



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 11.10.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein, die Richterin am Oberlandesgericht Frister und den Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Mohr

b e s c h l o s s e n :

Die Anträge der Antragstellerinnen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung werden zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten.

Gründe:

A.

Die Ostseepipeline-Anbindungsleitung (A.) verläuft auf einer Länge von ca. ...km vom Anlandepunkt der Ostseepipeline B., die über eine Transportkapazität von ... bcm/a verfügt, in Lubmin bei Greifswald bis zum Netzkopplungspunkt Brandov an der deutsch-tschechischen Grenze. Dort besteht eine Netzkopplung mit der Leitung C..

Die Einspeisungskapazität in Lubmin/Greifswald beträgt ... bcm/a. Die Kapazität des Ausspeisepunkts in Brandov beträgt ... bcm/a. Der Netzkopplungspunkt in der Mitte der A. in Groß Körös hat eine Kapazität von ...bcm/a.

Die A. wurde von einer Bruchteilseigentümergeinschaft, bestehend aus der D. (... %) und der G. (... %) errichtet. Aktuell steht sie im Bruchteilseigentum der H., vormals I. mit einem Anteil von ... % sowie der J., einer Infrastrukturbeteiligung der K. mit einem Anteil von ... %. Für den Betrieb sind je zwei Netzbetreiber zuständig. Die Beteiligten zu 1) ist einer der beiden Fernleitungsnetzbetreiber der A..

Mit Beschluss vom 25.02.2009 (BK 7 - 08 - 009) nahm die Bundesnetzagentur die auf Grundlage des Miteigentumsanteils der D. (nunmehr ausgegliedert an die H.) an der A. geschaffenen Kapazitäten für eine Einspeisung in Deutschland und eine Ausspeisung in der Tschechischen Republik zu Gunsten der Beteiligten zu 1) und damaligen Antragstellerin (zum damaligen Zeitpunkt noch M.) für eine Dauer von 22 Jahren ab tatsächlicher Inbetriebnahme von der Anwendung der §§ 20-25 EnWG aus. Die darüber hinaus begehrte Ausnahmegewährung, insbesondere für rein innerdeutsche Transporte oder Gegenstromtransporte ab Tschechien, wurde dagegen abgelehnt.

Die von der Bundesnetzagentur erteilte Freistellungsgenehmigung wurde der Europäischen Kommission zum 13.03.2009 zur Stellungnahme vorgelegt. Die Kommission stellte fest, dass in der Entscheidung vom Februar 2009 nicht in ausreichendem Maße belegt werde, dass Bau und Betrieb der A. auf der Basis der vorgeschriebenen Bedingungen und Auflagen positive Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem nachgelagerten tschechischen Großhandelsmarkt haben würden. Darüber hinaus konnte die Kommission nicht zu dem Schluss gelangen, dass der Betrieb der A. nicht zu einer Stärkung der Wettbewerbsposition von N. auf dem vorgelagerten Großhandelsgasmarkt in der Tschechischen Republik führen würde. Auf dem tschechischen Gasmarkt sei N. der maßgebliche Gaslieferant und habe mit einem Marktanteil von ... % die überragende Marktstellung für Lieferungen in die tschechische Republik inne. Vor diesem Hintergrund forderte die Kommission die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 12.06.2009 auf, ihre Entscheidung innerhalb von vier Wochen nach Erhalt der Aufforderung zu ändern. Die verlangte Änderung sah vor, dass Kapazitätsbuchungen durch Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen, die auf einem oder mehreren vor- oder nachgelagerten Gasmärkten, welche die

tschechische Republik oder die Lieferung von Gas in die tschechische Republik umfassen, marktbeherrschend sind, am Ausspeisepunkt von Deutschland in die tschechische Republik beschränkt werden, wenn nicht ein Gas-Release-Programm initiiert wird. Die Bundesnetzagentur änderte ihre Entscheidung vom 25.02.2009 mit Beschluss vom 07.07.2009 nach Maßgabe der Stellungnahme der Kommission ab und beschränkte in der neu aufgenommenen Bestimmung unter lit. j) zu Ziffer I. des Tenors der Entscheidung vom 25.02.2009 die Buchungsmöglichkeit der ausgenommenen Kapazitäten durch Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung auf den relevanten tschechischen Gasmärkten auf ... der jährlichen Ausspeisekapazität. Diese Kapazitätsobergrenze durfte jedoch überschritten werden, wenn das betroffene marktbeherrschende Unternehmen auf der A. eine Gasmenge von ... m³/a in einem offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren anbietet und die entsprechenden Kapazitätsrechte freigibt (sog. Gas-Release-Programm). Da das an die A. in Greifswald durch die B. angelieferte Gas - ausweislich der Feststellungen der Europäischen Kommission in ihrem Beschluss vom 28.10.2016 - im Eigentum der Beteiligten zu 3) steht und entlang der A. vor dem Einspeisepunkt Brandov kein Wechsel der Eigentumsverhältnisse erfolgt, wirkte sich die Kapazitätsbegrenzung zulasten marktbeherrschender Unternehmen de facto nur auf die Kapazitätsbuchungen der Beteiligten zu 3) bzw. von Unternehmen der N. Gruppe aus. Im Jahr 2013 wurde die Pipeline C. in Betrieb genommen. Diese Pipeline schließt an die A. an und führt vom Einspeisepunkt in Brandov zum Ausspeisepunkt in Waidhaus. Die technische Ein- und Ausspeisekapazität beträgt ... bcm/a (... kWh/h). Die tschechische Regulierungsbehörde stellte die C. von der Regulierung frei.

Über Waidhaus konnte zuvor nur Erdgas bezogen werden, das über die Pipeline O. durch die Ukraine nach Deutschland transportiert wurde. Daneben existiert eine zweite Importleitung aus Russland, die P., die durch Weißrussland und Polen führt. Die Kapazitäten der O. und der P. waren bislang erforderlich, damit hinreichende Mengen russischen Erdgases den Südwestkorridor erreichen. Nach Fertigstellung der C. existiert nunmehr ein alternativer Transportpfad über die B. und die A..

Der polnische Abschnitt der P. wird von der T. betrieben, Eigentümerin ist die S.. Um Entflechtungsvorschriften zu genügen, wurde die T. als eigenständiges Unternehmen außerhalb des Konzerns der Antragstellerin zu 1) gegründet, die wiederum an der S. unmittelbar zu ... % und mittelbar zu ... % beteiligt ist.

Die Antragstellerin zu 2) wurde 2011 gegründet. Ausweislich ihrer Angaben besteht ihre Geschäftstätigkeit im Wesentlichen aus dem Handel mit Erdgas und Strom, wobei sie auf dem deutschen (Handel und gewerbliche Endkunden), österreichischen (Handel und gewerbliche Endkunden) und holländischen Markt (Handel) tätig sei.

Zwischen der Beteiligten zu 3) und der S. besteht ein Transitvertrag vom 15.05.1996, der die Beteiligte zu 3) bis Mai 2020 zum Erdgastransport durch den polnischen Abschnitt der P.verpflichtet. Darüber hinaus besteht ein Liefervertrag der Beteiligten zu 3) mit der Antragstellerin zu 1) vom 25.09.1996 über die Lieferung russischen Gases nach Polen, der bis Ende 2022 läuft.

Nachdem die Beteiligte zu 2) und die Beteiligte zu 3) sowohl die Europäische Kommission als auch die Bundesnetzagentur mehrfach informell ersucht hatten, die Nebenbestimmungen zu den Buchungsbeschränkungen aufzuheben, stellten sie im April 2013 mit der Beteiligten zu 1) bei der Bundesnetzagentur einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens im Hinblick auf die unter Ziffer 1. lit. j) des Beschlusses vom 07.07.2009 enthaltene Buchungsbeschränkung und das vorgesehene Gas-Release-Programm. Hintergrund der Bemühungen um eine Änderung der Nebenbestimmungen zu der Freistellungsentscheidung war die bis dato bestehende Unterauslastung der technischen Transportkapazitäten der A.. Die von der Buchungsbeschränkung betroffene, weil marktbeherrschende Beteiligte zu 2) führte zu keiner Zeit ein Gas-Release-Programm im Sinne der Ausnahme-genehmigung durch, was sie in die Lage versetzt hätte, weitere, über ... der Transportkapazitäten hinausgehende Kapazitäten auf der A. zu buchen. Andere Transportanfragen für feste Transitkapazitäten gab es nicht. Dies führte dazu, dass die Leitung nicht ausgelastet wurde war. Auch die Transportkapazität der B. wurde nicht vollständig ausgenutzt. Diese war 2015 nur zu ... % ausgelastet

Die Beteiligten machten geltend, mit der Inbetriebnahme der C. seien die Nebenbestimmungen zu den Buchungsbeschränkungen unverhältnismäßig geworden. Das Gas-Release-Programm erfordere die jährliche Freigabe einer Gasmenge, die ... % des jährlichen Gasverbrauchs auf dem tschechischen Markt entspreche. Es müsse durch eine geeignetere, verhältnismäßige und rechtlich tragfähige Lösung ersetzt werden.

Am 31.10.2013 schlossen die Beteiligten mit der Bundesnetzagentur einen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag und änderten ihn durch Nachtragsvereinbarungen aus

April und Juli 2014 ab. Der Vertrag wurde nicht wirksam, da die in § 3 Abs. 2 des Vertrages enthaltene aufschiebende Bedingung der Zustimmung durch die Europäische Kommission nicht fristgerecht eintrat. Nachdem die Beteiligten auf die Aufforderung der Bundesnetzagentur, mitzuteilen, ob sie an dem Antrag weiterhin festhielten, nicht Stellung genommen hatten, wies die Bundesnetzagentur ihren Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens mangels Sachbescheidungsinteresse bzw. im Hinblick auf die Beteiligten zu 2) und 3) mangels Antragsbefugnis mit Beschluss vom 13.03.2015 als unzulässig zurück. Dagegen legten die Beteiligten Beschwerde ein. Dieses Verfahren ist vor dem Senat unter dem Az. VI–3 Kart 92/ 15 anhängig. Am 11.05.2016 schlossen die Beteiligten und die Bundesnetzagentur einen neuen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag, der durch Nachtragsvereinbarungen aus Juli und September 2016 geändert wurde. Die Bundesnetzagentur informierte am 13.05.2016 auf ihrer Internetseite über den unter Vorbehalt der Zustimmung der Europäischen Kommission geschlossenen Vergleichsvertrag.

Zugleich teilte sie der Europäischen Kommission den Abschluss dieses Vergleichsvertrages mit. Daraufhin informierte die Europäische Kommission am 31.05.2016 auf ihrer Internetseite über den Entwurf dieses Vergleichsvertrages und wies auf ihre zweimonatige Stellungnahmefrist nach Art. 36 Abs. 9 der Richtlinie 2009/73/EG hin. Zugleich räumte sie Dritten die Möglichkeit ein, innerhalb von zwei Wochen ab Veröffentlichung der Mitteilung Stellung zu beziehen. Mit Beschluss vom 28.10.2016 (C (2016) 6950) genehmigte die Kommission unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 36 Abs. 9 der Richtlinie 2009/73/EG die mit dem neuen Vergleichsvertrag verbundenen und ihr vorgelegten Änderungen der Freistellungsentscheidung zugunsten der A. vorbehaltlich der in dem Beschluss geforderten Änderungen.

Darüber informierte die Bundesnetzagentur am 02.11.2016 auf ihrer Internetseite. Unter Umsetzung der von der Europäischen Kommission geforderten Änderungen schlossen die Beteiligten und die Bundesnetzagentur am 28.11.2016 den streitgegenständlichen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag, wobei die genauen Umstände und insbesondere der Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen den Verfahrensbeteiligten streitig sind.

Mittels einer Modifizierung der ursprünglichen Ausnahmegenehmigung soll eine stärkere Auslastung der A. erreicht werden. Während die von der

Freistellungsentscheidung vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 erfassten Kapazitäten bis dato vollständig von den Vorschriften der Netzzugangsregulierung befreit waren, sieht der Vergleichsvertrag vor, dass ... % dieser Kapazitäten nach Maßgabe der Regelungen des Vergleichsvertrages der Netzzugangsregulierung unterliegen. Anstelle einer vollständigen Ausnahme der Transitzkapazitäten von der Anwendung der §§ 20-25 EnWG bei gleichzeitiger Beschränkung der über ... % hinausgehenden Buchungskapazitäten für marktbeherrschende Unternehmen unterfallen nach den Bestimmungen des Vergleichsvertrages nunmehr ... % der Kapazitätsrechte der Zugangsregulierung. Diese Kapazitäten sollen gemäß den regulierungsrechtlichen Vorschriften versteigert werden.

Der Vergleichsvertrag sieht im Einzelnen vor, dass am Einspeisepunkt Greifswald rund ... kWh/h als feste, dynamisch zuordenbare Kapazitäten (DZK) vermarktet werden müssen. Am Ausspeisepunkt Brandov müssen separat rund ...kWh/h als feste DZK angeboten werden. Am Ausspeisepunkt Brandov müssen darüber hinaus weitere ... kWh als feste, frei zuordenbare Kapazitäten vermarktet werden. Für die weiteren ... % der Transitzkapazitäten verbleibt es dabei, dass hieran weiterhin die Beteiligte zu 2) ein exklusives Nutzungsrecht hat.

Mit Schreiben vom 28.11.2016 ersuchten die Antragstellerinnen bei der Bundesnetzagentur erstmals um Rechtsschutz. Sie beantragten, ein regulierungsbehördliches Verfahren einzuleiten und sie zu diesem als Verfahrensbeteiligte gemäß § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG beizuladen. Das Schreiben ging der Beschlusskammer per Fax am 28.11.2016 um 23:23 Uhr sowie zusätzlich per Mail um 23:55 Uhr, sodann per Post am 01.12.2016 zu.

Unter dem 07.12.2016 beantragten sie ergänzend, dass die Bundesnetzagentur bestehende Gestaltungsrechte zur einstweiligen Sicherung materieller und verfahrensbezogener Rechte der Antragstellerinnen ausübe, die rechtsgestaltende Wirkung des Vergleichsvertrages durch geeignete Maßnahmen aussetze und den Antragstellerinnen bis spätestens zum 12.12.2016 die Gewährung ihrer Rechte zusichere. Eine entsprechende Verpflichtung ergebe sich aus europäischem und nationalem Recht. Mit Beschluss vom 20.12.2016 (BK7-16-167) lehnte die Bundesnetzagentur diese Anträge ab. Zur Begründung verwies sie darauf, dass die Antragstellerinnen die Einleitung des hier streitgegenständlichen Verwaltungsverfahrens nicht rechtzeitig beantragt hätten. Das Verwaltungsverfahren

sei bei Antragstellung bereits beendet gewesen, so dass ein erneutes Verfahren weder zweck- noch zielführend sei. Der Antrag auf Beiladung sei gleichfalls bereits unzulässig. Das Beiladungsrecht sei ein akzessorisches Recht, das ein Hauptsacheverfahren voraussetze. Auch hinsichtlich des bereits abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens habe ein Beiladungsanspruch nicht bestanden. Es fehle insoweit bereits an einem rechtzeitig gestellten Beiladungsantrag. Der Antrag, die sofortige Vollziehung des Vergleichsvertrages auszusetzen, sei ebenfalls unzulässig und unbegründet. Zweifelhaft sei bereits, ob die Antragstellerinnen zur Stellung eines solchen Antrags als nicht an dem Verfahren beteiligte Personen überhaupt befugt seien. Den Antragstellerinnen fehle es jedenfalls an einer erheblichen wirtschaftlichen Betroffenheit. Insbesondere drohten ihnen keine schwerwiegenden wirtschaftlichen Nachteile, die nicht wieder gut zu machen seien.

Mit dem Ziel, eine Beendigung bzw. Nichtigkeitserklärung des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu erreichen, haben die Antragstellerinnen vor dem Senat Beschwerde eingelegt und ersuchen zugleich um vorläufigen Rechtsschutz in Form einer vorläufigen Anordnung.

Zudem haben sie gegen den Beschluss der Kommission vom 28.10.2016 unter Hinweis auf ihre unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch die Veränderung der Transportflüsse nach Freistellung der A. Nichtigkeitsklage bei dem Gericht der Europäischen Union erhoben und die einstweilige Aussetzung der Vollziehbarkeit der Kommissionsentscheidung beantragt (T-130/17 R und T-849/16 R). Zur Begründung ihrer Anträge haben sie geltend gemacht, dass die Erhöhung der Transportkapazitäten auf der A. eine Verringerung des Gastransportes über die Gasleitungen P. und O. zur Folge haben werde, wodurch die Versorgungssicherheit Polens gefährdet und der Wettbewerb geschädigt werde. Auch die Republik Polen hat Nichtigkeitsklage vor dem europäischen Gericht erster Instanz erhoben. Am 23.12.2016 erging eine Zwischenverfügung, wonach der Vollzug der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2016 bis zur Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union über die Anträge auf einstweilige Anordnung ausgesetzt wurde. Mit Beschluss des erkennenden Senats vom 30.12.2016 wurde die Bundesnetzagentur bis zur Entscheidung über die Eilanträge verpflichtet, die Wirkungen des streitgegenständlichen Vergleichsvertrages zu suspendieren. Der Senat hielt den Erlass dieser Zwischenentscheidung im Hinblick auf die am 23.12.2016 ergangene

Entscheidung des Gerichts der Europäischen Union, mit der dieses den Vollzug der Entscheidung der Kommission vom 28.10.2016 ausgesetzt hatte, für geboten.

Mit Beschlüssen vom 21.07.2017 wies das Gericht der Europäischen Union die Anträge der Antragstellerinnen zu 1) und 2) sowie der Republik Polen auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ab und hob die mittels der Beschlüsse vom 23.12.2016 angeordnete Aussetzung der Vollziehung der Entscheidung der Kommission auf. Ausweislich der Gründe der Entscheidung konnten die Antragstellerinnen nicht darlegen, dass die Anordnung dringend erforderlich sei, um den Eintritt eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens vor Erlass der Entscheidung zur Hauptsache zu verhindern. Das Gericht stellte insbesondere darauf ab, dass derzeit zwei von N. geschlossene Verträge in Kraft seien, durch die die Ausnutzung der Transportkapazität der P. und die Belieferung des polnischen Gasmarkt bis in das Jahr 2020 bzw. sogar bis Ende des Jahres 2022 gewährleistet seien. Da eine Entscheidung zur Hauptsache im Laufe des Jahres 2019 zu erwarten sei, sei nicht feststellbar, dass die Antragstellerinnen den Ausgang der Verfahren nicht abwarten könnten, ohne sich einem schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden auszusetzen.

Auf Antrag der Bundesnetzagentur sowie der Beteiligten zu 1) bis 3) hat der Senat den Beschluss vom 30.12.2016 mit der Begründung aufgehoben, dass infolge der Aufhebung der Zwischenentscheidung des Gerichts der Europäischen Union das dem Vollzug bzw. der Umsetzung des streitgegenständlichen Vergleichsvertrags entgegenstehende rechtliche Hindernis und damit der tragende Grund für die die Vertragswirkungen suspendierende Zwischenentscheidung entfallen sei.

Auf Veranlassung der Bundesnetzagentur hat die Beteiligte zu 1) ihre Geschäftsbedingungen mittlerweile um Regelungen ergänzt, die es ihr im Fall einer Untersagung der Durchführung von Erdgastransporten zur Erfüllung von Kapazitätsbuchungen durch die Bundesnetzagentur ermöglichen, Erdgastransportverträge zu kündigen, die auf dem Vergleichsvertrag basieren.

§ 7 der ergänzenden Geschäftsbedingungen der Beteiligten zu 1) lautet:

„(1) Sollte aufgrund einer Entscheidung oder einer rechtsverbindlichen Vorgabe nationaler oder europäischer Gerichte oder Behörden (unabhängig von der Rechtskräftigkeit und Rechtmäßigkeit) die Erfüllung bzw. Durchführung der Ein- und Ausspeiseverträge für teilregulierte Kapazitäten untersagt oder verhindert werden (nachfolgend gemeinsam „Entscheidung“ genannt), behält sich OGT das Recht vor, die zum Zeitpunkt der Entscheidung

bestehenden Ein- oder Ausspeiseverträge für teilregulierte Kapazitäten mit sofortiger Wirkung zu kündigen.

(2) das Recht der Kündigung bezieht sich auf

(a) Ein- oder Ausspeiseverträge für teilregulierte Kapazitäten, für welche der Leistungszeitraum entsprechend § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 AGB („Leistungszeitraum“) zum Zeitpunkt der Entscheidung angefangen hat, - für den restlichen Leistungszeitraum; und

(b) auf Ein- oder Ausspeiseverträge für teilregulierte Kapazitäten, für welche der Leistungszeitraum noch in der Zukunft liegt, - für den ganzen Leistungszeitraum.

(3) Sollte OGT aufgrund einer vollziehbaren aber noch nicht rechtskräftigen bzw. nicht abschließenden Entscheidung an der Erfüllung bzw. Durchführung der Ein- und Ausspeiseverträge für teilregulierte Kapazitäten gehindert werden, das Kündigungsrecht nach Z. 1 und 2 aber nicht ausüben, werden die Vertragspartner von ihren Vertragspflichten mit sofortiger Wirkung befreit, soweit und solange OGT aufgrund von der Entscheidung an der Erfüllung bzw. Durchführung ihrer Pflichten gehindert ist.

...“

Unter Vertiefung und Ergänzung ihres bisherigen Vorbringens zur Begründung der Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung machen die Antragstellerinnen geltend, dass im Hinblick auf die formelle Rechtswidrigkeit des Vertrages entgegen der Gründe der Zwischenentscheidung des Senats vom 30.12.2016 weder offen bleiben könne, ob das Verwaltungsverfahren zum Zeitpunkt des Eingangs des Beiladungsantrags bereits abgeschlossen gewesen sei noch angenommen werden könne, dass die Bundesnetzagentur den streitgegenständlichen Vertrag auch im Falle einer Beiladung der Antragstellerinnen nicht mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätte.

Der Vertrag sei zudem materiell rechtswidrig, denn er habe negative Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit Polens sowie den Wettbewerb. § 28 a Abs. 1 Nr. 5 EnWG schütze auch Gasversorger vor einer Minderung ihrer Möglichkeiten, am Wettbewerb teilzunehmen, so dass hierin zugleich eine Verletzung ihrer subjektiven Rechte liege.

Als Hauptauswirkung des Vergleichsvertrags sei eine Monopolisierung der A. in Gestalt einer langfristigen Buchung von mindestens ... % der DZK durch die Beteiligte zu 2) zu erwarten. Dies entspreche ... bcm/a. Der Verzicht auf die vormals bestehenden Nebenbestimmungen in Gestalt der Gas-Release-Programme habe nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb, denn die Kapazitäten der A. seien für andere potentielle Nachfrager nicht sinnvoll zu nutzen. Für die gebündelten Ein- und

Ausspeisekapazitäten gebe es faktisch keine dritten Interessenten, weil diese Kapazitäten – insoweit unstrittig – nur eine feste Einspeisung in Greifswald und eine feste Ausspeisung in Brandov böten. Eine ökonomisch sinnvolle Nutzung sei nur der Beteiligten zu 2) möglich.

Zudem sei zu erwarten, dass die Entscheidung der Kommission vom 28.10.2016 der Beteiligten zu 2) Grund zu der Annahme geben werde, dass die gegenwärtig geplante Pipeline Y. gleichfalls von dem regulierten Netzzugang freigestellt werde und den Transport des gesamten oder jedenfalls des wesentlichen Teils des über die zukünftige Pipeline Z. durchgeleiteten Gases erlauben werde. Dies würde es der Beteiligten zu 2) ermöglichen, das ohnehin bereits bestehende Überangebot an Transportkapazitäten nach Westeuropa zu erhöhen und ihr eine beliebige Bestimmung der Transportwege erlauben.

Auch gebe es Anzeichen dafür, dass etablierte Gasversorger eine Marginalisierung der beiden Pipelines P. und O. antizipierten.

Die sich als Folge des Vergleichsvertrags ergebende Möglichkeit, Transportmengen von den Pipelines O. und P. auf die A. zu verlagern, sei eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, da die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Antragstellerinnen durch die Beteiligten zu 2) und 3) zukünftig in deren Belieben gestellt würden. Eine Erhöhung der Kapazitäten auf der A.-Pipeline habe bei einer stagnierenden Gasnachfrage zwangsläufig eine geminderte Nutzung der konkurrierenden Transportrouten zur Folge. Der in den Gründen der Zwischenentscheidung vom Senat angenommene Widerspruch im Hinblick auf die zukünftige Gasnachfrage in Zentraleuropa beruhe auf einem Übersetzungsfehler. Insoweit sei klarzustellen, dass von einer stagnierenden Nachfrage nach Erdgas und erst nach 2020 von einer langsamen Erholung auszugehen sei. Insgesamt werde es zu einer Verlagerung von Transportkapazitäten in einem Umfang von ... bcm /a auf die A. und einer entsprechenden Verringerung entweder auf der O. oder auf der P. kommen.

In Betracht kämen drei unterschiedliche Schadensszenarien, deren Eintritt jeweils die Geschäftstätigkeit der Antragstellerinnen in erheblichem Maße einschränken würde.

Das Szenario 1 gehe von einer Beschränkung der Gaslieferungen von Russland nach Zentraleuropa mittels der O. und einer Verlagerung der bislang über diesen Transportweg geleiteten Gasmengen auf die Pipelines B./A./C. aus. Die

Verlagerungsmöglichkeit könne dazu genutzt werden, den Übergabepunkt Drozdowicze nicht mehr zu beliefern, was zur Folge hätte, dass Gaslieferungen nach Polen nicht mehr in allen denkbaren Versorgungssituationen, z.B. in Schwachlastphasen, aufrechterhalten werden könnten. Die Betriebsfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze erfordere zwingend einen Durchfluss von mindestens ... cm/h, da jederzeit ein Mindestdruck von ... MPa gewährleistet sein müsse. Die Betriebsfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze hänge somit wesentlich davon ab, ob eine Verlagerung von Gasmengen stattfinde. Wäre der Übergabepunkt nicht betriebsfähig, hätte dies negative Auswirkungen auf die Stabilität des polnischen Gastransportsystems.

Im Südosten Polens werde Gas über Drozdowicze bzw. aus den unterirdischen Speichern GIM Sanok eingespeist. Würde nicht mehr über Drozdowicze eingespeist, verlagerte sich die gesamte Systemstabilität auf die Speicher. Dies würde jedoch voraussetzen, dass sie im Sommer befüllt würden. In dieser Zeit könnte das gespeicherte Gas aber nicht zur Energieversorgung genutzt werden. Zumindest saisonal könne die Beschränkung der Gaslieferung über die O. die Versorgungssicherheit Polens gefährden, weil eine dauerhafte Versorgung der polnischen Gasabnehmer nicht sichergestellt werden könne.

Der Einwand der Beteiligten, der Übergabepunkt Drozdowicze liege lediglich auf einem unbedeutenden Nebenarm der O., greife nicht durch. Schon die von der Beteiligten zu 1) eingeführte grafische Darstellung trage diese Behauptung nicht. Dort sei der nach Drozdowicze laufende Arm erkennbar genauso ausgeprägt wie derjenige der Transitroute Richtung Slowakei. Die Darstellung zeige somit nachdrücklich, dass es sich insgesamt um ein Verbundsystem handele. Somit dürfte schwerlich zu bestreiten sein, dass die Operabilität von Drozdowicze nur mittels Transits durch die Ukraine zu gewährleisten sei. Dementsprechend verwiesen die Beteiligten zu 2) und 3) auch auf einen Versorgungsvertrag, der sie letztlich verpflichte, die Betriebsfähigkeit von Drozdowicze zu gewährleisten. Ihr eigenes Vorbringen belege somit, dass Südostpolen nur über Drozdowicze versorgt werden könne, denn anderenfalls wäre nicht nachvollziehbar, warum die Beteiligten zu 2) und 3) den Aufwand auf sich nähmen, für Südostpolen bestimmte Gasmengen auf dem Umweg über die Ukraine zu transportieren, anstatt sie direkt über die P. aufzuspeisen.

Zudem ende der Transitvertrag zwischen der Beteiligten zu 2) und der Ukraine bereits im Jahr 2019. Es sei mithin abzusehen, dass ab dem Jahr 2019 keine weiteren Gastransporte zum Übergabepunkt Drozdowicze erfolgen könnten, unabhängig davon, dass der Erdgasliefervertrag der Antragstellerin zu 1) mit der Beteiligten zu 3) noch bis in das Jahr 2022 datiere. Da somit feststehe, dass der Vertrag ohnehin nicht vereinbarungsgemäß erfüllt werden könne, sei zugleich zu erwarten, dass eine einseitige Loslösung von dem Vertrag zur Versorgung von Drozdowicze bereits früher als 2019 erfolge. Dieses Risiko bestehe ab dem Zeitpunkt, in dem der Beteiligten zu 2) höhere Transportmengen auf der A. zur Verfügung stünden.

Eine alternative Versorgung der gesamten polnischen Bevölkerung durch einen physischen Reverse Flow aus Deutschland sei entgegen der Annahme der Bundesnetzagentur schon mengenmäßig nicht möglich. Entfiele die Versorgung aus Russland, wären die Übergabepunkte von Deutschland für die Befriedigung des gesamten polnischen Bedarfs nicht ausgelegt. Im Hinblick auf die Versorgung von Südostpolen bestünden zudem netzhydraulische Einschränkungen, so dass die Versorgung nicht über den Übergabepunkt Mallnow erfolgen könnte.

Für die Erhaltung der Systemstabilität sei der Reverse Flow nicht ausschlaggebend. Es komme nicht darauf an, dass insgesamt die erforderliche Gasmenge im Netz vorhanden sei, sondern auf die Möglichkeit der entsprechenden Verteilung im Versorgungsgebiet. Dafür sei indes maßgeblich, von wo aus das Gas eingespeist, das Transportsystem aufgespeist und durch welche nachgelagerten Gasnetze es verteilt werde.

Schließlich könne der verantwortliche polnische Netzbetreiber auf eine Änderung der Transportflüsse auch nicht kurz- oder mittelfristig durch entsprechende Netzausbaumaßnahmen reagieren oder verbindliche Buchungen initiieren. Die Verlagerung von Transportkapazitäten in einem Umfang von ... bcm/a von der O. auf die A. hätte somit zur Folge, dass eine dauerhaft sichere Belieferung von Gasabnehmern in Polen in bestimmten Situationen nicht mehr möglich wäre. Dies würde wiederum die wettbewerbliche Position der Antragstellerin zu 1), die gesetzlich verpflichtet sei, die Versorgungssicherheit Polens zu gewährleisten, erheblich schwächen. Bei Eintritt des dargelegten Szenarios könne sie dieser Verpflichtung nicht mehr nachkommen, was erheblich nachteilige finanzielle Folgen für sie hätte. In diesem Fall käme es zu einem

Rückgang der Einnahmen, zugleich würde sie sich Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung ausgesetzt sehen.

Zudem sei zu befürchten, dass die Beteiligten zu 2) und 3) die Verlagerungsmöglichkeit als Druckmittel in Verhandlungen mit der Antragstellerin zu 1) über die Konditionen des Gasverkaufs nutzen würden, was zusätzliche Gasbeschaffungskosten zur Folge hätte. Schließlich verlöre die Antragstellerin zu 1) auch Einnahmen aus dem Gasexport in die Ukraine, denn diese liefen über den Punkt Hermanowice und seien von einer dauerhaften Lieferung über die Punkte Drozdowicze bzw. GIM Sanok abhängig.

Der Eintritt eines solchen Szenarios sei nicht nur spekulativ. Sowohl in den letzten Jahren als auch aktuell seien Veränderungen der Gasflüsse auf der O. zu beobachten gewesen. Infolge der Inbetriebnahme der B. im Jahre 2011 sei eine deutliche Abnahme der durch die O. transportierten Gasmengen zu verzeichnen gewesen. Der gegenwärtige physische Gastransport durch die B. entspreche im wesentlichen dem Anteil, um den der Gastransport durch die O. nach 2011 gesunken sei. Auch in der letzten Zeit sei eine ähnliche Korrelation zu beobachten gewesen. So sei seit dem 22.12.2016 auf der A. ein Anstieg von Kapazitätsnutzungen zu verzeichnen. Dies unterstreiche die Plausibilität von Szenario 1. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den von den Beteiligten eingeführten Daten der Fernleitungsnetzbetreiber zu Gasflüssen seit dem Dezember 2016.

Die Szenarien 2 und 3 beträfen die gänzliche oder teilweise Verlagerung von Transportkapazitäten von der P. auf die B./A./C.. Sowohl bei einer kompletten Aussetzung als auch bei einer Begrenzung der Gaslieferungen über die P. verlöre die Antragstellerin zu 2) ihren Zugang zum Gas-Exportmarkt nach Polen bzw. würde dieser jedenfalls deutlich erschwert.

Als unabhängiger Gasversorger habe die Antragstellerin zu 2) dank der Zurverfügungstellung zusätzlicher Kapazitäten an der Grenze zu Deutschland und Tschechien in den Markt eintreten können. Ihre weitere Geschäftstätigkeit hinge von der Möglichkeit der Nutzbarkeit einer kostenmäßig wettbewerbsfähigen Fernleitungsinfrastruktur ab. Im Falle einer Verlagerung der Gastransportflüsse von der P. wäre ein erheblicher, im Ergebnis prohibitiv wirkender Anstieg der Netzentgelte im Übergabepunkt Mallnov zu erwarten, was für sie einen Verlust ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf dem Gas-Exportmarkt nach Polen bedeuten würde.

Sie stehe im Wettbewerb mit den Beteiligten zu 2) und 3). Einen Schlüsselbereich ihrer Geschäftsstrategie bilde der Export von Gas auf den polnischen Markt. Die Versorgung von ... industriellen Abnehmern in Polen mache ... % des Absatzportfolios aus. Seit dem Beginn ihrer Geschäftstätigkeit habe sie einen Marktanteilszuwachs auf dem Markt für den Export von Gas nach Polen verzeichnet. Im Jahr 2015 habe sie ... % des nach Polen importierten Gesamtgasvolumens verkauft und sei damit der ... Importeur.

Perspektivisch sei von einer sehr positiven Entwicklung des Gas-Exportmarktes nach Polen auszugehen. Gegenwärtig gewährleisteten die unterschiedlichen Netzentgelte ein Gleichgewicht zwischen den Kosten des Gastransports aus Deutschland/Tschechien einerseits und aus dem Osten, von wo die Beteiligte zu 3) exportiere, andererseits. Dies beeinflusse den Wettbewerb zwischen den Gaslieferanten positiv.

Im Falle einer Verlagerung von Transportkapazitäten käme es zu einer Verteilung derselben Kosten auf geringere Transportmengen, was einen erheblichen Anstieg der Netzentgelte zur Folge hätte. Der Anstieg der Netzentgelte auf der P. hätte darüber hinaus ein erhöhtes Interesse der Gashändler an Kapazitätsbuchungen an anderen Grenzübergabepunkten zur Folge, so dass auch dort mit einem erheblichen Anstieg der Netzentgelte zu rechnen wäre. Eine solche Entwicklung würde ihre Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen.

Der Annahme einer hohen Eintrittswahrscheinlichkeit der Szenarien zu 2) und 3) stehe das Vorbringen der Beteiligten zu 2) und 3), wonach sie die Absicht hätten, die P. auch zukünftig für Gastransporte zu nutzen, nicht entgegen. Die Prognose, dass es zu einer Verlagerung der Transportflüsse kommen werde, beruhe auf diversen Erfahrungen mit den Beteiligten zu 2) und 3). Diese hätten sich in der Vergangenheit nicht an geschlossene Verträge gebunden gefühlt, so dass erst recht nicht davon auszugehen sei, dass sie sich an das unverbindliche Angebot vom 29.04.2016 zur Aufnahme von Verhandlungen über die Bedingungen des Transits nach dem Jahr 2020 gebunden fühlten.

Auch ein Anordnungsgrund liege vor. Im Hinblick auf die anstehende Winterperiode, in der eine zuverlässige Gasversorgung unerlässlich sei, sei Eile geboten. Angesichts der aktuellen Nutzung der A. nach Änderung der Freistellung durch den streitgegenständlichen Vergleichsvertrag könne eine gegebenenfalls kurzfristige

Verlagerung im Winter mit den geschilderten Konsequenzen für die Versorgungssicherheit Polens nicht ausgeschlossen werden. Zudem seien vergebene Kapazitäten nicht reversibel. Zwar könnten bei einem späteren Wegfall des Vergleichsvertrages gemäß § 7 der ergänzenden Vertragsbedingungen der Beteiligten zu 1) bereits bestehende Kapazitätsbuchungen beendet werden. Dadurch werde jedoch nicht garantiert, dass bereits versteigerte Kapazitäten unabhängig von einem Eingreifen der Regulierungsbehörde nicht genutzt würden. Die Beteiligte zu 1) könne ihre Geschäftsbedingungen mit Wirkung für die Zukunft jederzeit wieder ändern. § 7 sehe zudem keinen automatischen Entfall versteigertener Kapazitäten für den Fall vor, dass eine Entscheidung zu Gunsten der Antragstellerinnen ergehe, sondern deren Fortbestand stünde im Ermessen der Beteiligten zu 1). Somit sei nicht hinreichend sichergestellt, dass auf eine stattgebende Entscheidung in der Hauptsache die Durchführung weiterer Transporte auf der A. unmittelbar und ohne weitere Regulierungsanordnung oder gerichtliches Eingreifen zum Erliegen käme.

Im Übrigen sei im Hinblick auf den Übergabepunkt Drozdowicze ein Vertragsbruch der Beteiligten zu 2) schon jetzt absehbar. Da der Transitvertrag zwischen der Beteiligten zu 2) und der Ukraine im Jahr 2019 auslaufe und der Übergabepunkt Drozdowicze lediglich aus Richtung der Ukraine beliefert werden könne, könne die Beteiligte zu 2) ihre Pflichten aus dem bis ins Jahr 2022 laufenden Liefervertrag gar nicht erfüllen. Angesichts einer derart konkret absehbaren Vertragsverletzung sei es unzumutbar, den Eintritt des schädigenden Ereignisses abzuwarten. Zudem wecke die offenkundige Bereitschaft der Beteiligten zu 2) und 3), auf eine Transitvereinbarung mit der Ukraine zu verzichten, Zweifel an ihrer generellen Vertragstreue.

Die Antragstellerinnen beantragen,

1. die Bundesnetzagentur im Wege der vorläufigen Anordnung nach §§ 76 Abs. 3, 72 EnWG zu verpflichten, durch Ausübung von Hoheitsrechten den Vergleichsvertrag vom 28.11.2016 in seiner Wirkung dergestalt vorläufig zu suspendieren, dass der Beteiligten zu 1) Versteigerungen für Kapazitäten auf der A. untersagt werden;
2. hilfsweise die Untersagung auf solche Kapazitäten zu beschränken, die einem Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung i.S.d. Vergleichsvertrags am Einspeisepunkt Greifswald (Lubmin)

Transportrechte mit einer Laufzeit von länger als einem Monat verschaffen oder deren Laufzeitende nach dem Zeitpunkt der Entscheidung des erkennenden Gerichts in der Hauptsache liegt;

3. höchsthilfsweise die Bundesnetzagentur zu verpflichten, der Beteiligten zu 1) aufzugeben, in ihre Geschäftsbedingungen für den Ein- und Ausspeisevertrag eine auflösende Bedingung für teilregulierte Kapazitäten aufzunehmen, die den Fortbestand gebuchter Kapazitäten unmittelbar an die Wirksamkeit des Vergleichsvertrags vom 28.11.2016 knüpft, ohne dass es im Falle einer Veränderung der Rechtslage der Ausübung eines Gestaltungsrechts durch die Beteiligte zu 1) bedarf.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie macht geltend, dass den Antragstellerinnen bereits die erforderliche Antragsbefugnis fehle. Sie seien weder Beteiligte des Verwaltungsverfahrens gewesen, noch seien sie materiell beschwert. Die Antragstellerinnen seien durch den streitgegenständlichen Vergleichsvertrag nicht unmittelbar und individuell betroffen. Sie seien insbesondere nicht auf demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig wie die Beteiligten zu 2) und zu 3). Angriffsziel der Antragstellerinnen seien vielmehr die konkurrierenden direkten Verbindungsleitungen zu der B.. Der Gastransport durch diese Leitungen könne schon angesichts der geringen Kapazität der A. nicht vollumfänglich ersetzt werden. Insofern handele es sich selbst bei Eintritt der von den Antragstellerinnen aufgezeigten Szenarien um Fernwirkungen, die eine materielle Beschwer nicht begründen könnten.

Es fehle zudem an einem Anordnungsanspruch. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vergleichsvertrages bestünden nicht. Dieser sei formell wie materiell rechtmäßig. Insbesondere könnten allein Bedenken gegen die formelle Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Vertrages schon angesichts des Rechtsgedankens des § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG, der Verfahrens- oder Formfehler für grundsätzlich unbeachtlich erkläre, einen Anordnungsanspruch der Antragstellerinnen nicht begründen.

Auch im Anschluss an den Beschluss des Senats vom 30.12.2016 hätten die Antragstellerinnen keine überzeugenden Gründe für eine materielle Rechtswidrigkeit des Vergleichsvertrages benennen können. Weder die Versorgungssicherheit Polens noch der Wettbewerb seien gefährdet.

Die von den Antragstellerinnen behauptete Gefährdung der Versorgungssicherheit Polens durch eine erhöhte Nutzbarkeit der A. sei nicht nachvollziehbar. Die verbesserte Nutzbarkeit der A. stehe nicht in Verbindung mit der Organisation des polnischen Gasversorgungssystems. So sei bereits nicht anzunehmen, dass eine verstärkte Nutzung der A. zwingend mit einer Verlagerung von Transportkapazitäten von der P. bzw. der O. einhergehe. Genauso gut könne es zu einer Verdrängung der anderweitigen Importe nach Deutschland kommen.

Selbst im Falle einer Verlagerung in Höhe der nunmehr zusätzlich nutzbaren Kapazität auf der A. von der O. könnten sich die Antragstellerinnen nicht auf eine dadurch ausgelöste Funktionsunfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze berufen. Soweit der polnische Gasmarkt auf eine Versorgung aus Richtung Südosten ausgerichtet sein sollte, wäre es die Aufgabe Polens, auf etwaige Veränderungen der Gasflüsse mit entsprechenden baulichen Maßnahmen zu reagieren, die einen physischen Gastransport in westöstlicher Richtung ermöglichen. Zudem liege es an den polnischen Akteuren, Kapazitäten an der deutsch-polnischen Grenze für entsprechende Transporte zu erwerben. Käme es zu einer Beeinträchtigung des Übergabepunktes Drozdowicze, wäre dies eine unmittelbare Folge des bis heute nicht angepassten, historisch auf den Bezug aus Osten angelegten polnischen Leitungssystems. Diese in Polen zu verortenden Versäumnisse könnten nicht zu Lasten einer verbesserten Nutzbarkeit der A. gehen, die dem tschechischen Markt zugutekomme.

Darüber hinaus könne die Versorgung Polens mit Gas auch über andere Quellen sichergestellt werden. Ausweislich des eigenen Vorbringens der Antragstellerinnen sei von einem polnischen Bedarf i.H.v. ... cbm/a auszugehen, der zu ... aus polnischer Eigenproduktion gedeckt werde. Neben dem physischen Reverse Flow über Mallnow seien weitere Transporte aus Deutschland über den Übergabepunkt Lasow sowie die Belieferung über das Flüssiggas-Terminal Swinoujscie (Swinemünde) und die Versorgung über Tschechien möglich. Auch bei einem vollständigen Entfall des

Gasflusses über Drozdowicze sei die Versorgungssicherheit Polens somit nicht gefährdet.

Die Ausführungen der Antragstellerinnen zu den wettbewerblichen Auswirkungen des streitgegenständlichen Vertrages seien bereits im Ansatz verfehlt. Die Betrachtung der wettbewerblichen Auswirkungen habe sich allein auf den an die A. angebundenen tschechischen Markt zu konzentrieren. Die Überlegungen der Antragstellerinnen zum polnischen Gasmarkt beträfen demnach den falschen Markt. In Folge des Vergleichsvertrages seien die bisher einer Buchungsbeschränkung unterliegenden Kapazitäten allen Marktteilnehmern zugänglich, was den Transport zusätzlicher Gasmengen in die tschechische Republik ermögliche. Dadurch könnten die Kapazitätspreise in Deutschland und Tschechien sinken und zugleich werde marktbeherrschenden Unternehmen der Ausschluss von Mitbewerbern erschwert.

Zudem sei entgegen der Erwartung der Antragstellerinnen keine Monopolisierung zu befürchten. Die für Dritte interessanten FZK machten immerhin ... % der teilregulierten Kapazitäten aus, wobei sich ihr Anteil sogar auf ... % erhöhen könnte.

Darüber hinaus müsse es keineswegs – anders als in den Schadensszenarien zu Grunde gelegt - zu einer Verlagerung von Transitmengen kommen. Es liege in der Verantwortung der Antragstellerinnen und des Betreibers der P., durch entsprechende Transport- und Lieferverträge der befürchteten Entwicklung entgegenzuwirken. Dieser Verantwortung könne nicht dadurch begegnet werden, dass dem Betreiber einer anderen Leitung deren effizientere Nutzung untersagt werde. Ebenso wenig sei das Geschäftsmodell der Antragstellerin zu 2) vor Veränderungen durch Leitungswettbewerb zu Lasten anderer Marktteilnehmer zu schützen.

Ferner sei die Befürchtung der Antragstellerinnen, dass es infolge einer Monopolisierung der A. zu einer übermäßigen Verteuerung der Netzentgelte am Übergabepunkt Mallnow zu ihrem Nachteil kommen würde, unbegründet. Die Kapitalkosten für die P. dürften weitestgehend abgeschrieben sein und die Betriebskosten reduzierten sich bei einem verringerten Transport gleichfalls. Jedenfalls könne der von den Antragstellerinnen befürchtete Anstieg der Netzentgelte frühestens für den Zeitraum nach Auslaufen des Transit- und des Liefervertrages, also erst ab 2021 bzw. 2023, eintreten. Dies könne nicht im Jahr 2017 den Erlass einstweiliger Anordnungen rechtfertigen.

Schon angesichts des langfristigen Gastransport- bzw. Gaslieferungsvertrages sei ein Anordnungsgrund nicht erkennbar. Dass die Antragstellerinnen die Vertragstreue der Beteiligten zu 2) und 3) bezweifelten, sei irrelevant. Durch die Vergabe von Transportkapazitäten entstünden den Antragstellerinnen auch keine irreparablen Schäden.

Die Beteiligten schließen sich dem Antrag auf Zurückweisung der Anträge an.

Die Beteiligte zu 1) macht geltend, dass die Antragstellerinnen weder am Verwaltungsverfahren beteiligt gewesen noch durch den Vergleichsvertrag materiell beschwert seien. Jedenfalls seien die Anträge unbegründet, da es sowohl an einem Anordnungsanspruch als auch an einem Anordnungsgrund fehle.

Der Vergleichsvertrag sei formell und materiell rechtmäßig. Die Antragstellerinnen hätten nicht darzulegen vermocht, dass es infolge des Vergleichsvertrages zu einer dauerhaften Verlagerung von Erdgastransporten in der Größenordnung ... cbm/a von den Pipelines P. oder O. auf die A. kommen werde und sie dadurch in ihren geschützten Interessen und Rechten verletzt würden. Selbst wenn die Beteiligte zu 3) zusätzliche Kapazitäten auf der A. buchen sollte, müsse dies nicht zu einem Rückgang der Transporte auf der P. oder der O. in Ost-West-Richtung führen. Mit Rücksicht auf den steigenden Erdgasimportbedarf der EU sei es ohne weiteres möglich, dass zusätzliche Kapazitätsbuchungen durch die Beteiligte zu 3) für eine Ausweitung der Erdgaslieferungen genutzt würden.

Zudem habe schon nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerinnen die Inbetriebnahme der B. im Jahr 2011 zwar zu einer Reduzierung der Erdgastransporte über die O., nicht hingegen zu einer Verringerung der über die P. transportierten Gasmengen geführt. Dies werde auch dadurch erhärtet, dass im Januar 2017 sowie im August 2017 vermehrt Erdgastransite über die A. geflossen seien und das Transportvolumen auf der P. nicht abgenommen habe.

Jedenfalls hätte eine Verlagerung von Kapazitäten für die Antragstellerinnen keine negativen wettbewerblichen Auswirkungen. Insbesondere entbehre die Behauptung, eine Verlagerung der in Rede stehenden Transitmengen von der O. gefährde die Betriebsfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze, jeder Grundlage. Eine Verlagerung von Erdgastransporten von der O. auf die A. komme nur im Hinblick auf Erdgasmengen in Betracht, die im Transit aus Russland durch die Ukraine in die

Slowakei und von dort in weiter westlich gelegene Länder transportiert würden. Bei den Erdgasmengen, die mittels der O. über Drozdowicze nach Polen geliefert würden, handele es sich hingegen nicht um Transitmengen, sondern ausschließlich um Mengen zur Deckung des polnischen Bedarfs. Der Übergabepunkt Drozdowicze werde nicht für Transite in weiter westlich gelegene Länder genutzt. Etwaige Beeinträchtigungen von Erdgaslieferungen nach Polen über Drozdowicze stünden deshalb mit dem Vergleichsvertrag in keinerlei Zusammenhang. Zudem bliebe die Möglichkeit einer Einspeisung nach Polen über Mallnow im Wege des Reverse Flow uneingeschränkt erhalten.

Die Erwägungen der Antragstellerinnen zu einer etwaigen Beendigung des Erdgastransportvertrags zwischen der Beteiligten zu 3) und S. im Jahr 2020 sowie des Erdgasliefervertrages zwischen der Beteiligten zu 3) und der Antragstellerin zu 1) im Jahr 2022 lägen neben der Sache. Ein darauf zurückzuführender Rückgang der Erdgastransporte wäre offenkundig nicht auf den Vergleichsvertrag zurückzuführen. Soweit im Szenario 2 unterstellt werde, dass die Erdgastransporte auf der P. nach Beendigung des laufenden Transportvertrages zurückgingen und bei Beendigung des Erdgasliefervertrages zwischen der Beteiligten zu 3) und der Antragstellerin zu 1) im Jahr 2022 gänzlich eingestellt würden, wäre ein solcher Rückgang nicht Folge des Vergleichsvertrags. Eine über ... bcm/a hinausgehende Verlagerung wäre offensichtlich nicht auf den Vergleichsvertrag zurückzuführen. Die in den Szenarien 2) und 3) unterstellte Verlagerung von Erdgastransporten von der P. auf die A. löse auch keinen erheblichen, prohibitiv wirkenden Anstieg der Netzentgelte am Übergabepunkt Mallnow sowie an weiteren Übergabepunkten aus. Schon nach dem Vorbringen der Antragstellerinnen käme es nur zu einer Erhöhung von ... %. Auf den Anstieg der Entgelte für eine physische Einspeisung könne es nicht ankommen, weil die Antragstellerinnen selbst davon ausgingen, dass eine physische Einspeisung über Mallnow für sie nicht relevant sei. Eine noch stärkere Erhöhung, wie sie im Szenario 2 ermittelt werde, müsse bereits deswegen außer Betracht bleiben, weil ein Rückgang der Erdgastransporte über die P. nach Auslaufen der Liefer- bzw. Transitverträge keine Folge des Vergleichsvertrages wäre.

Im Übrigen sei eine geringere als von den Antragstellerinnen angenommene Erhöhung der Netzentgelte für die Einspeisung über Mallnow zu erwarten, denn es sei nicht davon auszugehen, dass sich die Kosten der P. zu gleichen Teilen aus variablen und fixen Kosten zusammensetzten. Vielmehr dürften die Errichtungskosten angesichts

des Alters der P. weitgehend abgeschrieben sein, so dass Fixkosten nur noch in einem geringen Umfang anfielen.

Ein Anstieg der Netzentgelte sei darüber hinaus auch bei einer Reduzierung der Erdgastransporte in Ost-West-Richtung nicht sicher prognostizierbar, weil diese durch zusätzliche Transporte aus dem Flüssiggas-Terminal in Swinoujscie oder durch Transporte aus Deutschland ausgeglichen werden könnten. Auf die Höhe der Netzentgelte an anderen Einspeisepunkten habe der Vergleichsvertrag weder unmittelbar noch mittelbar Einfluss. Insbesondere löse der Vergleichsvertrag keine Erhöhung der Netzentgelte an anderen Übergabepunkten aus. Die allenfalls geringfügige Erhöhung der Netzentgelte am Grenzübergangspunkt Mallnow werde keine erhebliche Verlagerung der Nachfrage nach Kapazitäten an anderen Übergabepunkten zur Folge haben.

Das Argument, erhöhte Netzentgelte für die Einspeisung nach Polen beeinträchtigen die Antragstellerin zu 2) im Wettbewerb mit der Beteiligten zu 3) auf dem Markt für Erdgaslieferungen nach Polen, sei verfehlt. Die Antragstellerin zu 2) stehe mit der Beteiligten zu 3) auf dem relevanten Markt für Erdgaslieferungen nach Polen nicht im Wettbewerb. Nach ständiger Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts sei im Bereich der Erdgasmärkte zwischen dem Markt für die Erschließung und Förderung sowie den Absatzmärkten für Erdgas von Produzenten an Großhändler und nachgelagerten Märkten für die Belieferung von Weiterverteilern und Endkunden zu unterscheiden. Die Beteiligte zu 3) betätige sich auf dem polnischen Absatzmarkt von Produzenten an Großhändler, während die Antragstellerin zu 2) lediglich eine Beschaffungsfunktion für ihre Muttergesellschaft wahrnehme, indem sie Erdgasmengen in Westeuropa beschaffe und an der deutsch-polnischen bzw. technisch-polnischen Grenze an diese übergebe. Demnach stehe die Antragstellerin zu 2) nicht im Wettbewerb mit der Beteiligten zu 3) um die Belieferung von Großhändlern auf dem polnischen Absatzmarkt für Erdgas. Auch zwischen der Antragstellerin zu 1) und der Beteiligten zu 3) bestehe kein Wettbewerbsverhältnis, denn die Antragstellerin zu 1) sei auf den nachgelagerten Märkten für die Belieferung von Weiterverteilern und Endkunden tätig.

Im Übrigen habe der streitgegenständliche Vergleichsvertrag keine nachteiligen Folgen für die Wettbewerbsfähigkeit der Antragstellerin zu 1), denn diese sei nicht auf einen Bezug von Erdgas aus Deutschland über den Grenzübergang P. angewiesen,

sondern habe derzeit und in Zukunft zahlreiche andere Möglichkeiten, Erdgas aus Deutschland, der Tschechischen Republik und weiteren Staaten zu beziehen. Auf die Kosten, die ihr durch Erdgasbezüge aus dem Ausland über andere Grenzübergangspunkte entstünden, habe der Vergleichsvertrag keinerlei Einfluss. Die Auswirkungen einer etwaigen geringfügigen Erhöhung der Netzentgelte für die Einspeisung nach Polen über Mallnow seien zu vernachlässigen, weil die Erdgasbezüge über diesen Übergabepunkt nur einen verhältnismäßig kleinen Teil der gesamten Erdgasbeschaffung der Antragstellerin zu 1) ausmachten und die Netzentgelte für die Einspeisung nach Polen nur einen Teil der Gesamtkosten der Antragstellerin zu 1) für Erdgasbezüge über Mallnow bildeten.

Darüber hinaus fehle es auch an einem Anordnungsgrund, denn die Antragstellerinnen hätten nicht substantiiert vorgetragen, dass ihnen durch das Zuwarten auf die Entscheidung in der Hauptsache ein konkreter, irreparabler Nachteil entstünde. Für den Fall, dass der Vergleichsvertrag in der Hauptsache für undurchführbar oder nichtig erklärt werden sollte, habe die Bundesnetzagentur bereits angekündigt, dass sie die Durchführung von Erdgastransporten auf der Grundlage des Vergleichsvertrages untersagen würde. Im Falle einer solchen Untersagung ermöglichten die Regelungen unter § 7 der ergänzenden Geschäftsbedingungen der Beteiligten zu 1) die Kündigung von Erdgastransportverträgen.

Unabhängig davon erschöpfe sich das Vorbringen der Antragstellerinnen in abstrakten Ausführungen zu allgemeinen Veränderungen der Wettbewerbssituation und pauschalen Behauptungen. Die von ihnen aufgezeigten Schadensszenarien bezögen sich zudem nur auf die Zeiträume ab 2020 bzw. 2022. Welche konkreten Veränderungen der Wettbewerbssituation vorher eintreten sollten, hätten sie nicht dargelegt. Das Vorbringen der Antragstellerinnen zur angeblich mangelnden Vertragstreue der Beteiligten zu 2) und 3) sei rein spekulativ und durch nichts belegt.

Die Beteiligten zu 2) und 3) machen ebenfalls geltend, dass kein Anordnungsanspruch bestehe, da die von den Antragstellerinnen geltend gemachten formellen und materiellen Einwendungen gegen die Wirksamkeit des streitgegenständlichen Vergleichsvertrages unbegründet seien. Es bestünden bereits grundlegende Zweifel an der Erwartung, dass eine Erhöhung des Gasflusses auf der A. zu einer entsprechenden Verringerung des Gasflusses auf der O. bzw. der P. führen würde.

Die Gasmenge, die nach den Behauptungen der Antragstellerinnen umgelenkt werden könne, mache nicht einmal ein Drittel des Gasmehrbedarfs aus, der für die Europäische Union bis zum Jahr 2030 prognostiziert werde, so dass schon dadurch die von den Antragstellerinnen beschriebenen Verlagerungsszenarien infrage gestellt würden.

Im Hinblick auf die von den Antragstellerinnen befürchtete Monopolisierung der A. stelle sich die grundsätzliche Frage, worin die gerügten Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu sehen seien. Dass die Beteiligten zu 2) und 3) alternative Transitstrecken nutzen könnten, stelle einen wichtiger Beitrag zur Erhöhung der Versorgungssicherheit dar. Wettbewerbsnachteile seien damit nicht verbunden. Das Nebeneinander verschiedener Transportrouten in die Europäische Union stehe nicht im Widerspruch zum deutschen oder europäischen Energierecht. Dasselbe gelte für die damit verbundene Möglichkeit von Transportkunden, aus Gründen der Wirtschaftlichkeit die eine Route mehr oder weniger zu nutzen oder auch Transportmengen von einer Transitroute auf eine andere zu verlagern. Diese Freiheiten stünden der Beteiligten zu 3) ebenso wie jedem anderen Transportkunden zu. Ein Rechtsverstoß oder eine Wettbewerbsbeeinträchtigung seien damit nicht verbunden.

Zudem sei die Beteiligte zu 3) auch schon vor dem Abschluss des Vergleichsvertrages in der Lage gewesen, Gastransporte in die europäische Union über verschiedene Transittrassen aus Russland zu organisieren und unterschiedlich zu verteilen. Es sei bereits vor Abschluss des Vergleichsvertrags möglich und rechtlich ohne weiteres zulässig gewesen, wesentliche Transportmengen von der P. auf die A. oder auf die O. zu verlagern. Angesichts dieser bislang schon bestehenden unternehmerischen Freiheit sei das Vorbringen der Antragstellerinnen, erst die durch den Vergleichsvertrag geschaffene Verlagerungsoption ermögliche es den Beteiligten zu 2) und 3), ihre Machtstellung auszubauen, nicht plausibel.

Auch im Falle einer Verlagerung seien keine Wettbewerbsbeeinträchtigungen oder Gefährdungen der Versorgungssicherheit zu erwarten. Insbesondere sei eine mögliche Verlagerung von Transitmengen von der O. nicht geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder die Versorgungssicherheit zu gefährden. Die Darstellung der Antragstellerinnen, wonach es für die Versorgungssicherheit Polens unabänderlich sei, dass über Drozdowicze eingespeist werde, sei nicht plausibel. Insbesondere sei

unerfindlich, weshalb die polnische Netzbetreiberin keine Netzausbaumaßnahmen ergriffen habe, um der Abhängigkeit von einem einzigen Übergabepunkt entgegenzuwirken. Technische Gründe, die der Belieferung des Übergabepunktes Drozdowicze entgegenstünden, wenn auf der O. ... bcm/a weniger transportiert würden, hätten die Antragstellerinnen nicht nachvollziehbar dargetan. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen einer verstärkten Ausnutzung der A. und der Belieferung von Drozdowicze bestehe nicht.

Schließlich könne die Antragstellerin zu 1) durch eigene Kapazitätsbuchungen am Übergabepunkt Drozdowicze dafür sorgen, dass ein Mindestgasfluss sichergestellt werde. Ferner könnten die für die Aufrechterhaltung der Operabilität angeblich erforderlichen Gasmengen auch von Dritten bezogen werden.

Darüber hinaus bestehe auch schon heute und völlig unabhängig von dem Vergleichsvertrag die theoretische Möglichkeit, dass die Beteiligte zu 3) ihre Lieferungen über den Übergabepunkt Drozdowicze reduziere oder einstelle. Anders als von den Antragstellerinnen behauptet, ergebe sich diese Möglichkeit nicht erst durch eine Erhöhung der Transitkapazitäten auf der A.. Dies alles belege, dass der Gasfluss am Übergabepunkt Drozdowicze in keinem Zusammenhang mit der Mehr- oder Minderauslastung der A. stehe.

Die Szenarien 2) und 3) betreffend die P. wiesen schon im Ansatz keinen sachlichen Zusammenhang mit der Nutzung der A. auf. Ob sich auf der P. ab dem Jahr 2023 der Gasfluss von Weißrussland verringere, weil im Jahr 2022 der Liefervertrag über russische Gaslieferungen nach Polen auslaufe, sei für das vorliegende Verfahren ersichtlich ohne jede Bedeutung. Derartige Veränderungen könnten sich unabhängig von der Mehr- oder Minderauslastung der A. ergeben. Erkennbar unabhängig von der Nutzung der A. sei auch die Einstellung des Transits auf der P., die in dem Szenario 2 für den Zeitraum von 2020-2022 prognostiziert werde. Da die A. die Transitmengen der P. nicht zusätzlich aufnehmen könne, ließe sich das Ende des Gastransits durch die P. in keinem Fall dem streitgegenständlichen Vergleichsvertrag zurechnen. Ob und in welchem Umfang ab 2020 Gastransit auf der P. statfinde und die Antragstellerin zu 2) weiterhin russisches Erdgas beziehe, werde nicht durch die Ausnutzung der A. vorbestimmt.

Des Weiteren lasse sich anhand veröffentlichter Daten über physische Gasflüsse ablesen, dass die steigende Auslastung der A. im Dezember 2016 und August 2017 keine Verringerung des Gasflusses auf der P. bewirkt habe.

Dass die Auslastung der P. zukünftig substantiell zurückgehen werde, sei zudem schon deswegen überaus unwahrscheinlich, weil die Beteiligte zu 2) ein vitales Interesse daran habe, dass auch über das Jahr 2020 hinaus russisches Erdgas über diese Pipeline transportiert werde.

Selbst wenn Verlagerungseffekte unterstellt würden, seien weder die von den Antragstellerinnen behaupteten relativen Netzentgeltsteigerungen noch die geltend gemachten Wettbewerbsbeeinträchtigungen plausibel. Es sei bereits sehr fraglich ob die marginale Kostensteigerung von ... % für den virtuellen Gasfluss bzw. ... % für den physischen Gasfluss, wie sie in der Analyse ... ausgewiesen würden, als Wettbewerbsbeeinträchtigungen angesehen werden könnten. Die Netzentgelte unterlägen an den maßgeblichen Übergabepunkten fortwährenden Schwankungen und die Antragstellerinnen hätten keinen Anspruch auf eine gleichbleibende Kostenrelation gegenüber der Beteiligten zu 3). Zusätzlich sei zu berücksichtigen, dass die Netzentgelte nur einen Teil der Gesamtkostenkalkulation für den Wettbewerb darstellten, so dass die realen prozentualen Kostensteigerungen deutlich unter den genannten Zahlen liegen müssten. Darüber hinaus dürften auch die relativen Kostensteigerungen deutlich übersetzt sein, da die Antragstellerinnen zu Unrecht davon ausgingen, dass sie selbst ausschließlich auf den Gasimport aus Westen angewiesen seien, während die Beteiligte zu 3) nur Transporte aus Osten tätige. Die durchschnittlichen Kostensteigerungen auf Seiten der Antragstellerinnen dürften sich damit selbst bei einer unterstellten Verlagerung von Transportmengen von der P. auf die A. zusätzlich reduzieren. Darüber hinaus sei auch die Annahme unbegründet, dass die von der Beteiligten zu 3) zu tragenden Transportkosten ab dem Jahr 2020 konstant blieben. Vielmehr sei damit zu rechnen, dass bei einer Verlagerung der Transitflüsse die Kosten für den Transport der verbleibenden Transitmengen durch Polen spürbar steigen würden. Im Rahmen einer Gesamtkostenkalkulation seien auch diese Mehrkosten zu berücksichtigen.

Ein Anordnungsgrund bestehe nicht. Insbesondere könnten die von den Antragstellerinnen besorgten nachteiligen Umstände vor dem Hintergrund der bestehenden Verträge erst ab den Jahren 2020 bzw. 2022 einsetzen. Zurückzuweisen

sei der Einwand, dass die Versteigerung langfristiger Kapazitäten nachträglich nicht effektiv rückgängig gemacht werden könnte. Vielmehr bestünden angesichts der in § 7 der ergänzenden Vertragsbedingungen der Beteiligten zu 1) vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit keinerlei Zweifel an der Reversibilität der Kapazitätsbuchungsverträge. Der von den Antragstellerinnen erhobene Vorwurf mangelnder Vertragstreue werde entschieden zurückgewiesen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen sowie das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

B.

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sind zurückzuweisen.

Auch die ergänzenden schriftsätzlichen Ausführungen gegen die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Vergleichsvertrages sowie die Einlassungen der Antragstellerinnen im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Eilanträge begründen nach dem im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutz geltenden Prüfungsmaßstab weder einen Anordnungsanspruch noch einen Anordnungsgrund.

I. An der Beurteilung der Zulässigkeit der Anträge hält der Senat auch nach Würdigung der Rechtsausführungen der Beteiligten zu 1) fest. Insbesondere sind die Antragstellerinnen antragsbefugt. Wie in dem Beschluss vom 30.12.2016 ausgeführt, steht dem nicht entgegen, dass sie nicht Beteiligte des Verwaltungsverfahrens nach § 75 Abs. 2 EnWG waren. Diese Vorschrift bestimmt den Kreis der Beschwerdebefugten für den Fall einer Anfechtungskonstellation, wie sie im Streitfall indes gerade nicht vorliegt. Eine Anfechtungslage kann entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) auch nicht dadurch fingiert werden, dass darauf abgestellt wird, wie die Behörde gehandelt hätte, wenn sie durch Bescheid gehandelt hätte. Die Bundesnetzagentur hat keinen anfechtbaren Bescheid erlassen, sondern die Rechtslage durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gestaltet. Dass der Senat die Rechtsschutzmöglichkeiten des durch diesen Vertrag Betroffenen anhand des tatsächlichen Behördenhandelns beurteilt, stellt keine Erweiterung des Rechtsschutzes *praeter legem* dar.

II. Die Anträge sind unbegründet, da es sowohl an einem Anordnungsanspruch als auch an einem Anordnungsgrund fehlt.

1. Auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes kann nicht angenommen werden, dass der Vergleichsvertrag formell und/oder materiell rechtswidrig ist.

1.1. Bezüglich der formellen Rechtmäßigkeit des Vergleichsvertrags nimmt der Senat vollumfänglich Bezug auf die Ausführungen in den Gründen des Beschlusses vom 30.12.2016.

Soweit die Antragstellerinnen weiterhin geltend machen, dass ihre Beiladung zum Verwaltungsverfahren rechtsfehlerhaft unterblieben sei und das detaillierte und übereinstimmende Vorbringen der Bundesnetzagentur und der Beteiligten zu den Umständen des Vertragsschlusses bestreiten, begründet dies keinen Anordnungsgrund. Unabhängig davon, ob der Beiladungsantrag vor Vertragsschluss eingegangen ist, ist der Senat weiterhin der bereits in dem Beschluss vom 30.12.2016 zum Ausdruck gebrachten Auffassung, dass die gegebenenfalls rechtsfehlerhaft unterbliebene einfache Beiladung weder die Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages noch einen Anspruch auf dessen Aufhebung begründet. Ein Anspruch auf Beendigung des Vertrages und damit zugleich ein Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt vielmehr die materielle Rechtswidrigkeit der vertraglichen Regelungen voraus.

1.2. Durch den Vergleichsvertrag werden die in dem Beschluss der Bundesnetzagentur vom 25.02.2009 in der Fassung vom 07.07.2009 festgelegten Nebenbestimmungen zu Buchungsbeschränkungen für marktbeherrschende Unternehmen (A.-Freistellungsentscheidung) durch neue Regelungen ersetzt.

Auch unter Würdigung des ergänzenden schriftsätzlichen Vorbringens der Antragstellerinnen sowie ihrer Einlassungen im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Eilanträge ist nicht davon auszugehen, dass der Vergleichsvertrag materiell rechtswidrig ist. Wie der Senat in dem Beschluss vom 30.12.2016 ausgeführt hat, sind die vertraglich vorgenommenen Modifizierungen der A.-Freistellungsentscheidung am Maßstab des § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG zu messen. Ohne Erfolg machen die Antragstellerinnen geltend, die Änderung der A.-Freistellungsentscheidung gefährde die Versorgungssicherheit Polens und habe nachteilige wettbewerbliche Auswirkungen.

1.2.1. Es ist bereits nicht mit der für den Erlass einer einstweiligen Regulationsanordnung erforderlichen Sicherheit und Belastbarkeit zu erwarten, dass die Erweiterung der Transportkapazitäten auf der A. eine anhaltende und dauerhafte Verlagerung von Transitkapazitäten und eine konstant verminderte Auslastung auf der O. bzw. der P. zur Folge haben werde und damit eines der von den Antragstellerinnen befürchteten Szenarien eintreten werde. Kommt es nicht zu einer dauerhaften Absenkung, sondern nur zu vorübergehenden Schwankungen der Transportmengen auf der O. und der P., träten die von den Antragstellerinnen befürchteten Effekte für die Versorgungssicherheit und die Wettbewerbsfähigkeit nicht ein.

1.2.1.1. Nachdem der Senat in den Gründen des Beschlusses vom 30.12.2016 von einem Widerspruch im Vortrag der Antragstellerinnen betreffend die künftige Gasnachfrage auf dem europäischen Binnenmarkt ausgegangen war, haben die Antragstellerinnen nunmehr klargestellt, dass sie von einer stagnierenden Nachfrage in den kommenden Jahren und einem langsamen Anstieg der Nachfrage ab 2020 ausgehen. Sie verweisen insoweit auf die von der ... gefertigte „Analyse des Einflusses des Beschlusses vom 28. Oktober 2016 der EU-Kommission über die A.-Gasleitung auf die Perspektive der Tätigkeit der *Antragstellerin zu 2)* im Bereich der Erdgaslieferungen auf den polnischen Markt“ vom 11.01.2017 (im folgenden „Analyse ...“, deutsche Übersetzung des polnischen Originals, von den Antragstellerinnen vorgelegt als Anlage BF 24). Darin legen die Gutachter dar, dass der „Branchenkonsens“ von einem konservativen Szenario ausgehe, wonach die Gasnachfrage zunächst stagniere und erst ab dem Jahr 2020 von ... TWh/a auf bis zu ... TWh/a im Jahr 2030 ansteige. Eine stetig ansteigende Nachfrage – sog. optimistisches Szenario – sei demgegenüber nicht zu erwarten.

Die von den Antragstellerinnen alternativ herangezogenen Szenarien, aus denen sich die behaupteten nachteiligen Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit und die Wettbewerbsfähigkeit der Antragstellerinnen ergebensollen, beruhen auf der Erwartung, dass die Beteiligte zu 3) infolge der durch den streitgegenständlichen Vergleichsvertrag eröffneten Buchungsmöglichkeiten zusätzliche Kapazitäten in Höhe von ... bcm/a jährlich auf der A. buchen und diese Mengen dauerhaft entweder von der O. oder der P. verlagern wird, wobei es sodann auf der betroffenen Pipeline zu einer anhaltenden Verringerung der Transporte um die verlagerte Menge kommen wird.

Die Möglichkeit, dass zusätzliche Kapazitätsbuchungen auf der A. nicht für eine Verlagerung, sondern für eine Ausweitung der Erdgasimporte in die EU genutzt werden, blenden die Antragstellerinnen in ihrer Argumentation von vornherein ebenso aus wie die Möglichkeit, dass die sich durch eine Verlagerung ergebende Lücke anderweitig gefüllt und es nicht zu einer Verringerung der Transportmenge kommen würde. Käme es nicht oder jedenfalls nicht in dem von den Antragstellerinnen angenommenen Ausmaß zu einer Verlagerung, wären auch nach ihrem Vorbringen weder wettbewerbliche noch Auswirkungen auf die Versorgungssicherheit zu befürchten. Die Erwartung, dass der streitgegenständliche Vergleichsvertrag belastende Folgen für die Antragstellerinnen hat, setzt eine verlagerungsbedingte Verringerung der Transportmenge entweder auf der O. oder auf der P. zwingend voraus.

Bereits in tatsächlicher Hinsicht ist indes nicht davon auszugehen, dass die Prognose der Antragstellerinnen überwiegend wahrscheinlich ist. Zum einen ist bereits zweifelhaft, ob es für die Erwartung einer stagnierenden Nachfrage bis zum Jahr 2020 hinreichend belastbare Indizien gibt. Insbesondere ist das Vorbringen der Antragstellerinnen, wonach die Nachfrage nach Erdgas in Resteuropa stagnieren, in Polen jedoch ansteigen werde, nicht ohne weiteres einleuchtend. Die Antragstellerinnen sehen indes von einer näheren Erläuterung oder Begründung dieser Behauptung, die von der Beteiligten zu 1) ausdrücklich bestritten wird, ab.

Zum andern kann jedoch auch bei stagnierender Nachfrage der Importanteil steigen. Im Falle einer erhöhten Nachfrage nach importierten Erdgas könnten auch bei zusätzlichen Kapazitätsbuchungen auf der A. die Transportmengen auf den bislang genutzten Transportrouten gleich bleiben, weil die zusätzlichen Kapazitätsbuchungen zur Deckung des Mehrbedarfs genutzt würden.

Nach der Auswertung allgemein verfügbarer Quellen ist festzustellen, dass Marktbeobachter in der Tat in den nächsten Jahren von einer relativ stabilen (stagnierenden) Nachfrage bei zugleich rückläufiger Erdgasförderung in der EU ausgehen. Nach den Ergebnisse einer gemeinsamen Studie von ... in ... und dem ..., die vom Auswärtigen Amt finanziert wurde, wird sich die Mischung der EU-Gasversorgung grundlegend verändern, da die europäische Gasproduktion rückläufig ist. Trotz dieses prognostizierten Rückgangs der europäischen Gasproduktion ist die EU danach in der Lage, ihre Gasimporte zu diversifizieren und Versorgungssicherheit

zu gewährleisten, weil die rückgängige europäische Gasproduktion im Wesentlichen durch eine Zunahme der Erdgasimporte aus Russland sowie durch Flüssiggas-Importe kompensiert werde.

Ausweislich der Angaben von Eurostat zur Energieerzeugung und – Einführung aus Juni 2016 hat die Abhängigkeit der EU von Erdgaslieferungen aus Drittländern von 2004 bis 2014 um 13,8 Prozentpunkte und damit stärker zugenommen als bei Rohöl (7,5 Prozentpunkte) und festen Brennstoffen (7,4 Prozentpunkte). Eurostat konstatiert des Weiteren eine Zunahme des Abwärtstrends bei der Energieerzeugung für den Zeitraum nach 2014 sowie einen allgemein rückläufigen Trend bei der Primärenergieerzeugung in der EU und führt dies darauf zurück, dass Rohstoffvorkommen knapper werden und/oder die Erzeuger die Gewinnung begrenzter Ressourcen für unwirtschaftlich halten.

Nach dem im Juli 2016 veröffentlichten EU Referenzszenario 2016, das im Auftrag der Kommission erstellt wurde und Referenzcharakter für die europäische Energieversorgung hat, sank der Gasbedarf im Untersuchungsraum in den letzten Jahren und wird für die Zukunft ein stagnierender Gasbedarf erwartet. Angenommen wird eine steigende Bedeutung von Erdgas in der Stromerzeugung bei einem gleichzeitigen Rückgang des Gasverbrauchs in den Wärmemärkten. Auch das EU Referenzszenario 2016 stellt eine deutlich sinkende Erdgaseigenproduktion in der Europäischen Union fest und erwartet einen weiteren Rückgang. Danach wird bis 2025 ein steigender Importbedarf gegenüber 2015, für die Folgejahre ein stagnierender und nach 2030 ein wiederum steigender Importbedarf erwartet. Unter Hinweis darauf, dass die Lieferländer Algerien und Norwegen zukünftig weniger Erdgas zur Verfügung stellen können, wird ein höherer Zusatzbedarf aus den übrigen Lieferregionen festgestellt. Dabei geht das EU Referenzszenario davon aus, dass kurz bis mittelfristig vor allem Russland und der Flüssiggas – Weltmarkt als Lieferanten für den Mehrbedarf in Frage kommen und der Bedarf aus diesen Quellen erheblich steigen wird.

Der Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Stand Juli 2017) konstatiert gleichfalls eine abnehmende Förderung in der EU und eine darauf zurückzuführende steigende Importabhängigkeit.

Dass seriöse Marktbeobachter übereinstimmend von einem steigenden Gasimportbedarf ausgehen und zugleich annehmen, dass ein signifikanter Anteil dieses Mehrbedarfs durch russisches Erdgas erfüllt wird, begründet nicht unerhebliche

Zweifel an der Belastbarkeit der Prognose, eine verstärkte Nutzung der A. habe automatisch eine dauerhaft verminderte Auslastung der bisherigen Transitrouten zur Folge. Den Antragstellerinnen ist es auch durch ihre ergänzenden Ausführungen in der mündlichen Verhandlung nicht gelungen, diese begründeten Zweifel an der Tragfähigkeit der Verlagerungsszenarien überzeugend zu entkräften.

Ihr Vorbringen zur Eintrittswahrscheinlichkeit der Prognose, auf der ihre gesamte rechtliche Argumentation basiert, bleibt vage und allgemein. Mit der von der Bundesnetzagentur ebenso wie von den Beteiligten ausdrücklich thematisierten Möglichkeit eines steigenden Gasimportbedarfs in der Europäischen Union setzen sich die Antragstellerinnen inhaltlich nicht konkret auseinander. Soweit sie darauf verweisen, dass selbst bei einem zukünftig steigenden Importbedarf die Versorgungssicherheit Polens kurzfristig gefährdet sei, betrifft dieses Argument ausschließlich eine potentielle Verlagerung von der O., die nach den Feststellungen des Senats jedoch die Versorgung Polens nicht gefährden würde (vergl. die Ausführungen unter Z. 1.2.2.). Ihr weiterer Einwand, auch ein Mehrbedarf an importiertem Erdgas führe nicht automatisch zu einem Mehrbedarf an russischem Erdgas, ignoriert, dass in den genannten Studien und Stimmen ein solcher Mehrbedarf gerade konstatiert wird.

Darüber hinaus verkennen die Antragstellerinnen, dass der Eintritt eines der Schadensszenarien nicht nur theoretisch denkbar, sondern als überwiegend wahrscheinlich feststellbar sein muss, um die begehrte einstweilige Anordnung rechtfertigen zu können. Es obliegt den Antragstellerinnen, nachvollziehbare Gesichtspunkte und Umstände vorzutragen, wonach entweder ein steigender Importbedarf unwahrscheinlich oder auch bei Annahme eines solchen eine dauerhafte Verringerung der Transportmengen entweder auf der O. oder der P. zu erwarten wäre. Diese Substantiierungslast verringert sich auch nicht angesichts des Umstandes, dass die Bundesnetzagentur den Antragstellerinnen vor Abschluss des streitgegenständlichen Vergleichsvertrags keine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt und sie insbesondere nicht als Beigeladene an dem in den Vertragsschluss mündenden Verfahren beteiligt hat. Unabhängig davon, ob es rechtmäßig war, dass die Bundesnetzagentur den Antragstellerinnen vor Abschluss des Vergleichsvertrages keine Gelegenheit zur Darlegung ihres Standpunktes gewährt hat, wurde den Antragstellerinnen im Rahmen des vor dem Senat geführten Eilverfahrens umfänglich rechtliches Gehör eingeräumt und Gelegenheit gegeben,

sämtliche rechtlichen wie tatsächlichen Gesichtspunkte zur Begründung der begehrten Rechtsfolge zu Gehör zu bringen. Diese Gelegenheit haben sie im Hinblick auf die Frage der Eintrittswahrscheinlichkeit der Schadensszenarien indes nicht hinreichend genutzt und nicht zur Überzeugung des Senats dargetan, dass eine dauerhafte Minderauslastung einer der in Rede stehenden Pipelines überwiegend wahrscheinlich ist.

1.2.1.2. Gegen die Annahme, dass es infolge vermehrter Buchungen auf der A. zu einer dauerhaften Minderauslastung der Transitzkapazitäten auf der P. kommt, spricht darüber hinaus, dass die Beteiligte zu 3) ausweislich ihrer ausdrücklichen und wiederholten Einlassungen eine Verlagerung von Erdgastransporten von der P. nicht beabsichtigt. Zwischen der Beteiligten zu 3) und der Antragstellerin zu 1) besteht ein langfristiger Erdgasliefervertrag, dessen Laufzeit erst 2022 endet. Darüber hinaus besteht zwischen der Beteiligten zu 3) und dem ... Eigentümer der P. ein bis 2020 laufender Transportvertrag, mit dem die Beteiligte zu 3) eine feste Ausspeisekapazität am Übergabepunkt Mallnow gebucht hat. Darüber hinaus hat die Beteiligte zu 3) ihr Interesse an einer Verlängerung des bestehenden Transportvertrages über das Jahr 2020 hinaus bereits schriftlich bekundet. Dies ist ein Indiz dafür, dass sie die Erdgastransporte über das Jahr 2020 hinaus fortsetzen möchte.

Die Antragstellerinnen, die eine entsprechende Absicht ausdrücklich bestreiten, setzen sich dabei nicht mit dem Umstand auseinander, dass es zum Geschäftsmodell der Beteiligten zu 2) und 3) gehört, Erdgas auch nach Polen zu liefern und dort zu verkaufen. Konkrete und nachvollziehbare Gründe, die die Beteiligten zu 2) und 3) dazu bewegen könnten, entgegen ihren wirtschaftlichen und geschäftlichen Interessen von Transiten und Lieferungen abzusehen, haben die Antragstellerinnen nicht dargetan. Soweit sie auf politische Gesichtspunkte hingedeutet haben, bleibt ihr Vorbringen vage und spekulativ.

In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass die Beteiligte zu 2) an der Eigentümerin des polnischen Abschnitts der P. einen Anteil von ...% und an dem weißrussischen Abschnitt der P. indirekt ... % der Anteile hält. Ihren wirtschaftlichen Interessen als Investorin würde eine verminderte Auslastung der P. widersprechen. Angesichts dessen ist es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Beteiligten zu 2) und 3) ernsthaftes Interesse daran haben, auch über das Jahr 2020 hinaus substantielle Mengen über die P. zu führen.

Dafür, dass die erhöhten Transitkapazitäten auf der A. sich jedenfalls nicht zulasten der P. auswirken, spricht darüber hinaus auch der Umstand, dass ausweislich der Darstellung der Antragstellerinnen die Eröffnung der B. im Jahr 2011 zu einem Rückgang der Transite auf der O., nicht hingegen auf der P. geführt hat.

1.2.1.3. Auf die nach Abschluss des Vergleichsvertrags bisher eingetretene Entwicklung lässt sich die Erwartung, dass die zugunsten der Beteiligten zu 2) und 3) erweiterten Transitoptionen zu einer dauerhaften Verlagerung von Transportmengen führen werden, gleichfalls nicht stützen.

Anhand der von den Fernleitungsnetzbetreibern veröffentlichten Daten zu den Gasflüssen auf den Pipelines O., P. und A. in dem Zeitraum von Dezember 2016 bis August 2017 zeigt sich vielmehr, dass ein Anstieg der Transportmengen auf der A., der in Folge des streitgegenständlichen Vergleichsvertrags im Dezember 2016 und – mit einem Höchststand – im Januar 2017 auftrat, sich gerade nicht automatisch zu Lasten der O. und der P. ausgewirkt hat. Die Gasflüsse auf beiden Pipelines blieben vielmehr - auch im Vergleich zum Vorjahr - weitgehend konstant. Auch im August 2017, nachdem es infolge der Aufhebung der Zwischenentscheidung zu einer steigenden Auslastung der A. kam, nahmen die Gasflüsse auf der O. nicht ab, sondern vielmehr zu. Das gilt auch für den Gasfluss am Übergabepunkt Drozdowicze, der danach ebenfalls nicht erkennbar von der Auslastung der A. beeinflusst wird.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen handelt es dabei nicht um eine wegen des kurzen Beobachtungszeitraums unergiebigere Betrachtung. Vielmehr müsste sich der von ihnen behauptete unmittelbare Zusammenhang zwischen den auf der A. und den auf der O. bzw. der P. transportierten Gasmengen auch bei einem nur kurzen Beobachtungszeitraum sofort zeigen, was sich indes für die Vergangenheit nicht belegen lässt. Soweit die Antragstellerinnen schriftsätzlich darüber hinaus geltend gemacht haben, der konstante Gasfluss im August 2017 habe anstehende Renovierungsarbeiten an der B. ausgleichen sollen, haben sie dieses Vorbringen im Rahmen der mündlichen Verhandlung erläutert und ergänzt. Danach sei es von vornherein nicht zu erwarten gewesen, dass es vor Abschluss der Renovierungsarbeiten an der B. zu einer Verlagerung von Transitmengen kommen würde, sondern mit einem Verlagerungseffekt sei erst für den Zeitraum nach Abschluss der Arbeiten zu rechnen gewesen. Ein solcher sei in Form einer um ... bcm reduzierten Tagestransitmenge eingetreten.

Durch den Hinweis auf eine an einem einzelnen Tag beobachtete, reduzierte Transitmenge kann die Behauptung, die Erweiterung der Transportkapazitäten auf der A. führe zu dauerhaften Verlagerungen von den bislang genutzten Transitrouten, indes nicht belegt werden. Dieses Vorbringen ist sowohl in methodischer wie in rechnerischer Hinsicht unzureichend. Zwar verkennt der Senat nicht, dass seit der Aufhebung der Zwischenverfügung, in deren Folge weitere Versteigerungen auf der A. möglich wurden, erst wenige Wochen vergangen sind. Es wäre aber möglich gewesen, jedenfalls für diesen mehrwöchigen Zeitraum zwischen der Wiederaufnahme von Versteigerungen auf der A. und dem Termin zur mündlichen Verhandlung die Entwicklung der Gasflüsse auf den in Rede stehenden Pipelines im Einzelnen aufzuzeigen. Das Abstellen auf den Gasfluss an einem einzelnen Tag ist schon im Ansatz ungeeignet, dauerhafte Verlagerungseffekte - im Unterschied zu vereinzelt Schwankungen - zu belegen. Unabhängig von diesen methodischen Bedenken liegt jedoch auch bei einer nur überschlägigen Hochrechnung die sich ergebende Minderauslastung deutlich unterhalb der Menge von ... bcm, die ausweislich des Vorbringens der Antragstellerinnen jährlich zur Verlagerung ansteht.

Die weitere Argumentation, Verlagerungseffekte würden erst im Winter sichtbar, da im Sommer weniger Gas transportiert werde, ist gleichfalls nicht einleuchtend. Die Verlagerung von Transportmengen hängt nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerinnen ausschließlich von den Mehrkapazitäten auf der A. ab und nicht von der saisonabhängig transportierten Menge.

Dem Beweisangebot der Antragstellerinnen, den Zeugen ... zu dem Zusammenhang zwischen der Auslastung der A. und der O. zu vernehmen, war nicht nachzukommen. Der Senat geht insofern davon aus, dass durch den streitgegenständlichen Vergleichsvertrag zusätzliche Transportkapazitäten geschaffen werden und es infolge dessen unter Umständen zu einer verminderten Auslastung der O. kommen könnte. Um **potentielle Auswirkungen** der A. auf die Auslastung der O. darzulegen, war die Vernehmung des Zeugen mithin nicht erforderlich.

Dass der Eintritt einer **dauerhaften Verlagerung** bzw. Minderauslastung überwiegend wahrscheinlich ist, haben die Antragstellerinnen dagegen bereits nicht hinreichend konkret dargelegt. Weder schriftsätzlich noch im Rahmen der mündlichen Verhandlung haben sie nachvollziehbare, durch entsprechendes Zahlen- und Datenmaterial aufbereitete Angaben zur Auslastung der Pipeline O. und zum Einfluss des Umfangs

der Transportkapazitäten auf der A. auf den Gasfluss an dem Übergabepunkt Drozdowicze präsentiert. Zudem fehlt es an einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den entgegenstehenden Angaben der Beteiligten und der Bundesnetzagentur, die auf entsprechendes Zahlenmaterial gestützt werden.

Dieses Versäumnis kann nicht mittels eines Beweisantritts behoben werden. Nachvollziehbarer und konkreter Sachvortrag obliegt grundsätzlich den Verfahrensbeteiligten und nicht den Zeugen. Da die Antragstellerinnen auch nicht dargelegt haben, dass der Zeuge über bessere und andere Erkenntnisse verfügt als sie selbst, bestand auch kein Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen und den Antragstellerinnen die Substantiierung ihres Vorbringens mittels der Ausführungen des Zeugen zu ermöglichen.

1.2.2. Ein Anordnungsanspruch kann nicht darauf gestützt werden, dass die Versorgungssicherheit Polens und damit zugleich die wettbewerbliche Position der Antragstellerin zu 1) infolge einer Verlagerung von Transitmengen von der O. auf die A., wie sie nach Darstellung der Antragstellerinnen erst durch den Vergleichsvertrag ermöglicht wird, gefährdet wäre.

Unabhängig davon, ob eine dauerhafte Verringerung der Transitmengen um ... bcm/a auf der O. infolge einer verstärkten Nutzung der A. eintreten wird, kann auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vortrags der Antragstellerinnen nicht davon ausgegangen werden, dass dies Auswirkungen auf die Systemstabilität des Gasnetzes bzw. die ausreichende Versorgung Polens mit Erdgas hätte.

Der Senat kann nicht mit der für die Bejahung eines Anordnungsanspruchs erforderlichen Sicherheit und Belastbarkeit feststellen, dass – wie die Antragstellerinnen darlegen - eine Verlagerung von Transitmengen in dem angegebenen Umfang die Betriebsfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze beeinträchtigen würde. Dies behaupten die Antragstellerinnen zwar. Sie setzen sich jedoch nicht mit dem ausdrücklichen Vortrag der Beteiligten und der Bundesnetzagentur auseinander, wonach eine Verlagerung von Erdgastransporten von der O. auf die A. nur für Erdgasmengen in Betracht komme, die im Transit aus Russland durch die Ukraine in die Slowakei und von dort in weiter westlich gelegene Länder transportiert würden und es sich bei den Erdgasmengen, die aus der O. über Drozdowicze nach Polen geliefert würden, nicht um Transitmengen handele, sondern ausschließlich um Mengen zur Deckung des polnischen Bedarfs. Dem übereinstimmenden und in der mündlichen

Verhandlung ausdrücklich wiederholten Vorbringen der Antragsgegnerinnen, etwaige Beeinträchtigungen von Erdgaslieferungen nach Polen über Drozdowicze könnten deshalb mit dem Vergleichsvertrag in keinerlei Zusammenhang stehen, haben die Antragstellerinnen schriftsätzlich lediglich entgegen gehalten, dass schon ausweislich der von der Beteiligten zu 1) vorgelegten Gasnetzkarte insgesamt von einem Verbundsystem auszugehen sei und es angesichts dessen nur „schwerlich zu bestreiten sei, dass die Operabilität von Drozdowicze nur mittels Transits durch die Ukraine zu gewährleisten sei“. In der mündlichen Verhandlung über die Eilanträge, in der diese Tatsachenfrage ausführlich erörtert und allen Verfahrensbeteiligten umfänglich Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme gewährt wurde, haben die Antragstellerinnen jede eindeutige Festlegung zu dem Vorbringen der Antragsgegnerinnen und eine klare Positionierung zu der Frage, ob die über den Übergabepunkt Drozdowicze nach Polen geführten Liefermengen überhaupt verlagerungsfähig sind, vermieden.

Es obliegt den Antragstellerinnen, darzulegen, dass und aus welchen Gründen die Versorgung Polens über Drozdowicze von einem bestimmten Gasfluss auf dem Hauptarm der O. abhängt und der entgegenstehenden Darstellung der Antragsgegnerinnen, wonach nur Transitmengen von der O. auf die A., nicht jedoch über Drozdowicze nach Polen gelieferte Erdgasmengen überhaupt verlagert werden können, durch substantiierten Sachvortrag entgegen zu treten. Ihr pauschales und vages Vorbringen ist dazu schon im Ansatz nicht geeignet. Die Hinweise auf das vermeintlich bestehende Verbundsystem bzw. die graphische Darstellung der Abzweigung nach Drozdowicze vermögen das ausdrückliche Vorbringen der Antragsgegnerinnen, wonach die über die O.-Pipeline geführten Transitmengen in keinem Zusammenhang mit dem über Drozdowicze nach Polen gelieferten Gas stünden, nicht zu entkräften. Da es demnach bereits an einem stringenten und konkreten Vorbringen zu den tatsächlichen und technischen Gegebenheiten fehlt, war auch insoweit dem Beweisangebot der Antragstellerinnen nicht nachzukommen.

Darüber hinaus sind die Antragstellerinnen auch dem ausdrücklichen Vorbringen der Beteiligten zu 1) bis 3) in der mündlichen Verhandlung über die Eilanträge, wonach eine Versorgung des Übergabepunktes auch über eine andere Pipeline aus Richtung der Ukraine technisch ohne weiteres möglich sei, nicht entgegen getreten. Soweit sie darauf verwiesen haben, insoweit handele es sich nicht um eine Leitung, auf die sie

selbst Einfluss hätten, ist dies für die in Rede stehende Operabilität des Übergabepunktes irrelevant.

Die weiteren Ausführungen der Antragstellerinnen, bereits das Vorbringen der Beteiligten zu 2) und 3) zu einem Versorgungsvertrag, der sie letztlich mit verpflichte, die Betriebsfähigkeit von Drozdowicze zu gewährleisten, belege, dass Südostpolen nur über Drozdowicze versorgt werden könne, sind inhaltlich kaum nachvollziehbar. Insbesondere haben die Beteiligten nicht, auch nicht konkludent zugestanden, dass die Betriebsfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze von der Aufrechterhaltung einer bestimmten Transportmenge auf der O. abhängig ist.

Soweit die Antragstellerinnen darlegen, angesichts der Beendigung des Transitvertrags zwischen der Beteiligten zu 2) und der Ukraine im Jahr 2019 sei abzusehen, dass ab dem Jahr 2019 keine weiteren Gastransporte zum Übergabepunkt Drozdowicze mehr erfolgen könnten, ist auch dieses Vorbringen un schlüssig. Die Beendigung dieses Transitvertrags muss nicht zur Folge haben, dass ab dem Jahr 2019 keine weiteren Gastransporte in Richtung Drozdowicze erfolgen können. Zum einen bedeutet die Beendigung eines Transitvertrages nicht, dass keine weiteren geschlossen werden. Insoweit ist auch die weitere Annahme, es sei naheliegend, dass eine einseitige Loslösung von dem Vertrag zur Versorgung von Drozdowicze bereits früher als 2019 erfolge, rein spekulativ und durch nichts belegt. Zum anderen haben die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen ausgeführt, dass Gastransporte Richtung Drozdowicze über eine andere Leitung erfolgen könnten. Dass diese offensichtlich nicht dem Einflussbereich der Antragstellerinnen unterliegt, ist auch in diesem Zusammenhang unerheblich.

Die Argumentation der Antragstellerinnen, dass eine alternative Versorgung der gesamten polnischen Bevölkerung durch einen Reverse Flow aus Deutschland über den Übergabepunkt Mallnow nicht möglich sei, ist gleichfalls unsubstantiiert. Insbesondere ergibt sich aus dem Vorbringen nicht, welche konkreten Umstände einer Befriedigung des polnischen Bedarfs nach Einspeisekapazitäten entgegenstehen sollten. Unstreitig kann eine Einspeisung nach Polen über Mallnow stets in dem Umfang erfolgen, in dem physisch Erdgas in Ost-West-Richtung über die P. nach Mallnow fließt. Der physische Gasfluss betrug ausweislich der unbestrittenen Angaben der Beteiligten zu 1) im Jahr 2016 in Mallnow ca. ... bcm/a, so dass die Kapazitäten für eine Einspeisung nach Polen im Wege des Reverse Flow bei einer Verlagerung

von ... bcm/a noch ca. ... bcm/a betragen würden. Da die Nachfrage nach dem gleichfalls unstreitigen Vorbringen der Beteiligten zu 1) in den vergangenen Jahren ... bcm/a nie überstieg, ist davon auszugehen, dass die zur Verfügung stehenden Kapazitäten am Übergabepunkt Mallnow den Bedarf vollumfänglich abdecken könnten. Daraus folgt zugleich, dass entgegen der Darstellung der Antragstellerinnen nicht davon auszugehen ist, dass sich die Nachfrage angesichts zu knapper Reverse Flow - Kapazitäten auf andere Grenzübergangspunkte verlagern wird.

Auch mit dem detaillierten Vorbringen der Bundesnetzagentur, wonach die Versorgung Polens selbst bei Außerachtlassung der derzeit über den Übergabepunkt Drozdowicze fließenden Kapazitäten vollständig sichergestellt wäre, setzen sich die Antragstellerinnen nicht auseinander. Soweit sie geltend machen, dass bei einem Entfall der Gasversorgung aus Russland die Übergabepunkte von Deutschland für die Befriedigung des gesamten polnischen Bedarf nicht ausgelegt seien, sind Gründe für diese Behauptung nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere angesichts der Darlegungen der Bundesnetzagentur, wonach der jährliche polnische Bedarf in Höhe von ... bcm/a auch ausschließlich durch einen Mix aus Eigenproduktion, einer maximalen Einspeisung aus Deutschland über die Übergabepunkte Mallnow und Lasow, einer maximalen Einspeisung aus Tschechien sowie von Flüssiggas aus dem Flüssiggasspeicher in Swinoujscie gedeckt werden könne. Weder haben die Antragstellerinnen sich mit den von der Bundesnetzagentur genannten Einspeiseoptionen noch mit deren Zahlenwerk befasst. Der Hinweis auf netzhydraulische Einschränkungen, die der Versorgung über den Übergabepunkt Mallnow entgegenstünden, ist unzureichend.

Schließlich ist auch der Vortrag, die für die Systemstabilität erforderliche Betriebsfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze hänge von einem Mindestgasfluss auf der O. ab, der bei einer Verlagerung der in Rede stehenden Transitmenge nicht mehr erreicht werde, nicht plausibel. Insbesondere haben die Antragstellerinnen es trotz der entsprechenden Hinweise der Beteiligten zu 2) und 3) versäumt, den technischen Zusammenhang zwischen dem Gasfluss auf dem Haupttransitarm der O. und der Betriebsfähigkeit des Übergabepunktes Drozdowicze nachvollziehbar zu erläutern. Ein solcher Zusammenhang wird zwar pauschal behauptet. Insbesondere angesichts des unbestrittenen Umstandes, dass der Übergabepunkt bereits nicht auf dem Hauptstrang der O. liegt, durch den Gas in die Slowakei transportiert wird, hätten die Antragstellerinnen jedoch im Einzelnen

aufzeigen und erläutern müssen, aus welchen Gründen die Betriebsfähigkeit dieses Übergabepunktes technisch davon abhängt, wie viel Gas auf dem Hauptstrang geführt wird. Ihrer diesbezüglichen Darlegungs- und Substantiierungslast sind die Antragstellerinnen auch unter Berücksichtigung ihrer Ausführungen in der mündlichen Verhandlung über die Eilanträge nicht nachgekommen. Der Hinweis auf ein vermeintliches Verbundsystem ist inhaltlich unzureichend und ersetzt eine fundierte Erläuterung und Erörterung der technischen Zusammenhänge nicht.

Da bereits nicht von einer Gefährdung der Versorgungssicherheit Polens auszugehen ist, kann dahinstehen, ob die polnischen Akteure - wie die Bundesnetzagentur vorträgt - es versäumt haben, das historisch auf den Bezug aus östlicher Richtung angelegte polnische Leitungssystem an die aktuellen Verhältnisse anzupassen.

1.2.3. Alternativ zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit infolge einer Verlagerung von Transitmengen von der O. auf die A. berufen sich die Antragstellerinnen, die diesen Gesichtspunkt in der mündlichen Verhandlung über die Eilanträge indes nicht vertieft haben, auf mögliche Wettbewerbsnachteile zu Lasten der Antragstellerin zu 2), sollten Transitmengen von der P. auf die A. verlagert werden. In diesem Fall erwarten die Antragstellerinnen einen erheblichen Anstieg von Netzentgelten am Übergabepunkt Mallnow sowie an weiteren Einspeisepunkten aus Westen nach Polen und machen geltend, dass ein solcher Anstieg der Netzentgelte prohibitiv wirken und die Wettbewerbsfähigkeit der Antragstellerin zu 2) gefährden würde.

Das Vorbringen der Antragstellerinnen vermag einen Anordnungsanspruch ebenfalls nicht zu begründen. Auch bei einer unterstellten Verlagerung von Transitmengen von der P. auf die A. kann der Senat wettbewerbliche Auswirkungen des Vergleichsvertrags zulasten der Antragstellerinnen nicht feststellen.

1.2.3.1. Zurückzuweisen ist indes der Einwand der Bundesnetzagentur, wonach die Antragstellerinnen schon im Ansatz den falschen Markt in den Blick nähmen.

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist nicht nur der Erdgasbinnenmarkt, an den die Netzinfrastruktur angeschlossen ist - im Streitfall der tschechische Markt – zu betrachten. Eine solche Einschränkung ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch dem Sinn des Art. 36 Abs. 1 lit. a und e der Richtlinie 2009/73/EG, § 28a Abs. 1 Nr. 5 EnWG. Danach darf sich die Ausnahmegenehmigung nicht negativ auf das Funktionieren des Erdgasbinnenmarktes, des Wettbewerbs und das Funktionieren des

angrenzenden regulierten Netzes auswirken. Die Beurteilung hat sich daher nicht nur auf die Auswirkungen in der Tschechischen Republik zu beschränken, sondern den Erdgasbinnenmarkt in den Blick zu nehmen.

Allerdings kann dahinstehen, ob die Antragstellerin zu 2) im Hinblick auf den Gasimport nach Polen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zu den Beteiligten zu 2) und 3) steht, was diese substantiiert bestreiten.

Unabhängig sowohl von dem Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses als auch der Wahrscheinlichkeit einer dauerhaften Minderauslastung der P. infolge einer Verlagerung von Transitmengen auf die A. ist nicht von einem prohibitiv wirkenden Anstieg der Netzentgelte am Übergabepunkt Mallnow auszugehen.

1.2.3.2. Zunächst weisen die in der Analyse ... beschriebenen und von den Antragstellerinnen in Bezug genommenen Verlagerungsszenarien bezüglich der Transite auf der P. keinen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der durch den streitgegenständlichen Vergleichsvertrag ermöglichten erhöhten Nutzung der A. auf. Ob sich ab dem Jahr 2023 der Gasfluss auf der P. von Russland nach Polen verringert, weil im Jahr 2022 ein Liefervertrag über russische Gaslieferungen nach Polen ausläuft, ist für das vorliegende Eilrechtsschutzverfahren nicht relevant. Derartige Veränderungen des Gasflusses würden sich unabhängig von der erhöhten Auslastung der A. ergeben. Soweit die Antragstellerinnen alternativ bereits für den Zeitraum von 2020-2022 die vollständige Einstellung des Gastransits über die P. prognostizieren, stehen die möglichen Folgen der Beendigung des Transitvertrages mit den erweiterten Transportmöglichkeiten als Folge des streitgegenständlichen Vergleichsvertrags in keinem Sachzusammenhang. Zudem wären die Mengenverlagerungen auch aktuell unabhängig von dem streitgegenständlichen Vertrag möglich, indem Transitmengen von der P. auf die O. umgeleitet würden.

1.2.3.3. Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit infolge prohibitiv wirkender Netzentgelte scheidet darüber hinaus schon deswegen aus, weil auch bei einer Verlagerung von Transitmengen auf die A. nicht festgestellt werden kann, dass Netzentgeltsteigerungen in dem von den Antragstellerinnen behaupteten Umfang zu erwarten wären.

Die von den Beteiligten und der Bundesnetzagentur erhobenen Einwände gegen die methodische und rechnerische Richtigkeit ihrer Netzentgeltberechnungen haben die Antragstellerinnen nicht entkräftet. Soweit die Bundesnetzagentur und die Beteiligte

zu 1) geltend machen, dass die Baukosten der P. angesichts ihres Alters bereits weitgehend abgeschrieben sein dürften, so dass Fixkosten nur noch in geringerem als in dem zugrunde gelegten Umfang anfielen, haben die Antragstellerinnen sich mit diesem Argument inhaltlich nicht auseinandergesetzt. Sie haben zwar pauschal behauptet, dass sich die Kosten der P. zu gleichen Teilen aus Fixkosten und variablen Kosten zusammensetzten. Jedoch fehlt es insoweit an jeder konkreten und nachvollziehbaren, das Alter der P. berücksichtigenden Begründung. Damit kann der Senat bereits nicht feststellen, dass die Berechnung des Netzentgeltanstiegs auf einer tatsächlich richtigen rechnerischen Grundlage basiert.

Des Weiteren haben die Antragstellerinnen im Rahmen der Berechnung der Steigerungen pauschal und wiederum ohne Auseinandersetzung mit dem entgegenstehenden Vorbringen unterstellt, dass sie selbst ausschließlich auf den sich angeblich verteuernenden Gasimport aus Westen angewiesen sind, während die Beteiligte zu 3) nur Transporte aus Richtung Osten mit dauerhaft konstanten Netzentgelte tätigt. Das Vorbringen der Beteiligten zu 2) und 3), wonach auch die Antragstellerinnen nicht regulierte Importkapazitäten gebucht hätten, haben sie nicht bestritten, so dass angesichts der unstreitigen Zubuchungen von Importkapazitäten anzunehmen ist, dass sich die durchschnittlichen Kostensteigerungen reduzieren würden.

Darüber hinaus kann nicht angenommen werden, dass die von der Beteiligten zu 3) ab dem Jahr 2020 zu tragenden Transportkosten konstant bleiben werden. Dem Argument der Beteiligten zu 2) und 3), wonach bei einer Verringerung der Transportflüsse auf der P. mit einem Anstieg der Kosten für den Transport durch Polen zurechnen sei, sind die Antragstellerinnen nicht entgegen getreten. Abgesehen davon, dass auch andere Transportentgelte nach Polen ansteigen könnten, müssten diese auf die Beteiligte zu 3) zukommenden Mehrkosten in der Gesamtrechnung Berücksichtigung finden.

Es ist schließlich auch nicht davon auszugehen, dass eine Verlagerung von Transportkapazitäten von der P. auf die A. die Netzentgelte für andere Übergabepunkte maßgeblich erhöhen würde. Die Beteiligte zu 1) hat unwidersprochen vorgetragen, dass nach dem polnischen Netzentgeltregulierungssystem die Entgelte für Ein- und Ausspeisung auf der P. getrennt von den Entgelten für die Ein- und Ausspeisepunkte im übrigen polnischen Erdgasfernleitungsnetz festgelegt würden.

Selbst bei einer Erhöhung der Netzentgelte auf der P. würde dies somit die Netzentgelte im gesamten weiteren polnischen Erdgasverleitungsnetz nicht beeinflussen.

1.2.3.4. Darüber hinaus vermag sich der Senat der Argumentation, die Wettbewerbsfähigkeit der Antragstellerin zu 2) hinge davon ab, dass sie eine „kostenmäßig wettbewerbsfähige Fernleitungsinfrastruktur“ nutzen könnte, bereits im Ansatz nicht anzuschließen. Ausweislich ihrer eigenen Einlassungen ist davon auszugehen, dass die Konkurrenzfähigkeit des Geschäftsmodells der Antragstellerin zu 2) darauf basiert, dass die Netzinfrastuktur nicht weiter ausgebaut wird und Wettbewerbern keine weiteren Transitoptionen vermittelt werden können. Dies ist schon deswegen unplausibel, weil die Netzentgelte nur einen Teil der Gesamtkostenkalkulation für den Wettbewerb darstellen. Darüber hinaus stellt die Abwehr von Leitungswettbewerb keine unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten schutzfähige Rechtsposition von Gasversorgern dar.

Auch die weiteren Ausführungen der Antragstellerinnen, wonach ein Zusammenhang zwischen dem Zugriff auf die Transportinfrastruktur und der marktbeherrschenden Stellung bei der Belieferung mit Erdgas bestehe, vermögen einen Anordnungsanspruch nicht zu begründen. Ihre Argumentation, die Europäische Union bilde den Schlüsselexportmarkt für die Beteiligten zu 2) und 3) und diese könnten ihre marktbeherrschende Stellung und Preise dort nur halten, wenn es ihnen gelinge, den Zugang zu der Gasinfrastruktur zwischen Russland und der Europäischen Union noch stärker dem Wettbewerb zu entziehen und damit zu monopolisieren, ist schon im Ansatz unschlüssig. Die durch den streitgegenständlichen Vergleichsvertrag geschaffenen zusätzlichen Buchungsmöglichkeiten verdrängen nicht andere auf dem EU-Binnenmarkt tätige Versorger. Zudem werfen die Antragstellerinnen den Beteiligten zu 2) und 3) zugleich eine Preismaximierungsstrategie vor. Eine solche würde anderen Versorgern indes die Möglichkeit zu einem verschärften Preiswettbewerb eröffnen und damit die wettbewerbslichen Optionen erweitern.

2. Darüber hinaus fehlt es auch an einem Anordnungsgrund. Ein solcher liegt nur vor, wenn die von den Antragstellerinnen begehrte einstweilige Anordnung erforderlich ist, um sie in der Zeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache vor irreparablen Nachteilen zu schützen. Diese Voraussetzungen sind bereits deswegen nicht erfüllt, weil die

Umsetzung des Vergleichsvertrages weder die Versorgungssicherheit gefährdet noch Wettbewerbsbeeinträchtigungen zulasten der Antragstellerinnen zur Folge hat.

Soweit die Antragstellerinnen geltend machen, dass die Versteigerung langfristiger Kapazitäten nachträglich nicht effektiv rückgängig gemacht werden könne, verkennen sie zudem, dass durch § 7 der ergänzenden Geschäftsbedingungen sichergestellt wird, dass langfristige Kapazitätsbuchungen gekündigt oder aufgehoben werden können, sollte im Zuge des Hauptsacheverfahrens die Erfüllung bzw. Durchführung derartiger Verträge untersagt oder verhindert werden. Die rein theoretische Möglichkeit, dass die Beteiligten sich einer entsprechenden Untersagungsverfügung der Bundesnetzagentur entziehen bzw. der Umstand, dass kein rechtlicher Automatismus vorliegt, stehen dem nicht entgegen. Die Beurteilung der Frage, ob bis zur Entscheidung in der Hauptsache vollendete Tatsachen geschaffen werden, aus denen irreparable Zustände erwachsen können, hängt nicht davon ab, ob den Beteiligten ein rechtlich zu missbilligende Verhalten tatsächlich möglich ist, sondern muss auf das regelmäßig zu erwartende, rechtlich zulässige Verhalten abstellen.

Da der Transitvertrag mit der Beteiligten zu 3) bis 2020 besteht, ist anzunehmen, dass die Nutzung der Transportkapazität der P. bis Ende 2019 und Lieferungen der Beteiligten zu 3) für den polnischen Markt bis 2022 gesichert sind. Der Senat schließt sich insoweit der Beurteilung durch das Gericht der Europäischen Union an. Mit dem Erlass einer Hauptsacheentscheidung ist früher als Ende 2019 zu rechnen, so dass eine einstweilige Anordnung nicht erforderlich ist, um die Antragstellerinnen vor irreparablen Schäden zu schützen, die vor der Entscheidung in der Hauptsache eintreten könnten. Dies gilt nicht nur für die geltend gemachten Gefährdungen der wettbewerblichen Situation der Antragstellerin zu 2) durch eine Verlagerung der Liefermengen von der P. auf die A., sondern insbesondere auch in Bezug auf die befürchteten Beeinträchtigungen der Versorgungssicherheit Polens. Selbst wenn es bereits jetzt zu einer Verlagerung von Liefermengen von der O. auf die A. kommt, ist nicht erkennbar, wie angesichts der bis 2022 bestehenden Verpflichtung der Beteiligten zu 3), Erdgaslieferungen nach Polen durchzuführen, dort aktuell die Versorgungssicherheit bedroht sein sollte.

Auch das weitere Vorbringen der Antragstellerinnen, wonach damit zu rechnen sei, dass die Beteiligte zu 3) ihre Pflichten aus dem Gasliefer- und dem Transportvertrag verletzen werde und baldige Lieferunterbrechungen drohten, rechtfertigt eine

abweichende Beurteilung nicht. Angesichts der wiederholten und ausdrücklichen Einlassungen der Beteiligten zu 3) im Rahmen des Eilrechtsverfahrens ist davon auszugehen, dass diese sich ihrer vertraglichen Verpflichtungen vollumfänglich bewusst ist. Konkrete Anhaltspunkte, die den Senat veranlassen könnten, von einer mangelnden Vertragstreue der Beteiligten zu 3) auszugehen, haben die Antragstellerinnen auch in der mündlichen Verhandlung über die Eilanträge nicht dargetan. Soweit sie dort darauf hingewiesen haben, dass es in letzter Zeit zu Lieferunterbrechungen gekommen sei, fehlt es bereits an einem einlassungsfähigen Vorbringen zu deren – vermuteten - Ursachen. Die Gründe für derartige Unterbrechungen können vielfältig und insbesondere technischer Natur sein. Konkrete Verdachtsmomente, die auf eine absichtliche Lieferunterbrechung und damit auf ein vertragswidriges Verhalten der Beteiligten zu 2) und 3) schließen lassen, haben die Antragstellerinnen nicht dargelegt.