

**Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung am 15. April 2013
„Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze“
im BT-Ausschuss für Wirtschaft und Technologie**

A. Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines zweiten Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze“ (BT-Drs. 17/12638)

1. Allgemeines

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist die konsequente Vollendung des von ihr eingeschlagenen Weges der Indienstnahme der privaten Übertragungsnetzbetreiber (im Folgenden ÜNB) für die öffentliche Aufgabe des Netzausbaus. Das als Art. 1 enthaltene Gesetz über den Bundesbedarfsplan (Bundesbedarfsgesetz – BBPIG) orientiert sich in Gegenstand und Regelungstechnik eng am Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen (Energieleitungsausbaugesetz – EnLAG) vom 21.08.2009 (BGBl. I S. 2870). Sein Vorbild hat es im Übrigen in den bereits seit langem bestehenden und bewährten Regelungen im Verkehrsinfrastrukturrecht (für die Bundesfernstraßen das Fernstraßenausbaugesetz i.d.F. der Bek. vom 20.01.2005 (BGBl. I S. 201); für die Bundesschienenwege das Bundesschienenwegeausbaugesetz vom 15.11.1993 (BGBl. I S. 1874)). Für die nachfolgenden Zulassungsverfahren wird es bei konsequenter Anwendung zu einer erheblichen Entlastung und Beschleunigung führen.

2. Anmerkungen zu den einzelnen Paragraphen

Zu den einzelnen Paragraphen ist Folgendes auszuführen:

§ 1 Gegenstand des Bundesbedarfsplans

§ 1 Abs. 1 BBPIG-E entspricht im Wesentlichen § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 EnLAG. Er wiederholt im Übrigen den Inhalt des § 12e Abs. 4 EnWG, nach dem mit Erlass des Bundesbedarfsplans für die darin enthaltenen Vorhaben die energiewirtschaftliche Notwendig-

keit und der vordringliche Bedarf festgestellt sind. Die Vorschrift bewirkt, dass im Rahmen der nachfolgenden Planfeststellungsverfahren für die einzelnen im Bundesbedarfsplan aufgeführten Leitungsvorhaben die Planrechtfertigung grundsätzlich gegeben ist. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschl. v. 24.05.2012 – 7 VR 4.12, NuR 2012, 710 Rn. 21; Gerichtsbescheid v. 21.09.2010 – 7 A 7.10, juris Rn. 17; Beschl. v. 22.07.2010 – 7 VR 4.10, NVwZ 2010, 1486 Rn. 21 jeweils zu § 1 Abs. 2 Sätze 2 und 3 EnLAG) sind an die gesetzliche Bedarfsfestlegung nicht nur der Vorhabenträger und die Planfeststellungsbehörde, sondern auch die Gerichte gebunden. Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die vergleichbaren gesetzlichen Bedarfsfestlegungen im Bereich des Verkehrsinfrastrukturrechts hat das Bundesverfassungsgericht bislang nicht gesehen (BVerfG, Beschl. v. 08.06.1998 – 1 BvR 650/97 u.a., NVwZ 1998, 1060 (1060 f.); Beschl. v. 09.02.1996 – 1 BvR 1752/95, juris Rn. 3 f.; Beschl. v. 19.07.1995 – 2 BvR 2397/94, NVwZ 1996, 261). Das Bundesverwaltungsgericht beansprucht allerdings für sich eine Art Missbrauchskontrolle. Der Gesetzgeber hat bei der Feststellung des Bedarfs ein weites Ermessen, ist aber nicht völlig frei. Mit der Aufnahme von Leistungsprojekten in den Bundesbedarfsplan, für die es im Hinblick auf die zukünftige Stromversorgung an jeglicher Notwendigkeit fehlt, würde er die Grenzen seines Ermessens überschreiten. Sieht das Gericht Anhaltspunkte für eine solche gesetzgeberische Fehlentscheidung, hat es diesen nachzugehen und – im Falle ihrer Bestätigung – die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Aufnahme des Vorhabens in den Bundesbedarfsplan dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen. Hierfür muss die gesetzliche Bedarfsfestlegung allerdings evident sachwidrig sein (s. BVerfG, Beschl. v. 08.06.1998 – 1 BvR 650/97 u.a., NVwZ 1998, 1060 (1060 f.); BVerfG, Beschl. v. 24.05.2012 – 7 VR 4.12, NuR 2012, 710 Rn. 22). Infolge dieser Missbrauchskontrolle sind Einwände der von einem Leitungsprojekt Betroffenen gegen den Bedarf erschwert, nicht aber vollständig abgeschnitten.

§ 1 Abs. 2 BBPlG-E erstreckt die Feststellung der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit und des vordringlichen Bedarfs auf die für den Betrieb des Leitungsvorhabens notwendigen Anlagen einschließlich der notwendigen Änderungen an den Netzverknüpfungspunkten. Dies entspricht § 1 Abs. 4 und 5 EnLAG und ist sinnvoll, um den gesamten Verfahrensgegenstand des Planfeststellungsverfahrens zu erfassen. § 18 Abs. 2 NABEG sieht eine Einbeziehung solcher Netzverknüpfungspunkte (insbesondere Umspannwerke) in die jeweiligen Planfeststellungsverfahren auf Antrag des Vorhabenträgers vor.

§ 2 Gekennzeichnete Vorhaben

§ 2 BBPlG-E enthält Erläuterungen zu den einzelnen im Bundesbedarfsplan gekennzeichneten Leitungsvorhaben. Dabei wird zwischen den Regelvorhaben (gekennzeichnet mit „A“), den Hochspannungs-Gleichstromleitungen (HGÜ) (gekennzeichnet mit „B“), den Pilotprojekten für Erdkabel (gekennzeichnet mit „C“) und den Pilotprojekten für den Einsatz von Hochtemperaturleiterseilen (gekennzeichnet mit „D“) unterschieden. Die Regelungstechnik ist hinreichend klar und nachvollziehbar und begegnet keinen Bedenken.

Die Formulierung des § 2 Abs. 2 Satz 2 BBPlG-E erscheint verbesserungswürdig. Nach dieser Regelung können HGÜ-Leitungen auf technisch und wirtschaftlich effizienten Teilstrecken in der Nähe von Wohnbevölkerung als Pilot-Erdkabelprojekte errichtet werden. Die Formulierung lässt vermuten, der Vorhabenträger habe hier ein entsprechendes Wahlrecht. Hierfür spricht, dass nach ständiger Rechtsprechung der Vorhabenträger mit seinem Planfeststellungsantrag den Gegenstand des Planfeststellungsverfahrens bestimmt, also auch die Errichtung der HGÜ-Leitung als Freileitung oder als Erdkabel. Die Planfeststellungsbehörde ist an den Antrag gebunden und kann von ihm nicht abweichen. Aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/12638, S. 19) wird aber deutlich, dass die Planfeststellungsbehörde den Einsatz der HTLS offenbar auch gegen den Willen des Vorhabenträgers verlangen können soll. Gegen eine solche Auslegung spricht ein Vergleich mit § 2 Abs. 2 EnLAG, der ausdrücklich „auf Verlangen“ der zuständigen Behörde eine Erdkabelpflicht vorsieht. Wortlaut und Begründung fallen demnach auseinander. Das Gewollte sollte klar gestellt werden.

§ 2 Abs. 3 Satz 2 BBPlG-E erscheint in seinem Regelungsgehalt unklar. Die dort enthaltene Regelung zur fakultativen Netzverstärkung mit Hochtemperaturleiterseilen (HTLS) macht nicht hinreichend deutlich, in welchen Fällen die Planfeststellungsbehörde die Technik genehmigen kann. Sieht der Bundesbedarfsplan etwa eine Netzausbaumaßnahme (Errichtung einer neuen 380 kV-Leitung) vor, ist nicht verständlich, wie die Planfeststellungsbehörde für „dieses Vorhaben“ die Verwendung von HTLS genehmigen soll. Eine Netzverstärkung mittels HTLS knüpft an bestehende Leitungen an und ist damit ein anderes Vorhaben, das nicht Gegenstand des Bundesbedarfsplans ist. Die Regelung droht daher leer zu laufen.

§ 3 Berichtspflicht der Übertragungsnetzbetreiber

Die vorgesehene Berichtspflicht der ÜNB ist zu begrüßen, um technologische Fortschritte bei den Pilotprojekten möglichst frühzeitig zu erfahren. Auch der Adressat der Berichtspflicht – die BNetzA – erscheint sinnvoll, da sie den jährlichen Netzentwicklungsplan bestätigen muss (§ 12c EnWG). Eine vergleichbare Berichtspflicht ist in § 3 EnLAG sowie § 4 FStrAbG (Prüfpflicht des BMVBS alle 4 Jahre) und § 4 Abs. 1 BSWAG (Prüfpflicht des BMVBS alle 5 Jahre) vorgesehen. Ferner besteht ein enger Zusammenhang mit der in § 12e Abs. 1 EnWG vorgesehenen Pflicht, mindestens alle drei Jahre einen neuen Bundesbedarfsplan durch Gesetz aufzustellen bzw. den alten anzupassen. Hierdurch wird eine Nachsteuerung der Bedarfsfeststellung durch den Gesetzgeber bei nachträglich eingetretenen technologischen Fortschritten ermöglicht.

§ 4 Rechtsschutz

Die Konzentration des Rechtsschutzes auf eine Instanz beim Bundesverwaltungsgericht erscheint sachgerecht. Sie hat ihr Vorbild in § 50 Abs. 1 Nr. 6 VwGO, nach dem alle Vorhaben des EnLAG ebenfalls erstinstanzlich dem Bundesverwaltungsgericht als Tatsacheninstanz zugewiesen sind. Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Art. 92, 95 Abs. 1, 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 Satz 1 GG bestehen nicht. Die vom Bundesverwaltungsgericht (Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 130, 274 Rn. 29 ff.) hieraus abgeleiteten Voraussetzungen (gesamtstaatliches oder bundesstaatliches Interesse an einer raschen (rechtskräftigen) Entscheidung; quantitatives oder qualitatives Regel-Ausnahme-Verhältnis; substantielle Zuständigkeiten der Gerichte der Länder in wesentlichen Rechtsmaterien, zumal solche mit raumbedeutsamen Inhalt) dürften erfüllt sein. Dass der Gesetzgeber bei den einzelnen in der Anlage zum Bundesbedarfsplangesetz genannten Leitungsvorhaben seinen weiten Gestaltungsspielraum offensichtlich fehlerhaft oder evident unsachlich ausgeübt hätte, ist nicht ersichtlich. In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/12638, S. 20) sind die Gründe hinreichend dargelegt. Hierfür sprechen das nachvollziehbar große Interesse an einer schnellen Umsetzung der „Energiewende“, die kontinuierliche Überprüfung der Projekte aufgrund des Neuerlasses des Bundesbedarfsplangesetzes mindestens alle drei Jahre und der jährlichen Berichtspflicht nach § 3 BBPlG-E, der verbleibende Katalog an Zuständigkeiten nach § 48 VwGO, die überlange Verfahrensdauer bei den Zulassungsverfahren und die bislang noch eher geringe Geschäftsbelastung des Bundesverwaltungsgerichts mit erstinstanzlichen Verfahren. Letzteren Punkt wird man allerdings im Auge behalten müssen, da der Eingang der erstinstanzlichen Verfahren gestie-

gen und zugleich die Revisionsverfahren gesunken sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat die genaue Schwelle zur Verfassungswidrigkeit insoweit bislang offen gelassen.

Anlage zu § 1 BBPlG-E

In der Anlage zu § 1 BBPlG-E, in der die einzelnen Leitungsvorhaben, die vom Bundesbedarfsplangesetz erfasst werden, aufgelistet sind, fehlt eine nähere Festlegung, ob die notwendige Maßnahme in einem Ausbau oder in einer Netzverstärkung liegt (so die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/12628, S. 17). Dies unterscheidet sich von der Anlage zum EnLAG, wo der Gesetzgeber ausdrücklich die notwendige Maßnahme mit „Neubau“, „Zubeseilung“, oder „Umrüstung“ benannt hat. Auch im bestätigten Netzentwicklungsplan Strom 2012 sind die notwendigen Maßnahmen im Einzelnen festgelegt (Netzausbau/Netzverstärkung). Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschl. v. 24.05.2012 – 7 VR 4.12, NuR 2012, 710 Rn. 18) folgt, dass sich die Planrechtfertigung im nachfolgenden Planfeststellungsverfahren dann auf den Bedarf für das Leitungsvorhaben beschränkt. Ob die konkrete Maßnahme – also Neuerrichtung oder Netzverstärkungsmaßnahme – erforderlich ist, ist gesetzlich nicht festgelegt und muss vom Bundesverwaltungsgericht in jedem Einzelfall geprüft werden. Dies erscheint problematisch im Hinblick auf die Beschleunigungsabsicht der Planfeststellungs- und Gerichtsverfahren. Erfahrungsgemäß werden die Spielräume von Einwendern und Klägern dahingehend genutzt, breit darzulegen, dass Netzverstärkungsmaßnahmen ausreichend seien und ein Neubau daher nicht notwendig ist. Hier empfiehlt sich ebenso wie beim EnLAG eine genaue Festlegung der Maßnahme, die sich im Übrigen auch aus den Erläuterungen in der Gesetzesbegründung zu den einzelnen Leitungsvorhaben auch ergibt (BT-Drs. 17/12638, S. 21 ff.).

In der Anlage sind die einzelnen Leitungsvorhaben jeweils mit ihrem Anfangs- und Endpunkt festgelegt. Nach der zutreffenden Auffassung der Bundesregierung (BT-Drs. 17/12638, S. 41) ergibt sich hieraus zwar noch keine genaue Standortfestlegung der Netzverknüpfungspunkte. Allerdings dürfte die räumliche Konkretisierung insoweit verbindlich sein, als eine Verschiebung des Netzverknüpfungspunktes außerhalb der jeweils genannten Gemeinde nicht möglich ist. Die vom Bundesrat geäußerten Bedenken sind daher berechtigt und sollten dahingehend aufgegriffen werden, dass ausdrücklich eine Verschiebung des Punktes in räumlicher Nähe als unbedenklich angesehen wird. In der Anlage sollte

Die vom Bundesrat bemängelte und von der Bundesregierung aufgegriffene fehlende Differenzierung zwischen länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Leitungsvorhaben

in der Anlage dürfte unproblematisch sein. Entgegen der Auffassung des Bundesrates ist die Zuständigkeitsfrage mit der Kennzeichnung noch nicht entschieden. Die Bundesregierung weist zutreffend darauf hin, dass diese Frage erst durch die Verordnung nach § 2 Abs. 2 NABEG entschieden wird. Es erscheint auch nicht aus informatorischen Gründen geboten, eine solche Zweiteilung der Kennzeichnung vorzunehmen, um die Zuständigkeit der BNetzA und der Länderbehörden in der noch ausstehenden Verordnung zu regeln.

Überprüft werden sollte nochmals die Festlegung der beiden Erdkabelpilotprojekte auf seine Sinnhaftigkeit. Das HGÜ-Leitungsvorhaben Nr. 4 (Höchstspannungsleitung Wilster – Grafenrheinfeld) ist als Pilotprojekt für Erdkabel gekennzeichnet. Das Vorhaben verläuft über weite Strecken parallel zum HGÜ-Leitungsvorhaben Nr. 3 (Höchstspannungsleitung Brunsbüttel – Großgartach), das nicht als Kabelpilotprojekt ausgewiesen ist. Auch wenn mit der Bedarfsfestlegung ein konkreter Trassenverlauf nicht festgelegt wird, sollten die Möglichkeiten eines Leitungsverlaufs auf einem gemeinsamen Gestänge nicht von vornherein unmöglich gemacht werden, zumal wenn entsprechende Planungen seitens der betroffenen ÜNB bereits bestehen. Eine „freiwillige“ Errichtung auch der anderen HGÜ-Leitung als Erdkabel ist rechtlich ausgeschlossen.

3. Erweiterung der Erdverkabelung

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf (Anlage 3 zur BT-Drs. 17/12638) in mehrfacher Hinsicht (Verkabelung von HGÜ-Leitungen auf der gesamten Länge und auch für andere als die Pilotprojekte; Ausdehnung der Erdverkabelung bei den EnLAG-Leitungsvorhaben) eine Erweiterung der Pflicht zur Erdverkabelung gefordert. Dies erscheint nicht sinnvoll.

Die Beschränkung einer Verkabelung von HGÜ-Leitungen auf Pilotprojekte und hier auch nur auf Teilabschnitte erscheint sachgerecht. Zum einem ist diese Beschränkung durch § 12e Abs. 3 EnWG vorgegeben, der dann zunächst ebenfalls geändert werden müsste. In der Sache überzeugen auch die von der Bundesregierung genannten Gründe (erhöhte Flächeninanspruchnahme, erhebliche Mehrkosten, technologische Schwierigkeiten). Allein aus der Tatsache, dass es sich um Pilotprojekte handelt, die der Erweiterung und Fortschreibung des geltenden Standes der Technik dienen, lässt es nicht sinnvoll erscheinen, die Verkabelung auf das gesamte Vorhaben bzw. auf alle Leitungsvorhaben zu erstrecken. Andernfalls besteht die Gefahr enormer Fehlinvestitionen für den Fall, dass sich die Erdverkabelung technologisch nicht als Alternative darstellen sollte. Dass durch das TEN-E-

Programm das Leitungsvorhaben Nr. 29 wohl auf seiner gesamten Länge gefördert worden ist, spricht nicht dagegen. Anhang I der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG (sog. TEN-E-Leitlinien) nennt die Vorhaben lediglich mit dem Start- und Endpunkt, ohne dass damit die konkrete Konfiguration (Freileitung, Erdkabel) festgelegt wird. Die Annahme des Bundesrates, infolge eines Umkehrschlusses sei bei anderen Vorhaben eine Verkabelung unzulässig, erscheint zwar zutreffend. Dies ist aber gewissermaßen zwingende Folge eines Pilotprojekts. Im Hinblick auf das geltend gemachte Akzeptanzproblem bei der Bevölkerung lässt sich sagen, dass es bereits eine Ausweitung auf zwei Pilotprojekte gibt und zudem der Bundesbedarfsplan mindestens alle drei Jahre oder bei Bedarf auch früher angepasst wird. In Verbindung mit der Berichtspflicht der ÜNB an die BNetzA gem. § 3 BBPlG-E erscheint hinreichend gewährleistet, dass technologische Fortschritte vom Gesetzgeber aufgegriffen werden können und in den nachfolgenden Netzentwicklungsplänen und Bundesbedarfsplänen eine Verkabelung von HGÜ-Leitungen vermehrt eingesetzt werden kann, sofern sich die Technik bewährt hat.

Im Übrigen ist es zwar richtig, dass von Seiten der Bevölkerung, insbesondere von Bürgerinitiativen, bei Drehstromleitungen regelmäßig eine Erdverkabelung gefordert wird. Die Erfahrungen in Planfeststellungsverfahren zeigen allerdings, dass hierbei zumeist von falschen Vorstellungen ausgegangen wird. Es ist keineswegs so, dass der Verlauf einer Erdkabeltrasse im Landschaftsraum weitgehend nicht wahrnehmbar ist. Aufgrund der Erwärmung und Austrocknung des Erdreichs entsteht vielmehr eine stärkere und breitere Freischneise als bei einer Freileitung. Die Beeinträchtigung des Landschaftsbildes durch die Strommasten entfällt zwar; aus technischer Sicht ist aber in regelmäßigen Abständen die Errichtung von Muffenbauwerken notwendig. Ferner sind die Auswirkungen der elektromagnetischen Strahlung bei Erdkabeln stärker, da die Distanz zum Menschen geringer ist. Der Umweltvergleich Freileitung – Erdkabel fällt aus objektiver Sicht deutlich differenzierter und bei weitem nicht so vorteilhaft für das Erdkabel aus, wie dies in der Öffentlichkeit zumeist angenommen wird. Insbesondere Visualisierungen einer Erdkabeltrasse bewirken oftmals, dass von den Leitungsbetroffenen eine Erdverkabelung nicht mehr gefordert wird.

Eine Erweiterung der Erdverkabelung würde voraussichtlich auch zu einer deutlichen Verzögerung des Netzausbaus führen. Eine der Ursachen für die bisherigen Verzögerungen sind auch die lange Dauer der Vorbereitung der Planfeststellungsverfahren, insbesondere die Erstellung gerichtsfester Planunterlagen auf der Grundlage aktueller Daten zu Fauna und Avifauna. Die ÜNB haben mit den Vorbereitungen sowohl für die Leitungsvorhaben

des Bundesbedarfsplangesetzes als auch der EnLAG-Vorhaben als Freileitungen begonnen. Etwa Kartiererergebnisse dürften aufgrund der andersartigen Wirkfaktoren eines Erdkabels auf die Umweltschutzgüter weitgehend entwertet werden; andere Untersuchungen etwa zum Schutzgut Wasser müssten erstmals mit viel Aufwand angestellt werden.

Schließlich dürften auch die Kosten für den Netzausbau signifikant steigern. Die Investitionen können derzeit mit Ausnahme der Pilotprojekte nicht von der BNetzA als erforderlich genehmigt werden. § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ARegV erfasst nur Erdkabel auf 110 kV-Spannungsebene, Offshore-Anbindungen sowie EnLAG-Pilotprojekte.

4. Anpassung des Bundesbedarfsplans

Gem. § 12e Abs. 1 Satz 2 EnWG ist von der Bundesregierung der Bundesbedarfsplan mindestens alle drei Jahre dem Bundesgesetzgeber zur Beschlussfassung vorzulegen. Bei wesentlichen Änderungen des jährlichen Netzentwicklungsplans hat die BNetzA auch vor Ablauf der Frist diesen der Bundesregierung als Entwurf für einen Bundesbedarfsplan vorzulegen. Die Bundesregierung legt ihn dann wiederum dem Bundesgesetzgeber zur Beschlussfassung vor. Damit besteht grundsätzlich ein hinreichend flexibler Mechanismus zur Anpassung des Bundesbedarfsplans an zwischenzeitliche Bedarfsveränderungen.

Gleichwohl können im Einzelfall Verzögerungen auftreten. Beispielsweise hat die BNetzA einzelne Leitungsvorhaben, die im 1. Entwurf des Netzentwicklungsplans Strom 2012 enthalten waren, nicht bestätigt. Die ÜNB sind bemüht, den erforderlichen Bedarf zumindest einzelner Projekte nachträglich darzulegen (etwa im 1. Entwurf des Netzentwicklungsplans Strom 2013). Für den Fall, dass die nicht bestätigte Leitung mit einer bereits im Bundesbedarfsplan enthaltenen Leitung gebündelt werden sollte, beständen nicht nur im nachfolgenden Planfeststellungsverfahren bei der Bedarfsdarlegung unterschiedliche Anforderungen sondern auch hinsichtlich der Zuständigkeiten der Planfeststellungsbehörden (BNetzA/Länder). Für eine beabsichtigte Trassenbündelung ist dies wenig sinnvoll, wenn der ÜNB an der Notwendigkeit des nicht bestätigten Leitungsvorhabens festhält und einen parallelen Baubeginn anstrebt. Hilfreich wäre es daher, den Begriff der „wesentlichen Änderung“ beispielhaft gesetzlich näher zu konkretisieren. § 12e Abs. 1 Satz 3 EnWG könnte wie folgt formuliert werden:

„Die Regulierungsbehörde hat auch bei wesentlichen Änderungen des jährlichen Netzentwicklungsplans, *insbesondere bei Aufnahme oder Streichung eines Vorhabens*, gemäß Satz 1 zu verfahren.

Zumindest sollte eine Zuständigkeitskonzentration bei einer Planfeststellungsbehörde für NABEG-Vorhaben und sonstige länderübergreifende oder grenzüberschreitende Leitungsvorhaben nach § 43 Satz 1 Nr. 1 EnWG vorgesehen werden.

5. Einschränkung des Anwendungsbereichs des NABEG

Der Vorschlag des Bundesrates, einen neuen § 2a NABEG einzufügen, der bei einem begonnenen Raumordnungsverfahren das Leitungsvorhaben aus dem Anwendungsbereich des NABEG herausnimmt, ist sinnvoll. Bislang regelt § 35 NABEG eine solche Ausnahme vom Anwendungsbereich nur dann, wenn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens (05.08.2011) das Planfeststellungsverfahren bereits begonnen hat, d.h. das Raumordnungsverfahren abgeschlossen bzw. ein solches nicht erforderlich war. Ist das Raumordnungsverfahren begonnen worden, ist bereits viel Zeit in die Erstellung der Antragsunterlagen geflossen. Diese planerischen Investitionen wären erfolglos und müssten im Rahmen der Bundesfachplanung jedenfalls teilweise neu erstellt werden. Zu prüfen wäre allerdings, ob überhaupt ein praktischer Anwendungsfall besteht.

B. Gesetzentwurf des Bundesrates „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes“ (BT-Drs. 17/11369)

Eine Änderung des § 43h EnWG, der den Vorrang der Erdverkabelung für Hochspannungsleitungen bis 110 kV regelt, ist grundsätzlich sinnvoll. Die Vorschrift in der derzeitigen Fassung ist teilweise unverständlich und führt zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe („neuen Trasse“, „Gesamtkosten“, „technisch vergleichbar“) führt zu Anwendungsschwierigkeiten. Mitunter treten auch Wertungswidersprüche auf, etwa im Falle des Ersatzneubaus einer Bestandsfreileitung teilweise außerhalb der alten Trasse zur Umgehung in der Vergangenheit herangerückter Wohnbevölkerung. Der Ausnahmeverbehalt in § 43h 2. Alt. EnWG zugunsten der Planfeststellungsbehörde ist zudem verfahrenstechnisch schwer zu handhaben, da die Alternativen Freileitung – Erdverkabelung auch über die Wahl des Zulassungsverfahrens mitentscheiden. Die Entscheidung der Planfeststellungsbehörde muss bereits zu Beginn des Zulassungsverfahrens bzw. im Vorfeld der Erstellung der Planunterlagen vorliegen. Dies alles führt zu erheblichen Unsicherheiten bei den Verteilernetzbetreibern (VNB).

Die vorgeschlagene Neufassung des § 43h EnWG wird gleichwohl kritisch gesehen. Die Streichung des 2. Halbsatzes wäre nur dann sinnvoll, wenn man mit der Formulierung des 1. Halbsatzes weiterhin Fälle sachgerecht behandeln könnte, in denen eine Freileitung trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 43h EnWG zweckmäßig erscheint. Dies ist nicht sichergestellt. Mit der scheinbar unbedeutenden Erweiterung des 1. Halbsatzes um „öffentliche Belange“ geht auch eine inhaltliche Änderung einher. Während nach der derzeitigen Fassung eine Freileitung nur ausnahmsweise errichtet werden darf, wenn öffentliche Interessen nicht entgegenstehen, ist dies nach der geplanten Fassung nur dann der Fall, wenn dem Erdkabel öffentliche Belange entgegenstehen. Die bei der jetzigen Fassung mögliche notwendige Einzelfallbetrachtung wäre nur noch eingeschränkt möglich. Der von der Bundesregierung angesprochene Fall der gemeinsamen Trassenführung mit einer 380 kV-Freileitung zeigt dies anschaulich: Im Falle einer Bündelung ließe sich das raumordnerische Bündelungsprinzip als öffentlicher Belang, der einem Erdkabel entgegensteht, wohl noch anführen. Eine Mitnahme der 110 kV-Freileitung auf dem Gestänge der 380 kV-Freileitung dürfte dagegen unzulässig sein, da hier öffentliche Belange zwar für die Freileitung streiten, der Erdverkabelung aber nicht zugleich entgegenstehen. Aufgrund der ohnehin erfolgenden Schädigung des Landschaftsraumes durch die 380 kV-Freileitung und die nicht geringen Umweltauswirkungen eines Erdkabels (s. unter A., 3.) erscheint dies wenig sachgerecht. Wenn man an der vorgeschlagenen Erweiterung des § 43h EnWG festhalten will, erscheint es daher geboten, aus der derzeitigen unbedingten Pflicht zur Erdverkabelung eine „Soll“-Bestimmung zu machen. In dem gefestigten verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch normiert eine „Soll“-Bestimmung eine Pflicht im Regelfall, von der nur in atypischen Fällen abgewichen werden kann. Damit könnte man weiterhin den Mitnahmesituationen, die in der Praxis relativ häufig vorkommen, gerecht werden.

Zu empfehlen ist darüber hinaus eine weitergehende Änderung dahingehend, dass auch die weiterhin verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe weiter konkretisiert werden. Dies gilt für den Begriff „neue Trasse“ durch Festlegung eines maximalen räumlichen Umgriffs oder aber funktionaler Gesichtspunkte sowie des Begriffs „Gesamtkosten“. Ohne eine solche Konkretisierung bleibt die derzeitige Rechtsunsicherheit für den Vorhabenträger bestehen.

Zu erwägen ist schließlich die Einführung einer Übergangsvorschrift für bereits eingeleitete Zulassungsverfahren. Eine inhaltliche Modifikation des Alternativenvergleichs Freileitung – Erdkabel kann in Einzelfällen dazu führen, dass mit dem Zulassungsverfahren neu begonnen werden muss, weil die beantragte Freileitung nicht mehr zulassungsfähig ist. In

diesen Fällen muss es bei der Geltung der jetzigen Fassung des § 43h EnWG verbleiben. Sinnvoll ist ein Wahlrecht für den Vorhabenträger (nicht die Planfeststellungsbehörde!), welche Gesetzesfassung im Zulassungsverfahren Anwendung finden soll. Solche Übergangsvorschriften in anderen Rechtsmaterien haben sich bewährt.

C. Antrag der Fraktion der SPD „Den Netzausbau bürgerfreundlich und zukunftssicher gestalten“ (BT-Drs. 17/12681)

Antrag der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Ausbau des Übertragungsnetzes durch Deutsche Netzgesellschaft und finanzielle Bürgerinnen-/Bürgerbeteiligung voranbringen“ (BT-Drs. 17/12518)

1. Zusammenfassung der vier Regelzonen

Die Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN fordert die Zusammenfassung der vier Regelzonen zu einer Regelzone. Diese Möglichkeit besteht weitgehend bereits nach geltender Rechtslage. § 12 Abs. 1 Satz 2 EnWG sieht die Möglichkeit einer Vereinbarung unter den ÜNB vor, die Regelverantwortung auf einen ÜNB zu übertragen. Ferner kann die BNetzA die ÜNB verpflichten, zur Verringerung des Aufwandes für Regelenergie und zur Förderung von einheitlichen Bedingungen bei der Gewährung des Netzzugangs eine einheitliche Regelzone zu bilden. Damit sollte nach dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drs. 17/6072, S. 66) eine wesentliche Lücke zu einer effizienteren Bewirtschaftung der Übertragungsnetze geschlossen werden. Eine einheitliche Regelzone könne den deutschlandweiten Stromhandel und Vorlaufzeiten für innerdeutsche Fahrplanänderungen vereinfachen sowie eine größere Flexibilisierung der Handelsaktivitäten ermöglichen. Eine weitergehende zwingende gesetzliche Einführung einer Regelzone wird nicht als sinnvoll angesehen. Solange die BNetzA es nicht für erforderlich hält, eine solche Zusammenlegung zu fordern, ist weiterer gesetzgeberischer Regelungsbedarf nicht ersichtlich. Im Übrigen hat sich der derzeitige Konnex zwischen Regelverantwortung des ÜNB und räumlicher Regelzone (s. § 12 Abs. 1 Satz 1 EnWG) bewährt.

2. Gründung einer Deutschen Netz AG

In beiden Fraktionsanträgen wird angeregt, eine Deutsche Netz AG, an der der Bund und die ÜNB beteiligt sind, zu gründen. Dies wird mit einer kostengünstigeren und effizienteren Bewirtschaftung, unterschiedlichen Netzentgelten und einer Beschleunigung des Netzausbaus begründet. Unklar bleibt, ob Aufgabe der Deutschen Netz AG nur die Errichtung und der Betrieb von HGÜ-Leitungen (Dt. Gleichstrom-Netzgesellschaft), des gesamten Netzausbaus an Land oder des Betriebs des gesamten Übertragungsnetzes sein sollen.

Die rechtlichen Vorgaben für die Gründung der Deutschen Netz AG hängen maßgeblich von den ihr übertragenen Aufgaben und der Ausgestaltung der Netzgesellschaft ab. Von vornherein rechtlich unergiebig ist der Vergleich mit den jüngsten Bestrebungen in Hamburg und Berlin, die lokalen Energienetze zu rekommunalisieren. Die Rechtslage ist insoweit nicht vergleichbar, als die dortigen Stromnetze auf der Grundlage von Konzessionsverträgen mit den jeweiligen Ländern errichtet und betrieben worden sind. Die in den Verträgen enthaltenen sog. Endschaftsklauseln geben den Ländern das Recht, eine Übereignung der Stromnetze gegen Entschädigung zu verlangen (s. § 46 EnWG). Die Rechtsposition der vier ÜNB ist damit nicht vergleichbar.

Um dem Bund den notwendigen Einfluss zu ermöglichen, müsste er entweder Mehrheitsaktionär der Deutschen Netz AG oder aber zumindest über eine Sperrminorität (mehr als 25 % der Anteile) verfügen. Eine Mitwirkung der ÜNB in der Deutschen Netz AG ist unabdingbar, da hier der technische Sachverstand und jahrzehntelange Erfahrungsschatz vorhanden ist, über den der Bund derzeit nicht verfügt. Das Aufgabengebiet kann sich auf den (teilweisen) Netzausbau, d.h. die Errichtung aller neuen Leitungsvorhaben oder nur der HGÜ-Leitungen, beschränken oder aber insgesamt den Netzbetrieb auch des bestehenden Übertragungsnetzes umfassen. Da der Netzausbau maßgeblich auch durch Netzoptimierungs- und -verstärkungsmaßnahmen flankiert wird, diese aber wiederum den Zugriff auf die bestehenden Leitungen voraussetzt, erscheint letzteres sinnvoll, d.h. eine umfassende Übernahme des Netzbetriebs inklusive des Netzausbaus. Dies würde die Übertragung des Eigentums an den bestehenden Übertragungsnetzen durch die ÜNB auf die Deutsche Netz AG voraussetzen.

Die Mitwirkung der ÜNB an der Gründung kann aus rechtlicher Sicht nur mit deren Einverständnis erfolgen, da ansonsten deren Grundrechte verletzt werden. Eine zwangsweise Mitwirkung der vier ÜNB stellt einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG und in die Freiheit zu wettbewerblicher Tätigkeit auch gegenüber ande-

ren Netzbetreibern gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar. Eine zwangsweise Übertragung des Eigentums an den Übertragungsnetzen auf die Deutsche Netz AG stellt zudem einen Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG in Form der Enteignung dar. Dies kann nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG erfolgen (Erforderlichkeit zum Wohle der Allgemeinheit; gesetzliche Grundlage; strikte Wahrung der Verhältnismäßigkeit; Entschädigung regelmäßig zum Verkehrswert). Zwar wird man den Vollzug der Energiewende und den raschen Umbau des Stromnetzes als eine Gemeinwohlaufgabe ansehen können. Durchgreifende Zweifel bestehen allerdings an der Verhältnismäßigkeit und hier insbesondere an der Erforderlichkeit. Um das Ziel zu erreichen, dürfte es mildere Mittel geben. Die im Bereich der Netzanbindung für Offshore-Projekte bekannt gewordenen Finanzierungsprobleme (hohe Investitionskosten und hohe Risiken aufgrund von Haftungsfragen, Entschädigungsregelungen und regulatorischer Anerkennung der Kosten) sind auf den Ausbau der Netzinfrastruktur an Land nicht ohne weiteres übertragbar. § 65 Abs. 2a EnWG sieht zudem bereits derzeit in Umsetzung des Art. 22 Abs. 7 der Richtlinie 2009/72/EG (Elektrizitätsrichtlinie) vor, dass die BNetzA im Falle der Nichtdurchführung von Projekten des Netzentwicklungsplans eine Ausschreibung einzelner Teilleistungen vornehmen kann. Ferner besteht die Möglichkeit, dass von staatlichen Stellen (z.B. die Kreditanstalt für Wiederaufbau) öffentliche Finanzierungshilfen zur Verfügung gestellt werden. Vorbehaltlich der Vereinbarkeit mit dem unionsrechtlichen Beihilfenverbots (s.u.) könnte damit eine Finanzierung der Investitionen hinreichend sichergestellt werden, zumal ein Totalausfall der Finanzierung durch die ÜNB infolge der Netzentgelte und der Überwälzungsmöglichkeiten auf den Stromverbraucher eher unwahrscheinlich ist.

Die Mitwirkung der ÜNB an der Gründung der Deutschen Netz AG durch Übertragung ihrer Übertragungsnetze kann daher nur auf freiwilliger Grundlage erfolgen. Verfassungsrechtliche Gründe dürften einer solchen Gründung ebenso wenig entgegenstehen wie das unionsrechtliche Energierecht. Allerdings bleibt das EU-Wettbewerbsrecht (Art. 101 ff. AEUV) und hier insbesondere das Beihilfenverbot zu beachten. Die insoweit zu beachtenden Vorgaben können hier nur angedeutet werden und bedürften einer vertieften Prüfung. Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet die Gewährung staatlicher Beihilfen zur Begünstigung bestimmter Unternehmen, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Das Beihilfenverbot ist grundsätzlich auch bei der Beteiligung des Staates an einem privatrechtlichen Unternehmen zu beachten, das eine öffentliche Infrastrukturaufgabe wahrnimmt (z.B. Betreibung eines Verkehrsflughafens). Hierzu gehören auch die Errichtung und der Betrieb von Stromnetzen (s. Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. 2001 C 17, S. 4). Näher zu prüfen wäre, ob hier eine wirtschaftli-

che Tätigkeit der Deutschen Netz AG vorliegt, die zudem ein bestimmtes Unternehmen oder Wirtschaftszweige begünstigt. Die EU-Kommission geht in ihrer bisherigen Beihilfen-Kasuistik davon aus, dass die Errichtung von Infrastrukturen nicht als Beihilfen sondern als zulässige „allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahmen“ zu behandeln sind, sofern sie einem unbestimmten Kreis von Nutzern offen stehen. Dagegen wird der Betrieb einer Infrastruktur zumeist als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen. Sofern also Errichtung und Betrieb der Stromleitungen Aufgabe der Deutschen Netz AG sein sollen, dürfte es sich um eine einheitliche wirtschaftliche Tätigkeit handeln. Ob eine Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Wirtschaftszweige vorliegt, prüft die Kommission bei der Beteiligung des Staates an einer Infrastrukturgesellschaft zumeist daran, ob die Gesellschaft Leistungen zu Marktpreisen erbringt. Dabei kann die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens der von der Infrastrukturgesellschaft zu erbringenden Leistungen indizielle Bedeutung haben. Ansonsten wird zur Bewertung eines geldwerten Vorteils der sog. market economy investor test herangezogen, also der Vergleich mit dem Verhalten eines privaten Investors in vergleichbarer Lage. Eine potentielle Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung wird bei Betreibern einer öffentlichen Netzinfrastuktur von der Kommission regelmäßig bejaht. Inwieweit sich die Deutsche Netz AG im Falle des Bejahens einer Beihilfe auf den Ausnahmeverbehalt des Art. 106 Abs. 2 AEUV für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse berufen kann, ist zumindest ungewiss, da der Betrieb des Übertragungsnetzes nicht unmittelbar zur Grundversorgung mit Elektrizität gehört.

Die Gründung einer Deutschen Netz AG wird voraussichtlich auch nicht alle mit ihrer Gründung verfolgten Ziele erreichen können. Vorteil einer Deutschen Netz AG wäre sicherlich die günstigere und insbesondere gesicherte Refinanzierung aufgrund der Beteiligung des Bundes. Das Ziel „Sicherung der Finanzierung“ kann allerdings auch auf andere Weise erfüllt werden, etwa durch Ausschreibung von Teilleistungen oder Gewährung staatlicher Finanzhilfen an betroffene ÜNB (s.o.). Art. 22 Abs. 7 der RL 2009/72/EG sieht ferner noch die Möglichkeit einer zwangsweise durchgesetzten Kapitalerhöhung beim ÜNB vor. Dies müsste allerdings zunächst vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt werden. Eine Beschleunigung der Projektrealisierungen wird sich voraussichtlich allenfalls mittel- bis langfristig durch entsprechende Routineabläufe und Erwerb von besonderer Sach- und Fachkunde einstellen. Ein kostengünstigerer Netzausbau setzt ein Sinken der Preise für die benötigten Materialien (Kabel, Freileitungen, Umspannwerke etc.) voraus. Allein mit Fortfall von drei ÜNB als Nachfrager auf dem Markt wird dies nicht eintreten. Erst mit Steigerung der Produktionskapazitäten insbesondere im Bereich der Gleichstromtechnologie werden sich aller Voraussicht nach preisdämpfende Effekte bemerkbar machen. Ungleiche

Netzentgelte der vier ÜNB sind Folge der vier Regelzonen; das Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verhindert dies aufgrund seiner Binnenwirkung nicht. Da notwendige und von der BNetzA genehmigte Investitionen des ÜNB in den Netzausbau bei der Festlegung der Erlösobergrenze zu berücksichtigen sind (s. §§ 11 Abs. 2 Nr. 1, 23 Abs. 1 Satz 2 ARegV), werden insbesondere die Stromverbraucher in den norddeutschen Regelzonen belastet, obwohl der dortige Netzausbau in erster Linie dem Transport der dort erzeugten Windenergie nach Süddeutschland dient. Solche Ungleichheiten sind sachlich kaum begründbar. Hier sollte überlegt werden, einen horizontalen Belastungsausgleich zwischen den ÜNB einzuführen, wie er etwa in § 36 Abs. 3 EEG für die Einspeisevergütung für EEG-Strom bei ungleicher Einspeisung von erneuerbarer Energie existiert.

3. Flankierende Normierung des NOVA-Prinzips

Nach dem sog. NOVA-Prinzip geht die Netz-Optimierung vor Verstärkung vor Ausbau. Bislang ist dieses Prinzip lediglich Leitlinie der ÜNB bei der Anfertigung ihres gemeinsamen Szenariorahmens nach § 12a EnWG. Es ergibt sich betriebswirtschaftlich schon aus den regelmäßigen höheren Kosten eines Netzausbaus gegenüber Netzoptimierungs- und verstärkungsmaßnahmen bestehender Leitungen. Mittelbar wird es durch § 23 Abs. 1 ARegV vorgegeben, nach dem die BNetzA Investitionsmaßnahmen der ÜNB nur dann genehmigt mit der Folge der Umwälzbarkeit durch Netzentgelte auf den Stromverbraucher, wenn die Investition für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig ist. In der Praxis scheiterte eine Netzoptimierung bzw. -verstärkung in der Vergangenheit regelmäßig an der damit nicht zu erreichenden Erhöhung der Übertragungskapazitäten.

Die geplante gesetzliche Bedarfsfestlegung steht einer Beachtung des NOVA-Prinzips nicht entgegen bzw. schränkt dieses nicht ein. Die vom Bundesbedarfsplangesetz erfassten Leitungsvorhaben sind von der BNetzA im Netzentwicklungsplan Strom 2012 bestätigt worden. Dieser beruht wiederum auf dem gemeinsamen Szenariorahmen der ÜNB. Dem vorangegangen ist die Erstellung der dena-Netzstudien I und II. In der dena-Netzstudie II sind explizit die Auswirkungen von Netzverstärkungsmaßnahmen wie HTLS und Freileitungsmonitoring untersucht worden. Die Studie kam zum Ergebnis, dass sich der Netzausbaubedarf auch unter Berücksichtigung dieser Technologien nicht wesentlich reduzieren wird. Auch in dem von der BNetzA vor Bestätigung des Netzentwicklungsplans Strom

2012 in Auftrag gegebenen Gutachten der TU Graz vom 12.12.2012 fanden Netzverstärkungsmaßnahmen Berücksichtigung.

Die Bedarfsprognose ist sicherlich mit erheblichen Unsicherheiten wie Reduktion der Stromerzeugung, Senkung der Jahreshöchstlast, Regionalisierung und Dezentralisierung der Stromerzeugung, Schaffung neuer Übertragungstechnologien wie HTLS und Gleichspannungsübertragung belastet. Dies begegnet allerdings keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Es liegt in der Natur von Prognosen, dass sie aus ex ante-Sicht eine zukünftige Entwicklung beurteilen müssen. Dies ist bei anderen Infrastrukturvorhaben wie dem Bau von Schienenwegen oder Verkehrsflughäfen nicht anders. Dass die Prognose am Ende nicht eintritt, ist Teil des Prognoserisikos und macht die Prognose ex post nicht fehlerhaft. Dies ist nur dann der Fall, wenn sie auf willkürlichen Annahmen oder offensichtlichen Unsicherheiten beruht, in sich widersprüchlich oder aus sonstigen Gründen nicht nachvollziehbar ist (st. Rspr., s. etwa BVerwG, Urteil vom 16.03.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 Rn. 243).

Dass ein Leitungsvorhaben im Bundesbedarfsplan aufgenommen worden ist, bedeutet nicht, dass sein Bedarf auf ewig festgeschrieben ist. Die gesetzliche Bedarfsfestlegung muss kontinuierlich vom Gesetzgeber darauf geprüft werden, ob der Bedarf weiterhin besteht. Andernfalls ist die Bedarfsfestlegung zu korrigieren. Dies ist mit der Pflicht zur Neuaufstellung bzw. Anpassung des Bundesbedarfsplans mindestens alle drei Jahre bzw. bei wesentlichen Änderungen auch in einem kürzeren Zeitraum (s. unter A., 4) und der geplanten Berichtspflicht gem. § 3 BBPlG-E hinreichend gewährleistet. Art. 3 des Gesetzesentwurfs, mit dem ein Projekt des EnLAG infolge des Bedarfswegfalls gestrichen werden soll, zeigt die Praktikabilität. Zudem wird die gesetzliche Bedarfsfestlegung von den Gerichten auf ihre evidente Sachwidrigkeit geprüft (s. unter A., 2.). Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang bei einem EnLAG-Vorhaben geprüft, ob durch Netzverstärkungsmaßnahmen nicht die gesetzliche Bedarfsfestlegung für den Neubau evident sachwidrig sei, dies allerdings verneint (BVerwG, Beschl. v. 24.05.2012 – 7 VR 4.12, NuR 2012, 710 Rn. 24 f.). Dies zeigt, dass trotz einer gesetzlichen Bedarfsfestlegung der Vorrang von Netzoptimierungs- und -verstärkungsmaßnahmen bei der Zulassung von Leitungsvorhaben durchaus gerichtlich überprüft wird.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Rechtsprechung bei der Prüfung des Fortfalls des Bedarfs infolge einer nachträglichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse sehr zurückhaltend ist. Danach ist es vorrangig Sache des Gesetzgebers, eine Änderung zu prüfen

und die gesetzliche Bedarfsfestlegung anzupassen (st. Rspr., s. etwa BVerwG, Urt. v. 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 Rn. 42 ff.; Urt. v. 30.01.2008 – 9 A 27.06, NVwZ 2008, 678). Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass eine Verletzung der Anpassungspflicht durch den Gesetzgeber letztlich sanktionslos bleibt. Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG ausdrücklich keinen generellen Vorrang des Optimierens oder Verstärkens einer bestehenden Hochspannungsleitung vor einem Neubau entnommen (BVerwG, Beschl. v. 24.05.2012 – 7 VR 4.12, NuR 2012, 710 Rn. 27).

Zur Erhöhung der Akzeptanz des Netzausbaus in der Bevölkerung kann daher manches für eine ergänzende ausdrückliche Normierung des NOVA-Prinzips sprechen. Sie sollte aber nicht erst im Bundesbedarfsplangesetz als letztem Baustein, sondern möglichst schon im EnWG erfolgen. Es bietet sich an, einen solchen generellen Vorrang in § 11 Abs. 1 EnWG etwa in Form eines neuen Satzes 2 zu normieren, der wie folgt lauten könnte:

„(1) Betreiber von Energieversorgungsnetzen sind verpflichtet, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist. ***Dabei soll der Vorrang von Netzoptimierungs- und -verstärkungsmaßnahmen vor dem Netzausbau Beachtung finden.*** Sie haben insbesondere die Aufgaben nach den §§ 12 bis 16a zu erfüllen. Die Verpflichtung gilt auch im Rahmen der Wahrnehmung der wirtschaftlichen Befugnisse der Leitung des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und seiner Aufsichtsrechte nach § 7a Absatz 4 Satz 3.“

4. Modifikationen zum Kostenvergleich Freileitung – Erdkabel

Ein Kostenvergleich Freileitung – Erdkabel ist von vornherein nur dann sinnvoll, wenn die Erdverkabelung eine technologisch vergleichbare Lösung darstellt. Auf 380 kV-Spannungsebene ist dies derzeit auch nach Auffassung des Gesetzgebers noch nicht der Fall, wie § 2 Abs. 1 EnLAG zeigt („Pilotvorhaben“). Für die praktisch bedeutsame Spannungsebene bis 110 kV existiert der gesetzliche Vorrang des Erdkabels gem. § 43h EnWG. Hier ist allerdings eine Konkretisierung des Begriffs der „Gesamtkosten“ sinnvoll. Die Forderung, bei den Kosten für ein Erdkabel auch die geringeren Spannungsverluste zu berücksichtigen, ist dem Grunde nach berechtigt, da nur so ein realistischer Kostenvergleich möglich ist. Entsprechendes gilt dann konsequenterweise auch für die Lebensdauer der jeweiligen Systeme, bei denen wiederum die Freileitung überlegen ist. Solche Überlegungen werden in Kostenvergleichen üblicherweise aber bereits vorgenommen. Abzulehnen ist

dagegen eine Erweiterung des Kostenbegriffs auf soziale Folgekosten wie etwa Dauer von Gerichtsverfahren infolge des Widerstandes der Bevölkerung gegen eine Freileitung. Der Kostenbegriff wird dadurch grenzenlos. Hinzu kommen die Schwierigkeiten einer angemessenen Monetarisierung.

4. **Finanzielle Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger an Leitungsvorhaben**

Die Schaffung einer Möglichkeit für Bürgerinnen und Bürger, sich an einzelnen Leitungsvorhaben finanziell zu beteiligen, ist dem Grunde nach zu begrüßen. Gegen den Willen der ÜNB dürfte dies aber kaum realisierbar sein. Die Art der Finanzierung der Leitungsvorhaben und des Betriebs des Übertragungsnetzes gehört zu dem grundrechtlich geschützten Tätigkeitsbereich der ÜNB. Eine gesetzlich vorgesehene zwangsweise Beteiligungsmöglichkeit dürfte kaum verhältnismäßig sein. Selbst im Falle anhaltender Finanzierungsschwierigkeiten dürfte eher an die in Art. 22 Abs. 7 der RL 2009/72/EG vorgesehene Möglichkeit, den ÜNB zu einer Kapitalerhöhung zu zwingen, zu denken sein (s.o.). Dies bedarf aber zunächst einer Umsetzung in das deutsche Recht.

Berlin, den 11.04.2013



Dr. Gernot Schiller