



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az. BK7-16-099

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Nichtangebots an untertägigen Transportkapazitäten

Verfahrensbeteiligte:

- 1) Trianel GmbH, Krefelder Str. 203, 52070 Aachen, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

- Verfahrensbevollmächtigte: Raue LL.P. Rechtsanwälte und Notare, Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin -

Antragstellerin,
- 2) Open Grid Europe GmbH, Kallenbergstraße 4, 45141 Essen, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

- Verfahrensbevollmächtigte: CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Breite Straße 3, 40213 Düsseldorf -

Antragsgegnerin,
- 3) Initiative Erdgasspeicher e.V., Pariser Platz 4a, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,

Beigeladene zu 1),
- 4) EFET Deutschland - Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e.V., Schiffbauerdamm 40, 10117 Berlin, vertreten durch den Vorstand,

Beigeladene zu 2),

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

durch ihren Vorsitzenden Christian Mielke,
ihre Beisitzerin Dr. Stephanie Ruddies
und ihre Beisitzerin Dr. Antje Peters

am 23.08.2016 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft die Reichweite der Verpflichtung eines Netzbetreibers zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs nach § 20 EnWG.

Die Antragstellerin ist gemeinsam mit anderen konzernverbundenen Gesellschaften unternehmerisch in der Energieerzeugung und im Energiehandel tätig. Die Antragsgegnerin betreibt ein rund 12.000 Kilometer langes Fernleitungsnetz und wurde von der Beschlusskammer mit Beschluss vom 02.12.2013, Az. BK7-12-030 als Unabhängige Transportnetzbetreiberin zertifiziert.

Mit E-Mail vom 14.04.2016, 17:03 Uhr, stellte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin eine Buchungsanfrage für feste frei zuordenbare Kapazität (im Weiteren: „FZK“) für den laufenden Gastag vom 14.04.2016 in Höhe von 10.000 kWh/h an dem Ausspeisepunkt Hamm, Trianelstr. 1 (Nr. 8538), für den Bilanzkreis NCHB400201700000. An diesem Ausspeisepunkt befindet sich das Trianel Gaskraftwerk Hamm, welches von einer konzernverbundenen Gesellschaft der Antragstellerin betrieben wird. Die Antragstellerin bucht an diesem Ausspeisepunkt wiederkehrend Transportkapazitäten bei der Antragsgegnerin zum Zwecke der Belieferung dieses Kraftwerks. Am selben Tag hatte die Antragstellerin zuvor erfolglos versucht, diese Kapazität über die Buchungsplattform der PRISMA European Capacity Platform GmbH (im Weiteren: „PRISMA“) zu buchen. Mit E-Mail vom selben Tag lehnte die Antragsgegnerin die Kapazitätsanfrage der Antragstellerin ab. Die Antragsgegnerin wies die Antragstellerin darauf hin, dass sie die Kapazität für den angefragten Ausspeisepunkt bis zum 13.04.2016, 18:00 Uhr als „Day-ahead-Kapazität“ hätte buchen müssen.

Mit Schreiben vom 21.04.2016 rügte die Antragstellerin die Ablehnung ihrer Kapazitätsanfrage und forderte die Antragsgegnerin auf, ihr bis zum 29.04.2016 zu bestätigen, dass die Antragstellerin zukünftig an allen Ein- und Ausspeisepunkten, insbesondere zu Kraftwerken und Gasspeicheranlagen im Fernleitungsnetz der Antragsgegnerin, auch untertägig Transportkapazitäten buchen könne. Die Antragsgegnerin lehnte dies mit Schreiben vom 29.04.2016 ab und führte aus, dass sie nach der Verordnung (EU) Nr. 984/2013 der Kommission vom 14. Oktober 2013 zur Festlegung eines Netzkodex über Mechanismen für die Kapazitätszuweisung in Fernleitungsnetzen und zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates (im Weiteren: „Netzkodex Kapazitätszuweisung“) nur an Kopplungspunkten, also Grenz- und Marktgebietsübergangspunkten (im Weiteren: „GüP“ und „MüP“) zur Bereitstellung von untertägigen Transportkapazitäten verpflichtet sei. Eine weitergehende Rechtspflicht bestehe nicht.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, die Weigerung der Antragsgegnerin verstoße gegen § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 1 EnWG. Danach habe die Antragstellerin einen

gesetzlichen Anspruch, an sämtlichen Ein- und Ausspeisepunkten des Netzes der Antragsgegnerin auch untertägig – d.h. für die restlichen Stunden des aktuellen Gastages selbst – Transportkapazitäten buchen zu können. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin gem. § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren. Sie dürfe demnach Zugangskriterien, die formal für alle Interessenten gleichermaßen gelten, nur so ausgestalten, dass diese sachlich gerechtfertigt seien, also den Netzzugang nicht ohne sachlichen Grund ausschließen oder erschweren. Der Begriff „Kriterien“ für den Netzzugang sei weit zu verstehen, dazu zählten auch die angebotenen Kapazitätsprodukte. Die Antragsgegnerin dürfe den Zugang nach § 20 Abs. 2 S. 1 EnWG zudem nur verweigern, wenn sie den Nachweis führe, dass ihr die Gewährung des Netzzugangs aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG nicht möglich oder zumutbar sei.

Des Weiteren stelle die Weigerung der Antragsgegnerin, untertägige Kapazitäten an Nichtkopplungspunkten anzubieten, eine Diskriminierung dar. Alle Transportkunden seien für ihre wirtschaftlichen Aktivitäten auf den vor- und nachgelagerten Märkten gleichermaßen auf Transportkapazitäten im Fernleitungsnetz angewiesen. Aus diesem Grund handele es sich bei der Buchung von Transportkapazitäten an Kopplungspunkten einerseits und allen weiteren Ein- und Ausspeisepunkten andererseits um vergleichbare Sachverhalte. In beiden Fällen gehe es darum, mittels Nutzung des Fernleitungsnetzes am Wettbewerb auf den Gashandelsmärkten teilzunehmen. Ob es sich bei dem hierfür zu buchenden Punkt um einen Kopplungspunkt handele oder einen anderen Punkt im Netz, sei irrelevant. Transportkunden, die an Nichtkopplungspunkten – also buchbaren Ein- und Ausspeisepunkten, die weder benachbarte Ein- und Ausspeisesysteme miteinander noch ein Ein- und Ausspeisesystem mit einer Verbindungsleitung verbinden – Transportkapazitäten buchen, würden durch die Praxis der Antragsgegnerin nur an Kopplungspunkten untertägige Kapazitäten anzubieten benachteiligt. Diese Ungleichbehandlung wirke sich auf die angrenzenden Wettbewerbsmärkte aus und sei sachlich nicht gerechtfertigt. Gerade Transportkunden, die Gaskraftwerke beliefern, und Speicherkunden würden in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten eingeschränkt.

Diese Ungleichbehandlung werde auch nicht durch den Netzkodex Kapazitätszuweisung oder den Beschluss der Bundesnetzagentur wegen Anpassung von Kapazitätsregelungen im Gassektor vom 14.08.2015, Az. BK7-15-001 (im Weiteren: „KARLA Gas 1.1“) gedeckt. Der Netzkodex Kapazitätszuweisung beschränke sich aus Zuständigkeitsgründen auf Kopplungspunkte. Damit sei ein sachlicher Grund für die Benachteiligung der Kunden, die an Nichtkopplungspunkten Kapazitäten buchten, nicht ersichtlich. Eine Pflicht der Antragsgegnerin, auf Verlangen der Antragstellerin auch an Nichtkopplungspunkten untertägige Kapazitäten anzubieten, entspreche auch dem Sinn und Zweck des Netzzugangs nach § 20 EnWG. Dieser solle auf den dem Monopolbereich Netz vor- und nachgelagerten Märkten einen möglichst unverfälschten Wettbewerb ermöglichen. Transportkunden wie die Antragstellerin, die vor allem

Transportkapazitäten an Ein- und/oder Ausspeisepunkten zu Kraftwerken und Gasspeicheranlagen buchten, würden durch die Praxis der Antragsgegnerin erheblich in ihren Wettbewerbschancen beschränkt. Wegen der erheblichen Volatilität im Markt – insbesondere im Regelenergiebereich Gas wie auch Strom – seien sie auf kurzfristig eintretende Vermarktungschancen angewiesen. Diese Vermarktungsmöglichkeiten könnten oftmals am Vortag noch nicht abschließend bewertet werden. Untertägige Kapazitätsprodukte würden daher die Vermarktungschancen von Kraftwerkskapazitäten am Regelenergiemarkt (Strom) signifikant verbessern. Zur Darlegung ihrer wirtschaftlichen Betroffenheit hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.07.2016, eingegangen am 25.07.2016, anhand des Beispiels eines konzernverbundenen Gaskraftwerks dargestellt, warum die Antragstellerin auf das Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte angewiesen sei. So könne bei einer von der Vortagesprognose nach unten abweichenden Außentemperatur die zuvor errechnete Maximalleistung des Kraftwerks nach oben korrigiert und so durch die Vermarktung zusätzlicher Leistung am Strom-Intradaymarkt zusätzliche Leistung vermarktet werden. Auch bei am Vortag noch nicht vorhersehbaren hohen Preisen am Strom-Intradaymarkt im „Peakbereich“ könne ein solches Gaskraftwerk durch untertägig buchbare Kapazitätsprodukte zusätzliche Deckungsbeiträge erwirtschaften.

Die in dem differenzierenden Kapazitätsangebot liegende Ungleichbehandlung sei auch nicht durch § 11 GasNZV gedeckt, der die Regelung des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG konkretisiere. Nach § 11 Abs. 1 S. 1 GasNZV hätten Fernleitungsnetzbetreiber Transportkunden sowohl feste als auch unterbrechbare Kapazitäten anzubieten, und zwar mindestens auf Jahres-, Monats-, Quartals- und Tagesbasis. Dabei handele es sich nach dem eindeutigen Wortlaut nur um Mindestanforderungen, die einem flächendeckenden Angebot von untertägigen Kapazitäten nicht entgegenstünden. Darüber hinaus gingen die gesetzlichen Vorgaben des § 20 EnWG dem untergesetzlichen Verordnungsrecht ohnehin vor. Solange bereits nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG ein Anspruch auf Bereitstellung untertägiger Kapazitäten auch an Nichtkopplungspunkten bestünde, seien entgegenstehende Vorgaben der GasNZV unbeachtlich.

Zum Verständnis ihres Antrags führt die Antragstellerin aus, dass sie ein flächendeckendes Angebot an untertägigen Transportkapazitäten nur an buchbaren Ein- und Ausspeisepunkten des Netzes der Antragsgegnerin begehre.

Die Antragstellerin beantragt,

die Praxis der Antragsgegnerin, nur an Kopplungspunkten im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Netzkodex Kapazitätszuweisung untertägige Transportkapazitäten anzubieten, zu überprüfen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, allen Transportkunden zukünftig an sämtlichen Ein- und Ausspeisepunkten ihres Fernleitungsnetzes untertägige Transportkapazitäten zur Buchung zur Verfügung zu stellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass der Antrag der Antragstellerin bereits insoweit unzulässig sei, als er sich nach seinem Wortlaut ("an sämtlichen Ein- und Ausspeisepunkten ihres Fernleitungsnetzes untertägige Transportkapazitäten zur Buchung zur Verfügung zu stellen") auch darauf richte, die Antragsgegnerin zu verpflichten, nicht nur an Ein- und Ausspeisepunkten zu Produktionsanlagen, Speichern und Kraftwerken, sondern auch an Ausspeisepunkten zu nachgelagerten Netzbetreibern untertägige Transportkapazitäten anzubieten. Diesbezüglich fehle der Antragstellerin bereits die Antragsberechtigung, da Ausspeisepunkte zu nachgelagerten Netzbetreibern als unmittelbare Folge des Entry-Exit-Systems, welches durch § 20 Abs. 1b S. 5 EnWG, sowie die GasNZV vorgeschriebenen sei, für niemanden buchbar seien. Diese Punkte seien vielmehr Teil des Systems der internen Bestellung im Sinne des § 8 Abs. 3 GasNZV sowie der Kooperationsvereinbarung zwischen den Betreibern von in Deutschland gelegenen Gasversorgungsnetzen (im Weiteren: „KoV“).

Zudem sei der Vortrag der Antragstellerin, ein fehlendes Angebot untertägiger Kapazität an Nichtkopplungspunkten verstoße gegen das Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG, als Rüge eines Verstoßes des Netzkodex Kapazitätszuweisung gegen das Diskriminierungsverbot zu verstehen. Es handele sich also um ein Normenkontrollbegehren, das nicht Gegenstand des Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG sei. Auch handele es sich bei dem Umstand, dass die Antragsgegnerin an Nichtkopplungspunkten keine untertägigen Transportkapazitäten anbiete, nicht um eine Diskriminierung im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG. Dies ergebe sich bereits aus einer europarechtskonformen Auslegung des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG. Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG setze die europarechtlichen Vorgaben um. Sowohl in der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (im Weiteren: „Gas-Richtlinie“), als auch in der 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 (im Weiteren: „FernleitungsVO“), welche die Grundlage für den Netzkodex Kapazitätszuweisung bilde, finde sich der Diskriminierungsverbotsgedanke des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG wieder. Da sich Gas-Richtlinie und FernleitungsVO wie auch § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG auf alle Ein- und Ausspeisepunkte, also nicht nur auf Kopplungspunkte, erstreckten, lasse sich schließen, dass es nach den Wertungen der europäischen Regelungen bereits tatbestandlich keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstelle, wenn Fernleitungsnetzbetreiber nach dem Netzkodex Kapazitätszuweisung nur an Kopplungspunkten untertägige Transportkapazitäten anböten. Die unterschiedliche Behandlung von Kopplungspunkten einerseits und Nichtkopplungspunkten andererseits sei in den europäischen Regelungen angelegt. Eine aus diesen Regelungen selbst folgende Differenzierung könne nicht gleichzeitig eine verbotene Diskriminierung darstellen, es sei denn, man würde unterstellen, dass der Netzkodex Kapazi-

tätszuweisung selbst gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Der auf Kopplungspunkte beschränkte Regelungsbereich des Netzkodex Kapazitätszuweisung beruhe nicht auf einer insoweit eingeschränkten Zuständigkeit des europäischen Gesetzgebers. Dieser wäre berechtigt, Fernleitungsnetzbetreiber zu verpflichten, auch an Nichtkopplungspunkten untertägige Transportkapazitäten anzubieten. Der Netzkodex Kapazitätszuweisung selbst erstrecke sich über die Erfassung von MüP auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte. Etwas anderes könne nur gelten, wenn der deutsche Gesetzgeber mit der Umsetzung in § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG jenseits des Diskriminierungsverbots über den Regelungsgehalt der Gas-Richtlinie hinausgehende Regelungen hätte treffen wollen. Hierfür seien jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Auch unabhängig von einer europarechtskonformen Auslegung läge keine Diskriminierung im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG vor. Bei dem Diskriminierungsverbot handele es sich um einen besonderen Gleichheitsgrundsatz, der es verbiete, wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln. Vorliegend handele es sich aber nicht um wesentlich gleiche Sachverhalte. In Bezug auf Ausspeisepunkte zu nachgelagerten Netzbetreibern ergebe sich diese Schlussfolgerung bereits daraus, dass diese Punkte nicht für Transportkunden buchbar seien. Auch bei Kopplungspunkten einerseits und Nichtkopplungspunkten wie Ein- und Ausspeisepunkte zu Speichern und Kraftwerken andererseits handele es sich nicht um wesentlich Gleiches. Die Wettbewerbs- und Marktsituation an Kopplungspunkten unterscheide sich von der an Nichtkopplungspunkten. Zudem käme es zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten und Folgefragen. Daher sei die Beschränkung des Angebots untertägiger Kapazitätsprodukte keine Ungleichbehandlung, jedenfalls aber gerechtfertigt.

Die Antragsgegnerin wäre infolge einer etwaigen Verpflichtung zum Angebot untertägiger Kapazitäten an Nichtkopplungspunkten in unverhältnismäßiger, die eigenen wirtschaftlichen Interessen benachteiligender Weise betroffen. Damit läge eine Unzumutbarkeit im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 EnWG vor, welche es rechtfertige, auf ein Angebot untertägiger Kapazitäten zu verzichten. Was unter sachlicher Rechtfertigung im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EnWG zu verstehen sei, werde durch die GasNZV konkretisiert. Die Regelung des § 11 Abs. 1 GasNZV schreibe den Fernleitungsnetzbetreibern denjenigen Umfang an Pflichten zu, den sie zwingend erfüllen müssten, um den Anforderungen eines Neuzugangs unter Beachtung des Gebots der sachlichen Rechtfertigung zu genügen. Stehe den Fernleitungsnetzbetreibern nach § 11 Abs. 1 GasNZV das Angebot untertägiger Transportkapazitäten frei, könne ein Verzicht auf ein solches Angebot nicht sachlich ungerechtfertigt im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EnWG sein. Eine Zugangsverweigerung sei bereits tatbestandlich nicht gegeben, der Antragstellerin werde der Zugang zum Netz der Antragsgegnerin in der gesetzlich geforderten Reichweite gewährt.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 12.05.2016, bei der Beschlusskammer eingegangen am 17.05.2016, die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG gegen die

Antragsgegnerin beantragt. Die Beschlusskammer hat die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen sowie das Bundeskartellamt am 19.05.2016 über die Einleitung des Verfahrens informiert. Die Beschlusskammer hat zudem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 18.05.2016 von der Verfahrenseinleitung benachrichtigt und sie zur Stellungnahme aufgefordert. Von ihrem Recht zur Stellungnahme hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 06.06.2016, eingegangen am 09.06.2016, Gebrauch gemacht. Mit Schreiben vom 14.06.2016, eingegangen am 17.06.2016, hat die Antragstellerin gemäß § 67 Abs. 3 S. 1 EnWG die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Hierzu führt sie aus, dass § 67 Abs. 3 S. 1 EnWG ihr einen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gewähre und es angesichts der grundsätzlichen Bedeutung des Verfahrens zur Gewährung des rechtlichen Gehörs angemessen sei, eine solche durchzuführen. Mit weiterem Schreiben vom 29.06.2016, eingegangen am 04.07.2016 hat die Antragstellerin außerdem zur Antragsrüge der Antragsgegnerin vom 06.06.2016 Stellung genommen. Die Beschlusskammer hat der Antragstellerin mit Schreiben vom 12.07.2016 mitgeteilt, dass sie ihrem Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht entspricht. Zudem hat die Beschlusskammer weiteren Aufklärungsbedarf in Bezug auf die Antragsbefugnis der Antragstellerin gesehen und darum gebeten darzustellen, wann und warum diese auf kurzfristige Vermarktungschancen angewiesen war, die erst nach Ablauf der Buchungsfrist für Kapazitätsprodukte auf Tagesbasis erkennbar waren, und inwieweit dieser Umstand Einfluss auf die Vermarktung der konzernverbundenen Speicher und Kraftwerke hatte. Im Zuge dieser weiteren Sachverhaltsaufklärung, hat die Beschlusskammer die Entscheidungsfrist nach Maßgabe des § 31 Abs. 3 S. 2 EnWG um zwei Monate, bis zum 19.09.2016, verlängert.

Die Beigeladene zu 1) ist ein Interessenverband, der deutsche Speicherbetreiber vertritt. Sie vertritt 16 Mitgliedsunternehmen, die gemeinsam über mehr als 90% der an die beiden deutschen Marktgebiete angeschlossenen Speicherkapazitäten verfügen. Mit E-Mail vom 01.08.2016 hat die Beigeladene zu 1) Stellung genommen. Sie empfiehlt, zukünftig auch an den Anschlusspunkten zu Erdgasspeichern eine untertägige Buchung von Transportkapazitäten zu ermöglichen. Durch den derzeitigen Umstand, dass Fernleitungsnetzbetreiber keine untertägigen Kapazitätsprodukte an Ein- und Ausspeisepunkten zu Erdgasspeichern anbieten, könnten diese Produkte nicht zur Regelenergiebereitstellung genutzt werden. Da eine Vergütung für die Vorhaltung der Regelenergie im Gassektor nicht vorgesehen sei, bedeute dies für den Anbieter von Regelenergie, dass er die zur Bereitstellung der Regelenergie erforderlichen Transportkapazitäten erst im Falle der Inanspruchnahme durch den Marktgebietsverantwortlichen buchen werde. Diese Einschätzung könne er aber regelmäßig nicht bereits am Vortag treffen, sondern erst unmittelbar vor oder während des laufenden Gastages.

Die Beigeladene zu 2) ist ein deutscher Interessenverband, der Gas- und Stromhändler vertritt. Ziele des Interessenverbandes sind u.a. die Entwicklung eines paneuropäischen Binnenmarktes für Energie und verwandte Produkte und dadurch die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der

europäischen Wirtschaft, die Erleichterung des Handels durch europaweite Harmonisierung der Marktregeln, ungehinderter diskriminierungsfreier Zugang zu den Versorgungsnetzen und die Vermeidung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen. Mit Schreiben vom 03.08.2016 hat die Beigeladene zu 2) zum Verfahrensgegenstand Stellung genommen. Sie ist der Ansicht, dass eine längerfristige Buchung (Jahre, Quartale, Monate) in den meisten Fällen aufgrund der ungünstigen Marktsituation für Gasspeicher und Kraftwerke unwirtschaftlich sei. Da eine Buchung von untertägigen Kapazitäten nicht möglich sei, gingen sowohl Flexibilitäten im Strommarkt (Gaskraftwerke) als auch im Gasmarkt (Speicher) verloren. Durch diese Zugangsbarriere würden in der Folge ineffizientere Flexibilitätsquellen in angrenzenden Ländern genutzt, da diese aufgrund des Angebots untertägiger Kapazitäten an GüP kurzfristiger auf Veränderungen der Angebots- oder Nachfragesituation auf den Gas- bzw. Stromhandelsmärkten reagieren könnten. Die durch den Erwerb langfristigerer Kapazitäten zusätzlich entstehenden Kosten würden zu einem gewissen Ausmaß an die Letztverbraucher weitergereicht. Zudem werde das Ziel der Bundesregierung, die flexiblen Gaskraftwerke durch kurzfristig auftretende Preisspitzen im Stromsektor zu finanzieren, durch den teilweisen Ausschluss genau dieser Kraftwerke von den kurzfristigen Märkten konterkariert. Auch der Wunsch, dass Gasspeicher weiterhin in Betrieb bleiben, um die Versorgungssicherheit von L-Gas und H-Gas zu gewährleisten, sei durch diese Restriktionen infrage gestellt. Im Ergebnis sei durch die erhöhten Kosten die Versorgungssicherheit belastet, da Gaskraftwerke und -speicher für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit notwendig seien, aber die Vorhaltung von Kapazitäten nicht durch gesonderte Marktmechanismen ausreichend angereizt würden. Zur pragmatischen Lösung dieses Problems empfiehlt die Beigeladene, untertägige Kapazitäten anzubieten. Dies werde auch zu einer erhöhten Buchung von Transportkapazität und damit einer besseren Auslastung des Gastransportsystems führen.

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

II.

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig, aber unbegründet. Der Antrag war daher zurückzuweisen.

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Die formelle Rechtmäßigkeit ist gewahrt. Die vorliegende Entscheidung ist innerhalb der gesetzlichen Entscheidungsfrist ergangen (vgl. dazu Ausführungen unter 1.1), die gesetzlichen Verfahrensvorschriften wurden eingehalten (vgl. dazu Ausführungen unter 1.2).

1.1. Frist des § 31 Abs. 3 EnWG

Der Beschluss ist innerhalb der Frist des § 31 Abs. 3 EnWG ergangen. Gemäß § 31 Abs. 3 S. 1 EnWG entscheidet die Regulierungsbehörde innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Eingang des vollständigen Antrages. Der Antrag der Antragstellerin vom 12.05.2016 ist am 17.05.2016 eingegangen. Die ursprüngliche Verfahrensfrist endete somit gemäß § 31 Abs. 3 S. 1 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 1 VwVfG Bund und §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 BGB mit Ablauf des 18.07.2016. Gemäß § 31 Abs. 3 S. 2 EnWG kann diese Frist um zwei Monate verlängert werden, wenn die Regulierungsbehörde zusätzliche Informationen anfordert. Am 12.07.2016 wurde die Frist durch Anforderung zusätzlicher Informationen von der Antragstellerin um zwei Monate verlängert. Die Verfahrensfrist endet somit gemäß § 31 Abs. 3 S. 2 EnWG i.V.m. § 31 Abs. 1 und 3 VwVfG Bund und §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 BGB mit Ablauf des 19.09.2016. Diese Frist ist vorliegend gewahrt.

1.2. Wahrung der gesetzlichen Verfahrensvorschriften

Die gesetzlichen Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

(1) Insbesondere wurde den Verfahrensbeteiligten ausreichendes rechtliches Gehör gewährt. Alle Verfahrensbeteiligte erhielten umfassend Gelegenheit zur Stellungnahme. Insbesondere wurde der Anspruch der Antragstellerin auf rechtliches Gehör durch den Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht verletzt. Zunächst hat die Antragstellerin entgegen der von ihr mit Schreiben vom 29.06.2016 geäußerten Ansicht nach § 67 Abs. 3 EnWG keinen Anspruch auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Vielmehr steht die Entscheidung darüber, anders als etwa im Telekommunikationsbereich nach § 135 Abs. 3 TKG, ausweislich des Wortlauts im Ermessen der Bundesnetzagentur. Der Gesetzgeber hatte sich dabei bewusst gegen einen Gleichlauf zwischen EnWG und TKG entschieden (vgl. BR-Drs. 613/10, S. 137).

Die Beschlusskammer hat das ihr zustehende Ermessen in rechtmäßiger Weise ausgeübt. Dabei war insbesondere zu berücksichtigen, dass die Schreiben der Antragstellerin vom

13.05.2016 und 29.06.2016 sich bereits ausführlich mit den aufgeworfenen Rechtsfragen auseinandergesetzt haben. Insofern war nicht ersichtlich, welcher für die rechtliche Beurteilung durch die Beschlusskammer relevante Gesichtspunkt ausschließlich mündlich und nicht auch durch anwaltliche Schriftsätze hätte geltend gemacht werden sollen. Eine mündliche Verhandlung hätte im Vergleich zu der Ermöglichung rechtlichen Gehörs im schriftlichen Verfahren keinen weiteren Beitrag zur Erörterung der verfahrensrelevanten Sach- und Rechtsfragen leisten können. Die Forderung nach dem Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte durch Fernleitungsnetzbetreiber an Nichtkopplungspunkten wurde zudem am 25.01.2016 in einem öffentlichen Termin mit Verbänden und Unternehmen außerhalb eines förmlichen Verfahrens bereits ausführlich diskutiert. An diesem Termin hat auch die Antragstellerin in ihrer Rolle als Mitglied der Beigeladenen zu 2) teilgenommen. Die Teilnehmer haben die ökonomischen Chancen und Risiken eines untertägigen Kapazitätsangebots ausführlich dargestellt und mit der Beschlusskammer erörtert. Damit wurde auch eine Öffentlichkeit in Bezug auf das generelle Anliegen der Antragstellerin hergestellt. Vor dem Hintergrund des organisatorischen und zeitlichen Aufwands, der mit der Vorbereitung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung verbunden ist, und dem Umstand, dass zusätzliche, außerhalb anwaltlicher Schriftsätze nicht zu erbringende relevante Gesichtspunkte durch eine solche Verhandlung im vorliegenden Fall nicht zu erwarten waren, hat sich die Beschlusskammer unter Ausübung des ihr zustehenden Ermessens dazu entschieden, keine mündliche Verhandlung durchzuführen.

(2) Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende auf § 31 EnWG beruhende Entscheidung ergibt sich aus § 54 Abs. 1 1. HS, Abs. 2 S. 2 EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

(3) Über die Einleitung des Verfahrens sind die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen gemäß § 55 Abs. 1 EnWG sowie das Bundeskartellamt am 19.05.2016 benachrichtigt worden. Gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG haben sowohl das Bundeskartellamt als auch die Landesregulierungsbehörde Nordrhein-Westfalen, in deren Bundesland der Sitz der Antragsgegnerin belegen ist, rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten.

2. Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag der Antragstellerin ist zulässig.

(1) Die Anforderungen des § 31 Abs. 2 EnWG sind erfüllt. Der Antrag der Antragstellerin enthält neben der Firma und dem Sitz der Antragsgegnerin als betroffener Netzbetreiberin mit dem Verweis auf das Nichtangebot untertägiger Transportkapazitäten an Nichtkopplungspunkten auch eine Beschreibung des Verhaltens, welches überprüft werden soll. Ferner nennt die Antragstellerin mit dem gerügten Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und die Netzzugangspflicht Gründe, weshalb aus ihrer Sicht ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit

des Verhaltens der Antragsgegnerin bestehen und führt Gründe an, weshalb sie durch das Verhalten der Antragsgegnerin betroffen sein soll.

(2) Die Antragstellerin ist auch antragsberechtigt. Die Weigerung der Antragsgegnerin, an ihren Nichtkopplungspunkten ebenfalls untertägige Transportkapazitäten zu vermarkten, stellt eine erhebliche, gegenwärtige Interessenberührung der Antragstellerin dar. Die Antragstellerin hat nachvollziehbar dargelegt, dass die Möglichkeit, auch untertägig Transportkapazitäten zu buchen, es ihr ermöglichen würde, an Kraftwerks- und Speicherpunkten kurzfristige Vermarktungschancen auf den nachgelagerten Wettbewerbsmärkten, wie etwa dem Regelenergiemarkt für Gas, zu realisieren und damit Mehreinnahmen von nicht unerheblichem Umfang zu erzielen. Ferner sind erhebliche wirtschaftliche Interessen der Antragstellerin dadurch berührt, dass die durch ein Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte an Nichtkopplungspunkten ebenfalls gesteigerten Vermarktungschancen etwa auf dem Strom-Intradaymarkt durch die konzernverbundenen Kraftwerksgesellschaften sich unmittelbar auf den eigenen wirtschaftlichen Erfolg der Antragstellerin auswirken.

(3) Dass von ihrem umfassend formulierten Antrag beispielsweise auch Ausspeisepunkte zu Industriekunden umfasst sind, die von der Antragstellerin nicht zu den mit ihr konzernverbundenen Unternehmen gezählt wurden, und sich zudem explizit darauf richtet, allen Transportkunden untertägige Transportkapazitäten an Nichtkopplungspunkten zur Verfügung zu stellen, führt im Ergebnis nicht zu einer teilweisen Unzulässigkeit ihres Antrags. Aus dem Vortrag der Antragstellerin ergibt sich, dass ihr Interesse darin liegt, an den von ihr buchbaren Ein- und Ausspeisepunkten untertägige Transportkapazität angeboten zu bekommen. Dass sie solche Buchungen an Nichtkopplungspunkten im Netz der Antragsgegnerin tätigt und dies auch künftig beabsichtigt, wird auch von dieser nicht bestritten. Damit ist eine hinreichend individuelle, persönliche Interessenberührung der Antragstellerin gegeben. Die Beschlusskammer versteht das Vorbringen der Antragstellerin als Hinweis darauf dass, würde es sich bei der Weigerung der Antragsgegnerin, ihr untertägige Transportkapazitäten auch an Nichtkopplungspunkten anzubieten, um einen Verstoß gegen das Netzzugangsgebot aus § 20 EnWG handeln, die Antragsgegnerin die untertägigen Transportkapazitäten diskriminierungsfrei auch allen Transportkunden zugänglich machen müsste.

Aus der Formulierung des Antrags ergibt sich zudem, dass die Antragstellerin ihren Antrag nur auf solche Punkte erstrecken wollte, die durch sie buchbar sind. Dies hat die Antragstellerin in ihrer Erwiderng vom 29.06.2016 auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 06.06.2016 klargestellt. Der Antrag der Antragstellerin war daher nach § 25 Abs. 1 S. 2 VwVfG Bund sachdienlich dahingehend auszulegen, dass nur solche Ein- und Ausspeisepunkte der Antragsgegnerin umfasst sind, die auch tatsächlich durch die Antragstellerin buchbar sind.

3. Begründetheit des Antrags

Der Antrag der Antragstellerin ist jedoch unbegründet. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Rahmen ein Angebot untertägiger Kapazitäten wirtschaftspolitisch sinnvoll wäre. Dies zu untersuchen bleibt ggf. einer Weiterentwicklung des gesetzlichen und regulatorischen Rahmens vorbehalten. Maßgeblich für das vorliegende Verfahren, das hierzu aufgrund des nach § 31 EnWG eingeschränkten Prüfungsmaßstabs keinen Beitrag leisten kann, ist allein die Frage, ob die Antragsgegnerin auf Grundlage der derzeit geltenden rechtlichen Vorgaben zum Angebot untertägiger Kapazitäten an buchbaren Nichtkopplungspunkten verpflichtet ist, d.h. ob sie sich durch ihr fehlendes Angebot solcher Kapazitäten in missbräuchlicher Weise rechtswidrig verhält. Dies ist zu verneinen.

3.1. Prüfungsmaßstab

Der von der Antragstellerin gerügte Verstoß ist vom Prüfungsmaßstab des § 31 EnWG umfasst. Nach § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG sind die Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des EnWG oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen Prüfungsmaßstab des § 31 EnWG. Das gerügte Verhalten bezieht sich auf das Gebot des § 20 EnWG. Diese Regelung zählt zu den Vorschriften des Netzzugangs des Abschnitts 3 des EnWG.

3.2. Verstoß gegen das Gebot, Netzzugang zu sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei zu gewähren, § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG

Die Weigerung der Antragsgegnerin, an buchbaren Nichtkopplungspunkten untertägige Transportkapazität anzubieten, verstößt nicht gegen das Gebot nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG Netzzugang zu sachlich gerechtfertigten Kriterien zu gewähren.

(1) Dabei ist schon fraglich, ob es sich bei der Frage des Angebots von untertägigen Kapazitätsprodukten an buchbaren Nichtkopplungspunkten wie von der Antragstellerin behauptet überhaupt um Kriterien im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG handelt. Zwar kann man argumentieren, dass es sich bei der Auswahl der angebotenen Kapazitätsprodukte um einen Teil der Bedingungen, unter denen Transportkunden Zugang zu dem Netz der Antragsgegnerin gewährt wird, handele. Andererseits betrifft das vorliegende Verfahren den behaupteten Anspruch der Antragstellerin auf das Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten. Es kann daher ebenso geschlussfolgert werden, dass sich diese Frage auf die Reichweite des Anspruchs auf Netzzugang an sich richtet und damit auf den Vertragsgegenstand selbst, nämlich das Kapazitätsprodukt und nicht etwa auf dessen Ausgestaltung durch weitergehende Bedingungen oder Kriterien, unter denen ein Vertrag über dieses Produkt geschlossen wird.

Im Ergebnis kann diese Frage aber dahingestellt bleiben, da beide Prüfmaßstäbe zum selben Ergebnis führen. Entnimmt man dem § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG eine Verpflichtung zum Angebot

untertägiger Kapazitätsprodukte, so stellt eine untertägige Produktlaufzeit auch immer ein sachgerechtes Ausgestaltungskriterium des Netzzugangs dar. Anders ausgedrückt bestimmt der Umfang des nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG zu gewährenden Netzzugangs auch die Frage der sachlichen Berechtigung der Netzzugangskriterien.

(2) Es besteht kein Anspruch der Antragstellerin auf das Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten des Netzes der Antragsgegnerin.

(a) Der Umfang des Anspruchs der Transportkunden auf Netzzugang wird konkretisiert durch den gesetzlichen und regulatorischen Rahmen für die Bedingungen des Netzzugangs. Diesen Rahmen bilden unter anderem die auf der Basis von § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG erlassene GasNZV sowie die europäischen Regelungen, insbesondere die FernleitungsVO, der auf ihrer Grundlage erlassene Netzkodex Kapazitätszuweisung und schließlich auch die Festlegungen der Bundesnetzagentur.

Die für den vorliegenden Streit maßgebliche Norm findet sich in § 11 Abs. 1 S. 1 GasNZV. Danach haben Fernleitungsnetzbetreiber Transportkunden sowohl feste als auch unterbrechbare Kapazitäten mindestens auf Jahres-, Monats-, Quartals- und Tagesbasis anzubieten. Die Norm konkretisiert damit die Verpflichtung der Fernleitungsnetzbetreiber zur Gewährung des Netzzugangs nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG. Sie legt abschließend fest, welche Kapazitätsprodukte von ihnen obligatorisch anzubieten sind und trifft damit zugleich eine Bewertung hinsichtlich der Reichweite, für die den Netzbetreibern die Zugangsgewährung zumutbar im Sinne von § 20 Abs. 2 EnWG ist. Ein darüber hinausgehendes Kapazitätsangebot der Fernleitungsnetzbetreiber ist somit grundsätzlich freiwillig zulässig, aber – bis zu einer eventuellen Neubewertung der Angebotsverpflichtung etwa durch Verordnungsänderung oder Festlegung – nicht zwingend vorgesehen. Für eine weitergehende Verpflichtung der Netzbetreiber, über diesen Mindeststandard hinauszugehen, enthält die Norm in ihrer aktuellen Fassung keinerlei Anhaltspunkte. Hierfür spricht schon der Wortlaut der Begründung zum Entwurf des § 11 GasNZV, der ausdrücklich klarstellt: „Absatz 1 benennt die Kapazitätsprodukte, die von Fernleitungsnetzbetreibern mindestens anzubieten sind. Darüber hinaus *steht es Fernleitungsnetzbetreibern frei*, weitere Kapazitätsprodukte anzubieten, wenn dafür ein Marktbedürfnis besteht.“ (vgl. BR-Drs. 312/10, S. 67). Fernleitungsnetzbetreibern steht es nach dieser Regelung also derzeit frei, an Nichtkopplungspunkten untertägige Kapazitäten anzubieten. Eine Verpflichtung hierzu besteht nach § 11 Abs. 1 S. 1 GasNZV für sie jedoch nicht.

(b) Ebenso wenig ergibt sich eine Verpflichtung zu einem untertägigen Kapazitätsangebot an Nichtkopplungspunkten aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 Netzkodex Kapazitätszuweisung. Dieser verpflichtet die Fernleitungsnetzbetreiber dazu, an Kopplungspunkten Jahres-, Quartals-, Monats-, Tages- und untertägige Standardkapazitätsprodukte anzubieten. Die Anwendbarkeit des Netzkodex Kapazitätszuweisung erstreckt sich jedoch nach dessen Art. 2 Abs. 1 S. 1 nur auf Kopplungspunkte, also physische oder virtuelle Punkte, die benachbarte Ein- und Ausspeisesys-

teme miteinander oder ein Ein- und Ausspeisesystem mit einer Verbindungsleitung verbinden, vgl. Art. 3 Nr. 10 Netzkodex Kapazitätszuweisung. Nur für Kopplungspunkte, für die die weniger weit gehende Verpflichtung aus § 11 Abs. 1 GasNZV bis zum Wirksamwerden des Netzkodex Kapazitätszuweisung ebenfalls Anwendung fand, wird der von den Fernleitungsnetzbetreibern anzubietende Produktkanon somit infolge des Anwendungsvorrangs des Europarechts durch den Netzkodex Kapazitätszuweisung erweitert. Die Punkte, an denen die Antragstellerin untertägige Kapazitäten begehrt, sind vom Anwendungsbereich des Netzkodex Kapazitätszuweisung aber gerade nicht erfasst, was auch die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 13.05.2016 ausdrücklich anerkennt. Eine Verpflichtung zum Angebot untertägiger Kapazitäten an Nichtkopplungspunkten kann auch nicht aus einer analogen Anwendung des Art. 9 Abs. 1 S. 1 Netzkodex Kapazitätszuweisung abgeleitet werden. Der klare Gesetzeswortlaut in Art. 2 Abs. 1 S. 1 Netzkodex Kapazitätszuweisung („Diese Verordnung gilt für Kopplungspunkte.“) bildet die Grenze einer möglichen Auslegung und verbietet es, die Verpflichtung der Fernleitungsnetzbetreiber zum Angebot untertägiger Kapazitäten im Wege einer teleologischen Erweiterung auch auf Nichtkopplungspunkte zu erstrecken.

Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, dass sich der Netzkodex Kapazitätszuweisung allein aus Zuständigkeitsgründen auf Kopplungspunkte beschränke und somit ein Sachgrund für das fehlende Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte an Nichtkopplungspunkten nicht ersichtlich sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn selbst unterstellt, dass der Netzkodex Kapazitätszuweisung aus Zuständigkeitsgründen auf Kopplungspunkte beschränkt wäre, würde dies den Umfang des auf Basis des dann ausschließlich anwendbaren deutschen Rechts zu gewährenden Netzzugangsanspruchs nicht erweitern und keinen Anspruch der Antragstellerin auf das Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten begründen. Mangels europarechtlicher Vorgaben in Bezug auf buchbare Nichtkopplungspunkte verbleibt es bei dem durch § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG gesetzten Rahmen, welcher durch § 11 Abs. 1 S. 1 GasNZV konkretisiert wird.

(c) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin kann daher der Umfang des Anspruchs aus § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG nicht ohne Beachtung der Vorgaben der GasNZV bestimmt werden. Zwar ergibt sich, wie die Antragstellerin zutreffend feststellt, aus § 11 Abs. 1 S. 1 GasNZV kein Verbot des Angebots untertägiger Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten, aber wird der zwingend zu gewährleistende Umfang des Netzzugangs eben auch in Ermangelung weitergehender Regelungen derzeit abschließend festgelegt. Der Beschlusskammer erscheint es dabei plausibel, dass sich durch ein Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten zusätzliche Vermarktungschancen ergeben würden, selbst wenn der von der Beigeladenen zu 1) in Aussicht gestellte vermehrte Einsatz von Erdgasspeichern zur Bereitstellung von Regelenergie auch unter Nutzung des aktuellen Kapazitätsangebots an Nichtkopplungspunkten jedenfalls nicht von vorneherein ausgeschlossen erscheint. Die Beschlusskammer hält es für möglich, dass - wie die Beigeladene zu 2) ausgeführt hat - zusätzli-

che Vermarktungsmöglichkeiten sich gegebenenfalls positiv auf die Wettbewerbsintensität auf vor- und nachgelagerten Märkten auswirken können. Da § 11 Abs. 1 GasNZV die Ausweitung des Kanons der Standardkapazitätsprodukte in seiner aktuellen Fassung aber nicht vorsieht, kann dieser Regelung ein dahingehender Rechtsanspruch der Antragstellerin auf ein Angebot untertägiger Transportkapazitäten an Nichtkopplungspunkten nicht entnommen werden.

3.3. Diskriminierungsfreiheit

Die Antragsgegnerin verstößt durch die Weigerung, untertägige Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten zu vermarkten, nicht gegen das Gebot nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG, Netzzugang diskriminierungsfrei anzubieten.

(1) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin stellt es keine Diskriminierung im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG dar, wenn die Antragsgegnerin untertägige Kapazitätsprodukte nur an Kopplungspunkten anbietet. Dabei kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Situation an Kopplungspunkten im Vergleich zu buchbaren Nichtkopplungspunkten überhaupt um wesentlich gleiche Sachverhalte handelt. Wie oben unter 3.2. dargestellt, verpflichtet Art. 9 Abs. 1 S. 1 Netzkodex Kapazitätszuweisung Fernleitungsnetzbetreiber lediglich in Bezug auf Kopplungspunkte zu einem Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte. Die damit einhergehende Unterscheidung von Kopplungs- und Nichtkopplungspunkten ist daher bereits in der europarechtlichen Konkretisierung des mindestens zu gewährleistenden Umfangs des Netzzugangsanspruchs angelegt. Soweit sich ein Fernleitungsnetzbetreiber innerhalb dieser im Regelungsrahmen angelegten Differenzierung bewegt, kann es sich dabei nicht um eine nach § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG untersagte Benachteiligung handeln.

(2) Der auf Kopplungspunkte beschränkte Regelungsbereich des Netzkodex Kapazitätszuweisung beruht dabei nicht auf einer insoweit eingeschränkten Zuständigkeit des europäischen Gesetzgebers. Zwar ist der Regelungsbereich für Netzkodizes gemäß Art. 8 Abs. 7 FernleitungsVO auf grenzüberschreitende Netzangelegenheiten und Angelegenheiten der Marktintegration beschränkt. Der Begriff der Marktintegration ist dabei aber nicht auf die deutsche Besonderheit zweier Marktgebiete bezogen, sondern auf die Integration des Erdgasbinnenmarktes. Dessen Funktionieren ist gemäß Art. 1 UAbs. 1 lit. a) FernleitungsVO das Ziel dieser Verordnung. Dies ist Ausfluss der Zuständigkeit der Europäischen Union für den Bereich „Energie“. Der Bereich Energie unterliegt gem. Art. 4 Abs. 2 lit. i) AEUV der geteilten Zuständigkeit zwischen Europäischer Union und den Mitgliedstaaten. Den Inhalt der Energiepolitik der Europäischen Union legt Art. 194 AEUV fest. Innerhalb der Grenzen dieser Zuständigkeit kann der europäische Gesetzgeber Regelungen schaffen, um die Ziele des Art. 194 AEUV zu verwirklichen. Begrenzt wird seine Zuständigkeit insbesondere durch das allgemeine Subsidiaritätsgebot des Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EU-Vertrag. Danach wird die Europäische Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wie etwa im Bereich Energie,

nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Es wäre daher durchaus denkbar gewesen, bei Abfassung des Netzkodex Kapazitätszuweisung innerhalb der Grenzen der Zuständigkeit Regelungen auch auf Nichtkopplungspunkte zu erstrecken. Hiervon wurde jedoch kein Gebrauch gemacht. Die Motive können dahingestellt bleiben, beruhen aber jedenfalls nicht auf einer generellen Unzuständigkeit. Der Umstand, dass nationale und europäische Regelungen für unterschiedliche aber parallele Sachverhalte – wie z.B. die Kapazitätsvergabe an Kopplungspunkten einerseits und Nichtkopplungspunkten andererseits – unterschiedliche Regelungen treffen, ist grundsätzlich zu akzeptieren. Er ist Ausfluss des Nebeneinanders der unterschiedlichen Rechtsregime und hat nicht zur Folge, dass das nationale Regelungsniveau stets dem europäischen anzugleichen wäre.

Zudem würde die Ansicht der Antragstellerin zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Die Antragstellerin ist der Ansicht, es sei dem europäischen Normgeber aus Zuständigkeitsgründen verwehrt, den Zugang zu Nichtkopplungspunkten im Rahmen eines Netzkodex zu regeln. Es ist ihm aber auch nach Ansicht der Antragstellerin jedenfalls unbenommen, den Zugang zu Kopplungspunkten zu regeln. Die Auslegung des Diskriminierungsverbots durch die Antragstellerin zugrunde gelegt, würden diese Regelungen für Nichtkopplungspunkte über dieses nach Art. 32 Abs. 1 S. 1 Gas-Richtlinie unionsweit umgesetzte Diskriminierungsverbot aber auch auf Nichtkopplungspunkte durch die Fernleitungsnetzbetreiber angewendet werden. Eine Regelung über den Zugang zu Kopplungspunkten würde sich daher über den „Umweg“ des Diskriminierungsverbots immer auch auf die nach dem Vortrag der Antragstellerin nicht von der Zuständigkeit umfassten Nichtkopplungspunkte auswirken. Dies würde de facto die von der Antragstellerin behauptete Zuständigkeitsbeschränkung umgehen und ins Leere laufen lassen.

3.4. Verstoß gegen das Netzzugangsgebot gemäß §§ 20 Abs. 2 S. 1, 20 Abs. 1 S. 1 EnWG

Die Antragsgegnerin verstößt durch die Weigerung, untertägige Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten zu vermarkten, nicht gegen das Netzzugangsgebot nach §§ 20 Abs. 2 S. 1, 20 Abs. 1 S. 1 EnWG.

Selbst wenn es sich bei der Weigerung, untertägige Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten zu vermarkten, wie von der Antragstellerin behauptet, um eine Zugangsverweigerung im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 EnWG handelte, verstößt die Antragsgegnerin nicht gegen das Netzzugangsgebot nach §§ 20 Abs. 2 S. 1, 20 Abs. 1 S. 1 EnWG. Wie oben unter 3.2. festgestellt, ist das Angebot untertägiger Kapazitätsprodukte an buchbaren Nichtkopplungspunkten nicht vom Umfang des Netzzugangsanspruchs gedeckt. Eine Weigerung, solche

Produkte anzubieten kann daher keine nach §§ 20 Abs. 2 S. 1, 20 Abs. 1 S. 1 EnWG untersagte Verweigerung des Netzzugangs sein.

4. Hinweise

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

Rechtsmittelbelehrung

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

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten.

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

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

Christian Mielke
Vorsitzender

Dr. Stephanie Ruddies
Beisitzerin

Dr. Antje Peters
Beisitzerin