



- Beschlusskammer 7 -

Beschluss

Az.: BK7-08-006

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Open Season Verfahrens 2008 der E.ON Gastransport

- 1) Continental Gas Storage B.V., Dahliahof 11, 2241 AX, Wassenaar, Niederlande, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwälte Hogan & Hartson Raue L.L.P., Rechtsanwalt Christian von Hammerstein, Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin –

- 2) E.ON Gastransport AG & Co. KG, Kallenbergstraße 5, 45141 Essen, gesetzlich vertreten durch die E.ON Ruhrgas AG, diese gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

Antragsgegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwälte Freshfields Bruckhaus Deringer, Rechtsanwalt Dr. Ulrich Scholz, 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

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30.04.2008
am 20.05.2008 beschlossen:

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

Gründe

I.

Das vorliegende Verwaltungsverfahren betrifft die Bedingungen einer so genannten Open Season („Open Season 2008“) der Antragsgegnerin. Mit der Open Season 2008 möchte die

Antragsgegnerin den Bedarf an Einspeise- und Ausspeisekapazität in ihren H-Gas- und L-Gas-Marktgebieten ermitteln, um Erweiterungs- und Ausbaumaßnahmen zu planen und durchführen zu können.

Die Open Season 2008 ist in zwei Phasen eingeteilt.

Phase 1 beinhaltet die „Marktbedarfsanalyse“. Diese begann am 25.01.2008 mit der Registrierung der Interessenten, die hierzu die Allgemeinen Verfahrensregeln zur Durchführung der Open Season 2008 („Allgemeine Verfahrensregeln OS“) anerkennen und ein Registrierungsentgelt zahlen mussten. Registrierte Interessenten konnten bis zum 14.03.2008 ihren Kapazitätsbedarf angeben („unverbindliche Kapazitätsbedarfsanfragen“). Auf dieser Basis entwickelte die Antragsgegnerin bis zum 16.05.2008 ein „vorläufiges Netzausbauszenario“ und teilte den Interessenten eine Entgeltbandbreite mit.

Phase 2, die sich ab dem 19.05.2008 anschließt, beinhaltet die „Kapazitätsvergabe und -verpflichtung“. Hierzu sollen die Transportkunden bis spätestens 13.06.2008 ihren angefragten Kapazitätsbedarf bestätigen. Im Anschluss hieran werden sie von der Antragsgegnerin darüber informiert, ob und ggf. in welchem Umfang der Bedarf vorbehaltlich einer finalen Wirtschaftlichkeitskontrolle realisiert werden kann („Zuteilung“). Auf der Grundlage dieser Zuteilung können die Transportkunden bis spätestens 01.08.2008 einseitig verbindliche Transportanfragen angeben. Machen sie hiervon Gebrauch, müssen sie sich verpflichten, mindestens die zugeteilte – d.h. bei voller Zuteilung in der Höhe der zuvor unverbindlich angefragten – Kapazität anzunehmen. Eine Reduzierung der Nachfrage durch die Transportkunden ist in dieser Phase nicht mehr möglich. Sofern die Kunden an der Kapazität in der ihnen zugeteilten Höhe kein Interesse haben, haben sie das Recht, die Bestätigung der nachgefragten Kapazität zu widerrufen. Akzeptieren sie die Zuteilung, können sie die maximal nachgefragte Kapazität auf die Höhe der Zuteilung oder auf die Höhe der vormals unverbindlich angefragten Kapazität begrenzen, müssen dies aber nicht. Anschließend führt die Antragsgegnerin im August 2008 eine abschließende Wirtschaftlichkeitskontrolle durch („endgültiges Netzausbauszenario“). Sodann sollen bis zum 29.08.2008 die Verträge mit den Kunden abgeschlossen werden, indem die Antragsgegnerin die einseitig bindenden Verpflichtungen der Transportkunden bestätigt oder ablehnt.

Nach dem Ende von Phase 2 beginnt im September 2008 der eigentliche Ausbauprozess. Die neu zu schaffenden Kapazitäten sollen frühestens am 01.10.2011 zur Verfügung gestellt werden.

Mit Schriftsatz vom 27.03.2008, eingegangen am gleichen Tag, hat die Antragstellerin beantragt, das Verhalten der E.ON Gastransport AG & Co. KG im Zusammenhang mit diesem Open Season-Verfahren im Wege des besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG zu überprüfen. Der Antrag richtet sich gegen die Ausgestaltung der Verfahrensregeln insgesamt sowie gegen verschiedene näher bezeichnete einzelne Bedingungen.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein neu gegründetes Unternehmen, dessen einziger Geschäftsgegenstand die Errichtung und der Betrieb von Untergrundspeicheranlagen in Europa ist. Dafür benötigt die Antragstellerin Ein- und Ausspeisekapazitäten insbesondere im Netz der Antragsgegnerin. Das Projekt der Antragstellerin befindet sich noch in der Planungsphase. Eine Entscheidung über die Projektdurchführung soll erst erfolgen, wenn alle wesentlichen offenen Fragen geklärt und vertraglich abgesichert sind. Die Antragstellerin hat sich für das Open Season 2008 registriert und unverbindliche Kapazitätsanfragen abgegeben.

Die Antragstellerin trägt vor:

Sie sähe durch die konkrete Ausgestaltung der Open Season 2008 ihre und andere Investitionsprojekte gefährdet. Die Verfahrensregeln seien intransparent, diskriminierend, unangemessen, sachlich nicht gerechtfertigt und stünden im Gegensatz zu grundlegenden Prinzipien des Energiewirtschaftsrechts und der darauf beruhenden Verordnungen. Sie verstießen gegen Vorgaben der §§ 20 f. EnWG, Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.09.2005 über die Bedingungen für den Zugang zu Erdgasfernleitungsnetzen, ABl. EG Nr. L 289/1 vom 03.11.2005 (nachfolgend „Fernleitungs-VO“) und der Anreizregulierungsverordnung. Dabei missachteten sie auch die „Guidelines for Good Practice on Open Season Procedures“ (GGPOS), die am 21.05.2007 von der European Regulators' Group for Electricity and Gas (ERGEG) veröffentlicht worden seien. Insbesondere seien auch die Sicherheitsleistungen diskriminierend, wobei Start-Up Unternehmen wie die Antragstellerin, die sich in der Phase der Projektentwicklung befänden, frühzeitige Sicherheiten in der geforderten Höhe zu leisten hätten. Zur Herstellung eines Ausgleichs zwischen den berechtigten Interessen des Netzbetreibers und der Transportkunden schlägt die Antragstellerin alternative Regelungen vor, wobei sie die Rechtslage beim Anschluss von neuen Kraftwerken an Elektrizitätsnetze als Wertungsmaßstab heranzieht.

Die Antragstellerin beantragt,

das Verhalten der Antragsgegnerin nach § 31 Abs. 1 EnWG zu überprüfen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Allgemeinen Verfahrensregeln zur Durchführung des Open Season-Verfahrens 2008 vom 25.01.2008 („Allgemeine Verfahrensregeln OS“) nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Beschlusskammer abzuändern.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor:

Der Antrag sei unzulässig. Antragsgegenstand eines Verfahrens nach § 31 EnWG könnten nur die in § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG abschließend genannten Materien sein, d.h. „Vorgaben in den

Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie der nach § 29 Abs. 1 festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden“. Nicht hierzu gehörten die in Teil 3 Abschnitt 1 des EnWG enthaltenen Vorschriften der §§ 11 ff. EnWG zum bedarfsgerechten Netzausbau, aus denen sich keine subjektiven Rechte der Transportkunden ergäben. Die Antragstellerin begehre mit ihrem Antrag, die Allgemeinen Verfahrensregeln OS abzuändern, aber keinen nach § 31 EnWG überprüfbaren Anspruch auf Netzanschluss oder Netzzugang. Vielmehr mache sie damit einen Anspruch geltend, Einfluss auf die Mitgestaltung von Planungsentscheidungsprozessen des Netzbetreibers zu nehmen. Soweit sich die Antragstellerin zur Begründung ihres Antrages auf gesetzliche Bestimmungen über den Netzzugang bezöge, solle hiermit ein künftiges, vermutetes Verhalten der Antragsgegnerin zum Gegenstand einer präventiven Kontrolle gemacht werden. Auch dies sei unzulässig. Gleiches gelte hinsichtlich behaupteter Verstöße gegen Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 FernleitungsVO, die nicht Gegenstand eines Verfahrens nach § 31 EnWG sein könnten.

Der Antrag sei auch unbegründet. Die Vorschriften der Open Season 2008 verstießen weder gegen die §§ 20 f. EnWG noch gegen Art. 5 Abs. 2 und 6 der FernleitungsVO. Die Allgemeinen Verfahrensregeln OS regelten nicht in erster Linie den Netzzugang, sondern den bedarfsgerechten Netzausbau. Erst gegen Ende mündet die Open Season 2008 in den Abschluss von Kapazitätsverträgen. Insoweit seien die Allgemeinen Verfahrensregeln OS jedoch so offen gehalten, dass sie im Einklang mit den dann jeweils geltenden regulatorischen Maßgaben angewendet werden könnten. Die Verfahrensregeln seien insgesamt transparent und diskriminierungsfrei und verstießen nicht gegen das Gebot des angemessenen Netzzugangs. Auch ein Verstoß gegen Entgeltregulierungsvorgaben liege nicht vor. Dabei sei die Antragsgegnerin für Verbesserungsvorschläge, die in künftigen Open Season-Verfahren umgesetzt werden könnten, aufgeschlossen. Die Open Season 2008 habe Pilotcharakter.

Es fehle auch an der Betroffenheit der Antragstellerin im Sinne von § 31 EnWG. Zum einen richte sie sich gegen ein befürchtetes zukünftiges Verhalten beim Abschluss der Kapazitätsverträge zum Ende der Phase 2, wobei Bedingungen von Kapazitätsverträgen gerügt würde, die noch nicht einmal im Entwurf vorlägen. Zum anderen fehle es an einer Betroffenheit, da die Bedingungen des Netzausbaus gerügt würden, wobei die zugrunde liegenden Normen keinen Drittschutz vermittelten. Über die Open Season 2008 binde die Antragsgegnerin die Marktgegenseite umfassender in ihre Netzausbauplanung ein, als normativ vorgeschrieben sei.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 30.04.2008 sind die Sach- und Rechtsfragen mit den Beteiligten ausführlich erörtert worden. Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung, in der Schriftsatznachlass gewährt worden ist, haben die Beteiligten ergänzend ausgeführt.

Mit Schreiben vom 13.05.2008 hat die Beschlusskammer gemäß § 58 Abs. 1 Satz 2 EnWG dem Bundeskartellamt sowie der zuständigen Landeskartellbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Entscheidungsentwurf gegeben. Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

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

II.

Der Antrag war zurückzuweisen, da er unzulässig, jedenfalls aber unbegründet ist.

1. Formelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der vorliegenden Entscheidung sind die gesetzlichen Verfahrensvorschriften gewahrt worden.

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

Gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG haben sowohl das Bundeskartellamt als auch die nach Landesrecht zuständige Behörde rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Des Weiteren ist im Rahmen des Verfahrens am 30.04.2008 eine öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 67 Abs. 3 EnWG durchgeführt worden, womit die Beteiligten zugleich über die Möglichkeit zur schriftlichen Äußerung hinaus Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 67 Abs. 1 EnWG hatten.

Der Beschluss ist innerhalb der Entscheidungsfrist des § 31 Abs. 3 S. 1 EnWG ergangen.

2. Zurückweisung des Antrags (Tenor zu 1.)

Der Antrag ist unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Er richtet sich im Wesentlichen gegen die Bedingungen, unter denen die Antragsgegnerin ihren Netzausbau vornimmt. Damit betrifft er einen Verfahrensgegenstand, der nach § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG nicht im Rahmen eines besonderen Missbrauchsverfahrens geprüft werden kann. Soweit sich die Antragstellerin gegen befürchtete Rechtsverstöße beim Abschluss von Kapazitätsverträgen richtet, fehlt es entgegen § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG an einer erheblichen gegenwärtigen Interessenberührung der Antragstellerin. Ein Verstoß der Antragsgegnerin gegen die von der Antragstellerin herangezogenen gesetzlichen Vorgaben ist zudem nicht ersichtlich.

(1) Der Antrag und der diesem zugrunde liegende Sachverhalt richten sich nicht auf einen im Rahmen von § 31 EnWG überprüfbaren Verfahrensgegenstand. Der statthafte Verfahrensgegenstand eines besonderen Missbrauchsverfahrens ergibt sich mittelbar aus der Prüfungskompetenz der Regulierungsbehörde nach § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG. Danach kann die Behörde das nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG zur Überprüfung gestellte Verhalten des Netzbetreibers daraufhin überprüfen, ob es mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie der nach § 29 Abs. 1 EnWG festgeleg-

ten oder genehmigten Bedingungen und Methoden übereinstimmt. Ein zulässiger Antrag setzt damit nicht nur voraus, dass ein Antragsteller durch ein Verhalten des Netzbetreibers in irgendwelchen Interessen erheblich berührt ist, sondern dass er gerade in solchen Interessen berührt ist, die Gegenstand der genannten Vorschriften sind.

Der Verfahrensgegenstand ergibt sich dabei nicht aus den von einem Antragsteller zur Begründung herangezogenen Normen, sondern aus dem von ihm vorgetragenen Lebenssachverhalt sowie dem gestellten Antrag. Ein Antrag muss gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EnWG das Verhalten des Netzbetreibers bezeichnen, das überprüft werden soll, gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 EnWG ferner die Gründe, weshalb ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieses Verhaltens bestehen. Neben der Behauptung begründender Tatsachen ist hierzu eine Subsumtion unter bestimmte Normen zwar in der Regel zweckmäßig, für die Zulässigkeit des Antrags aber nicht zwingend erforderlich. Umgekehrt wird ein Antrag, der nach dem geltend gemachten Begehren sowie dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt nicht auf eine Überprüfung der in § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG abschließend genannten Materien gerichtet ist, nicht dadurch zulässig, dass er von einem Antragsteller auf Normen gestützt wird, die von dieser Vorschrift in Bezug genommen werden.

So liegt der Fall aber hier: Mit dem im vorliegenden Verfahren gestellte Antrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Allgemeinen Verfahrensregeln OS abzuändern, begehrt die Antragstellerin eine Änderung der Bedingungen, unter denen die Antragsgegnerin ihren Netzausbau vornimmt. Gleiches gilt für den von ihr vorgetragenen Lebenssachverhalt, der sich im Wesentlichen auf den Ablauf und die Modalitäten der Open Season 2008 bezieht. Inwieweit die Antragsgegnerin mit der Open Season 2008 ihren Verpflichtungen nachkommt, ihr Netz bedarfsgerecht und diskriminierungsfrei auszubauen, ist an den Regelungen des § 11 Abs. 1 S. 1 und ggf. 15 Abs. 3 EnWG zu messen. Hierbei handelt es sich um Vorschriften, die systematisch in Teil 3 Abschnitt 1 des EnWG verankert sind und damit nicht vom Prüfungskatalog nach § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG erfasst werden. Dies ist auch sachgerecht. Bei der Ermittlung des Bedarfs für den Netzausbau unter gegebenen wirtschaftlichen, technischen und zeitlichen Randbedingungen handelt es sich um ein komplexes Planungsverfahren. Hierbei sind vielfältige und teilweise widerstreitende Interessen des Netzbetreibers, der Transportkunden, der Betreiber angrenzender Netze sowie der Allgemeinheit gegeneinander abzuwägen.

Entgegen der Kritik der Antragstellerin erfolgt der Netzausbau im Rahmen der Open Season 2008 damit auch nicht in einem rechtsfreien Raum. Verstöße gegen die genannten Normen können nach § 65 EnWG sanktioniert werden. Soweit die Modalitäten, unter denen ein solcher Netzausbau erfolgt, missbräuchlich sind, kommt auch eine Beanstandung nach § 30 EnWG in Betracht. In beiden Fällen handelt es sich jedoch um Verfahren von Amts wegen, nicht um Antragsverfahren.

Dieses Ergebnis wird auch durch § 20 Abs. 2 S. 2 EnWG bestätigt. Kann ein Zugang zum bestehenden Netz wegen eines Kapazitätsmangels nicht gewährt werden, hat der Netzbetreiber auf Verlangen der beantragenden Partei auch aussagekräftige Informationen darüber zu geben, welche Maßnahmen und damit verbundene Kosten zum Ausbau des Netzes erforderlich wären, um den Netzzugang zu ermöglichen. Das Gesetz gewährt dem Transportkunden damit ausdrücklich keinen Ausbauanspruch, sondern lediglich einen Auskunftsanspruch. Die Auskunft dient dem Transportkunden in erster Linie dazu, um nachvollziehen zu können, ob die Netzzugangsverweigerung rechtmäßig ist oder ob der Netzbetreiber hierfür lediglich nicht tragfähige Gründe vorgeschoben hat. Darüber hinaus soll der Netzbetreiber durch diese Auskunft gezwungen werden, den einzelnen Transportbedarf bei der Umsetzung seiner Verpflichtung zum nachfragegerechten Netzausbau in Betracht zu ziehen. Schließlich wird der Nachfrager anhand dieser Informationen des Netzbetreibers in die Lage versetzt, etwaige Verfahren von Amts wegen bei der zuständigen Regulierungsbehörde anzuregen.

Daneben ist zu erwägen, ob der Auskunftsanspruch in einen Ausbauanspruch umschlägt, wenn der Durchleitungspetent sich zur Übernahme der Kosten bereit erklärt (so Peters, in: ZNER 2007, 272, 275 m.w.N.). Dies kann jedoch vorliegend dahinstehen, da die Antragstellerin sich gerade nicht zur individuellen Übernahme der Ausbaukosten bereit erklärt hat, sondern im Gegenteil die von der Antragsgegnerin angekündigten, noch nicht einmal in einer Bandbreite feststehenden Grenzen für missbräuchlich halten. Das ist zwar insofern konsequent, als die Antragstellerin der Auffassung ist, das Planungsrisiko müsse allein oder jedenfalls in größtmöglichen Umfang beim Netzbetreiber liegen, der sich nicht durch den Abschluss langfristiger Verträge mit den Transportkunden hiervon befreien könne. Die Auffassung der Antragstellerin führt jedoch letztlich dazu, dass das Planungsrisiko auf die Allgemeinheit der Transportkunden überwälzt wird. Wird ein geplantes Großprojekt wie z.B. ein Speicher oder ein Kraftwerk, für das der Netzbetreiber sein Netz maßgeschneidert ausbaut, nicht realisiert, soll der Netzbetreiber die hierfür entstandenen Kosten jedenfalls in einem gewissem Umfang auf die übrigen Transportkunden umlegen können. Damit geht es letztlich nicht nur um eine Frage der Risikoverteilung zwischen dem Netzbetreiber und dem einzelnen Transportkunden, sondern auch zwischen diesen und den verbleibenden Kunden.

(2) Der Antrag ist auch nicht deshalb zulässig, weil die Antragstellerin vorträgt, ihr gehe es nicht um die Bedingungen des Netzausbaus, sondern um die Bedingungen, unter denen die Antragsgegnerin Kapazitäten bereitstelle oder verweigere. Insoweit fehlt es jedenfalls an einer gegenwärtigen Interessensberührung. Nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG ist eine Person antragsbefugt, deren Interessen durch das Verhalten des Netzbetreibers erheblich berührt werden. Hierfür ist in Anwendung des Rechtsgedankens des § 42 Abs. 2 VwGO grundsätzlich die Möglichkeit einer Interessensberührung ausreichend. Allerdings dient das als Streitbeilegungsverfahren ausgestaltete besondere Missbrauchsverfahren des § 31 EnWG nicht der Prüfung abstrakter Rechtsfragen, sondern ausschließlich der Prüfung von Streitigkeiten, die sich aufgrund eines gegenwärtigen

gen konkreten Sachverhaltes ergeben. Dies folgt zum einen bereits aus dem Erfordernis der Erheblichkeit der Interessensberührung sowie aus der Fristgebundenheit des besonderen Missbrauchsverfahrens. Zum anderen ist der Rechtsordnung die Überprüfung von abstrakten Rechtsverhältnissen grundsätzlich fremd. Insoweit ist die Möglichkeit einer erheblichen Interessensberührung nur dann zu bejahen, wenn sich diese in besonderen und dokumentierbaren Umständen bereits hinreichend konkretisiert hat.

An einer solchen Konkretisierung fehlt es hier. Die Kapazitätsvergabe beginnt und endet erst mit Phase 2 der Open Season 2008. In deren Rahmen können die Transportkunden auf der Grundlage der Zuteilung der Antragsgegnerin bis zum 01.08.2008 einseitig verbindliche Transportanfragen angeben. Die Antragstellerin hat keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgetragen, aus denen die gegenwärtige und konkrete Gefahr hervorginge, dass ihre Transportanfrage in der Phase 2 nicht berücksichtigt werden soll.

Eine inhaltliche Vorverlagerung der Kapazitätsvergabe findet auch nicht in einer nach § 31 EnWG zu beanstandenden Weise dadurch statt, dass die Transportkunden bereits in Phase 1 bestimmte Erklärungen abgeben müssen, mit denen sie sich in unterschiedlicher Weise für das spätere Verfahren binden. Der entsprechende Vortrag der Antragstellerin ist schon deshalb nicht überzeugend, weil die Möglichkeiten der Transportkunden, Kapazitäten zu erwerben, durch das Open Season-Verfahren nicht eingeschränkt, sondern vielmehr erweitert werden. Transportkunden, die mit den Bedingungen der Open Season 2008 nicht einverstanden sind, bleibt es unbenommen, verfügbare Kapazitäten auf dem üblichen Wege bei der Antragsgegnerin nachzufragen und zu den allgemein geltenden Bedingungen zu buchen. Dies hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich klargestellt. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass Kapazitäten in der von der Antragstellerin gewünschten Höhe und entsprechend ihrer zeitlichen Vorstellungen nicht vorhanden seien. Hieran zeigt sich gerade, dass die Zugangsansprüche nach § 20 EnWG Teilhabeansprüche sind, die auf Zugang zum bestehenden Netz gerichtet sind, während die wechselseitigen Verpflichtungen im Rahmen der Open Season 2008 die Erweiterung des Netzes unter Schaffung zusätzlicher, künftiger Transportmöglichkeiten betreffen. Die Antragstellerin macht mit ihrem Antrag nicht geltend, dass die Antragsgegnerin ihr den Zugang zum bestehenden Netz ungerechtfertigt verweigert hätte. Vielmehr wendet sie sich gegen bestimmte Verpflichtungen, die sie eingehen soll, damit die Antragsgegnerin ihr Netz ausbaut. Die Rechtmäßigkeit solcher Bedingungen ist aber keine Frage des § 20 EnWG und damit des § 31 EnWG, sondern der §§ 11 ff. i.V.m. § 65 EnWG und ggf. des § 30 EnWG.

Schließlich stellt sich die Open Season 2008 auch nicht deshalb als ein an den Maßstäben der §§ 20 f. EnWG zu messendes Verfahren dar, weil in die Netzausbauplanung auch bestehende freie Kapazitäten einbezogen werden. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil andernfalls die Gefahr eines ineffizienten Ausbaus bestünde. Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen

Verhandlung klargestellt hat, bedeutet dies auch keineswegs, dass die bestehenden Kapazitäten während der Laufzeit des Open Season-Verfahrens nicht auf normalem Wege gebucht werden könnten. Vielmehr bleibt es der Antragstellerin wie jedem Dritten unbenommen, freie Kapazitäten außerhalb der Open Season 2008 zu buchen.

(3) Etwas anderes ergibt sich auch nicht mit Blick auf die im Einzelnen behaupteten Normverstöße gegen Bestimmungen des EnWG.

Ein Verstoß gegen die Transparenzgebote der §§ 20 und 21 EnWG liegt nicht vor, weil die von der Antragstellerin gerügten Allgemeinen Verfahrensbedingungen OS nicht den Netzzugang, sondern den Netzausbau betreffen.

In der derzeitigen Phase 1 der Open Season 2008 wird lediglich eine Marktbedarfsanalyse durchgeführt, die ausschließlich die Frage des bedarfsgerechten Netzausbaus gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 15 Abs. 3 EnWG, nicht die Frage des Netzzugangs nach den §§ 20 f. EnWG betrifft. Ein Recht der Antragstellerin auf Offenlegung der Methoden zur Marktbedarfsanalyse lässt sich auch nicht aus § 20 Abs. 1 S. 3 EnWG herleiten, der den Zugang zum bestehenden Netz regelt. Einen auf die Spezialregelung des § 20 Abs. 2 S. 3 EnWG gestützten, eine vorherige Netzzugangsverweigerung voraussetzenden Anspruch hat die Antragstellerin nicht geltend gemacht.

Eine fehlende Transparenz ergibt sich auch nicht aus § 1 Abs. 3 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS, wonach die „jeweils aktuell gültigen Netzzugangsbedingungen“ der Antragsgegnerin gelten. Dies entspricht der üblichen Rechtslage nach § 55 der – insoweit nicht zu beanstandenden – Netzzugangsbedingungen der Antragsgegnerin, nach denen eine Anpassung der Netzzugangsbedingungen während der Vertragslaufzeit möglich ist. Eine solche Regelung ist im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen nicht ungewöhnlich und schon deshalb erforderlich, um eine Anpassung der Verträge an regulatorische oder gerichtliche Vorgaben zu ermöglichen. Schwerwiegende Änderungen begründen im Übrigen ein Kündigungsrecht des Transportkunden.

Auch aus der Regelung des § 14 Abs. 3 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS, nach welcher dem Transportkunden zum Zeitpunkt seiner verbindlichen Kapazitätsanfrage die vom Kunden akzeptierte Kapazitätshöhe, Laufzeit und Entgeltbandbreite mitgeteilt wird, ergibt sich keine Intransparenz. Die Regelung ist nicht abschließend dahingehend, dass dem Kunden keine anderen für die Buchung erforderlichen Informationen mitgeteilt würden. Schon im Vorfeld seiner Buchung werden ihm außerdem über die Regelungen des § 12 Abs. 3 und 4 sowie des § 13 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS die vertragswesentlichen Informationen (Kapazität, Laufzeit, Entgeltbandbreite) mitgeteilt.

Dabei verstößt die Mitteilung einer Entgeltbandbreite nach § 12 Abs. 3 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS nicht gegen § 21 Abs. 1 EnWG. Da zum Zeitpunkt der Mitteilung lediglich

unverbindliche Kapazitätsanfragen vorliegen, die später nicht in verbindliche Buchungen münden müssen, kann die Antragsgegnerin ihren Ausbau noch nicht auf abschließend verlässliche Informationen stützen. Die von der Antragstellerin begehrte Alternative der Nennung eines Festpreises zu diesem Zeitpunkt würde dazu führen, dass die Antragsgegnerin aus wirtschaftlich rationalen Erwägungen einen Höchstpreis kalkulieren und den Transportkunden nennen würde. Diesen könnte und müsste sie ggf. später reduzieren. Eine endgültige Sicherheit hätten die Transportkunden daher auch bei der Nennung eines Festpreises nicht. Mit der Angabe einer Entgeltbandbreite erhalten sie sogar eine zusätzliche Information. Eine Restunsicherheit über die Entgelthöhe resultiert zudem aus dem derzeitigen regulatorischen Entscheidungsstand, da nicht feststeht, ob die Antragsgegnerin ihre Entgelte auch künftig nach § 19 GasNEV bilden kann oder zu einer kostenorientierten Entgeltbildung nach den §§ 4 ff. GasNEV verpflichtet ist. Dies ist der Antragsgegnerin jedoch nicht unter Transparenzgesichtspunkten anzulasten.

Der Vorwurf, § 2 Abs. 3 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS, nach dem die Antragsgegnerin „kurzfristige notwendige Änderungen im Verfahrensablauf“ vornehmen kann, sei nicht angemessen i.S.v. § 21 Abs. 1 EnWG bzw. nicht sachlich gerechtfertigt i.S.v. § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG geht ebenfalls fehl. Abgesehen davon, dass die genannten Vorschriften auf den Netzausbau nicht anwendbar sind, ist die Durchführung eines Open Season-Verfahrens eine sinnvolle, aber nicht die einzige Methode zur Ermittlung des Ausbaubedarfs. Steht es der Antragsgegnerin aber in gewissen Grenzen frei, sich für eine von mehreren Methoden zu entscheiden, muss es ihr auch möglich sein, flexible Verfahrensregeln aufzustellen. Dies liegt nicht zuletzt im Interesse der Transportkunden, da nur auf diese Weise Verbesserungen des Verfahrens möglich sind, für die sich erst im laufenden Verfahren Bedarf zeigt.

Soweit die Antragstellerin sich gegen die Risikoverteilung wendet, indem sie etwa das Fehlen von Zusicherungen der Antragsgegnerin in den Allgemeinen Verfahrensregeln OS kritisiert, erscheint das Verfahren zwar möglicherweise nicht optimal ausgestaltet zu sein. Ein nach § 31 EnWG zu rügender Rechtsverstoß ergibt sich hieraus jedoch nicht. Ein Netzbetreiber, der eine Kapazitätsanfrage zurückweist, muss lediglich nach Maßgabe der § 20 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG Auskunft darüber geben, welche Gründe hierfür vorlagen und welche Maßnahmen und damit verbundene Kosten zum insoweit bedarfsgerechten Ausbau des Netzes erforderlich wären. Dass die Allgemeinen Verfahrensregeln OS hiergegen verstießen, ist nicht ersichtlich. Auch die einseitige Bindung des Transportkunden durch die einseitig verbindliche Buchung, die in § 2 Abs. 4 S. 2 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS lediglich missverständlich als „einseitig bindende Kapazitätsverträge“ beschrieben werden, stößt nicht auf rechtliche Bedenken, sondern bezeichnet lediglich die nach § 145 BGB geltende Bindung an den Antrag. Etwas anderes ergibt sich auch nicht mit Blick auf die §§ 15-18 GasNZV, die einen Vertragsschluss durch bindendes Angebot des Netzbetreibers und Annahme des Kunden vorsehen. Wie die Antragsgegnerin zutreffend darlegt, ist diese Regelung jedoch ersichtlich auf die Buchung bereit bestehender Kapazitäten zugeschnitten. Dies zeigt bereits der Umstand, dass der Netzbetreiber nach § 17

S. 2 und 3 GasNZV innerhalb von zwei Werktagen nach der Kapazitätsanfrage ein bindendes Angebot abgeben muss. In dieser Zeit ist es regelmäßig nicht möglich, die wirtschaftliche und technische Möglichkeit eines Netzausbaus angemessen zu beurteilen. Würde dieses Buchungsverfahren auf die Open Season anwendbar sein, wäre der Netzbetreiber voraussichtlich berechtigt, die Anfrage unter Hinweis auf nicht bestehende Kapazitäten abzulehnen. Damit schafft das Open Season-Verfahren nicht nur im Interesse der Antragsgegnerin, sondern auch im Interesse ihrer Kunden eine Möglichkeit, neue Kapazitäten zu schaffen und den Kunden so früh wie möglich zur Verfügung zu stellen.

Dass die Antragsgegnerin sich ihrerseits nicht uneingeschränkt zur Bereitstellung der noch zu errichtenden Kapazitäten verpflichtet, ist nicht unangemessen. Andernfalls würde sie eine Garantiehafung eingehen, ohne sicher sein zu können, etwa die erforderlichen planungsrechtlichen Genehmigungen erhalten zu können. Dieser Buchungsmechanismus stellt auch keine Diskriminierung von Open Season-Teilnehmern gegenüber Nachfragern dar, die Kapazitäten außerhalb des Open Season-Verfahrens buchen. Abgesehen davon, dass es der Antragstellerin unbenommen bleibt, Kapazitäten – soweit verfügbar – außerhalb der Open Season 2008 zu buchen, rechtfertigt sich die im Vergleich zum normalen Verfahren längere Bindungsdauer der Transportkunden daraus, dass die Kapazitäten erst durch Ausbaumaßnahmen bereitgestellt werden müssen.

Dass die Antragstellerin aufgrund eigener wirtschaftlicher Erwägungen davor zurückschreckt, eine langfristige vertragliche Bindung zu einem Zeitpunkt einzugehen, zu dem sie nicht sicher weiß, u.U. sogar nicht wissen kann, ob das von ihr geplante Projekt realisiert werden kann, ist durchaus nachvollziehbar. In dieser Situation befände sie sich jedoch auch dann, wenn die erforderlichen Kapazitäten im gewünschten Umfang bereits im bestehenden Netz zur Verfügung stünden. Auch in dieser Situation sehen die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Regeln über die Kapazitätsvergabe bei Gasversorgungsnetzen nicht die Möglichkeit vor, sich lediglich eine entgeltpflichtige oder unentgeltliche Option zu sichern, von der die Transportkunden später keinen Gebrauch machen müssen. Vielmehr müssen sie zwischen dem Risiko abwägen, die Kapazitäten zu buchen und später nicht selbst nutzen zu können und dem Risiko, die Kapazitäten nicht zu buchen, aber später aufgrund vorrangiger Buchungen diese nicht mehr zu erhalten. Damit stellen die Allgemeinen Verfahrensregelungen OS oder das Open Season-Verfahren als solches zwar möglicherweise kein optimales Verfahren dar, um einen zeitlich koordinierten und für alle Beteiligten möglichst risikoarmen Ausbau der Netze und der daran angeschlossenen Anlagen wie z.B. von Kraftwerken oder Speichern zu ermöglichen. Ein nach § 31 EnWG prüffähiger rechtlicher Vorwurf ergibt sich hieraus jedoch nicht.

Auch die in § 9 der Allgemeinen Verfahrensregelungen OS geforderte Sicherheitsleistung ist nicht diskriminierend. Nach § 45 ihrer Allgemeinen Netzzugangsbedingungen fordert die Antragsgegnerin auch von Transportkunden, die Kapazitäten außerhalb eines Open Season-Verfahrens

nachfragen, Sicherheiten. Damit fehlt es jedenfalls an einer Ungleichbehandlung. Die Sicherheitsleistungen sind auch nicht deshalb diskriminierend, weil Unternehmen, die sich in der Phase der Projektentwicklung befänden, frühzeitige Sicherheiten in der geforderten Höhe zu leisten hätten. Es mag zwar zutreffend sein, dass gerade Start-Up-Unternehmen wie die Antragstellerin Schwierigkeiten haben, Sicherheiten zu erhalten. Ein Verzicht auf solche für alle Transportkunden üblichen und grundsätzlich nicht zu beanstandenden Sicherheitsleistungen hätte jedoch zur Folge, dass etwaige Risiken vom Netzbetreiber und damit letztlich von allen Netznutzern getragen werden müssten. Im Übrigen wäre sehr zweifelhaft, ob eine unterschiedliche Behandlung von Projektentwicklungsgesellschaften und anderen Transportkunden sachlich gerechtfertigt wäre, so dass eher in einem solchen Fall ein diskriminierendes Verhalten des Netzbetreibers nahe liegen dürfte.

Lediglich cursorisch ist anzumerken, dass es für das von der Antragstellerin vorgeschlagene Gegenmodell keine rechtliche Grundlage gibt. Die Regelung des § 4 Abs. 1 KraftNAV, auf deren Vorbildcharakter das Gegenmodell der Antragstellerin gestützt ist, bezieht sich nur auf Elektrizitätsversorgungsnetze, nicht aber auf Gasversorgungsnetze. Sie befasst sich mit dem Netzanschluss, nicht mit dem Netzzugang. Zudem betrifft sie nur einzelne Netzanschlussprojekte, nicht – wie vorliegend – den Ausbau eines gesamten Netzes unter planerischer Abwägung verschiedenster Interessen. Ob das Gegenmodell seinerseits nicht praktikabel ist, wie die Antragsgegnerin einwendet, kann daher dahinstehen.

Schließlich ist auch ein behaupteter Verstoß der Allgemeinen Verfahrensregeln OS gegen die Entgeltbestimmungen des EnWG sowie der hierzu erlassenen Verordnungen (GasNEV, ARegV) nicht erkennbar. § 11 Abs. 3 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS regelt explizit, dass genehmigte Entgelte Anwendung finden, wenn die Antragsgegnerin verpflichtet wird, ihre Entgelte kostenbasiert zu bilden. Bis dahin unterliegt sie ohnehin der Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 2 GasNEV. Erst nach einer Anordnung der Bundesnetzagentur unterläge sie der Kostenregulierung und nach Maßgabe der Übergangsregelung des § 34 Abs. 5 ARegV der Anreizregulierung. Aus den Allgemeinen Verfahrensregeln OS ergibt sich nicht, dass sich die Antragsgegnerin diesen Vorgaben entziehen wollte. Dagegen spricht auch nicht, dass nach § 11 Abs. 2 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS die derzeit von der Antragsgegnerin veröffentlichten Entry- und Exit-Entgelte nicht in der im Rahmen des Open Season 2008 ermittelten Entgeltbandbreite liegen müssen. Wie die Antragsgegnerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung klargestellt hat und sich aus § 11 Abs. 3 der Allgemeinen Verfahrensregeln OS ergibt, wird sie im Falle der Genehmigungspflicht ihrer Entgelte unterschiedslos die genehmigten Entgelte anwenden. Aber auch für den gegenteiligen Fall kann der Klausel nicht entnommen werden, dass die Antragsgegnerin eine Preisspaltung zwischen Alt- und Neukunden beabsichtigt. Die Vorschrift regelt lediglich, dass die derzeit veröffentlichten Entgelte nicht in der bekannt gegebenen Entgeltbandbreite liegen müssen, nicht aber, dass die künftig veröffentlichten (allgemeinen) Entgelte nicht in dieser Entgeltbandbreite liegen werden. Durch den Ausbau wird es voraussichtlich zu einer

Veränderung der Kosten- und Erlössituation für das gesamte Netz der Antragsgegnerin kommen, die auch im Falle einer kostenorientierten Entgeltbildung zu Absenkungen oder Erhöhungen der derzeit veröffentlichten Entgelte führen dürfte. Die Klausel besagt daher nicht, dass die Entgelte für Transportkunden, die sich am Open Season Verfahren beteiligen, zum Zeitpunkt der Vertragsdurchführung von den ansonsten veröffentlichten Entgelten abweichen dürften. Vorsorglich sei allerdings angemerkt, dass eine Entgeltbildung, die die „Open Season Kunden“ einseitig mit den Zusatzkosten des Netzausbaus belasten würde, unter Diskriminierungsge-sichtspunkten nicht frei von erheblichen rechtlichen Bedenken wäre.

(5) Soweit die Antragstellerin eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 und 6 der FernleitungsVO rügt, ist eine nicht lediglich inzidente Überprüfung dieser Vorschriften im Rahmen des besonderen Missbrauchsverfahrens nicht statthaft. Weder die FernleitungsVO insgesamt noch die genannten Vorschriften werden von § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG in Bezug genommen. Gleiches gilt für die von der Antragstellerin zur Begründung teilweise herangezogenen Verbote der §§ 19, 20 GWB und des Art. 82 EGV.

(6) Schließlich kann auch ein etwaiger Verstoß gegen die GGPOS im Rahmen des besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG nicht isoliert überprüft werden. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, die GGPOS auf der Ebene der Rechtsanwendung zur Normkonkretisierung heranzuziehen. Sie haben jedoch keine unmittelbare rechtlich bindende Qualität. Ein Verstoß gegen die Empfehlungen der GGPOS kann daher nur einen Anhaltspunkt für ein pflichtwidriges Verhalten des Netzbetreibers darstellen, nicht aber unmittelbar zum Gegenstand einer Überprüfung nach § 31 EnWG gemacht werden.

3. Kosten (Tenor zu 2.)

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 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).

Kurt Schmidt
Vorsitzender

Christian Mielke
Beisitzer

Dr. Chris Mögelin
Beisitzer