



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az. BK7-13-031

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens

Verfahrensbeteiligte:

- 1) OPAL Gastransport GmbH, Baumbachstraße 1, 34119 Kassel, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,
Antragstellerin zu 1),
- 2) OOO Gazprom Export, 16, Nametkina street, 117997 Moskau, Russland, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,
Antragstellerin zu 2),
- 3) OAO Gazprom, 16, Nametkina street, 117997 Moskau, Russland, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,
Antragstellerin zu 3),

- Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerinnen zu 2) und 3): Gleiss Lutz Hootz Hirsch Partnergesellschaft von Rechtsanwälten, Rechtsanwälte Dr. Martin Raible und Dr. Burghard Hildebrandt, Bleichstraße 8-10, 40211 Düsseldorf -

hat die Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Jochen Homann,

durch ihren Vorsitzenden Christian Mielke,
ihren Beisitzer Dr. Chris Mögelin
und ihre Beisitzerin Diana Harlinghausen

am 13.03.2015 beschlossen:

Der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens BK7-08-009 (Teilausnahme für OPAL) wird abgelehnt.

Gründe

I.

In dem vorliegenden Verwaltungsverfahren begehren die Antragstellerinnen das Wiederaufgreifen des Verfahrens zur Freistellung der Ostseepipeline-Anbindungsleitung („OPAL“) von der

Regulierung gemäß § 28a Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und eine Überprüfung der Entscheidung vom 07.07.2009 (Az. BK 7-08-009), mit der eine Kapazitätsbeschränkung und ein Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm festgelegt wurden.

1. Die OPAL ist ca. 470 km lang und verläuft vom Einspeisepunkt in Greifswald/Lubmin zum Ausspeisepunkt in Brandov (Tschechische Republik). Die Einspeisekapazität in Greifswald/Lubmin beträgt 36,5 Mrd. m³/a (46,3 Mio. kWh/h). Der Netzkopplungspunkt in der Mitte der OPAL in Groß Körös hat eine Kapazität von 4,5 Mrd. m³/a (5,7 Mio. kWh/h). Die Kapazität des Ausspeisepunktes in Brandov beträgt 32 Mrd. m³/a (40,5 Mio. kWh/h). Die OPAL steht im Bruchteilseigentum der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG („W&G“) mit einem Miteigentumsanteil von 80 % und der Lubmin-Brandov Gastransport GmbH („LBTG“), einer Infrastrukturbeteiligung der E.ON Global Commodities SE, mit einem Miteigentumsanteil von 20 %. Die Antragstellerin zu 1) (zum Zeitpunkt der Entscheidung noch OPAL NEL Transport GmbH) ist einer der beiden Fernleitungsnetzbetreiber der OPAL.

2. Mit Beschluss vom 25.02.2009 hat die Bundesnetzagentur die auf Grundlage des Miteigentumsanteils der Wingas GmbH & Co. KG (nunmehr ausgegliedert an die W&G) an der OPAL geschaffenen Kapazitäten zugunsten der Antragstellerin zu 1) teilweise, d.h. für näher definierte Verbindungskapazitäten, von der Anwendung der §§ 20-25 EnWG befristet ausgenommen. Eine darüber hinausgehende Ausnahmegewährung, insbesondere für rein innerdeutsche Transporte oder Gegenstromtransporte ab Tschechien auf der OPAL, ist hingegen abgelehnt worden. Die Teilausnahme für die OPAL ist außerdem mit weiteren Nebenbestimmungen versehen worden.

3. Die von der Bundesnetzagentur erteilte Ausnahmegenehmigung ist der Europäischen Kommission zusammen mit allen einschlägigen Begleitinformationen zum 13.03.2009 zur Stellungnahme vorgelegt worden. Mit Schreiben vom 12.06.2009 hat die Europäische Kommission der Bundesnetzagentur das Ergebnis ihrer Prüfung übermittelt. Darin hat sie grundsätzlich die Ausnahmegewährung für die OPAL und die von der Bundesnetzagentur vorgenommenen rechtlichen Bewertungen und Auslegungsergebnisse bestätigt. Ergänzend hat die Europäische Kommission im Hinblick auf die Wettbewerbsauswirkungen in Tschechien eine zusätzliche Auflage zu Kapazitätsbuchungen von marktbeherrschenden Unternehmen gefordert. Die Europäische Kommission hat die Bundesnetzagentur aufgefordert, die bisherige Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 binnen einer vierwöchigen Frist nach Erhalt des Schreibens entsprechend zu ändern und die Kommission hiervon zu unterrichten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten aus dem Verfahren Az. BK7-08-009, insbesondere das Änderungsverlangen der Kommission vom 12.06.2009, Bezug genommen.

4. Mit Beschluss vom 07.07.2009 hat die Beschlusskammer ihre Entscheidung vom 25.02.2009 nach Maßgabe der Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 12.06.2009 geändert. Konkret beschränkte die Beschlusskammer die Buchung von Ausspeisekapazität in Brandov

durch Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf den relevanten tschechischen Gasmärkten auf 50 % der jährlichen Ausspeisekapazität (Ziffer 1 lit. j) aa) des Tenors). Gemäß Ziffer 1 lit. j) bb) des Tenors darf diese Kapazitätsobergrenze jedoch überschritten werden, wenn das betroffene marktbeherrschende Unternehmen auf der OPAL eine Gasmenge von 3 Mrd. m³/a dem Markt in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren anbietet und die entsprechenden Kapazitätsrechte freigibt („Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm“).

5. Am 14.01.2013 wurde die Gazelle-Pipeline in Betrieb genommen. Die Gazelle-Pipeline ist ca. 160 km lang und führt vom Einspeisepunkt in Brandov zum Ausspeisepunkt in Rozvadov/Waidhaus. Die technische Ein- und Ausspeisekapazität beträgt 32,81 Mrd. m³/a (41,6 Mio. kWh/h). Die Gazelle-Pipeline steht im Eigentum der Brawa, einer 100 %igen Tochtergesellschaft der NET4GAS. NET4GAS ist der Betreiber des bestehenden tschechischen Gasfernleitungsnetzes und gehörte ursprünglich zur RWE Transgas-Gruppe. Im Laufe des Jahres 2013 wurde NET4GAS an ein Konsortium bestehend aus dem Versicherungskonzern Allianz und dem kanadischen Infrastrukturfonds Borealis veräußert. Die Gazelle-Pipeline ist mit der OPAL verbunden. Die Genehmigung für die Bauarbeiten erhielt NET4GAS auf der Grundlage einer Umweltverträglichkeitsprüfung, welche im September 2008 durchgeführt wurde. Mit dem Bau des ersten Teils der Gazelle-Pipeline wurde am 14.10.2010 begonnen. Auf Antrag von NET4GAS erfolgte am 29.10.2010 bzw. endgültig am 01.09.2011, nachdem die Europäische Kommission die tschechische Regulierungsbehörde noch zu einer Änderung ihrer ursprünglichen Entscheidung aufgefordert hatte, die Freistellungsentscheidung der tschechischen Energieregulierungsbehörde für die Gazelle-Leitung.

6. Mit Schreiben vom 12.04.2013, eingegangen per Fax am gleichen Tag, haben die Antragstellerinnen beantragt, dass die Beschlusskammer das Verfahren i.S.d. § 51 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) wieder aufgreift und ihre Entscheidung vom 07.07.2009 einer erneuten Prüfung unterzieht. Dabei stellen sie klar, dass sich der Antrag ausschließlich auf die Ziffer 1. lit. j) des Tenors des an die Antragstellerin zu 1) gerichteten Beschlusses vom 07.07.2009 bezieht (Buchungsbeschränkung sowie Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm). Zur Begründung ihres Antrags verweisen sie auf das dem Antrag beigefügte Memorandum. Die Antragstellerinnen sind darin der Ansicht, die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG seien erfüllt. Mit der Inbetriebnahme der Gazelle-Pipeline in der Tschechischen Republik habe sich die für die Auferlegung des Gas- und Kapazitätsfreigabeprogrammes maßgebliche Sachlage grundlegend geändert. Insbesondere sei das Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm aufgrund dieser geänderten Umstände unverhältnismäßig und verstoße deshalb gegen deutsches und europäisches Recht. So erfordere das Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm die jährliche Freigabe einer Gasmenge, die 33 % des jährlichen Gasverbrauchs auf dem tschechischen Markt entspreche. Dadurch werde es der Antragstellerin zu 2) bzw. der Antragstellerin zu 3) erschwert, alle langfristigen Lieferverträge zu erfüllen, die sie mit Kunden in der Europäischen Union gestützt auf die Transportkapazität der OPAL geschlossen hat. Darüber

hinaus würden sich die Märkte auch ohne das Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm sehr schnell entwickeln. Das Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm müsse folglich durch eine geeigneteren, verhältnismäßige und rechtlich tragfähige Lösung ersetzt werden. [REDACTED]

[REDACTED] Diese alternativen Lösungen würden zudem gewährleisten, dass die OPAL positive Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem tschechischen Markt habe, da Transportkapazitäten im bestehenden tschechischen Fernleitungsnetz frei werden würden. Grund hierfür sei, dass Gasmengen von der Brotherhood-Pipeline auf die OPAL verlagert werden würden.

Sie beantragen deshalb,

dass die Bundesnetzagentur das Verfahren wieder aufgreift und ihre Entscheidung vom 07.07.2009, mit der sie die Kapazitätsbeschränkung und das Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm eingeführt hat, einer erneuten Prüfung unterzieht.

6. Mit Schreiben vom 22.04.2013 haben die Antragstellerinnen der Beschlusskammer mitgeteilt, dass sie angesichts der seinerzeitigen Arbeitsgruppe („OPAL Working Group“) über Ansätze zur Ermöglichung einer vollständigen Nutzung der OPAL damit einverstanden sind, dass die Beschlusskammer das Wiederaufnahmeverfahren nicht aktiv betreibt, solange diese Gespräche andauern. Die Beschlusskammer hat dies als Antrag auf Ruhendstellung des Verfahrens gewertet und diesem mit Schreiben vom 23.04.2013 entsprochen.

7. Im Rahmen der OPAL Working Group kam es zu Verhandlungen zwischen Vertretern der Antragstellerinnen, der Beschlusskammer, der Europäischen Kommission und der Russischen Regierung über den Abschluss eines Vergleichsvertrages. Im Ergebnis wurde ein Vergleichsvertrag geschlossen. Dieser blieb aber in den wesentlichen materiellen Bestimmungen infolge des anschließenden Ausfalls einer vertraglichen Bedingung unwirksam, weil die Europäische Kommission innerhalb der vertraglich vorgesehenen und bereits mehrfach verlängerten Fristen keine Stellungnahme zu dem Vergleichsvertrag abgab. [REDACTED]

Mit Schreiben vom 18.12.2014 hat die Beschlusskammer daher die Antragstellerinnen aufgefordert, bis zum 31.01.2015 mitzuteilen, ob sie weiterhin an ihrem Antrag vom 12.04.2013 festhalten. Dabei hat sich die Beschlusskammer vorbehalten, nach Ablauf der Frist ohne weitere

Verzögerung zu entscheiden. Mit Schreiben vom 29.01.2015 hat die Antragstellerin zu 1) um eine Fristverlängerung bis zum 28.02.2015 gebeten, die gewährt wurde. Mit E-Mail vom 30.01.2015 haben auch die Antragstellerinnen zu 2) und zu 3) eine Fristverlängerung beantragt, die mit E-Mail vom 10.02.2015 bis zum 28.02.2014 gewährt wurde. Dabei hat sich die Beschlusskammer abermals vorbehalten, nach Ablauf der Frist ohne weitere Verzögerung zu entscheiden. Mit Schreiben vom 27.02.2015 hat die Antragstellerin zu 1) eine weitere Fristverlängerung bis zum 31.03.2015 mit der erneuten Begründung beantragt, dass die Abstimmung auf Seiten der Antragsteller noch nicht abgeschlossen sei und weitere Verhandlungen zur Wiederaufnahme einer Kompromisslösung geführt werden würden.

8. Trotz der Fristverlängerungsanträge haben weder die Antragstellerin zu 1) noch die Antragstellerin zu 2) bzw. die Antragstellerin zu 3) zur Sache Stellung genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist abzulehnen. Er ist sowohl unzulässig als auch unbegründet. Die Voraussetzungen für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG liegen nicht vor. Eine neue Sachentscheidung ist aufgrund dessen nicht erforderlich.

Im Einzelnen:

1. Unzulässigkeit der Antrags

Der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens ist mangels Sachbescheidungsinteresse unzulässig (siehe hierzu folgenden Abschnitt 1.1.). Hinsichtlich der Antragstellerin zu 2) und der Antragstellerin zu 3) ist der Antrag darüber hinaus mangels Antragsbefugnis unzulässig (siehe folgenden Abschnitt 1.2.).

1.1. Unzulässigkeit des Antrags hinsichtlich aller Antragstellerinnen

Der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens ist mangels Sachbescheidungsinteresse unzulässig.

(1) Wie im gerichtlichen Verfahren ist auch im Antragsverfahren vor Behörden ein Antrag nur zulässig, wenn der Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse an der von ihm beantragten Amtshandlung hat. Fehlt das Rechtsschutzinteresse für einen Antrag, so muss die Behörde den Antrag ablehnen (Kopp/Ramsauer, Kommentar VwVfG, 12. Auflage 2011, § 22 Rn. 56).

(2) Mit Schreiben vom 18.12.2014 hat die Beschlusskammer die Antragstellerinnen bis zum 31.01.2015 gebeten mitzuteilen, ob weiterhin an dem ursprünglichen Antrag vom 12.04.2013 auf Wiederaufgreifen des Verfahrens und auf Neuurteilung des Gas- und Kapazitätsfreigabeprogrammes in der OPAL-Freistellungsentscheidung festgehalten wird. Sowohl die Antragstellerin zu 1) wie auch die Antragstellerinnen zu 2) und 3) haben zunächst eine Fristverlängerung bis zum 28.02.2015 beantragt, die auch gewährt wurde. Die Antragstellerin zu 1) hat mit Schreiben vom 27.02.2015 eine weitere Fristverlängerung beantragt, wobei sie sich zur Begründung erneut lediglich auf den noch nicht abgeschlossenen Abstimmungsprozess zwischen den Antragstellerinnen sowie auf weitere Verhandlungen zur Wiederaufnahme einer Kompromisslösung beruft. Trotz dieser beantragten Fristverlängerungen erfolgte keine Rückmeldung der Antragstellerinnen, ob diese weiterhin an ihrem Antrag festhalten wollen.

(3) Zwar hat Schweigen als solches im Geschäftsverkehr regelmäßig keine Erklärungsbedeutung. Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass der Antrag als Verfahrenshandlung und Sachentscheidungsvoraussetzung der Anlass dafür ist, dass die Behörde mit ihrer Tätigkeit und damit mit dem Verwaltungsverfahren beginnt (Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 8. Auflage 2014, § 22 Rn. 55). Wenn die Behörde daher - wie hier - den Antragsteller explizit auffordert, sich zu seinem Antrag zu äußern, insbesondere ob er diesen aufrecht erhält, und äußert sich der Antragsteller trotz dieser Aufforderung nicht, so ist aus Sicht der Behörde davon auszugehen, dass kein Interesse mehr an einer Bescheidung des Antrages besteht; insofern dürfte auch eine Verwirkung des Antragsrechts vorliegen (Kopp/Ramsauer, Kommentar VwVfG, 12. Auflage 2011, § 22 Rn. 53). Dies gilt umso mehr, als vorliegend die Antragstellerinnen Fristverlängerungsanträge insbesondere mit der Begründung gestellt haben, eine Abstimmung zwischen den Antragstellerinnen hinsichtlich des Antrages sei noch nicht abgeschlossen und benötige daher noch mehr Zeit. Dies lässt erwarten, dass tatsächlich noch eine Rückmeldung der Antragstellerinnen erfolgt, da ansonsten die Fristverlängerungsanträge keinen Sinn machen würden. Wenn dann jedoch keine Rückmeldung erfolgt (wie bei den Antragstellerinnen zu 2) und 3)) bzw. eine abermalige Fristverlängerung beantragt wird, ohne dass erkennbar ist, dass diese zur Begründung des Antrags genutzt werden soll oder gar im Sinne des beantragten Begehrens erforderlich wäre (wie bei der Antragstellerinnen zu 1)), ist davon auszugehen, dass kein Interesse mehr an der Bescheidung des Antrages besteht.

1.2. Unzulässigkeit des Antrags hinsichtlich der Antragstellerin zu 2) und der Antragstellerin 3)

Hinsichtlich der Antragstellerin zu 2) und der Antragstellerin zu 3) ist der Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens darüber hinaus mangels Antragsbefugnis unzulässig. Weder die Antragstellerin zu 2) noch die Antragstellerin zu 3) sind durch den Beschluss vom 07.07.2009 in ihrem eigenen Rechtskreis unmittelbar betroffen. Dies ist jedoch für die Betroffenheit und damit die Antragsbefugnis erforderlich.

(1) Antragsbefugt gemäß § 51 Abs. 1 VwVfG ist nur der durch den Verwaltungsakt belastete Betroffene (Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrgesetz, 8. Aufl. 2014, § 51 Rn. 17). Der Begriff der Betroffenheit gemäß § 51 Abs. 1 VwVfG entspricht in etwa dem der Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO (Kopp/Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrgesetz, 12. Aufl. 2011, § 51 Rn. 14). Betroffener ist jeder, der materiell in seinen Rechten betroffen werden kann (Kopp/Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrgesetz, 12. Aufl. 2011, § 13 Rn. 9).

(2) Die Antragstellerin zu 2) und die Antragstellerin zu 3) tragen vor, dass das Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm faktisch ausschließlich sie betreffe, da sie bislang die Einzigen seien, die Kapazitäten auf der OPAL gebucht hätten. Zudem würde beiden im Beschluss vom 07.07.2009 eine marktbeherrschende Stellung auf dem tschechischen Produzentenmarkt attestiert, sodass sie durch die Kapazitätsbuchungsobergrenze sowie Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm betroffen seien. Insbesondere die Buchungsobergrenze von 50 % führe dazu, dass die Antragstellerin zu 2) und die Antragstellerin zu 3) die OPAL wirtschaftlich nicht so nutzen könnten, wie dies von ihnen beabsichtigt sei. Sie tragen in diesem Zusammenhang vor, dass durch die Kapazitätsbuchungsobergrenze ihre Investitionen in die OPAL entwertet würden. Das Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm führe wiederum dazu, dass Gas zu Konditionen versteigert werden müsse, die von der Beschlusskammer genehmigt werden müssten, statt sich allein nach den Marktverhältnissen zu richten. In beiden Fällen werde es der Antragstellerin zu 2) und der Antragstellerin zu 3) unmöglich gemacht oder zumindest erschwert, alle langfristigen Lieferverträge zu erfüllen, die sie mit Kunden in der EU gestützt auf die Transportkapazität der OPAL geschlossen habe [REDACTED]

(3) Diese Argumente mögen zwar eine wirtschaftliche, aber keine rechtliche Betroffenheit zu begründen. Dies ist für eine Betroffenheit gemäß § 51 VwVfG nicht ausreichend. Rechtlich betroffen ist allein die Antragstellerin zu 1) als Adressatin des Beschlusses vom 07.07.2009 und Fernleitungsnetzbetreiberin der OPAL. Ihr wird die Verpflichtung aufgegeben, die Kapazitätsbuchungen zu begrenzen und eine Kapazitätsobergrenze sowie ein Gas- und Kapazitätsfreigabeprogramm zu implementieren bzw. die Einhaltung dieser Vorgaben sicherzustellen. Eine Neubescheidung hätte damit nur rechtliche Auswirkungen für die Antragstellerin zu 1). Die Antragstellerin zu 3) ist hingegen nicht Netzbetreiberin der OPAL, sondern lediglich Mitinvestorin, die, wie zuvor erörtert, ausschließlich wirtschaftliche Interessen verfolgt, sodass eine rechtliche Betroffenheit nicht gegeben ist. Gleiches gilt für die Antragstellerin zu 2), die als Tochterunternehmen der Antragstellerin zu 3) ebenfalls nicht Netzbetreiberin, sondern Mitinvestorin der OPAL ist. Soweit die Antragstellerin zu 2) und zu 3) Kapazitätsverträge mit der Antragstellerin zu 1) unterhalten oder in Ergänzung bestehender Vereinbarungen begründen möchten, fehlt es ebenfalls an einer unmittelbaren rechtlichen Betroffenheit durch den Beschluss vom 07.07.2009. Dieser schränkt mit der angefochtenen Auflage lediglich die Antragstellerin zu 1) in

ihren Vermarktungsmöglichkeiten ein, was sich sodann lediglich mittelbar wirtschaftlich auf die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der Antragstellerinnen zu 2) und zu 3) auswirkt. Dies zeigt sich u.a. darin, dass der Abschluss eines Kapazitätsvertrages unter Verstoß gegen die Auflage nicht durch Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Antragstellerinnen zu 2) und zu 3), sondern lediglich gegenüber der Antragstellerin zu 1) sanktioniert werden könnte, dies auch ggf. durch einen Widerruf der ihr insgesamt erteilten Ausnahmegenehmigung.

Bei dieser Bewertung verkennt die Beschlusskammer nicht, dass die wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerinnen zu 2) und zu 3) im Zusammenhang mit dem Investitionsprojekt der OPAL von erheblichem Gewicht sind. Um einen angemessenen Ausgleich der verschiedenen Interessen und öffentlichen Belange unter Berücksichtigung des europarechtlich wie national vorgegebenen Regulierungsrahmens zu erzielen, waren daher auch die Antragstellerinnen zu 1) und 2) in den seinerzeit geschlossenen, letztlich in den wesentlichen materiellen Teilen unwirksamen Vergleichsvertrag einbezogen worden. Aus diesem Umstand lassen sich weder weitergehende Schlussfolgerungen in Ansehung der Reichweite des § 51 VwVfG schließen, noch schließt die vorliegende Bewertung eine etwaige Neu- oder Nachverhandlung des seinerzeitigen Vergleichsvertrages aus.

(4) Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Beschluss vom 07.07.2009 wiederum den Beschluss vom 25.02.2009 abändert. Bei dem Beschluss vom 25.02.2009 handelt es sich um eine Freistellungsentscheidung gemäß § 28a EnWG. Gemäß § 28a Abs. 3 EnWG ist im Rahmen der Freistellungsentscheidung ein Antrag des betroffenen Gasversorgungsunternehmens erforderlich. § 28 Abs. 3 EnWG setzt damit, ebenso wie § 51 Abs. 1 VwVfG, eine „Betroffenheit“ voraus. Die Beschlusskammer hat in diesem Zusammenhang bereits entschieden, dass eine wirtschaftliche Betroffenheit nicht ausreichend ist, sondern vielmehr eine rechtliche Betroffenheit gegeben sein muss. Dies hat zur Folge, dass Eigentümer oder Investoren nicht antragsbefugt gemäß § 28a Abs. 3 S. 1 EnWG sind, da eine Freistellungsentscheidung ausschließlich den Rechtskreis des Unternehmens berührt, das die antragsgegenständliche Infrastruktur betreibt (BNetzA, Beschluss vom 27.08.2007, Az. BK7-07-013, Bl. 4 ff. des amtl. Umdrucks).

Vorliegend ergänzt der Beschluss vom 07.07.2009 den Beschluss vom 25.02.2009 und soll insbesondere sicherstellen, dass sich die Freistellungsentscheidung vom 25.02.2009 nicht nachteilig auf den Wettbewerb oder das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes oder das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes auswirkt, an das die Infrastruktur angeschlossen ist. Es wäre daher widersprüchlich, im Rahmen der Freistellungsentscheidung bei der Frage der Betroffenheit auf eine rechtliche Betroffenheit abzustellen, bei der diese Entscheidung ergänzenden Auflage, die die vorgenannten Ziele sicherstellen bzw. unterstützen soll, hingegen andere Maßstäbe anzuwenden.

Letztlich ist die Frage der Zulässigkeit aber ohne Belang, da der Antrag aller Antragstellerinnen jedenfalls unbegründet ist.

2. Unbegründetheit des Antrags

Der Antrag ist unbegründet, da es an einem Wiederaufnahmegrund i.S.d. § 51 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VwVfG fehlt. Der Bau sowie die Inbetriebnahme der Gazelle-Pipeline standen bereits zum Zeitpunkt des Beschlusses vom 07.07.2009 fest, sodass sich die diesem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sachlage nicht nachträglich verändert hat, wie dies von § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG gefordert wird.

(1) Bei einem Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens sind nur die vom Antragsteller gemachten Gründe zu prüfen (BVerwG NVWZ 1990, 359, 360). Ein Wiederaufnahmegrund liegt u.a. nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG vor, wenn sich die dem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sach- und Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat. Eine Änderung der Sachlage ist gegeben, wenn sich die für die unanfechtbare Entscheidung maßgeblichen, d.h. ihr zugrunde liegenden Tatsachen ändern (Kopp/Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 12. Aufl. 2011, § 51 Rn. 29). Die Änderung muss die tatsächlichen Gegebenheiten wirklich erfassen. Es reicht nicht aus, dass dem Betroffenen oder der Behörde eine bereits vor Erlass des Verwaltungsaktes gegebene Sachlage nachträglich bekannt wird oder die Behörde unveränderte tatsächliche Verhältnisse anders beurteilt (Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 51 Rn. 90).

(2) Die Antragstellerinnen tragen vor, dass zum Zeitpunkt der beiden Beschlüsse sowie der Stellungnahme der Europäischen Kommission noch ungewiss war, ob und wann die Gazelle-Pipeline gebaut werden würde. Durch die Inbetriebnahme hätte sich eine neue, nachträgliche Sachlage i.S.d. § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG ergeben, die eine Neubewertung der Freistellungs Voraussetzungen in einem wiederaufgreifenden Verfahren notwendig machen würden.

(3) Dabei verkennen die Antragstellerinnen jedoch, dass NET4GAS die Genehmigung für die Bauarbeiten der Gazelle-Pipeline auf der Grundlage einer Umweltverträglichkeitsprüfung erhielt, welche bereits im September 2008 und damit weit vor dem Beschluss vom 07.07.2009 durchgeführt wurde (Quelle: <http://www.net4gas.cz/en/all-about-construction/>, Abfrage: 02.03.2015). Zu berücksichtigen ist ferner, dass einer solchen Umweltverträglichkeitsprüfung noch viele weitere Schritte vorausgehen, insbesondere die Planung der Trassenführung der Leitung. So müssen in einem ersten Schritt Landkarten der Umgebung studiert und die Bedürfnisse des Projekts mit dem auf dem jeweiligen Gelände gegebenen Möglichkeiten in Einklang gebracht. Als nächstes müssen alle potentiellen baulichen Einschränkungen (Wohngebiete, geschützte Naturdenkmäler etc.) zusammen mit allen topographischen Hindernissen berücksichtigt werden. Insbesondere müssen dabei mit den Eigentümern der Grundstücke, über die die Pipeline verlaufen soll, Grunddienstbarkeiten vereinbart werden, bevor mit den Bauarbeiten begonnen wird. Erst nach diesen Schritten muss die gesamte Streckenführung der Pipeline einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterzogen werden. Folglich begannen die Planungen bereits einige Zeit vor September

2008, wie auch dem Geschäftsbericht 2007 von NET4GAS zu entnehmen ist (Quelle: http://www.net4gas.cz/en/media/RWE_VZ07_Transgas_Net_EN_final.pdf?jjs=20140918102620, Stand: 25.02.2015).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits die Planung einer Gasleitung mit nicht unerheblichen Investitionen einhergeht. Ebenso muss bei einem Projekt dieser Größenordnung (400 Mio. Euro an Investitionskosten) die Finanzierung frühzeitig gesichert sein, was in der Regel im Rahmen eines Investitions- und Finanzierungsplanes erfolgt. Dies spricht dafür, dass der Bau und die Inbetriebnahme der Gazelle-Pipeline bereits zu einem viel früheren Zeitpunkt feststanden, da anderenfalls die Investitionen insbesondere für die Planung ins Leere gehen würden.

Es stand somit bereits schon zu einem sehr viel früheren Zeitpunkt fest, dass die Gazelle-Pipeline gebaut und eine Inbetriebnahme erfolgen wird („ob“). Einzig unklar war nur das konkrete Inbetriebnahmedatum („wann“). Wobei auch dieses hinreichend konkret festgelegt wurde. So war die Inbetriebnahme für Ende 2012 beabsichtigt (Quelle: <http://www.net4gas.cz/en/faq-gazela/>, Stand: 02.03.2015). Die tatsächliche Inbetriebnahme am 13.01.2013 zeigt, dass dies auch eine realistische Annahme war.

(4) Gegen eine Änderung der Sachlage spricht zudem, dass Bau und Inbetriebnahme der Beschlusskammer bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses am 07.07.2009 bekannt waren. Die Inbetriebnahme am 14.01.2013 stellt damit keine neue Sachlage für die Beschlusskammer dar. So erwähnte die Beschlusskammer in ihrem Beschluss vom 07.07.2009 bereits die Gazelle-Pipeline, indem sie ausführte, dass für die OPAL u.a. „eine Netzkopplung mit dem neuen Leitungsprojekt Gazelle vorgesehen ist“ (BNetzA, Beschluss vom 07.07.2009, Az. BK7-08-009, Bl. 2 des amtl. Umdrucks).

Allein der Wortlaut dieser Passage „vorgesehen ist“ spricht dafür, dass aus Sicht der Beschlusskammer die Inbetriebnahme der Gazelle-Leitung hinreichend feststand. Offen war lediglich noch der konkrete Zeitpunkt der Inbetriebnahme. Auch im Beschluss vom 25.02.2009, folglich zu einem noch früheren Zeitpunkt, wurde bereits erwähnt, dass eine Netzkopplung mit dem neuen Leitungsprojekt namens „Gazelle“ vorgesehen ist (BNetzA, Beschluss vom 25.02.2009, Az. BK7-08-009, Bl. 5 des amtl. Umdrucks). Der Beschluss vom 25.02.2009 enthält zudem weitere Passagen, bei denen auf die Gazelle-Pipeline Bezug genommen wird bzw. diese Gegenstand der rechtlichen Bewertung ist. So nimmt die Beschlusskammer bei der Frage, ob es sich bei der OPAL um eine Verbindungsleitung handelt, explizit Bezug auf die Gazelle-Pipeline, indem sie eine denkbare Verknüpfung zu einem einheitlichen Leitungsprojekt mit dem Projekt „Gazelle“ und damit eine Gesamtbetrachtung der OPAL mit dem Projekt „Gazelle“ verneint (BNetzA, Beschluss vom 25.02.2009, Az. BK7-08-009, Bl. 19) des amtl. Umdrucks). Die Beschlusskammer ist sogar davon ausgegangen, dass beide Projekte, OPAL und „Gazelle“, annähernd gleichzeitig fertig gestellt werden, da ein wirtschaftlich sinnvoller Betrieb der OPAL ansonsten nicht sichergestellt wäre (BNetzA, Beschluss vom 25.02.2009, Az. BK7-08-009, Bl.

32) des amtl. Umdrucks). Bei der Prüfung der Wettbewerbsauswirkungen der OPAL auf die innerdeutschen Absatzmärkte betrachtete die Beschlusskammer auch mögliche Rückwirkungen auf die innerdeutschen Märkte, die sich infolge eines Reimportes nach einem Weitertransport über die „Gazelle“ ergeben (BNetzA, Beschluss vom 25.02.2009, Az. BK7-08-009, Bl. 51) des amtl. Umdrucks). Auch bei der Prüfung des § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG findet die Gazelle-Pipeline Erwähnung. So führt die Beschlusskammer aus, dass soweit das effiziente Funktionieren des tschechischen Netzes betroffen ist, an das die OPAL angeschlossen ist, dies durch eine zeitliche und technische Abstimmung der Betreiber der OPAL mit dem Projekt „Gazelle“ sichergestellt sowie eine effiziente Weiterleitung der Gasmengen aus der OPAL durch die „Gazelle“ damit zu erwarten ist (BNetzA, Beschluss vom 25.02.2009, Az. BK7-08-009, Bl. 70 des amtl. Umdrucks).

(5) Zudem erwähnt auch die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme vom 12.06.2009 mehrfach die Gazelle-Leitung. So führte auch sie bei der Beschreibung des Projekts aus, dass die OPAL im Süden bei Brandov an die geplante Gasleitung „Gazelle“ in der Tschechischen Republik anschließen und von dort aus weiter nach Deutschland (Waidhaus) führen soll (Kommission, Stellungnahme vom 12.06.2009, Rs. K(2009) 4694 Rn. 10). Ebenso machte die Europäische Kommission Angaben zur Planung der Gazelle-Pipeline sowie zu den Investitionskosten (Kommission, Stellungnahme vom 12.06.2009, Rs. K(2009) 4694 Rn. 15 f.).

(6) Die vorgenannten Ausführungen werden teilweise auch durch die eigenen Aussagen der Antragstellerinnen belegt. Diese führen in ihrem Antrag vom 12.04.2013 bzw. dem diesen Antrag beigefügten Memorandum aus, dass die Pläne zum Bau der Gazelle-Pipeline schon im Verwaltungsverfahren zu den Beschlüssen vom 25.02.2009 bzw. 07.07.2009 bekannt waren

[REDACTED]

[REDACTED]

(7) Dass der Bau sowie die Inbetriebnahme bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt feststanden bzw. in jedem Fall realisiert werden sollten, wird auch durch folgende Überlegung gestützt: Die Freistellungsentscheidung der tschechischen Energieregulierungsbehörde für die Gazelle-Leitung erfolgte am 29.10.2010 bzw. endgültig erst am 01.09.2011, nachdem die Europäische Kommission die tschechische Regulierungsbehörde noch zu einer Änderung ihrer ursprünglichen Entscheidung aufgefordert hatte. Laut einer Pressemitteilung der RWE wurde mit dem Bau des ersten Teils der Gazelle-Pipeline bereits am 14.10.2010 begonnen (Quelle: <http://www.rwe.com/web/cms/de/37110/rwe/presse-news/pressemitteilungen/pressemitteilungen/?pmid=4005467>, Abfrage 02.03.2015). Die Planung und der Baubeginn erfolgten daher sogar noch vor der Freistellungsentscheidung. Somit war die Freistellungsentscheidung der tschechischen Regulierungsbehörde keine Bedingung für den Bau bzw. die Inbetriebnahme der Gazelle-Pipeline, sondern diese erfolgten

unabhängig davon. Es stand folglich zu einem sehr frühen Zeitpunkt bereits fest, dass das Projekt Gazelle-Pipeline in jedem Fall realisiert werden sollte.

(8) Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung einer Änderung der Sachlage alle für die unanfechtbare Entscheidung maßgeblichen Tatsachen, d.h. ihr zugrundeliegenden Tatsachen, zu betrachten sind. Beurteilungsobjekt ist folglich immer ein zusammenhängender Sachverhalt. Die tatsächliche Inbetriebnahme der Gazelle-Pipeline allein stellt aber gerade keinen solchen zusammenhängenden Sachverhalt dar, sondern ist lediglich ein Teil von diesem. Als zusammenhängender Sachverhalt ist vielmehr die Planung, der Bau und die Inbetriebnahme der Gazelle-Pipeline insgesamt anzusehen. Die tatsächliche Inbetriebnahme allein ist daher nicht geeignet, eine Änderung der Sachlage zu begründen.

(9) Unklar bleibt, was die Antragstellerinnen mit ihrem Vortrag bezwecken, dass sich die Wettbewerbsbedingungen in der Tschechischen Republik positiv verändert hätten [REDACTED]

[REDACTED] Sofern sie damit behaupten wollen, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf den tschechischen Märkten derart verändert haben, dass die Antragstellerin zu 2) bzw. die Antragstellerin zu 3) auf keinem der relevanten Märkte mehr als marktbeherrschendes Unternehmen zu betrachten sind, so ist darauf hinzuweisen, dass es ihnen unbenommen bleibt, dies gegenüber der Antragstellerin zu 1) nachzuweisen. Gelingt ihnen der Nachweis, wären sie nicht mehr von den Kapazitätsbeschränkungen des Beschlusses vom 07.07.2009 erfasst, ohne dass es einer Änderung oder gar Aufhebung des Beschlusses bedürfte. Denn ausweislich des eindeutigen Wortlauts des Tenors finden diese Kapazitätsbeschränkungen gerade nur auf marktbeherrschende Unternehmen Anwendung. Insoweit handelt es sich um einen dynamischen Verweis. Der expliziten Nennung einzelner Unternehmen im Beschluss vom 07.07.2009 kommt hingegen keine konstitutive Feststellungswirkung zu. Dies wäre auch nicht sachgerecht gewesen, weil von vornherein nicht auszuschließen war, dass sich die Marktverhältnisse über die lange Laufzeit der erteilten Ausnahme ändern können, auch wenn es hierfür entgegen der Einschätzung der Antragstellerinnen derzeit noch an belastbaren Indizien fehlt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der

Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 76 Abs. 1 EnWG).

Christian Mielke
Vorsitzender

Dr. Chris Mögelin
Beisitzer

Diana Harlinghausen
Beisitzerin