



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-21-024

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 23 ARegV aufgrund des Antrags auf Genehmigung der Investitionsmaßnahme

der 50Hertz Transmission GmbH, Heidestraße 2, 10557 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

hat die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch ihren Vorsitzenden Alexander Lüdtké-Handjery,
ihre Beisitzerin Stefanie Scheuch
und ihren Beisitzer Rainer Busch

am 17.11.2022

beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

G r ü n d e:

I.

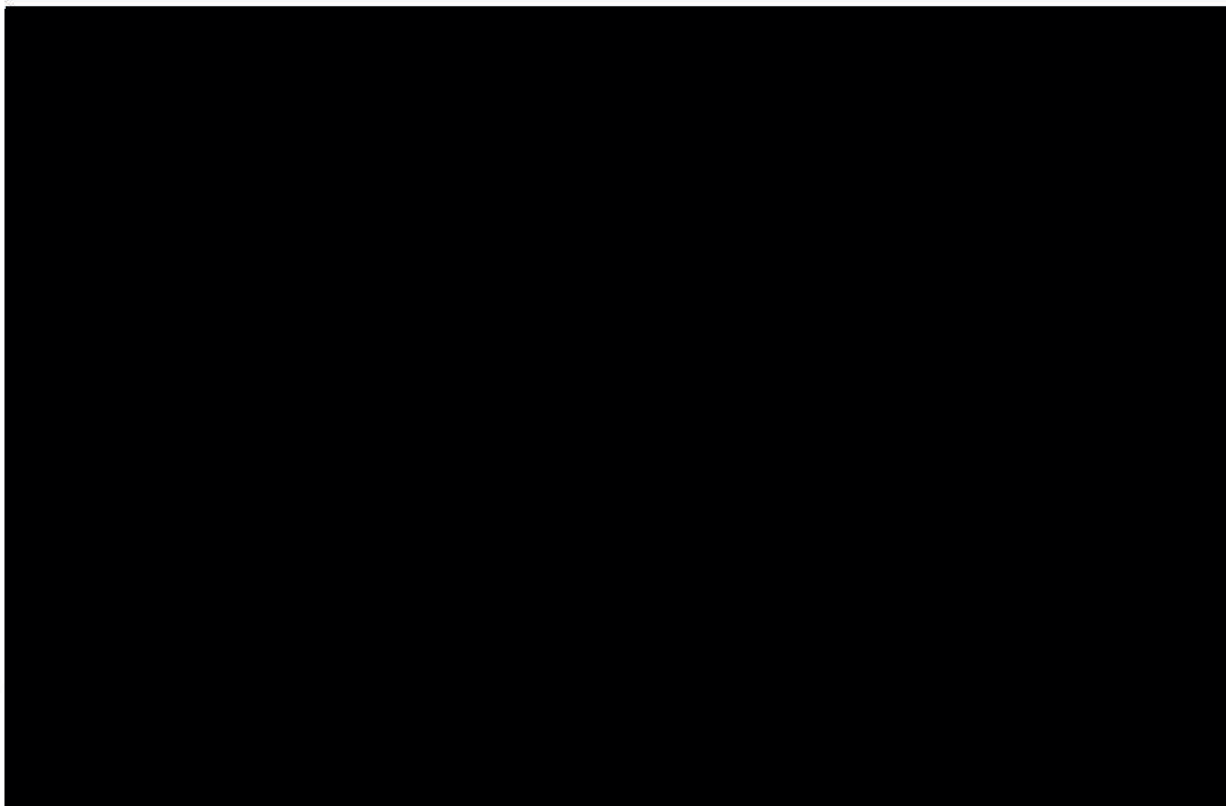
Die Antragstellerin begehrt die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt „Bornholm Energy Island“ gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 und 2 ARegV.

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsübertragungsnetzes mit Sitz in Berlin.

Sie trägt vor, das technische Ziel der Investition sei die Errichtung eines hybriden Offshore-Interkonnektors in der Ostsee, der die dänische Region Seeland über die Insel Bornholm mit Deutschland verbindet. Dadurch werde zum einen die Handelskapazität zwischen Dänemark und Deutschland erhöht und zum anderen die Anbindung von bis zu 2 GW Offshore-Windleistung realisiert.

Ausgehend von dem neu zu errichtenden HVAC-Umspannwerk auf der Insel Bornholm solle neben der dänischen Verbindung ein HVDC-Interkonnektor nach Deutschland errichtet werden.

Das geplante HVDC-Übertragungssystem solle in Abhängigkeit des noch zu ermittelnden optimalen Bedarfes eine Übertragungskapazität von circa 1 bis 2 GW vorhalten. Um diese Leistung verlustarm übertragen zu können, müsse das Gesamtsystem mit einer hohen Spannung betrieben werden. Deshalb solle die 525-kV-Gleichspannungsebene zum Einsatz kommen. Alternativ sei aber auch der Einsatz der 320-kV-Gleichspannungsebene eine mögliche Option. Die Entscheidung über die zu realisierende Spannungsebene werde im Rahmen von noch durchzuführenden Machbarkeitsstudien erfolgen.



Zur Begründung der Notwendigkeit führt die Antragstellerin aus, dass die Umsetzung der Maßnahme erforderlich sei, um die Ziele des Pariser Klimaabkommens und der EU-Strategie für erneuerbare Offshore-Energie zu erreichen. Demnach schlage die EU-Kommission vor, die in Europa installierte Offshore-Erzeugungskapazität von derzeit 12 GW auf mindestens 60 GW bis 2030 und 300 GW bis 2050 auszubauen. Davon werde allein in der Ostsee in einer gemeinsamen Studie der Europäischen Kommission im Rahmen des „Baltic Energy Market Interconnection Plan“ (BEMIP) eine Offshore-Leistung von 93 GW geschätzt.

Jedoch werde im derzeitigen Flächenentwicklungsplan (FEP) für die deutsche Ostsee im Zielmodell (d.h. ab dem Jahr 2026) nur eine weitere Fläche (O-1.3) mit einem Gesamtpotential von 300 MW bestätigt. Weitere Gebiete bzw. Flächen in der deutschen Ostsee befänden sich derzeit noch in der Prüfung (Testfeldgebiet O-7 und Fläche O-2.2) und seien demnach bisher nicht im FEP bestätigt worden. Um die obigen Ziele zu erreichen, werde es jedoch notwendig sein, weitere Offshore-Flächen, die über die nationale Grenze der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) hinausgehen, in der Ostsee zu erschließen und in den europäischen Stromnetzverbund zu integrieren. Mit der kontinuierlichen Integration von Erneuerbaren Energien (EE) steige auch der Bedarf für grenzüberschreitende Kuppelkapazitäten. Mit zusätzlichen Interkonnektoren werde nicht nur die Versorgungs- und Systemsicherheit in Zeiten von niedrigen EE-Einspeiseleistungen erhöht, sondern darüber hinaus auch weitere Handelskapazitäten für den europäischen Strombinnenmarkt geschaffen.

Zur Realisierung dieser Ziele hätten im September 2020 die Ostsee-Anrainerstaaten, darunter auch Deutschland und Dänemark, eine gemeinsame Erklärung zur Kooperation bei Offshore-Windenergieprojekten unterzeichnet, um mehr Flächen als bisher für Erneuerbare Energie nutzbar zu machen und die dafür erforderlichen Netzinfrastrukturen auszubauen. Darauf aufbauend hätten sieben Übertragungsnetzbetreiber – darunter auch die Antragstellerin und der dänische Netzbetreiber Energinet – im Dezember die „Baltic Offshore Grid Initiative“ gegründet, um gemeinsam das Windenergie-Erzeugungspotenzial in der Ostsee von über 300 TWh/Jahr zu erschließen.

Um den Grundstein zu legen, hätten das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz sowie das dänische Ministerium für Energie und Klimaschutz am 14.12.2020 eine Absichtserklärung zur Kooperation beim Ausbau der Offshore-Windenergie unterzeichnet. In dieser Absichtserklärung werde explizit die Zusammenarbeit bei hybriden Interkonnektor-Projekten und Energie-Hubs hervorgehoben. In einem ersten konkreten Schritt zur Umsetzung dieser Ziele und bezugnehmend auf die Absichtserklärung der deutschen und dänischen Regierung hätten die Antragstellerin und Energinet am 20.01.2021 auch eine Absichtserklärung (Letter of Intent) zur Kooperation im gegenständlichen Projekt „Bornholm Energy Island“ unterzeichnet.

Im Zuge dieser politischen und gesamtgesellschaftlichen Herausforderungen wollen die Antragstellerin und Energinet im Projekt „Bornholm Energy Island“ zusammenarbeiten und beabsichtigen, unter Einbeziehung der Ostseeinsel Bornholm, im ersten Schritt einen hybriden Offshore-Interkonnektor zwischen Dänemark und Deutschland zu errichten. Dieser könne in weiteren Ausbaustufen, unter Einbeziehung weiterer Partnerländer, zum weltweit ersten Offshore-Hub ausgebaut werden. Durch den „hybriden Interkonnektor“ werde die Verknüpfung der Stromnetze beider Länder unter Einbeziehung zweier auf insgesamt 2.000 MW Erzeugungsleistung dimensionierter Offshore-Windparks entlang dieser Route ermöglicht.

Nach den bisherigen Planungen Dänemarks sollen im südlichen und südwestlichen Bereich der AWZ, in ca. 25 km Entfernung vor der Insel Bornholm, die beiden Offshore-Windparks errichtet und über Seekabel (radial) mit dem Offshore-Hub auf der Insel verbunden werden. Hierzu existiere ein Beschluss des dänischen Parlaments vom 22.06.2020, der die Inbetriebnahme der Windparks und der Netzanbindung an die dänische Insel Seeland mit der Hauptstadt Kopenhagen für das Jahr 2030 vorsehe.

Auf der Insel Bornholm erfolge die Zusammenschaltung aller Interkonnektoren nach derzeitigem Planungsstand in einem neu zu errichtenden Umspannwerk in Wechselstromtechnologie (Highvoltage alternating current – HVAC). Über dieses Umspannwerk würden auch die HVDC-Interkonnektoren in Gleichstromtechnologie (Highvoltage direct current – HVDC) nach Dänemark (Seeland) und Deutschland (Mecklenburg-Vorpommern) eingebunden. In weiteren Schritten könnten Verbindungen zu weiteren Ostsee-Anrainerstaaten, wie beispielsweise Polen, Schweden oder den baltischen Ländern, realisiert werden. Das Projekt beabsichtige die Einführung einer innovativen Multi-Terminal/Multi-Vendor-Lösung, bei der Anlagen verschiedener Anbieter von Voltage Source Convertern (VSC) in einer technischen Gesamtlösung gesteuert und betrieben werden könnten. Vorteilhaft im Vergleich zu anderen geplanten Offshore-Hubs, beispielsweise in der Nordsee, sei bei diesem Projekt, dass bereits eine natürliche Insel existiere. Somit könnten die Anlagen kostengünstiger, umweltfreundlicher und technologisch einfacher errichtet werden.

Die Antragstellerin und Energinet würden im Zuge der Umsetzung der Absichtserklärung zunächst weitere Analysen durchführen, um im Laufe des Jahres 2021 eine solide wirtschaftliche und technische Basis für die weiteren Schritte zur bestmöglichen Projektumsetzung zu schaffen. Die Ergebnisse würden Ende des Jahres 2021 in einer Kooperationsvereinbarung zur Projektrealisierung münden. Beide Netzbetreiber wollen dieses Vorhaben im engen Austausch mit den zuständigen Ministerien der jeweiligen Länder vorantreiben.

Laut Antragstellerin stelle die gemäß § 23 ARegV beantragte Investitionsmaßnahme eine Maßnahme dar, die dem Ausbau von Verbindungskapazitäten nach Artikel 16 Abs. 6 Buchstabe b der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 (ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 15) gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ARegV diene.

Die Antragstellerin trägt vor, dass die geplanten Anschaffungs- und Herstellungskosten für das Projekt zu einem späteren Zeitpunkt nachgereicht werden würden, da die derzeit in der Prüfung befindlichen Umsetzungsvarianten Auswirkungen auf die Kostenprognosen hätten.

Die erstmalige Aktivierung sei für das Jahr 2022 geplant. Die vollständige Inbetriebnahme werde abhängig von der weiteren Entwicklung ab dem Jahr 2030 angestrebt.

Die Antragstellerin hat am 31.03.2021 die Genehmigung der Investitionsmaßnahme für das Projekt „Bornholm Energy Island“ beantragt.

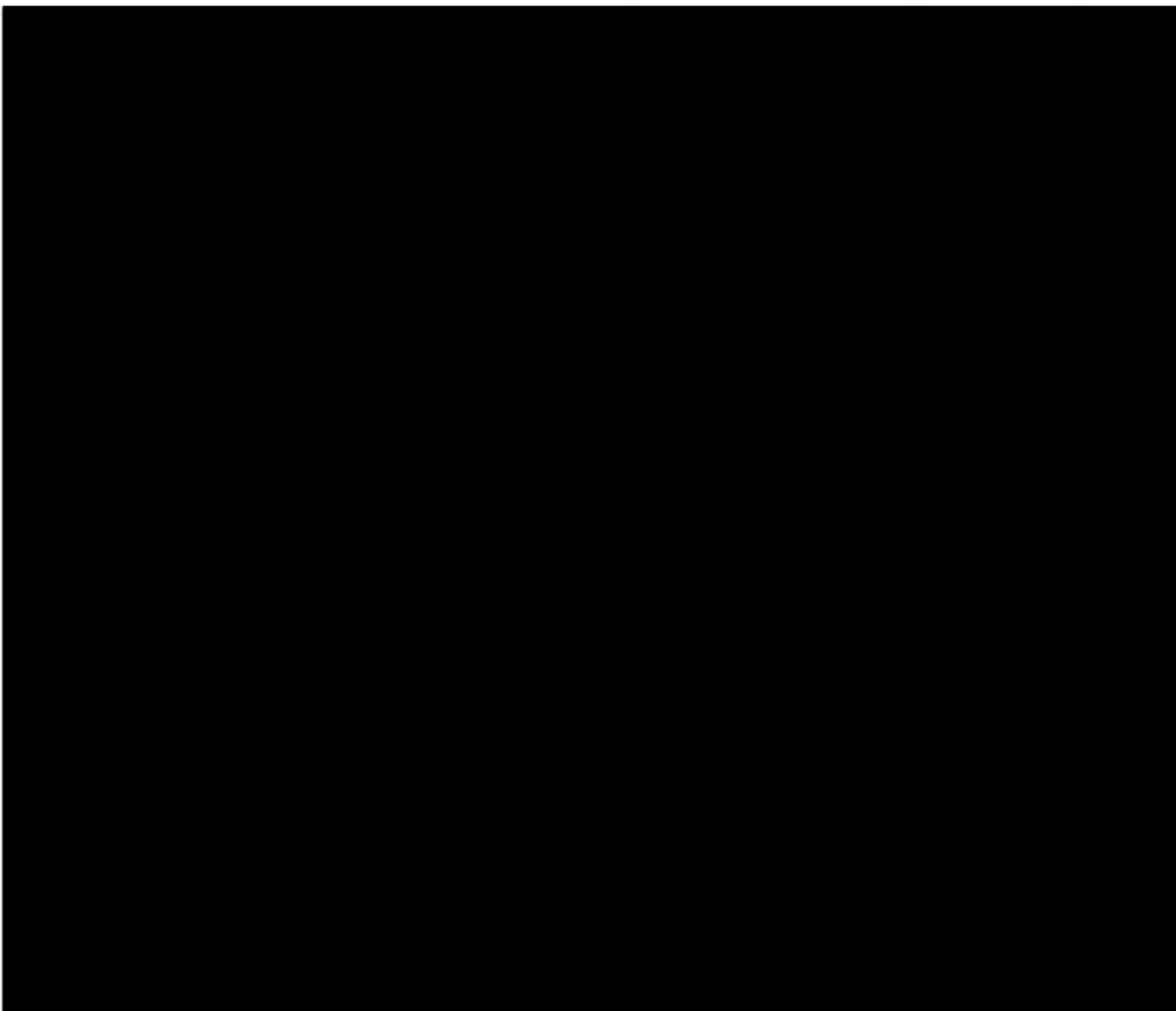
Mit Schreiben vom 01.08.2022 wurde die Antragstellerin zu dem obenstehenden Sachverhalt ablehnend angehört. Sie hat mit Schreiben vom 25.08.2022 wie folgt Stellung genommen.

Sie trägt vor, dass inzwischen die technischen Spezifizierungen erfolgt und wesentliche vertragliche Grundlagen für die Realisierung des Projektes abgeschlossen seien. Demnach mündete eine Voruntersuchungsstudie zum Projekt am 23.11.2021 in einer Kooperationsvereinbarung zwischen der Antragstellerin und dem dänischen Netzbetreiber Energinet. Daneben gebe es seit dem 26.07.2022 eine nicht bindende Vereinbarung in Form eines Memorandum of Understanding (MoU) zur Realisierung des Deutsch-Dänischen Gemeinschaftsprojekts „Bornholm Energy Island“, welches von den zuständigen Ministern unterzeichnet worden wäre. Das MoU bilde das Fundament für eine zwischenstaatliche verbindliche Kooperationsvereinbarung, welche noch in diesem Jahr geschlossen werden solle.

Ministerielles MoU zwischen Dänemark und Deutschland vom 26.07.2022
und CoA Addendum zwischen der Antragstellerin und Energinet

Am 26. Juli 2022 sei mit der Unterzeichnung des ministeriellen MoU zur Realisierung des Deutsch-Dänischen Gemeinschaftsprojekts Bornholm Energy Island durch die Minister [REDACTED] und [REDACTED] ein wichtiger Meilenstein für das Projekt erreicht worden.

Das MoU bilde das Fundament für eine zwischenstaatliche Kooperationsvereinbarung, welche in diesem Jahr geschlossen werden solle.



Bestätigung im Szenariorahmen zum Netzentwicklungsplan Strom (NEP) 2037/2045 (2023)

Die Antragstellerin führt aus, dass eine Einbringung des Projektes in den NEP 2021-2035 zeitlich nicht möglich war, da der Erstellungsprozess des NEP damals bereits weit fortgeschritten gewesen sei.



Das Projekt Bornholm Energy Island sei aber, wie vorgesehen, im Szenariorahmen zum Netzentwicklungsplan Strom 2023-2037/2045 enthalten. Dieser sei am 08.07.2022 durch die Bundesnetzagentur bestätigt worden. Außerdem sei das Projekt in Abstimmung mit Energinet gemeinsam im Herbst 2021 in den Ten-Year Network Development Plan (TYNDP) 2022 eingebracht worden (Projektnummer: 1106).

Die erfolgten Unterzeichnungen der Kooperationsvereinbarung zwischen Energinet und der Antragstellerin am 23.11.2021 sowie des ministeriellen MoU könnten als eine konkrete Grundlage zwischen Deutschland und Dänemark für das Gemeinschaftsprojekt betrachtet werden. Der Argumentation der Bestätigung des Szenariorahmens zum NEP 2023-2037/2045 folgend, müssten für das Projekt BEI in diesem Fall keine weiteren Voraussetzungen mehr erfüllt sein (wie z.B. eine Kosten-Nutzen-Analyse), um direkt in den NEP 2023-2037/2045 aufgenommen zu werden. Folglich gehe die Antragstellerin bereits zum jetzigen Zeitpunkt davon aus, dass das Projekt BEI im NEP 2023-2037/2045 direkt bestätigt werde.

Ergänzende Angaben zur technischen Auslegung

Basierend auf den aktuellen Untersuchungsergebnissen der Pre-Feasibility Study aus dem Jahr 2021 sowie der abgestimmten technischen Lösung gemäß Kooperationsvereinbarung könnten nunmehr folgende ergänzende Angaben zur technischen Lösung gemacht werden:



Ferner trägt die Antragstellerin vor, dass sich die geplanten Kosten unter Berücksichtigung projektspezifischer Eigentums- und Nutzungsrechteaufteilung nach aktuellem Stand auf  belaufen werden. 

Die Bundesnetzagentur hat die Regulierungsbehörde des Landes Berlin gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG unter dem 14.07.2021 über die Einleitung des Verfahrens informiert.

Unter dem 14.11.2022 wurde der Beschlussentwurf gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG dem Bundeskartellamt und der Regulierungsbehörde des Landes Berlin zur Stellungnahme übersandt. Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörde haben von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

II.

Der Beschluss ist rechtmäßig. Er beruht auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18 (siehe unten A.). Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss liegt vor (siehe unten B.). Der Beschluss ist formell und materiell rechtmäßig (siehe unten C. und D.).

A. Vollständige Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18

Die Beschlusskammer hat in rechtmäßiger Weise die Vorgaben des nationalen Rechts in Form der normativen Regulierung, soweit diese im vorliegenden Verfahren Anwendung finden und von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 02.09.2021, C-718/18) erfasst werden, für ihre Entscheidung herangezogen. Als „normative Regulierung“ werden im Allgemeinen solche Regeln des nationalen Gesetz- und Verordnungsgebers (z.B. in StromNEV, GasNEV und ARegV) bezeichnet, die konkrete methodische und materielle Vorgaben für die Regulierung durch die Bundesnetzagentur enthalten. Die Pflicht zur Anwendung dieser nationalen Vorgaben folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und gilt auch angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs fort, bis sie vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber außer Kraft gesetzt oder neu geregelt werden. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden (BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 60 ff., siehe auch OLG Düsseldorf vom 11.02.2021, VI-5 Kart 10/19 [V], S. 10 ff., OLG Düsseldorf vom 28.04.2021, VI-3 Kart 798/19 [V], S. 72 ff., OLG Schleswig vom 11.01.2021, 53 Kart 1/18, S. 27 ff.).

I. Der Europäische Gerichtshof hat zwar in seiner Entscheidung festgestellt, dass die normative Regulierung in Deutschland insgesamt mit der in Art. 37 Richtlinie 2009/72/EG (heute Art. 59 Richtlinie (EU) 2019/944) sowie in Art. 41 Richtlinie 2009/73/EG geregelten ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde unvereinbar ist und die Richtlinien insoweit durch die Bundesrepublik Deutschland nicht bzw. fehlerhaft umgesetzt wurden. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof der vierten Rüge stattgegeben, mit der die Kommission Deutschland vorgeworfen hatte, es habe die in den Richtlinien vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten der NRB verletzt, indem es im deutschen Recht die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, der Bundesregierung und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.

II. Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung gegen EU-Recht gerügt, noch hat er sich ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob die normative Regulierung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber den festgestellten Verstoß beseitigt, weiter anwendbar ist. Der EuGH hat sich insbesondere auch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit unmittelbar anwendbar sind.

III. Die Regelungen der normativen Regulierung sind nicht nichtig. Weder nach den Grundsätzen des europäischen Rechts noch nach nationalem Recht führt der Verstoß einer nationalen Regelung gegen Unionsrecht zu deren Nichtigkeit (BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 61 ff.). Vielmehr sind die Grundsätze des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht zu beachten.

Zudem scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften der normativen Regulierung aus. Der Europäische Gerichtshof sieht zwar sowohl in der an die Bundesregierung

gem. § 24 EnWG erfolgten Zuweisung von Zuständigkeiten, als auch in den bindenden Vorgaben der normativen Regulierung eine mit den oben genannten Richtlinien unvereinbare Beschränkung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (EuGH a.a.O., Rz. 101 f., 115 f.). Eine Umdeutung der nationalen Vorgaben in nicht bindende Programmsätze, die die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nicht beeinträchtigen, kommt angesichts des eindeutigen Wortlauts, der Systematik und des Regelungszwecks der Vorschriften der normativen Regulierung jedoch nicht in Betracht (Verbot der contra legem-Auslegung, BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 66 ff.).

Der Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt indes nicht dazu, die Vorschriften der normativen Regulierung unangewendet zu lassen. Der Anwendungsvorrang besagt, dass eine nationale Regelung, die mit einer unmittelbar geltenden Regelung des Unionsrechts unvereinbar ist, von nationalen Behörden und Gerichten nicht angewendet werden darf (vgl. Streinz, EUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 40; Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEU, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 69 f.). Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht betroffen ist (EuGH, Urteil vom 24.06.2019, C-573/17, Rn. 62). Die normative Regulierung verstößt nicht gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Die hier maßgeblichen Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, mit denen die Vorgaben der normativen Regulierung unvereinbar sind, sind nicht unmittelbar anwendbar.

IV. Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar angewendet werden kann, müssen spezifische Voraussetzungen vorliegen (Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 71. EL August 2020, Art. 288 Rn. 149). Der Europäische Gerichtshof geht von der unmittelbaren Anwendbarkeit einer nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist aus, wenn die Bestimmung hinreichend genau und inhaltlich unbedingt ist. Zudem können die Bestimmungen einer Richtlinie grundsätzlich nur Rechte, aber keine Pflichten eines Einzelnen begründen (sog. Belastungsverbot). Insofern kommt auch eine objektive unmittelbare Wirkung vorliegend nicht in Betracht. Im Einzelnen:

1. Die Richtlinienvorgaben sind nicht unbedingt. Eine Unionsvorschrift ist inhaltlich unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingung geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf. Die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit sind nicht als inhaltlich unbedingt anzusehen.

Gegenwärtig fehlt es an den erforderlichen und zureichenden Umsetzungsnormen im nationalen Recht. Das betrifft sowohl die konkrete umfassende Aufgabenzuweisung als auch die für einen Eingriff erforderliche Ermächtigungsgrundlage. Die Bundesnetzagentur hat nach nationalem Recht gegenwärtig (nur) die Befugnis, die Vorgaben der normativen Regulierung anzuwenden und ggf. unter Rückgriff auf § 29 EnWG je nach Festlegungsermächtigung weiter auszugestalten und zu konkretisieren. Sie hat aber mangels entsprechender Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber nicht die übergeordnete, allgemeine und uneingeschränkte Befugnis, die ihr nach den Richtlinien vorbehaltenen Aufgaben vollumfänglich und selbständig auszuüben (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 105) beispielsweise also die Methoden oder Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang frei festzulegen oder zu genehmigen (vgl. nur § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG). Dass es hierzu einer umfassenden mitgliedstaatlichen Aufgabenzuweisung bedarf, entspricht im Übrigen auch dem europäischen Leitbild, wonach die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten verpflichtet sind (vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/73/EG). Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Organisation und Strukturierung der Regulierungsbehörde zwar über eine Autonomie, haben diese aber unter vollständiger Beachtung der in den Richtlinien festgelegten Ziele und Pflichten auszuüben und insoweit sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde bei der Ausübung der ihr vorbehaltenen Zuständigkeiten ihre Entscheidungen autonom treffen kann (vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 119). Dieser Befund wird auch durch das in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

mündende Vertragsverletzungsverfahren bestätigt: Gegenstand der Rüge durch die Europäische Kommission war nicht die fehlerhafte Ausübung einer nach nationalem Recht bereits ordnungsgemäß zugewiesenen ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, sondern der Umstand, dass eine den Richtlinien entsprechende umfassende Aufgabenzuweisung an die nationale Regulierungsbehörde im nationalen Recht bislang nicht erfolgt ist (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 88). Vielmehr liegt hier eine fehlerhafte Aufgabenzuweisung vor (EuGH, a.a.O., Rz. 130); diese kann und muss durch den Mitgliedstaat korrigiert werden, der dann die noch möglichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorsehen kann (EuGH a.a.O., Rz. 126, 127).

2. Mit der unmittelbaren Anwendung der Richtlinien wären Belastungen Einzelner verbunden, sodass eine solche ausscheidet. Zwar ist die Einräumung subjektiver Rechte keine Voraussetzung für eine unmittelbare Anwendbarkeit (woran es vorliegend wegen des Verstoßes gegen objektiv geprägte Zuständigkeitsnormen auch fehlen würde), allerdings gilt das Belastungsverbot. Wenn der Bundesnetzagentur aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie weitergehende oder jedenfalls anders ausgestaltete Kompetenzen zukämen, könnte sich dies je nach Einzelfall zugunsten, aber auch zu Lasten bestimmter Beteiligter auswirken. Daraus wiederum könnten sich Belastungen ergeben, die nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur durch das europäische Primärrecht oder durch EU-Verordnungen begründet werden können, nicht aber durch Richtlinien (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 73).

Eine Belastung würde sich zudem bereits aus dem Heranziehen der Richtlinien als Ermächtigungsgrundlage ergeben. Dies wäre europarechtlich unzulässig. Sofern die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit als inhaltlich unbedingt anzusehen wären, müssten sie von der Bundesnetzagentur unmittelbar als Ermächtigungsgrundlage auch für belastende Regulierungsentscheidungen herangezogen werden. Anders als in den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen, in denen er eine unmittelbare Belastung durch Richtlinienrecht verneinte, weil die Belastung erst durch ein Verwaltungsverfahren auf Basis nationalen Rechts eintrat, würden vorliegend die Richtlinienbestimmungen als solche unmittelbar gegenüber den Betroffenen herangezogen werden und als materiell-rechtliche Befugnisnormen für belastende Verwaltungsverfahren und Regulierungsentscheidungen fungieren. Soweit ersichtlich existiert bislang keine hier einschlägige Judikatur, in der der EuGH es für europarechtskonform eingestuft hätte, dass eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden darf.

3. Eine ausnahmsweise objektive unmittelbare Wirkung der Richtlinienbestimmungen bezogen auf die ausschließliche Zuständigkeit scheidet ebenfalls aus. Der Europäische Gerichtshof hat eine objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen anerkannt, aus denen sich für staatliche Stellen eindeutige Pflichten ergeben. Konkret ging es beispielsweise um die nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzte Pflicht der zuständigen Behörde zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für die Errichtung eines Wärmekraftwerks (EuGH, Urteil vom 11.08.1995, C-431/92 – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg).

Zwar mag sich vorliegend aus den Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde die Verpflichtung ergeben, von dieser Zuständigkeit auch Gebrauch zu machen, um den Zielsetzungen der Richtlinien hinreichend Rechnung tragen zu können. Anders als im Fall des Wärmekraftwerks Großkrotzenburg ist diese Verpflichtung vorliegend jedoch nicht inhaltlich unbedingt. Im vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall konnte die zuständige Behörde der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ohne Weiteres nachkommen, weil diese als unselbstständiger Bestandteil des nach nationalem Recht vorgesehenen und ihr bereits zugewiesenen Genehmigungsverfahrens durchzuführen war. Demgegenüber kann die Bundesnetzagentur die ihr nach den Richtlinienbestimmungen zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit erst

ausüben, wenn ihr entsprechende Befugnisse nach nationalem Recht eingeräumt werden (siehe oben).

V. Ungeachtet der Tatsache, dass die Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind, sprechen aus Sicht der Beschlusskammer weitere erhebliche Gründe dafür, die Vorgaben der normativen Regulierung in der Übergangszeit zur Anwendung zu bringen. Die Nichtanwendung der normativen Regulierung in der Übergangszeit würde zu einem Zustand führen, der mit den Zielsetzungen der genannten Richtlinien erst recht unvereinbar wäre (so auch BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 76).

Die Richtlinien verlangen, dass zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen u.a. für den Netzanschluss und den Netzzugang „mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten“ festgelegt oder genehmigt werden, vgl. Art. 41 Abs. 6 der Richtlinie 2009/73/EG und Art. 59 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2019/944. Diesem Gebot der ex ante-Regulierung wird in Deutschland gegenwärtig zu einem großen Teil über die Vorgaben der normativen Regulierung Rechnung getragen. Die normative Regulierung strukturiert die Methoden für die Berechnung der Tarife vor und legt ex ante die wesentlichen Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang fest. Sie regelt unmittelbar Rechte und Pflichten für Netzbetreiber und andere Marktakteure und schafft auf diese Weise den von den Richtlinien geforderten transparenten und vorhersehbaren, verlässlichen Regulierungsrahmen. Bestehende Festlegungen und Genehmigungen der Bundesnetzagentur, die sie im Rahmen ihrer bisherigen Zuständigkeiten erlassen hat, tragen zwar ebenfalls zu der erforderlichen ex ante-Regulierung bei, dies jedoch nur in Teilbereichen und in Ergänzung der normativen Regulierung und damit nicht in dem von der Richtlinie geforderten Umfang.

Ein faktisches Außerkrafttreten der Vorgaben der normativen Regulierung würde daher zu beträchtlichen Regelungslücken und damit einhergehend erheblichen Rechtsunsicherheiten für alle Marktbeteiligten führen. Auch dies wäre mit den genannten Richtlinienvorgaben und den Zielsetzungen des Energiebinnenmarkts schwerlich vereinbar. Beispielsweise dürfte eine derart unklare Rechtslage im Übergangszeitraum kaum Investitionsanreize setzen und Unsicherheiten für die unternehmerische Tätigkeit der regulierten Unternehmen und auch der sonstigen Marktteilnehmer auslösen. Für den Übergangszeitraum ist es daher sinnvoll und angebracht, stabile und berechenbare Verhältnisse zu gewährleisten.

B. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Zuständigkeit

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 EnWG die zuständige Regulierungsbehörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

II. Antrag und Frist

Der Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme wurde am 31.03.2021 bei der Bundesnetzagentur gestellt.

III. Anhörung

Der Antragstellerin wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

IV. Beteiligung von Bundeskartellamt und Landesregulierungsbehörden

Die Regulierungsbehörde des Landes Berlin wurde gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG von der Einleitung des Verfahrens benachrichtigt.

Dem Bundeskartellamt sowie der zuständigen Regulierungsbehörde des Landes Berlin wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

C. Genehmigungsfähigkeit

Der Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme gemäß § 23 ARegV für das Projekt „Bornholm Energy Island“ wird abgelehnt.

Zwar mag die Antragstellerin den Antrag vom 31.03.2021 mit der Stellungnahme zur Anhörung vom 25.08.2022 nachträglich hinreichend konkretisiert haben. Ein Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme gemäß § 23 ARegV ist nur dann zu genehmigen, wenn die geplanten Maßnahmen bzw. die entsprechenden Umsetzungsschritte in den Antragsunterlagen – sowohl in räumlicher als auch in zeitlicher sowie in technischer Hinsicht – ausreichend konkret sind. Ein Projekt, dessen Durchführung und Ausmaß nicht feststeht, kann nicht Gegenstand eines Antrags auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: VI-3 Kart 164/15 (V)). Die Antragsunterlagen müssen gemäß § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV einen Konkretisierungsgrad erreichen, der einen sachkundigen Dritten in die Lage versetzt, das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen für die gesamte Investitionsmaßnahme zu prüfen und eine Entscheidung treffen zu können. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 25.08.2022 Angaben zur Übertragungskapazität der Verbindung, der Spannungsebene, zum beabsichtigten Netzverknüpfungspunkt und zur geplanten Einspeiseleistung der anzubindenden Offshore-Windparks gemacht. Zudem hat sie die von der Antragstellerin zu tragenden geplanten Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie das geplante Inbetriebnahmejahr benannt.

Jedoch liegen die Voraussetzung für die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach § 23 Abs. 1 ARegV nicht vor. Gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV genehmigt die Bundesnetzagentur Investitionsmaßnahmen für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze, soweit diese Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig sind.

Zwar handelt es sich bei dem beantragten Projekt um eine Erweiterungsinvestition. Unter Erweiterungsinvestitionen sind Maßnahmen zu verstehen, die das bestehende Netz nicht nur unbedeutend vergrößern.¹ Dabei beschränkt sich die Vergrößerung nicht allein auf die physikalische Netzlänge, sondern umfasst auch die Maßnahmen zur Schaffung von größerem Kapazitätswolumen bzw. Transportmengenvolumen. Ob eine Erhöhung der Leitungslänge bzw. der Zubau neuer technischer Komponenten zu einer nicht nur unbedeutenden Vergrößerung des Netzes führt, bemisst sich nicht nur anhand des Verhältnisses zwischen Leitungszubau bzw. Zubau von Anlagen und dem Altbestand, sondern muss unter Berücksichtigung der Bedeutung des Zubaus für die Transportfunktion des Netzes beantwortet werden. Die Erhöhung der Leitungslänge bzw. der Zubau technischer Komponenten stellt danach nur dann eine Erweiterungsinvestition i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV dar, wenn damit ein Zubau an der dem Transport dienenden und dafür wesentlichen Netzinfrastruktur verbunden ist, der sich

¹ BGH, Beschluss v. 17.12.2013, EnVR 18/12, Rz. 32; BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 10/15, Rz. 15 – juris.

auf die Transportfunktion des Netzes auswirkt und diese erhöht oder verbessert.² Die Antragstellerin hat hinreichend nachgewiesen, dass es sich bei der dem Antrag zu Grunde liegenden Investitionsmaßnahme um eine Erweiterungsinvestition handelt, da die Übertragungskapazität im Netz der Antragstellerin erhöht wird.

Die Antragstellerin konnte aber nicht nachweisen, dass die beantragte Maßnahme für den bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig ist. Dabei kann dahinstehen, ob es sich, wie die Antragstellerin meint, um einen Ausbau von Verbindungskapazitäten nach Art. 16 Abs. 6 lit. b) der VO (EG) Nr. 714/2009 i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 ARegV handelt. Denn den in Satz 2 genannten Regelbeispielen kommt lediglich die Funktion zu, den Anwendungsbereich von Satz 1 zu veranschaulichen und die Rechtsanwendung in typischen Konstellationen zu vereinfachen.³ Sie statuieren keine abweichenden Anforderungen an den Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Genehmigung.

Der Nachweis der Bedarfsgerechtigkeit einer Maßnahme kann in NEP-pflichtigen Fällen wie dem vorliegenden nur durch eine Bestätigung im jeweils aktuellen Netzentwicklungsplan erbracht werden. Zum Zeitpunkt der Antragstellung – hier dem 31.03.2021 – muss das Projekt in den dann aktuellen Prozess zum Netzentwicklungsplan eingebracht worden sein. Diese – gerichtlich bestätigten – Anforderungen gelten gegenüber allen Übertragungsnetzbetreibern gleichermaßen und sind vorliegend nicht erfüllt. Die Antragstellerin hat das vorliegend beantragte Projekt nicht in den Prozess zur Bestätigung NEP 2021 – 2035 eingebracht, obwohl dieses Vorgehen bereits im Vorfeld der Antragstellung zwischen der Beschlusskammer und der Antragstellerin vereinbart wurde (Ergebnisprotokoll des Workshops zu Investitionsmaßnahmen-Neuanträge in 2021 (50Hertz) mit der Beschlusskammer 4 am 25.02.2021).

Zwar wurde im „Szenario C“ des Szenario-rahmens zum Netzentwicklungsplan Strom 2021 – 2035 (NEP 2021 – 2035) unterstellt, dass zusätzlich ausländische Offshore-Windparks mit einer installierten Leistung von bis zu 2 GW in das deutsche Übertragungsnetz im Jahr 2035 einspeisen werden. Jedoch bezog sich diese angenommene Einspeiseleistung nicht auf die ostseeseitige Ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ) Dänemarks, sondern wurde generell ausländischen AWZ unmittelbarer EU-Anrainerstaaten der Nordsee (Niederlande, Dänemark) zugeordnet. Darüber hinaus beruht die Bestätigung des NEP 2021 – 2035 vom 14.01.2022 (Az.: 4.14.01.02/001#3) durch die Bundesnetzagentur nicht allein auf diesem „Szenario C“ des Szenario-rahmens zum NEP 2021 – 2035.

Eine Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit der beantragten Maßnahme durch die Bundesnetzagentur konnte im Rahmen des NEP 2021 – 2035 mangels Einbringung durch die Antragstellerin nicht erfolgen. Damit kann die Antragstellerin nicht nachweisen, dass die beantragte Maßnahme für den bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig ist.

² OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.09.2020, VI-3 Kart 706/19 [V].

³ BGH, Beschluss v. 12.07.2016, EnVR 10/15, Juris Rn. 15,

D. Kosten

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 EnWG.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem 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 (§ 76 Abs. 1 EnWG).



Alexander Lütke-Handjery

Vorsitzender



Stefanie Scheuch

Beisitzerin



Rainer Busch

Beisitzer