



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az. BK7-08-009-E2

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Verstoß gegen die OPAL-Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung des Beschlusses vom 07.07.2009 (Az. BK7-08-009)

gegen die:

- 1) OPAL Gastransport GmbH & Co. KG, Emmerichstraße 11, 34119 Kassel, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung, Betroffene zu 1),

– Verfahrensbevollmächtigte der Betroffenen zu 1): [REDACTED]

- 2) PJSC Gazprom, Nametkina Ulitsa 16, 117997 Moskau, GSP-7, Russland, gesetzlich vertreten durch den Vorstand, Betroffene zu 2),

- 3) Gazprom export LLC, Ostrovskogo Square 2a Litera A., 191023 Sankt Petersburg, Russland, gesetzlich vertreten durch die Generaldirektorin, Betroffene zu 3),

– Verfahrensbevollmächtigte der Betroffenen zu 2) und 3): Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbH Rechtsanwälte, Rechtsanwälte Dr. Jacob von Andreae und Dr. Martin Raible, Dreischeibenhaus 1, 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 ihre Vorsitzende Barbie Kornelia Haller,
ihre Beisitzerin Diana Harlinghausen
und ihre Beisitzerin Dr. Antje Peters

am 13.09.2019 beschlossen:

1. Der Betroffenen zu 1) wird mit sofortiger Wirkung untersagt, Versteigerungen von auf Grundlage des Vergleichsvertrags vom 25./26./28.11.2016 teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten (teilregulierte FZK-Verbindungskapazitäten und teilregulierte DZK-Verbindungskapazitäten sowohl am Einspeisepunkt Greifswald, als auch am Ausspeisepunkt Brandov) auf untertägiger Basis oder in Form von Tages-, Monats-, Quartals- bzw. Jahresprodukten auf der OPAL durchzuführen.

2. Der Betroffenen zu 1) wird mit sofortiger Wirkung untersagt, auf Grundlage des Vergleichsvertrags vom 25./26./28.11.2016 bereits vermarkteter teilregulierter entkoppelter Verbindungskapazitäten entsprechende Transporte der Kapazitätsbuchenden vorzunehmen.
3. [REDACTED] auf Grundlage des Vergleichsvertrags vom 25./26./28.11.2016 [REDACTED]
4. Ein Widerruf bleibt vorbehalten.
5. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Im Wege von Aufsichtsmaßnahmen bezweckt die Beschlusskammer sicherzustellen, dass die Betroffenen der gegenwärtigen, auf gerichtlichen Entscheidungen beruhenden Sach- und Rechtslage nicht zuwiderhandeln.

(1) Die Betroffene zu 1) ist ein Fernleitungsnetzbetreiber für die auf Grundlage des Miteigentumsanteils der früheren WINGAS GmbH & Co.KG (heute W & G Transport Holding GmbH) an der Ostseepipeline-Anbindungsleitung (OPAL) geschaffenen Kapazitäten.

(2) Mit Beschluss vom 25.02.2009, Az. BK7-08-009, nahm die Bundesnetzagentur die auf Grundlage des Miteigentumsanteils geschaffenen Kapazitäten für eine Einspeisung in Deutschland und eine Ausspeisung in der Tschechischen Republik unter verschiedenen Bedingungen und Auflagen befristet von der Anwendung der §§ 20 bis 25 EnWG in der damals geltenden Fassung aus. Die Europäische Kommission (KOM) bestätigte grundsätzlich die Ausnahmegebarung für die Betroffene zu 1), forderte jedoch eine Anpassung der Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 entsprechend ihrer Stellungnahme vom 12.06.2009 (Az.: SG-Greffe (2009) D/3322). Mit Beschluss vom 07.07.2009 wurde der Beschluss vom 25.02.2009 auf Verlangen der Europäischen Kommission unter der eingeführten Ziffer 1 lit. j) um Nebenbestimmungen ergänzt, mit denen Kapazitätsbuchungen am Ausspeisepunkt der OPAL in Brandov durch solche Unternehmen beschränkt werden, die „in einem oder mehreren der relevanten vor- oder nachgelagerten Erdgasmärkte, welche die Tschechische Republik oder Lieferung von Gas in die Tschechische Republik umfassen, marktbeherrschend [sind]“. Diese Beschränkung von Kapazitätsbuchungen entfällt, wenn das betroffene marktbeherrschende Unternehmen auf der OPAL eine Gasmenge von 3 Mrd. m³ pro Jahr in einem in der Änderungsentscheidung vom

07.07.2009 näher bezeichneten Verfahren (sog. Gas-Release-Programm und Capacity-Release-Programm) anbietet und die Verfügbarkeit korrespondierender Transportkapazität auf der OPAL mit frei wählbarem Ausspeisepunkt gewährleistet ist. Die Nebenbestimmungen zu Buchungsbeschränkungen bezwecken eine Verbesserung des Wettbewerbs bei der Gasversorgung in der Tschechischen Republik durch die OPAL. Das vorgesehene Verfahren wurde jedoch nie durchgeführt, so dass die Buchungsbeschränkungen zu einer geringen Auslastung der OPAL führten.

Zur Ermöglichung einer besseren Nutzung der Kapazitäten der OPAL und eines besseren Drittzugangs zu diesen Kapazitäten schlossen die Betroffenen zu 1), 2) und 3) sowie die Bundesnetzagentur am 06.05.2016, 09.05.2016 bzw. 11.05.2016 einen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag, der durch Nachtragsvereinbarungen vom 25.07.2016 sowie 23.09.2016, 26.09.2016 bzw. 27.09.2016 geändert wurde.

Mit Beschluss vom 28.10.2016 (Az.: C(2016) 6950) genehmigte die KOM den neuen Vergleichsvertrag vorbehaltlich einiger Änderungen. Die Betroffenen zu 1), 2) und 3) sowie die Bundesnetzagentur schlossen daher am 25./26./28.11.2016 einen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag unter Umsetzung der von der KOM geforderten Vorgaben, mit dem die ursprüngliche OPAL-Freistellungsentscheidung vom 07.07.2009 (Az.: BK7-08-009) hinsichtlich der Buchungsbedingungen geändert wurde.

Zwei Gasversorgungsunternehmen reichten am 04.12.2016 bzw. 01.03.2017 (Az.: T-849/16, T-130/17) sowie die Republik Polen am 16.12.2016 (Az.: T-883/16) Klage vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG) gegen den Beschluss der KOM vom 28.10.2016 (Az.: C(2016) 6950) ein. Zusätzlich erhoben die beiden Gasversorgungsunternehmen am 12.12.2016 Klage vor dem Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf gegen den öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag (Az.: VI-3 Kart 1203/16 [V]).

Im Rahmen der Eilverfahren der Republik Polen (T-883/16 R) sowie eines der Gasversorger (T-849/16 R) erließ das EuG am 23.12.2016 Hängebeschlüsse, in denen der Beschluss der KOM (Az.: C(2016) 6950) suspendiert wurde. In Folge des Hängebeschlusses des EuG im Verfahren T-849/16 R setzte das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 30.12.2016 den Vergleichsvertrag vom 25./26./28.11.2016 vorläufig aus. Die Bundesnetzagentur untersagte daraufhin mit Beschluss vom 30.12.2016 (Az.: BK7-08-009-E1) entsprechend der Entscheidung des OLG Düsseldorf der Betroffenen zu 1) mit sofortiger Wirkung, weitere Versteigerungen von Tages-, Wochen-, Monats- und Jahresprodukten für Transportkapazitäten auf der OPAL durchzuführen.

Am 21.07.2017 lehnte das EuG die Anträge auf Aussetzung der Vollziehung der Republik Polen und der beiden Gasversorgungsunternehmen in den Eilverfahren (Az.: T-849/16 R, T-130/17 R und T-883/16 R) ab und hob die am 23.12.2016 erlassenen Hängebeschlüsse auf. Mit Be-

schluss vom 27.07.2017 hob der Senat des Oberlandesgerichts Düsseldorf ebenfalls die vorläufige Anordnung und damit die Suspendierung des Vergleichsvertrages vom 28.11.2016 auf. Folglich widerrief die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 28.07.2017 (Az.: BK7-08-009-E1-W1) die vorläufige Anordnung vom 30.12.2016 mit sofortiger Wirkung.

Mit Beschlüssen vom 14.12.2017 bzw. 15.03.2018 wies das EuG die Klagen der beiden Gasversorgungsunternehmen vom 04.12.2016 bzw. 01.03.2017 als unzulässig ab (Az.: T-849/16, T-130/17). Gegen diese Beschlüsse des EuG legten die beiden Gasversorgungsunternehmen am 14.02.2018 (Az.: C-117/18 P) bzw. am 24.05.2018 (Az.: C-342/18 P) sowie die Republik Polen am 05.03.2018 (Az.: C-181/18 P) Rechtsmittel beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) ein.

Mit Beschluss vom 10.09.2019 (Az. T-883/16) gab das EuG dem Antrag der Republik Polen statt und erklärte den Beschluss der Europäischen Kommission (KOM) vom 28.10.2016 C(2016) 6950 für nichtig. Gemäß Art. 83 der Verfahrensordnung des EuG wird die Entscheidung am Tag ihrer Verkündung wirksam. Art. 60 der Satzung des EuGH sieht zudem vor, dass Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben.

(3) Mit Schreiben vom 10.09.2019 hat die Beschlusskammer die Betroffenen zu 1), 2) und 3) auf die Folgen der Entscheidung des EuG vom 10.09.2019 hingewiesen. Die Beschlusskammer ist der Auffassung, dass durch die Nichtigkeitserklärung des KOM-Beschlusses vom 28.10.2016 (Az.: C(2016) 6950) zumindest die materiellen Regelungen des öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags zwischen den Betroffenen zu 1), 2) und 3) sowie der Bundesnetzagentur vom 25./26./28.11.2016 derzeit nicht mehr anwendbar sind. Folglich ist es der Betroffenen zu 1) untersagt, derzeit weitere Versteigerungen von teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten auf untertägiger Basis oder in Form von Tages-, Monats-, Quartals- bzw. Jahresprodukten auf der OPAL durchzuführen. Darüber hinaus ist es der Betroffenen zu 1) untersagt, derzeit auf Basis des Vergleichsvertrags vom 25./26./28.11.2016 bereits vermarkteter teilregulierter entkoppelter Verbindungskapazitäten, entsprechende Transporte der Kapazitätsbuchenden vorzunehmen. Außerdem [REDACTED] auf Basis des Vergleichsvertrags vom 25./26./28.11.2016 [REDACTED]
[REDACTED]

Die Betroffene zu 1) hat mit Schreiben vom 12.09.2019 erklärt, dass sie die im Schreiben vom 10.09.2019 dargelegte Rechtsauffassung der Beschlusskammer nicht teile und daher ohne behördliche Entscheidung mit entsprechenden Anordnungen weder die Versteigerung von teilregulierten Kapazitäten noch die Erfüllung bestehender Ein- und Ausspeiseverträge aussetze.

Mit Schreiben [REDACTED]

[REDACTED] Sie teilen im Wesentlichen mit, [REDACTED]

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

II.

Mit der vorliegenden Entscheidung untersagt die Beschlusskammer den Betroffenen zu 1), 2) und 3), gemäß den Tenorziffern 1) bis 3) auf Grundlage des Vergleichsvertrags vom 25./26./28.11.2016 Versteigerungen von teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten, Transporte von bereits gebuchten teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten oder entsprechende Nominierungen vorzunehmen. Die Entscheidung ist formell wie materiell rechtmäßig.

1. Rechtsgrundlage

Die Beschlusskammer stützt die Verbotsverfügungen der Tenorziffern 1 bis 3 auf § 65 Abs. 1 EnWG, den Widerrufsvorbehalt in Tenor Ziffer 4 auf § 36 Abs. 2 VwVfG.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Entscheidung ist formell rechtmäßig.

2.1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Hs. 1, Abs. 3 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

2.2. Anhörung

Den Betroffenen zu 1) bis 3) ist jeweils mit Schreiben vom 10.09.2019 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Die Betroffenen haben hiervon jeweils [REDACTED] Gebrauch gemacht.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Verbotsverfügungen sind auch materiell rechtmäßig.

Sie beruhen alle auf § 65 Abs. 1 EnWG. Danach kann die Regulierungsbehörde Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen verpflichten, ein Verhalten abzustellen, das den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes sowie den auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Rechtsvorschriften entgegensteht. Sie kann hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind.

Obschon der Wortlaut des § 65 Abs. 1 EnWG sich vom Begriff der Untersagung löst und stattdessen von „Abstellen“ spricht (BT-Drs. 15/3917, S. 70), kann auch der bloß drohende, noch nicht begangene Verstoß Aufsichtsmaßnahmen rechtfertigen. Anderenfalls ergäbe sich zwischen ex-ante-Regulierung einerseits (im Wesentlichen § 29 EnWG) und strenger ex-post-Regulierung andererseits (§§ 30, 31, 65 EnWG) ein Befugnisdefizit der Regulierungsbehörden, das zur Hinnahme greifbarer Verstöße zwänge. Diese Ansicht wird von Rechtsprechung und Literatur geteilt:

Franke, in: Schneider/Theobald, EnWR, 4. Auflage 2013, § 19 Rn. 72:

„Ein Verhalten, das Vorschriften des Energiewirtschaftsrechts entgegensteht, ist in erster Linie der bereits erfolgte Verstoß gegen ein Ge- oder Verbot; durch eine Verfügung nach § 65 EnWG soll in diesen Fällen eine Wiederholung der Normverletzung verhindert werden. In Betracht kommt der Erlass einer Verfügung aufgrund § 65 EnWG aber auch bei drohender Normverletzung, wenn greifbare Anhaltspunkte die Besorgnis eines bevorstehenden Normverstoßes begründen; hierfür spricht auch, dass privatrechtliche Unterlassungsansprüche bereits bei einer drohenden Zuwiderhandlung bestehen“,

ebenso: BerlKommEnR I 2 / *Wende*, 4. Auflage 2019, § 65 EnWG Rn. 14.

Bezogen auf § 32 GWB, dem § 65 Abs. 1 EnWG nachgebildet ist:

BGH, Urt. v. 12.06.2016 – Az. KZR 25/14 – Lottoblock II (Rn. 18),

Bechthold/Bosch, GWB, 8. Auflage 2015, § 32 Rn. 10.

Hinreichend sind demnach greifbare Anhaltspunkte, die eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsfahr für einen Normverstoß begründen.

Als maßgebliche Rechtsvorschriften sind nach zutreffender Ansicht auch Verwaltungsakte und Allgemeinverfügungen der Regulierungsbehörde erfasst,

Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 65 Rn. 4,

Turiaux, in: Kment (Hrsg.), EnWG, 2 Aufl. 2019, § 65 Rn. 13.

3.1. Anordnung Tenor zu Ziffer 1)

Ein solcher Verstoß durch die Betroffene zu 1) wird mit Tenorziffer zu 1) ermessensfehlerfrei adressiert.

3.1.1. Tatbestandliche Voraussetzungen

(1) Die genannte Tatbestandsvoraussetzung – ein (drohendes) Verhalten, das den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes sowie den auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Rechtsvorschriften, einschließlich darauf ergangener Verwaltungsakte, entgegensteht – liegt vor. Das unter Tenorziffer zu 1) des vorliegenden Beschlusses untersagte Verhalten würde zwar durch den Vergleichsvertrag gedeckt.

Eine Entscheidung über die befristete Freistellung einer Verbindungsleitung von der Regulierung unterliegt gemäß § 28a Abs. 3 EnWG i.V.m. Art. 36 Abs. 9 der Richtlinie 2009/73/EG einem Geltungsvorbehalt und der engültigen Entscheidung der KOM. Der öffentlich-rechtliche Vergleichsvertrag modifiziert die Auflagen der ursprünglichen Ausnahmegenehmigung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 (Az. BK7-08-009). Folglich wurde auch der öffentlich-rechtliche Vergleichsvertrag der KOM zur Genehmigung vorgelegt, welchen die KOM mit Beschluss vom 28.10.2016 (Az.: C(2016) 6950) vorbehaltlich einiger Änderungen genehmigte. Die Betroffenen zu 1), 2) und 3) sowie die Bundesnetzagentur schlossen daher am 25./26./28.11.2016 einen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag unter Umsetzung der von der KOM geforderten Änderungen. Hätte die KOM dem öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag seinerzeit allerdings nicht zugestimmt, hätte der Vergleichsvertrag zwischen den Betroffenen zu 1), 2) und 3) sowie der Bundesnetzagentur nicht geschlossen werden können.

Mit der Entscheidung des EuG vom 10.09.2019 wird jedoch der dem Vergleichsvertrag zugrundeliegende, genehmigende KOM-Beschluss mit sofortiger Wirkung für nichtig erklärt. Der Vergleichsvertrag steht damit wieder unter dem Geltungsvorbehalt (Änderungs- und Widerrufsvorbehalt der KOM) nach Art. 36 Abs. 9 GasRL. Wird anstelle eines Verwaltungsakts ein Vertrag geschlossen, der unter dem Vorbehalt der Genehmigung einer anderen Behörde steht, so bestimmt § 58 Abs. 2 VwVfG, dass dieser Vertrag erst wirksam wird, nachdem die andere Behörde in der entsprechenden Form mitgewirkt hat. Mit der Nichtigkeit des Beschlusses der KOM zum Vertrag fehlt es an diesem Mitwirkungsakt. Der Vertrag ist damit nicht wirksam. Auch das OLG Düsseldorf hat im Verfahren VI-3 Kart 1203/16 [V] die Auffassung vertreten, dass bereits mit der vorläufigen Suspendierung der KOM-Genehmigung die materiellen Wirkungen des Vergleichsvertrags keine Geltung mehr beanspruchen können. Dann muss dies für den Fall der Nichtigkeitserklärung der KOM-Genehmigung erst Recht gelten.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die relevanten Vorgaben europarechtlich geprägt und die Handlungen von EU-Organen vorgenommen wurden. Nach Art. 4 Abs. 3 S. 2 EUV ergreifen die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben („effet utile“). Nachdem das Europäische Gericht Verstöße gegen das Europarecht festgestellt und den Beschluss der EU-Kommission für nichtig erklärt hat, besteht insofern die Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland, die sich hieraus ergebenden Konsequenzen rasch umzusetzen.

Sind die materiellen Regeln des Vergleichsvertrags nicht mehr anwendbar, bleibt das vor Vertragsschluss für die OPAL geltende Rechtsregime in Kraft. Von daher ist das untersagte Verhalten – zumindest zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung – nicht anhand des Vergleichsvertrags, sondern an den Inhalten der ursprünglichen Freistellungsentscheidung zu

messen. Die ursprüngliche Freistellungsentscheidung erlaubt weder das Angebot, noch den Transport, noch die Nominierung der teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten. Die mit dem Tenor zu 1) untersagten Verhaltensweisen stellen daher einen Verstoß gegen die auf Grundlage des EnWG ergangene, derzeit maßgebliche ursprüngliche OPAL-Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 (Az.: BK7-08-009) dar.

(2) Es steht zu befürchten, dass die Betroffene zu 1) in der bevorstehenden Monatsauktion am 16.09.2019 für den Monat Oktober verbindliche teilregulierte entkoppelte Verbindungskapazitäten anbietet.

Folgende Gründe geben berechtigten Anlass zu dieser Annahme:

(a) Die teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten werden von der Betroffenen zu 1) auf der Kapazitätsbuchungsplattform PRISMA vermarktet. Gemäß den gesetzlichen Vorgaben müssen Angebote von Monatskapazitäten eine Woche vor dem Auktionsdatum veröffentlicht werden. Die PRISMA-Veröffentlichung vom 09.09.2019 weist für die bevorstehende Monatsauktion am 16.09.2019 folgende von der Betroffenen zu 1) angebotenen Kapazitätsprodukte auf:

Für den gebündelten Netzkoppelpunkt Brandov-OPAL Bundle DE->CZ (OGT-Ausspeisepunkt Brandov) werden von der Betroffenen zu 1), gemeinsam mit dem Tschechischen Netzbetreiber auf der anderen Seite des Netzkoppelpunktes, Kapazitäten in Höhe von 996.166 kWh/h in Form von FZK / Firm als gebündeltes Kapazitätsprodukt angeboten (Auction ID 27180587). Bei den angebotenen Kapazitäten der Betroffenen zu 1) in Form von FZK handelt es sich um teilregulierte FZK-Verbindungskapazitäten, deren Angebot sich auf Grundlage des am 25./26./28.11.2016 geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrags zwischen den Betroffenen zu 1), 2) und 3) sowie der Bundesnetzagentur ergibt.

The screenshot shows the PRISMA European Capacity Platform interface. The main heading is "Monthly auctions" with a start time of 16.09.2019 09:00. Below this, it indicates the auction period from 01.10.2019 06:00 to 01.11.2019 06:00, with 4 days and 15 hours remaining until the start. There are 255 auctions available. The "Auction offer" section shows a "Find network point" search bar. Below the search bar, a table lists the auction details:

Network point name	TSO	Direction	Marketable	Category	Product runtime	Starting price	
Brandov-OPAL Bundle DE->CZ	OPAL (GASPOOL) / N4G (Czech Republic)	EXIT ENTRY	996,166 kWh/h	FZK / Firm	01.10.2019 06:00 01.11.2019 06:00	33.55215461 cent/kWh/h/Runtime or 867.96068761 halr/kWh/h/Runtime	Details

Dieses Angebot von Monatskapazitäten wurde von der Betroffenen zu 1) bis einschließlich 12.09.2019, 08:45 Uhr nicht zurückgenommen, obwohl die Beschlusskammer bereits am 10.09.2019 die Betroffene zu 1) schriftlich auf die Folgen der Entscheidung des EuG vom 10.09.2019 hingewiesen hat.

Zu den in Rede stehenden, derzeit nicht mehr anwendbaren materiellen Regelungen des Vergleichsvertrags zählen unter anderem das Angebot von teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten am Einspeisepunkt Greifswald und am Ausspeisepunkt Brandov. Folglich ist es der Betroffenen zu 1) untersagt, weitere Versteigerungen von teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten auf untertägiger Basis oder in Form von Tages-, Monats-, Quartals- bzw. Jahresprodukten auf der OPAL durchzuführen. Die Betroffene zu 1) hat bisher keine Anstrengungen unternommen, die am 16.09.2019 startende Monatsauktion zurückzunehmen.

(b) Weiterer Grund zum berechtigten Anlass dieser Annahme ist, dass die Betroffene zu 1) mit Schreiben vom 12.09.2019 dargelegt hat, dass sie die Rechtsauffassung der Beschlusskammer nicht teile und ohne weitergehende Anordnung die Versteigerung teilregulierter Kapazitäten nicht einstellen werde.

3.1.2. Entschließungs- und Auswahlermessen

§ 65 EnWG eröffnet der Regulierungsbehörde ein Ermessen. Die Beschlusskammer hat dieses pflichtgemäß ausgeübt.

Rechtsfehlerfrei hat sie sich bei der Entscheidung zunächst darauf gestützt, dass die vorgenannten Umstände einen Verstoß gegen die gemäß § 28a EnWG erlassene ursprüngliche Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 (Az.: BK7-008-09), welche die vorgenannten materiellen Regelungen des Vergleichsvertrages vom 25./26./28.11.2016 nicht enthielt, erwarten lassen. Sie hat in direkter Folge des Urteils der Betroffenen zu 1) ihre Rechtsauffassung dargelegt und den Versuch unternommen, diese dazu zu bewegen, Verdachtsmomente für den Verstoß auszuräumen.

Die ausgesprochene Untersagung war darüber hinaus zwingend. Eine Duldung des Verhaltens bedeutet einen Ermessensfehlgebrauch, weil die Entscheidung des EuG unmittelbar, ohne aufschiebende Wirkung den KOM-Beschluss vom 28.10.2016 (Az.: C(2016) 6950) für nichtig erklärt, welcher wiederum die Grundlage für den Abschluss des Vergleichsvertrags bildete. Zugleich ist eine Untersagung das offensichtlich mildeste verbliebene Mittel. Beim Vorgehen der Beschlusskammer ist auch zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 S. 2 EUV alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen ergreifen, die sich aus den europäischen Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben („effet utile“).

3.2. Anordnung Tenor zu Ziffer 2)

Ein weiterer Verstoß durch die Betroffene zu 1) wird durch Tenorziffer 2) in ermessensfehlerfreier Weise adressiert.

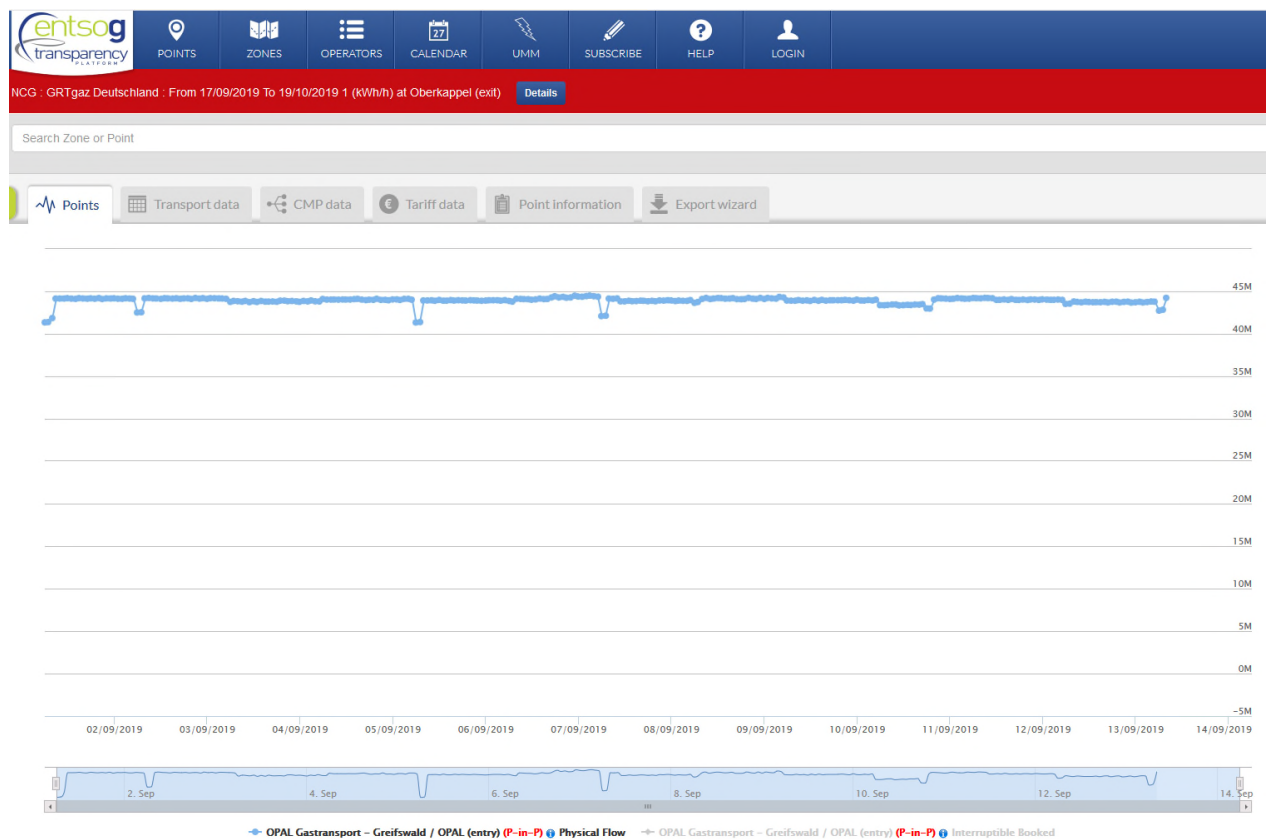
3.2.1. Tatbestandliche Voraussetzungen

(1) Die genannte Tatbestandsvoraussetzung – ein Verhalten, das den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes sowie den auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Rechtsvorschriften, einschließlich darauf ergangener Verwaltungsakte, entgegensteht – liegt vor. Das unter Tenorziffer 2) des vorliegenden Beschlusses untersagte Verhalten würde zwar durch den Vergleichsvertrag gedeckt. Wie unter 3.1.1 (1) festgestellt, ist dieser Vergleichsvertrag auf Grund der sofort wirkenden Nichtigkeitserklärung des KOM-Beschlusses durch die Entscheidung des EuG vom 10.09.2019 jedoch nicht wirksam. Vielmehr bleibt das vorherige Rechtsregime in Kraft. Infolge des EuG-Urteils vom 10.09.2019, das die zustimmende KOM-Entscheidung zu diesem Vergleichsvertrag für nichtig erklärt hat, steht dieser Vergleichsvertrag wieder unter dem Geltungsvorbehalt (Änderungs- und Widerrufsvorbehalt der KOM) nach Art. 36 Abs. 9 GasRL. Daher ist das untersagte Verhalten – zumindest zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung – nicht anhand des Vergleichsvertrags, sondern an den Inhalten der ursprünglichen Freistellungsentscheidung zu messen. Die ursprüngliche Freistellungsentscheidung erlaubt weder das Angebot, noch den Transport, noch die Nominierung der genannten

Kapazitäten. Die mit dem Tenor zu 2) untersagte Verhaltensweise stellt daher einen Verstoß gegen die auf Grundlage des EnWG ergangene, derzeit maßgebliche ursprüngliche OPAL-Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 (Az.: BK7-08-009) dar. Aufgrund dessen ist auch die Durchführung der Transporte schon vermarketer Kapazitäten nicht rechtskonform. Mit der Nichtigkeitserklärung durch das EuG ist die Kommissionsentscheidung ex tunc entfallen und nicht nur lediglich ex nunc suspendiert worden.

(2) Die Betroffene zu 1) führt auch nach der Entscheidung des EuG vom 10.09.2019 weiterhin Transporte auf Grundlage des Vergleichsvertrags vom 25./26./28.11.2016 bereits vermarkteter teilregulierter entkoppelter Verbindungskapazitäten durch.

(a) Dies lässt sich wie folgt belegen. Die beiden folgenden Lastflussveröffentlichungen vom 13.09.2019, 09:30 Uhr der Betroffenen zu 1) auf der entsog transparency platform am Einspeisepunkt Greifswald



(Quelle: <https://transparency.entsog.eu/#/points/data?from=2019-09-01&indicators=Physical%20Flow%2CInterruptible%20Booked&points=de-tso-0016itp-00251entry&to=2019-09-14&zoom=hour>)

und am Ausspeisepunkt Brandov



(Quelle: <https://transparency.entsog.eu/#/points/data?from=2019-09-01&indicators=Physical%20Flow%2CInterruptible%20Booked&points=de-tso-0016itp-00452exit&to=2019-09-14&zoom=hour>)

zeigen jeweils einen unverändert hohen Lastfluss vor und nach der Entscheidung des EuG vom 10.09.2019. In Greifswald werden Einspeisungen in Höhe von ca. 43-44 Mio. kWh/h und in Brandov Ausspeisungen in Höhe von ca. 40-41 Mio. kWh/h transportiert. Die Lastflüsse basieren auf den Transportwünschen (Nominierungen) von Kunden auf vorab gebuchte Kapazitäten. Sofern die Betroffene zu 1) keine Transporte auf Basis der bereits im Vorfeld erfolgreich vermarkteten teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten durchführen würde, dürfte der Lastfluss am Einspeisepunkt Greifswald maximal eine Höhe von 31,3 Mio. kWh/h und am Ausspeisepunkt Brandov maximal eine Höhe von 24,7 Mio. kWh/h haben.

Die Kapazitätsvermarktungssituation auf der OPAL ist sehr komplex und wird im Folgenden detailliert dargestellt, da sich der veröffentlichte Lastfluss als Summe über die Nutzung sämtlicher vermarkteter Kapazitäten ergibt. Zunächst wird die OPAL von zwei Netzbetreibern vermarktet und betrieben. Zum einen die Lubmin-Brandov Gastransport GmbH (LBTG) und zum anderen die Betroffene zu 1). Darüber hinaus vermarkteten diese beiden Netzbetreiber unterschiedliche Kapazitätsprodukte sowohl am Einspeisepunkt Greifswald, als auch am Ausspeisepunkt Brandov.

Die folgende Tabelle zeigt die für den Zeitraum 11. bis 12.09.2019 gebuchten Kapazitäten der beiden Netzbetreiber:

Netzbetreiber / gebuchtes Kapazitätsprodukt	Einspeisepunkt Greifswald	Ausspeisepunkt Brandov
LBTG / von der Regulierung ausgenommene Kapazitäten	7.932.260 kWh/h	7.932.260 kWh/h
LBTG / vollregulierte DZK (dynamisch zuordenbare Kapazität)	1.146.684 kWh/h	
LBTG / vollregulierte uFZK (unterbrechbare Kapazität)	3.966.130 kWh/h	
Betroffene zu 1) / von der Regulierung ausgenommene Kapazitäten	15.864.532 kWh/h	15.864.532 kWh/h
Betroffene zu 1) / vollregulierte DZK (dynamisch zuordenbare Kapazität)	4.586.737 kWh/h	
Betroffene zu 1) / vollregulierte uFZK (unterbrechbare Kapazität)	zwischen 5.042.586 kWh/h und 5.249.920 kWh/h	4.312.501 kWh/h
Betroffene zu 1) / teilregulierte FZK (frei zuordenbare Kapazität)		3.200.000 kWh/h
Betroffene zu 1) / teilregulierte DZK (dynamisch zuordenbare Kapazität)	15.864.532 kWh/h	12.664.532 kWh/h

Der Internetveröffentlichung der LBTG ist für den 11. und 12.09.2019 zu entnehmen, dass deren Transportkunden die gebuchten Kapazitäten nur anteilig nutzten. Insofern wird in der folgenden Tabelle dargestellt, wie hoch sich die Lastflüsse maximal ergeben würden, wenn die Transporte der LBTG sowie die maximalen theoretischen Transporte der Betroffenen zu 1) ohne Nutzung der teilregulierten Kapazitäten berücksichtigt würden. Die maximalen theoretischen Transporte der Betroffenen zu 1) können in Höhe der vorhandenen Buchungen der Betroffenen zu 1) für von der Regulierung ausgenommene Kapazitäten, als auch für vollregulierte Kapazitäten (DZK und uFZK) angesetzt werden.

Netzbetreiber / (maximale) Nutzungsrechte	Einspeisepunkt Greifswald	Ausspeisepunkt Brandov
LBTG / Nominierung der gebuchten ausgenommenen Kapazitäten	zwischen 4.408.130 kWh/h und 4.565.130 kWh/h	zwischen 4.408.130 kWh/h und 4.565.130 kWh/h
LBTG / Nominierung der gebuchten vollregulierten Kapazitäten (Summe DZK und uFZK)	1.009.880 kWh/h	
Betroffene zu 1) / maximale Nominierung gebuchter von der Regulierung ausgenommener Kapazitäten	15.864.532 kWh/h	15.864.532 kWh/h
Betroffene zu 1) / maximale Nominierung gebuchter vollregulier- te DZK	4.586.737 kWh/h	
Betroffene zu 1) / maximale Nominierung gebuchter vollregulier- te uFZK	zwischen 5.042.586 kWh/h und 5.249.920 kWh/h	4.312.501 kWh/h
Maximale <u>Summe</u> der Nominierun- gen der gebuchten Kapazitäten ohne teilregulierte Kapazitäten	zwischen 30.911.865 kWh/h und 31.276.199 kWh/h	zwischen 24.585.163 kWh/h und 24.742.163 kWh/h

Ohne Nutzung der teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten ergäben sich somit auf der OPAL maximale Lastflüsse am Einspeisepunkt Greifswald in Höhe von 31,3 Mio. kWh/h und am Ausspeisepunkt Brandov in Höhe von 24,7 Mio. kWh/h. Tatsächlich waren die Lastflüsse am 11. und 12.09.2019 deutlich höher. Die Lastflüsse betragen am Einspeisepunkt Greifswald 43-44 Mio. kWh/h und am Ausspeisepunkt Brandov 40-41 Mio. kWh/h. Es zeigt sich, dass die Betroffene zu 1) weiterhin Transporte auf Basis der teilregulierten entkoppelten Verbindungskapazitäten durchführt.

(b) Ein weiterer Beleg ist, dass die Betroffene zu 1) mit Schreiben vom 12.09.2019 dargelegt hat, dass sie die Rechtsauffassung der Beschlusskammer nicht teile und ohne weitergehende Anordnung die Erfüllung von aus ihrer Sicht auf Grundlage des Vergleichsvertrags bestehender Ein- und Ausspeiseverträge nicht aussetzen werde.

3.2.2. Entschließungs- und Auswahlermessen

§ 65 EnWG eröffnet der Regulierungsbehörde ein Ermessen. Die Beschlusskammer hat dieses pflichtgemäß ausgeübt.

Rechtsfehlerfrei hat sie sich bei der Entscheidung zunächst darauf gestützt, dass die vorgenannten Umstände einen Verstoß gegen die gemäß § 28a EnWG erlassene ursprüngliche Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 (Az.: BK7-008-09), welche die vorgenannten materiellen Regelungen des Vergleichsvertrages vom 25./26./28.11.2016 nicht enthielt, erwarten lassen. Sie hat in direkter Folge des Urteils des EuG der Betroffenen zu 1) ihre Rechtsauffassung dargelegt und den Versuch unternommen, diese zu einem konformen Verhalten zu bewegen.

Die ausgesprochene Untersagung war darüber hinaus zwingend. Eine Duldung des Verhaltens bedeutet einen Ermessensfehlergebrauch, weil die Entscheidung des EuG unmittelbar, ohne aufschiebende Wirkung den KOM-Beschluss vom 28.10.2016 (Az.: C(2016) 6950) für nichtig erklärt, welcher wiederum die Grundlage für den Abschluss des Vergleichsvertrags bildete. Zugleich ist eine Untersagung das offensichtlich mildeste verbliebene Mittel. Der Eingriff in bestehende Verträge ist insbesondere vor dem Hintergrund des Verstoßes gegen Europarecht gerechtfertigt. Auch hat die Betroffene zu 1) einen entsprechenden Vorbehalt in ihre AGB aufgenommen (Anlage 2 AGB Ergänzende Geschäftsbedingungen der OPAL Gas-transport GmbH & Co. KG, § 7 Rücktrittsrecht für teilregulierte OGT Kapazitäten). Allen Betroffenen waren schließlich das gerichtliche Verfahren und die möglichen Konsequenzen bekannt, sodass ein entgegenstehendes schutzwürdiges Vertrauen nicht entstehen konnte.

3.3. Anordnung Tenor zu Ziffer 3)

Schließlich wird ein drohender Verstoß der Betroffenen zu 2) und 3) durch Tenorziffer 3) in ermessensfehlerfreier Weise adressiert.

3.3.1. Tatbestandliche Voraussetzungen

(1) Die genannte Tatbestandsvoraussetzung – ein Verhalten, das den Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes sowie den auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Rechtsvorschriften, einschließlich darauf ergangener Verwaltungsakte, entgegensteht – liegt vor. Das unter Tenorziffer 3) des vorliegenden Beschlusses untersagte Verhalten würde zwar durch den Vergleichsvertrag gedeckt. Wie unter 3.1.1 (1) festgestellt, ist dieser Vergleichsvertrag auf Grund der sofort wirkenden Nichtigkeitserklärung des KOM-Beschlusses durch die Entscheidung des EuG vom 10.09.2019 jedoch nicht wirksam. Vielmehr bleibt das vorherige Rechtsregime in Kraft. Infolge des EuG-Urteils vom 10.09.2019, das die zustimmende KOM-Entscheidung zu diesem Vergleichsvertrag für nichtig erklärt hat, steht dieser Vergleichsvertrag

wieder unter dem Geltungsvorbehalt (Änderungs- und Widerrufsvorbehalt der KOM) nach Art. 36 Abs. 9 GasRL. Von daher ist das untersagte Verhalten – zumindest zum Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung – nicht anhand des Vergleichsvertrags, sondern an den Inhalten der ursprünglichen Freistellungsentscheidung zu messen. Die ursprüngliche Freistellungsentscheidung erlaubt weder das Angebot, noch den Transport, noch die Nominierung der genannten Kapazitäten. Das mit dem Tenor zu 3) untersagte Verhalten stellt daher einen Verstoß gegen die auf Grundlage des EnWG ergangene, derzeit maßgebliche ursprüngliche OPAL-Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 (Az.: BK7-08-009) dar.

(2) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

(a) [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Der Internetveröffentlichung der

Betroffenen zu 1) sind folgende Nominierungen für den 11. und 12.09.2019 für teilregulierte entkoppelte Verbindungskapazitäten zu entnehmen:

Einspeisepunkt Greifswald: 15.864.532 kWh/h,

Ausspeisepunkt Brandov: 15.864.532 kWh/h.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
(b) Ein weiterer Beleg ist, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

3.3.2. Entschließungs- und Auswahlermessen

§ 65 EnWG eröffnet der Regulierungsbehörde ein Ermessen. Die Beschlusskammer hat dieses pflichtgemäß ausgeübt.

Rechtsfehlerfrei hat sie sich bei der Entscheidung zunächst darauf gestützt, dass die vorgenannten Umstände einen Verstoß gegen die gemäß § 28a EnWG erlassene ursprüngliche Ausnahmeentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 (Az.: BK7-008-09), welche die vorgenannten materiellen Regelungen des Vergleichsvertrages vom 25./26./28.11.2016 nicht enthielt, erwarten lassen. Sie hat in direkter Folge des Urteils des EuG [REDACTED] ihre Rechtsauffassung dargelegt [REDACTED]

Die ausgesprochene Untersagung war darüber hinaus zwingend. Eine Duldung des Verhaltens bedeutet einen Ermessensfehlgebrauch, weil die Entscheidung des EuG unmittelbar, ohne aufschiebende Wirkung den KOM-Beschluss vom 28.10.2016 (Az.: C(2016) 6950) für nichtig erklärt, welcher wiederum die Grundlage für den Abschluss des Vergleichsvertrags bildete. Zugleich ist eine Untersagung das offensichtlich mildeste verbliebene Mittel. Der Eingriff in bestehende Verträge ist insbesondere vor dem Hintergrund des Verstoßes gegen Europarecht gerechtfertigt. Allen Betroffenen waren schließlich das gerichtliche Verfahren und die möglichen Konsequenzen bekannt, sodass ein entgegenstehendes schutzwürdiges Vertrauen nicht entstehen konnte.

4. Widerrufsvorbehalt nach Tenor zu Ziffer 4)

Die Beschlusskammer behält sich gemäß § 36 Abs. 2 Ziffer 3 VwVfG den Widerruf dieser Entscheidung vor (Tenor zu Ziffer 4). Dieser Vorbehalt soll insbesondere sicherstellen, dass neue Erkenntnisse berücksichtigt werden können, soweit dies erforderlich ist. Diese können sich insbesondere aus weiteren gerichtlichen Entscheidungen, etwa des EuGH, ergeben und ggf. eine Aufhebung des vorliegenden Beschlusses erfordern. Der Widerrufsvorbehalt ist auch verhältnismäßig.

5. Hinweis

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 Abs. 1 Nr. 5 EnWG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist 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).

Barbie Kornelia Haller
Vorsitzende

Diana Harlinghausen
Beisitzerin

Dr. Antje Peters
Beisitzerin