

Brüssel, den 25.9.2017
C(2017) 6554 final

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 25.9.2017

**nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 715/2009 – Deutschland – Zertifizierung
der OPAL Gastransport GmbH & Co. KG**

STELLUNGNAHME DER KOMMISSION

vom 25.9.2017

nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 715/2009 – Deutschland – Zertifizierung der OPAL Gastransport GmbH & Co. KG

I. VERFAHREN

1. Verfahren zur Gewährung der Ausnahmeregelung

1. Am 25. Februar 2009 erließ die deutsche Bundesnetzagentur (im Folgenden „BNetzA“) gemäß Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG¹ zwei Entscheidungen über die Ausnahme der Ostseepipeline-Anbindungsleitung („OPAL“) vom Netzzugang Dritter und von der Entgeltregulierung.
2. In ihren Entscheidungen vom 25. Februar 2009, die am 7. Juli 2009 auf Ersuchen der Kommission geändert wurden, hat die BNetzA unter Auflagen und Bedingungen die gesamte Kapazität der Pipeline von der Anwendung der Bestimmungen über den regulierten Netzzugang Dritter gemäß Artikel 18 und von der Entgeltregulierung gemäß Artikel 25 Absätze 2, 3 und 4 der Richtlinie 2003/55/EG ausgenommen („ursprüngliche Ausnahmeentscheidungen“)². Die Entscheidungen gelten für einen Zeitraum von 22 Jahren ab Aufnahme des Pipeline-Betriebs.
3. Am 13. Mai 2016 notifizierte die BNetzA der Kommission einen Vergleichsvertrag, durch den eine der ursprünglichen Ausnahmeentscheidungen geändert wurde. Im notifizierten Vertrag wird die Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen für die Entgeltregulierung für die zuvor ausgenommene Kapazität beibehalten. Allerdings wird die seit 2009 geltende Ausnahme von den Bestimmungen über den Netzzugang Dritter auf 50 % der Gesamtkapazität des betroffenen Bruchteilseigentums an der OPAL begrenzt. Durch diese Verringerung des Umfangs der Ausnahme wird die Pipeline-Betreiberin OPAL Gastransport GmbH & Co.KG („OGT“) im Wesentlichen dazu verpflichtet, mindestens 50 % der Transportkapazität im Einklang mit den Vorschriften der EU und Deutschlands über den Netzzugang im Rahmen von Auktionen anzubieten.
4. Am 28. Oktober 2016 genehmigte³ die Kommission gemäß Artikel 36 Absatz 9 der Richtlinie 2009/73/EG die Änderungen der Ausnahme, durch die ein wirksamer Netzzugang für alle Marktteilnehmer sichergestellt werden soll, vorbehaltlich zusätzlicher Vorgaben („geänderte Ausnahmeentscheidung“). Die geforderten Änderungen wurden am 28. November 2016 in einem geänderten Vergleichsvertrag umgesetzt („geänderter Vergleichsvertrag“).

¹ Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG (ABl. L 176 vom 15.7.2003, S. 57).

² Zeichen BK7-08-009 der BNetzA.

³ Beschluss C(2016) 6950 final der Kommission vom 28. Oktober 2016 zur Überprüfung der nach der Richtlinie 2003/55/EG gewährten Ausnahme der Ostseepipeline-Anbindungsleitung von den Anforderungen für den Netzzugang Dritter und die Entgeltregulierung, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2016_opal_revision_decision_de.pdf.

5. Am 7. Dezember 2016 erhob die PGNiG Supply & Trading GmbH beim Gericht der Europäischen Union eine Nichtigkeitsklage⁴ gegen die geänderte Ausnahmeentscheidung. Zudem legte PGNiG Supply & Trading GmbH beim Oberlandesgericht Düsseldorf Rechtsmittel gegen den geänderten Vergleichsvertrag ein⁵. Am 21. Dezember 2016 wurde die geänderte Ausnahmeentscheidung auch von der Republik Polen angefochten⁶. In allen drei Verfahren beantragten die Parteien vorläufigen Rechtsschutz⁷, insbesondere die Aussetzung der geänderten Ausnahmeentscheidung.
6. Mit Verfügungen vom 23. Dezember 2016 setzte der Präsident des Gerichts der Europäischen Union die Anwendung der geänderten Ausnahmeentscheidung – bis zur endgültigen Entscheidung über die Anträge – vorübergehend aus. Am 30. Dezember 2016 erließ auch das Oberlandesgericht Düsseldorf eine einstweilige Verfügung, wonach die Anwendung des geänderten Vergleichsvertrags und der Kapazitätszuweisung für die OPAL im Wege täglicher, monatlicher oder jährlicher Auktionen bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ausgesetzt wurde.
7. Mit Verfügungen vom 21. Juli 2017 wies der Präsident des Gerichts der Europäischen Union die Anträge⁸ auf Aussetzung der geänderten Ausnahmeentscheidung zurück und hob die am 23. Dezember 2016 angeordnete Aussetzung auf. Am 27. Juli 2017 hob auch das Oberlandesgericht Düsseldorf die Aussetzung der Anwendung des geänderten Vergleichsvertrags und der Kapazitätszuweisung für die OPAL auf.

2. Zertifizierungsverfahren

8. Am 28. Februar 2017 ging bei der Kommission eine Notifizierung der BNetzA zu einem Entwurf einer Entscheidung über die Zertifizierung der OGT als Fernleitungsnetzbetreiber („FNB“) ein.
9. Der Entwurf der Zertifizierungsentscheidung wurde im Einklang mit Nummer 9 der geänderten Ausnahmeentscheidung übermittelt, der wie folgt lautet:

„Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, ihr spätestens bis zum 28. Februar 2017 für die OGT eine Zertifizierungsentscheidung gemäß der Richtlinie 2009/73/EG und Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 zu notifizieren, in der die Einhaltung der Entflechtungsvorschriften der Richtlinie 2003/55/EG und der geänderten Freistellungsentscheidung geprüft wird.“
10. Mit Schreiben vom 28. April 2017 teilte die Kommission der BNetzA mit, dass sie während der Aussetzung der geänderten Ausnahmeentscheidung auch das Zertifizierungsverfahren als ausgesetzt betrachtete.
11. Nach der Aufhebung der Aussetzung durch den Präsidenten des Gerichts der Europäischen Union legte die BNetzA der Kommission am 26. Juli 2017 den Entscheidungsentwurf zur Zertifizierung der OGT erneut vor.

⁴ Rechtssache T-849/16.

⁵ Rechtssache VI-3 Kart 1203/16 [V].

⁶ Rechtssache T-883/16.

⁷ Verfahren T-849/16 R bzw. T-883/16 R und Rechtssache VI-3 Kart 1203/16 [V].

⁸ In den Verfahren T-849/16 R, T-883/16 R und T-130/17 R. Die letztgenannte Rechtssache betrifft einen weiteren, von der PGNiG SA am 31. März 2017 eingereichten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz.

12. Nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009⁹ („Gasverordnung“) muss die Kommission den übermittelten Entscheidungsentwurf prüfen und der zuständigen nationalen Regulierungsbehörde ihre Stellungnahme bezüglich der Vereinbarkeit mit den geltenden rechtlichen Anforderungen übermitteln.

II. BESCHREIBUNG DER NOTIFIZIERTEN ENTSCHEIDUNG

13. Die OPAL befindet sich derzeit im Eigentum einer Eigentümergemeinschaft („Bruchteilsgemeinschaft“) zwischen der W&G Transport Holding GmbH („W&G“, vormals Wingas GmbH & Co. KG, 80 % Eigentumsanteil) und der Lubmin-Brandov Gastransport GmbH („LBGT“, die im Eigentum und unter der Kontrolle von Uniper Global Commodities SE steht, 20 % Eigentumsanteil). Zu 99,9 % ist die W&G Eigentum der WIGA Transport Beteiligungs-GmbH & Co. KG, die wiederum zu 50,02 % im Eigentum der Wintershall Holding GmbH, eines Tochterunternehmens der BASF SE, und zu 49,98 % im Eigentum der Gazprom Germania GmbH, eines Tochterunternehmens der OOO GAZPROM export, steht. OOO GAZPROM export steht vollständig im Eigentum der PAO GAZPROM („Gazprom“). Der verbleibende Anteil von 0,1 % an der W&G wird von der W&G Beteiligungs-GmbH & Co. KG gehalten, die zu 100 % im Eigentum der WIBG GmbH steht; diese wiederum ist ein 100%iges Tochterunternehmen der Gazprom Germania GmbH.
14. Mit Vertrag vom 30. September 2011 (mit Ergänzungen vom 11. März 2015) hat die OGT das Bruchteileigentum der W&G an der OPAL gepachtet. Zudem wurde die Betriebsführung für den Pipeline-Anteil von 20 % von der LBGT mit dem Betriebsführungsvertrag vom 1. Oktober 2012 auf die OGT übertragen. Die OGT wiederum hat die GASCADE Gastransport GmbH („GASCADE“) im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags mit dem technischen Betrieb der Pipeline beauftragt.
15. In dem Entwurf der Zertifizierungsentscheidung beschloss die BNetzA, die OGT auf der Grundlage der Richtlinie 2003/55/EG als FNB zu zertifizieren.
16. In der Sache wendet die BNetzA die in der Richtlinie 2003/55/EG festgelegten Vorgaben für FNB an. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass weitere Vorgaben der Richtlinie 2009/73/EG nicht anwendbar sind. Die BNetzA kommt zu dem Schluss, dass die OGT die Vorgaben der Richtlinie 2003/55/EG erfüllt, und beschließt, die Zertifizierung zu erteilen.

III. RECHTSRAHMEN

17. Wie vorstehend erwähnt, bildet die geänderte Ausnahmeentscheidung die Rechtsgrundlage für die Zertifizierung der OGT. Diese sieht unter Nummer 9 Folgendes vor:

„Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur auf, ihr [...] für die OGT eine Zertifizierungsentscheidung gemäß der Richtlinie 2009/73/EG und Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 zu notifizieren, in der die Einhaltung der Entflechtungsvorschriften der Richtlinie 2003/55/EG und der geänderten Freistellungsentscheidung geprüft wird.“

⁹ Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 (ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 36).

18. Vor dem Erlass der geänderten Ausnahmeentscheidung war die OGT Gegenstand der Entscheidung der BNetzA vom 25. Februar 2009, die am 7. Juli 2009 geändert wurde. Durch diese Entscheidung, die auf der Grundlage des Artikels 22 der Richtlinie 2003/55/EG erging, wurde die OGT vom Netzzugang Dritter und der Entgeltregulierung ausgenommen. Von den Entflechtungsvorschriften wurde keine Ausnahme gewährt, da in der Richtlinie 2003/55/EG keine Möglichkeit für eine Ausnahme von den darin enthaltenen Entflechtungsvorgaben vorgesehen war. Als die Richtlinie 2009/73/EG in Kraft trat, war in ihrem Erwägungsgrund 35 explizit vorgesehen, dass die gemäß der Richtlinie 2003/55/EG gewährten Ausnahmen bis zu dem Ablaufdatum, das in der Entscheidung über die Gewährung einer Ausnahme festgelegt wurde, weiter gelten. Die Kommission legt diese Bestimmung dahingehend aus, dass die später eingeführten, in der Richtlinie 2009/73/EG festgelegten Entflechtungsvorschriften nicht angewandt werden sollten, wenn dadurch eine bestehende, nach Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG gewährte Ausnahme infrage gestellt werden würde.
19. Bereits in ihrer Stellungnahme zur Zertifizierung für die Nabucco-Pipeline¹⁰ hat die Kommission jedoch festgestellt, dass dies nicht bedeutet, dass Projekte, für die nach Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG eine Ausnahme gewährt wurde, überhaupt keinen Entflechtungsvorschriften unterliegen. Bestimmte Entflechtungsvorschriften müssen dennoch eingehalten werden, insbesondere die sich aus der Richtlinie 2003/55/EG ergebenden Vorschriften über die rechtliche und funktionale Entflechtung und sonstige relevante Regelungen, die in den geltenden Ausnahmeentscheidungen festgelegt sind. Die Vorgaben im Rahmen der Richtlinie 2003/55/EG galten bereits zum Zeitpunkt der ursprünglichen Ausnahmeentscheidung, und wenngleich durch Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2009/73/EG der Schutz des in der Ausnahmeentscheidung vorgesehenen langfristigen Rahmens sichergestellt wird, zielt dies nicht darauf ab, Anforderungen zu verringern, die bereits aus dem bestehenden Rechtsrahmen resultierten.
20. Wie auch in der Stellungnahme zu Nabucco festgestellt wurde, ist die Kommission darüber hinaus der Ansicht, dass in Fällen, in denen für Infrastruktur nur eine partielle Ausnahme nach Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG gewährt wurde, die Entflechtungsvorschriften der Richtlinie 2009/73/EG grundsätzlich auf den nicht ausgenommenen Teil der Kapazität anzuwenden sind, es sei denn, dies ist nicht möglich, ohne den Zweck der Ausnahme zu unterlaufen.
21. Die OGT unterliegt daher weiter den in der Richtlinie 2003/55/EG festgelegten Vorgaben für die FNB sowie den Vorgaben der Ausnahmeentscheidung.
22. Die ursprüngliche Ausnahmeentscheidung enthält eine zusätzliche Bedingung, die der Bedingung in der Nabucco-Zertifizierung ähnelt. Nummer 1 Buchstabe e der notifizierten nationalen Ausnahmeentscheidung lautet wie folgt:
- „Die folgende Bestimmung ist bis zur Inbetriebnahme der OPAL in den Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin aufzunehmen: „Die Geschäftsführung agiert in allen laufenden Systembetriebsfragen unabhängig und entscheidet innerhalb des genehmigten Finanzierungsplans unabhängig über den Bau oder die Umstrukturierung der OPAL. Mit Ausnahme einer Rechtskontrolle ist jede Befugnis der Gesellschaft oder der Gesellschafter, der Geschäftsführung

¹⁰ Stellungnahme C(2012)9575, 045-2012-AT vom 11. Dezember 2012, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2012_045_at_de.pdf.

Weisungen zu erteilen, insoweit eingeschränkt.‘ Die entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages ist der Beschlusskammer nachzuweisen.“

23. Vom rechtlichen Rahmen für die Prüfung durch die BNetzA nicht erfasst wird die Frage, ob die Kontrolle der OGT durch Gazprom, eine Rechtsperson aus einem Drittstaat, die Energieversorgungssicherheit des Mitgliedstaats und der Union gefährdet. Eine solche Prüfung gemäß Artikel 11 der Richtlinie 2009/73/EG stünde nicht im Einklang mit Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2009/73/EG, da sich die Beteiligung von Gazprom an der OGT gegenüber dem Zeitpunkt der Gewährung der ursprünglichen Ausnahme nicht geändert hat. In einem solchen Fall wäre mit der Anwendung des Artikels 11 auf eine Infrastruktur, für die eine Ausnahme gilt, das Risiko verbunden, das der Ausnahme zugrunde liegende Wirtschaftsmodell zu konterkarieren. Eine solche Prüfung ist nach der Richtlinie 2003/55/EG zudem nicht erforderlich.

IV. BEMERKUNGEN

1. Das relevante vertikal integrierte Unternehmen

24. Um die Einhaltung der Entflechtungsvorgaben prüfen zu können, muss zunächst festgestellt werden, ob und inwieweit ein vertikal integriertes Unternehmen („VIU“) vorliegt, auf das diese Vorgaben anzuwenden sind. Dem Entscheidungsentwurf der BNetzA zufolge umfasst das VIU einerseits die Wintershall-Gruppe und andererseits die GAZPROM-export-Gruppe. Die jeweiligen Muttergesellschaften BASF SE und Gazprom werden von der BNetzA nicht dem VIU zugerechnet.
25. Nach der Definition des Artikels 2 Nummer 20 der Richtlinie 2003/55/EG ist ein VIU ein Erdgasunternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen, deren gegenseitige Beziehungen in Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen festgelegt sind, wobei das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Gruppe mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, LNG oder Speicherung und mindestens eine der Funktionen Gewinnung oder Lieferung von Erdgas wahrnimmt.
26. Aus dieser Definition folgt, dass i) das VIU in einem der Bereiche Gasfernleitung, Verteilung, LNG oder Speicherung einerseits und in der Gewinnung oder Lieferung von Erdgas andererseits tätig sein muss und ii) die Teile des VIU, die diese Tätigkeiten wahrnehmen, durch Beherrschung miteinander verbunden sein müssen. Die BNetzA fügt ein weiteres Kriterium hinzu, das sich aus dem deutschen Recht ergibt, wonach das Unternehmen in der EU tätig sein muss.
27. Zwar ist die Definition eines VIU in der Richtlinie 2003/55/EG nicht mit der Definition in der Richtlinie 2009/73/EG identisch, jedoch unterscheiden sich beide Definitionen nur insofern voneinander, als in der Richtlinie 2009/73/EG nicht mehr auf die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 Bezug genommen, sondern von der allgemeinen Definition des Begriffs der Kontrolle im Wettbewerbsrecht ausgegangen wird. Frühere Stellungnahmen der Kommission zur Auslegung des Begriffs „VIU“ im Rahmen der Richtlinie 2009/73/EG sind daher auch für die Auslegung der Richtlinie 2003/55/EG relevant.
28. Bereits in ihrer Stellungnahme zur Zertifizierung der GASCADE¹¹ hatte die Kommission Zweifel daran geäußert, dass die Definition im deutschen Recht mit

¹¹ Stellungnahme C(2012)9106 040-2012-DE vom 3. Dezember 2012, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2012_040_de_de.pdf.

dem EU-Recht in Einklang steht. Die Kommission stellt fest, dass die von der BNetzA zugrunde gelegte Definition des VIU u. a. ohne erkennbaren Grund kategorisch Unternehmen auszuschließen scheint, die von dem VIU kontrolliert werden, jedoch außerhalb der EU ansässig sind. In ihrer Stellungnahme zur Zertifizierung der NEL¹² äußerte die Kommission erneut ihre Bedenken.

29. Die Definition des VIU umfasst die gesamte wirtschaftliche Einheit oder Gruppenstruktur, der der FNB angehört. Wäre die Zugehörigkeit zum VIU auf jene Unternehmen der Gruppe beschränkt, die unmittelbar Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Gewinnung oder Lieferung von Gas ausüben oder Tätigkeiten innerhalb der EU wahrnehmen, könnten die Entflechtungsvorschriften leicht dadurch umgangen werden, dass innerhalb einer bestimmten Gruppe weitere Tochterunternehmen gegründet werden, die diese Tätigkeiten nicht wahrnehmen oder nur außerhalb der EU tätig sind, aber lediglich dazu dienen, in einer den Entflechtungsvorgaben zuwiderlaufenden Weise Einfluss auf den FNB zu nehmen.
30. Die Kommission stellt fest, dass die BASF SE zwar selbst möglicherweise kein Interesse daran hat, Einfluss auf die Entscheidungsfindung der OGT zu nehmen, um eigene Interessen zu fördern; sie hat jedoch als Miteigentümerin der Wintershall-Gruppe ein solches Interesse. Die Kommission unterstreicht daher erneut, dass die gesamte BASF-Gruppe und alle unter ihrer Kontrolle stehenden Gesellschaften Teil des VIU sind und auf die OGT keinen Einfluss ausüben dürfen, der den anwendbaren Bestimmungen widerspricht.
31. Hinsichtlich der GAZPROM ist die Tatsache, dass das Unternehmen selbst keine Aktivitäten im Energiebereich innerhalb der EU wahrnimmt, wohl aber über sein Tochterunternehmen OOO GAZPROM export, für die Abgrenzung des Begriffs „VIU“ nicht relevant, da die Definition des Begriffs „VIU“ weder in der Richtlinie 2003/55/EG noch in der Richtlinie 2009/73/EG eine besondere geografische Einschränkung vorsieht. Aus dem Wortlaut der Definitionen in den Richtlinien ist nach Auffassung der Kommission klar ersichtlich, dass der Begriff „VIU“ auch außerhalb der EU ansässige Unternehmen umfasst. Dies ergibt sich zudem aus den Erwägungsgründen der Richtlinien, die Folgendes vorsehen: „Der Grundsatz der tatsächlichen Trennung der Netzaktivitäten von den Versorgungs- und Gewinnungsaktivitäten sollte in der gesamten Gemeinschaft sowohl für Gemeinschaftsunternehmen als auch für Nichtgemeinschaftsunternehmen gelten“¹³.
32. Im Entwurf ihrer Zertifizierungsentscheidung räumt die BNetzA ein, dass eine enge Definition des Begriffs „VIU“ eine Umgehung der Entflechtungsvorschriften ermöglichen könnte. Die Kommission begrüßt die Tatsache, dass für die BNetzA eine weniger enge Auslegung der Bestimmungen über die funktionale Entflechtung möglich wäre, um einen derartigen Umgehungsversuch zu verhindern. Eine solche weiter gefasste Auslegung, die z. B. vom Gleichbehandlungsbeauftragten des FNB verlangen würde, das Verhalten von Einrichtungen außerhalb des VIU zu berücksichtigen, trägt jedoch nicht dazu bei, Klarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich des Umfangs der Kontrolle zu schaffen. Zudem ist die Anwendung von Bestimmungen, die bei wörtlicher Auslegung nur für VIU gelten, auf Einrichtungen außerhalb des VIU nur eingeschränkt relevant, wenn der Begriff des VIU wie oben

¹² Stellungnahme der Kommission vom 18. Oktober 2013 zum Entwurf der BNetzA für Zertifizierungsentscheidungen für NEL, Gasunie Ostsee und Fluxys C(2013) 7019 083-2013-DE, 084-2013-DE, 085-2013-DE vom 18. Oktober 2013, https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/2013_083_084_085_de_de.pdf.

¹³ Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2009/73/EG.

beschrieben im Einklang mit der Richtlinie 2003/55/EG und der Richtlinie 2009/73/EG breit ausgelegt wird.

33. Hinsichtlich des Eigentums der Uniper Global Commodities SE, die Teil der Uniper-Gruppe ist und 20 % an der Pipeline hält, fungiert Lubmin-Brandov Gastransport GmbH als Fernleitungsnetzbetreiber. Aus der Tatsache allein, dass Lubmin-Brandov Gastransport GmbH die OGT mit dem technischen Betrieb der Pipeline beauftragt hat, lässt sich jedoch nicht schließen, dass die Uniper-Gruppe die OGT kontrolliert. Es liegen daher keine Anzeichen dafür vor, dass OGT Teil des VIU Uniper ist.
34. Die Kommission fordert die BNetzA daher auf, in ihrer endgültigen Entscheidung klarzustellen, dass die relevanten Unternehmen oder Unternehmensgruppen, die als zum VIU gehörig anzusehen sind, in jedem Fall die BASF SE und die OAO GAZPROM einschließen.
2. **Kontrolle über die Vermögenswerte des Fernleitungsnetzes und tatsächliche Entscheidungsgewalt**
35. Wie unter Nummer 14 der vorliegenden Stellungnahme ausgeführt wurde, hat die OGT das Bruchteilseigentum der W&G an der OPAL gepachtet und einen Betriebsführungsvertrag mit der LBGT geschlossen. Die OGT wiederum hat die GASCADE im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags mit dem technischen Betrieb der Pipeline beauftragt.
36. Nach Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie 2003/55/EG muss der Fernleitungsnetzbetreiber zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig sein. Nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 2003/55/EG muss der FNB in Bezug auf Vermögenswerte, die für den Betrieb, die Wartung oder den Ausbau des Netzes erforderlich sind, tatsächliche Entscheidungsbefugnisse haben. Dies erfordert eine wirksame Kontrolle über die Vermögenswerte des Fernleitungsnetzes, jedoch keine Trennung in Bezug auf das Eigentum an den Vermögenswerten, was in Artikel 9 Absatz 1 klargestellt wird.
37. Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Entflechtungsvorschriften der Richtlinie 2009/73/EG auf den nicht ausgenommenen Teil der Kapazität¹⁴ sollte zunächst festgestellt werden, dass für die OGT nach der ursprünglichen Ausnahmeentscheidung eine vollständige Ausnahme gemäß Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG galt. Die geänderte Ausnahmeentscheidung enthält materiellrechtliche Vorgaben, die einen effektiven Netzzugang Dritter sicherstellen sollen, wodurch die Möglichkeiten eines missbräuchlichen Verhaltens des VIU drastisch eingeschränkt werden. Die Entscheidung enthält insbesondere Vorgaben für die anzubietenden Produkte, für das einzuhaltende Auktionsverfahren, für die Einspeisekapazitäten, die korrespondieren müssen, für die anzuwendenden Tarife und die anzubietenden Lastflusszusagen. Die für die teilweise regulierten Kapazitäten notifizierten Kosten werden von der BNetzA geprüft, wie aus Abschnitt 2.7.2 des Entwurfs der Zertifizierungsentscheidung hervorgeht. Vor diesem Hintergrund stellt die geänderte Ausnahmeentscheidung ausreichend sicher, dass die Kapazität, die Gegenstand des regulierten Netzzugangs ist, unabhängig von Produktions- oder Lieferinteressen der Anteilseigner der Pipeline vermarktet wird. Die Anwendung der eigentumsrechtlichen Entflechtung auf den nicht ausgenommenen Teil der Pipeline würde hingegen die gemäß Artikel 22 der Richtlinie 2003/55/EG gewährte ursprüngliche Ausnahme ernstlich infrage stellen.

¹⁴

Siehe Nummer 17

38. Die Vorgaben der Richtlinie 2003/55/EG hinsichtlich des Eigentums an den Vermögenswerten können grundsätzlich dadurch erfüllt werden, dass die OGT die benötigten Vermögenswerte pachtet. Durch den notifizierten Pachtvertrag (Anlagen 2a und 2b der Notifizierung) wird sichergestellt, dass die OGT als FNB für die Wartung verantwortlich ist und das Recht hat, die Anlagen zu ändern oder zu modernisieren. Der Vertrag enthält keine Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung der Vermögenswerte, abgesehen davon, dass die Übertragung der Pacht als Ganzes auf einen Dritten untersagt ist. Der Pachtvertrag stellt wirksame Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der Vermögenswerte des Fernleitungsnetzes daher grundsätzlich ausreichend sicher.
39. Die Kommission möchte jedoch darauf hinweisen, dass wirksame und unabhängige Entscheidungen auf der Grundlage von Pachtverträgen eine ausreichend lange Laufzeit dieser Verträge und eine rechtzeitige Verlängerung vor ihrem Ablauf voraussetzen, damit der FNB sich uneingeschränkt und jederzeit auf den Pachtvertrag verlassen kann. Angesichts der bei Gasfernleitungen üblichen Praxis langfristiger Kapazitätsbuchungen könnten Pachtverträge mit sehr kurzer Laufzeit hinsichtlich der Entscheidungsbefugnisse eines FNB problematisch sein. So wurde z. B. der Pachtvertrag mit einer Laufzeit bis 31. Dezember 2016 erst am 1. Januar 2017 verlängert und gilt jetzt bis zum 31. Dezember 2018. Solche spät erfolgenden Verlängerungen um relativ kurze Zeiträume können sich auf die wirksamen Entscheidungsbefugnisse des FNB nachteilig auswirken. Die Kommission fordert die BNetzA auf, zu prüfen, ob die Vertragsverlängerungen rechtzeitig im Voraus und für hinreichend lange Zeiträume vereinbart werden, damit die wirksame Kontrolle des FNB über die Vermögenswerte gewährleistet ist.
40. Was den tatsächlichen technischen Betrieb der Pipeline betrifft, so hat die OGT einen großen Teil ihrer Aufgaben vertraglich auf die GASCADE übertragen (Betriebsführungsvertrag, Anlagen 14a bis 14d). Die Übertragung bestimmter operationeller Aufgaben kann eine effiziente Lösung für den Betrieb einer Pipeline sein, insbesondere wenn diese Pipeline mit einem größeren integrierten Netz verbunden ist. Um wirksame Entscheidungsbefugnisse des jeweiligen FNB sicherstellen zu können, muss dafür gesorgt werden, dass der betreffende FNB die uneingeschränkte Kontrolle über die Pipeline behält und weiterhin die vollständige Verantwortung für ihren Betrieb trägt. Dies bedeutet, dass der FNB in der Lage sein muss, dem mit den spezifischen Aufgaben betrauten Netzbetreiber Weisungen zu erteilen und ihn zu beaufsichtigen. Damit die wirksame Entflechtung durch die Übertragung von Aufgaben nicht gefährdet wird, muss außerdem die Rechtsperson, auf die die Aufgaben übertragen werden, denselben (oder strengeren) Entflechtungsvorgaben unterliegen wie der übertragende FNB.
41. Im Falle der OGT wurden sehr wichtige Aufgaben auf die GASCADE übertragen, für deren Wahrnehmung schätzungsweise 28,8 Personenjahre benötigt werden. Die Aufgaben sind technischer Art (z. B. Dispatching oder Wartung), aber auch administrativer Natur (z. B. juristische Verwaltung, Finanzverwaltung). Darüber hinaus nutzt die OGT Büroräume in einem mit der GASCADE gemeinschaftlich genutzten Gebäude und verwendet von der GASCADE betriebene IT-Systeme. Zum Vergleich: Bei der OGT sind unmittelbar acht Mitarbeiter in den Bereichen „Asset Management“, „Controlling & Finanzen“, „Administration & Reporting“, „Kapazitäts- und Regulierungsmanagement“ sowie im Management beschäftigt. Dies ist ein klares Indiz für eine umfassende Übertragung von Aufgaben, zeigt jedoch auch, dass die OGT im Vergleich zum Dienstleistungserbringer GASCADE über

eine nicht zu vernachlässigende Personalstärke verfügt, die es grundsätzlich ermöglicht, den Dienstleistungserbringer zu kontrollieren und ihm Weisungen zu erteilen. Die jüngste Änderung des notifizierten Dienstleistungsvertrags sieht ausdrücklich vor, dass die OGT von der GASCADE die Übermittlung von Informationen verlangen kann und befugt ist, der GASCADE bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Weisungen zu erteilen. Durch diese ausdrückliche Bestimmung in Verbindung mit einem Mindestteam eigener Mitarbeiter wird sichergestellt, dass die OGT trotz der Aufgabenübertragung in Einklang mit der Richtlinie 2003/55/EG über wirksame Entscheidungsbefugnisse verfügt.

42. Die GASCADE gehört zu demselben vertikal integrierten Unternehmen wie die OGT, sie ist jedoch nicht Gegenstand einer Ausnahmeentscheidung. Die GASCADE wurde als ITO zertifiziert und unterliegt somit strengeren Entflechtungsvorgaben als die OGT. Vor diesem Hintergrund gefährdet die Übertragung von Aufgaben auf die GASCADE nicht die in Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 2003/55/EG geforderte Fähigkeit der OGT, unabhängige effektive Entscheidungen zu treffen.
43. Allerdings wurde die oben genannte jüngste Änderung des notifizierten Dienstleistungsvertrags vom 14. Dezember 2016 bisher nur in der Entwurfsfassung notifiziert. Da in der Notifizierung davon die Rede ist, dass die endgültige Unterzeichnung dieses Vertrags unmittelbar bevorsteht, ersucht die Kommission die BNetzA, in ihrer endgültigen Entscheidung zu prüfen, ob diese Änderung tatsächlich vereinbart wurde.

3. Rechtsform, Unabhängigkeit der Unternehmensleitung, Gleichbehandlungsprogramm

44. Die OGT ist hinsichtlich ihrer Rechtsform entsprechend den Vorgaben des Artikels 9 Absatz 1 der Richtlinie 2003/55/EG unabhängig.
45. Im Einklang mit den Vorgaben des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 2003/55/EG ist die Unternehmensleitung der OGT direkt bei der OGT beschäftigt und nicht an Unternehmensstrukturen des VIU beteiligt, die direkt oder indirekt für die Erdgasgewinnung, -verteilung oder -versorgung zuständig sind. In § 9a des OGT-Gesellschaftsvertrags (Anlage 11 der Notifizierung) ist geregelt, dass die Unternehmensleitung der OGT in allen laufenden Betriebsfragen – innerhalb des genehmigten Finanzplans auch über die Umstrukturierung oder den Netzausbau der OPAL – unabhängig entscheidet. Dadurch wird das Recht der Gesellschafter, der OGT Weisungen zu erteilen, ausdrücklich eingeschränkt.
46. Die OGT hat ein Gleichbehandlungsprogramm erstellt und die Gleichbehandlungsbeauftragte der GASCADE als Gleichbehandlungsbeauftragte für die OGT bestellt. Die Gleichbehandlungsbeauftragte ist in ihrer Funktion weisungsfrei. Das Gleichbehandlungsprogramm (Anlage 18 der Notifizierung) enthält Regelungen in Bezug auf die Diskriminierungsfreiheit, den Schutz von vertraulichen Informationen (einschließlich einer konkreten Liste von Informationen, die nach Auffassung der BNetzA als sensibel einzustufen sind) und die Verpflichtung aller Mitarbeiter zur Zusammenarbeit mit der Gleichbehandlungsbeauftragten. Die Gleichbehandlungsbeauftragte erstattet der BNetzA jährlich Bericht. Somit erfüllt das Gleichbehandlungsprogramm die Vorgaben des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe d der Richtlinie 2003/55/EG.
47. Die OGT hat laut Notifizierung erklärt, dass die OGT „vorbehaltlich der Regelungen des Gesellschaftsvertrags und künftiger Beschlüsse der Gesellschafterversammlung“

vom VIU unabhängig ist. Die Kommission stimmt der Einschätzung der BNetzA zu, wonach die Unabhängigkeit nicht vom guten Willen der Gesellschafter abhängen darf. Unabhängigkeit setzt vielmehr voraus, dass Entscheidungen unabhängig vom und sogar gegen den Willen der Gesellschafter getroffen werden können. Daher fordert die Kommission die BNetzA auf, in ihrer endgültigen Entscheidung dafür zu sorgen, dass die OGT ihre Erklärung anpasst. Dadurch wird auch die Vereinbarkeit mit der Anforderung unter Nummer 1 e) der notifizierten nationalen Ausnahmeentscheidung¹⁵ sichergestellt.

4. Entflechtung der Rechnungslegung

48. Nach Artikel 17 der Richtlinie 2003/55/EG ist die OGT verpflichtet, Jahresabschlüsse im Einklang mit den einschlägigen Vorgaben für Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu erstellen und getrennte Konten für jede ihrer Tätigkeiten in den Bereichen Fernleitung, Verteilung, LNG und Speicherung zu führen, um Quersubventionierungen, Diskriminierungen und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.

49. Die OGT, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht, hat Jahresabschlüsse für die Jahre 2013 bis 2015 vorgelegt. Für 2013 wurde im Jahresabschluss zwischen „Ergebnissen aus dem Fernleitungsgeschäft“ und „anderen typischen Geschäftstätigkeiten“ unterschieden, wobei auf letztere im Jahr 2013 weniger als 5 % der Erlöse (und im Jahr 2012 weniger als 1 %) entfielen. Dasselbe galt für 2014. Seit 2015 wendet die OGT § 6b EnWG an, und auf dieser Grundlage kommt sie zu dem Ergebnis, dass alle ihre Tätigkeiten in die Kategorie „Fernleitungsgeschäft“ fallen. Die BNetzA hat bestätigt, dass die OGT diese Vorgabe erfüllt. Die Kommission sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Vorgabe nicht ordnungsgemäß beurteilt und eingehalten wurde.

5. Vorgaben der Ausnahmeentscheidung

50. Wie bereits unter Nummer 21 der vorliegenden Stellungnahme ausgeführt wurde, enthält die ursprüngliche Ausnahmeentscheidung eine weitere Bedingung, die hinsichtlich der Unabhängigkeit des FNB einer Bedingung der Nabucco-Zertifizierung ähnelt. Die Bestimmung unter Nummer 1 Buchstabe e der notifizierten nationalen Ausnahmeentscheidung (die im Rahmen der geänderten Ausnahmeentscheidung beibehalten wird) wurde als Artikel 9a in den Gesellschaftsvertrag der OGT (Anlage 11 der Notifizierung) aufgenommen; die in der ursprünglichen Änderungsentscheidung festgelegte Bedingung wird somit erfüllt.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

51. Nach Absatz 3 Absatz 2 der Gasverordnung muss die BNetzA die vorstehenden Anmerkungen der Kommission bei ihrer endgültigen Entscheidung bezüglich der Zertifizierung der OGT so weit wie möglich berücksichtigen und diese Entscheidung der Kommission mitteilen.

52. Die Stellungnahme der Kommission zu dieser besonderen Notifizierung berührt nicht etwaige Stellungnahmen, die sie gegenüber nationalen Regulierungsbehörden zu anderen mitgeteilten Maßnahmenentwürfen in Bezug auf die Zertifizierung oder gegenüber für die Umsetzung der EU-Rechtsvorschriften zuständigen nationalen

¹⁵ Siehe Nummer 21.

Behörden in Bezug auf die Vereinbarkeit nationaler Umsetzungsmaßnahmen mit dem EU-Recht abgibt.

53. Die Kommission wird diese Stellungnahme auf ihrer Website veröffentlichen. Die Kommission betrachtet die hierin enthaltenen Informationen nicht als vertraulich. Die BNetzA wird gebeten, der Kommission innerhalb von fünf Arbeitstagen nach Eingang dieses Schreibens unter Angabe von Gründen mitzuteilen, ob dieses Dokument ihrer Ansicht nach gemäß EU- und nationalen Rechtsvorschriften über das Geschäftsgeheimnis vertrauliche Informationen enthält, die vor der Veröffentlichung gestrichen werden sollten.

Geschehen zu Brüssel am 25.9.2017

*Für die Kommission
Miguel ARIAS CAÑETE
Mitglied der Kommission*

