Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Kart 757/19

Datum:	22.01.2020
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	3 Kart 757/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2020:0122.3KART757.19.00

Leitsätze:

Die Genehmigung des Vorschlags der Elektrizitäts-Übertragungsnetzbetreiber für die Modalitäten für Bilanzkreisverantwortliche unter Widerruf der Festlegung zum Standardbilanzkreisvertrag 2011 durch Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.04.2019 (Az. BK6-18-061) ist rechtmäßig. Der von den Übertragungsnetzbetreibern vorgeschlagene Standardbilanzkreisvertrag unterliegt keiner Zweckmäßigkeits-, sondern nur einer Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Bundesnetzagentur. Die dortigen Regelungen über die Mitteilung von Deklarationswerten, die Sicherheitsleistung, die Abmahnung und fristlose Kündigung in einem schwerwiegenden Fall sowie die nachträgliche Fahrplanänderung, insbesondere den Urgent Call, hat die Bundesnetzagentur zu Recht nicht beanstandet.

Tenor:

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 12.04.2019 (Az. BK6-18-061) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur und der Beteiligten zu 1. – 4. trägt die Beschwerdeführerin.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

G r ü n d e :

A. 2

Das Beschwerdeverfahren betrifft die Genehmigung der Modalitäten für Bilanzkreisverantwortliche (im Folgenden: BKV) in Form eines Standardbilanzkreisvertrags auf Antrag der Beteiligten als Übertragungsnetzbetreiber (im Folgenden: ÜNB) nach Maßgabe der Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 18 Abs. 1 b) und 6 der Verordnung (EU) 2017/2195 der Kommission vom 23.11.2017 zur Festlegung über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem (im Folgenden: EB-VO). 3

I. Um den Ausgleich zwischen Erzeugung und Verbrauch im Stromnetz zu gewährleisten, werden sämtliche Energiemengen in einem Bilanzkreissystem erfasst, das in jeder der vier Regelzonen der ÜNB besteht. Jeder Netznutzer ist gemäß § 3 Abs. 2 und § 4 Abs. 2 und 3 StromNZV verpflichtet, seine Entnahme- oder Einspeisestelle einem Bilanzkreis zuzuordnen und einen BKV zu benennen. Die sog. Bilanzkreiszuordnung ist Grundvoraussetzung des Netzzugangs gemäß § 20 Abs. 1a S. 5 EnWG. Zudem hat der BKV nach § 4 Abs. 2 StromNZV für eine ausgeglichene Bilanz zwischen Einspeisungen und Entnahmen in seinem Bilanzkreis zu sorgen. Er übermittelt dem ÜNB eine Lastprognose für alle ihm zugeordneten Einspeise- und Entnahmestellen auf Viertelstundenbasis für die am Folgetag abzuwickelnden Handelsgeschäfte, den sog. Fahrplan, der auch nachträglich korrigiert werden kann (§ 5 StromNZV). Diese Fahrpläne dienen dem ÜNB als Grundlage für die Lastflussberechnungen in seiner Regelzone. Abweichungen zwischen fahrplanmäßigen und realen Strommengen gleicht dieser entweder physikalisch durch Regelenergie oder auch bilanziell durch Ausgleichsenergie aus. Über die Führung, Abwicklung und Abrechnung von Bilanzkreisen schließt der BKV mit dem ÜNB der jeweiligen Regelzone einen Bilanzkreisvertrag, § 26 StromNZV. Mit Beschluss vom 29.06.2011 (Az. BK 6-06-013) legte die Bundesnetzagentur erstmals einen Standardbilanzkreisvertrag (im Folgenden: Standardbilanzkreisvertrag 2011) fest. 4

Die Beschwerdeführerin ist ein Direktvermarktungsunternehmen und als solches auch BKV in allen vier Regelzonen. Sie schließt mit Anlagenbetreibern Verträge zur Stromvermarktung, meldet die Anlage beim Verteilernetzbetreiber zur Direktvermarktung an und übernimmt die Anlage in ihren Bilanzkreis. Sie vermarktet den Strom sowohl über die Strombörse als auch über andere Handelsplattformen. Dabei vermarktet sie ausschließlich Strom aus erneuerbaren Energien, im vergangenen Jahr mehr als … GWh. Sie verwaltet Photovoltaikanlagen mit einer installierten Leistung von aktuell knapp … MWp, das Portfolio für Windenergie liegt zurzeit bei … MWp. Wegen der Erzeugungsschwankungen erneuerbarer Energien variieren die Einspeisungen stark. So lag etwa im Zeitraum vom 01.07.-06.07.2019 die Maximalproduktion bei … MW-Stunden, die mittlere Einspeisung hingegen bei … MW-Stunden und im Zeitraum vom 01.10.– 06.10.2019 die maximale Produktion bei …MW-Stunden und der Mittelwert bei … MW-Stunden. Die Beschwerdeführerin betreibt außerdem fahrplanbewirtschaftete Unterbilanzkreise bei vier Direktvermarktungskooperationspartnern. Der Handel zwischen den Bilanzkreisen sowie mit den Bilanzkreisen Dritter erfolgt regelzonenübergreifend. 5

Nachdem zum 18.12.2017 die EB-VO in Kraft getreten war, die die ÜNB in Art. 5 Abs. 4 c) i.V.m. Art. 18 Abs. 1 b) verpflichtete, innerhalb von sechs Monaten nach ihrem Inkrafttreten einen Vorschlag für Modalitäten für BKV zu entwickeln und der zuständigen Regulierungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen, entwickelten die ÜNB einen Vorschlag in Form einer überarbeiteten Fassung des Standardbilanzkreisvertrags 2011, den sie vom 01.03.-03.04.2018 konsultierten. Am 18.06.2018 legten die ÜNB ihren Vorschlag der Bundesnetzagentur zur Genehmigung vor. Der Antrag enthielt unter anderem den Vorschlag 6

eines vollständigen Standardbilanzkreisvertrags, ein mit Schreiben vom 05.11.2018 ergänztes Begründungsdokument sowie die im Rahmen der Konsultation eingegangenen Stellungnahmen der Interessenträger. Die Bundesnetzagentur leitete hierauf unter dem Az. 6-18-061 ein Verwaltungsverfahren ein. Die beantragte Neufassung des Standardbilanzkreisvertrags stellte sie auf ihrer Internetseite vom 20.06.-13.07.2018 und, nachdem die Beteiligten ihren Vorschlag auf Anregung der Bundesnetzagentur angepasst und am 07.03.2019 einen geänderten Antrag vorgelegt hatten, erneut vom 08.03.-21.03.2019 zur Konsultation. Die Beigeladenen zu 1) bis 37), zu denen als Beigeladene zu 16) die Beschwerdeführerin zählt, lud sie zwischen dem 12.10.2018 und 25.02.2019 zum Verfahren bei.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 12.04.2019 (Az. BK6-18-061, Anlage 1, im Folgenden: Genehmigungsbeschluss) hat die Bundesnetzagentur den Antrag der Übertragungsnetzbetreiber gestützt auf Art. 5 Abs. 4 c) i.V.m. Art. 18 Abs. 1 b) und 6 EB-VO sowie § 29 Abs. 1 EnWG i.Vm. § 27 Abs. 1 Nr. 4, 15 und 16 StromNZV unter einem Widerrufsvorbehalt mit Wirkung zum 01.05.2020 genehmigt und ihre Festlegung zum Standardbilanzkreisvertrag 2011 vom 29.06.2011 (Az. BK6-06-013) widerrufen. Ein bereits zuvor unter dem 06.06.2015 unter dem Az. BK6-14-044 eingeleitetes Festlegungsverfahren zur Änderung des Standardbilanzkreisvertrags 2011 gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 15 und Nr. 16 StromNZV hat die Bundesnetzagentur am 12.04.2019 eingestellt. Gegenstand des genehmigten Standardbilanzkreisvertrags sind unter anderem folgende Regelungen: 7

- 8

Nach Ziff. 5.1. ist der BKV für eine ausgeglichene Viertelstunden-Leistungsbilanz der seinem Bilanzkreis zugeordneten Einspeisungen und Entnahmen, für das ordnungsgemäße Fahrplanmanagement und für den wirtschaftlichen Ausgleich verbleibender Bilanzabweichungen verantwortlich.

- 9

Nach Ziff. 5.4. teilt der BKV dem ÜNB im Rahmen des Vertragsschlusses bzw. bei der Einrichtung neuer Bilanzkreise für die jeweiligen mittels Fahrplänen bewirtschafteten Bilanzkreise bzw. Unterbilanzkreise des Vertrags die Art der Nutzung der Bilanzkreise sowie die über die Bilanzkreise abgewickelten Energiemengen und Leistungen gemäß Anlage 1.1. (Deklarationswerte) verbindlich mit. Nach Ziff. 5.5. sind Änderungen der Nutzung des Bilanzkreises und der Deklarationswerte, die 20 Prozent, mindestens aber 10 MW bei Leistungsänderungen oder 240 MWh/Tag bzw. 2000 MWh/Woche bei Mengenänderungen der ursprünglich angemeldeten Werte übersteigen, dem ÜNB vorab mit einer Frist von 5 Werktagen (WT) schriftlich mitzuteilen und hierzu die Anlage 1.1. entsprechend zu aktualisieren. Ziff. 5.7. sieht eine Sicherheitsleistung oder eine Erhöhung der Sicherheitsleistung nach Ziff. 14. aufgrund der Erhöhung der nach Ziff. 5.5. genannten Werte vor. Nach Ziff. 5.8. kann der ÜNB den BKV anlassbezogen in Textform zur Plausibilisierung, Prüfung und ggfs. Aktualisierung der Angaben in Anlage 1.1. auffordern, was zu begründen ist.

- 10

Ziff. 13.3. sieht vor, dass, wenn einem Bilanzkreis Bilanzabweichungen dritter Bilanzkreise zugeordnet worden sind, die Bilanzabweichungen dieses Bilanzkreises einem weiteren

Bilanzkreis zugeordnet werden können (Kettenzuordnung). Der Hauptbilanzkreisverantwortliche stimmt zu, dass dem Unterbilanzkreisvertrag weitere Unterbilanzkreise zugeordnet werden können.

- 11

Nach Ziff. 14.1. kann der ÜNB in begründeten Fällen eine angemessene Sicherheitsleistung vom BKV verlangen. Die Anforderung der Sicherheitsleistung ist gegenüber dem BKV schriftlich zu begründen. Die Sicherheitsleistung ist binnen 10 Werktagen nach der Anforderung zu leisten. Der ÜNB kann unter den Voraussetzungen des Satzes 1 auch bereits den Abschluss des Bilanzkreisvertrags und die Einrichtung eines Bilanzkreises von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen. Sodann finden sich in Ziff. 14.1. S. 5 Beispiele für einen begründeten Fall. So wird ein begründeter Fall insbesondere dann angenommen, wenn a) der BKV innerhalb von 12 Kalendermonaten mit fälligen Zahlungen einmal mit nicht unerheblichen Beträgen in Verzug geraten ist und auch auf eine nach Verzugseintritt erklärte, schriftliche Aufforderung innerhalb von 7 Kalendertagen nicht vollständig gezahlt hat oder wenn c) der BKV die auf Grund einer dem ÜNB vorliegenden Informationslage begründete Besorgnis, dass er den Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht nachkommen wird, innerhalb der Frist nach S. 3 durch einen geeigneten Nachweis seiner Bonität wie z.B. einen aktuellen Geschäftsbericht, Handelsregisterauszug und erforderlichenfalls weitergehende aktuelle bonitätsrelevante Informationen nicht entkräften kann. Die dem ÜNB vorliegenden Informationen, auf denen die begründete Besorgnis beruht, sind dem BKV mit der Anforderung der Sicherheitsleistung mitzuteilen. Nach Ziff. 14.4. kann die Sicherheitsleistung nach Wahl des BKV in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft oder durch Verpfändung des Kontos erbracht werden. Legt der BKV dar, dass ihm eine Sicherheitsleistung in dieser Weise nicht möglich ist, so muss der ÜNB alternativ eine zum Basiszinssatz verzinsliche Sicherheitsleistung durch Überweisung akzeptieren. Barsicherheiten sind nicht zu akzeptieren.

- 12

Nach Ziff. 20.1. ist der ÜNB berechtigt, im Falle eines Verstoßes des BKV gegen wesentliche, aus diesem Vertrag resultierende Pflichten eine schriftliche Abmahnung an den BKV auszusprechen. Sodann ist nach Ziff. 20.2. eine außerordentliche Kündigung dieses Vertrags durch den ÜNB nach einem nach Ziff. 20.1. zum Ausspruch einer Abmahnung berechtigenden Pflichtverstoß des BKV zulässig, sofern im Zeitraum von 12 Monaten vor diesem Pflichtverstoß bereits zwei Abmahnungen nach Ziff. 20.1. gegen den BKV ausgesprochen wurden. Nach Ziff. 20.3. ist eine außerordentliche Kündigung des Bilanzkreisvertrags durch den ÜNB zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der dem ÜNB dessen Fortsetzung unzumutbar werden lässt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor,

a. wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass der Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistung des BKV gefährdet ist und dadurch die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem ÜNB gefährdet ist, sofern die vorrangige Erhebung einer Sicherheitsleistung nicht möglich oder zumutbar ist; 13

b. bei Über- oder Unterdeckungen eines Bilanzkreises dieses Vertrags im Rahmen der Fahrplananmeldung über mindestens 24 zusammenhängende Stunden in nicht unerheblicher Größenordnung; 14

c. sofern sich schon aus der Fahrplananmeldung des BKV (einschließlich FC-PROD, FC-CONS) eine Gefährdung der Systemsicherheit oder ein hohes Ausfallrisiko erkennen lässt; 15

d. wenn der BKV seiner Verpflichtung zur Stellung, Verstärkung oder Wiederauffüllung von Sicherheitsleistungen nicht innerhalb der vom ÜNB gesetzten Fristen gemäß Ziff. 14. nachkommt. Gleiches gilt, wenn die aufgelaufenen Forderungen des ÜNB die nachgewiesenen Sicherheitsleistungen aus diesem Vertrag übersteigen. 16

Der ÜNB wird in den Fällen der Ziff. 20.3. b) und c) das außerordentliche Kündigungsrecht erst wahrnehmen, wenn nach einer formalen Ansprach des BKV und einer angemessenen Frist die Korrektur der Fahrplananmeldung nicht erfolgt ist. Die Korrekturfrist beträgt – nach formaler Ansprache des BKV in Textform – mindestens eine Stunde. Die Kündigung darf fristlos erfolgen und bedarf der Schriftform. Nach Ziff. 20.4. sind die berechtigten Belange des BKV zu berücksichtigen. 17

- 18

Schließlich bestimmt Ziff. 1.5. der Anlage 3, dass nachträgliche Fahrplanänderungen in Abweichung von § 5 Abs. 3 StromNZV ausschließlich bei regelzoneninternen Fahrplänen bis 16:00 Uhr des auf den Erfüllungstag des Fahrplans folgenden Kalendertags möglich sind. Ist der folgende Kalendertag kein Werktag, sind nachträgliche Fahrplananmeldungen spätestens bis 16:00 Uhr des folgenden Werktags, längstens aber bis 16:00 Uhr des dritten auf den Erfüllungstag folgenden Werktags möglich. Zudem ist ein sog. Urgent Call vorgesehen, wonach im Einzelfall, um den Verdacht einer missbräuchlichen Fahrplanmeldung des BKV oder eines anderen BKV auszuräumen, der ÜNB abweichend hiervon bis 16:00 Uhr eines Kalendertages vom BKV die abschließende nachträgliche Fahrplananmeldung für diesen Tag und etwaige vorangegangenen Tage, für die die Frist zur abschließenden Fahrplananmeldung noch nicht verstrichen ist, bis um 10:00 Uhr des nächsten Kalendertages verlangen kann. (…) Die nicht oder nicht rechtzeitige vollständige Übermittlung der vom ÜNB angeforderten Fahrpläne stellt in jedem Fall einen Verstoß gegen wesentliche Pflichten aus dem Bilanzkreisvertrag dar. Zur Sicherstellung der operativen und prozessualen Verfügbarkeit und Durchführbarkeit des Urgent Calls ist der ÜNB berechtigt, bis zu zweimal je Kalenderjahr eine entsprechende Test-Anforderung auszusprechen, ohne dass ein Missbrauchsverdacht vorliegt. Die Test-Anforderungen sind bereits mit der Anforderung entsprechend durch den ÜNB kenntlich zu machen und vollumfänglich durch den BKV zu erfüllen.

Zur Begründung des Genehmigungsbeschlusses hat die Bundesnetzagentur unter anderem ausgeführt, dass sie im Rahmen ihrer Pflicht zur umfassenden rechtlichen Prüfung nicht nur die europarechtlichen Vorgaben isoliert zu betrachten habe, sondern wegen der Detailtiefe der beantragten Regelungen auch die hiermit in Einklang stehenden konkreteren nationalen Vorgaben des EnWG und der StromNZV unter Berücksichtigung der Wertungen des allgemeinen Zivilrechts heranzuziehen seien. Gleichzeitig sei sie in der Prüfung des zu genehmigenden Vorschlags grundsätzlich auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt. Der durch die Festlegungskompetenz in § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV der Beschlusskammer eingeräumte eigene Gestaltungsspielraum trete zurück, soweit die Beteiligten in Gebrauch ihres Antragsrechts Methoden für BKV beantragten. Die in der Branche diskutierten sehr unterschiedlichen Regelungskonzepte könnten allenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachtende Alternativen aufzeigen. Die Prüfung der Genehmigung richte sich aber nicht grundsätzlich auf eine Abwägung der alternativen Regelungsansätze. Nach diesen Maßstäben sei der Antrag der ÜNB nicht nur formell, sondern auch materiell rechtmäßig, wozu sie im Einzelnen ausführt. 19

20

II. Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer gegen den Genehmigungsbeschluss erhobenen Beschwerde geltend, die Bundesnetzagentur habe es weitgehend unterlassen, den Antrag der ÜNB systematisch anhand des höherrangigen Rechts zu überprüfen. Die Anforderungen an die Änderung der Festlegung vom 29.06.2011 (Az. BK6-06-13), die sich aus § 29 Abs. 2 EnWG ergäben, seien nicht erfüllt, da die Bundesnetzagentur weder dargetan habe noch ersichtlich sei, dass die Änderungen in der genehmigten Form erforderlich gewesen seien um sicherzustellen, dass der Musterbilanzkreisvertrag weiterhin genehmigungsfähig sei. Zudem ergebe sich aus den zur Begründung der angefochtenen Genehmigung herangezogenen Normen eine Verpflichtung zur umfassenden Prüfung der Rechts- und Zweckmäßigkeit. Dies folge daraus, dass die Aufgabenzuweisung in § 27 Abs. 1 StromNZV ausdrücklich zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Ziele (insbesondere Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit) unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren Netzbetriebes erfolge. Im Wortlaut sei eine Abwägungspflicht zwischen den genannten Zielen angelegt, wobei im Rahmen der Abwägung auch verschiedene Alternativen zum beantragten Modell zu prüfen seien. Eine Beschränkung des Prüfungsumfangs, soweit die ÜNB in Gebrauch ihres Antragsrechts Methoden für BKV beantragten, lasse sich § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV nicht entnehmen.

Bei der neu eingeführten Deklarationspflicht (Ziff. 5.4 – 5.7. und Anlage 1.1. des Standardbilanzkreisvertrags) handele es sich nicht um einen Teil der Fahrplanabwicklung, die in § 5 StromNZV genau geregelt sei, sondern um ein eigenes Verfahren. Es sei nicht geeignet, die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG zu verwirklichen oder auch nur zu fördern. Zur Sicherung des Netzbetriebs eigne sich die Deklaration allenfalls in sehr geringem Maße. Frühere Fahrplananmeldungen der Beschwerdeführerin seien für eine Plausibilisierung ihrer Fahrpläne ebenso aussagekräftig wie die neu eingeführte Deklarationspflicht. Hieraus folge, dass die Abweichung von § 5 StromNZV auch deswegen rechtswidrig sei, weil sie den BKV unangemessen benachteilige. Zudem bilde das Toleranzband, innerhalb dessen eine Deklaration nicht angepasst werden müsse, die saisonale und tageszeitliche Fluktuation erneuerbarer Energien nicht hinreichend ab und stehe zudem im Widerspruch zur geltend gemachten Zielsetzung der Abwendung des Missbrauchs und der Förderung eines sicheren Netzbetriebs. Die Pflicht zur anhand der Deklaration zu erbringenden höheren Sicherheitsleistung habe unmittelbare Auswirkungen auf die Rücklagen und die Kostenstruktur und damit letztendlich auf die Höhe des Strompreises und führe zur Übersicherung. Hinzu komme, dass bei einer „großzügigen“ Deklaration der ÜNB den BKV ggfs. auffordern könne, seine Angaben zu verringern. Die langen Bearbeitungsfristen führten dazu, dass kurzfristige Handels- und Geschäftsmöglichkeiten nicht mehr wahrgenommen werden könnten und trügen im Widerspruch zum Ziel der preisgünstigen Energieversorgung zu höheren Verbraucherpreisen bei. Eine höhere Deklaration komme deshalb nicht in Betracht. Soweit die Bundesnetzagentur meine, es sei ausreichend, wenn der BKV das Geschäft durch eine entsprechend schnelle Sicherheitsleistung ermöglichen könne, bedeute dies, dass der BKV ggfs. eine Sicherheit hinterlegen müsse, ohne dazu verpflichtet zu sein. Eine solche Sicherheitsleistung stehe in Widerspruch zu § 26 Nr. 6 StromNZV. 21

Die Regelungen über die Sicherheitsleistung in Ziff. 14. des Standardbilanzkreisvertrags seien ebenfalls unwirksam. Die Klausel, wonach die Sicherheitsleistung bereits zur Bedingung für den Vertragsschluss gemacht werden könne, benachteilige den BKV unangemessen, da sie mit dem Leitbild des § 26 Abs. 1 StromNZV nicht vereinbar sei. Zudem seien die Regelbeispiele für die Forderung einer Sicherheitsleistung unbestimmt. Dies gelte insbesondere für die Begriffe „nicht unerhebliche Beträge“, „Geldforderungen in nicht unerheblicher Höhe“ und „begründete Besorgnis“, der BKV werde „den Verpflichtungen“ aus dem Bilanzkreisvertrag nicht nachkommen. Diese genügten nicht den Anforderungen an das 22

Bestimmtheits- und Transparenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen und könnten die Behinderung der BKV sachlich nicht rechtfertigen. Soweit der Inhalt der Regelbeispiele bestimmbar sei, seien sie so weit gefasst, dass sie den BKV unangemessen i.S.d. § 307 BGB benachteiligten. In der Begründung der Beteiligten sei an keiner Stelle ersichtlich, dass die genannten Regelbeispiele eine Sicherheitsleistung erforderten, um einen sicheren Netzbetrieb zu gewährleisten. Die Sicherheitsleistung sei zudem so bemessen, dass sie nach den Grundsätzen über die Übersicherung sittenwidrig und daher unwirksam sei. Die Einschränkung der Sicherungsmittel sei nicht gerechtfertigt, insbesondere bleibe offen, wie der BKV darlegen solle, dass eine selbstschuldnerische Bürgschaft nicht möglich sei, um durch Überweisung leisten zu können. Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens nach dem EEG sei neben der Bürgschaft auch die Zahlung des Geldbetrags möglich. Der Wert der Sicherheitsleistung überschreite zudem den Wert des Ausfallsrisikos deutlich, und zwar zum einen aufgrund der Berechnung anhand der Maximalwerte, die BKV mit großem erneuerbare-Energien-Portfolio selten bis nie erreichten, und zum anderen aufgrund der doppelten Berücksichtigung regelzonenübergreifender Handelsgeschäfte. Schließlich werde der BKV auch dann, wenn die Sicherheitsanforderung unberechtigt sei, gezwungen, die Sicherheit zunächst zu leisten, um nicht eine fristlose Kündigung zu riskieren, ohne dass eine Anhörung oder Korrekturmöglichkeit vorgesehen sei. Der BKV sei daher auf nachträglichen Rechtsschutz angewiesen und müsse die wirtschaftlichen Konsequenzen auch unberechtigter Sicherheitsleistungen zunächst tragen. Soweit der Prüfungsumfang durch die Genehmigung beschränkt sein sollte, wäre der nachträgliche Rechtsschutz ggfs. nicht effektiv.

Die Klausel zur Abmahnung in Ziff. 20.1. des Standardbilanzkreisvertrags sei unbestimmt, da für den BKV nicht erkennbar sei, welche Pflichten gemeint seien. Die Bundesnetzagentur hätte allenfalls Pflichtverstöße zulassen dürfen, die Auswirkungen auf die Sicherheit des Netzbetriebs hätten. Das Fehlen einer Erklärungsfrist entgegen § 314 Abs. 3 BGB nach einem tatsächlich erfolgten Pflichtverstoß stelle eine unangemessene Benachteiligung des BKV dar. Es sei nicht vorgegeben, dass eine Abmahnung– wie eine Kündigung – innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis des Abmahngrundes erfolgen müsse. Der ÜNB könne Abmahngründe „sammeln“ und durch die Kumulierung von Abmahngründen innerhalb von 12 Monaten das außerordentliche Kündigungsrecht herbeiführen. Dadurch, dass die Pflicht zum Nachweis eines Rechtsverstoßes bzw. vorherige Rechtsschutzmöglichkeiten fehlten, sei einer willkürlichen Entscheidung des ÜNB Tür und Tor geöffnet. Dass vor Erklärung der Abmahnung eine Anhörung, ein Schiedsverfahren oder ein Rechtsmittel nicht vorgesehen sei, verstoße gegen die grundgesetzlich abgesicherte Garantie des effektiven Rechtsschutzes und stelle eine unangemessene Benachteiligung dar. Das Aufsichtsverfahren der Bundesnetzagentur zur Feststellung von Pflichtverstößen werde ersatzlos gestrichen. Ein behördliches Missbrauchsverfahren könne voraussichtlich nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist abgeschlossen werden. Ein nachträglicher Rechtsschutz, nachdem eine Kündigung zur Insolvenz und Geschäftsaufgabe geführt habe, sei wertlos. Auch ein Eilrechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten sei wenig erfolgversprechend, da innerhalb weniger Tage eine einstweilige Verfügung praktisch nicht erreichbar sei. Zudem sähen die energiewirtschaftlichen Vorschriften das offensichtlich ausreichende Ordnungswidrigkeitenverfahren nach § 29 Abs. 2 StromNZV vor. Es sei mit dessen Wertungen nicht zu vereinbaren, dass jegliche Pflichtverletzung eine Kündigung nach sich ziehen könne. 23

Die Verschärfung der Regelbeispiele für das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der nach Ziff. 20.3. des Standardbilanzkreisvertrags als schwerwiegender Verstoß die außerordentliche Kündigung rechtfertige, sei mit dem Grundgedanken der Regelungen des 24

BGB über die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nicht vereinbar, da eine Abwägung anhand der Sicherheit des Netzbetriebs und der Interessen der BKV nicht vorgenommen werde. Die Änderung der Formulierung in Ziff. 20.3. a), wonach anstelle der unterbliebenen Leistung auf die Leistungsfähigkeit des BKV abgestellt werde, stehe in Widerspruch zum wesentlichen Grundgedanken der Regelungen zur Unmöglichkeit, wonach eine Leistungspflicht bei Unmöglichkeit oder grob unverhältnismäßigem Aufwand entfalle. Es sei unklar, warum in dem in b) aufgeführten Regelbeispiel nicht auf den Abrechnungsbilanzkreis abgestellt werde, zumal nach § 2 Nr. 11 StromNZV die Pflicht zur ausgeglichenen Bewirtschaftung nur für diesen gelte. Es sei unklar, warum eine bilanzielle Über- oder Unterdeckung in einem Zeitraum zur Kündigung führen solle, in dem noch eine nachträgliche Fahrplankorrektur möglich sei. Die Regelung stehe auch im Widerspruch zu Ziff. 14., wonach in dem beschriebenen Fall Sicherheit zu leisten sei. Beim Regelbeispiel zu c) ergebe sich nicht hinreichend deutlich, wie eine Fahrplananmeldung isoliert zu einer Gefährdung der Systemsicherheit führen solle. Das Beispiel stehe auch im Widerspruch zur Möglichkeit einer nachträglichen Fahrplananmeldung. Dies gelte auch im Fall einer „formalen Ansprache“ nach Ziff. 20.3.. Gerade weil der BKV nicht einschätzen könne, wie sich seine Fahrplananmeldung zum jeweiligen Systemzustand verhalte, sei es umso wichtiger, Kündigungsgründe so zu formulieren, dass hiervon nur Risiken für den sicheren Netzbetrieb erfasst würden. Im Hinblick auf die Kündigung bei Nichtleistung angeforderter Sicherheitsleistungen sei der BKV rechtsschutzlos. Die Regelungen zur Korrekturmöglichkeit wichen des Weiteren vom Leitbild des § 314 Abs. 2 BGB ab, wonach grundsätzlich eine Abmahnung bzw. Abhilfefrist erforderlich sei. Soweit die Bundesnetzagentur im Hinblick auf die Regelbeispiele b) und c) unterstelle, dass die Kündigung nur virulent werde, wenn der BKV Abhilfemaßnahmen bewusst unterlasse oder ein Ausgleich aus anderen Gründen nicht erreicht werde, erkläre sie ihn auch dann für unredlich, wenn die Umstände, auf denen der Kündigungsgrund beruhe, nicht in seiner Hand lägen. Es sei nicht erkennbar, dass eine Frist von einer Stunde die Rechte des BKV ausreichend berücksichtige, insbesondere wenn Mitwirkungshandlungen Dritter erforderlich seien. Es sei des Weiteren nicht nachvollziehbar, dass im Regelbeispiel a) eine Sicherheitsleistung mit einem sicheren Netzbetrieb vereinbar sei und bei den Regelbeispielen b) und c) nicht. Regelbeispiel d) trage bei Abwägung der energiewirtschaftlichen Grundsätze die belastende Rechtsfolge nicht, zumal unterschiedliche Auslegungen des Begriffs unverzüglich zu erwarten seien. Schließlich verletze die Genehmigung der Klausel 20.3. das Gebot des effektiven Rechtschutzes, indes anstelle des ersatzlos gestrichenen Aufsichtsverfahrens nach Ziff. 11.4. des Standardbilanzkreisvertrags 2011 nur noch die Verpflichtung normiert sei, sich gemeinsam um Klärung zu bemühen, ohne dass hiermit verbindliche Folgen verbunden wären. Die „angemessene Berücksichtigung“ der „berechtigten Belange“ des BKV durch die ÜNB sei offensichtlich wertlos, da die Klausel bereits zu unbestimmt sei.

Die Regelung zur nachträglichen Fahrplanänderung in Anlage 3, Ziff. 1.5. des Standardbilanzkreisvertrags führe jedenfalls an Feiertagen wie Weihnachten, Ostern oder Pfingsten zu Problemen, umso mehr, als sie auf Informationen von Unterbilanzkreisen bzw. Dienstleistern angewiesen sei. Der „urgent call“ erfordere eine ständige Bereitschaft des BKV, was mit einem erheblichen Mehraufwand und erhöhten Personalkosten verbunden sei. Soweit die Bundesnetzagentur der Ansicht sei, es könne im Rahmen der Aufklärung und Wertung einer möglichen Pflichtwidrigkeit Berücksichtigung finden, wenn Daten Dritter nicht rechtzeitig beschafft werden könnten, finde sich diese Einschränkung im Vertragstext nicht. Eine unausgeglichene Fahrplanmeldung stelle auch kein Risiko für die Systemsicherheit dar. Die Möglichkeit zur nachträglichen Fahrplanmeldung zeige, dass sogar die physische Unausgeglichenheit die Systemsicherheit unberührt lassen könne. Die grundsätzliche Verringerung der Frist zur nachträglichen Fahrplananmeldung stehe in Widerspruch zu § 5 25

StromNZV. Problematisch sei ferner, dass der Urgent Call auch in Fällen ausgesprochen werden könne, in denen es an einer Dringlichkeit fehle, und so ggfs. Abmahnungs- und Kündigungsgründe konstruiert werden könnten.

Die Ausweitung der Verpflichtung zur ausgeglichenen Bewirtschaftung von Unterbilanzkreisen in Ziff. 5.1. des Standardbilanzkreisvertrags sei ebenfalls rechtswidrig. Die Bundesnetzagentur verkenne, dass Unterbilanzkreise abweichend von § 4 Abs. 2 StromNZV nicht ausgeglichen geführt werden müssten, wie sich aus § 2 Nr. 11 StromNZV ergebe. 26

Schließlich werde der BKV durch die pauschale Zustimmung zur Kettenzuordnung in Ziff. 13.3 unangemessen benachteiligt. Die Zuordnung eines Bilanzkreises zu einem anderen bedürfe nach § 4 Abs. 1 S. 4 StromNZV der Zustimmung des übergeordneten Bilanzkreises. Nach dem Wortlaut sei eindeutig, dass die Zustimmung einzelfallbezogen sein müsse, was sich aus der grundsätzlich geltenden Vertragsfreiheit ergebe. Die Vertragsverhältnisse zwischen den BKV seien bilateral. Die Belastung eines BKV durch die pauschale Zustimmung liege darin, dass es zu „unberechtigten Zuordnungen“ kommen könne und der BKV hierdurch eine Abmahnung oder Kündigung riskiere, wenn die über den Bilanzkreis abgewickelten Energiemengen aufgrund der Zuordnung scheinbar zu einer zu geringen Deklaration durch den BKV führen würden. 27

III. Die Beschwerdeführerin beantragt, 28

1. die Genehmigung der Bundesnetzagentur vom 12.04.2019, Az. BK6-18-061, aufzuheben; 29

2. den Widerruf der Festlegung der Bundesnetzagentur zur Vereinheitlichung der Standardbilanzkreisverträge vom 29.06.2011, Az. BK6-06-013, zum 30.04.2019 aufzuheben. 30

Die Bundesnetzagentur und die Beteiligten beantragen jeweils, 31

die Beschwerde zurückzuweisen. 32

IV. Die Bundesnetzagentur macht geltend, dass mit Ausübung des Antragsrechts gemäß Art. 4 Abs. 1 EB-VO durch die ÜNB ihre eigene Möglichkeit zurücktrete, ein Festlegungsverfahren mit gleichen Inhalten durchzuführen. Die konkreteren nationalen Vorgaben, die nicht im Wege des Anwendungsvorrangs verdrängt würden, blieben als inhaltlicher Prüfungsmaßstab anwendbar. Es handele sich deshalb bei der streitgegenständlichen Festlegung nicht um eine Änderung der Festlegung vom 26.06.2011, die den Anforderungen des § 29 Abs. 2 EnWG genügen müsse, was gleichwohl der Fall sei. Der von ihr entwickelte Prüfungsmaßstab sei zutreffend. Dass der ihr aus der Festlegungskompetenz des § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV eingeräumte eigene Gestaltungsspielraum im Streitfall zurücktrete, folge aus der Konzeption des Art. 4 EB-VO, wonach die Entwicklung der Modalitäten und Methoden den ÜNB und gerade nicht der Regulierungsbehörde obliege. Wolle man ihr ein eigenes Gestaltungsermessen einräumen, bedürfe es des Vorschlagsrechts bzw. der Vorschlagspflicht der ÜNB nicht. Soweit gleichwohl im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung die Ziele von § 1 und § 1a EnWG sowie der EB-VO zu prüfen seien, so bestünden an der grundsätzlichen Verhältnismäßigkeit des Regelungskonzeptes, das auf den langjährig praktizierten Standardbilanzkreisvertrag 2011 aufsetze, keine Zweifel. Sie habe - soweit erforderlich - bei entsprechendem Anlass einzelne Klauseln auf ihre Vereinbarung mit diesen Zielen und insbesondere dem Transparenzgebot und die Vereinbarkeit mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung i.S.d. § 307 BGB geprüft. 33

34

Die Deklarationspflicht finde ihre Rechtsgrundlage in § 18 Abs. 6 b) EB-VO und nicht in der StromNZV, insbesondere handele es sich nicht um eine Regelung des Fahrplanwesens. Die Einführung einer Deklaration in dem von den ÜNB entwickelten Bilanzkreissystem sei von zentraler Bedeutung und unentbehrlich. Wegen der Belastungen infolge der Energiewende durch die erhöhte Einspeisung volatiler erneuerbarer Energien sei das Bilanzkreissystem sensibler und in erhöhtem Maße auf Steuerungsmechanismen angewiesen. Es könne von den BKV als Teilnehmer an einem komplexen System verlangt werden, dass diese eigene Maximalwerte bestimmten. Zudem sei das Toleranzband großzügig bemessen und es könnten jederzeit Anpassungen vorgenommen werden. Auch bei fluktuierenden Einspeisern müsse der ÜNB die maximale Menge kennen. Die Regelung verhindere durch die Bearbeitungsfrist auch keine kurzfristigen Handels- und Geschäftsmöglichkeiten. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, würde dies nicht dem Ziel der Preisgünstigkeit nach § 1 Abs. 1 EnWG widersprechen. Insbesondere sei dem BKV eine antizipierte Sicherheitsleistung möglich. Die Absicherung eines finanziellen Risikos sei ein im Geschäftsleben üblicher Vorgang und es sei unangemessen, dass andere – hier der ÜNB oder andere BKV – das mit einem signifikant erhöhten Handelsvolumen einhergehende erhöhte Risiko trügen.

Die Möglichkeit, eine Sicherheitsleistung bereits bei Vertragsbeginn zu fordern, sei nicht zu beanstanden, da das Ausfallrisiko eines Neukunden - bzw. in besonderem Maße eines zuvor gekündigten Kunden - in begründeten Fällen nicht geringer zu bewerten sei als bei einem langjährigen Vertragspartner. Die Regelungstechnik der Bezugnahme auf „begründete Fälle“, die durch Regelbeispiele erläutert würden, sei nicht zu beanstanden. Solche Klausen seien sinnvoll, um die Vielzahl möglicher Konstellationen und wirtschaftlicher Verhältnisse zu erfassen, ihre Anwendung sei im Missbrauchsverfahren und sodann gerichtlich voll nachprüfbar. Die Regelung sei auch nicht unangemessen, da sie dazu diene, die für die Systemsicherheit erforderliche Pflichteinhaltung der BKV zu sichern und zu sanktionieren. Eine Übersicherung sei nicht zu befürchten. Die Erhöhung gegenüber der bisher nach dem Standardbilanzkreisvertrag 2011 zu leistenden Sicherheit sei maßgeblich darauf zurückzuführen, dass die derzeit geltende Berechnungsweise tendenziell zu einer Untersicherung führe. Die mehrfache Besicherung regelzonenübergreifender Geschäfte sei systembedingt hinzunehmen, da das Ausfallrisiko und die Besicherung inter partes auszulegen seien. Die Schwierigkeiten, die einer Alternativlösung wie einem Versicherungssystem entgegenstünden, seien bereits im Genehmigungsbeschluss dargelegt worden. 35

Die Abmahnung sei ein relativ mildes Mittel, um den BKV auf eine Säumnis oder ein Fehlverhalten aufmerksam zu machen und ihm die Möglichkeit zur Abhilfe zu geben. Die Neuregelung mache die Konsequenzen einer Pflichtverletzung gegenüber dem bisherigen Standardbilanzkreisvertrag transparenter und berechenbarer. Die Verantwortungen und Pflichten der BKV leiteten sich aus den gesetzlichen Vorgaben, dem Bilanzkreisvertrag sowie den über entsprechende Verweise einbezogenen Festlegungen der Bundesnetzagentur ab. Diese seien bestimmt und hinreichend konkretisiert. Eine wesentliche Pflicht liege dann vor, wenn sich deren Verletzung auf die Abläufe im Bilanzkreismanagement und damit systemgefährdend auswirken könne, wobei dem fachkundigen BKV bewusst sein sollte, dass aufgrund seiner besonderen Verantwortung aus der Teilnahme am Bilanzkreissystem potenziell auch kleine Pflichtsäumnisse ein Risiko für das System eröffnen könnten. Dies gelte etwa im Intraday-Zeitbereich für jedes Verhalten. Da im Bilanzkreismanagement alles Handeln der Systemsicherheit diene, bestimmten die Modalitäten für BKV ganz überwiegend wesentliche Pflichten. Deshalb lasse sich auch eine Beschränkung auf „schwerwiegende Verstöße“ nicht sinnvoll regeln. Auch das wiederholte Auftreten vermeintlich kleinerer Fehler sei der Systemsicherheit abträglich und über ein Sanktionssystem zu ahnden. Indem die 36

schwerwiegenden Fälle von Pflichtverletzungen nach Ziff. 20.3. S. 2 einen außerordentlichen Kündigungsgrund normierten, bestehe die geforderte Abstufung. Die Verfolgungsverjährung sei auf dem Workshop der ÜNB am 02.05.2018 ausdrücklich dahingehend besprochen worden, dass eine Abmahnung nach einem Pflichtverstoß und – schon aus Gründen der Nachweisbarkeit – nicht „gesammelt“ deutlich später erfolgen müsse. Die ÜNB hätten eindeutig erklärt, Pflichtverstöße umgehend, nachdem sie ersichtlich würden, zu prüfen und zu sanktionieren. § 314 Abs. 3 BGB sei auf Abmahnungen nicht anwendbar, da diesen die Warnfunktion bereits immanent sei. Schließlich sei die ordnungsgemäße Anwendung der Instrumentarien der Abmahnung durch die Bundesnetzagentur sowie gerichtlich überprüfbar. Es sei weder erforderlich noch sachgerecht, die Aufsichtsbehörde in jedem Konfliktfall automatisch einzubeziehen. Auf die Möglichkeit der Verfolgung von Verstößen als Ordnungswidrigkeit komme es nicht an, da Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht widerspruchsfrei neben dem Zivil- und Verwaltungsrecht existierten.

Selbst unter Zugrundelegung der Wertungen des § 314 BGB sei in Abwägung der Grundsätze des Netzzugangs eine verhältnismäßige Regelung zur außerordentlichen Kündigung im schwerwiegenden Fall getroffen. Es gehe bei den Regelbeispielen um Fälle, in denen das Festhalten am Vertrag dem ÜNB nicht länger zumutbar sei, etwa weil das Verhalten des BKV eine Systemgefährdung bedeute, missbräuchliches Verhalten offensichtlich oder das Vertrauensverhältnis zerrüttet sei. Den Belangen der BKV sei hinreichend Rechnung getragen. Die außerordentliche Kündigung sei ultima ratio und ihr kein Fall bekannt, in dem es tatsächlich zu einer fristlosen Kündigung gekommen sei. Die in Ziff. 20.4. neu eingeführte Rücksichtnahmepflicht diene der auch von den Beteiligten im Genehmigungsverfahren erklärten Absicht, zunächst eine Abwendung durch Aufklärung und Korrektur möglicher Fehler zu versuchen. Die Änderung in Regelbeispiel a) sei sach- und interessengerecht, da nicht nur die Leistungsfähigkeit, sondern auch die mangelnde Leistungsbereitschaft einen Kündigungsgrund darstelle. Regelbeispiel b) stelle zutreffend nicht auf die Abrechnungsbilanzkreise ab, da aus Sicht der Systemführer die Pflicht zum Ausgleich der Bilanzkreise sachgerecht an diejenigen Bilanzkreise anknüpfe, über welche Energiemengen per Fahrplan systemrelevant zur Abwicklung beim ÜNB angemeldet würden und die damit in die Berechnung der Systembilanz einflössen. Diese könnten, müssten aber nicht zugleich Abrechnungsbilanzkreise sein. Zudem rechtfertige nicht jede Über- oder Unterdeckung eines Bilanzkreises eine Kündigung, sondern es müssten eine formale Ansprache und eine fehlende Korrektur hinzutreten. Eine Heilung eines systemgefährdenden Gleichgewichts oder des Vertrauensverlustes infolge erfolgloser formaler Ansprache könne nicht durch Sicherheitsleistung erfolgen. Zu Regelbeispiel c) sei zu beachten, dass Fahrplananmeldungen im Ausnahmefall zu einer Gefährdung der Systemsicherheit führen könnten, etwa im Fall offener Positionen im Intraday-Markt, bei denen die Gefahr bestehe, dass diese nicht geschlossen werden könnten. Regelbeispiel d) sei Ausfluss des abgestuften Sanktionssystems und durch das konkrete Ausfallrisiko begründet. Bei den fahrplanbezogenen Pflichtverletzungen stehe die formale Ansprache des BKV mit Korrekturmöglichkeit der Fahrplanmeldung einer Abhilfefrist gleich, wobei eine Korrekturfrist von einer Stunde üblich und ausreichend sei und der gesetzlichen Frist des § 5 Abs. 4 StromNZV entspreche. 37

Der beanstandete Urgent Call diene der Systemsicherheit, da er dazu beitrage, missbräuchliches Verhalten möglichst frühzeitig aufzudecken und zur Schadensminimierung frühzeitig Abhilfemaßnahmen einzuleiten. Neue Bereitschaftsdienste müssten hierfür nicht eingerichtet werden, da die Tätigkeit der BKV auf eine Bewirtschaftung der Bilanzkreise für jede Viertelstunde des Tages ausgerichtet sei. Mittels Dienstleistungsvereinbarungen und Absprachen zwischen den BKV könne die Arbeit für Wochenenden und Feiertage auf 38

ohnehin präsente Arbeitseinheiten verlagert werden. Es sei möglich und zumutbar, mit einfachen Mitteln unter Ausnutzung der technischen Möglichkeiten eine Bereitschaft einzurichten. BKV, die fluktuative Einspeisungen vermarkteten, seien ohnehin verpflichtet, im Fall sich ändernder (Wetter-)Prognosen ihre Energiemengenprognose zu korrigieren und ihre Fahrplanmeldungen anzupassen, und hätten damit eine ständige Bereitschaftspflicht.

Für die Frage, ob ein Bilanzkreis ausgeglichen zu bewirtschaften sei, komme es nicht auf seine Eigenschaft als Unterbilanzkreis an, sondern darauf, ob der Bilanzkreis fahrplanbewirtschaftet sei. Die mit einer Kettenzuordnung verbundenen Rechte und Pflichten gehörten systematisch nicht in den Bilanzkreisvertrag. 39

V. Auch die Beteiligten zu 1) und 3) verteidigen den angefochtenen Beschluss als rechtmäßig. Die Bundesnetzagentur habe den Widerruf der Bestandsfestlegung zutreffend auf § 49 VwVfG gestützt. Er hätte sich aber auch auf § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG stützen lassen, da sich mit der Einführung der EB-VO die Rechtslage geändert habe und die Bundesnetzagentur eine in der Form einer Festlegung getroffene Bestandsregelung wegen Verstoßes gegen die Vorgaben der EB-VO nicht wieder treffen dürfe. Die Bundesnetzagentur sei auch von einem zutreffenden Prüfungsmaßstab ausgegangen. Mit dem (Muster-)Bilanzkreisvertrag würden legitime Regelungszwecke verfolgt, und zwar zuvorderst der Regelungszweck der Versorgungssicherheit, der nicht nur aus § 1 EnWG, sondern aus dem konkreteren und damit vorrangigen Normbefehl des Gesetzgebers an die ÜNB in § 13 Abs. 1 EnWG folge. Die besonders hohe Bedeutung der Versorgungssicherheit lasse sich auch der Strombinnenmarkt-Richtlinie (alt), dem Regelungsgehalt des § 13 Abs. 8 EnWG und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnehmen. Die Versorgungssicherheit werde gerade durch ausgeglichene Bilanzkreise erreicht bzw. erhalten, die konkrete Gefahr von Blackouts mit schwerwiegenden Schäden für Mensch und Tier und die gesamte Volkswirtschaft effektiv minimiert. Demgemäß sei das Gebot ausgeglichener Einspeise- und Entnahmemengen unter dem jeweiligen Bilanzkreis normativ festgeschrieben. Ein weiterer zentraler Regelungszweck lasse sich mit dem Begriff Kostengerechtigkeit zusammenfassen. Unausgeglichene Fahrplanmeldungen einzelner BKV schlügen sich in einem physikalischen Ungleichgewicht nieder und führten dazu, dass mehr Regelenergie zu umso höheren Kosten bereitgestellt werden müsse, wodurch wegen der Solidarisierung der Leistungsvorhaltekosten die Gesamtheit aller BKV belastet werde, ebenso durch den Leistungsausfall eines BKV im Hinblick auf die von ihm zu tragenden Regelenergiekosten wegen des Ausgleichs physikalischer Überschuss-/Fehlmengen in seinem eigenen Bilanzkreis. Der allgemeine Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit verlange daher, dass jeder einzelne BKV das Mengengleichgewicht stets bestmöglich und unter Beschränkung auf die unvermeidbaren Abweichungen einhalte. Dies folge auch aus dem Gesetzeszweck der Preisgünstigkeit der leitungsgebundenen Energieversorgung und der Verbraucherfreundlichkeit. Es stelle daher die Kostengerechtigkeit nicht in Frage, dass die BKV für die in Rede stehenden vertraglichen Vorkehrungen, die eine zuverlässigere Einhaltung des Mengengleichgewichts gewährleisteten und eine Abwehr missbräuchlich in Kauf genommener Ungleichgewichte ermöglichen sollten, ihrerseits Kosten aufwenden müssten. 40

Die Deklarationspflicht sei als eigenständiges Instrument auf einer der Fahrplananmeldung zeitlich und inhaltlich vorgelagerten Abwicklungsstufe der Geschäftsprozesse in § 26 Abs. 2 StromNZV ausdrücklich angelegt. Die Deklarationspflicht ermögliche eine effektive Risikoabschätzung bezüglich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des jeweiligen BKV, die auf der Grundlage vorangegangener Fahrplananmeldungen nicht in demselben Umfange möglich sei, sowie das rechtzeitige Erkennen von Missbrauchsfällen. Die Deklarationswerte müssten dabei, um zu zutreffenden Werten gelangen zu können, die tatsächlichen Werte 41

getreulich abbilden und mithin die höchsten zu erwartenden Stromumsätze in realitätsgerechter Weise widerspiegeln. Wenn auf der Einspeiseseite die volatilen Erzeugungsmengen aus EEG-Anlagen auch einmal besonders hoch ausfallen könnten, determiniere die betreffende Erzeugungsspitze zugleich den Höchstwert des Umsatzvolumens und damit den maximalen Risikoumfang für den Fall, dass ein mengenmäßiger Ausgleich dieser Stromeinspeisungen misslinge, so dass die entsprechende Bezifferung realitätsgerecht sei.

Eine 100%-ige Besicherung der gesamten Risiken, die sich – gemessen an der (unterstellt) realitätsgerechten Selbsteinschätzung des betreffenden BKV – aus der Vertragsdurchführung ergeben könnten, könne keine Übersicherung darstellen. Im gegebenen Kontext bestehe keine materielle Vorleistungspflicht des ÜNB. Bei einem regelzonenübergreifenden Geschäft seien beide ÜNB jeweils dem vollen Schadensrisiko ausgesetzt, da bei einer Nichteinhaltung des Mengengleichgewichts das betreffende Risiko-/Schadenspotential im Umfang des betreffenden Stromumsatzes auch ausschließlich in nur einer Regelzone auftreten könne. Der mit Ziff. 14. verfolgte – und gemessen an § 26 Abs. 2 Nr. 6 StromNZV legitime - Sicherungszweck werde durch die höhere „Insolvenzfestigkeit“ der vorgegebenen Sicherungsmittel erreicht. Eine Rechtsschutzverkürzung sei nicht ersichtlich, Streit oder Ungewissheit um die Berechtigung zur außerordentlichen Kündigung kein Spezifikum des genehmigungsgegenständlichen Bilanzkreisvertrags. Die Abstraktheit der Regelbeispiele ermögliche gerade eine einzelfallbezogene Entscheidung. Gesetzliche Vorgaben, z.B. § 321 Abs. 1 BGB, wiesen denselben Konkretisierungsgrad auf. 42

Eine Rechtsschutzverkürzung im Hinblick auf Abmahnungen nach Ziff. 20.1. sei nicht zu erkennen. Im Falle der gerichtlichen Überprüfung sei der ÜNB für das Vorliegen eines Abmahn- bzw. Kündigungsgrundes beweisbelastet. Eine Nachweispflicht vor Kündigung würde dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit zuwiderlaufen, weil eine sofortige Kündigung dann auch bei Bestehen eines Kündigungsgrundes ausgeschlossen wäre. Eine Sanktionierung nach § 29 Abs. 2 StromNZV könne den betreffenden BKV allenfalls zu einer freiwilligen Verhaltensänderung motivieren, verhindere aber nicht wie die außerordentliche Kündigung das Entstehen weiterer vermeidbarer Mengenabweichungen. Ein „Aufsparen“ von Abmahngründen sei durch die gewählte Vertragsgestaltung schon tatsächlich ausgeschlossen. 43

Da ein Ungleichgewicht zwischen Einspeise-/Entnahmeentgelten auch schon im Rahmen der (nominellen) Fahrplananmeldungen eine Gefährdung der Versorgungssicherheit und Kostengerechtigkeit bedinge oder zumindest besorgen lasse, seien Schadensverläufe zu befürchten, die im zeitlichen Nachgang nicht mehr zu kompensieren seien und deshalb eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen müssten. Darüber hinaus sei eine Fristsetzung in den Kündigungsfällen gemäß Ziff. 20.3. b) bis d) auch deshalb entbehrlich, weil die entsprechenden Vertragspflichten zeitlich gebunden zu erfüllen seien. In Kündigungsfällen gemäß Ziff. 20.3. a) sei die Setzung einer Abhilfefrist ersichtlich aussichtlos. 44

Es sei im Interesse der Versorgungssicherheit und Kostengerechtigkeit weiterhin geboten, dass die Möglichkeit zur nachträglichen Fahrplanmeldung auf ein Minimum beschränkt werde. Von daher wäre auch eine weitergehende zeitliche Beschränkung der nachträglichen Fahrplananmeldung möglich gewesen und der Urgent Call ein demgegenüber milderes Mittel. 45

Die Begriffsdefinition des Unterbilanzkreises gemäß § 2 Nr. 11 StromNZV beziehe sich ersichtlich nicht auf das Gebot zur bestmöglichen Einhaltung des Mengengleichgewichts gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 HS 1 StromNZV, sondern nur und gerade auf die anderweitige Pflicht gemäß § 4 Abs. 2 HS 2 StromNZV zum rein finanziellen (Kosten-)Ausgleich. Demgegenüber 46

gelte im Grundsatz auch für Unterbilanzkreise, dass sich ein Ungleichgewicht im Rahmen von Fahrplananmeldungen – bei Ausbleiben gegenläufiger Prognoseabweichungen und Durchmischungseffekte – eins zu eins in einem entsprechenden physikalischen Ungleichgewicht niederschlage.

Die Möglichkeit einer Kettenzuordnung sei definitionsgemäß jedwedem Abrechnungsbilanzkreis immanent, wie aus § 4 Abs. 1 S. 5 HS 2 StromNZV folge, der gerade keinen Bezug auf das Zustimmungserfordernis im nicht einschlägigen § 4 Abs. 1 S. 5 HS 1 StromNZV nehme. Dies überzeuge auch unter Wertungsgesichtspunkten. Denn der Hauptbilanzkreisverantwortliche könne sich gegen etwaige wirtschaftliche Risiken, die sich aus einer Kettenzuordnung für ihn ergeben könnten, dadurch absichern, dass er mit seinem Vertragspartner, dem erststufigen Unterbilanzkreisverantwortlichen, vereinbare, dass Letzterer eine Kettenzuordnung nicht oder nur auf Grundlage gesonderter, ihn schützender Vereinbarungen vornehmen werde. 47

VI. Die Beteiligten zu 2) und 4) sind ebenfalls der Ansicht, dass die Bundesnetzagentur die zutreffende Ermächtigungsgrundlage genannt habe und von einem zutreffenden Prüfungsmaßstab ausgegangen sei. Eine umfassende Rechts- und Zweckmäßigkeitsprüfung - insbesondere unter Einschluss des § 307 Abs. 1 und 2 BGB - habe nicht zu erfolgen, da das AGB-Recht durch den vorrangig durch EB-VO vorgegebenen Prüfungsmaßstab verdrängt werde. Die von der EB-VO ausdrücklich beabsichtigte einheitliche Handhandhabung der Regelreservemärkte in der EU setze einen einheitlichen Prüfungsmaßstab voraus. Zudem unterlägen auch die ÜNB hinsichtlich der anderen Marktteilnehmer dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Jedenfalls stelle der Prüfungsmaßstab der EB-VO das im Rahmen des AGB-Rechts zu berücksichtigende gesetzliche Leitbild dar. Die Gewährleistung der Systemsicherheit sei Ausgangspunkt des Prüfungsmaßstabes. 48

Die Deklarationspflicht nach Ziff. 5.4 bis 5.7 sei verhältnismäßig. Sie erleichtere als „Früherkennungsinstrument“ die Planung des sicheren und zuverlässigen Systembetriebs. Eine Unplausibilität, die die Identifizierung erheblicher Fehler in der Fahrplananmeldung ermögliche, ergebe sich nicht allein aus der Abweichung zu der Fahrplanmeldung etwa gegenüber dem Vortrag. Auch bei erneuerbaren Energien sei eine Deklaration anhand der realistisch abzuwickelnden Energiemengen und Leistungen richtig und im Vorfeld möglich. Die in der Höhe hiervon abhängige Sicherheitsleistung werde nur „in begründeten Fällen“ angefordert. In diesem Fall rechtfertige es das berechtigte Sicherheitsinteresse der ÜNB auch, die Sicherheitsleistung anhand des potenziell eintretenden Zahlungsausfalls zu berechnen, zumal die Beschwerdeführerin die durch fluktuierende erneuerbare Energien verursachten höheren Energiemengen und Leistungen regelmäßig auch zu erreichen scheine. Die Beschwerdeführerin sei hiervon auch nicht beschwert, da sie die Kosten auf ihre Kunden abwälze. Der Vortrag der Beschwerdeführerin, dass die Bearbeitungsfristen der ÜNB kurzfristige Handels- und Geschäftsmöglichkeiten verhinderten, sei unsubstantiiert. Erhöhungen, die über die Ausschöpfung des Toleranzbandes hinausgingen, kämen nicht „über Nacht“ zustande und könnten zudem durch freiwillige Sicherheitsleistungen ermöglicht werden, die der geschäftlichen Entscheidung der BKV unterlägen und, falls ihre Beibringung Schwierigkeiten mit sich brächten, ein umso erheblicheres Sicherungsbedürfnis der ÜNB belegten. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die ÜNB das Risiko aus der Geschäftstätigkeit der BKV einseitig tragen sollten. 49

Die Regelung zur Erbringung von Sicherheitsleistungen sei verhältnismäßig und stehe im Einklang mit dem nationalen Energierecht, insbesondere § 26 Abs. 1 und § 27 StromNZV. Die Formulierung „nicht unerhebliche Beträge“ sei hinreichend bestimmt, da es nicht möglich 50

sei, in den Standardbilanzkreisvertrag eine bezifferte Erheblichkeitsschwelle oder eine Konkretisierung anhand der Zahl nicht ausgeglichener Rechnungen aufzunehmen. Daher sei sogar den für § 307 Abs. 1 S. 2 BGB geltenden Transparenzmaßstäben für Unternehmer genügt. Der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber verwende etwa in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a) BGB und verwende in § 15 Abs. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 S. 1. StromGVV eine ähnliche Formulierung. Die Formulierung „begründete Besorgnis“ ermögliche eine einzelfallbezogene Bewertung auf objektiver Grundlage, die wegen der Verpflichtung des jeweiligen ÜNB zur Offenlegung der zugrunde gelegten Informationen nachvollziehbar sei. Die Aufnahme einer bestimmten Ratinganforderung als allgemeingültiges Kriterium der begründeten Besorgnis wäre ungeeignet und würde bei neu gegründeten BKV ohnehin nicht weiterhelfen. Die von der Beschwerdeführerin befürchtete „Übersicherung“ beruhe allenfalls auf ihrer eigenen, zu hohen Deklaration von Energiemengen und Leistungen. Eine ausdrückliche vertragliche Regelung hinsichtlich einer Anhörung oder Korrektur der Sicherheitsanforderung sei angesichts der vorgesehenen regulären Zahlungsfristen und der Gelegenheit, auf schriftliche Aufforderung zu zahlen, sowie den ohnehin bestehenden allgemeinen Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB nicht erforderlich und werde vom Verordnungsgeber in ähnlichen Sachverhalten (§ 15 StromGGV) nicht verlangt. Im Rahmen eines etwaigen Missbrauchsverfahrens könne die Bundesnetzagentur auch einstweilige Anordnungen erlassen, so dass ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten bestünden.

Bei „wesentlichen, aus dem Vertrag resultierende Pflichten“, die eine Abmahnung rechtfertigten, handele es sich auch für einen unerfahrenen Verbraucher, erst Recht aber für ein vertragserfahrenes Unternehmen offensichtlich um herausgehobene, für das Funktionieren des Vertrags bedeutsame Pflichten. Aus Ziff. 20.1. ergebe sich, dass die Abmahnung zeitnah nach dem Pflichtverstoß ausgesprochen werden müsse. Dies sei der Abmahnung aufgrund ihrer Warnfunktion immanent, so dass es offensichtlich rechtsmissbräuchlich und unzulässig wäre, Abmahngründe zu „sammeln“. Zudem würden mehrfache identische Pflichtverstöße, die nicht abgemahnt würden, ausdrücklich als ein Pflichtverstoß gelten, wodurch der Zeitbezug zwischen Pflichtverletzung und Abmahnung nochmals bestätigt werde. Die vertragliche Aufnahme eines Gespräches als Voraussetzung für eine wirksame Kündigung würde dem BKV eine einfache Möglichkeit bieten, die berechtigte außerordentliche Kündigung durch Nichterreichbarkeit, wie in der Vergangenheit geschehen, zu erschweren oder zu verhindern. Der Rechtsweg stehe uneingeschränkt offen. Insbesondere sei angesichts der außerordentlichen Kündigungsfrist von sieben Kalendertagen nicht nachvollziehbar, warum Eilrechtsschutz nicht erreichbar sein sollte. Es liege auch kein Verstoß gegen nationales Energierecht vor, insbesondere sehe § 27 Abs. 1 StromNZV den sicheren Netzbetrieb nicht als Zielsetzung an, Festlegungen der Bundesnetzagentur dürften diesem nur nicht entgegenstehen. § 29 Abs. 2 StromNZV adressiere schließlich nur die ÜNB. 51

Die Vorgaben für eine außerordentliche Kündigung in einem schwerwiegenden Fall seien nicht zu beanstanden. § 275 BGB spiele im Rahmen des Regelbeispiels a) keine Rolle, da sich dieses auf Geldleistungen beziehe. Regelbeispiel b) nehme auf den fahrplananmeldenden Bilanzkreis Bezug. Es stehe auch nicht in Widerspruch zur nachträglichen Fahrplankorrektur, da zunächst eine formale Ansprache des BKV zu erfolgen haben, und nur, wenn dieser aus nicht nachvollziehbaren Gründen darauf nicht reagiere, der ÜNB annehmen dürfe, dass dieser an der Klärung nicht interessiert sei. Die Verpflichtung in Ziff. 20.4. S. 1 schränke das Kündigungsrecht des ÜNB in den Fällen ein, in denen etwa der BKV willens, aber wegen der Einbeziehung Dritter nicht in der Lage sei, eine Fahrplankorrektur zeitnah vorzunehmen oder die angemessene Korrekturfrist von einer Stunde einzuhalten. Aus denselben Gründen sei auch Regelbeispiel c) verhältnismäßig, 52

zumal der BKV durch die formale Ansprache erfahre, dass sich seine Fahrplanmeldung ungünstig zum Systemzustand verhalte. Für die Regelbeispiele b) und c) bestehe zudem eine angemessene Korrekturfrist, deren Nichteinhaltung nach formaler Ansprache und ohne weiteren sachlichen Grund als Leistungsverweigerung anzusehen sei. Eine Sicherheitsleistung könne bei einer potentiellen Systemgefährdung keine Abhilfe schaffen. Regelbeispiel d) stelle gerade nicht auf ein „unverzügliches Tätigwerden“ ab, sondern sehe eine nicht auslegungsfähige Frist von 10 Werktagen vor.

Der Urgent Call sei erforderlich, um Auffälligkeiten bei der Fahrplananmeldung zeitnah, schnell und unkompliziert zu klären, und gegenüber der Verkürzung der Fristen für eine nachträgliche Fahrplankorrektur ein milderes Mittel. Die Bereitschaftszeit, die auf Seiten der BKV mit dem Urgent Call verbunden sei, sei nicht ansatzweise dargelegt und auch nicht erkennbar, zumal ein Urgent Call auch online bearbeitet werden könne. Der ÜNB müsse sichergehen können, dass der Urgent Call im Ernstfall auch funktioniere, weshalb die BKV sich dem Testlauf auch nicht sanktionslos entziehen dürften. 53

Da die einzelfallunabhängige Zustimmung zur Zuordnung von Unterbilanzkreisen zu einem (anderen) Unterbilanzkreis nur im Rechtsverhältnis zwischen ÜNB und BKV und nicht auch der BKV untereinander rechtliche Bedeutung erlange, sei nicht nachvollziehbar, warum die BKV hierdurch in ihrer Vertragsfreiheit verletzt sein sollten. Es verbleibe die unternehmerische Entscheidung des BKV, ob und wem er die Zuordnung von Unterbilanzkreisen gestatte. § 4 Abs. 1 S. 4 StromNZV lasse sich nicht die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Zustimmung entnehmen. 54

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang und das Protokoll der Senatssitzung vom 04.12.2019 Bezug genommen. 55

B. 56

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. 57

I. Die Beschwerde gegen die Genehmigung des Vorschlags der ÜNB zu den Modalitäten für BKV ist zulässig, insbesondere ist sie als Anfechtungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 84 Abs. 2 EnWG. Die Beschwerdeführerin ist auch beschwerdebefugt. Sie ist Beteiligte des Verwaltungsverfahren i.S.d. § 75 Abs. 2 EnWG und als BKV durch den angefochtenen Genehmigungsbeschluss auch materiell beschwert, da der Vorschlag der ÜNB das Rechtsverhältnis des jeweiligen ÜNB zum BKV rechtsverbindlich regelt und sie hierdurch in eigenen Rechten betroffen ist. 58

II. Die Bundesnetzagentur hat den Vorschlag der ÜNB zu den Modalitäten für BKV zu Recht genehmigt, so dass der Beschwerdeantrag zu 1., mit dem die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Genehmigung begehrt, unbegründet ist. 59

Die ÜNB haben die Genehmigung formell ordnungsgemäß beantragt, insbesondere ist der zur Genehmigung gestellte Vorschlag nach den von der Beschwerdeführerin nicht angegriffenen Ausführungen im angefochtenen Genehmigungsbeschluss vollständig sowie form- und fristgerecht nach Maßgabe des Art. 10 Abs. 1, 5, und 6 EB-VO vorgelegt worden. Die Genehmigung ist auch materiell rechtmäßig, da der Vorschlag der ÜNB genehmigungsfähig ist. 60

61

1. Die Bundesnetzagentur hat den von ihr an die Genehmigung anzulegenden Prüfungsmaßstab fehlerfrei bestimmt.

1.1. Sie ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass der Vorschlag der ÜNB zu den Modalitäten für BKV einer Rechtmäßigkeits-, nicht aber auch einer Zweckmäßigkeitskontrolle unterliegt. 62

Nach Art. 18 Abs. 1 EB-VO entwickeln die ÜNB eines Mitgliedsstaates für alle Fahrplangebiete dieses Mitgliedsstaates einen Vorschlag für die Modalitäten für BKV, die die in Art. 18 Abs. 6 EB-VO im Einzelnen aufgeführten Inhalte umfassen müssen. Dieser Vorschlag bedarf nach Art. 5 Abs. 4 c) EB-VO sodann der Genehmigung aller Regulierungsbehörden des betroffenen Mitgliedsstaates. Das europäische Recht unterscheidet insoweit deutlich zwischen einer unmittelbaren Festlegung durch die Regulierungsbehörde einerseits und der bloßen Genehmigung durch die Regulierungsbehörde andererseits, so etwa in Art. 37 Abs. 1 a) und Abs. 6 der Richtlinie 2009/72/EG (Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009) sowie in Art. 59 Abs. 1 a) und Art. 7 der Richtlinie (EU) 2019/944 (Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2019). Auch in § 29 EnWG ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Regulierungsbehörde Entscheidungen in den im EnWG benannten Fällen über die Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang nach den in § 17 Abs. 3, § 21a Abs. 6 EnWG und § 24 EnWG genannten Rechtsverordnungen durch Festlegung *oder* durch Genehmigung gegenüber dem Antragsteller trifft. 63

Der Auftrag zur Gestaltung der Modalitäten wird mithin nach dem unmissverständlichen Wortlaut der EB-VO verpflichtend den ÜNB erteilt. Dieser Gestaltungsauftrag des Europäischen Normgebers liefe leer, wenn der Bundesnetzagentur neben einer Rechtsmäßigkeitskontrolle auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle zugebilligt würde, da in einem solchen Fall die Regulierungsbehörde eine eigenständige inhaltliche Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung der Modalitäten treffen würde. Dann aber bedürfte es der Vorschlagspflicht der ÜNB nicht. Hieraus folgt gleichzeitig, dass die der Bundesnetzagentur in § 27 Abs. 1 Nr. 15 StromNZV erteilte Ermächtigung, Festlegungen zu den Bilanzkreisverträgen nach § 26 StromNZV zu treffen, hinter dem durch die – als EU-Recht vorrangige - EB-VO den ÜNB erteilten Gestaltungsauftrag zurücktreten muss. 64

Die Verpflichtung der Bundesnetzagentur zu einer Zweckmäßigkeitskontrolle kann deshalb auch nicht daraus hergeleitet werden, dass die Bundesnetzagentur als Grundlage ihrer Entscheidung unter anderem § 29 Abs. 1 EnWG zitiert hat und ihr § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG die Befugnis eröffnet, die von ihr nach Abs. 1 festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen. Denn aus dem angefochtenen Genehmigungsbeschluss geht deutlich hervor, dass die Bundesnetzagentur ausschließlich eine auf Art. 5 Abs. 4 c) i.V.m. § 18 Abs. 1 b) und 6 EB-VO gestützte Genehmigungsentscheidung getroffen hat und nicht eine eigenständige Festlegung nach § 29 Abs. 1 i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 4, 15 und 16 StromNZV vornehmen bzw. über deren Abänderung entscheiden wollte. Hierzu wäre sie wie aufgezeigt im Hinblick auf den Anwendungsvorrang der Vorgaben in der EB-VO auch nicht mehr befugt, wie sie zutreffend erkannt hat. 65

1.2. Auch Inhalt und Umfang der von ihr vorzunehmenden Rechtsmäßigkeitskontrolle hat die Bundesnetzagentur fehlerfrei bestimmt. 66

67

Die Rechtmäßigkeitskontrolle umfasst danach nicht nur die isolierte Betrachtung der europarechtlichen Vorgaben, sondern wegen der Detailtiefe der beantragten Regelungen auch die hiermit in Einklang stehenden konkreteren nationalen Vorgaben des EnWG und der StromNZV unter Berücksichtigung der Wertungen des allgemeinen Zivilrechts.

1.2.1. Ausgangspunkt der Rechtmäßigkeitsprüfung sind die vorrangig zu beachtenden europarechtlichen Vorgaben der EB-VO. 68

Übergeordnetes Ziel der EB-VO, die einen voll funktionierenden und vernetzten Energiemarkt ermöglichen soll, ist nach Erwägungsgrund 1 die Erhaltung der Energieversorgungssicherheit, die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit und die Gewährleistung erschwinglicher Energiepreise für die Verbraucher. Konkret formuliert sind die mit der Verordnung verfolgten Ziele sodann in Art. 3 EB-VO. Soweit für den allein die Modalitäten für BKV und nicht unmittelbar die Regelreservemärkte betreffenden Streitfall relevant, soll nach Art. 3 Abs. 1 g) EB-VO die Verordnung die Einbeziehung erneuerbarer Energien erleichtern und zur Erreichung des Ziels der Europäischen Union für den Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien beitragen (so auch Erwägungsgrund 6). Die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union bzw. die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen sind als energiepolitische Zielsetzungen der Union auch bereits in Art. 194 Abs. 1 a) und d) AEUV verankert. 69

Zudem haben nach Art. 3 Abs. 2 a) bis c) die Mitgliedsstaaten, Regulierungsbehörden und Netzbetreiber die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Diskriminierungsfreiheit anzuwenden, für Transparenz zu sorgen und den Grundsatz der Optimierung höchster Gesamteffizienz und geringster Gesamtkosten für alle Beteiligten anzuwenden. In diesem Zusammenhang ist Erwägungsgrund (8) zu beachten, der konkret bezogen auf die hier streitgegenständlichen Modalitäten für BKV verlangt, dass die Bestimmungen zur Festlegung der Aufgaben der BKV Fairness, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit sicherstellen. Nach Erwägungsgrund (17) soll durch die Abrechnung von Bilanzkreisabweichungen dabei vor allem sichergestellt werden, dass die BKV effizient auf ein ausgeglichenes System hinwirken, und es sollen Anreize für Marktteilnehmer geschafft werden, das Gleichgewicht im System aufrechtzuerhalten und/oder zu seiner Wiederherstellung beizutragen. Die Bestimmungen für die Abrechnung von Bilanzkreisabweichungen sollen wiederum sicherstellen, dass dies auf diskriminierungsfreie, faire, objektive und transparente Weise erfolgt. 70

Des Weiteren verpflichtet Art. 3 Abs. 2 f) EB-VO die Mitgliedsstaaten, zuständigen Regulierungsbehörden und Netzbetreiber dazu, die den relevanten ÜNB auch in nationalem Recht übertragene Verantwortung für die Gewährleistung der Systemsicherheit zu achten. Nach Art. 3 Abs. 2 h) sind schließlich die vereinbarten europäischen Normen und technischen Spezifikationen zu berücksichtigen. 71

1.2.2. Zudem dürfen die Vorgaben der ÜNB nicht gegen das im EnWG und in der StromNZV normierte nationale Energierecht verstoßen, soweit die vorrangige EB-VO dieses unberührt lässt. 72

Hier ist insbesondere § 1 Abs. 1 EnWG zu beachten, wonach Zwecksetzung des EnWG eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität ist, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. § 27 Abs. 1 StromNZV, wonach die Bundesnetzagentur Festlegungen auch zu Bilanzkreisverträgen zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Ziele unter Beachtung der Anforderungen eines 73

sicheren Netzbetriebs treffen kann, ist hier ebenfalls zu beachten, da der Maßstab, der für eigene Festlegungen der Bundesnetzagentur gilt, auch auf die Genehmigung entsprechender Anträge der ÜNB als einem „regulierungsrechtlichen Weniger“ hierzu gelten muss. Auch die weiteren Vorgaben der StromNZV zu Netzzugang, Systemausgleich und den Aufgaben der BKV im Elektrizitätsversorgungsgesetz konkretisieren die EB-VO.

1.2.3. Die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht direkt anwendbar. 74

Die Vorgaben, die bei der Ausgestaltung der Modalitäten für BKV durch die ÜNB zu beachten sind, finden sich wie aufgezeigt in der EB-VO und werden durch das nationale Energierecht konkretisiert. Hierzu zählen auch die Verhältnismäßigkeit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, die es anhand der energierechtlich vorgegebenen Maßstäbe zu beurteilen gilt. Nach dem Sinn und Zweck der EB-VO und der diese tragenden Wertungen des Gesetzgebers stellen die dortigen Regelungen eine erschöpfende Regelung dar, neben der das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Anwendung finden kann (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, Rn. 16 für das Verhältnis des in § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB kodifizierten Gebots einer angemessenen Vertragsgestaltung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Dies folgt schon aus dem besonderen Regelungsgehalt der Vorgaben der EB-VO, die ersichtlich eine EU-weite, umfassende und abschließende Regelung des Systemausgleichs im Energieversorgungsystem bezwecken. Dieser Anspruch wird etwa in Erwägungsgrund (5) adressiert, wenn es heißt, dass die Verordnung technische, betriebliche und marktbezogene Vorschriften für die Funktion der Regelenergiereservemärkte im Elektrizitätsversorgungssystem in der gesamten EU enthält. 75

Die Wertungen des AGB-Rechts können jedoch, soweit sie die Vorgaben der EB-VO zu Verhältnismäßigkeit, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit konkretisieren und zu den Zielvorgaben der Verordnung oder des diese konkretisierenden nationalen Energierechts nicht in Widerspruch stehen, herangezogen werden (so auch BGH a.a.O., Rn. 19). Hiervon ist auch die Bundesnetzagentur ausgegangen. 76

1.2.4. Im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle hatte die Bundesnetzagentur insbesondere zu beachten, dass in den einschlägigen europäischen und nationalen Vorgaben der Zielsetzung der Versorgungssicherheit für die Gestaltung der Modalitäten für BKV ein besonderes Gewicht zukommt. 77

Die Bedeutung des Bilanzkreis- und Ausgleichsenergiesystems für die Gewährleistung der Elektrizitätsversorgungssicherheit wird in der EB-VO ausdrücklich anerkannt, indem Art. 3 Abs. 2 f) bestimmt, dass bei der Anwendung der Verordnung die den relevanten ÜNB auch in nationalem Recht übertragene Verantwortung für die Gewährleistung der Systemsicherheit zu achten ist. Nach § 13 Abs. 1 EnWG wird die Systemverantwortung für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Elektrizitätsversorgungsnetze in der Regelzone dem ÜNB auferlegt. 78

Zudem ist auch im nationalen Recht die zentrale Bedeutung des Bilanzkreis- und Ausgleichsenergiesystems für die Gewährleistung der Elektrizitätsversorgungssicherheit als Grundsatz des Strommarktes ausdrücklich gesetzlich verankert und es sollen Bilanzkreistreue der BKV und eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung der Bilanzkreise sichergestellt werden (§ 1a Abs. 2 EnWG). 79

2. Unter Anlegung dieses Prüfungsmaßstabes hat die Bundesnetzagentur zunächst zu Recht die in Ziff. 5.4. ff. des Standardbilanzkreisvertrags getroffenen Regelungen über die Mitteilung von Deklarationswerten als rechtmäßig angesehen und genehmigt. 80

2.1. Die Rechtsgrundlage für die Vorgaben findet sich in Art. 17 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1 EB-VO, der die ÜNB ermächtigt, die Modalitäten für BKV festzulegen. 81

Anders als die Bundesnetzagentur meint, ist die konkrete Ausgestaltung der Pflichten der BKV allerdings nicht bereits von Art. 18 Abs. 6 b) EB-VO umfasst, wonach die Modalitäten für die BKV die Bedingungen enthalten müssen, um als BKV tätig zu werden. Die deutsche Sprachfassung der Verordnung impliziert bereits, dass hiervon nur die Bedingungen umfasst sind, die erfüllt werden müssen, um (erstmalig) als BKV tätig zu werden, nicht auch die Bedingungen, unter denen ein solcher sodann tätig ist. Dies wird in der englischen Sprachfassung der Verordnung noch deutlicher, die lautet: 82

„The terms and conditions for balance responsible parties shall contain the requirements for *becoming* a balance responsible party.“ (Hervorhebung durch Senat) 83

Allerdings enthält Art. 18 Abs. 6 EB-VO lediglich die zwingend aufzunehmenden Vorgaben, ohne dass hierdurch weitere Modalitäten ausgeschlossen würden. Vielmehr sieht Art. 17 Abs. 1 S. 2 EB-VO ergänzend vor, dass die detaillierten Anforderungen an die Verpflichtung jedes BKV, den eigenen Bilanzkreis auszugleichen bzw. das Elektrizitätsversorgungssystem zu stützen, in dem gemäß Art. 18 EB-VO entwickelten Vorschlag für Modalitäten für den Systemausgleich festgelegt werden. Diese Ermächtigung ist weit gefasst und umfasst alle konkreten Vorgaben, die sich auf das „Wie“ der Tätigkeit der BKV im Rahmen seiner gesetzlichen Pflichten beziehen. 84

Dieses Verständnis steht auch im Einklang mit § 26 Abs.1, Abs. 2 Nr. 3 StromNZV, wonach Gegenstand des zwischen dem BKV und dem ÜNB zu schließenden Vertrags über die Führung, Abwicklung und Abrechnung von Bilanzkreisen (Bilanzkreisvertrag) unter anderem die Rechte und Pflichten des BKV sind und der damit den möglichen Inhalt des Bilanzkreisvertrags ebenfalls weit fasst. 85

2.2. Die den BKV auferlegte Deklarationspflicht ist verhältnismäßig. 86

2.2.1. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin stellt sie eine geeignete Maßnahme zur Verbesserung der Versorgungssicherheit als übergeordnetem Gesetzesziel der EB-VO und des EnWG dar und stützt deshalb das Energieversorgungssystem im Sinne des Art. 17 Abs. 1 VO-EB. 87

Durch die Deklaration der Obergrenzen können die über die Fahrpläne abzuwickelnden Energiemengen plausibilisiert und jedenfalls grobe Fehler bei der Fahrplananmeldung im Vorhinein erkannt werden. Dass die Deklaration die Entdeckung von „Ausreißern“ ermöglicht, hat die Beschwerdeführerin nicht bestritten. Zudem trägt die Kenntnis des maximalen Volumens der über die jeweiligen Bilanzkreise abzuwickelnden Energiemengen zur Planbarkeit der Systemführung bei. Schließlich sind die deklarierten Werte – wie im Einzelnen noch ausgeführt wird - Anknüpfungspunkte für eine ggfs. zu leistende Sicherheit und damit auch für das Sanktionssystem, das zur Netzstabilität und Versorgungssicherheit beitragen soll. Die Regelungen dienen damit insgesamt der Stärkung der für die Versorgungssicherheit wesentlichen Systemführung. 88

2.2.2. Die Deklarationspflicht ist auch erforderlich. Frühere Fahrplananmeldungen sind zur Plausibilisierung der neu angemeldeten Fahrpläne nicht ebenso geeignet wie die neu eingeführte Deklarationspflicht. Vergangene Fahrplananmeldungen sind schon nicht gleichermaßen aussagekräftig, da sie jeweils nur eine Momentaufnahme bieten. Eine Auswertung aller vergangenen Fahrplananmeldungen, die etwa bei langjährigen 89

Vertragspartnern ähnlich belastbare Plausibilitätsaussagen ermöglichen könnten, ist ersichtlich deutlich aufwändiger als ein Abgleich mit den deklarierten Maximal-Werten. Zudem liegen solche Daten bei Neukunden überhaupt nicht vor und sind bei solchen BKV, mit denen der Bilanzkreisvertrag noch nicht lange besteht, nicht hinreichend belastbar.

2.2.3. Die Deklarationspflicht ist des Weiteren verhältnismäßig im engeren Sinne. 90

2.2.3.1. Zwar entsteht für die BKV mit der Erstellung und fortlaufenden Kontrolle und ggfs. Anpassung der Anlage 1.1. ein gewisser administrativer Aufwand. Der dabei entstehende Aufwand ist aber verhältnismäßig. Denn durch die Deklaration wird, worauf auch die Bundesnetzagentur zutreffend abstellt, eine zur Versorgungssicherheit beitragende Selbstkontrolle der BKV installiert. Konkreter Vortrag, dass der – schon nicht im Einzelnen dargelegte - Mehraufwand für die Beschwerdeführerin untragbar wäre, fehlt. Es liegen hierfür auch keine Anhaltspunkte vor. Denn ein gewissenhafter BKV kennt die von ihm kontrahierten Energiemengen und wird auch ohne größeren Aufwand in der Lage sein, sein maximales Handelsvolumen abzuschätzen. 91

2.2.3.2. Eine Unverhältnismäßigkeit folgt auch nicht aus den für die Deklaration vorgesehenen Bearbeitungsfristen. Die Beschwerdeführerin kann nicht einwenden, dass die BKV hierdurch in unangemessener Weise an der Durchführung von Handelsgeschäften gehindert seien. 92

Grundsätzlich können die BKV Einschränkungen des Handelsvolumens mit einer entsprechend realistischen und eher großzügigen Deklaration begegnen. Mit Blick auf kurzfristige Handelsgeschäfte haben die Beteiligten von der Beschwerdeführerin unbeanstandet geltend gemacht, dass ein Zeitraum von 5 Werktagen insbesondere zur Prüfung der Notwendigkeit zur Erhebung oder Erhöhung einer Sicherheit erforderlich sei. Dies führt auch nicht dazu, dass die BKV in erheblicher Weise am Abschluss kurzfristiger Geschäfte gehindert würden. Betroffen sind infolge des großzügigen Toleranzbandes schon im Ausgangspunkt nur Geschäfte, die die Schwelle von 20 %, mindestens aber 10 MW bei Leistungsänderungen oder 240 MWh/Tag bzw. 2000 MWh/Woche bei Mengenänderungen überschreiten. Dass es überhaupt ohne einen längeren Planungsprozess zu solch erheblichen Überschreitungen kommen kann, wie von den ÜNB und der Bundesnetzagentur in Abrede gestellt, erscheint fernliegend. Es wird sich daher allenfalls um Ausnahmefälle handeln können. In solchen Ausnahmefällen aber bleibt dem BKV die Möglichkeit, unter proaktivem Angebot einer Sicherheit auch kurzfristig die Deklarationsgrenzen überschreitende Geschäfte zu realisieren. Die Bundesnetzagentur hat im angefochtenen Beschluss die ÜNB an ihrer im Konsultations-Workshop gegebenen Zusage festgehalten, kurzfristige Mengenüberschreitungen unter Angebot einer Sicherheit nach bestem Können zu ermöglichen. Ein Verstoß gegen § 26 Abs. 6 StromNZV, wonach zum Mindestinhalt des Bilanzkreisvertrags Regelungen zu den Voraussetzungen für die Erhebung einer Sicherheitsleistung in begründeten Fällen gehören, liegt hierin nicht. Denn es besteht gerade keine Pflicht des BKV zur Erbringung der Sicherheit. Diese ist vielmehr ausschließlich in das Ermessen des BKV gestellt, der zu entscheiden hat, ob er das kurzfristige Ausnahmegeschäft ermöglichen will. Die durch die freiwillige Sicherheitsleistung entstehende finanzielle Belastung ist angesichts der aufgezeigten Bedeutung der Deklarationspflicht zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit hinzunehmen. 93

Anders als die Beschwerdeführerin meint, folgt aus Ziff. 5.8. im Übrigen nicht, dass der ÜNB den BKV ggfs. auffordern kann, seine Angaben zu verringern. Die Verpflichtung erstreckt sich nach dem Wortlaut auf die Plausibilisierung, Prüfung und ggfs. Aktualisierung der Deklaration und zielt damit ersichtlich allein auf die Richtigstellung fehlerhaft gemeldeter Daten. Eine 94

hiervon unabhängige Pflicht zur Reduzierung der gemeldeten Mengen findet in Ziff. 5.8. keinen Anhalt.

2.3. Der Umstand, dass sich die Sicherheitsleistung nach den deklarierten Maximal-Werten bestimmt und nicht – wie im Regelungsbereich des Standardbilanzkreisvertrags 2011 – nach dem Durchschnitt der Energiemengen und Leistungen, stellt keine Diskriminierung der BKV, die ein hohes Maß erneuerbarer Energien einspeisen, gegenüber den Einspeisern konventioneller Energiemengen dar. 95

Auch wenn ein BKV wie die Beschwerdeführerin mit einem hohen Maß an Erzeugung volatiler erneuerbarer Energie, bei denen die Maximalwerte der produzierten und eingespeisten Energiemengen regelmäßig deutlich über deren Durchschnittswerten liegen, nunmehr höhere Sicherheiten leisten müssen als im Anwendungsbereich des Standardbilanzkreisvertrags 2011, so ist dies sachlich allein durch das Sicherungsinteresse des jeweiligen ÜNB bedingt und damit gerechtfertigt. Das Sicherungsinteresse des ÜNB ist auf den potentiell möglichen Zahlungsausfall gerichtet. Dieser wird durch die maximalen Ein- bzw. Ausspeisemengen determiniert, da sich bis zu dieser Höhe das wirtschaftliche Risiko des ÜNB realisieren kann. Die Beschwerdeführerin kann dem nicht entgegenhalten, dass sie die Maximalwerte nur höchst selten erreiche. Auch wenn die Produktion des von einem BKV eingespeisten Stroms wie im Falle der Beschwerdeführerin vollständig in Windenergie- und Photovoltaik-Anlagen erfolgt, und damit wegen der Abhängigkeit von Wind und Sonne stark volatil ist, so treten hohe Einspeisemenge mit großer Regelmäßigkeit auf. Dies ergibt sich auch aus den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Abbildungen 1 und 2 im Schriftsatz vom 07.11.2019 (Bl. 272 f. GA). Danach liegt die maximale Produktion im Zeitraum vom 01. bis 06.07.2019 täglich bei Werten zwischen ca. … bis … MW, dabei an drei Tagen über … MW, im Zeitraum vom 01. bis 06.10.2019 bei ca. … bis … MW, dabei an drei Tagen über … MW. Auch wenn diese Maximalwerte nur für kurze Zeit erreicht werden, so begründet doch die Regelmäßigkeit ihres Auftretens ein entsprechendes Sicherungsbedürfnis der ÜNB. Nicht anders wäre es, wenn die Ausspeisungen eines BKV stark fluktuieren würden, etwa weil die Entnahmen großer Gewerbekunden stark schwanken. 96

Diese Beurteilung konterkariert auch nicht die Zielsetzung der Förderung erneuerbarer Energien. Diese Zielsetzung steht im Hinblick auf die hier streitgegenständlichen Modalitäten der Bilanzkreisbewirtschaftung als Baustein des Systemausgleichs im Elektrizitätsversorgungssystem in einem Spannungsverhältnis zu der ebenfalls zu gewährleistenden Versorgungssicherheit. Denn die Gewährleistung der Versorgungssicherheit begegnet gerade infolge der erhöhten Einspeisung volatiler Energiemengen aus erneuerbaren Energiequellen besonderen Herausforderungen und ist deshalb in zunehmendem Maße auf Steuerungsmechanismen angewiesen. Aus diesem Grund ist es nicht zu beanstanden, wenn im Konfliktfall Maßnahmen, die solche Steuerungsmechanismen implementieren und damit der Gewährleistung der Versorgungssicherheit dienen, sich potentiell stärker auf die Erzeuger oder Händler von Strom aus erneuerbarer Energie auswirken als auf solche von Strom aus konventionellen, nicht volatilen Energiequellen. Ein grundsätzlicher Vorrang der Förderung erneuerbarer Energie gegenüber der Gewährleistung der Versorgungssicherheit ist weder vom europäischen noch vom nationalen Gesetzgeber vorgegeben. 97

2.4. Durch die Ausrichtung der Sicherheitsleistung an der Deklarationspflicht wird auch nicht der in Erwägungsgrund 1 der EB-VO und in § 1 Abs. 1 EnWG adressierte Grundsatz der Preisgünstigkeit der Energieversorgung verletzt. Zwar muss im Einzelfall ein BKV eine Sicherheit leisten, die höher ausfällt als in der Vergangenheit, weil auf die maximale 98

Deklarationsmenge abgestellt wird. Die durch die Erbringung der höheren Sicherheitskosten entstehenden Kosten, etwa für Bankbürgschaften, sind jedoch eher gering und dadurch gerechtfertigt, dass die Sicherheitsleistung im Falle der Zahlungsunfähigkeit des BKV der verursachungsgerechten Zuordnung der Kosten dient.

2.5. Die streitgegenständlichen Vorgaben zur Deklarationspflicht verstoßen schließlich nicht gegen nationales Recht. Ein Widerspruch zu § 5 StromNZV, der die Grund-sätze der Fahrplanabwicklung und des untertäglichen Handels regelt, liegt nicht vor. Die Vorschriften zur Fahrplananmeldung regeln, wie die Bundesnetzagentur zutreffend geltend macht, die technisch-organisatorischen Abwicklungsbedingungen zur Anmeldung einer einzelnen Energielieferung zwischen Bilanzkreisen (Fahrplan) sowie die Bedingungen, unter denen Fahrpläne vor bzw. nach dem Erfüllungszeitpunkt geändert werden können. Damit ist die Deklarationspflicht kein Instrumentarium der Fahrplanabwicklung, sondern diesem vorgelagert und unterfällt damit schon im Ausgangspunkt nicht dem Anwendungsbereich des § 5 StromNZV. 99

3. Auch die Regelungen über die Sicherheitsleistung in Ziff. 14. sind genehmigungsfähig. 100

3.1. Die Klausel, dass die Sicherheitsleistung bereits zur Bedingung für den Vertragsschluss gemacht werden kann, ist nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne. Eine unangemessene Benachteiligung des BKV liegt hierin nicht. 101

Nach § 26 Abs. 2 Nr. 6 StromNZV muss der Bilanzkreisvertrag ausdrücklich die Voraussetzungen für die Erhebung einer Sicherheitsleistung in begründeten Fällen enthalten. Dieses Erfordernis besteht aber unabhängig davon, ob es sich um einen Neukunden oder einen Bestandskunden handelt. Da kein Anlass besteht, das Ausfallrisiko auf Seiten eines BKV deshalb dem jeweiligen ÜNB aufzuerlegen, weil dieser den erstmaligen Abschluss eines Bilanzkreisvertrags begehrt, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Anforderung der Sicherheitsleistung bereits Bedingung für den Abschluss eines Bilanzkreisvertrags ist (in diesem Sinne bereits Senat, Beschluss vom 06.12.2017, VI-3 Kart 137/16 (V), BeckRS 2017, 141862). Sofern im Übrigen kein Ausfallrisiko auf Seiten des BKV ersichtlich ist, ein ÜNB aber gleichwohl eine Sicherheitsleistung anfordern und bei Nichtleistung den Vertragsschluss verweigern würde, so wäre die Verweigerung des Vertragsabschlusses rechtsmissbräuchlich und würde eine unberechtigte Netzzugangsverweigerung bzw. unzulässige Erschwerung des Netzzugangs darstellen. Hiergegen stünden dem BKV die entsprechenden Rechtsmittel, insbesondere der Antrag auf Durchführung eines regulierungsbehördlichen Missbrauchsverfahrens, offen. 102

3.2. Der Wortlaut des Ziff. 14.1. S. 1 und S. 5 verstößt auch nicht gegen das in der EB-VO normierte Transparenzgebot. 103

3.2.1. Die Formulierung „in begründeten Fällen“, an die Ziff. 14.1. S. 1 die Verpflichtung zur Leistung der Sicherheit anknüpft, ist unter Berücksichtigung der hierzu vom nationalen Recht aufgestellten Anforderungen an die Bestimmtheit hinreichend transparent. 104

Der Senat hat bereits bezüglich der Vorgabe des Verordnungsgeber in § 4 Abs. 2 Nr. 9 GasNZV, wonach die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bilanzkreisverträge auch die Voraussetzungen für die Erhebung einer Sicherheitsleistung in begründeten Fällen enthalten, entschieden, dass diese Vorgabe des Verordnungsgebers keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet und insbesondere nicht gegen das im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnde Bestimmtheitsgebot verstößt (Senat a.a.O.). Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (etwa BVerfG Beschluss vom 23.04.1974, 1 BvR 6/74 105

u.a., BeckRS 1974, 104429; BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978, 2 BvL 8/77, BeckRS 9998, 104991; vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 27.06.2013, 3 C 7.12, BeckRS 2013, 54291) ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie hier die Formulierung „in begründeten Fällen“ grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich und sind bei der Frage, welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, die Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie die Regelungsintensität zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang hat der Senat ausgeführt, dass der Begriff der „begründeten Fälle“ bereits einen hinreichend klar umrissenen Bedeutungsgehalt hat, den es lediglich durch die Ausformulierung konkreter, dem Diskriminierungsverbot genügender Maßgaben, wie etwa von Regelbeispielen, zu präzisieren gilt, wobei dies durch die betroffenen Marktteilnehmer unter Begleitung durch die Bundesnetzagentur und bei voller gerichtlicher Überprüfbarkeit erfolgt.

Diese Erwägungen sind auf den Streitfall, in dem der in dem Standardbilanzkreisvertrag verwendete unbestimmte Rechtsbegriff durch die genannten Regelbeispiele näher konkretisiert wird, übertragbar. Insbesondere ergibt sich auch bei einem Rückgriff auf die diesbezüglich vom AGB-Recht aufgestellten Wertungen nichts anderes. Das Transparenzgebot enthält das Gebot, den Klauselinhalt möglichst weitgehend zu konkretisieren, so dass der Vertragspartner seine Rechte und Pflichten dem Vertragstext mit größtmöglicher Bestimmtheit entnehmen kann. Eine Klausel verletzt das in § 307 Abs. 1 BGB normierte Transparenzgebot, wenn sie vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält, und sie genügt dem Gebot, wenn sie im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren die Rechte und Pflichten des Vertragspartners des Klauselverwenders so klar und präzise wie möglich umschreibt (BGH, Urteil vom 05.11.2003, VIII ZR 10/03, BeckRS 2003, 10721; Wurmnest in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 61 m.w.N.). Im Streitfall wird der unbestimmte Rechtsbegriff durch konkrete Regelbeispiele ausgefüllt, so dass der „begründete Fall“ in der Gesamtbetrachtung hinreichend klar und präzise beschrieben ist. Eine konkretere Fassung ist aufgrund des Regelungsgehalts, der gerade eine sachangemessene Entscheidung in jedem Einzelfall ermöglichen soll, nicht sinnvoll möglich. 106

3.2.2. Entsprechendes gilt für die in Ziff. 14. 1 S. 5 aufgeführten Beispiele für einen begründeten Fall, soweit diese unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Auch hier ist der Rückgriff auf die ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffe durch den Regelungsgehalt, der eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls erfordert und daher einer weiteren Konkretisierung entgegensteht, gerechtfertigt. 107

Eine bezifferte Fassung der „nicht unerheblichen Beträge“, mit denen ein BKV innerhalb von 12 Kalendermonaten mit fälligen Zahlungen einmal in Verzug geraten sein muss, ist schon deshalb nicht möglich, weil dies von den von dem jeweiligen BKV individuell zu leistenden Zahlungen abhängt. Auch eine Konkretisierung anhand der Anzahl nicht beglichener, der Höhe nach unterschiedlicher Rechnungen aus den letzten zwölf Monaten wäre nicht sachgerecht. Für die hinreichende Bestimmtheit spricht auch, dass sich eine vergleichbare Formulierung in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a) BGB findet, wonach die außerordentliche Kündigung eines Mietverhältnisses unter anderem dann gerechtfertigt ist, wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung der Miete oder eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Verzug ist. 108

Durch die Anknüpfung an die „begründete Besorgnis“, dass der BKV „seinen Verpflichtungen“ nicht nachkommen werde, wird gerade eine einzelfallbezogene Bewertung ermöglicht. Eine konkretere und damit bestimmtere Fassung durch die Anknüpfung etwa an die Bewertungen bestimmter Rating-Agenturen würde dagegen eine Verengung der Bonitätsbetrachtung 109

bedeuten, obgleich im Wirtschaftsleben zahlreiche andere Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen, und daher auch aus Sicht der BKV keine vorzugswürdige Vorgehensweise darstellen. Da die Besorgnis „begründet“ sein muss, ist klargestellt, dass objektive und nachprüfbare Anhaltspunkte vorliegen müssen, die zudem vom BKV entkräftet werden können. Ungerechtfertigte Auslegungsspielräume entstehen hierdurch nicht.

Zudem kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zum AGB-Recht die Prüfung, ob eine Klausel in diesem Sinne als hinreichend überschaubar zu gelten hat, auch durch einen Vergleich mit der betreffenden gesetzlichen Regelung geprüft werden (BGH a.a.O.). Hier findet sich eine vergleichbare Formulierung in einer einen korrespondierenden Sachverhalt regelnden Norm: § 14 Abs. 1 S. 1 StromGVV sieht vor, dass der Grundversorger berechtigt ist, für den Elektrizitätsverbrauch eines Abrechnungszeitraums Vorauszahlung zu verlangen, wenn nach den Umständen des Einzelfalles Grund zu der Annahme besteht, dass der Kunde seinen Zahlungsverpflichtungen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt, ohne dass dies weiter präzisiert wird. 110

3.3. Der Inhalt der in Ziff. 14.1. S. 5 aufgeführten Beispiele für einen „begründeten Fall“ ist auch nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne, weil diese zu weit gefasst wären und hierdurch die BKV unangemessen benachteiligt würden. Zutreffend hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss (dort Bl. 42) darauf hingewiesen, dass die ÜNB insbesondere im Bereich der Bilanzkreisabrechnung nicht eigenwirtschaftlich handeln, sondern in ihrer Funktion als Systemführer für den BKV zum Ausgleich dessen Ungleichgewichts aus der Bilanzkreisbewirtschaftung in finanzielle Vorlage gehen. Die ÜNB unterliegen dabei einem Kontrahierungszwang und können sich ihre Vertragspartner gerade nicht frei aussuchen. Es ist daher kein sachlicher Grund ersichtlich, den ÜNB zuzumuten, zu eigenen Lasten langfristige Zahlungsausstände hinzunehmen oder finanzielle, später zu sozialisierende Risiken für einen BKV einzugehen, an dessen Zahlungsfähigkeit berechtigte Zweifel bestehen. Bagatellfälle werden dadurch ausgeschieden, dass nur ein Verzug mit nicht unerheblichen Beträgen relevant ist. Die Besorgnis, der BKV könne seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, muss an konkrete Informationen anknüpfen und kann vom BKV entkräftet werden. 111

3.4. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist die beanstandete Regelung des Weiteren nicht deshalb unverhältnismäßig, weil sie eine Übersicherung der ÜNB begründen würde. 112

3.4.1. Eine Übersicherung liegt nicht bereits deshalb vor, weil statt wie bisher auf Durchschnittswerte auf die deklarierten Maximal-Werte abgestellt wird. Die maximalen Werte spiegeln, wie bereits ausgeführt, das wirtschaftliche Risiko der ÜNB in angemessener Weise wider und überschreiten das Ausfallrisiko der ÜNB im Grundsatz nicht. Soweit die Beschwerdeführerin nach ihrem Vortrag die maximalen Werte „selten bis nie“ erreiche, so liegt es in ihrer Hand, die Höhe der maximalen Werte unter Einbeziehung des großzügigen Toleranzbandes realistisch zu deklarieren. Nie erreichte Werte sind hiervon nicht umfasst. Dass BKV mit großem erneuerbaren-Energien-Portfolio die Maximalwerte im Einzelfall seltener erreichen mögen als BKV mit einem Portfolio aus konventioneller Energie, ist aus den bereits unter II.2.4. dargestellten Erwägungen im vorrangigen Interesse der Systemsicherheit hinzunehmen. Nicht konkret dargelegt hat die Beschwerdeführerin, dass und warum es bei BKV mit großem erneuerbaren-Energie-Portfolio typischerweise zu nur sehr selten erreichten Maximalwerten kommen sollte. Dies wäre auch nicht nachvollziehbar, da die Witterungsbedingungen, die eine besonders hohe Produktion von Energie aus Photovoltaik und Wind ermöglichen, mit einer gewissen Regelmäßigkeit auftreten. Dies ergibt 113

sich anschaulich aus den von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Produktionswerten für mehrere aufeinanderfolgende Tage.

3.4.2. Dass im Falle regelzonenübergreifender Lieferungen ein BKV, der durch mehrere ÜNB zur Leistung einer Sicherheit aufgefordert worden ist, das in seiner Wahrnehmung selben Risiko mehrfach sichern soll, führt nicht zu einer Übersicherung. Wenn ein BKV für ein Handelsgeschäft einen Transfer der Energielieferung über mehrere Regelzonen anmeldet, bleibt es zwar – worauf die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss (dort Bl. 41) richtigerweise hinweist - für ihn nur eine Energielieferung, deren Ausfall sich aus seiner Sicht nur einmal realisieren kann. Entscheidend ist insoweit aber das Sicherungsbedürfnis des ÜNB, das jeweils in voller Höhe besteht. Denn an welcher Stelle und zu welchen Lasten ein Schaden eintritt, ob in einer Regelzone oder anteilig in mehreren Regelzonen, hängt von den Prozessen der Fahrplanführung, aber auch weiteren, augenscheinlich zufälligen Faktoren ab. Dies rechtfertigt eine eigenständige Absicherung im jeweiligen Vertragsverhältnis, was im Übrigen im Geschäftsleben üblich ist. Denn das auf eine einzelne Regelzone bezogene Bilanzkreissystem ist in § 4 Abs. 1 S. 1 StromNZV gesetzlich vorgeschrieben. Hieraus folgt zugleich, dass im Rahmen der nur auf eine einzige Regelzone bezogenen, bilateralen Bilanzkreisverträge auch nur eine bilaterale Betrachtung des dort bestehenden Schadensrisiko erfolgt. 114

Dass es gleich geeignete, für die BKV weniger belastende und tatsächlich auch umsetzbare Alternativen zur Ausgestaltung der Sicherheitsleistung bei regelzonenübergreifenden Lieferungen gäbe, hat die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Die Bundesnetzagentur hat in diesem Zusammenhang im angefochtenen Beschluss auf die Umsetzungsschwierigkeiten bei einem von einem Marktbeteiligten angeregten Versicherungssystem hingewiesen. 115

3.5. Es begegnet unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keinen Bedenken, dass die Sicherungsmittel in Form einer näher definierten selbstschuldnerischen Bürgschaft oder einer Verpfändung des Kontos zu erbringen sind und eine zum Basiszinssatz verzinsliche Sicherheitsleistung durch Überweisung nur dann zugelassen wird, wenn dem BKV eine Sicherheitsleistung in der genannten Form nicht möglich ist. Die ÜNB und die Bundesnetzagentur im angefochtenen Genehmigungsbeschluss haben jeweils – von der Beschwerdeführerin unbeanstandet - darauf hingewiesen, dass ein berechtigtes Interesse der ÜNB an den in erster Linie zu erbringenden Sicherungsmitteln schon deshalb besteht, weil diese im Einzelfall insolvenzfester sein können. Die selbstschuldnerische Bürgschaft eines Unternehmens mit ausreichender Bonität bzw. eines EU-Geldinstituts, wie sie in Ziff. 14.4. näher definiert sind, bleibt auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des BKV verwertbar. Das rechtsgeschäftlich erworbene Pfandrecht ermöglicht nach § 50 Abs. 1 InsO jedenfalls eine abgesonderte Befriedigung aus dem Pfandgegenstand nach Maßgabe der §§ 166-173 InsO. Da der BKV auch Sicherheit durch Überweisung leisten kann, wenn ihm die in erster Linie einschlägigen Sicherungsmittel nicht zur Verfügung stehen, wird er auch nicht in unverhältnismäßiger Weise eingeschränkt. 116

Die Klausel ist auch nicht intransparent, weil unklar wäre, wie die Unmöglichkeit der Sicherheitsleistung durch die in erster Linie beizubringenden Sicherungsmittel nachzuweisen ist. In welcher Weise der Nachweis zu bringen ist, etwa durch Vorlage von Kontounterlagen oder Bankbestätigungen, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab und ist deshalb einer konkreteren Regelung nicht sinnvoll zugänglich. 117

3.6. Schließlich kann die Beschwerdeführerin nicht erfolgreich geltend machen, in ihren Rechtsschutzmöglichkeiten unverhältnismäßig eingeschränkt zu sein. 118

Die Berechtigung der Anforderung einer Sicherheitsleistung ist – unbeschadet der daneben bestehenden zivilrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten - im Rahmen eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG, dessen Durchführung vom BKV beantragt werden kann, behördlich und sodann gerichtlich voll überprüfbar. Ggfs. kann in diesem Rahmen – wie auch zivilrechtlich - einstweiliger Rechtsschutz gesucht werden. Die Bundesnetzagentur kann gemäß § 72 EnWG bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen. Diese Vorschrift gilt im Beschwerdeverfahren gemäß § 76 Abs. 3 EnWG entsprechend. Der nachträgliche Rechtsschutz ist auch effektiv. Die Bedenken der Beschwerdeführerin, er könne durch die Genehmigung beschränkt sein, sind unbegründet. Die Rechtmäßigkeit der Regelungen zur Sicherheitsleistung wird bereits im Rahmen der Beschwerde und ggfs. Rechtsbeschwerde gegen den Genehmigungsbeschluss vollumfänglich überprüft. Im Rahmen des besonderen Missbrauchsverfahrens wird sodann vollumfänglich geprüft, ob die im Standardbilanzkreisvertrag normierten Voraussetzungen für die Anforderung einer Sicherheitsleistung vorgelegen haben. Damit ist ein lückenloser Rechtsschutz gewährleistet. 119

Die Beschwerdeführerin kann auch nicht einwenden, dass der Rechtsschutz nachträglich erfolge und deshalb nicht effektiv sei. Der ÜNB, der eine unberechtigte Sicherheitsleistung anfordert, ist dem betroffenen BKV zum Schadensersatz verpflichtet. Der BKV hat die Möglichkeit, eine unberechtigt geforderte Sicherheit zunächst aus Gründen der Schadensminimierung zu leisten und den durch die Erbringung der Sicherheitsleistung entstehenden Schaden zu liquidieren. Sofern er sie nicht leistet, kann er den durch eine sodann ggfs. erfolgende unberechtigte Kündigung des Bilanzkreisvertrags aus wichtigem Grund gemäß Ziff. 20.3.d) entstehenden Schaden liquidieren. 120

Dass keine Anhörungs- und Korrekturmöglichkeit besteht, begegnet vor diesem Hintergrund keinen Bedenken. 121

4. Auch die Vorschriften über die Abmahnung und die darauf gestützte außerordentliche Kündigung des Bilanzkreisvertrags in Ziff. 20. sind rechtmäßig und damit genehmigungsfähig. 122

4.1. Die Klausel über die Abmahnung ist nicht deshalb unbestimmt, weil die Abmahnung die Verletzung einer „wesentlichen, aus dem Vertrag resultierenden Pflicht“ voraussetzt. 123

Der unbestimmte Rechtsbegriff der „wesentlichen Pflichten“ findet auch in § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB Verwendung. Danach ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Der Begriff der „wesentlichen Vertragspflichten“ ist dabei ohne Weiteres nach dem wesentlichen Vertragszweck auszulegen („dasjenige, was den Parteien wesentlich war durch den Vertrag zu erreichen“, so für die Auslegung der „wesentlichen Pflichten“ i.S.d. § 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB: H. Schmidt in: BeckOK BGB, 52. Ed. 1.11.2019, § 307 Rn. 68; auch bezeichnet als sog. Kardinalspflichten, vgl. Wurmnest in: MüKoBGB, a.a.O., § 307 Rn. 72). 124

Der Bilanzkreisvertrag ist ein Baustein, der die Funktionsfähigkeit des Bilanzkreissystems sicherstellen soll. Danach sind wesentliche Pflichten im Sinne von Ziff. 20.1. solche, deren Erfüllung die uneingeschränkte Funktionsfähigkeit des Bilanzkreismanagements – und damit letztlich die Systemsicherheit - gewährleisten. 125

Der verständige und redliche BKV ist insoweit fachkundig, als er die ihm obliegenden Pflichten und ihre jeweilige Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Bilanzkreismanagements kennt. Dies folgt bereits daraus, dass die Kenntnis und Beachtung 126

der aus den gesetzlichen und regulierungsbehördlichen Vorgaben resultierenden Pflichten und Abläufen Voraussetzung für die Teilnahme an dem komplexen System der Bilanzkreisbewirtschaftung ist. Der BKV kann deshalb beurteilen, welche Pflichtverletzungen sich auf die Funktionsfähigkeit des Bilanzkreismanagementsystems und damit letztlich die Systemsicherheit auswirken können, also vertragswesentlich sind. Eine konkretere Fassung ist nicht sinnvoll möglich, da eine Vielzahl von Pflichtverstößen in Betracht kommt, deren Auswirkungen auf das Bilanzkreismanagementsystem nicht abstrakt-generell antizipiert werden können, sondern vielmehr einer Einzelfallbetrachtung bedürfen.

4.2. Die Klausel ist zudem verhältnismäßig. 127

4.2.1. Zunächst benachteiligt sie die BKV nicht deshalb unangemessen, weil keine Erklärungsfrist der BKV auf eine Abmahnung vorgesehen ist. 128

4.2.1.1. Die Warnfunktion der Abmahnung erfordert eine solche Erklärungsfrist nicht. Auch kommt der Abmahnung eine unmittelbar belastende vertragsgestaltende Wirkung, die eine Möglichkeit zur Stellungnahme erfordern könnte, nicht zu, da Anlass für die außerordentliche Kündigung bereits die zur Abmahnung berechtigende Pflichtverletzung ist, der zwei Abmahnungen vorausgegangen sein müssen. Zudem besteht die Gefahr, dass durch Schwierigkeiten bei der Kontaktaufnahme mit dem jeweiligen BKV die zeitnahe Abmahnung der Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht gefährdet oder sogar unmöglich würde. Dies gilt umso mehr, als die fehlende Erreichbarkeit unter Umständen Anlass für die Abmahnung sein kann. 129

4.2.1.2. Die Pflicht zur ausdrücklichen Normierung einer Erklärungsfrist auf die Abmahnung folgt auch nicht aus der gesetzlichen Wertung des § 314 Abs. 3 BGB, wonach bei Dauerschuldverhältnissen der zur Kündigung Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen kann, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. § 314 Abs. 3 BGB gilt ausdrücklich nur für die außerordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses und nicht auch für eine vorangehende Abmahnung, die der Gesetzgeber in § 314 Abs. 2 S. 1 BGB als eine Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung geregelt hat. Eine ausdrückliche Erklärungsfrist auf die Abmahnung ist auch in anderen bürgerlich-rechtlichen Vertragsgestaltungen nicht vorgesehen (vgl. §§ 541, 543 Abs. 3 S. 1, 590 a, BGB*)*. 130

4.2.2. Auch die Befürchtung der Beschwerdeführerin, die BKV könnten dadurch in unangemessener Weise benachteiligt werden, dass die Klausel ein „Sammeln“ von Abmahngründen ermöglichen würde mit der Folge, dass der ÜNB in einer unangemessen benachteiligenden Weise durch die Kumulierung von Abmahngründen über einen Zeitraum von 12 Monaten das außerordentliche Kündigungsrecht herbeiführen könnte, greift nicht durch. 131

4.2.2.1. Eine wirksame Abmahnung setzt bereits aus rechtlichen Gründen voraus, dass sie in einem hinreichenden zeitlichen Zusammenhang mit der Pflichtverletzung ausgesprochen wird. Der Abmahnung kommt für den Abgemahnten eine Warnfunktion zu, sein vertragswidriges Verhalten abzustellen bzw. nicht zu wiederholen. Dieser Warnfunktion kann nur genügt werden, wenn die Abmahnung in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem Pflichtverstoß erfolgt. Eine Abmahnung, die dieser Warnfunktion nicht genügt, etwa weil sie erst Jahre später ausgesprochen würde, wäre vor diesem Hintergrund rechtsmissbräuchlich. Insoweit ist auch das von den Beteiligten durch ihre Erklärung im Verwaltungsverfahren, unverzüglich nach Erkennen oder Bekanntwerden sowie gegebenenfalls abgestimmter Bewertung des Verstoßes abzumahnen, geschaffene Vertrauen der BKV in eine 132

entsprechende Vorgehensweise zu berücksichtigen. Auf diese Erklärung der Beteiligten hatte die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss ausdrücklich Bezug genommen und diese daran festgehalten.

4.2.2.2. Aber auch in tatsächlicher Hinsicht besteht die Gefahr eines „Sammelns“ von Pflichtverstößen nicht. Denn aus dem Wortlaut von Ziff. 20.2. folgt, dass Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung ein zur Abmahnung berechtigender Pflichtverstoß ist, dem innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten zwei Abmahnungen, also nicht lediglich „gesammelte“ Pflichtverstöße, vorausgegangen sein müssen. Zudem ist durch die Vorgabe in Ziff. 20.1. S. 3, dass ein mehrfacher identischer Pflichtverstoß bis zur Abmahnung als ein Pflichtverstoß zählt, zusätzlich sichergestellt, dass durch ein Zuwarten mit der Abmahnung nicht solche Pflichtverstöße „angehäuft“ und sodann mehrfach abgemahnt werden können. 133

4.2.3. Die Beschwerdeführerin kann im Übrigen nicht erfolgreich geltend machen, in ihren Rechtsschutzmöglichkeiten in unangemessener Weise eingeschränkt zu sein. 134

Dass vor der Abmahnung keine gesonderte Prüfung des ihr zugrundeliegenden Rechtsverstoßes, etwa durch die Bundesnetzagentur als Aufsichtsbehörde, stattfindet, ist nicht zu beanstanden, da die Rechtmäßigkeit der Abmahnung wie auch der darauf gestützten fristlosen Kündigung der behördlichen bzw. gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Insoweit kann auf die Ausführungen zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Anforderung einer Sicherheitsleistung Bezug genommen werden. 135

Ein Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Vertragsgestaltung nach dem Standardbilanzkreisvertrag 2011, wonach eine außerordentliche Kündigung wegen wiederholter von der Bundesnetzagentur festgestellter Pflichtverletzungen im Sinne der Ziffer 11.4. dieses Vertrags erfolgen konnte (Ziff. 20.2. a)) des Standardbilanzkreisvertrags 2011), besteht vor diesem Hintergrund nicht. Zudem hat diese Regelung maßgeblich an die Meldepflicht des ÜNB wegen des Verdachts einer Pflichtverletzung eines BKV angeknüpft, aufgrund derer die Bundesnetzagentur über die Einleitung eines gegen den BKV gerichteten Aufsichtsverfahrens zu entscheiden hatte (Ziff. 11.4. des Standardbilanzkreisvertrags 2011) und die im streitgegenständlichen Standardbilanzkreisvertrag nicht mehr enthalten ist. 136

Die von der Beschwerdeführerin begehrte Nachweispflicht eines Verstoßes würde im Übrigen die effektive, im Interesse der Systemsicherheit gebotene Möglichkeit der ÜNB, aufgrund mehrfacher Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Vertrag außerordentlich zu beenden, in unangemessener Weise erschweren. 137

4.3. Schließlich verstößt die Regelung in Ziff. 20.1. und 20.2. nicht gegen § 29 Abs. 2 StromNZV. Unabhängig davon, ob die BKV von der Vorschrift adressiert sind, wird die Zuwiderhandlung gegen die dort genannten vollziehbaren Anordnungen der Bundesnetzagentur mit einer Geldbuße geahndet. Mit dieser an eine Ordnungswidrigkeit geknüpften Sanktion wird lediglich eine nachdrückliche Pflichtenmahnung bezweckt, welcher der Ernst der staatlichen Strafe fehlt (Laubenstein in: BerlK-EnR, Band 3, 4. Aufl., § 29 StromNZV Rn. 6 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 21.06.1977, 2 BvR 70/75, Rn. 35 bei juris). Das bilaterale Vertragsverhältnis zwischen ÜNB und BKV, für das die zu ahndende Ordnungswidrigkeit ebenfalls Implikationen haben könnte, bleibt hiervon unberührt. Insbesondere entfällt durch die Ahndung bestimmter Pflichtverletzungen als Ordnungswidrigkeiten nicht das Bedürfnis nach einer Sanktionierung im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses. So wird nur durch die Kündigung des Bilanzkreisvertrags die Fortsetzung einer schwerwiegenden oder wiederholten wesentlichen Vertragspflichtverletzung auch tatsächlich unterbunden. 138

Es liegt auch kein Wertungswiderspruch zu § 29 Abs. 2 StromNZV vor. Soweit die Beschwerdeführerin einen solchen darin sieht, dass jegliche Pflichtverletzung eine Kündigung und damit eine Geschäftsaufgabe nach sich ziehen könne, während es für die in § 29 Abs. 2 StromNZV adressierten schwerwiegenden Verstöße eine bloße Geldstrafe gebe, so rechtfertigen die außerordentliche Kündigung – neben den in Ziff. 20.4. benannten schwerwiegenden Vertragsverstößen – gerade nur mehrfache Verletzungen wesentlicher Vertragspflichten, die zudem abzumahnen sind, so dass der BKV die Möglichkeit hat, darauf zu reagieren und sein Verhalten anzupassen. 139

5. Auch die Klausel in Ziff. 20.3., die den ÜNB zur fristlosen Kündigung im schwerwiegenden Fall berechtigt, ist rechtmäßig. 140

5.1. Die Verschärfungen der als Beispiele für einen wichtigen Grund in Ziff. 20.3. aufgeführten Fallgestaltungen (im Folgenden – aus den noch unter 5.1.2.4. dargelegten Gründen - auch als Regelbeispiele bezeichnet) im Verhältnis zu den Vorgaben des Standardbilanzkreisvertrags 2011 sind verhältnismäßig und belasten die BKV nicht unangemessen. 141

5.1.1. Die ÜNB erbringen durch Regelenergieeinsatz und Bilanzausgleich erhebliche Vorleistungen zugunsten der BKV. Sollte ein BKV nicht in der Lage sein, die Gegenleistung für diese Vorleistungen zu erbringen, besteht ein berechtigtes Interesse des ÜNB, den Bilanzkreisvertrag zu kündigen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein BKV leistungsunfähig oder lediglich leistungsunwillig ist. Es ist angemessen, dass das Regelbeispiel a) maßgeblich auf die „mangelnde Leistung“ des BKV abstellt und mithin nicht nur den nicht leistungsfähigen, sondern auch den leistungswilligen BKV adressiert. § 275 BGB ist zudem nicht einschlägig. Die Beteiligten zu 2) und 4) haben zutreffend geltend gemacht, dass sich das Regelbeispiel a) auf Geldleistungen bezieht, bei denen eine vorübergehende sowie dauernde Unmöglichkeit nach allgemeiner Meinung ausgeschlossen ist („Geld hat man zu haben“, vgl. Ernst in: MüKoBGB, a.a.O., § 275 Rn. 13; Grüneberg in: Palandt, BGB, 79. Aufl., § 275 Rn. 3, jeweils m.w.N.). Dies folgt daraus, dass der Anspruch des ÜNB „auf die Gegenleistung“ gefährdet sein muss. Die den Leistungen des ÜNB gemäß Ziff. 4. des Standardbilanzkreisvertrags gegenüberstehenden synallagmatischen Gegenleistungen der BKV sind jedoch ausschließlich Geldleistungen, so die Erstattung der Ausgleichsenergiekosten. Dementsprechend ist auch eine vorrangige Pflicht des ÜNB zur Anforderung einer Sicherheitsleistung normiert. 142

5.1.2. Die in den fahrplanbezogenen Regelbeispielen b) und c) getroffenen Regelungen sind ebenfalls durch die berechtigten Interessen des ÜNB gerechtfertigt. 143

5.1.2.1. Die Beschwerdeführerin ist dem nachvollziehbaren Vorbringen der Beteiligten und Bundesnetzagentur nicht entgegengetreten, dass ein mengenmäßiges Ungleichgewicht zwischen Ein- und Ausspeisemengen Störungen der Versorgungssicherheit mit Netzzuständen hervorrufen kann, die sich negativ auf Netzschutzsysteme auswirken und durch Schutzauslösungen das Abschalten von Transformatoren und Leistungen besorgen lassen. Diese Gefahr wird durch die jederzeitige Meldung ausgeglichener Fahrpläne unter jedem Bilanzkreis effektiv minimiert. Denn hierdurch wird zwar nicht das konkrete schadensträchtige physikalische Ungleichgewicht zwischen Einspeise- und Ausspeisemengen gänzlich ausgeschlossen, es wird aber auf Ebene eines jeden Bilanzkreises gewährleistet, dass ein solches physikalisches Ungleichgewicht von vornherein auf die unvermeidbaren Prognoseunschärfen bei der Vorhersage der konkreten physikalischen Erzeugungs- und Verbrauchsmengen reduziert wird. 144

145

Es ist deshalb sachgerecht, dass das Regelbeispiel b) auf den Bilanzkreis des Vertrags im Rahmen der Fahrplananmeldung abstellt und nicht auf den Abrechnungsbilanzkreis. Diesbezüglich hat die Bundesnetzagentur richtigerweise und von der Beschwerdeführerin in der Sache auch nicht angegriffen darauf abgestellt, dass aus Sicht der Systemführer die Pflicht zum Ausgleich der Bilanzkreise sachgerecht an diejenigen Bilanzkreise anknüpft, über welche Energiemengen per Fahrplan systemrelevant zur Abwicklung beim ÜNB angemeldet werden und die damit in die Berechnung der Systembilanz einfließen (vgl. hierzu auch die Ausführungen unter II. 7.). Diese können, müssen aber nicht Abrechnungsbilanzkreise sein.

5.1.2.2. Soweit die Beschwerdeführerin im Hinblick auf Regelbeispiel c) geltend macht, dass unklar sei, wie eine Fahrplanmeldung isoliert zu einer Gefährdung der Systemsicherheit führen könne, hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss (S. 57) dargelegt, dass die ÜNB mit Schreiben vom 05.11.2018 ausgeführt haben, dass bereits ein einzelner BKV mit einer entsprechend stark unausgeglichenen Fahrplananmeldung eine systemkritische Situation herbeiführen könne. Sofern also spätestens im Intraday-Zeitbereich keine Korrektur stattfinde, müsse der ÜNB im Zweifel davon ausgehen, dass solche massiv unausgeglichenen Positionen „in Erfüllung gehen“. Die vorbehaltene Regelleistung könne dann möglicherweise nicht ausreichen, um weiter hinzutretende Unregelmäßigkeit, u.U. auch bei anderen BKV, ausreichend abzufedern. Diese Darlegungen sind nachvollziehbar, die Beschwerdeführerin ist ihnen auch nicht entgegengetreten. 146

Angesichts der bereits aufgezeigten hervorgehobenen Bedeutung der Systemsicherheit und des weiter zu beachtenden Grundsatzes der Kostengerechtigkeit begegnet es auch keinen Bedenken, dass bereits bloße Gefährdungen der Systemsicherheit sowie ein erkennbar hohes Ausfallrisiko, sofern diese schon aus der Fahrplanmeldung ersichtlich sind, d.h. in besonderem Maße augenfällig sind, ein außergewöhnliches Kündigungsrecht begründen können. 147

5.1.2.3. Die Beschwerdeführerin kann im Hinblick auf die Regelbeispiele b) und c) auch nicht erfolgreich geltend machen, dass nicht nachvollziehbar sei, warum eine bilanzielle Über- oder Unterdeckung in einem Zeitraum zur Kündigung führen solle, in dem noch eine nachträgliche Fahrplankorrektur möglich sei. Ein außerordentliches Kündigungsrecht des ÜNB besteht nämlich nur unter der weiteren Voraussetzung, dass die förmliche Ansprache, mit der dem BKV Gelegenheit zur Fahrplankorrektur gegeben worden ist, ohne Erfolg geblieben ist. Eine nachträgliche Fahrplankorrektur wird damit ermöglicht. Die Beschwerdeführerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie nicht einschätzen könne, wie sich ihre Fahrplananmeldung zum jeweiligen Systemzustand verhalte, da sie hierüber über die förmliche Ansprache gerade informiert wird. 148

5.1.2.4. Auch die konkrete Ausgestaltung der Korrekturmöglichkeiten stellt keine unangemessene Benachteiligung der BKV dar. Zwar setzt Ziff. 20.3. S. 2 vom Wortlaut her lediglich voraus, dass nach einer formalen Ansprache des BKV und einer angemessenen Frist keine Korrektur der Fahrplanmeldung erfolgt ist, und differenziert nicht danach, ob die Umstände, aus den die Korrektur nicht erfolgt, in seiner Hand liegen. Diese Umstände sind aber gleichwohl bei der Prüfung, ob ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund vorliegt, zu berücksichtigen. Auch wenn die in Ziff. 20.3 S. 2 aufgeführten Beispiele eines wichtigen Grundes bei streng wortlautgetreuer Auslegung stets zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, so folgt aus der systematischen und teleologischen Auslegung der Regelung, dass die in a) – d) genannten Fälle als Regelbeispiele zu verstehen sind, d.h. bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund nicht zwingend vorliegt, sondern nur 149

widerleglich indiziert ist. In systematischer Hinsicht folgt diese einschränkende Auslegung von Ziff. 20.3. S. 2 daraus, dass der ÜNB nach Ziff. 20.4. S. 1 die berechtigten Belange des BKV in angemessener Weise zu berücksichtigen hat. Dieser Verpflichtung könnte der ÜNB nicht gerecht werden, wenn er bei formalem Vorliegen der Voraussetzungen von Ziff. 20.3. S. 2 a) – d) keine Prüfung der Umstände des Einzelfalls mehr durchführen würde. Des Weiteren erfordern auch Sinn und Zweck der Regelung von Ziff. 20.3. S. 1 eine Einzelfallbetrachtung. Das außerordentliche Kündigungsrecht soll dem ÜNB danach nur dann eingeräumt werden, wenn ihm die Fortsetzung des Bilanzkreisvertrags unzumutbar ist. Es sind aber Fallkonstellationen denkbar, in denen zwar die Voraussetzungen der (Regel-)Beispiele erfüllt sind, aber gleichwohl die Vertragsfortsetzung dem ÜNB ohne Weiteres zumutbar ist. Hierzu zählt der von der Beschwerdeführerin herangezogene Fall, dass eine Korrektur der Fahrplananmeldung trotz formaler Ansprache in angemessener Frist nicht erfolgt, die Ursache hierfür aber ausnahmsweise nicht in der Sphäre des BKV, sondern ausschließlich in der Sphäre Dritter liegt, auf die der BKV keine Einflussmöglichkeit hat. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung können derartige Fallkonstellationen eine außerordentliche Kündigung des Bilanzkreisvertrags gerade nicht rechtfertigen.

Auch die Bundesnetzagentur und die Beteiligten verstehen die Regelung in diesem Sinne, da sie davon ausgehen, dass der Verpflichtung des ÜNB aus Ziff. 20.4. erhebliches Gewicht zukommt und den dort genannten berechtigten Belangen des BKV auch im Rahmen der Korrekturmöglichkeit der Fahrplananmeldung zwingend Rechnung zu tragen ist. 150

Bestimmtheitsbedenken begegnet die Formulierung angesichts ihrer Auslegungsfähigkeit und des Erfordernisses, den Umständen des Einzelfalls in sachangemessener Weise Rechnung tragen zu müssen, im Übrigen nicht. 151

5.1.2.5. Auch die gesetzte Frist für die Korrektur begegnet keinen Bedenken. Diese ist nicht von vornherein auf eine Stunde beschränkt, sondern beträgt „mindestens 1 Stunde“. Die anzuwendende Korrekturfrist bestimmt sich also jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und eröffnet – durch die Vorgabe in Ziff. 20.4. S. 1 – auch die Berücksichtigung von Umständen, die nicht in der Sphäre des BKV liegen, etwa dass die Korrektur einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, weil Mitwirkungshandlungen Dritter erforderlich sind. Dass die Zeitvorgabe von einer Stunde grundsätzlich unangemessen ist, hat die Beschwerdeführerin schon nicht substantiiert geltend gemacht. Für die Angemessenheit spricht vielmehr § 5 Abs. 4 StromNZV, wonach das durch ungeplante Kraftwerksausfälle entstehende Ungleichgewicht zwischen Einspeisungen und Entnahmen vom ÜNB für vier Viertelstunden einschließlich der Viertelstunde, in der der Ausfall aufgetreten ist, auszugleichen ist und für die Zeit nach Ablauf dieser vier Viertelstunden der BKV zum Ausgleich der ausgefallenen Leistung verpflichtet ist. Auch der Verordnungsgeber geht mithin davon aus, dass eine Reaktion des BKV auf ein solches Ungleichgewicht innerhalb einer Stunde möglich und zumutbar ist. 152

5.1.2.6. Es benachteiligt die BKV auch nicht unangemessen, dass im Hinblick auf die Regelbeispiele zu b) und c) keine Abwendungsbefugnis durch Sicherheitsleistung vorgesehen ist. Zum einen kann eine solche in den Fällen einer bereits aus der Fahrplananmeldung ersichtlichen Gefährdung der Systemrelevanz keine Abhilfe schaffen. Zum anderen besteht, wovon die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss (dort Bl. 55) zutreffend ausgeht, im Falle einer derart schwerwiegenden Vertragsverletzung kein Grund dafür, dem BKV die grundsätzliche Möglichkeit einzuräumen, sich von einer vertraglichen Sanktionierung dieses Verhaltens freizukaufen. 153

154

5.2. Auch das Regelbeispiel d) ist nicht unverhältnismäßig. Die vorgesehene Rechtsfolge steht in einem angemessenen Verhältnis zur der dort aufgeführten Pflichtverletzung. Wie bereits dargelegt, erbringen die ÜNB durch Regelenergieeinsatz und Bilanzausgleich ohne eigenwirtschaftliches Interesse erhebliche Vorleistungen zugunsten der BKV. Das Sicherungsbedürfnis der ÜNB ist damit in besonderer Weise schützenswert. Ein Festhalten am Vertrag ist für den ÜNB bei einem Sicherungsausfall daher nicht zumutbar. Den berechtigten Interessen der BKV wird in angemessener Weise dadurch Rechnung getragen, dass sie die in Ziff. 14. gesetzten Fristen ausnutzen und Sicherheit leisten können.

5.3. Im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verletzung effektiven Rechtsschutzes kann auf die hierzu bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden. Insbesondere unterliegt die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der vollständigen regulierungsbehördlichen und gerichtlichen Kontrolle. Streit oder Ungewissheit um die Berechtigung einer außerordentlichen Kündigung sind gerade keine Besonderheit des streitgegenständlichen Bilanzkreisvertrags und sind in einer Vielzahl vertraglicher Schuldverhältnisse denkbar. 155

5.4. Schließlich verstößt die beanstandete Regelung in Ziff. 20.3. nicht gegen nationales Recht, weil sie mit dem Grundgedanken der Regelungen des BGB über die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund in § 314 BGB auch im Übrigen nicht vereinbar wäre. 156

5.4.1. Die Beschwerdeführerin rügt insoweit, dass die Regelung keine Abwägung anhand der Sicherheit des Netzbetriebs und der Interessen des Netzbetreibers vorsieht. § 314 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt eine entsprechende Abwägung der beiderseitigen Interessen und der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zum Zwecke der Feststellung, ob die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Von dieser Vorgabe weicht Ziff. 20.3. allerdings nicht ab. Denn ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem ÜNB die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar ist, was zwangsläufig eine entsprechende Interessenabwägung und Einzelfallbetrachtung erfordert. Dies wird auch durch Ziff. 20.4. untermauert, wonach bei außerordentlichen Kündigungen die berechtigten Belange des BKV in angemessener Weise zu berücksichtigen sind. 157

5.4.2. Zudem bedarf es keiner der Kündigung vorausgehenden (weiteren) Abhilfefrist oder erfolglosen Abmahnung. Ein Wertungswiderspruch zu § 314 Abs. 2 S. 1 BGB liegt nicht vor. Danach ist die Kündigung, wenn der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag besteht, erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Allerdings sieht § 315 Abs. 2 S. 2 und S. 3 BGB vor, dass für die Entbehrlichkeit der Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung § 323 Abs. 2 Nr. 1 und 2 entsprechend Anwendung finden. Danach sind die Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und eine Abmahnung auch entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen. 158

Im Fall der Regelbeispiele b) bis c) besteht eine Abhilfemöglichkeit, da die BKV über die förmliche Ansprache des BKV die zeitlich gebundene Möglichkeit erhalten, ihre Fahrplanmeldung zu korrigieren. Diese Abhilfemöglichkeit ist auch angemessen und beeinträchtigt, wie bereits aufgezeigt, die BKV nicht in unangemessener Weise. Auch die Verpflichtung zur Stellung, Verstärkung und Wiederauffüllung von Sicherheitsleistungen sind ausdrücklich zeitlich durch die vom ÜNB nach Ziff. 14. gesetzten Fristen gebunden. Wird diesen nicht genügt, ist eine Fristsetzung jedenfalls nach dem Rechtsgedanken des § 323 159

Abs. 2 Nr. 2 BGB entbehrlich. Denn in diesem Fall hat der BKV die Leistung nicht innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist bewirkt, obwohl die fristgerechte Leistung bei Vertragsabschluss für den BKV erkennbar für den ÜNB wesentlich ist. Hiervon abgesehen wäre bei einer Leistungsunfähigkeit die Abhilfefrist oder Abmahnung auch entbehrlich, da sie ins Leere laufen würde. Bei einer Leistungsunwilligkeit liegt hingegen eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung i.S.d. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.

6. Die Regelungen in Ziff. 1.5. der Anlage 3 des Standardbilanzkreisvertrags zur nachträglichen Fahrplanänderung, insbesondere zum Urgent Call, sind ebenfalls rechtmäßig. 160

6.1. Dass der Urgent Call zur frühzeitigen Identifikation und Abstellung des missbräuchlichen Verhaltens eines BKV im Rahmen der Fahrplanmeldung geeignet ist, stellt auch die Beschwerdeführerin nicht in Abrede. Die Bundesnetzagentur hat diesbezüglich im angefochtenen Beschluss nachvollziehbar ausgeführt, dass die Kontaktaufnahme vorrangig zur Aufklärung von Auffälligkeiten diene, um Missverständnisse und Fehler aufzuklären. Im Falle eines Betrugs sind die ÜNB darauf angewiesen, die zur Ermittlung der Ursache notwendigen Fahrplandaten unverzüglich zu erhalten, weil erst nach Abgleich aller Fahrpläne eine sichere Feststellung von Ursache und ein Handeln zur weiteren Schadensbegrenzung möglich ist. Während der Zeit, in der die Fahrpläne einschließlich aller Gegenmeldungen noch nicht vollständig vorliegen und nicht endgültig festgestellt werden kann, dass und in welcher Höhe ein Bilanzkreis nicht ausgeglichen war, bleibt es einem pflichtwidrig agierenden BKV möglich, den finanziellen Schaden zu vergrößern. Zudem führen missbräuchliche Fahrplananmeldungen, soweit sie zu einem Ungleichgewicht von Ein- und Ausspeisemengen führen, potentiell zu einer Gefährdung der Systemsicherheit. Auch eine solche wird unterbunden, je eher eine missbräuchliche Fahrplananmeldung identifiziert werden kann. 161

6.2. Die Vorgaben zum Urgent Call sind verhältnismäßig im engeren Sinne. 162

6.2.1. Zunächst ist nicht ersichtlich, dass der Urgent Call mit einem Aufwand verbunden wäre, der außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck der Schadensminderung und der Gewährleistung der Systemsicherheit in Missbrauchsfällen stünde. 163

Die Beschwerdeführerin sieht sich durch den Urgent Call mit einem erheblichen Mehraufwand und erhöhten Personalkosten belastet, ohne dass sie diese konkret beziffert hätte. Ein solcher Mehraufwand jedenfalls bei der Beschwerdeführerin ist schon deshalb nicht anzunehmen, weil diese in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, dass sie ohnehin einen 24-stündigen Betrieb unterhalte. Dass mit dem Urgent Call ein 24-stündiger Betrieb für solche BKV, die einen solchen nicht ohnehin unterhalten, verbunden wäre, ist nicht ersichtlich und von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht worden. Es ist vielmehr ausreichend, eine Bereitschaft vorzuhalten, was deutlich weniger kostenintensiv ist und eventuell in Kooperation mit anderen BKV oder dritten Dienstleistern auch kosteneffizient gestaltet werden kann. So haben die Beteiligten zu 2) und 4) von der Beschwerdeführerin unwidersprochen darauf hingewiesen, dass ein Urgent Call auch online bearbeitet werden könne. Eine etwaige Mehrbelastung – wenn sie denn eintritt – kann für den einzelnen BKV daher allenfalls gering sein. Dafür, dass sich diese gerade bei kleinen Marktteilnehmern in einem die wirtschaftliche Betriebsführung einschränkenden Umfange auswirken könnte, ist nichts ersichtlich. 164

Zudem richtet sich die Tätigkeit eines BKV schon im Ausgangspunkt auf die Bewirtschaftung der Bilanzkreise für jede Viertelstunde des Tages. Die Pflichten des BKV müssen dem Umstand Rechnung tragen, dass dieser auf einem ununterbrochenen Markt tätig ist und seine Pflichten daher auch ohne zeitliche Beschränkungen zu erfüllen hat. 165

Da sich des Weiteren der Urgent Call gegenüber der ebenfalls im Rahmen der Konsultation diskutierten Vorverlegung der Frist zur abschließenden Abwicklung des Fahrplans als milderes, den BKV deutlich weniger belastendes Mittel darstellt, ist der damit etwaig entstehende Mehraufwand nach alledem von den BKV hinzunehmen. 166

6.2.2. Angesichts der aufgezeigten Bedeutung des Urgent Calls werden die BKV auch durch die bis zu zweimal im Jahr zulässigen Test-Anforderungen nicht über Gebühr belastet. Denn es besteht ein berechtigtes Interesse der ÜNB, die operative und prozessuale Verfügbarkeit des Urgent Call sicherzustellen. Dies geschieht in geeigneter Weise durch eine Test-Anforderung, die zudem auf maximal zwei pro Jahr beschränkt ist. Da die BKV ohnehin gehalten sind, Vorkehrungen für einen Urgent Call zu treffen, werden sie hierdurch nicht zusätzlich belastet. Dass die unzureichende Erfüllung der Anforderung sanktioniert ist, ist sachlich gerechtfertigt, da sonst ein Anreiz für die BKV bestünde, auf die als solche zu kennzeichnende Test-Anforderung nicht zu reagieren, wodurch Sinn und Zweck der Test-Anforderung leerlaufen würde. 167

6.2.3. Die Vorgabe in Ziff. 1.5. der Anlage 3, dass die nicht oder nicht rechtzeitige vollständige Übermittlung der vom ÜNB angeforderten Fahrpläne in jedem Fall einen Verstoß gegen wesentliche Pflichten aus dem Bilanzkreisvertrag darstellt, belastet die BKV ebenfalls nicht unangemessen. 168

Bei streng wortlautgetreuer Anwendung könnten sich zwar die BKV, wie auch die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss anerkennt (dort Bl. 80), eines Pflichtverstoßes schuldig machen, wenn sie für die abschließende Fahrplanmeldung relevante Daten Dritter nicht rechtzeitig beschaffen können. Indes kann dem BKV – wie eine systematische und teleologische Auslegung der Regelung ergibt – nicht der Einwand abgeschnitten werden, dass er sich im konkreten Einzelfall nicht pflichtwidrig verhalten hat. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen unter 5.1.2.4. zum Vorliegen eines wichtigen, zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Grundes entsprechend. Insbesondere sind gemäß Ziff. 20.4. S. 1 die berechtigten Belange des BKV auch in diesem Rahmen zu berücksichtigen. 169

Hiervon geht auch die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss (a.a.O.) aus, wenn sie ausführt, dass, soweit einzelne BKV fürchten, sich eines Pflichtverstoßes schuldig zu machen, wenn sie für die abschließende Fahrplanmeldung relevante Daten Dritter nicht rechtzeitig beschaffen können, dies im Rahmen der Aufklärung und Wertung einer möglichen Pflichtwidrigkeit Berücksichtigung finden sollte. 170

6.3. Die Beschwerdeführerin macht zudem erfolglos geltend, dass die Regelung, wonach nachträgliche Fahrplananmeldungen, wenn es sich bei dem auf den Erfüllungstag folgenden Tag nicht um einen Werktag handelt, nicht bis 16.00 Uhr des nachfolgenden Werktages, sondern nur bis 16:00 Uhr des dritten auf den Erfüllungstag folgenden Werktag möglich sind, sie unangemessen belaste. Dies folgt bereits daraus, dass die darin liegende Verkürzung der Fristen gegenüber der in § 5 Abs. 3 StromNZV vorgesehenen Frist bis 16:00 Uhr des nachfolgenden Werktages, nur in seltenen Ausnahmefällen, in denen auf ein Wochenende ein oder mehrere Feiertage folgen, zum Tragen kommen wird. Gleichzeitig kann aus den schon dargelegten Gründen nicht angenommen werden kann, dass der hierdurch entstehende organisatorische Aufwand angesichts der Verpflichtung der BKV zur zeitlich uneingeschränkten Bewirtschaftung ihrer Bilanzkreise erheblich ist. Jedenfalls ist er dadurch gerechtfertigt, dass die Verkürzung der Fristen zur nachträglichen Fahrplanmeldung der Schadensminimierung und der Gewährleistung der Systemsicherheit im Missbrauchsfall dient. 171

6.4. Die beanstandeten Regelungen zur nachträglichen Fahrplanänderung, insbesondere zum Urgent Call, verstoßen schließlich nicht gegen nationales Energierecht. Zwar weichen sie von den diesbezüglichen verordnungsrechtlichen Vorgaben in § 5 Abs. 3 StromNZV ab. Nach § 27 Abs. 1 Nr. 16 StromNZV kann die Bundesnetzagentur, wenn sie Festlegungen gemäß § 29 Abs. 1 StromNZV zu Verfahren zur Handhabung und Abwicklung sowie zur Änderung von Fahrplänen nach § 5 StromNZV durch die Betreiber von Übertragungsnetzen trifft, von den Regelungen des § 5 Absatz 1-3 StromNZV abweichen. Nach dem erkennbaren Willen des Verordnungsgeber sollen die Vorgaben in § 5 Abs. 3 StromNZV mithin dispositiv sein, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob die abweichenden Regelungen von der Bundesnetzagentur im Wege der Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG getroffen werden oder diese in einem aufgrund der Vorgaben der EB-VO von den ÜNB gemachten Vorschlag für entsprechende Verfahren enthalten sind, die der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur bedürfen. 172

7. Die Vorgabe in Ziff. 5.1. des Standardbilanzkreisvertrags, wonach der BKV für eine ausgeglichen Viertelstunden-Leistungsbilanz der seinem Bilanzkreis zugeordneten Einspeisungen und Entnahmen, für das ordnungsgemäße Fahrplanmanagement und für den wirtschaftlichen Ausgleich verbleibender Bilanzabweichungen verantwortlich ist, ist rechtmäßig. 173

Hieraus folgt, dass alle fahrplanbewirtschafteten Bilanzkreise in den in Ziff. 5.1. normierten Verantwortungsbereich des BKV fallen, d.h. auch fahrplanbewirtschaftete Unterbilanzkreise. Dies ist sachgerecht und verstößt nicht gegen § 2 Nr. 11 StromNZV. 174

§ 2 Nr. 11 StromNZV definiert den Unterbilanzkreis als einen Bilanzkreis, der nicht für den Ausgleich der Abweichungen gegenüber dem Betreiber von Übertragungsnetzen verantwortlich ist. Aus dieser Begriffsdefinition folgt indes nicht, dass Unterbilanzkreise nicht ausgeglichen geführt werden müssten. Denn sie nimmt ausschließlich auf die Verpflichtung des BKV aus § 4 Abs. 2 S. 2 HS 2 StromNZV, als Schnittstelle zwischen Netznutzern und ÜNB die *wirtschaftliche* Verantwortung für Abweichungen zwischen Einspeisungen und Entnahmen eines Bilanzkreises zu tragen, Bezug. Das in § 4 Abs. 2 S. 2 HS 1 StromNZV adressierte Gebot zur bestmöglichen Einhaltung des Mengengleichgewichts wird hiervon nicht umfasst. 175

Dies folgt aus teleologischen Erwägungen. Das Gebot zur bestmöglichen Einhaltung des Mengengleichgewichts dient der Gewährleistung der Versorgungssicherheit. Ein Ungleichgewicht kann sich im Rahmen von Fahrplanmeldungen – bei Ausbleiben gegenläufiger Prognoseabweichungen und Durchmischungseffekte – in einem physikalischen Ungleichgewicht niederschlagen, dass die Versorgungssicherheit gefährdet und das es zu verhindern gilt. Diese Gefährdung der Versorgungssicherheit kann grundsätzlich unabhängig davon eintreten, ob das Ungleichgewicht in einer Fahrplananmeldung in einem Haupt- oder in einem Unterbilanzkreis erfolgt. Wie von den Beteiligten zu 1) und 3) zutreffend ausgeführt, geht von einem aus Haupt- und zugehörigen Unterbilanzkreisen gebildeten Teilsystem immer dann, wenn es in seiner Gesamtheit ausgeglichen gehalten werden kann, keine Gefährdung für die Versorgungssicherheit aus. Die Einrichtung von Unterkonten kann durch Saldierungseffekte sogar zu einer Reduzierung von Bilanzabweichungen und damit zur Reduzierung der notwendigen Regelenergie führen (vgl. Laubenstein in: BerlK-EnR, a.a.O., § 2 StromNZV, Rn. 21 m.w.N.). Gleichzeitig aber kann, wenn jeder einzelne Unterbilanzkreis in sich unausgeglichen ist und sich ein etwaig erhoffter Durchmischungseffekt durch unterschiedliche Vorzeichen verschiedener Unterbilanzkreise nicht einstellt, ein unausgeglichener Unterbilanzkreis auf den Hauptbilanzkreis durchschlagen. Ein schon auf 176

der Ebene des Unterbilanzkreises verfehltes Mengengleichgewicht kann möglicherweise auf der Ebene des Hauptbilanzkreises nicht mehr hergestellt werden, weil dort die kumulierte Überschuss- oder Fehlmenge aus sämtlichen Unterbilanzkreisen und damit eine umso größere Gesamtstrommenge auszugleichen wäre.

Auch wenn das Risiko eines tatsächlich eintretenden physikalischen Ungleichgewichts bei einem Mengenungleichgewicht des fahrplangeführten Unterbilanzkreises hiernach geringer ist als bei einem Mengenungleichgewicht des fahrplangeführten Hauptbilanzkreises, so ist im Hinblick auf die in beiden Fällen bestehende Gefährdung der Versorgungssicherheit eine Gleichbehandlung im Hinblick auf das Gebot zur bestmöglichen Erhaltung des Mengengleichgewichts nach dem Sinn und Zweck von § 4 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 StromNZV geboten. Dafür, dass der Verordnungsgeber hieran durch die Begriffsdefinition in § 2 Nr. 11 StromNZV etwas hätte ändern wollen, liegen keine Anhaltspunkte vor. 177

8. Schließlich hat die Bundesnetzagentur auch die pauschale Zustimmung der BKV zu einer Kettenzuordnung in Ziff. 13.3. des Standardbilanzkreisvertrags zu Recht nicht beanstandet. 178

8.1. Die Regelung ist verhältnismäßig. Eine unangemessene Benachteiligung der BKV liegt hierin nicht. 179

8.1.1. Anders als die Beschwerdeführerin meint, wird durch die Regelung nicht in die Vertragsverhältnisse zwischen den BKV eingegriffen und der einzelne BKV keinen von ihm nicht in zumutbarer Weise beherrschbaren finanziellen Risiken ausgesetzt. 180

Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Einordnung der rechtlichen Reichweite der in Ziff. 13.3. enthaltenen Zustimmung ist zutreffend. Die Bundesnetzagentur hat in dem angefochtenen Beschluss zu Recht ausgeführt, dass der Bilanzkreisvertrag ausschließlich Rechte und Pflichten zwischen den jeweiligen Vertragsparteien begründet. Eine Kettenzuordnung von Bilanzkreisen entfaltet in der Vertragsbeziehung zwischen ÜNB sowie Haupt- und Unterbilanzkreisverantwortlichen zwar im Ergebnis eine finanzielle Wirkung zulasten des Hauptbilanzkreisverantwortlichen. Die Berechtigung dazu ergibt sich jedoch aus einer separaten Rechtsbeziehung der BKV untereinander. Der Bilanzkreisvertrag begründet gerade keinen Anspruch eines Dritten gegen den BKV, die Zuordnung von Unterbilanzkreisen zu dulden. Die beanstandete Regelung enthebt lediglich den ÜNB davon, vor einer Zuordnung zu prüfen, ob der BKV, der sich der Zuordnung ausgesetzt sieht, dieser zugestimmt hat. 181

Da die BKV mithin weiterhin autonom darüber entscheiden können, ob und nach welchen Maßgaben sie einer Kettenzuordnung im Verhältnis zu anderen BKV zustimmen, kann insoweit keine unangemessene Benachteiligung vorliegen. 182

8.1.2. Ein Grund, weshalb der ÜNB für den BKV prüfen sollte, ob die erforderliche Zustimmung für die Zuordnung eines Unterbilanzkreises zu einem anderen Unterbilanzkreis vorliegt, wie dies im Standardbilanzkreisvertrag 2011 vorgesehen ist, ist nicht ersichtlich. Die Bundesnetzagentur geht im angefochtenen Beschluss (dort Bl. 37) diesbezüglich zutreffend davon aus, dass das wirksame Bestehen weiterer Zuordnungen ebenso wie die in diesem Zusammenhang begründeten Verpflichtungen und Risiken sachgerecht alleine im Rechtsverhältnis des Haupt-BKV zu den untergeordneten BKV verbleiben. Es ist deshalb nicht unverhältnismäßig, wenn die ÜNB die Prüfung einer Zustimmung zu einer Zuordnung zukünftig den jeweils verantwortlichen BKV überlassen. Es liegt im eigenen wirtschaftlichen Interesse der BKV zu wissen, welche (Unter-)Bilanzkreise sie bewirtschaften und inwieweit diesen (Unter-)Bilanzkreisen weitere Unterbilanzkreise zugeordnet sind. Eine 183

unangemessene Benachteiligung des BKV liegt also auch insoweit nicht vor.

8.2. Schließlich verstößt die beanstandete Regelung nicht gegen § 4 Abs. 1 S. 5 StromNZV. Danach können die Salden eines Bilanzkreises mit Zustimmung der betroffenen BKV bei der Abrechnung einem anderen Bilanzkreis zugeordnet werden, wobei auch dieser Bilanzkreis die Funktion eines Unterbilanzkreises haben kann. Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 1) und 3) folgt hieraus zwar nicht, dass die Kettenzuordnung, die im 2. Halbsatz der Vorschrift angesprochen ist, keiner Zustimmung bedürfte. Das Zustimmungserfordernis erstreckt sich nach dem Wortlaut auf sämtliche in § 4 Abs. 1 S. 5 StromNZV adressierten Bilanzkreiszuordnungen. In welcher Weise die Zustimmung zu erteilen ist, ob einzelfallbezogen oder auch für eine Vielzahl von Fällen pauschal vorab, wird durch den Wortlaut nicht vorgegeben. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, folgt auch aus Sinn und Zweck des Zustimmungserfordernisses nicht, dass ein solches, soweit es das Verhältnis des Hauptbilanzkreisverantwortlichen zum ÜNB betrifft, einzelfallbezogen erteilt werden müsste. 184

III. Der Widerruf der Festlegung vom 29.06.2011 (Az. BK 6-06-013), den die Bundesnetzagentur auf Tenorziffer 3. dieser Festlegung sowie § 29 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 49 VwVfG gestützt hat, ist ebenfalls rechtmäßig. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung dieser Festlegung nach § 29 Abs. 2 EnWG liegen vor. Mit Inkrafttreten der EB-VO und der darin enthaltenen Verpflichtung der ÜNB zur Vorlage eines Vorschlags über die Modalitäten für BKV zur Genehmigung durch die Bundesnetzagentur ist die Festlegungsbefugnis der Bundesnetzagentur aus § 27 Abs. 1 StromNZV verdrängt worden. Es liegt damit eine nachträgliche Änderung der Rechtslage vor, die die Aufhebung der Festlegung vom 29.06.2011 rechtfertigt. Hiervon abgesehen kann der Widerruf, der in der Festlegung vom 29.06.2011 ausdrücklich vorbehalten war, auch auf § 49 VwVfG gestützt werden. 185

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 und S. 2 EnWG. 186

Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg hat, sind ihr die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. Zudem besteht aus Billigkeitsgründen Anlass, der Beschwerdeführerin auch die außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 1. - 4. aufzuerlegen. Eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten eines Nebenbeteiligten im Sinne des § 79 Abs. 1 S. 3 EnWG setzt ein besonderes Interesse desselben am Verfahrensausgang und eine Antragstellung bzw. eine sonstige Verfahrensförderung voraus (BGH Beschluss vom 08.11.2017, EnVR 49/15, Rn. 2 bei juris; Beschluss vom 23.10.2019, EnVR 28/18, Rn. 2 bei juris). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Ihr besonderes Interesse am Verfahrensausgang folgt daraus, dass die Beteiligten zu 1. – 4. Antragsteller des Verwaltungsverfahren sind und ihrem Begehren durch den von der Beschwerdeführerin nunmehr angefochtenen Genehmigungsbeschluss der Bundesnetzagentur entsprochen worden war, so dass sie sich in einem kontradiktorischen Rechtsverhältnis zur Beschwerdeführerin befinden. Sie haben des Weiteren das Verfahren durch umfangreiche Stellungnahmen gefördert und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Zurückweisung der Beschwerde beantragt. 187

V. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitentscheidenden Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG). 188

Rechtsmittelbelehrung: 189

190

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs abgerufen werden. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE