

# Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

## NVwZ Sonderausgabe Energieversorgungssicherheit

1. September 2023

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Burgi, München – Prof. Dr. Christian Calliess, Berlin – Dr. Josef Christ, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Rechtsanwalt, Stuttgart – Dr. Frank Fellenberg, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Andreas Heusch, Präsident des VG, Düsseldorf – Prof. Dr. Andrea Kießling, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Thomas Mayen, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster – Prof. Dr. Sabine Schlacke, Greifswald – Dr. Heribert Schmitz, Ministerialrat a. D., Berlin – Prof. Dr. Friedrich Schoch, Freiburg – Dr. Thomas Schröder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Streinz, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwalt Dr. Johannes Heuschmid, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

---

---

### Editorial

---

## Energieversorgungssicherheit


Liebe Leserinnen und Leser,

mit der durch den Ukrainekrieg, aber auch den Klimawandel angestoßenen Transformation der Energieversorgung hat das Energierecht einen ganz erheblichen Bedeutungszuwachs erfahren. Zwar sind die mit Beginn des Krieges angestellten Befürchtungen bezüglich der Versorgungssicherheit glücklicherweise nicht eingetreten, gleichwohl war der Gesetzgeber sowohl auf EU- als auch auf nationalstaatlicher Ebene im letzten Jahr überaus aktiv, um die regulatorischen Rahmenbedingungen an die neuen Herausforderungen anzupassen.

Dieser Transformationsprozess ist von der NVwZ in zahlreichen Beiträgen von Anfang an mitbegleitet worden. Deshalb haben wir uns entschlossen, die in diesem Kontext veröffentlichten zentralen Beiträge in einer Sonderausgabe für Sie als Neukunden zusammenzustellen. Wir hoffen Ihnen damit einen Kompass an die Hand zu geben, um durch die teils sehr unübersichtliche Rechtslage zu navigieren.

In diesem Sinne wünschen wir Ihnen für die tägliche Praxis eine gewinnbringende Lektüre und freuen uns, Sie hoffentlich als Dauerabonnenten begrüßen zu können, denn mit der NVwZ sind Sie immer einen Schritt voraus.

*Professor Dr. Achim Schunder und Dr. Johannes Heuschmid*



---

# Inhaltsverzeichnis

---

## Editorial

Johannes Heuschmid/Achim Schunder

<b>Energieversorgungssicherheit</b> .....	1
---	---

## Beiträge

Reinhard Ruge

<b>NVwZ 2023, 1033: Deutschlandgeschwindigkeit für Genehmigungsverfahren – Artenschutz adé?</b> .....	3
---	---

Wolfgang Ewer

<b>NVwZ 2023, 951: Grundelemente einer nachhaltigen und unabhängigen Energieversorgung</b> .....	12
--	----

Rike Sinder/Thilo Wiertz

<b>NVwZ 2023, 552: Energieversorgungssicherheit</b> .....	20
---	----

Daniela Winkler/Marc Zeccola/Parthena Michailidou

<b>NVwZ 2023, 545: Die Renaissance des Energiesicherungsgesetzes</b> .....	26
--	----

Theresa Rath/Felix Ekardt

<b>NVwZ 2023, 293: Energiekrise: Rechtentwicklungen auf EU- und Bundesebene</b> .....	32
---	----

Felix Ekardt/Theresa Rath

<b>NVwZ 2022, 1665: Gaskrise: Rechtentwicklungen auf EU- und Bundesebene – Unter Berücksichtigung der Digitalisierung</b> .....	37
---	----

Markus Ludwigs

<b>NVwZ 2022, 1086: Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in Krisenzeiten</b> .....	45
---	----

---

### NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

#### Sonderausgabe Energieversorgungssicherheit

**Schriftleitung und Verlagsredaktion:**  
Rechtsanwalt Professor *Dr. Achim Schunder* und Rechtsanwalt *Dr. Johannes Heuschmid* (verantwortlich für den Textteil).  
Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a.M., *Postanschrift:* Postfach 110241, 60037 Frankfurt a.M.,  
Telefon: (0 69) 75 60 91-0, Telefax: (0 69) 75 60 91-49.  
E-Mail: [NVwZ@beck-frankfurt.de](mailto:NVwZ@beck-frankfurt.de),  
Internet: [www.nvwz.de](http://www.nvwz.de).

**Redaktionsrichtlinie C.H.BECK:**  
Redaktionsrichtlinien und Werkabkürzungen sind im Zitierportal des

Verlags C.H.BECK abrufbar:  
[www.zitierportal.de](http://www.zitierportal.de)

**Urheber- und Verlagsrechte:** Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, ver-

breitet oder verwertet werden. Verlag behält sich auch das Recht vor, Vervielfältigungen dieses Werkes zum Zwecke des Text and Data Mining vorzunehmen.

**Anzeigenabteilung:** Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München.  
Media-Beratung: Telefon (0 89) 3 81 89-687, Telefax (0 89) 3 81 89-589.  
Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (0 89) 3 81 89-609, Telefax (0 89) 3 81 89-589,  
E-Mail: [anzeigen@beck.de](mailto:anzeigen@beck.de)  
Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Mebling*.

**Verlag:** Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München, Telefon: (0 89) 3 81 89-0, Telefax: (0 89) 3 81 89-3 98, Postbank

München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX.  
Amtsgericht München, HRA 48 045.  
Gesellschafter sind Dr. Hans Dieter Beck und Dr. h.c. Wolfgang Beck, beide Verleger in München.

**Bestellungen** über jede Buchhandlung und beim Verlag.

**KundenServiceCenter:**  
Telefon: (0 89) 3 81 89-750,  
Telefax: (0 89) 3 81 89-358.  
E-Mail: [kundenservice@beck.de](mailto:kundenservice@beck.de)

**Druck:** Druckerei Himmer GmbH, Steinerne Furt 95, 86167 Augsburg.



## Beiträge

Rechtsanwalt Professor Dr. Reinhard Ruge, LL. M.\*

### NVwZ 2023, 1033: Deutschlandgeschwindigkeit für Genehmigungsverfahren – Artenschutz adé?

#### Umsetzung des Art. 6 EU-NotfallVO in deutsches Recht

Die Regelungen zur Umsetzung der EU-NotfallVO in § 43m EnWG, § 72a WindSeeG und § 6 WindBG sind bemerkenswert. Sie markieren einen Systembruch im EU-Umweltrecht. Dieser wird mit der durch die Ampelregierung angestrebten Halbierung der Dauer von Genehmigungsverfahren zur zügigeren Realisierung der sogenannte Energiewende begründet („Deutschlandgeschwindigkeit“). Dabei hat Art. 6 EU-NotfallVO für neue Verfahren einig Beschleunigungspotenzial und kann den Einstieg in umfassendere Überlegungen zur Vereinfachung des Umweltrechts einleiten. Gleichzeitig birgt er die Gefahr, dass seit Jahren überwiegend befriedete Konflikte mit Naturschutzverbänden wieder aufbrechen und Unklarheiten bei der Auslegung der Regelung im Zusammenspiel mit den komplexen Anforderungen von Fachplanungsverfahren eher zu Verzögerungen der Verfahren, auch mit Blick auf mögliche Klagen, führen. Besonderes Augenmerk ist auf die freiwillige Anwendung der Regelung auf bereits laufende Verfahren zu richten. Hier ist dringend anzuraten, jeden Einzelfall darauf zu überprüfen, ob die Anwendung der Norm tatsächlich zu einer Beschleunigung führt. Gerade bei weit fortgeschrittenen Verfahren, in denen die Ermittlungen, Prüfungen und Bewertungen schon abgeschlossen sind, ist das Beschleunigungspotenzial fraglich. Für Vorhabenträger und Genehmigungsbehörden stellen sich viele Umsetzungsfragen, die nur teilweise durch Anwendungsleitfäden geklärt werden können und daher nach einer gesetzgeberischen Klarstellung rufen. Der Aufsatz baut auf den Ausführungen des Verfassers zur EU-NotfallVO in NVwZ 2023, 870 auf.

#### I. Hintergrund

Seit in Deutschland rasch errichtete LNG-Terminals eröffnet wurden, spricht der Bundeskanzler von der „neuen Deutschland-Geschwindigkeit“.<sup>1</sup> Der Begriff steht für den Wunsch der Bundesregierung Genehmigungsverfahren für bestimmte Infrastrukturvorhaben, im Zusammenhang mit der Energiewende, massiv zu beschleunigen und dafür auch Abstriche an geltenden Umweltstandards, etwa den Anforderungen des Artenschutzes, hinzunehmen. Der politisch angestrebte Ausbau von Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen und von für deren Integration in das Stromsystem notwendigen Stromnetzen, auf EU – Ebene durch den sogenannten Green Deal<sup>2</sup> und auf deutscher Ebene durch die sogenannte Energiewende,<sup>3</sup> kommt eher langsam voran. Ein Grund ist, dass die Genehmigungsverfahren dafür viel zu lange dauern. Daher verfolgt die deutsche Ampel-Regierung in Fortführung der Energiepolitik vergangener Bundesregierungen auch im jüngsten Koalitionsvertrag die Beschleunigung von Genehmigungsverfahren weiter und strebt mindestens eine Halbierung der Verfahrensdauern bzw. Begrenzung auf maximal sechs Monate an.<sup>4</sup> Sowohl im Bereich des Ausbaus von Straßen- und Schienenwegen<sup>5</sup>

als auch im Bereich des Ausbaus des Übertragungsnetzes wurden Forderungen nach Vereinfachung insbesondere des nationalen und europäischen Umweltrechts lauter.<sup>6</sup> Aufgrund der Prägung des nationalen Umweltrechts durch das EU-Recht steht hierbei im Zentrum der Diskussion eine Vereinfachung des EU-Umweltrechts, namentlich der FFH-RL, der Vogelschutzrichtlinie, der EU-WRRL und der SUP-RL sowie der zugrunde liegenden Aarhus-Konvention.<sup>7</sup> Gleichzeitig gibt es Sorgen, dass der Klimaschutz gegen den Naturschutz zulasten der Biodiversität ausgespielt werden könnte.<sup>8</sup>

Vor dem Hintergrund der Strom- und Gaspreiskrise, die durch den russischen Krieg gegen die Ukraine ab Februar 2022 und die folgenden Wirtschaftssanktionen massiv verschärft wurden,<sup>9</sup> erließ die EU die Verordnung zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien,<sup>10</sup> die nach ihrer Rechtsgrundlage Art. 122 I AEUV auch NotfallVO genannt wird und am 30.12.2022 in Kraft getreten ist. Danach sollten die Mitgliedstaaten „angesichts der akuten Ausnahmesituation“ nach Art. 6 der EU-NotfallVO die Möglichkeit erhalten, von bestimmten in Rechtsvorschriften der EU im Bereich Umwelt festgelegten Prüfpflichten für Projekte Ausnahmen einzuführen, namentlich den Entfall des UVP-Berichts und der arten-

\* Der Verf. ist Stellvertretender Leiter Recht der 50Hertz Transmission GmbH, Syndikusrechtsanwalt und Honorarprofessor an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Die Ausf. geben die persönlichen Ansichten des Verf. wieder.

- 1 Vgl. etwa Siems/Kaiser/Gersemann, Die neue Deutschland-Geschwindigkeit von Olaf Scholz – Wunsch oder Wirklichkeit?, Die Welt, 16.3.2023.
- 2 Mitt. der Kommission, Der europäische Grüne Deal v. 11.12.2019, KOM(2019) 640 endg. Aufbauend darauf das Gesetzgebungspaket zusammengefasst in der Mitt. der Kommission, „Fit für 55“: auf dem Weg zur Klimaneutralität – Umsetzung des EU-Klimaziels für 2030 v. 14.7.2021, KOM(2021) 550 endg.
- 3 Zum Begriff s. etwa [www.energiewende.de](http://www.energiewende.de) (aufgerufen am 20.4.2023) des Öko-Instituts, das den Begriff geprägt hat.
- 4 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, 2021, S. 12 (im Folgenden: Koalitionsvertrag 2021); vgl. auch BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz v. 13.1.2022, S. 19. (aufgerufen auf [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de) am 20.4.2023) bzw. BT-Drs. 20/580.
- 5 BMVI, Innovationsforum Planungsbeschleunigung Abschlussbericht, März 2017, [www.bmvi.de](http://www.bmvi.de) (aufgerufen am 20.4.2023).
- 6 Umsetzungsbericht zum Netzentwicklungsplan Strom 2030, Version 2019 der 4 Übertragungsnetzbetreiber, September 2020, S. 37, [www.netzentwicklungsplan.de](http://www.netzentwicklungsplan.de) (aufgerufen am 20.4.2023); Elia Group, Together towards climate neutrality, Practical recommendations for accelerating permitting processes and providing clean and affordable energy for all Europeans, 12.4.2022 (Kap. 2), noch unveröffentlicht; Ruge EnWZ 2019, 1; Ruge ER 2019, 135 (141).
- 7 Ruge EEJR 2022, 258.
- 8 Jedicke NuL 46 (8), 2014, 253 ff. Auch die Bundesregierung sieht Bedarf für eine „Klärung des Verhältnisses von Arten- und Klimaschutz“, Koalitionsvertrag 2021, S. 14.
- 9 Ruge NVwZ 2023, 870.
- 10 VO (EU) 2022/2577 v. 22.12.2022, ABl. 2022 L 335, 36v. 29.12.2022.

schutzrechtlichen Prüfung anzuordnen.<sup>11</sup> Diese Regelung wurde als Revolution im Umweltrecht bezeichnet.<sup>12</sup>

Auch wenn die EU-NotfallVO nach Art. 288 AEUV unmittelbar geltendes Recht ist, bedarf es doch ausweislich deren Art. 6 S. 1 eines Umsetzungsaktes in den jeweiligen Mitgliedstaaten, um die Ausnahmeregelung vom EU-Umweltrecht in der nationalen Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen.<sup>13</sup> Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber „im Interesse einer Beschleunigung der Genehmigungsverfahren“<sup>14</sup> mit der Einführung des § 6 WindBG für Windenergieanlagen an Land, des § 43m EnWG für Onshore-Stromleitungen und Stromleitungen im Küstenmeer (Interkonnektoren und Offshore-Netzanbindungsleitungen) sowie des § 72a WindSeeG für Windenergieanlagen auf See und Offshore-Netzanbindungsleitungen in der AWZ als Bestandteile des Gesetzes zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften Gebrauch gemacht.<sup>15</sup> Die Regelungen des § 43m EnWG und des § 72a WindSeeG sind größtenteils wortgleich, weichen nur in einigen wenigen Punkten voneinander ab. Auch § 6 WindBG ähnelt beiden Vorschriften, weicht aber anlagenspezifisch stärker ab. Das Gesetz wurde am 28.3.2023 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat insofern am 29.3.2023 in Kraft.<sup>16</sup> Seine Auslegung und Anwendung muss sich im Rahmen der EU-NotfallVO halten.<sup>17</sup>

## II. Onshore-Leitungen und Leitungen im Küstenmeer: Umsetzung der EU-NotfallVO in nationales Recht: § 43m EnWG

### 1. Zeitlicher Anwendungsbereich, § 43m III EnWG

Der zeitliche Anwendungsbereich unterscheidet gem. § 43m III EnWG iVm Art. 15 II ROGÄndG zwei Konstellationen, die zwingende oder obligatorische Anwendung nach § 43m III 1 EnWG einerseits und die freiwillige oder optionale Anwendung nach § 43m III 2 EnWG, auch Opt-In genannt. Die zwingende Anwendung greift für alle Verfahren, bei denen der Antragsteller den Antrag auf Genehmigung ab dem 29.3.2023 bis zum Ablauf des 30.6.2024, stellt. Die Regelung greift damit die Befristung von Art. 10 EU-NotfallVO auf.<sup>18</sup> Die freiwillige Anwendung greift für Verfahren, bei denen der Antragsteller den Antrag vor dem Datum des Inkrafttretens nach Art. 15 II ROGÄndG gestellt hat und noch keine endgültige Entscheidung ergangen ist, wenn der Antragsteller dies gegenüber der zuständigen Behörde verlangt. Maßgeblicher Stichtag ist der 29.3.2023.<sup>19</sup>

Maßgeblich für die Stichtagsregelung des 29.3.2023 und des 30.6.2024 dürfte die Antragstellung auf Genehmigung der einzelnen Abschnitte eines Vorhabens sein. Dies ergibt sich daraus, dass § 43m III EnWG auf einen einzelnen Antrag in einem Verfahren abstellt und nicht auf den Vorhabensbegriff. Anträge können und werden bei größeren Vorhaben abschnittsweise gestellt und mit eigenständigen Planfeststellungsbeschlüssen beschieden. Dies kann zur Folge haben, dass in einem Gesamtvorhaben in einzelnen Abschnitten die Regelungen des § 43m EnWG zur Anwendung kommen, in anderen nicht.

Anknüpfungspunkt für die Stichtagsregelung des 30.6.2024 ist die Stellung des Antrags auf Genehmigung durch den Antragsteller. Die Regelung differenziert anders als das Fachplanungsrecht (vgl. § 21 V NABEG) nicht zwischen dem Zeitpunkt der Antragstellung und dem Zeitpunkt der Vollständigkeitsklärung durch die Behörde. Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 43m EnWG verdeutlichen wollte, dass es zur Auslösung dessen Rechts-

folgen nicht auf die Vollständigkeit der Unterlagen ankommt.<sup>20</sup> Die erforderliche Begründung des Genehmigungsantrags kann und muss in diesem Fall nachgereicht werden. Hierzu fordert die Behörde den Vorhabenträger unter Fristsetzung auf (vgl. § 21 V 2 NABEG).

Mit dem Antrag iSd § 43m III EnWG ist derjenige Antrag auf Genehmigung gemeint, mit dem das Verfahren eingeleitet wird. Dies ist bei den zweistufigen Verfahren des NABEG der Antrag nach § 19 NABEG und nicht der Zeitpunkt der Einreichung der Unterlagen nach § 21 NABEG, da nach § 19 S. 1 NABEG die Planfeststellung mit dem Antrag des Vorhabenträgers beginnt.

Die freiwillige Anwendung des § 43m III 2 EnWG auf zum Stichtag 29.3.2023 bereits laufende Verfahren greift nur, wenn der Antragsteller dies gegenüber der zuständigen Behörde verlangt. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass § 43m (neu) in fortgeschrittenen Verfahren nur dann zur Anwendung kommt, wenn dies die Verfahren tatsächlich beschleunigt. Die Regelungssystematik der obligatorischen Ausgleichszahlung birgt das Risiko, dass das Ziel der Beschleunigung bei der Entscheidung über das Opt-In überlagert wird durch den Wunsch von staatlicher Seite, durch die möglichst häufige Anwendung der Norm die Zahlungen in das Artenhilfsprogramm zu maximieren, ungeachtet der Beschleunigungswirkung im Einzelfall. Das Verlangen entfaltet seine Rechtswirkung mit Eingang bei der zuständigen Behörde. Es ist keine Entscheidung der zuständigen Behörde durch Verwaltungsakt über das Verlangen des Antragstellers erforderlich.<sup>21</sup>

Der der freiwilligen Anwendung zugrundeliegende Gedanke, dass im jeweiligen Verfahren am besten geprüft werden kann, ob die Anwendung des § 43m EnWG zu einer Beschleunigung oder aber zu einer Verzögerung führen könnte, hat im Bereich der zwingenden Anwendung nach § 43m III 1 EnWG nicht Eingang gefunden. Dabei wäre es gerade bei solchen Verfahren, die zwar den Antrag am 29.3.2023 noch nicht gestellt hatten, aber deren Unterlagen weitgehend fertig gestellt waren, ebenso naheliegend, genau dies sorgfältig zu prüfen. Denn es ist in solchen Fällen, genauso wie bei der freiwilligen Anwendung des § 43m EnWG, zu überprüfen, ob und welche Antragsunterlagen bei der Entscheidung der Behörde und damit vorlaufend auch bei der Planunterlage des Vorhabenträgers gem. § 43m I 1 EnWG unberücksichtigt bleiben müssen und ob sich dies auf den beantragten Plan auswirkt, etwa mit Blick auf den Alternativenvergleich oder die Anstoßwirkung der Unterlagen. Zwar ist es dem Vorhabenträger generell nicht verwehrt „zu viele“ Unterlagen einzureichen. Allerdings dürfte die Behörde immer dann, wenn die Anwendung des § 43m EnWG zu einer Änderung

11 Erwgr. 5 VO (EU) 2022/2577 v. 22.12.2022. Zur EU-NotfallVO Ruge NVwZ 2023, 870.

12 Ruge NVwZ 2023, 870.

13 Ruge NVwZ 2023, 870.

14 BT-Drs. 20/5830, 46.

15 Die Formulierungshilfe wurde aufgrund Kabinettsbeschluss v. 30.1.2023 in das ursprüngliche Gesetzgebungsverfahren (BT-Drs. 20/4823) eingebracht, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 20/5830.

16 BGBl. 2023 I Nr. 88.

17 Ruge NVwZ 2023, 870 mwN.

18 Ruge NVwZ 2023, 870.

19 BGBl. 2023 I Nr. 88.

20 Auch bisher gilt, dass die Vollständigkeit nicht gleichzusetzen ist mit der Auslegungsreife, Kopp/Ramsauer/Wysk VwVfG, 24. Aufl. 2023, VwVfG § 73 Rn. 16b, das trotz Nachforderung fortbestehende Fehlen substanziiell erforderlicher Unterlagen aber ein Hindernis für das Anhörungs- und Erörterungsverfahren darstellt, Kopp/Ramsauer/Wysk VwVfG § 73 Rn. 29.

21 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/5830, 48.

der geplanten Trasse führt, vom Vorhabenträger die Anpassung seiner Antragsunterlagen verlangen. Grund hierfür ist, dass die Behörde auf eine nachvollziehende Prüfung beschränkt ist und keine eigene Planungskompetenz hat.<sup>22</sup> Ein möglicherweise sinnvolles Opt-out auf der Grundlage einer Abwägung des Aufwands für eine Unterlagenanpassung gegenüber einer Führung des Vorhabens auf der Grundlage der erarbeiteten Unterlagen, ist also jenseits der Fälle der freiwilligen Anwendung nach § 43m III 2 EnWG nicht zulässig.

Ausweislich des § 43m III 1 und 2 EnWG gelten die Sonderregeln nur für Verfahren, für die Anträge bis zum 30.6.2024 gestellt wurden. Nach stRspr des BVerwG zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für die Rechtmäßigkeit von Planfeststellungsbeschlüssen ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses des Planfeststellungsbeschlusses maßgeblich.<sup>23</sup> Insofern stellt § 43m III 3 EnWG klar, dass abweichend von der zitierten Rspr Planfeststellungsbeschlüsse auch dann auf Grundlage der Ausnahmeregelungen zu treffen sind, wenn ihr Erlasszeitpunkt bereits nach dem 30.6.2024 liegt, sofern nur die Regelung des § 43m EnWG einmal auf das Verfahren zur Anwendung gekommen ist. Dies dürfte auch mit den Anforderungen der NotfallVO im Einklang stehen.<sup>24</sup>

## 2. Sachlicher Anwendungsbereich, § 43m I 1 EnWG

§ 43m I 1 EnWG regelt den sachlichen Anwendungsbereich und konkretisiert dabei im Gesetzestext sowie in der Gesetzesbegründung die Anwendungsfälle des Art. 6 EU-NotfallVO nach deutschem Recht. Die Regelungen des § 43m EnWG sind nach dessen S. 1 anwendbar auf Vorhaben, für die die Bundesfachplanung nach § 12 NABEG abgeschlossen wurde oder für die ein Präferenzraum nach § 12c II a EnWG ermittelt wurde und für sonstige Vorhaben iSd § 43 I 1 Nr. 1–4 EnWG und des § 1 des EnLAG, die in einem für sie vorgesehenen Gebiet liegen, für das eine Strategische Umweltprüfung (SUP) durchgeführt wurde.

Vorhaben die in einem festgelegten Trassenkorridor der *Bundesfachplanung* oder einem *Präferenzraum* liegen, liegen zweifelsfrei in einem für sie vorgesehenen Gebiet. In der Bundesfachplanung ist auch eine SUP durchzuführen, §§ 1 I Nr. 2, 2 VII iVm Anlage 5 Nr. 11.1 UVPg. Zwar ist für die Festlegung von Präferenzräumen im UVPg keine eigene Regelung getroffen. Allerdings ergibt sich die SUP-Pflichtigkeit der Präferenzraumfestlegung aus der SUP-Pflicht für den Bundesbedarfsplan nach § 12e EnWG gem. Nr. 1.10, Anlage 5 UVPg, denn der Präferenzraum ist gem. § 12c IIa 1 EnWG dem Umweltbericht zugrunde zu legen. Bei dem hier genannten Umweltbericht handelt es sich um den Umweltbericht iSd § 12c II EnWG zur Vorbereitung des Bedarfsplans nach § 12e EnWG, der den Anforderungen des § 40 UVPg entsprechen muss.

*Sonstige Vorhaben iSd § 43 I 1 Nr. 1–4 EnWG* und des *EnLAG* sind Vorhaben in Länderzuständigkeit. Hier ist für die Anwendbarkeit vorhabenscharf zu prüfen, ob eine Gebietsausweisung etwa in einem Vorranggebiet oder Vorbehaltsgelände Stromleitungen in einem Landesraumordnungsplan oder einem Regionalen Raumordnungsplan vorliegt und für diesen eine SUP durchgeführt wurde. Nicht ausreichend sind freiwillig erstellte Umweltfachbeiträge, die nicht die gesetzlichen Anforderungen einer SUP umsetzen.

Erfasst werden können auch *sonstige Vorhaben iSd § 1 BBPlG*, also die übrigen im Bundesbedarfsplan enthaltenen Vorhaben. Hierunter können sowohl Vorhaben in Zuständigkeit der BNetzA fallen, ausweislich der Gesetzesbegrün-

dung etwa Verfahren mit *Bundesfachplanungsverzicht nach § 5a III NABEG* oder nach § 2 VII 2 und 3 *BBPlG Erdkabel-HGÜ-Vorhaben mit Bündelungsoptionen* oder der *länderübergreifende landseitige Teil einer Offshore Anbindungsleitung* iSd § 2 III BBPlG,<sup>25</sup> als auch die Vorhaben des Bundesbedarfsplans, die in die Länderzuständigkeit fallen. Der Gesetzgeber will hier ebenfalls durch Landesplanung oder nach Landesrecht bestimmte Leitungsverläufe für HGÜ-Erdkabel erfasst wissen.<sup>26</sup> Eindeutig ist insoweit, dass zum Bundesbedarfsplan eine SUP durchgeführt wurde (vgl. Nr. 1.10, Anlage 5 UVPg). Fraglich ist allerdings die zweite Voraussetzung, nämlich ob im Bundesbedarfsplan „Gebiete“ für Stromleitungen „vorgesehen“ sind. In der EU-NotfallVO heißt es insoweit, dass „das Projekt in einem für ... Stromnetze vorgesehenen Gebiet ... durchgeführt wird, falls die Mitgliedstaaten ein solches Gebiet ausgewiesen haben...“. Mithin stellt sich die Frage, ob für die Vorsehung eines Gebiets für die Stromleitungen iSd § 43m I 1 EnWG eine spezifische Ausweisung für ein fest umrissenes räumliches Gebiet erforderlich ist. Eine spezifische Form der Gebietsausweisung, wie man dies etwa von Art. 6 FFH-RL kennt, ist nicht erforderlich, da entsprechende konkrete Anforderungen an einen Ausweisungsprozess in der NotfallVO und angesichts der Formulierung „vorsehen“ auch in § 43m EnWG fehlen. Es reicht also jede gesetzliche oder untergesetzliche Regelung, die ein Gebiet für die Inanspruchnahme von Stromleitungen darstellt. Insofern lässt sich vertreten, dass der BBP Gebiete für Stromleitungen vorsieht. Zwar enthält der Bundesbedarfsplan keine Festlegungen für konkrete Trassenverläufe. Allerdings sind die im BBPlG enthaltenen Anfangs- und Endpunkt als Netzverknüpfungspunkte iSd § 1 II 2 BBPlG rechtlich verbindlich<sup>27</sup> und grenzen damit den Untersuchungsraum für das dazwischen zu planende Leitungsvorhaben ein. Auch bezieht sich die Umweltprüfung in der SUP zum Bundesbedarfsplan nach § 12c II EnWG auf konkrete Bereiche, die eben durch die Netzverknüpfungspunkte begrenzt bzw. gesetzt werden. Im Untersuchungsrahmen der BNetzA zum NEP 2037 (2045) heißt es dazu:<sup>28</sup>

„Grundsätzlich sieht die BNetzA für diese Maßnahmen einen Untersuchungsraum vor, der parallel um die Luftlinie zwischen den NVP abgegrenzt wird (Puffer). Die Untersuchungsräume umschließen jeweils die Anfangs- und Endpunkte sowie die Stützpunkte der Maßnahmen. Diese NVP werden anhand der von den ÜNB mitgeteilten Koordinaten dargestellt. ... Die Breite des Untersuchungsraumes wird längenabhängig gewählt. Das Verhältnis der Länge zur Breite beträgt 2,5:1. ... Als Hilfsmittel für die Ermittlung, Beschreibung und Bewertung voraussichtlicher erheblicher Umweltauswirkungen in der SUP sind die abgegrenzten Untersuchungsräume ausdrücklich nicht verbindlich für die folgenden Schritte des mehrstufigen Planungsprozesses. Sie bilden somit keine Vorgaben für die Bundesfachplanungs- und Raumordnungsverfahren sowie für die Planfeststellungsverfahren.“

22 BVerwGE 97, 143 = NVwZ 1995, 598 (600). Näher dazu Ruge EnWZ 2015, 497 (501).

23 Vgl. etwa BVerwGE 157, 73 Rn. 24 = NVwZ 2017, 708.

24 Ruge NVwZ 2023, 870.

25 BT-Drs. 20/5830, 47.

26 BT-Drs. 20/5830, 47.

27 BVerwG NVwZ-RR 2019, 91 (EnLAG Nr. 5).

28 Bedarfsermittlung 2023–2037/2045: Entwurf der Festlegung des Untersuchungsrahmens für die Strategische Umweltprüfung, Stand Nov. 2022, S. 55; in der finalen Fassung der Festlegung vom Mai 2023 ist der Hinweis auf die fehlende Verbindlichkeit allerdings nicht mehr zu finden [www.netzausbau.de](http://www.netzausbau.de) (abgerufen am 18.5.2023).

Aufgrund der fehlenden Anforderungen an den Prozess der Ausweisung des Gebiets erscheint es dennoch vertretbar, die fehlende Verbindlichkeit als unschädlich zu betrachten. Somit lassen sich alle Vorhaben des BBPlG rechtlich vertretbar als vorgesehene Gebiete mit SUP einordnen.

Die Regelung nimmt auf alle Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren Bezug. Erfasst sind damit auch die gem. § 43 I 1 EnWG bzw. § 18 I NABEG genehmigungsbedürftige Planänderung nach erfolgter Planfeststellung und Fertigstellung. Gleiches dürfte auch für Planänderungsverfahren nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses aber vor Fertigstellung nach § 76 VwVfG iVm § 43d EnWG gelten, da hierfür ein neues Verfahren erforderlich ist, für das ein Antrag iSd § 43m III 1 EnWG zu stellen ist. Nicht erfasst werden dürften Antrags- oder Planungsänderungen nach Einreichung aber vor Planfeststellung, die sich nach § 22 UVPg, § 22 VII NABEG, § 73 VIII VwVfG richten. Die Umsetzungsregelung des § 43m EnWG enthält keine Beschränkung ihrer Anwendbarkeit auf Planänderungen von Verfahren, die ihrerseits selbst in den Anwendungsbereich des § 43m EnWG fallen. Damit kann es, wie bei einzelnen Abschnitten eines Vorhabens, bei Planänderungen zu einer Abweichung des Prüfprogramms gegenüber dem ursprünglichen Genehmigungsverfahren kommen.

Auch das Anzeigeverfahren nach § 43f EnWG bzw. § 25 NABEG, in denen keine materielle Genehmigung erteilt wird, fällt in den Anwendungsbereich des § 43m EnWG. Die Anwendbarkeit auf das Anzeigeverfahren ist gesondert in § 43m IV EnWG geregelt (dazu sogleich unter 4.h).

### 3. Rechtsfolgen, § 43m I, II und IV EnWG

#### a) Prüferleichterungen für das zwingende Recht

Fällt ein Vorhaben in den zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Norm, ist nach § 43m I 1 von der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung und einer Prüfung des Artenschutzes nach den Vorschriften des § 44 I BNatschG abzusehen.

Hinsichtlich der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedeutet dies, dass kein UVP-Bericht erstellt werden darf. Die Berücksichtigung von Umweltbelangen in der fachplanerischen Abwägung nach § 43 III EnWG und § 18 IV 1 NABEG bleiben allerdings von S. 1 unberührt (dazu sogleich unter c).

Hinsichtlich des Artenschutzes bedeutet dies, dass die Prüfung sämtlicher artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände des § 44 I BNatschG entfällt. Damit entfallen auch alle hierfür erforderlichen Ermittlungen, wie Kartierungen oder Habitatpotenzialanalysen.<sup>29</sup> Unberührt bleiben allerdings Ermittlungen für alle andere Anforderungen des strikten Rechts.

#### b) Fortbestehendes Prüfprogramm des strikten Rechts

Aus dem Wortlaut der Regelung sowie der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass das zwingende Recht jenseits der beiden Ausnahmereiche UVP-Bericht und § 44 I BNatschG weiterhin ohne Abstriche zu prüfen ist. Dies ergibt sich aus der eindeutigen Beschränkung auf den Entfall der verfahrensrechtlichen Regelungen des UVP-Berichts und der materiell-rechtlichen artenschutzrechtlichen Prüfung nach § 44 I BNatschG sowie der höherrangigen Ausnahmeregelung des Art. 6 der EU-NotfallVO. In der Geset-

zesbegründung heißt es unter Bezug auf die Erleichterungen in der Abwägung nach § 43m I 2 EnWG eindeutig: „Dies entbindet nicht von der Pflicht, gesetzliche Vorgaben wie etwa immissionsschutzrechtliche Grenzwerte weiter einzuhalten.“ Insofern entfaltet § 43m I 2 EnWG hinsichtlich des übrigen zwingenden Umweltrechts keine „Sperrwirkung“. Daher sind sämtliche für die jeweilige Prüfung der Normen des zwingenden Rechts erforderlichen Daten zu erheben und Kartierungen vorzunehmen, soweit dies für die Abarbeitung des jeweiligen Tatbestands aus fachlicher Sicht geboten ist, wenn etwa im Gebietsschutz Standarddatenbögen, Managementpläne oder Habitatpotenzialanalysen nicht ausreichen, um eine erhebliche Beeinträchtigung auszuschließen. Gerade mit Blick auf die Erleichterung im Artenschutz wird damit deutlich, dass durch die Fortgeltung insbesondere der Anforderungen im Gebietsschutz und der Eingriffsregelung aufgrund der dafür weiterhin erforderlichen Kartierungen und umfangreichen Ermittlung, Beschreibung und Bewertung die Entlastungswirkung für linienförmige Infrastrukturen wie Stromleitungen geringer als gedacht sein dürfte.

Aus dem zwingenden Recht seien die folgenden, wichtigsten Regelungen, die weiterhin abzu prüfen sind, beispielhaft hervorgehoben: der nationale und unionsrechtliche Gebietsschutz nach §§ 20 ff. und 34 BNatschG einschließlich Kartierungen der Anhang I- und Anhang II-Lebensraumtypen, Tier- und Pflanzenarten sowie charakteristischen Arten, der gesetzliche Biotopschutz nach § 30 BNatschG und landesrechtliche Vorgaben, der nationale Artenschutz nach §§ 39 ff. BNatschG, die verbindlichen Vorgaben der 26. BImSchV, dh EMF-Grenzwerte und Überspannungsverbot, der Schutz des Grundwassers nach § 47–49 WHG, die Verbote für Gewässer nach WSG-Verordnungen einschließlich eventuell erforderlicher Ausnahmen gem. § 52 WHG, das Verbesserungsgebot und Verschlechterungsverbot bzgl. der Bewirtschaftungsziele nach WRRL bzw. § 27 WHG, die Bauverbote in Überschwemmungsgebieten nach § 78 I WHG, der Schutz des Trinkwassers nach § 1 TrinkwasserV, die Richtwerte der TA Lärm iVm §§ 22, 23 iVm § 48 und 6. AVwV für den Betrieb der Leitung, die Anbauverbotszonen nach § 9 FStrG sowie Straßengesetze der Länder und Eisenbahngesetze der Länder, die bergrechtlich festgesetzten Baubeschränkungsgebiete nach § 108 BBergG, Vorbehalte und Verbote nach §§ 12, 17 LuftVG, die Waldumwandlungsgenehmigung nach § 9 iVm §§ 12–13 BWaldG, §§ 1–3 SchutzbereichsG für Anlagen der Landesverteidigung. Hinzu kommen alle einschlägigen landesrechtlichen Regelungen, etwa das Landesdenkmalrecht, Landeswaldgesetze oder die Ziele der Raumordnung nach § 4 ROG aus Landesraumordnungsplänen und Regionalen Raumordnungsplänen.

Unklarheiten gibt es hinsichtlich der Einordnung bestimmter Regelungen als zwingendes Recht oder als Abwägungsbelang. Dies ist rechtlich von Bedeutung, da bei einer Einordnung als zwingendes Recht eine Prüfung ohne Abstriche durchzuführen ist, während bei einer Einordnung als Abwägungsbelang die Sperrwirkung des § 43m I 2 EnWG greift und eine Prüfung umweltfachlicher Belange in der Planfeststellung nur erfolgt, wenn der Umweltbelang Teil der vorgelagerten SUP war. Eine fehlerhafte Einordnung kann zudem einen Abwägungsfehler und damit die Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses zur Folge haben.

<sup>29</sup> Zu Potenzialanalysen Ruge/Kohls ZUR 2015, 652 sowie ZUR 2016, 23.

### aa) Minimierungsgebot

Das sogenannte *Minimierungsgebot* nach § 4 II der 26. BImSchV iVm der 26. BImSchVVwV fordert, dass bei Errichtung und wesentlicher Änderung von Niederfrequenzanlagen sowie Gleichstromanlagen die Möglichkeiten auszuschöpfen sind, die von der jeweiligen Anlage ausgehenden elektrischen, magnetischen und elektromagnetischen Felder nach dem Stand der Technik unter Berücksichtigung von Gegebenheiten im Einwirkungsbereich zu minimieren. Das Nähere regelt eine Verwaltungsvorschrift gem. § 48 BImSchG, die sogenannte 26. BImSchVVwV. In deren Nr. 3.1 wird klargestellt, dass die Prüfung möglicher Minimierungsmaßnahmen individuell für die geplante Anlage erfolgt einschließlich ihrer geplanten Leistung und *für die festgelegte Trasse*. Das Minimierungsgebot verlangt keine Prüfung nach dem im Energiewirtschaftsrecht verankerten sogenannten NOVA-Prinzip – Netzoptimierung vor Netzverstärkung vor Netzausbau – und keine Alternativenprüfung, wie zum Beispiel Erdkabel statt Freileitung, alternative Trassenführung oder Standortalternativen, die nach den sonstigen Rechtsvorschriften, insbesondere nach dem Planfeststellungsrecht, erforderlich sein können. Die Formulierung des „Ausschöpfens von Möglichkeiten“ spricht dafür, dass es sich bei der Norm lediglich um einen Abwägungsbelang handelt.<sup>30</sup> Denn dieses konkretisiert in gewissem Umfang den Abwägungsvorgang bei Einflüssen unterhalb der Schwellenwerte nach der 26. BImSchV.<sup>31</sup> Das BVerwG<sup>32</sup> führte dazu aus:

„Allerdings soll der Wortlaut ‚zu minimieren‘ die ursprünglich von der Bundesregierung vorgeschlagene Formulierung ‚zu vermindern‘ (BT-Drs. 17/12372, 6) verstärken und damit ein Gedanke aus dem Strahlenschutzrecht übernommen werden (BR-Drs. 209/13, 2). Die Norm fordert dennoch nicht die Ausschöpfung des technisch-wissenschaftlich möglichen Minimierungspotenzials, sondern eine risikoproportionale Emissionsbegrenzung im Rahmen des Standes der Technik und damit dem vernünftigen Optimum.<sup>33</sup> Der auf § 23 I 1 Nr. 1 BImSchG gestützte § 4 II 1 der 26. BImSchV dient der Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und steht im Rang unterhalb der formellen Bundesgesetze. Schon daher begründet die Norm keinen zwingenden Vorrang einer Minimierung elektromagnetischer Felder, wenn diese in Konflikt zu anderen Zielen mit Gesetzesrang gerät.“

Gefordert ist vielmehr ein vernünftiges, risikoproportionales Optimum, also: Abwägung.<sup>34</sup> § 4 II 1 der 26. BImSchV erweist sich damit – insoweit vergleichbar dem § 50 S. 1 BImSchG – nicht als konkurrenzlos, sondern kann in einer Bewertung der konkreten Einzelfallumstände hinter anderen Belangen zurücktreten.<sup>35</sup> Die Folge dieser Einordnung ist eindeutig: Als Abwägungsbelang ist das Minimierungsgebot des § 4 II der 26. BImSchV nach den umfassenden Anforderungen der 26. BImSchVVwV nur noch dann zu prüfen, wenn in der vorgelagerten SUP dazu Ausführungen gemacht wurden. Ist dies nicht der Fall, greift die Sperrwirkung des § 43m I 2 EnWG.

### bb) Richtwerte der AVV Baulärm

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der Einordnung der *Richtwerte der AVV Baulärm* iVm §§ 22, 23 und 66 II BImSchG. Nach der Rechtsprechung des BVerwG konkretisiert die gem. § 66 II BImSchG maßgebliche Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm vom 19.8.1970 (AVV Baulärm) den unbestimmten Rechtsbegriff der schädlichen Umwelteinwirkungen für Geräuschimmissionen von Baustellen.<sup>36</sup> Die Richtwerte der AVV Baulärm stellen danach verbindliche Höchstgrenzen dar, die für den Regelfall bindend sind. Werden sie überschritten, ist in der Regel eine schädliche Umwelteinwirkung anzunehmen. Von den Immissionsrichtwerten der AVV Baulärm

kann nur dann ausnahmsweise abgewichen werden, wenn die Schutzwürdigkeit des Einwirkungsbereichs einer Baustelle im konkreten Fall geringer zu bemessen ist als von der AVV Baulärm vorgegeben.<sup>37</sup> Gleichwohl sprechen durchaus Argumente gegen die Einordnung als zwingendes Recht. So werden anders als die Grenzwerte der §§ 3 II, 3a der 26. BImSchV die Werte der AVV Baulärm, so wie auch der TA Lärm, lediglich als Richtwerte bezeichnet. Auch ist anerkannt, dass die Überschreitung der Richtwerte für sich kein Zulassungshindernis darstellt, sondern nicht zuletzt unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit von Minderungsmaßnahmen für den Vorhabenträger die Verpflichtung zur Folgenbewältigung etwa über ein Schutzkonzept nach § 74 II 2, 3 VwVfG ausgelöst wird.<sup>38</sup> Weiterhin sind die bisher in der Rspr aus der 24. BImSchV abgeleiteten Zumutbarkeitsschwellen von 70 dBA für Verkehrslärm, also Dauerlärm entwickelt worden und daher nicht unbesehen auf temporären Baulärm übertragbar. Auch wird es von der Rspr als zulässig erachtet, anders als nach der AVV Baulärm für die Richtwerte vorgesehen, für das Schutzkonzept und die Folgenbewältigung auch auf die gegenüber den Richtwerten der AVV deutlich großzügigeren Innenraumpegel abzustellen.<sup>39</sup> Gleichwohl sind verfassungsrechtliche Zumutbarkeitsschwellen – unabhängig von ihrer Höhe – für eine Gesundheitsbeeinträchtigung in jedem Fall einzuhalten und über ein Schutzkonzept zu bewältigen. Die Richtwerte der AVV Baulärm lassen sich also jedenfalls hinsichtlich der Verpflichtung zur Folgenbewältigung als zwingendes Recht einordnen.

### cc) Eingriffsregelung des § 15 BNatSchG

Vergleichbar verhält es sich mit der Eingriffsregelung nach § 15 BNatSchG und der gegebenenfalls zur Anwendung kommenden BKompV, die hinsichtlich der Verpflichtung zur Folgenbewältigung ebenso als zwingendes Recht einzuordnen sind. „Die Eingriffsregelung ergänzt die fachrechtlichen Zulassungstatbestände. (...) Die mit der Eingriffsregelung verbundenen Rechtsfolgen werden überhaupt erst dadurch ausgelöst, dass das Fachrecht den Weg für die Zulassung des Vorhabens, freimacht. (...) In dieser Vorschrift wird nicht die Frage thematisiert, ob der Eingriff unter den dort genannten Modalitäten zulässig ist oder nicht. Die Zulässigkeit des Eingriffs als solche wird vielmehr vorausgesetzt. Der Verursacher wird nicht daran gehindert, den Eingriff vorzunehmen. Ihm wird lediglich die „Verpflichtung“ auferlegt, den in dieser Bestimmung bezeichneten Unterlassungs- und Handlungsgeboten nachzukommen. (...) Die Eingriffsregelung ist dem fachgesetzlichen Zulassungstatbestand „aufgesattelt“. Ihr Ziel ist es, den Vorschriften des Fachrechts ein auf die Bedürfnisse des Naturschutzes und der Landschaftspflege zugeschnittenes Folgenbewältigungssystem zur Seite zu stellen.“<sup>40</sup> Sie verhindert als „sekundärrechtliches“ Instrument, dass die nachteil-

30 So auch Steinbach/Franke/Fest/Riese Kommentar zum Netzausbau, 3. Aufl. 2023, EnWG § 43 Rn. 156.

31 Rubel UPR 2018, 422 (423 f.).

32 BVerwGE 161, 263 Rn. 49 = NVwZ 2018, 1322.

33 Feldhaus/Rebentisch Bundesimmissionschutzrecht, Stand Mai 2017, B 2.26, 26. BImSchV § 4 Rn. 18

34 Rubel jM 2018, 329 (331).

35 BVerwGE 161, 263 Rn. 49 = NVwZ 2018, 1322.

36 BVerwGE 143, 249 Rn. 27 = NVwZ 2012, 1393.

37 BVerwGE 143, 249 Rn. 32 = NVwZ 2012, 1393.

38 OVG Koblenz 10.10.2018 – 8 C 11694/17, BeckRS 2018, 29336 Rn. 70.

39 BVerwG 10.7.2012 – 7 A 12/11, BeckRS 2012, 56330 Rn. 78; OVG Koblenz 10.10.2018 – 8 C 11694/17, BeckRS 2018, 29336 Rn. 70.

40 Vgl. BVerwGE 100, 370 = NVwZ 1996, 1016.

lige Inanspruchnahme von Natur und Landschaft, die das Fachrecht gestattet, zulasten von Natur und Landschaft sanktionslos bleibt.“<sup>41</sup> Ebenso verhält es sich mit dem Vermeidungsverbot des § 17 BNatSchG. Es zwingt nicht zur Aufgabe des Eingriffsvorhabens, sondern nur zur Vermeidung derjenigen Eingriffe in den Naturhaushalt, derer es zur Verwirklichung des Vorhabens *am geplanten Standort* nicht bedarf.<sup>42</sup> Dies ergibt sich auch aus § 15 I 2 BNatSchG, indem dort nachteilige Einwirkungen für vermeidbar erklärt werden, die sich durch eine andere Art der Verwirklichung des Vorhabenzwecks „*am gleichen Ort*“ ganz oder teilweise verhindern lassen. Hierdurch wird klargestellt, dass der Eingriffsverursacher nicht zur Wahl anderer Standorte oder Trassenführungen, wohl aber dazu verpflichtet ist, technische Ausführungsvarianten zu nutzen, sofern sich die Eingriffsfolgen auf diesem Wege minimieren lassen.<sup>43</sup> Auch zur Abarbeitung der Eingriffsregelung sind Kartierungen in größerem Umfang erforderlich. Rechtlich widersprüchlich wird es dann, wenn etwa Landesregelungen zur Abarbeitung der Eingriffsregelung Kartierungen der nach § 43m EnWG nicht mehr zu prüfenden Anhang IV-Arten verlangen.<sup>44</sup>

### c) Sperrwirkung und Prüferleichterungen für die Abwägung, § 43m I 2 EnWG

Während nach § 43m I 1 EnWG der UVP-Bericht zwingend entfällt, sind allerdings im Rahmen der fachplanerischen Abwägung nach § 43 III EnWG und § 18 IV 1 NABEG bei der Planfeststellung die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange zu berücksichtigen. Damit bliebe es ohne die im Gesetzgebungsverfahren nachträglich eingeführte Regelung des § 43m I 2 EnWG<sup>45</sup> bei der vollständigen Ermittlung, Beschreibung und Bewertung von Umweltbelangen im Rahmen der Alternativenprüfung bzw. der fachplanerischen Abwägung. Damit hätte sich die Vereinfachungswirkung der Regelung auf den bloßen Entfall der Zusammenführung des weiterhin in vollem Umfang zu ermittelnden Abwägungsmaterials in einem UVP-Bericht beschränkt. § 43m I 2 EnWG ordnet daher an, dass § 18 IV 1 NABEG und § 43 III EnWG mit der Maßgabe anzuwenden sind, dass Belange, die nach § 43m I 1 nicht zu ermitteln, zu beschreiben und zu bewerten sind, nur insoweit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind, als diese Belange im Rahmen der zuvor durchgeführten SUP ermittelt, beschrieben und bewertet wurden. Die Gesetzesbegründung<sup>46</sup> erläutert dazu unmissverständlich:

„Aus dem Gesetzeszweck des Art. 6 VO (EU) 2022/2577, die Genehmigungsverfahren erheblich zu beschleunigen, folgt, dass die betreffenden Belange soweit sie nicht zu ermitteln sind auch nur eingeschränkt im Rahmen der planfeststellungsrechtlichen Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen sind, namentlich insoweit als sie im Rahmen der vorangegangenen SUP ermittelt, beschrieben und für die Ebene abschließend bewertet wurden. Hervorzuheben ist, dass die im Rahmen der jeweiligen SUP ermittelte Datengrundlage für die Einbeziehung von Umweltbelangen in die Abwägung im Planfeststellungsverfahren maßgeblich und zugleich abschließend ist, gleich welchen Abstraktionsgrades die vorangegangene SUP gewesen ist. Eine Nachermittlung oder Vertiefung ist nicht notwendig. Andernfalls wäre doch eine zeitaufwändigere Ermittlung notwendig und der Gesetzeszweck würde verfehlt. Dies wird in Abs. 1 S. 2 klargestellt. Dies entbindet nicht von der Pflicht, gesetzliche Vorgaben wie etwa immissionsschutzrechtliche Grenzwerte weiterhin einzuhalten.“

Für die Abwägung bedeutet dies, dass die Schutzgüter der UVP als Umweltbelange nicht mehr eigenständig in der Planfeststellung zu ermitteln sind. Stattdessen ist zu prüfen, ob die vorgelagerte SUP hinreichende Angaben zu den Schutzgütern enthält, die sich für die Bewertung der Trasse auf Planfeststellungsebene eignen; in diesem Fall sind diese Angaben aus der vorgelagerten SUP in die Abwägung der Planfeststellung zu übernehmen.<sup>47</sup> Ist dies nicht der Fall, endet die Prüfung auf abwägungserhebliche Umweltbelange an dieser Stelle ohne weitere Nachermittlung. Für die fachplanerische Abwägung verbleiben dann alle nicht umweltbezogenen Abwägungsbelange, etwa wirtschaftliche und technische Belange, nicht umweltbezogene Grundsätze und sonstige Erfordernisse der Raumordnung, sowie sonstige öffentliche und private Belange.

Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte diese doch sehr weitgehende Beschränkung des mit Blick auf die enteignungsrechtliche Vorwirkung verfassungsrechtlich verwurzelten Abwägungsgebots<sup>48</sup> beurteilen werden. Erste europarechtliche Kritik an der EU-NotfallVO ist bereits geäußert worden.<sup>49</sup>

### d) Prüfung von Minderungsmaßnahmen anstelle von Verbotstatbeständen des Artenschutzes, § 43m II EnWG

Auch wenn von der Prüfung des Artenschutzes nach § 44 I BNatSchG gem. § 43m I 1 abzusehen ist, sind artenschutzfachliche Überlegungen zu § 44 I BNatSchG nicht völlig ausgeklammert. So knüpft nämlich § 43m II 1 EnWG mit einer Pflicht zur Prüfung von Minderungsmaßnahmen an § 44 I BNatSchG. Nach § 43m II 1 EnWG stellt die zuständige Behörde sicher, dass auf Grundlage der vorhandenen Daten geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen ergriffen werden, um die Einhaltung der Vorschriften des § 44 I BNatSchG zu gewährleisten, soweit solche Maßnahmen verfügbar und geeignete Daten vorhanden sind.

41 BVerwGE 104, 144 Rn. 19 = NVwZ 1997, 914 zu einer Vorgängernorm der heutigen Eingriffsregelung.

42 Lütke/Ewer/Lütke BNatSchG, 2. Aufl. 2018, BNatSchG § 15 Rn. 5; VG Augsburg 22.11.2012 – Au 5 K 11.1539, BeckRS 2012, 60463.

43 BT-Drs. 16/12274, 57.

44 Hinweise zur Eingriffsregelung Mecklenburg-Vorpommern (HZE 2018). Danach sind Beeinträchtigungen gefährdeter Arten (ein Großteil der Europäischen Vogelarten und fast alle Anhang-IV-Arten) und entsprechende Kompensationsmaßnahmen in der Eingriffsregelung zu betrachten. Somit beschränkt sich die „Erleichterung“ durch § 43m II EnWG beim Artenschutz neben dem Entfall der Prüfung der Verbotstatbestände, auf die Bestandsaufnahme der nicht gefährdeten Vogelarten.

45 Im Kabinettsbeschluss v. 31.1.2023 war die Regelung des § 43m I 2 noch nicht enthalten veröffentlicht auf [www.bmwk.de](http://www.bmwk.de), aufgerufen am 18.5.2023). Sie wurde erst aufgrund der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses des Bundestags v. 1.3.2023 eingefügt, BT-Drs. 20/5830.

46 BT-Drs. 20/5830, 46 f.

47 Dies können sogar Belange des entfallenden Artenschutzes sein, zB die Berücksichtigung von IBA oder RAMSAR, sofern sie Teil der Abwägung der vorgelagerten SUP war (vgl. BVerwG NVwZ 2023, 678 Rn. 40 ff.). Hingegen dürften andere Belange mangels Abarbeitung in der vorgelagerten SUP regelmäßig nicht mehr Eingang in die Planfeststellung finden, etwa die Prüfung von EMF und Lärm unterhalb der Grenz- bzw. Richtwerte, das Minimierungsgebot nach § 4 II der 26. BImSchV oder der Belang der erdrückenden Wirkung von Freileitungsmasten, da vom BVerwG aus dem Schutzgut Mensch abgeleitet, BVerwG NVwZ 2023, 678 Rn. 20 ff. (Rommerskirchen II).

48 Vgl. BVerwGE 64, 270 Rn. 17 = NJW 1982, 1473; BeckOK VwVfG/Kämper, 59. Ed., Stand 1.4.2023, VwVfG § 74 Rn. 68; Martini/Finkenzerler JuS 2012, 126 mwN.

49 CEE Bankwatch Network/Ökobüro sowie Foreningen Svenskt Landskapskydd ua, Request for Internal Review under Title IV of the Aarhus Regulation, 20.2.2023, Interinstitutional File 2022/0367 (NLE), 9.3.2023, [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu) (aufgerufen am 22.5.2023).



Diese Norm ist schwierig in der Anwendung. Schon die Frage, wie Minderungsmaßnahmen zu prüfen sein sollen, wenn zuvor gar nicht die Verwirklichung von Verbotstatbeständen geprüft wurde, zeigt das Dilemma der Norm auf. Zugleich wird deutlich, dass anders als bei § 72a WindSeeG die Regelung das Schutzniveau und die Anzahl der zum Einsatz kommenden Minderungsmaßnahmen durch die im Wortlaut vorgesehenen starken Einschränkungen deutlich absenken soll.<sup>50</sup>

### aa) Begriff der Minderungsmaßnahmen

Zu prüfen sind „Minderungsmaßnahmen“. Was der Gesetzgeber damit meint, wird weder im § 43m EnWG noch im BNatschG definiert. Es ist davon auszugehen, dass damit solche Maßnahmen gemeint sind, die die Verletzung der Verbotstatbestände des § 44 I BNatschG vermeiden oder unter die Signifikanzschwelle senken. Sie werden üblicherweise als Schadensbegrenzungsmaßnahmen, Schutzmaßnahmen, Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen oder jüngst von der EU Kommission als Abschwächungsmaßnahmen bezeichnet.<sup>51</sup> Theoretisch erfasst werden damit zunächst – vorbehaltlich des Vorliegens der weiteren Voraussetzungen – alle üblichen und denkbaren Schadensbegrenzungsmaßnahmen. Ob dies auch CEF-Maßnahmen nach § 44 V 2 BNatschG (vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen) einschließt, ist fraglich. So werden sie in § 44 V 3 BNatschG als Ausgleichsmaßnahmen und eben gerade nicht als Vermeidungsmaßnahmen bezeichnet. Auch wird in der Literatur der Unterschied zwischen CEF-Maßnahmen und Schadensbegrenzungsmaßnahmen betont.<sup>52</sup> Beides spricht für einen vollständigen Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des § 43m II 1 EnWG. CEF-Maßnahmen sind allerdings funktional keine Ausgleichsmaßnahmen für erfolgte Eingriffe, sondern dienen wie Schadensbegrenzungsmaßnahmen der Vermeidung von Eingriffen, da sie gewährleisten müssen, dass die Beeinträchtigung bereits im Zeitpunkt der Durchführung des Eingriffs oder Vorhabens den Verbotstatbestand ausschließende Wirkung haben.<sup>53</sup> Es sprechen also auch Gründe für die Erfassung von CEF-Maßnahmen, jedenfalls aber dürfte aufgrund des teils erheblichen zeitlichen Vorlaufs ihre Anwendung im Rahmen des § 43m EnWG in der Regel an der Verfügbarkeit, Eignung oder Verhältnismäßigkeit iSd § 43m II 1 EnWG scheitern.

### bb) Beschränkung der Prüfpflichten

Die angesichts des angeordneten Entfalls der Prüfung des § 44 I BNatschG überraschende Pflicht, dessen Einhaltung gleichwohl durch Minderungsmaßnahmen sicherzustellen, wird gleich durch mehrere Tatbestandsmerkmale der Norm sehr deutlich beschränkt.

So wird zunächst abweichend vom üblichen Prüfumfang zu § 44 I BNatschG festgelegt, dass Minderungsmaßnahmen nur zu ergreifen sind, soweit solche Maßnahmen *verfügbar und geeignete Daten vorhanden* sind. Zum Vorhandensein geeigneter Daten heißt es in der Gesetzesbegründung<sup>54</sup>:

„Bei der Bewertung müssen nur vorhandene Daten aus behördlichen Katastern und behördlichen Datenbanken zugrunde gelegt werden. Das bedeutet, dass auch in den Fällen, in denen keine Daten zur Verfügung stehen, keine Kartierung erforderlich ist; es kommt dann nur ein finanzieller Ausgleich in Betracht.“

Nicht legaldefiniert wird der Begriff „vorhandener Daten“. Nach der Gesetzesbegründung sind Kartierungen und zusätzliche Ermittlungen ausgeschlossen; die Ermittlungs-

pflicht für Minderungsmaßnahmen beschränkt sich damit auf die Abfrage bei Behörden. Das spricht dafür, dass bei den Vorhabenträgern selbst vorhandene Daten oder Daten, die von Dritter Seite, etwa von Umweltverbänden im Laufe des Verfahrens bereitgestellt werden, ausgeschlossen sind. Unsicherheiten bzgl. dieser weiten Interpretation ergeben sich aus dem Wortlaut, der lediglich allgemein auf „vorhandene“ Daten abstellt und damit die Beschränkung auf Behördendaten nicht spiegelt. Insofern ließe sich aber vertreten, dass nur Daten, die zum Zeitpunkt der Trassenermittlung durch den Vorhabenträger vorliegen, vorhandene Daten und damit zu berücksichtigen sind. Jede nachträgliche Ermittlung, Bewertung oder auch spätere Übernahme von Daten Dritter führte zu Anpassungsbedarf der Unterlagen und soll durch die Regelung des § 43m EnWG gerade ausgeschlossen werden. Eine gesetzliche Klarstellung wäre sinnvoll.

Darauf aufbauend sind Minderungsmaßnahmen nur verfügbar, sofern sie im Rahmen der vorgesehenen Inbetriebnahmedaten des jeweiligen Vorhabens zeitlich umsetzbar sind und auf Basis der vorhandenen Daten fachlich ausreichend begründet, belastbar und hinreichend konkret abgeleitet werden können, ohne dass dies zusätzlichen planerischen Aufwandes bedarf. Neben der zeitlichen Verfügbarkeit ist auch die Flächenverfügbarkeit erforderlich.

In ähnlicher Weise schränken auch die Tatbestandsmerkmale der Eignung und der Verhältnismäßigkeit die zu prüfenden Minderungsmaßnahmen ein. Die Eignung und Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass die Minderungsmaßnahmen zur Vermeidung von Beeinträchtigungen fachlich anerkannt und – auch unter Berücksichtigung der Qualität der vorhandenen Daten – nachweislich wirksam sind und ohne Vorhabenverzögerungen in der Planung geprüft und der späteren Bauausführung realisiert werden können. Die Daten sind nur geeignet, wenn sie hinreichend aktuell und ausreichend räumlich genau sind, vgl. § 6 I 3 WindBG. Die Verhältnismäßigkeit beschränkt angesichts von sowieso zu leistenden Ausgleichszahlungen nach § 43m II 2–7 EnWG Anzahl und Umfang der zu ergreifenden Maßnahmen.

### cc) Begrenzung der Zahl von Minderungsmaßnahmen

Der Umfang der durchzuführenden Minderungsmaßnahmen ist im Gesetz nicht geregelt. Anders als bei § 72a WindSeeG sollen offenbar gerade nicht alle üblichen Minderungsmaßnahmen zum Einsatz kommen, sondern nur eine begrenzte, ausgewählte Zahl.<sup>55</sup> Ungeklärt ist insofern auch das Verhältnis der Minderungsmaßnahmen zu den Ausgleichszahlungen nach § 43m II 2–7 EnWG. Der Gesetzgeber ist in § 43m EnWG über die Anforderungen der EU-NotfallVO hinausgegangen und hat, anders als bei § 72a WindSeeG und § 6 WindBG, die Ausgleichszahlung unabhängig von dem Umfang der Minderungsmaßnahmen angeordnet. Dort entsteht die Zahlungspflicht nur „soweit Minderungsmaßnahmen nicht vorhanden sind“, die Höhe der Ausgleichszahlung ist

50 Vgl. BT-Drs. 20/5830, 51, in dem ausdr. ausgeführt wird, dass alle bisher zum Einsatz kommenden Minderungsmaßnahmen auch weiterhin Anwendung finden sollen.

51 Zur unterschiedlichen Begrifflichkeit Ruge UPR 2019, 456 (458 f.).

52 Köck ZUR 2006, 518 (521).

53 BT-Drs. 16/5100, 23; Lütkes/Ewer/Heugel BNatschG § 44 Rn. 50.

54 BT-Drs. 20/5830, 47.

55 BT-Drs. 20/5830, 51 zu § 72a II WindSeeG: „Es handelt sich bei allen zur Zeit in ständiger Verwaltungspraxis angeordneten Nebenbestimmungen zum Artenschutz um geeignete und verhältnismäßige Minderungsmaßnahmen, die auch weiterhin Anwendung finden sollen.“

also die Differenz zwischen dem Wert der durch Minderungsmaßnahmen ausgeglichenen und der nicht ausgeglichenen Beeinträchtigungen, begrenzt auf höchstens 25.000 EUR/km. Angesichts des abweichenden Wortlauts ist zweifelhaft, ob bei § 43m EnWG eine Anrechnung von Minderungsmaßnahmen möglich ist. Allerdings dürften Minderungsmaßnahmen nur verhältnismäßig iSd § 43 II 1 EnWG sein, wenn sie insgesamt den Betrag von 25.000 EUR/km nicht überschreiten.

### e) Ausgleichszahlungen an ein Artenhilfsprogramm, § 43m II 2–7 EnWG

Die Regelung zu Ausgleichszahlungen an ein Artenhilfsprogramm in § 43m II 2–7 EnWG geht über die Anforderungen der EU-NotfallVO und die Umsetzung in § 72a WindSeeG und § 6 WindBG hinaus, da die Zahlung „ungeachtet“ der Umsetzung von Minderungsmaßnahmen zu leisten ist. Dies dürfte allerdings bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Minderungsmaßnahmen zu berücksichtigen sein.

Der Betreiber hat ungeachtet des § 43m II 1 EnWG einen finanziellen Ausgleich für nationale Artenhilfsprogramme nach § 45d I BNatschG zu zahlen, mit denen der Erhaltungszustand der betroffenen Arten gesichert oder verbessert wird. Die Zahlung ist von der zuständigen Behörde zusammen mit der Zulassungsentscheidung als einmalig zu leistender Betrag festzusetzen. Die Höhe der Zahlung beträgt 25.000 EUR je angefangenem km Trassenlänge. Sie ist von dem Betreiber als zweckgebundene Abgabe an den Bund zu leisten. Die Mittel werden vom BMUV bewirtschaftet. Sie sind für Maßnahmen nach § 45d I BNatschG zu verwenden, für die nicht bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht.

### f) Entbehrlichkeit einer Ausnahmeprüfung nach § 45 VII BNatschG

Nach § 43m II 8 EnWG ist eine Ausnahme nach § 45 VII BNatschG nicht erforderlich. Diese Regelung hat wohl nur klarstellende Funktion. Da die Prüfung von Verbotstatbeständen entfällt und das Vorhaben unter den Voraussetzungen des § 43m II EnWG dennoch zulässig ist, bedarf es keiner Ausnahme nach § 45 VII BNatschG. Fraglich ist, ob sich diese Festlegung sowohl auf die Zulassungsfunktion als auch auf die verhaltensbezogene Funktion, also auch auf die Bauausführung bezieht.

### g) Legalisierungswirkung des § 43m EnWG für Verletzungen von § 44 I BNatschG in der Bauausführung?

Eine für die Praxis wichtige Frage ist, ob die Prüferleichterungen für das zwingende Recht der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 I BNatschG nur die Genehmigungsphase eines Vorhabens oder auch dessen Bauphase erfasst. Beschränkt sich die Regelung auf die Planungsphase, drohte aufgrund der fehlenden Kartierungen eine Verlagerung der artenschutzrechtlichen Prüfungen in die Bauphase. Die Bauphase könnte so massiv verzögert werden, weil die Bauarbeiten so lange gestoppt werden würden, bis das Arteninventar erfasst und anhand der Maßstäbe des § 44 I BNatschG bewertet worden ist und gegebenenfalls Ausnahmen nach § 45 VII BNatschG beantragt und genehmigt wurden.

Die Brisanz der Frage ergibt sich neben dem Thema der Verzögerung vor allem daraus, dass selbst bei einer weiten Auslegung der unklaren Norm im Sinne einer Erstreckung auch auf die Planungsphase, aufgrund der verbleibenden Rechts-

unsicherheit erhöhte Risiken für Vorhabenträger und Mitarbeiter der bauausführenden Firmen mit Blick auf die Haftungstatbestände des USchadG, die Ordnungswidrigkeitstatbestände des § 69 II Nr. 1–4 sowie die Straftatbestände des §§ 71 I Nr. 1, 2 und 71a I, II BNatschG bestehen. Fraglich ist insoweit, ob § 43m EnWG eine Legalisierungswirkung für Verletzungen von Verbotstatbeständen des § 44 I BNatschG in der Bauphase haben kann (vgl. § 19 I 2 BNatschG).

In Text und Erwägungsgründen der höherrangigen EU-NotfallVO sind dazu keine Aussagen enthalten. Im Gesetzgebungsverfahren wurde das unklare Verhältnis der EU-NotfallVO zu anderen umweltrechtlichen Richtlinien, insbesondere der FFH-RL, von Irland kritisiert:<sup>56</sup>

„Ireland is concerned that a lack of alignment with other EU environmental Directives could lead to legal challenge and uncertainty, which would have the undesired and contradictory effect of slowing down the delivery of essential renewable projects.“

Trotz dieses Fingerzeigs aus Dublin findet sich auch in § 43m EnWG oder der Gesetzesbegründung zu dieser Frage keine Aussage. Es gibt zwar gute Gründe für eine Erstreckung der Regelung auf die Bauphase und damit für eine Legalisierungswirkung für Verletzungen von § 44 I BNatschG in der Bauausführung und den Ausschluss der Umwelthaftung und OWi- und Strafbarkeitsrisiken. Die Gegenargumente sind allerdings ebenfalls von Gewicht, so dass ein Risiko für die handelnden Personen verbleibt.

Für eine Legalisierungswirkung spricht, dass § 43m EnWG keinerlei Differenzierung zwischen Genehmigungs- und Bauphase enthält, sondern die Prüfung des § 44 I BNatschG ganz allgemein nicht mehr stattfinden darf. Weiter lässt sich aus dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung argumentieren, dass die Pflicht, die Einhaltung der Verbotstatbestände zu gewährleisten, nur gilt, sofern Minderungsmaßnahmen verfügbar sind, da sie ansonsten außer Kraft gesetzt ist.<sup>57</sup> Zudem kann aus § 43m II 8 EnWG gefolgert werden, dass die geregelte Entbehrlichkeit einer Ausnahmeregelung nach § 45 VII BNatschG gerade dafür spricht, dass auch die Verletzung von Verbotstatbeständen insgesamt (Genehmigung und Bau) nicht mehr möglich ist. Weiters kann man sich auf die pauschalierte Ausgleichszahlung nach § 43m II 2–7 EnWG berufen und vertreten, dass diese gerade den Zweck hat, einen pauschalen Ausgleich für Tatbestandsverletzungen festzulegen, die die trotz Minderungsmaßnahmen verbleibenden Verletzungen des § 44 I BNatschG durch das Vorhaben ja gerade ausgleichen soll. Schließlich kann auch der übergreifende Zweck der Regelung angeführt werden, die Beschleunigung des EE-Ausbaus, der bei Beschränkung nur auf die Zulassungsfunktion in vielen Fällen nicht erreicht würde.

Auch wenn die voranstehenden Argumente überzeugend sind, so verbleiben doch rechtliche Unsicherheiten. Dies betrifft die janusköpfige Doppelfunktion der artenschutzrechtlichen Prüfung:<sup>58</sup> Sie ist verhaltensbezogene Sanktions-

56 Rat der EU, Interinstitutional File 2022/0367 (NLE), Mitteilung CM 5902/22, Annex I, vom 22.12.2022.

57 So vertritt das BMWK in einem Überblickspapier zur Umsetzung der EU-NotfallVO v. 3.3.2023, S. 2 [www.bmwk.de](http://www.bmwk.de) (abgerufen am 18.5.2023): „Die Vorgaben der Vogelschutz, Flora-Fauna-Habitat- und UVP-Richtlinie werden für den Anwendungsbereich der Verordnung außer Kraft gesetzt.“

58 Vgl. etwa Frenz/Müggenborg BNatschG/Lau, 2. Aufl. 2016, BNatschG § 44 Rn. 2.

norm einerseits und Zulassungsvoraussetzung einer Zulassungsentscheidung andererseits. Es lässt sich insofern argumentieren, dass sie in ihrer Funktion als verhaltensbezogene Sanktionsnorm trotz § 43m EnWG anwendbar bleibt mit der Folge, dass auch für solche Verstöße gegen artenschutzrechtliche Vorschriften, die zum Zeitpunkt der Planfeststellung noch nicht vorhersehbar waren, die nachträgliche Prüfung und gegebenenfalls Erteilung entsprechender Ausnahmegenehmigungen erforderlich ist.<sup>59</sup> Vor diesem Hintergrund ist zu konstatieren, dass sich § 43m EnWG ausweislich seines Wortlauts in § 43m III und IV EnWG ausdrücklich nur auf die Prüfung des § 44 I BNatschG im Rahmen von Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren bzw. Anzeigeverfahren bezieht, also auf die Zulassungsfunktion, während die Bauausführung, für die die verhaltensbezogene Funktion einschlägig ist, keine Erwähnung findet. Dies entspricht auch der Regelung des Art. 6 EU-NotfallVO, der sich mit seiner Überschrift („Beschleunigung des Verfahrens zur Genehmigungserteilung“) ebenfalls nur auf das Genehmigungsverfahren bezieht. Das Genehmigungsverfahren endet aber mit dem Erlass der Genehmigung (vgl. § 9 VwVfG).

Auch kann man die These vom Außerkraftsetzen des § 44 I BNatschG insofern hinterfragen, als § 43m II 1 EnWG ausdrücklich regelt, dass die Einhaltung der Vorschriften des § 44 I BNatschG durch Minderungsmaßnahmen sichergestellt werden soll. Wäre § 44 I BNatschG außer Kraft, würde diese Regelung ins Leere laufen und wäre auch die Nichtanwendbarkeit der Ausnahmeregelung des § 45 VII BNatschG gem. § § 43m II 8 EnWG entbehrlich. Auch diese Norm differenziert nicht zwischen den beiden Funktionen, aufgrund des Bezugs der Gesamtnorm auf die Genehmigungsverfahren könnte argumentiert werden, dass auch die Entbehrlichkeit der Ausnahme allein auf die Zulassungsfunktion bezogen werden dürfe und nicht auf die verhaltensbezogene Funktion.

Die These von der pauschalen Abgeltung der Tatbestandsverletzungen ist ebenfalls nicht eindeutig. Der Gesetzgeber verweist in der Gesetzesbegründung insoweit darauf, dass der Vorhabenträger dadurch entlastet werde, dass die Pflicht zur Durchführung einer artenschutzrechtlichen Prüfung entfällt, weil etwa die Kosten der artenschutzrechtlichen Kartierungen und der artenschutzrechtlichen Gutachten und die Regelung entfielen und die Regelung so für die Vorhabenträger in der Summe zu einer finanziellen Entlastung und trotz der Ausgleichszahlungen nicht zu einer Mehrbelastung führe.<sup>60</sup> Auch wenn dies keine unmittelbare Erläuterung des Zwecks der Ausgleichszahlung selbst ist, sondern im Rahmen der Erläuterung des Erfüllungsaufwands erfolgt, ist diese Passage doch die einzige Erläuterung der Gesetzesbegründung zur Ausgleichszahlung und daher zu berücksichtigen.

Schließlich kann auch mit der Entbehrlichkeit einer artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 VII BNatschG nicht zwingend die Enthaltung für Umweltschäden nach § 19 I 2 BNatschG angenommen werden. Denn maßgeblich ist nach dieser Norm, aufgrund des § 43m II 8 EnWG angeordneten Entfalls von Ausnahmeprüfungen nach § 45 VII BNatschG, die Zulässigkeit nach § 15 BNatschG. Ob § 43m II EnWG mit seinen bedingten Minderungsmaßnahmen die „erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen“ nach § 5 USchadG verdrängt ist zweifelhaft, da sie bewusst eingeschränkt sind. Informations- und Sanierungspflichten regelt § 43m EnWG gar nicht. Und letztlich greift eine Enthaltung nach § 19 I 2 BNatschG nur, wenn die legalisierende Genehmigung in

Kenntnis der betreffenden nachteiligen Auswirkungen „sehenen Auges“ zugelassen wurde, unvorhergesehene Auswirkungen unterfallen dieser Regelung nicht.<sup>61</sup> Mangels Prüfung der Verbotstatbestände des § 44 I BNatschG fehlt es aber im Fall des § 43m EnWG gerade an dieser Kenntnis.

Um Verzögerungen aufgrund Rechtsunsicherheit und unternehmerischer und persönlicher Haftungs- und Strafbarkeitsrisiken zu vermeiden, ist eine gesetzliche Klarstellung des Verhältnisses der Regelungen der EU-NotfallVO und ihrer nationalen Umsetzung zu anderen Regelungen des EU-Umweltrechts und der nationalen Haftungs-, OWi- und Strafbarkeitsvorschriften dringend anzuraten.

### h) Prüferleichterungen für das Anzeigeverfahren, § 43m IV EnWG

Ausweislich von § 43m III 1 EnWG erstreckt sich der Anwendungsbereich nur auf Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren. Da beim Anzeigeverfahren nach § 25 NABEG bzw. § 43f EnWG ein solches gerade nicht stattfindet, bedurfte es der ausdrücklichen Klarstellung in § 43m IV EnWG. Anders als bei den erwähnten Verfahren entfällt allerdings die artenschutzrechtliche Prüfung nicht. Damit ist auch die Diskussion um zu berücksichtigende Daten nach § 43m II nicht einschlägig. Zudem findet § 43m I 2 EnWG keine Anwendung, da ein Anzeigeverfahren keine fachplanerische Abwägung umfasst.

### III. Offshore-Anbindungsleitungen in der AWZ: Umsetzung der EU-NotfallVO in nationales Recht: § 72a EnWG

Die Regelung des § 72a WindSeeG setzt die EU-NotfallVO für Windenergieanlagen auf See in der Nordsee und für Offshore-Anbindungsleitungen in der AWZ um. Dabei gibt es einige Besonderheiten gegenüber der Regelung des § 43m EnWG. So erfolgt die optionale Anwendung nach § 72a II 2 WindSeeG nach Entscheidung des BSH. Da Offshore-Anbindungsleitungen nicht UVP-pflichtig sind, ist eine Rechtsfolge des Entfalls der UVP nicht erforderlich und geregelt. Minderungsmaßnahmen müssen nach § 72a II 1 WindSeeG „nach dem Stand der Wissenschaft und Technik anerkannt“ sein, also solche sind sogenannte Blasenschleier immer zuzuordnen. Hinsichtlich der vorhandenen Daten gilt nach § 72a II 3 WindSeeG, dass auch später erhobene Daten zu berücksichtigen sind. Anders als bei § 43m EnWG sind Ausgleichszahlungen nach § 72a II 5 WindSeeG nur zu leisten, soweit Minderungsmaßnahmen nicht verfügbar oder Daten nicht vorhanden sind.

### IV. Bewertung

Die Regelungen zur Umsetzung der EU-NotfallVO sind bemerkenswert. Sie markieren einen Systembruch im EU-Umweltrecht, welcher mit der unter der Ampelregierung mit sogenannter Deutschlandgeschwindigkeit angestrebten Halbierung der Dauer von Genehmigungsverfahren zur zügigeren Realisierung der sogenannten Energiewende begründet wird. Dabei hat die Regelung für neue Verfahren einiges Beschleunigungspotenzial und kann den Einstieg in umfassendere Überlegungen zur Vereinfachung des Umweltrechts einleiten. Gleichzeitig birgt sie die Gefahr, dass seit Jahren überwiegend

59 VGH Mannheim NVwZ-RR 2019, 102 I. s. = BeckRS 2018, 19767 Rn. 62.

60 BT-Drs. 20/5830, 42.

61 VGH München 28.10.2022 – 8 BV 20.1918, BeckRS 2022, 36280 Rn. 51.

befriedete Konflikte mit Naturschutzverbänden wieder aufbrechen und Unklarheiten bei der Auslegung der Regelung im Zusammenspiel mit den komplexen Anforderungen von Fachplanungsverfahren eher zu Verzögerungen der Verfahren, auch mit Blick auf mögliche Klagen, führen. Besonderes Augenmerk ist zu richten auf die freiwillige Anwendung der Regelung auf bereits laufende Verfahren. Hier ist dringend anzuraten, jeden Einzelfall darauf zu überprüfen, ob die An-

wendung der Norm tatsächlich zu einer Beschleunigung führt. Gerade bei weit fortgeschrittenen Verfahren, in denen die Ermittlungen, Prüfungen und Bewertungen schon abgeschlossen sind, ist das Beschleunigungspotenzial fraglich. Für Vorhabenträger und Genehmigungsbehörden stellen sich viele Umsetzungsfragen, die nur teilweise durch Anwendungsleitfäden geklärt werden können und daher nach einer gesetzgeberischen Klarstellung rufen. ■

Rechtsanwalt Professor Dr. Wolfgang Ewer\*

## NVwZ 2023, 951: Grundelemente einer nachhaltigen und unabhängigen Energieversorgung

Die vernetzten kritischen Infrastrukturen haben sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten dazu veranlasst, die Schaffung einer Unabhängigkeit und Stabilität gewährleistenden Energieversorgung neben der Klimawende zu einem ihrer beiden aktuellen Kernziele zu erklären. Das gilt auch für Deutschland. Die Gesetzgebungstätigkeit im Energierecht hat in der Zeit zwischen dem 24.2. und Oktober 2022 Ausmaße angenommen, die in der Gesetzgebungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland einmalig sind. So sind in dem genannten Zeitraum im Bereich des Energierechts 24 Gesetze und zahlreiche Verordnungen geändert und zwei Gesetze komplett neu erlassen worden; 283 Paragraphen wurden geändert, 121 neu erlassen. Allein in der Zeit von Anfang September bis Anfang November sind 10 energierechtliche Gesetze verkündet worden, die teilweise Änderungen von erst kurz zuvor erlassenen oder geänderten Vorschriften enthalten. Insgesamt umfasst das Gesetzgebungswerk 218 Seiten im Bundesgesetzblatt und 1380 Seiten an Gesetzentwürfen und Beschlussempfehlungen der zuständigen Bundestagsausschüsse. Die Monumentalität des legislativen Schaffens führt dazu, dass an dieser Stelle nicht einmal eine vollständige Darstellung des energierechtlichen Gesamtwerks des Gesetzgebers vorgenommen werden kann, sondern sich der Verfasser in weiten Teilen auf eine sehr geraffte Beschreibung beschränken muss. Erst recht kann er keine Darstellung der damit im Einzelnen einhergehenden dogmatischen Probleme vornehmen. Die nachstehenden Ausführungen sollen einen Überblick über die wichtigsten Eckpunkte der im genannten Zeitraum erlassenen energierechtlichen Regelungen geben.

### I. Einleitung

Es war im Jahre 2012, als der österreichische Autor Marc Elsberg seinen inzwischen verfilmten Roman „Blackout – Morgen ist es zu spät“ veröffentlichte. Der Roman beginnt damit, dass der Protagonist Manzano, ein italienischer Informatiker, durch einen Stromausfall und dadurch verursachte Ausfälle von Ampeln in einen Verkehrsunfall verwickelt wird. Versuche der Netzbetreiber und Energielieferanten, das Stromnetz wieder hochzufahren und zu stabilisieren, scheitern an ungewöhnlichem Verhalten des Netzes und münden schließlich in einem europaweiten Blackout. Manzano hat einen Verdacht. Mit Hilfe einer EU-Mitarbeiterin gelingt es ihm, dies einem Ermittler von Europol nahezubringen. Es bestätigt sich, dass der Zusammenbruch auf einen digitalen Anschlag zurückgeht. Inzwischen beginnen die Menschen, Vorräte zu horten. Da nur noch Bargeld als Zahlungsmittel akzeptiert wird, entsteht großer An-

drang auf die Bankfilialen. Um die Situation weiter anzuheizen, sabotieren die Verursacher zahlreiche Strommasten und legen Brände in Schaltwerken. In mehreren Kraftwerken und Schaltstellen werden von Computerviren infizierte Systeme bemerkt. Aufgrund von Schwierigkeiten mit der Notstromversorgung gerät das Kernkraftwerk Saint-Laurent in eine immer kritischere Lage. Die Bevölkerung von Paris und den umliegenden Ortschaften wird evakuiert. Wie es weitergeht, muss jeder von Ihnen sich selbst erlesen.

Heute, 10 Jahre später, erscheint das Szenario erschreckend realistisch. Nicht nur vor dem Hintergrund der noch keineswegs vollständig überwundenen Abhängigkeit von russischen Gaslieferungen. Sondern auch, weil – wie die russischen Angriffe auf Energieversorgungseinrichtungen der Ukraine und die Anschläge auf Gasleitungen in der Ostsee zeigen – vernetzte kritische Infrastrukturen Achillesfersen der modernen Gesellschaft sind.

### II. Erzeugung erneuerbarer Energie

§ 1 EEG 2023 formuliert als Ziel „die Transformation zu einer nachhaltigen und treibhausgasneutralen Stromversorgung, die vollständig auf erneuerbaren Energien beruht.“<sup>1</sup> Nach Abs. 2 der Vorschrift soll dieses Ziel mindestens zu 80 % im Jahre 2030 erreicht werden.

Nach § 1a I EEG 2023 wird „nach der Vollendung des Kohleausstiegs“ die Treibhausgas-Neutralität der gesamten Stromversorgung im Bundesgebiet angestrebt.<sup>2</sup> Wie groß die Herausforderung ist, wird daran deutlich, dass 2021 der Anteil der erneuerbaren Energien erst bei 42 % lag. Nur in der Begründung des Entwurfs zum EEG 2023 – nicht im Gesetz selbst – wird als Ziel formuliert, „dass die inländische Stromerzeugung bereits im Jahr 2035 nahezu treibhausgasneutral sein, also nahezu vollständig durch erneuerbare Energien erfolgen soll.“<sup>3</sup> Nach § 1a II 1 EEG 2023 soll nach der Vollendung des Kohleausstiegs der weitere Ausbau der erneuerbaren Energien im Grundsatz nur noch marktgetrieben erfolgen.

\* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner bei Weisleder Ewer in Kiel sowie Vorsitzender des Vorstands der Gesellschaft für Umweltrecht. Der Beitrag beruht auf dem Vortrag des Verf. auf der 45. Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU) vom 10. – 12.11.2022 in Leipzig; er gibt den damaligen Rechtszustand wieder. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 IdF d. Art. 2 Nr. 3 Gesetz v. 20.7.2022 (BGBl. 2022 I 1237) mWv 1.1.2023.

2 Eingef. durch Art. 2 Nr. 4 Gesetz v. 20.7.2022 (BGBl. 2022 I 1237) mWv 1.1.2023.

3 BT-Drs. 20/1630, 2; s. ebenfalls BT-Drs. 20/2642; BT-Drs. 20/2580 (neu).