
Datum: 26.10.2016
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Kart 19/16 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2016:1026.3KART19.16V.00

Tenor:

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28.01.2016 (BK6-15-168) über die Verlagerung von 50 MW Anschlusskapazität wird als unzulässig verworfen.

Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur und der Betroffenen zu 1) bis 3).

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 50.000,- Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

1

A.

2

Die Beschwerdeführerin begehrt Rechtsschutz gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28.01.2016 (BK 6-15-168) über die wechselseitige Verlagerung von Anschlusskapazität. Durch diesen Beschluss hat die Bundesnetzagentur der Betroffenen zu 1) ... die Anschlusskapazität des Offshore-Windparks A im Umfang von 50 MW auf dem Anbindungssystem NOR-6-2 (BorWin2) im Wege der Kapazitätsverlagerung entzogen und ihr zugleich 50 MW Anbindungskapazität auf dem Anbindungssystem NOR-8-1 (BorWin3) zugewiesen. Zugleich hat sie der Betroffenen zu 2) ... 50 MW Anbindungskapazität für den Offshore-Windpark B auf dem Anbindungssystem NOR-8-1 (BorWin3) im Wege der Kapazitätsverlagerung entzogen und ihr zugleich Anbindungskapazität im Umfang von 50 MW auf dem Anbindungssystem NOR-6-2 (BorWin2) zugewiesen.

3

- Die Betroffene zu 1) ist Betreiberin des Offshore-Windparks A, der mit einer Gesamtleistung von 500 MW in der Nordsee im Cluster 8 entstehen soll. Die Bundesnetzagentur wies der Betroffenen zu 1) mit Beschluss vom 28.01.2015 (BK 6-14-129-Z5) Kapazität auf dem Netzanbindungssystem NOR-8-1 (= BorWin3) i.H.v. 450 MW zu. Der Beschluss ist bestandskräftig. Die Betroffene zu 2) ist Betreiberin des Offshore-Windparks B. Der Windpark besteht aus zehn Windkraftanlagen und soll mit einer Gesamtleistung von 50 MW ebenfalls im Nordsee-Cluster 8 entstehen. Die Betroffene zu 2) erhielt am 02.05.2015 eine unbedingte Netzanbindungszusage der TenneT TSO GmbH über 50 MW auf dem Netzanbindungssystem BorWin3. Die Betroffene zu 3) ist Inhaberin der Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Windparks J. Die Betroffenen zu 2) und 3) haben am 30.08.2011 einen Vorvertrag über die Einräumung der Rechte aus der Genehmigung in Bezug auf zehn Standorte geschlossen, die als Windpark B realisiert werden sollen. 4
- Den auf Antrag der Betroffenen zu 1) und 3) am 28.01.2016 ergangenen Beschluss über die Kapazitätsverlagerung (BK 6-15-168) hat die Bundesnetzagentur mit dem Ziel einer geordneten und effizienten Nutzung und Auslastung von Anbindungsleitungen begründet. Zu den Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen. 5
- Die Beschwerdeführerin plant in der deutschen Außenwirtschaftszone der Nordsee die Errichtung und den Betrieb des Offshore-Windparks (OWP) C mit einer installierten Leistung von ... MW. Der OWP wurde durch die D unter dem Projektnamen ... im Jahr 2008 beim Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) beantragt. Anfang Oktober 2013 wurden alle Projektrechte auf die E übertragen, die auf der Grundlage eines internen Auftragsverhältnisses für die Beschwerdeführerin - eine 100%ige Tochter der E – tätig geworden ist. 6
- Der OWP C ist im Cluster 6 des Bundesfachplans Offshore Nordsee 2013 geplant, im räumlichen Zusammenhang mit den OWP's F, G und H, die im Gegensatz zu dem OWP C über eine unbedingte Netzanbindungszusage verfügen. Nach der bisherigen Planung sollte eine Anbindung des OWP C an das von dem Übertragungsnetzbetreiber TenneT TSO GmbH noch zu errichtende Netzanbindungssystem (NAS) BorWin4 erfolgen, das über eine Kapazität von 900 MW verfügen soll. Auch der OWP H sollte an BorWin4 angeschlossen werden. 7
- Im Cluster 8 belegen sind die OWP's I (Erzeugungsleistung 400 MW), B (Testfeld mit 50 MW Erzeugungsleistung), J (Erzeugungsleistung 360 MW) sowie A (496 MW). In den Cluster 8 führt die ebenfalls von TenneT TSO GmbH geplante Netzanbindungsleitung BorWin3, die mit einer Übertragungskapazität von 900 MW errichtet wird. Nach den ursprünglichen Planungen sollten an BorWin3 der OWP B, der OWP J sowie der OWP A angeschlossen werden, so dass 862 MW der verfügbaren Netzanbindungskapazitäten ausgeschöpft wären. Der ebenfalls im Cluster 8 belegene OWP I war bislang nicht zum Anschluss an BorWin3 vorgesehen, sondern ist derzeit über die Netzanbindungsleitung BorWin2, die über eine Übertragungskapazität von 800 MW verfügt, mit berücksichtigt. Neben dem OWP I wird über BorWin2 der im Cluster 6 belegene OWP G mit einer Erzeugungsleistung von 400 MW angeschlossen. 8
- Die Bundesnetzagentur beabsichtigt, diese Anbindungssituation abzuändern. Am 23.03.2015 hat sie unter dem Aktenzeichen BK6-14-127 die Verlagerung der 400 MW Anbindungskapazität des OWP I von der Anbindungsleitung BorWin2 auf die Anbindungsleitung BorWin3 beschlossen. In dem Beschluss führt sie aus, mit der Kapazitätsverlagerung des OWP I werde eine clusterfremde Netzanbindung aus der 9

Vergangenheit beseitigt und der Anschluss aller im Cluster 6 belegenen Offshore-Windparks könne ohne Beauftragung eines weiteren Netzanbindungssystems erfolgen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin in dem Verfahren Az. VI-3 Kart 84/15 (V) mit dem Ziel der Aufhebung des Verlagerungsbeschlusses. In diesem Verfahren hatte die Beschwerdeführerin auch beantragt, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 23.03.2015 - BK6-14-127 - anzuordnen. Der Senat hat den Eilantrag durch Beschluss vom 27.05.2015 zurückgewiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des den Beteiligten bekannten Senatsbeschlusses verwiesen.

Am 25.03.2015 eröffnete die Beschlusskammer 6 unter dem Aktenzeichen BK6-15-010 ein Verfahren zur Zuweisung von Anschlusskapazität auf Anbindungsleitungen für Windenergieanlagen auf See. Da die Summe der zur Verfügung stehenden Anschlusskapazität aller Cluster die zur Verfügung stehende höchstens zuweisbare Anschlusskapazität überschritt, beschloss die Bundesnetzagentur, die Zuweisung im Wege eines Versteigerungsverfahrens unter allen zugelassenen Antragstellerinnen vorzunehmen. Am 03.11.2015 fand in Bonn die Versteigerung statt. Aufgrund der Versteigerung wies die Bundesnetzagentur der Betroffenen zu 1) mit Beschluss vom 24.11.2015 (BK 6-15-010-Z3) weitere 50 MW auf dem Netzanbindungssystem NOR-6-2 (BorWin2) zu. Die gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 03.11.2015 (BK6-15-010-A4) über das Bestehen eines Anspruchs auf Zuweisung von Anschlusskapazität in Höhe von 50 MW auf der Anbindungsleitung NOR-6-2 und gegen den Beschluss vom 24.11.2015 (BK6-15-010-Z3) über die Zuweisung dieser Kapazität gerichteten Beschwerden der Beschwerdeführerin mit den Aktenzeichen VI-3 Kart 203/15 (V) und VI-3 Kart 206/15 (V) hat der Senat mit Beschlüssen vom 01.09.2016 als unzulässig verworfen.

10

Nach ihrem Vortrag hat die Beschwerdeführerin die vorliegende Beschwerde ebenso wie die gegen die Zuweisung von 50 MW Anbindungskapazität an den Offshore-Windpark A gerichteten Beschwerden aus Rechtsschutzgründen eingelegt, um mögliche Rückwirkungen auf das von ihr vor dem Senat geführte Beschwerdeverfahren Az. VI-3 Kart 84/15 (V) über die Verlagerung des OWP I zu vermeiden. Ihr Rechtsschutzinteresse gehe dahin, durch die Bestandskraft des angefochtenen Beschlusses nicht schlechter gestellt zu werden, weil dieser nach Eintreten der Bestandskraft nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden könnte. Die Beschwerdeführerin trägt dazu vor, der Verlagerungsbeschluss sei aufgrund seiner rechtlichen und sachlichen Verknüpfung mit dem rechtswidrigen Verlagerungsbeschluss der Bundesnetzagentur vom 23.03.2015 (BK6-14-127) selbst rechtswidrig. Durch die entsprechende Verknüpfung verstoße die vorliegende Entscheidung gegen den zwingenden Grundsatz der diskriminierungsfreien Kapazitätszuweisung aus § 17d Abs. 3 S. 1 EnWG. Dieser Grundsatz gebiete nicht nur die formelle Gleichbehandlung aller Anschlusspetenten innerhalb des Anschlussverfahrens, sondern umfasse auch die Verpflichtung der Bundesnetzagentur, nicht durch vorgelagerte Maßnahmen den Zugang zum Zuweisungsverfahren zu vereiteln. Die Bundesnetzagentur habe durch die Entscheidung in dem Verlagerungsverfahren (BK6-14-127) die Grundlage dafür gelegt, dass sich die Beschwerdeführerin an der Kapazitätszuweisung weder für den Konverter BorWin2 noch für den Konverter BorWin4 beteiligen können.

11

Zu der behaupteten Rechtswidrigkeit des Verlagerungsbeschlusses (BK6-14-127) verweist die Beschwerdeführerin auf ihren Vortrag in dem Verfahren VI-3 Kart 84/15. Der Verlagerungsbeschluss sei ohne wirksame Rechtsgrundlage ergangen. Auch seien die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 17d Abs. 5 EnWG nicht erfüllt.

12

13

Der Verlagerungsbeschluss und der Streitgegenständliche Zuweisungsbeschluss seien auf mehrfache Weise miteinander verknüpft. Das Kapazitätsverlagerungsverfahren und die Kapazitätszuweisung seien durch den in dem Verfahren Az. VI-3 Kart 168/14 (V) am 18.12.2014 vor dem Senat geschlossenen Vergleich verbunden. Dies ergebe sich bereits aus der Mitteilung der Bundesnetzagentur Nr. 275/2015 (Amtsblatt 06 vom 01.04.2015, Seite 1295), in der unter anderem ausgeführt sei, dass entsprechend des geschlossenen Vergleichs die freie Kapazität von 190 MW auf der Anbindungsleitung NOR-6-2 im Falle einer positiven Verlagerungsentscheidung in dem Verfahren BK6-14-127 nicht nur für eine Zuweisung für Windenergieanlagen im Cluster 6, sondern zusätzlich auch für eine solche im Cluster 8 angeboten werde.

Das Kapazitätszuweisungsverfahren (BK 6-15-010) basiere zudem auf der unrichtigen Annahme der Bundesnetzagentur über die Rechtmäßigkeit des Verlagerungsbeschlusses vom 23.03.2015. Mit der Annahme, der Verlagerungsbeschluss sei unanfechtbar vollziehbar, werde die Entscheidung über die Zuweisung von Kapazität faktisch und rechtlich manifestiert. Dieser Beschluss mit der intendierten Aufgabe des Konverters BorWin4 habe neben der Eröffnung des Verfahrens auf Zuweisung von Anbindungskapazität die Wirkung, dass das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) das Planfeststellungsverfahren für den OWP C bis heute nicht weiter bearbeitet habe. Das BSH mache den Fortgang des Verfahrens von der Aussicht auf Netzanbindung abhängig, welche aufgrund der Verlagerungsentscheidung, die zum vorläufigen Entfallen von BorWin4 führen solle, nicht mehr gegeben sei. 14

Die Beschwerdeführerin habe sich aufgrund des Verlagerungsbeschlusses und des zuvor bereits laufenden Verfahrens im hier gegenständlichen Zuweisungsverfahren nicht um Kapazitäten bewerben können. Aufgrund des nicht zum Abschluss gebrachten Planfeststellungsverfahrens habe sie zum Zeitpunkt der Einleitung des Zuweisungsverfahrens die Antragsvoraussetzungen noch nicht erfüllen können. Damit verlöre die Beschwerdeführerin letztlich aufgrund des Verlagerungsverfahrens bei Bestandskraft der Zuweisungsbeschlüsse auch die Chance, C an den im Cluster 6 belegenen Konverter BorWin2 anzubinden. An diesem Cluster hätte nach der Verlagerung des OWP I und dem Anschluss des OWP H eine Anschlusskapazität von 190 MW zur Verfügung gestanden, die in dem Zuweisungsverfahren vergeben worden sei. 15

Die Zuweisungsentscheidung führe somit im Verbund mit weiteren Entscheidungen dazu, dass der rechtswidrige Verlagerungsbeschluss zum Nachteil der Beschwerdeführerin in einer nur schwer rückgängig zu machenden Weise vollzogen werde. Mithilfe einer entsprechenden Bedingung oder eines spezifischen Widerrufsvorbehalts hätte die Zuweisungsentscheidung in ihrem rechtlichen Schicksal an den Verlagerungsbeschluss gebunden werden können. 16

Die Beschwerdeführerin rügt, die Bundesnetzagentur habe die Beschwerdeführerin „ungeachtet der augenfälligen rechtlichen Verknüpfungen mit dem Zuweisungsverfahren zunächst überhaupt nicht informiert, geschweige denn diese beigeladen“. Die fehlende Beiladung dürfe sich nicht „als prozessuales Hindernis für die vorliegende Beschwerde erweisen“. 17

Die Beschwerdeführerin beantragt, 18

den Beschluss vom 28.01.2016 in dem Verfahren Az. BK6-15-168 mit einer auflösenden Bedingung dahingehend zu versehen, dass der Beschluss außer Kraft tritt, wenn der Verlagerungsbeschluss der Bundesnetzagentur unter dem Az. BK6-14-127 rechtskräftig gerichtlich aufgehoben wird, 19

hilfsweise den Beschluss der Bundesnetzagentur unter dem Az. BK6-15-168 aufzuheben.	20
Die Bundesnetzagentur beantragt,	21
die Beschwerde zurückzuweisen.	22
Die Beschwerde sei ebenso wie die gegen die ursprüngliche Zuweisung von Anbindungskapazität an die Betroffene zu 1 gerichteten Beschwerden – VI-3 Kart 203/15 (V) und VI-3 Kart 206/15 (V) unzulässig. Der Beschwerdeführerin fehle es an der materiellen Beschwer, da sie unter keinen Gesichtspunkten in subjektiven Rechten verletzt sein könne. Wie der Senat in diesen Verfahren zum Ausdruck gebracht habe, fehle es an einer unmittelbaren und gegenwärtigen Berührung der Interessen der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin erfülle nicht die Voraussetzungen für eine Teilnahme an einem Zuweisungsverfahren. Die Beschwerden seien daher nur zur Verhinderung des Eintritts der Bestandskraft eingelegt worden, um sich zu einem späteren Zeitpunkt um eine Kapazitätszuweisung zu bewerben. Diese Fernwirkung reiche nicht für die Annahme einer gegenwärtigen und unmittelbaren materiellen Betroffenheit aus, da die Beschwerdeführerin nicht über eine verfestigte Zuweisungsperspektive verfüge.	23
Zudem erfülle die Beschwerdeführerin weiterhin nicht die Voraussetzungen für eine Bewerbung um Anschlusskapazitäten auf dem Netzanbindungssystem BorWin2 im Rahmen des zweiten Zuweisungsverfahrens.	24
Diese Feststellungen würden auch für das vorliegende Verfahren gelten. Darüber hinaus handele es sich bei dem „Tausch“ der Anbindungskapazitäten der Betroffenen zu 1 und der Betroffenen zu 2 zwischen den Anbindungssystemen BorWin2 und BorWin3 um ein von den mit den Beschwerden VI-3 Kart 203/15 und VI-3 Kart 206/15 (V) angegriffenen Entscheidungen isoliertes Verfahren. Dieser Tausch sei folglich sachlich unabhängig von den Zuweisungsverfahren zu betrachten. Der Vorgang sei noch einmal einen Schritt weiter von dem ursprünglichen Rechtsschutzbegehren der Beschwerdeführerin in dem Verfahren VI-3 Kart 84/15 entfernt, die Verlagerung von Anschlusskapazität von BorWin2 auf BorWin3 zu verhindern, den Bau des Netzanbindungssystems BorWin4 zu erzwingen und sich dann dort um Netzanbindungskapazität zu bewerben. Wenn also die Beschwerden in den Verfahren VI-3 Kart 203/15 und 206/15 unzulässig seien, müsse dies erst recht für die vorliegende Beschwerde gelten.	25
Die Beschwerde sei auch unbegründet. Die Beschwerdebegründung stimme in ihrer Argumentation mit den Begründungen der Beschwerden gegen die in den Verfahren VI-3 Kart 203/15 (V) und VI-3 Kart 206/15 (V) streitgegenständlichen Kapazitätszuweisungen im Wesentlichen überein. Die Bundesnetzagentur nimmt deshalb Bezug auf ihre Ausführungen in diesen Verfahren. Auch zur Rechtmäßigkeit des Verlagerungsbeschlusses (BK6-14-127) verweist die Bundesnetzagentur auf ihren Vortrag in den genannten Verfahren.	26
Falsch sei die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur setze sich durch den Verlagerungsbeschluss in Widerspruch zu den Argumenten, die sie zur Verteidigung des Verlagerungsbeschlusses BK6-14-127 vorgebracht habe, weil nach der Verlagerung der Kapazität des OWP B nur noch „Trittbrettfahrer“ als Nutznießer des Anbindungssystems BorWin3 verblieben. Für die Bundesnetzagentur sei ein Netzanbindungssystem nicht Bestandteil des „Startnetzes“, wenn keine Windparks vorhanden seien, die über eine unbedingte Netzanbindungszusage oder eine Kapazitätszuweisung für dieses System verfügten. Dies sei bei dem Anbindungssystem BorWin4 der Fall, nicht dagegen bei dem Anbindungssystem BorWin3. Beide Windparks, die das Anbindungssystem BorWin3 in	27

Zukunft nutzen sollten (I und A), erfüllten die Voraussetzungen für die Erlangung von Kapazität und hätten Kapazität erhalten. Für das Anbindungssystem BorWin3 stünden folglich nach der Verlagerung zwei Windparks mit insgesamt 900 MW Erzeugungskapazität bereit, die alle Voraussetzungen erfüllten, um Kapazität zu erlangen. Für das Anbindungssystem BorWin4 existiere hingegen kein einziger entsprechender Windpark.

Der Begriff „Trittbrettfahrer“ stamme nicht von der Bundesnetzagentur, sondern von der Beschwerdeführerin selbst, die zutreffend ausgeführt habe, dass in der Vergangenheit nachfolgende Projekte die Gelegenheit zum „Trittbrettfahren“ – also zum Nachweis der Voraussetzungen einer unbedingten Netzanbindungszusage – bekommen hätten, wenn ein „first mover“ die Errichtung einer Netzanbindungsleitung ausgelöst habe. Dies wäre auch im Falle der Beschwerdeführerin so gewesen, wenn sie die Voraussetzungen für eine unbedingte Netzanbindungszusage nachgewiesen hätte, was aber nicht der Fall sei. 28

Die Betroffenen zu 1) bis 3) schließen sich dem Antrag der Bundesnetzagentur auf Zurückweisung der Beschwerde an. 29

Sie halten die Beschwerde ebenfalls für unzulässig. 30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf das Vorbringen der Beteiligten in ihren Schriftsätzen mit Anlagen, den Verwaltungsvorgang und das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. 31

B. 32

Die Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerin die Rechtmäßigkeit des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 28.01.2016 (BK6-15-168) über die wechselseitige Verlagerung von Anschlusskapazität durch Entziehung von Anschlusskapazität des Offshore-Windparks A im Umfang von 50 MW auf dem Anbindungssystem NOR-6-2 im Wege der Kapazitätsverlagerung und Zuweisung von 50 MW Anbindungskapazität auf dem Anbindungssystem NOR-8-1 sowie Entziehung von Anschlusskapazität des Offshore-Windparks B im Umfang von 50 MW auf dem Anbindungssystem NOR-8-1 im Wege der Kapazitätsverlagerung und Zuweisung von 50 MW Anbindungskapazität auf dem Anbindungssystem NOR-6-2 angreift, ist aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen unzulässig. Die Beschwerdeführerin ist nicht beschwerdebefugt. 33

1. Nach § 75 Abs. 2 EnWG, der der Regelung in § 63 Abs. 2 GWB nachgebildet ist, steht die Beschwerde grundsätzlich allen Verfahrensbeteiligten zu, so dass die Beschwerdebefugnis danach allein von der formalen Beteiligtenstellung nach § 66 Abs. 2 EnWG abhängt. 34

1.1. „Geborene“ Verfahrensbeteiligte sind ein etwaiger Antragsteller und Unternehmen, gegen die sich das Verfahren richtet (§ 66 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG), sie sind daher von Gesetzes wegen zu beteiligen. Zu den Unternehmen des § 66 Abs. 2 Nr. 2 EnWG gehören solche, die unmittelbar durch eine das Verfahren abschließende Entscheidung belastet werden können, also die potentiellen Adressaten der Regelung. 35

1.2. Daneben sind gem. § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG als „gekorene Verfahrensbeteiligte“ weiterhin Dritte beteiligt, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und welche die Regulierungsbehörde auf ihren Antrag zum Verfahren beigeladen hat. Durch die Beiladung werden sie mit eigenen Verfahrensrechten ausgestattet; sie haben nicht nur das Recht auf Akteneinsicht und das Recht, eigene Anträge zu stellen, sondern erlangen hierdurch auch die Beschwerdebefugnis des § 75 Abs. 2 EnWG. Dabei ist der Begriff der 36

„Interessen“ weit zu verstehen, erfasst werden nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche Interessen am Verfahrensausgang. Ausreichend, aber auch erforderlich ist eine erhebliche, also spürbare mittelbare Interessenberührung, eine unmittelbare Betroffenheit ist nicht notwendig (Senat, Beschluss vom 02.10.2009 - VI-3 Kart 26/08 (V), zit. aus beck-online). Damit geht § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG über die Voraussetzungen der (einfachen) Beteiligung nach § 13 Abs. 2 S. 1 VwVfG und § 65 VwGO hinaus, die eine mögliche Berührung rechtlicher, also rechtlich geschützter Interessen erfordert. Allerdings ist auch hier zwischen einfacher und notwendiger Beiladung zu unterscheiden. Einen Anspruch auf Beiladung zu dem Verfahren hat nur der - notwendig beizuladende - Dritte, in dessen rechtliche Interessen die verfahrensabschließende Entscheidung eingreift (BGH WuW/E DE-R 1544, 1545 „Zeiss/Leica“; WuW/E DE-R 1520, 1522 „Arealnetz“; Senat a. a. O.). Ihm muss Gelegenheit gegeben werden, von dem Verfahren Kenntnis zu nehmen, bei der Entscheidung über seinen Beiladungsantrag ist das Ermessen der Behörde auf Null reduziert. Anders liegt der Fall bei einer einfachen Beiladung. Da für sie die erhebliche Berührung eigener Interessen ausreicht, kann die Behörde über einen solchen Antrag nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden und im Rahmen dessen neben der Intensität der betroffenen Interessen auch das Bedürfnis nach Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens berücksichtigen (BGH ZNER 2007, 61; Senat ZNER 2006, 150, 151; 349 f.; IR 2006, 212).

1.3. Nach diesen Fallkonstellationen ist die Beschwerdeführerin nicht beschwerdebefugt, denn an dem auf Antrag der Betroffenen zu 1) und 3) eröffneten Verfahren zur Verlagerung von Anschlusskapazität haben lediglich die Betroffenen zu 1) bis 3) teilgenommen. 37

2. Die Beschwerdeführerin ist auch nicht in ergänzender Auslegung des § 75 Abs. 2 EnWG beschwerdebefugt. 38

2.1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs enthält § 75 Abs. 2 EnWG - wie auch § 63 Abs. 2 GWB - keine abschließende Regelung. Eine Erweiterung der Beschwerdebefugnis für potentiell Beizuladende kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 05.10.2010 –EnVR 51/09 GABI Gas, zit. aus juris Rn 10 ff) vielmehr in folgenden Fällen in Betracht: 39

Mit Blick auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist auch derjenige beschwerdebefugt, der durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2005 - KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 - Zeiss/Leica). Denn in diesem Falle entfaltet der Verwaltungsakt ihm gegenüber eine Regelungswirkung im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG. Erforderlich ist hierfür aber, dass nicht nur eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen vorliegt. Der Beschwerdeführer muss durch die gegenüber einem oder mehreren Dritten ergangene Verfügung in seinem geschützten Rechtskreis unmittelbar betroffen sein (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KVR 34/08, WuW/E DE-R 2728 Rn. 20 - Versicherergemeinschaft). In den Fällen der notwendigen Beiladung kann der von der Entscheidung Betroffene nicht auf einen vorherigen Beiladungsantrag im Verwaltungsverfahren verwiesen werden, weil es insoweit an einer gesetzlichen Grundlage fehlt (vgl. BGH aaO Rn. 16 - Versicherergemeinschaft). 40

Daneben ist ein Dritter auch dann befugt, gegen die in der Hauptsache ergangene Entscheidung Beschwerde einzulegen, wenn in seiner Person die subjektiven Voraussetzungen für eine Beiladung vorliegen, sein Beiladungsantrag allein aus verfahrensökonomischen Gründen abgelehnt worden ist und er geltend machen kann, durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen zu sein. Hierfür reichen erhebliche wirtschaftliche Interessen aus (BGH, Beschluss vom 11. November 2008 - EnVR 1/08, 41

WuW/E DE-R 2535 Rn. 14 ff. - citiworks; vgl. auch BGH, Beschluss vom 7. November 2006 - KVR 37/05, BGHZ 169, 370 Rn. 11, 18 ff. - pepcom, für das Kartellverwaltungsverfahren). Ist der Beschwerdeführer durch die Regulierungsbehörde nicht beteiligt worden, hat er es aber unverschuldet versäumt, den Beiladungsantrag rechtzeitig zu stellen, ist er gleichfalls beschwerdebefugt (BGH, WuW/E DE-R 2535 Rn. 16 - citiworks).

2.2. Ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführerin ist weder als Notwendig Beizuladende noch ist sie nach den dargestellten ergänzenden Grundsätzen zur Beteiligung der einfach Beizuladenden beschwerdebefugt. 42

2.2.1. Durch den angefochtenen Beschluss vom 28.01.2016 zur Verlagerung von Anschlusskapazität werden nur wirtschaftliche Interessen der Beschwerdeführerin mittelbar berührt, durch den Beschluss wird aber nicht in ihre rechtlich geschützten Interessen eingriffen, so dass sie nicht notwendig beizuladen gewesen wäre. 43

2.2.2. Die Möglichkeit, die Stellung eines Verfahrensbeteiligten und seine hiermit verbundenen Verfahrensrechte durch eine einfache Beiladung zu erwerben, hat die Beschwerdeführerin nicht rechtzeitig wahrgenommen. Erst mit Schreiben vom 29.02.2016 hat die Beschwerdeführerin die Beiladung zu dem Verwaltungsverfahren beantragt, das indessen durch den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28.01.2016 bereits abgeschlossen war. Sie kann sich auch nicht auf ihren Beiladungsantrag berufen, weil sie ihre Beiladung erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens beantragt hat. Wie der Bundesgerichtshof zur Beschwerdebefugnis in Kartellverwaltungssachen entschieden hat, kann nur der rechtzeitige, mithin vor Abschluss des Verfahrens gestellte Beiladungsantrag dem Beiladungspetenten eine Beschwerdebefugnis eröffnen (BGH, Beschluss vom 7. April 2009 - KVR 34/08, WuW/E DE-R 2728 Rn. 9 ff. - Versicherergemeinschaft). Für die im Wesentlichen gleichlautenden Vorschriften im energiewirtschafts-rechtlichen Beschwerdeverfahren gelten dieselben Grundsätze (BGH, Beschluss vom 05.10.2010 –EnVR 51/09 GABI Gas, zit. aus juris Rn 11). 44

2.2.2.1. Es kann dahinstehen, ob die Unkenntnis der Beschwerdeführerin von der Verfahrenseinleitung unverschuldet ist und die Beschwerdeführerin deshalb in dem vorliegenden Verfahren so zu behandeln ist, als hätte sie den Beiladungsantrag rechtzeitig gestellt. Allerdings sind nach § 74 S. 1 EnWG Entscheidungen der Regulierungsbehörde auf der Grundlage des Teiles 3 des EnWG auf der Internetseite und im Amtsblatt der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen. Die Entscheidung über eine Kapazitätsverlagerung gemäß § 17 d Abs. 5 S. 1 EnWG wird hiervon erfasst. Die Beschlusskammer hat das am 16.11.2015 eingeleitete Verfahren zur wechselseitigen Verlagerung von je 50 MW Anschlusskapazität am 06.01.2016 lediglich auf ihrer Internetseite bekannt gemacht. Die Beschlusskammer hätte die Einleitung des Verlagerungsverfahrens auch gemäß § 74 S. 1 EnWG im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zu veröffentlichen gehabt. 45

Der Beschwerdeführerin fehlt es indessen neben ihrer unterbliebenen Beteiligung am Verwaltungsverfahren auch aus einem anderen Grund an der erforderlichen Beschwerdebefugnis. Zum Einen hätte die Bundesnetzagentur es auch bei einer rechtzeitigen Antragstellung im Rahmen des ihr obliegenden Ermessens zu Recht abgelehnt, die Beschwerdeführerin zu dem vorliegenden Verfahren beizuladen, weil weder rechtlich geschützte noch wirtschaftlich erhebliche Interessen der Beschwerdeführerin berührt werden. Insoweit kann auf den Inhalt des Beschlusses –ebenfalls vom 26.10.2016 - in dem Verfahren VI-3 Kart 83/16 (V) Bezug genommen werden. Zum Anderen: Auch wenn die Beschwerdeführerin zu dem Verlagerungsverfahren beigeladen worden und sie deshalb beschwerdeberechtigt wäre, so wäre schon die mit dem Hilfsantrag verfolgte Anfechtungsbeschwerde – und ohnehin die mit dem Hauptantrag ohne Geltendmachung 46

eines subjektiven Rechts verfolgte Verpflichtungsbeschwerde – unzulässig, weil es an einer materiellen Beschwer der Beschwerdeführerin fehlt.

Die auf der förmlichen Beteiligtenstellung beruhende Beschwerdeberechtigung genügt nicht zur Annahme der Zulässigkeit der Beschwerde. Vielmehr ist zwischen der durch § 75 Abs. 2 EnWG begründeten Beschwerdeberechtigung und den hiervon unabhängigen Zulässigkeitsvoraussetzungen jeder Beschwerde, hier der notwendigen Beschwer als einer besonderen Form des Rechtsschutzinteresses, zu unterscheiden. Die Vorschrift des § 75 Abs. 2 EnWG regelt lediglich die Beschwerdeberechtigung, trifft aber keine Aussage über die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde. Der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, dass die Beteiligung der Antragstellerin als Beigeladene am Verwaltungsverfahren die einzige Zulässigkeitsvoraussetzung für die Beschwerde sein soll. Es bleibt deshalb auch für das energieverwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren bei den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen und damit dem Erfordernis einer formellen und materiellen Beschwer (vgl. BGH, Beschluss vom 10.04.1984, KVR 8/83, juris, Rn 16, zu der vergleichbaren Vorschrift des § 62 Abs. 2 GWB a. F.). In dem Beschluss vom 25.09.2007, KVR 25/06 (juris Rn 12, 14), bestätigt der Bundesgerichtshof, dass das formalisierte Merkmal der Verfahrensbeteiligung im Verfahren vor der Kartellbehörde zur Begründung der Beschwerdebefugnis nicht ausreicht, sondern zur Vermeidung von Popularklagen auch das davon unabhängige Zulässigkeitsvoraussetzungen der materiellen Beschwer als einer besonderen Form des Rechtsschutzinteresses erfüllt sein müsse. Eine materielle Beschwer liege dann vor, wenn der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung der Kartellbehörde in seinen wirtschaftlichen Interessen unmittelbar und individuell betroffen sei (BGHZ 155, 214, 217 – HABET/Lekkerland).

2.2.2.2. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Beschluss nicht gegenwärtig und unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen. 48

Der Senat hat die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin in dem die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ablehnenden Beschluss vom 27.05.2015 -VI-3 Kart 84/15 (V)- mit der Begründung angenommen, die Beschwerdeführerin sei durch den dort angegriffenen Verlagerungsbeschluss formell beschwert. Ebenfalls erfüllt seien die Voraussetzungen für die Annahme der materiellen Beschwer. Auch wenn die angeordnete Umhängung des Offshore-Windparks I unter der aufschiebenden Bedingung der Fertigstellung des Anbindungssystems NOR-8-1 stehe, was frühestens 2019 zu erwarten sei, habe die Verlagerungsentscheidung gegenwärtige und unmittelbare Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin. Diese habe zwar keinen Anspruch auf Netzanschluss und deshalb lediglich die Aussicht, auf dem NAS BorWin 4 angeschlossen zu werden. Diese Aussicht verändere sich aber durch die Verlagerungsentscheidung unmittelbar zu ihren Ungunsten. Werde der Anschluss des OWP I von BorWin2 auf BorWin3 verlagert, so dass die OWP's G und H an BorWin2 angeschlossen werden könnten, dann spreche vieles für eine zumindest zeitliche Verschiebung der Pläne zum Bau von BorWin4. Dies berge die Gefahr des endgültigen Scheiterns des Projekts der Beschwerdeführerin. 49

Anders als in dem genannten Verfahren richtet sich die vorliegende Beschwerde nicht gegen die Entscheidung, Kapazität für die beabsichtigte Umhängung des Offshore-Windparks I zu verlagern, sondern gegen die nach Abschluss des zweiten Zuweisungsverfahrens beabsichtigte wechselseitige Verlagerung von Anschlusskapazität für die Offshore-Windparks A und J. 50

Dieses vorangegangene Zuweisungsverfahren hat die Beschlusskammer 6 der BNetzA am 25.03.2015 unter dem Az. BK6-15-010 eingeleitet. Die Einleitung ist in der Ausgabe 6/2015 51

vom 01.04.2015 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur und gleichzeitig auf der Internetseite der Behörde bekannt gemacht worden. Mit der Bekanntmachung hat die Beschlusskammer entsprechend Tenorziffer 1.4 der Festlegung BK6-13-001 vom 13.08.2014 die zur Verfügung stehende zuweisbare und freie Anschlusskapazität veröffentlicht. Die Möglichkeit zur Vorlage der Unterlagen entsprechend Tenorziffer 2.2 der Festlegung BK6-13-001 hat die Beschlusskammer bis zum 06.05.2015 befristet.

Mit Beschluss vom 14.08.2015 (BK6-15-010) hat die Bundesnetzagentur eine clusterübergreifende Knappheit festgestellt, so dass eine Versteigerung unter allen zugelassenen Antragstellerinnen erforderlich wurde. Die Versteigerung ist am 03.11.2015 durchgeführt worden. Die Beschwerdeführerin hat sich an diesem Verfahren nicht beteiligt. 52

Durch fünf Beschlüsse vom 24.11.2015 hat die BNetzA die zuweisbaren 211,1 MW an Anbindungskapazitäten wie folgt zugewiesen: 53

Ast. Leitung	Az.	Kapazität		54
...	BK6-15-010-Z1	50 MW	NOR-2-3 =	55
DolWin1				
...	BK6-15-010-Z2	42 MW	NOR-6-2 =	56
BorWin2				
...	BK6-15-010-Z3	50 MW	NOR-6-2 =	57
BorWin2				
...	BK6-15-010-Z4	66,8 MW	NOR-6-2 =	58
BorWin2				
...	BK6-15-010-Z5	2,3 MW	Ost 3-1; Ost 3-	59
2				

Mit sechs Beschwerden hat die Beschwerdeführerin die drei Beschlüsse vom 03.11.2015 über die erfolgreiche Teilnahme an der Versteigerung und den daraus folgenden Anspruch auf Zuweisung von Anschlusskapazität gemäß Tenorziffer 4.4 der Festlegung BK6-13-001 der ... (A3), ... (A4) und ... (A5) sowie die drei Beschlüsse vom 24.11.2015 über die Zuweisung von Anschlusskapazität auf der Leitung NOR-6-2 = BorWin2 an die ... (Z2), ... (Z3) und ... (Z4) angegriffen. Der Senat hat die Beschwerden als unzulässig verworfen. Die Begründung dieser Beschlüsse findet im vorliegenden Verfahren entsprechende Anwendung. 60

Der Beschwerdeführerin geht es auch mit der vorliegenden und gegen die wechselseitige Verlagerung von Anschlusskapazität gerichteten Beschwerde nicht darum, konkret im Rahmen des zweiten Zuweisungsverfahrens Kapazität für ihren Offshore-Windpark C zugewiesen zu bekommen. Auch zur Zeit erfüllt die Beschwerdeführerin nicht die Voraussetzungen für eine Teilnahme an einem Zuweisungsverfahren. Der Beschwerdeführerin geht es vielmehr auch in dem laufenden Verfahren ausschließlich darum, den Eintritt der Bestandskraft zu verhindern, um sich zu irgendeinem späteren Zeitpunkt – wenn sie möglicherweise die Voraussetzungen zur Zulassung an einem Zuweisungsverfahren erfüllt – um die Zuweisung von Kapazität bewerben zu können. 61

Dabei handelt es sich um eine Fernwirkung, mit der sich eine gegenwärtige und unmittelbare materielle Betroffenheit der Beschwerdeführerin nicht begründen lässt. 62

Das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin ist in erster Linie darauf gerichtet, dass ihr Windpark C im Rahmen der zweiten Tranche der Zuweisungsverfahren in den Jahren 2022 bis 2030 an BorWin4 angebunden wird. Diese Aussicht wird durch das streitgegenständliche Zuweisungsverfahren, das in zeitlicher Hinsicht im Rahmen der ersten Tranche erfolgt, jedoch nicht tangiert. Soweit sie zugleich das Interesse verfolgt, sich für den Fall der Verlagerung von I und der Aufgabe der Realisierung von BorWin4 eine Anbindungschance an BorWin2 aufrechtzuerhalten, begründet dies keine für die Annahme der Beschwerdebefugnis hinreichende unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen. 63

Im vorliegenden Verfahren geht es der Beschwerdeführerin darum, für den Fall, dass sie mit ihrem gegen die Verlagerung gerichteten Begehren scheitert, die Chance auf eine alternative Anschlussstrategie zu erhalten. Das erforderliche Ausmaß der Betroffenheit setzt aber voraus, dass durch die angegriffenen Entscheidungen eine verfestigte oder konkrete Zuweisungsperspektive gefährdet wird. Darüber verfügt die Beschwerdeführerin jedoch nicht. Zum einen erfüllt sie unstreitig nicht die Voraussetzungen für die Teilnahme an dem zweiten Kapazitätszuweisungsverfahren. Zum anderen geht es insoweit allein darum, eine rein theoretische Option für den Fall des Misserfolgs des in erster Linie verfolgten Rechtsschutzziels aufrechtzuerhalten. 64

2.2.2.3. Durchgreifende Bedenken gegenüber einer gegenwärtigen und unmittelbaren materiellen Betroffenheit der Beschwerdeführerin bestehen auch deshalb, weil sie nach wie vor nicht die Voraussetzungen für eine Bewerbung um Anschlusskapazitäten auf dem Netzanschlusssystem BorWin2 für ihren Offshore-Windpark C im Rahmen des zweiten Zuweisungsverfahrens erfüllt. 65

Die Beschwerdeführerin hat sich bis zum Ablauf der Frist nicht durch Vorlage entsprechender Unterlagen an dem Zuweisungsverfahren beteiligt. Dies konnte sie auch nicht, denn nach der Regelung unter 2.2 der bestandskräftigen Festlegung BK6-13-001 setzt die Teilnahme an dem Verfahren zur Zuweisung von Netzanschlusskapazität die Baugrunduntersuchung und die Genehmigung des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) voraus. Beide Voraussetzungen kann die Beschwerdeführerin für den Offshore-Windpark C nicht vorweisen. Zum Einen ist die Baugrunduntersuchung noch nicht vorgenommen worden. Zum Anderen ist die planfeststellende öffentlich-rechtliche Genehmigung des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) noch nicht erteilt worden. In diesem Zusammenhang kann sich die Beschwerdeführerin auch nicht darauf berufen, das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) bearbeite den Antrag der Beschwerdeführerin auf Planfeststellung infolge des Verlagerungsbeschlusses jedenfalls zur Zeit nicht weiter. Das Planfeststellungsverfahren wird durch das BSH als einer eigenständigen Bundesbehörde und unabhängig von den Entscheidungen der Bundesnetzagentur betrieben. Im Übrigen hätte erfahrungsgemäß erst nach Ablauf von etwa einem Jahr nach Durchführung des Erörterungstermins für den Offshore-Windpark C im November 2014, also frühestens im November 2015 mit der Genehmigung durch das BSH gerechnet werden können. Die Möglichkeit zur Vorlage der Unterlagen entsprechend Tenorziffer 2.2 der Festlegung BK6-13-001 war indessen bis zum 06.05.2015 befristet. 66

C. 67

1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 90 S. 1,2 EnWG. Die Beschwerde hat keinen Erfolg, so dass es der Billigkeit entspricht, dass die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten und die notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur zu tragen hat. Da sich die Beschwerde gegen die Verlagerung von Anbindungskapazität an andere OWP-Betreiber richtet, wogegen sich 68

diese zur Wehr gesetzt haben, entspricht es ebenfalls der Billigkeit, dass die Beschwerdeführerin auch die notwendigen Auslagen der Betroffenen zu 1) bis 3) zu tragen hat.

2. Streitwertberechnung 69

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Streitwerts ist in dem vorliegenden Verfahren im Gegensatz zu den o. g. sechs gegen die jeweilige Feststellung des Bestehens und die Zuweisung dieser Anschlusskapazität gerichteten Beschwerdeverfahren nicht der von der Beschwerdeführerin in dem Verfahren VI-3 Kart 84/15 (V) bezifferte Wert der bisherigen Investitionen in Höhe von ca. 12 Millionen Euro. 70

Mit der vorliegenden Beschwerde greift die Beschwerdeführerin den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28.01.2016 (BK6-15-168) über die wechselseitige Verlagerung bereits zugewiesener Anschlusskapazität im Umfang von 50 MW auf dem Anbindungssystem NOR-6-2 (BorWin2) an. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Beschluss noch weniger gegenwärtig und unmittelbar in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen als in den, den o. g. Beschwerdeverfahren zugrunde liegenden Zuweisungsverfahren, denn es geht ihr in dem vorliegenden Verfahren lediglich um die Berechtigung des Tauschs bereits zugewiesener Kapazitäten. 71

D. 72

Die Rechtsbeschwerde ist nicht gemäß § 86 Abs. 1 EnWG zuzulassen. Die aufgeworfenen Rechtsfragen haben weder eine über den Streitfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. 73

Rechtsmittelbelehrung: 74

Gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde ist die Nichtzulassungsbeschwerde gegeben. Diese ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist durch einen beim Oberlandesgericht Düsseldorf oder beim Bundesgerichtshof einzureichenden Schriftsatz binnen einem Monat zu begründen. Diese Frist beginnt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und kann auf Antrag von dem Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts (Bundesgerichtshof) verlängert werden. Die Begründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Beschwerdeentscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Die Nichtzulassungsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. 75