

# Nord Stream 2: Ein politischer Wirtschaftskrimi und seine EU-rechtlichen Folgen

Kaum ein anderes Energie-Infrastrukturprojekt ist in der EU politisch und rechtlich derart umstritten wie das Nord Stream 2-Projekt mit dem Geschäftssitz der Projektgesellschaft in Zug, das Gas aus Russland durch die Ostsee nach Deutschland exportieren soll. Dieses europäische Infrastrukturprojekt eignet sich wie nur wenige andere, die enge Verflechtung wirtschaftlicher, politischer und rechtlicher Implikationen zu veranschaulichen, die jedem solchen energiewirtschaftlichen Projekt im EU-Binnenmarkt eigen sind.

<b>I. Einleitung</b>	318
<b>II. Das Projekt Nord Stream 2</b>	318
<b>III. Jüngere EU-Energiapolitik</b>	319
1. Energierechtliche Kompetenzverlagerung vom Mitgliedsstaat zur EU	319
2. Einzelstaatliche Hürden in Genehmigungsprozessen bei der Verlegung der Nord Stream 2-Fernrohrleitung	319
<b>IV. Die europarechtlichen Dimensionen des Nord Stream 2-Projekts</b>	320
1. Die Dritte Gasdirektive	320
2. Die Rechtsprobleme bei Nord Stream 1	321
3. Versuche, die Gasbinnenmarktregeln auf Nord Stream 2 anzuwenden	322
4. Nationale Umsetzung in deutsches Bundesrecht	324
<b>V. Vorläufiges Ende des Nord Stream 2-Projektes und die rechtlichen Folgen</b>	325
1. Erste Alternative: erleichterte Ausnahme nach § 28b EnWG und Art. 49a (EU) 2019/692	325
2. Zweite Alternative: Ausnahmegenehmigung nach Art. 36 Abs. 1 2009/73/EG	326
3. Dritte Alternative: Erfüllung der Wettbewerbsvoraussetzungen durch das Nord Stream 2-Projekt	326
4. Anhängige Rechtsverfahren	327
<b>VI. Schlussbetrachtung</b>	327

Zitiervorschlag:

JÖRG HIMMELREICH, Nord Stream 2: Ein politischer Wirtschaftskrimi und seine EU-rechtlichen Folgen, sui generis 2020, S. 317

Dr. iur. Jörg Himmelreich ist Professeur Affilié an der École Supérieure de Commerce à Paris (ESCP), Paris/Berlin, und Non-Resident Scholar am Zentrum für Öffentliches Recht der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften ZHAW in Winterthur. Herzlich dankt er Prof. Andreas Abegg, ZHAW Winterthur, für die wertvollen Anregungen und kritische Durchsicht sowie dem Zentrum für die finanzielle Förderung.

URL: [sui-generis.ch/140](http://sui-generis.ch/140)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.140>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

## I. Einleitung

- 1 Die Entwicklungen auf dem EU-Gasbinnenmarkt allgemein und des deutschen Gasimports aus Russland im Besonderen sind unmittelbar relevant für die Energieversorgungssicherheit der Schweiz und für die Restrukturierung und Öffnung des Schweizer Gasmarktes. Dies verdeutlicht eine Studie der ETH Zürich von 2018 im Auftrag des Schweizer Bundesamts für Energie:

«In der Schweiz deckt Erdgas 14% der Endenergienachfrage [...]. Entsprechend ist die mögliche Entwicklung der Erdgasmärkte und der Versorgungssituation der vollständig von Importen abhängigen Schweiz ein wichtiger Aspekt für die Schweizer Energiestrategie. Vor dem Hintergrund der Restrukturierung europäischer Märkte [...] sowie dem Konflikt zwischen Russland und der Ukraine ist die Versorgungssicherheit von zentraler Bedeutung.»<sup>1</sup>

Und:

«Da die Schweiz jedoch nicht Mitglied der EU ist und weder über eigene Produktions- und Speichermöglichkeiten verfügt, sollte sie eine enge Koordination mit der EU sicherstellen.»<sup>2</sup>

- 2 Wie bei einem beispielhaften Musterfall eines europarechtlichen Lehrbuchs will der folgende Beitrag anhand konkreter einzelner Fragen, die dieser Fall aufwirft<sup>3</sup>, einen Einblick in die sich ständig fortentwickelnde neue Architektur des europäischen Energierechts im Gasbinnenmarkt nebst ihrem europapolitischen Hintergrund geben. Dazu will er selektiv entlang der konkreten Rechtsfragen dieses Falls veranschaulichen, welche detaillierte und komplexe Verschachtelung europarechtlicher Zuständigkeiten der EU mit den einzelstaatlichen Zuständigkeiten eines EU-Mitgliedsstaates, hier der Bundesrepublik Deutschland, den EU-Gasbinnenmarkt reguliert.

1 JAN ABRELL / LÉO CHAVAZ / HANNES WEIGEL, *Modelling the Swiss Gas Market in a European Context*, Studie im Auftrag des Schweizer Bundesamts für Energie, September 2018, S. 10.

2 Ebenda, S. 11.

3 Eine umfangreiche internationale juristische Literatur hat den Fortgang des Baus begleitet. Vgl. zuletzt ANKE SCHMIDT-FELZMANN, *Gazprom's Nord Stream 2 and diffuse authority in the EU: managing authority challenges regarding Russian gas supplies through the Baltic Sea*, *Journal of European Integration* 2020, S. 129 ff.; VALENTIN JEUTNER, *Amendments, annexations, alternatives: Nord Stream 2's contemporary status under EU and international law*, *Journal of World Energy Law and Business* 2019, 502 ff.; In der Schweizer Literatur ist zu nennen: SEBASTIAN HESELHAUS / ELISABETH BECKER, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Energierecht*, in: Epiney (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019*, Bern 2019, S. 256; SEBASTIAN MEYER, *Acting on Behalf of Europe: Do Member States have Each Other's Telephone Number*, in: Epiney (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2018/2019*, Bern 2019, S. 334 ff.; SAMUEL WYER, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/18*, Zürich/St.Gallen 2018, S. 272 f.

Dabei konzentriert sich der Beitrag rechtlich auf das gesetzliche Regime der Ausnahmen von den gesetzlich geforderten Wettbewerbsbedingungen für den EU-Gasbinnenmarkt, das die hier einschlägige EU-Gasrichtlinie 2009/73/EG in ihren Art. 36 und Art. 41 Abs. 1 lit. a und ihre deutsche Umsetzung in §§ 28a und 28b EnWG (Energiewirtschaftsgesetz) etablieren. Dazu gehört auch eine ausführliche Darstellung der Novellierungsgeschichte dieser Normen. Schliesslich soll verdeutlicht werden, welche rechtlichen und politischen und schliesslich auch wirtschaftlichen Risiken jeden Investor in Infrastrukturprojekte mit mehrjähriger Bauzeit auf dem EU-Binnenmarkt erwarten, wenn er während der Novellierung von entscheidenden einschlägigen gesetzlichen Regelungen durch normsetzende EU-Behörden und gegen sich ausdehnenden politischen Widerstand in der EU und in EU-Mitgliedstaaten versucht, sein Grossprojekt unverändert durchzusetzen. Diese Risiken betreffen jeden, der sich auf dem EU-Binnenmarkt engagiert, auch den nach Schweizer Gesellschaftsrecht gegründeten Investor.

## II. Das Projekt Nord Stream 2

An der im Handelsregister des Kantons Zug eingetragenen Projektgesellschaft der Nord Stream 2 AG beteiligten sich gemäss Vertrag vom 4. September 2015 die russische PJSC Gazprom, eine hundertprozentige Tochter der PAO Gazprom, mit zunächst 51% der Anteile, und die westlichen Minderheitspartner BASF/Wintershall und E.ON, OMV und Shell mit jeweils 10% der Anteile sowie die französische Engie (früher GDF Suez) mit 9%. Parallel zu Nord Stream 1 sollte Nord Stream 2 mit zwei weiteren Strängen weitere 55 Mrd. Kubikmeter Gas jährlich vom russischen Ostseehafen Wyborg zum deutschen Hafen Lubmin bei Greifswald liefern.

Von Beginn an war Nord Stream 2 in der EU noch umstrittener als Nord Stream 1. Wie zuvor wurde auch jetzt wieder auf die geopolitischen Interessen des russischen Präsidenten Putin hingewiesen, den Gasexport in die Bundesrepublik Deutschland als grösstem Importeur von russischem Gas in Europa am Territorium der Ukraine vorbeizuführen, nach dem Ablauf des Gasexportvertrages mit der ukrainischen Naftogaz zum 31. Dezember 2019 diesen durch diese Umgehung dann ganz zu ersetzen und somit der Ukraine ein wichtiges Instrument zu nehmen, sich wirtschaftlichen und politischen Pressionen Russlands zu widersetzen.

Das renommierte Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Berlin, kam zu dem Ergebnis, Nord Stream 2 sei für die deutsche und europäische Gasversorgung nicht nötig, umweltpolitisch schädlich und zu-

dem wirtschaftlich unrentabel.<sup>4</sup> Selbst die russische Staatsbank Sberbank monierte – im «System Putin» durchaus mutig<sup>5</sup> –, dass Gazprom mit dem Bau von Nord Stream 2 keinen Gewinn erzielen könne, sondern nur geopolitischen Interessen und der Versorgung einer kleinen, geschlossenen Gruppe von russischen Zulieferern diene.<sup>6</sup> Soweit zum politischen und wirtschaftlichen Hintergrund des Projekts.

### III. Jüngere EU-Energiepolitik

#### 1. Energierechtliche Kompetenzverlagerung vom Mitgliedsstaat zur EU

- 6 Seit dem Jahr 2009 haben mehrere Faktoren die Gaswirtschaftsbeziehungen zwischen EU und Deutschland einerseits und Russland andererseits fundamental und zunehmend voranschreitend beeinflusst: Die EU-Reformen zur Privatisierung ehemals öffentlich-rechtlicher Unternehmen der öffentlichen Daseinsvorsorge und zur Liberalisierung dieser Märkte führten zu immer häufigeren und intensiveren politischen Eingriffen durch die EU und die Mitgliedsstaaten in den europäischen Gasmarkt, mit der Folge einer wachsenden politischen Determinierung des EU-Gas- und Energiemarktes. Die europäische und deutsche «Energiewende» mit ihren neuen EU-Klima- und Energiepolitiken und entsprechenden Gesetzesinitiativen machte die Umsetzung und Ausgestaltung der langfristigen Gasversorgungsverträge politisch und rechtlich unsicherer und unvorhersehbarer. Seit dem Vertrag von Lissabon 2007 hat sich die zwischen dem einzelnen nationalen Mitgliedsstaat und supranationalen EU-Organen aufgeteilte Kompetenzverteilung legislativer und exekutiver Zuständigkeiten zunehmend zugunsten der EU verschoben.
- 7 Die Gaslieferungskrisen zwischen Russland und der Ukraine in den Jahren 2006 und 2009 und die Transitunterbrechung durch die Ukraine im Jahre 2009 untergruben das politische und wirtschaftliche Vertrauen der EU und vieler ihrer Mitgliedsstaaten in die Verlässlichkeit und Sicherheit russischer Gaslieferungen, das die völkerrechtswidrige russische Annexion der Krim im Februar 2014 dann nur noch endgültig zerstören konnte.

4 ANNE NEUMANN / LEONARD GÖKE / FRANZISKA HOLZ / CLAUDIA KEMFERT / CHRISTIAN VON HIRSCHHAUSEN, Erdgasversorgung: Weitere Ostseepipeline ist überflüssig, DIW Wochenbericht, 27/2018, S. 1.

5 Der Co-Autor der Sberbank-Analyse, Alexander Fak, wurde nach der Veröffentlichung des Berichts entlassen; MAX SEDDON, Fak off as Sberbank fires analyst for provocation too far, Financial Times, 23. Mai 2018.

6 ALEX FAK / ANNA KOTELNIKOVA, Russia Oil and Gas, Tickling Giants, SBERBANK CIB Investment Research, Mai 2018, S. 3.

#### 2. Einzelstaatliche Hürden in Genehmigungsprozessen bei der Verlegung der Nord Stream 2-Fernrohrleitung

Vor allem die osteuropäischen Mitgliedstaaten drängten die EU, die russische Politik der Krim-Annexion mit Wirtschaftssanktionen zu beantworten. Auch die im Mai 2014<sup>7</sup> verabschiedete Energiewegsicherheitsstrategie der EU-Kommission und die im Jahre 2015 beschlossene Rahmenstrategie einer EU-Energieunion<sup>8</sup> sind Ausfluss einer veränderten Haltung der EU gegenüber Russland. Beide Dokumente heben als strategische Schlüsselziele der EU-Energiepolitik die Versorgungs- und Liefersicherheit und die Diversifizierung der Energieträger und -lieferanten hervor. Die osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten nahmen die russische Gaslieferungspolitik als ein Bestreben Russlands wahr, «Gas als Waffe» («weaponization of gas») einzusetzen, also als ein wirtschaftliches Instrument, aussen- und sicherheitspolitische Interessen Russlands durchzusetzen.<sup>9</sup> Diese Einschätzung beeinflusste den Blick der EU auf russische Gasfernleitungen nach Europa und zu einzelnen Mitgliedstaaten. Sie betonte die geopolitische Dimension, nahezu jedes Gasfernlieferungsvertrags – eine Dimension, die deutsche Kanzler und Minister regelmässig vorgaben, öffentlich zu ignorieren, und Kanzlerin Merkel erstmals anlässlich des Besuchs des ukrainischen Präsidenten Poroschenko am 10. April 2018 in Berlin offiziell aufgab.<sup>10</sup>

Anders als gegenüber Nord Stream 1 verschärfte sich der Widerstand der EU und einzelner EU-Mitgliedstaaten gegenüber Nord Stream 2 zu einem Ausmass, das Deutschlands Regierungen unter Kanzlerin Merkel seit dem Jahr 2005 nicht erwartet hatten. In den Augen der Opposition in der EU verletzte Nord Stream 2 die politischen, wenn auch rechtlich letztlich nicht bindenden Prinzipien der Energieunion, auf die sich die EU und alle Mitgliedstaaten zuvor geeinigt hatten, namentlich: die Diversifizierung der Energieträger und vor allem der Energielieferanten sowie die Versorgungssicherheit.

7 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 28. Mai 2014 (Strategie für eine sichere europäische Energieversorgung).

8 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die europäische Investitionsbank vom 25. Februar 2015 (Paket zur Energieunion).

9 Studie des Wissenschaftlichen Dienstes des Europäischen Parlaments, Auf der Suche nach Gasfernleitungen. Energiepolitik der EU und der östlichen Partnerländer: Die Sicherheit im Vergleich zu den Vorteilen der Transitleistungen, Juli 2016.

10 Pressekonferenz von Bundeskanzlerin Merkel und dem Staatspräsidenten der Ukraine, Petro Poroschenko, vom 10. April 2018: «Daraus ersehen Sie schon, dass es sich nicht nur um ein wirtschaftliches Projekt handelt, sondern dass natürlich auch politische Faktoren zu berücksichtigen sind.»

10 Im August 2016 äusserte die polnische Antimonopolkommission UOKIK deutliche Bedenken, den durch polnische Hoheitsgewässer der Ostsee verlaufenden Streckenabschnitt von Nord Stream 2 zu genehmigen, weil nach ihrer Rechtsauffassung die fünf westeuropäischen Gesellschafter von Nord Stream 2 durch das Projekt einen zu hohen und daher rechtswidrigen Marktanteil auf dem polnischen Energieversorgungsmarkt erhielten.<sup>11</sup> Diese Entscheidung zwang die fünf Beteiligungsgesellschaften, ihre Anteile an der Projektgesellschaft auf die PJSC Gazprom als damit alleinigen Gesellschafter zu übertragen, während sie sich gleichzeitig verpflichteten, 50% der Projektkosten zu übernehmen und damit die Eigentümerposition in eine schwächere Gläubigerposition einzutauschen.<sup>12</sup>

11 Schweden, das sich seinerseits über seit dem Jahr 2014 stetig wachsende militärische Aktivitäten Russlands in der Ostsee beunruhigte, beantragte bei der EU-Kommission Ende Januar 2017, die politischen und rechtlichen Implikation des Nord Stream 2-Projekts zu überprüfen. Dänemark trat diesem Antrag bei und verabschiedete ein Gesetz, das dänische Behörden ermächtigte, aus Sicherheits- und ausserpolitischen Gründen den Bau von Nord Stream 2 durch dänische Hoheitsgewässer der Ostsee zu untersagen.<sup>13</sup> Erst am 30. Oktober 2019 genehmigte die dänische Behörde eine von Nord Stream 2 angebotene Alternativroute um Bornholm herum.<sup>14</sup> Mitglieder des Europaparlaments forderten im Oktober 2016 dringende Interventionen der Kommission, das Nord Stream 2-Projekt zu unterbinden.<sup>15</sup> Dieser politische Hinter-

11 Mitteilung der polnischen Antimonopolkommission UOKIK vom 12. August 2016 (Nord Stream 2 – Application withdrawn).

12 Nord Stream 2 war ursprünglich als ein Joint Venture von Gazprom und fünf westeuropäischen Gashandelsfirmen gegründet worden, das waren Unipr, Wintershall, Shell, OMV und Engie, aber diese Gesellschafterstruktur war wegen der Einwendungen der polnischen Antimonopolkommission und dem eingeleiteten Rechtsverletzungsverfahren geändert worden. PJSC Gazprom wurde der alleinige Gesellschafter. Auch gegen die Finanzierungsbeteiligung der ehemaligen Mitgesellschafter geht UOKIK vor, vgl. Mitteilungen UOKIK vom 8. November 2019 (Nord Stream 2 – penalty imposed by UOKIK) und vom 3. Juni 2020 (Nord Stream 2 – President of The Office of Competition and Consumer Protection may impose a EUR 50 million fine on Gazprom).

13 Art. 3a Abs. 2 des dänischen Lov om ændring af lov om kontinentalsoklen, LOV Nr. 1401 vom 5. Dezember 2017 (geändert durch Bekendtgørelse af lov om kontinentalsoklen og visse rørledningsanlæg på søterritoriet, LBK Nr 1189 vom 21. September 2018), zit. nach JEUTNER (Fn. 3), S. 509 und dort Fn. 46; energate-messenger.ch vom 1. Dezember 2017 (Neue rechtliche Hürde für Nord Stream 2).

14 Medienmitteilung des Nord Stream 2 Projekt vom 30. Oktober 2019 (Nord Stream 2 Granted a Construction permit by Denmark); Übersetzung der Zulassung durch die Danish Energy Agency vom 30. Oktober 2019.

15 Vgl. Vorschlag einer LNG- und Speicherstrategie, der von der EU-Kommission am 16. Februar 2016 und vom Europaparlament am 25. Oktober 2016 als Resolution angenommen wurde und viele weitere nachfolgende offizielle Dokumente von Kommission und Parlament.

grund beeinflusste wesentlich die einzelnen Schritte der legislativen Initiativen der EU-Kommission wie ihre zeitgleichen Rechtsdebatten über die Rechtmässigkeit des Baus von Nord Stream 2.

## IV. Die europarechtlichen Dimensionen des Nord Stream 2-Projekts

### 1. Die Dritte Gasdirektive

12 Im Energierecht macht die Europäische Union verschiedene Vorgaben. Sie teilt sich in diesem Rechtsbereich gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. i AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der EU) die Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten. Nach Art. 194 Abs. 1 und 2 AEUV erlässt die EU im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Normen, also Richtlinien oder Verordnungen zur Regulierung und zur Funktionsweise des EU-Energiemarkts, um a.) das Funktionieren des Energiemarkts sicherzustellen, b.) die Energieversorgungssicherheit in der Union zu gewährleisten, und d) die Interkonnektion der Energienetze zu fördern.<sup>16</sup>

13 Daneben erlaubt Art. 216 AEUV der Union, «mit einem oder mehreren Drittländern oder einer oder mehreren internationalen Organisationen eine Übereinkunft (zu) schliessen, wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist oder wenn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union entweder zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich oder in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist oder aber gemeinsame Vorschriften beinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte».<sup>17</sup>

14 Die durch das Dritte Energiepaket von 2009 grundsätzlich veränderte Architektur des europäischen Energierechts beruht vor allem auf der verfassungsrechtlichen Grundlage dieser beiden Art. 194 und Art. 216 AEUV.

15 Dieses Dritte Energiepaket der EU war das letzte grosse energierechtliche Gesetzgebungspaket der EU, um den europäischen Strom- und Gasmarkt in einen freien, wettbewerbsorientierten und integrierten Markt umzuwandeln, und um die Privilegien nationaler, ehemals staatlicher und vertikal organisierter Energieversorger aufzulösen, die Eigentümer und Betreiber der Energiegewinnung und gleichzeitig der Transportinfrastruktur

16 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vom 26. Oktober 2012; Das ist die konsolidierte Fassung des Gründungsvertrages der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, wie sie neu genannt am 1. Dezember 2009 nach entsprechenden Änderungen durch den Vertrag von Lissabon (2007) und aller vorhergehenden Verträge in Kraft war.

17 Ebenda.

waren. Dieses Dritte Energiepaket bestand aus drei Verordnungen und zwei Richtlinien, nämlich der Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (EG 713/2009)<sup>18</sup>, der Verordnung über Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (EG 714/2009)<sup>19</sup>, der Verordnung über Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen, auch Erdgaszugangsverordnung (EG 715/2009)<sup>20</sup>, der Richtlinie über den Elektrizitätsbinnenmarkt (EG 2009/72)<sup>21</sup> und der Richtlinie über den Erdgasbinnenmarkt (EG 2009/73)<sup>22</sup>. Besonders wichtig für die Regulierung des Gasmarkts in der EU sind diese sogenannte Gasrichtlinie und die Verordnung über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen.<sup>23</sup> Die Gasrichtlinie fordert von Infrastrukturprojekten auf dem EU-Gasbinnenmarkt, drei wesentliche Voraussetzungen einzuhalten: (1) vertikal integrierte Erdgasunternehmen zu entflechten, also gemäss ihren Art. 9 ff. Unternehmenseinheiten, die Eigentümer des Fernleitungsnetzes sind, von denen zu trennen, die Funktionen der Versorgung und Gewinnung wahrnehmen, (2) auch Drittparteien nach Art. 32 Zugang zum Rohrleitungsnetz zu gewähren, und (3) nach Art. 41 eine transparente Berechnung der Tarife des Gaspreises für den Käufer und der Nutzungsgebühr für den Drittnutzer des Rohrleitungsnetzes offenzulegen.

- 16 Bis heute geht es im Zusammenhang mit dem Nord Stream 2-Projekt um die Anwendung und die Auslegung dieser Gasrichtlinie, insbesondere um die Einhaltung und die Ausnahme von diesen Wettbewerbsbedingungen und um die Fristen bis wann ein Antrag auf Ausnahme davon gestellt werden muss.

## 2. Die Rechtsprobleme bei Nord Stream 1

- 17 Schon der Bau der Nord Stream 1 rief deutliche rechtliche Kritik in der EU-Kommission und in einzelnen Mitgliedstaaten hervor. Die Kritik bezog sich auf die deutsche territoriale Anschlussfernleitung OPAL (Ostsee-Pipeline-Anbindungsleitung) zu Nord Stream 1 vom

18 Verordnung (EG) 713/2009 vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.

19 Verordnung (EG) 714/2009 vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003.

20 Verordnung (EG) 715/2009 vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005.

21 Richtlinie 2009/72/EG vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG.

22 Richtlinie 2009/73/EG vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG.

23 RAFAEL LEAL-ARCAS / JAN WOUTERS (Hrsg.), *Handbook on Energy Law and Policy*, Cheltenham (UK) 2017, S. 49.

Ostsee-Ankunftshafen Lubmin bei Greifswald nach Brantov/Olbernhau in der Tschechischen Republik. An der OPAL ist zu 80% heute noch die W & G Transport Holding GmbH, ein mittelbares Tochterunternehmen der deutschen Wintershall Holding GmbH und der russischen PAO Gazprom, beteiligt. Wegen des hohen Marktanteils von Gazprom am EU-Gasversorgungsmarkt und dessen Infrastruktur sahen die Kritiker die Diversifizierung der EU-Gasversorgung und den Zugang von Drittparteien zur Fernleitung verletzt, beides Bedingungen der neuen Gasrichtlinie für den Wettbewerb auf dem EU-Gasbinnenmarkt und damit für die Genehmigung einer Gasfernleitung in der EU.<sup>24</sup> Die Bundesnetzagentur als zuständige deutsche Regulierungsbehörde erteilte am 25. Februar 2009 eine Ausnahmegenehmigung nach § 28a EnWG – deutsches Energiewirtschaftsgesetz –, die OPAL von den Bedingungen der EU-Gasrichtlinie 2009/73/EG freistellte,<sup>25</sup> und die der W & G Transport Holding GmbH eine 50%-ige Beteiligung einräumte. Die Bundesnetzagentur modifizierte auf Antrag der W & G später noch einmal die Genehmigung, indem sie in einem Vergleichsvertrag vom 25./26./28. November 2016 mit der W & G als mittelbarer Tochtergesellschaft der PAO Gazprom das Recht einräumte, in einer Auktion noch einmal weitere 30% der Lieferkapazitäten des anderen 50%-igen Anteils zu erwerben.

Die EU-Kommission bestätigte die beiden Genehmigungen der Bundesnetzagentur zur Befreiung von den Bedingungen der EU-Gasrichtlinie.<sup>26</sup> Gegen diese Genehmigungsbestätigung der EU-Kommission erhob Polen im Jahr 2016 Klage vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG) dessen Urteil vom 10. September 2019 diesen Vergleichsvertrag für nichtig erklärte.<sup>27</sup> Daraufhin ordnete die Bundesnetzagentur gegenüber OPAL die sofortige Umsetzung dieser Massnahme an.<sup>28</sup> Die Bundes-

24 Für eine detaillierte Analyse vgl. KATJA YAFIMAVA, *The OPAL Exemption Decision: Past, Present, Future*, OIES Paper NG117, Oxford Januar 2017.

25 Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 25. Februar 2009 (Gasversorgung - Teilausnahme für OPAL); Während eine EU-Verordnung in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten unmittelbar geltendes Recht darstellt, verpflichten EU-Richtlinien die einzelnen EU-Mitgliedstaaten nur dazu, inhaltsgleiche nationale Gesetze zu verabschieden, wie hier §§ 28a und 28b EnWG.

26 Beschluss der Kommission C(2016) 6950 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; Entscheidung K(2009) 4694 betreffend die Ausnahmegenehmigung der Bundesnetzagentur für die Opal-Gasleitung.

27 Klage der Republik Polen gegen die Europäische Kommission den Entscheid vom 28. Oktober 2016 über die Änderung der Bedingungen für die Freistellung der Opal-Pipeline von der Verpflichtung zur Anwendung der Regeln für den Zugang Dritter und der auf der Grundlage der Richtlinie 2003/55/EG für nichtig zu erklären (Rechtssache T-883/16).

28 Beschluss der Beschlusskammer 7 der Bundesnetzagentur BK7-08-009-E2 vom 13. September 2019.

republik Deutschland erhob am 20. November 2019 Beschwerde beim EuGH gegen dieses EuG-Urteil<sup>29</sup>, die aber keine aufschiebende Wirkung hat. Die Kapazität von OPAL und damit von Nord Stream 1 ist daher bis heute nur zu 50% ausgelastet.

### 3. Versuche, die Gasbinnenmarktregeln auf Nord Stream 2 anzuwenden

#### a) Ein Verhandlungsmandat für die EU-Kommission?

19 Wegen der anwachsenden Opposition gegen das Nord Stream 2-Projekt unternahm die EU-Kommission verschiedene Ansätze, den Geltungsbereich der in der Gasrichtlinie geforderten Wettbewerbsvoraussetzungen, denen eine Fernleitungsinfrastruktur zu genügen hatte, auch auf Nord Stream 2 in der Ostsee ausserhalb des unmittelbaren Landgebietes der Bundesrepublik Deutschland und damit der EU auszudehnen.

20 So unterbreitete die EU-Kommission dem EU-Rat<sup>30</sup> zunächst einen Novellierungsentwurf, der sie auf der verfassungsrechtlichen Grundlage des zuvor zitierten Art. 216 AEUV ermächtigte, ein Rahmenabkommen zwischen der EU und Russland über das Nord Stream 2-Projekt zu verhandeln und damit die eigentlich der Bundesrepublik Deutschland zustehende nationale energiepolitische Kompetenzen zu übernehmen.<sup>31</sup>

21 Da für die Off-Shore-Rohrleitung ausserhalb des Territoriums der EU und Russlands keiner von beiden über eine Rechtsetzungsgewalt verfüge, behauptete die EU-Kommission eine «Gesetzeslücke»,<sup>32</sup> die es erfordere, ein spezifisches, nur für den Bau und Betrieb von Nord Stream 2 geltendes Rechtsregime mit Russland durch die EU zu verhandeln.<sup>33</sup>

29 Rechtsmittel der Bundesrepublik Deutschland gegen das Urteil des Gerichts (Erste erweiterte Kammer) vom 10. September 2019 in der Rechtssache T-883/16, Republik Polen gegen Europäische Kommission, eingelegt am 20. November 2019 (Rechtssache C-848/19 P).

30 Der EU-Rat, auch EU-Ministerrat genannt, ist nach Art. 16 EUV und Art. 237 ff. AEUV neben dem EU-Parlament das andere Legislativorgan der EU, das als intergouvernementales Organ sich aus den Vertretern – den jeweiligen Fachministern der einzelnen EU-Mitgliedstaaten – zusammensetzt.

31 Dieser Vorschlag ist nicht öffentlich zugänglich. Er kann nur in den wesentlichen Elementen dem Rechtsgutachten des Rechtsdienstes des EU-Rates entnommen werden und dementsprechend nur nach der «Opinion of the Legal Service» zitiert werden, das wiederum selbst nur als ein «geleaktes» englisch-sprachiges Dokument im Internet verfügbar ist; Opinion of the Legal Service of the Council of the European Union vom 27. September 2001 (12590/17) (zit. Opinion); Wegen der Weigerung des EU-Rats, den ursprünglichen Vorschlag der GD Energie für ein Verhandlungsmandat der EU-Kommission herauszugeben, wurde der EU-Ombudsmann angerufen. Entscheidung des EU-Ombudsmanns 1611/2019/KR vom 27. März 2020.

32 Opinion (Fn. 31), Ziff. 14.

33 Ebenda.

Die Rechtsabteilung des Rats der EU verwarf diesen 22  
Kommissionsvorschlag in ihrer «Legal Opinion» vom  
27. September 2017.<sup>34</sup> Es bestehe keine Gesetzeslücke,  
denn der Fernleitungsabschnitt in der Ostsee folge  
rechtlich den Völkerrechtsregeln des Seerechtsüberein-  
kommens der Vereinten Nationen vom 23. Juni 1998.<sup>35</sup> Es  
stehe dem EU-Rat selbstverständlich in seinem politi-  
schen Ermessensspielraum frei, die EU-Kommission mit  
einem solchen Verhandlungsmandat zu betrauen, ge-  
setzlich notwendig sei das aber nicht.<sup>36</sup> Wegen der geteil-  
ten Zuständigkeit in diesem Politikbereich konnte der  
EU-Rat diese Entscheidung für eine Mandatierung nur  
mit einer qualifizierten Mehrheit der Staatsvertreter tref-  
fen, die aber wegen der Ablehnung der Mandatierung  
durch EU-Schlüsselstaaten, wie Deutschland und Frank-  
reich, nicht zustande kam.

#### b) Novellierung der Gasrichtlinie 2009/73/EG

Nach diesem gescheiterten Versuch der EU-Kommission 23  
strebte diese nun mit einem Vorschlag vom 8. November  
2017 an, diese Gasrichtlinie selbst so zu novellieren, dass  
die Entflechtung von Transport und Energiegewinnung,  
der Zugang von Dritten zur Transportinfrastruktur und  
eine transparente Preis- und Vertragsgestaltung als Be-  
dingungen für einen geregelten Wettbewerb auf dem  
Gasbinnenmarkt der EU auch für Fernrohrleitungen aus  
Drittstaaten an die Grenze der Rechtsetzungsgewalt der  
EU gelten,<sup>37</sup> also bis zur Landesgrenze oder der Grenze  
der ausschliesslichen Wirtschaftszone auf See eines  
EU-Mitgliedstaates.<sup>38</sup>

Dieser erste Novellierungsvorschlag dehnte für Unter- 24  
wasserrohrleitungen die für den Gasbinnenmarkt gel-  
tenden Regeln jetzt auch auf die durch die VN-Seerechts-  
konvention (SRÜ) definierten Seezonen der Küsten-,  
Anschluss- und der ausschliesslichen Wirtschaftszone  
(AWZ) aus. Jetzt war nämlich in der vorgeschlagenen Än-  
derung eine «Verbindungsleitung» nach ihrer Legaldefi-  
nition in Art. 2 Abs. 17 der Gasrichtlinie «eine Fernleitung,  
die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten oder zwischen

34 Opinion (Fn. 31), Ziff. 96.

35 Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 23. Juni 1998.

36 Opinion (Fn. 31), Ziff. 44.

37 Vgl. Klaus-Dieter Borchardt, EU-Kommission, Generaldirektion Energie, Direktor Energiebinnenmarkt, in seiner Anhörung vor dem Europäischen Parlament, Ausschuss Industrie, Forschung und Energie, vom 11. Oktober 2017 zum Stand der Mandatserteilung für Verhandlungen der EU-Kommission mit der Russischen Föderation über einen Rahmenabkommen für Nord Stream 2, in der er alternative Überlegungen der Kommission für eine Regelung durch eine Novellierung der Gasrichtlinie EG 2009/73 vorstellt.

38 Die VN-Seerechtskonvention unterscheidet das Küstenmeer und die Anschlusszone eines Staates bis zu 24 Seemeilen (ca. 44,4 km) von seinem Küstenrand eines Staates und seiner ausschliesslichen Meereswirtschaftszone bis zu 200 Seemeilen (370,4 km) von seiner Küste; Art. 3, Art. 33 und Art. 55.

*Mitgliedstaaten und Drittländern bis zur Grenze des Gebiets der Union quert oder überspannt».*<sup>39</sup> In der alten Fassung war sie bloss definiert als «eine Fernleitung, die eine Grenze zwischen Mitgliedstaaten quert oder überspannt und einzig dem Zweck dient, die nationalen Fernleitungsnetze dieser Mitgliedstaaten zu verbinden.»<sup>40</sup>

- 25 Ein weiteres Rechtsgutachten des Rechtsdienstes des Europäischen Rates verwarf jedoch jetzt das Recht der EU, den territorialen Geltungsbereich ihrer Gesetzgebungskompetenz auch auf die ausschliessliche wirtschaftliche Zone (AWZ) in den Gewässern eines EU-Küstenstaates auszudehnen, weil diese territoriale Ausdehnung den Art. 55 ff. der VN-Seerechtskonvention (SRÜ) widerspreche.<sup>41</sup>

c) *Die abschliessende Vereinbarung des EU-Trilogs*

- 26 Die nachfolgenden, sich erwartungsgemäss schleppend hinziehenden politischen Debatten und Verhandlungen zwischen EU-Mitgliedstaaten, EU-Rat und EU-Kommission über diese Änderungsrichtlinie erfuhren eine plötzliche und grundsätzliche Wende der Ratssitzung vom 8. Februar 2019.<sup>42</sup> Paris gab ganz überraschend die bisherige, mit Berlin gemeinsame, obstruktive Verhinderung der Änderung der *Gasrichtlinie 2009/73/EG* auf und schloss sich den Befürwortern der Änderung an.<sup>43</sup> Damit war über Nacht das deutsche Verhinderungsveto<sup>44</sup> gebrochen und eine qualifizierte Mehrheit für die Annahme der Änderungsrichtlinie im EU-Ministerrat gegeben. Hastig nahm der EU-Rat an der Tagung des Ausschusses der Ständigen Vertreter am 8. Februar 2019 die über Nacht verhandelte deutsch-französische Vereinbarung an, den Rat zu beauftragen, einen Kompromiss mit Vertretern des EU-Parlaments zu verhandeln.<sup>45</sup>

39 Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt vom 8. November 2017, COM(2017) 660.

40 Art. 2 Abs. 17 Richtlinie 2009/73/EG. Es gibt noch eine Anzahl anderer Neuerungen, insbesondere hinsichtlich der Konsultationspflichten zwischen Regulierungsbehörden betroffener Mitgliedsstaaten, die aber hier die Genehmigung von Nord Stream 2 nicht gefährden können.

41 Opinion of the Legal Service of the Council of Europe vom 1. März 2018 (6738/18): Directive 2009/73/EC – compatibility with UNCLOS (SRÜ) (nur in der englischen Fassung verfügbar), Ziff. 17.

42 FAZ vom 8. Februar 2019 (Schwere Verstimmung zwischen Berlin und Paris wegen Nord Stream 2).

43 sueddeutsche.de vom 7. Februar 2019 (Und plötzlich ist Frankreich gegen die geplante Pipeline).

44 Das bestand mit Belgien, den Niederlanden, Österreich und zuvor eben Frankreich, alles Staaten, in denen die europäischen Projektbeteiligten an Nord Stream 2 mit ihrem Firmensitz registriert waren; Es handelt sich um BASF/Wintershall und Uniper (vormals E.ON) in Deutschland, Engie (vormals GDF Suez) in Frankreich, OMV in Österreich und Shell in Belgien/Niederlande.

45 Pressemitteilung des Rats der EU vom 8. Februar 2019 (*Gasrichtlinie*: Rat einigt sich auf Verhandlungsmandat).

Der zügig auf der Sitzung dieses Trilogs der gesetzgebenden EU-Gremien am 12. Februar 2019 ausgehandelte Kompromiss enthält alle wesentlichen Elemente des ursprünglichen Kommissionsvorschlag. Nur wurde gemäss der Stellungnahme des Rechtsdienstes des EU-Rats der territoriale Geltungsbereich der EU durch eine Neufassung der Legaldefinition der Vertriebsleitung jetzt nur noch auf das Küstenmeer des Mitgliedstaates ausgedehnt und nicht mehr auf die AWZ.<sup>46</sup>

Neben dieser jetzt territorial nur eingeschränkt möglichen Ausdehnung des Geltungsbereichs einer novellierten Gasrichtlinie betrifft die andere wesentliche Neuerung das Regime der rechtlichen Ausnahmen. Nach Art. 36 Abs. 1 der alten Fassung der Gasrichtlinie konnte die zuständige Regulierungsbehörde – in Deutschland die Bundesnetzagentur – auf Antrag der Betreiber für eine neue Verbindungsleitung sie unter bestimmten Voraussetzungen von der Wahrung der bekannten Wettbewerbsgrundsätze durch eine Ausnahmegenehmigung befreien.<sup>47</sup> Zu diesen Voraussetzungen für eine Ausnahme gehören, dass nach Art. 36 Abs. 1 lit. a durch den Bau dieser Verbindungsleitung der Wettbewerb bei der Gasversorgung und die Versorgungssicherheit verbessert werden, [...] und sich die Ausnahme nach lit. b nicht nachteilig auf den Wettbewerb oder das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes oder das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes auswirkt, an welches das Verbindungsnetz angeschlossen wird.<sup>48</sup>

Diese Ausnahme hat die Regulierungsbehörde samt der Begründung und aller dafür bedeutsamen Unterlagen unverzüglich der Kommission mitzuteilen, Art. 36 Abs. 8 der RL 2009/73/EG. Die Kommission kann dann binnen zwei bzw. bei Bedarf vier Monaten diese Regulierungsbehörde auffordern, die Ausnahmegenehmigung zu ändern oder zu widerrufen.<sup>49</sup> Diesen Ausnahmemechanismus hatten die Betreiber für die Genehmigung des Nord Stream 1-Projekts – wie zuvor dargestellt – in Gang gesetzt.

Die jetzt durch den EU-Trilog angenommene Änderungsrichtlinie hat neben dieser bisherigen Ausnahme noch die weitere Möglichkeit eingeführt, eine Abweichung zu beantragen, die weniger strikte Voraussetzungen hat und keiner Kontrolle durch die EU-Kommission unterliegt, aber die Fertigstellung des Projekts bis zum Inkrafttreten dieser Änderungsrichtlinie (EU) 2019/692 voraussetzt. Dieses neue Regime der Ausnahmeregelungen unterscheidet nunmehr zwischen (a) solchen Fern-

46 Art. 1 Nr. 1 der jetzigen – nur auf Englisch verfügbaren – Änderungsfassung für Art. 2 Nr. 17 der Gasrichtlinie.

47 Art. 36 Abs. 1 Gasrichtlinie 2009/73/EG.

48 Ebenda.

49 Ebenda, S. 120.

rohrleitungen, die neu erst nach Inkrafttreten dieser Richtlinienänderung fertiggestellt werden und (b) solchen, die im Bau befindlich sind, aber vor dem Inkrafttreten der Novellierung der Gasrichtlinie fertiggestellt sind.

31 Für die neuen Verbindungsleitungen nach Inkrafttreten der Novellierung-Alternative (a) gelten Art. 36 Abs. 1 der bisherigen Fassung der Gasrichtlinie unverändert.

32 Für Verbindungsleitungen nach Alternative (b) hingegen führte die Änderungsrichtlinie jetzt für den Rohrleitungsabschnitt vom ersten Koppelungspunkt (der auf der Grenze zwischen der ausschliesslichen Zone des Küstenmeeres eines Mitgliedsstaates zur offenen See liegen kann, Anm. des Verf.) bis zur Grenze des Gebiets der Union die Möglichkeit in einem neuen Art. 49a ein, den Betreibern zu genehmigen, von den bekannten Wettbewerbsgrundsätzen zeitlich befristet abzuweichen, «sofern sich die Abweichung nicht nachteilig auf den Wettbewerb oder das effektive Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes oder das effiziente Funktionieren des regulierten Netzes auswirkt». <sup>50</sup> Diese Abweichung kann nur zeitlich befristet gelten, und ist nicht mehr der EU-Kommission zur Kontrolle vorzulegen. Zudem gilt für eine «Abweichung» nur die zitierte Zulassungsvoraussetzung, während für die Ausnahmen für die neuen Fernleitungen der Alternative (a) die weiteren übrigen Voraussetzungen des Art. 36 Abs. 1 lit. b-e) gelten. Die «Abweichung» ist also leichter und nur von der nationalen, hier: deutschen Regulierungsbehörde zu genehmigen, anders als eine reguläre Ausnahme, die zudem nach Art. 36 Abs. 9 noch von der EU-Kommission zu bestätigen ist oder von ihr widerrufen werden kann.

33 Die zeitliche Frist, bis zu der eine Abweichung beantragt werden kann, bezog sich vor allem auf das Nord Stream 2-Projekt. Denn die Projektbetreiber hatten das feste Ziel verkündet, das Projekt bis zum 31. Dezember 2019 fertigzustellen.

#### d) Verabschiedung der Änderungsrichtlinie

34 Nach dem Trilog-Beschluss ging alles sehr schnell. Das EU-Parlament verabschiedete seine Fassung der Änderungsrichtlinie am 4. April 2019, <sup>51</sup> die dann der Rat der EU am 17. April 2019 als EU-Richtlinie (EU) 2019/692 verabschiedete. <sup>52</sup> Diese Richtlinie erlangte 20 Tage nach der

<sup>50</sup> Änderungsrichtlinie Art. 1, S. 8 und S. 9.

<sup>51</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt vom 5. April 2019 (PE-CONS 58/19).

<sup>52</sup> Pressemitteilung des Rats der EU vom 15. April 2019 (Rat verabschiedet Änderung der Gasrichtlinie: EU-Vorschriften für Gasleitungen nach und aus Drittländern).

Veröffentlichung im Amtsblatt der EU <sup>53</sup> am 23. Mai 2019 Rechtskraft und gab den einzelnen EU-Mitgliedstaaten, allen voran der Bundesrepublik Deutschland als Hauptbetroffene, auf, sie binnen neun Monaten, also bis zum 24. Februar 2020, in nationales Recht umzusetzen. So war diese Änderung noch rechtzeitig vor den Europawahlen vom 23.-26. Mai 2019 rechtswirksam geworden. Den Zeitwettbewerb zwischen Rechtskraft der Änderung der Gasrichtlinie mit ihren verpflichtenden Wettbewerbsbedingungen auch für den im deutschen Küstenmeer vor Greifswald gelegenen Teil von Nord Stream 2 und deren Fertigstellung hatte die EU für sich entschieden. Nord Stream 2 konnte jetzt eigentlich nicht mehr die leichteren Ausnahmevoraussetzungen für eine Abweichung von den bekannten Wettbewerbsbedingungen für sich geltend machen, sondern allenfalls die immer schon geltende Ausnahmeregelung des Art. 36 der Gasrichtlinie 2009/73/EG.

#### 4. Nationale Umsetzung in deutsches Bundesrecht

Die Bundesregierung Deutschlands setzte diese Änderung der Gasrichtlinie in ihrem § 28b EnWG um. Die Parteien der Bundesregierung übernahmen die Regelung des Art. 49a der novellierten Gasrichtlinie nicht wortgleich, sondern setzten diese zeitliche Frist aus dem Katalog der strikten Zulässigkeitsvoraussetzungen («Wenn-Bedingung») in den «weicheren Anlaufertext» des § 28b Abs. 1 EnWG, <sup>54</sup> so wie der Bundestag es dann auch am 13. November 2019 beschloss. Sinn und Zweck der Novellierung der Gasrichtlinie sei es, den Vertrauensschutz in bestehende Investitionen zu privilegieren, so argumentierten die Regierungsparteien, weswegen «bei der Bestimmung, ob die Leitung vor dem Inkrafttretenstermin fertiggestellt worden ist, allen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen» sei. <sup>55</sup> In der Bundestagsdebatte kritisierte die Opposition, dass diese Umformulierung eine Aufweichung des Fristkriteriums bedeutete, nach der die Bundesnetzagentur sich im Zweifelsfall über diese Fristvoraussetzung im Hinblick auf die bereits getätigten Investitionen «im Einzelfall» hinwegsetzen könnte. <sup>56</sup>

<sup>53</sup> Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt.

<sup>54</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) vom 6. November 2019 über den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (19/14878).

<sup>55</sup> Ebenda.

<sup>56</sup> Julia Verlinden, (MdB) Bündnis 90/Die Grünen, Sitzungsprotokolle Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode 126. Sitzung am 13. November 2019, S. (B) 15742.

## V. Vorläufiges Ende des Nord Stream 2-Projektes und die rechtlichen Folgen

- 36 Am 20. Dezember 2019 unterzeichnete US-Präsident Trump im Rahmen des vom U.S.-Kongress verabschiedeten Gesetzes über den Verteidigungshaushalt 2020 – des «National Defense Authorisation Act»<sup>57</sup> – ein sofort rechtlich wirksames Sanktionsgesetz, das alle Firmen, die sich am Bau einer Fernleitung von Russland in die EU beteiligen, mit Sanktionen belegt.<sup>58</sup> Binnen 24 Stunden später stellte die schweizerisch-niederländische Allseas Group S.A. in Chatel-Saint-Denis, Freiburg, die an der Verlegung der Rohre von Nord Stream 2 massgeblich beteiligt war, ihre Aktivitäten ein.
- 37 Präsident Putin erklärte hingegen am 11. Januar 2020, das Projekt bis spätestens im 1. Quartal 2021 alleine mit russischer Technologie fertigzustellen.<sup>59</sup> Experten bezweifeln diese Fähigkeit, weil es dazu einer seltenen, hochspezialisierten Technologie bedürfe.<sup>60</sup> Die U.S.-Senatoren, die dieses Sanktionsgesetz initiiert hatten, streben an, in einem weiteren Klärungsgesetz die Sanktionen auf alle auch nur mittelbar an dem Bau von Nord Stream 2 beteiligten Unternehmen auszudehnen.<sup>61</sup> Der politische Wirtschaftskrimi geht also weiter.
- 38 Unabhängig von dessen Ausgang und von der Frage, ob und wann Nord Stream 2 technisch tatsächlich fertiggestellt werden wird, ist die Novellierung in der EU und Deutschland indessen zu einem Abschluss gelangt. Daher stellt sich nun die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus dieser Novellierung für Nord Stream 2 – und für alle übrigen neuen Infrastrukturprojekte der Gas- und Elektrizitätswirtschaft im EU-Binnenmarkt ergeben.
- 39 Was die rechtlichen Folgen anbelangt, wird im Folgenden von dem wahrscheinlicheren Szenario ausgegangen, dass das Nord Stream 2-Projekt irgendwann fertiggestellt werden wird – schon alleine, weil PJSC Gazprom und die europäischen Finanzierungspartner alles daran setzen werden, die bisher getätigten Investitionen von mehr als 5.8 Mrd. Euro nicht gänzlich abzuschreiben.

57 U.S. Congress, National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020, S. 1790.

58 Vgl. dazu schon JÖRG HIMMELREICH, Deutsche Heucheleien, NZZ vom 1. August 2017.

59 Gemeinsame Pressekonferenz mit Bundeskanzlerin Merkel und dem Präsidenten von Russland, Wladimir Putin, Moskau vom 11. Januar 2020.

60 worldoil.com vom 16. Februar 2020 (U.S. says sanctions mean Russia can't finish Nord Stream 2 pipeline).

61 Pressemitteilung der Senatoren Shaheen und Cruz vom 14. Mai 2019 (Senators Shaheen, Cruz Lead Bipartisan Bill to Impose Sanctions for Involvement in Russia's Nord Stream 2 Pipeline); sueddeutsche.de vom 12. Juni 2020 (Endspiel in der Ostsee).

Nach einer Fertigstellung des Nord Stream 2-Projekts unterliegt ihr im deutschen Küstenmeer vor Greifswald verlaufender Fernleitungsabschnitt den Wettbewerbsregeln der EU-Gasrichtlinie 2009/73/EG, wie sie das deutsche EnWG auch übernommen hat. Das sind die Grundsätze, die Unternehmenseinheiten, die Eigentümer des Fernleitungsnetzes sind, von denen, welche die Funktionen der Versorgung und Gewinnung wahrnehmen, zu entflechten (Art. 9 der Richtlinie 2009/73/EG, §§ 8-10e EnWG), auch Dritten den Zugang zum Fernleitungsnetz zu gewähren (Art. 32 der Richtlinie, § 20 EnWG) und seine Tarife transparent und nachvollziehbar zu gestalten (Art. 41 EU-Richtlinie, § 28 EnWG).

Um sich von diesen Wettbewerbsbedingungen zu befreien, hatte die Nord Stream 2 AG bei der deutschen Bundesnetzagentur als zuständiger Regulierungsbehörde am 10. Januar 2020 eine befristete Ausnahme von diesen Regeln gem. § 28b EnWG beantragt.<sup>62</sup>

### 1. Erste Alternative: erleichterte Ausnahme nach § 28b EnWG und Art. 49a (EU) 2019/692

Dies ist ein Antrag auf eine erleichterte Ausnahme nach dem neu eingefügten § 28b EnWG. Diese erleichterte Ausnahme ist jedoch ausgeschlossen, weil sie nach dem Einleitungssatz des § 28b Abs. 1 EnWG nur für Fernleitungen gilt, die vor dem 23. Mai 2019 fertiggestellt worden sind. Das ist jetzt offensichtlich nicht der Fall. Zwar beruht die lange Verzögerung einer möglichen Fertigstellung auch auf ihrerseits rechtlich fragwürdigen US-Sanktionen und damit auf Umständen, auf die Nord Stream 2, der die Ausnahme gewährt werden würde, keinen Einfluss hatte. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass diese Fernleitung auch ohne Sanktionen erst frühestens im 1. Quartal 2020 fertiggestellt worden wäre. Schliesslich hatte die Nord Stream 2 AG argumentiert,<sup>63</sup> für diese Ausschlussfrist dürfe der Begriff der Fertigstellung nicht nur im rein baulich-technischen Sinne verstanden werden, sondern müsse mitberücksichtigen, dass sie im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Gasrichtlinie im Vertrauen auf die frühere Rechtslage bereits Milliardeninvestitionen getätigt habe. Erwartungsgemäss hat die Bundesnetzagentur diesen Antrag am 15. Mai 2020 abgelehnt<sup>64</sup> und damit aus ihren fragwürdigen und beanstandeten Ausnahmegenehmigung zu OPAL für das Projekt Nord Stream 1 die richtigen Konsequenzen gezogen. Es ist davon auszugehen, dass die

62 Begründung für Beiladungsbeschluss des Bundesnetzagentur BK7-20-004 B1 vom 17. März 2020 im Verfahren Az. BK7-20-004 betreffend Nord Stream 2, S. 3.

63 handelsblatt.com vom 30. April 2020 (Bundesnetzagentur bestätigt EU-Regulierung für Nord Stream 2).

64 Pressemitteilung der Bundesnetzagentur vom 15. Mai 2020 (Keine Freistellung für Nord Stream 2 von der Regulierung).

Nord Stream 2 AG gegen diese Ablehnung Klage beim zuständigen OLG Düsseldorf erheben wird.

43 Hätte die Bundesnetzagentur sich demgegenüber in einer ausgedehnten Interpretation «der Umstände des Einzelfalls» wegen der bereits getätigten Investitionen über diesen erheblichen Fristablauf hinweggesetzt – wie die Kritiker des insofern mit § 28b EnWG nicht inhaltsgleich umgesetzten neuen Art. 49a der Richtlinie (EU) 2019/692 befürchteten –, hätte eine so ausgelegte Ausnahmeregelung durch die Bundesnetzagentur keinen Bestand gehabt. Eine solch ausgedehnte Interpretation des Fristablaufs in § 28b Abs. 1 EnWG widerspräche flagrant der strikten Fristenregelung des neu eingefügten § 49a in die alte Gasrichtlinie 2009/73/EG.

44 Die EU-Kommission hätte dann die Bundesrepublik Deutschland auffordern und notfalls vor dem EuGH verklagen können, eine EU-Richtlinie nicht rechtsgetreu umgesetzt zu haben und diese Regelung unmissverständlich an die vorgeschriebene Fristenregelung als eine zwingende Voraussetzung entsprechend anzupassen. Die auf solch einem rechtswidrigen Gesetz beruhende Ausnahmegenehmigung wäre ihrerseits rechtswidrig gewesen. Die Bundesnetzagentur hatte daher die Fristenregelung so strikt im bautechnischen Sinne anzuwenden und den Ausnahmeantrag nach § 28b EnWG abzulehnen, wie sie es mit Beschluss vom 15. Mai 2020 getan hat.<sup>65</sup>

## 2. Zweite Alternative: Ausnahmegenehmigung nach Art. 36 Abs. 1 2009/73/EG

45 So verbliebe der Nord Stream 2 AG nur, die allgemeine befristete Ausnahmegenehmigung nach Art. 36 Abs. 1 2009/73/EG und § 28a Abs. 1 EnWG für neue, nach dem Inkrafttreten der novellierten EU-Richtlinie fertiggestellte Infrastrukturen unter all den in den Nr. 1-5 genannten und kumulativ zu erfüllenden Bedingungen zu beantragen.

46 Schon fraglich ist, ob – als 1. Bedingung – durch diese «Investition der Wettbewerb bei der Gasversorgung und die Versorgungssicherheit verbessert» werden würde, da Nord Stream 1 und 2 ja nicht dazu dienen, zusätzliche Gaslieferkapazitäten zu schaffen, sondern überwiegend nur die bisherigen durch die Ukraine und Polen transportierten Gaslieferungen zu ersetzen. Die Tatsache, dass Gazprom auch jetzt noch hinreichende Mengen von Gas nach Deutschland ohne Schwierigkeiten exportieren kann, indem jetzt einfach die bisherige Fernleitung durch eine Verlängerung des Liefervertrages mit der

<sup>65</sup> Verfahren der Beschlusskammer 7 BK7-20-004 – Freistellung von der Regulierung gemäss § 28b EnWG.

ukrainischen Naftogaz durch die Ukraine für die nächsten fünf Jahre bis 31. Dezember 2024 weiter genutzt wird, zeigt, dass es gar nicht notwendig ist, die Versorgungssicherheit zu verbessern.

Jedenfalls verletzte eine solche Ausnahme aber die in § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG aufgeführte Bedingung, weil diese Ausnahme sich nachteilig auf den EU-Gasbinnenmarkt auswirken würde. Denn die bestehende Abhängigkeit der EU von russischen Gasexporten durch Gazprom würde entgegen den Diversifizierungsforderungen der EU-Energiesicherheitsstrategie festgeschrieben<sup>66</sup> und bei einer anzunehmenden, kurz- bis mittelfristig noch wachsenden Gasnachfrage gar erhöht werden, solange im Zuge einer deutschen und europäischen Energie- erneuerbare Energien den Gasbedarf nicht senken oder gar ersetzen. Eine befristete Ausnahmegenehmigung der Bundesnetzagentur für Nord Stream 2 ohne jede Anpassung an die Erfordernisse der Wettbewerbsregeln für den EU-Gasbinnenmarkt ist daher ausgeschlossen.

Auch die EU-Kommission, die eine solche herkömmliche Ausnahmegenehmigung der deutschen Bundesnetzagentur – im Unterschied zur erleichterten Ausnahme nach § 28b EnWG – nach Art. 36 Abs. 8 2009/73/EG zu bestätigen hätte, würde von der Bundesnetzagentur nach Art. 36 Abs. 9 2009/73/EG verlangen, ihre Entscheidung zu widerrufen, da die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen.

## 3. Dritte Alternative: Erfüllung der Wettbewerbsvoraussetzungen durch das Nord Stream 2-Projekt

Da alle rechtlichen Möglichkeiten ausscheiden, durch eine erleichterte oder herkömmliche Ausnahmegenehmigung eine Genehmigung des Nord Stream 2-Projekts zu erlangen, verbliebe der PSCJ Gazprom als 100%-iger Gesellschafter nur, das Projekt an die Wettbewerbserfordernisse der Gasrichtlinie anzupassen.<sup>67</sup> Zwar unterliegt nur der im Küstenmeer Deutschlands verlaufende Streckenabschnitt den EU – Wettbewerbsregeln. Da aber schwerlich die Leitung an der Grenze zwischen Küstenmeer und ausschliesslicher Wirtschaftszone, in der die Regeln nicht mehr gelten, technisch unterbrochen werden kann, gelten die Regeln zwangsläufig für die gesamte Strecke der Fernleitung ab ihrem Beginn im russischen Ostseehafen Wyborg bis ins deutsche Lubmin.

<sup>66</sup> Russland ist mit 39,4% des EU-Gasimports im Jahr (1. Halbjahr 2019) der mit Abstand grösste Gaslieferant der EU mit einem seit vielen Jahren ähnlichen Lieferanteil, vgl. Eurostat, EU imports of energy products – recent developments, Bericht November 2019, S. 3.

<sup>67</sup> JÖRG HIMMELREICH, Vom Kreml in die Ostsee, FAZ vom 3. Dezember 2019.

- (1) Die Nord Stream 2-Projektgesellschaft und ihr hundertprozentiger Gesellschafter PSCJ Gazprom hätten die Tarifgebühren für den Transport durch die Fernrohrleitung und die Verkaufspreiskalkulationen für die den Gasverkauf transparent zu machen. Das wird Gazprom äusserst schwerfallen, da ihr Gasexportgeschäft nicht nur rein betriebswirtschaftlichen Kriterien unterliegt, sondern auch als Instrument dient, politisches Wohlverhalten mit günstigeren Preisen zu belohnen – vgl. Weissrussland – oder politischen Druck mit entsprechenden Verkaufspreiserhöhungen auszuüben.<sup>68</sup>
- (2) PSCJ Gazprom hätte gemäss der Entflechtungspflichtung einem dritten Unternehmen Zugang zu der Fernleitung einzuräumen und einen substanziellen Anteil der Transportkapazität der Fernleitung – diesem Dritten zu überlassen, und dies schon ab Beginn im russischen Ostseehafen, weil es auf hoher See technisch nicht möglich ist, einem Dritten Zugang zur Fernleitung zu gewähren.
- (3) Um dem Entflechtungserfordernis zu genügen, müsste PSCJ Gazprom das Eigentum an der Fernleitung einer anderen natürlichen oder rechtlichen Person übertragen. Sich in eine solche Exportgemeinschaft mit dem gigantischen russischen Staatsmonopolisten einzulassen, scheint für andere russische Gasproduzenten oder potenzielle, auch internationale Netzeigentümer wenig attraktiv. In der politisch-wirtschaftlichen Verquickung von Politik, Wirtschaft und Geheimdiensten im «System Putin» mag Putin zweifelsohne einen «Dritten» finden, der formal die Kriterien der wirtschaftlichen, organisatorischen, und buchhalterischen Entflechtung von der PAO Gazprom i.S. der Gasrichtlinie erfüllt.

50 Eine Genehmigung durch die Bundesnetzagentur Deutschlands könnte daher nur unter Auflagen erfolgen, die Nord Stream 2 zur strikten Einhaltung dieser Wettbewerbsbedingungen nötigen. Nord Stream 2 bleibt am Ende nichts weiter übrig, als diesen Wettbewerbsvoraussetzungen weitestgehend Rechnung zu tragen.

#### 4. Anhängige Rechtsverfahren

- 51 Die von Nord Stream 2 angestregte Normenkontrollklage gegen diese Änderungsrichtlinie (EU) 2019/692 wies das EuG am 20. Mai 2019 als unzulässig ab.<sup>69</sup>

68 ANGELA STENT, Putins Russland, Hamburg 2019, S. 224; so auch schon JÖRG HIMMELREICH, Herrscher der Pipeline, Internationale Politik 2007, S. 59.

69 Pressemitteilungen Nr. 62/20 des Gerichts der Europäischen Union vom 20. Mai 2020 (Beschlüsse des Gerichts in den Rechtssachen T-526/19 und T-530/19).

Die Nord Stream 2 AG hat als Projektgesellschaft nach Schweizer Recht ein Schiedsgerichtsverfahren zur Streitbeilegung nach Art. 26 Abs. 4 lit. a) i) des Vertrags über die Energiecharta von 1998 nach den Regeln des Washingtoner Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 14. Juni 1968<sup>70</sup> eingeleitet.<sup>71</sup> Damit macht die Projektgesellschaft Vertrauensschutz für ihre schon getätigten Investitionen in Höhe von 5.8 Mrd. Euro (Stand Mai 2019) nach Art. 10 Abs. 1 des Vertrages geltend. Wer trotz noch ausstehender Genehmigungen – Dänemark hatte seine erst am 30. Oktober 2019 erteilt –, gegen den seit Beginn des Projektbaus aufkommenden und im Bauverlauf immer heftigeren Protest einer überwältigenden Mehrzahl von EU-Mitgliedstaaten und ohne Rücksicht auf Bedenken der Kommission und des EU-Parlament<sup>72</sup> stur und rücksichtslos ein Infrastrukturprojekt gegen den politischen Widerstand massgeblicher EU-Institutionen meint durchsetzen zu können, wird sich am Ende nur schwer auf Vertrauensschutz berufen können.

Russland hat diesen Vertrag über die Energiecharta nicht ratifiziert und trat mit Wirkung vom 18. Oktober 2009 aus,<sup>73</sup> während die Schweiz Mitglied dieses Vertrages ist. Ob die Schweizer Nord Stream 2 AG als hundertprozentige, mittelbare Tochter der mehrheitlich staatlichen russischen PAO Gazprom, dem Unternehmen eines Staates, der aus dem Chartavertrag ausgetreten ist, sich auf deren Schutz berufen kann, nur weil sie ihren Firmensitz in Zug hat, erscheint höchst zweifelhaft. Auf diese Art mittelbar durch ein Staatsunternehmen Rechte der Charta in Anspruch zu nehmen, sich aber gleichzeitig als Staat ihren Verpflichtungen zu entziehen, ist mit der Charta nicht vereinbar.

## VI. Schlussbetrachtung

Nach dem über Jahre hinweg erbittert geführten Streit in der EU als Spiegel erhöhter politischer und wirtschaftlicher Spannungen in den Beziehungen der EU zu Russland, aber auch unter den EU-Mitgliedstaaten in ihrem Verhältnis zu Russland, hat die gesetzliche Neufassung der Gasrichtlinie 2009/73/EG mit der EURL 2019/692 ihren

70 Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18. März 1965, in Kraft getreten für die Schweiz am 14. Juni 1968 (SR 0.975.2).

71 Mitteilung der Nord Stream 2 AG vom 26. Juli 2019 (Nord Stream 2 fordert die Aufhebung diskriminierender EU-Massnahmen durch den Gerichtshof der Europäischen Union); EnergyCharter Treaty Secretariat, List of Cases as of 1<sup>st</sup> of June 2020; FAZ vom 27. September 2019 (Nord Stream 2 verklagt EU wegen Diskriminierung).

72 Vgl. Fn. 15.

73 Bericht des Wissenschaftlichen Diensts des Europäischen Parlaments, Die Energiecharta, Juli 2017, S. 11.

legislativen Abschluss gefunden. Die Bundesnetzagentur Deutschlands hat eine erleichterte Ausnahme nach § 28b EnWG nicht genehmigt. Ob und unter welchen Auflagen die Bundesnetzagentur eine herkömmliche Ausnahme genehmigt nach § 28a EnWG bei entsprechendem Antrag für die Nord Stream 2 AG erteilen wird, bleibt offen. Zu vermuten ist, dass die EU-Kommission jede deutsche Genehmigung, die ohne striktem Bestehen auf jedes der EU-Wettbewerbsanforderungen erginge, zum Anlass nehmen würde, sie zu widerrufen, und die Bundesnetzagentur auffordern würde, binnen eines Monats die Genehmigung entsprechend zu korrigieren.

- 55 Das ganze Gesetzgebungsverfahren zeigt, welches komplexe europarechtliche Regelwerk jedes Schweizer Unternehmen zu berücksichtigen hat, das sich mit Infrastrukturprojekten auf dem EU-Gas- und Energiebinnenmarkt engagiert.
- 56 Im Übrigen ist dieser Wirtschaftskrimi ein Schulbuchbeispiel für die wirtschaftlichen Konsequenzen, die eintreten, wenn Unternehmen glauben, in einem so politisierten, von der EU geregelten Wirtschaftsbereich wie der Gaswirtschaft, aber auch der Energiewirtschaft überhaupt, die politischen Rahmenbedingungen in der EU und einzelnen EU-Mitgliedstaaten sträflichst ignorieren

zu können. Der strategische Irrtum in Zug und Berlin war es zu meinen, mit besonders intensivem wirtschaftspolitischem Lobbying<sup>74</sup> und dem politischen Einfluss Berlins in der EU liesse sich das Projekt zu den Bedingungen des mehrheitlich staatlichen russischen Unternehmens Gazprom in der Bundesrepublik Deutschland schon durchsetzen.

Der sich fortsetzende politische Kampf, mit allen Mitteln die Fertigstellung von Nord Stream 2 zu verhindern oder doch durchzusetzen, wird sich im Schiedsgerichtsverfahren nach der Energiecharta und vermutlich in einer Klage vor dem OLG Düsseldorf gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur fortsetzen.<sup>75</sup> Insoweit bleibt der politische Wirtschaftskrimi Nord Stream 2 auch rechtlich weiterhin spannend.

<sup>74</sup> Nach offiziellen Angaben von lobbyfacts.eu, Nord Stream 2, vom 1. Januar 2016 - 31. Dezember 2019 ca. 2 Mio. Euro, die natürlich nur die Spitze eines Eisbergs darstellen. Darin ist das Jahresgehalt des Cheflobbyisten von Nord Stream in Berlin, dem ehemaligen deutschen Bundeskanzler Gerhard Schröder, noch nicht einmal enthalten, das dieser als Vorsitzender des Aktionärsausschusses der Nord Stream 2 AG erhält und auf 250'000 Euro geschätzt wird (Übersicht über den Aktionärsausschuss). Vgl. vermoeenmagazin.de vom 5. Januar 2020 (Gerhard Schröder: Das Vermögen des Altkanzlers).

<sup>75</sup> handelsblatt.com vom 30. April 2020 (Bundesnetzagentur bestätigt EU-Regulierung für Nord Stream 2).