



– Beschlusskammer 6 –

Beschluss

Az. BK6-13-252

In dem Verwaltungsverfahren

Borkum Riffgrund I Offshore Windpark A/S GmbH & Co. oHG,
vertreten durch die Geschäftsführung, Hafenstraße 2, 26506 Norden

– Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigter: Manfred Dittmer, DONG Energy Renewables GmbH,
Van-der-Smissen-Straße 9, 22767 Hamburg

gegen

Merkur Offshore GmbH (ehemals Nordsee Offshore MEG I GmbH),
vertreten durch die Geschäftsführung, Fuhlsbüttler Str. 399, 22308 Hamburg

– Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigte: Flick Gocke Schaumburg Rechtsanwälte,
Johanna-Kinkel-Straße 2-4, 53175 Bonn

wegen Übertragung von Offshore-Anschlusskapazität

hat die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten
Jochen Homann,

durch den Vorsitzenden Christian Mielke,
den Beisitzer Dr. Jochen Patt
und den Beisitzer Jens Lück

am 19.8.2015 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Kostenentscheidung bleibt einem gesonderten Bescheid vorbehalten.

Gründe

I.

Der Bescheid betrifft die Übertragung von Anschlusskapazität für Windenergieanlagen auf See.

1. Die Antragstellerin ist die Projektentwicklungsgesellschaft für die Windenergieanlagen auf See des Windparks Borkum Riffgrund 1. Der Windpark ist in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in Cluster 2 nach Bundesfachplan Offshore Nordsee (BFO Nordsee) belegen. Die Antragstellerin verfügt über eine im Jahr 2011 erteilte unbedingte Netzanbindungszusage der TenneT TSO GmbH (nachfolgend TenneT) über 291,6 MW. Eine Zuweisung von Anbindungskapazität über weitere 20,4 MW erhielt die Antragstellerin mit Beschluss BK6-14-129-Z3 vom 21.1.2015. Der Windpark ist mit einer Gesamtleistung von 312 MW geplant. Von dieser Leistung sind durch die unbedingte Netzanbindungszusage und die Kapazitätszuweisung 200 MW der im Juli 2015 in Betrieb genommenen Anbindungsleitung NOR-2-2 sowie 112 MW der beauftragten Anbindungsleitung NOR-2-3 zugeordnet. Die Antragstellerin hat mit der Errichtung des Windparks begonnen.

Die Antragsgegnerin ist die Projektentwicklungsgesellschaft für die Windenergieanlagen auf See des Windparks Merkur Offshore. Der Windpark ist ebenfalls in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in Cluster 2 nach BFO Nordsee belegen. Die Antragsgegnerin verfügt auch über eine unbedingte Netzanbindungszusage der TenneT über 400 MW für die Anbindungsleitung NOR-2-2, welche ebenfalls 2011 erteilt worden ist. Im Juni 2015 sind alle Projektrechte der Nordsee Offshore MEG I GmbH an dem Windpark MEG I auf die Merkur Offshore GmbH übertragen worden. Die Gesellschafter der Merkur Offshore GmbH sind die Nordsee Offshore MEG I GmbH und die DEME Concessions WIND N.V.

2. Mit Schreiben vom 3.12.2013 hat die Antragstellerin die Übertragung von 112 MW Anschlusskapazität des Windparks Merkur Offshore auf der Anbindungsleitung NOR-2-2 auf ihren Windpark Borkum Riffgrund 1 beantragt.

Gemäß § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. könne die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) vorgesehene Anschlusskapazität für eine Offshore-Anlage in einem diskriminierungsfreien Verfahren auf andere Offshore-Anlagen übertragen, wenn der Betreiber der Offshore-Anlage nicht spätestens zwölf Monate vor dem verbind-

lichen Fertigstellungstermin mit der Errichtung der Offshore-Anlage begonnen hat.

Errichtungsmaßnahmen seien der Antragstellerin nicht bekannt. Vielmehr sei bekannt, dass die Gesellschafter der Antragsgegnerin einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt hätten, sodass mit einer Errichtung der Windenergieanlagen auf See auch in absehbarer Zeit nicht zu rechnen sei.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, der Antrag sei begründet.

Die unbedingte Netzanbindungszusage für den Windpark Borkum Riffgrund 1 der Antragstellerin sähe einen Anschluss des Windparks mit 200 MW an die Anbindungsleitung NOR-2-2 vor. Die darüber hinausgehende Leistung von 91,6 MW (nunmehr 112 MW) solle an die Anbindungsleitung NOR-2-3 angeschlossen werden. Für die Anbindungsleitung NOR-2-3 habe die TenneT als voraussichtlichen Fertigstellungstermin Dezember 2017 mitgeteilt. Solange die Anbindungsleitung NOR-2-2 nicht vollständig durch andere Windparks genutzt werde, könne die Antragstellerin die über 200 MW hinausgehende Leistung ihres Windparks interimweise über die Anbindungsleitung NOR-2-2 einspeisen. Die technischen Vorkehrungen für eine höhere Einspeisung an NOR-2-2 seien gegeben, da die AC-Exportkapazität zwischen dem Umspannwerk der Antragstellerin und NOR-2-2 insgesamt 331 MW betrage. Sie müsse jedoch damit rechnen, dass für den Zeitraum zwischen einer Inbetriebnahme des Windparks Merkur Offshore der Antragsgegnerin und der Fertigstellung von NOR-2-3 nur mit einer Leistung von 200 MW eingespeist werden könne. Die über 200 MW hinausgehende Leistung sei nachrangig zu anderen Windparks, die an NOR-2-2 angeschlossen würden. Diese Unsicherheit in Bezug auf die zur Verfügung stehende Kapazität habe eine schwerwiegende Bedeutung für die zu erwartende Rentabilität des Windparks. Die Kosten der Energieerzeugung könnten nicht wie erwartet gesenkt werden.

Die Antragstellerin kenne zwar nicht die unbedingte Netzanbindungszusage der Antragsgegnerin, aus den öffentlich bekannten Umständen schließe sie jedoch darauf, dass der dort mitgeteilte Termin für die Fertigstellung von NOR-2-2 in der Vergangenheit liege. Ein Baubeginn des Windparks Merkur Offshore sei bisher nicht erfolgt.

Die Antragstellerin beantragt,

dem Windpark Borkum Riffgrund 1 Anschlusskapazität des Windparks Merkur Offshore in Höhe von 112 MW zu übertragen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Aus Sicht der Antragsgegnerin liegen die Voraussetzungen für eine Übertragung von An-

schlusskapazität des Windparks der Antragsgegnerin gem. § 17d Abs. 3 S. 3 und 4 EnWG a. F. nicht vor. Es gäbe keinen Grund, Anschlusskapazität in Höhe von 112 MW zu übertragen.

Eine Übertragung von Anschlusskapazität komme nur in Betracht, wenn der Betreiber der Offshore-Anlage nicht spätestens zwölf Monate vor dem verbindlichen Fertigstellungstermin mit der Errichtung der Offshore-Anlagen begonnen habe oder die technische Betriebsbereitschaft der Offshore-Anlage nicht innerhalb von 18 Monaten nach dem verbindlichen Zeitpunkt der Fertigstellung der Anbindungsleitung nach Abs. 2 S. 3 EnWG a. F. hergestellt sei. Für die Antragsgegnerin komme es auf den in der unbedingten Netzanbindungszusage mitgeteilten Termin an.

Der unbedingten Netzanbindungszusage der TenneT vom [REDACTED] könne nicht ohne Weiteres der Fertigstellungstermin entnommen werden. Jedenfalls sei zu berücksichtigen, dass sich ein Fertigstellungstermin nach Erteilung der Netzanbindungszusage auf Basis eines einvernehmlichen Zusammenwirkens des Übertragungsnetzbetreibers und dem Betreiber der Offshore-Anlage verschieben könne. Maßgeblicher Bezugspunkt sei die Fertigstellung der Offshore-Anlage. Im Ergebnis sei durch das Zusammenwirken der TenneT und der Antragsgegnerin festzuhalten, dass es im Nachgang zur Erteilung der unbedingten Netzanbindungszusage zur Weiterentwicklung des Fertigstellungszeitraums gekommen sei.

Verzögerungen, die sich bei der Errichtung der Anbindungsleitung NOR-2-2 ergäben, seien entsprechend zu berücksichtigen.

Schließlich sei auch zu berücksichtigen, dass die Neuregelung des § 17d Abs. 3 S. 3 und 4 EnWG a. F. erst am 28.12.2012 kurzfristig und ohne Übergangsregelung in Kraft getreten sei. Sei es zuvor im Wesentlichen auf die Abstimmung zwischen Übertragungsnetzbetreiber und dem Betreiber der Offshore-Anlagen angekommen, seien nunmehr gesetzliche Fristen maßgeblich. Dies sei unter Vertrauensschutzgesichtspunkten zugunsten der Antragsgegnerin zu berücksichtigen.

Eine Übertragung komme auch nicht auf Grund des zweiten Tatbestandsmerkmals in Betracht. Die Frist von 18 Monaten ab Fertigstellungstermin sei auf Basis der vorstehenden Ausführungen noch nicht abgelaufen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass eine Übertragung von höchstens 112 MW dem Zweck des § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. widerspreche und unverhältnismäßig sei. Es bestehe kein öffentliches Interesse an einer Übertragung, noch überwiegen private Interessen der Antragstellerin.

Die Möglichkeit der Übertragung von Anschlusskapazität ziele auf eine möglichst schnelle und effiziente Nutzung der Anbindungsleitung. Ziel der Übertragungsmöglichkeit sei zu verhindern, dass eine fertiggestellte Anbindungsleitung ungenutzt bleibe, weil die berechtigten Offshore-

Anlagen nicht einspeisebereit seien, gleichzeitig die Anbindungsleitung aber durch andere Off-shore-Anlagen genutzt werden könne.

Vorliegend komme es zu keinem Zeitpunkt zu der Situation, dass die Anbindungsleitung NOR-2-2 ungenutzt bliebe. So trage die Antragstellerin vor, dass sie bereits vorliegend die Möglichkeit habe, Leistung über 200 MW hinaus an NOR-2-2 einzuspeisen. Dies bedeute, dass der Windpark der Antragstellerin zunächst 312 MW einspeisen könne. Sobald der Windpark Merkur Offshore der Antragsgegnerin errichtet sei, löse dieser die 200 MW übersteigende Leistung des Windparks Borkum Riffgrund 1 ab und speise mit bis zu 400 MW ein.

Die Antragstellerin verfolge mit ihrem Antrag lediglich das Ziel, dass ihre privaten Interessen den privaten Interessen der Antragsgegnerin vorgezogen würden. Dieses Ziel führe die Antragstellerin auch ausdrücklich in ihrem Antragsschreiben vom 3.12.2013 aus, wenn sie auf die schwerwiegende Bedeutung für die erwartete Rentabilität für den Windpark Borkum Riffgrund 1 abstelle. Die zum 28.12.2012 eingeführte Möglichkeit der Übertragung von Anschlusskapazität dürfe jedoch nicht dazu führen, einen Wettbewerber gegenüber anderen Wettbewerbern nur auf Basis eigener wirtschaftlicher Ziele und losgelöst vom öffentlichen Interesse zu bevorteilen.

Vielmehr sei zu beachten, dass die Antragsgegnerin über eine vorrangige unbedingte Netzanbindungszusage verfüge. Sie habe alle Voraussetzungen zur Erteilung selbiger früher erfüllt als die Antragstellerin.

[REDACTED]

3. Mit Schreiben vom 7.2.2014 hat die Beschlusskammer die Stellungnahme der Antragsgegnerin an die Antragstellerin mit der Gelegenheit zur Stellungnahme übersandt. Hiervon hat die Antragstellerin keinen Gebrauch gemacht.

Mit Schreiben vom selben Tag hat die Beschlusskammer den Antrag der Antragstellerin sowie die Stellungnahme der Antragsgegnerin an die TenneT sowie das BSH mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übersandt.

Mit Schreiben vom 28.3.2014 hat die TenneT Stellung genommen.

Die Anbindungsleitung NOR-2-2 sei für eine Übertragungsleistung von 800 MW dimensioniert.

[REDACTED]

[REDACTED] erteilt worden. [REDACTED]

Die verbleibende Anschlusskapazität von 200 MW

4. Mit Schreiben vom 5.9.2014 hat die Beschlusskammer der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie den Antrag aufgrund Artikel 6 Nr. 4 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.7.2014 (BGBl. I, S. 1066) als gegenstandslos betrachtet. Der Antragsgegnerin hat sie das Schreiben in Kopie übersandt.

Mit Schreiben vom 22.9.2014 hat die Antragstellerin mitgeteilt, dass sie nunmehr prüfe, ob sie durch § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. einen Anspruch erworben haben könnte. Sie gehe davon aus, dass die Voraussetzung für eine Übertragung der Anschlusskapazität verwirklicht war, bevor die neuerliche Änderung des EnWG zum 1.8.2014 in Kraft getreten sei. Sie hat um Fristverlängerung von vier Wochen gebeten, um diesen komplexen Sachverhalt prüfen zu können. Weder in noch nach dieser Frist hat sich die Antragstellerin jedoch weiter zur Sache geäußert.

5. Zum Zwecke der Abstimmung gem. § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. hat die Beschlusskammer am 12.08.2015 den Beschlussentwurf mit der Gelegenheit zur Stellungnahme an das BSH übersandt. Das BSH hat mit Schreiben vom 18.8.2015 dem Beschlussentwurf zugestimmt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist abzulehnen.

1. Die Bundesnetzagentur ist gem. § 54 Abs. 1 EnWG sachlich zuständig. Die Beschlusskammer ist nach § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG zur Entscheidung berufen. Die Entscheidung erfolgt in Abstimmung mit dem BSH, das dem Entscheidungsentwurf zugestimmt hat.

2. Die Voraussetzung für eine Entscheidung liegt nicht vor. Der Antragstellerin ist für ihren Windpark Borkum Riffgrund 1 keine Anschlusskapazität in Höhe von 112 MW auf der Anbindungsleitung NOR-2-2 zu übertragen. Die Übertragung wäre ein belastender Verwaltungsakt gegenüber der Antragsgegnerin, für den keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorliegt. Der bisherige § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F., auf den die Antragstellerin ihren Antrag stützt, ist durch Artikel 6 Nr. 4 des Gesetzes zur grundlegenden Reform des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes und zur Änderung weiterer Bestimmungen des Energiewirtschaftsrechts vom 21.7.2014 (BGBl. I, S. 1066) mit Wirkung zum 1.8.2014 aufgehoben worden.

Die neue Rechtslage ist im vorliegenden Verfahren anzuwenden, obwohl der Antrag bereits vor Aufhebung des § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. gestellt worden ist. Die Frage, ob bei einer Änderung der Rechtslage im Verfahrensverlauf auf die alte oder die neue Rechtslage abzustellen ist, beantwortet sich durch Auslegung des materiellen Rechts.¹

Eine ausdrückliche Übergangsregelung, die die alte Rechtslage für weiter anwendbar erklärt, hat der Gesetzgeber – anders als beispielsweise in den Fällen des § 118 Abs. 12 EnWG – nicht geschaffen. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat mit § 118 Abs. 13 EnWG eine Übergangsregel geschaffen, welche Windenergieanlagen auf See mit einer unbedingten Netzanbindungszusage die Möglichkeit eröffnet, sich von der Gefahr eines Kapazitätsentzugs zu befreien. Der in § 17d Abs. 6 S. 3 EnWG geregelte Kapazitätsentzug ist demnach nicht auf einen Betreiber von Windenergieanlagen auf See nach § 118 Abs. 13 EnWG anzuwenden, der bis zum Ablauf des 1.7.2015 der Regulierungsbehörde den Nachweis über eine bestehende Finanzierung erbringt, der bis zum Ablauf des 1.7.2016 mit der Errichtung der Windenergieanlage auf See begonnen hat und die technische Betriebsbereitschaft der Windenergieanlagen auf See bis zum Ablauf des 1.1.2019 hergestellt hat. Die Antragsgegnerin verfügt über eine unbedingte Netzanbindungszusage und fällt unter die Übergangsregelung des § 118 Abs. 13 EnWG. Eine Übertragung von Anschlusskapazität gem. § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. würde die Schutzwirkung von § 118 Abs. 13 EnWG aushebeln.

Das nunmehr geltende Recht sieht nicht mehr die Möglichkeit vor, Anschlusskapazität eines Betreibers von Windenergieanlagen auf See an einen anderen Betreiber von Windenergieanlagen auf See zu übertragen. Der Gesetzgeber hat die Regelung zur Übertragung von Anschlusskapazität durch die Regelung des Entzugs von Anschlusskapazität gem. § 17d Abs. 6 S. 3 EnWG ersetzt.

Mit der Änderung wird das „use it or lose it“-Prinzip ausgeweitet.² § 17d Abs. 6 S. 3 EnWG sieht nicht mehr die vorliegend beantragte Übertragung von Anschlusskapazität vor, sondern deren Entzug. Voraussetzung für einen Entzug von Anschlusskapazität ist, dass der Betreiber der Windenergieanlage auf See nicht spätestens 24 Monate vor dem verbindlichen Fertigstellungstermin nach § 17d Abs. 2 S. 5 EnWG der Regulierungsbehörde den Nachweis über eine bestehende Finanzierung für die Errichtung der Windenergieanlage auf See erbringt, nicht spätestens zwölf Monate vor dem verbindlichen Fertigstellungstermin nach § 17d Abs. 2 S. 5 EnWG mit der Errichtung der Windenergieanlage auf See begonnen hat oder die technische Betriebsbereitschaft der Windenergieanlage auf See nicht innerhalb von 18 Monaten nach dem verbindlichen Fertigstellungstermin nach § 17d Abs. 2 S. 5 EnWG hergestellt hat. Der Entzug von Anschluss-

¹ BVerwG, U. v. 3.11.1987 – 9 C 254/86 – Juris, Rn. 8; st. Rspr.; OLG Düsseldorf, B. v. 12.12.2012 – VI-3 Kart 137/12 (V) – Juris, Rn. 108.

² BT-Drs. 18/1304, S. 189.

kapazität steht allein im öffentlichen Interesse und vermittelt konkurrierenden Betreibern von Windenergieanlagen auf See keine subjektiven Rechte.

Die Begrenzung der höchstens zuweisbaren Anschlusskapazität im nunmehr geltenden Recht durch § 17d Abs. 3 S. 2 und 3 EnWG steht der Anwendung der alten Rechtslage fundamental entgegen. Die Anwendung des § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. würde die Zuweisung der höchstens zur Verfügung stehenden Anschlusskapazität für andere Betreiber von Windenergieanlagen auf See durch ein nicht-diskriminierungsfreies Verfahren unterlaufen. Denn, anders als § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F., ist die entzogene Kapazität nach wettbewerblichen Maßstäben in einem objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren anzubieten (§ 17d Abs. 3 EnWG) und ggf. im Rahmen einer Versteigerung (§ 17d Abs. 4 EnWG) zuzuweisen.³ Dieser wettbewerbliche Ansatz ist nicht mit der von der Antragstellerin begehrten, andere Betreiber von Offshore-Windenergieanlagen ausschließenden direkten Übertragung der entzogenen Anschlusskapazität an sie vereinbar.

3. Im Übrigen ist auch kein öffentliches Interesse an einer Übertragung von Anschlusskapazität erkennbar. Das mit § 17d Abs. 3 S. 3 EnWG a. F. verfolgte Ziel, eine möglichst schnelle und effiziente Nutzung der Anbindungsleitungen zu erreichen, ist durch die vorliegende Anbindungssituation bereits gewährleistet und rechtfertigt gerade keine Übertragung. Auch die privaten Interessen der Antragstellerin rechtfertigen nicht die beantragte Übertragung von Anschlusskapazität. Vielmehr überwiegt das private Interesse der Antragsgegnerin, denn sie verfügt über eine vorrangige unbedingte Netzanbindungszusage. Die Antragstellerin verfolgt mit dem vorliegenden Antrag lediglich das Ziel, die eigene Rendite des Windparks Borkum Riffgrund 1 zu Lasten der Allgemeinheit und der Antragsgegnerin zu verbessern.

³ BT-Drs. 18/1304, S. 189.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat ab Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung gemäß § 76 Abs.1 EnWG.

Christian Mielke
Vorsitzender

Dr. Jochen Patt
Beisitzer

Jens Lück
Beisitzer