die Voraussetzung der Versorgungssicherheit wie oben genannt analysiert werden soll[34].

Es muss noch einmal betont werden, dass diese Auslegung als eindeutig widersprüchlich zum Wortlaut der Gasrichtlinie anzusehen ist. Die Auslegung der Vorschriften - Art. 49a der Gasrichtlinie und § 28b EnWG - begründet nicht die Behauptung, dass die Versorgungssicherheit aus Sicht des Funktionierens der Gasleitung zu beurteilen sei. Im Gegenteil - der Wortlaut den Vorschriften in drei Sprachversionen (Polnisch, Englisch und Deutsch) macht deutlich, dass es eine andere Auffassung erforderlich ist. Folglich, sollte der Ausgangspunkt für die Analyse eine Bewertung der Auswirkungen **der Freistellung** auf die Versorgungssicherheit in der EU und in den einzelnen Mitgliedstaaten sein.

---

[30] В OMV исключили рост стоимости «Северного потока - 2» из-за Газовой директивы https://russian.rt.com/business/news/604651-severnyi-potok-2-stoimost-plan, OMV: Nord Stream 2 wird sich trotz strengerer Regeln nicht verteuern, https://industriemagazin.at/a/omv-nord-stream-2-wird-sich-trotz-strengerer-regeln-nicht-verteuern (Zugang: 25. Februar 2020).

[31] Puls Biznesu, Nowak: Die Änderung der EU-Richtlinie hat keine Auswirkungen auf Nord Stream 2, https://www.pb.pl/nowak-nowelizacja-dyrekekty-ue-nie-wplynie-na-nord-stream-2-957981 (Zugang: 25. Februar 2020).

[32] The Nation, Nord Stream 2 to be built despite EU gas directive amendments: Russian envoy, https://nation.com.pk/14-Feb-2019/nord-stream-2-to-be-built-despite-eu-gas-directive-amendments-russian-envoy (Zugang: 25 Februar 2020).

[33] Ibidem, S. 77.

[34] Information on submitting an application under section 28b(1) of the Energy Industry Act, S. 4.

Die Nord Stream 2 AG verweist in diesem Abschnitt auf Art. 5 der Gasrichtlinie, wonach die für die Bestimmung dieses Begriffs relevanten Kriterien sind unter anderem: Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage und zukünftige Nachfrage. Die Antragstellerin legt auch das Dokument der BNetzA übermäßig aus. Nach diesem Dokument sind die Diversifizierung der Versorgungsquellen und die Entwicklung neuer Übertragungswege[35] für die Bewertung ebenfalls wichtig. Diese getrennt zu behandeln, legt die Antragstellerin die Frage der Diversifizierung falsch aus.

Die Auffassung der Antragstellerin stimmt nicht mit dem Standpunkt überein, den der Europäische Rat, der Rat der EU und die Europäische Kommission mehrmals vertreten haben. Die Nord Stream 2 AG lässt zahlreiche Dokumente von Organe der EU aus, wonach die Diversifizierung von „Strecken, Quellen und Lieferanten“, „Strecken und Lieferanten", „Lieferungen und Strecken“ und „Quellen und Lieferungen“ [36] untrennbar sein muss, von denen klar ist, dass die Diversifizierung in Bezug auf die Lieferstrecken allein nicht ausreicht, um die Energiesicherheit zu stärken.

Die angeblich positiven Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit sollten daher als scheinbar betrachtet werden. Es 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 der gleichzeitigen 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, um 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.

---

[35] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 77.

[36] 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.

Ungeachtet des oben genannten, bedarf auch die Behauptung der Antragstellerin bezüglich der angeblichen positiven Auswirkungen der Gaspipeline auf die Versorgungssicherheit eines Kommentars. Die Nord Stream 2 AG verweist hier auf die „überwiegende" Forschungen, die die wachsende Nachfrage nach Gas in der EU bis Jahr 2030 zeigen[37]. Die Antragstellerin gibt jedoch selbst zu, dass in den Jahren 2030 bis 2050 die Unterschieden zwischen den angenommenen Simulationen bereits größer sind, und für diesen Zeitraum sehen die meisten Analysen einen **Verbrauchsrückgang** vor. Es ist jedoch zu beachten, dass die von der Antragstellerin angeführten Analysen **bereits bei der Simulation für 2030** einen Gasverbrauchsrückgang vorsehen.

In diesem Zusammenhang ist es anzumerken, dass es sich bereits jetzt um ein erhebliches Überangebot an Übertragungskapazitäten von Gaspipelines, die dem Export von dem russischen Gas in die EU-Märkte dienen. Unabhängig von dem Szenario für den künftigen Erdgasverbrauch in der EU wird sich dieses Überangebot aufgrund der möglichen Umsetzung weiterer Infrastrukturprojekte weiter vertiefen[38]. Bei dieser Überlegungen müssen auch die bestehenden und sich entwickelnden Exportkapazitäten bezüglich Flüssiggas (einschließlich russischen, wie z.B. Projekte der Novatek Gesellschaft) berücksichtigt werden. Bei der Beurteilung der Fähigkeit der Gasinfrastruktur in der EU, den potenziellen Anstieg der Erdgasnachfrage zu decken, kann die Frage der geringen Ausnutzung von LNG – Regasifizierungsterminals in der EU, die in 2018 26% betrug[39], nicht übersehen werden. Aus diesen Gründen würde eine eventuelle Freistellung einer Infrastruktur gewährt, dessen Bestehen zur Deckung des Gasbedarfs in der EU nicht notwendig ist.

Falsche Methodologie zur Bewertung der Voraussetzung „Versorgungssicherheit" aufgrund TYNDP

Ten-Year Network Development Plan (TYNDP) ist ein zehnjähriger gemeinschaftlicher Gasnetzentwicklungsplan, der von ENTSOG entwickelt wird. TYNDP analysiert die Aussichten für die Entwicklung der Gasnachfrage in der Europäischen Union sowie die Quellen und Richtungen der Gasversorgung. Der Bericht führt auch eine umfassende Bewertung der Auswirkungen der Umsetzung geplanter Infrastrukturinvestitionen (lineare Infrastruktur, LNG-Terminals, unterirdische Gasspeicheranlagen) auf das Funktionieren des Gasmarkts, unter besonderer Berücksichtigung der Versorgungssicherheit, der Marktintegration und des Wettbewerbs auf dem Markt. Die Ziele und Voraussetzungen des TYNDP ergeben sich aus Rechtsakten der EU, darunter insbesondere aus der EU-Verordnung 715/2009 und der EU-Verordnung 347/2013. Die letzte Ausgabe von TYNDP 2018 wurde von ENTSOG am 10. Januar 2020 veröffentlicht.

Geplante Investitionsprojekte sind in TYNDP 2018 auf vier Infrastrukturebenen zusammengestellt:

- Low – umfasst die bestehende Infrastruktur und Projekte mit einer Investitionsentscheidung;

[37] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 79.

[38] In Ländern, die Diversifizierungsaktivitäten durchführen, sind zusätzliche Importübertragungskapazitäten erforderlich, um vom derzeitigen Lieferanten unabhängig zu werden.

[39] ACER Market Monitoring Report 2018 – Gas Wholesale Market Volume, S. 23, https://www.acer.europa.eu/Official_documents/Acts_of_the_Agency/Publication/ACER%20Market%20Monitoring%20Report%202018%20-%20Gas%20Wholesale%20Markets%20Volume.pdf.

- Advanced – Projekte aus dem Low-Szenario und Investitionsprojekte, für die keine Investitionsentscheidung vorliegt, die sich jedoch in der Entwurfsphase oder in den Genehmigungsverfahren befinden und die innerhalb von 5 Jahren umgesetzt werden sollen (n+5 Grundsatz);
- PCI 3rd list – die bestehende Infrastruktur und Projekte, die den PCI-Status auf der 3. PCI Liste erhalten haben,
- Less Advanced – die bestehende Infrastruktur und alle geplanten Investitionsprojekte.

Das Nord Stream 2 Projekt und der Ausbau der Gasinfrastruktur in Deutschland, um die Distribution zusätzliches Erdgasvolumens aus Russland zu ermöglichen, wurden zum TYNDP 2018 von Investoren einzelner Projekte gemeldet. Nach dem sogenannten Regel des geringeren Strahles (lesser-of-rule[40]) wurden die technischen Kapazitäten an dem Lubmin II Punkt (Landepunkt der Nord Stream 2) für das Advanced Infrastructure-Szenario qualifiziert. Detaillierte Daten zum Lubmin II Punkt sind in der folgenden Tabelle dargestellt:

Cross-Border Transmission IP between EU and Non-EU		Existing Capacity - 01/01/2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027
Lubmin II	Low			0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
	Advanced			962,42	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36
	PCI 3rd List			0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
	Less-Advanced			962,42	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36	1 741,36

Tabelle 1. Technische Kapazitäten des Lubmin II Punktes (Daten in GWh/24 h). Anhang C zu dem TYNDP 2018

Dem TYNDP 2018 wurden keine weiteren Investitionsprojekte gemeldet, die auf den Ausbau der Infrastruktur abzielen und einen Anstieg der Erdgaseinfuhr aus Russland in die Europäische Union ermöglichen. Bei der Analyse der Ergebnisse der von ENTSOG durchgeführten Infrastrukturmodellierung sollten daher die Ergebnisse berücksichtigt werden, die auf der Low und Advanced infrastrukturellen Ebene erreicht wurden. Die Unterschiede zwischen den Ergebnissen auf beiden Ebenen werden auf zusätzliche Erdgasübertragungsmöglichkeiten mit der Ausnutzung der Nord Stream 2 hinweisen.

Die in dem TYNDP 2018 durchgeführten Analysen zeigen, dass Gas aus Russland die einzige Quelle ist, die einen wachsenden Anteil an den analysierten Szenarien aufweist. Im Referenzszenario für 2020 hat Gas aus Russland in den in TYNDP 2018 analysierten Ländern einen Anteil von 31% an der Gasversorgungsstruktur. In den nächsten Jahren wächst der Anteil des russischen Gases am europäischen Markt. Dies gilt insbesondere für die Advanced Infrastrukturebene, die auch das Nord Stream 2 Projekt umfasst. Im Referenzszenario kann Gas aus Russland bis zu 34% der Nachfrage decken, während in dem Szenario mit der Annahme einer Maximierung des Lieferungen aus Russland dieser Anteil auf 44% steigen kann. Die detaillierten Ergebnisse sind in der folgenden Tabelle dargestellt:

[40] Bei unterschiedlichen Daten, die von Betreibern auf beiden Seiten der Intersystemverbindung gesendet werden, wird für die Analyse eine geringere technischer Kapazität und/oder eine geringere Stufe des Investitionsprojekts angenommen.

ROK	2020	2025		2030		2030		2040		2040		2040	
POZIOM INFRASTRUKTURALNY	LOW	LOW	ADVANCED	LOW	ADVANCED	LOW	ADVANCED	LOW	ADVANCED	LOW	ADVANCED	LOW	ADVANCED
SCENARIUSZ POPYTOWY	BEST ESTIMATE	BEST ESTIMATE		SUSTAINABLE TRANSITION		DISTRIBUTED GENERATION		GLOBAL CLIMATE ACTION		SUSTAINABLE TRANSITION		DISTRIBUTED GENERATION	
UDZIAŁ GAZU Z ROSJI													
SCENARIUSZ REFERENCYJNY	31%	34%	34%	31%	34%	29%	31%	24%	30%	32%	36%	29%	32%
SCENARIUSZ - RU MAX			44%		41%		43%		39%		43%		44%

Tabelle 2. Der Anteil der Gasversorgung aus Russland in den im TYNDP 2018 analysierten Ländern. Anhang E07 zu dem TYNDP 2018.

TYNDP 2018 stellt historische Daten zum Import von Erdgas aus einzelnen Quellen dar. Sie deuten auf einen deutlichen Anstieg der Lieferungen aus dem Osten hin. Im Jahr 2009 betrug das Liefervolumen aus Russland weniger als 1500 TWh/Jahr, während die Einfuhr im Hinblick auf 2018 um etwa 1/3 zugenommen hat, d.h. bis sie 2.000 TWh/Jahr betrug.

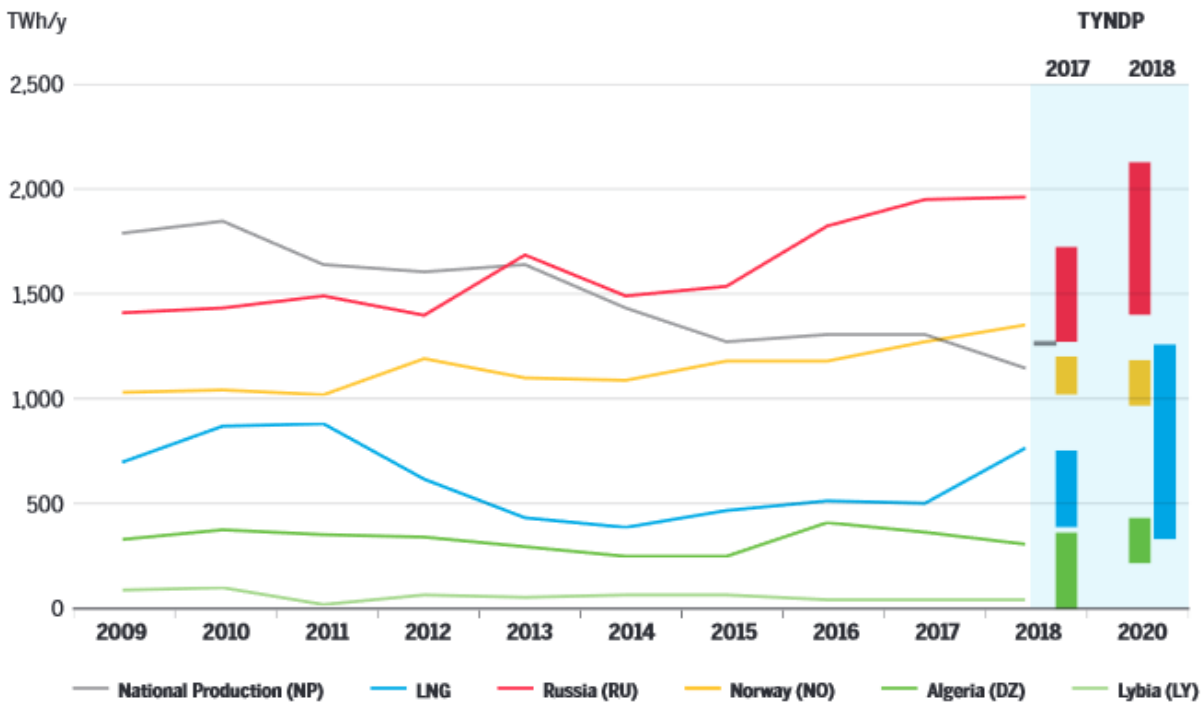

Schaubild 1. Struktur der Erdgasversorgung in Jahren 2009-2018. TYNDP 2018 – System Assesment Report.

Bis zum Jahr 2040 kann das Gasversorgungspotenzial aus Russland systematisch zunehmen. Im Jahr 2018 wurde das Versorgungspotential auf 189,5 Mrd. m^3/Jahr geschätzt, während es im Jahr 2040 voraussichtlich bis zum 226 Mrd. m^3/Jahr ansteigen wird.

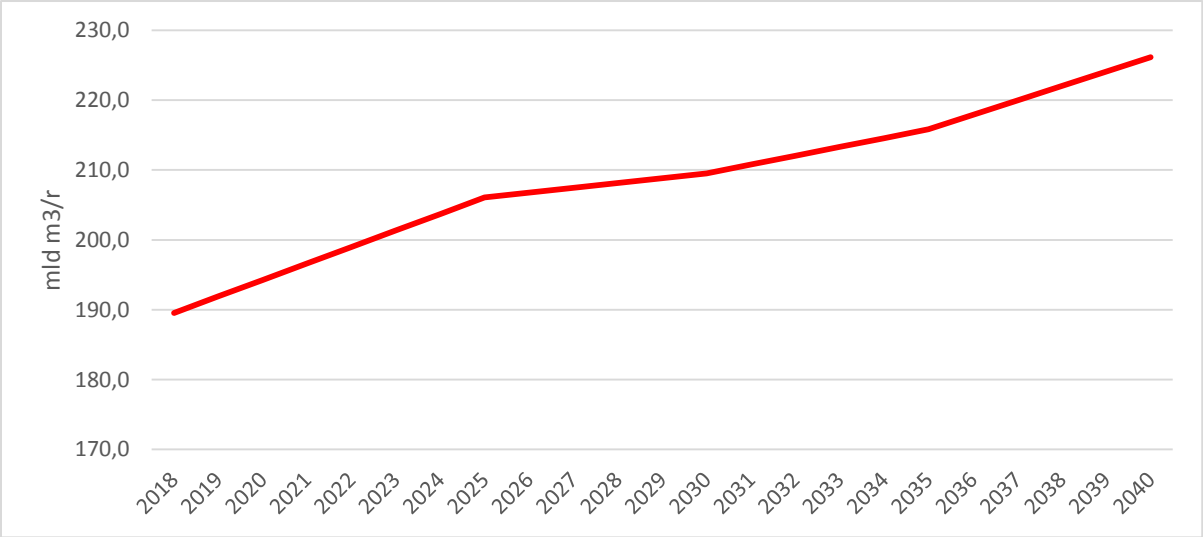

Schaubild 2. Gasversorgungspotential aus Russland. ENTSOs Scenario Report

Zusammenfassend der Wettbewerbsanalyseergebnisse stellt ENTSOG fest, dass die Region Mittel- und Osteuropa vor einer Herausforderung steht, die darin besteht, dass die Abhängigkeit von Gaslieferungen aus Russland langfristig steigen wird. In diesem Zusammenhang zeigen die ENTSOG Modellierungsergebnisse, dass das Nord Stream 2 Projekt verwendet werden kann, um die Gasversorgung aus Russland weiter zu erhöhen, was sich auf den Wettbewerb auf dem Markt und auf die Versorgungssicherheit nachteilig auswirken wird. Aus diesem Grund weist ENTSOG auf die Notwendigkeit der Umsetzung von Infrastrukturinvestitionen hin, die die Diversifizierung der Versorgungsquellen in Mittel- und Osteuropa stärken werden.

Die Ergebnisse der in TYNDP 2018 durchgeführten Analysen zeigen, dass das Nord Stream 2 Projekt nicht die Voraussetzungen nach Art. 49a Abs. 1, die Freistellung von der Anwendung der einzigen Gasrichtlinienvorschriften rechtsfertigen (d.h. *sich nicht nachteilig auf den Wettbewerb auf dem Erdgasbinnenmarkt in der Europäischen Union und dessen effektives Funktionieren auswirkt und die Versorgungssicherheit in der Europäischen Union nicht beeinträchtigt wird*), erfüllt.

Der Begriff der „Energiesolidarität".

Auf den Seiten 117-118 bewertet die Antragstellerin den Grundsatz der „Energiesolidarität" im Sinne von Art. 194 Abs. 1 AEUV[41]. Es sollte jedoch betont werden, dass der Kommentar der Antragstellerin mit vielen Fehlern belastet ist.

Erstens gibt die Antragstellerin zu, dass das EU-Gericht in seinem Urteil die Notwendigkeit festgestellt habe, diese Voraussetzung für Art. 36 der Gasrichtlinie zu prüfen. Die Energiesolidarität spiegelt sich in dem Konzept des „effektiven und ordnungsgemäßen Funktionierens des Erdgasbinnenmarktes“ wider, das Teil dieser Vorschrift ist. Ihrer Meinung nach besteht jedoch keine rechtliche Verpflichtung, die „Energiesolidarität" für die Zwecke des Art. 49a der Gasrichtlinie und des Art. 28b EnWG zu

[41] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 117-118.

prüfen. Die von der Antragstellerin vorgebrachte lakonische Begründung scheint jedoch nicht ausreichend zu sein, um diese These zu verteidigen. Selbst aus dem Inhalt des Urteils ergibt sich, dass der Grundsatz der „Energiesolidarität" für alle Entscheidungen, die sich auf Energie beziehen, die Anwendung findet[42].

Zweitens lässt die Antragstellerin vermuten, dass die „Energiesolidarität" mit der souveränen Zuständigkeit des Europäischen Parlaments und des Rates, Maßnahmen zur Erreichung der in Art. 194 Abs. 1 AEUV (Art. 194 Abs. 2 AEUV) genannten Ziele anzunehmen, ausgeglichen werden sollte. Nach Ansicht der Nord Stream 2 AG stellt diese „Abwägung" eine Verpflichtung des EU-Gesetzgebers dar, der allgemeine und abstrakte Definitionselemente formuliert. Die Abtretung der Verpflichtung, die Interessen einzelner Mitgliedstaaten durch die Behörden eines der Staaten abzuwägen, ist nicht durch die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit sowie den Grundsatz der unternehmerischen Freiheit und des Eigentumsrechts gerechtfertigt. Es soll angenommen werden, dass die Argumente der Antragstellerin in unmittelbarem Widerspruch zum Inhalt des Urteils stehen. Die Adressaten der Verpflichtung, diese Voraussetzung zu prüfen, sind sowohl Organe der EU als auch einzelne Mitgliedstaaten und folglich – ihre Regulierungsbehörden[43]. Die Anerkennung der Argumente bezüglich des vermeintlichen Verstoßes gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit würde zu einer Entscheidungslähmung der Regulierungsbehörden führen. Als Beispiel sollte hier auf die in Art. 36 und Art. 49a der Gasrichtlinie genannte Zuständigkeit der Regulierungsbehörden einzelner Mitgliedstaaten verwiesen werden, die Infrastruktur im Falle ihrer Befreiung oder Freistellung von der Anwendung ausgewählter Vorschriften der Gasrichtlinie zu bewerten, wenn der Grad der Allgemeinheit der Voraussetzungen gleich hoch ist.

---

[42] Urteil des Gerichts vom 10. September 2019 Republik Polen gegen Europäische Kommission, Punkt 77 und 78. Die Anwendung des Grundsatzes der Energiesolidarität bedeutet nicht, dass die **Energiepolitik** der Union in keinem Fall negative Auswirkungen auf die besonderen Interessen eines Mitgliedstaats **im Energiebereich haben darf**. Die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten sind aber verpflichtet **, Durchführung dieser Politik** die Interessen sowohl der Union als auch der verschiedenen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und diese Interessen im Konfliktfall gegeneinander abzuwägen. Unter Berücksichtigung solchen Umfag des Grundsatzes der Energiesolidarität, mit Hinblick auf den angefochtenen Beschluss, war die Kommission verpflichtet, zu prüfen, ob die Änderung der Nutzungsbedingungen der OPAL-Pipeline die Interesse anderen Mitgliedstaaten **im Energiebereich** verletzen kann und falls ja - diese Interesse gegen des Interesses, der diese Änderung für Deutschland und für die ganze Union bedeutet, abzuwägen.

[43] Urteil des Gerichts vom 10. September 2019 Republik Polen gegen Europäische Kommission, Punkt 72 und 73. Der Solidaritätsgrundsatz umfasst im Gegenteil auch eine allgemeine Verpflichtung **der Union und der Mitgliedstaaten** , im Rahmen der Ausübung ihrer jeweiligen Befugnisse die Interessen der anderen Akteure zu berücksichtigen. Was insbesondere die Energiepolitik der Union betrifft, bedeutet dies, dass sich **die Union und die Mitgliedstaaten** bei der Ausübung ihrer Befugnisse im Rahmen dieser Politik bemühen müssen, Maßnahmen zu vermeiden, die geeignet sein könnten, die Interessen der Union und der anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf die Sicherheit und die wirtschaftliche und politische Tragbarkeit der Versorgung sowie die Diversifizierung der Versorgungsquellen oder der Versorgung zu beeinträchtigen, um ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und faktischen Solidarität Rechnung zu tragen.

Abgesehen von oben genannten, bewertet die Nord Stream 2 AG die Auswirkungen der Gaspipeline auf die Republik Polen[44]. Die Antragstellerin macht geltend, dass, unter Berücksichtigung den nationalen Abbau, ist die Republik Polen bereits heute in der Lage, ihren Bedarf zu decken. Sie weist auch darauf hin, dass selbst bei dem unzureichenden Abbau könnte die Republik Polen Gas aus den nicht russischen Quellen erwerben. Die Antragstellerin wiederholt dabei den Fehler, auf dem weißt der Präsident der polnischen Energieregulierungsbehörde im Schreiben vom DRR.WM.0812.1.8.2020 hin, das den überhöhten nationalen Abbau betrifft[45]. Noch einmal ist es hinzuweisen, dass laut dem auf der Website des Dienstes 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. m^3. Darüber hinaus berücksichtigt die Methode der einfachen Berechnung von Jahresvolumen („*purely mathematical comparison*" – wie die Antragstellerin selbst betonnt) 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 die Leistung berücksichtigt werden muss. Bei der Prüfung 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.

Reduzierung des „politischen Risikos".

Auf der Seite 97 des Antrags argumentiert die Nord Stream 2 AG, dass das Bestehen der Gaspipeline die politischen Risiken im Zusammenhang mit dem Gastransit durch Transitländer verringern wird. Sie weist auch darauf hin, dass „das Risiko eines politischen Konflikts zwischen dem Transitland und dem Lieferland oder dem Transitland und dem Empfängerland besteht, das sich negativ auf die aufgrund der Gasversorgungssicherheit der Verbraucher in der EU auswirken kann". Solche Aussagen sollten eindeutig abgelehnt werden. Wie die vom Präsidenten der Energieregulierungsbehörde im Schreiben vom DRR.WM.0812.1.8.2020 angeführten Beispiele zeigen, ist das Risiko einer Versorgungsunterbrechung ein vom russischen Lieferanten generierter Faktor.

Die Krise von 2006 hing mit den Preisforderungen von Gazprom auf ukrainischer Seite zusammen. Gazprom forderte eine Preiserhöhung von 50 USD/1000 m^3 auf 160 USD/1000 m^3 und schließlich auf 230 USD/100 m^3, während die ukrainische Seite angab, dass der Preis von 50 USD/1000 m^3 bis 2009 garantiert sei. Nach der Unterbrechung der Gasversorgung im Januar 2006 warf die russische Seite der ukrainischen Seite die unbefugte Verwendung von Gas vor, das für Transitzwecke bestimmt wurde. Die vorläufige Vereinbarung wurde am 4. Januar 2006 geschlossen.

[44] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 122., Impact of the Nord Stream Pipeline on the European Gas Market, S. 117.
[45] Impact of the Nord Stream Pipeline on the European Gas Market, S. 116.

Der Krise von 2009 gingen Preisverhandlungen voraus, bei denen sich beide Seiten über den endgültigen Gaspreis und die Höhe und Form der Schuldenrückzahlung durch die ukrainische Seite, sowie über das Verhältnis zwischen dem Gaskaufvertrag und dem Gastransitvertrag uneinig waren. Die Frage des Versuchs von Russland, das ukrainische Transitsystem zu übernehmen, ist nicht zu übersehen.

In Juni 2014 forderte Gazprom auch Vorauszahlungen für Gaslieferungen und die Schuldenrückzahlung. Die Gaslieferungen an die Ukraine sind unterbrochen worden. 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. Im November 2014 wurde zwischen der EU, der Ukraine und Russland (unter Anteilnahme von Gazprom und Naftogaz) ein dreiseitiges Abkommen über die Gasverkaufsbedingungen in der Wintersaison abgeschlossen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, 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 Länder der EU nur auf der Seite des russischen Lieferanten zu sehen waren (z.B. Einschränkungen in den Jahren 2014/2015).

3. Die Voraussetzung „dass es keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Erdgasbinnenmarkt oder auf das effektive Funktionieren dieses Marktes gibt“.

Vermeintliche positive Auswirkung der Nord Stream 2 - Pipeline auf die Preise.

Die Antragstellerin macht auch die These geltend, dass sich das Funktionieren der Nord Stream 2-Pipeline positiv auf die Preise auswirken wird[46]. Im Gegensatz zum Import von Flüssiggas stellt sie russisches Gas als wirtschaftlich möglichst effiziente Weise dar, den EU-Markt mit dem Gas zu versorgen. Die Nord Stream 2 AG präsentiert Szenarien, um die positiven Auswirkungen der Infrastruktur auf die den Endempfänger angebotenen Preise aufzuzeigen. Die Antragstellerin vergleicht unter anderem das kontrafaktische Szenario des Fehlens von Nord Stream 2 mit dem Szenario, in dem Nord Stream 2 im Jahr 2030 funktioniert. Nach den vorgelegten Ergebnissen würden Empfänger aus Mittel- und Osteuropa (im Folgenden: **„CEE”**) von niedrigeren Preisen profitieren.

Gleichzeitig ignoriert die Antragstellerin die Schlussfolgerungen des Berichts des Regional Centre for Energy Policy Research (REKK)[47], wonach sich das Funktionieren der Nord Stream 2-Pipeline nachteilig auf die Gaspreise in den CEE-Ländern auswirken wird. Die neue Infrastruktur wird zu dem Anstieg der Preisunterschiede zwischen Empfänger in den CEE-Ländern und den Nordwesteuropäischen Ländern (im Folgenden: **„NWE"**) führen. Für das Szenario, in dem der

[46] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 100.
[47] The Impact of the Construction of the Nord Stream 2 Gas Pipeline on Gas Prices And Competition, S. 16.

Bezugspunkt das Jahr 2015 ist, haben die Autoren einen jährlichen Preisanstieg von 0,4-1,1 EUR/MWh (für NWE-Länder einen Rückgang von 0,2-0,3 EUR/MWh) vorgesehen[48]. In dem Szenario, in dem der Bezugspunkt das Jahr 2020 ist, sind die negativen Auswirkungen aufgrund der Entwicklung der LNG-Technologie noch größer[49].

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass bei einer Freistellung der Nord Stream 2-Pipeline keine positiven Auswirkungen der Pipeline auf die Gaspreise zu erwarten sind.

Keine Regulierung ist erforderlich aufgrund der Regulierung der NEL- und EUGAL-Pipelines.

Die Polemik erfordern auch die Behauptungen der Antragstellerin bezüglich der vermeintlichen mangelnden Notwendigkeit einer Regulierung aufgrund der Behauptung, dass der Geltungsbereich der Gasrichtlinie angeblich auf nur 12 Seemeilen beschränkt wäre. In dem Schreiben wurde argumentiert, dass aufgrund der Regulierung von EUGAL- und NEL-Gaspipelines, die direkt an Nord Stream 2 angeschlossen sind, muss der Gaspipelineabschnitt[50] nicht reguliert werden. Eine ähnliche Logik wurde auch in dem Antrag bezüglich die Nord Stream-Pipeline vorgestellt, die in dem Schreiben des Präsidenten des Energieregulierungsbehörde vom DRR.WM.0812.1.8.2020 in Frage gestellt wurde.

Die Antragstellerin begründet die mangelnde Notwendigkeit einer Regulierung der Gaspipeline und gibt zu, dass Gazprom wie jeder Nutzer des deutschen Systems, die Landinfrastrukturkapazität buchen muss[51]. Hervorzuheben ist jedoch, dass der potenzielle Mangel an Regulierung der Nord Stream 2-Pipeline tatsächlich zu einer scheinbaren Geltung der europäischen Vorschriften für den Landteil der Infrastruktur führt. Infolgedessen wird nur eine Maximierung der Anwendung des europäischen Rechts auf die Nord Stream 2-Pipeline zu einer tatsächlichen Umsetzung der Marktregeln für den Betrieb dieser Infrastruktur führen - entgegen der von der Antragstellerin dargestellten Logik. Infolge der Freistellung der Nord Stream 2-Pipeline wird die Ineffizienz der europäischen Vorschriften auf diesem Abschnitt bestätigt, worauf der Präsident der Energieregulierungsbehörde bereits in seinem Schreiben vom DRR.WM.0812.1.8.2020 bezüglich der OPAL und NEL verwiesen hat.

Vermeintlich fehlende Auswirkung auf den Wettbewerb.

Bei der Analyse der Voraussetzung der fehlenden nachteiligen Auswirkung auf den Wettbewerb stellt die Nord Stream 2 AG fest, dass der Umfang des relevanten Marktes Deutschland, Benelux-Länder, Dänemark, Großbritannien (Nordwesteuropa) und die Tschechische Republik umfassen wird. Darüber hinaus gibt sie an, dass die Schlussfolgerungen der Analyse gleich werden, auch wenn angenommen wird, dass der EU-Markt im vorliegenden Fall als der relevante Markt betrachtet werden sollte. Die

[48] Ibidem, S. 8.
[49] Ibidem, S. 9.
[50] Application of North Stream 2 for Derogation concerning the German part of the North Stream 2 Pipeline pursuant to section 28b EnWG (German Energy Industry Act], S. 111.
[51] Ibidem, S. 111.

Nord Stream 2 AG ignoriert jedoch völlig den Wettbewerbsaspekt der Übertragungswege in Osteuropa[52].

Eine potenzielle Freistellung für die Nord Stream 2-Pipeline wird sich nachteilig auf das Gasübertragungssegment auswirken. Sie wird eine systematische Diskriminierung alternativen zur Nord Stream 2-Pipeline Strecken zur Folge haben. Denn die meisten Einfuhrrouten aus Drittländern unterliegen transparenten Marktregeln:

- Die Europipe 1-, Europipe 2- und Norpipe-Gaspipelines - dienen der Einfuhr von Gas aus Norwegen,
- Die 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.

Falls die Freistellung angewendet würde, wäre die Nord Stream 2-Pipeline die einzige (neben der Nord Stream 1 – Pipeline) 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-Pipeline einen regulatorischen Vorteil zu verschaffen, indem Bedingungen für die Nutzung der Einfuhrinfrastruktur 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 wären.

Es sollte auch betont werden, dass jede regulatorische Präferenz für die Nord Stream 2 - Pipeline negative Aspekte für den Wettbewerb sowohl auf dem Erdgasversorgungsmarkt als auch auf dem Erdgasfernleitungsmarkt haben würde. Das Regulierungsprivileg von Nord Stream 2 in Form einer Freistellung von den Anforderungen des EU-Rechts würde die Wahrscheinlichkeit einer Umleitung des von der Russischen Föderation in die EU-Länder übertragenen Gasvolumens von EU-Rechtsrouten (Yamal-Pipeline, Bruderschaft-Gaspipeline) auf regulierungsprivilegierte Route (Nord Stream 2) erheblich erhöhen. Eine Umleitung der übertragenen Gasvolumen wäre durch wettbewerbswidrige Praktiken wie Quersubventionierung und das Fehlen transparenter, kostenloser Übertragungstarife möglich. [redacted]

[52] Ibidem, S. 100 und 101.

Jedes auf dem Gasmarkt tätige Energieunternehmen muss bei der Festlegung des Preises seiner Gasversorgung für einen bestimmten Empfänger die Kosten der Infrastruktur berücksichtigen, die für diese Versorgung verwendet wird. Diese Kosten werden in der Regel in vollem Umfang an den Empfänger übertragen. Die Kosten für die Gasübertragung innerhalb der EU werden von Betreibern festgelegt, die der Kontrolle der nationalen Regulierungsbehörden unterliegen, deren Aufgabe es ist, die Empfänger nicht nur vor übermäßigen Preisniveaus zu schützen, sondern auch zu überprüfen, dass die Tarife die gerechtfertigten Kosten des Infrastrukturbetriebs decken sowie dass es keine Quersubventionierung erfolgt.

Die Gewährung einer Freistellung für den Nord Stream 2-Pipeline 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 die Gasversorgung in der EU gewährt wird, zusätzlich mit ihrem größten und liquidesten Markt (unabhängig davon, ob dieser geografisch als deutscher oder nordwesteuropäischer Markt definiert wird) zu ermäßigten Sätzen, die die tatsächlichen Infrastrukturkosten nicht widerspiegeln.

Angesichts der derzeitigen Politik von Gazprom in der CEE-Region, die in der langfristigen Anwendung von Beschränkungen der Gaswiederausfuhr 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 CEE-Märkte in den NWE-Markt fortzusetzen. Die Freistellung wird daher zu einer dauerhaften Festigung der beherrschenden Stellung von Gazprom auf den CEE-Märkten führen, was aus Sicht des Wettbewerbsschutzes und der bisherigen Tätigkeit dieses Unternehmers kein positives Phänomen ist.

Die Antragstellerin macht geltend, dass sich die Freistellung auf den Wettbewerb und das Funktionieren des Binnenmarktes nicht nachteilig auswirken wird[53]. Nach Ansicht der Nord Stream 2 AG hängt der Gasverbrauch in der EU und insbesondere das aus Russland importierte Gasvolumen nicht davon ab, ob ein Teil der Nord Stream 2-Pipeline den Regelungen unterstellt oder nicht. Die Antragstellerin setzt ihre Argumentation fort und erklärt, dass Gazprom Export aufgrund des gesetzlichen und tatsächlichen Monopols der einzige Gasversorger sein wird, unabhängig davon, ob der Pipeline-Abschnitt reguliert wird oder nicht[54]. Eine Freistellung führt nach Angaben der Antragstellerin nicht zu einer Erhöhung des Marktanteils und seiner Konzentration[55].

Es muss ein Widerspruch gegen der Logik der Nord Stream 2 AG erhoben werden. Die Antragstellerin ignoriert wie im Fall des Antrags der Nord Stream AG völlig die Tatsache, dass die Freistellung - als eine Ausnahme von der Anwendung europäischer Vorschriften - einem Unternehmer mit der marktbeherrschenden Stellung auf ausgewählten europäischen Märkten gewährt würde, für das die Europäische Kommission es wahrscheinlich gemacht hat, dass die fraglichen Praktiken angewendet werden, die gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen. Zu diesem Zweck sollten die Hauptargumente

[53] Ibidem, S. 113.
[54] Ibidem, S. 115, Impact of the Nord Stream Pipeline on the European Gas Market, S. 96.
[55] Impact of the Nord Stream Pipeline on the European Gas Market, S. 104.

des Präsidenten der Energieregulierungsbehörde, die im Schreiben vom DRR.WM.0812.1.8.2020 zitiert werden:

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. In der Freistellungsentscheidung für die Speicheranlagen 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"***[56]. Bei der Nord Stream 2 - Pipeline ist dieser Effekt offensichtlich. Es ist unmöglich, ein Argument zu konstruieren, das es rechtfertigen würde, von den Gasrichtliniengrundsätzen 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 sind[57]. Die größte Gefahr einer Verletzung der Wettbewerbsregeln besteht dann, wenn **eine Freistellung einem Unternehmen gewährt wird, das eine beherrschende 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 Unternehmen in einem Ausmaß von nicht mehr als z.B. 50% erlaubt[58].

Vermeintliche positive Auswirkung auf das Klima.

Der Antrag auf Freistellung enthält Argumente, die auf den erwarteten signifikanten Beitrag der Nord Stream 2 - Pipeline zur Erreichung der EU-Klimaziele hinweisen. Überlegungen in diesem Zusammenhang wurden durch die Einstufung dieser Ausmaß des Funktionierens der Gaspipeline als

---

[56] Commission Decision on the exemption of an Underground Gas Storage Facility in Dambořice, from the internal market rules on third party access, Punkt 58.
https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2011_damborice_decision_en.pdf, *In conclusion, it is likely that the UGS facility of Dambořice will enhance competition in the storage market. To prevent potential negative effects in the vertically related wholesale trade market, the condition currently imposed in the notified decision should be expanded to all undertakings affiliated to RWE Transgas a.s. As regards the upstream supply market for gas in the Czech Republic,* ***it was not sufficiently demonstrated in the notified decision that the exemption cannot strengthen the dominant position of Gazprom Export and its affiliated undertakings.***

[57] 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.**

[58] Ibidem, Punkt 34.

„objektive Gründe" gerechtfertigt, die in diesen Voraussetzungen für die Gewährung einer Freistellung vorgesehen waren. Es sei darauf hingewiesen, dass die zitierte These auf einem falschen Verständnis der Bedeutung der Voraussetzung "objektive Gründe" beruht. Es stimmt, dass der EU-Gesetzgeber aufgrund der Verwendung des Ausdrucks „wie“ die enumerative Definition der Voraussetzungen der „objektiven Gründen“ aufgegeben und den Begriffsumfang offen gelassen hat. Dies ändert nichts daran, dass „objektive Gründe", die in dem 49a der Gasrichtlinie nicht aufgeführt werden, im Fall der Freistellung als der rechtlichen Ausnahme ein besonders gerechtfertigtes Element der Einstufung sein sollen. Dies bezieht sich auf Situationen und Grenzfälle, die trotz Nichterfüllung der Grundvoraussetzungen, bei der Beurteilung des Antrags auf Freistellung berücksichtigt werden müssen. In diesem Zusammenhang ist es schwierig, den außergewöhnlichen Charakter des Nord Stream 2-Projekts im Bereich Klimaschutz aufzuzeigen. Die Gruppe von Unternehmen, die den Bestimmungen der Gasrichtlinie unterliegen, ist durch eine relative allgemeine Einheitlichkeit gekennzeichnet, d.h. sie umfasst Gasverbindungsleitungen innerhalb der Union von und zu Drittländern. In dieser Situation transportiert oder wird transportieren jede Infrastruktur, die den Bestimmungen der Gasrichtlinie untergeordnet ist Rohstoffe, die hinsichtlich der Emission – in der Regel – ähnlich sind. Das Ausmaß des Volumentransports, das nach Ansicht des Investors die Klimavorteilen anteilig kumulieren sollte, ist eine relative und kaum quantifizierbare Kategorie. Die zitierten Aussagen unterscheiden das Projekt in keiner Weise in Bezug auf den Subjekt oder das Objekt. Daher handelt es sich hier nicht um einen objektiv außergewöhnlichen Umstand, der, obwohl er nicht in dem Art. 49a der Gasrichtlinie erhalten ist, stellt eine Begründung für die Freistellung dar. Aus den oben genannten Gründen sollte die Angabe klimatischer Aspekte als Beispiel den „objektiven Gründen" als falsch und ungerechtfertigt angesehen werden.

Angebliche negative Auswirkungen auf die Tarifsätze.

Die Nord Stream 2 AG fugt dem Schreiben eine Analyse der Auswirkungen einer Nichtanwendung der Freistellung auf die Höhe der Tarifsätze bei[59]. Die Autoren der Analyse zeigen, dass im Fall einer Regulierung der Pipeline wird der Lubmin-Punkt durch einen Punkt an der Grenze zwischen dem deutschen und dem nichtdeutschen Infrastrukturteil ersetzt. Auf diese Weise wird nach Ansicht der Antragstellerin ein Gasverbindungsleitungsabschnitt, der den EU-Vorschriften untergeordnet wird, mit dem GASPOOL-Gebiet integriert. Nach Ansicht der Nord Stream 2 AG wird dies zur Kostenerhöhung für Netzwerkbenutzer und Endempfänger führen[60]. Infolgedessen ist darauf hinzuweisen, dass die von der Antragstellerin vorgebrachte Argumentation die einheitliche Anwendung des Regulierungssystems im Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten rechtfertigt. Gemäß der Gasrichtlinie sollte jedoch versucht werden, sie einheitlich anzuwenden und die Ziele der Gasrichtlinie hinsichtlich der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen zu erreichen. In Bezug auf die Tarifsätze erfordert dies einer Berücksichtigung den Betriebskosten der gesamten Gaspipeline und nicht nur des Abschnitts, der im Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten liegt. Auf diese Weise wird eine Quersubventionierung vermieden und werden gleiche Wettbewerbsbedingungen für Versorgungsrouten sichergestellt, sowie

[59] Impact on German network tariffs on Nord Stream 2.
[60] Ibidem, S. 8.

für Handelsgesellschaften, die vollständig der Gasrichtlinie unterliegenden Versorgungsrouten nutzen. Eine Befreiung von der Verpflichtung, die transparent festgelegten Tarifen anzuwenden, im Hinblick auf die Anerkennung der Antragstellerin *implicite*, dass die Nichtanwendung des EU-Rechts eine Senkung der Übertragungskosten zur Folge hat, führt zur Zustimmung zur systematischen Verwendung von Quersubventionen.

Die dargestellte Argumentation zeigt, dass die Aufrechterhaltung nicht geregelten Abschnitte bereits dazu führt, dass eine der Strecken durch eine angemessene Kostenverteilung gegenüber den anderen bevorzugt wird. Die Nord Stream AG 2 scheint nach der beigefügten 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 geregelten 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 2 - 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 über harmonisierte Fernleitungsentgeltstrukturen 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 ihrer Feststellung bilden.

Noch einmal ist es wichtig zu betonen, dass die negativen Auswirkungen der Freistellung auch im Gashandelsbereich erkennbar werden - im Falle von Handelsgesellschaften, die andere Übertragungswege nutzen. Unternehmen, die den Rohstoff über eine Infrastruktur importieren, die den Gasrichtlinienvorschriften unterliegt, werden gegen Gazprom – einem Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf dem EU-Gasversorgungsmarkt diskriminiert.

IV. Schlussfolgerungen

Unter Berücksichtigung der obigen bitten wir um Folgendes:

1. Zunächst nach dem einschlägigen nationalen Verfahren, den Antrag abzulehnen und keine weiteren Fortschritte zu erzielen und in jedem Fall von einer sachlichen Beilegung des Antrags abzusehen, da die BNetzA nicht für die Durchführung eines aus dem eingereichten Antrags resultierenden sachlichen Verfahrens zuständig ist (Unzuständigkeit).
2. Als Vorsichtsmaßnahme bitten wir darum, den Antrag in seiner Gesamtheit zurückzuweisen.

3. In jedem Fall bitten wir um Zustellung des Beschlusses der BNetzA bezüglich des Antrags dem Präsidenten der Energieregulierungsbehörde.