



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 12. 06. 2009
K(2009) 4694

SG-Greffe (2009)D/ 3322

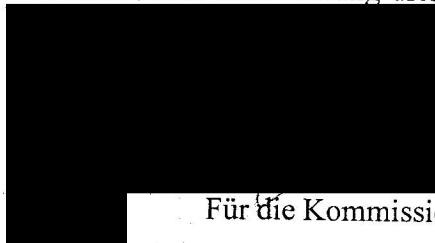
**Betr.: AUSNAHMEGENEHMIGUNG DER BUNDESNETZAGENTUR FÜR DIE OPAL-
GASLEITUNG GEMÄß ART. 22 DER RICHTLINIE 2003/55**

Sehr geehrter Herr Präsident,

ich beziehe mich auf den der Kommission übermittelten Beschlüsse der Bundesnetzagentur vom 25. Februar 2009 (BK7-08-009 und BK7-08-010), mit welchen einerseits für die OPAL eine Ausnahme von einigen Bestimmungen der Erdgasrichtlinie 2003/55/EG gewährt und andererseits für die NEL eine entsprechende Ausnahme versagt wird.

Die Kommission hat ihre Analyse der Bescheide und der Begleitinformationen nunmehr abgeschlossen. Ergebnis dieser Analyse ist, dass die Kommission die Bundesnetzagentur auffordert, ihre beiden Beschlüsse zu ändern. Die Einzelheiten sind dem Anhang dieses Schreibens zu entnehmen.

Mit freundlichen Grüßen


Für die Kommission

Stavros DIMAS
Mitglied der Kommission

Anhang

Bundesnetzagentur
Herrn Präsidenten Matthias Kurth
Postfach 80 01
53105 Bonn
DEUTSCHLAND

Analyse der beiden Entscheidungen der Bundesnetzagentur

1. Am 25. Februar 2009 erließ die deutsche Energieregulierungsbehörde Bundesnetzagentur (nachstehend „BNetzA“) zwei Bescheide zur Freistellung der Ostseepipeline-Anbindungsleitung (nachstehend „OPAL“) von der Regulierung (nachstehend „Ausnahmegenehmigung“) gemäß Art. 22 der Richtlinie 2003/55/EG (in deutsches Recht umgesetzt durch Art. 28a des Energiewirtschaftsgesetzes (nachstehend „EnWG“).
2. Antragstellerin für das Verfahren BK7-08-009 ist die OPAL NEL Transport GmbH, Antragstellerin für das Verfahren BK7-08-010 die E.ON Ruhrgas Nord Stream Anbindungsgesellschaft mbH. Die beiden Antragstellerinnen sind die geplanten Netzbetreiber der Ostseepipeline-Anbindungsleitung (nachstehend „OPAL“) und der Norddeutschen Erdgasleitung (nachfolgend „NEL“). Beide Antragstellerinnen beantragten in jeweils getrennten Verfahren bei der BNetzA eine Ausnahmegenehmigung für die geplanten Erdgasleitungen OPAL und NEL. Daher erließ die BNetzA zwei - im Wesentlichen gleichlautende - Beschlüsse.
3. Die OPAL und die NEL sollen in einer Bruchteilsgemeinschaft zwischen der Wingas GmbH & Co. KG (80% Miteigentum bei OPAL, 75% bei NEL) und der E.ON Ruhrgas AG (20% Miteigentum bei OPAL, 25% bei NEL) errichtet werden. Die OPAL NEL Transport GmbH ist für den jeweiligen Miteigentumsanteil der Wingas GmbH & Co. KG zuständig. Ihre Anteile werden von der Wingas GmbH & Co. KG gehalten. Die E.ON Ruhrgas Nord Stream Anbindungsgesellschaft mbH ist für den jeweiligen Miteigentumsanteil der E.ON Ruhrgas AG zuständig. Ihre Anteile werden von der E.ON Ruhrgas AG gehalten.
4. Durch die Ausnahmegenehmigung wurden die an der OPAL geschaffenen Kapazitäten für einen Zeitraum von 22 Jahren von der Anwendung der Bestimmungen des regulierten Netzzugangs Dritter gemäß Artikel 18 und von der Tarifregelung in Artikel 25 Absätze 2, 3 und 4 der Richtlinie 2003/55/EG (in deutsches Recht als §§ 20-25 Energiewirtschaftsgesetz, nachstehend "EnWG", umgesetzt) ausgenommen. Eine Ausnahmegenehmigung für die NEL wurde abgelehnt. Gegen die Ablehnung der Ausnahmegenehmigung für die NEL haben die beiden Antragstellerinnen keine Beschwerde gegen die beiden Beschlüsse der BNetzA eingelegt.
5. Die Ausnahmegenehmigung ist auf eine Teilausnahme begrenzt, die mit den folgenden Nebenbestimmungen versehen wurde:¹
"1. Die auf Grundlage des Miteigentumsanteils der" Antragstellerin "an der Ostseepipeline-Anbindungsleitung (nachfolgend „OPAL“) geschaffenen Kapazitäten werden zugunsten der Antragstellerin nach folgender Maßgabe von der Anwendung der §§ 20 bis 25 EnWG ausgenommen:

a) Die Ausnahme gilt ausschließlich für Verbindungskapazitäten auf der OPAL mit Entry auf deutschem Staatsgebiet und Exit in Brandov. Hierbei sind unter Verbindungskapazitäten beschränkt zuordenbare Entry- und Exit-Kapazitäten zu verstehen, die nur gebündelt angeboten werden.

¹ BK7-08-009; Seite 1-4.

Sofern die Höhe der angebotenen bzw. gebuchten Entry-Kapazität von der Höhe der angebotenen bzw. gebuchten Exit-Kapazität abweicht, erstreckt sich die Ausnahme insgesamt nur auf den niedrigeren der beiden Werte (nachfolgend: „ausgenommene Kapazitäten“). Nicht ausgenommen sind damit insbesondere Gegenstromtransporte mit Entry in Olbernhau oder Brandov oder sonstige Transporte mit Entry oder Exit innerhalb Deutschlands (z.B. Groß Körös), die der Versorgung von Letztverbrauchern, der Ein- oder Ausspeicherung in bzw. aus Speichereinrichtungen in Deutschland oder dem Weitertransport auf bestehenden Transportsystemen (z.B. der JAGAL oder STEGAL) dienen. Etwaige Notausspeisungen, die bei einer Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit der OPAL oder mit dieser verbundener Infrastruktureinrichtungen erforderlich werden, stehen der Ausnahme nicht entgegen. Notausspeisungen aus der oder in die OPAL sind der Beschlusskammer unverzüglich mitzuteilen.

b) Die Antragstellerin wird verpflichtet, von den Nutzern der ausgenommenen Infrastruktur Entgelte zu erheben.

c) Die Antragstellerin wird verpflichtet, für den Fall eines vertraglichen Engpasses ein marktorientiertes, transparentes und nichtdiskriminierendes Verfahren anzuwenden. Die allgemeinen rechtlichen Vorgaben für das Engpassmanagement hinsichtlich der nicht ausgenommenen Kapazitäten bleiben unberührt.

d) Die Antragstellerin wird verpflichtet, in ihren Verträgen über Verbindungskapazitäten besondere Regelungen gegen eine Hortung von Kapazitäten vorzusehen und hiervon unter den vertraglich vereinbarten Bedingungen Gebrauch zu machen. Die allgemeinen rechtlichen Vorgaben für das Engpassmanagement hinsichtlich der nicht ausgenommenen Kapazitäten bleiben unberührt. In den Verträgen über Verbindungskapazitäten hat sie zumindest folgende Vorgaben einzuhalten bzw. Bedingungen zu vereinbaren:

aa) Werden Kapazitäten nicht am Vortag (D-1) desjenigen Tages, an dem der Transport erfolgen soll (D), nominiert, muss die Antragstellerin diese Kapazitäten anderen Transportkunden diskriminierungsfrei als feste Kapazitäten auf Day-Ahead-Basis anbieten und so rechtzeitig zur Verfügung stellen, dass sie am Tag D effektiv genutzt werden können (nachfolgend „kurzfristiges UIOLI“).

bb) Werden Kapazitäten für Transporte, die für mehrere Quartale (oder einen nach anderen Zeiträumen bemessenen vergleichbaren Zeitraum) von einem Transportkunden gebucht sind, innerhalb eines Quartals nicht oder nur unwesentlich genutzt, muss die Antragstellerin dem Inhaber die gebuchten Kapazitäten mindestens für das folgende Quartal entziehen und anderen Transportkunden rechtzeitig und diskriminierungsfrei als feste Kapazitäten auf Tages-, Monats- und Quartalsbasis anbieten. Als unwesentliche Nutzung gilt eine durchschnittliche Nominierung in Höhe von unter 10% der gebuchten Kapazitäten in dem

betreffenden Zeitraum, wobei Leitungsausfälle infolge von Störungen, Wartungen oder ähnlichen Ereignissen zugunsten des ursprünglichen Transportkunden zu berücksichtigen sind. Dieser kann die Entziehung abwenden, wenn er seine Kapazitäten spätestens einen Monat vor Beginn des Folgequartals in voller Höhe und für den gesamten Zeitraum der drohenden Entziehung an einen Dritten veräußert und dies der Antragstellerin nachweist (nachfolgend „langfristiges UIOLI“).

cc) Die entzogenen Kapazitäten können Dritten auch unter Änderung oder Aufhebung der Beschränkung der Zuordnungsaufgaben angeboten werden. Zu einer solchen Änderung oder Aufhebung ist die Antragstellerin im Rahmen des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren verpflichtet. Eine Nominierung oder Renominierung des ursprünglichen Transportkunden ist nach Entziehung der Kapazitäten ausgeschlossen. Der ursprüngliche Transportkunde bleibt zur Zahlung der vereinbarten Entgelte verpflichtet. Sein Widerspruch hindert die Entziehung nicht, es sei denn, er kann sich hierfür auf ein bestandskräftiges Urteil berufen. Wenn keine Nachfrage eines Dritten nach den entzogenen Kapazitäten besteht, bleibt der ursprüngliche Transportkunde zur Nutzung berechtigt.

e) Die folgende Bestimmung ist bis zur Inbetriebnahme der OPAL in den Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin aufzunehmen: „Die Geschäftsführung agiert in allen laufenden Systembetriebsfragen unabhängig und entscheidet innerhalb des genehmigten Finanzierungsplans unabhängig über den Bau oder die Umstrukturierung der OPAL. Mit Ausnahme einer Rechtskontrolle ist jede Befugnis der Gesellschaft oder der Gesellschafter, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen, insoweit eingeschränkt.“ Die entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages ist der Beschlusskammer nachzuweisen.

f) Die Ausnahmegenehmigung kann widerrufen werden, sofern

aa) die Antragstellerin eine oder mehrere der vorgenannten Auflagen nicht erfüllt,

bb) beim Bau oder beim Betrieb der OPAL von den in den Antragsunterlagen dargestellten technischen Planungen in erheblicher Weise abgewichen wird, wovon insbesondere dann auszugehen ist, wenn die OPAL (einschließlich der hierzu gehörenden Anbindungsleitungen unabhängig von ihrer Bezeichnung) zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht über die tschechische Grenze geführt wird, oder

cc) die Antragstellerin nach Inbetriebnahme der OPAL nicht entsprechend § 7 Abs. 1 und §§ 8 bis 10 EnWG vom Netzbetrieb der Wingas Transport GmbH & Co. KG oder eines dritten Netzbetreibers getrennt ist.

g) Die Ausnahme gilt unter der Bedingung, dass die OPAL spätestens am 01.01.2015 in Betrieb genommen wird. Das Datum der Inbetriebnahme ist der Beschlusskammer schriftlich mitzuteilen.

h) Die Ausnahme ist auf 22 Jahre ab tatsächlicher Inbetriebnahme befristet.

i) Es wird darauf hingewiesen, dass die allgemeinen rechtlichen Verpflichtungen, die von der Ausnahme nicht explizit erfasst werden, unberührt bleiben. Dies gilt insbesondere für die jeweils geltenden nationalen und europäischen Berichts-, Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten, für die Verpflichtungen zum bedarfsgerechten Netzausbau nach § 11 Abs. 1 EnWG sowie für die Verpflichtungen bezüglich des Handels mit Kapazitätsrechten nach § 14 GasNZV.

2. Die Ausnahme gilt auch für den Fall der vollständigen oder teilweisen Übertragung des Miteigentums an der OPAL, für den Fall der Übertragung des Netzbetriebs auf einen Dritten sowie für den Fall von Änderungen der Gesellschaftsverhältnisse der Antragstellerin gegenüber der im Antrag beschriebenen Situation, sofern

a) der Bundesnetzagentur die beabsichtigte Übertragung oder Änderung spätestens drei Monate vor dem vereinbarten Rechtsübergang angezeigt wird,

b) der Dritte sich, sofern er den Netzbetrieb übernimmt, zur Einhaltung der Auflagen aus dieser Genehmigung verpflichtet und

c) die Bundesnetzagentur die Genehmigung nicht innerhalb von drei Monaten nach Eingang der Anzeige widerruft. Der Widerruf hat unter der Bedingung zu erfolgen, dass die Übertragung oder Änderung durchgeführt wird. Der Widerruf bleibt auch insoweit vorbehalten."

6. Die BNetzA begründet ihre beiden Beschlüsse ausführlich. Sie ist der Auffassung, die OPAL stelle eine "Verbindungsleitung" im Sinne der Richtlinie 2003/55/EG dar; auch die anderen Kriterien des Art. 22 Richtlinie 2003/55/EG erfülle die OPAL im wesentlichen; die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens führe jedoch dazu, dass nur für bestimmte Kapazitäten eine Ausnahme genehmigt werden könne, und auch diese nur unter den oben unter Randnummer 4 zitierten Nebenbestimmungen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausnahmegenehmigung der BNetzA Bezug genommen.²

7. Die Ausnahmegenehmigung wurde der Kommission am 13. März 2009 mitgeteilt. Am 26. März 2009 veröffentlichte die Kommission eine Bekanntmachung zur Mitteilung der Ausnahmegenehmigung der BNetzA und forderte Dritte dazu auf, binnen zwei Wochen, d.h. bis zum 9. April 2009 dazu Stellung zu nehmen. Bei der Kommission gingen innerhalb dieser Frist Stellungnahmen der Concord Power NORDAL GmbH, des Verbands der

² Die Beschlüsse sind von der BNetzA auf deren Internetseite veröffentlicht worden, soweit sie keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten:
<http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/15735.pdf> und
<http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/15784.pdf>

Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V. und des Bundesverbands Neuer Energieanbieter ein. Sie sind der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung nicht vorlägen.

8. Mit Schreiben vom 20. April 2009 ersuchte die Kommission die BNetzA sowie die tschechische Regulierungsbehörde ERU (nachstehend „ERU“) um zusätzliche Informationen.
9. Die ERU beantwortete das Auskunftersuchen der Kommission am 7. Mai 2009, die BNetzA am 12. Mai 2009. Dadurch hat sich die Frist zur Stellungnahme der Europäischen Kommission von zwei auf drei Monate verlängert (Art. 22 (4) der Richtlinie 2003/55/EC). Die Europäische Kommission hat die Ausnahmegenehmigung am 13. März erhalten. Die Frist, innerhalb derer die Kommission eine Änderung oder den Widerruf der Ausnahmeentscheidung verlangen kann, läuft daher gemäß Art. 3 (4) der Verordnung Nr. 1182/1971³ mit Ablauf des 15. Juni 2009 (Montag) ab.

Beschreibung des Projekts

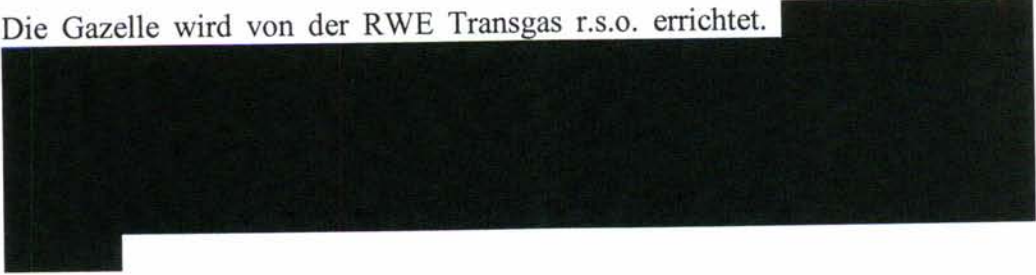
10. Die OPAL soll im Norden Deutschlands in Greifswald beginnen. Dort ist sie geplant als landseitige Fortsetzung der ebenfalls geplanten Gasleitung Nord Stream, die Russland und die Europäische Union durch die Ostsee direkt verbinden soll. Im Süden soll die OPAL bei Brandov an die geplante Gasleitung „Gazelle“ in der Tschechischen Republik anschließen. Die Gazelle soll von dort aus weiter nach Deutschland (Waidhaus) führen.

11. Die OPAL, Gazelle und Nord Stream haben nicht dieselben Projektbetreiber:

OPAL wird von der Wingas GmbH & Co. KG und der E.ON Ruhrgas AG errichtet und von deren Töchtern OPAL NEL Transport GmbH und E.ON Ruhrgas Nord Stream Anbindungsgesellschaft mbH betrieben. Die Wingas GmbH & Co. KG ist ein Joint Venture der Wintershall Holding AG (100%ige Tochter der BASF AG), die 50% plus 1 Anteil an der Wingas GmbH & Co. KG innehat (entspricht 50,02%) und der OAO Gazprom (50% minus einem Anteil, entspricht 49,98%).

„Nord Stream“ wird von der Nord Stream AG errichtet. Deren Gesellschafter sind die OAO Gazprom (51%), die Wintershall Holding AG, die E.ON Ruhrgas AG (jeweils 20%) und die N.V. Nederlandse Gasunie (9%).

Die Gazelle wird von der RWE Transgas r.s.o. errichtet.



12. Die drei Projekte hängen insoweit voneinander ab, als die Projekte OPAL und Gazelle die von der Nord Stream herangeführten Gasmengen aufnehmen und nach Süden durch Deutschland sowie durch die Tschechische Republik führen sollen.

³ ABl. Nr. L 124 v. 08.06.1971, S. 1-2.

13. Nach den Feststellungen der BNetzA ist die OPAL wie folgt geplant: „Die OPAL soll 470 km lang werden und einen Durchmesser von 1.420 mm sowie einen maximalen Betriebsdruck von 100 bar haben. Sie unterteilt sich kapazitativ in zwei Abschnitte, die OPAL-Nord und die OPAL-Süd. Die OPAL-Nord beginnt auf dem Gelände der Verdichterstation Greifswald/Lubmin und endet an der geplanten Verdichterstation Groß Körös südlich von Berlin. Die OPAL-Süd soll in Groß Körös beginnen und bis zur Grenze zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Tschechischen Republik geführt werden. Die Kapazität der OPAL-Nord soll 36,5 Mrd. m³/a betragen. In Groß Körös ist ein Ausspeisepunkt mit einer buchbaren Ausspeisekapazität von 4,5 Mrd. m³/a geplant. Dort wird die Leitung über die OPAL-Süd mit einer Kapazität von 32 Mrd. m³/a in Richtung Tschechische Republik weitergeführt. Hinter der deutsch-tschechischen Grenze soll ein für Transportkunden buchbarer Ausspeisepunkt in der Nähe des tschechischen Ortes Brandov errichtet werden. Dort ist eine Netzkopplung mit dem von RWE Transgas Net s.r.o. (nachfolgend „RWE Transgas Net“) betriebenen Fernleitungsnetz bzw. deren neuem Leitungsprojekt namens Gazelle vorgesehen.“⁴
14. Nach den Feststellungen der BNetzA ist die NEL wie folgt geplant: „Die NEL soll als zweite Onshore-Anbindungsleitung den Transport eines weiteren Teils der durch die Nord Stream in der Bundesrepublik Deutschland angelandeten Gasmengen ermöglichen. Die NEL soll von dem Ausspeisepunkt der Nord Stream in Greifswald/Lubmin mit einer Länge von rund 440 km entlang der Ostseeküste in Richtung Hamburg und über Heidenau und Achim weiter nach Rehden in Niedersachsen verlaufen. Dort soll eine Anbindung an die Fernleitungsnetze der Wingas Transport GmbH & Co. KG und der E.ON Gastransport GmbH (vormals E.ON Gastransport AG & Co. KG) erfolgen. Die NEL soll 2012 betriebsbereit sein. In Greifswald/Lubmin können insgesamt 21,8 Mrd. m³/a aus der Nord Stream in die NEL eingespeist werden.“⁵
15. Nach den der Kommission vorliegenden Informationen ist die Gazelle wie folgt geplant: Die Gazelle beginnt dort, wo die OPAL endet. [REDACTED]
- [REDACTED] Das Gas soll hauptsächlich durch die Tschechische Republik weiter nach Deutschland fließen. Die Leitung wird jedoch in beide Fließrichtungen ausgebaut, so dass im Bedarfsfall auch Gas in die entgegen gesetzte Richtung fließen kann.
16. Die gesamten Investitionskosten liegen [REDACTED]
- [REDACTED] Die Investitionskosten für die Gazelle sollen nach Angaben des tschechischen Fernleitungsnetzbetreibers RWE Transgas Net s.r.o. 0,4 Mrd € betragen.⁷

⁴ BK7-08-009; Seite 5.

⁵ BK7-08-009; Seite 6.

⁶ BK7-08-009; Seite 6.

⁷ <http://www.rwe-transgasnet.cz/en/New-projects/gazelle/faq> Stand 19.5.2009.

17. Die OPAL wird bis zum Übergabepunkt Brandov in der Tschechischen Republik führen, der ca. 300 m von der deutsch-tschechischen Grenze und ca. 1360 m von der Grenzkoppelpunkt Olbernhau entfernt liegt.
18. Nach den Angaben der ERÚ ist für die Gazelle keine Ausnahmegenehmigung beantragt worden.
19. Die auf 22 Jahre angesetzte Geltungsdauer der Ausnahmegenehmigung

[REDACTED]

Andere geplante Projekte

20. Zum landseitigen Anschluss an die Nord Stream befindet sich auch das Projekt NORDAL der zum Verfahren der BNetzA Beigeladenen Concord Power Nordal GmbH in Planung. Das Konzept der NORDAL besteht nach den Angaben der BNetzA nicht in dem Transport des in Greifswald anlandenden Gases über Tschechien nach Waidhaus, sondern vielmehr in der Versorgung des ostdeutschen Raums und in einer Anbindung der Ost-West-Achse über den Ausbau von Systemen dritter Netzbetreiber.⁹

Bewertung der Ausnahmekriterien von Artikel 22 Richtlinie 2003/55/EC

21. Die Kommission ist der Auffassung, dass keine Einwände gegen den Ausnahmebescheid der BNetzA bestehen.

Anwendbarkeit des Artikels 22 auf die OPAL

22. Die OPAL stellt eine „größere neue Infrastruktur“ dar. Die Investitionskosten sind mit einer Summe von [REDACTED] vergleichsweise hoch.¹⁰ Nach den Feststellungen der BNetzA schafft die OPAL auch große neue Transportkapazitäten im Vergleich zur bestehenden Infrastruktur des deutschen Fernleitungsnetzes.
23. Die Kommission hat auch keine Einwände gegen die Schlussfolgerung der BNetzA, dass es sich bei der OPAL um eine „Verbindungsleitung“ im Sinne von Artikel 2, Absatz 17 der Richtlinie 2003/55/EG handelt.
24. Bei der OPAL steht der verbindende Charakter der Leitung eindeutig im Vordergrund. Während die Gesamtkapazität der OPAL-Nord 36,5 Mrd m³/a beträgt, steht dem eine Ausspeisekapazität innerhalb Deutschlands von 4,5 Mrd m³/a gegenüber, wohingegen 32 Mrd. m³/a in die Tschechische Republik weitergeführt werden.¹¹ Zudem hat die BNetzA ihre Ausnahme explizit ausschließlich auf die Verbindungskapazitäten auf der OPAL mit Entry auf deutschem Staatsgebiet und Exit in Brandov beschränkt.¹²

⁸ Vgl. BK7-08-009; Seiten 6, 47.

⁹ BK7-08-009; Seite 66-67.

¹⁰ Siehe Rdnr. 16.

¹¹ Siehe Rdnr. 13.

¹² Siehe Nebenbestimmung 1.a) des BNetzA-Bescheides.

25. Hinter der deutsch-tschechischen Grenze wird ein für Transportkunden buchbarer Ausspeisepunkt in der Nähe des tschechischen Ortes Brandov errichtet.

Hinsichtlich des auf dem Territorium der Tschechischen Republik liegenden Teils der OPAL geht die Kommission davon aus, dass dieser Teil der tschechischen Regulierung unterliegt, da der Ausnahmebescheid der BNetzA lediglich in Deutschland Geltung hat.

Bedingungen für die Ausnahmegenehmigung (Art. 22 (1) (a) bis (e) der Richtlinie 2003/55/EG)

26. Die OPAL erfüllt grundsätzlich die Bedingungen für eine Ausnahmegenehmigung, allerdings nicht die Bedingung, dass der Wettbewerb bei der Gasversorgung verbessert wird (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a (erster Satzteil) Richtlinie 2003/55/EG). Im Einzelnen:

Verbesserung der Versorgungssicherheit (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a (zweiter Satzteil) Richtlinie 2003/55/EG)

27. Die OPAL schließt direkt an die Ostseepipeline Nord Stream an, die Erdgas aus Russland in die EU bringen wird. Die Nord Stream ist ein Projekt im europäischen Interesse und stellt eine völlig neue Lieferroute in die EU dar, die nicht durch Drittstaaten verläuft.
28. Die Gasmengen aus der Nord Stream erfordern den Bau neuer Pipelines auf Land zur Weiterverteilung in Deutschland, aber auch in andere Mitgliedstaaten. Die bestehenden Pipelines sind nicht ausreichend, um die Gasmengen aus der Nord Stream aufzunehmen.
29. Durch die Anbindung Tschechiens durch die OPAL wird zudem eine große grenzüberschreitende Verbindung geschaffen, die zum Zusammenwachsen der Gasbinnenmarktes beiträgt und größere Flexibilität auch gerade im Fall von Störungen des Gasbinnenmarktes zum Beispiel durch Lieferunterbrechungen schaffen kann.
30. Die Kommission hat daher keine Einwände gegen die Auffassung der BNetzA, dass die OPAL die Versorgungssicherheit bei Gas erhöhen wird.

Mit der Investition verbundenes Risiko (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe b Richtlinie 2003/55/EG)

31. Das mit der OAL verbundene Investitionsrisiko ist so hoch, dass die Investition in die OPAL ohne eine Ausnahmegenehmigung nicht getätigt würde.
32. Hier sind insbesondere das Risiko, das die OPAL nicht genutzt wird, und das Risiko, dass sich die Kosten- bzw. Erlöserwartungen zukünftig ändern, zu berücksichtigen.¹³
33. Die Kommission schließt sich den Ausführungen der BNetzA an, auf die insoweit verwiesen wird. Die Risiken der OPAL leiten sich insbesondere aus

¹³ Vgl. zur Auslegung von Artikel 22 durch die Kommission *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* vom 7. Mai 2009, SEC(2009)642 endg (nachfolgend "Auslegungsvermerk zu Artikel 22"), Rdnr. 40ff

ihrer Verknüpfung mit der Nord Stream ab. Da die OPAL ausschließlich aus der Nord Stream gespeist wird, wirken sich technische, politische oder wirtschaftliche Risiken der Nord Stream unmittelbar auf die OPAL aus.

34. Die Nord Stream ihrerseits stellt gegenwärtig eines der größten Infrastrukturprojekte Europas dar. Die technischen, politischen und wirtschaftlichen Herausforderungen beim Bau und Betrieb der Nord Stream sind als überdurchschnittlich hoch einzuschätzen. Damit besteht auch ein entsprechend hohes Risiko für die Auslastung der OPAL. Eine Ausnahme für die OPAL ist ein wesentliches Element, um diese Risiken im Falle der OPAL abzufedern und den Investoren langfristige Investitionssicherheit zu geben. Damit können auch Kostenrisiken langfristig in Grenzen gehalten werden. Die Ausnahme ermöglicht langfristig sichere Rahmenbedingungen bei der Kapazitätsvergabe und Entgeltberechnung. Gerade in der derzeitigen weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise, die auch Energieunternehmen durch den Rückgang der Öl- und Gaspreise trifft, fordern die Kreditgeber für die Umsetzung solcher großer Investitionsprojekte eine hohe Investitionssicherheit.
35. Die Kommission hat daher keine Einwände gegen die Auffassung der BNetzA, dass das mit der OPAL verbundene Risiko eine Ausnahme gemäß Artikel 22 rechtfertigt.

Rechtliche Entflechtung von Netzbetreiber (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c Richtlinie 2003/55/EG)

36. Im Einklang mit der BNetzA stellt die Kommission fest, die Netzbetreiber der OPAL nicht zugleich die Betreiber des bestehenden, regulierten Netzes ist. Das Ausnahmekriterium der rechtlichen Entflechtung des Netzbetreibers der neuen Infrastruktur ist daher erfüllt.

Erhebung von Entgelten (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe d Richtlinie 2003/55/EG)

37. Die Kommission hat keine Einwände gegen die Schlussfolgerung der BNetzA, dass dieses Ausnahmekriterium erfüllt ist, da die Betreiber der OPAL beabsichtigen, von den Nutzern Nutzungsentgelte zu einzufordern.

Keine nachteiligen Auswirkungen auf das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes und des regulierten Netzes (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe e Richtlinie 2003/55/EG)

38. Die Kommission hat keine Einwände gegen die Schlussfolgerung der BNetzA, dass sich die Ausnahme nicht nachteilig auf das effektive Funktionieren des Binnenmarktes und des regulierten Netzes auswirkt.
39. In Bezug auf das Funktionieren des regulierten Netzes schützt die Ausnahme der OPAL von der Entgeltregulierung das regulierte System vor den wirtschaftlichen Risiken einer unzureichenden Nutzung der OPAL, wobei die entstehenden Kosten über alle Nutzer hinweg sozialisiert würden. Die durch den Bau der OPAL notwendigen Investitionen in das regulierte Netz fallen gleichfalls nicht sonderlich ins Gewicht, da die Ausspeisemenge in Deutschland relativ gering ist. Zudem fallen die in Deutschland ausgespeisten Mengen nicht unter die Ausnahme, die ausschließlich für Transitzapazitäten nach Tschechien

gilt. Dies führt zudem dazu, dass diese Mengen in das deutsche Entry- Exit-Modell Eingang finden und die Marktliquidität erhöhen.¹⁴

Durch die Investition wird der Wettbewerb bei der Gasversorgung verbessert (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe a (erster Satzteil) Richtlinie 2003/55/EG); keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb (Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe e Richtlinie 2003/55/EG)

40. Voraussetzung einer Ausnahme von den Regulierungsvorschriften ist nach Artikel 22 1 a) der Richtlinie 2003/55/EG, dass die Investition den Wettbewerb auf den Gasmärkten insgesamt verbessert. Nach der Kommissionspraxis zu Artikel 22¹⁵ sind für die Beurteilung dieser Frage sowohl die positiven als auch mögliche negative Effekte zu analysieren und abzuwägen. Nur bei einem Überwiegen der positiven Effekte kommt eine Ausnahme in Betracht¹⁶.

1. Die Entscheidung der BNetzA

41. Die BNetzA kommt in Ihrer Entscheidung zu dem Schluss, dass das OPAL-Projekt insgesamt zu einer Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung beitrage. Sie stützt sich dabei maßgeblich auf ein von der Antragstellerin vorgelegtes Gutachten der Beratungsfirma Frontier Economics¹⁷.
42. Grundlage der Einschätzung der BNetzA ist eine Analyse der voraussichtlichen Auswirkungen des OPAL-Projektes auf den Wettbewerb auf den *Gasabsatzmärkten* in der Tschechischen Republik und in Deutschland sowie auf den - mindestens europaweit abgegrenzten¹⁸ - Markt für die Belieferung von überregionalen Ferngasunternehmen mit Gas („*Produzentenmarkt*“).
43. Die BNetzA kommt zum Schluss, dass OPAL jedenfalls "insgesamt" - also unter Berücksichtigung der verhängten Nebenbestimmungen¹⁹ - zur Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung beitrage. Sie stützt diese Annahme darauf, dass OPAL bzw. die mit der Freistellung verbundenen Nebenbestimmungen²⁰, zu verbesserten Wettbewerbsverhältnissen auf dem

¹⁴ BK7-08-009; Seite 70.

¹⁵ Vgl. Auslegungsvermerk zu Artikel 22

¹⁶ Ebenda, Randnummer 31/32: *"This implies that likely negative effects and likely positive effects must be assessed and balanced."* (...) *"The decisive question is whether on balance the project will enhance competition."*

¹⁷ Frontier Economics: „Analyse der Auswirkungen russischer Erdgasamengen über OPAL und NEL auf Wettbewerb und Versorgungssicherheit“, Juni 2008 (zitiert als: „Gutachten“), Bl. 110 ff. d.A BK7-08-010; siehe etwa BK7-08-009; Seite S. 34, 53.

¹⁸ BK7-08-009; Seite 47

¹⁹ Konkret heißt es in der Entscheidung der BNetzA (BK7-08-009; Seite 34 f.): *"Soweit möglicherweise negative oder neutrale Effekte zu befürchten sind, werden diese durch die mit der Entscheidung verbundenen Nebenbestimmungen überkompensiert, so dass insgesamt von einer Verbesserung des Wettbewerbs auszugehen ist."*

²⁰ BK7-08-009; Seite. 49.

tschechischen Gasabsatzmarkt führen werde²¹. Hinsichtlich der deutschen Gasabsatzmärkte und des Produzentenmarktes kommt die BNetzA zum Schluss, dass die Auswirkungen von OPAL auf diese Märkte „neutral“ seien²². Positive Auswirkungen der OPAL-Pipeline auf den Wettbewerb bei der Gasversorgung in Deutschland werden von der BNetzA folglich nicht angenommen..

44. Nach Ansicht der Kommission überzeugen die Ausführungen der BNetzA bezüglich der vermeintlichen Wettbewerbsverbesserung auf dem tschechischen Gasabsatzmarkt nicht. Die Kommission hat vielmehr Bedenken, dass OPAL sich sogar negativ auf den Wettbewerb in der Tschechischen Republik auswirken könnte.

2. Wettbewerbsauswirkungen in der Tschechischen Republik

45. Grundlage für die Wettbewerbsanalyse der BNetzA ist der national abgegrenzte und im Einzelnen nicht weiter differenzierte tschechische Gasabsatzmarkt²³ sowie der (europaweit definierte) Produzentenmarkt. Die BNetzA legt ihren Betrachtungen ein von der Beratungsgesellschaft *Frontier Economics* im Auftrag der Antragstellerin erstelltes Gutachten zugrunde²⁴. Dieses Gutachten enthält auch eine Passage, in der die Auswirkungen „des Gesamtprojektes Nord Stream“ auf den zukünftigen Wettbewerb in der Tschechischen Republik beleuchtet werden²⁵.
46. Das Gutachten stellt fest, dass das Unternehmen RWE Transgas gegenwärtig 99% des tschechischen Gasabsatzes kontrolliert, während zwei von Gazprom kontrollierte bzw. mitkontrollierte Unternehmen (Vemex und Wingas) weniger als 1% Anteil an diesem Absatz besitzen. Das Gutachten nimmt an, dass der Zugriff auf die OPAL-Verbindung dazu führen werde, dass Wingas und Vemex ihr Geschäft im tschechischen Gasvertrieb deutlich ausweiten und ihren Anteil im Jahr 2015 auf 5% steigern werden²⁶. Die für die Rechtfertigung einer Ausnahmeentscheidung notwendige wettbewerbsfördernde Wirkung der OPAL-Pipeline beruht auf der Annahme von *Frontier Economics*, dass sich der Konzentrationsgrad im tschechischen Gasabsatzmarkt durch OPAL verringern werde.
47. Die BNetzA hat die faktische Grundlage ihrer Annahmen sowie die getroffenen Schlussfolgerungen nicht überzeugend dargelegt. Nach Auffassung der Kommission besteht kein Anlass, mit der für die Erteilung einer

²¹ BK7-08-009; Seite 53.

²² BK7-08-009, s. zum Produzentenmarkt S. 48, zu den deutschen Gasabsatzmärkten S. 49-51.

²³ BK7-08-009; Seite 51.

²⁴ BK7-08-009; Seite 52

²⁵ Gutachten, S. 77-79, vgl. auch Tabelle auf S. 48.

²⁶ S. auch die im Gutachten beschriebenen „Annahmen“ zur Aufteilung der über Nord Stream eingehenden Gasmengen innerhalb Europas (Tabelle auf S. 48), in dem – ohne weitere Begründung – für den tschechischen Markt eine auf Wingas entfallende Ausspeisemenge von 0,5 bcm/a unterstellt wird.

Ausnahmegenehmigung notwendigen Sicherheit²⁷ von einer Änderung der Wettbewerbsverhältnisse auf den tschechischen Gasabsatzmärkten durch OPAL zulasten von RWE Transgas und zugunsten der Gazprom-Beteiligungen auszugehen.

48. Es bleibt bereits unklar, auf welche Quelle sich die quantitativen Annahmen der BNetzA stützen, die unterstellen, dass die Gazprom-Beteiligungen Vemex und Wingas im Jahr 2015 bzw. 2020 "10 TWh Gas" in Tschechien absetzen werden. Soweit die Zahl von 10 TWh auf den "Annahmen zur Aufteilung der Vertragsmengen" der Nord-Stream-Pipeline im Gutachten beruht, wonach eine Ausspeisemenge von 0,5 Mrd. m³/a im tschechischen Gasmarkt unterstellt wird²⁸, scheint es sich bei diesen von *Frontier Economics* ohne weitere Quellenangabe genannten Werten eher um grobe und gerundete Schätzungen der Mengenverteilung innerhalb verschiedener europäischer Länder als um eine individuell abgesicherte Berechnung zu handeln²⁹.

a) Fehlende *positive* Auswirkungen auf den Wettbewerb

49. Konkrete Belege dafür, dass aus der OPAL Ausspeisungen in die Tschechische Republik beabsichtigt sind und an wen die ausgespeisten Gasmengen geliefert werden, enthält weder das Gutachten noch die Entscheidung der BNetzA. Ohne eine hinreichende Wahrscheinlichkeit von Ausspeisungen in die Tschechische Republik kann für die OPAL aber nicht per se ein positiver Wettbewerbsbeffekt auf dem tschechischen Absatzmarkt angenommen werden. Die Annahme, dass wettbewerbsrelevante Mengen in der Tschechischen Republik ausgespeist und zu einer wesentlichen Ausweitung des Vertriebsgeschäfts von Gazprom genutzt werden sollen, ist nicht im erforderlichen Ausmaß durch Tatsachen belegt.
50. Selbst wenn es zu Ausspeisungen durch Gazprom in der Tschechischen Republik kommen sollte, ist in der Entscheidung der BNetzA nicht dargelegt, warum solche Ausspeisungen zu einer Stärkung des Wettbewerbs führen würden. Beispielsweise könnten die zusätzlichen Ausspeisungen auf Lieferungen an RWE Transgas entfallen.
51. Tatsächlich sind nach Ansicht der Kommission weder plausible Gründe dafür dargetan, warum Gazprom seine bisherige Strategie auf den tschechischen Gasmärkten grundlegend ändern sollte, noch warum OPAL kausal für eine solche Änderung der Vertriebsstrategie in Tschechien sein sollte.

²⁷ Im Rahmen der nach Artikel 22 der Richtlinie 2003/55 EG zu treffenden Prognoseentscheidung muss zumindest eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die der Entscheidung zugrundeliegenden Annahmen vorliegen (vgl. zum ähnlich gelagerten Problem der Beweisanforderungen im Fusionskontrollrecht („more likely than not-standard“) EuGH, 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, »Bertelsmann und Sony/Impala«, noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Randnummer 45 ff.).

²⁸ S. Gutachten, S. 48.

²⁹ In dem Verteilschlüssel werden, mit zwei Ausnahmen, nur Angaben in Schritten von 0,5 Mrd. m³/a gemacht, wobei 0,5 Mrd. m³/a in fast allen Fällen die geschätzte Mindestgröße ist, s. die Tabelle auf S. 48 des Gutachtens.

52. RWE Transgas bezieht den ganz überwiegenden Teil (78% im Jahr 2007) des in Tschechien verbrauchten Gases direkt oder indirekt von Gazprom³⁰. Nennenswerte Wettbewerber auf dem tschechischen Gasgroßhandelsmarkt neben RWE Transgas gibt es bisher nicht. Auch Gazprom hat sich bisher nicht entschieden, mit RWE Transgas auf der Großhandelsstufe in nennenswerte Konkurrenz zu treten. Dies konzidiert auch die Entscheidung der BNetzA, nach der der geringe Marktanteil von Gazprom zeige, *"dass Gazprom in der Vergangenheit seine Stellung als Hauptlieferant von Importmengen nicht dazu genutzt hat oder nicht nutzen konnte, eine entsprechende Marktstellung auf der Ferngasstufe zu entfalten."* Tatsächlich hat Gazprom offiziellen Quellen zufolge seine Lieferverträge mit RWE Transgas Ende 2006 bis zum Jahr 2035 verlängert³¹. Unter dieser Prämisse, so die Entscheidung, sei auch *"für die Zukunft nicht mit einer fundamental geänderten Vertriebsstrategie von Gazprom oder verbundener Unternehmen einschließlich Wingas zu rechnen"*³².
53. RWE Transgas und Gazprom stehen miteinander in einer langfristigen und engen Lieferverbindung. Nach Einschätzung der Kommission verringert eine solche vertikale Verbindung erheblich die Wahrscheinlichkeit für tatsächliche und wirkungsvolle Konkurrenz³³. Nach der Entscheidung der BNetzA hat Gazprom tatsächlich bislang auf einen solchen effektiven Wettbewerb auf den tschechischen Absatzmärkten verzichtet. Auch unter ökonomischen Gesichtspunkten erscheint es wenig plausibel, dass Gazprom seinem einzigen konzernexternen Kunden auf dem nachgelagerten tschechischen Gasmarkt in erheblichem Maße Konkurrenz machen sollte. In jedem Fall hat die BNetzA aber nicht dargetan, warum die bisherige Vertriebsstrategie von Gazprom auf dem mangelnden Zugang von Gazprom zu Gas- oder Transportkapazitäten beruhen sollte und warum die OPAL für eine Ausweitung des Gasabsatzes der Gazprom oder ihrer Tochterunternehmen technisch oder ökonomisch notwendig sein sollte.
54. Die Annahme, dass Gazprom auf OPAL angewiesen sei, um seinen Absatz um das von der BNetzA unterstellte Volumen (0,5 Mrd. m³/a) zu erhöhen, ist nicht überzeugend³⁴. Dagegen spricht insbesondere, dass nach Angaben der tschechischen Regulierungsbehörde ("ERÚ") bzw. RWE Transgas *keine Kapazitätsengpässe* an den Eintrittspunkten in das tschechische Gasfernleitungsnetz bestehen; dies gilt insbesondere für die Einspeisepunkte zur bisherigen Hauptversorgungspipeline aus Russland³⁵. Tatsächlich liefert

³⁰ S. The Czech Republic's National Report on the Electricity and Gas Industries for 2007, Seite 37 (http://www.ceer-eu.org/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/NATIONAL_REPORTS/National%20reporting%202008/NR_En/E08_NR_CzechRep-EN.pdf). Gazprom besitzt in Russland ein Exportmonopol für den Verkauf von Erdgas und ist daher als Quelle aller Lieferungen aus der Russischen Föderation anzusehen.

³¹ S. The Czech Republic's National Report on the Electricity and Gas Industries for 2007, Seite 47.

³² BK7-08-009; Seite 52

³³ S. Entscheidung der Kommission zur Nabucco Ungarn v. 20. April 2009, Randnummer 40.

³⁴ Gazprom ist der größte Gasproduzent der Welt mit einem Produktionsvolumen von mehr als 500 Mrd. m³/a.

³⁵ S. Schreiben d. ERÚ an die Kommission v. 7. Mai 2009; E-Mail an die BNetzA v. 20. Februar 2009 (Bl. 2992 d.A.). Vgl. auch die Angaben von RWE Transgas Net zu erheblichen freien Kapazitäten etwa am Importpunkt Lanžhot (Importpunkt der "Brotherhood"-Pipeline): <http://www.rwe->

Gazprom bereits derzeit große Gasmengen durch das Gebiet der Tschechischen Republik an einen Übergabepunkt an der tschechisch-deutschen Grenze (Waidhaus). Kapazitätsengpässe beim Import russischen Gases sind auch von den antragstellenden Parteien nicht vorgetragen oder gar als (mit-)ursächlich für den Bau der OPAL angeführt worden. Angesichts des geringen Umfanges der für die behauptete Geschäftsausweitung notwendigen Gas- und Transportmengen vermag die Kommission nicht zu erkennen, inwieweit der Bau der OPAL eine unabdingbare Voraussetzung für die behauptete Geschäftsausweitung sein kann. Unabhängig davon, ob man die Tatsachengrundlage für eine Geschäftsausweitung von Gazprom im tschechischen Markt für hinreichend belastbar ansieht, fehlt es damit jedenfalls an der notwendigen Kausalität der OPAL für die Wettbewerbsverbesserung. Selbst wenn Gazprom, unmittelbar oder über ein mit ihr verbundenes Unternehmen, verstärkt auf dem nachgelagerten tschechischen Markt tätig werden sollte, wäre dies folglich angesichts der Gazprom bereits jetzt in der Tschechischen Republik oder an deren Grenze zur Verfügung stehenden Gasmengen und Transportkapazitäten nicht ursächlich mit der OPAL Pipeline verknüpft.

b) Mögliche *negative* Auswirkungen auf den Wettbewerb

55. Die *BNetzA* lässt letztlich offen, ob die Wirkungen der OPAL auf den Wettbewerb in Tschechien "neutral" oder negativ seien, da jedenfalls die mit der Freigabe verbundenen *Nebenbestimmungen* negative oder neutrale Effekte "überkompensierten" und so zu einer Verbesserung des Wettbewerbs beitragen³⁶.
56. Die *tschechische Regulierungsbehörde* hat dagegen sowohl gegenüber der *BNetzA* als auch gegenüber der Kommission ihre Bedenken geäußert, dass die OPAL-Pipeline in der Tschechischen Republik und anderen Ländern Südosteuropas zu einer Verschlechterung des Wettbewerbs führen könne, da Gazprom in diesen Ländern bereits über eine dominante bzw. monopolartige Position auf dem Produzentenmarkt verfüge, die durch die Gazprom zusätzlich verfügbaren Gasmengen noch verstärkt werde³⁷.

transgasnet.cz/miranda2/export/sites/www.rwe-transgasnet.cz/en/services/transmission_capacity/Longterm_forecast_of_available_capacities.pdf; vgl. auch The Czech Republic's National Report on the Electricity and Gas Industries for 2007, Seite 29: "There are no bottlenecks in the Czech transmission system; the system is capable of transporting the required gas volumes and there is no need to adopt any measures vis-à-vis gas market participants to deal with congestion in the gas system." sowie Seite 43: "No physical or commercial congestion occurred at any of the entry/exit points of the transmission system. Thus, there was no need to use a mechanism for dealing with congestion."

³⁶ Vgl. BK7-08-009; Seite 34.: "Soweit möglicherweise negative oder neutrale Effekte für den Wettbewerb zu befürchten sind, werden diese durch die mit der Entscheidung verbundenen Nebenbestimmungen überkompensiert (...)" und S. 49: "Aus Sicht der Beschlusskammer kann den von der ERÜ geäußerten Bedenken außerdem hinreichend durch die mit der Freistellung verbundenen Nebenbestimmungen Rechnung getragen werden." Vgl. auch den Entscheidungsentwurf vom 6. Februar 2009, S. 42: "Als kritisch erweist sich hierbei ausschließlich die Rolle von Gazprom als Anbieter auf dem Produzentenmarkt" (Bl. 2836 d.A.).

³⁷ S. Schreiben der ERÜ vom 3. August 2007 and die *BNetzA*, Bl. 1177 d.A. BK7-08-010.

57. Die BNetzA begründet ihre Einschätzung fehlender negativer Auswirkungen im Wesentlichen damit, dass die OPAL-Pipeline auf dem Produzentenmarkt, also dem Markt für die Förderung und den Verkauf von Erdgas an überregionale Ferngasunternehmen, auch in Tschechien keine spürbaren Wirkungen entfalte. Es sei insoweit irrelevant, ob der Anlandepunkt des Gases Greifswald (Situation ohne OPAL) oder Brandov an der tschechischen Grenze (Situation mit OPAL) sei, da der Produzentenmarkt *mindestens EU27 weit* abzugrenzen sei³⁸. Angesichts der europaweiten Bezugsmöglichkeiten von Gas bestünden insoweit keine wettbewerblichen Bedenken.
58. Die Kommission ist der Auffassung, dass die weite Marktabgrenzung der BNetzA, die letztlich kausal für die Annahme fehlender Wettbewerbsnachteile ist, die für die tschechischen Ferngasunternehmen relevanten Wettbewerbsverhältnisse nicht zutreffend charakterisiert. Die Feststellung der BNetzA, dass der Produzentenmarkt aus Sicht der betroffenen tschechischen Großhandelskunden mindestens EU27-weit abzugrenzen sei³⁹, impliziert, dass die Marktbedingungen innerhalb Europas im Wesentlichen homogen sind und dass tschechische Ferngaskunden ohne wesentliche Hindernisse von Gazprom zu Lieferanten aus anderen europäischen Ländern wechseln können. Tatsächlich argumentiert die BNetzA, dass Ferngasnehmen EU-weit keinerlei Restriktionen beim Bezug von Gas unterlägen, da sämtliche Quellen über den europäischen Ferngasverbund "erreichbar" seien und eigene Importleitungen bzw. Flüssigerdgas ("LNG")-Terminals den Gasbezug sogar aus Ländern außerhalb der Europäischen Union ermöglichen.
59. Nach Ansicht der Kommission vermag die Begründung der BNetzA nicht zu überzeugen, da sie nicht in hinreichendem Maße die unterschiedlichen Marktbedingungen innerhalb Europas und die Hindernisse tschechischer Kunden beim Bezug nichtrussischen Gases berücksichtigt⁴⁰. Tatsächlich sind die Bedingungen für den Zugang zu Gas (Transportmöglichkeiten/Transportengpässe, Transportkosten, Zugriff auf verschiedene Transportvarianten wie LNG-Transporte) innerhalb Europas noch unterschiedlich, wie sich nicht zuletzt an den deutlichen Unterschieden bei den Marktanteilen der verschiedenen Gaslieferanten in verschiedenen Ländern Europas zeigt⁴¹.
60. Die Annahme, dass der Marktanteil von Gazprom für tschechische Ferngasunternehmen irrelevant sei, weil diese Unternehmen innerhalb ganz

³⁸ BK7-08-009; Seite 41, 47 und 48.

³⁹ Eine EU-weite Abgrenzung des Produzentenmarktes wurde von der Kommission in der Tat in verschiedenen Fusionsfällen erwogen; die Frage wurde letztlich aber zumeist offen gelassen, vgl. etwa Fall IV/M.1383 – *Exxon/Mobil*, Randnummer 17-18.

⁴⁰ Ginge man wie die BNetzA von einem Produzentenmarkt aus, welcher das gesamte Gebiet der EU umfasst so könnte dieses Volumen schon aus Gründen der Marktdefinition problemlos in der Tschechischen Republik angeboten werden. In diesem Fall wäre OPAL aber erst recht keine Voraussetzung für einen verstärkten Wettbewerb auf dem tschechischen Absatzmarkt, folglich könnte dem Projekt ein solcher Wettbewerbseffekt auch nicht zugeschrieben werden.

⁴¹ S. Zur Bedeutung unterschiedlicher Marktanteile und Preisdifferenzen bei der geografischen Marktabgrenzung vgl. die *Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft*, Amtsblatt Nr. C 372 vom 9.12.1997, S. 5, Randnummer 28 ff.

Europas ohne weiteres Gas beziehen könnten, berücksichtigt nicht in hinreichendem Maße die Beschränkungen und Hindernisse, denen der Erdgastransport innerhalb Europas im Allgemeinen und der Transport nach Tschechien im Besonderen unterworfen ist.

61. Der geografisch relevante Markt umfasst nach der Kommissionspraxis *"das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet"*⁴².
62. Dabei kommt es nach der Kommissionspraxis maßgeblich darauf an, zu ermitteln, *"ob Unternehmen an verschiedenen Standorten für die Verbraucher tatsächlich eine alternative Lieferquelle darstellen. Auch hier beruht der theoretische Ansatz auf einer Substitution infolge von Änderungen bei den relativen Preisen und muß wiederum die Frage beantwortet werden, ob die Abnehmer der Parteien ihre Nachfrage kurzfristig und zu geringen Kosten auf Unternehmen mit anderem Standort umlenken würden."*⁴³
63. Die Kommission ist der Auffassung, dass die BNetzA nicht hinreichend untersucht hat, inwieweit die Möglichkeiten der betroffenen tschechischen Ferngaskunden, ihre Lieferanten zu wechseln, beschränkt sind.
64. Erlauben bestimmte Faktoren (z.B. Engpässe in der zur Verfügung stehenden Infrastruktur, fehlende LNG-Terminals oder Qualitäts- bzw. Kostenunterschiede des Gases) es nicht, den Lieferanten ohne wesentliche Hindernisse europaweit zu wechseln, ist der relevante geografische Markt enger abzugrenzen⁴⁴.
65. Im konkreten Fall ist die Kommission der Auffassung, dass tschechische Ferngasunternehmen russisches Gas nicht beliebig (und in beliebigem Ausmaß) durch andere Quellen ersetzen können, sondern bis auf Weiteres in hohem Maße auf die Belieferung durch Gazprom angewiesen sind. Die von der BNetzA angeführte bloße Anbindung an das europäische Ferngasnetz kann jedenfalls dann nicht als ausreichendes Indiz für einen europaweiten Markt angeführt werden, wenn wesentliche Engpässe innerhalb dieses Netzes bestehen, die das Überschreiten von Landes- oder auch nur Marktgebietsgrenzen und damit den Import von fernliegenden Quellen erheblich erschweren⁴⁵. Auch der Verweis der BNetzA auf die Möglichkeit, Gas ggf. durch LNG-Terminals zu

⁴² Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 v. 9. Dezember 1997, S. 5 ff., Randnummer 8.

⁴³ Ebd., Randnummer 29.

⁴⁴ Siehe zu einer solchen Marktabgrenzung etwa den Fall IV/M.1573-Norsk Hydro/SAGA, Randnummer 15: *"However, it can be argued that the market may be more limited in view of the distinct gas specifications in the different production countries, the existing infrastructure and the related costs of transport."* Vgl. auch den Fall COMP/M.3868-DONG/ELSAM/ENERGI E2 e.g. 72: *"The need [for gas supply at the wholesale level in Denmark] arises in the Danish onshore area and cannot, according to the results of the market investigation, be satisfied with wholesales taking place elsewhere with a view to other geographic areas."*

⁴⁵ Vgl. zu den Kapazitätsengpässen insbesondere an Grenzübergangspunkten etwa die Sektoruntersuchung der Kommission, v. 10 Januar 2007, Randnummer 139 ff.

importieren, greift im Fall tschechischer Transportkunden nicht, da Tschechien über keinerlei LNG-Infrastruktur verfügt, diese auch in angrenzenden Ländern nicht vorhanden ist und Gas nur über die angrenzenden Länder und deren Grenzübergangspunkte beziehen kann⁴⁶. Dementsprechend konzidiert die BNetzA in ihrer Entscheidung: *"Aufgrund der vorhandenen Infrastruktur und den damit verbundenen Gasflüssen ist es für neue Marktteilnehmer nahezu unmöglich, originären Zugang zu Importen zu erlangen"*⁴⁷.

66. Die BNetzA hat nicht überzeugend dargelegt, dass angesichts der beschriebenen Hindernisse tschechische Importeure russisches Gas im Falle einer hypothetischen Preiserhöhung vollständig oder zumindest in erheblichem Umfang durch Gas anderer Herkunft ersetzen würden oder könnten. Die russischen Liefermengen sind zudem durch Langfristverträge bis 2035 abgesichert und schon deshalb auf absehbare Zeit nicht in spürbarem Maße substituierbar. Daher ist auch für die Zukunft eine überragende Marktstellung von Gazprom für Lieferungen von Gas in die Tschechische Republik zu erwarten; die Marktmacht von Gazprom gegenüber tschechischen Transportkunden wird gerade nicht durch die Möglichkeit eines kurz- oder mittelfristigen Lieferantenwechsels in nennenswertem Umfang beschränkt. Der Befund der BNetzA, dass der Produzentenmarkt "EU-27" weit abzugrenzen sei und deshalb eine Stärkung der Marktposition von Gazprom durch den Bau der OPAL-Pipeline für tschechische Kunden irrelevant sei, lässt sich damit nicht aufrechterhalten.
67. Angesichts der überragenden Bedeutung russischen Gases für tschechische Ferngashändler und begrenzter alternativer Bezugsmöglichkeiten kann offen bleiben, welche Produzentenländer im Einzelnen in den geografischen Produzentenmarkt einzubeziehen sind. Für die Wettbewerbsanalyse entscheidend ist, dass nach den Erkenntnissen der Kommission keines der Produzentenländer in der Lage wäre, tschechischen Ferngaskunden Gas im Umfang des bisher aus Russland bezogenen Gases dauerhaft zu vergleichbaren Konditionen und ohne Transportschwierigkeiten zur Verfügung zu stellen. Die Schwierigkeiten tschechischer Ferngaskunden, im Falle einer Preiserhöhung durch Gazprom - dem mit 78% des tschechischen Gases bei weitem wichtigsten Gaslieferanten - auf andere Lieferanten zu wechseln, verleihen Gazprom auch eine erhebliche *Marktmacht* gegenüber den tschechischen Ferngasunternehmen, d.h. die Möglichkeit, sich gegenüber seinen Abnehmern und Wettbewerbern in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten⁴⁸. Angesichts der

⁴⁶ Auch die Möglichkeit sog. "Gegenstromtransporte", also von "virtuellen" Transporten entgegen der physischen Flussrichtung des Gases, vermag die bestehenden Engpässe nicht zu überwinden. Ein solcher (in physischer Hinsicht virtueller) Gas"transport" (durch Verrechnung von Gasflüssen) setzt nämlich das Vorhandensein von physischen Hauptstromflüssen in jedem relevanten Messzeitraum voraus. Da diese stabilen Gasflüsse aber regelmäßig nicht garantiert werden können, werden Gegenstromtransporte nur auf *unterbrechbarer* Basis durchgeführt. Unterbrechbare Kapazitäten sind aber aus Abnehmersicht nicht mit festen Kapazitäten austauschbar, da sie dem Transportkunden und seinen nachfolgenden Kunden oft keine hinreichende Gewissheit bezüglich des Zustandekommens solcher Lieferungen geben.

⁴⁷ BK7-08-009; Seite 53.; s. auch den Entscheidungsentwurf vom 6.2.2009, S. 44: *"Die Angebotsoptionen für den europäischen Markt sind aufgrund der Struktur auf dem Produzentenmarkt grundsätzlich eingeschränkt."*

⁴⁸ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 27/76 - *United Brands*, Slg. 1978, S. 207 ff, 2. Leitsatz.

Tatsache, dass tschechische Ferngasunternehmen Gas nach Angaben der tschechischen Regulierungsbehörde derzeit nur aus zwei Lieferländern beziehen und dass dem Bezug aus anderen Ländern erhebliche ökonomische (z.B. langfristige Vertragsbindung, Preisunterschiede) und technische (Transportengpässe innerhalb des europäischen Gasnetzes) Barrieren entgegenstehen, ist davon auszugehen, dass Gazprom gegenüber den tschechischen Ferngaskunden sogar eine *marktbeherrschende Stellung* auf dem Markt für die Belieferung mit Ferngas besitzt. Diese Stellung könnte durch den Bau der OPAL noch verstärkt werden.

68. Nach der ständigen Entscheidungspraxis der Kommission gilt der Grundsatz, dass eine positive Wettbewerbsauswirkung eines Infrastrukturprojektes unwahrscheinlich ist, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die Gasflüsse durch die zu errichtende Pipeline seine Marktposition festigt⁴⁹.
69. Im vorliegenden Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die zusätzliche Pipeline-Anbindung die marktbeherrschende Position von Gazprom auf dem Produzentenmarkt tatsächlich verstärkt.
70. Dabei sind verschiedene Szenarien einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Gazprom denkbar, die nach den der Kommission vorliegenden Informationen zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mit der für eine Ausnahmeentscheidung notwendigen Sicherheit ausgeschlossen werden können⁵⁰.
71.  Die Kommission hält es aufgrund der vorgelegten Unterlagen für wahrscheinlich, dass keine wettbewerbsrelevanten Mengen aus OPAL in der Tschechischen Republik verbleiben. Die Kommission hält das Szenario, dass eine gewisse Menge des über OPAL transportierten Gases dort verbleibt, aber zumindest für möglich. Ein solches Szenario, in dem Gazprom sogar mehr Gas als bisher auf den Tschechischen Markt liefert, würde die dominante Position von Gazprom auf dem Produzentenmarkt stärken und damit zu einer Verschlechterung des Wettbewerbs führen. Sollte das Gas an

⁴⁹ S. Randnummer 33 und 34 des Auslegungsvermerks zu Artikel 22: *"Exemption requests by dominant undertakings in markets served by the new infrastructure are likely to have the greatest potential for harming competition and therefore require particularly careful scrutiny. (...) If a dominant undertaking is the direct beneficiary of an exemption or could become an indirect beneficiary by booking important amounts of capacity with the direct beneficiary, a positive competition assessment is unlikely in the absence of conditions that effectively address the competition concerns"*; s. auch die Entscheidung der Kommission im Verfahren "Nabucco/Österreich" vom 22.10.2008 (CAB D(2008)1094), Randnummer 31.

⁵⁰ Vgl. zur Verpflichtung der Kommission, in Ihrer Prognoseentscheidung verschiedene Szenarien und die Wahrscheinlichkeit deren Eintretens in Betracht zu ziehen vgl. Auslegungsvermerk zu Artikel 22, Randnummer 35; zur Praxis der Kommission, im Rahmen der Prüfung des Wettbewerbskriteriums auch ein "Worst-Case"-Szenario in Betracht zu ziehen vgl. etwa "Nabucco/Österreich" vom 08.02.2008 (CAB D(2008)142), Randnummer 35.

⁵¹ 

RWE Transgas geliefert werden, würde zudem die marktbeherrschende Stellung von RWE Transgas auf dem nachgelagerten Ferngasmarkt⁵² verstärkt werden.

72. Die geschaffenen zusätzlichen Zugriffsmöglichkeit von Gazprom auf Nord Stream-Gas könnten darüber hinaus potenzielle Wettbewerber auf dem Produzentenmarkt dadurch schwächen, dass sie Anreize für Kunden, Verbindungsleitungen von Wettbewerbern von Gazprom zu unterstützen, oder die Anreize für Wettbewerber, solche Verbindungen zu schaffen, schwächen und die Eintrittshürden aufgrund der überragenden Marktposition und des gestärkten Bezugsportfolios von Gazprom erhöhen.
73. Festzuhalten bleibt in jedem Fall, dass die beschriebenen Risiken für den Wettbewerb im Produzentenmarkt nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden können und Eingang in die Würdigung möglicher Wettbewerbseffekte durch OPAL finden müssen.
74. Die BNetzA argumentiert, dass etwaige negative Effekte auf dem Produzentenmarkt durch die mit der Entscheidung verbundenen *Nebenbestimmungen* kompensiert oder sogar "überkompensiert"⁵³ würden. Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Bestimmungen gegen Kapazitätshortung⁵⁴ Wettbewerbern in beschränktem Maße Geschäftsmöglichkeiten, insbesondere für den Handel mit kurzfristigen Kapazitäten eröffnen. Da die beschriebenen Wettbewerbsbedenken aber aus dem Fehlen langfristiger Bezugsalternativen zu Gazprom auf dem tschechischen Markt resultieren, vermögen etwaige Geschäftsmöglichkeiten mit geringfügigen und kurz- bis maximal mittelfristigen Kapazitäten die geschilderten Wettbewerbsbedenken nicht auszuräumen⁵⁵.

3. Wettbewerbsauswirkungen in Deutschland

75. Die Kommission teilt die Einschätzung der BNetzA, wonach das OPAL-Projekt den Wettbewerb auf den deutschen Gasmärkten nicht verbessert.
76. Die Kommission stimmt auch mit der Feststellung der BNetzA überein, dass das OPAL-Projekt nicht zu negativen Wettbewerbsauswirkungen auf den deutschen Gasmärkten führen werde.
77. Da sich die vorliegende Ausnahme ausschließlich auf die grenzüberschreitenden Transportkapazitäten der OPAL nach Tschechien bezieht, ist die Kommission

⁵² S. zur marktbeherrschenden Stellung von RWE Transgas in Tschechien "Czech Republic's National Report on the Electricity and Gas Industries for 2007" (http://www.ceer.eu.org/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/NATIONAL_REPORTS/National%20reporting%202008/NR_En/E08_NR_CzechRep-EN.pdf), S. 38.

⁵³ BK7-08-009; Seite 35

⁵⁴ Vgl. Tenor 1 d) BK7-08-009.

⁵⁵ Insoweit kann dahingestellt bleiben, für wie wirksam man die zur Vermeidung der Kapazitätshortung halten mag (etwa im Hinblick auf das Erfordernis, dass ein Kapazitätsentzug im Rahmen des "langfristigen UIOLI" nur bei einer 90%-igen Unternutzung der Kapazitäten erfolgen kann) oder für wie wahrscheinlich man den Eintritt weiterer Wettbewerber in den tschechischen Markt angesichts der produzentenseitigen Dominanz von Gazprom und der absatzseitigen Dominanz von RWE Transgas halten mag.

der Auffassung, dass für die Wettbewerbsanalyse vor allem die Betrachtung des tschechischen Gasmarktes entscheidend ist.

4. Schlussfolgerung zu den Auswirkungen auf den Wettbewerb

78. Festzuhalten bleibt, dass eine *Verbesserung* des Wettbewerbs auf den betroffenen Gasmärkten nach den der Kommission zur Verfügung stehenden Informationen nicht zu erwarten ist. Der Kommission liegen auch keine belastbaren Hinweise auf positive Wettbewerbswirkungen der OPAL in anderen Mitgliedstaaten vor. Solche positiven Wirkungen wurden von der BNetzA auch nicht vorgetragen. Darüber hinaus bestehen *Risiken* für den Wettbewerb durch OPAL im tschechischen Produzentenmarkt.
79. Aufgrund der fehlenden Verbesserung und der möglichen Verschlechterung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten liegen damit die Voraussetzungen einer Ausnahmegenehmigung nach Artikel 22 (1) a) und e) Richtlinie 2003/54/EG nicht vor.

5. Erwägungen zu Möglichkeiten der Behebung der identifizierten Wettbewerbsbedenken und zur Verbesserung des Wettbewerbs

80. In Fällen, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen Zugriff auf die Kapazität einer von der Regulierung ausgenommenen Gasleitung erhält, sind im Allgemeinen besondere Maßnahmen zur Gewährleistung der Wettbewerbsverbesserung notwendig⁵⁶. In ihren Entscheidungen zur "*Nabucco*"-Pipeline⁵⁷ hat die Kommission festgestellt, dass eine Verbesserung des Wettbewerbs in derartigen Fällen unter folgenden Voraussetzungen sichergestellt werden kann: (i) Anwendung einer Kapazitätsgrenze von 50% für marktbeherrschende Unternehmen; (ii) Möglichkeit des Überschreitens dieser Grenze unter Auflage eines Gas-Release-Programmes, welches dem Ausmaß der Überschreitung der Kapazitätsgrenze von 50% entspricht.
81. Ein vergleichbarer Ansatz erscheint auch geeignet, die beschriebenen möglichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem Produzentenmarkt zu verhindern und sogar für eine Wettbewerbsverbesserung auf den tschechischen Gasmärkten zu sorgen. Die festgestellten wettbewerbschädigenden Auswirkungen in Form einer möglichen Stärkung der Stellung von Gazprom auf dem Produzentenmarkt können nach Ansicht der Kommission mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, wenn aktuellen oder potenziellen Konkurrenten auf dem Produzentenmarkt die Möglichkeit gegeben wird, ihre derzeitige Marktposition zu halten oder sogar auszubauen. Dazu sollte mit Gazprom konkurrierenden Anbietern die Möglichkeit gegeben werden, über die OPAL Gas zu tschechischen Ferngasunternehmen zu transportieren.
82. Eine wirksame Auflage muss ausschließen, dass Gazprom die OPAL-Pipeline ausschließlich oder zu ganz überwiegenden Teilen allein nutzt, ohne Konkurrenten Zugang zu gewähren. Die Verpflichtung von Gazprom, Dritten eine gewisse Mindestmenge an Gas (und entsprechender Transportkapazität) zur Verfügung zu stellen, kann sicherstellen, dass das OPAL-Projekt nicht zulasten

⁵⁶ S. etwa Auslegungsvermerk zu Artikel 22, Randnummer 34.

⁵⁷ S. z.B. Entscheidung der Kommission zur Nabucco/Ungarn v. 20. April 2009.

des Wettbewerbs auf dem Produzentenmarkt geht und sogar zu einer Verbesserung auf dem Produzentenmarkt beiträgt. Außerdem würde durch ausreichende Gas Release Mengen auf der OPAL eine positive Auswirkung auf den Wettbewerb in den nachgelagerten Großhandels- und Einzelhandelsstufen in der Tschechischen Republik hergestellt. Dafür ist es erforderlich, dass nicht nur ein "Gas-Release" (Angebot von Gasmengen), sondern gleichzeitig ein "Capacity-Release" (Freigabe entsprechender Transportkapazitäten) auf der OPAL im erforderlichen Ausmaß nach Bedarf der Nutznießer des Gas-Release-Programmes erfolgt.

83. Hinsichtlich des erforderlichen *Umfangs* eines solchen "Gas-Release-Programmes" geht die Kommission von dem Grundsatz aus, dass eine positive Wettbewerbsauswirkung nur dann sichergestellt werden kann, wenn konkurrierende Anbieter Zugriff auf Mengen in einem Umfang erhalten, die über den derzeitigen Anteil nichtrussischen Gases in Tschechien (2007: 22%) hinausgehen. Eine solches Gasvolumen dürfte nach Einschätzung der Kommission sicherstellen, dass aktuelle und potenzielle Wettbewerber auch bei einer Zugriffsmöglichkeit von Gazprom auf die überwiegenden OPAL-Kapazitäten ihre Marktposition nicht nur halten, sondern ausbauen können.
84. Nach offiziellen tschechischen Einschätzungen wird erwartet, dass das Marktvolumen in der Tschechischen Republik vom Jahr 2007 bis zum Jahr 2017 von 9 auf 12 Mrd. m³/a ansteigt.⁵⁸ Ein Volumen von 3 Mrd. m³/a entspricht hierbei einem Anteil von etwa 33% im Jahr 2008 und einem Anteil von 25% des zu erwartenden tschechischen Marktvolumens im Jahre 2017 und erscheint daher angemessen, negative Wettbewerbswirkungen auf dem Produzentenmarkt durch OPAL auszuschließen. Ein Gas-Release-Programm im Volumen von 3 Mrd. m³/a erscheint nicht nur im Hinblick auf die zu erwartende Marktentwicklung während der Geltungsdauer der Ausnahmeentscheidung als angemessen.⁵⁹ Indem die freizuhaltenden Mengen leicht über dem derzeit vom konkurrierenden Importunternehmen gehaltenen Anteil (22%) liegen, ist zu erwarten, dass ein Gas-Release-Programm in diesem Umfang zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Produzentenmarkt oder nachgelagerten Belieferungsmärkten führen wird.
85. Ein Gas Release Programm ist nach Einschätzung der Kommission für den (nach den vorgelegten Informationen unwahrscheinlichen) Fall hingegen nicht erforderlich, wenn die von Gazprom bzw. Wingas gebuchte Ausspeisekapazität 50% der gesamten Ausspeisemenge an der tschechischen Grenze in Brandov nicht übertrifft.
86. Eine solche Obergrenze entspricht der ständigen Kommissionspraxis in früheren Verfahren nach Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG⁶⁰. Sie soll gewährleisten, dass Unternehmen nur dann mit einer Auflage belastet werden, wenn tatsächlich eine Abschottung einer Gasinfrastruktur für Wettbewerber zu befürchten ist, etwa durch die vorrangige Nutzung durch ein marktbeherrschendes

⁵⁸ S. *The Czech Republic's National Report on the Electricity and Gas Industries for 2007*, Seite 47.

⁵⁹ S. Auslegungsvermerk zu Artikel 22, Randnummer 35 ("It is therefore necessary to have regard to likely market developments").

⁶⁰ S. etwa die Entscheidungen in zur Nabucco-Pipeline (Österreich, Ungarn, Bulgarien).

Unternehmen. Bei einer weniger als 50%-igen Kapazitätsbuchung der OPAL-Pipeline durch Gazprom bzw. Wingas ist davon auszugehen. Hier ist auch in Betracht zu ziehen, dass wesentliche Mengen des Gases, das auf der OPAL transportiert werden wird, angesichts der Größe des tschechischen Marktes gar nicht in der Tschechischen Republik absetzbar sind, sondern für den deutschen Markt und andere Länder bestimmt sind. Es erscheint daher angemessen, die Verpflichtung zur Durchführung eines Gas-Release-Programmes erst ab einer Buchung durch von mehr als 50% der OPAL-Kapazitäten durch Gazprom bzw. Wingas greifen zu lassen.

87. Wie oben ausgeführt⁶¹, stehen RWE Transgas und Gazprom in einer langfristigen und engen Lieferverbindung miteinander. Nach Einschätzung der Kommission verringert eine solche vertikale Verbindung erheblich die Wahrscheinlichkeit für tatsächliche und wirkungsvolle Konkurrenz⁶². RWE Transgas, der marktbeherrschende Gasgroßhändler in Tschechien, bezieht den ganz überwiegenden Teil (78% im Jahr 2007) des in Tschechien verbrauchten Gases direkt oder indirekt von Gazprom⁶³ und ist bis zum Jahr 2035 durch langfristige Lieferverträge an Gazprom gebunden⁶⁴. Die Berechnung der 50%-Grenze für das Greifen des "Gas-Release-Programmes" muss diese enge Verbindung zwischen Gazprom und RWE Transgas und die geringe Wahrscheinlichkeit effektiven Wettbewerbs zwischen den beiden Unternehmen berücksichtigen⁶⁵. Tatsächlich ließe sich in einer Situation, in der zwar Gazprom nur 50% der OPAL-Kapazitäten buchte, RWE Transgas aber die restlichen 50%, kaum von einer Verbesserung des Wettbewerbs sprechen. Letztlich würde jeder 50% übersteigende gemeinsame Kapazitätsanteil von Gazprom und RWE Transgas keine wettbewerbsfördernde Wirkung entfalten. Es erscheint daher notwendig, etwaige von RWE Transgas gebuchte Kapazitäten zu den von Gazprom gebuchten Kapazitäten hinzuzuzählen⁶⁶.

Schlussfolgerungen

88. Aufgrund der vorstehenden Analyse ist die Kommission der Auffassung, dass die Entscheidung, das OPAL-Projekt vom regulierten Zugang Dritter auszunehmen, geändert werden muss, um mit Artikel 22 der Erdgasrichtlinie 2003/55/EG uneingeschränkt vereinbar zu sein.

⁶¹ Randnummer 52-53.

⁶² S. Entscheidung der Kommission zur Nabucco/Ungarn v. 20. April 2009, Randnummer 40.

⁶³ S. The Czech Republic's National Report on the Electricity and Gas Industries for 2007, Seite 37 (http://www.ceer-eu.org/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/NATIONAL_REPORTS/National%20reporting%202008/NR_En/E08_NR_CzechRep-EN.pdf). Gazprom besitzt in Russland ein Exportmonopol für den Verkauf von Erdgas.

⁶⁴ S. The Czech Republic's National Report on the Electricity and Gas Industries for 2007, Seite 47.

⁶⁵ S. Entscheidung der Kommission zur Nabucco/Ungarn v. 20. April 2009, Randnummer 63.

⁶⁶ Vgl. die entsprechende Auflage in der Kommissionsentscheidung zu Nabucco/Ungarn v. 20. April 2009, Randnummer 63.

89. Um die Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung sicherzustellen, wird die BNetzA aufgefordert, ihre Ausnahmeentscheidung dahingehend zu ändern, dass die folgenden Bedingungen aufgenommen werden:

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

- (a) Ein Unternehmen das in einem oder mehreren der relevanten vor- oder nachgelagerten Erdgasmärkte, welche die Tschechische Republik oder Lieferung von Gas in die Tschechische Republik umfassen, marktbeherrschend ist, darf, vorbehaltlich der Regelung in Buchstabe (b), in keinem Jahr mehr als 50 % der Ausspeisekapazität der OPAL-Pipeline an der tschechischen Grenze buchen. Die Buchungen von Unternehmen die zur selben Unternehmensgruppe gehören wie Gazprom und Wingas werden zusammen betrachtet⁶⁷. Buchungen von marktbeherrschenden Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen, zwischen denen langfristige und wesentliche Gasliefervereinbarungen bestehen (wie zwischen RWE Transgas und Gazprom), werden aggregiert betrachtet, d.h. die Buchungen beider Unternehmen zusammen dürfen 50% nicht überschreiten.
 - (b) Die Kapazitätsobergrenze von 50 % darf überschritten werden, wenn das betroffene Unternehmen (bzw. die betroffenen Unternehmen) auf der OPAL eine Gasmenge von 3 Mrd. m³/a dem Markt in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren anbietet ("Gas Release-Programm"). Die Betreibergesellschaft bzw. das (die) Unternehmen, welche(s) zur Ausführung des Gas-Release-Programmes verpflichtet ist (sind), muss (müssen) die Verfügbarkeit korrespondierender Transportkapazität mit frei wählbarem Ausspeisepunkt gewährleisten ("Capacity-Release-Programm"). Die Ausgestaltung des Gas-Release- und des Capacity-Release-Programmes ist von der BNetzA zu genehmigen.
90. Die Kommission fordert daher gemäß Artikel 22 Absatz 4 der Erdgasrichtlinie 55/2003/EG die BNetzA dazu auf, *innen vier Wochen* erstens ihre Entscheidung nach Erhalt dieses Schreibens entsprechend (siehe Randnummer 89) zu ändern und zweitens die Kommission hiervon zu unterrichten.

⁶⁷ Für die Zwecke der vorliegenden Entscheidung sind als Unternehmensgruppe all solche Unternehmen definiert, die direkt oder indirekt von denselben Unternehmen oder Personen kontrolliert werden. vgl. zum Kontrollbegriff Artikel 3 (2) der Verordnung (EG) über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 v. 29.1.2004, S.1.