



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az.: BK7-06-008

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Netzzugangsverweigerung und Zuweisung fester Kapazitäten (hier: Antrag auf Erlass einer vorläufigen Anordnung)

Verfahrensbeteiligte:

- 1) EnBW Trading GmbH, Durlacher Allee 93, 76131 Karlsruhe, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Clifford Chance Partnergesellschaft, Rechtsanwälte Dr. Peter Rosin, Dr. Patric Bachert, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf -

- 2) E.ON Ruhrgas Transport AG & Co KG, Moltkestraße 75, 45138 Essen, gesetzlich vertreten durch die E.ON Ruhrgas Transport AG, diese gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

Antragsgegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Freshfields Bruckhaus Deringer, Rechtsanwälte Dr. Ulrich Scholz, Guido Jansen, Holger Stappert, Heumarkt 14, 50667 Köln -

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

durch ihren Vorsitzenden Kurt Schmidt,
ihren Beisitzer Christian Mielke
und ihren Beisitzer Dr. Chris Mögelin

am 05.04.2006 beschlossen:

1. Der Antrag auf Erlass einer vorläufigen Anordnung wird abgelehnt.
2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Die Parteien streiten über die Zuteilung von festen Kapazitätsrechten für den Transport von Gasmengen aus dem *Gas Release* Programm der E.ON Ruhrgas AG („ERAG“). Die Antragstellerin ist die EnBW Trading GmbH („EnBW“), ein Gashandelsunternehmen. Die Antragsgegnerin ist die E.ON Ruhrgas Transport AG & Co. KG („ERT“), die nach eigenen Angaben in Deutschland Marktführer im Gastransportgeschäft ist.

Mit Bescheid des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 17.01.2002 i.d.F. vom 26.02.2002 („Ministererlaubnis“) wurde der E.ON AG im Rahmen des Zusammenschlusses mit der Ruhrgas AG zur E.ON Ruhrgas AG auferlegt, ab dem 01.10.2003 Gasmengen von insgesamt 200 Mrd. kWh durch mehrere Auktionsverfahren zum Verkauf anzubieten (*Gas Release* Programm). Bezüglich des Transports der versteigerten Gasmengen sieht die Ministererlaubnis in Ziffer 1.2.3.1. das Folgende vor:

„Den Transport der *Release*-Mengen zum Kunden des Käufers übernimmt Ruhrgas, soweit der Kunde dies wünscht.“

In Ziffer 1.2.4.5 sieht die Ministererlaubnis vor, dass die in ihr enthaltenen Auflagen auch für die mit der E.ON AG und der Ruhrgas AG gemäß § 36 Abs. 2 GWB verbundenen Unternehmen gelten. Ziffer 1.2.2. der Ministererlaubnis enthielt die weitere Auflage, bis zum 01.01.2004 den Erdgastransport über das Ruhrgas-Fernleitungsnetz in eine zu diesem Zweck gegründete, rechtlich selbständige Transportgesellschaft auszugliedern. Dem kam die Verpflichtete mit der Gründung der Antragsgegnerin nach. Die Antragsgegnerin ist ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der ERAG und betreibt seit dem 01.01.2004 das Gasfernleitungsnetz des E.ON-Konzerns, über das sie die Verfügungshoheit hat.

Aufgrund der sich aus der Ministererlaubnis ergebenden Verpflichtungen versteigerte die ERAG im Jahr 2005 Gasmengen am Einspeisepunkt Emden/Bunde. Am 18.05.2005 erhielt die Antragstellerin den Zuschlag für sechs Lose. Im Einzelnen umfassen diese sechs Lose jeweils eine stündliche Liefermenge (*Hourly Contract Quantity*) von 38.432 kWh (= 230.592 kWh). Als Lieferzeitraum wurde der Zeitraum vom 01.10.2005 bis zum 01.10.2008 festgelegt. Den entsprechenden Gaskaufvertrag (*Gas Sales and Purchase Contract*) schlossen die Antragstellerin und die ERAG am 23./30.05.2005 ab.

Zur Sicherstellung des Transports vom Einspeisepunkt Emden EPT zum Ausspeisepunkt Eynatten fragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin die Zuteilung fester Kapazitäten nach. Noch vor der Auktion erkundigte sich die Antragstellerin mit Email vom 18.04.2005 nach einer Transportkapazität von 30.000 m³/h für den Zeitraum vom 01.10.2005 bis zum 01.10.2008. Mit Schreiben vom 25.04.2005 lehnte die Antragsgegnerin die Zusage von festen Kapazitäten mit der Begründung ab, sie verfüge nicht über „entsprechend freie Kapazitäten“. Zugleich bot die Antragsgegnerin den Transport von Emden nach Eynatten auf unterbrechbarer Basis über die Punkte Werne Nord und Werne Mitte an. Die Antragsgegnerin wies darauf hin, der angefragte Transport unterliege einem „signifikanten erhöhten Unterbrechungsrisiko“, da für Teilstrecken bereits Buchungen von Kapazitäten in Höhe von bis zu 120.000 m³/h vorlägen. Mit Email vom 13.05.2005 nahm die Antragstellerin die entsprechenden Buchungen unterbrechbarer Kapazitäten vor. Die Antragstellerin fügte ihrer Bestellung den folgenden Absatz an:

„Wie schon in diversen Telefonaten besprochen, ist davon auszugehen, dass diese Kapazitäten derzeit nur unterbrechbar angeboten werden können. Sofern z. B. im Rahmen der *Gas-Release-Auction* der E.ON Ruhrgas AG auf dem Sekundärmarkt feste Kapazitäten angeboten werden und die EnBW Trading GmbH daran erfolgreich teilnimmt, bitten wir Sie, uns die Möglichkeit einzuräumen, die jetzt unterbrechbar gebuchten Kapazitäten in feste Kapazitäten umzuwandeln.“

Nach der Auktion (am 24.05.2005) bestätigte die Antragsgegnerin die Bestellung der Antragstellerin und teilte mit, der Antragsgegnerin seien bislang keine festen Kapazitäten zur Sekun-

därvermarktung an die Antragstellerin zur Verfügung gestellt worden, so dass die Antragsgegnerin nur die Buchung der Antragstellerin auf unterbrechbarer Basis bestätigen könne. Auf dieser Grundlage schlossen die Parteien am 07.06.2005 den Kapazitätsvertrag und den Transportvertrag T 011 ab. Dieser Transportvertrag wurde am 20.09.2005 durch den Transportvertrag T 012 ersetzt.

Am 01.10.2005 begannen die vereinbarten Transporte. Am 11.11.2005 setzte die Antragsgegnerin den Gastransport erstmals aus. Am 21.11.2005 nahm die Antragsgegnerin den Transport mit deutlich geringeren Kapazitäten wieder auf. Ab dem 24.11.2005 setzte sie ihn in voller Höhe erneut aus. Mit Schreiben vom 30.11.2005 forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin auf, u.a. zu der Frage Stellung zu nehmen, in welcher Form die Antragsgegnerin über Ursache und Dauer zukünftiger Unterbrechungen informieren werde, da das bisherige Vorgehen der Antragsgegnerin für sie nicht akzeptabel sei. Mit Schreiben vom 02.12.2005 erklärte die Antragstellerin weiter, es sei für sie nicht ausreichend, wenn die Antragsgegnerin die Unterbrechung damit erkläre, dass aufgrund der Nutzung der Altverträge für den Transport von Gas nach England keine Kapazität vorhanden sei. Ab dem 03.12.2005 wurde der Transport von ersteigertem Gas in Höhe von rund 10 % der gebuchten Kapazitäten wieder aufgenommen. Mit Schreiben vom 06.12.2006 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, die Ausspeisekapazität in Eynatten sei vollständig auf Basis fester Kapazitäten kontrahiert und dies sei der Antragstellerin auch bei der Buchungsbestätigung mitgeteilt worden. Die Unterbrechung der Transporte der Antragstellerin sei erforderlich, weil die festen Kapazitäten von den Transportkunden vollständig genutzt würden, wobei die Antragsgegnerin keinen Einfluss auf die Nutzung der gebuchten Kapazitäten habe. Mit Schreiben vom 13.12.2005 wandte sich die Antragstellerin an die ERAG und verlangte, den Transport zukünftig sicher zu stellen, da anderenfalls die Auflage aus der Ministererlaubnis nicht erfüllt werde. Die ERAG wies in ihrer Antwort am 16.12.2005 darauf hin, die Antragstellerin habe lediglich einen unterbrechbaren Transportvertrag und auch aus der Ministererlaubnis ergebe sich keine unbedingte Transportverpflichtung. Einzelheiten der Verpflichtung zum Transport seien im *Information Memorandum* der ERAG zum *Gas Release* Programm geregelt, in dem gerade keine solche Transportverpflichtung enthalten sei.

Die Antragstellerin behauptet, die Transportkapazitäten der Antragsgegnerin würden nicht nur zur Bedienung von „Altlieferverträgen“ genutzt, sondern auch zur Erfüllung von Lieferverträgen, die nach der Kapazitätsbuchung durch die Antragstellerin abgeschlossen worden seien. Zudem habe die Antragstellerin die Verträge über unterbrechbare Kapazitäten im Vertrauen darauf abgeschlossen, dass diese im Nachhinein in feste Kapazitäten umgewandelt werden. Dieses Vertrauen basiere auf einer Umwandlung der unterbrechbaren in feste Kapazitäten im Jahr 2004. Zur Begründung der Eilbedürftigkeit einer Entscheidung trägt die Antragstellerin vor, sie habe bereits am 12.05.2005 im Vorfeld der Auktion sowie später am 06.06.2005 sowie am 09.08.2005 ersteigerte Gasmengen an Dritte weiterverkauft. Aufgrund der Transportaussetzungen sei die Antragstellerin nicht in der Lage, Gas in Emden/Bunde abzunehmen und mit diesem Gas ihre Kunden in Eynatten zu beliefern. Der bereits entstandene Schaden belaufe sich auf ungefähr 12,9 Mio. Euro. Dieser Schaden sei entstanden, weil sie Gasmengen durch Spot- und Termingeschäfte habe einkaufen müssen, um ihren eigenen Lieferverpflichtungen nachzukommen. Bis zum ersten Quartal 2008 sei mit weiteren Schäden in Höhe von 12 Mio. Euro zu rechnen, sofern die Antragsgegnerin den Transport der Gasmengen aus dem *Gas Release* Programm nicht wieder aufnehme. Außerdem sei die Antragstellerin dem unzumutbaren Risiko weiter steigender Preise ausgesetzt. Darüber hinaus sei aufgrund der Temperaturabhängigkeit des Gasverbrauchs offenkundig, dass die Absatzmöglichkeiten der Antragstellerin drastisch abnehmen, sobald die Temperaturen wieder anstiegen. Schließlich beabsichtige die Antragstellerin auch an dem *Gas Release* Programm 2006 teilzunehmen, so dass auch deshalb eine rasche Entscheidung erforderlich sei, da zuvor geklärt werden müsse, ob ERT Kapazitäten zugunsten von ERAG blockieren dürfe.

Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin bis zur endgültigen Entscheidung über die Zuweisung der nachfolgenden Transportkapazitäten bis zum 30.09.2009 vorläufig aufzugeben, der Antragstellerin die folgenden Kapazitäten zuzuweisen:

- Einspeisepunkt Emden EPT 20.340 m³/h,
- Ausspeisepunkt Werne H-Nord 20.690 m³/h,
- Einspeisepunkt Werne H-Mitte 20.690 m³/h,
- Ausspeisepunkt Eynatten 21.622 m³/h.

Die Antragsgegnerin stellt keinen ausdrücklichen Antrag.

Die Antragsgegnerin ist jedoch der Meinung, die Voraussetzungen einer vorläufigen Anordnung lägen nicht vor. Die Antragstellerin habe keinen Anspruch auf die Zuweisung fester Kapazitäten. Die Antragsgegnerin habe weder gegen ihre Informationspflichten noch gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen. Eine Diskriminierung liege insbesondere deshalb nicht vor, weil keinem Transportkunden vorrangige Kapazitätsrechte eingeräumt worden seien. Eine Bevorzugung der Kunden, die Gasmengen aus dem *Gas Release* Programm transportieren, sei faktisch unmöglich und im Übrigen auch rechtswidrig. Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, die Transportunterbrechung für den Zeitraum vom 11.11.2005 bis zum 21.11.2005 habe ihre Ursache in einer technischen Störung einer Verdichteranlage in Stolberg, die unplanmäßige Wartungsarbeiten erforderlich gemacht habe. Diese Wartungsarbeiten hätten sowohl eine Unterbrechung der Transporte auf unterbrechbarer Basis als auch eine Reduzierung der Transporte auf fester Basis nach Eynatten erforderlich gemacht. Nach dem Ende der Wartungsarbeiten seien Teile der Kapazitäten zunächst dazu genutzt worden, das Bilanzkonto wieder auszugleichen, das im Rahmen des kurzfristigen Ausfalls des Verdichters in Anspruch genommen worden sei. Ab dem 24.11.2005 sei dann eine Unterbrechung der Transporte der Antragstellerin erforderlich geworden, weil die Inhaber fester Kapazitätsrechte diese nahezu vollständig in Anspruch genommen hätten. Zudem habe sich der Druck im belgischen Fernleitungsnetz erhöht, wodurch sich die technisch erzielbare Ausspeiseleistung reduziert habe. Schließlich seien auch keine Transporte im Gegenstrom durchgeführt worden. Zudem bestünde keine besondere Eilbedürftigkeit. Der Vortrag der Antragstellerin zu ihren Schäden sei unsubstantiiert und nicht nachprüfbar. Insbesondere hätte die Antragstellerin die von ihr abgeschlossenen Lieferverträge offen legen müssen. Auch sei die Schadensberechnung unzutreffend, da die Antragstellerin Erstattungen der Antragsgegnerin für die Unterbrechung der Transporte nicht berücksichtigt habe. Schließlich würden seit dem 25.03.2006 die festen Kapazitäten von anderen Transportkunden nicht mehr vollständig in Anspruch genommen, so dass alle nominierten unterbrechbaren Transporte ab diesem Zeitpunkt durchgeführt worden seien. Die Antragstellerin habe ihre unterbrechbaren Kapazitäten nicht genutzt. Offensichtlich habe sie aufgrund ihrer Deckungsgeschäfte kurzfristig jedenfalls kein Interesse mehr an freien Kapazitäten.

Die Antragstellerin hat am 08.03.2006 Anträge auf Erlass einer Missbrauchsverfügung nach § 31 EnWG und einer einstweiligen Anordnung nach § 72 EnWG eingereicht. Am 22.03.2006 hat die Beschlusskammer die Antragsgegnerin aufgefordert, eine Reihe von Unterlagen in Zusammenhang mit abgeschlossen Kapazitätsverträgen und der Nutzung kontrahierter Kapazitäten vorzulegen. Zur Vorlage dieser Unterlagen hat die Beschlusskammer eine Frist bis zum 05.04.2006 gesetzt. Eine Vorlage der Unterlagen ist noch nicht erfolgt.

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

II.

Der Antrag war abzulehnen. Die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Anordnung gemäß § 72 EnWG liegen nicht vor.

1. Beim Erlass einer vorläufigen Anordnung nach § 72 EnWG kommt es maßgeblich auf eine Abwägung der privaten Interessen der Beteiligten einerseits und der öffentlichen Interessen andererseits an. Eine vorläufige Anordnung setzt deshalb voraus, dass sie im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten zur Abwendung von schweren und irreparablen oder zumindest Nachteilen von einigem Gewicht geboten ist. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung der sich aus den Parallelnormen der §§ 32a Abs. 1, 60 GWB, § 130 TKG und § 123 Abs. 1 VwGO ergebenden Maßstäbe. Diesen Regelungen des vorläufigen

Rechtsschutzes ist eine Abwägung der betroffenen Interessen gemeinsam, wobei insbesondere das Gebot der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes und die schutzwürdigen Interessen des Antragsgegners, nicht zur Erfüllung eines Anspruchs verpflichtet zu werden, ohne dass der Anspruch in einem regulären Verfahren mit allen zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten geprüft wird, sowie das Interesse des Gemeinwohls gegeneinander abzuwägen sind (vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 774, 776 f.; Bechtold, *GWB*, 3. Aufl. 2002, § 60 Rn. 6; Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 60 Rn. 11).

Bei der somit für den Erlass einer vorläufigen Anordnung nach § 72 EnWG vorzunehmenden Interessenabwägung sind u.a. die folgenden Aspekte zu berücksichtigen: der voraussichtliche Ausgang des Hauptsacheverfahrens (Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 60 Rn. 13 m.w.N.), die mutmaßliche Dauer des Hauptsacheverfahrens (OLG Stuttgart, WuW/E OLG 2126, 2129 – „Kombinationstarif I“), die Dauer des Bestehens des vermeintlichen Rechtsverstoßes und die Eile, mit der der vermeintliche Rechtsverstoß verfolgt wird (LG Berlin, Urteil vom 06.03.2003, juris KORE510102003, Rn. 54; OLG Stuttgart, WuW/E OLG 2126, 2129 – „Kombinationstarif I“; siehe auch OLG Hamburg, WRP 1995, 854), eine etwaige Vorwegnahme der Hauptsache (Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 60 Rn. 17 m.w.N.) sowie die Nachteile und Schäden, die der Erlass oder Nichterlass der vorläufigen Anordnung haben könnte (BKartA, WuW/E BKartA 1707, 1708 – „Bimsbausteine II“; KG Berlin, WuW/E OLG 4640, 4642; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 774, 777; OLG Sachsen-Anhalt, WuW/E DE-R 388, 392). Die genannten Abwägungskriterien stehen in einem Wechselverhältnis zueinander (OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 774, 777). So werden z.B. die Anforderungen hinsichtlich der behaupteten Nachteile und Schäden maßgeblich von den Erfolgsaussichten der Hauptsache und der erwarteten Dauer des Hauptsacheverfahrens abhängen.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte war der Antrag aus folgenden Gründen abzulehnen:

2. Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind derzeit offen, so dass hieraus keine überwiegenden Interessen der Antragstellerin für den Erlass einer vorläufigen Anordnung hergeleitet werden können. Der geltend gemachte Anspruch auf Zuweisung fester Kapazitäten kann derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden. Bei der Beurteilung des Anspruchs wird es maßgeblich darauf ankommen, ob die begehrten Ein- und Ausspeisekapazitäten ausgebucht sind. Soweit die Kapazitäten tatsächlich – wie von der Antragsgegnerin behauptet – bereits gebucht sind, wird außerdem von Bedeutung sein, ob und von wem diese Kapazitäten tatsächlich genutzt wurden. Dabei wird ggf. auch zu prüfen sein, ob die von der Antragsgegnerin als vorrangig behandelten Buchungen aus Rechtsgründen nachrangig zu behandeln sind. Hierbei wird auch zu erörtern sein, wie der Antrag der Antragstellerin auszulegen ist. Dieser lässt sich zum einen in der Weise deuten, dass sie die erstmalige Zuweisung fester Kapazitäten begehrt, zum anderen dahingehend, dass sie die Umwandlung der von ihr gebuchten unterbrechbaren in feste Kapazitäten fordert. Für die Entscheidung nach § 72 EnWG kann dies dahinstehen, da aufgrund der zuvor genannten Gründe in beiden Fällen weiterer Aufklärungsbedarf in der Hauptsache besteht.

Zur weiteren Ermittlung der tatsächlichen Umstände hat die Beschlusskammer die Antragsgegnerin am 22.03.2006 gebeten, Informationen und Dokumente bezüglich der abgeschlossenen Kapazitätsverträge und der Nutzung kontrahierter Kapazitäten bis zum 05.04.2006 vorzulegen. Es ist absehbar, dass die Auswertung der Informationen und Dokumente eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen wird. Im Hinblick darauf und unter Berücksichtigung der kurzen Entscheidungsfrist im Hauptsacheverfahren ist die Beschlusskammer der Ansicht, dass eine weitere Verzögerung der Entscheidung über den Antrag nach § 72 EnWG weder zweckmäßig ist noch im Interesse der Antragstellerin sein kann. Dies führt jedoch dazu, dass die materielle Rechtslage derzeit noch als offen angesehen werden muss.

3. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung ist ferner die voraussichtliche Dauer des Verfahrens in der Hauptsache zu berücksichtigen. Vorliegend ist in der Hauptsache ein Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG anhängig. Die Regelung des § 31 Abs. 3 S. 1 EnWG sieht vor, dass die Beschlusskammer grundsätzlich innerhalb von zwei Monaten nach Eingang

des vollständigen Antrages entscheidet. Der Antrag der Antragstellerin ist am 08.03.2006 eingegangen, somit endet die reguläre Entscheidungsfrist am 08.05.2006.

Zwar hat die Beschlusskammer zusätzliche Informationen insbesondere von der Antragsgegnerin angefordert, so dass nach § 31 Abs. 3 S. 2 EnWG die Möglichkeit besteht, die Entscheidungsfrist um weitere zwei Monate zu verlängern. Nach derzeitiger Einschätzung der Beschlusskammer ist jedoch davon auszugehen, dass das Verfahren innerhalb der regulären Entscheidungsfrist abgeschlossen werden kann. Aus diesem Grund hat die Beschlusskammer auch bereits zum 11.04.2006 zur öffentlichen mündlichen Verhandlung geladen. Die Antragstellerin kann folglich davon ausgehen, dass ihr Hauptsacheantrag in Kürze entschieden wird. Auch für den Fall, dass die Beschlusskammer von der ihr eingeräumten Verlängerungsmöglichkeit nach § 31 Abs. 3 S. 2 EnWG Gebrauch machen sollte, fiel die Entscheidung innerhalb der verlängerten Frist noch zeitnah. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin die Zuweisung fester Kapazitäten bis zum 30.09.2008 begehrt, so dass die Entscheidung keineswegs zeitlich überholt wäre, sondern sich auch dann noch für einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren auswirken würde.

4. Auch das Verhalten der Antragstellerin spricht dagegen, ein überwiegendes Interesse für den Erlass der begehrten Anordnung anzunehmen. Der von der Antragstellerin behauptete Rechtsverstoß besteht, sofern nicht bereits auf die grundsätzliche Verweigerung des Angebots fester Kapazitäten abzustellen ist, spätestens seit dem 11.11.2005, da zu diesem Datum der Transport erstmalig ausgesetzt wurde. Die Antragstellerin benötigte also selbst bei Abstellen auf den für ihren Antrag nach § 72 EnWG günstigsten Zeitpunkt knapp vier Monate, um den behaupteten Rechtsverstoß in diesem Verfahren zu rügen, obwohl ihr der nicht unterbrochene Gastransport gerade aufgrund eintretender Schäden besonders wichtig sein musste.

Selbst im November forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin nicht unmissverständlich auf, den Transport ohne jedwede Unterbrechung wieder aufzunehmen. Vielmehr verlangte sie lediglich mit Schreiben vom 30.11.2005 insbesondere eine Antwort auf die Frage, in welcher Form die Antragsgegnerin über Ursache und Dauer zukünftiger Unterbrechungen informieren werde. Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin spricht dieses Schreiben gerade nicht dafür, dass sie sich um die Verfolgung ihrer Rechte rasch und nachdrücklich kümmerte. Zwar behielt sich die Antragstellerin mit Schreiben vom 02.12.2005 vor, „zur Klärung der Angelegenheit“ die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt einzuschalten, aber selbst bis zur Umsetzung dieser Ankündigung vergingen mehr als drei Monate. Die Antragstellerin hat somit ihre Rechtsverfolgung nicht mit der nach ihrem jetzigen Vortrag gebotenen Dringlichkeit vorangetrieben. Durch die Hinnahme des Verhaltens der Antragsgegnerin für diesen langen Zeitraum hat die Antragstellerin deutlich gemacht, dass ihr die Durchsetzung ihres Anspruchs jedenfalls nicht so eilig ist, als dass sie nicht den Ausgang eines (zweimonatigen) Hauptsacheverfahrens abwarten kann.

Darüber hinaus ist die Eilbedürftigkeit bereits deshalb zweifelhaft, weil die Antragstellerin den Vertrag über unterbrechbare Kapazitäten und den entsprechenden Transportvertrag am 07.06.2005 bzw. 20.09.2005 unterzeichnete. Ihr war damit längere Zeit das Risiko bewusst, dass der Transport von der Antragsgegnerin unterbrochen werden kann. Zwar vertraute die Antragstellerin offensichtlich darauf, dass die gebuchten unterbrechbaren Kapazitäten – wie im Jahr 2004 – in feste Kapazitäten umgewandelt würden. Diesem Vertrauen lag jedoch keine rechtlich sichere Position zugrunde. Aus diesem Grund hätte es der Antragstellerin obliegen, diese Unsicherheit rasch zu beseitigen und ihren behaupteten Anspruch auf feste Kapazitäten bereits im Sommer des letzten Jahres geltend zu machen.

5. Mit einer vorläufigen Zuweisung von festen Kapazitäten begehrt die Antragstellerin eine teilweise Vorwegnahme der Hauptsache. Mit einer positiven Entscheidung ihres Antrages würde die Antragstellerin für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung ihr Rechtsschutzziel vollständig erreichen. Zwar gibt es keinen Rechtsgrundsatz, nach dem die vorläufige Anordnung stets hinter dem Hauptantrag zurückbleiben muss (Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 60 Rn. 11), jedoch sind bei einer – wenn auch teilweisen – Vorwegnahme der Hauptsache besondere Anforderungen an die zu erwartenden Schäden zu stellen. Richten sich die Anträge auf eine Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung, kommen vorläufige Anord-

nungen schon unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nur in engen Ausnahmefällen in Betracht. Hierfür müssen die eintretenden Nachteile für den Antragsteller ohne vorläufige Regelung schlechthin unzumutbar sein, insbesondere bei drohender Existenzgefährdung oder einem vergleichbar schweren irreparablen und andernfalls unabwendbaren Nachteil, welcher ein Eingreifen der Behörde unabwendbar gebietet (vgl. OVG NRW, NVwZ 1995, 3403 m.w.N.) oder die Vorwegnahme der Hauptsache müsste ausnahmsweise aufgrund erheblicher öffentlicher Interessen geboten sein. Hierbei ist nach Auffassung der Beschlusskammer auch zu berücksichtigen, dass es für Anordnungen nach § 72 EnWG keine der Vorschrift des § 945 ZPO, die einen Schadenersatzanspruch für den Fall einer als von Anfang an ungerechtfertigten einstweiligen Verfügung vorsieht, nachgebildete Schadenersatzregelung gibt. Zudem bleibt es der Antragstellerin unbenommen, einen Antrag nach § 935 ZPO i.V.m. § 32 EnWG bei dem zuständigen Zivilgericht einzureichen.

6. Die Antragstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass die ihr bei Nichterlass der vorläufigen Anordnung entstehenden Nachteile und Schäden gravierende Folgen für sie haben werden.

Die Antragstellerin macht geltend, ihr seien bereits Schäden in Höhe von ungefähr 12,9 Mio. Euro durch Spot- und Termingeschäfte entstanden und außerdem seien zukünftig Schäden in Höhe von weiteren 12 Mio. Euro zu erwarten. Zwar hat die Antragstellerin zur Glaubhaftmachung eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt, jedoch fehlt die Konkretisierung dieser Schäden. Insofern ist für die Beschlusskammer nicht nachvollziehbar, ob und in welchem Vertragsverhältnis diese tatsächlich entstanden sind und/oder entstehen würden. Die Antragsgegnerin weist zudem zutreffend darauf hin, dass die Schadensberechnung fehlerhaft ist, weil die Antragstellerin Erstattungen für die Unterbrechung der Transporte nicht in Abzug gebracht hat. Im Übrigen begründen die der Antragstellerin bereits entstandenen Schäden die Eilbedürftigkeit einer vorläufigen Entscheidung nicht unmittelbar. Vielmehr hätte die Antragstellerin darlegen und glaubhaft machen müssen, dass ihr gerade das Warten auf eine Entscheidung in der Hauptsache nicht zumutbar ist. Die von der Antragstellerin angeführten zukünftigen Schäden bis zum ersten Quartal 2008 sind so pauschal nicht berücksichtigungsfähig, da im Rahmen der Interessenabwägung nur solche Nachteile und Schäden einbezogen werden können, die bis zum erwarteten Erlass der Hauptsacheentscheidung entstehen würden. Solche Schäden hat die Antragstellerin nicht einmal ansatzweise konkretisiert. Soweit die Antragstellerin meint, sie sei bei Termingeschäften, die sie zur Erfüllung ihrer Lieferverpflichtungen abschließen müsse, dem unzumutbaren Risiko weiter steigender Preise ausgesetzt, ist dies schon deshalb unerheblich, weil sie zugleich vorträgt, es sei völlig unabsehbar, wie sich die Erdgaspreise künftig entwickeln werden. Weitere Schäden sind aber selbst bei steigenden Preisen nicht zwingend, da die Antragstellerin in diesem Fall unter Umständen auch höhere Erlöse am EuroHub für das ihr in Emden zur Verfügung stehende Gas erzielen könnte.

Aufgrund der derzeit unklaren Rechtslage, einer etwaigen Vorwegnahme der Hauptsache und der kurzen Entscheidungsfrist in der Hauptsache hätte die Antragstellerin vortragen müssen, dass die ihr entstehenden Nachteile und Schäden wenn nicht existenzbedrohend oder irreparabel (vgl. LG Dortmund, WuW/E DE-R 565, 566 f.; OLG Sachsen-Anhalt, WuW/E DE-R 388, 392; KG Berlin, WuW/E OLG 4640, 4642), so doch zumindest gravierend bzw. von einigem Gewicht sind. Die Antragstellerin hat jedoch weder dargetan, dass sie derart Schaden nimmt, dass sie als Marktteilnehmerin endgültig ausfällt, noch, dass Schäden oder Nachteile entstehen, die ihr dauerhaft verbleiben und von einigem Gewicht sind. Vielmehr hätte sie beim Obsiegen in der Hauptsache ggf. die Möglichkeit, die finanziellen Schäden von der Antragsgegnerin im Rahmen eines Schadenersatzprozesses ersetzt zu verlangen, § 32 Abs. 3 EnWG. Aufgrund der wirtschaftlichen Leistungskraft der Antragsgegnerin und des gesamten E.ON-Konzerns ist nicht davon auszugehen, dass die Durchsetzung etwaiger Schadenersatzansprüche der Antragstellerin einem besonders hohen Insolvenzrisiko ausgesetzt ist.

Die Antragstellerin hat auch nicht darüber informiert, in welchem Verhältnis die geltend gemachten Schäden zu ihren sonstigen Umsätzen stehen. Bereits insofern ist nicht ersichtlich, ob die behaupteten Schäden gravierend oder gar existenzbedrohlich sind. Im Rahmen der Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin ist deren materielle Lage unter Berücksichtigung u.a. der Besonderheiten des Konzerns zu bewerten, dem sie angehört, da nur so zu

beurteilen ist, ob der behauptete Schaden schwer und gravierend ist (vgl. EuG, Slg. 2001, II-3125, 3129, Rn. 51 – „Entorn ./. Kommission“). Der Umsatz des EnBW-Konzerns betrug im Jahr 2005 über 20,7 Mrd. Euro (Geschäftsbericht EnBW Konzern 2005, siehe <http://www.enbw.com>), wobei die Sparte Gas mit einem Umsatz von über 2,1 Mrd. Euro zum Gesamterlös beitrug. Unter Berücksichtigung dieser Angaben kann von einem gravierenden Schaden nicht ausgegangen werden.

Eine besondere Eilbedürftigkeit ergibt sich auch nicht daraus, dass die Absatzmöglichkeiten der Antragstellerin drastisch abnehmen, sobald die Temperaturen wieder anstiegen. Zutreffend ist zwar, dass der Absatz bei Heizgas von den Außentemperaturen abhängt. Jedoch sinkt bei abnehmenden Außentemperaturen zugleich die Inanspruchnahme der Netze und damit die Wahrscheinlichkeit der Unterbrechung der Transporte. Dies steht auch im Einklang mit dem nachvollziehbaren Vortrag der Antragsgegnerin, wonach seit dem 25.03.2006 die festen Kapazitäten von anderen Transportkunden nicht mehr vollständig in Anspruch genommen werden, so dass auch die Antragstellerin die Möglichkeit hätte, ihre unterbrechbaren Kapazitäten nunmehr – zumindest bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens – vollständig zu nutzen.

Zur Begründung der Eilbedürftigkeit ist zudem nicht von Belang, dass ein etwaiger Transport von Gasmengen aus dem *Gas Release* Programm 2006 erforderlich werden könnte. Die noch zu ersteigernden Gasmengen sind nicht Streitgegenstand dieses Verfahrens. Folglich können Entscheidungen in diesem Verfahren keine unmittelbare Wirkung auf die im Rahmen des *Gas Release* Programms 2006 gehandelten Mengen haben. Daneben würde auch eine vorläufige Anordnung der Antragstellerin nicht die Rechtssicherheit vermitteln, die sie sich für die Ersteigerung neuer Gasmengen wünscht, da eine solche Anordnung eine abweichende Hauptsacheentscheidung nicht ausschließt. Schließlich findet die Auktion erst am 17. Mai 2006 statt, so dass nach der derzeitigen Einschätzung der Beschlusskammer mit einer endgültigen Entscheidung noch vor diesem Datum zu rechnen ist.

Dagegen würde eine Zuweisung fester Kapazitäten an die Antragstellerin für die Antragsgegnerin bedeuten, dass sie anderen Vertragspartnern diese festen Kapazitäten entziehen müsste, sofern die Behauptungen der Antragsgegnerin, sie verfüge über keine freien festen Kapazitäten mehr, zutreffen. Dabei wäre zunächst unklar, wem sie freie Kapazitäten entziehen dürfte, um sie der Antragstellerin vorübergehend zuzuteilen. Selbst wenn die Antragsgegnerin die festen Kapazitäten nach dem Prioritätsprinzip neu zuteilen würde, wäre ein zunächst unbeteiligter dritter Transportkunde von einer Unterbrechung seines Transports betroffen, obwohl er mit der Antragsgegnerin einen Vertrag über feste Kapazitäten abgeschlossen und ein diesbezügliches Vertrauen in die Erfüllung der Leistungspflichten der Antragsgegnerin gesetzt hat. Ob die Antragsgegnerin diesem Dritten die festen Kapazitäten unter Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen zugeteilt hat und dieser daher in seinem Vertrauen ggf. nicht schutzwürdig ist, kann ohne weitere Sachaufklärung nicht abschließend beurteilt werden. Entscheidend ist deshalb allein, wer das Risiko bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu tragen hat. Nach Ansicht der Beschlusskammer ist dies unter Berücksichtigung aller vorgenannten Umstände nicht ein unter Umständen unbeteiligter Dritter, sondern allein die Antragstellerin.

7. Schließlich ist der Erlass einer vorläufigen Anordnung auch nicht aufgrund erheblicher öffentlicher Interessen geboten. Insbesondere vor dem Hintergrund der kurzen Entscheidungsfrist im Hauptsacheverfahren und einer Vorwegnahme der Hauptsache sind für die Beschlusskammer keine überwiegenden erheblichen öffentlichen Interessen ersichtlich, die eine vorläufige Zuweisung fester Kapazitäten rechtfertigen würden.

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 bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Kurt Schmidt
Vorsitzender

Christian Mielke
Beisitzer

Dr. Chris Mögelin
Beisitzer