



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch die Richterin am Oberlandesgericht Frister, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kühneweg und die Richterin am Oberlandesgericht Klein Reesink am 11.07.2018

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

Die aufschiebende Wirkung der mit Schriftsatz vom 25.06.2018 eingelegten Beschwerden gegen die Tenorziffern 2 der Beschlüsse der Bundesnetzagentur vom 08.05.2018 (BK6-18-019 und BK6-18-020) wird mit sofortiger Wirkung befristet bis zum 15.10.2018 angeordnet.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Gründe:

A.

Die Bundesnetzagentur legte mit Beschlüssen vom 12.04.2011 (BK6-10-098) und vom 18.10.2011 (BK6-10-099) die Ausschreibungsbedingungen und Veröffentlichungspflichten für Sekundärregelung und Minutenreserve fest. Zwecks besserer Integration dargebotsabhängiger Erneuerbare-Energien-Anlagen und anderer dezentraler Anlagen wurden die Ausschreibungsbedingungen und Veröffentlichungspflichten mit

Beschlüssen vom 13.06.2017 (BK6-15-158, BK6-15-159) weiter entwickelt.

Danach erfolgen Ausschreibungen der Übertragungsnetzbetreiber für eine gewisse Zeitscheibe und eine gewisse Produktmenge. Präqualifizierte Unternehmen legen Gebote, die getrennt einen Leistungspreis für die Vorhaltung von Regelenergie und einen Arbeitspreis für den tatsächlichen Abruf von Regelenergie ausweisen müssen. Die Bezuschlagung erfolgt auf Grundlage der gebotenen Leistungspreise, in aufsteigender Reihenfolge der Gebote, beginnend mit dem günstigsten Leistungspreisgebot bis zur Bedarfsdeckung. Im Falle eines Abrufs erfolgt die Auswahl aus dem Kreis der bezuschlagten Bieter auf Grundlage der gebotenen Arbeitspreise, beginnend auch hier mit dem günstigsten Arbeitspreisgebot, in aufsteigender Reihenfolge bis zur Bereitstellung der erforderlichen Abrufmenge (Merit-Order-Liste). Die Kosten für die Vorhaltung von Regelenergie (Leistungspreise) werden als Systemdienstleistung auf die Netznutzer in Deutschland umgelegt. Die Kosten für den Abruf von Regelenergie werden verursachungsgerecht auf die Bilanzkreisverantwortlichen umgelegt.

Am 17.10.2017 riefen die Übertragungsnetzbetreiber aufgrund anhaltender Ungleichgewichte zwischen Stromerzeugung und Stromabnahme zwischen 19:15 Uhr und 19:45 Uhr (2/4 Stunden) positive Minutenreserve ab. Dabei kam es zu einem Abruf extrem teurer Regularbeitsgebote von 77.777 Euro/MWh in der Minutenreserve und in der Folge zu außergewöhnlich hohen Ausgleichsenergiekosten von bis zu 25.000 Euro/MWh. Zur Vermeidung einer Wiederholung wandte sich die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 19.12.2017 an die Übertragungsnetzbetreiber und forderte die vorübergehende Einführung einer Gebotsgrenze für technisch zulässige Arbeitspreise für Sekundärregelung und Minutenreserve in Harmonisierung mit dem Intraday-Markt auf 9.999,99 Euro/MWh. Ihre entsprechende Entscheidung veröffentlichte die Bundesnetzagentur am 02.01.2018 (BK6-17-255). Seitdem sind vergleichsweise hohe Arbeitspreise und Ausgleichsenergiekosten nicht mehr aufgetreten. Nachdem die Bundesnetzagentur bereits in einer Mitteilung vom 01.12.2017 angekündigt hatte, gegebenenfalls auch kurzfristige Maßnahmen zu treffen, um eine Situation wie am 17.10.2017 zu vermeiden, leitete sie am 31.01.2018 ein Festlegungsverfahren zur Änderung des Zuschlagsmechanismus ein und führte vom 02.02.2018 bis zum 21.02.2018 eine Konsultation mit den Marktbeteiligten durch. Mit den streitgegenständlichen Beschlüssen vom 08.05.2018 wurde ein neuer Zuschlagsmechanismus unter Ansatz eines festen Gewichtungsfaktors festgelegt.

Danach wird bei der Berechnung des ausschlaggebenden Zuschlagswertes nicht nur der Leistungswert, sondern auch der sich aus dem Arbeitspreis und einem quartalsweise zu bestimmenden Gewichtungsfaktor ergebende Arbeitswert einbezogen.

Die Etablierung des geänderten Zuschlagsmechanismus soll ausweislich der Beschlussgründe den Wettbewerbsdruck auf die Arbeitspreise und damit die Effizienz des Beschaffungssystems erhöhen. Die Bundesnetzagentur verbindet mit der Berücksichtigung der Arbeitspreise die Erwartung, dass unsachgemäße Ausgleichsenergiepreise verhindert und die Gesamtsystemkosten verbessert werden. Dagegen sollen hohe Arbeitspreise nicht grundsätzlich verhindert werden.

Gemäß Tenorziffer 2 der angegriffenen Beschlüsse sind die Änderungen ab dem Erbringungstag 12.07.2018 anzuwenden. Die erste Ausschreibung für diesen Erbringungstag hat am 05.07.2018 begonnen und ist mittlerweile beendet. Die Antragstellerin hat daran teilgenommen und einen Zuschlag für einen Teil ihrer Gebote erhalten.

Zur Begründung der Umsetzungsfrist hat die Bundesnetzagentur in den Beschlussgründen darauf abgestellt, dass die vereinzelt von Regelergieeanbietern vorgebrachte Behauptung, es sei eine Umsetzungsfrist von mindestens sechs Monaten erforderlich, um die hochautomatisierten Prozesse und Systeme sowie die bestehenden Verträge anzupassen, letztlich nicht substantiiert ausgeführt oder belegt worden sei. Sie hat zudem darauf verwiesen, dass den Übertragungsnetzbetreibern ausweislich ihrer Einlassungen die Vornahme notwendiger Anpassungen innerhalb von acht Wochen möglich sei. Zur Bemessung der Umsetzungsfrist heißt es unter Ziffer 4 der angegriffenen Beschlüsse:

„...Jeder Tag der gewährten Umsetzungsfrist erhöht das Risiko, dass erneut extreme Kosten für abgerufene Regelarbeit mit unabsehbaren Konsequenzen für die Bilanzkreisverantwortlichen entstehen. Die Umsetzungsfrist orientiert sich daher an dem Interesse der Marktteilnehmer, sich auf die veränderten Bedingungen einzustellen und dem Interesse der Bilanzkreisverantwortlichen, den Zeitraum bis zur Umsetzung möglichst kurz zu halten. Vor diesem Hintergrund haben individuelle, die Vertragsgestaltung oder die Modalitäten der Gebotserstellung betreffende Interessen einzelner Poolanbieter zurückzustehen.“

Der durch die Beschlüsse eingeführte Zuschlagsmechanismus soll lediglich vorübergehend gelten. Durch die Verordnung (EU) 2017/2195 der Kommission vom 23.11.2017 zur Festlegung einer Leitlinie über den Systemausgleich im Elektrizitätsversorgungssystem (Systemausgleichsverordnung) sollen mit Wirkung ab dem 18.12.2018 europaweit einheitliche Regelarbeitsmärkte eingeführt werden. Zusätzlich zu Geboten im Rahmen der Ausschreibung von Regelleistung sollen Regelreserveanbieter künftig auch so genannte freie Gebote, d.h. Gebote nur mit Arbeitspreis abgeben können.

Die Antragstellerin ist ein unabhängiges Dienstleistungsunternehmen, insbesondere im Bereich der Vermarktung einer Vielzahl von dezentralen Stromerzeugungsanlagen sowie flexiblen Verbrauchseinrichtungen oder Speichern auf den Stromhandels- und Regelenenergiemärkten. Die Erzeugungsanlagen und Verbrauchseinrichtungen befinden sich jeweils im Eigentum Dritter, mit denen die Antragstellerin Verträge über die Vermarktung geschlossen hat. Die Anlagen, die sich an unterschiedlichen Orten in Deutschland befinden, werden zwecks einheitlicher Vermarktung in den so genannten Next-Pool eingebunden. Dabei handelt es sich um das virtuelle Kraftwerk der Antragstellerin, das IT- und Leitsystem, durch das die einzelnen technischen Einheiten mittels Fernüberwachung und Fernsteuerung zentral vermarktet werden können.

Die Antragstellerin beantragte unter dem 18.06.2018, die Vollziehung dieser Beschlüsse auszusetzen. Dies lehnte die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 02.07.2018 ab. Zur Begründung des Aussetzungsantrags verwies die Antragstellerin insbesondere darauf, dass sie durch die Festlegungen massiv diskriminiert und ihre Chancen am Regelenenergiemarkt ohne ausreichende sachliche Rechtfertigung stark eingeschränkt würden. Zudem treffe sie die kurze Umsetzungsfrist angesichts der durchzuführenden Systemänderungen durch ein neues Vergütungssystem sowie den Aufwand durch Vertragsänderungen unbillig hart. Der für die Umsetzung zu veranschlagende zeitliche Aufwand belaufe sich auf mindestens 6.000 Arbeitsstunden.

Die Antragstellerin hat gegen die streitgegenständlichen Beschlüsse Beschwerden eingelegt und begehrt zugleich vor dem erkennenden Senat einstweiligen Rechtsschutz. Zur Begründung macht sie geltend, dass ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Beschlüsse bestünden, da die Bundesnetzagentur

das ihr zustehende Ermessen fehlerhaft ausgeübt habe. Darüber hinaus stelle die Vollziehung ab dem 12.07.2018 eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte dar.

Die beschlossene Einführung eines festen Gewichtungsfaktors sei bereits nicht von der Ermächtigungsgrundlage umfasst. Dabei handele es sich um einen eigenständigen, bislang unbekanntem Gebotsregulierungsfaktor, dessen Einführung nicht von der Ermächtigung in § 27 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV gedeckt sei. Jedenfalls habe die Bundesnetzagentur das ihr zustehende Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt. Sie habe die energieökonomischen Auswirkungen der Beschlüsse, insbesondere die Folgen für die betroffenen Regelenergieanbieter und für die Effizienz auf den Regelenergiemärkten nur unzulänglich ermittelt. Die Einführung eines festen Gewichtungsfaktors bewirke eine einseitige Bevorteilung von Anbietern konventioneller Technologien mit vergleichsweise niedrigen Arbeitsgrenzkosten bei vergleichsweise hohen Vorhaltungsgrenzkosten und damit zugleich eine Diskriminierung bis hin zu einem faktischen Marktausschluss von Aggregatoren und Flexibilitätsanbietern als Anbieter dezentraler, innovativer Technologien mit vergleichsweise höheren Arbeitsgrenzkosten bei niedrigeren Vorhaltungsgrenzkosten. Darüber hinaus verkenne die Bundesnetzagentur die Auswirkungen der Beschlüsse auf die Technologieneutralität und die Bilanzkreistreue. Der faktische Ausschluss bestimmter Anbieter und die Bevorteilung konventioneller Technologien führe zu einer Verringerung der Effizienz und des Wettbewerbs auf den Minutenreserve- und Sekundärregelungsmärkten, negativen Effekten im Hinblick auf die systemrelevante Bilanzkreistreue und die Liquidität auf den Intraday-Märkten und bewirke damit einen Rückschritt in der Entwicklung der Regelenergiemärkte.

Die getroffenen Maßnahmen seien unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft. So verfolge die Bundesnetzagentur bereits keinen von der Ermächtigungsgrundlage gedeckten legitimen öffentlichen Zweck, indem sie den Schutz von Bilanzkreisverantwortlichen vor überhöhten Ausgleichsenergiepreisen bezwecke. Diese seien nicht schutzbedürftig, denn nach der ihnen zugeordneten regulativen Verantwortung hätten sie hinreichende Maßnahmen zu treffen, um die Belastung mit Ausgleichsenergiekosten zu verhindern. Ein Schutz der Bilanzkreisverantwortlichen sei zudem auch nicht verursachungsgerecht. Die Bundesnetzagentur nehme billigend in Kauf, dass die beschlossenen Änderungen des Zuschlagsverfahrens zu einer

Verlagerung der Ausgleichsenergiekosten von den Arbeitspreisen hin zu den Leistungspreisen führten. Diese seien jedoch auf die Netznutzer und damit vor allem auf die Letztverbraucher umzulegen, die nicht in der Lage seien, die Vorhaltung oder Abrufkosten von Regelenergie zu beeinflussen. Sofern die Bundesnetzagentur die Absicht verfolge, losgelöst von einem Schutz der Bilanzkreisverantwortlichen bei der Beschaffung von Regelenergie den Wettbewerb um Arbeitspreise zu erhöhen, um das System zur Beschaffung von Regelenergie insgesamt effizienter zu gestalten, wäre dies zwar ein legitimer öffentlicher Zweck. Eine solche Zweckbestimmung sei den Beschlussgründen indes nicht zu entnehmen und vor dem Hintergrund der kurzfristigen Einführung von Regularbeitsmärkten durch die Systemausgleichsverordnung weder wahrscheinlich noch nachvollziehbar.

Die Maßnahmen seien zudem nicht geeignet, diesen etwaigen legitimen Zweck zu erreichen. Eine Effizienzsteigerung oder Effizienzwahrung werde durch die Beschlüsse weder bewirkt noch gefördert. Es drohe vielmehr ein signifikanter Effizienzverlust, da die Technologieneutralität und – diversität durch einen Wegfall von Anbietertechnologien beeinträchtigt und der Anbieterwettbewerb verringert werde. Zugleich sei nicht mit einer Verringerung der Gesamtkosten zu rechnen. Davon gingen selbst die Übertragungsnetzbetreiber aus.

Schließlich seien die in den Festlegungen getroffenen Maßnahmen auch nicht erforderlich. Die Bundesnetzagentur hätte unter mehreren mildereren, gleich geeigneten Mitteln auswählen können, um eine Erhöhung des Wettbewerbs um Arbeitspreise, eine Vermeidung extrem hoher Arbeitspreise und eine Verringerung der Gesamtkosten zu erreichen. So habe die Bundesnetzagentur im Vergleich zur Einführung eines Mischpreisverfahrens durch die Begrenzung des technisch zulässigen Arbeitspreises auf 9.999,99 Euro/MWh bereits ein milderes Mittel zur Vermeidung einer Wiederholung extrem hoher Arbeitspreise gewählt. Obgleich Preisobergrenzen dem Prinzip einer freien Preisbildung widersprächen und deshalb auch politisch ungewollt seien, seien wesentliche negative Einschnitte mit dieser Umsetzungsvariante nicht zu befürchten gewesen. Zudem seien auch eine vorübergehende Mehrausschreibung von Regelenergiemengen und damit eine vorübergehende Verlängerung der Merit-Order-Liste in Betracht gekommen. Angesichts der hohen Eingriffsintensität der gewählten Maßnahmen zulasten derjenigen Anbietergruppe, zu der sie selbst zähle, hätte die Bundesnetzagentur diese Lösung bevorzugen müssen, auch wenn dadurch das grundlegende

Wettbewerbsproblem nicht zu lösen gewesen wäre. Darüber hinaus hätte auch die Einführung eines zweistufigen Verfahrens nach dänischem Vorbild eine deutlich effizientere und zugleich weniger eingriffsintensive Lösung dargestellt. Schließlich sei die im Konsultationsverfahren vielfach diskutierte Alternative eines individuell bestimmten Gewichtungsfaktors deutlich weniger eingriffsintensiv und volkswirtschaftlich vorzugswürdig. Letztlich gehe auch die Bundesnetzagentur davon aus, dass die Umsetzung eines individuellen Gewichtungsfaktors die sachgerechtere Variante dargestellt hätte. Sie habe sich ausschließlich wegen der von den Übertragungsnetzbetreibern behaupteten längeren Umsetzungsfrist von mindestens sechs Monaten dagegen entschieden und deswegen die geringere Effizienz der streitgegenständlichen Maßnahme in Kauf genommen. Dies rechtfertige die Umsetzung einer deutlich weniger effizienten und zugleich eingriffsintensiveren Variante jedoch nicht. So sei bereits der von der Bundesnetzagentur geschilderte akute Handlungsbedarf nicht nachvollziehbar und rechtfertige die Einführung des geänderten Zuschlagsmechanismus auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass es sich nur um eine Übergangsregelung handele. Die nun gewählte Variante erfordere nicht weniger Zeit zur Umsetzung als die Umsetzung eines individuellen Gewichtungsfaktors voraussichtlich erfordert hätte. Es wäre erforderlich und angemessen gewesen, bei der Einführung eines individuell bestimmten Gewichtungsfaktors eine längere Umsetzungsfrist von mindestens sechs Monaten zu akzeptieren und dafür im Gegenzug eine effiziente Maßnahme zu treffen. Als weniger eingriffsintensive Option wären auch die Veröffentlichung von Arbeitspreisgeboten über 10.000 Euro/MWh sowie die Überprüfung eines Missbrauchs von Marktmacht in entsprechenden Sachverhaltsgestaltungen in Betracht gekommen. Die Einführung eines angepassten Zuschlagsmechanismus nur für den positiven Minutenreservemarkt wäre gleichfalls weniger eingriffsintensiv gewesen. Darüber hinaus seien der Bundesnetzagentur weitere Handlungsalternativen aufgezeichnet worden. Angesichts dessen sei die mit den Beschlüssen gewählte Übergangsregelung nicht erforderlich.

Die Maßnahmen seien im Ergebnis auch nicht angemessen. Die mit den Beschlüssen unmittelbar drohenden Nachteile seien erheblich, denn einer gesamten Anbietergruppe drohe ab dem 12.07.2018 ein vorübergehender faktischer Marktausschluss, der gegebenenfalls bis zur Einführung des Regelarbeitsmarktes andauern werde. Die beschlossenen Maßnahmen führten zu einer erheblichen

Diskriminierung beim Netzzugang zwischen Unternehmen, die derzeit auf den Regulenergiemärkten miteinander im Wettbewerb stünden, denn Anbieter konventioneller Technologie erlangten einen im Zuschlagsmechanismus strukturell angelegten strategischen Vorteil. Durch strategisches Bieten bei der Gestaltung von Leistungspreisgeboten könnten diese Anbieter künftig hohe Mitnahmeeffekte erzielen. Das Aufbrechen der Technologieneutralität reduziere die Effizienz auf den Regulenergiemärkten deutlich. Zudem drohe eine Erhöhung der Gesamtkosten der Ausgleichsenergiebeschaffung, jedenfalls aber eine signifikante Kostensteigerung zulasten von Letztverbrauchern. Zugleich setzten die Festlegungen Anreize zur Verringerung der Bilanzkreistreue.

Die Übergangsfrist zur Umsetzung sei deutlich zu kurz bemessen. Unter Bezugnahme und Verweisung auf ihr Vorbringen in dem Aussetzungsantrag macht sie geltend, dass ihr eine fristgerechte Umsetzung aufgrund der vertraglichen Situation und der Spezifikation des Leit- und Abrechnungssystems nicht möglich sei.

Die Maßnahmen stellten für sie eine nicht hinnehmbare Härte dar. Ihr drohe vorliegend ein irreversibler Schaden dadurch, dass sie ab dem 12.07.2018 faktisch von einer Marktteilnahme ausgeschlossen sei und ihr Geschäftsmodell der Bereitstellung von Regelleistung über den Next-Pool jedenfalls vorübergehend, gegebenenfalls bis zur Einführung des Regularbeitsmarktes einstellen müsse. Diese Härte sei unbillig, denn ein öffentliches Interesse an den vorgesehenen Maßnahmen bestehe nicht, da diese zu Gunsten der regulatorisch nicht schutzwürdigen Bilanzkreisverantwortlichen zu einer höheren Belastung der Netznutzer führten.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung der mit Schriftsatz vom 25.06.2018 bei der Bundesnetzagentur eingelegten Beschwerde gegen die Festlegungsbeschlüsse der Bundesnetzagentur BK6-18-019 und BK6-18-020 vom 08.05.2018 anzuordnen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Vollziehung der angegriffenen Beschlüsse stelle für die Antragstellerin keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte dar. Schwerwiegende, nicht wiedergutzumachende Nachteile entstünden der Antragstellerin nicht. Durch den vorgesehenen Zuschlagsmechanismus werde sie nicht, auch nicht „faktisch“, von einer Marktteilnahme ausgeschlossen. Ihr Einwand, das neue Zuschlagssystem führe zu geringeren Zuschlagswahrscheinlichkeiten, begründe weder einen irreversiblen Schaden noch einen faktischen Marktausschluss. Zwar sei mit den Beschlüssen intendiert, dass die Zuschlagswahrscheinlichkeit tendenziell sinke, je höher der gebotene Arbeitspreis sei. Dies führe indes nicht zu einem Marktausschluss, denn die Stellung von Arbeitspreisen sei unverändert bis zur jeweils geltenden technischen Höchstgrenze möglich. Wenn sich durch Wettbewerbsdruck die Zuschlagswahrscheinlichkeit von Anbietern mit weniger günstigen Kostenstrukturen verringere, entspreche dies dem Wesen des Wettbewerbs. Darüber hinaus fehle jedes Vorbringen dazu, aus welchen Gründen es der Antragstellerin nicht möglich sein sollte, ihre Gebotsstrategie zu überdenken. Sie sei insbesondere nicht gehindert, Teile der bisher über den Arbeitspreis refinanzierten Kosten in das Gebot des Leistungspreises zu verlagern. Es stehe keineswegs fest, dass es bei einer entsprechenden Anpassung der Gebotsstrategie überhaupt zu Einnahmeverlusten käme, oder ob nicht etwaige Mehreinnahmen über den gesicherten Leistungspreis etwaige Mindereinnahmen im Arbeitspreis kompensieren könnten. Stehe die Zahlung an die Anlagenbetreiber von vornherein in unmittelbarer Abhängigkeit zu den von dem Anlagenpool erzielten Leistungspreiserlösen, wirke sich das neue Zuschlagssystem ohnehin nicht negativ aus. Auch damit sei es möglich, die erwirtschafteten Erlöse anteilig an die Anlagenbetreiber auszuschütten. Soweit die Antragstellerin den Anlagenbetreibern die Zahlung eines Anteils am durchschnittlichen Leistungspreis aller am Markt zugeschlagenen Gebote verspreche, sei die Refinanzierung dieser Kosten auch unter dem alten Zuschlagsregime nicht gesichert gewesen, da der Arbeitspreis nur im Falle eines Abrufs gezahlt werde. Soweit die Antragstellerin steigende Leistungspreise befürchte, die sie entsprechend ihrer Vertragsgestaltung unabhängig von eigenen Einnahmen bedienen müsse, sei sie diesem Risiko auch bisher ausgesetzt gewesen.

Aus der kurzen Umsetzungsfrist folge ebenfalls keine unbillige Härte zulasten der Antragstellerin. Der von ihr dargestellte Gesamtaufwand in Höhe von etwa 6.000

Arbeitsstunden werde mangels Nachweisen mit Nichtwissen bestritten. Zudem dürfte mit externer Unterstützung die Umsetzung in deutlich weniger als den von der Antragstellerin befürchteten neun Monaten gelingen. Darüber hinaus habe die Antragstellerin weder im Aussetzungsantrag noch im vorliegenden Verfahren dazu vorgetragen, welche Maßnahmen sie schon ergriffen habe, welche der genannten Aufgaben bereits erledigt seien und wie die zeitliche Prognose für die Fertigstellung der Prozesse laute.

Den Interessen der Antragstellerin und den aus den streitgegenständlichen Beschlüssen resultierenden Belastungen stünde das überwiegende öffentliche Interesse an der Verhinderung überhöhter Ausgleichsenergiepreise gegenüber. Die Bilanzkreisbewirtschaftung sei ein zentrales Element des wettbewerblichen Strommarktes. Durch die exorbitant hohen Ausgleichsenergiepreise seien die Bilanzkreisverantwortlichen inakzeptablen finanziellen Risiken ausgesetzt. Die Notwendigkeit, Ausgleichsenergie in Anspruch zu nehmen, ergebe sich für die Bilanzkreisverantwortlichen nicht allein aus einer nicht ordnungsgemäßen Bilanzkreisbewirtschaftung. Vielmehr ließen sich Ungenauigkeiten insbesondere in Bilanzkreisen mit einem Anteil erneuerbaren Energien selbst bei einer noch so gewissenhaften Bewirtschaftung nicht vermeiden. Die Entstehung hoher Ausgleichsenergiepreise sei für die Bilanzkreisverantwortlichen weder vorhersehbar noch beeinflussbar, so dass sie sich auf diese durch den Abruf von Geboten mit hohen Arbeitspreisen entstehenden exorbitant hohen Ausgleichsenergiepreise nicht einstellen könnten. Die hohen Arbeitspreise ergäben sich dabei nicht aus einer Marktsituation, in der die Knappheit eines Guts einen hohen Preis erfordere, sondern sie könnten nur erzielt werden, weil das bisherige System für den Zuschlag allein den Leistungspreis berücksichtige. Hinsichtlich des Arbeitspreises könnten somit „risikolos“ von Kosten bzw. sonstigen Märkten entkoppelte Gebote gestellt werden. Bei den Ereignissen des 17.10.2017 handele es sich nicht um einen Einzelfall. Vielmehr gebe es weiterhin eine Vielzahl von Marktteilnehmern, die Arbeitspreise oberhalb von 3.000 Euro/MWh böten. Diese Preise lägen weit über einem energiewirtschaftlich oder marktwirtschaftlich erklärbaren Niveau und könnten extreme Ausgleichsenergiepreise zur Folge haben. Angesichts dessen sei das kurzfristige Eingreifen durch die Anpassung des Zuschlagsmechanismus geboten. Das Interesse der Antragstellerin, ihr besonderes Geschäftsmodell in einem unveränderten Markt unverändert fortführen zu können, müsse hinter der Verhinderung derartiger Marktverwerfungen zurücktreten.

Ein Anspruch auf unveränderte Marktbedingungen zum Erhalt gleichbleibend guter wirtschaftlicher Marktchancen bestehe nicht. Es sei weder möglich noch Aufgabe der Bundesnetzagentur, die Ausschreibungsbedingungen an den unterschiedlichen Kostenstrukturen aller potentiellen Teilnehmer auszurichten und so die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede im Interesse einzelner Marktakteure zu nivellieren. Vielmehr müsse sie die Interessen des gesamten Marktes in den Blick nehmen, wie sie es mit den getroffenen Maßnahmen getan habe.

Es bestünden auch keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Beschlüsse. Bei der Neuregelung des Zuschlagsmechanismus handele es sich zweifelsfrei um die Festlegung eines Verfahrens zur Ausschreibung von Regelenergie im Sinne des § 27 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV. Die streitgegenständlichen Maßnahmen verfolgten das Ziel, das Auftreten überhöhter Ausgleichsenergiepreise einzudämmen. Die über einen Gewichtungsfaktors erfolgende Berücksichtigung des Arbeitspreises sei methodisch geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Die Maßnahme sei auch erforderlich. Angesichts des dringlichen Anpassungsbedarfs seien insbesondere Maßnahmen, die mit einer längeren Umsetzungsdauer einhergingen, nicht als gleich wirksam zu betrachten. Gleiches gelte für eine längere Umsetzungsfrist, wie sie die Antragstellerin fordere.

Die Regelungen stünden nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck. Der damit verbundene Umsetzungsaufwand sowie die Anpassungsleistung, die der Strommarkt aufgrund der Neuregelung zu leisten habe, stünden ebenso wie auftretende wirtschaftliche Einbußen in einem angemessenen Verhältnis zur Verhinderung der Marktverwerfungen, wie sie bereits zu beobachten gewesen seien und ohne ein Eingreifen auch weiter auftreten würden.

Insbesondere sei auch die Ausgestaltung mit einer achtwöchigen Umsetzungsfrist verhältnismäßig, denn sie habe bereits Anfang des Jahres angekündigt, dass eine Überprüfung sämtlicher einschlägiger Regelungen erfolgen werde. Das Mischpreisverfahren sei nicht gänzlich unbekannt, sondern eine im Markt bekannte Größe. Sie habe sich angesichts der Marktsituation rechtsfehlerfrei zur Änderung des Zuschlagsmechanismus trotz der bevorstehenden Einführung des europäischen Regelarbeitsmarktes entschlossen.

Die Beteiligte macht geltend, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der

aufschiebenden Wirkung nicht vorlägen. Es bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Beschlüsse. Die Bundesnetzagentur habe die Vorgaben der § 29 Abs. 1, 2 EnWG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StromNZV zutreffend ausgelegt, die tatsächlichen Umstände, die eine Änderung des Zuteilungsmechanismus erforderlich machten, richtig und vollständig ermittelt sowie den Zuteilungsmechanismus entsprechend der gesetzlichen Zielsetzung einer effizienten Regelenergiebeschaffung geändert. Die Bundesnetzagentur habe den Regelenergiemarkt infolge des vermehrten Auftretens hoher Arbeitspreise bei gleichzeitigem erheblichem Spread zu den Arbeitspreisen am Spotmarkt analysiert und sei zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die hohen Arbeitspreise allein deswegen durchsetzbar gewesen seien, weil der bisherige Zuschlagsmechanismus Wettbewerbsdruck nur auf die Leistungspreise ausgeübt habe. Im Rahmen einer Abwägung der betroffenen Belange von Anbietern von Regelenergie habe die Bundesnetzagentur zudem zu Recht berücksichtigt, dass ein höherer Arbeitspreis auf dem Regelenergiemarkt zwar nicht ohne weiteres indiziere, dass das Ausschreibungsverfahren nicht funktioniere bzw. ineffizient sei, der festgestellte Spread indes in seiner besonders ausgeprägten Höhe nicht erklärbar sei. Die Bundesnetzagentur habe erkannt, dass der bisherige Zuschlagsmechanismus Missbrauchsmöglichkeiten eröffne und den Änderungsbedarf rechtsfehlerfrei mit der bestehenden Wiederholungsgefahr erklärt. Die Einführung eines Mischpreisverfahrens verhindere, dass Marktteilnehmer die identifizierten Missbrauchsmöglichkeiten ausnutzen könnten. Zugleich fänden bei der Zuschlagserteilung die Gesamtkosten des möglichen Regelenergieabrufs Berücksichtigung, wodurch das Mischpreisverfahren im Sinne der gesetzgeberischen Vorgaben eine effiziente Beschaffung von Regelenergie gewährleiste. Die Art und Weise der Bestimmung des Gewichtungsfaktors begegne keinen Bedenken. Die durchschnittliche Abrufwahrscheinlichkeit sei anders als das gleich gut geeignete Kriterium der individuellen Abrufwahrscheinlichkeit einfach zu ermitteln und könne transparent bekannt gemacht werden. Damit habe die Bundesnetzagentur sich von verfahrensökonomischen Erwägungen leiten lassen, bei denen es sich um berücksichtigungswürdige Belange handele. Die weiteren Erwägungen zu Gunsten der durchschnittlichen Abrufwahrscheinlichkeit, zur vorläufigen Festlegung des Gewichtungsfaktors oder zur rotierenden Bestimmung seien gleichfalls von sachlichen und zielführenden Erwägungen getragen. Das Mischpreisverfahren stelle sich derzeit

insgesamt als richtige Übergangslösung bis zur Einführung von Regelarbeitsmärkten dar. Insbesondere sei die Mischpreisregelung angemessen, denn es handle sich um eine objektive, an den Gesamtkosten ansetzende Regelung. Dass der Kreis der zum Zuge kommenden Marktteilnehmer neu definiert werde und manche Marktteilnehmer von der Neuregelung profitierten, während sie für andere Marktteilnehmer nachteilig sei, stehe der Angemessenheit schon deswegen nicht entgegen, weil die Wahrung des status quo nicht schützenswert sei.

Es treffe die Antragstellerin auch nicht unbillig hart, wenn die aufschiebende Wirkung nicht angeordnet werde. Ihr Begehren sei schon nicht schutzwürdig, soweit es darauf gerichtet sei, ihren Erfolg im Wettbewerb der Regelenergieanbieter bzw. künftige Erwerbsposition zu sichern, denn in Zukunft liegende Chancen oder Verdienstmöglichkeiten stellten keine geschützte Rechtsposition dar. Im Übrigen könne das individuelle Interesse eines einzelnen Marktteilnehmers an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsmittels nicht das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegen. Es bestehe ein hohes öffentliches Interesse daran, den Zuschlagsmechanismus aufgrund der Missbrauchsmöglichkeiten und der wiederholt drohenden Bezuschlagung von Geboten mit hohen Arbeitspreisen zu ändern. Zudem müsse eine Änderung des Zuschlagsmechanismus markteinheitlich erfolgen.

Die Antragstellerin stelle mit ihrem Begehren offensichtlich einen Einzelfall dar und repräsentiere damit nicht eine hinreichend große Gruppe von Marktteilnehmern, die fundierte Einwände gegen die angefochtenen Beschlüsse formulierten. Schließlich sei auf den zeitlichen Vorlauf bei etwaigen Änderungen des Ausschreibungsverfahrens und speziell des Zuschlagsmechanismus hinzuweisen. Die Übertragungsnetzbetreiber hätten bereits die Software auf der Internetplattform umgestellt und die Anbieter entsprechend über die Änderung des Zuschlagsmechanismus informiert. Da die Festlegungsentwürfe im Februar 2018 konsultiert worden seien, habe ein ausreichender zeitlicher Vorlauf bestanden, der es der Antragstellerin erlaubt habe, sich auf die Änderung des Zuschlagsmechanismus einzustellen.

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

B.

Der Antrag der Antragstellerin vom 25.06.2018, gemäß § 77 Abs. 3 Satz 4, Satz 1 Nr. 2 und 3 EnWG die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde vom 25.06.2018 gegen die Festlegungsbeschlüsse der Bundesnetzagentur BK6-18-019 und BK6-18-020 vom 08.05.2018 anzuordnen, ist zulässig, jedoch nur im Hinblick auf die jeweilige Regelung in Tenorziffer 2 begründet. Im Übrigen ist der Antrag zurückzuweisen.

I. Der Eilantrag ist nach § 77 Abs. 3 Satz 4, Satz 1 Nr. 2 und 3 EnWG zulässig. Insbesondere liegt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis vor. Denn durch Tenorziffer 2 der angefochtenen Beschlüsse werden die adressierten regelzonenverantwortlichen Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet, die in Tenorziffer 1 gemachten Vorgaben zu den geänderten Ausschreibungsbedingungen für Sekundärregelung ab dem 12.07.2018 anzuwenden. Die Antragstellerin ist als unabhängiges Dienstleistungsunternehmen im Bereich der Vermarktung von dezentralen Stromerzeugungsanlagen von der Änderung des Zuschlagsmechanismus betroffen und macht geltend, diese führe zu einer unbilligen Belastung und ab dem 12. Juli 2018 zu einem jedenfalls vorübergehenden Ausschluss von der Teilnahme an den Märkten für Minutenreserve und Sekundärregelung.

II. Der Eilantrag ist begründet, soweit sich die Antragstellerin gegen die Vollziehung der unter Tenorziffer 2 angeordneten Umsetzungsfrist bis zum 12.07.2018 wendet. Im Übrigen hat ihr Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung keinen Erfolg.

Gemäß § 77 Abs. 3 Satz 4 i. V. m. Satz 1 EnWG kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnen, wenn an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung ernstliche Zweifel bestehen oder wenn ihre Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

1. Es bestehen bei gebotener summarischer Prüfung keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Beschlusses, soweit sich die Antragstellerin gegen die jeweils in Tenorziffer 1 geregelten Vorgaben wendet, mit denen Tenorziffer 9 Buchstabe a Satz 1 der Festlegung BK6-15-158 (durch Festlegung BK6-18-019) bzw. Tenorziffer 10 Buchstabe a Satz 1 der Festlegung BK6-15-159 (durch Festlegung BK 6-18-020) abgeändert werden.

Auch hat die Vollziehung der unter Tenorziffer 1 angeordneten Maßnahmen für die Antragstellerin keine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge.

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

aa) Dieser Prüfungsmaßstab folgt zum einen aus dem 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 Satz 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, Beschlüsse vom 27.06.2018, VI-3 Kart 497/18 (V), S. 5 f; vom 30.05.2018, VI-3 Kart 446/18, S. 18 ff.; vom 09.02.2015, VI-3 Kart 3/15, Rn. 40 juris und vom 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, Beschlüsse vom 27.06.2018, VI-3 Kart 497/18 (V), S. 6; vom 30.05.2018, VI-3 Kart 446/18, S. 18 m.w.N.). Der Gesetzgeber hat ausweislich des § 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; Boos, in: Danner/Theobald/Boos, EnWG, 95. EL Okt. 2017, § 77 Rn. 47).

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, Beschlüsse vom 27.06.2018, VI-3 Kart 497/18 (V), S. 6 f; vom 30.05.2018, VI-3 Kart 446/18, S. 19) und die materielle Rechtmäßigkeit der angegriffenen Entscheidung in dem vorgelagerten Eilverfahren mit nur summarischer Prüfung ergebnisoffen bleibt.

Eine summarische Prüfung ist grundsätzlich auch verfassungsrechtlich unbedenklich. Nur wenn 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, droht, 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 vom 14.05.1996, 2 BvR 1516/93, Rn. 160 juris). Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht erfüllt. Bei Vollziehung des angefochtenen Beschlusses muss die Antragstellerin zwar ihr Geschäftsmodell der Bereitstellung von Regelleistung über den sog. „Next Pool“ umstellen und ihre Gebotsstrategie an die geänderten Zuschlagsbedingungen anpassen. Daraus resultiert indes keine schwere und unzumutbare, nicht mehr umkehrbare Grundrechtsverletzung. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an einer unveränderten Fortsetzung ihrer Geschäftsstrategie und der Aufrechterhaltung ihrer Marktchancen als solches nicht grundrechtlich geschützt.

bb) Ernsthafte Zweifel an der materiellen Rechtmäßigkeit der in Tenorziffer 1 getroffenen Anordnung, die den Erfolg der Beschwerde bereits auf der Grundlage des derzeitigen Sach- und Streitstandes überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen, ergeben sich bei summarischer Prüfung nicht.

(1) Die Vorgaben zur Änderung des Zuschlagsmechanismus für Minutenreserve und Sekundärregelung sind von der im angefochtenen Bescheid genannten Ermächtigungsgrundlage der § 29 Abs. 1, 2 EnWG i.V.m. § 27 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StromNZV gedeckt.

Der Ansicht der Antragstellerin, die Einführung eines festen Gewichtungsfaktors überschreite das Niveau der regelbeispielhaft genannten Ausschreibungsbedingungen, die Inhalt der Festlegung sein sollen, ist nicht zu folgen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV, wonach die Regulierungsbehörde zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke unter Beachtung der Anforderungen eines sicheren Netzbetriebs Entscheidungen durch Festlegungen nach § 29 Abs. 1 EnWG zu Verfahren zur Ausschreibung von Regelenergie, insbesondere zu Mindestangebotsgrößen, Ausschreibungszeiträumen und Ausschreibungszeit-scheiben, zum technisch notwendigen Anteil nach § 6 Abs. 2 und zu einheitlichen Bedingungen, die Anbieter von Regelenergie erfüllen müssen, treffen kann.

Die Festlegungsermächtigung beschränkt sich somit nicht nur auf die Ausgestaltung der formellen und technischen Prozesse des Ausschreibungsverfahrens sowie die bloße Abklärung verfahrenstechnischer Fragen. Von der Ermächtigung erfasst sind

vielmehr, wie sich aus der ausdrücklichen Erwähnung der „Mindestangebotsgrößen“ ergibt, auch inhaltliche Vorgaben dazu, welche Gebote bezuschlagt werden sollen. Dies ist auch konsequent, da die Mechanismen zur Zuschlagserteilung gesetzlich oder verordnungsrechtlich nicht geregelt sind und einer inhaltlichen Ausgestaltung bedürfen. Mit den angegriffenen Festlegungen ändert die Bundesnetzagentur gegenüber den Ausgangsbescheiden die Zuschlagsmechanismen für Minutenreserve und Sekundärregelung dahingehend, dass diese auf Basis eines Mischpreisverfahrens ermittelt werden sollen. Der feste Gewichtungsfaktor bestimmt dabei, wie stark der Arbeitspreis in den Zuschlagswert einfließt und stellt damit eine von mehreren inhaltlichen Anforderungen zur Ermittlung der zu bezuschlagenden Gebote dar.

(2) Bei summarischer Prüfung führen auch die weiteren Einwendungen der Antragstellerin nicht zu einer überwiegenden Erfolgsaussicht der Beschwerde.

Mit der Ermächtigung zur Regelung von Verfahren zur Ausschreibung von Regelenergie gem. § 27 Abs. 1 Nr. 2 StromNZV legt der Verordnungsgeber den normativen Rahmen nicht detailliert fest, sondern überlässt der Regulierungsbehörde einen Gestaltungsauftrag, in dessen Rahmen sie allerdings nicht völlig frei ist, sondern hinsichtlich der gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben wie auch der Feststellung der tatsächlichen Grundlagen der uneingeschränkten Überprüfung durch das Beschwerdegericht unterliegt. Der Behörde kommt jedoch ein Beurteilungsspielraum zu, soweit die Ausfüllung dieser gesetzlichen Vorgaben in einzelnen Beziehungen eine komplexe Prüfung und Bewertung einer Reihe von Fragen erfordert, die nicht exakt im Sinne von „richtig oder falsch“ beantwortet werden können (BGH, Beschluss vom 13.12.2016, EnVR 34/15 - Festlegung individueller Netzentgelte, Rn. 12 bei juris m.w.N.). Dies ist der Fall, soweit es um die Methodik der Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens für Minutenreserve und Sekundärregelung geht, dessen Voraussetzungen die Anbieter von Regelenergie erfüllen müssen. Denn es gibt der Natur der Sache nach nicht nur eine Möglichkeit, das Ausschreibungsverfahren sowie den Zuschlagsmechanismus zu regeln. Die Ausgestaltung des Verfahrens bedarf vielmehr einer Abschätzung, die sowohl dem öffentlichen Interesse an einer den Zielen des § 1 Abs. 1, 2 EnWG entsprechenden, preisgünstigen, leistungsfähigen und zuverlässigen Versorgung, aber auch den individuellen Interessen der Anbieter von Regelenergie an einem transparenten, effizienten und diskriminierungsfreien Zugang zum Regelenergiemarkt mit praktisch

umsetzbaren Ausschreibungsverfahren gerecht wird. Hierunter fällt auch die Beurteilung der Frage, inwieweit die Änderung des bislang etablierten Zuschlagsmechanismus geboten ist, um Missbrauchsmöglichkeiten und erhöhte Energiepreise weitestgehend auszuschließen, um eine effiziente und kostenbasierte Regenergiebeschaffung zu etablieren. Die Festlegung eines bestimmten Zuschlagsmechanismus ist deshalb als rechtmäßig anzusehen, wenn die Regulierungsbehörde von einer zutreffenden Tatsachengrundlage ausgegangen ist und wenn sie den ihr von der Ermächtigungsgrundlage eröffneten Beurteilungsspielraum fehlerfrei ausgefüllt hat

Bei Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs ist im Rahmen einer summarischen Würdigung des derzeitigen Sach- und Streitstandes nicht festzustellen, dass die Bundesnetzagentur ihr Aufgreif- und Ausgestaltungsermessen hinsichtlich der Regelung in Tenorziffer 1 rechtsfehlerhaft ausgeübt hat.

(a) Die Bundesnetzagentur hat den Sachverhalt zutreffend ermittelt, in vertretbarer Weise Handlungsbedarf bejaht und in den Beschlussgründen ihre Erwägungen bei der Ausübung des Aufgreifermessens nachvollziehbar dargelegt.

Sie hat ausgeführt, dass sie es nach Analyse der Ereignisse vom 17.10.2017 für geboten halte, die bestehenden Regelungen zum Zuschlagsmechanismus zu ändern. Sie habe den Regenergiemarkt nach dem Vorfall vom 17.10.2017 analysiert und dabei festgestellt, dass der Spotmarkt für die fraglichen Viertelstunden am 17.10.2017 keine Knappheitspreise gezeigt habe und vor diesem Hintergrund die hohen Arbeitsgebote im Regenergiemarkt von über 8 Millionen Euro in den zwei betroffenen Viertelstunden nicht erklärlich seien. Auch in der Folgezeit hätten, wie die Bundesnetzagentur im Einzelnen anhand von Zahlen darlegt, regelmäßig erheblich über den Spotmarktpreisen liegende Arbeitspreise bei der Sekundärregelung und der Minutenreserve Eingang in die Merit-Order gefunden, obwohl keine Zeichen von Angebotsknappheit vorgelegen hätten. Sie führe die vermehrt auftretende Durchsetzbarkeit von erheblich oberhalb der Spotmarktpreise liegenden Arbeitspreisgeboten daher darauf zurück, dass der bisherige Zuschlagsmechanismus Wettbewerbsdruck nur auf die Leistungspreise, nicht aber auf die Arbeitspreise ausübe und Missbrauchsmöglichkeiten eröffne, da taktisches Bieten mit einem sehr geringen Leistungspreis und einem sehr hohen Arbeitspreis zu einem Zuschlag führen könne. Es bestehe eine grundsätzliche Wiederholungsgefahr sowohl bei der positiven und

negativen Minutenreserve als auch bei der positiven und negativen Sekundärregelung, was nicht hingenommen werden könne.

Diese Analyse der Bundesnetzagentur ist nicht zu beanstanden. Ihre Annahme, dass Wiederholungsgefahr bestehe, leitet sie methodisch plausibel aus der Beobachtung ab, dass hohe Arbeitspreise regelmäßig auftreten, ohne dass sie sich auf eine Angebotsknappheit zurückführen lassen. Dass sie auf der Grundlage dieses Befundes einen Handlungsbedarf bejaht und die Gebotspreisgrenze nicht für eine mittelfristig geeignete Maßnahme hält, dieser Wiederholungsgefahr zu begegnen, ist gleichfalls vertretbar.

(b) Auch lässt sich bei gebotener summarischer Prüfung kein Ermessensfehler im Rahmen der Ausgestaltung der Regelung in Tenorziffer 1 feststellen.

Die Bundesnetzagentur ist aufgrund der Analysen zu dem Ergebnis gelangt, dass der Zuschlagsmechanismus übergangsweise bis zur Einführung von Regelarbeitsmärkten dergestalt geändert werden soll, dass der den Zuschlag bestimmende Zuschlagswert neben dem Leistungspreis künftig auch den Arbeitspreis berücksichtigt. Sie hat bei der Auswahl dieser Maßnahme erkannt, dass verschiedene Handlungsalternativen möglich sind und in den angegriffenen Beschlüssen im Einzelnen begründet, warum sie sich für ein Mischpreisverfahren mit einem festen Gewichtungsfaktor entschieden hat. Die von der Bundesnetzagentur gewählte Methode erscheint im Hinblick auf den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum jedenfalls nicht als unvertretbar.

Mit der Einführung des Mischpreisverfahrens aus Leistungspreis und gewichtetem Arbeitspreis verfolgt die Bundesnetzagentur den legitimen Zweck, mit Wettbewerbsdruck auf die Arbeitspreise das Gesamtkostensystem zu verbessern. Wie sich den Ausführungen in den angegriffenen Beschlüssen entnehmen lässt, geht es ihr dabei entgegen der Annahme der Antragstellerin nicht in erster Linie um den Schutz der Bilanzkreisverantwortlichen, sondern vorrangig darum, bei der Beschaffung von Regelenergie den Wettbewerbsdruck auf die Arbeitspreise zu erhöhen, um das Beschaffungssystem unter Berücksichtigung der Leistungs- und Arbeitspreise effizienter zu gestalten. Dass dies reflexartig auch zugunsten der Bilanzkreisverantwortlichen wirkt, ist im Hinblick auf die Verfolgung eines legitimen öffentlichen Zwecks unschädlich.

Das Vorbringen der Antragstellerin, das Mischpreisverfahren sei nicht geeignet, das Ziel der Verbesserung der Gesamtsystemkosten zu erreichen, rechtfertigt nach den

derzeitigen Erkenntnissen eine derartige Feststellung nicht. Vielmehr sprechen derzeit überwiegende Gründe für die die Einführung des Mischpreisverfahrens tragende Erwartung, dass durch die Berücksichtigung der Kosten für den Abruf von Regelarbeit eine effizientere Beschaffung der Regelenergie ermöglicht wird. Dass auch andere Mittel zur Verfügung stünden, das verfolgte Ziel der wettbewerblichen Gesamtkosteneffizienz zu erreichen, hat die Bundesnetzagentur erkannt. Sie hat in Betracht kommende Alternativen geprüft und gegeneinander abgewogen. Dabei hat sie ausführlich begründet, warum andere Maßnahmen wie zum Beispiel die Beschaffung von Regelarbeitsmengen im untertägigen Handel, die Erhöhung der Nachfragemengen, die Einführung von Regelarbeitsmärkten oder auch eine bessere Bewirtschaftung von Bilanzkreisen entweder nicht gleich geeignet sind, oder aufgrund eines zeitlich erhöhten Aufwandes in der Umsetzung dem vertretbar erkannten Bedürfnis, eine Übergangslösung zu erreichen, entgegenstehen. Die Berücksichtigung verfahrensökonomischer Gesichtspunkte erscheint gerade vor dem Hintergrund, dass es sich nur um eine Übergangsregelung von einem bis eineinhalb Jahren handelt, sachlich abgewogen und zielführend.

Bei summarischer Prüfung ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken dagegen, dass die Bundesnetzagentur sich für einen durchschnittlichen, für alle Gebote gleichermaßen geltenden Gewichtungsfaktor zu Lasten einer individuellen Abrufwahrscheinlichkeit für jedes einzelne Gebot entschieden hat. Die Bundesnetzagentur hat beide Alternativen kritisch gegeneinander abgewogen und sich mit nachvollziehbaren Argumenten für eine Bestimmung des Gewichtungsfaktors mit Hilfe der durchschnittlichen Abrufwahrscheinlichkeit entschieden. Dabei hat sie in der Erkenntnis, dass die durchschnittliche Abrufwahrscheinlichkeit lediglich zu einer Annäherung an den kostenoptimalen Zuschlagswert führt, verfahrensökonomische Aspekte und insbesondere aufgrund einer möglichen Wiederholung des Ereignisses vom 17.10.2017 auch das Bedürfnis nach einer zügigen Lösung in den Vordergrund gestellt. In diesem Zusammenhang hat sie nachvollziehbar dargelegt, dass nur die durchschnittliche Abrufwahrscheinlichkeit als einzelner Wert kurzfristig in den Rechenalgorithmus der Übertragungsnetzbetreiber implementiert werden kann. Dabei hat sie auch zutreffend in die Abwägung einbezogen, dass das neue Zuschlagssystem nur für eine kurze Übergangsphase bis zur Einführung der Regelarbeitsmärkte Anwendung findet und die Wahl eines objektiven Kriteriums die Entscheidung für die betroffenen Verkehrskreise transparenter gestaltet.

Soweit die Antragstellerin demgegenüber geltend macht, der reine Programmierungsaufwand zur Umsetzung eines individuellen Gewichtungsfaktors hätte nur wenige Tage in Anspruch genommen und sei mit dem Aufwand zur Umsetzung des jetzigen Mischpreisverfahrens nicht vergleichbar, kann der tatsächlich erforderliche Zeithorizont im Rahmen des Eilverfahrens nicht ermittelt werden. Maßgeblich für die in diesem Verfahren vorzunehmende rechtliche Bewertung ist, dass die Bundesnetzagentur die Vor- und Nachteile bei der Implementierung eines festen gegenüber eines individuellen Gewichtungsfaktors umfänglich geprüft und sich aus nachvollziehbaren Gründen für einen festen Gewichtungsfaktor entschieden hat.

Es ist auf der Grundlage des derzeitigen Sach- und Streitstandes nicht feststellbar, dass das streitgegenständliche Mischpreisverfahren Aggregatoren und Flexibilitätsanbieter wie die Antragstellerin als Anbieter dezentraler, innovativer Technologien mit vergleichsweise höheren Arbeitsgrenzkosten und niedrigeren Vorhaltungsgrenzkosten unangemessen diskriminiert. Das gewählte Mischpreisverfahren stellt ein methodisch vertretbar hergeleitetes Mittel zur effizienten Beschaffung von Regelenergie dar und begründet als solches entgegen dem Einwand der Antragstellerin nicht die Gefahr eines faktischen dauerhaften Marktausschlusses. Dies zeigt sich bereits daran, dass die Antragstellerin an der ersten Ausschreibung teilgenommen und Zuschläge erhalten hat. Im Übrigen ist es ihr unbenommen, auch weiterhin an dem geänderten Zuschlagssystem teilzunehmen. Zudem kann auf die veränderten Zuschlagsbedingungen mit einer geänderten Gebotsstrategie reagiert werden, worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist. Das Risiko eines vorübergehenden Marktausschlusses wird dagegen durch die kurze Umsetzungsfrist ausgelöst. Insoweit wird dem Aussetzungsantrag stattgegeben (dazu unter Ziffer 2 der Beschlussgründe).

Dass die Erfolgs- und Gewinnchancen von Anbietern konventioneller Technologien mit vergleichsweise niedrigen Arbeitsgrenzkosten möglicherweise steigen, während die von Anbietern hoher Arbeitspreise möglicherweise sinken, ist durchaus denkbar, stellt aber keine unangemessene und rechtsfehlerhafte Diskriminierung dar. Es besteht kein Anspruch auf gleichbleibende Marktbedingungen. Es erscheint danach nicht unvertretbar, dass die Bundesnetzagentur in der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung plausiblen Annahme, durch die Berücksichtigung eines fest gewichteten Arbeitspreises effiziente Gesamtsystemkosten zu erhalten, das daran bestehende öffentliche Interesse für vorrangig gehalten hat.

Soweit zwischenzeitlich die Ergebnisse der ersten Regelenergie-Ausschreibung vorliegen, bieten sie keinen Anlass für eine abweichende Beurteilung. Insbesondere können sie nicht als Beleg dafür gelten, dass das mit der Einführung des geänderten Zuschlagsmechanismus verfolgte Ziel effizienter Gesamtsystemkosten nicht erreichbar ist und die Bundesnetzagentur mit der Implementierung des gewichteten Arbeitspreises in den Zuschlagsmechanismus ihr Regulierungsermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat. Erweist sich der geänderte Zuschlagsmechanismus als ungeeignet für das mit den streitgegenständlichen Beschlüssen verfolgte Ziel und die Erwartung der Bundesnetzagentur, durch Wettbewerbsdruck auf die Arbeitspreise das Beschaffungssystem effizienter zu gestalten, damit als unzutreffend, sind entsprechende Erkenntnisse bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen durchaus heranzuziehen. Belastbare Feststellungen zu der mittelfristigen Entwicklung der Gesamtsystemkosten lassen sich auf der Grundlage nur einer Ausschreibung sowie mit den im Vergleich zum Hauptsacheverfahren eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten im Eilverfahren nicht treffen. Das Vorbringen der Antragstellerin vom 11.07.2018, wonach sich gestiegene Leistungspreise für positive und negative Sekundärregelung und Minutenreserve ergeben hätten, während bei den Arbeitspreisen nur marginale Senkungen zu erwarten seien, rechtfertigt eine entsprechende Prognose nicht. Tragfähige Erkenntnisse im Hinblick auf die Entwicklung der Gesamtsystemkosten sind nicht durch schlichte Hochrechnung der Ergebnisse einer Ausschreibung, sondern nur mittels sorgfältiger Auswertungen und Analysen der Ausschreibungsergebnisse zu gewinnen, die im Rahmen eines auf eine zügige Entscheidung angelegten Eilverfahrens nicht vorgenommen werden können.

b) Es ist ferner nicht erkennbar, dass die Vollziehung von Tenorziffer 1 für die Antragstellerin 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. So können selbst Existenzbedrohungen aufgrund eines überwiegenden öffentlichen Interesses nicht unbillig sein (Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 77 Rn. 17). Der Maßstab für den Erfolg eines Aussetzungsantrags ist daher hoch, auch weil der sofortigen Vollziehbarkeit von Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Rahmen der Abwägung ein hoher Rang einzuräumen ist (Hanebeck, a.a.O., § 77 Rn. 17 m.w.N.). 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 vom 22.02.2016, VI-3 Kart 160/15 (V), Rn. 6 juris). Die Antragstellerin muss gem. § 77 Abs. 4 Satz 2 EnWG die Tatsachen glaubhaft machen, auf die sie ihren Antrag stützt. Eine Pflicht des Gerichts, von Amts wegen zu ermitteln, besteht nicht (Hanebeck, a.a.O., § 77 Rn. 13).

Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Vollziehung der angeordneten Maßnahmen für die Antragstellerin eine unter Berücksichtigung dieses Maßstabs unbillige Härte zur Folge hätte, liegen nicht vor. Ein dauerhafter faktischer Marktausschluss ist nicht zu befürchten. Zukünftige Gewinnchancen oder Verdienstmöglichkeiten stellen insoweit keine geschützte Rechtsposition dar (Senat, Beschluss vom 02.10.2017, VI-3 Kart 70/17 (V), Rn. 26, juris). Im Übrigen ist eine unbillige Härte auch im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen zur Umsetzungsfrist zu verneinen.

2. Hinsichtlich der unter Tenorziffer 2 der angefochtenen Beschlüsse angeordneten Umsetzungsfrist ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde dagegen begründet. Es bestehen bereits auf der Grundlage der gebotenen summarischen Prüfung ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der dort getroffenen Regelung.

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist die materielle Rechtslage nicht als offen zu bewerten, sondern es erscheint überwiegend wahrscheinlich, dass die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Bestimmung der Umsetzungsfrist richtet, zur Aufhebung der Tenorziffer 2 oder gegebenenfalls zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der dort getroffenen Anordnungen wegen des zwischenzeitlichen Zeitablaufs führt.

a) Bei der Ausfüllung des ihr bei der Bestimmung der Umsetzungsfrist zustehenden Beurteilungsspielraums ist die Bundesnetzagentur im Ansatz zu Recht davon ausgegangen, dass die Umsetzungsfrist zum einen an dem Interesse der Marktteilnehmer, sich auf die veränderten Bedingungen einzustellen, und zum anderen an dem Interesse der Bilanzkreisverantwortlichen an einer möglichst kurzen Umsetzungsfrist zu orientieren ist. Allerdings fehlt es bei der Feststellung und Bewertung der in diesem Zielkonflikt gegeneinander abzuwägenden Interessen sowohl an einer vollständigen und zutreffenden Sachverhaltsermittlung als auch an einer zureichenden inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Interessenlage von Anbietern mit Anlagenpools, zu denen die Antragstellerin gehört.

aa) Die Bundesnetzagentur hat in den Beschlussgründen keine belastbaren

Feststellungen zu dem Zeitbedarf für die Anpassung der hochautomatisierten Prozesse und Systeme sowie der bestehenden Verträge getroffen, sondern das Vorbringen der betroffenen Anbieter, es bedürfe einer Umsetzungsfrist von mindestens 6 Monaten als nicht substantiiert und nicht belegt zurückgewiesen. Dies begegnet bereits angesichts der die Bundesnetzagentur treffenden Amtsermittlungspflicht erheblichen Bedenken. Der Amtsermittlungsgrundsatz begründet eine allgemeine Sachaufklärungspflicht, wobei sich das von § 68 Abs. 1 EnWG eröffnete Ermessen auf die Auswahl der einzelnen Ermittlungsmaßnahmen bezieht (vgl. Turiaux, in: Kment, EnWG, § 68, Rn. 3; Wende, in: BerlKomm, § 68 Rn. 2). Die Frage, welcher konkrete Umsetzungsaufwand entsteht und wie der zeitliche Bedarf zu veranschlagen ist, ist für die sachgerechte Einschätzung und Bewertung des zutreffend in die Abwägung einbezogenen Interesses der Marktteilnehmer, sich auf die veränderten Bedingungen einzustellen, erkennbar von ausschlaggebender Bedeutung. Darauf, dass insbesondere Anbieter mit Anlagenpools komplexe und aufwändige Umstellungsprozesse durchführen müssen, haben diese in ihren Stellungnahmen ausdrücklich hingewiesen. Das entsprechende Vorbringen ist zudem angesichts der der Bundesnetzagentur bekannten Spezifika dieses Geschäftsmodells plausibel und nachvollziehbar. Für die Bundesnetzagentur bestand danach in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht Anlass für eine Sachaufklärung betreffend den Umsetzungsaufwand in Form von Rückfragen bei den Anbietern bzw. einer Aufforderung zur weiteren Substantiierung der Angaben. Dass die Bundesnetzagentur entsprechende Schritte eingeleitet und die betroffenen Anbieter, darunter die Antragstellerin, ihrer Mitwirkungspflicht nicht in genügender Weise nachgekommen sind, ist weder den Beschlussgründen noch der Verfahrensakte zu entnehmen.

Soweit die Bundesnetzagentur in der Antragserwiderung geltend macht, die Antragstellerin habe bereits nicht dazu vorgetragen, welche Maßnahmen sie schon ergriffen habe, welche der genannten Aufgaben bereits erledigt seien und wie die zeitliche Prognose für die Fertigstellung der Prozesse laute, folgt der Senat dieser Argumentation nicht. Insbesondere in dem Aussetzungsantrag werden der Änderungsbedarf in Form von Systemänderungen und Vertragsanpassungen, die Anforderungen an ein neues Vergütungssystem sowie die durchzuführenden Schritte zur Implementierung der Systemänderungen und Vertragsanpassungen detailliert beschrieben. Die diesbezüglichen Feststellungen und Ermittlungen der Antragstellerin sind bereits Teil des Umsetzungsprozesses, so dass ihr nicht vorgeworfen werden

kann, bislang nichts zur Einhaltung der Umsetzungsfrist veranlasst zu haben. In dem Aussetzungsantrag ist der Zeitbedarf den durchzuführenden Änderungsaufgaben zugeordnet und im Einzelnen aufgeschlüsselt worden. Soweit die Bundesnetzagentur den dargestellten Gesamtaufwand unter Hinweis auf fehlende Nachweise mit Nichtwissen bestreitet, ersetzt dies eine konkrete inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Antragstellerin nicht. Insoweit ist auch darauf hinzuweisen, dass es sich ausweislich der Angaben der Antragstellerin um eine Prognose handelt, so dass nicht erkennbar ist, welche Nachweise sie hätte vorlegen können. Der Einwand der Bundesnetzagentur, die Antragstellerin könne mit einem Personaleinsatz von 18,75 Mitarbeitern die Umsetzung binnen acht Wochen bewerkstelligen, geht fehl. Bei 139 Mitarbeitern ist davon auszugehen, dass nicht 18,75 für die Umsetzungsarbeiten freigestellt werden können. Bei lebensnaher Betrachtung liegt die Annahme nahe, dass die Arbeitszeit der Mitarbeiter der Antragstellerin auch ohne die Änderung des Zuschlagsmechanismus mit der Bewältigung des Tagesgeschäftes ausgefüllt war und Kapazitäten zur Bewältigung der Umsetzungsanforderungen nicht ohne weiteres vorhanden sind. Zwar ist die Antragstellerin – worauf die Bundesnetzagentur zu Recht hinweist – durchaus gehalten, sich zur Umsetzung der Vorgaben der streitgegenständlichen Beschlüsse externer Hilfe zu bedienen. Jedoch sind die mit dem Rückgriff auf eine hohe Anzahl externer Dienstleister zur Bewältigung anspruchsvoller Systemänderungen und Vertragsanpassungen verbundenen praktischen Schwierigkeiten zu berücksichtigen. Eine konkrete Auseinandersetzung mit dem Vorbringen zu den mit der Umsetzung verbundenen Belastungen betreffend die Systemprozesse und Vertragsgestaltung fehlt sowohl in der Begründung als auch in der Antragsabweisung.

bb) Darüber hinaus hat ausweislich der Beschlussgründe keine hinreichende materielle Auseinandersetzung mit dem in den Abwägungsprozess einzubeziehenden Interesse der Marktteilnehmer, sich auf die veränderten Bedingungen einzustellen, stattgefunden. Der recht pauschal gehaltene Hinweis auf die individuellen Interessen einzelner Poolanbieter betreffend Vertragsgestaltung und Modalitäten der Gebotserstellung verdeutlicht, dass die Bundesnetzagentur die wirtschaftliche Bedeutung des in die Abwägung einbezogenen Interesses der Poolanbieter nicht vollständig erfasst und gewürdigt hat. Dabei ist – jedenfalls ausweislich der erkennbar zu Tage getretenen Erwägungen - außer Betracht geblieben, dass die Umsetzung der geänderten Vorgaben binnen kurzer Frist nicht nur Erschwernisse bei der

Vertragsgestaltung und Gebotserstellung begründet, sondern den Poolanbietern bei Unmöglichkeit der Umsetzung binnen der vorgesehenen Umsetzungsfrist auch eine Marktteilnahme vorübergehend erheblich erschwert oder gar unmöglich macht. Das Risiko eines vorübergehenden faktischen Marktausschlusses von Poolanbietern oder erheblicher Beschränkungen in Folge einer von ihnen nicht einzuhaltenden Umsetzungsfrist hätte in die Abwägung einbezogen und in seiner auch wirtschaftlichen Bedeutung gegenüber dem Interesse einer kurzfristigen Umsetzung gewürdigt werden müssen. Dies wird nicht durch den Hinweis entbehrlich, mit einer längeren Umsetzungsfrist steige das Risiko, dass sich der Abruf von Regelarbeit zu extrem hohen Kosten wiederhole. Dieser Gefahr wäre durch Aufrechterhaltung der Gebotsgrenze zu begegnen gewesen. Es geht schließlich in diesem Zusammenhang auch nicht um das Interesse an einer unveränderten Fortführung des Geschäftsmodells der Poolanbieter und der Aufrechterhaltung gleichbleibend guter Marktchancen, sondern ausschließlich um ihr Interesse, sich an die geänderten Bedingungen anzupassen. Da die Bundesnetzagentur die für die Bewertung dieses Interesses maßgeblichen Gesichtspunkte nicht vollständig ermittelt sowie den materiellen Gehalt und die wirtschaftliche Bedeutung nicht zureichend erfasst hat, hat sie den ihr für die Bestimmung einer Umsetzungsfrist zustehenden Beurteilungsspielraum rechtsfehlerhaft ausgefüllt und ausgeübt.

Der Umstand, dass die Antragstellerin an der Regelenergie-Ausschreibung für den 12.07.2018 teilgenommen und ein Teil ihrer Gebote bezuschlagt worden ist, belegt nicht, dass die Umsetzungsfrist angemessen ist. Daraus folgt insbesondere nicht, dass es der Antragstellerin entgegen ihren Einlassungen möglich gewesen ist, die erforderlichen Systemänderungen und Vertragsanpassungen fristgerecht vorzunehmen.

b) Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die rechtsfehlerhaft zu kurz bemessene Umsetzungsfrist war bis zum 15.10.2018 zu befristen (§ 77 Abs. 4 S. 5 EnWG).

Der Senat hält unter Beachtung des Übergangscharakters der angegriffenen Anordnungen sowie angesichts der angespannten Terminlage, die eine zügige Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache derzeit unwahrscheinlich erscheinen lässt, eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde nicht für sachgerecht. So soll die einstweilige Anordnung nicht

dazu führen, dass es faktisch nicht zur Umsetzung der Übergangsregelung kommt, weil bis zur Einführung des Regelarbeitsmarktes keine Entscheidung in der Hauptsache ergeht. Zugleich soll verhindert werden, dass infolge der einstweiligen Anordnung faktisch eine längere Umsetzungsfrist in Kraft tritt als wenn sie von vornherein rechtmäßig bestimmt worden wäre.

Für die Bemessung der Befristung war zum einen zu berücksichtigen, dass die Umsetzungsfrist mit acht Wochen zu kurz bemessen war. Zum anderen wäre aber auch bei einer ermessensfehlerfrei durchgeführten Abwägung die Umsetzungsfrist nicht allein an dem Interesse der Poolanbieter zu orientieren gewesen. Vielmehr hätten auch die für eine kurze Umsetzungsfrist streitenden Belange abgewogen und gewichtet werden müssen. Es kann demnach nicht festgestellt werden, dass eine rechtsfehlerfreie Ausübung des der Bundesnetzagentur zustehenden Beurteilungsspielraums zu der von der Antragstellerin angeregten Umsetzungsfrist von mindestens sechs Monaten geführt hätte.

Die vorgenommene Befristung dient der Vermeidung unzumutbarer Belastungen der Antragstellerin bei der Umsetzung der Vorgaben und trägt zugleich dem Bedürfnis nach einer baldigen Umsetzung der nach summarischer Prüfung rechtmäßigen Übergangsregelungen Rechnung. Mit Ablauf der Befristung entfällt die aufschiebende Wirkung der Beschwerde mit der Folge, dass die Vorgaben aus Tenorziffer 1 anzuwenden sind.

3. Zwar tritt die aufschiebende Wirkung der Beschwerde grundsätzlich mit dem Wirksamwerden des anordnenden Beschlusses im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz rückwirkend bezogen auf den Zeitpunkt des Erlassens des angefochtenen Beschlusses ein. Im Hinblick darauf, dass die erste Ausschreibung für den unter Ziffer 2 angeordneten Erbringungstag bereits beendet ist, hält der Senat es im Rahmen seiner Ermessensausübung jedoch für geboten, die Rückwirkung auszuschließen und die Wirkungen der vorliegenden Entscheidung nur ex nunc eintreten zu lassen. Insoweit war zu berücksichtigen, dass eine Rückgängigmachung der Auktion und der Auktionsergebnisse mit erheblichen praktischen und technischen Schwierigkeiten verbunden wäre. Darüber hinaus ist das Interesse der Anbieter, die sich im Vertrauen auf das Inkrafttreten des geänderten Zuschlagsmechanismus auf die aktuellen Bedingungen eingestellt haben, an dem Bestand der Auktionsergebnisse schützenswert.

C.

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 (Senat, Beschluss vom 29.03.2007, VI-3 Kart 466/06 (V), Rn. 17 juris; OLG Düsseldorf, 5. Kartellsenat, Beschluss vom 16.02.2017, VI-5 Kart 24/16 (V), Rn. 105 juris).

Frister

Dr. Kühneweg

Klein Reesink