



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 20.09.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein und die Richterinnen am Oberlandesgericht Dr. Kühneweg und Klein Reesink

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

I.

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 06.10.2016, Az. BK7-16-130, wird zurückgewiesen.

II.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Bundesnetzagentur und der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.

III.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... EUR festgesetzt.

## Gründe:

### A.

Die Antragstellerin ist ein im Jahr 2012 gegründetes Dienstleistungsunternehmen in der Energiewirtschaftsbranche, dessen Unternehmensgegenstand unter anderem die Bilanzkreisverwaltung im Zusammenhang mit dem Handel mit Energieträgern wie Strom und Erdgas ist. Sie verfügt über ein Stammkapital von ... EUR. Die Antragsgegnerin ist eine der zwei Marktgebietsverantwortlichen im deutschen Erdgasmarkt. Ihre Aufgabe ist unter anderem das Bilanzkreismanagement in ihrem Marktgebiet nach § 20 GasNZV.

Am 27.05.2016 beantragte die Antragstellerin bei der Antragsgegnerin den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages. Mit E-Mail sowie Schreiben vom 30.05.2016 forderte die Antragsgegnerin von der Antragstellerin eine Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung in Höhe von 100.000 EUR an und stützte sich hierbei auf die Regelung zur Sicherheitsleistung in § 31 der „Geschäftsbedingungen für den Bilanzkreisvertrag“ (Anlage 4 zu der seinerzeit gültigen Kooperationsvereinbarung Gas, Stand 30.06.2015, im Folgende: Anlage 4 KoV a.F.). Die dortige Regelung entspricht inhaltlich im Wesentlichen § 28 der Anlage 4 zu der zum 01.04.2017 in Kraft getretenen Kooperationsvereinbarung Gas (im Folgenden: Anlage 4 KoV n.F., vorgelegt als Anlage NGC 2). Zur Begründung führte die Antragsgegnerin aus, dass ein von Dun & Bradstreet/Bisnode eingeholtes Ranking der Antragsgegnerin vom 30.05.2016, wegen dessen Einzelheiten auf die Anlage NCG 1 verwiesen wird, nicht den Anforderungen der Bilanzkreisvertragsbedingungen entspreche. Am 06.06.2016 übersandte die Antragstellerin der Antragsgegnerin eine Kontobestätigung der Kreissparkasse ... vom 02.06.2016, die ein Guthaben in Höhe von ... EUR auswies. Auch im Rahmen der nachfolgenden Korrespondenz bestand die Antragsgegnerin auf der geltend gemachten Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung als Voraussetzung für den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages und machte geltend, dass angesichts eines Kassenbestandes in der Jahresbilanz 2015 von ... EUR und in der Jahresbilanz 2014 von ... EUR die Kontobestätigung nicht ausreichend sei, um die begründeten Zweifel an der Bonität der Antragstellerin zu entkräften.

Mit Schreiben an die Bundesnetzagentur vom 29.06.2016 hat die Antragstellerin die Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens gegen die Antragsgegnerin mit dem Ziel beantragt, die Antragsgegnerin zu verpflichten, auf pauschale Sicherheits- und Vorauszahlungen in Höhe von 100.000 EUR zu verzichten. Die Bundesnetzagentur hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 01.07.2016 über die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen die Antragsgegnerin gemäß § 31 EnWG informiert. Am gleichen Tage hat sie der Antragsgegnerin die Antragsschrift vom 29.06.2016 übermittelt, die hierauf mit Schreiben vom 02.08.2016 Stellung genommen hat. Durch den angefochtenen, vorab der Landesregulierungsbehörde und dem Bundeskartellamt als Entwurf zur Stellungnahme überlassenen Beschluss vom 06.10.2016 (Az. BK7-16-130) hat die Bundesnetzagentur den Antrag der Antragstellerin vom 29.06.2016 abgewiesen und sich eine Kostentscheidung vorbehalten.

Zur Begründung hat die Bundesnetzagentur im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antrag zwar zulässig sei. Insbesondere richteten sich Antrag und diesem zugrunde liegender Sachverhalt auf einen im Rahmen des § 31 EnWG überprüfbaren Verfahrensgegenstand und sei die Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegnerin in ihren persönlichen Interessen berührt. Denn sie habe nach § 20 EnWG einen Anspruch auf Gewährung eines effizienten Netzzugangs und mache geltend, durch die Forderung einer Sicherheitsleistung bzw. einer Vorauszahlung als Bedingung zum Abschluss eines Bilanzkreisvertrages in dieser Rechtsstellung in ihrem eigenen Rechtskreis beeinträchtigt zu sein.

Es liege indes keine unberechtigte Verweigerung bzw. unzulässige Erschwerung des Zugangs durch das Fordern einer pauschalen Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung in Höhe von 100.000 EUR vor, da es sich um eine zulässige bzw. sachlich gerechtfertigte Netzzugangsbedingung handele.

Dass die Sicherheitsleistung in begründeten Fällen an sich eine zulässige Netzzugangsbedingung darstelle, ergebe sich bereits aus § 3 Abs. 2 Nr. 9 GasNZV, wonach die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bilanzkreisverträge auch die Voraussetzungen für die Erhebung einer Sicherheitsleistung in begründeten Fällen enthalten. Nicht zu beanstanden sei weiter, dass die Antragsgegnerin für die Prüfung, ob ein begründeter Fall angenommen werde, unter anderem auf Ratings anerkannter

Ratingagenturen, zu denen auch Dun & Bradstreet zählten, zurückgreife, da diese gerade gewerbsmäßig die Kreditwürdigkeit bzw. Bonität von Unternehmen bewerteten. Es komme auch nur auf das Rating der Antragstellerin als künftiger Vertragspartnerin und nicht etwa das anderer Unternehmen wie der A (im Folgenden: A) an, die der Antragstellerin - nach deren Vorbringen - die gesamte Bilanzkreisverwaltung übergeben wolle. Weiter sei es sachgerecht, dass die Antragsgegnerin § 31 Ziff. 6 letzter Unterabsatz Anlage 4 KoV a.F. anwende, und nicht etwa § 31 Ziff. 6 a) Anlage 4 KoV a.F., wonach die Höhe der Sicherheitsleistung anhand der Bilanzkreisrechnungen ermittelt werde. Denn für die Antragstellerin selbst lägen noch keine Bilanzkreisabrechnungen vor und es könne nur auf das Unternehmen ankommen, mit dem der Bilanzkreisvertrag geschlossen werde.

Auch die Höhe der Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung bei Neuabschluss eines Bilanzkreisvertrages von 100.000 EUR sei sachgerecht. Bei deren Bemessung seien die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Insoweit seien neben dem Interesse der Netzkunden, die Dienstleistungen der Marktgebietsverantwortlichen im Rahmen des Bilanzkreismanagements in Anspruch zu nehmen, und dem Kreditrisiko der Marktgebietsverantwortlichen infolge von Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit des Netzkunden insbesondere zu berücksichtigen, dass das Kreditrisiko der Marktgebietsverantwortlichen auf die Gesamtheit der Bilanzkreisverantwortlichen und damit mittelbar auf den Gasmarkt insgesamt durchschlagen könne. Durch den Abschluss des Bilanzkreisvertrages erhalte der Netzkunde bzw. Bilanzkreisverantwortliche unbeschränkten Zugang zum virtuellen Handelspunkt. Es könne bei einem großen Handelsvolumen zu einer massiven Unterspeisung des Bilanzkreises und damit für den Marktgebietsverantwortlichen in kürzester Zeit zu Forderungen in Millionenhöhe aus der Bereitstellung von Regel- und Ausgleichsenergie kommen, die bei Ausfall des Bilanzkreisverantwortlichen von allen Bilanzkreisverantwortlichen zu tragen seien. Eine hinreichend hohe Sicherheitsleistung schütze den Markt gerade vor solchen Schäden. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der Bilanzkreisverantwortliche die Zweifel an seiner Bonität durch geeignete Nachweise ausräumen könne. Als Indiz für die Sachgerechtigkeit des Vorgehens der Antragsgegnerin spreche weiter, dass die Regelung in Anlage 4 KoV gemeinsam mit den Marktbeteiligten entwickelt worden sei. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Bilanzkreisverantwortliche nicht nur ein

Wahlrecht hinsichtlich der Art der Sicherheitsleistung habe, sondern deren Höhe nach Ablauf des ersten Liefermonats unter Berücksichtigung der abgerechneten Menge neu zu berechnen sei (§ 31 Ziff. 6 S. 2 letztere Unterabsatz Anlage 4 KoV a.F.).

Angesichts des unbegrenzten Handels sei es auch gerechtfertigt, eine pauschale Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung zu fordern und nicht an den prognostizierten Umsatz, der ohnehin bei unbekanntem Neukunden kaum valide ermittelt werden könne, anzuknüpfen.

Eine Diskriminierung i.S.d. § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG liege nicht vor. Wenn man in der pauschalen Forderung einer Sicherheitsleistung ungeachtet der Größe, der Umsätze etc. eines Unternehmens eine Gleichbehandlung wesentlich Ungleichem erblicken wollte, sei diese wie dargelegt sachlich gerechtfertigt. Im Verhältnis zur A, hinsichtlich der die Antragsgegnerin eine Saldenerklärung der Hausbank akzeptiert habe, liege zwar eine Ungleichbehandlung vor, diese sei aber gerechtfertigt. Die erhöhten Anforderungen an den Nachweis der Bonität, die bei der Antragstellerin u.a. durch das überdurchschnittlich eingestufte Ausfallrisiko und das Stammkapital von nur ... EUR begründet sei, habe durch die Kontobestätigung vom 02.06.2016 nicht entkräftet werden können, da angesichts der in den Jahresbilanzen 2014 und 2015 ausgewiesenen Kassenbestände nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Kontostand des Geschäftsgirokontos dauerhaft sei. Bei der A habe hingegen ein stabiler Bankbestand über die letzten Jahre nachgewiesen werden können, der ausweislich der Kassenbestände gemäß den Jahresbilanzen deutlich über ... EUR gelegen habe.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 07.11.2016 eingelegten und am 07.01.2017 innerhalb der antragsgemäß verlängerten Beschwerdebegründungsfrist begründeten Beschwerde. Sie macht geltend, das Verhalten der Antragsgegnerin sei nicht mit den Vorgaben der Abschnitte 2 und 3 des Dritten Teils des EnWG und den Vorgaben der GasNZV vereinbar. Ihr stehe ein Anspruch auf Abschluss eines standardisierten Bilanzkreisvertrages grundsätzlich aus § 20 Abs. 1 EnWG i.V.m. §§ 1, 3 Abs. 2, Abs. 5 GasNZV als Voraussetzung für den Netzzugang zu. Das Fordern einer pauschalen Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung stelle einen Missbrauch der Marktmacht der Antragsgegnerin dar. Die

in §§ 31 f. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Antragsgegnerin (entsprechend Anlage 4 KoV a.F.) normierten Voraussetzungen lägen hier nicht vor. Insbesondere sei nicht zu besorgen, dass sie ihren Verpflichtungen aus dem Bilanzkreisvertrag nicht nachkommen werde. Die vorformulierten Regelbeispiele lägen nicht vor und auch keine Sachlage, die mit der Tragweite der Regelbeispiele vergleichbar wäre. Die Informationen von Dun & Bradstreet seien wertlos. Es müsse bestritten werden, dass es sich um eine allgemein im Geschäftsleben anerkannte Auskunftfei handele. Von der Antragsgegnerin zur Bedeutung von Dun & Bradstreet vorgelegte Ausdrücke aus dem Internet genügten nicht dem Strengbeweis und würden inhaltlich mit Nichtwissen bestritten. Die von Dun & Bradstreet erstellten Unterlagen wiesen weder Kontaktdaten noch Unterschrift oder Signatur auf. Entscheidend im Hinblick auf ihre Qualität sei jedoch, dass sie kein „Rating“ darstellten. Die Antragsgegnerin habe aus den dort genannten, ungeprüften Umständen Schlussfolgerungen gezogen, ohne diese auch nur im Ansatz zu begründen, und insbesondere die Risikoeinschätzung unreflektiert übernommen, auch wenn drei von vier insoweit relevanten Gesichtspunkten positiv eingeschätzt worden seien und die Abwertung im Hinblick auf die Region, in der sich der Unternehmenssitz befinde, diskriminierend und abwegig sei. Vor allem erfassten die dortigen Angaben nicht die bonitätsrelevante Tatsache, dass die Antragstellerin Eigentümerin zweier mit Wohnhäusern bebauter Immobilien in ... bzw. ... mit einem Marktwert von ... bzw. ... EUR sei, wie sich aus den in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Auszügen aus dem Grundbuch und Verkehrswertgutachten ergebe.

Aber selbst wenn man eine begründete Besorgnis hinsichtlich der Vertragstreue der Antragstellerin annehmen wolle, so sei diese durch die vorgelegte Saldenbescheinigung gemäß § 31 Ziff. 2 S. 3 Anlage 4 KoV a.F. sofort wieder entkräftet, da der Guthabenbestand höher sei als die verlangte Sicherheit. Ein Auskunftsanspruch dahingehend, woher das Geld komme, bestehe nicht, für Spekulationen und Vermutungen bestehe kein Raum. Aus den Bilanzen der Antragstellerin ergebe sich im Übrigen eine positive Geschäftsentwicklung. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bestehe ein Kontostand von ca. ... EUR.

Daneben sei die geforderte Sicherheitsleistung nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach unangemessen. Sie sei der Höhe nach weder geeignet noch

erforderlich, bei etwaiger Verwirklichung des der Antragstellerin als Neukundin unterstellten Gefahrenpotentials den dann vermeintlich entstehenden Schaden der Antragsgegnerin bzw. der Allgemeinheit zu vermeiden. Denn das Risiko eines solchen Schadens bestehe in gleicher Weise nach der ersten Abrechnung einen Monat später und in Bezug auf alle Bilanzkreisbetreiber, ohne dass das Risiko hier durch eine ebenso hohe Sicherheitsleistung minimiert werde. Die streitgegenständliche Sicherheitsleistung sei daher eine Markteintrittsbarriere mit dem alleinigen Zweck, der Antragstellerin als kleinem und relativ neuem Unternehmen den Marktzugang zu verweigern bzw. zu erschweren. Gleichzeitig liege eine unangemessene Ungleichbehandlung der Antragstellerin durch den Missbrauch der Monopolstellung vor, da alle anderen Bilanzkreisbetreiber (einer im Gas- und vier im Strombereich) keine Sicherheitsleistung verlangten, sondern an Hand historischer oder prognostizierter Umsätze kalkulierten, was sachgerecht und angemessen sei.

Des Weiteren sei die Sicherheitsleistung in der verlangten Höhe auch deshalb unangemessen, weil sie die Bindung fast der gesamten liquiden Mittel der Antragstellerin bis zur ersten Bilanzkreisrechnung bewirken würde und diese zumindest vorübergehend der Gefahr der Zahlungsunfähigkeit aussetzen würde. Sie sei auch wegen des geringen Risikos der Antragsgegnerin unangemessen. Die gute Perspektive der Antragstellerin ergebe sich neben ihren Bilanzen auch aus der unbestritten geplanten Zusammenarbeit mit der A, für die sie die Bilanzkreisverwaltung übernehmen und ausbauen solle. Die historischen Bilanzkreisrechnungen der A (0,00 EUR in den vier Monaten bis zum 29.06.2016) ergäben insoweit – jedenfalls zu Vertragsbeginn - ein gegen Null gehendes Kreditrisiko, zumal zwischen dem Geschäftsführer der Antragstellerin und dem Vorstand der A Personenidentität bestehe.

Schließlich würde eine Anwendung des § 31 Anlage 4 KoV a.F. gegen höherrangiges Recht verstoßen, und zwar zunächst gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG und das Bestimmtheitsgebot, da die Ausfüllung der „begründeten Fälle“ den Allgemeinen Geschäftsbedingungen überlassen werde. Die Kooperationsvereinbarung sei als zivilrechtliche Vereinbarung schon nicht geeignet, in hoheitliches Recht einzugreifen und gelte auch nur inter partes. Die Antragstellerin habe mit ihr jedoch nichts zu tun, auch nicht mittelbar über eine

Verbandsmitgliedschaft. Darüber hinaus läge auch ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 S. 1 bzw. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG vor.

Der geltend gemachte Anspruch auf Einschreiten der Bundesnetzagentur sei schließlich durchsetzbar, da eine erhebliche Interessenverletzung auf Seiten der Antragstellerin vorliege und das Ermessen der Bundesnetzagentur in Bezug auf die begehrte Aufhebung der Sicherheitsleistung bzw. auf die Verpflichtung der Antragsgegnerin zum Abschluss des Bilanzkreisvertrages ohne Sicherheitsleistung auf Null reduziert sei.

Die Antragstellerin beantragt,

1.  
den Beschluss der Bundesnetzagentur zu Geschäftsnummer BK7-16-130 vom 06.10.2016 aufzuheben;
2.  
die Bundesnetzagentur zu verurteilen, der Antragsgegnerin aufzugeben, ihr den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages für Erdgas ohne das Fordern einer vorherigen Sicherheitsleistung und ohne das Fordern einer Vorauszahlung anzubieten.

Hilfsweise zu 2. beantragt sie für den Fall, dass der Senat in der mit „Zulassungsformular zum Marktpartnerportal für Bilanzkreisverantwortliche“ überschriebenen und von ihrem Geschäftsführer am 27.05.2016 unterzeichneten und der Antragsgegnerin übersandten Urkunde bereits ein Angebot im Rechtssinne sieht,

die Bundesnetzagentur zu verurteilen, der Antragsgegnerin aufzugeben, das unterbreitete Angebot der Antragstellerin vom 27.05.2016 auf Abschluss eines Bilanzkreisvertrages für Erdgas ohne das Fordern einer vorherigen Sicherheitsleistung und ohne das Fordern einer Vorauszahlung anzunehmen.



Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass die Antragstellerin auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens keinen Anspruch auf unbedingten Abschluss des Bilanzkreisvertrages habe. Unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Argumentation im angefochtenen Beschluss trägt sie vor, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 4 GasNZV bzw. die sonstigen Regelungen im EnWG bzw. der GasNZV bestünden. Auch die Voraussetzungen für das Einfordern der Sicherheitsleistung lägen vor. Die Agentur Dun & Bradstreet gelte als weltweit größter Dienstleister für business-to-business-Informationen. Erforderlich sei nach § 28 Abs. 2 S. 2 Anlage 4 KoV n.F. auch kein „Rating“, sondern nur eine entsprechende Auskunft. Die Antragsgegnerin könne sich auf eine solche Auskunft berufen, ohne darüberhinausgehende Prüfungen vornehmen zu müssen. Eine Existenzgefährdung der Antragstellerin bei Erbringung der Sicherheitsleistung sei nicht ersichtlich, da die Sicherheit auch durch eine Bankbürgschaft geleistet werden könne, also keine liquiden Mittel binden müsse. Hinsichtlich der erst im Verhandlungstermin vorgelegten Grundbuchauszüge sei zu beachten, dass diese im Verhandlungstermin unvollständig, da ohne die die Abteilungen II und III betreffenden Seiten, vorgelegt worden seien, so dass bis zum Schluss der Verhandlung unklar geblieben sei, ob die Grundstücke belastet seien. Auch wenn keine Belastungen vorlägen, sei dies kein tauglicher Bonitätsnachweis, da die diesbezüglichen Verkehrswertgutachten nicht aktuell seien und es nicht Aufgabe der Antragsgegnerin sei, die Bonität anhand von (unvollständig vorgelegten) Grundstücksunterlagen zu bewerten. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum die Antragstellerin die Grundstücke nicht als Sicherheit etwa für eine Bankbürgschaft genutzt hätte.

Die Antragsgegnerin beantragt ebenfalls,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss als rechtsfehlerfrei. Zwar bestehe aus § 20 EnWG ein grundsätzlicher Anspruch auf Abschluss eines Bilanzkreisvertrages,

allerdings nur zu sachlich gerechtfertigten Kriterien, die in der GasNZV und den diesbezüglichen Vertragsbedingungen, insbesondere der hier einschlägigen Regelung gemäß § 28 Ziff. 2 Unterabsatz 2 ihrer Bilanzkreisvertragsbedingungen bzw. Anlage 4 KoV n.F. konkretisiert seien. Letztere stelle das Ergebnis der Verhandlungen verschiedener Interessenvertreter – einschließlich Netzbetreibern und Händlern – dar. Die dortige Regelung sei auch sachgerecht. Die Erhebung einer Sicherheitsleistung schütze nicht etwa finanzielle Interessen der Marktgebietsverantwortlichen, sondern die der Allgemeinheit aller Bilanzkreisverantwortlichen und diene damit dem aus § 1 EnWG ableitbaren Gebot der möglichst preisgünstigen Energieversorgung. Es sei auch sachgerecht, auf – ohnehin durch den Bilanzkreisverantwortlichen entkräftbare - Auskünfte von Auskunftgebern hinsichtlich der Bonität abzustellen, da von den Marktgebietsverantwortlichen nicht verlangt werden könne, eigene Sachabteilungen zur Bonitätsbewertung von Bilanzkreisverantwortlichen vorzuhalten. Auch die Höhe der Sicherheitsleistung sei sachgerecht. Bei Neuabschlüssen von Vertragsverhältnissen sei der Umfang der Bewirtschaftung des Bilanzkreises gerade nicht prognostizierbar. Eine Beschränkung des Handelsvolumens am virtuellen Handlungspunkt sei nicht sinnvoll praktikierbar, soweit sie nicht schon z.B. an sog. RLM-Entnahmestellen, an denen die ausgespeisten Gasmengen erst ex-post festgestellt und allotiert würden, denklogisch ausschieden. Angesichts des deshalb letztlich unbeschränkten Zugangs zum Markt könnten innerhalb kürzester Zeit erhebliche Forderungen der Antragsgegnerin gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen auftreten, die in Millionenhöhe liegen könnten. Zur Bestimmung der angemessenen Höhe der Sicherheitsleistung sei zu berücksichtigen, dass nicht jede in Betracht kommende Forderungshöhe abgedeckt werden könne, aber zumindest diejenigen Forderungen, die auch bei vollständig oder zumindest weitestgehend ordnungsgemäßer und üblicher Bewirtschaftung des Bilanzkreises ohne Weiteres auftreten könnten. Dem entspreche nach den Erfahrungen in der Praxis und insbesondere auch nach Einschätzung der Verhandlungsdelegation zur Ausarbeitung der KoV der Betrag von 100.000 EUR, der eher noch verhältnismäßig gering angesetzt sei.

Die Voraussetzungen für die Anforderung einer Sicherheitsleistung seien vorliegend erfüllt. Bonitätsbedenken ergäben sich ohne Weiteres aus der Auskunft von Dun & Bradstreet als einem der weltweit größten Dienstleister für Wirtschaftsinformationen.

Diese Bedenken seien durch die vorgelegte Kontobestätigung nicht entkräftet, da der in den Jahresbilanzen 2014 und 2015 aufgeführte, deutlich niedrigere Kassenbestand offensichtliche Zweifel daran begründe, dass der dort ausgewiesenen Betrag in Höhe von gut ... EUR der Antragstellerin auch dauerhaft zur Verfügung stehe. Nichts anderes müsse für die mit Nichtwissen bestrittene Behauptung der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung gelten, wonach am 20.09.2017 der Kontostand ca. ... EUR betragen habe. Abgesehen davon, dass dieser als Momentaufnahme nicht aussagekräftig sei, sei der Vortrag nicht innerhalb der fünftägigen Frist des § 28 Unterabsatz 2 S. 1 Anlage 4 KOV n.F. erfolgt. Dies gelte auch zu dem Vortrag betreffend die Grundstücke, zu deren Belastung in der mündlichen Verhandlung keine Unterlagen vorgelegt worden, die aber auch ohne Belastungen nicht zum Bonitätsnachweis geeignet seien. Der Fall der A sei anders gelagert, da der dort ausgewiesene Betrag keine Diskrepanz zu den bilanzierten Kassenbeständen der Jahre 2013 und 2014 aufgewiesen habe. Eine andere Bestimmung der Höhe der Sicherheitsleistung sei ausgeschlossen und insbesondere nicht aufgrund der historischen Nutzungsdaten des Bilanzkreisvertrages der A möglich, da es auf diese nicht ankomme.

Schließlich liege auch keine unangemessene Ungleichbehandlung durch Missbrauch einer Monopolstellung vor. Abgesehen davon, dass die GASPOOL Balancing Services GmbH (Gaspool) als zweite deutsche Marktgebietsverantwortliche denselben Bilanzkreisvertrag verwende wie sie selbst, würde deren Verhalten nicht die Antragsgegnerin binden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und das Protokoll der Senatssitzung jeweils mit Anlagen mit Ausnahme des von der Antragstellerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung überreichten Schriftsatzes vom 05.10.2017 nebst Anlagen Bezug genommen.

## **B.**

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

I.

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde statthaft, §§ 75 Abs. 1, 78 Abs. 1, 3, 83 Abs. 4 EnWG.

II.

Die Beschwerde bleibt – sowohl mit dem Haupt- als auch dem Hilfsantrag - in der Sache ohne Erfolg, da der angefochtene Beschluss der Bundesnetzagentur vom 06.10.2016 rechtmäßig ist. Die Bundesnetzagentur ist mit im Einzelnen zutreffenden Erwägungen davon ausgegangen, dass der Antrag im Missbrauchsverfahren nach § 31 EnWG zwar zulässig, insbesondere statthaft, aber unbegründet ist.

Die Anforderung einer pauschalen Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung in Höhe von 100.000 EUR durch die Antragsgegnerin als Voraussetzung für den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages mit der Antragstellerin stellt weder eine unberechtigte Verweigerung bzw. unzulässige Erschwerung des Netzzugangs noch eine Diskriminierung der Antragstellerin dar, so dass ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 EnWG ausscheidet. Auch im Übrigen ist das Vorgehen der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden.

1. § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG legt fest, dass die Netzbetreiber jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren haben. In § 20 Abs. 1 EnWG ist zusammen mit dem Anspruch auf Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen damit der Zugangsanspruch zu den Gasversorgungsnetzen allgemein etabliert („Ob“ des Zugangs zum Netz). Demgegenüber gestaltet § 20 Abs. 1 b) EnWG den Anspruch auf Zugang zu den Gasnetzen näher aus und beschäftigt sich daher mit der Frage des „Wie“ des Netzzugangs. Eine nähere Konkretisierung des Modells des Netzzugangs und die vertragliche Ausgestaltung erfolgt durch die Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNZV), die nach § 1 Abs. 1 die Bedingungen, zu denen die Netzbetreiber den Netzzugangsberechtigten im Sinne des § 20 Abs. 1 EnWG Zugang zu ihren Leitungsnetzen zu gewähren haben, regelt. Nach den Vorgaben des EnWG

und der GasNZV sind für die Ausgestaltung des Gasnetzzugangs sowie für den Zugang zu den Netzen selbst der Abschluss von Verträgen zwischen den Transportkunden und den Netzbetreibern, insbesondere nach § 3 Abs. 1 GasNZV eines Bilanzkreisvertrages, Voraussetzung. Den Bilanzkreisverträgen haben Netzbetreiber und Marktgebietsverantwortliche nach § 3 Abs. 5 GasNZV dabei allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen, die die Mindestangaben nach § 4 GasNZV enthalten.

Das Fordern einer Sicherheitsleistung in begründeten Fällen stellt eine zulässige Netzzugangsbedingung dar. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 4 Abs. 2 Nr. 9 GasNZV, wonach die allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bilanzkreisverträge auch die Voraussetzungen für die Erhebung einer Sicherheitsleistung in begründeten Fällen enthalten. Diese Vorgabe des Ordnungsgebers begegnet entgegen der von der Antragstellerin vertretenen Ansicht keinen verfassungsrechtlichen Bedenken und verstößt insbesondere nicht gegen das im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnde Bestimmtheitsgebot. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie hier die Formulierung „in begründeten Fällen“ grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 21, 73, 79; 31, 255, 264; 37, 132, 142). Bei der Frage, welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, sind die Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie die Regelungsintensität zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 48, 210, 221 f.; BVerfG VerwRspr 1979, 391, siehe auch BVerwG Urteil vom 27.06.2013, 3 C 7.12, BeckRS 2013, 54291, beck-online). Danach begegnet es keinen Bedenken, dass sich der Ordnungsgeber darauf beschränkt hat zu regeln, dass in bestimmten „begründeten“ Fällen eine Sicherheitsleistung zu erbringen ist, und die Ausfüllung des Rechtsbegriffs den betroffenen Marktteilnehmern durch die von diesen zu erarbeitende Kooperationsvereinbarung überlassen hat. Der Begriff der „begründeten Fälle“ hat bereits einen hinreichend klar umrissenen Bedeutungsgehalt. Diesen gilt es lediglich durch die Ausformulierung konkreter, dem Diskriminierungsverbot genügender Maßgaben, wie etwa von Regelbeispielen, zu präzisieren, wobei dies durch die betroffenen Marktteilnehmer, d.h. durch die Vertreter der verschiedenen sich gegenüberstehenden Interessen, unter Begleitung durch die Bundesnetzagentur und bei voller gerichtlicher Überprüfbarkeit erfolgt.

2. Ein begründeter Fall von Zweifeln an der Bonität im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 9 GasNZV, wie er in Anlage 4 KoV n.F. präzisiert wird, liegt hier vor.

a) Nach § 28 Ziff. 2 Unterabsatz 2 der Anlage 4 KoV n.F. hat der Marktgebietsverantwortliche das Recht, eine angemessene Sicherheitsleistung oder Leistung einer Vorauszahlung zu verlangen, wenn auf Grund einer über den Bilanzkreisverantwortlichen eingeholten Auskunft einer allgemein im Geschäftsleben anerkannten Auskunftsei oder aufgrund einer sonstigen Sachlage eine begründete Besorgnis besteht, dass er den Verpflichtungen aus dem Bilanzkreisvertrag nicht nachkommen wird und der Bilanzkreisverantwortliche dies nach Aufforderung durch den Marktgebietsverantwortlichen nicht innerhalb von 5 Werktagen durch einen geeigneten Nachweis seiner Bonität entkräftet. Hierzu können gegebenenfalls geeignete Bonitätsnachweise vorgelegt werden, wie z.B. das Testat eines Wirtschaftsprüfers, eine Bescheinigung eines in der Bundesrepublik Deutschland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts über eine ausreichende Liquidität, ein aktueller Geschäftsbericht, ein Handelsregisterauszug und erforderlichenfalls weitergehende bonitätsrelevante Informationen.

Da die Antragstellerin die Verpflichtung der Antragsgegnerin zum Abschluss eines Bilanzkreisvertrages mit ihr ohne Fordern einer vorherigen Sicherheitsleistung oder Vorauszahlung begehrt, ist auf die KoV in der zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung über die Beschwerde gültigen Fassung, hier mithin die zum 01.04.2017 in Kraft getretene KoV IX (n.F.), abzustellen.

b) Die begründete Besorgnis, dass die Antragstellerin ihren Verpflichtungen aus dem Bilanzkreisvertrag nicht nachkommen werde, ergibt sich aus der Auskunft von Dun & Bradstreet/Bisnode vom 30.05.2016 (Anlage NCG 1).

Die von der Antragsgegnerin eingeholte Auskunft vom 30.05.2016 stammt ausweislich des Copyright-Vermerks von der Bisnode D&B Deutschland GmbH. Dass es sich um eine im Geschäftsleben anerkannte Auskunftsei handelt, ergibt sich aus den von der Bundesnetzagentur und der Antragsgegnerin in Bezug genommenen, im Internet verfügbaren Informationen über „Dun & Bradstreet“ (D & B), die auf der deutschen

Wikipedia-Seite ([www.wikipedia.de](http://www.wikipedia.de)) als größter Dienstleister für business-to-business-Wirtschaftsinformationen der Welt bezeichnet wird, der seit über 100 Jahren in Deutschland tätig sei und deren Produkte seit der Fusion 2013 von Bisnode angeboten werden. Es bestehen vor diesem Hintergrund keine Zweifel daran, dass Dun & Bradstreet/Bisnode in Deutschland eine anerkannte Auskunftsei von einiger Marktbedeutung, wenn nicht gar marktführend, ist.

Der Auskunft vom 30.05.2016 lässt sich nicht nur entnehmen, dass die Antragstellerin – wie von ihr auch nicht in Abrede gestellt – lediglich über ein Stammkapital von ... EUR verfügt, sondern auch über eine „D&B Einzel-Kreditempfehlung“ von ... EUR und eine „D&B Gesamt-Kreditempfehlung“ von ... EUR bei einer Einstufung des Ausfallrisikos als überdurchschnittlich. Die geringe Höhe des Stammkapitals in Verbindung mit einer Kreditempfehlung im lediglich ...stelligen Bereich begründet die erhebliche Besorgnis, dass die Antragstellerin ihren Verpflichtungen aus dem Bilanzkreisvertrag nicht nachkommen werde, da hierdurch in Zweifel gezogen wird, dass bereits verhältnismäßig geringe Forderungen in Höhe eines niedrigen fünfstelligen Betrages nicht mehr durch liquide Mittel der Antragstellerin gedeckt sein könnten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass durch den Zugang zu einem virtuellen Handelspunkt die Möglichkeit eröffnet wird, unbegrenzt Gasmengen zu übertragen bzw. zu handeln, ohne dass die Antragsgegnerin hierauf volumenmäßig Einfluss nehmen könnte. Bei einem großen Handelsvolumen kann es deshalb – durch den Bilanzkreisverantwortlichen beabsichtigt oder auch nicht – unter Umständen zu einer starken Unterspeisung und damit zu erheblichen, die genannten Beträge möglicherweise auch deutlich übersteigenden Forderungen gegenüber dem Bilanzkreisverantwortlichen aus der Bereitstellung von Regel- und Ausgleichsenergie kommen.

Unschädlich ist insoweit, dass es sich bei der Auskunft vom 30.05.2016 weder um ein Rating im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 vom 16.09.2009 über Ratingagenturen noch im Sinne anderer Gesetze handelt, sondern vielmehr um die Ergebnisse von Scoring-Verfahren, d.h. um Werturteile, die auf subjektiven Prognosen und mathematisch-statistischen Wahrscheinlichkeitsberechnungen beruhen, worauf in der Auskunft vom 30.05.2016 ausdrücklich hingewiesen wird. Denn der Wortlaut des hier einschlägigen § 28 Ziff. 2 Unterabsatz 2 Anlage 4 KoV n.F. verlangt lediglich eine

„über den Bilanzkreisverantwortlichen eingeholte Auskunft einer allgemein im Geschäftsleben anerkannten Auskunftsei“, also gerade kein Rating einer anerkannten Rating-Agentur. Derartige Ratings sind vielmehr Gegenstand der Regelung in § 28 Ziff. 2 Unterabsatz 3 Anlage 4 KoV n.F., wonach bei bestimmten Ratingergebnissen des Bilanzkreisverantwortlichen unbeschadet der vorstehenden Regelung von einer begründeten Besorgnis auszugehen ist.

Aus dem Wortlaut von § 28 Ziff. 2 Unterabsatz 2 Anlage 4 KoV n.F. ergibt sich weiterhin, dass es auf den Inhalt der Auskunft („auf Grund einer ... Auskunft“) ankommt. Es obliegt der Antragsgegnerin danach nicht, die Auskunft einer allgemein im Geschäftsleben anerkannten Auskunftsei auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls die Richtigkeit einzelner Angaben zu verifizieren. Dies ist auch sachgerecht. Denn es wäre für die Marktgebietsverantwortlichen mit einem erheblichen Aufwand verbunden, hinsichtlich jedes einzelnen Bilanzkreisverantwortlichen eigenständige Ermittlungen zu dessen Bonität anzustellen. Gleichzeitig besteht das Geschäftsmodell der sog. Auskunftseien gerade darin, Informationen unter anderem zum Zwecke der Bonitätsprüfung von Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Hinzu kommt, dass, sofern solche Auskünfte bezüglich der Bonität im Einzelfall unzutreffende Angaben oder Einschätzungen beinhalten sollten, für den Bilanzkreisverantwortlichen die Möglichkeit besteht, die Zweifel an seiner Bonität durch die Vorlage entsprechender aussagekräftiger Unterlagen mit ihm zumutbaren Aufwand zu entkräften. Angesichts dieses Schutzmechanismus für den Bilanzkreisverantwortlichen ist es gerade unter Berücksichtigung des in § 1 EnWG verankerten Gebots der preisgünstigen Versorgung gerechtfertigt, dass Marktgebietsverantwortliche nicht zu umfangreichen eigenen Recherchemaßnahmen verpflichtet sind, sondern auf bereits existierende Auskünfte zurückgreifen dürfen, ohne eigene Ermittlungen oder Prüfungen anzustellen.

Mit zutreffenden Erwägungen hat die Bundesnetzagentur schließlich festgestellt, dass es nicht auf die Bonität der A und auch nicht auf deren bisherige Bilanzkreisabrechnungen als Grundlage für die Berechnung einer Sicherheitsleistung ankommt. Für die Frage, ob und in welcher Höhe eine Sicherheitsleistung verlangt werden kann, kann es immer nur auf den Vertragspartner des Neukundenvertrages ankommen, da gerade für diesen der unbeschränkte Zugang zum Bilanzkreis und



hierdurch das bereits dargestellte Risiko einer kostenträchtigen Unterspeisung des Bilanzkreises eröffnet wird. Allein der Neukunde ist Verpflichteter hinsichtlich der Forderungen für zur Verfügung gestellte Ausgleichs- und Regelenergie, nur auf diesen kann es deshalb ankommen.

c) Die hiernach begründete Besorgnis, dass die Antragstellerin ihren Verpflichtungen aus dem Bilanzkreisvertrag nicht nachkommen werde, ist nicht durch die Vorlage der Kontenbestätigung der Kreissparkasse Wittenberg vom 02.06.2016, die einen Guthabenbetrag von ... EUR aufweist, entkräftet.

Die Kontenbestätigung hätte Zweifel an der Bonität nur dann entkräften können, wenn angenommen werden könnte, dass sie die liquiden Mittel der Antragstellerin auch dauerhaft abbildet. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Angesichts eines bilanziell ausgewiesenen Kassenbestandes von ... EUR bzw. ... EUR in den Jahren 2014 bzw. 2015 ist zweifelhaft, dass der Antragstellerin zwischenzeitlich ein Guthaben in sechsstelliger Höhe auch dauerhaft zur Verfügung steht. Um die deshalb nicht von der Hand zu weisende Möglichkeit, dass es sich nur um einen kurzzeitigen Saldo handelt, auszuräumen, hätte es daher der Vorlage weiterer aussagekräftiger Unterlagen über die langfristige finanzielle Entwicklung bedurft. Nichts anderes gilt, soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung – von der Antragsgegnerin mit Nichtwissen bestritten – einen Kontostand zum 20.09.2017 in Höhe von ca. ... EUR behauptet hat. Ohne nähere Angaben etwa zum aktuell bilanziell ausgewiesenen Kassenbestand handelt es sich ebenfalls um eine im Hinblick auf die generelle Bonitätsprüfung nicht belastbare Momentaufnahme. Der Einwand der Antragstellerin, sie sei der Antragsgegnerin nicht zur Auskunftserteilung verpflichtet, geht insoweit fehl. Denn nach § 28 Abs. 2 Unterabsatz 2 Anlage 4 KoV n.F. obliegt es der Antragstellerin, die begründete Besorgnis der fehlenden Bonität zu entkräften. Dies ist auch sachlich gerechtfertigt, da es der Antragstellerin ohne weiteres möglich und zumutbar ist, aussagekräftige Unterlagen über ihre finanziellen Verhältnisse vorzulegen.

Inwieweit sich aus ihren Bilanzen eine positive Geschäftsentwicklung ergibt, die die Zweifel an der Bonität entkräften könnte, wie mit der Beschwerdebeurteilung geltend gemacht, hat die Antragstellerin weder näher dargelegt noch ist dies ersichtlich. Die in der mündlichen Verhandlung am 20.09.2017 überreichten Verkehrswertgutachten und

Grundbuchauszüge bezüglich zweier im Eigentum der Antragstellerin stehender Grundstücke sind schließlich ebenfalls nicht geeignet darzutun, dass die Antragstellerin über eine ausreichende Bonität verfügt. Unabhängig von der Rechtzeitigkeit des diesbezüglichen Vorbringens in materieller oder prozessualer Hinsicht – den etwaige Belastungen der Grundstücke in den Abteilungen II und III betreffenden Auszug aus dem Grundbuch hat die Antragstellerin erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgelegt - gilt das schon deshalb, weil die die Grundstücke betreffenden Verkehrswertgutachten bereits aus den Jahren 2012 und 2013 stammen. Angesichts des sich aus den Gutachten selbst ergebenden Alters und daraus resultierenden Modernisierungsbedarfs der Bebauung enthalten sie keine belastbaren Angaben über deren tatsächlichen Wert zum jetzigen Zeitpunkt, auf die die Antragsgegnerin eine positive Bonitätsbeurteilung hätte verlässlich stützen können. Insbesondere wäre die Antragsgegnerin nicht gehalten, von sich aus zu ermitteln, ob der den Verkehrswert jeweils maßgeblich bestimmende, als „besonderes objektspezifisches Grundstücksmerkmal“ ausgewiesene Modernisierungsbedarf gestiegen und den Verkehrswert von seinerzeit ... EUR bzw. ... EUR damit weiter herabgesetzt hat.

3. Auch die Höhe der verlangten Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung begegnet keinen Bedenken.

a) Im Falle des Neuabschlusses eines Bilanzkreisvertrages hat der Marktgebietsverantwortliche nach § 28 Ziff. Unterabsatz 2 Anlage 4 KoV n.F. das Recht, in Abweichung von Ziff. 6 a) und b) unter den Voraussetzungen der Ziff. 2, wie dem Vorliegen einer begründeten Besorgnis, eine Sicherheitsleistung in Höhe von 100.000,- € zu verlangen. Nach Ablauf des ersten Liefermonats hat der Marktgebietsverantwortliche eine Berechnung der Höhe der Sicherheitsleistung entsprechend Ziff. 6 b) vorzunehmen.

b) Die zu erbringende Sicherheitsleistung ist in § 28 Ziff. 6 Unterabsatz 2 Anlage KoV n.F. mit einem Pauschalbetrag von 100.000 EUR angemessen angesetzt.

Dafür, dass der Betrag von 100.000 EUR das zu erwartende Risiko nach der praktischen Erfahrung der Marktteilnehmer angemessen abdeckt, spricht bereits, dass

die KoV von den Marktgebietsverantwortlichen und den Händlern als Vertragspartner des Bilanzkreisvertrages erarbeitet wird, so dass darin den unterschiedlichen Interessen der Marktbeteiligten Rechnung getragen werden kann.

Unabhängig hiervon wird die Höhe der Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung den gegeneinander abzuwägenden Interessen der Beteiligten gerecht. Zutreffend hat die Bundesnetzagentur darauf hingewiesen, dass neben dem Interesse des Netzkunden an der Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Marktgebietsverantwortlichen im Rahmen des Bilanzkreismanagements und dem Kreditrisiko, dem der Marktgebietsverantwortliche durch mögliche Forderungsausfälle bei einzelnen Netzkunden ausgesetzt ist und das sich im Missbrauchsfall auf Millionenbeträge belaufen kann, insbesondere zu berücksichtigen ist, dass letzteres Kreditrisiko auf die Gesamtheit der Bilanzkreisverantwortlichen und damit mittelbar auf den Gasmarkt insgesamt durchschlagen kann. Gleichzeitig ist im Fall des Neuabschlusses von Bilanzkreisverträgen gerade nicht verlässlich prognostizierbar, in welchem Umfang der uneingeschränkte Zugang zum virtuellen Handelspunkt durch den Neukunden genutzt, d.h. in welchem Umfang Handel betrieben werden wird. Es ist daher sachlich gerechtfertigt, Neukunden anders als solche Kunden zu behandeln, hinsichtlich derer bereits Bilanzkreisabrechnungen vorliegen und damit eine Grundlage für die Abschätzung des Risikos zukünftiger Bilanzkreisunterspeisungen besteht. Der Verweis der Antragstellerin darauf, dass das Gefahrenpotential bei Neu- und Altkunden in gleicher Weise besteht, geht mithin fehl. Die Antragstellerin kann auch nicht erfolgreich geltend machen, dass in ihrem Fall eine Schätzgrundlage vorliege, da sie beabsichtige, für die A deren Bilanzkreise zu übernehmen. Denn derartige Angaben über das Geschäftsmodell sind für die Antragsgegnerin nicht verifizierbar und vermögen das allgemein bei Neukunden in besonderem Maße bestehende, dargestellte Gefährdungspotential, das an das noch nicht prognostizierbare Marktverhalten anknüpft, für sich gesehen nicht auszuräumen.

Die Forderung einer pauschalen Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung in Höhe von 100.000 EUR belastet gleichzeitig den Neukunden nicht über Gebühr. Die Sicherheitsleistung kann unter anderem durch unbedingte unwiderrufliche Bankgarantien oder unbedingte unwiderrufliche Unternehmensgarantien erbracht werden, setzt also nicht zwingend liquide Mittel in Höhe von 100.000 EUR voraus oder

bindet diese. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin bereits nach Ablauf des ersten Liefermonats verpflichtet ist, eine Berechnung der Höhe entsprechend § 28 Ziff. 6 b) Anlage 4 KoV n.F. vorzunehmen, mithin auf Basis der voraussichtlichen Forderungshöhe aufgrund der abzurechnenden Menge seit der letzten Abrechnung bis zum Zeitpunkt der Anforderung der Sicherheitsleistung. Unter Berücksichtigung der Art der zu erbringenden Sicherheitsleistung und der Vorhaltdauer des Sicherungsmittels kann nicht davon ausgegangen werden, dass die pauschale Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung für einen hinreichend liquiden Neukunden den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages unmöglich machen würde und damit faktisch eine „Markteintrittsbarriere“ für kleine oder mittlere Unternehmen darstellt.

Schließlich begegnet es auch keinen Bedenken, dass die Sicherheitsleistung bzw. Vorauszahlung in Form eines Pauschalbetrages bemessen ist. Wie bereits ausgeführt, fehlt es bei Neukunden gerade an einer belastbaren Schätzgrundlage für den Umfang künftiger Aktivitäten am virtuellen Handlungspunkt und damit an einer validen Grundlage zur Bewertung des Kreditrisikos der Marktgebietsverantwortlichen (bzw. letztlich sämtlicher Bilanzkreisverantwortlichen). Dieses Risiko aufgrund des unbeschränkten Zugangs zum virtuellen Handlungspunkt kann für jeden Neukunden unabhängig von dessen Größe einheitlich bemessen und durch einen pauschalen Betrag abgedeckt werden.

4. Die streitgegenständliche Anforderung einer Sicherheitsleistung oder Vorauszahlung ist auch nicht diskriminierend.

Diskriminierungsfreiheit bedeutet, dass der Zugang jedermann eingeräumt wird, unabhängig von spezifischen beruflichen oder persönlichen Merkmalen oder Eigenschaften. Die von § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG vorgeschriebene Gleichbehandlung ist dabei aber keine absolute. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots setzt in Anlehnung an den allgemeinen Gleichheitssatz voraus, dass vergleichbare Sachverhalte, Gruppen oder Personen in wesentlicher Hinsicht ungleich oder wesentlich unterschiedliche Sachverhalte, Gruppen oder Personen gleich behandelt werden. Für die Vergleichsgruppenbildung bedarf es eines Aktes wertender Erkenntnis, um den Bezugspunkt für die wesentliche Übereinstimmung bzw. Differenz der zum Vergleich gestellten Sachverhalte, Gruppen oder Personen erfassen zu

können (Schmidt in: Erfurter Kommentar, Grundgesetz, 17. Aufl., Art. 3 Rn. 33, zitiert nach beck-online). So können Differenzierungen, die objektiven Kriterien folgen, sachlich gerechtfertigt sein (Kment in: Kment, EnWG, 2015, § 20 Rn. 10, beck-online).

Soweit die Antragsgegnerin eine Saldenmitteilung der Hausbank der A vom 21.01.2016 als ausreichend zur Entkräftung der Zweifel an der Bonität angesehen hat, so ist die darin liegende Ungleichbehandlung gegenüber der Antragstellerin sachlich gerechtfertigt. Im Falle der Antragstellerin ließ die vorgelegte Kontobestätigung vom 02.06.2016 wie bereits dargelegt keine Rückschlüsse auf eine dauerhaft in der ausgewiesenen Größenordnung liegende Liquidität zu. Dies war im Fall der A anders, da dort die Kassenbestände gemäß den Bilanzen der Vorjahre ebenfalls im deutlich sechsstelligen Bereich lagen, nämlich im Jahr 2013 bei ... EUR und im Jahr 2014 bei ... EUR. Die Antragsgegnerin durfte daher, wie die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss zutreffend angenommen hat, von einem über mehrere Jahre stabilen Bankbestand der A ausgehen, der Zweifel an der Bonität entkräftete. Diese Voraussetzungen aber lagen bei der Antragstellerin gerade nicht vor.

Nicht entscheidungserheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die weitere Marktgebietsverantwortliche im deutschen Erdgasmarkt bzw. die Marktgebietsverantwortlichen auf dem deutschen Strommarkt die Bonitätsprüfung nach denselben Maßstäben durchführen wie die Antragsgegnerin. Es kommt allein darauf an, ob die Antragsgegnerin sich diskriminierend verhält, d.h. wesentlich Gleiches ungleich behandelt.

6.

Ein Eingriff in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum kann schon deshalb nicht vorliegen, weil Art. 14 GG nicht die Erwerbchancen der Antragstellerin als Unternehmen schützt. Die unternehmerische Tätigkeit einschließlich ihrer Funktionsvoraussetzungen schützt vielmehr Art. 12 GG (Schmidt in: Erfurter Kommentar, a.a.O., Art. 14 Rn. 5, Art. 12 Rn. 14 und 16, vgl. auch Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl., Art. 14, Rn. 5, 21). Ein etwaiger Eingriff in das nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht auf freie Berufsausübung durch die Anforderung einer Sicherheitsleistung oder Vorauszahlung als Bedingung für den Abschluss eines Bilanzkreisvertrages wäre indes gerechtfertigt. Regelungen der Berufsausübung sind

nach ständiger Rechtsprechung statthaft und bleiben im Rahmen des dem Gesetzgeber durch Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eingeräumten Regelungsauftrages, wenn sie durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden, wenn die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich sind und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird (BVerfGE 30, 292, 316 ff.; BVerfGE 61, 291, 312; BVerfG NJW 1985, 963, beck-online). Dies ist aus den vorstehend bereits ausführlich dargelegten Gründen der Fall.

7.

Soweit die Antragstellerin in der Beschwerdebegründung ausdrücklich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Antragsgegnerin geltend gemacht hat, so kann zwar in Fällen der Diskriminierung oder unbilligen Behinderung eines Unternehmens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Kontrahierungszwang in Betracht kommen, wenn der Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen nur auf diese Weise beseitigt oder vermieden werden kann (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 12.05.1998, KZR 23/96 – Depotkosmetik; Urteil vom 16.6.2015, KZR 83/13 – Einspeiseentgelte). Unabhängig davon, dass diese Voraussetzungen hier wie bereits ausgeführt nicht vorliegen, sind die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB aber schon nicht anwendbar, da die regulierungsrechtlichen Vorschriften des 3. Teils des EnWG und die Vorschriften der GasNZV nach § 111 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EnWG abschließend sind (vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 2 GasNZV).

#### IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG.

Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO und beruht auf der von der Bundesnetzagentur und der Antragsgegnerin unbeanstandet gebliebenen Streitwertangabe der Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung.

#### V.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 86 Abs. 2 EnWG liegen nicht vor. Weder hat die zu entscheidende Rechtsfrage, ob die in der Anlage 4 KOV n.F. vorgesehene Anforderung einer pauschalen Sicherheitsleistung bei Neuabschluss eines Bilanzkreisvertrages eine zulässige Netzzugangsbedingung darstellt, über den Einfall hinausgehende Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Laubenstein  
Vorsitzender Richter am OLG

Dr. Kühneweg  
Richterin am OLG

Klein Reesink  
Richterin am OLG