
Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur: Primärrechtliche Einordnung und genehmigungsrechtliche Implikationen

Tobias Strobel*

Inhalt

A. Einleitung	169
B. Überblick über die Art. 170 ff. AEUV als primärrechtlicher Hintergrund	172
C. Das Handlungsinstrument der Leitlinien nach Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV	174
I. Primärrechtliche Inhaltsvorgaben an Leitlinien	175
1. Bezugspunkt der Ziele, Prioritäten und Grundzüge: Aktionen im Bereich der TEN	175
2. Ziele	176
3. Prioritäten	178
4. Grundzüge	178
5. Ausweisung von Vorhaben von gemeinsamem Interesse	178
6. Ergebnis zum primärrechtlich für Leitlinien vorgegebenen Inhalt	180
II. Die Rechtswirkung der Leitlinien	180
1. Grundsätzliche Verbindlichkeit der Leitlinien	180
2. Begrenzung dieser Verbindlichkeit durch ihren originären Charakter	181
3. Ergebnis zur Rechtswirkung der Leitlinien	182

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter der Stiftung Umweltenergierecht, Würzburg. Der vorliegende Beitrag entstand im Rahmen des von der Stiftung Mercator geförderten Projekts „Effektiver Rechtsrahmen für ein europäisches SuperGrid“. Herzlicher Dank für hilfreiche Anmerkungen und Diskussionen gilt insbesondere Herrn Dr. Hartmut Kahl LL.M. (Duke), Herrn Fabian Pause LL.M. Eur. und Herrn Frank Sailer.

III. Bewertung der gesetzgeberischen Praxis der „Einkleidung“ der Leitlinien in klassische Handlungsformen	183
IV. Vorzugswürdige Alternative: Leitlinien als eigenständige Handlungsform	186
D. Die Vorschriften betreffend die mitgliedstaatliche Genehmigung von VGI: Analyse, Relevanz und (kompetenzrechtliche) Bewertung	188
I. Auswahlverfahren von und Auswahlkriterien für VGI	188
1. Grundkategorien der Auswahl von VGI	188
2. Auswahlverfahren	190
3. Auswahlkriterien	192
4. Ergebnis	194
II. Das für VGI vorgegebene Genehmigungsregime	194
1. Die Genehmigung von Elektrizitätsleitungen nach deutschem Recht im Überblick	195
a) Diverse Genehmigungsregime	195
b) Überblick über die materiellen Plananforderungen	199
2. Das Genehmigungsverfahren nach der TEN-E-VO	200
3. Einfluss auf die materiellen Plananforderungen	201
a) Einfluss auf Planrechtfertigung und Abwägung	201
b) Einfluss auf die Planungsleitsätze, insbesondere den Habitatschutz	202
c) Ergebnis	204
4. Organisation des Genehmigungsverfahrens	205
a) Vorgaben der TEN-E-VO	205
b) Bewertung dieser Vorgaben	207
c) Handlungsbedarf in Deutschland	207
5. Höchstfrist für das Genehmigungsverfahren	209
a) Vorgaben der TEN-E-VO	209
b) Bewertung und Konsequenzen der Nichteinhaltung der Frist	210

6. Fazit zum VGI-Regime und kompetenzrechtliche Bewertung	212
7. Weitere besonders relevante Inhalte	214
E. Schlussbetrachtung	216

A. Einleitung

Mit der jüngst verabschiedeten Verordnung (EU) Nr. 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur (TEN-E-VO)¹ reagiert nun auch der europäische Gesetzgeber auf die Dringlichkeit der schnelleren Realisierung neuer Energieinfrastruktur. Diese Realisierung ist ein Schlüsselement für die Erreichung der allgemeinen energie- und Klimaschutzpolitischen Ziele der EU.² Zu diesen Zielen gehören unter anderen die Vollendung des Energiebinnenmarkts, die Gewährleistung der Versorgungssicherheit und die Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch auf EU-weit 20 % bis 2020.

Betreffend den Elektrizitätssektor ist ein zentraler Einzelaspekt die Integration der primär dezentral erzeugten Energie aus erneuerbaren Quellen in die Versorgungsstruktur. So sind die häufig jenseits von Verbrauchszentren liegenden Erzeugungsschwerpunkte mit den Verbrauchszentren zu verbinden.³ Hierfür sind oft neue, zusätzliche Netzkapazitäten erforderlich. Neben der Integration erneuerbarer Energien und der Versorgungssicherheit verfolgt der europäische Gesetzgeber mit der Marktintegration im Hinblick auf den Netzausbau einen dritten Schwerpunkt.⁴ Entsprechend ist ein weiterer zentraler Einzelaspekt der Ausbau der Verbindungskapazitäten zwischen den nationalen Energienetzen, um dem insoweit aktuell mangelhaften Zustand als einem wesentlichen Hindernis für die Vollendung des Energiebinnenmarkts entgegenzutreten.⁵ Der Schwerpunkt Marktintegration ist eine Besonderheit gegenüber der Konzeption des deutschen Gesetzgebers: Dieser hat seine Aufmerksamkeit im Zuge der „Energiewende“ mit den Novellen des

¹ VO (EU) Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG und zur Änderung der VO (EG) Nr. 713/2009, (EG) Nr. 714/2009 und (EG) Nr. 715/2009, ABl. L 115 v. 25.4.2013, S. 39 ff.

² Vgl. Erwägungsgründe 7 und 17; soweit nicht näher bezeichnet beziehen sich Erwägungsgründe und zitierte Artikel stets auf die TEN-E-VO.

³ Vgl. Erwägungsgründe 1 und 8.

⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. a); näher hierzu unter DI.3.

⁵ Vgl. Erwägungsgründe 2 und 8.

Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)⁶ seit 2011 und der Schaffung des Netzausbau-beschleunigungsgesetzes Übertragungsnetz (NABEG)⁷ primär auf die Nord-Süd-Integration erneuerbarer Energien und den baldigen Wegfall der Stromerzeugung aus Atomenergie – sowie den hieraus folgenden Implikationen für die Versorgungssicherheit – gerichtet.⁸

Die TEN-E-VO löst die Entscheidung Nr. 1364/2006/EG zu Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze (TEN-E-Entscheidung)⁹ ab. Der Kommissionsvorschlag¹⁰ war Teil des sogenannten Infrastrukturpakets.¹¹ Ebenfalls Teil hiervon und für den Energiesektor relevant ist der Verordnungsvorschlag zur Schaffung der Fazilität *Connecting Europe*.¹² Mittels dieser Fazilität soll die finanzielle Unterstützung der EU für die transeuropäischen Netze Energie (TEN-E) sowie die transeuropäischen Netze in den Sektoren Verkehr und Telekommunikation abgewickelt werden. Die finanzielle Unterstützung soll gegenüber dem *status quo* merklich aufgestockt werden: Im Energiesektor von 155 Millionen Euro im Zeitraum 2007 bis 2013¹³ auf 9,1 Milliarden Euro für den Zeitraum 2014 bis 2020.¹⁴ Hintergrund der Aufstockung ist ein massiver Investitionsbedarf, welcher auf 200 Milliarden Euro für die Stromübertragungs- und Gasfernleitungsinfrastruktur von europäischer Bedeutung bis 2020 geschätzt wird.¹⁵ Mit der Verabschiedung dieser Verordnung ist nach Einigung über den mehrjährigen Finanzrahmen zu rechnen. Insoweit wird es wohl noch zu einer Kürzung der finanziellen Mittel kommen, möglicherweise auf einen Betrag von 5 Milliarden Euro für den Bereich Energie.¹⁶ Nichtsdestotrotz bleibt es bei einer erheblichen Aufstockung der finanziellen Mittel, was die Dringlichkeit des Ausbaus der transeuropäischen Energieinfrastruktur unterstreicht.

⁶ Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BGBl. 2005 I, 1970 ff., zuletzt geändert durch Art. 1 Gesetz v. 21.2.2013, BGBl. 2013 I, 346.

⁷ Art. 1 des Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze, BGBl. 2011 I, 1690 ff., zuletzt geändert durch Art. 4 Gesetz v. 20.12.2012, BGBl. 2012 I, 2730 ff.

⁸ Ähnlich *Schmitz/Jornitz*, Regulierung des deutschen und des europäischen Energienetzes: Der Bundesgesetzgeber setzt Maßstäbe für den kontinentalen Netzausbau, NVwZ 2012, S. 337.

⁹ Entscheidung Nr. 1364/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.9.2006 zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze und zur Aufhebung der Entscheidung 96/391/EG und der Entscheidung Nr. 1229/2003/EG, ABl. L 262 v. 22.9.2006, S. 1 ff.

¹⁰ KOM (2011) 658 endg. v. 19.10.2011; zur Nachverfolgung des Gesetzgebungsprozesses siehe Procedure File 2011/0300 (COD).

¹¹ KOM (2011) 676 endg. v. 19.10.2011.

¹² KOM (2011) 665 endg. v. 19.10.2011; Procedure File 2011/0302 (COD).

¹³ Art. 18 Abs. 1 VO (EG) Nr. 680/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2007 über die Grundregeln für die Gewährung von Gemeinschaftszuschüssen für transeuropäische Verkehrs- und Energienetze, ABl. L 162 v. 22.6.2007, S. 1 ff.

¹⁴ Art. 5 Abs. 1 lit. b) des FCE-Kommissionsvorschlags, (Fn. 12).

¹⁵ Erwägungsgrund 15.

¹⁶ <http://www.zfk.de/artikel/eu-haushaltsentwurf-halbiert-netzausbau-gelder.html> (13.6.2013).

Die TEN-E-VO wurde „insbesondere“ auf Art. 172 AEUV¹⁷ gestützt,¹⁸ die Kompetenzgrundlage innerhalb von Titel XVI AEUV betreffend die transeuropäischen Netze.¹⁹ Daher sollen zunächst die Art. 170 ff. AEUV als primärrechtlicher Hintergrund vorgestellt werden (B.).

Besondere Beachtung verdient das gewählte Handlungsinstrument der Leitlinien nach Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV. Hierbei wird eine gewisse Widersprüchlichkeit aufgezeigt: Diese Leitlinien sind entsprechend der primärrechtlichen Vorgabe nur beschränkt verbindlich, wohingegen die Handlungsform der Verordnung – in welche die neuen TEN-E-Leitlinien gleichsam eingekleidet wurden – grundsätzlich ein hohes Maß an Verbindlichkeit besitzt (vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV). Der Erlass der neuen TEN-E-Leitlinien als Verordnung wurde seitens einzelner Autoren gar für nicht mit Art. 171 Abs. 1 AEUV vereinbar erachtet.²⁰ Diese Aussage und die erwähnte Widersprüchlichkeit sind näher zu untersuchen (C.).

Zentraler Begriff der TEN-E-VO ist das Vorhaben von gemeinsamem Interesse (VGI). Insoweit werden ein Verfahren und Kriterien für die Auswahl von VGI festgelegt (D.I). VGI sind von Vorhabenträgern²¹ wie Übertragungsnetzbetreibern oder Verteilernetzbetreibern zu realisieren. Als eines der wesentlichen Hindernisse für eine zeitige Realisierung neuer Energieinfrastruktur wurde das Genehmigungsverfahren ausgemacht.²² Hieran anknüpfend enthält die TEN-E-VO Vorgaben für die Genehmigung der ausgewählten VGI durch die mitgliedstaatlichen Behörden. Die nationalen Genehmigungsverfahren werden einer unionsrechtlichen Ordnung unterworfen.²³ In diesem Zuge wird etwa an der Organisation des Genehmigungsverfahrens angesetzt und es wird eine Höchstfrist für das Genehmigungsverfahren von grundsätzlich bis zu vier Jahren und drei Monaten vorgeschrieben. Die einzelnen Vorgaben sind näher zu analysieren und zu bewerten. Die Auswirkungen der Vorgaben der TEN-E-VO auf die Genehmigung von Elektrizitätsleitungen – hierauf erfolgt eine Beschränkung – nach deutschem Recht sind auszuloten. Schließlich wird das VGI-Genehmigungsregime unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten evaluiert (D.II).

¹⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. C 326 v. 26.10.2012, S. 47 ff.

¹⁸ So die Eingangsformulierung der TEN-E-VO; vgl. auch Kommissionsvorschlag, S. 9.

¹⁹ *Trüé*, Das System der Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union, 2002, S. 305.

²⁰ So *Reichert/Voßwinkel*, Europäische Kommission: Leitlinien für den Ausbau transeuropäischer Energienetze (TEN-E), IR 2012, S. 100.

²¹ Begriffsbestimmung hierzu in Art. 2 Nr. 6.

²² Vgl. Energy infrastructure investment needs and financing requirements, Commission Staff Working Paper, SEC (2011) 755 final v. 6.6.2011, S. 5 f.

²³ So *Nettesheim*, Transeuropäische Energieinfrastruktur und EU-Binnenmarkt – Die Neuregelung der TEN-E, in: Giegerich (Hrsg.), Herausforderungen und Perspektiven der EU, 2012, S. 87.

B. Überblick über die Art. 170 ff. AEUV als primärrechtlicher Hintergrund

Die für die TEN-E-VO gewählte Kompetenzgrundlage des Art. 172 AEUV ist im Titel zu den transeuropäischen Netzen beheimatet.²⁴ Dieser Titel enthält weiterhin Art. 170 AEUV als eine Art Grundnorm. Artikel 170 Abs. 1 AEUV lautet: „Um einen Beitrag zur Verwirklichung der Ziele der Art. 26 und 174 AEUV zu leisten [...], trägt die Union zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze in den Bereichen der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur bei.“

Der für die konkrete Thematik relevante Gegenstand der EU-Kompetenz ist der Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze im Bereich der Energieinfrastruktur. Neben der Bestimmung des Gegenstands der Kompetenz definiert Art. 170 Abs. 1 AEUV die Rolle der EU im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten. Der vorgesehene Beitrag kann positiv gewertet werden: Der EU ist es immerhin möglich einen eigenen Beitrag zu leisten,²⁵ sie ist als weitere Planungsebene – neben denen innerhalb der Mitgliedstaaten – etabliert.²⁶ Ein zumindest in Einzelfällen substantieller Beitrag scheint nicht ausgeschlossen.

Negativ gewertet setzt ein bloßer Beitrag²⁷ einen Hauptakteur voraus.²⁸ Im Zusammenspiel mit dem Billigungserfordernis des Art. 172 Abs. 2 AEUV und dem in mehrerlei Hinsicht beschränkten Handlungsinstrumentarium nach Art. 171 Abs. 1 AEUV²⁹ erklärt sich die geläufige Formulierung, wonach die primäre Verantwortung für Planung, Bau und Betrieb der Infrastrukturnetze auf Ebene der Mitgliedstaaten liegt.³⁰ Die EU ist eher auf unterstützende und koordinierende Maßnahmen beschränkt.³¹

²⁴ Detaillierterer Überblick zu diesem Kompetenztitel bei *Frey*, Grundrechtliche Probleme bei einem beschleunigten Ausbau der transeuropäischen Energienetze, ZEuS 2013, S. 23 ff.

²⁵ *Bogs*, Die Planung transeuropäischer Verkehrsnetze, 2002, S. 51; *Lecheler*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Art. 170 AEUV, Rdnr. 8 unter Betonung des *eigenen* Beitrags.

²⁶ *Bogs*, (Fn. 25), S. 51; *Schulenberg*, Die Energiepolitik der Europäischen Union, 2009, S. 195.

²⁷ Die deutsche Sprachfassung – „Beitrag [...] zu leisten“ bzw. „trägt [...] bei“ – enthält zwei ähnliche Formulierungen, wohingegen sich in der englischen Sprachfassung mit „to help achieve“ bzw. „shall contribute“ zwei unterschiedliche Wendungen in Art. 170 Abs. 1 AEUV finden. Die erste Wendung („to help“) verdeutlicht dabei anschaulich die eher passive Rolle der EU.

²⁸ *Schneider*, EU-Kompetenzen einer europäischen Energiepolitik, 2010, S. 132.

²⁹ Zur begrenzten Verbindlichkeit der Leitlinien unter C.II.

³⁰ *Schulenberg*, (Fn. 26), S. 200; *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 170 AEUV, Rdnr. 3 m.w.N. Eventuell wäre es präziser von Verantwortlichkeit zu sprechen, die durch das Genehmigungsverfahren auch im Falle privater Projektdurchführung bei den Mitgliedstaaten liegt, vgl. *Neumann*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl. 2013, Art. 170 AEUV, Rdnr. 1.

³¹ So *Epiney*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. EL 2012, Teil L, Rdnr. 45.

Zwar handelt es sich bei den transeuropäischen Netzen nach Art. 4 Abs. 2 lit. h) AEUV um einen Hauptbereich der von der Union mit den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten.³² Allerdings hat die Katalogisierung der Art. 3 bis 6 AEUV eher indikativen Charakter, der exakte Umfang der Zuständigkeiten der Union ergibt sich aus den einzelnen Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen (vgl. Art. 2 Abs. 6 AEUV).³³ Bei den Art. 170 ff. AEUV handelt es sich im Hinblick auf die Aufstellung von Leitlinien allenfalls um eine atypische geteilte Zuständigkeit, man könnte insoweit von einer Zuständigkeit *sui generis* sprechen, die durch die mögliche Rechtswirkung der Leitlinien gekennzeichnet ist.³⁴

Schließlich enthält Art. 170 AEUV kompetenzbegründende³⁵ wie kompetenzbegrenzende³⁶ Ziele. So wird die Binnenmarkt-Akzessorietät des Kompetenztitels³⁷ durch die Bezugnahme auf Art. 26 AEUV³⁸ in Art. 170 Abs. 1 AEUV aufgegriffen. Aus Art. 170 Abs. 2 AEUV sei etwa das Ziel der „Förderung des Verbunds [...] der einzelstaatlichen Netze“ erwähnt.

Weiterer Inhalt des Titels XVI ist Art. 171 AEUV. „Zur Erreichung der Ziele des Art. 170 AEUV geht die Union wie folgt vor“, so lautet die Eingangsformulierung nach Abs. 1. Es folgt eine abschließende Auflistung der nach dem Titel zu den TEN möglichen Handlungsinstrumente.³⁹

Zentrales Handlungsinstrument des Art. 171 Abs. 1 AEUV ist die Aufstellung von Leitlinien (Gedankenstrich 1). Die weiteren der EU eröffneten Handlungsinstrumente sind Aktionen im Hinblick auf die Gewährleistung der Interoperabilität (Gedankenstrich 2) sowie die Möglichkeit der – primär finanziellen – Unterstützung von

³² Zur näheren Konturierung des Kompetenztyps der geteilten Zuständigkeit siehe Art. 2 Abs. 2 AEUV.

³³ *Bast/von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 25), Art. 5 EUV, Rdnr. 38.

³⁴ Ausführlich zur Rechtswirkung der Leitlinien unter C.II. Ähnlich *Calliess*, (Fn. 30), Art. 170 AEUV, Rdnr. 3, wonach nur die Interoperabilität und die Harmonisierung technischer Normen unter die geteilte Zuständigkeit fallen, die Fördermaßnahmen hingegen seien als ergänzende Zuständigkeit einzustufen. *Calliess* verweist ferner auf das Dokument CONV 47/02 des Präsidiums des Europäischen Konvents v. 15.5.2002, worin betreffend den (damaligen) Umfang der EU-Kompetenzen auf S. 25 bzw. S. 28 eine ähnliche Aufteilung der Kompetenz zu den TEN vorgenommen wird, die Aufstellung von Leitlinien wird dabei explizit unter die ergänzenden Zuständigkeiten eingeordnet.

³⁵ Siehe die Eingangsformulierung von Art. 171 Abs. 1 AEUV, wonach „zur Erreichung der Ziele des Art. 170 AEUV“ die Handlungsinstrumente eröffnet werden. Art. 172 Abs. 1 AEUV als Rechtssetzungskompetenz nimmt wiederum auf Art. 171 Abs. 1 AEUV Bezug.

³⁶ Vgl. *Bogs*, (Fn. 25), S. 52.

³⁷ Vgl. *van Vormizeele*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 170 AEUV, Rdnr. 6; sowie die besonders anschaulichen Formulierungen von *Schäfer/Schröder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 170 AEUV, Rdnr. 3.

³⁸ Art. 26 AEUV enthält etwa in Abs. 2 die Legaldefinition des Binnenmarkts, vgl. *Schröder*, in: Streinz, (Fn. 37), Art. 26 AEUV, Rdnr. 19.

³⁹ *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 2.

in Leitlinien ausgewiesenen Vorhaben von gemeinsamem Interesse (Gedankenstrich 3). Von diesen Handlungsinstrumenten werden nachfolgend allein die Leitlinien näher betrachtet.

C. Das Handlungsinstrument der Leitlinien nach Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV

Artikel 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV lautet: Die Union „stellt eine Reihe von Leitlinien auf, in denen die Ziele, die Prioritäten und die Grundzüge der im Bereich der transeuropäischen Netze in Betracht gezogenen Aktionen erfasst werden; in diesen Leitlinien werden Vorhaben von gemeinsamem Interesse ausgewiesen“.

Zu thematisieren ist zunächst der primärrechtlich vorgegebene Inhalt der Leitlinien (I.). Von zentraler Bedeutung ist weiterhin die Rechtswirkung der Leitlinien (II.). Bisher wurden TEN-Leitlinien nicht schlicht als Leitlinien erlassen, sondern in klassische, da in Art. 288 AEUV enthaltene, Handlungsformen „eingekleidet“.⁴⁰ Für die neuen TEN-E-Leitlinien wurde die Handlungsform der Verordnung als „Vehikel“ gewählt. Diese gesetzgeberische Praxis gilt es kritisch zu bewerten (III.). Vorzugswürdig wäre eine Abkehr von dieser Praxis (IV.).

Klarstellend sei darauf verwiesen, dass sich die folgenden Ausführungen allein auf Leitlinien nach Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV, auf die TEN-Leitlinien, beziehen. „Leitlinien“ finden sich an mehreren Stellen des AEUV.⁴¹ Mit den gegenständlichen Leitlinien sind aber einzig die beschäftigungspolitischen Leitlinien des Rates nach Art. 148 AEUV vergleichbar, da auch diesen zumindest eine gewisse Wirkung gegenüber den Mitgliedstaaten zukommt.⁴² Leitlinien nach Artikel 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV sind ferner abzugrenzen von Leitlinien der Kommission

⁴⁰ Begriff nach *Bogs*, (Fn. 25), S. 159.

⁴¹ Etwa in Art. 26 Abs. 3, Art. 156, Art. 168 Abs. 2, Art. 173 Abs. 2 AEUV.

⁴² Die beschäftigungspolitischen Leitlinien werden nach dem in Art. 148 Abs. 2 Satz 1 AEUV enthaltenen Verfahren festgelegt, welches einem Rechtssetzungsverfahren ähnelt, vgl. *Niedobitek*, in: *Streinz*, (Fn. 37), Art. 148 AEUV, Rdnr. 11. Diese Leitlinien „berücksichtigen“ die Mitgliedstaaten in ihrer Beschäftigungspolitik (Art. 148 Abs. 2 Satz 1 AEUV). Außerdem sind nach einer Prüfung durch den Rat primär bei Nichteinhaltung der Leitlinien Empfehlungen an die Mitgliedstaaten möglich (Art. 148 Abs. 4 AEUV). Zur Diskussion über die Rechtsverbindlichkeit der beschäftigungspolitischen Leitlinien etwa *Härtel*, *Handbuch europäische Rechtssetzung*, 2006, § 13, Rdnr. 4 ff. Für *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 30), Art. 148 AEUV, Rdnr. 6 sind Leitlinien v.a. wegen der schwachen Sanktion einer unverbindlichen Empfehlung (vgl. Art. 148 Abs. 4 AEUV) letztlich nicht verbindlich, die Berücksichtigungspflicht sei schwach ausgeprägt. Siehe auch die Diskussion bei *Steinle*, *Europäische Beschäftigungspolitik*, 2001, S. 347 ff., nach diesem sind die beschäftigungspolitischen Leitlinien zwar unverbindlich, aber rechtserheblich, er spricht von „halbrechtlichem Status“.

zur Steuerung und Auslegung von EU-Recht⁴³ und Leitlinien der Kommission nach dem dritten Energiebinnenmarktpaket als Durchführungsakte zur Ergänzung des sekundärrechtlichen Regelungsrahmens.⁴⁴

I. Primärrechtliche Inhaltsvorgaben an Leitlinien

Die Formulierung „eine Reihe von Leitlinien“ eröffnet es dem europäischen Gesetzgeber unter anderem mehrere sektorspezifische Leitlinien zu erlassen. Diese Option wurde in der Praxis bisher auch stets genutzt.⁴⁵

Die Formulierung von Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV – „in denen [...] erfasst werden“ und „werden [...] ausgewiesen“ – gibt, so einige Literaturstimmen, einen Mindestinhalt vor, der kumulativ in jeder Leitlinie enthalten sein muss.⁴⁶ Die Beschreibung als Mindestinhalt ist aber missverständlich: Mangels öffnender Adverbien wie „insbesondere“ oder „regelmäßig“ sowie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV⁴⁷) stellen die vier Vorgaben (Ziele, Prioritäten, Grundzüge sowie Ausweisung von VGI) auch eine Grenze dar.⁴⁸ Der abstrakte Inhalt der Leitlinien ist also vorgegeben.⁴⁹

1. Bezugspunkt der Ziele, Prioritäten und Grundzüge: Aktionen im Bereich der TEN

Nach Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 Halbsatz 1 AEUV werden in Leitlinien die Ziele, Prioritäten und Grundzüge „der im Bereich der transeuropäischen Netze in Betracht gezogenen Aktionen erfasst“. Von diesen Aktionen dürften sämtliche der nach Art. 171 Abs. 1 AEUV möglichen Handlungsinstrumente, inklusive der Leitlinien selbst, erfasst sein.⁵⁰ Dem Vertragstext nach soll einem Leitlinien-Rechtsakt also auch eine Art Rahmenfunktion für das gesamte Handlungsspektrum nach Art. 171 Abs. 1 AEUV, für später geplante separate Aktionen – etwa im Hinblick auf

⁴³ Hierzu von *Graevenitz*, *Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung*, *EuZW* 2013, S. 169-174.

⁴⁴ Hierzu etwa *Ludwigs*, in: *Ruffert* (Hrsg.), *Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht*, 2013, § 5, Rdnr. 152 ff.

⁴⁵ *Calliess*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 6.

⁴⁶ *Ibid.*; ebenso *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 10.

⁴⁷ Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), *ABL* C 326 v. 26.10.2012, S. 13 ff.

⁴⁸ Vgl. *Härtel*, (Fn. 42), § 13, Rdnr. 13, die den Begriff „Höchstinhalt“ verwendet; lediglich am Rande sei darauf hingewiesen, dass v.a. die Ziele, Prioritäten und Grundzüge relativ vage sind, was dem europäischen Gesetzgeber wiederum einen gewissen Gestaltungsspielraum eröffnet, vgl. *Bogs*, (Fn. 25), S. 62 f.

⁴⁹ Vgl. *Härtel*, (Fn. 42), § 13, Rdnr. 13: „möglicher Inhalt“.

⁵⁰ *Bogs*, (Fn. 25), S. 63.

die Interoperabilität – zukommen.⁵¹ Allerdings wurde die vorherige Aufstellung von Leitlinien vom EuGH für – zumindest unter den Umständen des dem Urteil zugrunde liegenden Falls – nicht erforderlich gehalten, um Aktionen im Hinblick auf die Interoperabilität zu ergreifen.⁵² Unabhängig von diesem Urteil, erscheint für die Leitlinien selbst ein zweistufiges Modell, bestehend aus Erlass einer „Rahmenleitlinie“, dann dem Erlass einer separaten Leitlinie, in welcher erst VGI ausgewiesen werden, nach dem Vertragstext eher nicht erforderlich zu sein (vgl. Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 Halbsatz 2 AEUV „in diesen Leitlinien“).

2. Ziele

Die im Vertragstext erste Inhaltsvorgabe sind die „Ziele“ der Aktionen. Insoweit sollen allgemeine primärrechtliche Ziele für einzelne Aktionen etwa im Hinblick auf sektorspezifische Besonderheiten konkretisiert werden.⁵³ Nach dem Vertragstext müssen sich die zu konkretisierenden abstrakten Ziele wohl aus Art. 170 AEUV ergeben.⁵⁴ Hierfür spricht der Umstand, dass die Eingangsformulierung von Art. 171 Abs. 1 AEUV auf die Ziele des Art. 170 AEUV verweist. Die TEN-E-VO verfolgt aber einen offeneren Ansatz: Es finden sich auch Verweise auf nicht in Art. 170 AEUV enthaltene Ziele, insbesondere energie- und Klimaschutzpolitische Ziele werden verfolgt.⁵⁵ Dieser Ansatz erscheint unter dem Aspekt kohärenter Verfolgung umweltenergie-rechtlicher Ziele und der allgemeinen eher dienenden Funktion der Energieinfrastruktur zumindest sinnvoll.

Anschaulich wird dieser Ansatz anhand der spezifischen Kriterien. Voraussetzung einer Kür eines Elektrizitätsleitungsvorhabens zum VGI ist unter anderem ein erheblicher Beitrag zu mindestens einem spezifischen Kriterium. Die spezifischen Kriterien werden die Auswahl der VGI wesentlich determinieren und somit das zukünftige transeuropäische Energienetz prägen.⁵⁶ Eines dieser spezifischen Kriterien ist die Versorgungssicherheit,⁵⁷ worin das allgemeine energiepolitische Ziel

⁵¹ Ibid.

⁵² EuGH, Rs. C-271/94, *Parlament/Rat*, Slg. 1996, I-1689, Rdnr. 26 f. (Entscheidung auf den Telekommunikations-Sektor bezogen); vgl. insoweit auch *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 29: Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 2 i.V.m. Art. 172 AEUV als „eigenständige Rechtsgrundlage“.

⁵³ Vgl. *van Vormizeele*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 3.

⁵⁴ *Erdmenger*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 155 EGV, Rdnr. 7; diesem folgend *van Vormizeele*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 3; dagegen für ein offeneres Verständnis möglicher zu konkretisierender Ziele *Callies*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 7; *Bogs*, (Fn. 25), S. 64.

⁵⁵ Vgl. Nachweis in Fn. 2. Außerdem enthält die TEN-E-VO keine eigenständige und entsprechend titulierte Zielvorschrift. Anders noch die TEN-E-Entscheidung mit Art. 3.

⁵⁶ Näher zu den Auswahlkriterien für VGI unter D.I.3.

⁵⁷ Art. 4 Abs. 2 lit. b) iii).

der „Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union“ nach Art. 194 Abs. 1 lit. b) AEUV Anklang findet.

Auch das spezifische Kriterium der Nachhaltigkeit bzw. der Integration erneuerbarer Energien⁵⁸ findet sich nicht in Art. 170 AEUV. Es entspricht eher dem Ziel der „Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen“⁵⁹ nach Art. 194 Abs. 1 lit. c) AEUV oder dem umweltpolitischen Ziel der Erhaltung und des Schutzes der Umwelt nach Art. 191 Abs. 1 AEUV.⁶⁰ Weiterhin kann darauf verwiesen werden, dass der Umweltschutz-Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV Rechnung getragen wird.

Das spezifische Kriterium der Marktintegration⁶¹ – bzw. der Grundgedanke der Beseitigung infrastruktureller Hindernisse für den Energiebinnenmarkt⁶² – kann der „Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts“ nach Art. 194 Abs. 1 lit. a) AEUV zugeordnet werden. Der Energiebinnenmarkt ist vom weiteren Begriff des Energiemarkts erfasst.⁶³ Da der Titel zu den TEN Binnenmarkt-akzessorisch ist,⁶⁴ liegt diese Zielrichtung aber nicht außerhalb der TEN. Das energiepolitische Ziel der „Förderung der Interkonnektion der Energienetze“ (Art. 194 Abs. 1 lit. d) AEUV) entspricht ohnehin nahezu wörtlich Art. 170 Abs. 2 Satz 1 AEUV, wonach die Unionstätigkeit auf die „Förderung des Verbunds [...] der einzelstaatlichen Netze“ abzielt.

Der europäische Gesetzgeber verfolgt somit mit der TEN-E-VO auch energiepolitische Ziele. Die mit dem Vertrag von Lissabon geschaffene explizite energiepolitische Kompetenz der EU nach Art. 194 AEUV⁶⁵ hat damit gleichsam ausgestrahlt.

⁵⁸ Art. 4 Abs. 2 lit. a) ii).

⁵⁹ Hierunter ist nach bestrittener Ansicht nicht nur die technologische Entwicklung zu verstehen und nach dem Vergleich mit anderen Sprachfassungen sei die Vorgabe zu lesen als „Förderung der Entwicklung“. Im Ergebnis sei etwa auch die Steigerung des Einsatzes erneuerbarer Energien erfasst, so *Hackländer*, Die allgemeine Energiekompetenz im Primärrecht der Europäischen Union, 2010, S. 182 f.

⁶⁰ Die horizontale Kompetenzabgrenzung zwischen Art. 194 Abs. 1 lit. c) AEUV und der Umweltkompetenz ist problematisch; hierzu etwa *Schulenberg*, (Fn. 26), S. 417 f.

⁶¹ Art. 4 Abs. 2 lit. b) i).

⁶² Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 8.

⁶³ *Schulenberg*, (Fn. 26), S. 378.

⁶⁴ Zur Binnenmarkt-Akzessorietät der TEN unter B.

⁶⁵ Nichtsdestotrotz wurde schon vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf Grundlage nicht spezifischer Energiekompetenzen ein Bestand an Energie-Sekundärrecht erlassen, vgl. *Kahl*, Energie und Klimaschutz – Kompetenzen und Handlungsfelder der EU, in: Schulze-Fielitz/Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 2009, S. 29 f.; primär deswegen sieht *ders.* auf S. 51 Art. 194 AEUV als überwiegend deklaratorisch an; am anderen Ende der Bewertungsskala *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 25), Art. 194 AEUV, Rdnr. 41 als „kompetenzieller Landgewinn“; ausführlich zur Entstehungsgeschichte der Energiekompetenz etwa *Hackländer*, (Fn. 59), S. 11 ff.

3. Prioritäten

Im Vertragstext schließt sich die Vorgabe der Erfassung von „Prioritäten“ an. Prioritäten können sachlicher oder zeitlicher Natur sein.⁶⁶ Auch geografische Prioritäten sind denkbar, etwa geografisch prioritäre Kategorien von VGI.⁶⁷ Die Setzung von Prioritäten impliziert, dass Wertungen durch den europäischen Gesetzgeber zu treffen sind.⁶⁸ Während in Art. 4 der TEN-E-Entscheidung noch explizit Prioritäten festgeschrieben wurden, findet sich in der TEN-E-VO keine entsprechende Norm.⁶⁹

4. Grundzüge

Es folgt die Erfassung der „Grundzüge“ der Aktionen. Diese Vorgabe dürfte entsprechend Art. 5 der vormaligen TEN-E-Entscheidung zu verstehen sein, der die folgenden Bestimmungen zusammenfasste. Es wurden die inhaltlichen Grundzüge der Leitlinie angeführt, die Leitlinie selbst fungierte als Aktion.⁷⁰ In der TEN-E-VO fehlt eine eigene Norm zu Grundzügen. Wirklich sinnvoll erscheint die Aufführung von Grundzügen auch nur für Leitlinien mit „Rahmenfunktion“. Also dann, wenn Grundzüge für spätere separate – oder so der Wortlaut „in Betracht gezogene“ – Aktionen im Voraus festgelegt werden.

5. Ausweisung von Vorhaben von gemeinsamem Interesse

Die Ausweisung von Vorhaben von gemeinsamem Interesse (Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 Halbsatz 2 AEUV) stellt das Kernstück der Leitlinien dar.⁷¹ VGI sind den Zielen besonders förderlich.⁷² Aus der Begrifflichkeit Vorhaben von ge-

⁶⁶ *Calliess*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 8.

⁶⁷ Die vorrangigen Energieinfrastrukturkorridore betreffend die Anbindung des Baltikums und das Offshore-Netz der nördlichen Meere (Anhang I, Nrn. 1 und 4) können neben den zusammen nahezu die gesamte EU umfassenden Nrn. 2 und 3 wohl in der Sache als geografische Prioritäten gesehen werden.

⁶⁸ *Bogs*, (Fn. 25), S. 64, der zudem auf einen Gestaltungsspielraum des europäischen Gesetzgebers verweist. Konsequenz hiervon könnte eine zurückgenommene gerichtliche Kontrolldichte sein.

⁶⁹ Anhang II bezeichnet die vorrangigen Energieinfrastrukturkorridore und -gebiete nach Anhang I als Energieinfrastrukturprioritäten. Anhang I betrifft funktional aber eher den Anwendungsbereich der TEN-E-VO.

⁷⁰ Wobei substantielle Inhalte neben einer Ausweisung als VGI freilich kritisch zu sehen sind (näher hierzu C.I.6). Es sei auf divergierende Verständnisse verwiesen, vgl. etwa *Lecheler*, (Fn. 25), Art. 171 AEUV, Rdnr. 4, wonach die Bestimmung von Grundzügen die Definition von Umfang und Beschaffenheit des geplanten TEN in kartografischer oder textlicher Form bedeute; wohl anders *Frenz/Ehblenz*, Leitlinien für transeuropäische Netze, IR 2010, S. 174: „Die Grundzüge legen näher fest, wie die einzelnen ins Auge gefassten Maßnahmen verwirklicht werden müssen, um einen Beitrag zum transeuropäischen Netzausbau leisten zu können“.

⁷¹ *Neumann*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 4.

⁷² *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 12.

meinsamem (und nicht etwa unionalem) Interesse wird geschlossen, dass ein Vorhaben nicht nur im Interesse der Union, sondern auch im konkreten Interesse eines oder mehrerer betroffener Mitgliedstaaten liegen muss.⁷³

Bei der Ausweisung von VGI sind die allgemeinen Grenzen der Kompetenz zu den TEN zu beachten: Leitlinien sind begriffsnotwendig eher allgemein⁷⁴ und dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) kommt innerhalb des Titels zu den TEN eine besondere Bedeutung zu.⁷⁵ Die Entscheidung über den konkreten Trassenverlauf wäre ein wohl zu starker Beitrag.⁷⁶ Entsprechend kann der Trassenverlauf anhand bestimmter Fixpunkte festgelegt werden, eine parzellenscharfe Planung durch die EU ist aber nicht möglich.⁷⁷ Bei den Art. 170 ff. AEUV handelt es sich um eine Fachplanung, die etwa durch die Bestimmung von Fixpunkten notwendigerweise lediglich raumrelevant ist.⁷⁸ Die Art. 170 ff. AEUV sind der Ebene der Bedarfsplanung zuzuordnen.⁷⁹

Die Relevanz einer Ausweisung als VGI liegt einerseits darin, dass sie Grundvoraussetzung für eine (finanzielle) Unterstützung durch die EU ist (vgl. Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 3 AEUV „ausgewiesen sind“).⁸⁰ Andererseits sorgt eine Ausweisung für politische Sichtbarkeit.⁸¹ Es wird ein Zeichen gesetzt, dass die Realisierung aus EU-Sicht hohe Priorität besitzt.⁸² Ausweisungen als VGI haben in der Vergangenheit auch durchaus Impulse gesetzt. So wurden die Projekte im Bedarfsplan des Energieleitungsausbaugesetzes⁸³ (EnLAG) unter anderen auf Basis der TEN-E-Entscheidung ausgewählt.⁸⁴

⁷³ Calliess, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 10.

⁷⁴ Näher zur Wortlautbedeutung von Leitlinien unter C.II.2.

⁷⁵ Schäfer/Schröder, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 6.

⁷⁶ Allgemein und über die TEN hinaus verfügt die EU über keine Kompetenz im Bereich der Raumplanung/Raumordnung, dies trotz der Besonderheit des Art. 192 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b) Gedankenstrich 1 AEUV, vgl. etwa Weyer, Europäisierte Planung der Übertragungsnetze, in: Gramlich/Manger-Nestler (Hrsg.), Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke, 2011, S. 262.

⁷⁷ Schäfer/Schröder, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 6 sowie Art. 170 AEUV, Rdnr. 29; vgl. die Auflistung der VGI in Anhang III der TEN-E-Entscheidung, häufig werden dort nur Anfangs- und Endpunkte genannt.

⁷⁸ Gärditz, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 25, 50 f.

⁷⁹ Vgl. Hermes, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 7, Rdnr. 41.

⁸⁰ Vgl. van Vormizeele, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 5.

⁸¹ Erwägungsgrund 6 der TEN-E-VO.

⁸² Bogs, (Fn. 25), S. 65.

⁸³ Art. 1 des Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze, BGBl. 2009 I, 2870 ff., zuletzt geändert durch Art. 5 Gesetz v. 7.3.2011, BGBl. 2011 I, 338 ff.

⁸⁴ BT-Drs. 16/10491, S. 17; fraglich freilich, ob dies aufgrund der Autorität der Leitlinien oder wegen des ebenso gesehenen Sachbedarfs geschah.

Die TEN-E-VO weist VGI nicht schlicht aus, sondern beinhaltet vielmehr ein detailliertes Verfahren zur Identifizierung von VGI und einen Katalog an materiellen Auswahlkriterien.⁸⁵ Die erfolgte Ausweisung fungiert ferner gleichsam als Türöffner für die Anwendbarkeit der weiteren Vorschriften der TEN-E-VO.

6. Ergebnis zum primärrechtlich für Leitlinien vorgegebenen Inhalt

Artikel 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV gibt einen *Numerus clausus* an Inhalten für Leitlinien vor. Mit den Zielen und Prioritäten lassen sich substantielle Regelungsinhalte nicht begründen. Grundzüge sind primär in der Konstellation einer Rahmenleitlinie für spätere separate Aktionen relevant. Einziger relativ konkreter, damit greifbarer und somit wesentlicher Inhalt ist die Ausweisung von VGI. Leitlinien stellen primär ein VGI-Ausweisungsinstrument dar.

II. Die Rechtswirkung der Leitlinien

1. Grundsätzliche Verbindlichkeit der Leitlinien

Neben den vorgestellten Inhaltsvorgaben konturiert der AEUV die Leitlinien nach Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV nicht näher, insbesondere finden sich keine Aussagen über die Rechtswirkung der Leitlinien.⁸⁶ Auch der Begriff der Leitlinien selbst sagt eher wenig über ihre Verbindlichkeit aus.⁸⁷ Die TEN-Leitlinien sind auch nicht in Art. 288 AEUV enthalten.⁸⁸ Dort finden sich die klassischen Handlungsformen,⁸⁹ insbesondere Verordnung, Richtlinie und Beschluss. Dieser Nicht-Einschluss erschwert die Bestimmung der Rechtswirkung. Artikel 288 AEUV dient gerade dazu, die typischsten Handlungsformen inhaltlich zu konturieren,⁹⁰ diese Vorkonturierung betrifft auch die Rechtswirkung.

Kurz nach Schaffung des Kompetenztitels zu den transeuropäischen Netzen mit dem Vertrag von Maastricht⁹¹ wurde die Rechtsverbindlichkeit der Leitlinien teils verneint,⁹² heute dürfte diese aber als allgemein anerkannt gelten.⁹³

⁸⁵ Hierzu unter D.I.

⁸⁶ Anders die beschäftigungspolitischen Leitlinien mit der Berücksichtigungspflicht und der „Sanktion“ von Empfehlungen, siehe Fn. 42.

⁸⁷ Vgl. *Niedobitek*, (Fn. 42), Art. 148 AEUV, Rdnr. 10.

⁸⁸ Vgl. *Callies*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 3.

⁸⁹ Auch die Bezeichnungen Rechtshandlungen oder Rechtsakte sind geläufig, vgl. *Schröder*, (Fn. 38), Art. 288 AEUV, Rdnr. 1.

⁹⁰ *Nettesheim*, (Fn. 65), Art. 288 AEUV, Rdnr. 75.

⁹¹ In Kraft getreten am 1.11.1993; zur Entstehungsgeschichte des Titels zu den transeuropäischen Netzen etwa *van Vormizeele*, (Fn. 37), Art. 170 AEUV, Rdnr. 1.

Für rechtliche Verbindlichkeit spricht der formale Umstand, dass Leitlinien gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt werden (vgl. Art. 172 Abs. 1 AEUV). Hiermit wird auf Art. 289 AEUV verwiesen. Nach Art. 289 Abs. 1 Satz 1 AEUV bezieht sich das ordentliche Gesetzgebungsverfahren – welches in Art. 294 AEUV geregelt ist – auf Verordnung, Richtlinie und Beschluss, also die *verbindlichen* Rechtsakte in Art. 288 AEUV.⁹⁴ Zudem resultiert das ordentliche Gesetzgebungsverfahren in einem Gesetzgebungsakt (vgl. Art. 289 Abs. 3 AEUV). Dieses aufwendige Verfahren und die damit einhergehende demokratische Legitimation sprechen gegen einen rein unverbindlichen Rechtsakt.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch Art. 172 Abs. 2 AEUV, wonach Leitlinien, die das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats betreffen, der Billigung des betroffenen Mitgliedstaats bedürfen. Dieses „Vetorecht“ wäre ansonsten relativ unnötig.⁹⁵

2. Begrenzung dieser Verbindlichkeit durch ihren originären Charakter

Jedoch begrenzt ihr eigentümlicher Charakter die Verbindlichkeit.⁹⁶ Aufbauend auf der allgemeinen Wortlautbedeutung einer Leitlinie kann die EU nur dadurch einen Beitrag leisten, dass sie richtungweisende Anhaltspunkte für das Handeln⁹⁷ – in diesem Fall der Mitgliedstaaten – vorgibt. Auch die Wortlaute der anderen Sprachfassungen deuten in Richtung eher allgemeiner Vorgaben mit begrenzter

⁹² Jarass, Europäisches Energierecht, 1996, S. 16, Fn. 18, wonach die Leitlinien zu keiner rechtlichen Verpflichtung führen dürften; ähnlich *Rambow*, in: Lenz (Hrsg.), EG-Vertrag, 1. Aufl. 1994, Art. 129c EGV, Rdnr. 2, wonach mit Leitlinien keine verpflichtenden Beschlüsse gemeint seien, es handle sich lediglich um Orientierungen; einschränkend wird angemerkt, dass den Leitlinien aber eine irgendwie geartete politische Verbindlichkeit zukommen müsse, andernfalls wären sie wertlos.

⁹³ Für Rechtsverbindlichkeit etwa *Calliess*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 3; *Frenz/Ehblenz*, (Fn. 70), S. 173 f.; *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 7; *Bogs*, (Fn. 25), S. 141 ff.; *Gärditz*, (Fn. 78), S. 26 f.; ebenso *Härtel*, (Fn. 42), § 13, Rdnr. 9 ff., die primär diskutiert, ob auch die Option besteht, unverbindliche Leitlinien zu erlassen und dies im Ergebnis bejaht.

⁹⁴ Argument nach *Frenz/Ehblenz*, (Fn. 70), S. 173 (Hervorhebung durch den Autor); vgl. auch *van Vormizeele*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 6.

⁹⁵ *Erberich*, in: Bleckmann (Hrsg.), Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rdnr. 2734; dem folgend *Frenz/Ehblenz*, (Fn. 70), S. 174; mögliches Gegenargument *Härtel*, (Fn. 42), § 13, Rdnr. 12.

⁹⁶ *Ibid.*, Rdnr. 13; *Trübe*, (Fn. 19), S. 109.

⁹⁷ So eine der auf der Internet-Seite des Duden aufgeführten Bedeutungen für den Begriff „Leitlinie“, www.duden.de/rechtschreibung/Leitlinie (13.6.2013); weiterhin finden sich dort als relevante alternative Bedeutungen: leitender Gesichtspunkt und bestimmender Grundsatz; lediglich die letzte Alternative deutet eher in Richtung eines „Mehr“ an Verbindlichkeit, bei Betonung des „Grund“ wird aber wiederum deutlich, dass lediglich Allgemeines gemeint sein kann.

Verbindlichkeit.⁹⁸ In der juristischen Literatur wird vertreten, dass Leitlinien einen „Orientierungsrahmen“⁹⁹ bilden.

3. Ergebnis zur Rechtswirkung der Leitlinien

Auf der einen Seite stehen die Verbindlichkeit der Leitlinien und die Loyalitätspflicht (Art. 4 Abs. 3 EUV).¹⁰⁰ Auf der anderen Seite stehen die primäre Verantwortung der Mitgliedstaaten bzw. die Beschränkung der EU auf die Leistung eines Beitrags sowie der originäre Charakter der Leitlinien. Diese Gemengelage ist im Ergebnis entsprechend *Calliess* derart zu lösen, dass die Mitgliedstaaten auf die Umsetzung der Leitlinien hinzuwirken haben. Diese Verpflichtung ist aber im Hinblick auf die Realisierung einzelner ausgewiesener VGI nicht erfolgsorientiert, sondern auf das Bemühen um den entsprechenden Erfolg, also handlungsorientiert, ausgerichtet.¹⁰¹ In anderen Worten kann eine Verhaltenspflicht auferlegt werden, die Verwirklichung der ausgewiesenen VGI zu fördern, eine Verpflichtung das Ergebnis zu gewährleisten dagegen nicht.¹⁰²

Gewissermaßen bestätigend kann darauf verwiesen werden, dass bisher – soweit ersichtlich – kein Urteil gegen einen Mitgliedstaat in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV wegen Nicht-Umsetzung bzw. nicht angemessener Umsetzung von Leitlinien ergangen ist.¹⁰³

Im Ergebnis kann die EU primär mittels der Ausweisung von VGI ein Leitbild für ein (trans-)europäisches Energienetz aufzeigen,¹⁰⁴ Impulse auf dem Weg dorthin

⁹⁸ Da die Leitlinien in Art. 171 Abs. 1 AEUV nicht alleine stehen (in der deutschen Sprachfassung heißt es „*Reihe von Leitlinien*“) sollte Art. 172 AEUV als Vergleichsmaßstab genommen werden. Dort heißt es in der englische Sprachfassung „*guidelines*“, in der französischen „*orientations*“ sowie in der spanischen „*orientaciones*“.

⁹⁹ *Calliess*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 2; *Bogs*, (Fn. 25), S. 140; vgl. auch *Jürgensen*, Gemeinschaftlicher und nationaler Grundrechtsschutz bei der Realisierung transeuropäischer Verkehrsnetze, 1998, S. 83, wonach „Leitlinie“ grundsätzlich als „richtungsweisende Orientierung“ verstanden wird.

¹⁰⁰ Vgl. *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 7.

¹⁰¹ *Calliess*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 4 f., entsprechend könne ein in den Leitlinien ausgewiesenes Vorhaben nicht verwirklicht werden, wenn es nach nationalem Planungsrecht unzulässig ist; vgl. auch *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 6: Balance zwischen Verbindlichkeit und bloßem Beitrag; kritisch formuliert *Schulenberg*, (Fn. 26), S. 202, die EU sei auf die „wohlwollende Mitwirkung“ der Mitgliedstaaten angewiesen.

¹⁰² So *Erdmenger*, (Fn. 54), Art. 155 EGV, Rdnr. 18; ähnlich *Neumann*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV, Rdnr. 3, nach der insoweit keine absolute Verbindlichkeit bestehe; sowie *Frey*, (Fn. 24), S. 26: „Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Mitarbeit an der Realisierung der ausgewiesenen Vorhaben“.

¹⁰³ Vgl. insoweit *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 7, nach denen ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Nichtumsetzung einer Leitlinie allenfalls bei völliger Untätigkeit in Betracht komme.

¹⁰⁴ *Bogs*, (Fn. 25), S. 140.

setzen, einen gewissen Druck ausüben. Die Mitgliedstaaten können gerade im Hinblick auf die Verwirklichung von ausgewiesenen VGI „geleitet“ werden. Allerdings ist die Verbindlichkeit der Leitlinien wie beschrieben begrenzt, weswegen die TEN-Leitlinien kein sonderlich scharfes Schwert darstellen.

III. Bewertung der gesetzgeberischen Praxis der „Einkleidung“ der Leitlinien in klassische Handlungsformen

Die gesetzgeberische Praxis verfolgt einen Weg der Einkleidung der Leitlinien in klassische Handlungsformen.¹⁰⁵ Die Art. 171 und 172 AEUV machen keine Angaben darüber, welche Handlungsform für das Handlungsinstrument der Leitlinien zu wählen ist.¹⁰⁶ Entsprechend steht die Wahl der Handlungsform zur Disposition des Gesetzgebers (vgl. Art. 296 Abs. 1 AEUV). Sollte entgegen der vorliegend befürworteten Ansicht¹⁰⁷ eine Einkleidung gewünscht sein, stellt sich die Frage, welche der klassischen Handlungsformen am ehesten passend ist.¹⁰⁸ Diese Frage wurde von der Praxis wie folgt beantwortet: TEN-Leitlinien wurden zunächst in Form von an die Mitgliedstaaten gerichteten und diese bindenden Entscheidungen (Art. 249 Abs. 4 EGV¹⁰⁹) erlassen.¹¹⁰ Im Energiebereich waren dies die Entscheidungen Nr. 1254/96/EG,¹¹¹ Nr. 1229/2003/EG¹¹² sowie die bereits erwähnte TEN-E-Entscheidung aus dem Jahr 2006.

¹⁰⁵ Diese Praxis betrifft auch die beschäftigungspolitischen Leitlinien, dort wird die Handlungsform des Beschlusses genutzt, vgl. Beschluss des Rates vom 26.4.2012 zu Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten (2012/238/EU), ABL L 119 v. 4.5.2012, S. 47 f.

¹⁰⁶ Vgl. *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 3 bzw. Art. 172 AEUV, Rdnr. 2.

¹⁰⁷ Hierzu unter C.IV.

¹⁰⁸ Vgl. die Diskussion bei *Bogs*, (Fn. 25), S. 153 ff., der die staatengerichtete Entscheidung (nun Beschluss) und die Richtlinie für am ehesten geeignet hält, allerdings müsse die Eigenart der Leitlinien durch die Bezeichnung des Rechtsakts als Leitlinie betont werden; ähnlich *Calliess*, (Fn. 30), Art. 172 AEUV, Rdnr. 7 f.; vgl. auch *Jürgensen*, (Fn. 99), S. 62 ff.; auf den Entwurf der TEN-E-VO bezogen *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 100, nach diesem fügen sich die Vorschriften zum Genehmigungsverfahren in die Konzeption der Richtlinie ein, die mitgliedstaatlichen Regelungen werden ergänzt und aufeinander abgestimmt, nicht ersetzt; *Nettesheim* verweist allerdings auch auf „Unstimmigkeiten“, so sollen die Rechte der Kommission – etwa zur Festlegung der Unionsliste – nicht recht zur Richtlinie passen.

¹⁰⁹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung, ABL C 325 v. 24.12.2002, S. 33 ff.

¹¹⁰ *Calliess*, (Fn. 30), Art. 172 AEUV, Rdnr. 6 mit Verweisen auch auf die anderen Sektoren.

¹¹¹ Entscheidung Nr. 1254/96/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.1996 über eine Reihe von Leitlinien betreffend die transeuropäischen Netze im Energiebereich, ABL L 161 v. 29.6.1996, S. 147 ff.

¹¹² Entscheidung Nr. 1229/2003/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2003 über eine Reihe von Leitlinien betreffend die transeuropäischen Netze im Energiebereich und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1254/96/EG, ABL L 176 v. 15.7.2003, S. 11 ff.

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Handlungsform der Entscheidung durch die des Beschlusses (Art. 288 Abs. 4 AEUV) abgelöst.¹¹³ Der bisherigen Praxis entsprechend wurde nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon für den nächsten Leitlinien-Rechtsakt – dieser bezog sich auf den Verkehrssektor – die Handlungsform des Beschlusses gewählt.¹¹⁴

Im Zuge der jüngsten TEN-E-Revision wurde dagegen die Handlungsform der Verordnung gewählt. In ihrem Entwurf begründete die Kommission die Wahl dieses Rechtsinstruments mit der Notwendigkeit, die rechtzeitige Umsetzung der Energieinfrastrukturprioritäten bis 2020 zu gewährleisten.¹¹⁵ Dieser „Trend“ der Umstellung der Handlungsform betrifft auch die (vorgeschlagenen) neuen Leitlinien in den Sektoren Verkehr und Telekommunikation.¹¹⁶ Allgemein wird, primär durch die Kommission, wohl eine höhere inhaltliche Verbindlichkeit der Leitlinien angestrebt.¹¹⁷

An der Wahl der Handlungsform irritiert jedoch einerseits, dass eine Verordnung grundsätzlich keiner Transformation oder Inkorporierung in innerstaatliches Recht bedarf, sie gilt vielmehr unmittelbar (vgl. Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV).¹¹⁸ Artikel 8 Abs. 3 UAbs. 3 TEN-E-VO beinhaltet aber eine Auswahlmöglichkeit und Pflicht zur Umsetzung („sorgen [...] für die Umsetzung“). Dieses Erfordernis einer „konkretisierenden Umsetzung in nationales Recht“ ist wohl Hauptargument der bereits erwähnten Ansicht, die den Erlass der neuen TEN-E-Leitlinien als Verordnung für nicht mit Art. 171 Abs. 1 AEUV vereinbar hält.¹¹⁹ Insoweit ist aber zu bedenken, dass es auch atypische Verordnungen gibt: Das Wesensmerkmal der Verordnung, ohne mitgliedstaatlichen Umsetzungsakt Rechtswirkungen zu entfalten, wird teilweise relativiert.¹²⁰ Insbesondere sogenannte hinkende Verordnungen erfordern mitgliedstaatliche Durchführungsmaßnahmen, die Mitgliedstaaten werden hierzu verpflichtet.¹²¹ Insoweit ist auch auf Art. 291 Abs. 1 AEUV zu verweisen, wonach die Mitgliedstaaten alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union

¹¹³ *Biervert*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, (Fn. 37), Art. 288 AEUV, Rdnr. 32, dort auch zur wesentlichen Entsprechung der beiden Handlungsformen.

¹¹⁴ Siehe Beschluss Nr. 661/2010/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.7.2010 über Leitlinien der Union für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes, ABl. L 204 v. 5.8.2010, S. 1 ff.

¹¹⁵ KOM (2011) 658 endg., S. 9.

¹¹⁶ Vgl. Procedure Files 2011/0294(COD) bzw. 2011/0299 (COD).

¹¹⁷ *Neumann*, (Fn. 30), Vorb. Art. 170-172 AEUV, Rdnr. 15; ausführlich zur kompetenzrechtlichen Kritik am Inhalt der TEN-E-VO unter D.II.6.

¹¹⁸ *Nettesheim*, (Fn. 65), Art. 288 AEUV, Rdnr. 101.

¹¹⁹ *Reichert/Vofswinkel*, (Fn. 20), S. 100.

¹²⁰ *Härtel*, (Fn. 42), § 9, Rdnr. 18.

¹²¹ Näher hierzu *ibid.*; zur im Hinblick auf das Merkmal der unmittelbaren Geltung flexiblen Praxis und zur hinkenden Verordnung - bzw. nach diesen terminologisch vorzugswürdig „*framework regulation*“ – *Adam/Winter*, Framework elements in regulations, in: Winter (Hrsg.), Sources and categories of European Union law, 1996, S.507-519, insb. S. 510 f., 518; vgl. insoweit auch *Trübe*, (Fn. 19),

erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht ergreifen. Von der Durchführung dürften neben dem klassischen (indirekten) exekutiven Vollzug auch legislative Maßnahmen erfasst sein, die im Zuge von hinkenden Verordnungen notwendig werden.¹²²

Andererseits besitzt die Handlungsform der Verordnung grundsätzlich ein hohes Maß an Verbindlichkeit (vgl. Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV „in allen ihren Teilen verbindlich“). Es könnte beim begrenzt fachkundigen Betrachter der Eindruck einer vollen Verbindlichkeit erweckt werden, die über die beschriebene begrenzte Verbindlichkeit der Leitlinien hinausgeht.¹²³ Dies galt aber bereits im Hinblick auf die TEN-E-Entscheidung. Auch eine Entscheidung war in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich, die sie bezeichnet (Art. 249 Abs. 4 EGV).

Maßgeblich erscheint folgender Aspekt: Artikel 288 AEUV selbst verleiht keine Befugnisse. Alle Rechtsakte können nur im Rahmen ihrer Befugnisse erlassen werden¹²⁴ (vgl. auch Art. 288 Abs. 1 AEUV „für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union“). Wenn die Mitgliedstaaten der EU mittels Primärrecht lediglich die Möglichkeit eröffnen, begrenzt verbindliche Leitlinien zu erlassen, kann sich dieses Ergebnis unter Berücksichtigung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) nicht dadurch ändern, dass Leitlinien in die *prima facie* – da primärrechtlich so vorgesehen – sehr verbindliche Handlungsform der Verordnung eingekleidet werden. Die Leitlinien selbst und deren primärrechtlich vorgegebene Wirkung müssen in materieller Hinsicht Maßstab und Grenze einer EU-Rechtsetzung sein.¹²⁵

Bezogen auf die TEN-E-VO kann die Wahl der Handlungsform Verordnung hingenommen werden, da die Verordnung ausdrücklich mit „Leitlinien“ betitelt ist.¹²⁶ Zwar ist im Hinterkopf zu behalten, dass der EuGH die Zuordnung zu einer bestimmten Handlungsform lediglich als Indiz wertet und sich bei entsprechendem Inhalt eine Loslösung von der gewählten Bezeichnung vorbehält.¹²⁷ Eine solche

S. 109, da die Verordnung auch ausfüllungsbedürftig gestaltet werden kann, hält diese auch die Verordnung als Handlungsform für Leitlinien für möglich.

¹²² Gellermann, in: Streinz, (Fn. 37), Art. 291 AEUV, Rdnr. 7 f.; zum Begriff der Durchführung in Art. 291 Abs. 1 AEUV auch Nettesheim, (Fn. 65), Art. 291 AEUV, Rdnr. 13.

¹²³ Bogs, (Fn. 25), S. 161 (bezogen auf die Rechtsform Entscheidung).

¹²⁴ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 30), Art. 288 AEUV, Rdnr. 6; vgl. auch Schröder, (Fn. 38), Art. 288 AEUV, Rdnr. 10.

¹²⁵ Bogs, (Fn. 25), S. 161.

¹²⁶ Vgl. *ibid.*, S. 161 f. (bezogen auf Entscheidungen); im Ergebnis ebenso Nettesheim, (Fn. 23), S. 100, der EU-Normgeber dürfe seinen vertraglich eröffneten Spielraum bei der Wahl der Handlungsform nicht überschritten haben.

¹²⁷ Nettesheim, (Fn. 65), Art. 288 AEUV, Rdnr. 79; vgl. EuGH, verb. Rs. 16/62 und 17/62, *fruits et légumes*, Slg. 1962, 963, 978, wonach sich der EuGH nicht mit der amtlichen Bezeichnung einer Maßnahme zufrieden geben könne; es müsse vielmehr in erster Linie auf Gegenstand und Inhalt abgestellt werden; ähnlich EuGH, Rs. 20/58, *Phoenix-Rheinrohr*, Slg. 1959, 163, 183.

Umdeklarierung dürfte vorliegend nicht drohen. Jedoch sind im Zuge der Auslegung und Anwendung einzelner Bestimmungen bzw. Verpflichtungen der TEN-E-VO das originäre Wesen und die originäre Rechtswirkung der Leitlinien stets zu berücksichtigen.¹²⁸

IV. Vorzugswürdige Alternative: Leitlinien als eigenständige Handlungsform

Wegen der Originalität der Leitlinien und um ihr Wesen und ihre Wirkung nicht zu verschleiern, scheint es im Vergleich zur gesetzgeberischen Praxis der Einkleidung vorzugswürdig, Leitlinien nach Art. 171 Abs. 1 AEUV als eigenständige Handlungsform zu sehen und sie schlicht als Leitlinien zu erlassen und nicht einzukleiden.¹²⁹

Zum einen ist eine Einkleidung von Leitlinien nicht zwingend erforderlich: Der „Katalog“ des Art. 288 AEUV ist nicht abschließend. Es existieren auch in Art. 288 AEUV nicht genannte verbindliche Handlungsformen.¹³⁰ Wie gezeigt¹³¹ kann die grundsätzliche Rechtsverbindlichkeit der Leitlinien allein mit den Art. 170 ff. AEUV, insbesondere mit dem Verweis auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren in Art. 172 Abs. 1 AEUV, belegt werden. Die TEN-Leitlinien treten somit zum „Katalog“ des Art. 288 AEUV hinzu.¹³²

¹²⁸ Vgl. *Bogs*, (Fn. 25), S. 162.

¹²⁹ Hierfür auch *Gärditz*, (Fn. 78), S. 26 f.; wohl auch *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 4; ebenso in diese Richtung *Jeck/Langner*, Transeuropäisches Verkehrsnetz: Quo vadis?, IR 2009, S. 223, die für eine Aufnahme der Leitlinien in den Katalog des Art. 288 AEUV im Zuge einer künftigen Vertragsreform plädieren; anders *Bogs*, (Fn. 25), S. 157 sowie *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 98 f., nach welchem Leitlinien kein „Aliud zu den in Art. 288 AEUV genannten Akten“ darstellen, Leitlinien seien vielmehr eine „Untergruppe“.

¹³⁰ In diesem Sinne *Schröder*, (Fn. 38), Art. 288 AEUV, Rdnr. 2; *Ruffert*, (Fn. 124), Art. 288 AEUV, Rdnr. 98 ff.; beide verweisen explizit auf „Leitlinien“, wobei nicht klar wird, ob TEN-Leitlinien gemeint sind; a.A. *Hetmeier*, in: *Lenz/Borchardt*, (Fn. 30), Art. 288 AEUV, Rdnr. 3, nach welchem es sich um eine abschließende Regelung der zulässigen Rechtsakte handelt, jenseits von Art. 288 AEUV möglich und üblich seien lediglich Intra-Organrecht, Inter-Organrecht sowie spätere Rechtsakte vorzeichnende Grünbücher, Mitteilungen der Kommission etc.; ähnlich (bezogen auf Art. 249 EGV) *Lecheler*, Ungereimtheiten bei den Handlungsformen des Gemeinschaftsrechts – dargestellt anhand der Einordnung von „Leitlinien“, DVBl. 2008, S. 873, wonach der Katalog jedenfalls hinsichtlich der rechtsverbindlichen Handlungsformen grundsätzlich abschließend zu verstehen sei, anderenfalls könne die rechtsstaatlich gebotene Normklarheit nicht gewährleistet werden; unklar die Konsequenzen die *Lecheler*, S. 874 zieht: einerseits sollen Leitlinien nur Rechtsverbindlichkeit erlangen können, wenn sie einer der Handlungsformen des (jetzigen) Art. 288 AEUV zugeordnet werden können; es wird aber nicht wirklich klar, ob diese Äußerung auch auf TEN-Leitlinien bezogen sind; andererseits sei für TEN-Leitlinien aufgrund des Verweises auf das Rechtsetzungsverfahren die Rechtssatzqualität klargestellt, das Verfahren nach nunmehr Art. 172 AEUV *erlaube* den Erlass aller Gesetzgebungsakte (Hervorhebung durch den Autor; soweit ersichtlich wird also nicht deutlich, ob die Einkleidung geboten ist).

¹³¹ Unter unter C.II.1.

¹³² *Gärditz*, (Fn. 78), S. 26 f.

Anders als nach dem Titel zu den transeuropäischen Netzen im seinerzeit geschlossenen Verfassungsvertrag¹³³ ist eine Einkleidung nach dem nunmehr gültigen AEUV gerade nicht zwingend vorgeschrieben.¹³⁴ Artikel III-247 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 des Verfassungsvertrags lautete: „Die Leitlinien [...] werden durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz festgelegt“. Das Europäische Gesetz hätte zumindest im Wesentlichen der klassischen – und nach Scheitern des Verfassungsvertrages weiterhin aktuellen – Verordnung entsprochen, das Rahmengesetz der Richtlinie.¹³⁵

Zum anderen sprechen keine zwingenden Gründe für eine Einkleidung. Für eine Einkleidung wird vorgebracht, dass die klassischen Handlungsformen dem Leitbild des EU-Handelns entsprechen.¹³⁶ Wie gezeigt wurde, passen die TEN-Leitlinien und die Handlungsform der Verordnung aber nicht wirklich zusammen, eine Leitlinienverordnung ist eben keine normale Verordnung und entspricht daher gerade nicht diesem Leitbild des EU-Handelns.

Weiterhin wird für die Praxis der Einkleidung die klare Einhaltung rechtsstaatlicher Anforderungen vorgebracht.¹³⁷ Auch diese Bedenken können entkräftet werden: Die in diesem Kontext relevanten Normen sprechen neutral von „Handlung“ (so etwa Art. 263 Abs. 1 und Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV betreffend den Rechtsschutz), „Rechtsakt“ (so Art. 296 Abs. 2 AEUV betreffend die Begründungspflicht von Rechtsakten) oder „Gesetzgebungsakt“ (so Art. 297 Abs. 1 AEUV betreffend die Unterzeichnung und Veröffentlichung im Amtsblatt).¹³⁸ Eine Einkleidung birgt keine Vorteile im Hinblick auf rechtsstaatliche Anforderungen.

Schließlich kann der Verweis von Art. 172 Abs. 1 AEUV auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren, welches für Verordnung, Richtlinie und Beschluss gilt (vgl. Art. 289 Abs. 1 Satz 1 AEUV), als Rechtsfolgenverweis verstanden werden.¹³⁹

Aus diesen Gründen ist es durchaus naheliegend, Leitlinien als eigenständige Handlungsform zu sehen. Um keine Missverständnisse im Hinblick auf Wesen und Wirkung aufkommen zu lassen, sollten im Zuge zukünftiger Revisionen TEN-Leitlinien schlicht als Leitlinien erlassen werden.

¹³³ Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl. C 310 v. 16.12.2004, S. 1 ff.

¹³⁴ Im AEUV gibt es mehrere Vorschriften, die bestimmte Handlungsformen vorschreiben, vgl. nur Art. 46 Abs. 1 AEUV.

¹³⁵ Vgl. *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag*, 2007, Art. I-33, Rdnrn. 6, 9.

¹³⁶ *Boggs*, (Fn. 25), S. 157.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Evtl. in diese Richtung *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 4.

¹³⁹ *Ibid.*; anders *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 99, der im Verweis auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren das wesentliche Argument für eine Einkleidung sieht, die Formulierung des Art. 289 Abs. 1 Satz 1 AEUV lasse es nicht zu, weitere Akte im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu erlassen.

D. Die Vorschriften betreffend die mitgliedstaatliche Genehmigung von VGI: Analyse, Relevanz und (kompetenzrechtliche) Bewertung

Gegenstand der TEN-E-VO ist die Identifizierung von Vorhaben von gemeinsamem Interesse. Zu diesem Zweck werden ein Auswahlverfahren und Kriterien für die Auswahl festgelegt (I).¹⁴⁰ Die ausgewählten VGI haben anschließend ein mitgliedstaatliches Genehmigungsverfahren zu durchlaufen, wofür Vorgaben gemacht werden (II).¹⁴¹ In diesem Beitrag nicht betrachtet werden die vorgesehenen Regeln für die grenzüberschreitende Aufteilung von VGI-Investitionskosten, die vorgesehenen risikobezogenen Anreize für VGI sowie die Bedingungen für eine finanzielle Unterstützung von VGI durch die Union.¹⁴²

I. Auswahlverfahren von und Auswahlkriterien für VGI

1. Grundkategorien der Auswahl von VGI

Anhang I der TEN-E-VO listet vorrangige Energieinfrastrukturkorridore und -gebiete auf. Die aufgelisteten zwölf strategischen Prioritäten wurden nach engen Konsultationen mit Mitgliedstaaten und betroffenen Kreisen ermittelt und deren Umsetzung bis 2020 wird für das Erreichen der Energie- und Klimapolitikziele der EU als unerlässlich erachtet.¹⁴³

Zunächst werden vier geografisch vorrangige Stromkorridore aufgelistet, von denen Deutschland jeweils betroffen ist. Im Einzelnen sind dies das Offshore-Netz der nördlichen Meere, Nord-Süd-Stromverbindungsleitungen in Westeuropa sowie in Mitteleuropa und Südosteuropa. Schließlich der Stromverbundplan für den Energiemarkt im Ostseeraum. Weiterhin finden sich vorrangige Gaskorridore und – als Novum gegenüber der TEN-E-Entscheidung – auch ein vorrangiger Erdölkorridor.¹⁴⁴

Während sich die vormalige TEN-E-Entscheidung auf geografische Achsen für Elektrizitäts- und Gasnetze beschränkte,¹⁴⁵ enthält Anhang I mit der Realisierung intelligenter Netze, den Stromautobahnen und einem grenzüberschreitenden Kohlendioxidnetz im Hinblick auf die Realisierung der Kohlendioxidspeicherung¹⁴⁶ auch

¹⁴⁰ Art. 1 Abs. 2 lit. a), Art. 3 bis 6.

¹⁴¹ Art. 1 Abs. 2 lit. b), Art. 7 bis 10.

¹⁴² Art. 1 Abs. 2 lit. c), Art. 11 bis 13 einerseits und Art. 1 Abs. 2 lit. d), Art. 14 bis 15 andererseits.

¹⁴³ Erwägungsgrund 20.

¹⁴⁴ Vgl. *Frey*, (Fn. 24), S. 22.

¹⁴⁵ Siehe Anhang I der TEN-E-Entscheidung.

¹⁴⁶ Dieser Technik steht Deutschland wohl skeptisch gegenüber, vgl. *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 88.

vorrangige *thematische* Gebiete. Besonders bemerkenswert sind die Stromautobahnen.¹⁴⁷ Erfasst sind erste Stromautobahnen bis 2020 im Hinblick auf den Bau eines Stromautobahnsystems in der gesamten Union, das zu folgendem in der Lage sein soll:

- Aufnahme der in den nördlichen Meeren und der Ostsee erzeugten überschüssigen Windenergie – dieser Überschuss wird sich künftig noch deutlich verstärken – sowie der zunehmenden Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen in Ost- und Südeuropa und auch in Nordafrika,
- Verbindung dieser neuen Stromerzeugungszentren mit großen Speicherkapazitäten und großen Verbrauchszentren und
- Bewältigung der zunehmend variablen und dezentralen Stromversorgung und der flexiblen Stromnachfrage.

Anhang II führt Energieinfrastrukturkategorien auf, die eigentliche Energieinfrastruktur.¹⁴⁸ Bildlich gesprochen handelt es sich um abstrakte Bausteine, die in die vorrangigen Korridore oder Gebiete gleichsam eingesetzt werden. Bezogen auf den Elektrizitätsbereich sind dies etwa Hochspannungsfreileitungen, die für eine Spannung von mindestens 220 kV ausgelegt wurden, sowie Erd- und Seekabel, für die ein Mindestanforderungs von 150 kV gilt.¹⁴⁹ Die nachfolgenden Darstellungen, insbesondere zu den genehmigungsrechtlichen Implikationen, beziehen sich auf diese drei Bausteine. Lediglich am Rande sei auf einige weitere Bausteine verwiesen, die für den Elektrizitätsbereich relevant sind. Im Hinblick auf die Stromautobahnen ist die für den Stromtransport auf der Hoch- und Höchstspannungsebene erforderliche materielle Ausrüstung erfasst.¹⁵⁰ Erstmals in TEN-E-Leitlinien sind ferner Stromspeicheranlagen eingeschlossen.¹⁵¹

VGI schließlich sind einzelne konkrete Vorhaben auf quasi dritter Stufe.¹⁵²

Mit den vorrangigen thematischen Gebieten und den Speicheranlagen verfolgen die neuen TEN-E-Leitlinien einen breiteren Ansatz als bisher. Dies wird bereits im Namen des Rechtsakts deutlich: Von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze hin zu solchen für die Energieinfrastruktur. Eine zusätzliche Erweiterung betrifft die Verteilernetze: Waren die Verteilernetze bisher explizit jenseits des Anwendungsbereichs der TEN-E-Leitlinien,¹⁵³ sind nun auch Verteilernetzbetreiber

¹⁴⁷ Anhang I, Nr. 11.

¹⁴⁸ Vgl. die Begriffsbestimmung der Energieinfrastruktur in Art. 2 Nr. 1.

¹⁴⁹ Anhang II, Nr. 1 lit. a).

¹⁵⁰ Anhang II, Nr. 1 lit. b).

¹⁵¹ Anhang II, Nr. 1 lit. c).

¹⁵² Deren Trassenverlauf wohl anhand einzelner Fixpunkte festgelegt werden kann, eine parzellenscharfe Planung wäre aber unzulässig, vgl. unter C.I.5.

¹⁵³ Art. 2 Nr. 1 lit. a) TEN-E-Entscheidung.

potentielle Vorhabenträger.¹⁵⁴ Zwar sind Verteilernetze wegen des Mindestspannungserfordernisses wohl keine tauglichen Hochspannungsfreileitungen im Sinne von Anhang II Nr. 1 lit. a), die intelligenten Netze dürften aber primär die Verteilernetze betreffen.¹⁵⁵

2. Auswahlverfahren

Die Auswahl oder Identifizierung der VGI erfolgt zweistufig: Regionale Gruppen beschließen jeweils regionale Listen von vorgeschlagenen VGI, auf deren Grundlage die Kommission dann eine einheitliche Unionsliste festlegt.

Für jeden vorrangigen Korridor und für jedes vorrangige thematische Gebiet wird eine regionale Gruppe eingerichtet, insgesamt werden durch die TEN-E-VO zwölf regionale Gruppen festgelegt.¹⁵⁶ Für Stromvorhaben setzt sich eine solche Gruppe aus Vertretern der Mitgliedstaaten, der nationalen Regulierungsbehörden, der Übertragungsnetzbetreiber, der Kommission sowie von ACER¹⁵⁷ und ENTSO-E¹⁵⁸ zusammen.¹⁵⁹ Durch diese Zusammensetzung, insbesondere auch durch den praktischen Input der Übertragungsnetzbetreiber bzw. von ENTSO-E, sollte ausreichender Sachverstand sichergestellt sein.¹⁶⁰ Die konkrete Mitgliedschaft in jeder Gruppe beruht im Fall der Stromkorridore auf der geografischen Betroffenheit, im Fall der vorrangigen Gebiete sind alle Mitgliedstaaten betroffen.¹⁶¹ Hinsichtlich der Zusammenarbeit in den regionalen Gruppen soll soweit wie möglich auf vorhandene Strukturen der regionalen Zusammenarbeit zurückgegriffen werden.¹⁶² Innerhalb der einzelnen Gruppen verfügen allein die Mitgliedstaaten und die Kommission

¹⁵⁴ Vgl. die Begriffsbestimmung des Vorhabenträgers in Art. 2 Nr. 6.

¹⁵⁵ Siehe Anhang II, Nr. 1 lit. e) betreffend die Bausteine für die intelligenten Netze.

¹⁵⁶ Art. 3 Abs. 1 Satz 1.

¹⁵⁷ Agency for the Cooperation of Energy Regulators, geschaffen durch VO (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. L 211 v. 14.8.2009, S. 1 ff.

¹⁵⁸ European Network of Transmission System Operators for Electricity, Gründung aufgegeben durch Art. 4 f. VO (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1228/2003, ABl. L 211 v. 14.8.2009, S. 15 ff. (StromhandelsVO).

¹⁵⁹ Zur vorhabenspezifischen Zusammensetzung der Gruppen siehe Anhang III, Nr. 1 Ziffer 1; siehe auch die folgenden Ziffern zu Regeln für die regionalen Gruppen.

¹⁶⁰ Vgl. *Fischerauer*, Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, EnWZ 2013, S. 59.

¹⁶¹ Art. 3 Abs. 1 Satz 2.

¹⁶² Erwägungsgrund 22; vgl. auch Anhang III, Nr. 1 Ziffer 3, ein dort genanntes Beispiel ist die regionale Zusammenarbeit der Übertragungsnetzbetreiber innerhalb von ENTSO-E nach Art. 12 StromhandelsVO.

über Entscheidungsbefugnisse, sie werden daher als Entscheidungsgremium bezeichnet.¹⁶³ Bereits auf dieser Stufe wird damit deutlich, dass die „hoheitliche“ Seite relativ mächtig ist. In Abgrenzung hierzu liegt die Netzentwicklungsplanung auf europäischer Ebene weitgehend in den Händen von ENTSO-E, ACER als Vertreter der hoheitlichen Seite ist auf Stellungnahmen beschränkt.¹⁶⁴

Auf den Antrag¹⁶⁵ eines Vorhabenträgers hin, der den Status VGI erstrebt, folgt ein Verfahren in der entsprechenden regionalen Gruppe.¹⁶⁶ Nach einer Stellungnahme durch ACER¹⁶⁷ beschließt das Entscheidungsgremium eine regionale Liste der vorgeschlagenen VGI. Insoweit ist von Bedeutung, dass der Mitgliedstaat bzw. die Mitgliedstaaten dessen bzw. deren Hoheitsgebiet von einem Vorhaben betroffen wird, dieses zu genehmigen haben.¹⁶⁸ Hiermit wird das in Art. 172 Abs. 2 AEUV angelegte Billigungserfordernis aufgegriffen.

Im zweiten Schritt greift die Kommission die mittels der regionalen Listen vorgeschlagenen VGI auf und legt auf dieser Grundlage eine Unionsliste der VGI fest.¹⁶⁹ In formeller Hinsicht wird der Kommission zur Festlegung der Unionsliste die Befugnis übertragen, delegierte Rechtsakte zu erlassen, dies vorbehaltlich des Billigungserfordernisses nach Art. 172 Abs. 2 AEUV.¹⁷⁰ Die Unionsliste wird der TEN-E-VO in Form eines Anhangs beigefügt.¹⁷¹ Die erste Unionsliste wird bis zum 31. September 2013 verabschiedet.¹⁷² Anschließend ist eine Revision in einem Zwei-Jahres-Turnus vorgesehen, wobei für eine wiederholte Aufnahme ein vereinfachtes Verfahren geplant ist.¹⁷³

In materieller Hinsicht ist bei der Annahme der Unionsliste insbesondere die Kohärenz der Vorhaben zu den Kriterien des Art. 4 zu wahren. Außerdem sollen die

¹⁶³ Art. 3 Abs. 1 Satz 3.

¹⁶⁴ Vgl. insb. Art. 9 Abs. 2 StromhandelsVO.

¹⁶⁵ Anhang III, Nr. 2 Ziffer 1; dort finden sich auch gewisse inhaltliche Anforderungen an den Antrag; die mit Blick auf die erste Unionsliste eingereichten Anträge sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/energy/infrastructure/consultations/20120620_infrastructure_plan_en.htm (13.6.2013).

¹⁶⁶ Näher hierzu Anhang III, Nr. 2.

¹⁶⁷ Anhang III, Nr. 2 Ziffer 12.

¹⁶⁸ Art. 3 Abs. 3.

¹⁶⁹ Art. 3 Abs. 4 UAbs. 2.

¹⁷⁰ Art. 3 Abs. 4 UAbs. 1 Satz 1; dort wird auf Art. 16 verwiesen, wo sich Einzelheiten zur Ausübung der Befugnis finden.

¹⁷¹ Art. 3 Abs. 4 UAbs. 1 Satz 2.

¹⁷² Art. 3 Abs. 4 UAbs. 3. Lediglich am Rande sei auf ein gewisses Fristproblem hingewiesen: Nach Anhang III, Nr. 2 Ziffer 12 werden Entwürfe für regionale Listen sechs Monate vor dem Datum der Verabschiedung der Unionsliste an ACER übermittelt. Es folgt eine Stellungnahme durch ACER. Folglich müssten diese Entwürfe seit Ende März ACER vorliegen.

¹⁷³ Art. 3 Abs. 4 UAbs. 2 sowie Erwägungsgrund 24.

überregionale Kohärenz sichergestellt und die Gesamtzahl der VGI überschaubar und zu bewältigen bleiben.¹⁷⁴ Die Anzahl der VGI im Stromsektor wird auf etwa 100 geschätzt, die Gesamtzahl der Vorhaben soll nicht über 220 liegen.¹⁷⁵ Letztere Zahl ist in Abgrenzung zu den rund 550 Vorhaben nach der TEN-E-Entscheidung zu sehen.¹⁷⁶ Die Notwendigkeit der Fokussierung auf besonders bedeutende Vorhaben wird an mehreren Stellen betont.¹⁷⁷

Mit Aufnahme in die Unionsliste wird ein Vorhaben formal zum VGI¹⁷⁸ und die Anwendbarkeit der weiteren Vorschriften der TEN-E-VO ist eröffnet.

3. Auswahlkriterien

Für Vorhaben von gemeinsamem Interesse ist ein Prüfkatalog festgeschrieben: Voraussetzung einer Qualifikation eines Vorhabens zum VGI ist die Erfüllung allgemeiner und spezifischer Kriterien.

Zunächst gibt Art. 4 Abs. 1 allgemeine Kriterien vor, die kumulativ erfüllt sein müssen.¹⁷⁹

- Das Vorhaben muss für mindestens einen der vorrangigen Energieinfrastrukturkorridore bzw. eines der vorrangigen Energieinfrastrukturgebiete erforderlich sein.
- Der potentielle Gesamtnutzen eines Vorhabens muss auch langfristig seine Kosten übersteigen.
- Das dritte Kriterium ist ein Alternativkriterium.¹⁸⁰ Entweder sind an einem Vorhaben mindestens zwei Mitgliedstaaten durch Grenzquerung beteiligt oder es handelt sich um ein Vorhaben innerhalb eines Mitgliedstaates mit erheblichen grenzüberschreitenden Auswirkungen.¹⁸¹

Nach Art. 4 Abs. 2 gelten für VGI innerhalb von spezifischen Energieinfrastrukturkategorien (den „Bausteinen“) jeweils spezifische Kriterien. Deren Relevanz liegt einerseits darin, dass sich anhand dieser der potentielle Gesamtnutzen nach Art. 4 Abs. 1 bemisst. Andererseits muss ein Stromübertragungs- oder -speichervorhaben¹⁸²

¹⁷⁴ Art. 3 Abs. 5.

¹⁷⁵ Erwägungsgrund 23.

¹⁷⁶ Frey, (Fn. 24), S. 29.

¹⁷⁷ Vgl. Erwägungsgründe 23 und 6.

¹⁷⁸ Siehe die Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 4.

¹⁷⁹ Vgl. das „und“ vor Art. 4 Abs. 1 lit. c).

¹⁸⁰ Art. 4 Abs. 1 lit. c) enthält drei Alternativen für dieses Alternativkriterium.

¹⁸¹ Näher zur zweiten Konstellation Anhang IV, Nr. 1.

¹⁸² Welches unter die in Anhang II, Nr. 1 lit. a) bis d) genannten Energieinfrastrukturkategorien fällt.

erheblich zu mindestens einem spezifischen Kriterium beitragen.¹⁸³ Diese spezifischen Kriterien sind:

- Marktintegration, unter anderem durch die Beseitigung der Isolation mindestens eines Mitgliedstaats und die Verringerung der Energieinfrastrukturengpässe;
- Nachhaltigkeit, unter anderem durch die Einspeisung von Energie aus erneuerbaren Quellen in das Netz und die Übertragung von erneuerbar erzeugtem Strom zu großen Verbrauchszentren und Speicheranlagen;
- Versorgungssicherheit, unter anderem durch Interoperabilität, angemessene Verbindungen und einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb.

Für gewisse Bausteine¹⁸⁴ werden die Kriterien nach bestimmten Indikatoren bewertet.¹⁸⁵

Ab der zweiten Unionsliste müssen auszuwählende VGI, sofern möglich, Teil des letzten verfügbaren gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplans Strom (TYNDP) von ENTSO-E nach Art. 8 der Stromhandels-Verordnung¹⁸⁶ sein.¹⁸⁷

Für den Fall der Erfüllung der allgemeinen und spezifischen Kriterien ist grundsätzlich eine Aufnahme in die Unionsliste vorgesehen. Sollte die Gesamtzahl der mittels regionaler Listen vorgeschlagenen VGI nicht mehr zu bewältigen sein, prüft die Kommission, ob Vorhaben mit niedrigster Priorität nicht in die Unionsliste aufgenommen werden.¹⁸⁸ Die niedrigste Priorität insoweit ergibt sich aus der in Art. 4 Abs. 4 vorgesehenen Rangfolge, die anhand des aggregierten Beitrags zu den spezifischen Kriterien gebildet wird und nur in dieser Konstellation eine Bedeutung über den internen Gebrauch der regionalen Gruppe hinaus erlangt.

Da auch die regionalen Gruppen im Zuge der Erarbeitung der regionalen Listen die Übereinstimmung mit den Kriterien nach Art. 4 prüfen¹⁸⁹ und die Kommission schon in diesem Stadium entscheidend beteiligt ist, dürfte – neben der Sicherstellung

¹⁸³ Art. 4 Abs. 2 lit. a); für die anderen Kategorien finden sich in den folgenden lit. spezifische Kriterien.

¹⁸⁴ Solche, die unter die in Anhang II, Nrn. 1 bis 3 genannten Energieinfrastrukturkategorien fallen.

¹⁸⁵ Art. 4 Abs. 3 unter Verweis auf Anhang IV, Nrn. 2 bis 5; beispielsweise werden für die Marktintegration etwa bei grenzüberschreitenden Vorhaben die Auswirkungen auf die Netzübertragungskapazität in beide Lastflussrichtungen und der Beitrag zum Erreichen der erstrebten Mindestverbindungskapazität von 10 % der vorhandenen Erzeugungskapazität berechnet (Anhang IV, Nr. 2 lit. a)).

¹⁸⁶ Fundstelle in Fn. 158; der TYNDP liefert einen verbindlicher Rahmen für die Zusammenarbeit der betroffenen Übertragungsnetzbetreiber bei ihrer Netzbedarfsplanung, vgl. *Weyer*, (Fn. 76), S. 270.

¹⁸⁷ Anhang III, Nr. 2 Ziffer 3; konkret handelt es sich um die in Anhang II, Nr. 1 lit. a), b) und d) genannten Kategorien; für die erste Unionsliste finden sich Sonderregeln für die Bewertung in Ziffer 5.

¹⁸⁸ Anhang III, Nr. 2 Ziffer 14.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1.

der überregionalen Kohärenz – gerade im Herausfiltern der Vorhaben mit niedriger Priorität einer der Hauptzwecke der Unionsliste liegen. Außerdem bündelt die Unionsliste die regionalen Listen.

4. Ergebnis

Auswahlverfahren und Auswahlkriterien haben eine austarierte bis diffizile Identifikation von VGI zur Folge. Dieses „europäische Bedarfsermittlungsverfahren“¹⁹⁰ kann aufgrund unterschiedlicher Zielsetzungen durchaus zu anderen Ergebnissen als die nationale Bedarfsermittlung gelangen.

II. Das für VGI vorgegebene Genehmigungsregime

Für die ausgewählten VGI¹⁹¹ schaffen die Art. 7 ff. ein „Regime des gemeinsamen Interesses“¹⁹² für die Genehmigung. Angestrebt wird die Erleichterung der rechtzeitigen Durchführung von VGI durch eine Straffung, engere Koordinierung und Beschleunigung der Genehmigungsverfahren.¹⁹³ Diese konkreten Vorgaben stehen in Abkehr zur bisherigen Eigenverantwortlichkeit. Artikel 6 Abs. 5 Satz 1 der TEN-E-Entscheidung gab noch eher allgemein vor, dass die Mitgliedstaaten die von ihnen für erforderlich angesehenen Maßnahmen treffen, um die Verwirklichung der VGI zu erleichtern und zu beschleunigen.¹⁹⁴

Der Begriff der Genehmigung im Sinne der TEN-E-VO dürfte als Oberbegriff für diverse behördliche Zulassungen zu verstehen sein, wohingegen die Genehmigung nach deutschem Recht nur eine spezielle Ausprägung ist.¹⁹⁵ Entsprechend wird der Begriff der Genehmigung nachfolgend verstanden.

Die mitgliedstaatliche Genehmigung von VGI wird durch die Art. 7 ff. in merklichem Maße beeinflusst. Zunächst soll ein Überblick über die Genehmigung¹⁹⁶ von

¹⁹⁰ So *Vogt/Maafß*, Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur – Netzausbau die Zweite, RdE 2013, S. 152.

¹⁹¹ Quasi selbstredend können die Mitgliedstaaten das VGI-Genehmigungsregime auch auf Nicht-VGI anwenden (Erwägungsgrund 39).

¹⁹² Im Kommissionsvorschlag fand sich ein entsprechend titulierter Art. 7. Wenngleich dieser eher einleitende Artikel weggefallen ist, findet sich in der Sache durchaus ein Genehmigungsregime.

¹⁹³ Art. 1 Abs. 2 lit. b); vgl. auch Erwägungsgrund 26.

¹⁹⁴ Darüber hinaus bestand eine Befugnis der Kommission zu Maßnahmen im Hinblick auf die Erleichterung der Durchführung der Genehmigungsverfahren (Art. 11 Abs. 1 lit. b), Abs. 3, Art. 14 Abs. 2 TEN-E-Entscheidung). Diese wurde aber nicht genutzt, vgl. *Fischerauer*, (Fn. 160), S. 56.

¹⁹⁵ Vgl. § 75 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 VwVfG; aus der Literatur etwa *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 8, Rdnr. 29 ff.

¹⁹⁶ Grundsätzlich wird allein die Genehmigung mittels der Planfeststellung und nicht die Raumordnung nach deutschem Recht betroffen; vgl. etwa die Differenzierung in Genehmigungsverfahren

Elektrizitätsleitungen nach aktuell geltendem deutschen Recht gegeben werden. Dieser Überblick beschränkt sich auf die Genehmigung der Energieinfrastrukturkategorien Hochspannungsfreileitung, Erd- und Seekabel, jeweils im Sinne der TEN-E-VO (1.). Die TEN-E-VO selbst sieht ein zweistufiges Genehmigungsverfahren vor (2.). Die Art. 7 ff. beeinflussen die sogenannten materiellen Plananforderungen nach deutscher Dogmatik, die Grundvoraussetzungen einer positiven Genehmigung (3.). Außerdem werden Vorgaben für die Organisation des Genehmigungsverfahrens gemacht (4.) und es ist eine Höchstfrist für das nationale Genehmigungsverfahren vorgesehen (5.). Das VGI-Genehmigungs-Regime wirft Fragen in kompetenzrechtlicher Hinsicht auf (6.). Abschließend sollen weitere wesentliche Inhalte der analysierten Vorschriften der TEN-E-VO vorgestellt werden (7.).

1. Die Genehmigung von Elektrizitätsleitungen nach deutschem Recht im Überblick

a) Diverse Genehmigungsregime

Um eine Elektrizitätsleitung realisieren zu können, bedarf es grundsätzlich einer Genehmigung. In Deutschland existieren für die Genehmigung von Elektrizitätsleitungen diverse Regime.¹⁹⁷ Für die VGI-Bausteine Hochspannungsfreileitung mit mindestens 220 kV und Erdkabel mit mindestens 150 kV ist das Planfeststellungsverfahren nach §§ 43 ff. EnWG relevant. Für die Errichtung von Hochspannungsfreileitungen mit einer Nennspannung von mindestens 110 kV ergibt sich das Planfeststellungserfordernis aus § 43 Satz 1 Nr. 1 EnWG, § 43 Satz 7 EnWG betrifft Erdkabel. Dieses Planfeststellungsverfahren kann durch das EnLAG bzw. dessen Bedarfsplan beeinflusst werden. Gleiches wird demnächst für den am 25. April 2013 vom Bundestag beschlossenen Bundesbedarfsplan¹⁹⁸ (vgl. § 12e EnWG) gelten. *In concreto* wird jeweils primär die Planrechtfertigung für einzelne Vorhaben festgeschrieben.¹⁹⁹ Die Zuständigkeit für die Planfeststellung nach diesen – wenn man so will drei – Regimes liegt bei den nach Landesrecht zuständigen Behörden (vgl. § 43 S. 1 EnWG am Ende). Bei bundesländerübergreifenden Vorhaben sind Verfahren in den einzelnen Ländern zu durchlaufen und es müssen mehrere Planfeststellungsbeschlüsse ergehen.²⁰⁰

und Raumordnungsverfahren in Art. 7 Abs. 3 sowie *arg. e contrario* zu Erwägungsgrund 33, wonach die von einem Vorhaben abstrakte *Raumplanung* in die umfassende Entscheidung nur einbezogen werden kann; lediglich Art. 10 Abs. 3 beinhaltet eine mit der Raumordnung vergleichbare Konstellation, vgl. hierzu unter D.II.5.a).

¹⁹⁷ Hierzu etwa *Schmitz/Jornitz*, (Fn. 8), S. 333.

¹⁹⁸ BT-Drs. 17/12638.

¹⁹⁹ Näher zur Wirkung gesetzlicher Bedarfspläne sogleich unter D.II.1.b).

²⁰⁰ Besonders anschaulich wurde dies an der inzwischen in Betrieb genommenen Ost-West-Stromtrasse zwischen Krümmel und Schwerin. Die Teilabschnitte in den einzelnen Bundesländern wurden zu verschiedenen Zeitpunkten planfestgestellt und realisiert.

Von maßgeblicher Bedeutung wird weiterhin das NABEG sein. Dessen Anwendungsbereich erstreckt sich vor allem auf länderübergreifende oder grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen, die im Bundesbedarfsplan als solche gekennzeichnet sind (§ 2 Abs. 1 Alt. 1 NABEG). Bei diesen Höchstspannungsleitungen handelt es sich um eine Unterkategorie des Bundesbedarfsplans, welcher selbst einen potentiell weiteren Anwendungsbereich hat.²⁰¹ Die erste zentrale Besonderheit des NABEG liegt in seiner originären Bundesfachplanung (§§ 4 ff. NABEG).²⁰² Während bei den bereits erwähnten Regimes regelmäßig ein von der Planfeststellung relativ isoliertes Raumordnungsverfahren nach § 15 Raumordnungsgesetz (ROG)²⁰³ als Vorverfahren²⁰⁴ durchzuführen ist,²⁰⁵ wird das Raumordnungsverfahren durch die Bundesfachplanung ersetzt (vgl. § 28 NABEG).²⁰⁶ Ziel der Bundesfachplanung ist die Bestimmung von Trassenkorridoren (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 NABEG).²⁰⁷ Innerhalb dieser 500 bis 1000 Meter breiten Trassenkorridore²⁰⁸ liegt der in der Planfeststellung zu bestimmende endgültige Trassenverlauf.

Die zweite zentrale Besonderheit ist die Planfeststellung nach §§ 18 ff. NABEG. Diese betrifft primär die Errichtung von Leitungen im Sinne von § 2 Abs. 1 NABEG (vgl. § 18 Abs. 1 NABEG). Bereits nach dem Gesetzesentwurf sollte die Bundesnetzagentur (BNetzA) als „one-stop-shop“ dienen.²⁰⁹ Auf Protest einzelner Länder hin wurde jedoch ein Kompromiss getroffen: Die BNetzA ist zunächst nur für die Bundesfachplanung zuständig, kann aber auch zur Durchführung des Planfeststellungsverfahrens per Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates ermächtigt werden (§ 2 Abs. 2 NABEG).²¹⁰ Inzwischen zeichnen sich die Zustimmung der

²⁰¹ *Schmitz/Jornitz*, (Fn. 8), S. 333.

²⁰² Hierzu etwa *Appel*, Neues Recht für neue Netze – das Regelungsregime zur Beschleunigung des Stromnetzausbaus nach EnWG und NABEG, UPR 2011, S. 408 f., 413 f.

²⁰³ Art. 1 des Gesetzes zur Neufassung des Raumordnungsgesetzes und zur Änderung anderer Vorschriften v. 22.12.2008, BGBl. 2008 I, 2986 ff., zuletzt geändert durch Art. 9 Gesetz v. 31.7.2009, BGBl. 2009 I, 2585 ff.

²⁰⁴ *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz (ROG), 2010, § 15, Rdnr. 20.

²⁰⁵ Zum Raumordnungsverfahren etwa *Hennig/Lühmann*, Raumordnungs- und Planfeststellungsverfahren für den Aus- und Umbau der Hochspannungsnetze, UPR 2012, S. 81 ff.; zur Wirkung des Raumordnungsverfahrens auf die Planfeststellung siehe auch unter D.II.5.a).

²⁰⁶ Zur weitgehenden funktionalen Entsprechung dieser beiden Institute *Erbguth*, Energiewende: großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 328, der im Folgenden auf die damit verbundenen und kontrovers diskutierten innerstaatlichen Kompetenzfragen eingeht.

²⁰⁷ Hierzu auch unter D.II.5.a).

²⁰⁸ Vgl. BT-Drs. 17/6073, S. 19.

²⁰⁹ *Ibid.*, S. 21.

²¹⁰ Näher zum Hintergrund dieses Konstrukts etwa *Appel*, (Fn. 202), S. 409.

Länder und der Gebrauch der Ermächtigung konkret ab.²¹¹ Damit werden demnächst die entsprechenden Planfeststellungsverfahren konzentriert durch die BNetzA durchgeführt.

Hinsichtlich des VGI-Bausteins Seekabel²¹² ist zwischen Küstenmeer und Ausschließlicher Wirtschaftszone (AWZ) zu differenzieren. Für Seekabel im Küstenmeer – sowie deren Fortführung landeinwärts – gilt grundsätzlich ebenfalls das Planfeststellungsverfahren nach §§ 43 ff. EnWG. Das Planfeststellungserfordernis ergibt sich aus § 43 Satz 1 Nr. 3 EnWG (Hochspannungsleitungen zur Netzanbindung von Offshore-Anlagen) bzw. § 43 Satz 1 Nr. 4 EnWG (grenzüberschreitende Gleichstrom-Hochspannungsleitungen). Modifikationen können sich wiederum durch den Bundesbedarfsplan ergeben, in welchem auch Anbindungsleitungen von den Offshore-Windpark-Umspannwerken zu den Netzverknüpfungspunkten an Land gekennzeichnet werden (vgl. § 12e Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 EnWG).

Für die Errichtung von Anlagen im Bereich der deutschen AWZ gilt die Seeanlagenverordnung (SeeAnV).²¹³ Anlagen in diesem Sinne sind insbesondere solche, die der Übertragung von Energie aus Wasser, Strömung und Wind dienen.²¹⁴ Die Errichtung einer solchen Anlage bedarf der Planfeststellung, Planfeststellungsbehörde ist das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH).²¹⁵ Seekabel dürften grundsätzlich dem Anlagenbegriff unterfallen und entsprechend planfestzustellen sein. Jedoch ist auf dem deutschen Festlandssockel das Bundesberggesetz (BBergG)²¹⁶ anwendbar (vgl. § 2 Abs. 3 BBergG) und der Festlandssockel ist in der deutschen Nord- und Ostsee nahezu deckungsgleich zur AWZ. Folglich bestehen Abgrenzungsprobleme zwischen § 2 SeeAnV und dem die Genehmigung²¹⁷ von

²¹¹ *Krohn*, Energiegipfel – Bund koordiniert den Netzausbau, FAZ v. 21.3.2013; der vom Bundeskabinett verabschiedete Entwurf der Planfeststellungszuweisungsverordnung ist abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=572530.html> (13.6.2013); vgl. insoweit auch *Schmitz/Jornitz*, (Fn. 8), S. 337, nach welchen das Entwurfsäquivalent zu Art. 8 TEN-E-VO das Bedürfnis für die Schaffung dieser Zuständigkeit zeige.

²¹² Die Anbindungspflicht der Übertragungsnetzbetreiber ergibt sich nunmehr aus § 17d Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 17b Abs. 1 EnWG.

²¹³ BGBl. 1997 I, 57 ff., inzwischen wesentlich geändert, zuletzt durch Art. 11 Gesetz v. 21.1.2013, BGBl. 2013 I, 95 ff. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SeeAnV; siehe § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SeeAnV für die Anlagenerrichtung auf der Hoher See.

²¹⁴ § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SeeAnV.

²¹⁵ § 2 Abs. 1 und 2 SeeAnV.

²¹⁶ BGBl. 1980 I, 1310 ff., zuletzt geändert durch Art. 15a Gesetz v. 31.7.2009, BGBl. 2009 I, 2585 ff.

²¹⁷ § 133 BBergG enthält den Begriff Genehmigung, der insoweit dann auch nicht als Oberbegriff fungiert.

Unterwasserkabeln auf dem Festlandssockel betreffenden § 133 Abs. 4 BBergG. Nach § 133 Abs. 1 BBergG, auf welchen § 133 Abs. 4 BBergG verweist, sind insoweit zwei selbstständige Genehmigungen²¹⁸ erforderlich: Eine Genehmigung in bergbaulicher Hinsicht, für welche die Landesbergbehörden zuständig sind,²¹⁹ sowie eine andere Genehmigung betreffend das Gewässer über dem Festlandssockel, hierfür ist das BSH zuständig.²²⁰ Für die problematische Abgrenzung wird vertreten, dass für Stromleitungen zur Übertragung von in der AWZ selbst erzeugter Energie § 2 SeeAnIV greift, für sonstige Stromleitungen, etwa Interkonnektoren, die den Strom nur „durch“ die AWZ leiten, soll dagegen § 133 BBergG greifen.²²¹

Das NABEG gilt auch für im Bundesbedarfsplan als solche gekennzeichneten Offshore-Anbindungsleitungen (§ 2 Abs. 1 Alt. 2 NABEG), allerdings nur für den Bereich des Küstenmeers. Für Leitungsabschnitte, die in den Anwendungsbereich der SeeAnIV fallen, gilt das NABEG nicht (§ 2 Abs. 5 NABEG). Insoweit richten sich Planung und Zuständigkeiten nach der SeeAnIV als *lex specialis*.²²²

Bei Erfüllung der materiellen Plananforderungen²²³ münden die Zulassungsregime jeweils in einen Planfeststellungsbeschluss, neben welchem keine weiteren behördlichen Entscheidungen, Genehmigungen etc. erforderlich sind (vgl. § 75 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 VwVfG),²²⁴ dem Planfeststellungsbeschluss kommt eine umfassende Konzentrationswirkung zu.²²⁵

²¹⁸ Nach § 133 Abs. 1 S. 3 BBergG ist die zweite Genehmigung akzessorisch zur ersten; näher zum Verhältnis der beiden Genehmigungen *Wolff*, Rechtsprobleme der Anbindung von Offshore-Windenergieparks in der AWZ an das Netz, ZUR 2004, S. 67.

²¹⁹ § 133 Abs. 4, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 i.V.m. § 136 BBergG.

²²⁰ § 133 Abs. 4, Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 BBergG.

²²¹ So *Spierer*, Die Genehmigung von Hochspannungs-Gleichstromleitungen, NVwZ 2012, S. 1140 f.; differenzierter *Zabel*, Die Novelle der Seeanlagenverordnung – Auswirkungen auf die Zulassung von Offshore-Windparks und Netzanschlussvorhaben, NordÖR 2012, S. 264, der auf § 1 Abs. 2 Satz 2 SeeAnIV verweist, wonach „Anlagen, die nach bergrechtlichen Vorschriften zugelassen werden“ keine Anlagen im Sinne der SeeAnIV sind; entsprechend müssten Unterwasserkabel generell nach BBergG zuzulassen sein; *Zabel* verweist auch auf den Wortlautunterschied in § 133 BBergG zwischen Transit-Rohrkabel und Unterwasserkabeln ohne Präfix; folglich wird die Frage entscheiden, ob etwa Netzanbindungen von Offshore-Windparks Unterwasserkabel i.S.d. BBergG sind.

²²² BT-Drs. 17/10754, S. 34; zur mit der Bundesfachplanung vergleichbaren Trassenfestlegung in der AWZ mittels des Bundesfachplans Offshore siehe § 17a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 17a Abs. 5 Satz 2 EnWG.

²²³ Hierzu sogleich unter D.II.1.b).

²²⁴ Die Anwendbarkeit ergibt sich daraus, dass nach § 2 Abs. 3 SeeAnIV die §§ 72-78 VwVfG nach Maßgabe der SeeAnIV gelten; ein ähnlicher Modus findet sich in § 43 Satz 6 EnWG; § 18 Abs. 3 NABEG verweist auf Teil 5 EnWG, zu welchem wiederum § 43 Satz 6 EnWG gehört; hinsichtlich der grundsätzlichen Wirkung des Planfeststellungsbeschlusses werden jeweils keine Modifikationen angeordnet, vgl. insb. § 43c EnWG.

²²⁵ *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 13. Aufl. 2012, § 75, Rdnr. 12 ff.

b) Überblick über die materiellen Plananforderungen

Die Erfüllung der materiellen Plananforderungen ist Voraussetzung für den Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses. Für ein Vorhaben muss insbesondere die sogenannte Planrechtfertigung gegeben sein und es muss den einschlägigen zwingenden gesetzlichen Vorgaben genügen (auch „Bindung an Planungsleitsätze“).²²⁶ Schließlich unterliegt die behördliche Entscheidung dem Gebot der gerechten Abwägung aller betroffenen Belange (vgl. § 75 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 VwVfG, § 43 Satz 3 EnWG). Diese allgemeinen Anforderungen gelten ungeachtet dessen, ob sich die Planfeststellung nach §§ 43 ff. EnWG, §§ 18 ff. NABEG oder ähnlichen richtet.²²⁷

Das Erfordernis der Planrechtfertigung ist nach dem Bundesverwaltungsgericht erfüllt, wenn für ein Vorhaben gemessen an den Zielsetzungen des jeweiligen Fachplanungsgesetzes ein Bedarf besteht, es unter diesem Blickwinkel also erforderlich ist. Letzteres ist bereits erfüllt, wenn ein Vorhaben vernünftigerweise geboten ist.²²⁸ Die Bedeutung der Planrechtfertigung wird dabei durchaus unterschiedlich bewertet.²²⁹

Für die Planrechtfertigung sind jedenfalls die im Energiebereich zunehmenden gesetzgeberischen Bedarfsfestlegungen von maßgeblicher Relevanz: Für im Bedarfsplan in der Anlage des EnLAG enthaltene Vorhaben stehen die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf fest (§ 1 Abs. 2 Satz 2 EnLAG). Diese Feststellungen sind für Planfeststellung und Plangenehmigung verbindlich (§ 1 Abs. 2 Satz 3 EnLAG). Im Zuge der Planfeststellung eines eingeschlossenen Vorhabens ist die Prüfung der Planrechtfertigung grundsätzlich weder erforderlich noch zulässig.²³⁰ Gleiches gilt aufgrund der nahezu identischen Formulierung in § 12e Abs. 4 EnWG für im Bundesbedarfsplan enthaltene Vorhaben.²³¹

²²⁶ Hierzu und zu folgendem *Missling*, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, 75. EL 2012, § 43 EnWG, Rdnr. 22 ff.; ausführlich zu den Fragen des materiellen Rechts im Kontext der Planfeststellung von Energiefreileitungen etwa *Schiller*, *Praxisprobleme bei der Planfeststellung von Energiefreileitungen*, UPR 2009, S. 245 ff.

²²⁷ Für die Planfeststellung nach §§ 18 ff. NABEG ergeben sich lediglich einige wenige Besonderheiten durch die vorgeschaltete Bundesfachplanung, vgl. *Witt/Durinke/Kause*, *Die Planung der Übertragungsnetze*, 2012, Rdnr. 194 f.; die Bindung an die materiellen Plananforderungen i.R.v. §§ 18 ff. NABEG zumindest inzident unterstellend *Appel*, (Fn. 202), S. 415.

²²⁸ BVerwGE 125, 116, Rdnr. 182 m.w.N.; zur Planrechtfertigung siehe *Steinberg/Wickel/Müller*, *Fachplanung*, 4. Aufl. 2012, § 3, Rdnr. 96 ff.

²²⁹ Zur Kritik an einer eigenständigen Relevanz der Planrechtfertigung gegenüber der Abwägung etwa *ibid.*, Rdnr. 99; nach *Greinacher*, *Energieleitungsausbau: Tatsächliche Herausforderungen und rechtliche Lösungen*, ZUR 2011, S. 308, dürfte in der Praxis kaum ein Leitungsvorhaben an der Planrechtfertigung scheitern; dagegen wohl für einen hohe Bedeutung der Planrechtfertigung *Witt/Durinke/Kause*, (Fn. 227), Rn. 77.

²³⁰ So *Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 2. Aufl. 2010, § 43, Rdnr. 17a unter Ausführung des Vorbehalts.

²³¹ Im Ergebnis ebenso *Schmitz/Jornitz*, (Fn. 8), S. 333.

Auch für die Abwägung sind gesetzgeberische Bedarfsfestlegungen von Relevanz: Nach dem Bundesverwaltungsgericht nimmt die Aufnahme in einen gesetzgeberischen Bedarfsplan die abschließende Entscheidung über die Zulässigkeit eines Vorhabens nicht vorweg. Die Planungsbehörde wird nicht von der Verpflichtung entbunden, alle für und gegen ein Vorhaben sprechenden Belange abzuwägen. Ein „Scheitern“ an entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Belangen ist möglich.²³² Der Bedarf, der in diesem Fall gesetzgeberisch festgelegt ist, ist aber ein in die Abwägung einzustellender Belang²³³ und die hinter der gesetzgeberischen Bedarfsfestlegung stehende Dringlichkeit bestimmt die Gewichtigkeit dieses Belangs.²³⁴

2. Das Genehmigungsverfahren nach der TEN-E-VO

Nach der TEN-E-VO umfasst das Genehmigungsverfahren zwei Phasen, den Vorantragsabschnitt und den formalen Genehmigungsabschnitt.²³⁵ Der Vorantragsabschnitt erstreckt sich auf den Zeitraum zwischen Beginn des Genehmigungsverfahrens und der Annahme der eingereichten Antragsunterlagen durch die zuständige Behörde.²³⁶ Explizit erfasst ist die Ausarbeitung etwaiger Umweltberichte durch die Vorhabenträger.²³⁷ Weitere Inhalte des Vorantragsabschnitts sind vorgegeben, etwa die Erstellung eines detaillierten Plans für das Genehmigungsverfahren.²³⁸

Der formale Genehmigungsabschnitt betrifft die eigentliche Behördenprüfung. Er umfasst den Zeitraum von der Annahme der eingereichten Antragsunterlagen bis zum Erlass der umfassenden Entscheidung.²³⁹ Unter der umfassenden Entscheidung,²⁴⁰ dem Schlusspunkt des Genehmigungsverfahrens, ist die Entscheidung über die Genehmigung hinsichtlich der Realisierung eines VGI zu verstehen. Im integrierten Schema handelt es sich um eine einzige rechtsverbindliche Entscheidung einer

²³² BVerwGE 100, 238 (254).

²³³ Ibid.; vgl. auch *Missling*, (Fn. 226), § 43 EnWG, Rdnr. 42.

²³⁴ Ibid.; BVerwGE 107, 142 (145).

²³⁵ Art. 10 Abs. 1 lit. a) bzw. b); diese Aufgliederung und die Inhalte werden von der Norm betreffend die Höchstfrist „mitgeregelt“.

²³⁶ Art. 10 Abs. 1 lit. a) UAbs. 1; zur Festlegung des Beginns des Genehmigungsverfahrens Art. 10 Abs. 1 lit. a) UAbs. 3.

²³⁷ Art. 10 Abs. 1 lit. a) UAbs. 2.

²³⁸ Art. 10 Abs. 4 lit. b) UAbs. 1; im Kontext des Vorantragsabschnitts ist auch Art. 9 Abs. 3 relevant.

²³⁹ Art. 10 Abs. 1 lit. b) Satz 1.

²⁴⁰ Begriffsbestimmung hierfür in Art. 2 Nr. 2.

Behörde, im koordinierten Schema und im Kooperationschema²⁴¹ handelt es sich um eine Reihe von Entscheidungen mehrerer Behörden.²⁴²

Die nachfolgend näher zu erläuternden Einzelvorgaben der TEN-E-VO betreffen beide Phasen. Allgemein handelt es sich beim VGI-Genehmigungsregime nicht um ein vollständiges Regime, welches eigenständig arbeitsfähig wäre. Vielmehr ist es auf eine ausfüllende Konkretisierung durch die Mitgliedstaaten angelegt.²⁴³

3. Einfluss auf die materiellen Plananforderungen

Die materiellen Plananforderungen im Zuge der Planfeststellung von VGI nach deutschem Recht werden durch die TEN-E-VO beeinflusst. Sowohl die Planrechtfertigung und die Abwägung (a)) als auch die Planungsleitsätze (b)) sind betroffen.

a) Einfluss auf Planrechtfertigung und Abwägung

Artikel 7 Abs. 1 lautet: „Die Annahme der Unionsliste begründet für Entscheidungen im Rahmen der Genehmigungsverfahren die Erforderlichkeit dieser Vorhaben in energiepolitischer Hinsicht, unbeschadet des genauen Standorts, der Trassenführung oder der Technologie des Vorhabens“.

Die Festschreibung der Erforderlichkeit in energiepolitischer Hinsicht dürfte sich vor allem auf die Planrechtfertigung auswirken, ist dieses Erfordernis doch zumindest bei Erforderlichkeit unter fachgesetzlichen Zielsetzungen erfüllt. Während unter Geltung der vormaligen TEN-E-Entscheidung ein „Durchgriff“ einer Ausweisung als VGI auf Planungsbehörden und Planfeststellungsverfahren unterschiedlich bewertet wurde,²⁴⁴ dürfte diese Unklarheit nun beseitigt sein. Aufgrund Art. 7 Abs. 1 steht

²⁴¹ Näher zu diesen Regelungsschemata für die Organisation des Genehmigungsverfahrens unter D.II.4.a).

²⁴² Unklar bleibt, ob für den Fall der Reihe von Entscheidungen eine Verpflichtung auferlegt wird, dem Vorhabenträger ein einziges Dokument auszustellen, in welchem die Einzelentscheidungen quasi nachrichtlich enthalten sind.

²⁴³ Vgl. *Vogt/Maaß*, (Fn. 190), S. 156, insbes. unter Verweis darauf, dass die Vorgaben zum formalen Genehmigungsabschnitt eher rudimentär sind.

²⁴⁴ Für Erfüllung des Erfordernisses der Planrechtfertigung wegen Ausweisung als VGI *Schiller*, (Fn. 226), S. 246; weitergehend *Gärditz*, (Fn. 78), S. 27 f., wonach die Aufnahme in ein TEN dem einzelnen Vorhaben außerdem auch eine besondere Durchsetzungskraft im Rahmen der planerischen Abwägung verleihe; insoweit ist anzumerken, dass die von *Gärditz* in Fn. 166, im Kontext der Planrechtfertigung aufgeführten Urteile des BVerwG, etwa das in BVerwGE 131, 274 abgedruckte (dort Rdnr. 46), die Planrechtfertigung des Vorhabens gerade nicht allein deshalb bejaht, weil es Teil eines TEN war, sondern primär oder zumindest auch weil dieses im nationalen Bedarfsplan enthalten war; dagegen lediglich für eine indizielle Wirkung im Hinblick auf die Planrechtfertigung *Hermes*, (Fn. 230), § 43, Rdnr. 17a; ablehnend – mit eher fraglicher Argumentation – auch *Barcheinitz*, Ausbausteuerung im Energieregulierungsverbund am Beispiel der Verbindungsleitungen, 2012, S. 141 f.

die Planrechtfertigung für VGI grundsätzlich fest.²⁴⁵ Außerdem dürfte die aufgezeigte und auf das nationale Recht bezogene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Einfluss gesetzlicher Bedarfsfestlegungen auf die Abwägung im Zuge des Planfeststellungsverfahrens auf ausgewiesene VGI übertragbar sein.

Für die Zulässigkeit einer verbindlichen Bedarfsvorgabe durch den europäischen Gesetzgeber spricht, dass die EU so in quantitativen Einzelfällen einen Beitrag leistet und die Mitgliedstaaten in Richtung Verwirklichung der VGI leitet. Über die Vetomöglichkeiten der Mitgliedstaaten bezüglich der regionalen Listen (und der Unionsliste), die Abwägung durch die nationalen Behörden im Planfeststellungsverfahren und den Umstand, dass insbesondere die genaue Trassenführung ausdrücklich außen vor bleibt, verbleiben aber das letzte Wort und damit die primäre Verantwortung bei den Mitgliedstaaten bzw. deren Behörden.

b) Einfluss auf die Planungsleitsätze, insbesondere den Habitatschutz

Artikel 7 Abs. 8 UAbs. 1 stellt einen Bezug zu Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie²⁴⁶ und Art. 4 Abs. 7 der Wasserrahmenrichtlinie²⁴⁷ her. Diese beiden Richtlinien stellen bedeutsame Elemente des EU-Umweltrechts dar. Gerade der Habitatschutz, insbesondere mit dem aufgeführten Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie, hat Relevanz für die Genehmigung von Elektrizitätsleitungen.²⁴⁸ Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie findet sich in § 34 Abs. 3 bis 5 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG).²⁴⁹ Ergibt eine Verträglichkeitsprüfung, dass ein Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen eines Natura 2000-Gebiets führen kann, ist ein Projekt grundsätzlich unzulässig (§ 34 Abs. 2 BNatSchG). Die Errichtung von Energieleitungen ist

²⁴⁵ Im Ergebnis ebenso *Vogt/Maaß*, (Fn. 190), S. 154.

²⁴⁶ RL 92/43/EWG des Rates v. 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206 v. 22.7.1992, S. 7 ff. (ursprüngliche Fassung); zu beachten ist insoweit auch Art. 7 FFH-RL, wonach die Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL auch für Schutzgebiete nach der Vogelschutzrichtlinie (inzwischen kodifiziert als RL 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. L 20 v. 26.1.2010, S. 7 ff.) gelten.

²⁴⁷ RL 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. L 327 v. 22.12.2000, S. 1 ff. Die Umsetzung von Art. 4 Abs. 7 dieser Richtlinie findet sich in § 31 Abs. 2 Wasserhaushaltsgesetz (WHG), vgl. *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 31, Rdnr. 16.

²⁴⁸ Zum Habitatschutz, insbes. zu § 34 BNatSchG und dessen Einbettung *Attendorn*, Berücksichtigung der Belange der Energiewende bei der Anwendung des Naturschutzrechts, NuR 2013, S. 155 ff.

²⁴⁹ Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege, BGBl. 2009 I, 2542 ff.; zuletzt geändert durch Art. 7 Gesetz v. 21.1.2013, BGBl. 2013 I, 95 ff. Zum Umsetzungscharakter siehe *Frenz*, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2011, § 34, Rdnr. 71.

ein Projekt in diesem Sinne.²⁵⁰ Ausnahmsweise darf ein Projekt aber zugelassen oder durchgeführt werden, soweit es „aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“, notwendig ist und keine zumutbaren Alternativen gegeben sind (§ 34 Abs. 3 BNatSchG).²⁵¹

Artikel 7 Abs. 8 UAbs. 1 knüpft an diese Ausnahme an:²⁵² Hinsichtlich der angesprochenen Umweltauswirkungen gelten VGI „als Vorhaben, die in energiepolitischer Hinsicht von öffentlichem Interesse sind; diese Vorhaben können als Vorhaben von überwiegendem öffentlichem Interesse betrachtet werden, sofern alle in diesen Richtlinien vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind“.

Zunächst einmal ist auf die Wortlautunterschiede zwischen Art. 7 Abs. 8 UAbs. 1 TEN-E-VO („von überwiegendem öffentlichem Interesse“) und der FFH-Richtlinienvorgabe („zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“) hinzuweisen. Die Hürde „zwingend“ dürfte für VGI nicht per se erfüllt sein. Außerdem wird die Einordnung als überwiegendes öffentliches Interesse auf dem Weg zur Abweichungsentscheidung nach § 34 Abs. 3 BNatSchG nicht zwingend vorgegeben, sondern es wird lediglich die entsprechende Möglichkeit eröffnet (VGI „können“ entsprechend betrachtet werden). Schließlich dürften Behörden und Gerichte auch schon bisher quasi selbstständig²⁵³ ausgewiesene VGI als Vorhaben von zumindest besonderem öffentlichem Interesse gewertet haben.²⁵⁴

Die Normierung, dass VGI als Vorhaben von überwiegendem öffentlichem Interesse betrachtet werden *können*, dürfte daher eher deklaratorisch sein. Eine geringfügige Signalwirkung bzw. eine kleine Tendenz in Richtung einer Abweichungsentscheidung dürften aufgrund der gesetzlichen Festschreibung aber zu bejahen sein. Wegen der beschriebenen Einschränkungen und der wiederholten Bekenntnisse zu

²⁵⁰ *Missling*, (Fn. 226), § 43 EnWG, Rdnr. 31.

²⁵¹ Im kursiv markierten Teil ist die Richtlinienvorgabe wortlautidentisch; zu den drei Elementen des § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG *Attendorn*, (Fn. 248), S. 156 ff.

²⁵² Art. 4 Abs. 7 der Wasserrahmenrichtlinie enthält einen ähnlichen Ausnahmemechanismus, welcher in ähnlicher Weise beeinflusst wird.

²⁵³ Lediglich etwas geleitet durch den Auslegungsleitfaden der Dienststellen der Kommission zu Artikel 6 Absatz 4 der „Habitat-Richtlinie“ 92/43/EWG, 2007, S. 8, in dem zur Konkretisierung der Abweichungsvoraussetzungen (v.a. wohl der Gründe „wirtschaftlicher Art“) auf die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ verwiesen wird, worunter insbesondere *Energieversorgungsdienste* fallen. Weiterhin finden sich in diesem Dokument (S. 10) im Hinblick auf potenziell zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses Beispiele aus Kommissions-Stellungnahmen, in einer dieser ist der Passus „allgemeine(n) Ziele der langfristigen Energiepolitik“ enthalten.

²⁵⁴ So hielt das BVerwG 130, 299, Rdnr. 159, die Zugehörigkeit (u.a.) zum transeuropäischen Verkehrsnetz für eine Gewichtungsvorgabe, die in der im Zuge der Abweichungsentscheidung gebotenen Interessenabwägung mit hohem Gewicht zu Buche schlägt.

umweltrechtlichen Vorgaben²⁵⁵ wird allerdings keine echte Vorfahrt des Netzausbaus gegenüber Umwelt- und Naturschutzbelangen normiert.²⁵⁶

Damit bleiben primär die Mitgliedstaaten bzw. deren Behörden mit der Auflösung eines Konflikts im Spannungsfeld zwischen unionsrechtlichem Umweltrecht und unionsrechtsrechtlich veranlasstem Energieleitungsausbau betraut.²⁵⁷

Eine ebenfalls durch Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie vorgegebene Verschärfung gegenüber § 34 Abs. 3 BNatSchG beinhaltet § 34 Abs. 4 BNatSchG: Kommen in einem Natura 2000-Gebiet prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten vor und können diese von einem Projekt betroffen werden, besteht im Hinblick auf die ausnahmsweise zulässige Abweichungsentscheidung ein geschlossener Katalog²⁵⁸ an zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 34 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG). Diese Gründe dürften für Energienetze bzw. den mit einem Energieleitungsausbau verfolgten Zwecken nicht einschlägig sein. Katalog-externe Gründe können nur nach Einholung einer Stellungnahme der Kommission über das Bundesumweltministerium berücksichtigt werden (§ 34 Abs. 4 Satz 2 BNatSchG).²⁵⁹ Für diese Stellungnahme gebietet Art. 7 Abs. 8 UAbs. 2²⁶⁰ eine gewisse Eile.

c) Ergebnis

Artikel 7 beeinflusst die materiellen Plananforderungen merklich, insbesondere das Erfordernis der Planrechtfertigung ist für VGI erfüllt. Im Hinblick auf den regelrechten Katalog an Planungsleitsätzen²⁶¹ ist der Einfluss aber eher schwach. Bezogen auf Elektrizitätsleitungen wird mit der Anknüpfung an die Abweichungs-

²⁵⁵ Vgl. die Ausgangsformulierung von Art. 7 Abs. 8 UAbs. 1 sowie die Erwägungsgründe 28, 32, 34.

²⁵⁶ Lediglich am Rande sei ein ähnlicher Ansatz des deutschen Gesetzgebers erwähnt: NABEG-Vorhaben sollen mit „entsprechendem Gewicht“ in eine gegebenenfalls nach § 34 Abs. 3 BNatSchG erforderliche Abwägung eingehen, vgl. BT-Drs. 17/6073, S. 23.

²⁵⁷ *Lecheler*, Das ungeklärte Verhältnis zwischen der unionsrechtlichen Verpflichtung zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und der unionsrechtlichen Pflicht zum Schutz der Umwelt – dargestellt anhand von Kollisionen beim Leitungsbau, in: Hecker/Hendler/Proelß/Reiff (Hrsg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2011*, S. 201, der diesen Umstand sehr kritisch bewertet; vgl. in diesem Kontext auch *Hennig/Lühmann*, (Fn. 205), S. 84, die auf die erhebliche Unsicherheit der Praxis in Bezug auf § 34 BNatSchG aufgrund der unkonkreten gesetzlichen Vorgaben und die neue Ermächtigung nach § 54 Abs. 11 BNatSchG zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften hinweisen.

²⁵⁸ Enthalten sind die Gesundheit des Menschen, die öffentliche Sicherheit sowie maßgeblich günstige Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt.

²⁵⁹ Wobei sich die Behörde aus sachlichen Gründen über eine negative Stellungnahme hinwegsetzen kann, vgl. *Attendorn*, (Fn. 248), S.159.

²⁶⁰ Art. 7 Abs. 8 UAbs. 2 lautet: „Falls eine Stellungnahme der Kommission gemäß der [FFH-RL] erforderlich ist, tragen die Kommission und die [...] zuständige Behörde dafür Sorge, dass die Entscheidung hinsichtlich des ‚überwiegenden öffentlichen Interesses‘ eines Vorhabens innerhalb der Frist gemäß Art. 10 Abs. 1 dieser VO getroffen wird“.

entscheidung nach der FFH-Richtlinie primär ein Punkt dieses Katalogs in lediglich gewissem Maße beeinflusst.

4. Organisation des Genehmigungsverfahrens

a) Vorgaben der TEN-E-VO

Nach Art. 8 Abs. 1 benennt jeder Mitgliedstaat bis zum 16. November 2013 „eine zuständige nationale Behörde, die für die *Erleichterung* und *Koordinierung* des Genehmigungsverfahrens für VGI verantwortlich ist“. Zweck der Schaffung einer solchen „einzigen Anlaufstelle“ ist etwa die Komplexitätsminderung für den Vorhabenträger sowie die Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten.²⁶²

Artikel 8 Abs. 2 bringt etwas Flexibilität. Hiernach kann für ein VGI oder eine bestimmte Kategorie von VGI die Verantwortung der in Art. 8 Abs. 1 genannten zuständigen Behörde auf eine andere Behörde übertragen werden bzw. von einer anderen Behörde wahrgenommen werden. Voraussetzung ist in formeller Hinsicht etwa eine Inkennzeichnung der Kommission. In materieller Hinsicht darf je VGI jeweils nur eine Behörde zuständig sein und im Verfahren zur Annahme einer umfassenden Entscheidung als einziger Ansprechpartner des Vorhabenträgers fungieren.

Die Schaffung des einzigen Ansprechpartners²⁶³ erinnert an Art. 6 der Dienstleistungsrichtlinie,²⁶⁴ wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ein einheitlicher Ansprechpartner geschaffen wird. Dieser fungiert als *Front-Office* – in Abgrenzung zu den eigentlich zuständigen Behörden als *Back-Offices* – und als Verfahrenspartner des Dienstleisters.²⁶⁵

Artikel 8 Abs. 3 enthält konkrete Schemata für den Prozess des Treffens und die Zusammensetzung der umfassenden Entscheidung. Die zuständige Behörde trifft Maßnahmen, damit die umfassende Entscheidung innerhalb der in Art. 10 Abs. 1 und 2 genannten Höchstfrist erlassen werden kann.²⁶⁶ Damit die nationalen Besonderheiten

²⁶¹ Näher zu diesem Katalog *Missling*, (Fn. 226), § 43 EnWG, Rdnr. 26 ff.; zu ausgewählten Umweltthemen auch *Hennig/Lühmann*, (Fn. 205), S. 84 f.

²⁶² Erwägungsgrund 29; der letzte Punkt wird in Art. 8 Abs. 5 aufgegriffen und konkretisiert.

²⁶³ Diese Funktion der zuständigen Behörde findet sich ausdrücklich festgeschrieben etwas versteckt in Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b). Dort geht es um die Frage, was *auch* im Ausnahmefall der Verantwortungsübertragung gewährleistet sein muss.

²⁶⁴ RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36 ff.

²⁶⁵ Näher hierzu *Ziekow/Windoffer*, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 6, Rdnr. 12 ff.; vgl. insoweit die kompetenzkritische Betrachtung von *von Damwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 500 f., wonach – auch auf der für die Dienstleistungsrichtlinie gewählten, wohl „härteren“ Kompetenzgrundlage der Art. 47 Abs. 2 Satz 1, 55 EGV – der einheitliche Ansprechpartner als Kontaktstelle dienen dürfe, eine Bündelung der Entscheidungen aber unzulässig sei.

²⁶⁶ Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1.

bei den Planungs- und Genehmigungsverfahren berücksichtigt werden können, werden drei Regelungsschemata für die Organisation des Genehmigungsverfahrens angeboten, aus denen die Mitgliedstaaten auswählen können. Anschließend sorgen die Mitgliedstaaten für die Umsetzung der ausgewählten wirksamsten Regelung.²⁶⁷

- Im *integrierten Schema*²⁶⁸ wird die umfassende Entscheidung von der zuständigen Behörde erlassen. Die umfassende Entscheidung ist die einzige rechtsverbindliche Entscheidung, die aus dem formalen Genehmigungsabschnitt resultiert. Andere betroffene Behörden können lediglich zu berücksichtigende Stellungnahmen einbringen.

Das integrierte Schema und die Rolle der zuständigen Behörde nach diesem Schema entsprechen dem NABEG.²⁶⁹ Die BNetzA wird die Planfeststellungsverfahren konzentriert durchführen, auch bei bundesländerübergreifenden Vorhaben wird es nur einen einzigen Planfeststellungsbeschluss, nur eine einzige rechtsverbindliche Entscheidung geben. Für das integrierte Schema könnte das NABEG durchaus Vorbild gewesen sein.²⁷⁰

- Im *koordinierten Schema*²⁷¹ besteht die umfassende Entscheidung aus mehreren rechtsverbindlichen Einzelentscheidungen anderer betroffener Behörden, die von der zuständigen Behörde lediglich koordiniert werden. Jedoch ist die Rolle der zuständigen Behörde beachtlich. So kann die zuständige Behörde Einzelentscheidungen für eine andere betroffene nationale Behörde treffen, wenn die Entscheidung dieser Behörde nicht fristgerecht getroffen wird und die Verzögerung nicht angemessen begründet werden kann.²⁷²
- Die schwächste Rolle kommt der zuständigen Behörde nach dem *Kooperationsschema*²⁷³ zu: Die umfassende Entscheidung wird auch hier von der zuständigen Behörde nur koordiniert. Die proaktive Rolle der zuständigen Behörde

²⁶⁷ Art. 8 Abs. 3 UAbs. 3; vgl. insoweit auch Erwägungsgrund 32, wonach die nationalen Zuständigkeiten und Verfahren soweit wie möglich berücksichtigt werden sollen, um dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) gebührend Rechnung zu tragen.

²⁶⁸ Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a).

²⁶⁹ Ebenso *Vogt/Maafß*, (Fn. 190), S. 157.

²⁷⁰ Noch deutlicher, bezogen auf den Kommissionsentwurf *Schmitz/Jornitz*, (Fn. 8), insb. S. 333.

²⁷¹ Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 lit. b).

²⁷² Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 lit. b) S. 4. Bemerkenswert ist, dass insoweit der in Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 lit. b) und c) mehrmals zu findende Vorbehalt „sofern dies im nationalen Recht so vorgesehen ist“ fehlt. Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 lit. b) beinhaltet weitere Möglichkeiten. Beispielsweise kann die zuständige Behörde, sofern dies im nationalen Recht so vorgesehen ist, Einzelentscheidungen einer anderen betroffenen nationalen Behörde außer Acht lassen, wenn sie der Ansicht ist, dass die Entscheidung hinsichtlich der von der betroffenen nationalen Behörde vorgelegten zugrunde gelegten Erkenntnisse nicht hinreichend begründet ist.

²⁷³ Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 lit. c).

beschränkt sich darauf, in Absprache mit den anderen betroffenen Behörden im Einzelfall eine angemessene Frist für die Einzelentscheidungen festzulegen.²⁷⁴ Die Einhaltung dieser Fristen wird von der zuständigen Behörde überwacht.

b) Bewertung dieser Vorgaben

Die Benennung und Schaffung einer zuständigen Behörde, die im Außenverhältnis als einziger Ansprechpartner fungiert, erleichtert den Genehmigungsprozess für den Vorhabenträger. Dieser muss nicht mehrere Behörden isoliert kontaktieren.

Die drei optionalen Schemata stellen sinnvolle Stellschrauben dar, um das Genehmigungsverfahren zu beschleunigen. Selbst unter Geltung eines integrierten Schemas sollte das Beschleunigungspotential aber nicht überschätzt werden, kostet doch vor allem die Abarbeitung der materiellen Voraussetzungen Zeit.²⁷⁵ Und wie gezeigt, werden die materiellen Plananforderungen durch die TEN-E-VO kaum angetastet. Beim Kooperationsschema können durch die Koordinierung verwaltungsinterne Reibungsverluste vermieden werden, etwa im Hinblick auf ähnliche tatsächliche Fragen auf dem Weg hin zu den jeweiligen Einzelentscheidungen. Darüber hinaus beschränkt sich das Potential aber primär darauf, mittels Fristen Druck auszuüben.

Generell passt das Anbieten von Alternativen gut zum Handlungsinstrument der Leitlinien und zum Titel zu den TEN: Potentiell kann ein großer Effekt erzielt werden, es wird aber der „Schwäche“ des Kompetenztitels Rechnung getragen.

c) Handlungsbedarf in Deutschland

In Deutschland ist zunächst eine zuständige Behörde mit Verantwortung für die Erleichterung und Koordinierung des Gesamtgenehmigungsverfahrens von VGI zu benennen. Hierfür wäre aufgrund der bestehenden Kompetenzen nach NABEG die BNetzA prädestiniert.²⁷⁶ Aufgrund der Flexibilisierungsklausel nach Art. 8 Abs. 2 könnte etwa für die VGI-Kategorie Seekabel in der AWZ das BSH benannt werden.

Für die in der TEN-E-VO vorgesehenen Energieinfrastrukturkategorien der Hochspannungsfreileitungen mit mindestens 220 kV sowie der Erd- und Seekabel mit mindestens 150 kV ist nach deutschem Recht stets ein Planfeststellungsverfahren

²⁷⁴ Dies gegebenenfalls im Einklang mit dem nationalen Recht und unbeschadet der nach Art. 10 festgelegten Fristen.

²⁷⁵ *Calliess/Dross*, Neue Netze braucht das Land: Zur Neukonzeption von Energiewirtschaftsgesetz und Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG), JZ 2012, S. 1010 (bezogen auf das NABEG-Beschleunigungspotential).

²⁷⁶ Ähnlich *Vogt/Maafß*, (Fn. 190), S. 154.

vorgesehen. Wegen der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses ergeht kein „Sammelsurium“ an Einzelentscheidungen, weswegen das Maximalerfordernis der umfassenden Entscheidung im Sinne der TEN-E-VO in sachlicher Hinsicht erfüllt ist. Nach Ermächtigung der BNetzA zur Durchführung des Planfeststellungsverfahrens nach §§ 18 ff. NABEG ist insoweit das Maximalerfordernis der umfassenden Entscheidung auch in personeller Hinsicht erfüllt und das integrierte Schema verwirklicht.

Zwar wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, für Onshore- und Offshore-VGI unterschiedliche Schemata anzuwenden.²⁷⁷ Sofern auf Seekabel die Planfeststellung nach der SeeAnIV anwendbar ist, ist aber auch im Bereich der AWZ das integrierte Schema verwirklicht.

Handlungsbedarf besteht nur in Randbereichen. Im Fall der Anwendbarkeit von § 133 BBergG, etwa im Fall von Interkonnektor-Seekabeln,²⁷⁸ sind Genehmigungen von BSH und den Landesbergbehörden notwendig.²⁷⁹ Für diesen Fall besteht ein europarechtlich induzierter Bedarf an Schaffung einer zuständigen Behörde, welche zumindest die Einzelentscheidungen der umfassenden Entscheidung im Sinne des Kooperationschemas koordiniert. Alternativ könnte der SeeAnIV ein Vorrang gegenüber dem BBergG eingeräumt werden.

Umfasst ein VGI – etwa betreffend den vorrangigen Korridor Offshore-Netz der nördlichen Meere – sowohl AWZ als auch Küstenmeer bzw. Festland, dann erfordert die Realisierung des Vorhabens mehrere Planfeststellungsbeschlüsse mehrerer Behörden. Etwa eine Planfeststellung durch das BSH nach der SeeAnIV und eine durch die BNetzA nach NABEG. Ein Vorhabenträger kommt nicht in den Genuss einer einheitlichen und einzigen Entscheidung. Auch für diese Konstellation ist ein einziger Ansprechpartner zu gewährleisten. Darüber hinaus muss die insoweit zuständige Behörde im Sinne der TEN-E-VO die beiden Einzelentscheidungsstränge zumindest im Sinne des Kooperationschemas koordinieren.

Im Vergleich zu den Elektrizitätsleitungen sind die Auswirkungen der TEN-E-VO auf die Genehmigung von Gasversorgungsleitungen²⁸⁰ größer: Hier ergibt sich das Planfeststellungserfordernis aus § 43 Satz 1 Nr. 2 EnWG. Eine konzentrierte Durchführung der Planfeststellungsverfahren durch die BNetzA ist nicht vorgesehen, diese verbleiben vielmehr in den Händen der nach Landesrecht zuständigen Behörden.²⁸¹

²⁷⁷ Art. 8 Abs. 4.

²⁷⁸ Siehe unter D.II.1.a), insbes. Fn. 221.

²⁷⁹ Siehe bereits unter D.II.1.a).

²⁸⁰ Etwa für die Energieinfrastruktorkategorie Gasfernleitung (vgl. Anhang II, Nr. 2 lit. a)).

²⁸¹ Zu Recht hierauf verweisend *Vogt/Maaß*, (Fn. 190), S. 158.

5. Höchstfrist für das Genehmigungsverfahren

Während Art. 6 Abs. 5 Satz 2 TEN-E-Entscheidung noch lediglich einen „raschen Abschluss“ des Genehmigungsverfahrens vorsah, enthält Art. 10 TEN-E-VO flankierend zu den inhaltlichen Vorgaben eine konkrete Höchstfrist.

a) Vorgaben der TEN-E-VO

Der Vorantragsabschnitt findet binnen einer indikativen Frist von zwei Jahren statt.²⁸² Der formale Genehmigungsabschnitt dauert maximal ein Jahr und sechs Monate.²⁸³ Die Gesamtdauer der beiden Abschnitte beträgt damit maximal drei Jahre und sechs Monate. Diese Frist kann von der zuständigen Behörde im Einzelfall verlängert werden, wobei höchstens eine Verlängerung von insgesamt neun Monaten für beide Abschnitte möglich ist.²⁸⁴

Fragen wirft Art. 10 Abs. 3 UAbs. 1 auf, dort heißt es: „In Mitgliedstaaten, in denen die Festlegung des Verlaufs einer Trasse oder eines Standorts, die ausschließlich durch das geplante Vorhaben – einschließlich der Planung bestimmter Korridore für die Netzinfrastruktur – bedingt sind, nicht im Rahmen des Verfahrens zum Erlass einer umfassenden Entscheidung berücksichtigt werden kann, wird die betreffende Entscheidung innerhalb einer gesonderten Frist von sechs Monaten getroffen, die am Datum der Einreichung der endgültigen und vollständigen Antragsunterlagen durch den Vorhabenträger beginnt“. Die Möglichkeit der Fristverlängerung nach Art. 10 Abs. 2 verringert sich dann von neun auf sechs Monate (Art. 10 Abs. 3 UAbs. 2).

Sowohl dem Raumordnungsverfahren²⁸⁵ (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 3 ROG, bei Einführung durch den Träger der Planung oder Maßnahme) als auch der Bundesfachplanung nach NABEG (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 NABEG) kommt eine Trassenfindungsfunktion zu.²⁸⁶ Da das Ergebnis des Raumordnungsverfahrens im Planfeststellungsverfahren lediglich zu berücksichtigen ist (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 4 ROG),²⁸⁷ dürfte es sich insoweit nicht um eine „Festlegung“ im Sinne von Art. 10 Abs. 3 UAbs. 1 handeln. Für die meisten VGI wird aber aufgrund der Anwendbarkeit des NABEG ohnehin kein Raumordnungsverfahren durchzuführen sein. Die Bundesfachplanung als erste Stufe des NABEG mündet in eine separate Entscheidung der BNetzA über einen Trassenkorridor mit Bindungswirkung für die

²⁸² Art. 10 Abs. 1 lit. a) UAbs. 1.

²⁸³ Art. 10 Abs. 1 lit. b) Satz 1.

²⁸⁴ Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1.

²⁸⁵ Zur Anwendbarkeit siehe § 15 Abs. 1 Satz 1 ROG i.V.m. § 1 Satz 1, Satz 3 Nr. 14 ROV.

²⁸⁶ *Witt/Durinke/Kause*, (Fn. 227), Rdnrn. 30 und 32.

²⁸⁷ *Hennig/Lübmann*, (Fn. 205), S. 81, verweisen auf die trotzdem gegebene faktische Relevanz.

Planfeststellung als zweite Stufe des NABEG (§ 12 Abs. 3 bzw. § 15 Abs. 1 Satz 1 NABEG). Insoweit kann wohl von einer Festlegung im Sinne von Art. 10 Abs. 3 UAbs. 1 gesprochen werden, weswegen die separate Frist greift.²⁸⁸ Für die Genehmigung exklusive Festlegung des Trassenverlaufs verbleibt eine maximale Höchstfrist von vier Jahren.

Auch die Vorhabenträger werden zur Fristeinhaltung in die Pflicht genommen, etwa werden diese zur Zusammenarbeit mit der zuständigen Behörde angehalten.²⁸⁹ Hinsichtlich der Höchstfristen wird schließlich festgehalten, dass ein sich gegebenenfalls anschließendes und potentiell zeitintensives gerichtliches Verfahren von der Höchstfrist unberührt bleibt.²⁹⁰ Das gerichtliche Anschlussverfahren muss also nicht innerhalb der Höchstfrist abgeschlossen sein.

Die Fristvorgaben sind strikt gehalten, lediglich ein gewisses „Schlupfloch“ besteht: Die Bestätigung des Beginns des Genehmigungsverfahrens kann abgelehnt werden, wenn ein Vorhaben noch nicht reif für den Beginn des Genehmigungsverfahrens ist.²⁹¹ Die Frist läuft in diesem Fall also gar nicht an.

b) Bewertung und Konsequenzen der Nichteinhaltung der Frist

Auffällig ist die erhebliche Diskrepanz zwischen der anvisierten Höchstfrist von bis zu vier Jahren und drei Monaten²⁹² und der momentanen Dauer des Genehmigungsverfahrens. Die nationalen Genehmigungsverfahren sollen im Durchschnitt zwölf Jahre dauern.²⁹³ Bezogen auf Deutschland fallen konkrete Zahlen schwer. Es gilt insbesondere die tatsächlichen Beschleunigungseffekte der gesetzgeberischen Maßnahmen in diese Richtung, insbesondere des NABEG, abzuwarten.²⁹⁴

Generell können strikte Fristvorgaben einen Beitrag zur gebotenen²⁹⁵ beschleunigten Realisierung von Energieinfrastruktur leisten. Und Vorhabenträger können entlastet werden, da die für ein Genehmigungsverfahren benötigten personellen und finanziellen Kapazitäten nicht mehr so lange gebunden werden. Diese kostenintensive Bindung von Kapazitäten ist sicherlich ein Hindernis bei der Realisierung von

²⁸⁸ Für die Bundesfachplanung ist interessanterweise ebenfalls eine sechsmonatige Frist vorgesehen (vgl. § 12 Abs. 1 NABEG).

²⁸⁹ Art. 10 Abs. 5.

²⁹⁰ Art. 10 Abs. 6.

²⁹¹ Art. 10 Abs. 1 lit. a) UAbs. 3 Satz 2.

²⁹² In der Grundkonstellation nach Art. 10 Abs. 1 und 2.

²⁹³ Diese Zahl nennt der Bericht des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie v. 8.2.2013, A 7-0036/2013, S. 153.

²⁹⁴ Der Gesetzgeber schätzt die zukünftige Gesamtdauer des Verfahrens nach NABEG auf vier bis fünf Jahre, bisher seien zehn Jahre durchaus üblich, vgl. BT-Drs. 17/6073, S. 22. Eher kritisch gegenüber dem Beschleunigungspotential des NABEG *Callies/Dross*, (Fn. 275), S. 1011.

²⁹⁵ Zum Hintergrund bereits unter A.

Energieleitungsvorhaben.²⁹⁶ Jedoch ist zu bedenken, dass das Genehmigungsverfahren äußerst komplex sein kann. Überhastete Behördenentscheidungen können fehlerhaft sein und im Ergebnis zu einer wiederum zeitintensiven zusätzlichen Belastung der Ebene des Rechtsschutzes führen.²⁹⁷

Mit der Höchstfrist untrennbar verbunden ist die Frage nach den Konsequenzen der Nichteinhaltung der Fristen. Die Mechanismen innerhalb der TEN-E-VO sind begrenzt: Für den Fall allgemeiner, erheblicher Durchführungsschwierigkeiten wird der Kommission die Möglichkeit eröffnet, im Einvernehmen mit den betroffenen Mitgliedstaaten einen europäischen Koordinator einzusetzen, welchem eine fördernde und unterstützende Funktion zukommen soll.²⁹⁸ Konkret auf Fristfragen bezogen ist die Vorgabe des Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2, wonach die zuständige Behörde die betroffene regionale Gruppe in Kenntnis setzt und ihr Maßnahmen vorlegt, die zu treffen sind, damit das Genehmigungsverfahren mit möglichst geringer Verzögerung abgeschlossen werden kann. Artikel 10 Abs. 2 UAbs. 2 bezieht diesen Mechanismus auf „diesen Fall“, womit aufgrund des systematischen Zusammenhangs nur die in Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 2 enthaltene Fristverlängerung gemeint sein kann.²⁹⁹

Daneben kommt aber nach allgemeinen Regeln ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den betreffenden Mitgliedstaat nach Art. 258 AEUV in Betracht. Bisher wurde die vorgelagerte Frage der Verbindlichkeit der Leitlinien primär unter dem Gesichtspunkt einer Verpflichtung zur Verwirklichung ausgewiesener VGI diskutiert.³⁰⁰ Dagegen handelt es sich bei der Höchstfrist für das Genehmigungsverfahren bzw. deren Nichteinhaltung um ein anderes und neues Problem. Die Formulierung der Höchstfrist ist zudem verbindlich, wohingegen eine explizite Pflicht zur Realisierung von VGI gerade nicht existiert.

Im Ergebnis dürfte die obige Argumentation³⁰¹ mit dem primärrechtlich vorgegebenen Wesen bzw. der primärrechtlich vorgegebenen Wirkung der Leitlinien übertragbar sein: Eine zeitliche Vorgabe für das Genehmigungsverfahren mag als Annex zur VGI-Ausweisung eventuell möglich sein.³⁰² Mittels Leitlinien können aber nur richtungswisende Anhaltspunkte oder Orientierungen vorgegeben werden, es können handlungsorientierte, nicht erfolgsorientierte Verpflichtungen begründet

²⁹⁶ Vgl. Commission Staff Working Paper, (Fn. 22), S. 6

²⁹⁷ Eher kritisch gegenüber der Höchstfrist auch *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 101.

²⁹⁸ Art. 6. Die Option europäischer Koordinator bestand bereits nach Art. 10 TEN-E-Entscheidung.

²⁹⁹ Art. 11 Abs. 6 des Kommissionsvorschlags sah noch einen ähnlichen Mechanismus vor, der aber explizit für nach dem Fristablauf konzipiert war.

³⁰⁰ Siehe unter C.II.3.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Zu kompetenzrechtlichen Bedenken sogleich unter D.II.6.

werden. Die Mitgliedstaaten haben sich dementsprechend zu bemühen, die Fristen einzuhalten. Bei Nichteinhaltung der Fristen dürfte aber kein Vertragsverletzungsverfahren drohen.³⁰³

Schließlich ist es denkbar, die Höchstfrist als drittsschützend anzusehen. Entsprechend wäre bei Nichteinhaltung an eine Amtspflichtverletzung der Genehmigungsbehörde zu denken, die wiederum zu Schadensersatzansprüchen von Vorhabenträgern führen könnte.³⁰⁴

6. Fazit zum VGI-Regime und kompetenzrechtliche Bewertung

Die Unübersichtlichkeit innerhalb des bereits zersplitterten deutschen Zulassungsrechts³⁰⁵ wird durch das VGI-Genehmigungsregime noch vergrößert. Allerdings dürfte der Neuigkeitswert im Hinblick auf die Genehmigung von Elektrizitätsleitungen nicht übermäßig sein. Deutschland ist primär mit dem NABEG-Regime im Hinblick auf die Erfüllung der Vorgaben der TEN-E-VO gut gerüstet und deckt hiermit die meisten Vorgaben bereits ab.³⁰⁶ Dies betrifft insbesondere die Vorgaben für die Organisation des Genehmigungsverfahrens mittels der Schemata nach Art. 8 Abs. 3. Außerdem wurde zumindest der Versuch unternommen die Genehmigungsverfahren zu beschleunigen. Eher geringfügige Anpassungen des Rechtsrahmens sind aber erforderlich, insbesondere die Benennung einer zuständigen Behörde, die als einziger Ansprechpartner des Vorhabenträgers fungiert und – sofern das integrierte Schema nicht verwirklicht ist – eine Koordinierungsverantwortung trägt.

Die TEN-E-VO greift etwa durch die Festlegung von Gegenständen des Vorantragsabschnitts, wie dem detaillierten Plan für das Genehmigungsverfahren, in die mitgliedstaatliche Sphäre ein.³⁰⁷ Hinsichtlich der Vorgaben für die Organisation des Genehmigungsverfahrens könnte die milde Kooperationsregelung die Sphäre der Mitgliedstaaten angemessen wahren. Andererseits ist jedoch zumindest das Kooperationschema verbindlich umzusetzen. Auch die Verpflichtung zur Benennung bzw. Schaffung einer zuständigen Behörde und die Vorgabe einer verbindlichen Höchstfrist für das Genehmigungsverfahren stellen Eingriffe in die mitgliedstaatliche Autonomie dar.

³⁰³ Vgl. insoweit die der TEN-E-VO vorausgehende Äußerung von *Schäfer/Schröder*, (Fn. 37), Art. 171 AEUV, Rdnr. 7, wonach in Leitlinien festgelegte Fristen nur Anhaltspunkte sein können.

³⁰⁴ Ansatz nach *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 93 (mit weiteren Einzelheiten).

³⁰⁵ *Calliess/Dross*, (Fn. 275), S. 1012. Zu den in Betracht kommenden Genehmigungsregimes bereits unter D.II.1.a).

³⁰⁶ Ebenso *Schmitz/Jornitz*, (Fn. 8), S. 337.

³⁰⁷ Inwieweit diese Gegenstände mit der geltenden Rechtslage in Einklang stehen oder in Einklang gebracht werden können, bedarf weiterer Untersuchungen.

Angesichts des „Grundsatzes der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“³⁰⁸ stellt die europarechtliche Determination von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation eher einen Fremdkörper dar.³⁰⁹ Nichtsdestotrotz werden Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation sekundärrechtlich beeinflusst, was bis hin zur Pflicht zur Errichtung von Verwaltungsstellen geht.³¹⁰ Hintergrund dafür ist, dass die einzelnen Sachkompetenzen der EU nicht nur die Befugnis zum Erlass entsprechenden materiellen Rechts beinhalten, sondern – erforderlichenfalls – auch die Befugnis zum Erlass von Verfahrensbestimmungen.³¹¹ Dieser Umstand wird auch als Annex-Kompetenz beschrieben.³¹² Auch beim Erlass von Verfahrensbestimmungen sind jedoch die allgemeinen Kompetenzausübungsschranken des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 EUV) zu wahren.³¹³ Insbesondere aufgrund der Subsidiarität ist der Erlass von Verfahrensregeln nur möglich, wenn die einheitliche Durchsetzung des Unionsrechts durch Disparitäten des Vollzugs gefährdet ist.³¹⁴

Neben der folglich allgemein gebotenen Zurückhaltung hinsichtlich Vorgaben für Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation, spricht die „Schwäche“ der Kompetenzgrundlage dafür, dass das VGI-Genehmigungsregime unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten bedenklich ist.³¹⁵ Wohl nur in Einzelfällen ist ein substanzieller Beitrag der EU denkbar, das VGI-Genehmigungsregime ist aber umfassend. Die primäre Verantwortlichkeit für den Auf- und Ausbau der transeuropäischen Energieinfrastruktur liegt bei den Mitgliedstaaten.³¹⁶ Durch das VGI-Regime werden die Mitgliedstaaten hingegen ziemlich (zu?) konkret und gerade nicht leitlinienmäßig nur allgemein geleitet. Artikel 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV legt

³⁰⁸ So explizit auch der EuGH, Rs. C-201/02, *Wells*, Slg. 2004, I-723, Rdnr. 67.

³⁰⁹ Zum Grundsatz der Verfahrensautonomie von *Danwitz*, (Fn. 265), S. 302 ff.; hinsichtlich der Bedeutung dieses Grundsatzes eher skeptisch *Gundel*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl. 2010, § 3, Rdnr. 109, nach welchem der Grundsatz lediglich eine tatsächliche Zustandsbeschreibung sei und keine Garantie einer „*domaine réservé*“ für die Mitgliedstaaten bedeute; ebenfalls eher kritisch *Kugelmann*, *Wirkungen des EU-Rechts auf die Verwaltungsorganisation der Mitgliedstaaten*, *VerwArch* 2007, S. 81 ff.

³¹⁰ *Von Danwitz*, (Fn. 265), S. 495 ff.; vgl. auch *Gundel*, (Fn. 309), § 3, Rdnr. 104 ff., insb. Rdnr. 114: *Autonomie der Mitgliedstaaten in Fragen der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsverfahrensrecht* „unter dem Vorbehalt abweichender Regelungen des Unionsrechts“.

³¹¹ *Ibid.*, Rdnr. 68.

³¹² *Kugelmann*, (Fn. 309), S. 184.

³¹³ *Von Danwitz*, (Fn. 265), S. 503.

³¹⁴ *Gundel*, (Fn. 309), § 3, Rdnr. 111.

³¹⁵ Kritisch auch *Vogt/Maaß*, (Fn. 190), S. 159. *Schulenberg*, (Fn. 26), S. 202, hält es für überaus fraglich, ob der EU nach den Art. 170 ff. AEUV die Kompetenz zukommt, die nationalen Genehmigungsverfahren mit Bezug zur Energieinfrastruktur zu straffen. In seiner Stellungnahme zum Kommissionsentwurf äußerte auch der Bundesrat – BR-Drs. 653/11 (Beschluss), S. 3 ff. – kompetenzrechtliche Bedenken; dagegen eher weniger kritisch *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 100 f., der unter Subsidiaritätsgesichtspunkten gegen die Inhalte des Verordnungsentwurfs keinen Einwand erhebt.

³¹⁶ Hierzu unter B.

einen *Numerus clausus* der Inhalte fest, substantielle Inhalte neben einer VGI-Ausweisung sind kritisch zu sehen.³¹⁷ Und während Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV nur die *Ausweisung* als solche enthält, europäisiert die TEN-E-VO das Genehmigungsrecht für *ausgewiesene* VGI. Die beschriebenen Eingriffe in die mitgliedstaatliche Sphäre des Genehmigungsrechts sind ein weiter bis zu weiter Annex zur primärrechtlich explizit vorgesehenen bloßen Ausweisung von VGI.

Selbst wenn die Kompetenzüberdehnung in der Theorie bejaht werden sollte, scheint es doch insgesamt fraglich, ob auch die europäische Gerichtsbarkeit zu diesem Ergebnis gelangen würde und etwa in Zuge einer hypothetischen Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV die Nichtigkeit der TEN-E-VO feststellen würde.³¹⁸

7. Weitere besonders relevante Inhalte

Die TEN-E-VO weist Interdependenzen zu den anderen Instrumenten der Netzentwicklungsplanung nach europäischem Recht auf. Auszuwählende VGI müssen ab der zweiten Unionsliste Teil des letzten verfügbaren gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplans Strom (TYNDP) sein.³¹⁹ Andererseits beruhen zukünftige TYNDP „gegebenenfalls auf den unionsbezogenen Aspekten der Netzplanung gemäß“ der TEN-E-VO.³²⁰ Ferner werden VGI zu einem festen Bestandteil der entsprechenden nationalen Zehnjahresnetzentwicklungspläne (NEP) nach Art. 22 der dritten Binnenmarkt-Richtlinie.³²¹ Dies gilt ebenso für die entsprechenden regionalen Investitionspläne nach Art. 12 Stromhandels-Verordnung und gegebenenfalls andere betroffene nationale Infrastrukturpläne.³²² Innerhalb dieser Pläne erhalten VGI die höchstmögliche Priorität.³²³

³¹⁷ Eine Zuordnung zu den Grundzügen kommt eher nicht in Betracht, in diese Richtung aber *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 99; wohl auch *Callies*, (Fn. 30), Art. 171 AEUV Rdnr. 9. Wie unter C.I.4. dargestellt, handelt es sich bei den Grundzügen primär um Grundzüge von separaten in Betracht gezogenen Aktionen und nicht um einen zu Regelungen ermächtigenden Inhalt.

³¹⁸ *Nettesheim*, (Fn. 23), S. 100, verweist auf „die inzwischen sprichwörtlich bekannte Bereitschaft (der europäischen Gerichtsbarkeit), beinahe jede Dehnung (oder auch: Überdehnung) von Kompetenznormen hinzunehmen“ (Aussage konkret bezogen auf die Wahl der Handlungsform der Verordnung); weniger kritisch bezüglich der Kontrolle der Kompetenzeinhaltung *Bast/von Bogdandy*, (Fn. 33), Art. 5 EUV, Rdnr. 30; u.a. zum Ausnahmefall der Nichtigkeit rechtswidriger Verordnungen und zum Grundfall der Anfechtbarkeit *Αρχαζ*, Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit von Verordnungen der Europäischen Gemeinschaften, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (49) 2001, S. 299-327.

³¹⁹ Hierzu bereits unter D.I.3.

³²⁰ So Art. 21 Nr. 1 lit. b).

³²¹ RL 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG, ABl. L 211 v. 14.8.2009, S. 55 ff.

³²² Art. 3 Abs. 6 Satz 1.

³²³ Art. 3 Abs. 6 Satz 2.

Von den nationalen Infrastrukturplänen dürfte der Bundesbedarfsplan erfasst sein. Es dürfte eine Pflicht zur Aufnahme von VGI in den Bundesbedarfsplan bestehen. Im Ergebnis können dann auch rein national nicht für erforderlich erachtete Vorhaben Aufnahme in den Bundesbedarfsplan finden.³²⁴

Außerdem erhalten VGI den national höchstmöglichen Status, falls ein solcher Status im nationalen Recht vorgesehen ist und werden im Genehmigungsverfahren entsprechend behandelt.³²⁵ Dieser „national höchstmögliche Status“ wird nicht näher ausgeführt und, soweit ersichtlich, existiert kein materieller national höchstmöglicher Status im deutschen Recht. Von der Wirkung her gedacht, könnte man das überragende öffentliche Interesse im Sinne von § 1 Abs. 3 NABEG als national höchstmöglichen Status sehen³²⁶ und folglich auf VGI – zumindest sofern möglich – das NABEG-Regime als geplanten *fast-track* für das Genehmigungsverfahren anwenden.

Weiterhin berühren mehrere Stellen der TEN-E-VO die Realisierung von VGI durch die Vorhabenträger. Artikel 5 legt mittels Durchführungsplänen und Jahresberichten einen Berichts- und Überwachungsmodus für die Realisierung von VGI fest. Weiterhin finden sich Vorgaben für die Sicherstellung bis Erzwingung der Investitionen in VGI. Im Fall einer zu vertretenden Verzögerung bei der Inbetriebnahme³²⁷ stellen die nationalen Regulierungsbehörden die Investitionsdurchführung durch die Maßnahmen zur „Erzwingung“ von in NEP enthaltenen Maßnahmen nach Art. 22 Abs. 7 der dritten Binnenmarkt-Richtlinie³²⁸ – sofern diese gemäß dem einschlägigen nationalen Recht anwendbar sind – sicher.³²⁹ Falls dieser Mechanismus nicht anwendbar ist, benennt der Vorhabenträger und subsidiär der Mitgliedstaat oder die nationale Regulierungsbehörde eine dritte Partei zur Finanzierung oder zum Bau des VGI.³³⁰

Nach Art. 7 Abs. 4 bis 7 treffen die Mitgliedstaaten unter Anleitung der Kommission praktische nichtlegislative wie legislative Maßnahmen zur Straffung der Umweltverträglichkeitsprüfungen und deren kohärenten Durchführung. Die unionsrechtlichen Verpflichtungen bleiben dabei explizit unberührt.³³¹

³²⁴ *Schadtle*, Neue Leitungen braucht das Land- und Europa!, ZNER 2013, S. 129.

³²⁵ Art. 7 Abs. 3. Nach Erwägungsgrund 40 sollte, falls ein solcher Status nicht existiert, die Schaffung in Betracht gezogen werden.

³²⁶ *Schmitz/Jornitz*, (Fn. 8), S. 337.

³²⁷ Fraglich erscheint, ob die Inbetriebnahme eingangs von Art. 5 Abs. 7 entsprechend der Begriffsbestimmung nach Art. 2 Nr. 11 zu verstehen ist. Während sich die Begriffsbestimmung auf einen Vorgang nach Fertigstellung bezieht, ermöglichen Art. 5 Abs. 7 lit. b) und lit. c) die Auswahl bzw. Benennung einer dritten Partei auch zum Bau. Dieses „Problem“ besteht auch in der englischen Sprachfassung.

³²⁸ Die Umsetzung hiervon findet sich in § 65 Abs. 2a EnWG, vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 92.

³²⁹ Art. 5 Abs. 7 lit. a).

³³⁰ Art. 5 Abs. 7 lit. b) bzw. c).

³³¹ Art. 7 Abs. 7 Satz 2; vgl. auch Erwägungsgrund 31.

Artikel 9 schließlich betrifft die im Kontext des Elektrizitätsleitungsbaus für so wesentlich erachtete Transparenz und Öffentlichkeitsbeteiligung.³³²

E. Schlussbetrachtung

Leitlinien nach Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV sollten als eigenständige Handlungsform angesehen werden, die zum Katalog der Handlungsformen nach Art. 288 AEUV hinzutritt. Um ihre Originalität im Hinblick auf Wesen und Wirkung nicht zu verschleiern, sollten Leitlinien nicht mehr in klassische Handlungsformen eingekleidet werden. Der Erlass der neuen TEN-E-Leitlinien in der Handlungsform der Verordnung ist vor dem Hintergrund der Art. 170 ff. AEUV aber nicht per se unzulässig.

Inhaltlich finden sich etwa mit der Einbeziehung von Stromspeichern und intelligenten Netzen sinnvolle Ergänzungen im Hinblick auf potentielle VGI. Gerade die Stromautobahnen sind bemerkenswert. Hiermit könnte der europäische Gesetzgeber die Vision eines *SuperGrids*³³³ aufgegriffen haben. In jedem Fall würde die Realisierung solcher Stromautobahnen einen wesentlichen Beitrag zur Integration des wachsenden Anteils von Strom aus erneuerbaren Quellen leisten.³³⁴ Allerdings bleibt abzuwarten, wie sich die Neuerungen, gerade die nicht geografischen thematischen Gebiete betreffend, in der Praxis bewähren.

Der durch Primärrecht vorgegebene Inhalt und die vorgegebene Wirkung von Leitlinien müssen in materieller Hinsicht Grenze der EU-Rechtsetzung sein. Hinsichtlich der weiteren Vorgaben der TEN-E-VO ist zu beachten, dass TEN-Leitlinien aufgrund des durch Art. 171 Abs. 1 Gedankenstrich 1 AEUV vorgegebenen *Numerus clausus* der Inhalte primär ein VGI-Ausweisungsinstrument sind. Die unionsrechtliche Ordnung der mitgliedstaatlichen Genehmigungsverfahren von VGI durch das VGI-Genehmigungsregime stellt einen eher zu weiten Annex zur primärrechtlich vorgesehenen bloßen Ausweisung der VGI dar und ist unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten bedenklich. Angesichts dessen strapaziert die TEN-E-VO das Handlungsinstrument der Leitlinien zumindest bis ans Äußerste. Die Vorgaben der Art. 170 ff. AEUV werden äußerst final aufgegriffen.³³⁵ In Sorge um die – oder

³³² Zu den Inhalten betreffend die Öffentlichkeitsbeteiligung siehe *Schadtle*, (Fn. 324), S. 130 ff.

³³³ *Battaglini/Lilliestam*, On Transmission Grid Governance, 2010, www.boell.de/downloads/2011-02_On_Transmission_Grid_Governance.pdf (13.6.2013), S. 1 f.

³³⁴ Dies insb. i.V.m. den risikobezogenen Anreizen über die Tarifierung nach Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1. Dieser Mechanismus greift nach Erwägungsgrund 38 insb. für „innovative Stromübertragungstechnologien“, die wiederum für Stromautobahnen prädestiniert sind.

³³⁵ Zur Gefahr einer extensiven Nutzung final strukturierter Kompetenzen bereits *Bogs*, (Fn. 25), S. 40.

kritischer formuliert unter dem Vorwand der – allgemeinen energie- und klimaschutzpolitischen Ziele hat der europäische Gesetzgeber die Regelungsintensität gegenüber der vormaligen TEN-E-Entscheidung merklich erhöht.³³⁶ Es lässt sich insofern von einem übereifrigen Beitrag zum Auf- und Ausbau der TEN-E sprechen. Die TEN-E-VO weist eher zu viel an Vision auf.³³⁷ Im Einklang mit diesem verschärften Inhalt steht die Wahl der Handlungsform der Verordnung. Gerade um einer (bewussten) Aufwertung der nur beschränkt verbindlichen Leitlinien mittels einer Einkleidung – oder auch nur der Erweckung eines entsprechenden Eindrucks – entgegenzutreten, erscheint der Erlass von Leitlinien schlicht als Leitlinien vorzugswürdig.

Spätestens im Zuge zukünftiger weiterer inhaltlicher Verschärfungen wird sich die Frage stellen, ob nicht statt auf Grundlage der schwachen Art. 170 ff. AEUV auf Grundlage der stärkeren energiepolitischen Kompetenz des Art. 194 AEUV gehandelt werden sollte oder muss. Nach Art. 194 AEUV wären zur Verwirklichung der auch mit der TEN-E-VO verfolgten energiepolitischen Ziele „echte“ Verordnungen möglich.³³⁸ So könnte der Energienetzausbau auf europäischer Ebene jenseits des durch die Art. 170 ff. AEUV vorgezeichneten Weges – also primär mittels der Ausweisung von VGI – betrieben werden. Problematisch insoweit ist die horizontale Kompetenzabgrenzung der beiden Vorschriften. Insbesondere die Frage, ob aufgrund eines Spezialitätsverhältnisses der einen oder der anderen Vorschrift der Rückgriff auf die jeweils andere Norm versperrt ist.³³⁹ Die Entwicklung in dieser Frage und die zumindest exaktere Abgrenzung der beiden Kompetenznormen bleiben abzuwarten.

³³⁶ Vgl. insoweit auch die treffende Beobachtung von *Frey*, (Fn. 24), S. 32, wonach die als „Subventionskompetenz“ zu verstehenden Art. 170 ff. AEUV zunehmend als „Eingriffskompetenz“ wahrgenommen werden.

³³⁷ Vgl. Erwägungsgrund 6.

³³⁸ Vgl. Art. 194 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 AEUV; allerdings ist fraglich, ob sich durch die „Förderung“ in Art. 194 Abs. 1 lit. d) AEUV insoweit eine Einschränkung der Verbindlichkeit entsprechender potentieller Rechtsakte ergibt; dies problematisierend etwa *Schulenberg*, (Fn. 26), S. 390 f.

³³⁹ Zu dieser Frage *Gundel*, Die energiepolitischen Kompetenzen der EU nach dem Vertrag von Lissabon: Bedeutung und Reichweite des neuen Art. 194 AEUV, EWS 2011, S. 30, der im Ergebnis für konkrete Vorhabenplanungen und Prioritätseinstufungen die Art. 170 ff. AEUV als *lex specialis* ansieht; dagegen für Spezialität von Art. 194 (Abs. 1 lit. d)) AEUV *Callies*, (Fn. 30), Art. 194 AEUV, Rdnr. 17 und Art. 171 AEUV, Rdnr. 14.

