

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.01.2018 - VI-3 Kart 446/18 (V)

Leitsätze des Gerichts:

Im Eilverfahren gem. § 77 Abs. 3 S. 4 EnWG hätte die Anlegung desselben Prüfungsmaßstabes wie im Hauptsacheverfahren, der zu einer ebenso intensiven Prüfung und Befassung mit den aufgeworfenen Rechts- und Tatsachenfragen im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung führen würde, faktisch die Durchführung eines vorgelagerten, weiteren Beschwerdeverfahrens zur Folge. Eine vollständige zweifache Würdigung des Sach- und Streitstoffes sieht die Rechtsschutzsystematik des EnWG indes nicht vor und sie ist auch nicht verfassungsrechtlich zur Gewährleistung eines umfassenden Rechtsschutzes geboten. Die Bewertung komplexer Tatsachen- sowie schwieriger Rechtsfragen muss bei nur summarischer Prüfung ergebnisoffen bleiben.

Tenor:

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde vom 19.01.2018 anzuordnen, wird zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Die Antragstellerin des Verwaltungsverfahrens und Beteiligte des gerichtlichen Verfahrens ist ein Unternehmen, das seinen Kunden – überwiegend großhandelsfähige industrielle Nachfrager - energiewirtschaftliche Beratungs- und Dienstleistungen, wie z.B. die Strom- und Gasbeschaffung, anbietet. Sie übernimmt keine eigenen Energiehandelspositionen, sondern handelt ausschließlich im Auftrag, auf Rechnung und im Namen des Kunden.

Die Beschwerdeführerin ist als unabhängiger Energiemanager einer der Energieversorger für deutsche Eisenbahnverkehrs- und -infrastrukturunternehmen. Sie bietet Energielieferungen in Form von Bahnstrom, Drehstrom, Gas sowie Dieselmotoren an. Als Netzbetreiberin bewirtschaftet sie unter anderem das Bahnstromnetz mit einer Spannung von 110 kV und einer Frequenz von 16,7 Hz. Das Bahnstromnetz dient der Verteilung des Bahnstroms für den Schienenverkehr zu den zur Versorgung notwendigen Oberleitungen (15 KV). Diese sind über Unterwerke mit dem Bahnstromnetz verbunden. Die Belieferung des Bahnstromnetzes selbst erfolgt aus vorgelagerten 50-Hz-Netzen, über die das Bahnstromnetz mittels Umrichtern und Umformern verbunden ist, sowie aus Bahnstromkraftwerken.

Mit Beschluss vom 09.11.2010 (EnVR 1/10) bestätigte der BGH, dass es sich bei dem Netz der Beschwerdeführerin um ein Elektrizitätsversorgungsnetz handle und sie dem Geltungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes unterfalle.

Nach Erlass der Entscheidung entwickelte die Beschwerdeführerin im Wege eines Konsultationsverfahrens gemeinsam mit den Marktteilnehmern und unter Einbeziehung der Bundesnetzagentur ein die Bedürfnisse der Eisenbahnverkehrsunternehmen berücksichtigendes Netzzugangsmodell mit dem Ziel der Öffnung des Bahnstromnetzes. Es setzt die Marktstandards GPKE und MaBis um und ermöglicht darüber hinaus einen viertelstündigen Lok austausch zwischen unterschiedlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen mit gegebenenfalls auch unterschiedlichen Stromlieferanten sowie Grenzüberschreitungen der Lokomotiven in das europäische Ausland. Das seit dem 01.07.2014 für dritte Energielieferanten geöffnete Netzzugangssystem geht weit über die

gesetzlichen Anforderungen für Verteilnetzbetreiber hinaus. Ende des Jahres 2016 waren ca. 20 Lieferanten im Bahnstromnetz tätig, wobei keiner eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Der Marktanteil der Beschwerdeführerin betrug ca. 35 % bezogen auf den Absatz an externen Eisenbahnverkehrsunternehmen und nahm in 2017 voraussichtlich noch ab (belastbare Daten liegen noch nicht vor).

Die Belieferung im Bahnstromnetz erfolgt für Traktionsleistungen, d.h. Energieverbräuche im Zusammenhang mit der Durchführung von Zugfahrten. Da sich die dabei tatsächlich genutzten Triebfahrzeugeinheiten den Zugfahrten im Vorfeld nicht immer fest zuordnen lassen bzw. betriebsbedingt auch Fahrzeugdispositionen kurzfristig geändert werden, wird im Bahnstromnetz im Rahmen der GPKE-Regelungen zwischen technischen und virtuellen Entnahmestellen unterschieden. Technische Entnahmestellen werden dauerhaft und unveränderlich genau einer Triebfahrzeugeinheit zugeordnet und können auch verschiedene Triebköpfe bzw. -einheiten umfassen. Sie allein verfügen über Messeinrichtungen und sind zu jedem Zeitpunkt genau einer virtuellen Entnahmestelle zugeordnet. Die Zuordnung nimmt die Beschwerdeführerin auf der Basis von Zuordnungsinformationen der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die sie mehrstufig auswertet, vor. Virtuelle Entnahmestellen dienen als Objekt zur Belieferung mit Energie. Für die Dauer der Zuordnung ist die technische Entnahmestelle ein Sub-Zählpunkt der virtuellen Entnahmestelle. Die Abrechnung für die Netznutzung erfolgt auf Basis der virtuellen Entnahmestellen. Zur Abgrenzung von Energieverbräuchen, die anderen Bahnstromnetzen entnommen werden, werden zudem Meldungen zu Grenzübertreten genutzt.

Für das Bahnstromnetz wurde ein eigenes bundesweit durchgängiges Bilanzkreissystem eingerichtet. Die Beschwerdeführerin schließt mit Lieferanten oder deren Bilanzkreisverantwortlichen Bilanzkreisverträge über Bilanzkreise im Bahnstromnetz ab. Sämtliche Bahnstromlieferungen erfolgen über diese Bahnstrombilanzkreise und werden gemäß MaBis bilanziert und abgerechnet. In diesem Zusammenhang übernimmt die Beschwerdeführerin als Bahnstromnetzbetreiberin auch die Funktionen eines Bilanzkoordinators. Zur Abwicklung von Energielieferungen zwischen den vorgelagerten Regelzonen der vier deutschen Übertragungsnetzbetreiber und dem Bahnstromnetz wurde ein separater 50-Hz-Übergabebilanzkreis in der Regelzone des Übertragungsnetzbetreibers Amprion GmbH eingerichtet. Energielieferungen eines Bilanzkreisverantwortlichen in diesen 50-Hz-Übergabebilanzkreis werden 1:1 in die jeweiligen Bahnstrombilanzkreise eingestellt. Die Bilanzkreisverantwortlichen melden zu diesem Zweck die Energielieferungen beim Übertragungsnetzbetreiber im Rahmen der Fahrplanabgabe an. Die Beschwerdeführerin meldet die entsprechenden Gegenfahrpläne an den Übertragungsnetzbetreiber.

Die Beteiligte schloss im Jahr 2014 mit der Beschwerdeführerin einen Bilanzkreisvertrag ab, auf dessen Grundlage sie zwei Bilanzkreise im Bahnstromnetz unterhält und seit 2017 einen Bilanzkreis bewirtschaftet. Die Bildung und Bewirtschaftung von Unterbilanzkreisen und ein regelzoneninterner Stromtransfer zwischen Bilanzkreisen im Bahnstromnetz sind indes nicht vorgesehen und vertraglich ausgeschlossen (vgl. Ziff. 2.2 und 11 des Bilanzkreisvertrages, Anlage BF 9).

Mit E-Mails vom 08.08.2016 und 10.08.2016 bat die Beteiligte um die Eröffnung eines neuen Strombilanzkreises, dessen Ausgleichsenergieabrechnungen nicht auf die Beteiligte als Vertragspartnerin, sondern an einen Dritten adressiert werden sollten und forderte die Errichtung von Unterbilanzkreisen. Die Beschwerdeführerin wies die Anliegen zurück, unterbreitete jedoch Alternativen, um dem Geschäftszweck der Beteiligten Rechnung zu tragen, mit denen indes die Beteiligte nicht einverstanden war. Im Rahmen eines von der Beteiligten zunächst angestrebten informellen Verwaltungsverfahrens erläuterten beide Parteien ihre Rechtsauffassung. Nachdem eine Einigung nicht erzielt werden konnte, stellte die Beteiligte am 22.11.2016 einen Antrag auf Durchführung eines besonderen Missbrauchsverfahrens. Nach wechselseitigen Stellungnahmen bis zum 28.08.2017 beschloss die Bundesnetzagentur am 20.12.2017 – ohne der Beschwerdeführerin

zuvor einen Entwurf der beabsichtigten Entscheidung zukommen zu lassen -, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet sei, der Beteiligten bis zum 01.06.2018 regelzoneninterne Stromtransfers mittels Fahrplanlieferungen zwischen Bilanzkreisen sowie die Errichtung und Nutzung von Unterbilanzkreisen zu ermöglichen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin meint, der angegriffene Beschluss sei bereits unzulässig, da die Beteiligte kein Antragsrecht dargelegt habe und der Beschluss zudem unter Missachtung ihrer Anhörungsrechte formell rechtswidrig ergangen sei.

Die Beteiligte habe nicht ausgeführt, weshalb sie durch das Verhalten der Beschwerdeführerin in ihren Interessen gegenwärtig erheblich berührt sei, sondern lediglich pauschal und abstrakt ihr Geschäftsmodell beschrieben. So führe diese nicht aus, wie viele ihrer Kunden die von ihr angebotenen Dienstleistungen im Bahnstromnetz umsetzen möchten. Es fehle auch Vortrag dazu, inwiefern sich die behauptete Beschränkung auf sie nachteilig auswirke. Eine nachteilige Änderung des Rechts- bzw. Vermögenskreises der Beteiligten könne aufgrund ihres Vortrags nicht festgestellt werden. Allein der Hinweis, dass die von ihr begehrten Maßnahmen in 50-Hz-Übertragungsnetzen möglich seien, genüge bereits deshalb nicht, weil die Anforderungen an den Übertragungsnetzbetrieb nicht auf das Bahnstromnetz übertragbar seien. Eine erhebliche Interessenberührung scheidet auch deshalb aus, weil die Beteiligte im Missbrauchsverfahren über ein Jahr zugewartet habe, ohne auf eine Entscheidung der Bundesnetzagentur zu drängen. Die Bundesnetzagentur habe gleichwohl in dem angegriffenen Beschluss eine erhebliche Interessenberührung angenommen, ohne die von ihr, der Beschwerdeführerin, aufgezeigten Möglichkeiten, wie das gewünschte Geschäftsmodell der Beteiligten ohne die Einrichtung und Nutzung von Unterbilanzkreisen alternativ umgesetzt werden könne, zu würdigen. Gründe, weshalb ernste Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Beschwerdeführerin bestünden, lege die Beteiligte ebenfalls nicht dar. Ein Verweis auf §§ 4 und 5 StromNZV genüge nicht, da die Beschwerdeführerin kein Übertragungsnetzbetreiber sei.

Der Beschluss sei auch formell rechtswidrig, da sie nicht zu den festgesetzten Maßnahmen und zur Umsetzungsfrist angehört worden sei. Die Bundesnetzagentur habe allein verfahrenslenkende Verfügungen vorgenommen, nicht aber aktiv eigene Bewertungen oder Stellungnahmen abgegeben, aus denen sie hätte etwas ablesen können. Dass die Parteien Stellungnahmen ausgetauscht hätten, ändere hieran nichts. Im Übrigen hätten sich die Parteien auch nicht über einen etwaigen Zeitraum für eine Abstimmung ausgetauscht. Sie habe nach den informellen Gesprächen zudem nicht mit einer Verpflichtung zur Umsetzung zusätzlicher Funktionalitäten im Bahnstromnetz gerechnet und sich daher weder zu den festgesetzten Maßnahmen noch zu dem Zeitrahmen der Umsetzung äußern können. Dieser Anhörungsmangel sei auch nicht heilbar, da eine ergebnisoffene Überprüfung nicht mehr möglich sei.

Der Beschluss sei zudem mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mangels Rechtsgrundlage unbegründet. Ihr Netzzugangsmodell gewähre jedermann diskriminierungsfrei Netzzugang gemäß § 20 EnWG. Entsprechend den bundesweit einheitlichen Musterverträgen zu den Bedingungen des Netzzugangs könnten die Marktakteure ihren Lieferanten frei wählen. Besondere Bedürfnisse wie der untertägige Lokaustausch und die Verarbeitung von Grenzübertritten in das europäische Ausland seien ebenfalls berücksichtigt.

Sie verstoße auch nicht gegen §§ 4 und 5 StromNZV, da sie bereits nicht Adressatin dieser Regelungen sei. Sie betreibe weder eine Regelzone im Sinne dieser Vorschrift noch sei sie Übertragungsnetzbetreiberin. Daher richte sich auch der von der Bundesnetzagentur festgelegte Bilanzkreisvertrag gemäß Beschluss BK6-06-013 nicht an sie. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die

Bundesnetzagentur trotz einer Festlegung, die sich nicht an die Beschwerdeführerin als Adressatin richte, hier Maßnahmen anordne, die für Übertragungsnetzbetreiber durch diese Festlegung präzisiert würden. Es sei auch nicht unschädlich, dass das Netz der Beschwerdeführerin kein Übertragungsnetz sei. Es könne nicht im freien Ermessen der Bundesnetzagentur stehen zu entscheiden, welche Vorschriften auf die Beschwerdeführerin Anwendung finden sollen und welche nicht. Die Beschwerdeführerin sei entweder Übertragungsnetzbetreiberin oder Verteilernetzbetreiberin mit den jeweils umzusetzenden Marktstandards.

Die Verpflichtung zur Errichtung von Unterbilanzkreisen ergebe sich auch nicht aus entsprechender Anwendung der §§ 4, 5 StromNZV. Diese liefe der Zielsetzung der Öffnung des Bahnstromnetzes, nämlich der Förderung des Wettbewerbs im Schienenverkehr, zuwider. Eine entsprechende Verpflichtung folge auch nicht aus § 3 a EnWG. Durch Auslegung sei zu ermitteln, welche Vorschriften auf das Bahnstromnetz unmittelbar oder entsprechend anwendbar seien. Diese Auslegung müsse Sinn und Zweck des Bahnstromnetzes und dessen Besonderheiten berücksichtigen und stehe nicht im freien Ermessen der Bundesnetzagentur. Die Besonderheiten des Bahnstromnetzes ergäben sich aus der besonderen Aufgabe der Beschwerdeführerin, die sich in wesentlichen Punkten von den Aufgaben eines Übertragungsnetzbetreibers unterschieden. Im Kern bestehe ihre Aufgabe in der Gewährleistung eines reibungslosen, wettbewerblichen Schienenverkehrs. Der Markt für Bahnstrom sei somit ein vorgelagerter Markt zum nachgelagerten Markt für Schienenverkehrsdienstleistungen. In ihrem Netz seien bewegliche Abnahmestellen zu beliefern, die untertägig den Nutzer wechselten und aus dem Stromnetz der Beschwerdeführerin in Stromnetze im europäischen Ausland und wieder zurückführten. Die Umsetzung der §§ 4 und 5 StromNZV verursache einen erhöhten Aufwand und damit höhere Kosten für die Eisenbahnverkehrsunternehmen. Denn die Ermöglichung eines Handels zwischen Bilanzkreisen und die Einrichtung von Unterbilanzkreisen in den bereits komplexen Strukturen des Netzzugangsmodells seien nur durch Aufstockung von Personal und Anschaffung einer noch leistungsfähigeren IT-Struktur machbar. Dies widerspreche den Zielsetzungen des § 1 Abs. 1 EnWG. Da der bloße Handel mit Strom nicht zu den vordersten Bedürfnissen ihres Marktes gehöre, könnten entsprechende Maßnahmen für sie nur verpflichtend sein, soweit sie den Wettbewerb im Schienenverkehr fördern und nicht behindern.

Die Entscheidung der Bundesnetzagentur verstoße zudem gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Verpflichtung sei nicht geeignet, da sie sich kostenerhöhend auf die Netznutzer auswirken würde. Die geforderten Maßnahmen seien auch nicht erforderlich, weil mildere Mittel mit demselben Erfolg zur Verfügung stünden. Dies seien etwa eine Weiterverrechnung der Ausgleichsenergie seitens der Bilanzkreisverantwortlichen an das Eisenbahnverkehrsunternehmen oder der Abschluss eines Bilanzkreisvertrages zwischen der Beschwerdeführerin und dem Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Geschäftsmodelle der Beteiligten könnten zudem auch im 50-Hz-Netz und der Übertragung in das 16,7-Hz-Netz durch den Übergabebilanzkreis verwirklicht werden. Die Bildung von Unterbilanzkreisen sei in ihrem System nicht notwendig, um die Energiemengen zwischen Bahnstrombilanzkreisen austauschen zu können. Das 16,7-Hz-Bilanzkreismodell sei im Zusammenspiel mit dem 50-Hz-Bilanzkreismodell so angelegt, dass jegliche Energiemengen zwischen Bahnstrombilanzkreisen über die Nutzung des 50-Hz-Bilanzkreismodells transferiert werden könnten. Der Beschluss der Bundesnetzagentur sei schließlich nicht angemessen, da der beabsichtigte Zweck außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehe. Neben den voraussichtlich steigenden Kosten für die Netznutzung hätte die Umsetzung der Maßnahmen eine nicht unerhebliche Steigerung der Komplexität des bereits jetzt sehr komplexen Zugangsmodells zur Folge. Die Beteiligte sei auch die einzige Marktakteurin, die diese Funktionalitäten fordere. Ein Sonderwunsch eines oder weniger Marktteilnehmer dürfe nicht zu Lasten aller Marktteilnehmer gehen.

Der Beschluss stelle schließlich eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte dar, weil die Umsetzung der mit ihm auferlegten zusätzlichen Funktionen die

Komplexität des entwickelten Zugangsmodells weiter erhöhen und dessen Umsetzung für die Beschwerdeführerin deutlich erschweren würden. Dies hätte für alle Marktteilnehmer erhebliche, nicht wiedergutzumachende Nachteile zur Folge. Die Umsetzung des von der Beschwerdeführerin entwickelten Zugangsmodells sei derzeit noch nicht abgeschlossen. Insbesondere die Datenverarbeitung und -übermittlung sei Gegenstand eines Umsetzungs- und Optimierungsprozesses, dem die Bundesnetzagentur zugestimmt und der Beschwerdeführerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung im Missbrauchsverfahren zu den Abrechnungsprozessen im Zugangsmodell (BK 6-17-259) aufgegeben habe, das Netzzugangsmodell zu vereinfachen. Eine Umsetzung des angegriffenen Beschlusses würde einer Vereinfachung indes entgegenstehen. Diese unbillige Härte sei auch nicht durch überwiegende öffentliche Interessen geboten. Eine Pflicht zur Umsetzung der allein von der Beteiligten geforderten Maßnahmen bestehe mangels Rechtsgrundlage nicht. Sie stünde zudem dem Interesse an einem reibungslosen Ablauf der Netzzugangsprozesse entgegen.

Die Beschwerdeführerin beantragt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde anzuordnen.

Die Bundesnetzagentur beantragt, den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, der Eilantrag sei unbegründet. Die Beschwerdeführerin lege bereits nicht dar, weshalb sie erst 15 Wochen nach Zustellung der Entscheidung Eilrechtsschutz begehre. Weder werde behauptet, dass sie der Verpflichtung nicht fristgerecht entsprechen könne, noch führe sie aus, weshalb sie den Eilantrag nicht frühzeitiger hätte stellen können.

Die angegriffene Missbrauchsverfügung sei formell rechtmäßig ergangen. Der von einer Missbrauchsverfügung betroffene Netzbetreiber könne sich im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung bereits nicht darauf berufen, dass es dem Antragsteller an der Antragsbefugnis gefehlt habe.

Sie habe zudem fehlerfrei eine erhebliche und gegenwärtige Interessenberührung festgestellt. Die Beteiligte habe deutlich gemacht, dass ihr Geschäftsmodell des reinen Energiedienstleisters durch die Restriktionen im Netzzugangsmodell der Beschwerdeführerin erheblich tangiert würde. Es sei der Beteiligten nicht möglich, gegenläufige Portfolioeffekte bei verschiedenen Kunden durch Unterbilanzkreise und Fahrplangeschäfte zwischen einzelnen Bilanzkreisen auszugleichen und so Ausgleichsenergiezahlungen für die einzelnen Kunden zu vermeiden. Ob speziell für diese Dienstleistung konkrete Kundenanfragen vorlägen, spiele bereits deshalb keine Rolle, weil sich die Nachfrage nach diesen Dienstleistungen auch erst nach einem entsprechenden Angebot einstellen könne.

Die Beschwerdeführerin sei auch hinreichend am Verfahren beteiligt worden. Dass sie den Beteiligten vor Abschluss des Verfahrens keinen Entwurf der beabsichtigten Entscheidung zur erneuten Stellungnahmen zugeleitet habe, führe nicht dazu, dass es sich um eine überraschende Entscheidung handle. Sie habe ihrer Entscheidung keine Gesichtspunkte zugrunde gelegt, die zuvor nicht Gegenstand der geführten Diskussion gewesen seien. Der Beschwerdeführerin sei bekannt gewesen, welche tatsächlichen Verhaltensweisen zur Überprüfung gestellt und welche rechtlichen Wertungen der Entscheidung zu Grunde gelegt worden seien. Das von der Bundesnetzagentur zu überprüfende Verhalten habe sich tatsächlich und rechtlich eindeutig aus dem Antrag der Beteiligten auf Einleitung des Missbrauchsverfahrens ergeben. Die Beschwerdeführerin habe sich – entgegen ihrer Behauptung - auch zur Umsetzungsfrist der Maßnahmen geäußert.

Der Beschluss sei auch materiell rechtmäßig ergangen. Der Anwendungsbereich von § 4 Abs. 1 S. 3 StromNZV und § 5 Abs. 1 StromNZV sei eröffnet. Der Bundesgerichtshof habe entschieden, dass für das Bahnstromnetz und die Beschwerdeführerin als Betreiberin dieses Energieversorgungsnetzes der Anwendungsbereich des EnWG eröffnet und im Rahmen des jeweiligen Regulierungsverfahrens zu klären sei, ob und inwieweit die Vorschriften unmittelbar oder nur entsprechend anwendbar seien oder einer einschränkenden Auslegung bedürften, um einerseits dem Willen des Gesetzgebers Geltung zu verschaffen und andererseits die Besonderheiten des Stromnetzes der Beschwerdeführerin angemessen zu berücksichtigen. Diese Besonderheiten des Bahnstromnetzes machten gerade eine Anwendbarkeit dieser streitgegenständlichen Regelungen erforderlich. Die Beschwerdeführerin sei ein Verteilnetzbetreiber und nehme gleichwohl im Hinblick auf die Frequenzhaltung im Bahnstromnetz Aufgaben wahr, die in 50-Hz-Netzen von den Übertragungsnetzbetreibern erfüllt würden. Denn der Betrieb des Bahnstromnetzes mit einer Frequenz von 16,7 Hz führe dazu, dass eine einfache Umspannung von der Höchstspannungsebene in die Hochspannungsebene nicht genüge, das Bahnstromnetz mit Energie aus dem 50-Hz-Netz zu versorgen. Vielmehr müsse die Beschwerdeführerin durch den Einsatz von Umrichterwerken selbst aktiv werden, um Energie in ihr Bahnstromnetz einzuleiten. Sie sei daher für die Frequenzhaltung im Bahnstromnetz selbst verantwortlich. Damit sei die Beschwerdeführerin als Bahnstromregelzonenbetreiberin an die Stelle der Übertragungsnetzbetreiber im 50-Hz-Netz getreten und habe die in den §§ 4 und 5 StromNZV geregelten Pflichten gegenüber den Bilanzkreisverantwortlichen zu erfüllen, um so der vom Bundesgerichtshof geforderten Einzelfallauslegung gerecht zu werden. Die rein formale Sicht der Beschwerdeführerin sei zurückzuweisen, denn Wortlaut bzw. Verortung der Vorschriften komme im vorliegenden Einzelfall nur eine begrenzte Aussagekraft zu. Das Netzzugangsrecht nehme bei der Marktrollenbetrachtung und der entsprechenden Aufteilung in Übertragungsnetzbetreiber sowie Regelzonenbetreiber das 50-Hz-Netz in den Blick. Die Besonderheiten des Bahnstromnetzes erforderten es indes, nicht zu stark an Wortlaut bzw. Systematik festzuhalten, sondern auf Sinn und Zweck des Netzzugangsrechts, Netznutzern einen diskriminierungsfreien Zugang zum Elektrizitätsversorgungsnetz zu gewähren, abzustellen. Nach Sinn und Zweck der §§ 4 Abs. 1 S. 3 und 5 Abs. 1 StromNZV müssten diese auf das Bahnstromnetz Anwendung finden, um einen diskriminierungsfreien und kosteneffizienten Zugang zum Bahnstromnetz zu ermöglichen. Anderenfalls untersage die Beschwerdeführerin den Netznutzern der Bilanzkreisbewirtschaftung grundlegende Funktionalitäten, denen insbesondere bei der Vermeidung von Ausgleichsenergie und bei der Ermittlung des Bedarfs für Regelenergie gesteigerte Bedeutung zukomme. Die Einrichtung von Unterbilanzkreisen und die Durchführung von Fahrplangeschäften zwischen den Bilanzkreisen seien Grundfunktionalitäten des Netzzugangs, die den Bilanzkreisverantwortlichen überhaupt erst in die Lage versetzten, die Bilanzkreise flexibel und kosteneffizient zu bewirtschaften. Ohne Bilanzkreise wäre eine Netzbenutzung schlicht nicht möglich. Der Ordnungsgeber habe daher auch die Einrichtung von Unterbilanzkreisen, die allein der Bilanzierung dienen, als wesentliches Prinzip des Bilanzkreissystems bezeichnet. Eine fehlende Anwendung wöge vorliegend besonders schwer, weil den Netznutzern im Hinblick auf den Abschluss von Bilanzkreisverträgen kein alternativer Vertragspartner zur Verfügung stünde.

Soweit die Beschwerdeführerin sich vorliegend auf eine den Wettbewerb hindernde Kostensteigerung berufe, sei ihr Vortrag wenig konkret und bereits aus diesem Grunde zurückzuweisen. Da bislang zudem nur die Antragstellerin die Einhaltung der § 4 Abs. 1 S. 3 und 5 Abs. 1 StromNZV gefordert habe, dürfte der Aufwand in der täglichen Abwicklung zudem überschaubar sein.

Die angegriffene Missbrauchsverfügung sei auch verhältnismäßig. Die Umsetzung der Vorgaben erfülle einen legitimen Zweck, da die beiden Regelungen der Ausgestaltung eines diskriminierungsfreien und effizienten Netzzugangs dienen. Die Umsetzung sei zudem erforderlich, da ein relativ milderes Mittel nicht ersichtlich sei. Der Vorschlag, die Kunden der Beteiligten könnten unmittelbar mit der Beschwerdeführerin Bilanzkreisverträge abschließen, sei bereits deshalb nicht

gleich geeignet, weil nicht jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen die Bewirtschaftung des eigenen Bilanzkreises und die damit verbundene Energiebeschaffung selber durchführen möchte. Hierbei handele es sich um die Zielgruppe des Geschäftsmodells der Antragstellerin als unabhängigen Energiedienstleister. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Alternative des Umweges über das 50-Hz-Netz sei nicht gleich geeignet. Die im Verwaltungsverfahren vorgelegte Skizze zeige, dass die Umsetzung von § 5 Abs. 1 StromNZV offensichtlich weniger kompliziert sei, da der derzeit vorgeschlagene Lösungsweg insgesamt fünf Bilanzkreise tangiere. Die Verpflichtung sei auch angemessen. So sei dem Kollektivinteresse an einer diskriminierungsfreien und effizienten Ausgestaltung des Netzzugangs, bei dem die Bildung von Unterbilanzkreisen und die Durchführung von Fahrplangeschäften zu den grundlegenden Mechanismen des Netzzugangsrechts gehörten, gegenüber dem vorliegenden wirtschaftlichen Individualinteresse der Beschwerdeführerin der Vorzug einzuräumen. Infolge der Umsetzung von § 4 Abs. 1 S. 3, § 5 Abs. 1 Strom NZV könnten die Bilanzkreise zudem effizienter bewirtschaftet werden. Auch hinsichtlich der Umsetzungsfrist bestünden keine Bedenken. Die Beschwerdeführerin habe bereits keine Umstände vorgetragen, wonach die Einführung der beiden Netzzugangsmechanismen innerhalb der Umsetzungsfrist von über fünf Monaten nicht zu bewerkstelligen gewesen wäre. Dies gelte erst recht, weil nach dem Vortrag der Beschwerdeführerin nicht mit einem Massenverfahren zu rechnen sei.

Es sei schließlich nicht ersichtlich, dass für die Beschwerdeführerin mit der gegenständlichen Maßnahme eine unbillige Härte verbunden sei. Sie teile die Ansicht der Beschwerdeführerin nicht, wonach die streitgegenständliche Entscheidung zu einer wettbewerbshinderlichen Komplizierung des Zugangsmodells führe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen Bezug genommen.

II. Der Antrag der Beschwerdeführerin vom 16.04.2018, gemäß § 77 Abs. 3 S. 4, S. 1 Nr. 2 und 3 EnWG die aufschiebende Wirkung der streitgegenständlichen Beschwerde vom 19.01.2018 anzuordnen, ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Der Eilantrag der Beschwerdeführerin ist statthaft. Ungeschriebene Voraussetzung für die begehrte Eilentscheidung gem. § 77 Abs. 3 S. 4, S. 1 Nr. 2 und 3 EnWG ist eine „Anfechtungslage“. Das Hauptbegehren des Antragstellers muss sich auf Beseitigung eines Verwaltungsakts richten (Boos in: Danner/Theobald, Energierecht, 95. EL, Okt. 2017, Rn. 39 (beck-online); Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, Rn. 16 (beck-online); Senat, Beschluss v. 09.02.2015, VI-3 Kart 3/15, Rn. 26 (juris)). Die Verpflichtungen der Beschwerdeführerin, innerhalb ihrer 16,7-Hz-Regelzone spätestens ab dem 01.06.2018 regelzoneninterne Stromtransfers mittels Fahrplanlieferungen zwischen Bilanzkreisen sowie die Einrichtung und Nutzung von Unterbilanzkreisen zu ermöglichen, stellen eigenständige Einzelfallregelungen mit Außenwirkung und damit Verwaltungsakte dar, die gemäß § 75 EnWG mit der Beschwerde angefochten werden können. Da die gegen den Beschluss erhobene Anfechtungsbeschwerde der Betroffenen gemäß § 76 Abs. 1 EnWG keine aufschiebende Wirkung hat, ist das Verfahren nach § 77 Abs. 3 S. 4 i. V. m. S. 1 Nr. 2 EnWG zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes eröffnet.

Der Eilantrag hat jedoch keinen Erfolg.

Gemäß § 77 Abs. 3 S. 4 i. V. m. S. 1 Nr. 2 EnWG kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnen, wenn an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ernstliche Zweifel bestehen (Abs. 3 S. 1 Nr. 2) oder wenn ihre Vollziehung für den Beschwerdeführer eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (Abs. 3 S. 1 Nr. 3). Dabei steht dem Beschwerdegericht trotz des Wortlauts ein Ermessen nicht zu, wenn

die Voraussetzungen von Nr. 1 oder 2 des § 77 Abs. 3 S. 1 EnWG erfüllt sind (Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, Rn. 16 (beck-online)).

a) Es bestehen bei der gebotenen summarischen Prüfung keine ernstlichen Zweifel, dass der von der Beschwerdeführerin angegriffene Beschluss formell rechtmäßig ergangen ist. Soweit die Beschwerdeführerin auch die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung angreift, ist eine abschließende Feststellung des Sachverhalts und Bewertung der aufgeworfenen und zu klärenden Rechtsfragen im Rahmen einer summarischen Prüfung nicht möglich und damit ergebnisoffen. Ernstliche Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der Entscheidung bestehen daher ebenfalls nicht.

aa) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin begründen weder die Tatsache, dass die Bundesnetzagentur von einem Antragsrecht der Beteiligten gem. § 31 Abs. 2 EnWG ausgegangen ist, noch eine nicht hinreichende Anhörung der Beschwerdeführerin ernstliche verfahrensrechtliche Zweifel an dem angegriffenen Beschluss.

(1) Es kann offen bleiben, ob die Beteiligte durch das Verhalten der Beschwerdeführerin in ihren Interessen erheblich berührt wird und ihr Antrag nach § 31 Abs. 1 S. 1 EnWG zulässig war. Denn nach der Entscheidung des BGH vom 14.04.2015, Az.: EnVR 45/13, der sich der Senat anschließt, kann sich die Beschwerdeführerin in dem vorliegenden gerichtlichen Verfahren nicht mit Erfolg darauf berufen, die Bundesnetzagentur habe verfahrensfehlerhaft die Antragsbefugnis der Beteiligten bejaht, weil es der Beteiligten an einem Antragsrecht gefehlt habe.

Wie der BGH ausführt, dient das Merkmal der Antragsbefugnis nicht dem Schutz des Netzbetreibers, gegen den sich der Antrag auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens richtet, sondern dem Schutz der Antragsteller. Nach den für das allgemeine Verwaltungsrecht geltenden Grundsätzen, die auch für das energiewirtschaftliche Verwaltungsverfahren gelten, hat eine Anfechtungsklage Erfolg, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird. Aufgrund dessen sind insbesondere Verfahrensverstöße nur dann beachtlich, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift auch dem Schutz des Betroffenen dient, also nicht nur im öffentlichen Interesse oder im Interesse Dritter erlassen wurde. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zudem seit langem anerkannt, dass grundsätzlich nur solche Verfahrensfehler, auf denen die Entscheidung beruhen kann, zur Aufhebung des Verwaltungsakts führen. Diesen allgemeinen Rechtsgedanken bringt auch § 46 VwVfG zum Ausdruck (vgl. nur BVerwGE 65, 167, 171; 67, 74, 76; BVerwG, Buchholz 316 § 46 VwVfG Nr. 8). Auch insoweit kann für das energiewirtschaftsrechtliche Verfahren - wie bereits die Verweisung in § 67 Abs. 4 EnWG auf die §§ 45, 46 VwVfG zeigt - nichts anderes gelten. Die Vorschrift des § 31 EnWG dient der Umsetzung von Art. 23 Abs. 5 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG (nunmehr Art. 37 Abs. 11 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2009/72/EG) und soll Betroffenen die Möglichkeit geben, sich über das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen zu beschweren. Absatz 1 Satz 1 gibt den Betroffenen das - subjektive - Recht, einen Antrag auf Überprüfung des Verhaltens eines Netzbetreibers bei der Regulierungsbehörde zu stellen (vgl. BT-Drucks. 15/3917, S. 63). Diese hat sodann nach Absatz 1 Satz 2 zu prüfen, inwieweit das Verhalten des Netzbetreibers mit den Vorgaben in den Bestimmungen der Abschnitte 2 und 3 des Energiewirtschaftsgesetzes oder der auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen sowie den nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden übereinstimmt. Dieses Prüfungsprogramm unterscheidet sich damit nicht von demjenigen der Allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG oder dem Aufsichtsverfahren nach § 65 Abs. 1 und 2 EnWG. Die angefochtene Missbrauchsverfügung hätte daher auch auf eine dieser beiden Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden können. Dass insoweit die Regulierungsbehörde von Amts wegen tätig werden kann, zeigt zugleich, dass die Antragsbefugnis in § 31 EnWG lediglich dem Schutz der von einem missbräuchlichen Verhalten eines Netzbetreibers Betroffenen und daneben - im Hinblick auf die

insoweit einschränkende Tatbestandsvoraussetzung der Berührung erheblicher Interessen - allenfalls noch den Belangen der Regulierungsbehörde dient, nicht hingegen dem Schutz des Netzbetreibers, gegen den sich das Besondere Missbrauchsverfahren richten soll. Der Zweck des Besonderen Missbrauchsverfahrens nach § 31 EnWG im Verhältnis zu dem Allgemeinen Missbrauchsverfahren nach § 30 EnWG und dem Aufsichtsverfahren nach § 65 EnWG erschöpft sich daher darin, den Antragstellern im Falle der Ablehnung einer Überprüfung nach § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG durch die Regulierungsbehörde eine gerichtliche Nachprüfungsmöglichkeit einzuräumen, während sich diese bei den beiden anderen Verfahren auf eine Überprüfung der behördlichen Ermessensentscheidung beschränkt (BGH, Beschluss v. 14.04.2015, EnVR 45/13, Rn. 19 (juris) – Zuhause-Kraftwerk).

(2) Es ist auch nicht festzustellen, dass die Bundesnetzagentur die Beschwerdeführerin nicht hinreichend gem. § 67 Abs. 1 EnWG angehört hat.

(a) Nach § 67 Abs. 1 EnWG hat die Regulierungsbehörde den Beteiligten vor Erlass einer Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies setzt voraus, dass die Beteiligten sich vor der Entscheidung zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen äußern und so Verfahren und Ergebnis beeinflussen können (BVerfG, Beschluss v. 18.01.2000, 1 BvR 321/96, Rn. 29 (juris); BGH, Beschluss v. 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 107 (juris)). Dazu muss die Regulierungsbehörde den Betroffenen die entscheidungserheblichen Tatsachen, die rechtlichen Grundlagen der beabsichtigten Entscheidung sowie die dieser zugrundeliegenden wesentlichen rechtlichen Wertungen mitteilen (Senat, Beschluss v. 28.04.015, VI-3 Kat 306/12 (V), BeckRS 2015, 13422, Rn. 85). Dabei ist die beabsichtigte Entscheidung so konkret zu umschreiben, dass die Beteiligten erkennen können, zu welchen Fragen eine Äußerung zweckmäßig ist (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 67 Rn. 5 (beck-online); Bonk/Kallerhoff in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage § 28, Rn. 34; Senat, Beschluss v. 15.03.2017, VI-3 Kart 181/15 (V), Rn. 91 (juris)).

Diese Anforderungen hat die Bundesnetzagentur im Verwaltungsverfahren beachtet. Die Beschwerdeführerin hatte hinreichend Möglichkeit, Verfahren und Ergebnis zu beeinflussen. Sie hat zunächst im Rahmen eines informellen Verwaltungsverfahrens am 16.09.2016 schriftlich und in einem Gesprächstermin am 11.10.2016 bei der Bundesnetzagentur zu den hier streitgegenständlichen Fragen der Ermöglichung regelzoneninternen Stromtransfers zwischen Bilanzkreisen und der Einrichtung von Unterbilanzkreisen Stellung nehmen können. Auch zu dem Antrag der Beteiligten vom 18.11.2016 auf Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gem. § 31 Abs. 1 EnWG hat sich die Beschwerdeführerin am 19.12.2016 sowie auf eine ihr mit Schreiben der Bundesnetzagentur vom 25.07.2017 zugeleitete Erwidern der Beteiligten vom 15.01.2017 am 28.08.2017 geäußert. Gegenstand des Antrags und der gesamten Diskussion war dabei stets die Frage, ob die Beschwerdeführerin zu Recht den regelzoneninternen Stromtransfer sowie die Bildung von Unterbilanzkreisen untersagt, oder ob ihr Verhalten gegen §§ 3a, 20 ff EnWG und §§ 4, 5 StromNZV verstößt (vgl. bereits den Antrag Bl. 26 ff VV). Der Beschwerdeführerin waren daher das tatsächlich im Missbrauchsverfahren zu überprüfende Verhalten und die rechtlichen Grundlagen bekannt. Sie hat sich in ihrer Stellungnahme vom 19.12.2018 auch dazu geäußert, dass bis Ende 2018 die Einrichtung von Unterbilanzkreisen realisiert werden könnte (Bl. 53 VV). Ihr war daher bewusst, dass in dem Missbrauchsverfahren mögliche Umsetzungsfristen des von ihr verlangten Verhaltens von tatsächlicher und rechtlicher Relevanz sind. Die Bundesnetzagentur hat daher ihrer Entscheidung insgesamt keine Tatsachen und rechtlichen Erwägungen zugrunde gelegt, die nicht vorher zwischen den Parteien ausgetauscht und erörtert worden sind.

(b) Es liegt auch kein Verstoß gegen die Anhörungspflicht darin, dass der Beschwerdeführerin nicht vorab ein Entscheidungsentwurf übersandt worden ist. Besondere Verfahrens- oder Formvorschriften bestehen für die Gewährung rechtlichen Gehörs nicht (Wende in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 67 Rn. 11). Es liegt auch nicht in der Natur des energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahrens, dass rechtliches Gehör nur bei vorheriger

Übersendung eines Entscheidungsentwurfs mit Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt werden kann (vgl. Senat, Beschluss v. 15.03.2017, VI-3 Kart 181/15 (V), Rn. 99 (juris)).

(c) Die pauschale Behauptung, sie habe aufgrund des Verhaltens und der Äußerungen der Bundesnetzagentur in dem informellen Gespräch und zudem in dem vor der Bundesnetzagentur parallel geführten Missbrauchsverfahren nicht mit einer Verpflichtung zur Umsetzung zusätzlicher Funktionalitäten im Bahnstromnetz gerechnet und sich demzufolge weder zu den festgesetzten Maßnahmen noch zu dem Zeitraum der Umsetzung der Maßnahmen äußern können, ist vor dem Hintergrund des dargestellten Verfahrensgangs nicht nachvollziehbar, im Übrigen aber auch unerheblich.

Denn ein etwaiger Anhörungsmangel wäre dadurch, dass die Beschwerdeführerin bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor dem Senat umfassend Gelegenheit zur Stellungnahme hat und in der Lage ist, der Auffassung der Bundesnetzagentur und der Beteiligten im Einzelnen entgegenzutreten, ohnehin gemäß § 67 Abs. 4 EnWG, § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG geheilt (Wende in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Auflage, § 67 Rn. 30). Hierbei ist auch zu beachten, dass sich die Beschwerdeführerin jedenfalls trotz entsprechender Möglichkeit auch in dem Schriftsatz, mit dem die einstweilige Anordnung der aufschiebenden Wirkung des angegriffenen Beschlusses beantragt wird und der immerhin einen Umfang von 39 Seiten hat, nicht zu der Frage geäußert hat, dass ihr die Umsetzung der mit dem angegriffenen Beschluss auferlegten Verpflichtungen bis zum 01.06.2018 nicht möglich oder bis zu welchem Zeitpunkt sie in der Lage wäre, die Umsetzung zu erfüllen.

bb) Es bestehen auch keine ernstlichen Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit des angegriffenen Beschlusses. Die materielle Rechtslage muss auf der Grundlage der gebotenen summarischen Prüfung als offen gewertet werden.

(1) Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung können in tatsächlicher, verfahrensrechtlicher oder materiell rechtlicher Hinsicht gegeben sein, wobei das Verfahren nach § 77 Abs. 3 S. 4 EnWG wegen seines vorläufigen Charakters nur eine summarische Prüfung zulässt.

Dieser Prüfungsmaßstab folgt zum einen aus dem nur vorläufigen Charakter des Eilverfahrens, wonach eine Eilentscheidung nur bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache getroffen wird und Wirkung entfaltet. Aber auch die Systematik des EnWG spricht für einen nur summarischen Prüfungsumfang in dem Verfahren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. 77 Abs. 3 S. 4 EnWG. In § 76 Abs. 1 EnWG hat der Gesetzgeber die Grundentscheidung getroffen, dass eine Beschwerde gegen eine Entscheidung der Regulierungsbehörde keine aufschiebende Wirkung hat, soweit durch die angefochtene Entscheidung nicht eine Entscheidung zur Durchsetzung der Verpflichtungen nach den §§ 7 bis 7b und §§ 8 bis 10d getroffen wird. Es gilt der Grundsatz des Sofortvollzugs. Wenn der Prüfungsmaßstab und damit auch der Prüfungsumfang im Hauptsacheverfahren und im Eilverfahren identisch sind, wird die gesetzgeberische Grundentscheidung in § 76 Abs. 1 EnWG unterlaufen.

Die Anlegung desselben Prüfungsmaßstabes wie im Hauptsacheverfahren, der zu einer ebenso intensiven Prüfung und Befassung mit den aufgeworfenen Rechts- und Tatsachenfragen im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung führen würde, hätte faktisch die Durchführung eines vorgelagerten, weiteren Beschwerdeverfahrens zur Folge. Eine vollständige zweifache Würdigung des Sach- und Streitstoffes sieht die Rechtsschutzsystematik des EnWG indes nicht vor und sie ist auch nicht verfassungsrechtlich zur Gewährleistung eines umfassenden Rechtsschutzes geboten.

Daraus folgt, dass die abschließende Feststellung des Sachverhalts und die Bewertung schwieriger Rechtsfragen der im Beschwerdeverfahren zu treffenden Hauptsacheentscheidung vorbehalten

bleiben müssen (Senat, Beschluss v. 09.02.2015, VI-3 Kart 3/15, Rn. 40 (juris); Senat, Beschluss v. 22.02.2016, VI-3 Kart 160/15, Rn. 42 (juris)). Im Verfahren über den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde liegen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung erst vor, wenn die Aufhebung des Bescheids überwiegend wahrscheinlich ist. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn eine Tatsachenfrage oder die Rechtslage lediglich offen ist (vgl. Senat, Beschluss v. 14.11.2012, VI-3 Kart 14/12; Senat, Beschluss v. 09.02.2015, VI-3 Kart 3/15, Rn. 40 (juris); Senat, Beschluss v. 22.02.2016, VI-3 Kart 160/15, Rn. 42 (juris); Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 77, Rd. 16f., m.w.N (beck-online)). Der Gesetzgeber hat ausweislich von § 76 Abs. 1 EnWG die sofortige Vollziehbarkeit als Regelfall und die aufschiebende Wirkung als Ausnahme festgelegt (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 77 Rn. 17 (beck-online); Boos in: Danner/Theobald/Boos, EnWG, 95. EL Okt. 2017, § 77 Rn. 47 (beck-online)).

(2) Eine summarische Prüfung ist grundsätzlich auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Die notwendige Prüfungsintensität steigt jedoch mit der drohenden Rechtsverletzung, die bis dahin reichen kann, dass die Gerichte unter besonderen Umständen dazu verpflichtet sein können, die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen. Droht einem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Beschwerdeverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. BVerfG, Beschluss v. 14.05.1996, 2 BvR 1516/93, Rn. 160 (juris)). Denn in diesen Fällen kann nur im einstweiligen Rechtsschutz eine endgültige Grundrechtsverletzung verhindert werden (BVerfG, Beschluss v. 14.09.2016, 1 BvR 1335/13, Rn. 20, juris)). Je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen, je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtspositionen zurückgestellt werden. Entscheidend ist, dass die Prüfung eingehend genug ist, um den Antragsteller vor erheblichen und unzumutbaren, anders weder abwendbaren noch reparablen Nachteilen effektiv zu schützen (BVerfG, Beschluss vom 12.09.2011, 2 BvR 1206/11, Rn. 15 (juris)).

(3) Bei der nach diesen Maßstäben im vorliegenden Eilverfahren allein gebotenen summarischen Prüfung lassen sich ernsthafte Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit des Beschlusses nicht feststellen.

(a) Im Rahmen einer summarischen Prüfung können komplexe Tatsachenfragen, die nur durch aufwendiges Studium der Verfahrens- und Verwaltungsvorgänge und gegebenenfalls auch umfangreiche Anhörung und Beweisaufnahme gelöst werden können, nicht geklärt werden. Gleiches gilt für sehr schwierige und komplexe Rechtsfragen, die nur durch eine intensive und aufwendige Recherche von Rechtsprechung, Literatur sowie unter Heranziehung und Studium der Gesetzesbegründungen geklärt werden können. Sie nehmen häufig bereits in der Vorbereitung mehrere Wochen in Anspruch und setzen eine nach entsprechender aufwendiger Vorbereitung umfangreiche Beratungsleistung des Senats voraus. Solche Tatsachen- und Rechtsfragen können im Rahmen und in den Grenzen eines Eilverfahrens bereits aufgrund der Natur der Sache, die im Eilverfahren eine beschleunigte Behandlung erfordert, nicht gewürdigt werden. Ihre rechtliche Lösung entspricht grundsätzlich nicht Wesen und Kern des Eilverfahrens. Daraus folgt, dass eine abschließende Feststellung solcher Sachverhalte und eine Entscheidung derart schwieriger Rechtsfragen der im Beschwerdeverfahren zu treffenden Hauptsacheentscheidung vorbehalten bleiben (Senat, Beschluss v. 21.7.2006, VI-3 Kart 289/06, BeckRS 2006, 11208, beck-online) und die

materielle Rechtmäßigkeit der angegriffenen Entscheidung in dem vorgelagerten Eilverfahren mit nur summarischer Prüfung ergebnisoffen bleibt.

Bei Anwendung dieses Maßstabs verletzt die summarische Prüfung die Beschwerdeführerin nicht in ihrem Recht aus Art. 19 Abs. 4 GG. Bei Vollziehung des Beschlusses drohen keine besonders schadensintensiven Folgen. Die Beschwerdeführerin hat nicht dargetan und es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass ihr eine schwere und unzumutbare, nicht mehr umkehrbare Grundrechtsverletzung droht, wenn sie entsprechend der ihr auferlegten Verpflichtung der Beteiligten den regelzoneninternen Stromtransfer mittels Fahrplanlieferungen zwischen Bilanzkreisen sowie die Einrichtung und Nutzung von Unterbilanzkreisen in dem 16,7-Hz-Bahnstromnetz ermöglicht.

Die Beschwerdeführerin trägt in ihrem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung allein und wiederholend vor, dass die angeordneten Maßnahmen zu einer erheblichen Steigerung der Komplexität des von ihr entwickelten Netzzugangsmodells, dessen Umsetzung wegen seiner Komplexität und der zielgerichteten Entwicklung unter Einbeziehung der Marktakteure derzeit noch nicht abgeschlossen sei, führten und einen reibungslosen Ablauf der Prozesse gefährdeten. Auch würden die geforderten Maßnahmen das Netzzugangsmodell im Ergebnis verteuern, weil ein erhöhter Personal- und IT-Aufwand für deren Umsetzung erforderlich wäre.

Die dargelegten Nachteile sind bereits nur sehr pauschal aufgeführt und lassen nicht ansatzweise erkennen, welche Handlungen vorgenommen werden müssten, um die Verpflichtungen in dem Beschluss zu erfüllen und inwieweit diese Handlungen die Beschwerdeführerin schadensintensiv belasten. Art, Umfang und Ausmaß einer möglichen Veränderung der Informationstechnik und der bestehenden Computersysteme im Rahmen des Netzzugangsmodells und erforderliche bauliche Veränderungen bleiben ebenso unklar wie ein möglicher erhöhter Personalbedarf und die hierauf beruhenden Kostensteigerungen, mit denen die Beschwerdeführerin rechnet. Die Umsetzung des Beschlusses führt allein zu Änderungen im Betrieb ihres Netzzugangsmodells, die nach dem jetzigen Aktenstand technisch möglich und durchführbar sind. Es ist nicht erkennbar, dass die Einführung der angeordneten Maßnahmen die Beschwerdeführerin besonders hart trifft oder sie in ihren grundgesetzlich geschützten Rechten berühren.

Dass ihr die Umsetzung der Verpflichtungen bis zum 01.06.2018 technisch oder innerhalb des vorgegebenen Rahmens zeitlich unmöglich wäre, behauptet die Beschwerdeführerin nicht und erschließt sich auch nicht aus den sonstigen Umständen. Auf der Grundlage ihres Sachvortrags kann der Senat nicht feststellen, dass die Beschwerdeführerin konkrete Umsetzungsschritte unternommen und in diesem Zusammenhang bemerkt hätte, dass sie die angeordneten Maßnahmen nicht innerhalb der vorgegebenen Frist realisieren kann. Hätten bei der Beschwerdeführerin – etwa auf Grund einschlägiger Erfahrungen - begründete Befürchtungen betreffend die Realisierbarkeit der Umsetzung bestanden, wäre zu erwarten gewesen, dass sie ohne weiteres Zuwarten rechtliche Schritte unternommen hätte, um die Verpflichtung zur Umsetzung abzuwenden. Dies hat sie indes nicht getan. Vielmehr hat sie nach Zustellung des Beschlusses am 21.12.2017 nahezu vier Monate zugewartet und erst am 16.04.2017 den Antrag auf einstweilige Anordnung der aufschiebenden Wirkung bei Gericht eingereicht.

Auch legt die Beschwerdeführerin nicht dar, dass die Kosten für die Umsetzung der Maßnahmen so hoch seien, dass sie hierdurch in ihrer Existenz bedroht wäre. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang zudem, dass bislang allein die Beteiligte einen regelzoneninternen Stromtransfer mittels Fahrplanlieferungen zwischen Bilanzkreisen sowie die Einrichtung und Nutzung von Unterbilanzkreisen fordert, der Aufwand daher nicht allzu groß sein dürfte. Unter keinen Umständen rechtfertigen daher der Vortrag der Beschwerdeführerin oder die sonstigen Umstände die Annahme, die Erfüllung der Verpflichtung führe zu besonders schadenintensiven Folgen für die

Beschwerdeführerin oder auch für andere Marktakteure, die eine ausnahmsweise dem Hauptsacheverfahren gleichgestellte rechtliche Prüfung rechtfertigten.

(b) Nach dem jetzigen Erkenntnisstand ist der Ausgang des Beschwerdeverfahrens offen, da die aufgeworfenen materiell-rechtlichen Probleme nicht im Rahmen des Verfahrens nach § 77 Abs. 3 S. 4 EnWG mit einer nur summarischen Prüfung geklärt werden können. Bereits der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung wirft eine Reihe schwieriger und komplexer tatsächlicher und rechtlicher Fragen auf, die eine intensive Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt und den auf diesen anwendbaren Vorschriften erfordern und nur in einem Beschwerdeverfahren mit einem entsprechenden zeitlichen Rahmen zu beantworten sind.

Hierbei geht es unter anderem um die tatsächliche Aufklärung, wie das von der Beschwerdeführerin selbst als hochkompliziert bezeichnete Netzzugangsmodell funktioniert, wie die Umsetzung der in dem Beschluss angeordneten Maßnahmen in das bestehende Netzzugangsmodell erfolgen würde, ob bei einer Betrachtung des Netzzugangsmodells und der von der Beteiligten gewünschten Abrechnung ohne eigenes Eintreten für die Strommengen alternative, weniger einschneidende Lösungen bestünden, wie genau die Beschwerdeführerin durch die Maßnahmen kostenmäßig und personell belastet wäre sowie auch um die rechtlich komplizierten Fragen, wie sich die Grundsatzentscheidung des BGH vom 09.11.2010 (EnVR 1/10) und die darin getroffene Feststellung, dass bei Anwendung der energiewirtschaftsrechtlichen Vorschriften auf die Beschwerdeführerin den Besonderheiten des Bahnstromnetzes Rechnung zu tragen ist, vorliegend auswirkt, und ob die §§ 4 und 5 StromNZV als Ermächtigungsgrundlage einschlägig und ihre Voraussetzungen erfüllt sind.

All diese Fragen lassen sich nicht abschließend und mit der in energiewirtschaftsrechtlichen Beschwerdeverfahren vom Senat üblicherweise durchgeführten intensiven tatsächlichen und rechtlichen Auseinandersetzung bis zum Beginn der Umsetzungsfrist am 01.06.2018 klären. Es ist auch nicht ersichtlich, dass weitere Ausführungen der Beschwerdeführerin hieran etwas geändert hätten. Ergänzender Vortrag hätte vielmehr Umfang und Komplexität der zu prüfenden Tatsachen- und Rechtsfragen erweitert und den zeitlichen Prüfungsaufwand erhöht.

b) Es ist ferner nicht erkennbar, dass die Vollziehung des angegriffenen Beschlusses für die Beschwerdeführerin eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Eine Härte im Sinne der Vorschrift setzt schwerwiegende, nicht wieder gutzumachende Nachteile voraus. Die Unbilligkeit entfällt, wenn öffentliche Interessen an der Vollziehung überwiegen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 77 Rn. 17). So können selbst Existenzbedrohungen aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses nicht unbillig sein (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 77, Rn. 17 (beck-online)). Der Maßstab für den Erfolg eines Aussetzungsantrags ist daher hoch (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, § 77, Rn. 17 (beck-online)), auch weil der sofortigen Vollziehbarkeit von Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Rahmen der Abwägung ein hoher Rang einzuräumen ist (OLG München, Beschluss v. 22.02.2007, Kart 2/06, ZNER 2007, 62; Senat, Beschluss v. 21.07.2006, 3 Kart 286/06, ZNER 2006, 258; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, § 77, Rn. 17 (beck-online)). Ein Abweichen von der gesetzgeberischen Grundentscheidung für den Sofortvollzug ist die Ausnahme und es bedarf besonderer Umstände, um eine solche Ausnahme zu rechtfertigen (Senat, Beschluss v. 22.02.2016, VI-3 Kart 160/15 (V), Rn. 6 (juris)). Die Beschwerdeführerin muss als Antragstellerin gem. § 77 Abs. 4 S. 2 EnWG die Tatsachen glaubhaft machen, auf die sie ihren Antrag stützt. Eine Pflicht des Gerichts, von Amts wegen zu ermitteln, besteht nicht (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, 3. Auflage 2015, EnWG § 77 Rn. 13 (beck-online)).

Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Vollziehung der Verfügung für die Beschwerdeführerin eine unter Berücksichtigung dieses Maßstabs unbillige Härte zur Folge hätte, bestehen nicht. Dass durch die Einführung regelzoneninterner Stromtransfers mittels Fahrplanlieferungen zwischen

Bilanzkreisen sowie die Einrichtung von Unterbilanzkreisen für die Beteiligte im 16,7-Hz-Bahnstromnetz die Komplexität des von der Beschwerdeführerin entwickelten Netzzugangsmodells erhöht und die Umsetzung der Netzzugangsprozesse möglicherweise gefährdet wird, stellt keinen schwerwiegenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Beschwerdeführerin dar. Es ist weder ersichtlich, dass die Umsetzung der Maßnahmen für die Beteiligte technisch unmöglich wäre, weil sie sich innerhalb des Netzzugangsmodells gar nicht realisieren ließe oder zu einem vollständigen Ausfall des Systems führte, noch hat die Beschwerdeführerin dargetan, dass sie sich bemüht hätte, die Maßnahmen innerhalb des zeitlich gesetzten Rahmens umzusetzen.

Die Einführung von Unterbilanzkreisen und regelzoneninternen Stromtransfers zwischen Bilanzkreisen für die Beteiligte lässt sich auch jeder Zeit wieder rückgängig machen. Anders als in den Fällen, in denen die Vollstreckung einer Entscheidung einen unumkehrbaren, endgültigen Zustand schafft, wie zum Beispiel bei der Veröffentlichung von Daten, liegt daher ein ganz normaler Fall vor. Dass die sofortige Umsetzung der angeordneten Maßnahmen mit Aufwand und Kosten verbunden ist, entspricht dem Wesen der vom Gesetzgeber angeordneten sofortigen Vollstreckung und rechtfertigt keine unbillige Härte. Im Übrigen ist auch nicht dargetan, in welchem Umfang sich das Netzzugangsmodell durch einen höheren Personalaufwand oder die Einführung neuer IT-Systeme verteuern würde. Tatsachen, die die Annahme rechtfertigten, dass bei Einführung der Systeme eine Insolvenz oder Existenzbedrohung der Beschwerdeführerin drohte, werden ebenfalls weder dargelegt noch sind sie sonst ersichtlich.

Im Übrigen widerlegt die Beschwerdeführerin durch ihr eigenes prozessuales Vorgehen die Annahme, dass der Vollzug der Entscheidung sie unbillig hart träfe und die gesetzgeberische Grundentscheidung des Sofortvollzugs nicht geduldet werden könne. Die Entscheidung, deren aufschiebende Wirkung angeordnet werden soll, ist der Beschwerdeführerin am 21.12.2017 zugestellt worden. In Kenntnis der Tatsache, dass die angeordneten Maßnahmen bis zum 01.06.2018 umgesetzt werden sollen, hat sie gleichwohl den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung erst am 16.04.2018 bei Gericht eingereicht. Erklärungen dazu, warum sie knapp vier Monate zuwartet, bevor sie Eilrechtsschutz begehrt, gibt die Beschwerdeführerin nicht. Die Argumente in dem mit dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung eingereichten Schriftsatz entsprechen den im Verwaltungsverfahren gemachten Ausführungen.

[84] Auch das prozessuale Verhalten im Hauptsacheverfahren lässt nicht erkennen, dass die Beschwerdeführerin selbst die Umsetzung als unzumutbare Härte bewertet. In Kenntnis des Umstandes, dass eine Sachbehandlung durch den Senat, insbesondere eine Terminierung erst nach Eingang der Beschwerdebegründung erfolgen kann, hat die Beschwerdeführerin nicht nur die Frist zur Einlegung der Beschwerde ausgeschöpft, sondern auch die Frist zur Begründung mehrfach verlängern lassen, zuletzt bis zum 22.06.2018. Angesichts dieses prozessualen Verhaltens ist ihr Vortrag zur unbilligen Härte nicht plausibel. Auch der zeitliche Ablauf und das lange Zuwarten sprechen daher gegen das Vorliegen einer unbilligen Härte.

III. Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil das Rechtsmittel nicht statthaft ist. Gemäß § 86 Abs. 1 EnWG ist nur gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse des Oberlandesgerichts die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof eröffnet. Das Eilverfahren ist kein Hauptsache-, sondern ein Hilfsverfahren im Rahmen des Beschwerderechtszugs (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG § 77 Rn. 1-18, beck-online; Senat, Beschluss v. 29.03.2007, VI-3 Kart 466/06 (V), Rn. 17, juris; OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss v. 16.02.2017, VI-5 Kart 24/16 (V), Rn. 105, juris).