



BECKER BÜTTNER HELD

BBH Berlin · Magazinstraße 15-16 · 10179 Berlin
Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie
Herrn Bundesminister Peter Altmaier
Scharnhorststraße 34-37
10115 Berlin



BMW - Ministerbüro LA2					
St D-V	St F	St N	PSt Ba	PSt Wa	PSt W-B
Z	RS	L	E	I	II
IV	V	Eingang VZ-BM:		VI	VII
AE für BM		03. Aug. 2021		BM z.K.	
AE für St				z.w.V.	
AE für PSt		Tgb.-Nr.: 21		LB3 z.w.V.	
Antwort FE		S-210802-028		BL z.d.A.	
Votum/ Stellungn.		Unterschrift & Datum:		Kopie:	

vorab per Telefax: +49 30 18 615 70 10

Unser Az.: 003335-21
(Bitte stets angeben)

Berlin, 30.07.2021

bbh@bbh-online.de

Zertifizierungsverfahren der Nord Stream 2 AG vor der Bundesnetzagentur, dort Az. BK7-21-056 / Auswirkungen auf die Gasversorgungssicherheit; hier: Mitteilung Beiladungsantrag der Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG) und PGNiG Supply & Trading GmbH (PST)

Becker Büttner Held
Magazinstraße 15-16
D-10179 Berlin
www.bbh-online.de
www.bbh-blog.de

Sehr geehrter Herr Minister Altmaier,

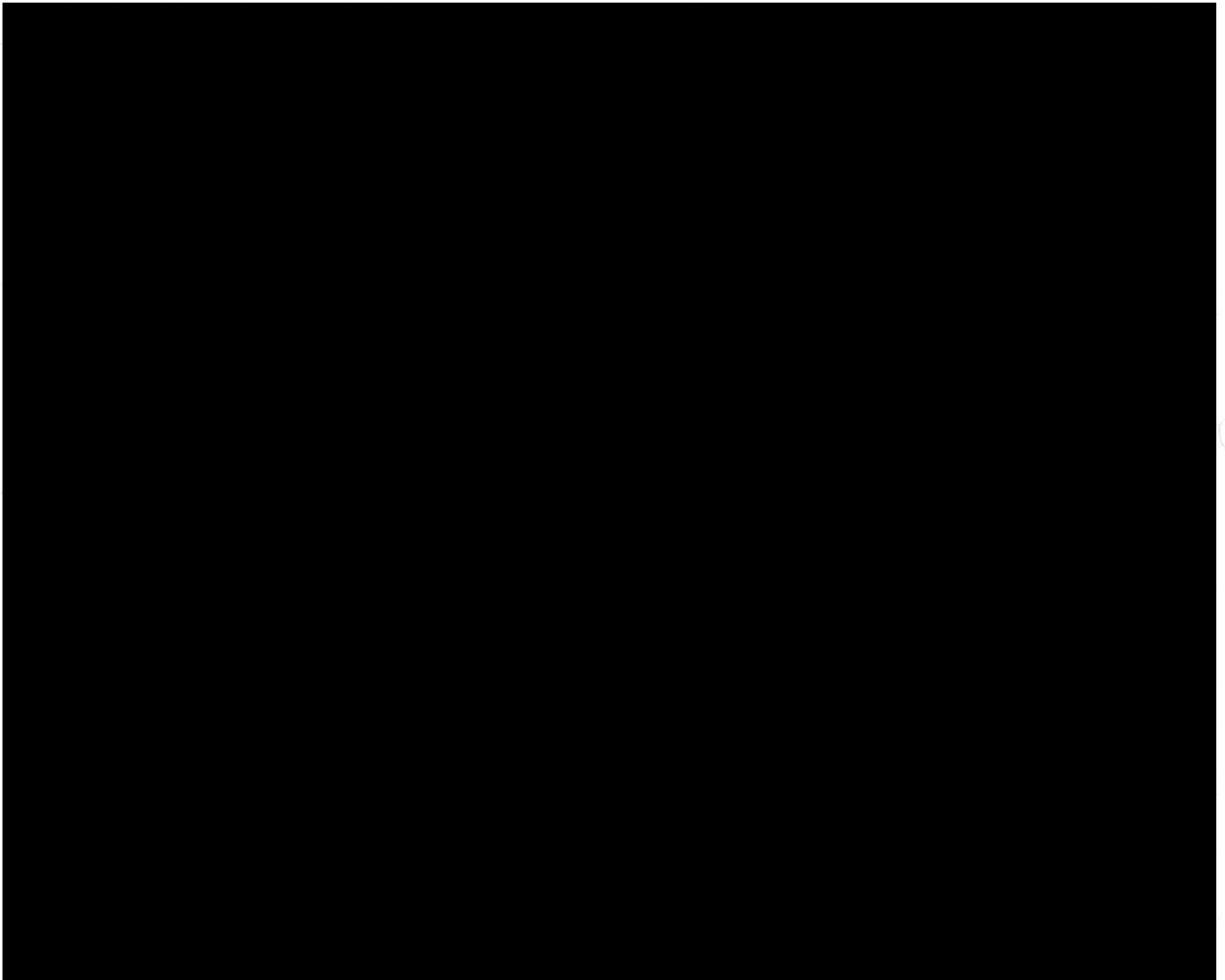
auf Wunsch unserer Mandantinnen PGNiG und PST übersenden wir Ihnen in o. g. Sache einen Beiladungsantrag an die *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen* vom heutigen Tag **in Kopie**.

Wie dürfen davon ausgehen, dass die Nord Stream 2 AG, als Antragstellerin des genannten Verfahrens BK7-21-056 vor der Bundesnetzagentur, Ihrem Haus bereits Unterlagen zu den Auswirkungen einer möglichen Zertifizierung auf die Versorgungssicherheit vorgelegt hat, siehe § 4b Abs. 2 Satz 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Unsere Mandantinnen möchten sich an dem Vorgang beteiligen und bei allen beteiligten Stellen zur Sachaufklärung beitragen.

Am 11.06.2021 hat die Nord Stream 2 AG, nach eigenen Angaben auf Aufforderung der Bundesnetzagentur, einen Antrag auf Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber gemäß §§ 4a, 4b, 10 ff. Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) gestellt. Die Regulierungsbehörde hat daraufhin ein Verfahren eröffnet. Dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie kommt gemäß § 4b

Berlin · München · Köln · Hamburg · Stuttgart · Erfurt · Brüssel

Mitglied der aeec (Associated European Energy Consultants e.V.); www.aeec-online.com
Mitglied der AGN International



Abs. 3 EnWG dabei die Bewertung zu, ob die Erteilung der Zertifizierung die Sicherheit der Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland oder der Europäischen Union (oder Mitgliedsstaaten der Europäischen Union) gefährdet.

Wir gehen davon aus, dass eine förmliche Beteiligung unserer Mandantinnen durch die Bundesnetzagentur erfolgen wird und sodann die Möglichkeit besteht, zu der Bewertung Ihres Hauses vorzutragen. Im Hinblick darauf übermitteln wir vorab eine **Kopie** des Antragsschreibens. Vorsorglich ist dazu festzuhalten, dass unsere Mandantinnen auch jenseits dieses Verfahrens um Anhörung in der Sache ersuchen. Hierzu ist zu betonen, dass die Zertifizierungsentscheidung die rechtlichen Interessen der Beiladungspetentinnen erheblich berührt, da die Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreiber i.S.d. §§ 10 ff. EnWG dazu führen würde, dass die Versorgungssicherheit in Polen und anderen zentral- und ost-europäischer Staaten konkret gefährden würde. Dies haben wir bereits in beigefügtem Beiladungsantrag unter den Gliederungspunkten **A. III. 3.**, **A. IV. 3.** und **B. II.** skizziert, PGNiG und PST würden diese Ausführungen gerne vertiefen.

Namens unserer Mandantinnen bitten wir um eine angemessene **Frist zur Stellungnahme** in Bezug auf die Bewertung der Versorgungssicherheit; ordnungsgemäße Vollmacht ist dem Beiladungsantrag in Kopie beigefügt. .

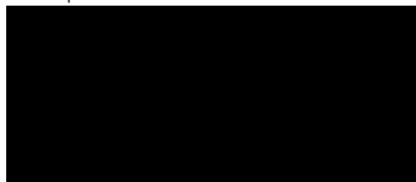
Wegen der nicht bekannten Geschäftsverteilung bitten wir um **Weiterleitung** an die zuständige Abteilung/Referat sowie kurzfristig Mitteilung der Zuständigkeit.

Mit freundlichen Grüßen

– pro absente –



Rechtsanwalt



Rechtsanwalt

BBH Berlin · Magazinstraße 15-16 · 10179 Berlin
Bundesnetzagentur für Elektrizität,
Gas, Telekommunikation, Post und
Eisenbahnen
Beschlusskammer 7
Tulpenfeld 4
53113 Bonn



BECKER BÜTTNER HELD

vorab per beA bzw. elektronischem Verwaltungspostfach

ENTHÄLT KEINE BETRIEBS ODER GESCHÄFTSGEHEIMNISSE

Unser Az.: 003335-21
(Bitte stets angeben)

Berlin, 30.07.2021



bbh@bbh-online.de

Ihr Zeichen: BK7-21-056

**Zertifizierung der Nord Stream 2 AG gemäß §§ 4a, b, 10 ff. EnWG;
hier: Antrag auf Beiladung zum Verfahren u.a.**

Becker Büttner Held
Magazinstraße 15-16
D-10179 Berlin
www.bbh-online.de
www.bbh-blog.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir zeigen an, dass wir die

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG), ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, Polen, gesetzlich vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch jeweils zwei Mitglieder, u.a. dem Vorsitzenden Paweł Majewski und dessen Stellvertreter Robert Perkowski,

Inlands-Zustellungsbevollmächtigte gemäß § 73 Abs. 1 Satz 3 EnWG:
Becker Büttner Held Rechtsanwälte, Magazinstr. 15-16, 10179 Berlin,
Rechtsanwälte [REDACTED]

Berlin · München · Köln · Hamburg · Stuttgart · Erfurt · Brüssel

Mitglied der aeec (Associated European Energy Consultants e.V.); www.aeec-online.com
Mitglied der AGN International

– Beiladungspetentin zu 1 –

und die

PGNiG Supply & Trading GmbH (PST), Arnulfstraße 19, 80335 München, gesetzlich vertreten durch die einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer Bartłomiej Korzeniewski und Olgierd Hurka,

– Beiladungspetentin zu 2 –

in o.g. Angelegenheit anwaltlich vertreten; Vollmacht ist beigelegt (**Anlage BA 1**).

Namens unserer Mandantinnen **beantragen wir**,

1. die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) als Verfahrensbeteiligte gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG zu dem Verfahren BK7-21-056 beizuladen,
2. wegen der nach § 4b Abs. 3 EnWG vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu übermittelnden Bewertung bzgl. der Gefährdung der Sicherheit der Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union
 - a) den vorliegenden Beiladungsantrag an die zuständige Stelle zu übermitteln und diese über das Beteiligungsinteresse der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) in Kenntnis zu setzen;
 - b) den Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) Auskunft über die Stelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zu erteilen, die für die Bewertung nach § 4b Abs. 3 EnWG gemäß Geschäftsverteilung zuständig ist, sowie den derzeitigen Verfahrensstand zu geben;
 - c) den Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) durch angemessene Frist zur Stellungnahme Gelegenheit zu geben, sich vor der für die Bewertung nach § 4b Abs. 3 EnWG zuständigen Stelle zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (rechtliches Gehör).
3. den Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2), vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme im regulierungsbehördlichen Verfahren zu geben und nicht ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

Zudem **beantragen wir**,

4. den Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG unverzüglich Einsicht in die Verfahrensakte durch Übersendung derselben an unsere Kanzleianschrift oder durch (elektronische) Kopien zu gestatten;

vorsorglich behalten wir uns vor, auch nach §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 5 IFG umfassend Zugang zu allen amtlichen Informationen, insbesondere zu den Umständen des Verfahrens (Begründung des Zertifizierungsantrags, eingereichte Unterlagen, Erwägungen der Behörde usw.) zu beantragen.

Eine **Kopie** dieses Antragsschreibens haben wir, mangels öffentlich einsehbarer Geschäftsverteilung, an den Bundesminister für Wirtschaft und Energie gerichtet.

Zudem haben wir auch die Kommissarin für Energie durch Übersendung einer **Kopie** dieses Antragsschreibens auf das Beteiligungsinteresse der Beiladungspetentinnen hingewiesen. Die Europäische Kommission (Generaldirektion Energie) sollte von dem Antrag der Nord Stream 2 AG bereits durch die BNetzA unterrichtet worden sein, siehe Art. 11 Abs. 1 Richtlinie über den Gasbinnenmarkt 2009/73/EG (Gasrichtlinie) bzw. § 4b Abs. 1 Satz 1 EnWG, und wird von der Regulierungsbehörde im weiteren Verfahren zudem um eine Stellungnahme ersucht, Art. 11 Abs. 5 Gasrichtlinie bzw. § 4b Abs. 4 EnWG. Mit vorliegendem Schreiben beantragen die Beiladungspetentinnen nicht nur Beteiligung am Verfahren in Deutschland, sondern machen zugleich substantielle Bedenken gegen die rechtliche Zulässigkeit der beantragten Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreibers geltend. Da die Kommission ihre Prüfung auf eine möglichst breite Informationsbasis stellt, vgl. Art. 3 Verordnung (EU) 715/2009 über den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen, sollten auch die rechtlichen Bedenken der hiesigen Beiladungspetentinnen der Kommission zur Kenntnis gelangen. Im Übrigen bleibt weiterer Vortrag gegenüber der Kommission im Laufe des Verfahrens natürlich **vorbehalten**.

Zur Übersicht stellen wir ein Inhaltsverzeichnis voran:

Inhaltsverzeichnis

A.	Beiladung zum Verfahren gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG	5
I.	Hintergrund: Zertifizierung und Handelspraxis	5
II.	Die Beiladungspetentinnen	7
1.	Kurzvorstellung der Beiladungspetentinnen	7
2.	Beschreibung relevanter Tätigkeiten	7
III.	Statthaftigkeit der Beiladung	12
1.	Beteiligungsfähigkeit	12
2.	Laufendes Verfahren BK7-21-056	12
3.	Beiladungsumfang/-wirkung; Einvernahme BMWi	13
IV.	Erhebliche Berührung von Interessen	14
1.	Entflechtungsvorgaben als Gegenstand der Beiladung	14
2.	Berührung wirtschaftlicher Interessen – Wettbewerb	21

3.	Erhebliche Berührung rechtlicher Interessen – Versorgungssicherheit ...	26
4.	Ergebnis: Erheblichkeit der Interessenberührung	32
V.	Pflichtgemäße Ermessensausübung	32
1.	Ermessensentscheidung	32
2.	Beiladung geboten	33
3.	Verfahrensökonomische Erwägungen	33
B.	Beitrag der Beiladungspetentinnen zur Bewertung seitens des BMWi	34
I.	Begründung der Anträgen zu 2a) bis c)	34
II.	Erhebliche Berührung rechtlicher Interessen – Versorgungssicherheit	35
III.	Bewertung des BMWi ist selbst kein beiladungsfähiges Verfahren	36
1.	Materiell-rechtliche, interne Verfahrensbestimmung	36
2.	Praxis in anderen Ländern der EU	38
C.	Frist zur Stellungnahme, Durchführung einer mündlichen Verhandlung	38
D.	Akteneinsicht	39

BEGRÜNDUNG

Am 11.06.2021 hat die Nord Stream 2 AG, nach eigenen Angaben auf Aufforderung der Bundesnetzagentur (BNetzA), einen Antrag auf Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber gemäß §§ 4a, 4b, 10 ff Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) gestellt. Die BNetzA als zuständige Regulierungsbehörde hat ein Verfahren unter dem Az. BK7-21-056 eröffnet (Veröffentlichung Verfahrenseinleitung am 24.06.2021).

Die beantragte Entscheidung kann schon aus formal-rechtlichen Gründen so nicht ergehen. Die Zertifizierung nach dem Modell Unabhängiger Transportnetzbetreiber, als Ausnahme vom Grundsatz der eigentumsrechtlichen Entflechtung, ist an gesetzliche Voraussetzungen gebunden, die nicht erfüllt sind und auch zukünftig nicht erfüllt werden könnten. Unter anderem hätte die Nord Stream 2-Pipeline gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 EnWG dazu am 23.05.2019 ein Fernleitungsnetz sein müssen (siehe auch Art. 9 Abs. 9 Gasrichtlinie). Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die Nord Stream 2 AG eine Gesellschaft Schweizer Rechts ist, die einer Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber prinzipiell nicht zugänglich ist und welche ohnehin die gesetzlichen Voraussetzungen der beantragten Zertifizierung gesellschaftsrechtlicher/organisatorischer Art nicht erfüllt. Insofern käme vorliegend allenfalls eine Zertifizierung nach § 8 EnWG, nach **ordnungsgemäßer eigentumsrechtlicher Entflechtung**, in Betracht.

Vor allem aber besteht, wenn die Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Netzbetreiber in Deutschland zertifiziert würde, ein immanentes **Risiko für die Versorgungssicherheit in anderen Mitgliedsstaaten** der europäischen Union – insbesondere, wie die Beiladungspetentinnen aufzeigen werden, in Polen. Die im Rahmen der §§ 10 ff. EnWG verbleibenden Möglichkeiten unzulässiger Einflussnahme sind bei der erforderlichen Beurteilung der Gefahr für die Versorgungssicherheit zu berücksichtigen und diesen Gefahren ist in der Zertifizierungsentscheidung effektiv zu begegnen. Neben des hier offensichtlichen Drittstaatbezugs ist dabei auch die Marktmacht des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, zu dem die Antragstellerin gehört, zu berücksichtigen.

Zu dem Verfahren begehren die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) die Beiladung gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG und sodann – als Verfahrensbeteiligte – Akteneinsicht, nachdem sie bereits in dem Verwaltungsverfahren wegen Antrags auf Freistellung von der Regulierung der Nord Stream 2 unter dem Az. BK7-20-004 mit Beschluss vom 17.03.2020 beigeladen worden waren und sich in dem Gerichtsverfahren vor dem OLG Düsseldorf, VI-3 Kart 211/20 [V], aktiv beteiligt hatten.

Die Entscheidung der BNetzA berührt Interessen der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) erheblich (dazu sogleich im Folgenden), weshalb diese beizuladen sind. Nach erfolgter Verfahrensbeteiligung können die Beiladungspetentinnen umfassend und detailliert zu den skizzierten Risiken für die Gasversorgung und Nachteilen für Wettbewerber und Marktteilnehmer Stellung nehmen.

A. Beiladung zum Verfahren gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG

Nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG können zu einem Verfahren vor der Regulierungsbehörde auf Antrag auch Parteien beigeladen werden, deren Interessen die Entscheidung erheblich berührt. Dies ist, soweit die Entflechtung der Nord Stream 2 AG hinter gesetzlichen Vorgaben zurückbleibt, bei den Petentinnen (II.) der Fall. Die Beiladung ist statthaft (III.) und, weil sich die Entscheidung des Verfahrens mit Az. BK7-21-056, die auf eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber gerichtet ist, spürbar nachteilig auf die Petentinnen auswirkt (IV.), auch geboten (V.).

I. Hintergrund: Zertifizierung und Handelspraxis

Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 EnWG bedarf der Betrieb eines Transportnetzes der Zertifizierung. Dies gilt für alle Gas-Fernleitungen im Geltungsbereich des EnWG, mithin auch für die Nord Stream 2-Pipeline – sofern diese nicht wider Erwarten gemäß § 28b EnWG freigestellt wird. § 4a EnWG setzt Art. 10 der Gasrichtlinie um.

§ 4b EnWG betrifft sodann die Zertifizierung in Bezug auf Drittstaaten nach Art. 11 Gasrichtlinie und konkretisiert die Voraussetzungen, sofern ein Transportnetzbetreiber oder ein Transportnetzeigentümer von einer oder mehreren Personen aus einem oder mehreren Drittstaaten allein oder gemeinsam kontrolliert wird. Beides ist bei einem Pipelineprojekt einer Schweizer Aktiengesellschaft im Alleineigentum eines staatlichen Gasversorgungsunternehmens aus Russland der Fall.

Die Anteile an der Nord Stream 2 AG werden zu 100 % von der Gazprom international projects LLC, einer Tochtergesellschaft der PJSC Gazprom, gehalten. Die designierte Betreibergesellschaft gehört mithin, als Teil der auf fast allen Wertschöpfungsstufen sowohl in der Europäischen Union (im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland und anderer Mitgliedsstaaten) als auch in Drittstaaten tätigen Gazprom-Gruppe, zu einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen gemäß § 3 Nr. 38 EnWG bzw. stellt sie selbst ein solches Unternehmen dar.

Die §§ 4a und 4b EnWG bilden den prozessualen Rahmen für die materiellen Entflechtungsvorschriften (§§ 8 ff. EnWG), welche Transportnetzbetreiber im Zertifizierungsverfahren nachzuweisen haben. Hinzu kommt bei Bezug zu Drittstaaten die Bewertung der hier – insbesondere – fraglichen Sicherheit der Gasversorgung, welche durch das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) als zuständige Behörde im Rahmen der Zertifizierung vorzunehmen ist. Hierbei dürfte insbesondere beachtlich sein, dass sich die PJSC Gazprom mehrheitlich in staatlicher Hand befindet.

Die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) sind in verschiedenen Funktionen Teilnehmer des Erdgasbinnenmarkts und stehen unmittelbar in einem (Infrastruktur-) Wettbewerb mit der Gazprom-Gruppe. Zudem ist die Beiladungspetentin zu 1) gesetzlich zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit in Polen berufen. Insofern haben diese bereits umfangreiche Erfahrungen im Hinblick auf die Auswirkungen verschiedener Entflechtungsmodelle gesammelt; nicht zuletzt im Zusammenhang mit dem leitungsgebundenen Gasimport aus Russland. Als besonders kundige Marktteilnehmer können die Beiladungspetentinnen mithin zur erforderlichen Sachverhaltsaufklärung beitragen, nicht nur im Hinblick auf den deutschen Markt, sondern insbesondere auch weitere Märkte in Zentral- und Osteuropa.

Im Falle einer Zertifizierung als sogenannter Unabhängiger Transportnetzbetreiber gemäß §§ 10ff. EnWG anstelle einer eigentumsrechtlichen Entflechtung gemäß § 8 EnWG verbleibt die Antragstellerin nämlich in dem integrierten Gasversorgungsunternehmen, sodass effektiv mehr Wirkmöglichkeiten der Konzernmutter im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb zu befürchten sind. Die Beiladungspetentinnen sa-

hen sich in der Vergangenheit wiederholt und nachweisbar beeinträchtigenden Geschäftspraktiken der Gazprom-Gruppe ausgesetzt, was im Einzelnen an späterer Stelle vertieft wird und im Übrigen der Stellungnahme vorbehalten bleiben muss.

Im Übrigen gilt natürlich auch dasjenige weiter, was bereits in deren Beiladungsantrag vom 19.02.2020 zum Derogationsverfahren – Freistellung der Nord Stream 2 AG gemäß § 28b EnWG (BK7-20-004) – ausgeführt wurde.

II. Die Beiladungspetentinnen

1. Kurzvorstellung der Beiladungspetentinnen

Die Beiladungspetentin zu 1) ist das größte Gasversorgungsunternehmen der Republik Polen. Der Unternehmenszweck umfasst u.a. die Belieferung von in Polen ansässigen Kunden mit Erdgas sowie den Import der dafür notwendigen Gasmengen. Im Übrigen ist sie auf anderen Märkten in Zentral- und Osteuropa aktiv.

Die Beiladungspetentin zu 2) ist ein 100 %-iges Tochterunternehmen der Beiladungspetentin zu 1) und tritt für diese als Dienstleisterin auf den Gasgroßhandelsmärkten in Polen, der Ukraine, der Slowakei, Tschechien, Österreich, Deutschland, Frankreich, Niederlande, Großbritannien, Dänemark, Belgien und Norwegen auf. Ihre Aufgabe besteht im Wesentlichen in der Beschaffung von Erdgasmengen zum Zwecke des Exports in den polnischen Markt. An den Grenzübergangspunkten zu Polen wird dieses Gas der Beiladungspetentin zu 1) übergeben, die damit, wie beschrieben, z. B. die Versorgung eines bedeutenden Teils der in Polen ansässigen Letztverbraucher sicherstellt.

Im Übrigen verweisen wir auf die Feststellungen zu den Beiladungspetentinnen in dem Beiladungsbeschluss der BNetzA vom 17.03.2020, Az. BK7-20-004. Insofern besteht u.a. „für die Beiladungspetentin zu 2) als Gashändlerin und Gasexporteurin vom deutschen Markt nach Polen und die Beiladungspetentin zu 1) als mittelbare Eigentümerin der Jamal-Pipeline Transportkundin [...] ein wirtschaftliches Interesse an den Bedingungen, unter denen die Nord Stream 2 betrieben und das über sie transportierte Gas angeboten werden kann“ (Beiladungsbeschluss, Seite 5). Dies wird nachfolgend (A.II.2.) und an späterer Stelle (A.IV.) vertieft.

2. Beschreibung relevanter Tätigkeiten

Für das Zertifizierungsverfahren sind solche Aktivitäten der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) hervorzuheben, auf welche die Entflechtung der Nord Stream 2 AG von der Gazprom-Gruppe potentiell Auswirkungen hat.

a) Gas-Import und Großhandelstätigkeiten

Die Beiladungspetentinnen stehen mit der Unternehmensgruppe Gazprom in einem Wettbewerbsverhältnis auf verschiedensten Wertschöpfungsstufen „Downstream“. Zu Zwecken ihrer Geschäftstätigkeit in Polen sowie weiteren Märkten in Zentral- und Osteuropa, in welchen auch die Gazprom-Gruppe aktiv ist, schließt die Beiladungspetentin zu 1) langfristige Importverträge und nimmt am Großhandelsmarkt teil. Die Gazprom-Gruppe will auf diesen Märkten – selbstredend – eigenes Gas absetzen, das dazu „in-house“ importiert und antransportiert wird.

Die Beiladungspetentin zu 1) hingegen greift – neben dem Bezug bei der Gazprom-Gruppe und anderen Vorlieferanten – auf Gasmengen zurück, die von der Beiladungspetentin zu 2) zur Verfügung gestellt werden. Auf diese Weise sichert sie sich den Zugriff auf Gasmengen aus Westeuropa bzw. dem europäischen Binnenmarkt. Wie bereits mit Beschluss der BNetzA vom 17.03.2020, Az. BK7-20-004, festgestellt, handelt es sich bei der Beiladungspetentin zu 2) also um eine Gashändlerin und Gasexporteurin vom deutschen Markt nach Polen, insbesondere aus dem deutschen Marktgebiet GASPOOL Balancing Services GmbH bzw. zukünftig Trading Hub Europe GmbH, in dem die Verbindungsleitung Nord Stream 2 anlanden wird. Insofern betrifft die beantragte Zertifizierungsentscheidung auch Aktivitäten der Beiladungspetentin zu 2).

b) Eigentum Transitstrecke bzw. Importinfrastruktur

Sodann besteht bekanntermaßen Infrastrukturwettbewerb mit Verdrängungspotential zwischen bestehenden und neuen Importrouten aus Russland nach Westeuropa, wenn – was anzunehmen ist, dazu später – entstehenden Transportkapazitäten für russisches Erdgas nach Westeuropa nach Inbetriebnahme der Nord Stream 2 keine entsprechend erhöhte Transportnachfrage gegenübersteht.

Fraglich ist hier insbesondere das Konkurrenzverhältnis der Nord Stream 2-Pipeline zum polnischen Abschnitt der ehemals JAMAL genannten Pipeline, der im Eigentum der EuRoPol GAZ SA steht. Deren Mehrheitseigentümerin ist die Beiladungspetentin zu 1), diese hält direkt 48 % und indirekt über die „Gas-Trading“ – eine Tochtergesellschaft – weitere 4 % der Anteile. Die PJSC Gazprom hält die verbleibenden Anteile von 48 %. Die Antragstellerin Nord Stream 2 AG ist mithin, vermittelt durch die Konzernstruktur des integrierten Energieversorgungsunternehmens Gazproms, auch mit der JAMAL verbunden.

Die JAMAL transportiert Gas über Weißrussland und Polen nach Deutschland und ist daher eine für die Tätigkeit Beiladungspetentin zu 1) wesentliche Transitleitung. Denn die Pipeline ermöglicht eine Versorgung der in Polen ansässigen Verbraucher

sowohl aus östlicher Flussrichtung als auch mittels Gegenstromtransporten („Reverse-Flow“) aus Deutschland nach Polen und damit aus westlicher Richtung über den Grenzübergangspunkt Mallnow, wo etwa die Beiladungspetentin zu 2) Gasmen-
gen anstellen kann. Somit kommt der JAMAL auch in Bezug auf die Versorgungssi-
cherheit Polens herausragende Bedeutung zu, dazu gleich.

Die Kapazitätsauslastung der JAMAL beruht überwiegend auf den Transporten von
Russland nach Deutschland, die 2018/19 ca. 94 % (im Folgejahr etwas weniger, näm-
lich 90 %) des Gesamtvolumens am weißrussisch-polnischen Grenzübergangspunk-
tes Kondratki ausmachten. In 2018/19 wurden mittels Reverse-Flow über den Ein-
speisepunkt Mallnow ca. 2,5 Mrd. m³ transportiert (im Folgejahr dementsprechend
etwas mehr, nämlich 2,7 Mrd. m³).

In Bezug auf den polnischen Teil der JAMAL-Pipeline bzw. die EuRoPol GAZ SA er-
folgte die Zertifizierung im Jahr 2015, indem mit der GAZ-SYSTEM SA ein „Indepen-
dent System Operator“ (ISO) im Sinne des Art. 14 Gasrichtlinie (entsprechend § 9
EnWG) benannt wurde und die Pipeline seitdem durch diese betrieben wird.

Beweis: JAMALTransit Gas Pipeline System (TGPS), Pressemitteilung zur
Zertifizierung der JAMAL (Anlage BA 2).

Bei der Pipeline handelt sich damit um einen bereits zertifizierten Marktteilnehmer,
der durch Benennung eines Unabhängigen Systembetreibers entflochten ist. Die
Beiladungspetentin zu 1) hat mithin einschlägige Erfahrung im Zusammenhang mit
dem Wirken der Gazprom-Gruppe innerhalb integrierter Gasversorgungsunterneh-
men sowie den Auswirkungen auf die betroffenen zentral- und osteuropäischen
Märkte. Eine noch tiefere Eingliederung in die Konzernstruktur ist das Begehren der
Antragstellerin Nord Stream 2 AG, so dass sich – wobei es dafür an einer Rechts-
grundlage mangelt – potentielle Folgen auch für Deutschland ableiten lassen.

c) Gewährleistung der Versorgungssicherheit in Polen

Als größte Gasversorgerin in Polen nimmt die Beiladungspetentin zu 1) schließlich
eine Schlüsselrolle für den polnischen Gasmarkt ein, da diese – im deutschen Recht
könnte man etwa von einer Beleihung o.ä. sprechen – zur Sicherstellung der Gasver-
sorgung in Polen berufen wurde. Zu Zwecken der Daseinsvorsorge ist die Beila-
dungspetentin zu 1) als Unternehmensgruppe, konkret durch ihr Tochterunterneh-
men, die PGNiG OD sp. z o.o., daher zur Gewährleistung der Versorgung der in Polen
ansässigen Letztverbraucher und zur Abwendung etwaiger Gefahren für die Versor-
gungssicherheit verpflichtet (in etwa ein „Supplier of Last Resort“). In Krisensituatio-
nen übernimmt diese dabei sogar eine Garantenstellung.

Die Tätigkeit der Beiladungspetentin zu 1) wird ganz wesentlich durch öffentlich-rechtliche Interessen bestimmt. Zur Darlegung hat diese, wie an anderer Stelle gegenüber der BNetzA bereits vertieft, ihre Rechtspflicht gutachterlich feststellen lassen. Dabei wird deutlich, dass in Fragen der Versorgungssicherheit für Polen eine Stellung besteht, welche eine aktive Wahrnehmung diesbezüglicher Interessen durch die Beiladungspetentin zu 1) zwingend erforderlich macht. Siehe dazu im Einzelnen das Rechtsgutachten von Prof. Szydło, GWW Legal, vom 03.01.2020.

Beweis: Beglaubigte Übersetzung des Rechtsgutachtens von Prof. Szydło (GWW Legal) vom 03.01.2020 (**Anlage BA 3**).

Die Satzung der Beiladungspetentin zu 1) statuiert insofern ausdrücklich deren Verantwortlichkeit für die Energieversorgung in Polen. Gemäß Art. 4 Abs. 2 der Satzung ist sie im Interesse der Energieversorgungssicherheit für die Kontinuität der Gaslieferungen an Abnehmer sowie die Aufrechterhaltung der notwendigen Reserven, einen sicheren Betrieb der Gasnetze, die Bilanzierung der Gasmengen sowie die Gasproduktion zuständig. Bei jeder (Investitions-)Entscheidung stehen nicht allein wirtschaftliche Erwägungen, sondern die Verantwortung für die Energiesicherheit allgemein im Vordergrund. Dies zeichnet die Beiladungspetentin zu 1) gegenüber anderen (auf dem polnischen Markt) tätigen Gaslieferanten aus.

Beweis: Beglaubigte Übersetzung des Rechtsgutachtens von Prof. Szydło (GWW Legal) vom 03.01.2020, Seite 40 f., Punkt IV. 2 (**Anlage BA 3**).

Die Sonderrolle ergibt sich daraus, dass die Beiladungspetentin zu 1) als „Gesellschaft von wesentlicher Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Wirtschaft“ nach der Verordnung des Ministerpräsidenten vom 13.01.2017 gemäß Art. 31 Abs. 1 des Gesetzes vom 16.12.2016 über die Grundsätze der Verwaltung des öffentlichen Eigentums geführt wird.

Beweis: Beglaubigte Übersetzung des Rechtsgutachtens von Prof. Szydło (GWW Legal) vom 03.01.2020, Seite 42 f., Punkt IV. 3 (**Anlage BA 3**).

Wie insbesondere dem BMWi bekannt sein dürfte, wurden zur Umsetzung der SoS-Verordnung, also der Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Erdgasversorgung und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994/2010 (ABl. UE 2017, L 280/1), von der zuständigen polnischen Behörde Vorbeugungsmaßnahmen und Notfallpläne ausgearbeitet und die Pflichten der Unternehmen der Gasbranche

festgelegt. Die Beiladungspetentin zu 1) wurde dabei explizit als das für die Durchführung von innerstaatlichen Infrastrukturprojekten zur Verbesserung der Versorgungssicherheit verantwortliche Unternehmen benannt. Daneben beweisen auch weitere, eher allgemein beschriebene Pflichten die besondere Bedeutung der Beiladungspetentin zu 1) für die Versorgungssicherheit (z.B. die Pflicht zur Diversifizierung der Gasquellen).

Beweis: Beglaubigte Übersetzung des Rechtsgutachtens von Prof. Szydło (GWW Legal) vom 03.01.2020, Seite 44 ff., Punkt IV. 5 (**Anlage BA 3**).

Auch in dem Beschluss Nr. 202/2009 vom 10.11.2009 zur „Energiepolitik Polens bis 2030“, erlassen vom Ministerrat wird die Rolle der Beiladungspetentin zu 1) als **Hüterin der Energiesicherheit**, insbesondere als Hauptimporteurin von Erdgas und Eigentümerin der Betreiberin des Speichersystems, unterstrichen.

Beweis: Beglaubigte Übersetzung des Rechtsgutachtens von Prof. Szydło (GWW Legal) vom 03.01.2020, Seite 46 ff., Punkt IV. 6 (**Anlage BA 3**).

In diesem Sinne verlangte jüngst auch der Beschluss zur „Energiepolitik Polens bis 2040“ vom 02.02.2021 von den Gasversorgungsunternehmen, die Deckung der Gasnachfrage in Polen dauerhaft zu gewährleisten. Gerade die Beiladungspetentin zu 1) als wichtigster Gasversorger in Polen und Eigentümerin des *einzigsten* Betreibers eines Gasspeichers in Polen ist also verpflichtet, dies zu gewährleisten. Im Beschluss wird daher ihre herausragende Rolle erneut hervorgehoben (abrufbar in polnischer Sprache unter <https://www.dziennikustaw.gov.pl/MP/2021/264>).

Zudem unterliegt die Beiladungspetentin zu 1) dem Krisenmanagementgesetz vom 26.04.2007, wonach deren Entscheidungen in Bezug auf kritische Infrastrukturanlagen durch den zuständigen Minister verhindert werden können – was ebenfalls ihre Rolle für die Versorgungssicherheit widerspiegelt.

Beweis: Beglaubigte Übersetzung des Rechtsgutachtens von Prof. Szydło (GWW Legal) vom 03.01.2020, Seite 52 ff., Punkt IV. 8 (**Anlage BA 3**).

Schließlich hat die Beiladungspetentin zu 1) eine besondere Rolle bei der Belieferung von Kunden mit Erdgas. Über eine 100 %-ige Tochtergesellschaft, die PGNiG Obrót Detliczny Sp. z o.o., übt sie eine Funktion aus, die dem Grundversorger in Deutschland (vgl. §§ 36 ff. EnWG) entspricht. Diese springt bei Störung der vertraglichen Versorgung nach § 14a Verordnung des Wirtschaftsministers vom 2. Juli 2010

über detaillierte Bedingungen für das Funktionieren des Gassystems als „Notverkäufer“ ein und ist „Verkäufer von Amts wegen“ nach Art. 3 Ziff. 29 des Gesetzes vom 10.04.1997 (polnisches Energiegesetz) im Fall eines Ausfalls des eigentlichen Verkäufers. Daneben ist sie auch Reserveverkäuferin nach Art. 3 Ziff. 29a des polnischen Energiegesetzes, solange kein Dritter als solcher, benannt wurde.

Beweis: Beglaubigte Übersetzung des Rechtsgutachtens von Prof. Szydło (GWW Legal) vom 03.01.2020, Seite 54 ff., Punkt IV. 9 (**Anlage BA 3**).

Zu den Aufgaben der Beiladungspetentin zu 1) gehört damit insgesamt die Abwendung aller potentiellen Risiken für die Versorgungssicherheit der in Polen ansässigen Letztverbraucher. Diese Pflichten strahlen zugleich auf die gesamte Unternehmensgruppe und damit auch auf die im Eigentum stehende Beiladungspetentin zu 2) aus.

III. Statthaftigkeit der Beiladung

Der vorliegend gestellte Beiladungsantrag zum Verfahren BK7-21-056 ist statthaft. Nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG können *Personen* oder Personenvereinigungen zu einem bei der Regulierungsbehörde *anhängigen* Verfahren beigeladen werden.

1. Beteiligungsfähigkeit

Die Beiladungspetentinnen sind juristische Personen und als solche beteiligungsfähig, § 89 EnWG. Die Beiladungspetentin zu 1) firmiert als Aktiengesellschaft polnischen Rechts (in Polnisch: spółka akcyjna, SA). Die Beiladungspetentin zu 2) ist eine Gesellschaft deutschen Rechts. Dies betrifft, wie bereits mit Beiladungsbeschluss vom 17.03.2020 festgestellt, Az. BK7-20-004, auch die Beiladung in Verfahren vor der BNetzA gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG.

2. Laufendes Verfahren BK7-21-056

In Bezug auf die Akzessorietät der Beiladung zu dem regulierungsbehördlichen Verfahren ist festzuhalten, dass es sich bis zu einer ausdrücklichen Entscheidung der BNetzA, frühestens nach Beteiligung der Europäischen Kommission, um ein anhängiges Verfahren handelt. Eine Anhörung der Beiladungspetentinnen und Berücksichtigung ihrer Eingaben ist jederzeit möglich. Indes bitten die Beiladungspetentinnen um zeitnahe Bescheidung im Hinblick auf die Frist zur Stellungnahme.

Die Beschlusskammer 7 der BNetzA als gemäß § 4a Abs. 1 EnWG für die Zertifizierung zuständige Behörde hat ausweislich ihrer Internetseite auf Antrag der Nord Stream 2 AG vom 11.06.2021 ein Verfahren auf Zertifizierung als Unabhängiger

Transportnetzbetreiber nach den §§ 4a, 4b, 10 bis 10e EnWG eingeleitet und damit ein Verfahren im Sinne des § 66 Abs. 1 EnWG eröffnet.

Weitere Verfahrensschritte sind bislang nicht bekannt. Das Verfahren endet mit Entscheidung der BNetzA im Sinne des § 73 Abs. 1 EnWG.

3. Beiladungsumfang/-wirkung; Einvernahme BMWi

Die Wirkung der Beiladung umfasst, insofern ist der vorliegende Antrag auch ausdrücklich darauf gerichtet, alle Verfahrensteile – einschließlich der Bewertung der Sicherheit der Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union durch das BMWi gemäß § 4b Abs. 3 EnWG. An dieser Stelle sei angemerkt, dass die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) gerade auch wegen der Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit – nach erfolgter Beiladung – gehört werden und mit Hinweis auf den Rechtsgrundsatz der Energiesolidarität, siehe nur EuGH (Urteil vom 15.07.2021, Rs. C-848/19 P [veröffentlicht]), zur Lage in Zentral- und Osteuropa Stellung vor der zuständigen Stelle beziehen wollen. Die Verfahrensbeteiligung der Beiladungspetentinnen vermag dazu beizutragen, dass den Belangen eines betroffenen Mitgliedsstaats im Hinblick auf die Gasversorgung Rechnung getragen wird (hierzu vertiefend A.IV.3.a).

Vorsorglich ist daher darauf hinzuweisen, dass bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie im Hinblick auf weitere Verfahrensrechte, die sich aus der Beiladung ergeben, keine Abweichungen aufgrund der Beteiligung des BMWi nach § 4b Abs. 2 Satz 1 EnWG ersichtlich sind – der Vorgang ist Teil des regulierungsbehördlichen Verfahrens nach § 66 Abs. 1 EnWG. Denn nach § 4a EnWG ist (nur) die Regulierungsbehörde und damit die BNetzA für die Erteilung der Zertifizierung nach Maßgabe der §§ 8 oder 9 oder der §§ 10 bis 10e EnWG zuständig. Auch wenn weitere Behörden ins Einvernehmen gesetzt werden, obliegt der BNetzA gleichwohl weiter die Wahrnehmungskompetenz. Die Regelungen des § 4b EnWG sind lediglich in Ergänzung zu § 4a EnWG anzuwenden, keinesfalls entsteht eine abweichende Zuständigkeit bei Zertifizierungen mit Bezug zu Drittstaaten im Sinne des § 4b EnWG.

Somit sind Folge der Beiladung gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG durch die BNetzA zugleich entsprechende Verfahrensrechte gegenüber dem BMWi. Dem steht nicht entgegen, dass nach § 4b Abs. 5 Satz 3 EnWG das Einreichen der Unterlagen unmittelbar bei der zuständigen Stelle fristauslösend ist. Denn nach § 4b Abs. 5 Satz 3 EnWG wird die Bewertung des BMWi *Bestandteil* der Entscheidung der Regulierungsbehörde.

Zu Begründung der weiteren diesbezüglichen Verfahrensanträge siehe unten, B.

IV. Erhebliche Berührung von Interessen

Voraussetzung der Beiladung nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG ist vor allem eine erhebliche Berührung der Interessen der Beiladungspetentinnen. Dies ist im Hinblick auf die beantragte Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber gemäß § 10 ff. EnWG ohne eigentumsrechtliche Entflechtung gemäß § 8 EnWG der Fall.

1. Entflechtungsvorgaben als Gegenstand der Beiladung

Gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG können Dritte zu dem Verfahren vor der Regulierungsbehörde auf Antrag beigeladen werden, deren *Interessen* durch die Entscheidung *erheblich berührt* werden. Zu diesen Belangen gehört potentiell auch die konkrete Form der Entflechtung eines Fernleitungsnetzbetreibers gemäß §§ 8, 9 oder 10 ff. EnWG, wie nachfolgend gezeigt wird.

a) Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG

Bei den geschützten Belangen kann es sich sowohl um eine Berührung rechtlicher als auch wirtschaftlicher Interessen handeln, sofern diese vom Sinn und Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes erfasst sind und damit insbesondere die in § 1 EnWG genannte preisgünstige und effiziente leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Gas berührt wird. Ferner ist es ausreichend, wenn die angeführten Interessen durch die Folgen der behördlichen Entscheidung zumindest mittelbar berührt werden, sofern die Interessenberührung erheblich ist.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.04.2006, VI-3 Kart 162/06 (V) [veröffentlicht].

Der Begriff des Interesses ist weit auszulegen und erfasst daher nicht nur ein rechtliches, sondern auch ein wirtschaftliches Interesse am Verfahrensausgang.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.09.2009, VI-3 Kart 25/08 (V) [veröffentlicht].

Die Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle ist schließlich gegeben, wenn die Interessen des Dritten vom Verfahrensausgang nicht nur entfernt bzw. geringfügig negativ betroffen sind.

Vgl. Theobald/Werk in: Danner/Theobald, Energierecht, 109. EL, Januar 2021, § 66 EnWG, Rn. 46.

Bei Geltung des vorgenannten Maßstabs wirkt sich jedenfalls eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber gemäß §§ 10 ff. EnWG nicht nur rein innerorganisatorisch auf die Antragstellerin Nord Stream 2 AG aus. Vielmehr hat die verbleibende Einbindung in ein vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen spürbaren Einfluss auf andere Teilnehmer des Gasmarkts. Und zwar in einer Weise, die von den Zwecken des EnWG erfasst wird. Dies gilt insbesondere, da Betroffene denklingserweise mit anderen Teilen des Konzerns, zu dem auch der Netzbetreiber gehört, in unmittelbaren Wettbewerb stehen. Denn gerade dies prägt ja den rechtlichen Charakter eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, nämlich die Koexistenz von regulierten Netzen und nicht-regulierten Wettbewerbsgesellschaften innerhalb eines Unternehmens.

Gashändler, wie die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2), werden in wirtschaftlichen Interessen berührt, wenn die Organisation der Transportinfrastruktur Konkurrenten potentielle Vorteile zu verschaffen vermag; im Hinblick auf den gemeinsamen Markt ist ohne eigentumsrechtliches Herauslösen des Netzbetreibers stets das gesamte integrierte Versorgungsunternehmen zu betrachten.

Zudem sind rechtliche Interessen unzweifelhaft, wenn – wie die Beiladungspetentin zu 1) – als Teileigentümerin der EuRoPol Gaz SA und damit gemeinsam mit Unternehmen der Gazprom-Gruppe auch an anderer Stelle Entscheidungen zu treffen hat, die den Wettbewerb mit der Antragstellerin betreffen. Schließlich ist ein rechtliches Interesse offensichtlich, wenn – wie bei der Rolle der Beiladungspetentin zu 1) bei Gewährleistung der Versorgungssicherheit in Polen – die Art der Zertifizierung Auswirkung auf konkrete Rechtspflichten haben kann.

b) Nachteile der Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber

Entflechtungsmodelle ohne eigentumsrechtliche Trennung zwischen Netzbetrieb und Tätigkeiten auf anderen Wertschöpfungsstufen wirken sich evident nachteilig auf den Markt aus.

aa) Unterschiede der Modelle und Wirksamkeit der Entflechtung

Die Nominierung eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers hat im Wesentlichen zur Folge, dass der Fernleitungsnetzbetreiber in der Struktur des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, wenn auch als eigenständiges Unternehmen, verbleibt. Die integrierten Muttergesellschaften behalten jedoch weiterhin das Eigentum sowie die Kontrolle über das Netz. Allein für die Verwaltung des Netzes wird eine Tochterfirma mit unabhängigem Management eingerichtet.

Indessen handelt es sich bei dem beantragten Modell des Unabhängigen Transportnetzbetreibers um eine Ausnahmebestimmung, das „**wirksamste Instrument**“ (Gasrichtlinie, Erwägungsgrund 8) bleibt die echte, eigentumsrechtliche Entflechtung. Neben spezifischer gesetzlicher Voraussetzungen für eine vom Grundsatz abweichende Zertifizierung ist mithin ein restriktives Verständnis der Tatbestände erforderlich. Die Nichtanwendung des wirksamsten Instruments spiegelt sich geradezu in der Berührung von Interessen der Marktpartner und Wettbewerber.

Der Netzbetreiber verbleibt im Konzernverbund, während zugleich andere Teile des Konzerns – einschließlich marktbeherrschender Unternehmen – weiterhin berechtigt sind, Gaserzeugungs- oder Gashandelsaktivitäten zu unternehmen. Das Modell des „Unabhängigen“ Transportnetzbetreibers unterscheidet sich damit deutlich von der eigentumsrechtlichen Entflechtung, das eine echte Trennung vom vertikal integrierten Unternehmen verlangt. Insofern suchen die §§ 10 ff. EnWG bzw. Kapitel IV. der Gasrichtlinie nach Möglichkeiten, die effektiv denselben Schutz bzw. die regulatorische Zielerreichung gewährleisten. Im Wesentlichen wird dazu auf Mittel der Unternehmensorganisation bzw. des Gesellschaftsrechts zurückgegriffen. Dies ist bisweilen jedoch nicht gleichwertig zu einer Ausgliederung.

Ausgehend von Erwägungsgrund 8 der Gasrichtlinie, der die eigentumsrechtliche Entflechtung als „*zweifelloso einfache[n] und stabile[n] Weg*“ beschreibt, um den einem vertikal integrierten Unternehmen inhärenten Interessenkonflikt zu lösen und die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, äußerte die Europäische Kommission wiederholt Bedenken zur Geeignetheit alternativer Entflechtungsmodelle.

So führt die Kommission einerseits aus, dass es wirtschaftlich belegt ist, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung das wirksamste Mittel ist, um Wahlfreiheit für die Energieverbraucher zu gewährleisten und Investitionen zu beleben. Andererseits stellte sie schon zur Einführung eines „Unabhängigen Netzbetreibers“ klar, dass hierdurch zwar der Status Quo verbessert werde, ein wirksames Funktionieren eine eingehendere, präskriptive und kostenintensivere Regulierung erfordert.

Beweis: Auszug der Mitteilung der Kommission v. 10.01.2007, KOM (2006) 851 endgültig, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlußbericht) [veröffentlicht], Rn. 55 (**Anlage BA 4**).

Insofern verlieh die Europäische Kommission ihren Bedenken im Hinblick auf die Zertifizierung von Pipelines/Betreibern als Unabhängiger Transportnetzbetreiber, die nicht ausdrücklich dem Tatbestand unterfallen, bereits früher gegenüber der BNetzA im Rahmen einer Stellungnahme gemäß § 4a Abs. 6 EnWG Ausdruck. In Sachen der NEL GT hielt diese fest, dass mit Verabschiedung der Gasrichtlinie im Juli

2009 durch den geltenden Rechtsrahmen klar festgelegt wurde, dass für neue Netze nur noch die eigentumsrechtliche Entflechtung zur Verfügung steht.

Beweis: Stellungnahme der Kommission v. 18.10.2013 gemäß Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 und Art. 10 der Richtlinie 2009/73/EG, KOM (2013) 7019 endgültig, Deutschland – Zertifizierung der Betreiber der Nordeuropäischen Erdgas-Leitung (NEL) (Anlage BA 5).

Wenngleich zum vorliegenden Fall keine Vergleichbarkeit besteht, da die Nord Stream 2 am relevanten Stichtag 23.05.2019 (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EnWG) in keiner nur denkbaren Weise Bestandteil einer bereits bestehenden Pipeline oder eines bestehen Fernleitungsnetzes gewesen sein kann (eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber ist mithin unter keinem dieser Gesichtspunkte denkbar), ist festzuhalten, dass die extensive Auslegung europäischen Rechts schließlich – zu recht – zu einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland geführt hat. Insbesondere verweist die Kommission darauf, dass – wenn die Definition von „vertikal integriertes Unternehmen“ in § 3 Nr. 38 EnWG ein solches Verständnis zulässt, dies gegen die Gasrichtlinie verstößt.

Rn. 18 und 49 des Schlussantrags v. 14.01.2021, Rs. C-718/18.

Insgesamt wird deutlich, dass die Entflechtungsmodelle in einem Stufenverhältnis stehen und, sofern nicht die **eigentumsrechtliche Entflechtung als Grundfall** zur Anwendung kommt, Nachteile zu Lasten der Marktteilnehmer zu besorgen sind.

bb) Eignung zur Unabhängigkeit; staatliche Einflussnahme

Angesichts vorstehend ausgeführter Bedenken ist, quasi als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, die *allgemeine Unabhängigkeit* des Netzbetreibers im Interesse des Marktes zu berücksichtigen. Wo mithin Eingriffsmittel über gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten hinaus bestehen, sind diese zwingend zu berücksichtigen. Ernste Zweifel bestehen daher, wenn der Netzbetreiber im Eigentum eines Staats steht, zumal einem Drittstaat, oder besonders wettbewerbsmächtig ist.

So setzt die Zertifizierung, wie schon die amtliche Überschrift des § 10 EnWG: „Unabhängiger Transportnetzbetreiber“ und die Überschrift zu „Kapitel IV – „Unabhängiger Fernleitungsnetzbetreiber (ITO)“ der Gasrichtlinie zu erkennen geben, effektiv die Unabhängigkeit voraus. Erwägungsgrund 22 der Gasrichtlinie erfordert zudem ausdrücklich „eine Bewertung der Unabhängigkeit des Netzbetriebes“.

Im Falle eines drittstaatlichen ITO muss an dieser „Unabhängigkeit“ grundlegend gezweifelt werden. Der Zweckerreichung der Entflechtung, nämlich Interessenkonflikte zwischen Erzeugern, Lieferanten und Fernleitungsnetzbetreibern zu lösen sowie nicht-diskriminierend Investitionen in die Infrastrukturen, einen fairen Netzzugang für neue Anbieter und die Transparenz des Marktes zu fördern, steht gegebenenfalls ein übergeordnetes, politisches Interesse entgegen. Anders als bei europäischen Privatunternehmen bestehen hoheitliche Einflussmöglichkeiten und die finanziellen Ressourcen sind ungleich erhöht. Zusammengefasst ist nicht einmal gewährleistet, dass sich ein Drittstaat wirtschaftlich rational verhält.

Obschon diese Risiken im deutschen/westeuropäischen Gasmarkt möglicherweise weniger sichtbar sind, sahen sich zentral- und osteuropäische Märkte in der Vergangenheit der Einflussnahme drittstaatlicher Stellen ausgesetzt (dies war Hintergrund der Einführung besonderer Anforderungen für den Zertifizierungsprozess mit Drittstaatsrelevanz). Gerade in Verbindung mit der Hoheit über die Infrastruktur, die bei Anwendung des Modells Unabhängiger Transportnetzbetreiber gerade nicht vollständig/effektiv begrenzt wird, kann sich staatliche Einflussnahme fortsetzen. Bei staatlichen Akteuren ist deshalb stets eigentumsrechtliche Entflechtung zu fordern. Insofern stellt Erwägungsgrund 22 der Richtlinie klar, dass es *Personen aus Drittländern nur dann gestattet sein soll, die Kontrolle über ein Fernleitungsnetz oder einen Fernleitungsnetzbetreiber auszuüben, wenn sie die innerhalb der Gemeinschaft geltenden Anforderungen einer tatsächlichen Trennung erfüllen*. Die Beiladungspetentin zu 1) verfügt insofern über einschlägige Kenntnisse, die auch für das vorliegende Verfahren bedeutsam sind. Natürlich ist sie willens und in der Lage, aufgrund ihrer fachlichen Expertise schnell und umfassend zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen (dazu **später**, 2.).

Für europäische Unternehmen (ohne staatliche Beteiligung) mögen die Vorschriften der §§ 10 ff. EnWG geeignete Mittel darstellen, um eine „Unabhängigkeit“ zu gewährleisten, diese Vorschriften setzen gesellschaftsrechtliche Instrumente ein, um die „Unabhängigkeit“ sicherzustellen, deren Durchschlagskraft im Falle eines staatlichen Unternehmens zweifelhaft ist; insbesondere, wenn dieses Eigentümerin eines auf allen Wertschöpfungsstufen marktmächtiges Unternehmens ist.

Solche Konflikte hatte der europäische Gesetzgeber antizipiert und deshalb ist auch in § 10 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorgesehen, dass „*vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen den Unabhängigen Transportnetzbetreiber in einer der nach Artikel 1 der Richtlinie 2009/101/EG [...] zulässigen Rechtsform zu organisieren [haben]*“. Die Nord Stream 2 AG firmiert demnach nicht in zulässiger Rechtsform, denn diese ist eine Aktiengesellschaft Schweizer Rechts; die Schweiz ist im Verhältnis zur Europäischen Union Drittstaat und gehört nicht einmal dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)

an. Somit kann eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug (Schweiz) von vornherein nicht Unabhängige Transportnetzbetreiberin sein. Zwar wurde die genannte Richtlinie in der Zwischenzeit durch die Richtlinie 2017/1132 vom 14.06.2017 aufgehoben. Die in Anhang 2 der Nachfolgeregelung genannten spezifischen Rechtsformen beinhalten indes weiterhin nicht die Schweizer Aktiengesellschaft oder sonst eine Schweizer Rechtsform; im Übrigen dürfte der Verweis statisch sein.

cc) Grenzen der §§ 10 ff. EnWG und Entgeltgestaltung

Doch auch innerhalb gesellschaftsrechtlicher Vorgaben ist Einflussnahme nicht ausgeschlossen und es bestehen Nachteile gegenüber dem „Ownership Unbundling“.

Dem Modell Unabhängiger Transportnetzbetreiber ist immanent, dass der Aufsichtsrat sich aus Vertretern des vertikal integrierten Unternehmens zusammensetzt (§ 10d Abs. 3 EnWG; Art. 20 Abs. 3 Gasrichtlinie), wobei die Unabhängigkeitsanforderungen des § 10c EnWG nur für eine Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates abzüglich eines Mitglieds gelten (§ 10d Abs. 3 Satz 1 EnWG). Dem stehen deutlich strengere Regelungen bei eigentumsrechtlicher Entflechtung gegenüber: Nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EnWG sind Personen, die unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein Unternehmen ausüben, das eine der Funktionen Gewinnung, Erzeugung oder Vertrieb von Energie an Kunden wahrnimmt, oder Rechte an einem solchen Unternehmen ausüben, überhaupt nicht berechtigt, Mitglieder des Aufsichtsrates oder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe eines Betreibers zu bestellen.

Die Zuständigkeit des Aufsichtsrates umfasst auch Entscheidungen, die erhebliche Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Transportnetzbetreibers und die Entgelte bzw. infolgedessen die Gaspreise haben. So liegt es gemäß § 10d Abs. 2 Satz 2 EnWG in der Entscheidungsgewalt des Aufsichtsrates eines Unabhängigen Transportnetzbetreibers,

*„über die Genehmigung der jährlichen und langfristigen **Finanzpläne** [...], über die **Höhe der Verschuldung** [...] sowie die Höhe der an die Anteilseigner [...] auszahlenden **Dividenden**“*

zu beschließen. Dies sind geeignete Instrumente, um Einfluss auf die Netzentgelte zu nehmen. Der vorgenannte Katalog des § 10d Abs. 2 Satz 2 EnWG ist somit effektiv nicht abschließend, was die weitreichende Entscheidungsgewalt des (gemischt besetzten) Aufsichtsrates untermauert.

Eine gesetzliche Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des Aufsichtsrates besteht gemäß § 10d EnWG nur für die laufenden Geschäfte, insbesondere den Netzbetrieb sowie die Aufstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans nach § 15a EnWG. In Bezug auf die Nord Stream 2 AG kann festgehalten werden, dass deren

derzeitige Gesellschaftsstruktur als Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts sowie auch unabhängig davon die Besetzung der Gremien/Organe, den Anforderungen an einen Unabhängigen Transportnetzbetreiber im Hinblick auf die vorgenannten Voraussetzungen des § 10d EnWG nicht erfüllt. Insgesamt bestehen berechnete Zweifel daran, dass eine Schweizer Gesellschaft überhaupt „Unabhängiger Transportnetzbetreiber“ in der Europäischen Union sein kann.

dd) Anreize zur Privilegierung einer bestimmten Infrastruktur

Infolge der vorgenannten Feinheiten des ITO-Modells vermag die beantragte Zertifizierung der Nord Stream 2 AG dazu führen, dass innerhalb der Gazprom-Gruppe u.a. erheblicher Einfluss auf die Tarifbildung genommen und damit die Nord Stream 2 in einer Weise wirtschaftlich privilegiert werden kann, die bei Anwendung der eigentumsrechtlichen Entflechtung so nicht möglich wäre.

Wettbewerber wie die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) könnten sodann auf anderen Wertschöpfungsstufen vom Erdgasbezug ausgeschlossen oder zumindest (jedenfalls faktisch) unzulässig behindert werden. Insbesondere soweit diese andere Quellen oder Transportwege nutzen wollen. Es liegt auf der Hand, dass die Gazprom-Gruppe – Gazprom ist alleiniger Anteilseigner und bedeutendster Investor – langfristig die Nord Stream 2 als bevorzugte, höchstmöglich ausgelastete Transportroute nach Westeuropa nutzen will.

Damit kann die herausragende Marktstellung Gazproms weiter gestärkt werden. Durch Änderung der Tarifbasis und damit der Gaspreise – hierzu hatten wir bereits ausführlich im Beiladungsantrag vom 19.02.2020 zur Freistellung der Nord Stream 2 AG gemäß § 28b EnWG (BK7-20-004) ausgeführt – besteht nämlich die Möglichkeit, die Wettbewerbsfähigkeit alternativer oder konkurrierender Versorgungsunternehmen und Transportwege zu begrenzen, einschließlich der Möglichkeit andere Transitrouen aus dem Markt zu drängen und damit auch die JAMAL-Pipeline, die wie zuvor gezeigt im Mehrheitseigentum der Beiladungspetentin zu 1) steht.

Das Interesse der Gazprom-Gruppe an einer Nutzung der Nord Stream 2- Pipeline besteht schon deshalb, weil ein erheblicher Teil der Netzentgelte (bzw. Durchleitungsentgelte außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets) als jährliche Dividende an Gazprom zurückgezahlt werden kann. Und, da die Höhe der Dividende variiert, besteht zudem eine hohe Flexibilität bei Bestimmung der Entgelte und Tarife.

Wie in Erwägungsgrund 8 der Gasrichtlinie dargestellt, kann eine wirksame Entflechtung daher nur dadurch gewährleistet werden, dass vertikal integrierten Unternehmen Anreize genommen werden, Wettbewerber in Bezug auf den Netzzugang und Investitionen zu diskriminieren. Diese Anreize würden Gazprom im Falle einer

Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreiber hingegen nicht genommen, was eine nachteilige Berührung der Interessen der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) zur Folge hätte.

c) **Zwischenergebnis**

Interessen Dritter, die zu einer Beiladung führen, sind im Rahmen der §§ 4a, 4b, 10 bis 10e EnWG zumindest die unmittelbaren oder mittelbaren, wirtschaftlichen oder rechtlichen Folgen, die dem Zweck der Entflechtung widersprechen und nicht lediglich abstrakt vorliegen. Die gesetzlichen Entflechtungsvorgaben für Fernleitungsnetzbetreiber und somit die Zertifizierungsentscheidung der BNetzA sind mithin Gegenstand der Interessen i. S. d. § 66 Abs. 3 Nr. 2 EnWG.

Die Anwendung der verschiedenen Modelle hat spürbaren Einfluss auf Marktteilnehmer, somit muss eine Beiladung dieser möglich sein. Zudem zeigte sich im Rahmen der Analyse, dass die Wahl des konkreten Entflechtungsmodells auf staatlichen Einfluss und die Wettbewerbsstellung reagieren muss.

2. **Berührung wirtschaftlicher Interessen – Wettbewerb**

Ziel der Entflechtung ist den Wettbewerb fördern, Verzerrungen entgegenwirken und das effektives Funktionieren des Gasmarkts sicherzustellen. Die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) werden daher im Folgenden aufzeigen, welche spürbaren Nachteile sie im Wettbewerb konkret – z. B. aufgrund Erfahrungswerten – erwarten, falls die Entscheidung der BNetzA eine Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreibers anstelle der ansonsten erforderlichen eigenumsrechtlichen Entflechtung gemäß § 8 EnWG wäre.

a) **Wettbewerbsverstöße der Gazprom-Gruppe mit Infrastrukturbezug**

Ausgangspunkt ist, dass die Gazprom-Gruppe, zu der die Nord Stream 2 gehört, und die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) auf sich überschneidenden Märkten aktiv sind und es hier wiederholt zu Wettbewerbsverstößen durch Gazprom kam. Die Nord Stream 2 AG als „Unabhängige Transportnetzbetreiberin“ zu zertifizieren und der Gazprom-Gruppe damit noch mehr Marktmacht zu verleihen, führt spiegelbildlich dazu, dass andere Marktakteure (die Beiladungspetentinnen) und Infrastrukturbetreiber (die Beteiligung der Beiladungspetentin zu 1), die selbstredend im Einklang mit dem Binnenmarktregime agieren, diskriminiert werden. Die Folge wäre, dass die Entflechtung, die gerade wettbewerbswidrigen Geschäftspraktiken vorbeugen und diese verhindern soll, Gazprom die Möglichkeit einräumt, solche Geschäftspraktiken zu unternehmen.

In Bezug auf die Wettbewerbsverstöße Gazproms hat die Europäische Kommission mehrfach Untersuchungen geführt. Zuletzt erließ diese im Jahr 2018 eine Verpflichtungsentscheidung in Bezug auf die Praktiken von Gazprom in Zentral- und Osteuropa. Dabei gelangte sie zu der vorläufigen Bewertung, dass Gazprom gegen Artikel 102 AEUV und Artikel 54 des EWR-Abkommens verstoßen habe, indem diese eine beherrschende Stellung auf den bulgarischen, tschechischen, estnischen, ungarischen, lettischen, litauischen, polnischen und slowakischen Märkten missbraucht hatte. Der Verstoß betraf Lieferverhältnisse auf dem Großhandelsmarkt durch Produzenten und Exporteure an Importeure und nachgelagerte Großhändler. Ebenen Märkten, auf welchen auch die Beiladungspetentinnen der Gazprom gegenüberstehen.

Beweis: Kartellrecht: Kommission erlegt Gazprom bindende Verpflichtungen auf, um die freie Lieferung von Erdgas zu Wettbewerbspreisen auf den mittel- und osteuropäischen Gasmärkten zu ermöglichen, Pressemitteilung der Kommission v. 24.05.2018, zu KOM (2018) 3106 final v. 24.05.2018 (**Anlage BA 6**).

Die von der Kommission erhobenen Einwände betrafen konkret auch die Einbindung der Transportinfrastruktur in das missbräuchliche Verhalten. Die Kommission beanstandete, dass Gazprom seine marktbeherrschende Stellung ausnutzte, indem Gaslieferungen von infrastrukturbezogenen Verpflichtungen, die Großhändler einzugehen hatten, abhängig gemacht wurden (dort ein Engagement bei der South Stream).

Beweis: Auszug der Kommissionsentscheidung KOM (2018) 3106 final v. 24.05.2018, CASE AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe, Antitrust Procedure Council Regulation (EC) 1/2003 [veröffentlicht], Rn. 80-90 (**Anlage BA 7**).

Eben derartige Verquickungen sind auch im Hinblick auf die Nord Stream 2-Pipeline zu befürchten, zumal dort eine weitere Verflechtung mit Kapitalgebern besteht, die zugleich wesentlich auf dem westeuropäischen Großhandelsmarkt sind. Die Kapitalgeber sind Engie, OMV, Shell, Uniper und Wintershall DEA. Die kapitalgebenden Unternehmen haben zu je gleichen Teilen in Höhe von 950 Mio. Euro die Hälfte der Finanzierung übernommen.

Beweis: OSW, Centre for Eastern Studies, vom 26.04.2017, Vereinbarung zur Finanzierung von Nord Stream 2 (**Anlage BA 8**).

Da die Kapitalgeber zugleich Abnehmer der Gazprom-Gruppe sind, ist zu befürchten, dass **eine Marktverschiebung** stattfindet und dadurch andere Marktteilnehmer, die nicht mit der Gazprom-Gruppe zusammenarbeiten, diskriminiert werden. Der Schlüssel dazu ist der Zugriff auf die Infrastruktur Nord Stream 2.

Unlautere infrastrukturbezogene Geschäftspraktiken wurden auch speziell auf dem polnischen Markt untersucht, wo Gazprom erheblichen unternehmerischen Einfluss auf den Betrieb der JAMAL-Pipeline hat – siehe zu den Beteiligungsverhältnissen **oben, II.2.b)**. Die Kommission untersuchte hier seit 2015, ob Gazprom Gaslieferungen an die Kontrolle über Investitionsentscheidungen bei der für Polen so wichtigen JAMAL-Pipeline als Bedingung knüpfte.

Beweis: Europäische Kommission – Factsheet v. 22.04.2015, Kartellrecht: Kommission sendet Mitteilung der Beschwerdepunkte an Gazprom (**Anlage BA 9**).

Wegen der am Ende nur vorläufig festgestellten bzw. nur als mutmaßlich benannten wettbewerbswidrigen Geschäftspraktiken der Gazprom sind derzeit zwei Nichtigkeitsklagen der Beiladungspetentin zu 1) gegen die Europäischen Kommission anhängig; die Feststellungen der Kommission in Bezug auf die Geschäftspraktiken Gazproms sind mithin noch nicht rechtskräftig (Rechtssachen T-616/18 und T-399/19).

Klage vor EuG v. 25. 06.2019 – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo/Kommission, Rs. T-399/19 [veröffentlicht].

Klage vor EuG v. 15.10.2018 – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A./Europäische Kommission, Rs. T-616/18 [veröffentlicht].

Durch eine Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber, wie beantragt, erhöht sich mithin die Wahrscheinlichkeit schädigender Handlungen gegenüber den Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) im Wettbewerb auf dem Großhandelsmarkt wesentlich. Demgegenüber würde eine eigentumsrechtliche Entflechtung der Nord Stream 2 AG prinzipiell verhindern, dass Gazprom ihre herausragende Marktstellung – zumindest dies dürfte unstrittig bleiben, dazu gleich – in demselben Maße (missbräuchlich) nutzen kann.

b) Marktmacht Gazprom und Wettbewerb im Binnenmarkt

Die aufgezeigten Wettbewerbsverstöße der Vergangenheit gehen letztlich auf die Marktmacht Gazproms in Zentral- und Osteuropa zurück, die nicht zuletzt der Präsenz Gazproms auf den verschiedenen Wertschöpfungsstufen geschuldet ist. Diese Situation wird sich mit der Nord Stream 2 festigen, so dass – die Notwendigkeit das

Entflechtungsmodell von der Marktmacht abhängig zu machen, wurde oben aufgezeigt, **siehe 1.b)bb)** – die Beiladungspetentinnen zu 1) und 2) durch den Antrag der Nord Stream 2 betroffen sind.

Die Marktstellung der Gazprom-Gruppe liegt bereits heute nah an der kartellrechtlichen Marktbeherrschungsvermutung (vgl. § 18 Abs. 4 GWB), insofern dürfte deren besondere Marktmacht unstreitig bleiben. Im Jahr 2018 betrug der Anteil des aus Russland über die verschiedenen Routen in die EU-Mitgliedstaaten gelieferten Gases ca. 157 Mrd. m³, was rund 33 % des gesamten EU-Verbrauchs (474 Mrd. m³ im Jahr 2018) und sogar einen 42 %-igen Anteil der in die Europäische Union importierten Gasmengen ausmacht.

Beweis: Vereidigte Übersetzung der Ökonomischen Analyse von EY vom 04.02.2020, Seite 4 These 1, Seite 11 f., Punkt 1.2. (**Anlage BA 10**).

Im Falle einer umfassenden Kontrolle der Gazprom-Gruppe über eine weitere in der Europäischen Union anlandende Ferngasleitung, ohne dass diese eigentumsrechtlich entflochten würde, könnte der Konzern die Gasflüsse aus Russland in die EU (z.B. über Nord Stream 2 oder Turk Stream) aber auch innerhalb der Europäischen Union (z.B. über die JAGAL, OPAL, NEL oder EUGAL) frei steuern, was in einem noch größeren Maße als bisher eine dem wirksamen Wettbewerb entzogene Preisbildung ermöglichen würde.

Die „geografische Reichweite“ der Nord Stream 2 zeigt sich, wenn man deren Kapazität relativ zum Gasimport Deutschlands betrachtet. Von den ca. 157 Mrd. m³ für die EU bestimmten, russischen Gases entfielen auf Deutschland nur ca. 58 Mrd. m³ (also ca. 37 % der Gesamtimportmenge).

Beweis: Vereidigte Übersetzung der Ökonomischen Analyse von EY vom 04.02.2020, Seite 4 These 1, Seite 11 f., Punkt 1.2. (**Anlage BA 10**).

Die Nord Stream 2-Pipeline wird nunmehr weitere 55 Mrd. m³ jährlich nach Deutschland verbringen. Es ist mithin offensichtlich, dass dieses Gas eine andere Destination als Deutschland hat. Insofern sind insbesondere die Belange von Wettbewerbern aus den Nachbarländern bei der Zertifizierungsentscheidung zu berücksichtigen (für den Markt in Deutschland dürfte das Überangebot ohne nachteilige Folgen bleiben). Andere Importrouten könnten für Gazprom überflüssig werden oder zumindest marginalisiert werden. Hierbei reicht schon die konkrete Möglichkeit einer Verlagerung, um Marktmacht auszuüben.

Gerade aus der durch die Zertifizierungsvorschriften vorgegebenen Organisation der Antragstellerin Nord Stream 2 AG ergeben sich infolge des Entflechtungsmodells, wie gezeigt, Wechselwirkungen am Markt, die die wirtschaftlichen Interessen der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) als konkurrierende Marktteilnehmer berühren. Die fehlende eigentumsrechtliche Entflechtung ebnet den Weg für (weitere) Wettbewerbsverstöße der Gazprom-Gruppe, die durch bereits erfolgte Verstöße der Vergangenheit indiziert sind und welchen durch die Wahl des Entflechtungsmodells begegnet werden muss.

c) Infrastrukturwettbewerb; Auswirkungen auf Beiladungspetentin zu 1)

Eine Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreiber hätte auch nachteilige Auswirkungen auf konkurrierende Importrouten im Allgemeinen und die JAMAL-Pipeline im Speziellen. Die Beiladungspetentin zu 1) als Teileigentümerin des polnischen Abschnitts der JAMAL sieht sich insofern einem Infrastrukturwettbewerb mit der Gazprom-Gruppe ausgesetzt.

Wie **oben, II.2.b)**, dargestellt hält die Beiladungspetentin zu 1) jedenfalls mittelbar 52 %, während die übrigen 48 % der Gazprom gehören. Bei der JAMAL- und der Nord Stream 2-Pipeline handelt es sich um zwei konkurrierende Gas-Infrastrukturen, die es Gazprom jeweils ermöglichen, Gas nach Zentral- und Osteuropa zu liefern. Somit kann Gazprom direkten Einfluss auf die Beiladungspetentin zu 1) nehmen und deren wirtschaftliche Interessen (nachteilhaft) beeinflussen.

Einerseits hätte eine Verschiebung der Importmengen auf die Nord Stream 2-Pipeline geringere Einnahmen zur Folge. Andererseits würden zugleich die spezifischen Importkosten der Beiladungspetentin zu 1) für Gas aus Westeuropa steigen.

Beweis: Vereidigte Übersetzung der Ökonomischen Analyse von EY vom 04.02.2020, Seite 35 ff. Punkte 4.1 und 4.2 (**Anlage BA 10**).

Voraussetzung, um einen solchen Effekt – Verlagerung der Gasflüsse von der JAMAL auf die Nord Stream 2 – zu bewirken ist jedoch, dass der Gesamtpreis für russisches Gas – also die Commodity zzgl. der Transportkosten – auf einer neuen Route am Markt bestehen kann. Konkurrenzfähige Transportkosten auf der Nord Stream 2 im Vergleich zur Kostenbasis einer (abgeschriebenen) Bestandsinfrastruktur können jedoch sachlich nicht gerechtfertigt sein. Angesichts dessen muss das gewählte Entflechtungsmodell geeignet sein, hinreichende Transparenz zu gewährleisten.

Voraussetzung dafür ist die, durch das Modell Unabhängiger Transportnetzbetreiber vermittelte, Möglichkeit Gazproms Einfluss auf die Transportentgelte der Nord Stream 2-Pipeline zu nehmen – zu den Grenzen der §§ 10 ff. EnWG siehe **oben**,

1.b)cc). Die Wahl des Entflechtungsmodells berührt mithin unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Beiladungspetentinnen.

Jedenfalls ist eine Verlagerung der Gasflüsse von der JAMAL auf die Nord Stream 2 für Gazprom steuerbar. Allein diese Möglichkeit hat für die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) Wettbewerbsnachteile – gegenüber Gazprom, aber auch gegenüber den Investoren der Nord Stream 2 AG – zur Folge.

3. Erhebliche Berührung rechtlicher Interessen – Versorgungssicherheit

Darüber hinaus erfasst § 66 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 4b Abs. 2 Satz 1 EnWG, der Vorschrift des § 4b Abs. 2 und 3 EnWG Rechnung tragend, auch Interessen im Zusammenhang mit der Versorgungssicherheit in der Europäischen Union und damit in den einzelnen Mitgliedstaaten. Als „Supplier of Last Resort“, gesetzlich und satzungsrechtlich verbürgter Garant der Versorgungssicherheit in Polen (siehe **oben, II.2.c)**, berührt die Zertifizierungsentscheidung der BNetzA im Fall der Nord Stream 2 AG rechtliche Interessen der Beiladungspetentin zu 1) erheblich.

a) Versorgungssicherheit und Energiesolidarität

Nach § 4b Abs. 2 Satz 1 EnWG darf die Erteilung der Zertifizierung die Sicherheit der Gasversorgung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union nicht gefährden. Wenngleich die Vorschrift nicht explizit auf die Versorgungssicherheit eines einzelnen Mitgliedstaaten – wie die Republik Polen – Bezug nimmt, besteht dennoch eine Verpflichtung der Regulierungsbehörde (hier vermittelt durch die Bewertung des BMWi), die Auswirkungen der Zertifizierung auf die Versorgungssicherheit eines Mitgliedstaaten zu prüfen.

Dass eine solche Verpflichtung zur Prüfung besteht, ergibt sich zum einen unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 22 der Gasrichtlinie, der die Sicherheit der Energieversorgung als Kernelement der öffentlichen Sicherheit qualifiziert, die insbesondere eine Bewertung der Unabhängigkeit des Netzbetriebs und des Grades der Abhängigkeit der Gemeinschaft **und einzelner Mitgliedstaaten** von Energielieferungen aus Drittländern erfordert. Es zeigt sich, dass die Sicherheit der Gasversorgung der Europäischen Union die Summe der Sicherheit einzelner Mitgliedsstaaten ist.

Zum anderen ergibt sich die Beachtung polnischer Interessen im Rahmen der Bewertung des BMWi aus dem Grundsatz der Energiesolidarität, dessen Natur als rechtsverbindlicher Grundsatz durch den Europäischen Gerichtshof unlängst am 15.07.2021 endgültig festgestellt wurde (EuGH, Urteil vom 15.07.2021, Rs. C-848/19 P [veröffentlicht]). Der Gerichtshof bestätigte, wie schon der Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag v. 18.03.2021 – C-848/19 P, Rn. 103, dass der Grundsatz der

Solidarität Rechte und Pflichten sowohl für die Union als auch für die Mitgliedstaaten beinhaltet. Insofern sind die Interessen sowohl der Union als auch der verschiedenen möglicherweise betroffenen Mitgliedstaaten zu berücksichtigen und diese Interessen im Konfliktfall gegeneinander abzuwägen.

EuGH, Urteil v. 15.07.2021, Rs. C-848/19 P [veröffentlicht], Rn. 49 und 73.

Konkret hatte das Gericht erster Instanz diesen Grundsatz zuvor auf die Auswirkungen der Regulierung einer Pipeline angewandt. Der Inhalt des Grundsatzes, der sich aus den Worten „im Geiste der Solidarität“ (Art. 194 Abs. 1 AEUV) ableiten lässt, enthält „eine allgemeine Verpflichtung der Union und der Mitgliedsstaaten, im Rahmen der Ausübung ihrer Befugnisse die Interessen der anderen Akteure zu berücksichtigen“ und beschränkt sich damit nicht nur auf die Versorgungssicherheit. Es besteht eine Verpflichtung dahingehend, dass „die jeweiligen Interessen berücksichtigt und ggf. gegeneinander abgewogen“ werden.

Vgl. EuG, Urteil v. 10.09.2019 – T-883/16, Rn. 71 ff.

Einen Rechtsverstoß gegen den Grundsatz der Energiesolidarität, trotz einer Erhöhung der verfügbaren Gesamtkapazität beschreibt der Generalanwalt wie folgt:

„Eine umfassendere Belieferung mit Gas bedeutet nicht zwingend eine größere Solidarität im Binnenmarkt für Gas: Konzentriert sich die Erhöhung der Gaslieferungen auf einige wenige Staaten und verbleibt sie in den Händen eines beherrschenden Unternehmens, das den Wettbewerb auf diesem Markt verfälschen kann, besteht die Möglichkeit, dass sie den Interessen des einen oder anderen Mitgliedstaats in ungerechtfertigter (unsolidarischer) Weise schadet.“

Rn. 104 des Schlussantrags v. 18.03.2021, Rs. C-848/19.

Offenkundig beschrieb der Generalanwalt damit zugleich die Situation nach Inbetriebnahme der Nord Stream 2. Auch deren Transportkapazitäten werden eigentlich nicht gebraucht werden, da mit den Pipelines Nord Stream, JAMAL und Bruderschaft (Ukraine) hinreichende Transportkapazitäten zur Verfügung stehen; mithin liegt darin eine Erhöhung des Gesamtangebots. Gleichwohl beeinträchtigt dies erhebliche Interessen der Beiladungspetentin zu 1).

Im Lichte der bisherigen Rechtsprechung besteht kein Zweifel, dass die Inbetriebnahme einer neuen Fernleitung die Sicherheit der zentral- und osteuropäischen Länder beeinträchtigen wird.

Vgl. EuG, Urteil v. 10.09.2019 – T-883/16, Rn 81-82.

Im Ergebnis ist eine Beteiligung der Beiladungspetentinnen im Hinblick auf die Versorgungssicherheit Gegenstand von § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG. Zur Frage, in welchem Umfang die Beiladungspetentinnen nunmehr in die Bewertung des BMWi eingebunden werden müssen, siehe unten **B.II.**

b) Auswirkungen der Verlagerung der physischen Gasflüsse

Die Versorgung der Republik Polen, als Mitgliedstaat und Teil der Europäischen Union, setzt physische Gasflüsse aus Russland über die JAMAL-Pipeline in ausreichendem Maße voraus. Jedenfalls sollte die Nutzung der verschiedenen Infrastrukturen in einem fairen Wettbewerb entschieden werden. Die Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreiber hingegen gäbe Gazprom – wie dargestellt, siehe **oben, 1.b)cc)** – die Möglichkeit und finanzielle Anreize, die Gasflüsse von Transitleitung JAMAL auf die Nord Stream 2 zu verlagern.

aa) Keine Auslastung der bestehenden Transitleitungen

Es ist tatsächlich nicht davon auszugehen, dass zukünftig genügend Nachfrage nach Gas bestehen wird, um die nunmehr inklusive der Nord Stream 2 Pipeline angebotenen Transportkapazitäten dauerhaft zu rechtfertigen. Nur dann wäre theoretisch zu erwarten, dass sich im Wettbewerb mit anderen Gasverbindungsleitungen auf der Nord Stream 2 Pipeline ein faires Transportentgelt einstellen würde.

Vielmehr überstiegen die Transportkapazitäten der Bruderschaft-, der JAMAL- und der Nord Stream 1-Pipeline bereits im Jahr 2018 die Nachfrage der Europäischen Union nach russischem Gas um 73 Mrd. m³. Nach Inbetriebnahme der Nord Stream 2, der Balkan Stream und der Turk Stream würden die Kapazitäten die EU-Nachfrage aus dem Jahr 2018 sogar um 144 Mrd. m³ übersteigen. Dabei verfügt die Gazprom-Gruppe hinsichtlich all dieser Fernleitungen entweder über (alleinige) Kontrolle oder genießt aufgrund von Freistellungen und/oder langfristigen Kapazitätsbuchungen eine faktische Monopolstellung

Beweis: Vereidigte Übersetzung der Ökonomischen Analyse von EY vom 04.02.2020, Seite 10 ff., Punkt 1.1.1. sowie 1.3. (**Anlage BA 10**).

bb) Folgen der Verlagerung auf Nord Stream 2

Die derzeitige Gasversorgung Polens ist nach wie vor auf die Funktionsfähigkeit der JAMAL-Fernleitung ausgerichtet, die zugleich die direkte Gasversorgung der in Polen ansässigen Letztverbraucher ermöglicht.

Bei einer Verlagerung von Transportmengen von der JAMAL auf die Nord Stream 2 wäre Schätzungen zufolge die Gasversorgung Polens aus Deutschland unter Nutzung des Übergabepunkts Mallnow – abhängig von dem angenommenen Szenario – mit einem Kostenanstieg zwischen 50 % (bei 50 % weniger Kapazitätsbuchung im Vergleich zur bisherigen Prognose für 2020) und 473 % (bei 90 % weniger Kapazitätsbuchung im Vergleich zur bisherigen Prognose für 2020) verbunden. Eine wettbewerbsfähige Versorgung mit Gas wäre auf diesem Weg nicht mehr möglich. Damit wird zugleich ersichtlich, dass der Transit russischen Gases über die JAMAL-Fernleitung der Schlüssel zur Aufrechterhaltung der Gegenstromlieferung und damit zur Gewährleistung der Gasversorgungssicherheit der in Polen ansässigen Letztverbraucher ist. Berücksichtigt man die begrenzten Importkapazitäten an anderen Verbindungspunkten an der West- und Südgrenze (Lasów, Cieszyn), wird die Integration in den europäischen Binnenmarkt erheblich behindert. Polen könnte infolge der Zertifizierung der Nord Stream 2 AG den Zugang zu einem der größten Gasmärkte der Europäischen Union, nämlich dem deutschen Gasmarkt, verlieren.

Beweis: Vereidigte Übersetzung der Ökonomischen Analyse von EY vom 04.02.2020, Seite 8, Thesen. 23 ff., Seiten 30 f. und 35 ff., Punkt 4.1. (Anlage BA 10).

Die Verlagerung der Gasflüsse von den Fernleitungen JAMAL und Bruderschaft auf die Nord Stream 1 und 2 hätte außerdem auch einen Anstieg der Kosten der Gasimporte nach Polen aus dem Osten zur Folge. Im Jahr 2019 wurden nach Schätzung des Konzerns, dem die beiden Beiladungspetentinnen angehören, ca. 8,95 Mrd. m³ russisches Gas nach Polen importiert, wobei der Großteil dieser Importe in erster Linie über die Einspeisepunkte in Wysokoje (an der Grenze mit Weißrussland) und Drozdowicze (an der Grenze mit der Ukraine; über diesen Punkt wickelt die Beiladungspetentin zu 1) Gastransporte ab, die vor allem für die Untergrundspeicher in Südostpolen relevant sind).

Kommt es zur Verlagerung der Gasflüsse, werden sich die Kosten der Gasimporte nach Polen um die an die deutschen sowie den tschechischen und den slowakischen Netzbetreiber (NET4GAS und eustream) zu zahlenden Netzentgelte erhöhen. Die durchgeführten Berechnungen zeigen, dass die zuvor benannten, neuen Lastflüsse zu einem Anstieg der Gasimportkosten nach Polen von 0,80 bis 2,10 Euro/MWh führen könnte (je nach betrachtetem Szenario). Dies hätte, legt man die Daten der EY-Analyse aus 2020 zugrunde, einen Anstieg der Gaspreise für Letztverbraucher in Polen um 5 % - 15 % zur Folge.

Beweis: Vereidigte Übersetzung der Ökonomischen Analyse von EY vom 04.02.2020, Seite 8, These 23 ff., Seite 38 f., Punkt 4.2. (Anlage BA 10).

c) Wahrscheinlichkeit einer Gaskrise oder Beeinträchtigung Polens

Wie wahrscheinlich das Eintreten des vorgenannte Szenarios ist, wird deutlich, betrachtet man die Rolle, die Russland bzw. Gazprom als von Russland kontrolliertes Unternehmen bei Gaskrisen bereits spielte. Führt man sich die schädigenden Handlungen vor Augen, denen sich (nicht nur) die Republik Polen in der Vergangenheit ausgesetzt sah und sich die Ukraine wohl aktuell ausgesetzt sieht, ergibt sich eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für ein Krisenszenario. Hier gilt der Rechtsgrundsatz: Die Erstbegehung indiziert die Wiederholungsgefahr.

Zunächst dürfte außer Streit stehen, dass es Gaskrisen gegeben hat. Eine von Gazprom verursachte Krise löste als Reaktionen der Europäischen Union auf die Bedrohungen das Gesetzgebungsverfahren für die sogenannte Security of Supply-Verordnung, kurz SoS-Verordnung aus. Die von Russland verursachten Unterbrechungen werden in der aktuellen Fassung explizit erwähnt.

Vgl. Erwägungsgründe 5 und 31 der Verordnung (EU) 2017/1938 v. 25.10.2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994/2010.

Gazprom hat zudem die Lieferungen nach Polen mehrmals unterbrochen, etwa in den Jahren 2004, 2006, 2009, 2010, 2014-2015, 2016 und 2017. Dies führte zu weitreichenden nachteiligen Folgen für die nationale Wirtschaft Polens. Zahlreiche Unternehmen wurden wirtschaftlich geschädigt oder waren zur Einstellung der Produktion gezwungen. Nicht zuletzt deshalb wurde der Beiladungspetentin zu 1) hoheitlich die Verantwortung als Garantin für die nationale Versorgungssicherheit auferlegt. Diese Ereignisse führen zu der berechtigten und konkreten Befürchtung, dass es zu weiteren Beeinträchtigungen kommen wird. Und, dass diese entsprechend der Form der Zertifizierung der Nord Stream 2 AG wahrscheinlicher werden.

Gazproms Wirtschaftsaktivitäten als staatlich kontrolliertes Unternehmen werden maßgeblich durch den politischen Willen in Russland beeinflusst. Die Zertifizierung als Unabhängiger Transportnetzbetreiber führt, wie gezeigt, dazu, dass Einfluss auf den Betrieb einer der unzweifelhaft bedeutendsten Importinfrastrukturen genommen werden kann. Dieses Risiko könnte bei Anwendung der eigentumsrechtlichen Entflechtung hingegen begrenzt werden. Die Zertifizierung als Unabhängiger

Transportnetzbetreiber gefährdet am Ende die Versorgungssicherheit solcher Mitgliedstaaten, die eines Tages mit den politischen Entscheidungen Russlands in Konflikt geraten könnten – ohne zugleich Zugriff auf die Import-Infrastruktur zu haben.

Dass die Verknüpfung politischen Drucks mit der Bereitstellung von Gas konkret zu befürchten ist, zeigen schon öffentliche „Drohgebärden“. Exemplarisch sei auf die jüngst veröffentlichte Stellungnahme des russischen Präsidenten Putin verwiesen, der zum Ausdruck brachte, dass die Ukraine „guten Willen“ zeigen müsse, wenn sie weiterhin am Gastransit partizipieren wolle.

Beweis: „Putins Ohrfeige für die Bundesregierung“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 06.06.2021 (Anlage BA 11).

Diese Aussage war natürlich nicht wirtschaftlich, sondern rein politisch motiviert. Mit dem Gasexport berührt die russische Politik auch für die Ukraine sensible Themen, etwa deren militärische Tätigkeit. Tatsächlich verknüpfte der russische Präsident auf dem 24. Internationalen Wirtschaftsforums in St. Petersburg den guten Willen damit, Geld nicht für die Ausrüstung der Armee auszugeben.

*There you have it, there is an opportunity to use the Ukrainian gas pipeline network in the future, even after our transit contract expires. Everything is possible, we are ready for this and we want it to happen, **but goodwill from our Ukrainian partners is required.** They should be spending money not on sustaining their army and utilising it to resolve their problems in Donbass by force, but on boosting their economy, working with people, see what I mean?*

Beweis: Auszug aus Bericht über “St Petersburg International Economic Forum plenary session” vom 04.06.2021, Öffentlich abrufbar, Seite 25 (Anlage BA 12).

Dementsprechend ist das Szenario nicht von der Hand zu weisen, dass entsprechende Handlungen anstelle der Transitinfrastruktur in der Ukraine auch in Polen stattfinden könnten. Dazu bedürfte es lediglich der Entscheidung Gazproms, keine Transitkapazitäten im polnischen Abschnitt der JAMAL-Pipeline mehr zu buchen. Tatsächlich lässt sich bereits heute feststellen, dass Gazprom keine langfristigen Jahreskapazitäten für die JAMAL bucht. Nachgefragt werden vielmehr jeweils nur Monats- und Quartalsprodukte, obwohl dadurch höhere Kosten entstehen und, im Zuge einer möglichen Eröffnung der Nord Stream 2, Flexibilität verloren geht.

Beweis: „Gazprom decided not to book the Yamal pipe, but it doesn’t mean it will abandon it“, Biznesalert vom 09.07.2021 (Anlage BA 13).

Und so real eine Störung ist, reicht schon die Möglichkeit, um eine Gefährdung der Versorgungssicherheit anzunehmen.

4. Ergebnis: Erheblichkeit der Interessenberührung

Sämtliche aufgezeigten, möglichen, nachteiligen Auswirkungen einer Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreiber zeigen eine nicht nur entfernte oder geringfügige Berührung der Interessen der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) auf, so dass die für eine Beiladung geforderte Erheblichkeitsschwelle in jedem Fall überschritten ist.

Alle derzeit außerhalb einer Verfahrensbeteiligung einsehbaren Information deuten darauf hin, dass die Zertifizierung der Nord Stream 2 AG als Unabhängiger Transportnetzbetreiber gemäß §§ 4a, 4b, 10 ff. EnWG ein Verstoß gegen Deutsches und Europäisches Recht darstellt, das zum Schutze von Marktakteuren und Wettbewerbern der Antragstellerin sowie der Gazprom-Gruppe besteht. Insofern ist die Berührung der Interessen der Beiladungspetentinnen erheblich.

V. Pflichtgemäße Ermessensausübung

Die pflichtgemäße Ermessensausübung führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) zu dem Verfahren beizuladen sind.

Die Beiladung von konkurrierenden Gasinfrastrukturen entsprechen der Verwaltungspraxis der Regulierungsbehörde, wie sich dem Zertifizierungsverfahren gemäß §§ 4a, 4b EnWG der Ferngas Netzgesellschaft mbH entnehmen lässt.

BNetzA (Beschlusskammer 7), Beschluss v. 29.01.2020 – BK7-18-051.

Die Beiladungspetentinnen sind überdies zu einem willens und in der Lage umfassend zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen, zum anderen ist die Beiladung zum Schutz der rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen derselben geboten. Auch sprechen keine verfahrensökonomischen Erwägungen gegen eine Beiladung.

1. Ermessensentscheidung

Gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG i.V.m. § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG steht jedenfalls die einfache Beiladung im Ermessen der Regulierungsbehörde. Zweck der Beiladung ist die Sachverhaltsaufklärung und Aufbereitung des Streitstoffes und darüber hinaus der Schutz von Rechten und Interessen.

Vgl. BGH Beschluss v. 07.11.2006 – KVR 37/05.

Bei der Entscheidung über die Beiladung sind die Interessen der Behörde an einem geordneten und zügigen Verfahren und an umfassender Sachverhaltsaufklärung zu berücksichtigen, darüber hinaus auch jene des Beiladungspetenten sowie die anderer Verfahrensbeteiligter.

2. Beiladung geboten

Vorliegend wirkt sich die Art der Entflechtung bzw. die Zertifizierung spürbar auf den Gasmarkt aus und ist von erheblicher Bedeutung für die wirtschaftlichen und auch rechtlichen Interessen der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) als Gashändler, Transportkunden und Miteigentümerin einer konkurrierenden Gasinfrastruktur, an der zudem Gazprom mit 48 % beteiligt ist. Bei den Beiladungspetentinnen handelt es sich um etablierte Marktteilnehmer, die wiederholt den Praktiken der Gazprom-Gruppe ausgesetzt waren: Bei der Beiladungspetentin zu 2) um eine Marktteilnehmerin, die insbesondere auf dem deutschen Gasmarkt aktiv ist und bei der Beiladungspetentin zu 1), um eine Marktteilnehmerin, die neben deren exklusiver Rolle als Garantin der Versorgungssicherheit des Nachbarlandes und EU-Mitgliedstaates Republik Polen, Teil-Eigentümerin einer im ISO-Modell zertifizierten Pipeline ist.

Als solche Marktteilnehmer werden die Beiladungspetentinnen vor dem Hintergrund ihrer oben dargestellten erheblichen Interessenberührung, umfangreich zur Sachverhaltsaufklärung beitragen können. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Zertifizierungsfragen und im Zusammenhang mit Fragen zur Versorgungssicherheit und dem Wettbewerb auf deutschen, polnischen und anderen relevanten Gasmärkten sowie zu Geschäftspraktiken der Gazprom-Gruppe.

Im Falle einer unterbleibenden Beteiligung der Beiladungspetentin zu 1) würden schließlich die Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit und den Wettbewerb in Polen nicht hinreichend berücksichtigt und gewertet, obgleich die Zertifizierung der Nord Stream 2 AG einen negativen Einfluss auf diese hätte und auch andere mittel- und osteuropäische Staaten betroffen wären. Schlussendlich würde den Beiladungspetentinnen das Recht genommen, erhebliche Auswirkungen – etwa auf den Wettbewerb und die Versorgungssicherheit – darzulegen und gegebenenfalls dazu gerichtlichen Rechtsschutz zu ersuchen.

3. Verfahrensökonomische Erwägungen

Ungeachtet dessen, dass nach unserem derzeitigen Kenntnisstand keine weiteren Beiladungspetenten vorhanden sind, können verfahrensökonomische Gründe hier nur für eine Beiladung sprechen.

Nur unter Hinzuziehung der Beiladungspetentinnen kann abschließend beurteilt werden, wie sich die Veränderungen, die mit einer Zertifizierung der Nord Stream 2 AG verbunden wären, konkret auf Marktakteure auswirken würden. Als Nutzerinnen benachbarter Infrastrukturen sowie aktive Teilnehmerinnen am Erdgasbinnenmarkt sind die Beiladungspetentinnen von der Entscheidung über die beantragte Zertifizierung der Nord Stream 2 AG nach §§ 4a, 4b 10 ff. EnWG unmittelbar betroffen und können dazu weitreichende, sachlich fundierte Erfahrungen und Prognosen aus diesem besonderen Blickwinkel beitragen, die über die Perspektiven anderer (potentiell) Beigeladener hinausgehen. Nur unter Mitwirkung der Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) kann damit eine fehlerfreie, vollumfängliche, faktenbasierte Entscheidung über die Zertifizierung erlangt werden.

Dieses Ergebnis stimmt zugleich mit dem Gebot zur Berücksichtigung der Energiesolidarität im europäischen Energiesektor überein.

Die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) werden außerdem aufgrund ihrer fachlichen Expertise zeitnah zur Sachverhaltsaufklärung beitragen können. Dies ist angesichts des durch §§ 4a, 4b EnWG vorgegebenen Zeitrahmens nicht unerheblich.

B. Beitrag der Beiladungspetentinnen zur Bewertung seitens des BMWi

Obschon ein einheitlicher Beiladungsantrag nach § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG auch wegen der Bewertung der Versorgungssicherheit statthaft ist (siehe **oben, A.III.3.**), stellen die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) vorliegend weitere Anträge, um ihre Verfahrensrechte im Hinblick auf die (interne) Zuständigkeit des BMWi nach § 4b Abs. 3 EnWG zu sichern. Die Beiladungspetentinnen sind durch die Stelle, welche die Bewertung der Versorgungssicherheit vornimmt, zu hören.

I. Begründung der Anträgen zu 2a) bis c)

Da die Bewertung der Versorgungssicherheit nicht durch die Beschlusskammer selbst erfolgt, gleichwohl der Vorgang Teil des regulierungsbehördlichen Verfahrens nach § 66 Abs. 1 EnWG ist, betonen die Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) auf diesem Wege ihr Gehörssinteresse durch die zuständigen Stelle des BMWi.

Antragsgemäß bitten wir die wahrnehmende BNetzA, das Begehren der zuständigen Stelle des BMWi unverzüglich kundzutun (etwa durch Übermittlung dieser Antragschrift) – **Antrag zu 2a** – und den Beiladungspetentinnen sodann zeitnah mitzuteilen, wer die Bewertung zuständigkeitshalber vornimmt; im Hinblick auf die Kürze der Frist von drei Monaten kann eine direkte Kontaktaufnahme zur Rechts-

wahrnehmung erforderlich werden. Jedenfalls sollte den Beiladungspetentinnen ermöglicht werden, einen Einblick in den Verfahrensstand zu bekommen, um das Recht zur Anhörung gebührend vorbereiten zu können – **Antrag zu 2b** –.

Schließlich ist zwischen BNetzA und BMWi das weitere Verfahren abzustimmen, wie die Beiladungspetentinnen in Sachen Zertifizierung der Nord Stream 2 AG effektiv angehört werden können. Hierzu ist nach Auffassung der Unterzeichneten durch die BNetzA im Einvernehmen mit dem BMWi eine angemessene, gegebenenfalls von den allgemeinen Fragen der Zertifizierung abweichende, Frist zur Stellungnahme entsprechend § 67 Abs. 1 EnWG zu gewähren – **Antrag zu 2c** –.

II. Anhörung zu rechtlichen Interessen – Versorgungssicherheit

In Bezug auf die erhebliche Berührung der Interessen der Beiladungspetentinnen i. S. d. § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG verweisen wir zunächst auf unsere Ausführungen zur Versorgungssicherheit unter **A.IV.3**. Neben formalen Möglichkeiten der Beiladung, etwa Zugang zu gerichtlichem Rechtsschutz, wollen die Beiladungspetentinnen vor allem frühzeitig und effektiv zur Sachaufklärung beitragen.

Unabhängig der Verfahrensart bei Bewertung gemäß § 4b Abs. 3 EnWG, obliegt die sachliche Befassung jedenfalls zweifelsfrei dem BMWi. Mithin sind die Beiladungspetentinnen vor Abschluss des Vorgangs durch dieses zur Sache zu hören. Dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit, Art. 20 Abs. 3, 2 Abs. 1 GG und dem subsidiär anwendbaren Verwaltungsrecht: nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist Beteiligten bevor in ihre Rechte eingegriffen wird, Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern – das gilt auch für die Tatsachen, die zur Anhörung führen. Dies ergibt sich insbesondere aber eben auch aus der Natur der Sache.

In einem europäischen Gasmarkt, machen Fragen der Versorgungssicherheit nicht an den nationalen Grenzen halt. Auch ist nicht nur die Europäische Union als Ganzes zu betrachten – vielmehr ist jeder einzelne Mitgliedsstaat von Interesse, so auch Polen, wie Art. 11 Abs. 8 der Gasrichtlinie zeigt. Demnach kann die nationale Regulierungsbehörde die Zertifizierung verweigern, wenn die Erteilung der Zertifizierung die Energieversorgungssicherheit eines anderen Mitgliedstaates gefährdet – dies gilt im Rahmen der Umsetzung im EnWG.

Die Bedingungen in Polen und die damit verbundenen Interessen, Rechte und Pflichten der Beiladungspetentinnen bedürfen einer inhaltliche Prüfung bzw. Abwägung und Gegenüberstellung. Im Kern ist dies Konsequenz des in Art. 194 Abs. 1 AEUV verankerten **Grundsatzes der Energiesolidarität**, dem höchstrichterlich bestätigt

eine rechtliche Allgemeinverbindlichkeit zukommt (siehe oben **A.IV.3.** und insbesondere EuGH, Urteil v. 15.07.2021, Rs. C-848/19 P [veröffentlicht]). Demnach sind bei energierechtlichen Sachverhalten, die in ihrer Wirkung potentiell – so auch hier – grenzüberschreitend sein können, alle Behörden der Mitgliedsstaaten gehalten, und nicht etwa nur die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Aufgaben, nachbarstaatliche Interessen in ihre konkrete **Ermessensabwägung** mit aufzunehmen.

Die Versorgungssicherheit betrifft unzweifelhaft solche nachbarstaatlichen Interessen. Die Beiladungspetentinnen sind vorliegend dazu berufen, diese Interessen zu vertreten (ausführlich bereits oben, **A.IV.3.**). Praktisch ist diesen also Gehör und Beteiligung auch in Fragen der Gefährdung der Versorgungssicherheit zu verschaffen. Welchen Einfluss die Art der Entflechtung darauf hat, wurde oben nachgewiesen (siehe **A.IV.1.b.**). Zumal andernfalls dem BMWi keine vergleichbar effektiven Maßnahmen der Sachverhaltsaufklärung zur Verfügung stehen, droht ohne Beteiligung der Beiladungspetentinnen ein Ermessensausfall.

III. Bewertung des BMWi ist selbst kein beiladungsfähiges Verfahren

Nach dem EnWG ist (nur) die Regulierungsbehörde und damit die BNetzA für die Erteilung der Zertifizierung nach Maßgabe der §§ 8 oder 9 oder der §§ 10 bis 10e EnWG zuständig. Eine andere Beteiligung an der Bewertung des BMWi als die der Beiladung zum Zertifizierungsverfahren nach §§ 4a, 4b EnWG gemäß § 66 Abs. 3 Nr. 2 EnWG ist – auch im Hinblick auf die Versorgungssicherheit – nicht gegeben.

Bei der Bewertung handelt es sich also nur um einen internen Vorbereitungsakt; die Beiladung Dritter ist nicht möglich und die Wahrnehmungskompetenz verbleibt bei der BNetzA (daher die Anträge der Beiladungspetentinnen). Im Einzelnen:

1. Materiell-rechtliche, interne Verfahrensbestimmung

Bereits aus dem Wortlaut der §§ 4a, 4b EnWG ergibt sich unzweideutig, dass die einzige Behörde, die im Rahmen des Zertifizierungsverfahrens eine Entscheidung mit Regelungscharakter trifft, die einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist, die BNetzA ist. Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 EnWG, der ebenso für das Zertifizierungsverfahren nach § 4b EnWG gilt, bedarf es der Zertifizierung der Regulierungsbehörde. Ferner benennt auch § 4b Abs. 4 EnWG die „Entscheidung über die Zertifizierung“ als eine solche der „Regulierungsbehörde“.

§ 4b Abs. 3 Satz 1 EnWG verlangt sodann, dass das BMWi nicht etwa eine „Entscheidung“ trifft, sondern lediglich eine „Bewertung“ abgibt (die allerdings bindend ist). Da die Bewertung am Ende an die Regulierungsbehörde zu „übermitteln“ ist, ver-

bleibt der Erlass der Entscheidung uneingeschränkt bei der BNetzA, wie schlussendlich § 4b Abs. 5 Satz 3 EnWG bestätigt, der die Bewertung des BMWi als „Bestandteil der Entscheidung der Regulierungsbehörde“ qualifiziert.

Der Sinn und Zweck der in § 4b EnWG geforderten Bewertung bestätigt die fehlende Verwaltungsakt-Qualität. Die Beteiligung des BMWi stellt nicht etwa den Abschluss eines separaten, beteiligungsfähigen Verfahrens dar, sie ist vielmehr – in Abgrenzung zum „gestuften Verwaltungsverfahren“ – ein bloßes Verwaltungsinternum und als „behördliches Einvernehmen“ einzuordnen. Wie eine Mitwirkungshandlung einzuordnen ist, richtet sich nach dem jeweiligen materiellen Recht (VG Trier BeckRS 2016, 41816; BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch/von Alemann/Scheffczyk, 51. Edition, Stand: 01.04.2021, § 35 VwVfG, Rn. 170, 185), hier also nach dem EnWG.

Die Mitwirkung einer anderen Behörde bei der Vorbereitung einer Entscheidung mit Regelungscharakter hat grundsätzlich keinen eigenen Regelungscharakter. Der Mitwirkungsakt bzw. dessen Verweigerung ist deshalb nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren, weil er das Verfahren nicht abschließt und ohne unmittelbare Außenwirkung bleibt. Verwaltungsakt ist erst und nur die an den Bürger ergehende abschließende Verwaltungsentscheidung (BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch/von Alemann/Scheffczyk, 51. Edition, Stand: 01.04.2021, § 35 VwVfG, Rn. 170, 182). So ist etwa auch die Entscheidung der Gemeinde über die Erteilung des Einvernehmens nach § 36 BauGB nach nahezu einhelliger Auffassung kein eigenständiger Verwaltungsakt gegenüber dem Bauantragsteller (siehe BVerwG NJW 1968, 905; siehe auch BeckOK BauGB, Spannowsky/Uechtritz/Hofmeister, 52. Edition, Stand: 01.02.2021, § 36 BauGB, Rn. 15 m. w. N.).

Dementsprechend gestaltet sich auch das Zertifizierungsverfahren gemäß der §§ 4a, 4b EnWG. Die Mitwirkung bezweckt das Einvernehmen zwischen BNetzA und dem BMWi, als der in Bezug auf diese Frage vorstehende Behörde. Der Bewertung selbst soll weder Regelungs- noch Außenwirkung zukommen. Zwar wären auch gestufte oder selbstständige Zwischenverfahren denkbar, dann kommt allerdings ausschließlich einer anderen Behörde die Wahrnehmung zu (BVerwG, Urteil v. 10.07.1958 – C 195.56; NJW 1959, 590; BVerwG NJW 1959, 590). Die Bindung der BNetzA soll hier lediglich sicherstellen, dass die besonderen Erfahrungen der ihr vorstehenden Behörde, also die Kompetenz des BMWi bei Fragen der Versorgungssicherheit, bei der verfahrensabschließenden Entscheidung zur Geltung kommen; sie will aber nicht die Prüfungs- und Wahrnehmungskompetenz der BNetzA bei der Zertifizierungsentscheidung beseitigen oder einschränken.

2. Praxis in anderen Ländern der EU

Für die Auffassung, dass es sich bei der Bewertung seitens des BMWi um kein selbstständiges behördliches Verfahren handelt, spricht schließlich auch die Praxis in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

So erfolgt z.B. nach polnischen Recht die Ablehnung der Zertifizierung, wenn nicht aufgezeigt wurde, dass die in Art. 9d Abs.1 und 1a des polnischen Energiegesetzes aufgestellten Anforderungen vom Transportnetzbetreiber erfüllt sind, bzw. die Erteilung der Zertifizierung nicht die Versorgungssicherheit in Polen oder in einem anderen Land der Europäischen Union gefährdet, siehe Art. 9h² Abs. 5 polnisches Energiegesetz (Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne).

Nach Art. 9h² Abs. 2 des polnischen Energiegesetzes hat der Präsident der polnischen Energieregulierungsbehörde die von ihm vor Erlass einer ablehnenden Zertifizierungsentscheidung einzuholende Stellungnahme des zuständigen Ministers für auswärtige Angelegenheiten allerdings lediglich zu berücksichtigen (vgl. Art. 9h² Ziff. 5 und 6 des polnischen Energierechtsgesetzes). Die einzige und gleichzeitig verfahrensabschließende Entscheidung über den Zertifizierungsantrag obliegt allein dem Präsidenten der polnischen Energieregulierungsbehörde. Der Stellungnahme des Ministers für auswärtige Angelegenheiten kommt also keine Außenwirkung zu.

C. Frist zur Stellungnahme, Durchführung einer mündlichen Verhandlung

Rein vorsorglich möchten wir darauf hinweisen, dass mit dem vorliegenden Beiladungsantrag noch keine inhaltliche Auseinandersetzung zur Zulässigkeit und Begründetheit des durch die Nord Stream 2 AG gestellten Zertifizierungsantrages als „Unabhängiger Transportnetzbetreiber“ im Sinne der §§ 10 ff. EnWG verbunden ist.

Aufgrund der Komplexität des Sachverhalts und der zu erwartenden nachteiligen Auswirkungen einer Zertifizierung der Nord Stream 2 auf den Wettbewerb auf dem europäischen Erdgasbinnenmarkt sowie die Versorgungssicherheit in der Europäischen Union, beantragen die Beiladungspetentinnen zu 1) und 2) zugleich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 67 Abs. 3 Satz 1 EnWG. Die mündliche Verhandlung würde es den Beiladungspetentinnen zu 1) und zu 2) erlauben, ihren Vortrag an den notwendigen Punkten zu vertiefen und mit der Beschlusskammer direkt zu erörtern.

D. Akteneinsicht

Nach § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG hat die Behörde den Verfahrensbeteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist.

Die Beiladungspetentinnen zu 1) und 2) **beantragen** im Falle ihrer Beiladung Akteneinsicht nach § 29 Abs. 1 Satz 1 VwVfG in *alle verfahrensbestimmenden* Schriftstücke und den Beschluss zur Verfahrenseröffnung. Darüber hinaus sind den Beiladungspetentinnen zu 1) und 2) auch solche aktenkundige Informationen bekannt zu machen, die im Ergebnis zwar nicht ausdrücklich in die Entscheidung einfließen, dennoch Bestandteil weiterer Erwägungen sein können. Da die Kenntnis der das hiesige Verfahren betreffenden Akten zur Geltendmachung ihrer Interessen erforderlich ist, ist den Beiladungspetentinnen zu 1) und 2) im Falle ihrer Beiladung Einsicht in die Verfahrensakte im oben genannten Umfang zu gewähren.

Im Hinblick auf die laufenden Fristen nach §§ 4a und 4b EnWG bitten die Unterzeichneten um zeitnahe Übersendung der Akte in unsere Kanzleiräume bzw. die Übersendung (elektronischer) Kopien.

Zur Vermeidung einer Verfahrenstrennung wird zunächst von einem Antrag nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) abgesehen. Die Vorschriften der §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 5 IFG stellen jedoch die Möglichkeit bereit, umfassend Zugang zu amtlichen Informationen, insbesondere zu den Umständen des Verfahrens (Begründung des Zertifizierungsantrags, eingereichte Unterlagen, Erwägungen der Behörde usw.) zu erlangen. Der Antrag bleibt somit erforderlichenfalls vorbehalten.

pro absente


Rechtsanwalt


Rechtsanwalt