



Forschungsstelle
für Europäisches
Umweltrecht

FEU RESEARCH PAPER NO. 4/2017



ANSÄTZE EINER VERFAHRENSMODELLIERUNG DER STROMNETZPLANUNG

Prof. Dr. Claudio Franzius



Forschungsstelle
für Europäisches
Umweltrecht

Arbeitspapier Nr. 4

Impressum

Herausgeber/Redaktion:

Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht

Universität Bremen

Universitätsallee, GW 1

28359 Bremen

Nachdruck:

Nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers

Bildnachweis:

Universität Bremen

Bremen, im Juli 2017

Inhalt

A. Einführung.....	1
B. Theoriebausteine	4
I. Staatstheorie	4
1. Gewährleistungsstaat	5
2. Infrastrukturverantwortung.....	7
II. Steuerung und Governance.....	10
1. Steuerungsdilemma der Politik.....	12
2. Wissensgenerierung durch Verfahren	15
III. Prozedurale Gerechtigkeitstheorien	19
1. Verfahrensgerechtigkeit.....	21
2. Funktionen der Bürgerbeteiligung	23
IV. System- und Netzwerktheorie.....	29
1. Lernfähigkeit	33
2. Kooperationsmanagement	35
V. Spieltheorie.....	37
3. Verhandeln von Interessen	38
4. Konfliktbewältigung durch neue Verfahren.....	41
VI. Verfassungstheorie.....	44
1. Spielräume des Rechts	45
2. Partizipation als demokratischer Wert	46
C. Möglichkeiten und Grenzen eines „analytisch-deliberativen“ Verfahrens für die Bundesfachplanung	51
I. Konzept	52

II. Optimierung des Planungsverfahrens.....	53
1. Staatliche Verfahrensverantwortung.....	54
a) Gewährleistungsverantwortung des Bundes.....	54
b) Rollenwandel von Bund, Ländern und Kommunen	58
2. Strukturierung gestufter Planungsprozesse	66
a) Verfahrensstufen.....	66
b) Bindungswirkungen und Alternativenprüfung.....	68
3. Sicherung der Offenheit des Planungsverfahrens	76
a) Spielräume der Bundesfachplanung	76
b) „Abgestimmte“ Öffentlichkeitsbeteiligung.....	80
4. Professionalisierung der Prozesssteuerung.....	85
a) Bundesnetzagentur als Verfahrensmanager?.....	85
b) Kombination von Verfahrensstrategien.....	87
5. Entlastung und Erweiterung des Prüfungsumfangs.....	91
a) Erdverkabelungen	92
b) Rückkoppelungen zum Regulierungsverfahren	97
6. Neue Verfahrenskultur.....	102
a) Grenzen der Verrechtlichung von Kommunikation	102
b) Experimentelle Verfahren	106
D. Zusammenfassung.....	110
Literaturverzeichnis	115

* Der Beitrag geht auf ein Rechtsgutachten zurück, das ich im Auftrag der TU Dortmund, Fakultät für Raumplanung (Fachgebiet Raumplanungs- und Umweltrecht) im Rahmen des interdisziplinären Forschungsprojekts Stromnetzplanung (SNP) erstellt habe. Der Text wurde geringfügig überarbeitet, ist aber mit Ausnahme der Ausführungen zur Erdverkabelung auf dem Stand von 2014. Eine kürzere Version ist unter dem Titel „Ansätze eines analytisch-deliberativen Verfahrensmodells für die Stromnetzplanung“ im Verwaltungsarchiv (VerwArch), Bd. 106 (2015), S. 76-111 erschienen.

A. Einführung

Die in der Breite und Tiefe der Veränderungen als „große Transformation“ bezeichnete Energiewende¹ stellt eine dreifache Herausforderung dar: Zunächst in *technischer* Hinsicht. Der kurzfristige Ausstieg aus der Kernenergie wird flankiert durch die mittelfristige Reduzierung des Anteils fossiler Energieträger im Energiemix und die langfristige Stärkung der erneuerbaren Energien. Die Erzeugungsebene wirkt auf die Netzebene zurück und bringt auch hier neue Technologien wie die Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung (HGÜ) hervor, was die Frage nach der Erdverkabelung an Stelle von Freileitungen aufwirft. Das verweist auf Herausforderungen in *gesellschaftlicher* Hinsicht, weil es um die sozialen Bedingungen und Realisierungsmöglichkeiten, das Aufbrechen von energiewirtschaftlichen Pfadabhängigkeiten und die Akzeptanz in der Bevölkerung geht. Deshalb stellt die Energiewende auch eine Herausforderung für das *Recht* und die bereitgestellten Verfahren dar.²

Bis zur Reaktorkatastrophe von Fukushima waren weder das Planungs- noch das Regulierungsverfahren für den Um- und Ausbau der Netze richtig zugeschnitten. Auf der einen Seite handelte es sich um eine private Planung des Vorhabenträgers, dem ein Raumordnungsverfahren mit quasi-fachplanerischem Einschlag folgte. Auf der anderen Seite setzte die behördliche Regulierung nicht die notwendigen Anreize für den Netzausbau. Die Entflechtung des Netzbetriebs brachte nicht die erwünschten positiven Wirkungen und die „Investitionsbudgets“ der Entgeltregulierung bildeten keine stabile Investitionsgrundlage. Der Gesetzgeber reagierte darauf mit einem neuen Planungsregime, das für länderübergreifende oder grenzüberschreitende Höchstspannungsleitungen *mehrstufig* ausgestaltet wurde.³ Die vom Sachverständigenrat für Umweltfragen vorgeschlagene Option einer zweistufigen Planung mit einer umfassenden Bedarfsplanung in der gubernativen Letztverantwortung der

¹ Zur Energiewende als gesamtgesellschaftlichem Transformationsprojekt *WBGU*, Welt im Wandel. Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation, 2011. Begrifflich angeknüpft wird dabei an *Karl Polanyi*, The Great Transformation, 1949, der die „Entbettung“ des Menschen aus seinen Lebenszusammenhängen in den „Marktgemeinschaften“ kritisierte. Zur Energiewende als Transformation eines sozialen Systems knapp *Pia-Johanna Schweizer/Ortwin Renn*, Partizipation in Technikkontroversen: Panakeia für die Energiewende? Technikfolgenabschätzung 22 (2013), S. 42 ff.

² Zusammenfassend *Ekkehard Hofmann*, Das Recht der Energiewende als Transformationskonzept, Die Verwaltung 47 (2014), S. 349 ff.

³ Zur mehrstufigen Planung *Rudolf Steinberg/Martin Wickel/Hendrik Müller*, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 7; *Felix Tausch*, Gestufte Bundesfernstraßenplanung, 2011; *Daniel Lewin*, Gestufte Planung von Bundesverkehrswegen, 2003.

Bundesregierung und einem weitgehend unveränderten Planfeststellungsverfahren⁴ wurde zugunsten eines dreistufigen Modells verworfen: Der Fachplanung wurde ein nach dem Vorbild der Verkehrswegeplanung konstruiertes eigenständiges Bedarfsplanungsverfahren vorgeschaltet, das Raumordnungsverfahren für länderübergreifende Stromleitungen durch die Bundesfachplanung ersetzt und das Planfeststellungsverfahren der Bundesnetzagentur als Bundesoberbehörde zugewiesen.

Heute vollzieht sich die Planung länderübergreifender Höchstspannungsleitungen in drei Schritten.⁵ Der *erste* Schritt ist die Erstellung eines Szenariorahmens, der als Leitbild für die künftige Netzentwicklung fungiert und mit der Erarbeitung eines Netzentwicklungsplans durch die Übertragungsnetzbetreiber und die Bundesnetzagentur die Grundlage für den Bundesbedarfsplan⁶ bildet, der vom Bundesgesetzgeber als Gesetz beschlossen wird (§ 12e EnWG). Den *zweiten* Schritt bildet das neuartige Verfahren der Bundesfachplanung zur Bestimmung des Trassenkorridors nach §§ 4 ff. NABEG mit rechtsverbindlicher Wirkung für das nachfolgende Planfeststellungsverfahren, das als *dritter* Schritt mit der Zulassung des konkreten Vorhabens nach §§ 18 ff. NABEG abgeschlossen wird. Der Gesetzgeber versteht die „Bundesfachplanung“ als Scharnier zwischen Bedarfsplanung und Planfeststellungsverfahren und damit anders als der Sachverständigenrat.⁷ Denn die Planung wird aufgespalten. Einerseits ist mit dem Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG) nach dem Vorbild des EnLAG ein Legislativakt der Fachplanung vorgelagert. Andererseits wird die Fachplanung nach dem Vorbild des Linienbestimmungsverfahrens des Straßenplanungsrechts konstruiert, jedoch von der minis-

⁴ *Sachverständigenrat für Umweltfragen, Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung, Sondergutachten 2011, Tz. 524 ff.* Dem ging das Gutachten von *Jens-Peter Schneider*, Planungs-, genehmigungs- und naturschutzrechtliche Fragen des Netzausbaus und der untertägigen Speichereinrichtung zur Integration erneuerbarer Energien in die deutsche Stromversorgung, 2010, voraus.

⁵ Überblick: *Markus Appel*, Neues Recht für neue Netze – das Regelungsregime zur Beschleunigung des Stromnetzausbaus nach EnWG und NABEG, UPR 2011, 406; *Peter Franke*, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren beim Ausbau der Übertragungsnetze, in: FS Salje, 2013, S. 121 ff. *Benjamin Schirmer/Conrad Seiferth*, Energiewende und die Zulassung von Netzausbauprojekten, ZUR 2013, 515. Zum neuen Instrument der Bundesfachplanung *Wolfgang Durner*, Die „Bundesfachplanung“ im NABEG – Dogmatischer Standort, Bindungswirkung, Prüfprogramm und infrastrukturpolitische Modellfunktion, DVBl 2013, 1564.

⁶ Zum Bundesbedarfsplan als „dynamische gesamtdeutsche Netzausbauplanung“ *Dominik Kupfer*, Das Fachplanungsrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Die Verwaltung 47 (2014), S. 77 (98).

⁷ Vgl. *Christian Calliess/Miriam Dross*, Neue Netze braucht das Land: Zur Neukonzeption von Energiewirtschaftsgesetz und Netzausbaubeschleunigungsgesetz, JZ 2012, 1002 (1003 f., 1010); *Jens-Peter Schneider*, Akzeptanz für Energieleitungen durch Planungsverfahren, in: FS Würtenberger, 2013, S. 411 ff.

teriellen Ebene auf die Bundesnetzagentur als Bundesoberbehörde verlagert. Die Bundesnetzagentur ist heute, nachdem von der Verordnungsermächtigung des § 2 Abs. 2 NABEG mit der Planfeststellungszuweisungsverordnung (PlfZV) Gebrauch gemacht wurde, zur Durchführung des Planfeststellungsverfahrens für die in § 2 BBPlG genannten Stromleitungen zuständig. Damit hat die Bundesnetzagentur echte Planungsaufgaben erhalten.⁸

Diesem neuartigen Planungsregime wird ein Vorbildcharakter für die Infrastrukturplanung attestiert.⁹ Es wirft aber auch Fragen an die Verfahren und ihre Optimierung auf. Erstmals wird die rechtspolitische Entgegensetzung von Partizipation und Verfahrensbeschleunigung aufgebrochen und mit der Schaffung frühzeitiger Partizipationsmöglichkeiten ein Faktor der nachhaltigen Beschleunigung von Planungsprozessen durch die Gewinnung von Akzeptanz in der Bürgerschaft gesehen. Es geht dem Gesetzgeber nicht nur darum, durch eine Verkoppelung privater und staatlicher Verfahrensbeiträge auf das Wissen der Netzbetreiber zurückzugreifen und ihre Bereitschaft zur Planverwirklichung sicherzustellen, sondern mit der Öffnung der Verfahren für die Mitwirkung der Öffentlichkeit und der Verbände auch darum, die Wissensbasis für die Stromnetzplanung zu erhöhen und eine angemessene Bewertungsgrundlage für die behördliche Planung zu gewinnen.¹⁰ Was liegt dieser Einschätzung für die Planung zugrunde? Und was lässt sich aus den einzelnen Theoriebausteinen (B.) für die Modellierung der Bundesfachplanung (C.) sagen?

⁸ Vgl. *Karsten Bourwieg*, Die neuen Planungsaufgaben der Bundesnetzagentur, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, 2012, S. 75 ff. Zur unionsrechtlichen Überformung der Planung, die mit der Verordnung (EU) Nr. 347/2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur v. 17.4.2013 (TEN-VO) eine neue „Ebene“ hinzugefügt hat: *Ludger Giesberts/Andreas Tiedge*, Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, NVwZ 2013, 836; *Philipp Fest/Benedict Operhalsky*, Der deutsche Netzausbau zwischen Energiewende und europäischem Energieinfrastrukturrecht, NVwZ 2014, 1190.

⁹ Statt vieler *Jörg Wagner*, Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen - rechtliche und praktische Belange, DVBl 2011, 1453 (1458); *Wolfgang Köck/Nadja Salzborn*, Handlungsfelder zur Fortentwicklung des Umweltschutzes im raumbezogenen Fachplanungsrecht – eine Skizze, ZUR 2012, 203 (208 ff.). *Philipp Fest*, Der Netzausbau im Recht der Energiewende, NVwZ 2013, 824 (826 ff.) mahnt eine weitergehende Technologieoffenheit an. Speicherpotentiale in Gas- und Wärmenetzen können einen dämpfenden Einfluss auf den erforderlichen Netzausbau haben. Das gilt aber auch für die informationstechnische Aufrüstung bestehender Netze, vgl. *Büchner u.a.*, Moderne Verteilernetze für Deutschland (Verteilernetzstudie) im Auftrag des BMWi, September 2014, S. 87 ff.

¹⁰ *Schneider*, Akzeptanz für Energieleitungen durch Planungsverfahren (Fn. 7), S. 417 f.

B. Theoriebausteine

Theoriebausteine für das Verfahren der Stromnetzplanung werden der Staatstheorie (I.), der Steuerungs- und Governance-Perspektive (II.), prozeduralen Gerechtigkeitstheorien (III.), der System- und Netzwerktheorie (IV.), der Spieltheorie (V.) und der Verfassungstheorie (VI.) entnommen. Dass sich diese „Bausteine“ nicht überschneidungsfrei darstellen lassen, versteht sich von selbst.¹¹ Dennoch zeigen sich signifikante Unterschiede im theoretischen Zugriff auf das Verfahren:

I. Staatstheorie

Über den Wert der Staatstheorie für das Planungsrecht lässt sich streiten. Drei „Modelle“ sind idealtypisch zu unterscheiden: Dem staatstheoretischen Grundverständnis des *liberalen Staates* war es weitgehend verwehrt, gesellschaftliche Ziele zu definieren und Standards für gesellschaftliche Verhältnisse zu bestimmen. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, das Verwaltungsrecht könne sich auf die direkte Verhaltenssteuerung durch die Formulierung von Grenzen für die gesellschaftliche Selbststeuerung beschränken: Der Input-Steuerung durch Ge- und Verbote liegt die Vorstellung einer überwiegend konditionalen Programmierung zugrunde, die nur partiell und punktuell auf das Verhalten der Adressaten einwirkt, dessen Funktionsweise aber von den gesellschaftlichen Selbststeuerungsmechanismen abhängig ist. Die *wohlfahrtsstaatlichen* Änderungen dieses Paradigmas machten einen Mehrbedarf an staatlicher Steuerung als Reaktion auf das Versagen von Selbststeuerung unausweichlich und „der liberale Agnostizismus gegenüber konkreten Systemzielen und -leistungen musste aufgegeben“ werden. Vermehrt rückten die Output-Orientierung der staatlichen Steuerung und andere Steuerungsinstrumente finaler Programmierung im Bereich der räumlichen Ordnung in den Vordergrund.¹² Inwieweit der moderne *Gewährleistungsstaat* den „umverteilenden“ Wohlfahrtsstaat fortschreibt, umbaut oder ersetzt, ist umstritten. Die im Energierecht zu beobachtende Renaissance der Planung lässt sich allerdings

¹¹ Eine Gemeinsamkeit besteht darin, dass sich der Gesichtspunkt der in der öffentlichen Diskussion häufig angemahnten „Akzeptanz“ in den ausgewählten Theoriebausteinen nicht findet. Auch die neuere sozialwissenschaftliche Literatur stellt den Topos der Akzeptanz zurück. Ziel ist nicht die Hinnahme „richtiger“ Entscheidungen, sondern die Suche nach gemeinsam getragenen Lösungen.

¹² Grundlegend *Rainer Wahl*, Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, Bd. 1, 1978, S. 45 ff. Zur Einordnung *ders.*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 45 ff.

kaum als ein „Zurück“ zum liberalen Nachtwächterstaat lesen. Das Zusammenspiel der privaten Netzbetreiber und öffentlicher Stellen wird vielmehr gewährleistungsstaatlich überformt.

1. Gewährleistungsstaat

Mit dem Gewährleistungsstaat wird eine veränderte Architektur von Staatlichkeit zum Ausdruck gebracht. Es wird ein Staat zu bestimmen versucht, der nicht mehr alle öffentlichen Aufgaben eigenhändig erfüllt, sondern die private Erbringung von Leistungen ermöglicht. Es handelt sich um ein *Leitbild*, das den Erhalt von Staatlichkeit unter einem veränderten Aufgabenumfeld zum normativen Postulat erklärt. Danach hält der Staat an seiner Gemeinwohlverantwortung fest und führt den sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrsorientierten Erfüllungsstaates in dem Sinne fort, dass er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse zielt und sich für diese weiterhin in einer Letztverantwortung sieht.¹³ Mit dem für paradigmatisch erklärten Wechsel von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung geht ein größeres Vertrauen in die selbstregulativen Kräfte der Gesellschaft einher, was sich jedoch in keinem Aufgabenverzicht, sondern in veränderten Modi der Aufgabenwahrnehmung niederschlägt.¹⁴ Für das neue Planungsregime der Stromnetze wird von einer *Infrastrukturgewährleistungsverantwortung des Staates*¹⁵ gesprochen, die nicht gegen die bestehenden Regulierungsinstrumente ausgespielt werden darf, sondern auf deren Verzahnung mit den Planungsinstrumenten angelegt ist. Insoweit kommt der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung für Infrastrukturen nicht nur dadurch nach, dass er durch Wettbewerbsregulierung einen Markt schafft, sondern auch dadurch, dass er mit Hilfe einer überzeugenden Netzplanung die Funktionsbedingungen regulativer Märkte erhält.¹⁶

¹³ Vgl. *Martin Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 139; *Claudio Franzius*, Der Gewährleistungsstaat, *VerwArch* 99 (2008), S. 351 ff.

¹⁴ *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 12 Rn. 51 ff.

¹⁵ Vgl. *Hartmut Weyer*, Netzausbau in Deutschland: Rechtlicher Rahmen und Handlungsbedarf, 2011, S. 40.

¹⁶ Zur notwendigen Verklammerung von Planung und Regulierung *Johann-Christian Pielow*, Interdependenzen zwischen Netzplanung und Netzregulierung im Bereich von Stromnetzen, *Rechtsgutachten im Auftrag der TU Dortmund*, April 2014, S. 7 f., 28 ff. u. passim.

Zwar ist der rechtliche „Status“ von Leitbildern im öffentlichen Recht unsicher. In der Rechtsanwendung spielen sie aber eine Rolle.¹⁷ Hier erweist sich der Steuerungsgehalt von Bildern als erheblich.¹⁸ Leitbilder bestimmen darüber, ob Sachverhalte als regelungsbedürftig und damit als potentielle Rechtsprobleme überhaupt „gesehen“ werden. Sie können als konsensfähige Gerechtigkeitsvorstellungen ebenso zu Recht „gerinnen“ wie als gefestigte Rechtsauffassungen im Laufe der Zeit „dahinschmelzen“ und hinter andere Zielvorstellungen zurücktreten. Leitbilder erlauben es, den Blick *hinter* Regelungen zu richten und regen zum Nachdenken darüber an, ob eine bestimmte Rhetorik – wie zum Beispiel die des „schlanken“ Staates – noch angemessen ist. Leitbilder müssen somit vor dem Hintergrund ihrer „aufdeckenden“ Funktion gesehen werden, die Prämissen rechtswissenschaftlichen Denkens nicht länger unreflektiert zu lassen.¹⁹

In der ausdifferenzierten Welt permanent zu reduzierender Komplexität bringen Leitbilder das Bedürfnis nach dem „großen Ganzen“ zum Ausdruck.²⁰ Sie transportieren keine wissenschaftlich zerlegte Einzelperspektive, sondern ein Ordnungsbild als Gerechtigkeitspostulat, charakterisiert durch das Zusammenwirken verschiedener Elemente. In dieser Unschärfe und Offenheit liegt die Ambivalenz von Leitbildern begründet.²¹ Das gilt auch für das Bild des Gewährleistungsstaates. Es kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass das geschriebene Recht zu einem guten Teil davon lebt, die Steuerung des gesellschaftlichen Wandels nicht allein schultern zu müssen. Deshalb fallen Leitbilder nicht einfach in den außerrechtlichen

¹⁷ Vgl. *Uwe Volkmann*, Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, AöR 123 (2009), S. 157 (162 ff.). Zur Einordnung in die Formensprache des Verwaltungsrechts *Claudio Franzius*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 23 ff.

¹⁸ Zum „Staatsleitbild des sozialen Rechtsstaates“ BVerwGE 17, 306 (309). Zu Staatsbildern *Marc Jan Beer*, Staatsleitbilder, in: Blanke u. a. (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Aufl. 2011, S. 52 ff.

¹⁹ Die Berücksichtigung von Leitbildern in der Rechtsanwendung ist nicht als methodisch unzulässige Normkonkretisierung zu verwerfen. Das gilt auch für die Verfassungspraxis, die sich von methodischen „Reinheitsgebieten“ eher selten, von sinnstiftenden und in den gesellschaftlichen Bereich überwirkenden Orientierungsmarken dagegen häufig leiten lässt, damit aber Belastungsgrenzen der Dogmatik akzeptiert. Handlungsleitende Leitbilder übernehmen teilweise Funktionen von Dogmatik, was ein Zurückwirken auf diese ermöglicht: *Uwe Volkmann*, Rechtsgewinnung aus Bildern – Beobachtungen über den Einfluss dirigierender Hintergrundvorstellungen auf die Auslegung des heutigen Verfassungsrechts, in: Krüper u.a. (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010, S. 77 ff.

²⁰ Vgl. *Susanne Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 223 (248).

²¹ Nutzen und Gefahren bilanzierend *Andreas Voßkuhle*, Der Dienstleistungsstaat, Der Staat 40 (2001), S. 495 ff.

Bereich. Vielmehr liefert das Recht den Rahmen für die Maßgeblichkeit von Leitbildern wie umgekehrt in der Spezifizierung eines Leitbildes neue Rechtsregime entstehen können. So bildet sich im Wirtschaftsverwaltungsrecht, angestoßen durch Europäisierungs- und Privatisierungsprozesse, ein *öffentliches Gewährleistungsrecht* heraus.²²

Als „Leitbild“ verstanden, setzt der Gewährleistungsstaat seine Ziele nicht selbst und unmittelbar durch, sondern beschränkt sich auf Vorkehrungen, die eine gemeinwohlorientierte gesellschaftliche Selbstregulierung ermöglichen. Dazu stellt der Gewährleistungsstaat einen rechtlichen Rahmen aus Zielvorgaben, Organisationstypen und Verfahrensregeln bereit, mit denen für den Fall gesellschaftlicher Schlechterfüllung korrigierend eingegriffen werden soll.²³ Der bevorzugte Modus des Gewährleistungsstaates ist die *regulierte Selbstregulierung* zwischen dem Ordnungsrecht hoheitlicher Regulierung auf der einen Seite und der gesellschaftlichen Selbststeuerung durch Vertrag und Formen des Zivilrechts auf der anderen Seite.²⁴ Dieses Modell hybrider Regulierung nimmt das Energierecht in einer eigenen Mischung auf und wird dadurch zu sektorialem Infrastrukturrecht.²⁵

2. Infrastrukturverantwortung

Das am 5. August 2011 in Kraft getretene Netzausbaubeschleunigungsgesetz ist Ausdruck der staatlichen Infrastrukturverantwortung, die sich auf den Energiesektor erstreckt. Das Gesetz dient der Beschleunigung des Ausbaus der länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitungen. Es soll eine Grundlage für einen rechtssicheren, transparenten, effizienten und umweltverträglichen Ausbau des Übertragungsnetzes sowie dessen Ertüchtigung schaffen. Nach § 1 S. 3 NABEG ist die Realisierung der in den Geltungs-

²² Vgl. *Friedrich Schoch*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, 241 ff.; *Claudio Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 549 ff.

²³ Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (326); *Bernward Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, 2006.

²⁴ Systematisierend *Martin Eifert*, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 52 ff.; siehe auch die Beiträge in: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001).

²⁵ Das gilt auch für andere Gebiete des Regulierungsrechts wie das Telekommunikationsrecht, vgl. *Claudio Franzius*, Das TKG 2012, N&R 2012, 126 (132 ff.).

bereich des Gesetzes fallenden Vorhaben aus Gründen eines überragenden öffentlichen Interesses erforderlich.

Energienetze sind eine Infrastruktur, die als „Signum moderner Staatlichkeit“ verstanden werden kann.²⁶ Denn „die abstrakten Herrschaftsgebiete wurden (...) nicht allein durch Reglement und Gesetz, sondern erst durch die konkrete, planmäßig voranschreitende Erschließung des Territoriums, eben durch Infrastruktur, Staaten in unserem Sinn.“ So ist die Wasserregulierungstechnik „hydraulischer Gesellschaften“ als Geburtsstunde des Staates und die Kontrolle über Infrastrukturen wie die Flüsse Mesopotamiens als eine Entstehungsvoraussetzung des modernen Territorialstaates verstanden worden.²⁷ Ausgehend von dem Bild *Herbert Krügers*, der von den öffentlichen Wegen als den „Lebensadern des Staates“²⁸ sprach, wird dem Staat eine Infrastrukturverantwortung eingeräumt.²⁹ Man könnte in Anlehnung an die Politikwissenschaftler *Daron Acemoğlu* und *James Robinson*³⁰ auch sagen: Nationen scheitern nicht an schlechten Infrastrukturen, sondern an den politischen Institutionen, die für die Planung und Pflege dieser Infrastrukturen verantwortlich sind.

Die Chance des Planungsrechts besteht darin, jenseits von Einzelvorhaben die übergreifende Raumentwicklung unter Einbeziehung einer Vielzahl von Interessen auch unter dem Aspekt des Bedarfs zu steuern und zu optimieren. Die Gefahr liegt darin, dass in „technokratischem Modus scheinbar entpolitisiert Zwangsläufigkeiten produziert werden, die dann durch konkrete Entscheidungen nur noch nachvollzogen“ werden.³¹ Zwar können Infrastrukturvorhaben als übergreifende, multipolare Entscheidungen begriffen werden, die eben nicht adäquat durch adressatenbezogene Einzelgenehmigungen erfassbar sind. Andererseits stellt sich das Planfeststellungsrecht durch seine Orientierung am Verwaltungsakt als ein „im Grundzug konservativer, auf statische Verbindlichkeit gerichteter Entwurf“ dar. Insgesamt, so resümiert *Hinnerk Wißmann* die Praxis, bleibe der politisch-gestaltende Charakter von Infrastrukturentscheidungen hinter der Fassade von Planfeststellungsverfahren verborgen,

²⁶ *Hinnerk Wißmann*, Die Anforderungen an ein leistungsfähiges Infrastrukturrecht, VVDStRL 73 (2014), S. 369 (377).

²⁷ *Karl August Wittfogel*, *Oriental Despotism*, 1957.

²⁸ *Herbert Krüger*, *Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege*, 1969.

²⁹ Vgl. *Georg Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 323 ff.; *Oliver Dörr*, Die Anforderungen an ein leistungsfähiges Infrastrukturrecht, VVDStRL 73 (2014), S. 323 (337 ff.).

³⁰ *Acemoğlu/Robinson*, *Why Nations fail*, 2012.

³¹ *Wißmann*, VVDStRL 73 (2014), S. 369 (393 f.).

womit dann aber „nicht nur Scheinrationalität, sondern auch nur Scheinlegitimation“ erzeugt werde.³²

Verstehe man das Infrastrukturrecht demgegenüber dreiphasig als Planung, Bereitstellung und Pflege bzw. Umbau von Infrastrukturen in einem Verbundmodell, trete deren Charakter als Dauerverwaltung mit gemischten Regelungsmodellen hervor. Das Infrastrukturrecht, so ließe sich sagen, muss aus der pauschalen Gegenüberstellung von *Staat* und *Markt* herausgenommen und stärker auf das Ineinandergreifen von *Recht* und *Politik* bezogen werden.³³ Ein leistungsfähiges Infrastrukturrecht sollte

„die gesetzliche Entscheidung über konkrete Infrastrukturvorhaben als Instrument in neuer Weise für sich wiederentdecken und damit besser abgeschichtete und legitimierte Infrastrukturentscheidungen“

möglich machen.³⁴ Eben das greift die neue Bundesbedarfsplanung in einer gewährleistungsstaatlichen Mischung aus privaten und staatlichen Verfahrensbeiträgen auf. In dem Maße, wie es darüber gelingt, überzeugend den Bedarf für eine Stromleitung festzulegen, werden nachfolgende Verfahren entlastet. Die Zulassungsentscheidung kann dann weitgehend „entpolitisiert“ getroffen werden.

Dass der Umbau auf eine Vollversorgung mit Strom aus erneuerbaren Energien eine besondere Herausforderung für den Staat darstellt, versteht sich von selbst. Die staatliche Infrastrukturverantwortung, verstanden als Gewährleistungsverantwortung, ist hier auch eine *Transformationsverantwortung*, bezogen auf die Durchbrechung der Pfadabhängigkeiten der Energiesysteme mit einer „neuen Balance“ zwischen Markt, staatlicher Planung und gesellschaftlicher Partizipation.³⁵ Dieser Übergang wird nicht allein durch den Markt und darauf bezogenes Regulierungsrecht möglich sein. Vielmehr macht die Gewährleistungsverantwortung des Staates eine Neubewertung der strategischen Rolle von Planung erforderlich. Sie sollte als lernoffen und partizipationsfreundlich verstanden werden. Man ist sich heute ungeachtet aller Zweifelsfragen im Detail weitgehend einig, dass die Umstellung auf erneuer-

³² *Wißmann*, VVStRL 73 (2014), S. 369 (400).

³³ *Franzius*, Gewährleistung (Fn. 22), S. 24 ff., 549 ff.; *Wißmann*, VVDStRL 74 (2014), S. 369 (411 ff.).

³⁴ *Wißmann*, VVDStRL 73 (2014), S. 369 (411); krit. *Wolfgang Köck*, Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, ZUR 2016, 579 (583 ff.).

³⁵ *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Sondergutachten (Fn. 4), Tz. 654 f.

bare Energien einen beschleunigten Netzausbau erfordert, wofür das Planungsrecht dann aber auch die sich verändernden Erzeugungsstrukturen in den Blick zu nehmen hat.

Die Staatstheorie, soweit man sie als rechtswissenschaftlichen Theoriebaustein betrachten will, bleibt jedoch zu abstrakt, um für das Verfahren operationalisierbare Aussagen zu treffen. Das gilt auch für die Vermutung, dass sich der Gewährleistungsstaat in erster Linie über die Ergebnisse rechtfertigt, was die traditionelle Geringschätzung des Verwaltungsverfahrens mit seiner „dienenden“ Funktion zu perpetuieren droht. Es würde übersehen, dass der Gewährleistungsverantwortung des Staates für Infrastrukturen gerade durch die Bereitstellung „passender“ Verfahren für die großräumige Steuerung der Energiewende entsprochen wird, jedenfalls nicht auf die Netzausbauplanung unter Vernachlässigung der Verknüpfungen mit der Erzeugungsebene reduziert werden darf.³⁶ Aus einer staatstheoretischen Perspektive lässt sich festhalten: Während es beim Zulassungsverfahren des konkreten Vorhabens bei einer *Entpolitisierung* der abschließenden Entscheidung bleibt, ist die vorgelagerte Planungsebene der Bedarfsfestlegung durch eine *Politisierung* gekennzeichnet.

II. Steuerung und Governance

Das Leitbild des Gewährleistungsstaates, der für Infrastrukturen verantwortlich bleibt, verweist auf die „steuerungstheoretischen“ Dimensionen des Verfahrens, das sich sinnvoll nur in den vom Recht bereitgestellten „Governance-Strukturen“ beschreiben lässt. Der staatstheoretischen Umstellung auf Gewährleistungsfunktionen des Staates korrespondiert eine stärkere Aufmerksamkeit für die Steuerungsfunktionen des Rechts. In dem Maße, wie der Staat auf die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mit eigenen Bordmitteln verzichtet, tritt die Bedeutung des Rechts für die Programmierung der gesellschaftlichen Erfüllung in den Vordergrund.

³⁶ Auf der Erzeugungsebene ganz den Marktkräften zu vertrauen, wird als Versäumnis angesehen. Denn so bleibe der Anschlussbedarf, an den die Netzausbauplanung auszurichten wäre, weitgehend im Dunkeln, vgl. *Michael Fehling*, Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende, *Die Verwaltung* 47 (2014), S. 313 (336) unter Bezugnahme auf *Georg Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, *ZUR* 2014, 259 ff.

Der Staat steuert durch Recht nicht bloß durch direkte Ge- und Verbote, sondern auch indirekt durch Anreize und Informationen.³⁷ Die scharfe Gegenüberstellung wird jedoch bereits durch die organisationsrechtliche Steuerung in Frage gestellt, wie sich an den ordnungsrechtlichen Pflichten der Verpackungsverordnung mit einer „Abwendungsbefugnis“ durch die Teilnahme an einem selbstregulativen System der Abfallverwertung zeigte.³⁸ Aber das Ordnungsrecht kann auch Anreize für technologische Innovationen setzen. In der Ausdifferenzierung der Instrumente passt das Recht seine Steuerungsimpulse an eine sich verändernde Wirklichkeit an, indem es die eigene Erzeugungsbefugnis teilweise auf gesellschaftliche Kräfte verlagert. Von reflexivem oder prozeduralem Recht ist die Rede, wenn der Gesetzgeber sich nicht auf materielle Vorgaben beschränkt, sondern Verfahren schafft, in denen die beteiligten Akteure selbst eine Lösung bestimmter Probleme finden müssen. Ungeachtet aller theoretischen Einwände im Detail wird deutlich, dass in Verfahren nicht mehr allein über die Einhaltung des materiellen Rechts entschieden wird, sondern die für das Handeln der Verwaltung maßgebliche Programmierung festgelegt wird.

Die Verwaltungsrechtswissenschaft macht diese Umstellungen zum Thema. Sie will nicht mehr nur Interpretations-, sondern Steuerungswissenschaft sein, womit Anschluss an die Nachbardisziplinen gesucht wird, um die traditionelle Gerichtszentrierung zugunsten eines erweiterten Blicks auf die Handlungs- und Bewirkungsformen der Verwaltung aufzugeben.³⁹ In dieser Perspektivenverschiebung, die Rechtsschutzfragen freilich nicht ausblenden darf, rücken die Verfahren in den Vordergrund, mit denen dem Parlamentsgesetz als dem weiterhin für zentral gehaltenen Steuerungsinstrument der Politik im Recht zur Wirksamkeit verholfen wird. Das Planungsrecht zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber das Handeln der Verwal-

³⁷ Als ein Beispiel für die indirekte Steuerung über finanzielle Anreize mag das EEG dienen, das die herkömmliche Preissteuerung mit einer über Ausbaukorridore verfolgten Mengensteuerung kombiniert, aber durch ein Ausschreibungsmodell ersetzt worden ist, vgl. §§ 22, 28 ff., 36 ff. EEG 2017. Der flächendeckende Einsatz von Ausschreibungen zur wettbewerblichen Bestimmung der Förderhöhe setzt im Grunde eine Bedarfsplanung für EEG-Anlagen voraus, die von staatlicher Seite mehr erfordert als es bislang nach dem Preissteuerungsmodell der Fall gewesen ist, vgl. *Fehling*, *Die Verwaltung* 47 (2014), S. 313 (319).

³⁸ Systematisierend *Claudio Franzius*, *Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2000, S. 185 ff.

³⁹ Vgl. *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 15 ff.; *Claudio Franzius*, *Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Die Verwaltung* 39 (2006), S. 335 (340 ff.); *ders.*, *Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz*, *JÖR* 65 (2017), S. 441 (443 ff.).

tung nicht durchgehend programmiert, sondern Verfahren bereitstellt, in denen die Verwaltung ihre Handlungsmaßstäbe selbst erarbeiten muss. Traditionelle Unterscheidungen, wie die zwischen Außen- und Innenrecht oder die zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung, verlieren dadurch an Bedeutung. In den Vordergrund treten Regelungsstrukturen, die in der Governance-Pespektive eine staatliche Steuerung nicht in Frage stellen, aber unterschiedliche Koordinationsmechanismen enthalten können, die von der Hierarchie über Netzwerke bis zum Wettbewerb reichen. Dadurch wird keine Präferenz für einen bestimmten Modus zum Ausdruck gebracht. Erfasst wird das Handeln gesellschaftlicher Akteure ebenso wie das Handeln hoheitlicher, nicht notwendig staatlicher Akteure, wemngleich ein besonderes Interesse den neuartigen Formen des Zusammenwirkens gewidmet wird. Insoweit wird der „gewährleistungsstaatliche“ Modus regulierter Selbstregulierung im europäischen Kontext plausibilisiert.⁴⁰

1. Steuerungsdilemma der Politik

Was bedeutet dies für die Planung? Ursprünglich wurde Steuerung mit Planung gleichgesetzt. Allerdings ist der Begriff der Steuerung, der eine Intention und damit eine Handlungsorientierung impliziert, einem erheblichem Wandel ausgesetzt. Der Wandel von einem monozentrischen zu einem polyzentrischen Steuerungsmodell konnte das „Steuerungsdilemma der Politik“ nicht verbergen. Die Ernüchterung gegenüber dem Planungsansatz der 60er und 70er Jahre wurde als Staatsversagen gedeutet, blieb aber als Frage nach den verbleibenden Gestaltungsfunktionen unter wachsenden Zweifeln der Steuerbarkeit der Gesellschaft virulent. Neben die Frage der Politikformulierung und Planung trat die Frage nach den Implementationsschwierigkeiten und Vollzugsdefiziten regulativer Politik. Die Unschärfe des Dualismus von Staat und Gesellschaft, aber auch das Verschwimmen der Unterscheidung zwischen Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt führte zur Analyse von Mischformen im kooperativen Staat unter neuen Kombinationen von politischer Steuerung und gesellschaftlicher Selbststeuerung. Das lineare Zeitmodell des Planungsparadigmas hatte an Plausibilität verloren und Steuerungsansprüche des intervenierenden Staates liefen immer wieder an der Widerspenstigkeit sozialer Teilsysteme auf. In den Vordergrund treten Verfahren. Gerade

⁴⁰ Vgl. *Claudio Franzius*, Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, *Der Staat* 45 (2006), S. 547 ff.

durch verfahrensmäßige Kooperation sichert der Staat politische Steuerungsfähigkeit, mag diese heute auch vielfach nur als Governance-Struktur beschreibbar sein.

Das Weltbild umfassender Planung kausaler Ereignisse oder „Projekte“ kraft überlegener Rationalität des Staates ist zugunsten eines polyzentrischen System der Steuerung erodiert, das auf der Basis zerstreuten, nicht mehr zentral verfügbaren Wissens beruht und deshalb auch nicht mehr ohne Probleme hierarchisch geordnet werden kann. Planung, so formuliert es *Ernst-Hasso Ritter*, ist ein prozesshafter, kooperativer Vorgang, der in ein Netzwerk unterschiedlicher Akteure eingebettet ist, die in ihren jeweils eigenen Rationalitätsbezügen und „Lebenswelten“ handeln.⁴¹ Planung ist mehr denn je reflexive Steuerung, kann also nicht mehr allein als staatliches Instrument verstanden werden, sondern bezieht die Vollzugsebene mit den gesellschaftlichen Problemen und der Vielzahl der ihr Handeln selbst koordinierenden Akteure ein. Das schwächt den Staat nicht, entlastet ihn aber und erhält dadurch seine Handlungsfähigkeit. Besonders deutlich wird das bei der Netzentwicklungsplanung nach §§ 12b-12d EnWG als Modus regulierter Selbstregulierung. Die unionsrechtlich determinierte Netzentwicklungsplanung ist *doppelfunktional*.⁴² Einerseits handelt es sich um ein Regulierungsinstrument gegenüber den Netzbetreibern, die für den Ausbau der Netze systemverantwortlich sind. Durch das Genehmigungserfordernis dieser „privaten“ Planung wird die Regulierung aber planungsrechtlich überformt und staatlich verantwortet. Wer hier mit der Figur der staatlichen Indienstnahme der privaten Netzbetreiber für die staatliche Steuerung der Energiewende argumentiert⁴³ und den Weg in die Planwirtschaft befürchtet, droht den neuen Charakter dieser reflexiven Steuerung im Modus regulierter Selbstregulierung zu übersehen. Einer planungsrechtlichen Überformung der Regulierung stehen keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen. Das gilt auch für § 65 Abs. 2a EnWG und die behördliche Durchsetzung der Investitionspflichten, zumal sich das planungs-

⁴¹ *Ernst-Hasso Ritter*, Stellenwert der Planung in Staat und Gesellschaft, in: ders./Wolf (Hrsg.), Methoden und Instrument räumlicher Planung, 1998, S. 6 (10 ff.).

⁴² Vgl. *Franke*, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren (Fn. 5), S. 126 ff.

⁴³ So etwa *Martin Kment*, Regulierungsrecht: Zukunfts- oder Auslaufmodell?, ZVglRWiss 112 (2013), S. 123 (131 ff.); *Andreas Glaser*, Das Netzausbauziel als Herausforderung für das Regulierungsrecht, DVBl 2012, 1283 (1285).

rechtliche Konzept reflexiver Steuerung der Investitionsentscheidungen gegenüber einer Teilverstaatlichung der Stromnetze als das mildere Mittel darstellt.⁴⁴

Was bedeutet das für das Verfahren? In dem Maße, wie die Steuerung durch das materielle Recht abnimmt, wächst die Bedeutung des Verfahrens als Medium der Rechtmäßigkeits- und Richtigkeitsgewähr der Entscheidung. Das gilt unabhängig von der Frage, ob der Verwaltung ausdrücklich Entscheidungsspielräume zugewiesen sind. Denn die für die Konkretisierung offener Rechtsbegriffe noch immer verwendete Formel von der „einzig richtigen Entscheidung“ ist entscheidungstheoretisch angreifbar, ihre Beibehaltung eine Kompetenzfrage.⁴⁵ Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Steuerungsperspektive hinsichtlich der Funktionen des Verwaltungsverfahrens neutral bleibt, aber über die bloße Funktion der Rechtswahrung hinausreicht und sich auch nicht in der Grundrechtsdimension des Verfahrens im Sinne eines vorgelagerten Rechtsschutzes erschöpft. Dies schon deshalb, weil gerade grundrechtliche Schutzgüter nicht allein durch Verfahren, sondern auch durch das materielle Recht zu sichern sind. Hier den richtigen Steuerungsmix oder die adäquate Governance-Struktur von verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen bereitzustellen, ist in erster Linie eine legislative Gestaltungsaufgabe.⁴⁶

Ein Missverständnis wäre es, die von der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft propagierte Einbeziehung steuerungstheoretischer Einsichten als Abkehr von der gerichtlichen Kontrolle und des Rechtsschutzes zu deuten. Allerdings ist zweifelhaft, inwieweit die gerichtsbezogene Kontrollerwartung der Verwaltung eine wirksame Steuerungsressource für die Einhaltung des Verfahrensrechts ist. Denn die Kopplung von Verwaltungsverfahren und Sachentscheidung erhält in der gerichtlichen Kontrolle eine spezifische Engführung durch die materiellakzessorische Konzeption subjektiver Verfahrensrechte mit einer weitgehenden Folgenlosigkeit von Verfahrensfehlern. § 46 VwVfG als die hierfür verantwortliche Vorschrift wird in der Lesart der höchstrichterlichen Rechtsprechung deshalb nicht nur europarechtlich,

⁴⁴ Das mag man bezweifeln. Eine konsequente Entflechtung von Netz und Versorgung spricht für die Überführung der Übertragungsnetze in staatliche Hand, vgl. *Fehling*, Die Verwaltung 47 (2014), S. 313 (339 ff.). Es ist jedenfalls verfehlt, die Ausbaupflichtung mehr oder weniger pauschal an der „wirtschaftlichen Zumutbarkeit“ scheitern zu lassen. Zum Begriff *Ringel*, Die wirtschaftliche Zumutbarkeit im Energierecht, 2011, S. 57 ff.

⁴⁵ Richtig *Elke Gurlit*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (239).

⁴⁶ *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (241).

sondern auch in der Steuerungsperspektive kritisiert.⁴⁷ In Gang gekommen ist nicht nur ein Prozess der zunehmenden Subjektivierung und Materialisierung von Verfahrensrechten, sondern auch ein Infragestellen des weitgehenden Ausschlusses des Aufhebungsanspruchs, weil die § 46 VwVfG zugrundeliegende Trennung von Verfahrensrecht und materiellem Recht, etwa mit Blick auf die Einordnung des planungsrechtlichen Abwägungsgebotes, unsicher geworden ist.⁴⁸ In diesem Zusammenhang erscheint die Feststellung wichtig, dass weder das Verwaltungsverfahren unzureichende gerichtliche Kontrollen auszugleichen vermag noch das gerichtliche Verfahren ein fehlerhaftes Verwaltungsverfahren durch ein Nacharbeiten im Prozess „heilen“ kann. Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Rechtsschutz muss die Eigenrationalitäten der Verfahren wahren.⁴⁹ Eine institutionelle Rücksichtnahme der Verwaltungsgerichte auf die Rationalität administrativer Entscheidungsprozesse setzt Verfahrensstrukturen voraus, die das Verfahren als Medium der Richtigkeitsgewähr glaubwürdig machen.⁵⁰ Verfahrensrichtigkeit kann niemals allein, sondern nur im Kontext des organisationischen und materiellen Rechts die Sachrichtigkeit der Verwaltungsentscheidung gewährleisten.

2. Wissensgenerierung durch Verfahren

Verfahren dienen der Reduktion von Komplexität und schaffen gleichzeitig Legitimation. Allerdings muss das Verfahren der Komplexität des Entscheidungsgegenstands gerecht werden. Dem dient die vertikale Problembewältigung in der „Planungskaskade“ einer sukzessive konkreter greifenden Planung mit entsprechenden Verfahrensstufungen, von denen *Rudolf Steinberg* mit Blick auf die Alternativenprüfung und Öffentlichkeitsbeteiligung noch vor einigen Jahren meinte, sie stellen trotz der Ansätze in der Verkehrswegeplanung ein „unbewältigtes Thema“ dar.⁵¹ Insoweit enthält das NABEG eine Reihe von innovativen Regelungen,

⁴⁷ Statt vieler *Volker M. Haug/Kai Schadtler*, Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht, NVwZ 2014, 271.

⁴⁸ *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (268 f.).

⁴⁹ *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (271).

⁵⁰ Treffend *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (273).

⁵¹ *Rudolf Steinberg*, Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch Verwaltungsverfahren – eine Bilanz, ZUR 2011, 340 (342).

denen für die Abschichtungen des Verfahrens ein Vorbildcharakter für die Infrastrukturplanung zugesprochen wird.⁵²

Dabei geht es zunächst um die Generierung von Wissen. Das Wissen als Steuerungsresource gewinnt an Bedeutung, aber die Produktion von Wissen erweist sich als konflikthaft und ist stets dem Problem des Nichtwissens ausgesetzt. Die kognitive Dissonanz der Systeme erschwert eine umfassende Gesellschaftsteuerung und verlangt, sich auf eine Vielfalt von Funktionssystemen einzustellen, in die nicht mehr allein ordnungsrechtlich interveniert, sondern deren Kontext gestaltet wird. Angesichts des lückenhaften Wissens fungiert das Verwaltungsverfahren als das Medium der Erzeugung sachrichtiger Entscheidungen. Insofern rezipiert die Rechtswissenschaft verwaltungswissenschaftliche Entscheidungstheorien, vor allem das von *Herbert A. Simon* eingeführte Konzept der *bounded rationality*, mag auch unsicher sein, wie mit der Erosion der Idee der einzig richtigen Entscheidung umzugehen ist.⁵³ Jedenfalls wird das Verwaltungsverfahren nicht nur als Informationsverarbeitungsprogramm, sondern umfassender auch als Wissensgenerierungs-, Kommunikations- und Entscheidungsprozess verstanden. Ihre Bedeutung wächst im Zuge der gewandelten Organisationsformen staatlicher Aufgabenerfüllung mit der Überformung durch das Europarecht, das auch deshalb stärker auf eine Verfahrenssteuerung setzt, weil man sich auf eine Angleichung des materiellen Rechts viel schwerer einigen kann und insoweit mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume wahrt.⁵⁴

Grenzen des „verfahrensrechtlichen“ Steuerungsdenkens ergeben sich aus der Konzentration auf das materielle Recht, der das Verfahren nach traditioneller Lesart zu dienen hat. Eben diese „dienende“ Funktion des Verfahrens erweist sich als der rote Faden des Verwaltungsrechts, was vor dem Hintergrund des stärker das angloamerikanische Rechtsdenken aufnehmenden Europarechts zunehmend als verfehlt kritisiert wird. Selbst dann, wenn der Eigenwert des Verfahrens nicht anerkannt werden sollte, tritt eine nicht-instrumentelle

⁵² Vgl. neben den Nachweisen in Fn. 9 zuletzt auch *Alexander Schink*, Das Verfahren der Netzplanung als Vorbild für andere Infrastrukturplanungen?, EurUP 2015, 148.

⁵³ Vgl. *Tobias Herbst*, Die These der einzig richtigen Entscheidung, JZ 2012, 891.

⁵⁴ *Michael Fehling*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (317 mit Fn. 145).

Funktion des Verfahrens hinzu.⁵⁵ Es geht nicht allein um die Herstellung rechtmäßiger Entscheidungen und auch nicht darum, die Fehlerfolgen allein aus dieser Zwecksetzung bestimmen zu wollen. Neben das Sachentscheidungsinteresse tritt vielfach das Partizipationsinteresse. Verfahren können das Fehlen materieller Vorgaben kompensieren und den Prozess der Rechtserzeugung legitimieren. Dass die „dienende“ Funktion des Verwaltungsverfahrens namentlich durch die §§ 45, 46 VwVfG zur Philosophie des deutschen Verfahrensrechts „zementiert“ worden sind, zeigen die Auseinandersetzungen um eine unionsrechtskonforme Auslegung der Fehlerfolgenregelungen im Anschluss an das Altrip-Urteil des EuGH.⁵⁶ Der „nur“ dienenden Funktion des Verfahrens verbleibt eine Restfunktion, wo eine umfassende materielle Programmierung vorhanden ist. Als zentrale Sinnreferenz der verwaltungsrechtlichen Dogmatik hat das materielle Gesetzesrecht jedoch seine Rolle eingebüßt.

Der kooperative Wissenserzeugungsprozess kann ein Garant sachrichtiger Entscheidungen sein. Die These von der nur dienenden Bezogenheit des Verfahrensrechts verliert in den Strukturen der Informationsverarbeitung und -transfers des Energierechts an Überzeugungskraft. Denn es geht nicht bloß um die Anwendung des vorrätigen und abrufbaren Wissens, sondern um die Erzeugung des für die Entscheidung notwendigen, aber nicht vorhandenen Wissens. Das gilt für das Risikoverwaltungsrecht, aber auch für das Marktregulierungsrecht und erfasst das Planungsrecht in den Überformungen des Energierechts, worauf die gerichtliche Kontrolle mit einer Verfahrens- und Abwägungskontrolle reagiert. *Christian Quabeck* spricht treffend von einer Auflösung materieller Steuerungsformen in Prozeduralität.⁵⁷ Damit ist zweierlei gemeint: Zum einen die Ablösung des materiellen Steuerungsmodus durch primär *kontrollorientiertes* prozedurales Gewährleistungsrecht. Darauf greife der Gesetzgeber

„zurück, wo der Staat unter dem Stichwort der Gewährleistungsverantwortung seine durch materielles Recht wahrgenommene Erfüllungsverantwortung aufgibt und im Gegenzug, zur Sicherung

⁵⁵ *Martin Burgi*, Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens: Zweckbestimmung und Fehlerfolgenrecht in der Reform, DVBl 2011, 1317 ff.; ausf. *ders./Wolfgang Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012, S. 176 ff.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 7.11.2013, Rs. C-72/12 Altrip, Rn. 47 ff.; dazu *Jeanine Greim*, Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Altrip – Meilenstein oder Mosaikstein auf dem Weg zum gebotenen Individualrechtsschutz bei UVP-Fehlern?, NuR 2014, 81 ff.

⁵⁷ *Christian Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, S. 230 ff.

eines Mindestniveaus an staatlicher Einflussnahme, auf Verfahren zurückgreift, mit denen er die Funktionsfähigkeit der stärker selbstregulativen Systeme garantiert.“

Der Staat nimmt seine Gewährleistungsverantwortung in erster Linie prozedural wahr und verzichtet auf die Einflussnahme durch materielles Recht. Wo die materielle Maßstabbildung bei privaten Akteuren liegt, ist eine hoheitliche Steuerung durch inhaltliche Vorgaben nur noch begrenzt möglich. Umso wichtiger werden Verfahrensarrangements für eine prozedurale Qualitätssicherung.

Zum anderen lassen sich jene gesetzgeberischen Vorhaben dazu rechnen, die auf eine Verbesserung der Methodik der Entscheidungsfindung und auf die *Rationalisierung* des Verwaltungshandelns abzielen, was *Quabeck* als „Strukturrecht“ bezeichnet⁵⁸ und auf die Governance-Perspektive verweist, die stärker als die Steuerungsperspektive die Regelungsstrukturen in den Blick nimmt.⁵⁹ Die Kompensation materieller Steuerung erfolgt durch Verfahren in der Form, dass der innere Weg der Entscheidungsfindung rationalisiert wird. In Prozeduralität aufgelöst werden materielle Rechtsbegriffe durch innere Verfahren, die funktional an die Stelle der inhaltlich-deduktiven Ableitungszusammenhänge zur Konkretisierung von Gesetzestatbeständen treten.⁶⁰ Das führt zum Einsatz von Konzepten, mit denen es gelingen könnte, den Konkretisierungsvorgang nachvollziehbar und damit kontrollierbar zu machen.⁶¹ Auch äußere Verfahren, die beteiligungsoffen sind, übernehmen Konkretisierungsverantwortung und kompensieren die aufgrund fehlenden Wissens verringerte Subsumtionsfähigkeit materieller Kriterien.⁶² Das gilt gerade für das Planungsrecht, das eine Prägestkraft für ein stärker am Verfahrensgedanken orientiertes Rechtskonzept entfaltet.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Steuerungs- und in seiner Offenheit für die Vielfalt der Koordinierungsmechanismen noch mehr die Governance-Perspektive *analytische Pro-*

⁵⁸ *Quabeck*, Dienende Funktion (Fn. 57), S. 231.

⁵⁹ *Claudio Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, *VerwArch* 97 (2006), S. 186 ff. im Anschluss an *Hans-Heinrich Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *DVBl* 1996, S. 950 ff.

⁶⁰ *Quabeck*, Dienende Funktion (Fn. 57), S. 231.

⁶¹ Vgl. *Hans Christian Röhl*, Ausgewählte Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 37; *Karsten Herzmann*, Was sind administrative Konzepte?, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 ff.

⁶² *Quabeck*, Dienende Funktion (Fn. 57), S. 235.

zesse in den Blick nimmt, die auf ein gestuftes Konzept der Generierung von Wissen in und durch Verfahren gerichtet sind.

III. Prozedurale Gerechtigkeitstheorien

Planung hat einen prozeduralen Charakter. Gerade weil das Planungsrecht durch Verfahren zu konkretisierende „offene Tatbestände“ enthält, öffnet es sich prozeduralen Gerechtigkeitstheorien mit Konzepten der Bürgerbeteiligung.

Axel Tschentscher hat prozedurale Gerechtigkeitstheorien zu klassifizieren versucht.⁶³ Abzugrenzen sind sie gegenüber solchen Positionen, die im Anschluss an *Nietzsche* als gerechtigkeitsskeptisch bezeichnet werden. Dazu werden wertrelativistische wie postmoderne Ansätze mit so unterschiedlichen Autoren wie *Hans Kelsen*, *Niklas Luhmann*, *Friedrich von Hayek* und *Karl-Heinz Ladeur* gezählt. Für *Kelsen* sind Gerechtigkeitsfragen nicht Fragen der Erkenntnis, sondern des Bekenntnisses; für *Ladeur* wird die auf dem Subjekt aufbauende Vernunftordnung durch eine Vielfalt relationaler Beziehungsnetzwerke ersetzt. Auf der anderen Seite grenzen sich prozedurale Gerechtigkeitstheorien gegenüber materialen Theorien ab, die auf *Aristoteles* zurückgehen oder wie der Kommunitarismus seine Ursprünge bei *Hegel* finden. Es bleiben neben den auf *Hobbes* zurückgeführten Positionen rationalen Entscheidens, die die Richtigkeit einer Handlung allein mit der individuellen Nutzenmaximierung beurteilen und ökonomische Konzeptionen der Gerechtigkeit tragen, die im Ansatz durchaus unterschiedlichen Theorien des *kantischen* Gerechtigkeitsbegriffs, der an die Stelle des Eigennutz- das Universalitätsaxiom treten lässt. Gerecht ist ein Handeln, wenn es sich für alle als richtig erweist. Einerlei, ob es Sozialvertragstheorien mit Gerechtigkeit als Fairness, als übergreifendem Konsens (*John Rawls*) oder als Unparteilichkeit, ob es Diskurstheorien in den unterschiedlichen Spielarten einen rationalen praktischen Diskurses (*Jürgen Habermas*) oder deliberative Verfahren der Rechtserzeugung sind: Auf eine Letztbegründung von Inhalten wird verzichtet.⁶⁴ Prozedurale Gerechtigkeitstheorien antworten auf das Legitimationsproblem von Herrschaft mit deutlich mehr als einem politischen Bekenntnis zum Ergebnis. Sie

⁶³ *Axel Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 80 ff., 143 ff., 261 ff.

⁶⁴ Die Prozeduralisierungsidee verbindet unterschiedliche Theorien wie die von *Luhmann* und *Habermas*. Die Gemeinsamkeit liegt im konstruktivistischen Ausgangspunkt, die Gerechtigkeit nicht als Übereinstimmung mit übergeordneten Prinzipien zu verstehen, sondern als das Ergebnis eines Verfahrens.

stützen den Gerechtigkeitsanspruch der Gesellschaftsordnung auf schwache materiale Grundannahmen, kombiniert mit starken prozeduralen Konzepten praktischer Vernunft.⁶⁵

An die Stelle der Idee dienender Verfahrensgerechtigkeit, dem ein materiales oder rationalistisches Gerechtigkeitsverständnis zugrunde liegt, treten prozedurale Gerechtigkeits-theorien, denen es an einem unabhängigen Kriterium für die Beurteilung der Frage, ob das Ergebnis eines Verfahrens gerecht ist, fehlt. Gerecht ist ein Verfahrensergebnis, wenn und weil die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind. Das Verfahren hat nicht bloß eine gerechtigkeitserzeugende Funktion, sondern auch einen *gerechtigkeitsbegründende* Wirkung.⁶⁶ Oder anders gesagt: Das Ergebnis des Verfahrens ist gerecht, solange die Spielregeln des Verfahrens eingehalten sind. Das wird häufig übersehen: Prozedurale Gerechtigkeit beurteilt die inhaltliche Richtigkeit mithilfe prozeduraler Kriterien. Löst man sich von der materiellakzessorischen Funktion des Verfahrens, dann bringt das Verfahren das materielle Recht überhaupt erst hervor. Dann kann nicht mehr vom „richtigen“ Ergebnis auf das fehlerhafte, aber folgenlose Verfahren geschlossen werden, sondern umgekehrt: Die Einhaltung des Verfahrens trägt die Vermutung für ein richtiges Ergebnis.

Der Prozeduralisierungsbegriff enthält nicht bloß eine „Anreicherung“ des Verwaltungsrechts mit beteiligungsbezogenen Elementen, sondern deren „kognitive Öffnung“⁶⁷ in der Einsicht, dass erst das Verfahren das materielle Recht im Einzelfall schafft. Das materielle Ordnungsmodell wird durch ein prozedurales Ordnungsmodell ersetzt. Es geht um einen weiten Prozeduralisierungsbegriff, der an die Figur des „reflexiven Rechts“ anschließt, auf die „Herstellung“ der Entscheidung zielt und im Verfahren nicht nur eine analytische, sondern auch eine „deliberative“ Governance-Struktur erblickt.⁶⁸ Diese tritt neben die prozedurale Begrenzung staatlicher Herrschaft durch Mechanismen der Neutralitätssicherung. Ähnlich wie dem um dezentrale Beteiligungsrechte ergänzten Demokratiemodell ist es die Aufgabe der Gewährleistung von Objektivität, ein in der Bilanz aufgabenspezifisch hinreichendes Unparteilichkeitsniveau zu gewährleisten. Unparteilichkeit ist aber nicht deckungs-

⁶⁵ *Tschentscher*, Prozedurale Theorien (Fn. 63), S. 33 f.

⁶⁶ *Tschentscher*, Prozedurale Thoerien (Fn. 63), S. 131.

⁶⁷ Vgl. *Markus Pöcker*, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, S. 65 ff.

⁶⁸ *Ausf. Peter H. Feindt*, Regierung durch Diskussion? Diskurs- und Verhandlungsverfahren im Kontext von Demokratietheorie und Steuerungsdiskussion, 2001, S. 265 ff.

gleich mit Unabhängigkeit, was für die Bundesnetzagentur als Planungsbehörde zu beachten bleibt.

Recht, so ließe sich im Anschluss an *Thomas Vesting* sagen, generiert sich nach dem Ende aller substanziellen Wahrheiten in kontextbezogenen Kriterien zu einem großen Teil selbst. Recht wird nicht mehr allein als ergebnisbezogener Vorgang, sondern als vorgangsbezogener Prozess der Koordination verstanden, der Handlungsoptionen erhält. Das wird über die Publizität bzw. Öffentlichkeit und Transparenz von Entscheidungen zu erreichen versucht. Zur Pointe der Prozeduralisierung gehört die Erosion der klaren Unterscheidung zwischen Verfahrensrechten und materiellen Rechten.⁶⁹ Das Verwaltungsverfahren hat nicht nur rechtsstaatliche, sondern gewinnt auf diese Weise auch demokratische Funktionen. Es legitimiert die Entscheidung und öffnet sich Werten der Partizipation und Transparenz, die umso wichtiger werden, je stärker im Verfahren multipolare Interessenkonflikte zu verarbeiten sind, das materielle Recht aber häufig nur noch Finalprogrammierungen enthält. Mit dem europarechtlichen Modell einer informierten und kontrollwilligen Öffentlichkeit wird wie enge individualrechtlichen Zentrierung des Verwaltungsverfahrensrechts gesprengt. Verfahrens- und Ergebnistransparenz sind auch Ausfluss der demokratischen Funktion des Verwaltungsverfahrens.⁷⁰

1. Verfahrensgerechtigkeit

Legitimation wird durch Verfahren, aber keine vorpolitischen Werte hergestellt. Verfahren sind es, die zur Vermutung der Anerkennungswürdigkeit der Ergebnisse beitragen. Die Ungewissheit des Verfahrensausgangs verbunden mit der Gewissheit, dass eine Entscheidung ergeht, entfaltet in dieser Offenheit der Interaktion legitimierende Wirkung. Wer sich mit einer funktionalistischen Deutung nicht begnügt, wird angemessene Verfahren fordern, wofür auf Aspekte der *procedural justice* zurückgegriffen werden kann. Dazu gehören die Unparteilichkeit und Fairness des Verfahrens, aber auch die empirisch nachweisbare Einschätzung von Betroffenen, dass einzelne Fehlentscheidungen eher in Kauf genommen werden als ein ungerechtes Verfahren. Das Rechtssystem wird dem mit der Hervorhebung der

⁶⁹ Krit. *Christoph Möllers*, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 489 (495 f.).

⁷⁰ Vgl. *Gurlit*, VVDStRL 70 (2011), S. 227 (243 f.).

dienenden Funktion von Verfahren nicht gerecht, mag dem auch nicht pauschal der Eigenwert von Verfahren entgegengesetzt werden können.⁷¹ Steuerungswissenschaftlich wird sich weder ein Vorrang der Ergebnisfixierung des deutschen Verwaltungsrechts auf Dauer halten noch deren prinzipieller Nachrang gegenüber der Verfahrensgerechtigkeit und -kontrolle proklamieren lassen. Ein „allgemeines Substitutions-, Kompensations- oder auch Substraktionsverhältnis zwischen Verfahrens-, Organisations- und materiellen Regeln“ gibt es nicht.⁷²

Politische Legitimation erfordert nach dem Grundgedanken deliberativer Demokratie die Angabe von Gründen, die für die Adressaten und Betroffenen akzeptabel sind. Aus einer Analyse der Bedingungen, die weniger eine Praxis des Verhandeln als eine des verständigungsorientierten Argumentierens ermöglichen, lassen sich nicht nur Rechte der Bürger ableiten, die sie in den Stand versetzen, sich zu beteiligen, sondern auch Anforderungen an diese formulieren, damit ihre Teilnahme nicht die Teilnahme anderer beeinträchtigt. Sollen deliberative Ansätze in der pluralistischen Gesellschaft praktikabel sein, müssen sie freilich von der Konsenserwartung gelöst werden und Entscheidungen auch unter verbleibendem Dissens generieren können. Gerade konfliktträchtige Planungen werden letztlich nur unter dem Verzicht auf einen rational motivierten Grundkonsens durch faire Kompromisse und Konzepte der Verfahrensgerechtigkeit prozedural legitimiert werden können. Für die Netzplanung geht es nicht allein um die umfassende Inklusion der Perspektiven und Sichtweisen, sondern auch um eine gute Sachlösung in Abwägung aller Belange und angemessene Konfliktregelungen, wozu nicht nur gerichtsformige Verfahren, sondern auch andere Streit-schlichtungsverfahren zählen.

Das erhöhte Partizipationsbedürfnis und der wachsende Bedarf an moralischen und kognitiven Ressourcen spiegelt sich in der Beobachtung, dass in Handlungsfeldern eine konzeptionell angeleitete Gestaltung kaum gegen den Willen der gesellschaftlichen Akteure durchzusetzen ist, diese daher in die Prozesse der Willensbildung und Entscheidungsfindung einbezogen werden müssen und eine ausgewogene Politik auf die Fähigkeit und Bereitschaft

⁷¹ Zur Prozeduralisierung als zweitbestere Lösung *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (328 f.).

⁷² So *Möllers*, Materielles Recht (Fn. 69), S. 502.

der Akteure zu Kooperation und Dialog angewiesen ist.⁷³ Auch in der Verhandlungsdemokratie reicht weder die breite Einbeziehung von Betroffenen noch die Legitimation durch gute Ergebnisse – deren Qualität immer umstritten ist – zu Legitimationszwecken aus. Um so größeres Gewicht kommt daher Merkmalen des Verfahrens und der Verfahrensgerechtigkeit für die Deliberation und Partizipation zu. Nicht immer sind es Interessenkonflikte, die sich verfahrensrechtlich verarbeiten lassen. Das Verfahrensrecht darf *Wertkonflikte* aber nicht ausklammern, sondern muss auch für nicht ausgleichbare Wertkonflikte bei allen einzuräumenden Grenzen des Rechts eine Antwort finden.⁷⁴ Zur Erhöhung der prozeduralen Rationalität der Gesetzgebung eignen sich verfahrensrechtsanaloge Verfahrenspflichten aber nur begrenzt.⁷⁵

Kurz: Das Verwaltungsverfahren dient nicht bloß der Verarbeitung von Wissensdefiziten, sondern auch der Interessenverarbeitung. Beides geht im Lernprozess zur Produktion von Entscheidungswissen regelmäßig Hand in Hand. Je stärker die *Interessenverarbeitung* vom Gesetzgebungsverfahren und dem dort erzeugten materiellen Recht in das Verwaltungsverfahren verlagert ist, umso mehr steigt dessen Eigenwert.⁷⁶ An die Stelle eines idealisierenden Konsens tritt die Funktion des Verfahrens zur Beteiligung der Öffentlichkeit mit dem Ziel, für die Entscheidung auch das erforderliche „Kontrastwissen“ zu generieren.

2. Funktionen der Bürgerbeteiligung

Der „argumentative turn“ hat längst die Planungstheorie erfasst.⁷⁷ Mit Stärkungen der Bürgerbeteiligung erhofft man sich eine Verbesserung der Kommunikation unter den Verfahrensbeteiligten. Die für viele erstaunlichen, teilweise aber durch das Unionsrecht vorgegebenen und nicht zuletzt Erfahrungen mit dem Bahnprojekt „Stuttgart 21“⁷⁸ verarbeitenden Regelungen zur verbesserten Öffentlichkeitsbeteiligung im Energieplanungsrecht reagieren auf ein Dilemma öffentlicher Planung. Es besteht darin, dass zur politischen Be-

⁷³ Vgl. Claus Offe/Ulrich K. Preuß, Democratic Institutions and Moral Resources, in: Held (Hrsg.), Political Theory Today, 1991, S. 143 ff.

⁷⁴ Anders Steinberg, ZUR 2011, 340 (350).

⁷⁵ So auch Matthias Cornils, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, DVBl 2011, 1053 (1058 ff.).

⁷⁶ Fehling, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (320).

⁷⁷ Vgl. Frank Fischer/John Forester (Hrsg.), The Argumentative Turn in Policy Analysis and Planning, 1993.

⁷⁸ Dazu Claudio Franzius, Stuttgart 21: eine Epochenwende?, GewArch 2012, 225 ff.

wertung von Planungsvorhaben Sachkenntnis vorliegen muss, aber Sachkenntnis allein nicht ausreicht, um eine demokratisch legitimierte Lösung zu finden. Die Entscheidung den Experten überlassen, verletze die normative Grundlage demokratischer Ordnungen; die Entscheidung dem Markt der politischen Kräfte anheimzugeben, führe in der Regel zur Verkennung sachlicher Gesetzmäßigkeiten und zu hohen Folgekosten. Gefragt sei deshalb eine Strategie, die eine faire Beschlussfassung mit kompetenter Problemlösung verbindet.⁷⁹ *Ortwin Renn* nennt fünf Gründe für die Bürgerbeteiligung im Planungsverfahren.⁸⁰ Eine stärkere Beteiligung der Verbände und Bürger diene der

- Erweiterung der Wissensbasis,
- Verbesserung der Informationen über die Verteilung der Präferenzen und Werte betroffener Bürger,
- als Instrument zu einem fairen Aushandeln von Ressourcen,
- kann als Wettstreit der Argumente mit dem Ziel angesehen werden, auf der Basis von Begründungen kollektive Entscheidungen auf eine normativ abgesicherte Grundlage zu stellen
- und kann als ein Element der Gestaltung der eigenen Lebenswelt angesehen werden.⁸¹
- Während das Planfeststellungsrecht als Zulassungsrecht eines konkreten Vorhabens von der Anhörungsphilosophie des Verwaltungsverfahrensgesetzes geprägt ist, scheint sich in den vorgelagerten Planungsverfahren das Leitbild der Öffentlichkeits- und Verbandsbeteiligung zur Mitwirkung an der Entscheidungsfindung durchzusetzen.⁸² Merkmale eines zeitgemäßen Rechts der Öffentlichkeitsbeteiligung umfassen demzufolge das
- Gebot der Frühzeitigkeit
- mit dem Ziel einer realen Chance auf Mitwirkung im Verfahren,
- die Einräumung einer gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeit von Verfahrensrechten und die
- grundsätzliche Pflicht zur Offenlegung abwägungsrelevanter Entscheidungsgrundlagen.

In der Literatur wird zwar häufig die Funktion der Bürgerbeteiligung zur *Akzeptanzsicherung* genannt, ihr Erfolg jedoch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Akzeptanz setzt eine hinreichende *Offenheit* des Planungsverfahrens voraussetzt. Art. 6 Abs. 4 der von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten Aarhus-Konvention setzt die Öffentlichkeitsbeteiligung zu einem Zeitpunkt voraus, zu dem „noch alle

⁷⁹ *Ortwin Renn/Bettina Oppermann*, „Bottom-up“ statt „Top-down – Die Forderung nach Bürgermitwirkung als (altes und neues) Mittel zur Lösung von Konflikten in der räumlichen Planung, ZAU Sonderheft 6 (1995), S. 257 (259 f.).

⁸⁰ *Ortwin Renn*, Partizipation bei öffentlichen Planungen – Möglichkeiten, Grenzen, Reformbedarf, in: Dokumentation zur 35. Wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 2012, S. 129 (141 ff.).

⁸¹ Zur Problemsensibilisierung, pluralen Informationsverarbeitung und Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (209 f.).

⁸² So *Ekkehard Hofmann*, Die Modernisierung des Planungsrechts: das Energierecht als neues Paradigma der Öffentlichkeitsbeteiligung in einer Planungskaskade?, JZ 2012, 701 (710 f.).

Optionen offen“ sind.⁸³ Zumindest nach der Konzeption der Aarhus-Konvention ist die Beteiligung nicht nur rechtsstaatlich geboten, sondern auch ein *demokratischer Wert*.⁸⁴

Die Infrastrukturplanung der Übertragungsnetze greift den Partizipationsgedanken auf und sieht für die unterschiedlichen Verfahrensstufen insgesamt eine siebenfache Öffentlichkeitsbeteiligung vor.⁸⁵ Sie beginnt mit den Konsultationen bei der Erarbeitung des Szenariorahmens und der Netzentwicklungsplanung, wodurch in gewisser Weise der Forderung nach einem frühzeitigen, jedoch auf öffentliche Vorhabenträger beschränkten Bedarfserörterungsverfahren⁸⁶ entsprochen wurde. Eine Immunisierung privater Investitionsentscheidungen gegen die Kontrolle durch die Öffentlichkeit und die Gerichte ist schon wegen der SUP-Pflichtigkeit raumbezogener Investitionsentscheidungen wenig überzeugend und der Verzicht der Bundesnetzagentur auf eine Alternativenprüfung mit der Argument, diese sei für die Bedarfsplanung nicht zumutbar, verstößt gegen § 14g Abs. 1 S. 2 UVPG.⁸⁷

⁸³ Übersicht und Reformoptionen *Jan Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 2012.

⁸⁴ *Hofmann*, JZ 2012, 701 f.; *Thomas Groß*, Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, DÖV 2011, 510 (511 ff.); *Franzius*, GewArch 2012, 225 (234 ff.); zurückhaltender *Thomas Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 544 (561 ff.). Zur Rechtsprechung *Bernhard W. Wegener*, Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des EuGH, EurUP 2014, 226 ff.

⁸⁵ Übersicht: *Elke Weingarten u.a.*, Bürgerbeteiligung in den Planungsverfahren zum Höchstspannungsnetzausbau nach EnWG und NABEG, ET 5/2013, 74 (78); *Peter Ahmels*, Praktische Erfahrungen mit der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Netzplanung, in: Brinktrine/Ludwigs/Seidel (Hrsg.), Energieumweltrecht in Zeiten von Europäisierung und Energiewende, 2014, S. 57 ff.

⁸⁶ Idee: *Martin Burgi*, Das Bedarfserörterungsverfahren: Eine Reformoption für die Bürgerbeteiligung bei Großprojekten, NVwZ 2012, 277; zust. *Ivo Appel*, Staat und Bürger im Umweltverwaltungsverfahren, NVwZ 2012, 1361 (1368).

⁸⁷ Zutreffend *Christian Calliess/Miriam Dross*, Alternativenprüfungen im Kontext des Netzausbaus – Überlegungen mit Blick auf die Strategische Umweltprüfung des Bundesbedarfsplans Übertragungsnetze, ZUR 2013, 76 (78); *Clemens Antweiler*, Bedarfsplanung für den Stromnetzausbau – Rechtsverstöße und Rechtsfolgen, NZBau 2013, 337 (339 f.). Die Alternativenprüfung hat ebenenspezifisch zu erfolgen, wobei die Bundesnetzagentur nicht an die Abwägungsentscheidung der Übertragungsnetzbetreiber gebunden ist. Es ist zwar richtig, dass die Behörde im Rahmen der Strategischen Umweltprüfung nicht zur Untersuchung von Alternativstandorten für Konverter verpflichtet ist, weil diese nicht Gegenstand der Bedarfsplanung sein müssen. Auf eine Umweltprüfung mit Blick auf die Festlegung der Endpunkte darf aber nicht verzichtet werden, a.A. *Reinhard Ruge*, Zur Alternativenprüfung in Netzentwicklungsplan und Bundesbedarfsplan, ER 2013, 143 (146 ff.); *Tobias Leidinger*, Abwägung und Alternativenprüfung beim Stromnetzausbau – Zum aktuellen Streitstand, DVBl 2014, 683 (687 f.). Zu den unionsrechtlichen Vorgaben *Gernot Schiller*, Unionsrechtliche Vorgaben für die Alternativenprüfung, UPR 2016, 457 (459 ff.).

Zwar ist die Öffentlichkeitsbeteiligung seit langer Zeit für Planungsverfahren vorgesehen.⁸⁸ Sie bringt jedoch wenig, weil der Vorhabenträger mit seinem Antrag die wesentlichen Ziele der Planung vorgibt, einen hinreichende Offenheit zu einem frühen Zeitpunkt also nicht gegeben ist. Das macht die Bürgerbeteiligung in hohem Maße „enttäuschungsanfällig“ und vermag zur Akzeptanz des Vorhabens nichts beizutragen.⁸⁹ Hier hilft keine noch so gute Kommunikationsstrategie. Auch die Hinnahme eines Vorhaben durch die Betroffenen in dem Sinne, dass dagegen nicht protestiert wird, schafft noch keine normative Akzeptabilität der Maßnahmen. Richtigerweise sind selbst ergebnisoffene und faire Formen der Öffentlichkeitsbeteiligung noch keine Garantie für Akzeptanz. Sie sind aber, kommen sie vor dem Einreichen der Planungsunterlagen zum Einsatz, eine wichtige Voraussetzung dafür, dass gemeinsam getragene Lösungen entwickelt werden.⁹⁰ Deshalb ist die Einbeziehung der Öffentlichkeit im Rahmen der Bundesfachplanung nach § 7 Abs. 1 NABEG bei der Vorbereitung der Antragskonferenz für die Festlegung des Untersuchungsrahmes zu begrüßen.⁹¹ Auch ein Beteiligungsscoping⁹² macht Sinn.

Partizipative Verfahren müssen die Frage beantworten, *wer* zu beteiligen ist.⁹³ Das hängt in gestuften Verfahren nicht nur vom Gegenstand, sondern auch von der Frage ab, *wann* eine Beteiligung sinnvoll ist.⁹⁴ Es liegt auf der Hand, das im Rahmen der Bedarfsplanung und damit im Vorfeld räumlicher Konkretisierungen der Ausbaumaßnahme in erster Linie die Verbände zu beteiligen sind, die zu diesem Zeitpunkt mit ihrer Expertise die Planung beeinflussen können. Das hindert einzelne Bürger nicht an der Beteiligung, wengleich sich

⁸⁸ Zum Beispiel *Peter Dienel*, Partizipation an Planungsprozessen als Aufgabe der Verwaltung, *Die Verwaltung* 4 (1971), S. 151 ff.; *Wolfgang Durner*, Möglichkeiten der Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren am Beispiel der Planfeststellung, *ZUR* 2011, 354 (356 ff.).

⁸⁹ Statt vieler *Weingarten u.a.*, ET 5/2013, 74 (79 ff.).

⁹⁰ Richtig *Ortwin Renn u.a.*, Öffentlichkeitsbeteiligung bei Vorhaben der Energiewende, *ZUR* 2014, 281 (283 ff.).

⁹¹ Das verlangt heute auch Art. 9 Abs. 4 TEN-VO, vgl. *Sascha Dietrich/Armin Steinbach*, (Kein) Änderungsbedarf im Energie- und Netzausbaurecht aufgrund der neuen TEN-E Verordnung?, *DVBl* 2014, 488 (491).

⁹² So Nr. 1.3.5 der Verwaltungsvorschrift der Landesregierung Baden-Württemberg zur Intensivierung der Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungs- und Zulassungsverfahren (VwV Öffentlichkeitsbeteiligung) v. 17.12.2013, Az. Staatsministerium 0142; dazu Staatsministerium Baden-Württemberg, Leitfaden für eine neue Planungskultur v. 1.3.2014, S. 38 ff., http://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/StM/140304_Planungsleitfaden.pdf.

⁹³ Soweit die Verfahrensherrschaft der entscheidenden Stelle gewahrt bleibt, lassen sich gegenüber der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung keine verfassungsrechtlichen Einwände formulieren.

⁹⁴ Zur personellen und zeitlichen Seite *Martin Führ/Daniel Lewin*, Partizipative Verfahren in Zulassungsentscheidungen für raumbedeutsame Vorhaben, 2001.

eine Beteiligung der betroffenen Bürger erst auf späteren Planungsstufen anbieten mag, was allerdings, soweit eine abstrakte Betroffenheit erkennbar werden sollte, schon bei der Bundesfachplanung der Fall sein kann. Es geht hier weder allein um Informationsbeschaffung noch um vorgelagerten Rechtsschutz, sondern um die zivilgesellschaftliche Teilhabe an raumbedeutsamen Entscheidungen. Neben die formale Beteiligung (durch Wahlen) und informale Beteiligungsmöglichkeiten (durch Proteste) treten Partizipationsverfahren dialogischer, diskursiver und deliberativer Art. Ob es gelingt, die Energiewende dadurch zu einem „Bürgerprojekt“ zu machen, erscheint zwar durchaus fraglich. Notwendig für eine verbesserte Nutzung der Bürgerbeteiligung ist der politische und administrative Wille, strukturelle und prozessuale Möglichkeiten der entscheidungsbezogenen Öffentlichkeitsbeteiligung anzupassen und zugleich das Spektrum alternativer Beteiligungsformen zu nutzen, die stärker auf soziales Lernen, aktivierende Mitwirkung und bürgerschaftliche Selbstorganisation zielen.⁹⁵

Wesentlich ist die Bürgerbeteiligung vor Antragsstellung, bevor also der Netzbetreiber die Planungsunterlagen für die Bundesfachplanung nach § 8 NABEG einreicht. Hier besteht noch ein hinreichender Optionenspielraum, der durch eine gelingende Bürgerbeteiligung sinnvoll strukturiert werden kann. Zwar handelt es sich auf dieser Planungsstufe nicht mehr um eine völlig offene Planung, da der Bedarf für die Stromleitung im Bundesbedarfsplangesetz mit verbindlicher Wirkung für die Bundesfachplanung vorgegeben ist (§ 15 NABEG). Diese Rechtswirkungen begrenzen das „Mandat“ der Beteiligung und sind von der Bundesnetzagentur entsprechend zu kommunizieren.⁹⁶ Es dürfte jedoch umso eher gelingen, je „nachhaltiger“ die Verbands- und Öffentlichkeitsbeteiligung auf der vorgelagerten Stufe der Bedarfsplanung ausgefallen ist. Auf diese Weise wird das abschließende Planfeststellungsverfahren, für das nochmals die Bürgerbeteiligung nach § 20 NABEG im Rahmen einer Antragskonferenz vorgeschrieben ist, entlastet. Gerade die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung rechtfertigt diese Abschichtungsleistungen, um zeitaufwändige Doppelprüfungen in der „Planungskaskade“ zu vermeiden.

⁹⁵ Harald Heinrichs, *Dezentral und partizipativ? Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbeteiligung zur Umsetzung der Energiewende*, in: Radtke/Hennig (Hrsg.), *Die deutsche „Energiewende“ nach Fukushima*, 2013, S. 119 (128 ff.).

⁹⁶ Darauf weisen *Renn u.a.*, ZUR 2014, 281 (285) zu Recht hin.

Im Vergleich zur frühen, aber nicht verbindlich vorgeschriebenen Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 25 Abs. 3 VwVfG ist die Beteiligung bei der Infrastrukturplanung der Übertragungsnetze überzeugender: Es geht hier nicht um die punktuelle Beteiligung der Rechtsbetroffenen, sondern um eine *kontinuierliche*, sich über den gesamten Planungsprozess erstreckende Beteiligung. Um einen überzeugenden Beitrag zur gestuften Planung von Großvorhaben zu leisten, bedarf es eines Ansatzes, der die planerischen Vorstufen einbezieht, die einzelnen Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung miteinander verzahnt und eine kontinuierliche Transparenz der Verfahren sichert. Zwar scheidet eine Entscheidungsbeteiligung aus, da die Bundesnetzagentur als Planfeststellungsbehörde den Abwägungsvorgang nicht durch ein Aushandeln ersetzen darf. Soweit die Öffentlichkeitsbeteiligung aber ein Vorbringen der Interessen ermöglicht, wird die Abwägung erleichtert. Indem sich das Verfahrensrecht solchen Beteiligungsformen öffnet, verarbeitet es den Funktionswandel der Öffentlichkeit im Verwaltungsrecht.⁹⁷ Es geht nicht mehr bloß um behördliche Informationsgewinnung und vorgelagerten Grundrechtsschutz durch Verfahren, sondern um die Förderung der Transparenz und Akzeptabilität des Verwaltungshandelns.⁹⁸

Die Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht muss zum richtigen Zeitpunkt stattfinden. Sie muss dem Prozesscharakter eines komplexen Planungsverfahrens Rechnung tragen und frühzeitig, umfassend und kontinuierlich erfolgen. Diesem Petitum wird das Planungsregime für länderübergreifende Stromleitungen auf den ersten Blick gerecht. Gerade ein einheitliches Verfahrensmanagement ist mit der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur, die freilich auch als Zulassungsbehörde den Planfeststellungsbeschluss trifft, möglich. Es mag sich anbieten, hier einen Verfahrensmittler, wie in § 29 NABEG vorgesehen, einzuschalten. Dieser sollte aber nicht nur für einzelne Verfahrensschritte, sondern müsste nach dem Vorbild einer

⁹⁷ Vgl. *Arno Scherzberg*, Öffentlichkeitskontrolle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 49.

⁹⁸ Zum neuen § 25 Abs. 3 VwVfG *Jan Ziekow*, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, *NVwZ* 2013, 754; zurückhaltend *Anja Seibert-Fohr*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes, *VerwArch* 104 (2013), S. 311 (317 ff.). Zum „Umbau“ von Akzeptanz auf Akzeptabilität: *Thomas Schomerus*, Der Ausbau erneuerbarer Energien im Lichte der Aarhus-Konvention, *EurUP* 2014, 196 (197).

erweiterten Anhörungsbehörde die Aufgaben der kommunikativen Verfahrenssteuerung für das Verfahren insgesamt übernehmen.⁹⁹

Wir können festhalten: Die im Energieplanungsrecht vorgesehene Öffentlichkeitsbeteiligung ist mehr als eine Akzeptanzbeschaffungsmaßnahme. Sie lenkt das Augenmerk auf *deliberative* Verfahren der Entscheidungsmitwirkung. Verfahrensfehler müssen durch die Gerichte sanktionierbar sein, mag ein genereller Aufhebungsanspruch auch nicht geboten sein.¹⁰⁰

IV. System- und Netzwerktheorie

Die hinreichende Offenheit der Planung gebietet auch die System- und Netzwerktheorie des Verfahrens zum Erhalt von Lernfähigkeit. Die Systemtheorie hinterfragt die zentrale Bedeutung des allgemeinen Gesetzes. Die Gesellschaft habe durch Ausdifferenzierung in zahlreiche autonome Subsysteme und deren dynamische Vernetzung ein Komplexitätsniveau erreicht, das nicht mehr hierarchisch abgespannt werden könne. Vielmehr entziehe sich die fragmentierte Gesellschaft der rationalistischen Vorstellung eines von allgemeinen Gesetzen getragenen und als Einheit gedachten Rechtssystems. Der Gesetzgeber verfüge nicht mehr über das Wissen, um interventionistisch die Wirklichkeit „steuern“ zu können. Eine strikte Gesetzesbindung laufe nicht nur an der Komplexität der zu regelnden Sachverhalte auf, sondern werde durch offene Zweck- und Abwägungsprogramme sehr viel stärker in Frage gestellt als es die Steuerungstheorie oder die Vorstellung prozeduraler Gerechtigkeit zu akzeptieren bereit sind. Als wichtige Herausforderung für das Recht wird der Erhalt von dessen „Lernfähigkeit“ benannt. Recht gewinne seinen Inhalt erst im Prozess seiner Anwendung. Seine Rationalität macht sich an der Art und Weise fest, wie es in der Gesellschaft „prozessiert“ werde.¹⁰¹

⁹⁹ Steinberg, ZUR 2011, 340 (348). Art. 8 TEN-VO verlangt eine zentrale Anlaufstelle („One Stop Shop“) für Genehmigungsverfahren von „Vorhaben von gemeinsamem Interesse“. Den Mitgliedstaaten wird ein weiter Ausgestaltungsspielraum belassen, der mit der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für das Planungsverfahren unionsrechtskonform ausgefüllt wurde, vgl. Holger Schmitz/Philipp Jornitz, Regulierung des deutschen und europäischen Energienetzes: Der Bundesgesetzgeber setzt Maßstäbe für den kontinentalen Netzausbau, NVwZ 2012, 332 (334). Zur Beschleunigungswirkung Annette Guckelberger, Schnellerer Energienetzbau durch Unionsrecht?, DVBl 2014, 805 (808 ff.).

¹⁰⁰ EuGH, Urt. v. 7.11.2013, Rs. C-72/12 Altrip, Rn. 57.

¹⁰¹ Graf-Peter Calliess, Prozedurales Recht, 1999, S. 269 f.

Die Systemtheorie ist eine deskriptive, keine normative Theorie.¹⁰² Sie analysiert soziale Prozesse und deutet sie als System. Angeknüpft wird an die Unterscheidung von System und Umwelt, nicht aber an ein Verständnis des Ganzen aus der Betrachtung seiner Teile. Ein soziales System bestehe aus Kommunikationen, die sich durch einen gemeinsamen Sinnbezug von seiner Umwelt unterscheiden. Zumindest für *Luhmann* sind diese Kommunikationssysteme gegenüber ihren individuellen Akteuren verselbständigt. Danach sind die Individuen nicht Teil des sozialen Systems, sondern gehören seiner Umwelt an.¹⁰³ Abzugrenzen ist dieser analytische Zugang gegenüber dem methodologischen Individualismus, der das soziale Geschehen auf das Verhalten der individuellen Mitglieder der Gesellschaft zurückführt und Makrozustände mikrosoziologisch zu erklären versucht, aber auch gegenüber dem „akteurszentrierten Institutionalismus“ (*Mayntz/Scharpf*) und der Theorie kommunikativen Handelns.

Systeme bestehen aus Kommunikationen, nicht aus Handlungen. Zwar sind nur Handlungen von außen erkennbar. Und nur der Handlungsbegriff erlaubt die Zurechnung von Ereignissen zum System. Etwas als Handlung auszuweisen ist aber ein kommunikativer Akt des sich beobachtenden Kommunikationssystems, das als funktionales Teilsystem seine Kommunikation mit Hilfe eines binären Codes selbst produziert und dadurch seine Leistungskraft gewinnt, indem andere Unterscheidungen ausgeschlossen werden. Gegenüber ihrer Umwelt sind Systeme operationell geschlossen, aber strukturell an sie gekoppelt, in dem Erwartungen aus der Umwelt nach der jeweils eigenen Leitunterscheidung verarbeitet werden. Würde die Umwelt (z.B. moralische Werte) das System (z.B. das Rechtssystem) direkt determinieren, wäre die Differenz von System und Umwelt zusammengebrochen und das System nicht mehr existent. Hier liegt ein Grund für die Skepsis, ökonomische Abläufe durch die Politik unmittelbar steuern zu wollen. Demgegenüber erlaubt eine strukturelle Kopplung eine gewisse Resonanz gegenüber der Umwelt unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Differenz. Eine Beeinflussung ist demnach nur unter Anerkennung der eigenen Rationalität mög-

¹⁰² Dazu und zum folgenden *Arno Scherzberg*, Systemtheorie als sozialtheoretische Grundlage der Verwaltungslehre, in: FS Bull, 2011, S. 767 ff. Zur Einführung auch *Thomas Vesting*, Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, JURA 2001, 299.

¹⁰³ Was Protest hervorruft, vgl. *Oliver Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999.

lich, den funktionale Teilsysteme im Wege der Selbststeuerung entwickeln. Der Verzicht auf die Abbildung des Ganzen aus seinen Teilen bedeutet aber auch die Einsicht in Gefährdungen durch die Verabsolutierung der einen Teilsystemrationalität, die nur mittelbar durch eigenes Prozessieren andere Rationalitäten aufnehmen und verarbeiten kann.

Dies verarbeitet der Netzwerkansatz. Er richtet sich gegen den hierarchischen Verwaltungsaufbau, der nur wenig flexibel ist, um eine dezentrale Stromerzeugung und „kurze“ Wege zu ermöglichen bzw. Anreize in diese Richtung „intelligenter“ Netze zu setzen. Dem Verlust der Zentralperspektive kann nur in einer netzwerkgerechten Ausgestaltung des Rechts begegnet werden, was eine „Patentlösung“ nicht hervorbringen kann, sondern auf der Ausdifferenzierung der Verfahrensstrategien aufbauen muss. Neue Netze könnten bereits zu dem Zeitpunkt ihrer Fertigstellung bereits Investitionsruinen sein und schlimmer noch: Sie könnten Investitionen in smart grids und dezentrale Netze behindern und damit insgesamt einen falschen Weg signalisieren, der viel zu stark auf die Ersetzung einer alten Technologie (Kernkraft) durch eine ebenfalls an Grenzen stoßende Technologie (Windkraft) setzt, aber zu wenig Zukunftstechnologien (Sonnenenergie) in den Blick nimmt, deren Realisierung gerade nicht zentral gesteuert, sondern dezentral in einem Energiemix vor Ort verantwortet wird.¹⁰⁴ Auch der Netzwerkansatz bevorzugt die Netzoptimierung bestehender Leitungen vor dem Bau neuer Netze. Es ist zu erwarten, dass dieser Einwand in den Verfahren erhoben wird. Auch wenn der Gesetzgeber den Bedarf festgelegt hat, wird es in der Bundesfachplanung darum gehen, überzeugende Gründe für den Trassenkorridor des Übertragungsnetzes zur Förderung vernetzter Versorgungsstrukturen unter Einbeziehung der ebenfalls modernisierungsbedürftigen Verteilnetze und den technologischen Entwicklungspfad von Speicherkapazitäten darzulegen. Gelingt dies, wird das Planfeststellungsverfahren nicht unerheblich entlastet. Misslingt die Darlegung, wird dadurch zwar nicht der Bedarf in Frage gestellt. Das Akzeptanzproblem verschiebt sich aber in das Planfeststellungsverfahren

¹⁰⁴ Zur Kritik am Szenariorahmen *Andreas Schröder u.a., Szenarienrechnungen zum Netzentwicklungsplan (NEP) 2012 – HGÜ-Leitungen überdimensioniert, ET 9/2012, 80 ff.* Es mehren sich die Stimmen, die in den „Regulierungspfaden“ zur Steuerung der Erzeugung einen wesentlichen Grund für die überdimensionierte Netzausbauplanung sehen, weil die neuen Netze eben auch den produzierten Kohlestrom aufnehmen sollen. Netze auszubauen, weil die konventionellen Kraftwerke nicht unter die Wirtschaftlichkeitsschwelle geraten sollen, dürfte mit den Zielen der Energiewende nur schwer in Einklang zu bringen sein. Mit der informationstechnischen Vernetzung der bestehenden Netze lässt sich der Bedarf an neuen Netzen nach unten korrigieren, vgl. Büchner u.a., *BMW-Verteilernetzstudie (Fn. 9), S. 99 ff.*

und den gegen die abschließende Entscheidung eröffneten und hier „konzentrierten“ Rechtsschutz. Viel gewonnen ist dadurch nicht.¹⁰⁵ Einem Beschleunigungseffekt gestufter, aber von einer Behörde zentral verantworteten Planung steht der Netzwerkansatz skeptisch gegenüber. Bevorzugt werden dezentrale Strategien zur heterarchischen Vernetzung der Erzeugungskapazitäten und Transportwege.

Der Netzwerkbegriff wird inzwischen inflationär verwendet, was seine theoretische Grundlegung erschwert. In der systemtheoretischen Verwendung suggeriert er einen Gegensatz zu hierarchischen Steuerungsformen, was jedoch tatsächlich zu bezweifeln ist. Die Netzwerk-Metapher unterläuft vielmehr die Unterscheidung zwischen Kooperation und Hierarchie, schließt Vermachtungsprozesse nicht aus und beschreibt nicht nur Organisationen, die auf Vertrauen basieren.¹⁰⁶ Es ist zudem unklar, ob Netzwerke als Ausdruck intendierter Steuerung oder evolutiver Entwicklung anzusehen¹⁰⁷ sind, aber auch, inwieweit sie nur eine Vorstufe unerwünschter Zentralisierung bilden.¹⁰⁸ Dogmatisch lassen sich Netzwerke als Handlungsform, als Organisationsform oder als Verfahrensarrangement begreifen.¹⁰⁹ Weitgehend gemeinsam ist den unterschiedlichen Begriffsverwendungen in der rechtswissenschaftlichen Rezeption die Suche nach einer *lernfähigen* Struktur des Rechts.¹¹⁰

¹⁰⁵ Zum verfassungsrechtlich gebotenen vorgezogenen Rechtsschutz in gestuften Planungsverfahren BVerfG, Urte. v. 17.12.2013, 1 BvR 3139/08 Garzweiler II, Rn. 190 ff. Überwiegend wird daraus jedoch kein Änderungsbedarf für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes in der Stromnetzplanung abgeleitet, vgl. *Lukas Knappe*, Gestufter Netzausbau und Bundesfachplanung im Spannungsfeld des effektiven Rechtsschutzes, DVBl 2016, 276.

¹⁰⁶ Vgl. *Holger Straßheim*, Netzwerkpolitik, 2011. Zur „Kultur des Vertrauens“ mit der zutreffenden, allerdings auf das vertikale Verhältnis bezogenen Bemerkung, wie wenig dieser Aspekt in der Diskussion um das Demokratieprinzip thematisiert wird: *Martin Nettesheim*, Demokratische Legitimation und Vertrauenskultur, in: *Niedotibek/Sommermann* (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, 2013, S. 39 ff.

¹⁰⁷ Näher *Christoph Möllers*, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts – Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung, in: *Oebbecke* (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, S. 285 ff.

¹⁰⁸ Zu Problemen der Begriffsbildung *Sigrid Boysen u.a.*, Netzwerke im Öffentlichen Recht, in: *dies.* (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 289 (292 f.).

¹⁰⁹ Für die Einordnung als Handlungsform *Matthias Goldmann*, Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht. Eine Darstellung am Beispiel der OECD, in: *Boysen u.a.* (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 225 ff.; demgegenüber für eine Organisationsform *Bettina Schöndorf-Haubold*, Netzwerke in der deutschen und europäischen Sicherheitsarchitektur, ebd., S. 149 ff.; *Franzius*, Gewährleistung im Recht (Fn. 22), S. 457 ff.; stärker im Sinne eines Verfahrensarrangements *Markus A. Glaser*, Internationale Verwaltungsbeziehungen, 2011, S. 270 ff.

¹¹⁰ Zum „lernenden“ Recht *Franzius*, Steuerung durch Recht (Fn. 17), § 4 Rn. 97 ff.

1. Lernfähigkeit

Systemtheoretische Hinweise auf die Bedeutung funktionaler Systemrationalitäten werden handlungstheoretisch reformuliert. Während der binäre Code für die Identität eines Funktionssystems eine starre Vorgabe darstellt, sind auf der Ebene der Programme, die angeben, welche Operation die richtige ist, Variationen und Lerneffekte möglich. Diese Differenzierung ist ein Steuerungsproblem, denn systemische Veränderungen erfolgen nicht durch Steuerung, sondern durch Evolution. Um den sich verändernden Normierungstechniken gerecht zu werden, muss sich

„das Verwaltungsrecht um einen methodisch reflektierten Blick auf die Nachbarwissenschaften bemühen und berücksichtigen, dass nicht länger ungeprüft die Annahmen zugrunde gelegt werden können, die in der praktischen Rechtsanwendung auf den Staat als zentraler und hierarchischer Steuerungsspitze zugeschnitten sind. Gerade das in hohem Maße durch das Europarecht beeinflusste Regulierungsrecht deutet an, dass mit der Hinwendung zu variablen Politiknetzwerken und gesellschaftlichen Selbstregelungen von Koordinierungsinstanzen auszugehen ist, die zu einem handlungs- und strukturbezogenen Management gesellschaftlicher Interdependenzen berufen sind.“¹¹¹

Nicht mehr Zentralisation und Konzentration, sondern die verwaltungsinterne Pluralisierung in Netzwerken miteinander gekoppelten, aber verselbständigten Verwaltungseinheiten prägt die Analyse. Das moderne Gemeinwesen lässt sich nicht von einem Punkt aus steuern. Aus dieser Sicht ist die Zentralisierung der Planungsaufgaben bei der Bundesnetzagentur ambivalent. An Stelle einer hierarchischen Spitze tritt die Einsicht, dass eine Zentralisierung des Wissens und der Unsicherheitsabsorption nicht mehr gelingt. Es bilden sich heterarchische Beziehungsnetzwerke mit einer Ausdifferenzierung der Interaktion heraus, die sich der Unterscheidung zwischen formal und informal entzieht, damit aber auch einer Kontrolle durch lediglich an formale Akte anknüpfenden Hierarchie. Es wird eine

„auf allen Ebenen ständig neu zu beantwortende Frage, welche Informationen und welches Wissen in das formale Netzwerk eingespeist werden sollen und müssen“.¹¹²

Mit Blick auf Planungen trägt eine Enthierarchisierung der Kommunikations- und Entscheidungswege zur Optimierung der Aufgabenerfüllung bei. Die der Verwaltung zuzurech-

¹¹¹ *Franzius*, Steuerung durch Recht (Fn. 17), § 4 Rn. 6 im Anschluss an *Renate Mayntz*, Zur Selektivität der steuerungstheoretischen Perspektive, in: Burth/Görlitz (Hrsg.), Politische Steuerung in Theorie und Praxis, 2001, S. 17 (23).

¹¹² *Scherzberg*, Systemtheorie (Fn. 102), S. 786.

nenden Entscheidungen sind regelmäßig nicht als isolierte Einzelakte zu verstehen, sondern – wie im Bereich der Planung – in einen Zusammenhang mit vorausgehenden und nachfolgenden Entscheidungen gestellt. So knüpft die Bundesfachplanung an die Bedarfsplanung an und bereitet die Planfeststellung vor. Gegenüber übersteigerten Erwartungen an die Planung begegnet die Systemtheorie mit Skepsis. Die Evolution des Systems ist nicht planbar, was erklären könnte, warum der Zugriff des Planungsrechts an das Regulierungsregime anknüpft, etwa um Anreize zur Variation der Stromerzeugung und dessen Transport zu erzeugen.

Auch in einem anderen Zusammenhang ist der systemtheoretische Zugriff auf die Netzplanung aufschlussreich. Denn die öffentliche Verwaltung wird als Teil des politischen Systems verstanden, also nicht im strikten Sinne als verrechtlicht angesehen. Gerade die Planung von Infrastrukturen, mag sie auch rechtlich konzipiert sein, knüpft an politische Entscheidungen an. Insoweit „vollzieht“ die Verwaltung nicht Recht, sondern Politik. Durch das Recht freilich erhält die Verwaltung ihre formale Struktur. Gerade diese Verkoppelung schließt es aus, einen übergeordneten „Beobachter“ zu finden, auf den sich alle Erwartungen und Hoffnungen projizieren ließen. Die Verwaltung richtet ihre Kommunikation am Gemeinwohl aus, das jedoch als genuin politische Selektionen zu begreifen sind, die das Steuerungsfeld nicht nach Maßgabe von objektiven, sondern von politischen Kriterien abstecken. Das Recht stellt Entscheidungsprämissen bereit, die von der Verwaltung nach eigenen Maßstäben verarbeitet werden, das Handeln der Verwaltung aber nicht vollständig programmieren können.¹¹³

Politische Steuerung kann nicht als deterministische Fremdsteuerung begriffen werden, sondern nur als Versuch, das angesprochene System durch Anreiz und Irritation zur gewünschten Selbststeuerung anzuregen. So gesehen, ist die regulierte Selbstregulierung aus systemtheoretischer Sicht kein Sonderfall, sondern der Normalfall gelingender Sozialgestaltung durch Politik und Recht. Der Erfolg planerischen Handelns erhöht sich in dem Maße, wie an die Funktionslogik des zu steuernden Systems, also das selbstregulative Potential der Energiewirtschaft, angeknüpft wird. Deshalb beschränkt sich die Gewährleistungsverantwor-

¹¹³ Zur „Selbstprogrammierung“ der Verwaltung *Hermann Hill/Mario Martini*, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 34 Rn. 49 ff.

tung des Staates auf die Strukturierung von den privaten Akteuren belassenden Handlungsspielräumen.¹¹⁴

2. Kooperationsmanagement

Schon die Figur reflexiver Steuerung verweist auf den Wechsel von Steuerung zu Kontextsteuerung, was steuerungswissenschaftlich von der Rechtswissenschaft aufgegriffen wird.¹¹⁵ Es geht nicht um Alternativen zum Recht, sondern um rechtliche Alternativen, etwa durch Formen reflexiven Rechts. Die Operation mit prozeduralen Programmen tritt an die Stelle materieller Steuerung. Politik wird ein *Interpendenzmanagement*.

Politiknetzwerke sind eine Antwort auf Steuerungsprobleme, wobei zwischen einem handlungs- und einem strukturbezogenen Ansatz unterschieden wird. Eine ausdifferenzierte Gesellschaft müsse als „virtuelle Einheit“ repräsentiert werden, wenn in Verhandlungen gesellschaftliche Akteure ein gemeinsames Problemlösungsinteresse entwickeln sollen. Dem Staat kommt hier vor allem die Aufgabe der Koordination zu.¹¹⁶ Dabei erscheinen Hierarchie und Kooperation als prinzipiell gleichrangige Koordinationsmechanismen. Netzwerke als eine Form institutionalisierter Verhandlungssysteme verbinden eine größere Anzahl von Akteuren als ein Merkmal des Marktes mit der Fähigkeit zu kollektiven Handeln als ein Merkmal von Hierarchien. Man kann das auch *Kooperationsmanagement* nennen.

Die Energiewende, so ist häufig zu hören, sei ein Thema kollektiver Verantwortung und müsse dem Parteienstreit entzogen sein. Es dürfe nicht administrativen Priorisierungen „geopfert“ werden.¹¹⁷ Das ist unrichtig. Der Umweltschutz und eine nachhaltige Politik der „Langzeitverantwortung“ stoßen notwendigerweise an Grenzen demokratischer Kurzzeitlegitimation.¹¹⁸ Aber auch dezentrale Konzepte der „Bürgerenergie“ können eine zentrale Planung nicht einfach ersetzen noch sind sie vor einem Scheitern bewahrt, wie die Insolvenz des Windkraftunternehmens Prokon zeigte. Allerdings ist der Vorteil dezentraler Projekte

¹¹⁴ Für den Aufbau einer Verteilnetzentwicklungsplanung *Pielow*, Interdependenzen (Fn. 16), S. 59.

¹¹⁵ Vgl. *Matthias Schmidt-Preuß/Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff., 235 ff.

¹¹⁶ Vgl. *Gunnar Folke Schuppert*, Koordination durch Struktursteuerung als Funktionsmodus des Gewährleistungsstaates, FS König, 2004, S. 287 ff.

¹¹⁷ So *Heinrichs*, Dezentral und partizipativ (Fn. 95), S. 133.

¹¹⁸ Vgl. *Ivo Appel*, Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 2 Rn. 120 („unaufhebbar“).

neben ihrer Bürgernähe erzeugenden örtlichen Verwurzelung die Erhöhung gesamtgesellschaftlicher Lernfähigkeit, weil das Scheitern eines hierarchisch geplanten Großprojekts nicht gleich die „Systementscheidung“ in Frage stellt. Insoweit steht die Systemtheorie einer Zentralisierung der Verfahren „in einer Hand“ skeptisch gegenüber. So ist das neue Planungsrecht des Netzausbaus trotz aller innovativen Ansätze in der Grundstruktur konservativ und verschenkt das Potential, das in der föderalen Planung außerhalb des Anwendungsbereichs des Planungsregimes für die bundesrechtlich festgelegten Stromnetze mit den Raumordnungsverfahren der Länder besteht.

Die Konzentration der Bedarfsermittlung, Fachplanung und Planfeststellung in einer Behörde könnte sich rächen. Weil es dadurch Landesministerien erschwert wird, auf den Planungsprozess aufgrund landespolitischer Präferenzen – etwa durch Anforderungen an den Nachweis der energiewirtschaftlichen Notwendigkeit – Einfluss zu nehmen, könnte sich nicht mehr landespolitisch aufgefangener Protest lokal entladen. Und eine Missachtung landespolitischer Interessen, die nicht stets gegen die zügige Realisierung einer Stromleitung gerichtet sind, droht Skandalisierungsprozesse auf die Bundespolitik und deren ungeklärte Steuerungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur umzulenken.¹¹⁹ Eine vollständige Hochzoning der Planungsverfahren auf die Bundesebene ist, weil auf das Wissen der Landesbehörden zurückgegriffen werden muss, nicht nur in der föderalen Perspektive problematisch und steht verfassungsrechtlich auf unsicheren Füßen.¹²⁰ Es ist auch in verfahrenstheoretischer Hinsicht angreifbar, mag die Infrastrukturplanung der Übertragungsnetze auch weiterhin eine institutionell unterschiedliche Akteure verbindende Aufgabe sein. Der Einfluss der Länder ist jedoch geschwächt.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Die System- und Netzwerktheorie formuliert Vorbehalte gegenüber einer zentralen Steuerung durch den Staat.

¹¹⁹ Das übersieht *Armin Steinbach*, Keine Energiewende ohne Netze: Die Umsetzung des Bedarfsplangesetzes im reformierten Rechtsrahmen, DÖV 2013, 921 (922). Ein Beispiel ist die Unterschutzstellung der ehemaligen Grenzstreifen in Thüringen, womit auf die Verhinderung des grenzüberschreitenden Suedlink-Vorhabens hingewirkt wird, soweit die geplante Trasse durch Thüringen – statt durch Hessen – verlaufen soll, vgl. FAZ v. 10.6.2017, S. 19; FAZ v. 14.6.2017, S. 18.

¹²⁰ Krit. *Klaus Joachim Grigoleit/Claudius Weisensee*, Das neue Planungsrecht für Elektrizitätsnetze, UPR 2011, 401; *Winfried Erbguth*, Planerische Rechtsfragen des Netzausbaus: EnWG und NABEG im Zusammenspiel mit der Gesamtplanung, in: Kment (Hrsg.), Netzausbau zugunsten erneuerbarer Energien, 2013, S. 17 (31 ff.).

„Nicht mehr die theoretisch grundsätzliche Auflösung von Konflikten, sondern das systematisch praktische Lernen am Einzelfall trägt zu einer neuen Planungskultur bei.“¹²¹

In der Bundesnetzagentur ist eine solche Kultur freilich ohne Vorbilder. Die verfahrensleitende Behörde wird auf ein Kooperationsmanagement verwiesen, das neben den üblichen Ermittlungspflichten durch die Einrichtung von Konsultations- und Kommunikationsprozessen private Wissensbestände einbezieht, aber eben auch behördliche Wissensbestände mobilisieren muss, um eine akzeptable Entscheidung treffen zu können.¹²²

V. Spieltheorie

Die Spieltheorie befasst sich mit der Analyse von Systemen mit mehreren Akteuren. Sie stellt ein Teilgebiet der Mathematik dar, wurde von dort in die ökonomische Theorie überführt¹²³ und versucht das rationale Entscheidungsverhalten der Akteure aus sozialen Konfliktsituationen abzuleiten. Dabei hängt der Erfolg des Einzelnen nicht nur vom eigenen Handeln, sondern auch von den Aktionen der Gegenspieler ab, was sie von der klassischen Entscheidungstheorie abgrenzt. Die unterschiedlichsten Situationen werden dabei als Spiel modelliert.¹²⁴

Im Hinblick auf die Informationsgewinnung entspricht die Gegenüberstellung von ordnungsrechtlichen und spieltheoretischen Mechanismen der bekannten Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Verhaltenssteuerung. Während die normativen Vorgaben des Ordnungsrechts als Normbefolgungskosten nur eine Größe neben anderen im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse rationaler Akteure sind, steuert die anreizbasierte Spieltheorie durch einen Tausch. Die gewünschte Bereitstellung der Information wird nicht durch Befehl vorgegeben, sondern durch einen Vorteil belohnt. Aktiviert wird das Eigeninteresse, also die „strategische“ Rationalität des nutzenmaximierenden Individuums in der Erwartung, der andere verhalte sich ebenso.¹²⁵

¹²¹ Renn/Oppermann, ZAU Sonderheft 6 (1995), S. 257 (259 f.).

¹²² Vgl. Jens-Peter Schneider, Innovationsverantwortung in Verwaltungsverfahren, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsverantwortung, 2009, S. 289 ff.

¹²³ Grundlegend John F. Nash, Non-cooperative games, 1950.

¹²⁴ Zu den Grenzen der Spieltheorie als Gerechtigkeitstheorie Tschentscher, Prozedurale Theorien (Fn. 63), S. 274 ff.

¹²⁵ Vgl. Melanie Bitter, Spieltheorie und öffentliche Verwaltung, 2005, S. 92 ff.

Handlungsbestimmend ist das Eigennutzaxiom und nicht das Gemeinwohlaxiom. Zugrundegelegt wird das Agieren selbstbestimmter Subjekte und kein fremdbestimmtes, weil an die Gesetze gebundenes System. Es treffen zwei unterschiedliche Rationalitäten aufeinander, die sich aber nicht wechselseitig ausschließen.¹²⁶ Über die Prämissen der Theorie kann man streiten.¹²⁷ Dass die Spieler stets Nutzenmaximierer sind, erklärt sich keineswegs von selbst. Die spieltheoretische Analyse kann aber zur Klärung der Bedingungen und Voraussetzungen von Kooperation beitragen. So bietet sich die Theorie kooperativer Spiele zur Analyse von Verhandlungsprozessen an. Das gilt weniger für normative oder mathematische Ansätze, die eindeutige Lösungen von Interessenkonflikten versprechen, sondern in erster Linie für die verhaltenswissenschaftliche Theorie von Verhandlungsspielen, wie sie im *Gefangenendilemma* prominent geworden sind.

3. Verhandeln von Interessen

Das Gefangenendilemma beschreibt die Struktur eines sozialen Dilemmas.¹²⁸ Zur Veranschaulichung: Zwei Angeklagte sitzen in Einzelhaft und haben keine Möglichkeit zur Kommunikation. Sie sind angeklagt, ein schweres Verbrechen gemeinsam begangen zu haben, das ihnen jedoch nicht nachgewiesen werden kann. Der einzige Weg zur Verurteilung wäre ein Geständnis. Beweisen lässt sich jedoch auch ohne Geständnis ein minder schweres Vergehen der beiden. Weil eine Kronzeugenregelung besteht, führt eine spieltheoretische Analyse zu folgenden Ergebnissen: Gestehen beide, werden sie beide zu fünf Jahren verurteilt. Gesteht nur einer, wird er frei, während der andere für sechs Jahre ohne mildernde Umstände ins Gefängnis muss. Gesteht keiner, werden beide zu einem Jahr wegen eines Vergehens verurteilt. Die Spieltheorie zeigt, dass das rationale Verhalten beider dazu führt, dass beide zu fünf Jahren verurteilt werden. Denn für jeden Gefangenen ist es günstiger zu gestehen als nicht zu gestehen, unabhängig davon, wie der andere sich entscheidet. Gesteht A, bestehen für B zwei Handlungsmöglichkeiten: Gesteht B nicht, muss er für sechs Jahre ins Gefängnis.

¹²⁶ Bitter, Spieltheorie (Fn. 125), S. 144 u. passim.

¹²⁷ Vgl. Michael Fehling, Informelles Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 38 Rn. 62 im Anschluss an Arthur Benz, Der Beitrag der Spieltheorie zur Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns, in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 297 ff.

¹²⁸ Grundlegend Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, Science 162 (1968), S. 1243 ff.

Gesteht er, sind es lediglich fünf Jahre. Ein Geständnis des A wird B also dazu bewegen, ebenfalls zu gestehen. Gesteht A dagegen nicht, wird B bei der Weigerung eines Geständnisses zu einem Jahr Gefängnis verurteilt, bei einem Geständnis dagegen freigesprochen. Auch bei einem fehlenden Geständnis des A ist es für B also vorteilhafter, zu gestehen. Beide werden gestehen und kommen deshalb für fünf Jahre ins Gefängnis. Die dominante Strategie der Spieler ist das Geständnis, was zu fünf Jahren Gefängnis für beide – als dem „Nash-Gleichgewicht“ des Spiels – führt.¹²⁹

Ähnlich lässt sich das Dilemma verstehen, das individuelle Autofahren trotz des gemeinsam geteilten Ziels des Klimaschutzes nicht aufzugeben. Unterlässt der Einzelne das Autofahren, nützt es ihm nichts, da er die Kosten auf sich nimmt, ohne dem Ziel der Umweltschonung näher zu kommen, da alle anderen weiterhin das Auto benutzen. Für den Einzelnen erscheint das Autofahren umso sinnvoller, je mehr andere auf das Auto verzichten. Zwar wird daraus deutlich, dass allein durch individuelle Entscheidungen keine effizienten Lösungen erzielt werden. Es wäre aber ein Fehlschluss zu meinen, die spieltheoretische Analyse lege es nahe, dass der Staat das kollektiv effiziente Verhalten der Einzelnen erzwingen müsste¹³⁰ oder eine umfassende Publizierung der Verfahren angezeigt wäre. Vielmehr zeigt die Spieltheorie, dass es neben den formellen Verfahren andere durchaus effiziente Verfahrensweisen gibt, die zu einem von allen Akteuren geteilten Ergebnis führen kann. Ihre Verrechtlichung kann solche Verfahren gerade der Vorteile berauben, derentwegen sie von den Akteuren gewählt werden. Effizienz mag ohne Recht kaum herstellbar sein. Rechtliche Verfahren können effiziente Ergebnisse aber auch verhindern.

Immerhin lässt sich sagen, dass Verhandlungen auch über Verteilungsfragen nicht scheitern müssen. Ist ein kooperativer Verhandlungsraum eröffnet, kann der Teilnehmer nicht egoistische Positionen behaupten, die auf einseitige Gewinnmaximierung hinauslaufen. Denn eine solche Verletzung der „Spielregeln“ führt zum Abbruch der Kooperation. In dem Maße, wie eine anerkannte Verteilungsnorm bereit steht, beeinflusst diese die Verhandlungen. Das schließt in der Konkretisierung dieser Norm das Aufbrechen von Konflikten nicht

¹²⁹ Beispiel bei *Ute Sacksofsky*, Anreize, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 40 Rn. 49 f.

¹³⁰ Verfehlte Schlussfolgerungen bei *Sacksofsky*, Anreize (Fn. 129), § 40 Rn. 51.

aus. Aber der Konfliktbereich wird über die Anerkennung einer fairen Verteilungsnorm begrenzt. Sie bildet den Maßstab für Verhandlungen, die Kompromisse durch wechselseitiges Nachgeben ermöglicht.¹³¹

Das kann Effizienz hervorbringen. Allerdings kann der neoklassische Effizienzbegriff im Recht, das sich von einfachen Rationalitätsvorstellungen des Handelns löst, nicht ungeprüft zur Anwendung gelangen.¹³² Das gilt auch für das Regulierungsrecht mit seinen Effizienzmaßstäben: Entweder das Recht fordert – wie für den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Telekommunikationssektor – eine grundrechtskonforme Auslegung. Oder es geht wie im Bereich der energierechtlichen Anreizregulierung den Weg der begrifflichen Abmilderung. Im Energierecht werden bei der Zugangs- und Entgeltregulierung mit der Entkoppelung von Erlösen und Kosten ökonomische Anreize zur Effizienzsteigerung der Netzbetreiber gesetzt.¹³³ Dagegen ist der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Telekommunikationsrecht eine Genehmigungsvoraussetzung, mit der verhindert wird, dass ineffiziente Kostenbestandteile auf die Wettbewerber abgewälzt werden.¹³⁴

Praktische Anwendung findet das spieltheoretische Paradigma im Vergabeverfahren. So können mit Hilfe der Spieltheorie die rechtlichen Bewertungen des Versteigerungsverfahrens zur optimalen Auktionsform bekräftigt werden.¹³⁵ Lassen sich diese Erwägungen auf die Netzplanung übertragen? Im alten Modell muss die Realisierbarkeit einer Trasse feststehen, um deren Bedarf als verbindlich anzunehmen. Das ist heute anders, arbeitet aber mit spieltheoretischen Unbekannten. Denn die Realisierbarkeit eines Infrastrukturvorhabens setzt voraus, dass die Akteure bekannt sind, um deren Spielstrategien prognostizieren zu können. So gesehen, arbeitet die Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG in einem spieltheoretisch heiklen Raum, weil die individuellen Akteure, darunter auch solche, die ein Projekt auf dem Klagewege zu Fall bringen können, noch nicht feststehen. Das gilt auch für Verteilnetze, wo

¹³¹ Benz, Spieltheorie (Fn. 127), S. 322

¹³² Anders, aber den Wandel ökonomischer Modelle nicht hinreichend berücksichtigend: Markus Ludwigs, Unternehmensbezogene Effizianzforderungen im Öffentlichen Recht, 2013, S. 39 ff.

¹³³ Zum Problem des Auseinanderfallens von Planungs- und Regulierungsvorgaben aus der Sicht der Netzbetreiber Richter/Schulze, NVwZ 2014, 835 (838 ff.).

¹³⁴ Zu den Unterschieden knapp Markus Ludwigs, Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie im Öffentlichen Recht, Die Verwaltung 46 (2013), S. 155 (164); Neele Ann Christiansen, Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht, 2013, S. 79 ff.

¹³⁵ Vgl. Susanne Bumke, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 152 ff.

das Planungsspiel aus gesondert zu betrachtenden Kriterien besteht, nämlich Zuverlässigkeit, Wirtschaftlichkeit, Betriebsqualität und Realisierbarkeit. Während die Netzplanung der Netzbetreiber eine nichtlineare Optimierungsaufgabe ist, muss die übergreifende Netzplanung als sequentielle Optimierungsaufgabe¹³⁶ verstanden werden, wobei die Gesamtoptimierung durch eine stufenweise Optimierung erfolgt. Eine der Stufen bildet die Bundesfachplanung. Dabei darf Verfahrenseffizienz nicht mit Verfahrensabbau gleichgesetzt, sondern muss auf die Optimierung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag ausgerichtet werden.¹³⁷ Hier lassen sich die nicht-instrumentellen Verfahrensfunktionen freilich nur schwer monetarisieren.

4. Konfliktbewältigung durch neue Verfahren

Die Netzplanung ist unter dem sich verändernden Rollenverständnis der Akteure eine Optimierungsaufgabe, aber keine durchgehende Publizierungsaufgabe: Während das Bedarfsplanungsverfahren eine Verrechtlichung erfahren hat, ist das für spieltheoretisch begründbare Mediations- und Ausgleichsverfahren mit dem Ziel der Konfliktminderung nicht der Fall.

Gegenüber der älteren Rechtslage weitgehend informeller Vorausplanungen wird die *Bundesbedarfsplanung* für die Übertragungsnetze überwiegend begrüßt. Es handelt sich um ein exekutives Verfahren, das einer Öffentlichkeitsbeteiligung nicht zuletzt zum Vergleich der Alternativen, die auch Prognosen für die Erzeugungsstruktur auf den Prüfstand zu stellen haben, einen vergleichsweise breiten Raum liefert. Hierdurch kommt eine Abkehr von intransparenten Bedarfsfestlegungen zum Ausdruck, die letztlich auch im Planfeststellungsverfahren nicht mehr erfolgreich in Frage gestellt werden konnten, nunmehr jedoch vom Gesetzgeber im Bundesbedarfsplangesetz verantwortet werden und mit Bindungswirkungen gegenüber den nachfolgenden Verfahren versehen sind. Dem müsste jedoch eine umfassende Bilanzierung von Kosten und Nutzen eines Leitungsvorhabens vorausgehen, um späteren

¹³⁶ Vgl. Antje Orths, Multikriterielle, optimale Planung von Verteilnetzen im liberalisierten Energiemarkt unter Verwendung von spieltheoretischen Verfahren, 2003.

¹³⁷ Zu einer ökonomischen Perspektive auf das Verfahrensdisein in der Abwägung von Verfahrenskosten und -nutzen Fehling, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (322 ff.).

Konflikten vorzubeugen.¹³⁸ Die §§ 12a ff. EnWG sehen dies nicht ausdrücklich vor, wären aber zumindest teilweise in dieser Richtung zu handhaben.

Zur Konfliktbewältigung bieten sich auch *Mediationsverfahren* an, die in den USA spieltheoretisch begründet wurden.¹³⁹ Die Bundesfachplanung belässt den Akteuren durchaus Spielräume für alternative Verfahren der Entscheidungsfindung und Konfliktbewältigung: Man kann nicht sagen, dass diese Planungsstufe unter einem Abbau von Beteiligungsrechten leidet, sieht man davon ab, dass der Rechtsschutz auf die Angreifbarkeit des abschließenden Planfeststellungsbeschlusses beschränkt wird. Soweit das Verfahren ergebnisoffen ist, bieten sich Wege einer konsensualen Entscheidungsfindung an, was jedoch die Frage nach der Vergrößerung des Interessenausgleichs aufwirft. So wird man die Einsatzmöglichkeiten eines Mediationsverfahrens nicht auf die letzte Stufe des Planfeststellungsverfahrens beschränken dürfen, sondern auch auf den vorgelagerten Stufen der Festlegung des Trassenkorridors praktizieren können. Gerade die Droh- und Tauschmacht der betroffenen Öffentlichkeit schafft Verhandlungsanreize.¹⁴⁰ Dann stellt sich die Frage, wie ein im Wege des Mediationsverfahrens informell gefundenes Ergebnis umgesetzt werden kann.¹⁴¹ Hier bieten sich Verträge zwischen dem Netzbetreiber und den Bürgern an. Deren Duldung der Belastung – zum Beispiel durch einen Klageverzicht – kann durch Vorteile an anderer Stelle ausgeglichen werden.

¹³⁸ Vgl. *Thomas Groß*, Regelungsdefizite der Bundesverkehrswegeplanung, *VerwArch* 104 (2013), S. 1 (16 f.), der für die Verkehrswegeplanung einen Wechsel von der Bedarfsplanung zur Nutzenfeststellung empfiehlt, dem eine Kosten-Nutzen-Analyse vorausgehen müsse, sei es durch das Parlament im Wege einer exekutiven Bundesverkehrsplanung, die legislativ „ratifiziert“ wird oder durch die Bundesregierung nach Maßgabe einer gesetzlichen Rahmenregelung.

¹³⁹ Zum Verhandlungsmodell *Roger Fisher/William Ury/Bruce Patton*, *Das Harvard-Konzept. Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln*, 1993; *Horst Eidenmüller*, Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), *Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung*, 1997, S. 31 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Hermann Pünder*, Kooperation statt Konfrontation. Möglichkeiten und Grenzen der Mediation bei Planfeststellungsverfahren, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 1 ff. Zu den Einsatzmöglichkeiten der Mediation in Planungsverfahren *Bernd Holznagel/Ulrich Ramsauer*, Förderung der Mediation in Planungsverfahren. Vorschläge zur Überwindung praktischer Probleme, *VerwArch* 104 (2013), S. 131 ff.

¹⁴¹ *Ivo Appel*, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 32 Rn. 139 ff.; *Bernd Holznagel/Janina Nagel*, Verfahrensbeschleunigung nach dem Energieleitungsausbaugesetz – Verfassungsrechtliche Grenzen und Alternativen, *DVBl* 2010, 669 (674 ff.); *Franzius*, *GewArch* 2012, 225 (233 f.) mit dem Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 3.3.2011, 9 A 8/10 Katzenbergtunnel, Rn. 25 ff.

Verträge über eine *finanzielle Kompensation* sind für den Vorhabenträger jedoch nur wenig attraktiv. Wirtschaftlich dürfte sich das Angebot finanzieller Ausgleichszahlungen für den Netzbetreiber nur rechnen, wenn sie im Regime der Anreizregulierung aus dem Effizienzvergleich herausgenommen und auf die genehmigte Erlösobergrenze dazugerechnet werden können. Das wäre der Fall, wenn die Kosten für Kompensationszahlungen den nicht beeinflussbaren Vergleichskosten im Sinne des § 11 ARegV zugeordnet werden könnten. Das ließe sich bewerkstelligen, wenn man sie in die Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV aufnimmt. Hierunter fallen die Ausgleichsmaßnahmen, die im Planfeststellungsbeschluss festgelegt werden, aber nicht ohne weiteres auch solche finanziellen Aufwendungen, die für einen darüber hinausgehenden Interessenausgleich gewährt werden.¹⁴² Allerdings werden schon heute die Kosten für eine Erdverkabelung als Mehrkosten im Sinne des § 11 Abs. 2 Nr. 7 ARegV anerkannt.¹⁴³ Das lässt sich mit dem Ziel der Akzeptanzförderung rechtfertigen, doch bleibt abgesehen von der Schwierigkeit, im Verhandlungswege zwischen dem Netzbetreiber und den Betroffenen vereinbarten Kosten als nicht beeinflussbare Kosten darzustellen, die Frage, ob es über die Umlegung der Kosten auf die Stromkunden gelingt, zu einer dauerhaften Akzeptanz in den Netzausbau beizutragen. Die Debatte über die gestiegenen Kosten der EEG-Umlage mahnt zur Vorsicht, mag es auch gute Gründe geben, die Kosten des umweltverträglichen Netzausbaus als gesamtgesellschaftliche Herausforderung von der Allgemeinheit tragen zu lassen.

An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass sich Ausgleichszahlungen spieltheoretisch rechtfertigen lassen, da sie es erlauben, kollektiven Zielen zuzustimmen, obwohl dadurch individuelle Nachteile in Kauf genommen werden müssen. Der individuelle Nachteil, den rationale Verhandlungsteilnehmer nicht hinzunehmen bereit sind, wird zugunsten des kollektiven Vorteils kompensiert. Solche *Kompensationslösungen* werden realisiert, wenn sie den Verhandlungspartnern eine positive Bilanz von Kosten und Nutzen erbringen.¹⁴⁴ Doch selbst dann, wenn sich die Kooperationspartner grundsätzlich auf eine monetäre Tauschlösung geeinigt haben, bleibt ein Konflikt über die Höhe der angemessenen Ausgleichszahlung

¹⁴² Holznapel/Nagel, DVBl 2010, 669 (676).

¹⁴³ Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a Absatz 3 des Energiewirtschaftsgesetzes zu den Erfahrungen mit der Anreizregulierung, BT-Drs. 18/536 v. 12.2.2014, S. 13, 16, 24.

¹⁴⁴ Benz, Spieltheorie (Fn. 127), S. 317.

bestehen. Hier bieten sich rechtliche Regeln wie die „Köderprämie“ in § 5 StromNVO an, gegebenenfalls aber auch eine Ausweitung von Kompensationszahlungen, da die Betroffenen von dem Netzausbau häufig keinen individuellen Nutzen ziehen, also zur Kooperation nicht bereit sind. Die rechtliche Regelung von Verteilungskonflikten kann eine Einigung freilich auch erschweren, da mit der Fixierung von finanziellen Obergrenzen die Unsicherheit wegfällt, die für die Kooperationsbereitschaft der Verhandlungspartner konstitutiv ist.¹⁴⁵

Die spieltheoretisch begründbare Anerkennung finanzieller Kompensationen mag der Rationalität der beteiligten Akteure entsprechen, aber einen Effizienzgewinn bringt dieser Tausch nicht zwingend. Zugleich stellen sich die bekannten rechtsstaatlichen Fragen: Lässt sich der Rechtsschutz abkaufen? Zwar mag die Mediation zulässig und der Rechtsmittelverzicht gegen Entgelt wirksam sein. Über einen öffentlich-rechtlichen Vertrag lässt sich dieser Tausch wegen des Kopplungsverbotes *de lege lata* aber kaum verwirklichen, was den Abschluss zivilrechtlicher Verträge allerdings nicht versperrt. Das gleiche gilt für mediative Dialogverfahren und finanzielle Ausgleichsmaßnahmen, die für betroffene Gemeinden zu erwägen sind, soweit diese von länderübergreifenden Stromleitungen überhaupt nicht profitieren, aber die Nachteile zu tragen haben.¹⁴⁶

VI. Verfassungstheorie

Als letzter „Baustein“ für ein Verfahrensmodell der Stromnetzplanung sei die Verfassungstheorie genannt. Der demokratische Verfassungsstaat verkörpert in erster Linie ein Verfahrenskonzept, demzufolge die Legitimation der Herrschaftsgewalt durch Verfahren begründet wird. Dahinter steht die Auffassung, die Idee des Verfahrens zu nutzen, indem die Verwirklichung der inhaltlichen Letztwerte von Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit grundsätzlich dem politischen Prozess zu überantworten.¹⁴⁷

Einerseits konstituiert die Verfassung ein Verfahren demokratischer Rechtsetzung, andererseits institutionalisiert sie Grundrechte, die den Schutz der im Rechtsetzungsverfahren

¹⁴⁵ Benz, Spieltheorie (Fn. 127), S. 318.

¹⁴⁶ Vgl. Steinberg, ZUR 2011, 340 (346 ff.). Das wäre anders, wenn die Bündelungstrassen auch zu anderen Zwecken genutzt werden könnten, etwa für Nachrichtentechniken zur Breitbandversorgung ländlicher Regionen. Für eine Mehrfachnutzung: Akademie für Raumforschung und Landesplanung, ARL-Empfehlungen zum Netzausbau für die Energiewende, 2013, S. 6.

¹⁴⁷ Vgl. Rainer Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, S. 432.

unterlegenen Minderheit gewährleisten. Damit liefert das Grundgesetz das „historisch eindrucksvollste Beispiel“ für die Verwirklichung einer gemischt prozedural-materiellen Gerechtigkeitstheorie:

„Sie ist prozedurale Theorie, weil sie Regeln und Bedingungen des Gesetzgebungs-, des Verwaltungs- und des Gerichtsverfahrens formuliert, die in ihrem Zusammenwirken die nach menschlichem Ermessen größtmögliche Gewähr gegen Machtmissbrauch und Ungerechtigkeit bieten. Und sie ist materiale Theorie, weil zu ihr eine Theorie der Menschen- und Bürgerrechte, vor allem der Freiheits- und Gleichheitsrechte, gehört, die dem Gesetzgeber nicht nur verfahrensmäßig, sondern auch inhaltlich Grenzen setzt.“¹⁴⁸

Dem Grundgesetz liegen verfassungstheoretische Grundlegungen zugrunde, die sich weniger auf *Hobbes* als vielmehr auf *Locke* stützen, die auf eine Distanz zur Radikalität *Rousseaus* gehen und in der *kantischen* Lesart einer Verbindung von negativer und positiver Freiheit verstanden werden, wie sie in der „Gleichursprünglichkeit“ als ein gegenseitiges Aufeinanderangewiesenseins von individueller und öffentlicher Autonomie zum Ausdruck kommt. *Habermas* erkennt diesen internen Zusammenhang von Demokratie und Rechtsstaat¹⁴⁹ an, der sich nicht ohne grobe Vereinfachungen in der herrschaftsbegründenden und der herrschaftsbegrenzenden Tradition des Verfassungsbegriffs¹⁵⁰ spiegelt. Verfassungen verkoppeln Recht und Politik.¹⁵¹ Die frühere Wertorientierung des Grundgesetzes weicht dem Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung für Politik.

1. Spielräume des Rechts

Das schafft Spielräume des Rechts, die durch eine „Konstitutionalisierung“ nicht verdeckt werden dürfen. Inwieweit die „Konstitutionalisierungsthese“ verfassungstheoretisch begründet werden kann, bleibt offen. Ein enges Verständnis der Verfassungstheorie würde diese Frage der Rechtstheorie oder -philosophie verweisen.¹⁵² Demgegenüber würde ein

¹⁴⁸ So *Ralf Dreier*, Die Gerechtigkeit des Rechts, in: Löwisch/Grimm/Otte (Hrsg.), Funk-Kolleg Recht I, 1985, S. 61 (70 f.).

¹⁴⁹ *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 83 ff.

¹⁵⁰ *Christoph Möllers*, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 (229 ff.). Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts *ders.*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 281 ff.

¹⁵¹ *Claudio Franzius*, Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, AöR 138 (2013), S. 204 (224 ff.).

¹⁵² Vgl. *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009.

weites Verständnis von Verfassungstheorie die Frage selbst zu beantworten versuchen und gegebenenfalls bejahen. Ein Verständnis des Verwaltungsrechts als konkretisiertes Verfassungsrecht (*Fritz Werner*) hat mit der Konstitutionalisierung der Gesamtrechtsordnung, verstanden als „Durchdringung“ des Gesetzesrechts mit den verfassungsrechtlichen Wertungen, keine Schwierigkeiten, obwohl es Gefahr läuft, die politischen Spielräume der Zukunftsgestaltung über Gebühr einzuengen. Dieses Problem ist freilich allgemeiner Natur und im Recht selbst angelegt: Einerseits droht die Anknüpfung an Begriffsprägungen der Vergangenheit die Beobachtungen der Gegenwart für die Zukunft fehlzuleiten. Andererseits hat die Rechtswissenschaft keine andere Möglichkeit als mit den bekannten Kategorien zu arbeiten und diese an veränderte Realbedingungen anzupassen. Dazu gehört, die Verfassungstheorie auf „Transnationalisierungsprozesse“ einzustellen.¹⁵³

Für die Infrastrukturplanung der Übertragungsnetze sagt die Verfassung weniger als es den Anschein haben mag. Ob die geäußerten Vorbehalte hinsichtlich der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz durchgreifen, sei an dieser Stelle dahingestellt.¹⁵⁴ Nicht nur, dass der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers verfassungsrechtlich anerkannt ist. Es ist auch keine verfassungstheoretische Fragestellung. Anders sieht dies mit Blick auf die seit langer Zeit umstrittene Frage aus, die verfahrensrechtlichen Partizipationsmöglichkeiten nicht nur als rechtsstaatlich geboten, sondern als demokratischen Wert anzuerkennen.¹⁵⁵ Diese Frage erhält durch die unsichere demokratische Legitimation der Bundesnetzagentur für die der behördlichen Fachplanung vorausliegende „private“ Netzentwicklungsplanung besonderes Gewicht.

2. Partizipation als demokratischer Wert

Ob die Verpflichtung auf eine repräsentative Demokratie, wie sie dem Grundgesetz, aber auch dem Unionsverfassungsrecht entnommen werden kann, einer verstärkten Bür-

¹⁵³ Vgl. *Franzius*, AöR 138 (2013), S. 204 (222 ff.).

¹⁵⁴ Ihre Thematisierung hat spürbar nachgelassen, vgl. zuletzt mit Blick auf die Verwaltungskompetenz nach Art. 87 Abs. 3 GG *Thomas Krappel*, Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Planung und Zulassung von Höchstspannungstrassen, DVBl 2013, 551. Anders noch die ersten Reaktionen, statt vieler *Rudolf Steinberg*, Zweifelhafte Schnellschuss, FAZ v. 27.6.2011, S. 10.

¹⁵⁵ Zu den rechtsstaatlichen und demokratischen Dimensionen *Johannes Saurer*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, DVBl 2012, 1082 (1085 ff.). Zu starke Fokussierung auf die rechtsstaatliche Funktion bei *Mann*, VVDStRL 72 (2013), S. 544 (561 ff.).

gerbeteiligung rechtliche Grenzen setzt, hängt davon ab, ob man dem Modell eines „holistisch-monistischen Demokratieverständnisses“¹⁵⁶ folgt, das partizipativen Beteiligungsformaten selbst keine Legitimationswirkungen zuspricht, diese vielmehr für legitimationsbedürftig erklärt. Pluralistische Demokratiekonzeptionen lösen sich demgegenüber von der Exklusivität der durch Wahlen hergestellten Repräsentativität.¹⁵⁷ Um die Pluralität der in den politischen Diskussionen entwickelten Überzeugungen aufzunehmen, bedürfe es eines deliberativen Prozesses, der aus dem Diskurs kollektive Interessen zu formulieren hilft. Dieses Modell tritt in keinen Gegensatz zur repräsentativen Demokratie, sondern ergänzt es dort, wo sich darüber allein Interessen- und Wertkonflikte nicht adäquat verarbeiten lassen, weil sie über die Figur des „rechtlich geschützten Interesses“ auf die Schutzinteressen des *bourgeois* fokussieren, die Teilhabeinteressen des *citoyen* aber ausblenden.¹⁵⁸ Danach spricht nichts dagegen, in der Bürgerbeteiligung einen demokratischen Wert zu sehen, der auf eine partizipative Anreicherung des Planungsverfahrens und eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung zielt.¹⁵⁹

Dies umso mehr, weil die Stromnetzplanung trotz der Verrechtlichung der frühen Stufen des bislang überwiegend informell durchgeführten Planungsverfahrens, deren Ergebnisse in gerichtlichen Verfahren zumeist nicht mehr erfolgreich in Frage gestellt werden konnten, in materieller Hinsicht nur schwach programmiert ist, die Ergebnisse vielmehr gerade durch Verfahren hergestellt werden sollen und mit Bindungswirkungen in das abschließende Planfeststellungsverfahren einfließen. Den Ausdünnungen materieller Regelungsprogramme kann nur durch eine Anerkennung eigenständiger Legitimationswirkungen des Verwaltungsverfahrens begegnet werden.¹⁶⁰ Diese Legitimationswirkungen dürfen nicht allein rechtsstaatlich und grundrechtlich, sondern müssen als demokratische „Leistungen“ anerkannt

¹⁵⁶ Sebastian Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 56 ff.

¹⁵⁷ Gegenüberstellung der Modelle: Hans-Heinrich Trute, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 4 ff., 15 ff.

¹⁵⁸ Zur Demokratisierung des Verwaltungsverfahrens Quabeck, *Dienende Funktion* (Fn. 57), S. 185 ff. mit dem Hinweis auf die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts, das bereits in den 60er Jahren eine pluralistische Demokratiekonzeption vorgezeichnet habe (BVerfGE 9, 268; 83, 37; 93, 37), woran eine demokratische Fundierung partizipativer Beteiligungsmodelle anknüpfen könne.

¹⁵⁹ Vgl. Groß, *VerwArch* 104 (2013), S. 1 (11 ff.). Zur Rechtsdurchsetzung Claudio Franzius, *Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung im Umweltrecht*, DVBl 2014, 543 (546 ff.).

¹⁶⁰ Vgl. Trute, *Die demokratische Legitimation der Verwaltung* (Fn. 157), § 6 Rn. 48.

werden. Entgegen mancher Stimmen im Schrifttum¹⁶¹ hat Partizipation durchaus eine demokratische Legitimationsfunktion. Sie „durchbricht“ nicht die durch Parlamentsgesetz vermittelte Legitimation, sondern „verbessert“ diese, hat dann aber in den bereitgestellten Verfahren gegenüber dem materiellen Gesetz nur eine instrumentelle, eben gesetzesakzessorische Funktion. Was in der Methodenlehre und in weiten Teilen der Verfassungstheorie, soweit sich diese von der kollektivistischen Überhöhung der Einheit des Staatsvolkes löst, als überwunden gilt, erweist sich dogmatisch als erstaunlich hartnäckig. Dreh- und Angelpunkt der traditionellen Verwaltungslegitimation ist die Gesetzesbindung und damit ein Konzept der Fremdlegitimation, das mit der Veränderung des Steuerungszugriffs des Gesetzes an Grenzen stößt.

Es fragt sich, ob die erheblichen Bindungswirkungen von den vorgelagerten auf die nachgelagerten Verfahrensstufen nicht gerade durch die partizipative Öffnung der Bedarfsplanung und der Bundesfachplanung legitimiert werden. Ferner fragt sich, ob es mit der Anerkennung der Beteiligungsverfahren als demokratische Teilhabeprozesse nicht gelingen könnte, die demokratische Legitimation der von der Bundesnetzagentur durch die Genehmigung des Szenariorahmens (§ 12a Abs. 1 EnWG), die Bestätigung des Netzentwicklungsplans der Netzbetreiber (§ 12c Abs. 4 EnWG) und die Entscheidung über die Bundesfachplanung (§ 12 Abs. 2 NABEG) letztverantworteten Planungsentscheidungen zu verbessern.

Eine partizipationsoffene Ausgestaltung kann die Zweifel an einer ausreichenden demokratischen Legitimation der Bundesnetzagentur für die Netzentwicklungsplanung nicht gänzlich ausräumen. Insoweit hilft auch der Hinweis auf die gesetzgeberische Entscheidung bei der Verabschiedung des Bundesbedarfsplangesetzes nicht weiter, da sich der Bundestag in einer „Ratifikationslage“ befindet, die angesichts des vorausgehenden Verfahrens mit zahlreichen Vorentscheidungen eine eigenständige Konzeptentscheidung des Parlaments nicht zulässt. Demgegenüber wäre eine Legitimation durch die Bundesregierung möglich und unionsrechtlich zulässig, weil Art. 35 Abs. 4 Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie eine Bindung der Regulierungsbehörde an „allgemeine politische Leitlinien der Regierung“ ausdrücklich zulässt. Politische Vorgaben können und müssen gegebenenfalls von der Bundesregierung

¹⁶¹ Zuletzt *Klaus Ferdinand Gärditz*, Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, *GewArch* 2011, 273 (274 ff.).

kommen, die, weil ihr nicht die Zuständigkeit für die Planung zugewiesen ist, zumindest der Bundesnetzagentur als neuer Planungsbehörde die maßgeblichen Leitlinien vorgeben muss.¹⁶² In dieser Behörde drohen Regulierung und Planung zu verschwimmen. Das inzwischen relativ scharf formulierte Unabhängigkeitserfordernis des Unionsrechts¹⁶³ erstreckt sich jedoch allein auf Regulierungsentscheidungen, nicht auf Planungsentscheidungen, zu denen auch die Genehmigung der Netzentwicklungsplanung der Netzbetreiber gehört.

Wie der Sachverständigenrat für Umweltfragen überzeugend ausführte, lag der Charme des Vorschlags, die vorgelagerte Planung länderübergreifender Energienetze der Bundesregierung zuzuweisen, in der Nutzbarmachung der administrativen Verwaltungskraft und der demokratischen Legitimation der Regierung.¹⁶⁴ Ähnliches hatte der Entwurf der Sachverständigenkommission für ein Umweltgesetzbuch für die Verkehrsplanung empfohlen.¹⁶⁵ Wegen der engen Verknüpfung von Bedarfsfeststellung und großräumiger Trassenplanung sah der Sachverständigenrat eine Bündelung beider Entscheidungen in einem Instrument an Stelle der Differenzierung zwischen gesetzlicher Bedarfsfeststellung und exekutivischer Trassenfestlegung vor. Hingewiesen wurde auf das teilweise skeptisch beurteilte Legitimationspotential der Bundesnetzagentur.¹⁶⁶ Allerdings sollten „die Möglichkeiten einer im Verfahren zu erarbeitenden Legitimationserweiterung nicht unterschätzt werden und auch die behördeninternen Legitimationspotentiale etwa in Gestalt des Beirats in die Überlegungen einbezogen“ werden.¹⁶⁷

Auf die Einrichtung eines nach Schweizer Vorbild vorgeschlagenen Beirats, der eine frühzeitige Einbindung zentraler Interessengruppen unter Einschluss der Übertragungsnetzbetreiber, wichtiger Netznutzer auf Erzeuger- und Abnehmerseite sowie bundesweit agie-

¹⁶² Georg Hermes, Das neue System der Energienetzplanung – verfassungsrechtliche und planungsrechtliche Grundfragen und weiterer Handlungsbedarf, EnWZ 2013, 395 (400); ders., ZUR 2014, 259 (265 ff.).

¹⁶³ Claudio Franzius, Die Bundesnetzagentur zwischen politischer Steuerung und gerichtlicher Kontrolle, DÖV 2013, 714 (715 ff.).

¹⁶⁴ Sachverständigenrat für Umweltfragen, Sondergutachten (Fn. 4), Tz. 580.

¹⁶⁵ §§ 530 ff. UGB-KomE, vgl. BMU (Hrsg.), Sachverständigenentwurf für ein Umweltgesetzbuch, 1998, S. 1323 ff.

¹⁶⁶ Ausf. Franziska Alice Löhr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag, 2005; entdramatisierend Johannes Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, D 73 ff. Zu einer neuen theoretischen Fundierung Pierre Rosanvallon, Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit, Reflexivität, Nähe, 2010, S. 93 ff.

¹⁶⁷ Sachverständigenrat für Umweltfragen, Sondergutachten (Fn. 4), Tz. 581.

render Umweltverbände ermöglichen würde, hat der Gesetzgeber jedoch verzichtet. Der neue Bundesfachplanungsbeirat nach § 32 NABEG kann zwar helfen, Konflikte mit den Ländern auszuräumen, institutionalisiert aber keinen umfassenden Erfahrungsaustausch mit dem Ziel, ein „kooperationsförderndes Vertrauen“ in der Gesellschaft zu schaffen.¹⁶⁸ Die Last ergänzender Legitimationszufuhr liegt in den partizipativen Verfahren der Verbands- und Öffentlichkeitsbeteiligung. Hier geht es weder darum, die Bürger lediglich als „Informationsbeschaffer“ in die Verfahren einzubeziehen. Noch geht es darum, den Bürger als „Mitentscheider“ zu verstehen, womit die räumliche Planung unter direktdemokratische Vorbehalte gestellt wäre. Vielmehr legen es die Partizipationsverfahren der Stromnetzplanung nahe, die Bürger als „Experten für das tägliche Leben“ zu begreifen.¹⁶⁹ Daran muss die nähere Ausgestaltung der Verfahren anknüpfen.

Ob die knappen Konsultationsfristen nach § 12c Abs. 3 EnWG für die Beteiligung der Behörden, noch mehr aber für die Bürger an der jährlichen Netzentwicklungsplanung eine hinreichend offene Planung gewährleisten, erscheint vor dem Hintergrund der gewachsenen Zweifel an den prognostizierten Ausbaupfaden zweifelhaft. Diese Zweifel schlagen auf die Bundesfachplanung durch und erschweren die behördliche Kommunikation der Begrenzung hier noch relevanter, weil nicht bereits durch die Bedarfsplanung entschiedener Fragen. Von einer gelingenden Partizipation aber, welche die Netzausbauplanung mit dem Trassenverlauf auch zu einem Projekt der Bürger macht, hängt zu einem guten Teil der Erfolg der „Energie-wende“ ab.

Zusammengefasst: Repräsentation und Partizipation sind keine scharfen Gegensätze, wie das Unionsverfassungsrecht in Art. 11 EUV zeigt, können aber nicht beliebig „zusammengesetzt“ werden, wie es teilweise in der politischen Soziologie geschieht. Soweit die grundlegenden Infrastrukturentscheidungen politisch verantwortet werden, kann und sollte deren fachplanerische Konkretisierung *partizipativ* flankiert werden.

¹⁶⁸ Krit. *Calliess/Dross*, JZ 2012, 1002 (1010 f.).

¹⁶⁹ Vgl. *Oliver Kuklinski/Bettina Oppermann*, Partizipation und räumliche Planung, in: Scholich/Müller (Hrsg.), Planungen für den Raum zwischen Integration und Fragmentierung, 2010, S. 165 (166). Für eine „inklusive Planungskultur“ *Renn u. a.*, ZUR 2014, 281 ff. und sogleich im Text.

C. Möglichkeiten und Grenzen eines „analytisch-deliberativen“ Verfahrens für die Bundesfachplanung

Die Gestaltung der Energiewende in der Verknüpfung des Wandels der Erzeugungsstrukturen mit der Frage nach der dadurch bedingten Netzausbauplanung ist ein transdisziplinäres Projekt, das sich nicht auf Rechtsfragen beschränkt.¹⁷⁰ Ohne das Recht wird die „Große Transformation“¹⁷¹ aber nicht gelingen.

Vorliegend ist der Fokus in zweifacher Weise eingeschränkt: Zum einen soll es allein um das Planungsverfahren für die länderübergreifenden Höchstspannungsleitungen gehen, deren vordringlicher Bedarf durch den Gesetzgeber im Bundesbedarfsplangesetz verbindlich festgestellt worden ist.¹⁷² Zum anderen zielen die nachfolgenden Ausführungen auf das Ausloten der Spielräume, die von den Akteuren nach Maßgabe der unter B. genannten „Theoriebausteine“ im Rahmen des neuen Planungsregimes ausgefüllt werden können. Für die jetzt erstmals durchzuführende Bundesfachplanung liegen noch keine Erfahrungen vor. Auch ihre Einordnung in das Planungsrecht zwischen Raumordnungs- und Fachplanungsrecht ist umstritten.¹⁷³ Das erschwert eine Verfahrensmodellierung, schließt sie mit Blick auf Schwächen und Optimierungspotentiale aber nicht aus.

¹⁷⁰ Vgl. *Harald Heinrichs u.a.*, Die Energiewende als transdisziplinäre Herausforderung, GAIA 2011, 202; *Armin Grunwald/Jens Schippl*, Die Transformation des Energiesystems als gesellschaftliche und technische Herausforderung, in: *Radtke/Hennig* (Hrsg.), Die deutsche „Energiewende“ nach Fukushima, 2013, S. 21 ff.

¹⁷¹ Vgl. *Irmis Seidl*, Die „Große Transformation“: Chancen einer Debatte, GAIA 2014, 1. Zu den Herausforderungen des Anthropozäns als neuem Erdzeitalter *Reinhold Leinfelder*, Das Zeitalter des Anthropozäns und die Notwendigkeit der großen Transformation, ZUR 2017, 259.

¹⁷² BBIPG v. 23.7.2013, BGBl I S. 2543. Danach fallen die unter A1 und A2 gekennzeichneten Stromleitungen unter die Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG und die Planfeststellung nach §§ 18 ff. NABEG. Für die übrigen im Bundesbedarfsplan genannten Leitungsvorhaben bleiben demgegenüber die §§ 43 ff. EnWG anwendbar.

¹⁷³ Für eine Zuordnung zur Raumordnung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG mit der Folge, dass den Ländern das Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG zustünde: *Erbguth*, Planerische Rechtsfragen des Netzausbaus (Fn. 120), S. 31 ff. Die Bundesfachplanung ist aber kein „hochgezontes“ Raumordnungsverfahren, vgl. *Schmitz/Jornitz*, NVwZ 2012, 332 (334). Richtig ist die Zuordnung zur Energiewirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG mit einem „gestuften“ fachplanerischem Gehalt, vgl. *Markus Appel*, in: *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, vor § 1 NABEG, Rn. 30 ff. *Wolfgang Durner*, Vollzugs- und Verfassungsfragen des NABEG, NuR 2012, 369 (373 f.) spricht missverständlich von „fachgesetzlichem Sonderraumordnungsrecht“.

I. Konzept

Dafür mag sich ein analytisch-deliberatives Verfahren anbieten. Das Konzept geht auf den Vorschlag des US-amerikanischen National Research Council (NRC) zurück, der unter dem „*analytic-deliberative process*“ die Kombination von wissenschaftlich und technisch ausgerichteten Analyseverfahren mit argumentativ ausgerichteten Diskursverfahren zur Abwägung der Vor- und Nachteile einer Option zur Erfüllung der erwünschten Ziele empfiehlt.¹⁷⁴ In der sozialwissenschaftlichen Literatur hat dieses Verfahrensmodell eine herausgehobene Bedeutung erhalten, das transdisziplinär auch auf die Verfahrensmodellierung der Stromnetzplanung vorgeschlagen wird.¹⁷⁵

Dem Vorschlag liegt die Einsicht in das Wechselspiel von Expertise und Deliberation zugrunde, die sich nicht gegeneinander ausspielen lassen. Allein auf Sachverstand ohne eine politische und ethische Bewertungsgrundlage zu setzen, verbietet sich ebenso wie ein diskursives Verfahren im „luftleeren“ Raum, der technische und rechtliche Restriktionen aus dem Blick verliert, damit aber Transformationsprozesse nicht anzuleiten vermag. Ein Entscheiden ohne Partizipation führt selten zu stabilen Ergebnissen des Interessenausgleichs, aber Partizipation ohne Wissen führe zu Diletantismus und zu Handlungsfolgen, die niemand wünschen könne.¹⁷⁶ Das analytisch-deliberative Verfahrensmodell zeichnet sich deshalb durch *zwei Komponenten* aus, um deren Verzahnung es gehen muss: Auf der eine Seite steht eine Vorauswahl von Entscheidungsoptionen, die auf der anderen Seite zur Kanalisierung sozialer Komplexität eine Bürgerbeteiligung erfordern, deren Ergebnisse in den Entscheidungsprozess einfließen. Auf diese Weise soll das *Wissen* über Zweck-Mittel Beziehungen in eine Beziehung zu den *Präferenzen* in Bezug auf Mittel und Ziele gesetzt werden. Die Beteiligung der Bürger in den Verfahren der Stromnetzplanung hat nicht nur eine wissensgenerierende Funktion, sondern muss auch das „Nichtwissen“ kenntlich machen, um auf dieser

¹⁷⁴ Paul C. Stern/Harvey V. Fineberg (Hrsg.), *Understanding Risk. Informing Decisions in a Democratic Society*, 1996, S. 118 ff. Daran anschließend Renn, Partizipation bei öffentlichen Planungen (Fn. 80), S. 137 ff.

¹⁷⁵ So etwa durch die 2011 gegründete Helmholtz Allianz „ENERGY-TRANS“ als ein Forschungsverbund von deutschen Wissenschaftlern, die die Energiewende von der gesellschaftlichen Bedarfs- und Nutzerseite aus betrachten, vgl. Helmholtz Allianz Energy-Trans, Policy Brief 01/2014, S. 7 ff. (Thesen 5 und 8), abrufbar unter: www.energy-trans.de, abgedruckt in: Renn u.a., ZUR 2014, 281 (284 ff.).

¹⁷⁶ Renn/Oppermann, ZAU Sonderheft 6 (1995), S. 257 (275 f.).

Grundlage eine Ermittlung der Präferenzen zu ermöglichen und eine Bewertungsgrundlage für die behördliche Planungsentscheidung zu bilden.

Die Helmholtz Allianz „Energy-Trans“ hält die Integration einer solchen diskursiven Strategie in die Bundesfachplanung für problemlos möglich.¹⁷⁷ Das setzt voraus, dass man sich der Schwächen der jeweiligen „Systemrationalität“ bewusst wird und im Rahmen des Möglichen pragmatisch zu überwinden versucht. Dies umso mehr, weil sich jedes neue Verfahrensmodell in der nicht nur von energiepolitischen Erwägungen getragenen *Praxis* zu bewähren hat.

II. Optimierung des Planungsverfahrens

Die theoretischen Bausteine für ein Verfahrensmodell der Stromnetzplanung haben spannungsgeladene Aussagen zum Planungsverfahren zum Vorschein gebracht. Empfehlungen der Steuerungstheorie können zu anderen Ergebnissen kommen als die System- und Netzwerktheorie.¹⁷⁸ Prozedurale Gerechtigkeitstheorien mögen quer zu Rationalitätsannahmen der Spieltheorie stehen. Das ließe sich fortsetzen. Festzuhalten verdient an dieser Stelle, dass sich eine ganzheitliche Theorie des Verfahrens nicht entwickeln lässt. Auch der Planungstheorie fallen rechtswissenschaftlich operationalisierbare Aussagen schwer.¹⁷⁹ *Ortwin Renn* und *Bettina Oppermann* haben die Herausforderung schon vor einigen Jahren mit den Worten zusammengefasst:

„Das Dilemma öffentlicher Planung besteht darin, dass zur politischen Bewertung von Planungsvorhaben Sachkenntnis vorliegen muss, aber Sachkenntnis allein nicht ausreicht, um eine demokratisch legitimierte Lösung zu finden. Die Entscheidung den Experten überlassen, verletzt die normative Grundlage demokratischer Ordnungen; die Entscheidung dem Markt der politischen Kräfte anheimzugeben, führt in der Regel zur Verkennung sachlicher Gesetzmäßigkeiten und zu hohen Folgekosten. Gefragt ist eine Strategie, die eine faire Beschlussfassung mit kompetenter Problemlösung verbindet.“¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Renn u.a.*, ZUR 2014, 281 (286); zust. *Schomerus*, EurUP 2014, 196 (197 f.).

¹⁷⁸ Siehe aber *Arno Scherzberg*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion, in: Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 837 ff.

¹⁷⁹ *Wolfgang Köck*, Pläne, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 37 Rn. 57. Überblick zur Planungstheorie: *Dietrich Fürst*, in: ders./Scholles (Hrsg.), Theorien und Methoden der Raum- und Umweltplanung, 3. Aufl. 2008, S. 21 ff.

¹⁸⁰ *Renn/Oppermann*, ZAU Sonderheft 6 (1995), S. 257 (259).

Auszugehen ist von der Tatsache, dass wir es nicht nur mit einem Wandel staatlicher Aufgabenerfüllung zu tun haben, der sich in einem besonderen Zuschnitt staatlicher und privater Verfahrensbeiträge niederschlägt (1.). Zum anzuerkennenden, aber nicht zu dramatisierenden Steuerungsdilemma der Politik tritt ein Expertendilemma (2.), dem durch die Beteiligung gesellschaftlicher Kräfte im Verfahren nur begrenzt begegnet werden kann (3.). Erforderlich wird die richtige Mischung aus Verfahrensstrategien (4.), womit der Prüfungsumfang der Planung auf die konkrete Situation angepasst werden muss (5.). Die Etablierung eines solchen „analytisch-deliberativen Verfahrens“ lässt sich nicht einfach erzwingen. Es setzt eine neue Verfahrenskultur voraus (6.), die das Ausprobieren neuer Beteiligungsmodelle zulassen muss.

1. Staatliche Verfahrensverantwortung

Der Gewährleistungsstaat, so hatten wir gesagt, verweist auf die besondere Verkopplung von politischer Steuerung und rechtlicher Bindung. Dass den Staat im Bereich der Energieversorgung eine Gewährleistungsverantwortung trifft, ist auch ohne verfassungsrechtlich ausdrückliche Verankerung wie in Art. 87f GG für den Post- und Telekommunikationssektor seit vielen Jahren anerkannt und liegt den §§ 1 ff. EnWG zugrunde.¹⁸¹ Diese Gewährleistungsverantwortung kommt nicht bloß in einer Rechtssetzungsverantwortung des Staates zum Ausdruck, sondern auch in seiner Verfahrensverantwortung. Was bedeutet das für das Mischungsverhältnis aus behördlichen und privaten Verfahrensbeiträgen für die Stromnetzplanung?

a) Gewährleistungsverantwortung des Bundes

Es gehört zu den verbreiteten Missverständnissen des staatlichen Wandels, dass der Gewährleistungsverantwortung des Staates allein durch die *Regulierung* der Märkte nachgekommen wird. Seiner Gewährleistungsverantwortung für die Leistungserbringung kommt der Staat vielmehr auch durch *Planung* nach. Der regulierungsrechtliche Zugriff auf den

¹⁸¹ Vgl. Hartmut Weyer, Wer plant die Energienetze?, in: FS Kühne, 2009, S. 423 ff.; Franke, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren (Fn. 5), S. 130.

Netzausbau wird planungsrechtlich flankiert. Es kommt zu keiner Ersetzung, sondern einer planungsrechtlichen Überformung der Regulierung.¹⁸²

Das Verfahren der Stromnetzplanung lässt die Annahme eines „Wegs in die Planwirtschaft“ nicht zu.¹⁸³ Nicht nur, dass die initiierende Rolle für die Verfahren bei den Übertragungsnetzbetreibern verbleibt.¹⁸⁴ Das gilt für die Netzentwicklungsplanung im Vorfeld der behördlichen Bedarfsplanung, die an die Planung der privaten Netzbetreiber anknüpft. Aber auch die Bundesfachplanung ist als Antragsverfahren ausgestaltet, wird mit einem Antrag des Netzbetreibers eröffnet (§ 6 NABEG) und nach Festlegung des Untersuchungsrahmens durch die Bundesnetzagentur von den eingereichten Antragsunterlagen des Netzbetreibers (§ 8 NABEG) gesteuert.¹⁸⁵ Weil die Bundesnetzagentur im Planfeststellungsverfahren gehindert ist, etwas planfestzustellen, was nicht beantragt worden ist, zwingt dies die Verfahrensbeteiligten zur Kooperation. Zwar trifft die Behörde eine eigene Abwägungsentscheidung. Diese wird aber durch die Netzbetreiber mitgesteuert.

Zu bedenken ist auch, dass es im geltenden Recht schon seit längerer Zeit punktuelle und systematische Investitionspflichten des Netzbetreibers (§ 9 EEG, § 11 EnWG) gibt. Diese Pflichten fielen aber schwach aus, weil sie behördlich nur begrenzt kontrollierbar und nicht durchsetzbar waren. Der liberalisierte Strommarkt in der Erzeugung schlug sich in einer planungsrechtlichen Distanz gegenüber dem Netzausbau nieder, was angesichts der erheblichen Bedeutung als Infrastruktur überraschte und erst mit der Einführung des Planungsregimes für Leitungsvorhaben nach §§ 43 ff. EnWG aufgegeben wurde. Diesem Regime werden jetzt zwei neue Planungsebenen vorgeschaltet, was Änderungen in den Verfahren hervorrufen hat:

¹⁸² *Schmitz/Jornitz*, NVwZ 2012, 332. Die systematische Regulierung des Netzausbaus bedarf der planungsrechtlichen Grundlage, vgl. *Schneider*, Fragen des Netzausbaus (Fn. 4), S. 22 ff.; *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Sondergutachten (Fn. 4), Tz. 535 ff.

¹⁸³ A.A. *Martin Kment*, Verbote der Energiewende in der Bundesrepublik Deutschland: das Netzausbaubeschleunigungsgesetz, RdE 2011, 341 (344 f.); *Glaser*, DVBl 2012, 1283 (1284 ff.); gegenläufig und richtig *Hermes*, EnWZ 2013, 395 (400 ff.); *Fehling*, Die Verwaltung 47 (2014), S. 313 ff.

¹⁸⁴ *Gunhild Becker*, Beteiligte am Planungsprozess, in: Posser/Faßbender (Hrsg.), Praxishandbuch Netzausbau und Netzplanung, 2013, 6. Abschnitt, Rn. 22, 27.

¹⁸⁵ Diese „Steuerungsverantwortung“ ist vor den Hintergrund des Umstands, dass die Netzbetreiber den Bedarf prognostizieren, hervorzuheben, da die Bundesnetzagentur mangels eigener Planungen in Gefahr gerät, die Planungen der Netzbetreiber zu übernehmen oder „kriterienlos“ abzuändern.

Zum *einen* hat die Bundesnetzagentur die ihrerseits auf dem genehmigten Szenariorahmen beruhende Netzentwicklungsplanung der Netzbetreiber nach § 12c Abs. 4 EnWG zu bestätigen, kann aber auch Änderungen der „privaten“ Planung verlangen und nach § 65 Abs. 2a EnWG die Investition in den Netzausbau erzwingen. Erfolgt die Investition nicht innerhalb der von der Behörde gesetzten Frist, kann die Regulierungsbehörde ein Ausschreibungsverfahren zur Durchführung der betreffenden Investition treffen. Diese, wohl die behördliche Festlegung des verantwortlichen Übertragungsnetzbetreibers nach § 12c Abs. 4 S. 3 EnWG voraussetzende¹⁸⁶ Möglichkeit ist keine Abkehr vom Regulierungsrecht, sondern Ausdruck der behördlichen Gewährleistungsverantwortung für die vom Netzbetreiber erarbeitete Planung.¹⁸⁷

Zum *anderen* erstellt die Bundesnetzagentur in einem vom Verfahren der Netzentwicklungsplanung zu unterscheidenden, aber darauf aufbauenden Verfahren den SUP-pflichtigen Entwurf für den Bundesbedarfsplan, den sie an die Bundesregierung weiterleitet, die schon wegen ihrer energiepolitischen Verantwortlichkeit nicht an den Entwurf gebunden ist und diesen dem Gesetzgeber zur Entscheidung vorlegt. Der Gesetzgeber „transportiert“ mit dem Bundesbedarfsplangesetz die private, aber behördlich gegebenenfalls unter Modifikationen genehmigte Planung der Netzbetreiber¹⁸⁸ mit der verbindlichen Bedarfsfeststellung in die behördliche Planung der Trassenkorridore und das Zulassungsverfahren des konkreten Vorhabens.

Daran wird deutlich, dass die Netzentwicklungsplanung ein *Regulierungsinstrument* zur Gewährleistung eines bedarfsgerechten Netzausbaus ist. Die Bestätigung des Netzentwicklungsplans entfaltet nur als Regulierungsentscheidung eine rechtliche Wirkung, woran die Sanktionierung nach § 65 Abs. 2a EnWG anknüpft. Sie entfaltet aber keine Bindungswirkungen für die planerische Umsetzung des Leitungsvorhabens. Das geschieht erst durch die Bedarfsplanung als exekutivem *Planungsinstrument* für die Annahme durch den Gesetzgeber. Insoweit dient die Bestätigung des Netzentwicklungsplans der Vorbereitung des Bedarfsplans. Die Besonderheit besteht darin, dass

¹⁸⁶ Becker, Beteiligte am Planungsprozess (Fn. 184), Rn. 26.

¹⁸⁷ Reinhard Ruge, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 12b Rn. 45.

¹⁸⁸ Zu den Schwierigkeiten, die Netzplanung an den energiepolitischen Zielen der Bundesregierung auszurichten: Hans-Jochen Luhmann, Das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Stromnetzausbauplanung – eine erste Bewertung, ET 4/2013, 32 (34 ff.).

„der gesetzesvorbereitende Plan nicht lediglich zu diesem Zweck erarbeitet wird, sondern dass ein durch regulatorische Vorgaben bestimmtes Planungsinstrument *zusätzlich* für Zwecke raumbezogener Planung in Dienst genommen wird“.¹⁸⁹

In dieser Mischung liegt die Pointe der frühzeitigen Planungsverfahren. Der Netzentwicklungsplanung wird eine rechtliche Doppelnatur als Regulierungs- und Planungsinstrument zugesprochen, womit private und behördliche Verfahrensbeiträge im Sinne der regulierten Selbstregulierung miteinander verkoppelt werden.¹⁹⁰ Das gilt auch für die nachfolgende Bundesfachplanung, die zwar antragsgebunden ist, wo die Bundesnetzagentur den Netzbetreiber aber zur Antragstellung verpflichten kann und die maßgeblichen Antragsunterlagen in einer Antragskonferenz (§ 7 NABEG) vorstrukturiert werden. Da die Bundesfachplanung unter Einbeziehung einer Vielzahl von Akteuren das Raumordnungsverfahren ersetzt, kommt es hier zu einer partiellen funktionalen Verfahrensprivatisierung¹⁹¹ unter der verfahrensrechtlichen Letztverantwortung der Bundesnetzagentur, der wegen der Verpflichtung zur Alternativenprüfung unter Öffentlichkeitsbeteiligung sogar die Befugnis zugesprochen wird, einen nicht beantragten Trassenkorridor auszuwählen¹⁹² und dem Planfeststellungsverfahren verbindlich vorzugeben. Auch auf dieser abschließenden Planungsstufe kann die Bundesnetzagentur den Vorhabenträger nach § 12 Abs. 2 S. 3 NABEG zur Antragstellung auffordern und über die Festlegung des Untersuchungsrahmens auf der Grundlage der Ergebnisse der Antragskonferenz das weitere Verfahren steuern, wenngleich die Bindungen an den endgültigen Antrag hier stärker ausfallen. Zwar sind die Planungsentscheidungen als nachvollziehende Abwägungsentscheidungen zu begreifen. Aber die Bundesnetzagentur kann und sollte auf die unregelte Planung des Vorhabenträgers und dessen Antragsstel-

¹⁸⁹ Franke, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren (Fn. 5), S. 129 (Hervorhebung im Original).

¹⁹⁰ Vgl. Jens-Peter Schneider, Planungs- und Genehmigungsverfahren zum Ausbau des Stromübertragungsnetzes, EnWZ 2013, 339 (341). Zu einem regulierungsrechtlichen Verständnis der Bedarfsplanung im Gesundheitsrecht Claudio Franzius, Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht, VSSR 2012, 49 ff.

¹⁹¹ Schneider, EnWZ 2013, 339 (341); ders., Akzeptanz von Energieleitungen durch Planungsverfahren (Fn. 7), S. 417 f.

¹⁹² So wohl auch Schirmer/Seiferth, ZUR 2013, 515 (519 f.). Das soll kein originäres Trassenkorridorfindungsrecht beeinhalteln, vgl. M. Appel, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 5 NABEG Rn. 115 f. Zu berücksichtigen sind jedoch Alternativvorschläge, die insbesondere von den Ländern eingebracht werden können.

lung gegebenenfalls nach Maßgabe zu erlassender Verwaltungsvorschriften¹⁹³ Einfluss nehmen.

Zwar handelt es sich bei den Investitionsentscheidungen weiterhin um Unternehmensentscheidungen. Die Netzbetreiber tragen die Systemverantwortung für den bedarfsgerechten Ausbau des öffentlichen Stromnetzes. Ihre Entscheidungen sind jedoch regulierungsrechtlich eingerahmt und werden planungsrechtlich überformt, in den gemeinwohlbezogenen Wirkungen durch den Staat gewährleistet und mitverantwortet.¹⁹⁴ Durch die behördliche Planung in der Form „reflexiver Steuerung“ wird die unternehmerische Eigenverantwortung eingehegt, aber nicht beseitigt.¹⁹⁵

b) Rollenwandel von Bund, Ländern und Kommunen

Vielmehr kommt es im Netzplanungsrecht zu einem Rollenwandel von Bund, Ländern und Kommunen. Hierfür ist nicht zuletzt die zunehmende Determinierung durch das europäische Unionsrecht verantwortlich. So geht die Netzentwicklungsplanung im wesentlichen auf die Vorgaben des Art. 22 Energiebinnenmarktrichtlinie zurück, wird darüber aber auch auf die *regulierungsrechtliche* Interpretation beschränkt. Die Netzbetreiber tragen die Finanzierungsverantwortung des im öffentlichen Interesse liegenden Netzausbaus, der nicht aus Steuermitteln, sondern auf eigenes wirtschaftliches Risiko realisiert wird. Darin unterscheidet sich die Planung der Stromnetzplanung von den Verkehrswegen, deren Bedarfsplanung eher als eine gesetzliche Form der Ausgabenplanung für steuerfinanzierte Infrastrukturnetze

¹⁹³ Akademie für Raumforschung und Landesplanung, ARL-Empfehlungen zum Netzausbau für die Energiewende, 2013, S. 3; ähnlich für die Qualität der von den Übertragungsnetzbetreibern für die öffentliche Konsultation vorgesehenen Dokumente *Luhmann*, ET 4/2013, S. 32 (36). Das wird durch § 12c Abs. 6 EnWG erlaubt. Danach kann die Bundesnetzagentur durch Festlegung nähere Bestimmungen zu Inhalt und Verfahren der Erstellung des Netzentwicklungsplans sowie zur Ausgestaltung des Verfahrens zur Beteiligung der Öffentlichkeit treffen. Zur Konzeptbildung unten C.4.b.

¹⁹⁴ Für *Glaser*, DVBl 2012, 1283 (1287 ff.) ist die Einschränkung der Investitions- und Planungsfreiheit, die angesichts der gesetzlichen Investitionspflichten nach §§ 11, 12 EnWG so freilich nicht bestand, der Preis für die fehlende eigentumsrechtliche Entflechtung. Danach stellt die (Stärkung der) Netzausbaupflicht jenseits der Deutungsmuster von staatlicher Regulierung privater Wirtschaftstätigkeit und unmittelbar staatlicher Aufgabenwahrnehmung einen „dritten Weg“ dar, was schon seit längerer Zeit mit „regulierter Selbstregulierung“ als Modus des Gewährleistungsstaates umschrieben wird. Dabei sollten die grundrechtlichen Grenzen nicht überschritten werden, vgl. *Oliver Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 4 Rn. 51 ff.

¹⁹⁵ So im Ergebnis auch *Pielow*, Interdependenzen (Fn. 16), S. 49 f.

verstanden werden muss.¹⁹⁶ Deshalb ist auch mehr als fraglich, ob den Übertragungsnetzbetreibern für die nach § 12b Abs. 4 EnWG verlangte planerische Abwägung bei der Erstellung des Netzentwicklungsplans ein planerischer Gestaltungsspielraum eingeräumt ist, der von der Bundesnetzagentur und den Gerichten nur auf Abwägungsfehler überprüft werden könnte.¹⁹⁷ Nicht nur den Netzbetreibern kommt insoweit eine eigentümliche „Zwitter-Rolle“ zu.¹⁹⁸ Das gilt auch für die Netzausbaumaßnahmen, die sich durch ein Verschwimmen des regulierungs- und planungsrechtlichen Zugriffs kennzeichnen lassen.¹⁹⁹

Zwar nutzt der Gesetzgeber der Energiewende das Planungsrecht selbstbewusst in der Tradition der Infrastrukturplanung, scheint damit aber durchaus Impulse des europäischen Planungsrechts²⁰⁰ aufzugreifen, was den Anpassungsbedarf an die Verordnung über Trans-europäische Netze (TEN-VO) beherrschbar halten lässt.²⁰¹ Jedenfalls kommt der Aufbau einer zentralen Planung unter der Verfahrensherrschaft der Bundesnetzagentur den Vorgaben der neuen Verordnung entgegen: Auf der einen Seite statuiert die Verordnung eine Reihe von Vorgaben an die Netzbetreiber, die zu einer quasi-behördlichen Planung verpflichtet werden. Auf der anderen Seite setzen der Gesetz- und Verordnungsgeber mit der Übertragung der Planfeststellungskompetenz auf die Bundesnetzagentur das integrierte Schema des Art. 8 Abs. 3a) TEN-VO um und verwirklichen damit das Modell des *one-stop-shops*, was den Netzbetreibern mit einem einheitlichen Ansprechpartner erhebliche Verfahrensvorteile bringt, aber das Risiko des „*agent captures*“ erhöht.

Die europäische Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Infrastruktur etabliert ein eigenes Verfahren zur Identifizierung von *Vorhaben von gemeinsamen Interesse (VGI)*,

¹⁹⁶ Becker, Beteiligte am Planungsprozess (Fn. 184), Rn. 32.

¹⁹⁷ Becker, Beteiligte am Planungsprozess (Fn. 184), Rn. 36 f. Zu weitgehende Folgerungen aber bei Antweiler, NZBau 2013, 337 (340 f.).

¹⁹⁸ Becker, Beteiligte am Planungsprozess (Fn. 184), Rn. 40 ff.

¹⁹⁹ Was durch den behördlichen Gestaltungsauftrag, der sowohl der Regulierung als auch der Planung zugrundeliegt, nicht verdeckt werden sollte. Zur Annäherung in der gerichtlichen Kontrolle BVerwGE 130, 39 (48 ff.); 131, 41 (62 ff.); krit. Claudio Franzius, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht?, DVBl 2009, 409 ff.

²⁰⁰ Zur europäischen Planung Ernst-Hasso Ritter, Europäische Raumentwicklungspolitik, 2009; Klaus Ferdinand Gärditz, Europäisches Planungsrecht, 2009.

²⁰¹ Vgl. Schmitz/Jornitz, NVwZ 2012, 332 (334); Sven Fischerhauer, Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, EnWZ 2013, 56 ff.; Dietrich/Steinbach, DVBl 2014, 488 ff. Zu den Herausforderungen Markus Appel, Genehmigungsrechtliche Fragen der Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, ER 2017, 98.

denen nach Art. 7 Abs. 3 TEN-VO ein Vorrangstatus eingeräumt ist. Anders als die im Bundesbedarfsplangesetz aufgeführten und als „grenzüberschreitende“ Stromleitungen dem Planungsregime der §§ 4 ff. NABEG unterfallenden Leitungen können VGI-Leitungen nach Art. 4 Abs. 1 TEN-VO auch solche sein, die keine Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat überschreiten, aber grenzüberschreitende Auswirkungen haben. Allerdings folgt aus dem VGI-Status einer Stromleitung noch nicht, dass diese unter den Anwendungsbereich der §§ 1 ff. NABEG fällt. Vielmehr ist der Gesetzgeber aufgefordert, das Vorhaben in den Bundesbedarfsplan aufzunehmen. Die Verordnung enthält aber auch wichtige und teilweise abweichende Vorgaben für die Planungsverfahren in Deutschland. Ob die engen, aber weitgehend sanktionslos überschreitbaren Fristen²⁰² für die Genehmigungsverfahren zur mehrstufigen Planung in Deutschland passen²⁰³ und eingehalten werden können, erscheint zweifelhaft. Auch ist unklar, auf welcher Planungsstufe die Verfahrens- und Fristvorgaben der Art. 9 ff. TEN-VO anwendbar sind.²⁰⁴ Das erschwert eine Verfahrensmodellierung nach den europäischen Vorgaben.

Die Anlehnung des Gesetzgebers an das Unionsrecht, sei es antizipativ in der Übernahme oder in der Prägung seiner Vorschriften, hat allerdings einen Preis.²⁰⁵ Dieser wird mit einem Verlust an Mitgestaltungsbefugnissen der Länder und Kommunen zugunsten des Bundes bezahlt. Zwar ist das Unionsrecht nicht mehr landesblind, wie Art. 4 Abs. 2 EUV mit der Achtung der nationalen Identität einschließlich der kommunalen Selbstverwaltung

²⁰² Art. 6 TEN-VO sieht dafür die Benennung eines Europäischen Koordinators vor. Aber auch das deutsche Recht ist nicht streng. § 12 Abs. 1 NABEG trägt mit der Fristvorgabe von sechs Monaten für das Verfahren der Bundesfachplanung der entsprechenden Fristbestimmung des Art. 10 Abs. 3 TEN-VO Rechnung, knüpft die Fristvorgabe aber an die „Vollständigkeit“ der vorzulegenden Unterlagen und erlaubt der Bundesnetzagentur Spielräume, die es ihr ermöglichen, den Verfahrenabschluss nach hinten zu verschieben. Hier hätte es nahegelegen, die Vollständigkeit der Unterlagen nach rügelosem Ablauf einer Frist zu fingieren, vgl. *Schirmer/Seiferth*, ZUR 2013, 515 (520).

²⁰³ Krit. *Kai Schadtke*, Neue Leitungen braucht das Land – und Europa!, ZNER 2013, 126 (131).

²⁰⁴ Überwiegend beziehen sich die Vorgaben auf das Planfeststellungsverfahren, nicht aber die vorgelagerte Bundesfachplanung, vgl. *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, vor § 1 NABEG, Rn. 24 f.

²⁰⁵ Vieles spricht dafür, dass die §§ 1 ff. NABEG vor dem Hintergrund des Verordnungsentwurfs formuliert wurden, vgl. *Maria Geismann*, in: de Witt/Scheuten (Hrsg.), NABEG, 2013, Einleitung B Rn. 30. Zur umgekehrten Perspektive, wonach das Netzausbaubeschleunigungsgesetz als Vorbild für den Verordnungsentwurf gedient habe: *Armin Steinbach*, in: ders. (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, Einleitung Rn. 55.

zeigt.²⁰⁶ Das darf jedoch nicht als Bestandsgarantie der überkommenen Strukturen der Planung missverstanden werden. Vielmehr führt das unionsrechtlich überformte und die Gewährleistungsfunktion des Staates akzentuierende Planungsregime zu einem Rollenwandel der Akteure, angefangen bei den Netzbetreibern, der Öffentlichkeit und den Betroffenen bis zu den Ländern und Kommunen, die sich auf die Veränderungen ihrer „Einflusszonen“ erst noch einzustellen haben.²⁰⁷ Nicht nur, dass der Bundesgesetzgeber den Bedarf mit verbindlicher Wirkung für die nachfolgenden Planungsverfahren festlegt und die Bundesfachplanung das Raumordnungsverfahren der Länder ersetzt (§ 25 NABEG). Auch das Planfeststellungsverfahren wird in die Hände der Bundesnetzagentur gelegt (§ 2 Abs. 2 NABEG iVm § 1 PlfZV), die als Regulierungsbehörde über keine Planungserfahrungen verfügt.

Zwar haben die Länder in der Bundesfachplanung umfassende Mitwirkungsmöglichkeiten: So sind die für die Landesplanung zuständigen Behörden zur Antragskonferenz zu laden (§ 7 Abs. 2 S. 1 NABEG) und können eigene Vorschläge für einen Trassenkorridor unterbreiten (§ 7 Abs. 3 S. 1 NABEG). Auch besteht für die Länder als Träger öffentlicher Belange die Möglichkeit, im Rahmen des Beteiligungsverfahrens nach § 9 Abs. 2 NABEG Stellung zu nehmen. Am Ende steht den Ländern jedoch lediglich ein Einwendungsrecht nach § 14 NABEG, aber kein Zustimmungsrecht zu. Die Länder sind deshalb gut beraten, ihre Planungsvorstellungen im Rahmen der Beteiligungsoptionen am Verfahren der Bundesfachplanung einzubringen. Ob sich mit dem Verzicht auf ein Einvernehmenserfordernis²⁰⁸ die informale Dominanz der Länder in der Stromnetzplanung beseitigen lässt, wird sich allerdings noch zeigen müssen. Nicht von der Hand zu weisen sind auch Befürchtungen, die Gemeinden würden durch die Festlegungen der Bundesnetzagentur zu einer weitreichenden Anpassung ihrer Planungen gezwungen, was einen Eingriff in ihre Planungshoheit darstelle. Dies umso mehr,

²⁰⁶ Dazu *Claudio Franzius*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV*, Bd. 1, 2017, Art. 4 EUV Rn. 40 f.

²⁰⁷ Besonders plastisch der Beschluss der bayerischen Staatsregierung über ein Moratorium für die nach Bayern führenden Höchstspannungsleitungen, obwohl der Festlegung dieser Leitungen im Bundesbedarfsplanggesetz nicht widersprochen wurde, vgl. FAZ v. 6.2.2014, S. 9. Hierauf reagierte der Gesetzgeber mit dem Vorrang der Erdverkabelung, näher unten 5.a).

²⁰⁸ Krit. *Johannes Frik*, Die Rolle von Bund, Ländern und Gemeinden im neuen Energieleitungsrecht des Bundes, in: Gundel/Lange (Hrsg.), *Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht*, 2012, S. 49 (62).

weil nach einer verbreiteten Auffassung der Rechtsschutz der Gemeinden gegen den Bundesfachplan ausgeschlossen sein soll.²⁰⁹

Als sensibel, weil gesetzlich nicht hinreichend klar geregelt und umstritten, erweist sich das Verhältnis der Bundesfachplanung zur Raumplanung der Länder.²¹⁰ Was in den Verfahren der Landesplanung festgesetzt wurde, scheint vor der Bundesfachplanung mit ihren Wirkungen gegenüber dem Planfeststellungsverfahren keinen Bestand haben zu können.²¹¹ Auch die Ziele der Raumordnung (§ 3 ROG) erfahren auf diese Weise eine Relativierung, indem sie in der Bundesfachplanung nicht zwingend zu beachten, sondern wie Grundsätze (§ 4 ROG) nur zu berücksichtigen sind.²¹² Insoweit ist es konsequent, dass wegen des Vorrangs der Bundesfachplanung (§ 15 Abs. 1 S. 2 NABEG) ein Zielabweichungsverfahren nicht vorgesehen ist und selbst verbindliche Ziele der Landesplanung²¹³ in der bundesfachplanerischen

²⁰⁹ Art. 15 Abs. 3 NABEG; anders *Christoph Moench/Marc Ruttloff*, Netzausbau in Beschleunigung, NVwZ 2011, 1040 (1043); differenzierend *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 15 NABEG Rn. 35 ff.

²¹⁰ Hier ist inzwischen ein juristischer Glaubenskampf ausgebrochen, in dem nahezu alles vertreten wird, angefangen mit der Ablehnung einer strikten Zielbindung aus § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG, weil es sich um keine öffentliche, sondern eine private Planung der Netzbetreiber handele – so *Markus Appel*, Bundesfachplanung versus landesplanerische Ziele der Raumordnung, NVwZ 2013, 457 (459) – über eine bloße Berücksichtigungspflicht aus § 4 Abs. 2 ROG – vgl. *Sangenstedt*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG/EnLAG/EnWG, 2013, § 7 NABEG Rn. 53, 55 – bis zu einer der Abwägung entzogenen Beachtungspflicht – vgl. *Boas Kümper*, Das Verhältnis der Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG zur Raumordnung der Länder, NVwZ 2014, 1409 (1410 ff.) – mit der Möglichkeit, die Verbindlichkeit der Ziele durch einen Widerspruch der Bundesnetzagentur nach § 5 Abs. 3 ROG aufzuheben – so *Martin Kment*, Bundesfachplanung von Trassenkorridoren für Höchstspannungsleitungen, NVwZ 2015, 616 (620) – oder davon durch ein Zielabweichungsverfahren nach § 18 Abs. 3 S. 2 NABEG im Planfeststellungsverfahren zu befreien, vgl. *Olaf Reidt/Julian Augustin*, Welche Bedeutung haben Ziele der Raumordnung für Leitungsvorhaben nach dem NABEG?, UPR 2016, 121 (123 ff.). Verantwortlich dafür ist die Unklarheit, die sich aus dem Erfordernis der Übereinstimmung mit den Vorgaben der Raumordnung aus § 5 Abs. 1 S. 4 NABEG einerseits und dem Vorrang der Bundesfachplanung gegenüber der Landesplanung aus § 15 Abs. 1 S. 2 NABEG andererseits ergibt, vgl. *Rüdiger Rubel*, Aktuelle Probleme bei der Planfeststellung von Höchstspannungsleitungen, DVBl 2017, 585 (595). Zum Ganzen *Annegret Eding*, Bundesfachplanung und Landesplanung, 2016.

²¹¹ Zum Meinungsstand auch *Werner Schaller/Marius Henrich*, Aktuelle Rechtsfragen der Bundesfachplanung, UPR 2014, 361 (364 ff.).

²¹² Eine Zielbindung entfällt auch nach § 5 ROG, da die Bundesnetzagentur bei der Aufstellung älterer Raumordnungspläne nicht beteiligt war, es ihr für neue Ziele der landesplanerischen Raumordnung aber möglich sein dürfte, ihnen zu widersprechen, vgl. *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (365); *Wolfgang Peters u.a.*, Umweltbelange und raumbedeutsame Erfordernisse bei der Planung des Höchstspannungs-Übertragungsnetzes, Bd. 1, UBA-Abschlussbericht v. 8.1.2014, S. 11 ff.

²¹³ Ob durch die Landesplanung ein verbindlicher Mindestabstand von 400m zwischen Wohnbebauung und Höchstspannungsfreileitungen als Ziel der Raumordnung festgelegt werden darf, ist unsicher. Für die Überschreitung des planerischen Gestaltungsspielraums durch den niedersächsischen Raumordnungsgeber *Jens Wahlhäuser*, Sind landesweite Festlegungen in Raumordnungsplänen zur vorsorglichen Bestimmung eines pauschalen Mindestabstands zwischen schutzwürdiger (Wohn-) Bebauung und Höchstspannungsleitungen Ziele der Raumordnung?, UPR 2014, 166 (170 ff.).

Abwägung überwunden werden können. Weil weder eine Einschränkung der Bindungswirkung durch das Abwägungsgebot der Planfeststellung möglich noch eine gerichtliche Überprüfung der Bundesfachplanung vorgesehen ist, bleiben nur die rechtsstaatlich bedenklichen und eher restriktiv zu handhabenden Möglichkeiten, die Fehler der Bundesfachplanung durch die Planänderung und -ergänzung als Grundsätzen der Planerhaltung zu beheben. Wer in gestuften Verfahren mit „abschichtenden“ Bindungen arbeitet, wird der abschließenden Abwägungsentscheidung der Planfeststellungsbehörde keine Heilungsmöglichkeiten einräumen können.

Für die Bundesnetzagentur besteht bei der Bundesfachplanung keine umfassende Zielbindung nach § 4 Abs. 1 S. 1 ROG. Das folgt nicht daraus, dass der Behörde keine „eigene Planungskompetenz“ zugewiesen wäre, weil es sich um eine Antragsplanung auf Initiative der Netzbetreiber handelt.²¹⁴ Die Bundesnetzagentur hat nach § 5 Abs. 1 NABEG vielmehr eine selbst zu verantwortende Abwägungsentscheidung zu treffen, um jene Bindungswirkungen zu erzeugen, die § 15 Abs. 1 S. 1 NABEG für das Planfeststellungsverfahren vorsieht.²¹⁵ Insoweit ordnet § 15 Abs. 1 S. 2 NABEG mit dem „grundsätzlichen“ Vorrang der Bundesfachplanung gegenüber Landesplanungen eine spezielle, wenngleich Flexibilität erlaubende Bindung an. Zwar mag die Auffassung, dass sich die Vorrangwirkung der Bundesfachplanung nur auf zukünftige, nicht aber bereits bestehende Landesplanungen beschränkt, zu weit gehen, weil dies den Netzausbau letztlich aufwendigen Zielabweichungsverfahren aussetzen würde, die für die Bundesfachplanung gerade nicht vorgesehen sind.²¹⁶ Effektivitätsargumente sind an dieser Stelle aber nur von begrenztem Nutzen, da sich länderübergreifende Stromtrassenkorridore kaum gegen den Widerstand der Länder mit ihrem nicht bloß als „Verhinderungsstrategie“ eingesetzten *know how* realisieren lassen dürften. Es greift zu kurz, die Verzögerungen des Netzausbaus allein den Ländern und komplexen Abstimmungsprozessen anzulasten. Ebenso verantwortlich sind die Netzbetreiber, deren ge-

²¹⁴ So aber *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 5 NABEG Rn. 81 ff. Dass es sich um keine staatliche Planungsaufgabe handelt, ergibt sich schon aus dem Antragsfordernis, mögen die Übertragungsnetzbetreiber auch nach § 6 S. 2 NABEG von der Behörde zur Antragsstellung gezwungen werden können.

²¹⁵ *Hermes*, EnWZ 2013, 395 (397 f.).

²¹⁶ Anders offenbar *Dieter Sellner/Frank Fellenberg*, Atomausstieg und Energiewende 2011 – das Gesetzespaket im Überblick, NVwZ 2011, 1025 (1031); *Gernot Schiller*, Das Verhältnis der Bundesfachplanung zur Planfeststellung nach dem NABEG, EurUP 2013, 178 (181 f.). Wie hier *M. Appel*, NVwZ 2013, 457 (462).

setzungliche Ausbaupflichten von staatlicher Seite weder regulierungs- noch planungsrechtlich effektiv durchzusetzen waren.

Ein weiteres kommt hinzu. Die Rücknahme rechtlicher Steuerungsmöglichkeiten der Länder, deren Planungen unter dem Vorbehalt der Einpassung in die Festsetzungen der Bundesfachplanung stehen, befördert deren politische Einflussnahme im Verfahren der Bundesfachplanung.²¹⁷ Gerade weil die Bundesnetzagentur im Rahmen der Abwägung nach § 5 Abs. 1 S. 2 NABEG nicht an die Zielfestlegungen der Landesplanung gebunden ist, aber auch Vorschläge der zur Antragskonferenz einzuladenden Länder für einen Trassenkorridor nach § 7 Abs. 3 S. 2 NABEG lediglich zu berücksichtigen hat und die Rechte der Länder zur Stellungnahme nach § 9 Abs. 2 NABEG sowie das Einwendungsrecht nach § 14 NABEG im Ergebnis nur eine begrenzte Kompensation der Entscheidungsbefugnisse darstellen, dürfte sich der Gestaltungsanspruch der Länder, soweit ihren Interessen zum Verlauf des Trassenkorridors im Rahmen der Alternativenprüfung durch die Bundesnetzagentur nicht entsprochen wird, politisch entladen können. Für diejenigen öffentlichen Akteure, die wie die Kommunen vom Netzausbau nicht profitieren, bedarf es zusätzlicher Strategien, um die Planung akzeptabel zu machen.²¹⁸

Aber auch die gewählten Verfahrensstrategien werfen Fragen auf. So mag die Bündelung der Entscheidungszuständigkeiten bei der Bundesnetzagentur den unionsrechtlichen Vorgaben entgegenkommen. Ob die Neutralität der Regulierungsbehörde als Planungsbehörde hinreichend gesichert ist, erscheint vor dem Hintergrund des Wegfalls der Trennung von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens nach §§ 18 ff. NABEG aber nicht zweifelsfrei. Die Bundesnetzagentur verfügt zwar über Erfahrungen in der Konsultation der Regulierungsadressaten, nicht aber in gleicher Weise für die Durchführung von Antragskonferenzen (§§ 7, 20 NABEG) und Erörterungsterminen (§§ 10, 22 Abs. 7 NABEG) zur demokratischen Einbindung der vom Netzausbau be-

²¹⁷ Allg. *Till Contzen*, Die Rolle der Politik in den Entscheidungen der Bundesnetzagentur, 2011, S. 155 ff.

²¹⁸ Ob dazu auch das inzwischen den Kommunen durch § 3 Abs. 3 BBPlG eingeräumte Recht gehört, statt einer Erdverkabelung eine Freileitung verlangen zu können, ist freilich unsicher, werden die Kommunen doch nicht mit den Mehrkosten der Erdverkabelung belastet. Zum Freileitungsverlangen *Reinhard Ruge*, Das Freileitungsprüfverlangen gem. § 3 III BBPlG in der Planung des Vorhabenträgers, *EnWZ* 2017, 51; *Hans-Christian Posch*, Das Freileitungsprüfverlangen gem. § 3 III BBPlG in der Bundesfachplanung, *EnWZ* 2017, 120.; *Philipp Jornitz*, Erdkabel oder doch Freileitung?, *NVwZ* 2017, 669.

troffenen Akteure. Ob die Behörde mit Konfliktfällen angemessen umzugehen weiß, wird die Praxis zeigen müssen.²¹⁹ Insoweit wird es darauf ankommen, die Öffentlichkeitsbeteiligung einerseits dem Konkretisierungsprozess der sich räumlich verdichtenden Planung anzupassen, andererseits aber diskursiv auszugestalten, um den Verbänden und Bürgern eine hinreichende Offenheit in der Würdigung der Vorschläge zu signalisieren, was eine überzeugende Darlegung der Gründe für deren Ablehnung beinhaltet.

Von einem „Systemwechsel“ kann freilich keine Rede sein.²²⁰ Der Gewährleistungsstaat arbeitet mit Verantwortungsteilungen. Das gilt auch in den Verfahren des Energieplanungsrechts. Zwar mag der Bundesnetzagentur keine originäre Planungskompetenz zustehen, weil die Systemverantwortung für den Netzausbau bei den Übertragungsnetzbetreibern verbleibt. Die behördliche Planung ist aber nicht auf den bloßen Nachvollzug privater Unternehmensplanungen beschränkt. Mit den Genehmigungs-, Bestätigungs- und Abwägungsvorhalten liegt die *formelle Verfahrensverantwortung* bei der Bundesnetzagentur, deren Planungsentscheidungen aber keine grundrechtlich bedenkliche „Indienstnahme“ der Netzbetreiber zugrunde liegt.²²¹ Der Netzausbau ist nicht allein Sache der Netzbetreiber, die bislang nicht verpflichtet waren, den Ausbau tatsächlich vorzunehmen. Dem hilft das neue Planungsregime in der Akzentuierung der Gewährleistungsverantwortung des Staates durch kooperative Verfahren der Wissenserzeugung und Akzeptanzsicherung ab.²²² Mit einer „Planwirtschaft“ hat das entgegen mancher Aussagen im Schrifttum nichts zu tun.

²¹⁹ Obwohl nicht ausdrücklich geregelt, will die Bundesnetzagentur der Öffentlichkeit im Rahmen der öffentlichen Antragskonferenz nicht bloß eine passive Zuhörerrolle, sondern ein aktives Rederecht einräumen, vgl. *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (362). Das ist zwar umstritten, nach dem unter B. III. gesagten aber naheliegend.

²²⁰ So auch *Franke*, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren (Fn. 5), S. 129 f.; anders wohl *Frik*, Die Rolle von Bund, Ländern und Gemeinden im neuen Energieleitungsrecht (Fn. 208), S. 61 („Paradigmenwechsel“).

²²¹ Davon geht auch der Gesetzgeber mit der Betonung der privatwirtschaftlichen Verantwortung der Netzbetreiber aus: *Weyer*, Wer plant die Energienetze (Fn. 181), S. 427 ff.; *Franke*, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren (Fn. 5), S. 129; skeptisch *Durner*, DVBl 2013, 1564 (1566).

²²² Zu kooperativen Verfahren *Jens-Peter Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 28 Rn. 38 ff.

2. Strukturierung gestufter Planungsprozesse

Der *analytische* Teil des hier vorgeschlagenen Verfahrensmodells ist durch die Verfahrensstufung gekennzeichnet, womit Abschichtungen des Prüfungsumfangs erzielt und zeit- aufwendige Doppelprüfungen vermieden werden sollen. Insoweit dienen die Verfahren der Wissensgenerierung und Erarbeitung von Entscheidungsoptionen für den Bedarf, die Festlegung des Trassenkorridors und die Zulassung des konkreten Leitungsvorhabens. So weit der jeweilige Prüfungsumfang reicht und von der Bundesnetzagentur beachtet wurde, erzeugen die Verfahrensergebnisse rechtliche Bindungswirkungen für die nachfolgende Planungsstufe.

a) Verfahrensstufungen

Im Verfahren der Bundesfachplanung werden die Bedarfsfestlegungen des Bundesbedarfsplans aufgenommen, räumlich in der Festlegung eines Trassenkorridors konkretisiert²²³ und gegenüber dem abschließenden Planfeststellungsverfahren rechtliche Bindungen erzeugt. Das gilt jedoch nur in dem Maße eines zulässigen Prüfungsumfangs. Eine unzureichende und deshalb fehlerhafte Abwägung vermag keine Bindungswirkungen für die Planfeststellung entfalten. Es gilt der Grundsatz der Konfliktbewältigung, der eine umso tiefere Prüfung verlangt, je konkreter die Festlegungen auf dieser Planungsstufe sind.²²⁴ Umgekehrt ist die Planfeststellungsbehörde nicht an Festsetzungen gebunden, die über die Festlegung eines Trassenkorridors hinausgehen. Hier besteht das Problem trotz Behördenidentität darin, im abschließenden Planfeststellungsverfahren eine fehlerhafte Bundesfachplanung nicht korrigieren zu können.²²⁵ Die Bundesnetzagentur muss vielmehr den Bundesfachplan än-

²²³ Diese Planung wird methodisch in zwei Schritte aufgespalten. Zunächst geht es um die Ermittlung von Suchräumen für geeignete Trassenkorridore, die in einem zweiten Schritt innerhalb der so abgegrenzten Grobkorridore in Frage kommende Trassenkorridore ermittelt und miteinander verglichen werden.

²²⁴ Vgl. BVerwGE 125, 116 ff. Schönfeld. Danach ist die Flughafenplanung nicht durch eine vertikale Planungshierarchie, sondern durch eine arbeitsteilige Aufgabenstruktur mehrerer Planungsträger gekennzeichnet, deren aufgabenspezifische Kompetenzen und Gestaltungsräume durch rechtliche Bindungen, Abstimmungsgebote und Beteiligungsverfahren ineinander greifen und miteinander verschränkt sind. Zur Übertragung der Schönfeld-Rechtsprechung auf andere Fachplanungen *Alexander Schink*, Verhältnis der Planfeststellung zur Raumordnung, DÖV 2011, 905 (910 ff.).

²²⁵ Die Planfeststellungsbehörde ist weder zur Abweichung von der Bundesfachplanung noch zu dessen Korrektur ermächtigt, vgl. *Durner*, NuR 2012, 369 (373). Die fachplanungsrechtliche Rechtsprechung, die von einer formellen Korrekturmöglichkeit der Planfeststellungsbehörde aufgrund der Abwägungsgebotes ausgeht, lässt sich insoweit wohl nicht übertragen. Einschränkend ist jedoch festzuhalten, dass die Behörde nur durch rechtlich zulässige Festsetzungen gebunden wird. Der Mangel eines Zielabweichungsverfahrens dürfte sich in einem

dern, was die Frage nach einer erneuten Öffentlichkeitsbeteiligung aufwirft. Angesichts der detaillierten Regelungen zu der vom Gesetzgeber für bedeutsam gehaltenen Öffentlichkeitsbeteiligung dürften jedenfalls Verstöße gegen wesentliche Verfahrensvorschriften nicht unter die Planerhaltungsvorschrift des § 75 Abs. 1a VwVfG mit der Fehlerfolgenrelativierung fallen.²²⁶

An dieser Stelle ist lediglich auf den Umstand hinzuweisen, dass in gestuften Planungsverfahren die Erzeugung von Bindungswirkungen für die nachfolgenden Verfahren nicht voraussetzungslos zu haben ist, sondern durch eine Hochzoning des Abwägungsprogramms „verdient“ werden muss.²²⁷ Das Kernproblem der zweiten Stufe der Bundesfachplanung besteht darin, dass die Festlegung des Trassenkorridors strikt verbindlich, aber nicht unmittelbar anfechtbar (§ 15 Abs. 3 NABEG) sein soll. Anders als das Raumordnungsverfahren entfaltet die Bundesfachplanung mehr als nur eine gutachterliche Wirkung. Und anders als das Linienbestimmungsverfahren bindet der Bundesfachplan die Planfeststellungsbehörde auch in den getroffenen Abwägungen. Der mit der „Bundesfachplanungsbehörde“ identischen Planfeststellungsbehörde fehlt die Möglichkeit einer abwägenden Überwindung und Korrektur *dieser* Festlegungen.²²⁸ Dieses Ergebnis tritt zwar in einen Widerspruch zur Anfechtbarkeit unmittelbarer Rechtswirkungen, was vom Gesetzgeber jedoch ersichtlich gewollt ist.²²⁹ Um diese weitgehende Bindungswirkung zu erzielen, kommt es zu einer Hochzoning des Prüfprogramms auf die Ebene der Bundesfachplanung. Mit anderen Worten: Die Bindungswirkungen hinsichtlich des Trassenkorridors müssen auf dieser Ebene durch eine vollständige Ermittlung, Bewertung und Abwägung aller trassenrelevanten Belange „verdient“ wer-

potentiellen Infragestellen der rechtlichen Zulässigkeit der eigenen Vorausplanung niederschlagen. Andeutungen: *Schiller*, EurUP 2013, 178 (180 f.).

²²⁶ Ob der in § 15 Abs. 3 S. 3 NABEG enthaltene Grundsatz der Planerhaltung auch Fehler bei der Anwendung der Vorschriften über die Öffentlichkeitsbeteiligung umfasst, erscheint fraglich, nachdem die frühere Vorschrift des § 43e Abs. 4 EnWG weggefallen ist, was konsequenterweise zur Anwendbarkeit des § 75 Abs. 1a VwVfG führt. Skeptisch zu den Heilungsmöglichkeiten *Durner*, DVBl 2013, 1564 (1571).

²²⁷ Vgl. *Rainer Wahl*, Erscheinungsformen und Probleme der projektorientierten Raumordnung, in: FS Sellner, 2010, S. 155 (170 ff.); *Ondolf Rojahn*, Umweltschutz in der raumordnerischen Standortplanung von Infrastrukturvorhaben, NVwZ 2011, 654 (656 ff.).

²²⁸ Die Frage ist umstritten, wie hier *Schirmer/Seiferth*, ZUR 2013, 517 (521); *Durner*, DVBl 2013, 1564 (1569 f.); *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 15 NABEG Rn. 5 ff.; a.A. *Grigoleit/Weisensee*, UPR 2011, 401 (405); *Wagner*, DVBl 2011, 1453 (1457 f.); *Sellner/Fellenberg*, NVwZ 2011, 1025 (1032); *Calliess/Dross*, JZ 2012, 1009 (1007).

²²⁹ *Durner*, DVBl 2013, 1564 (1569); anders *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, 1040 (1043).

den. Fehler schlagen auf das Planfeststellungsverfahren durch, was die Bundesnetzagentur zwingt, das Verfahren auszusetzen, um eine Änderung der Bundesfachplanung herbeizuführen. Weil die Grobtrassierung im Planfeststellungsverfahren nicht mehr korrigiert werden kann, steigt das Fehlerrisiko der gesamten Stromnetzplanung. Es sind gerade die Rückwirkungen späterer Erkenntnisse der kleinräumigen Prüfung des Vorhabens auf die vorgelagerte Grobtrassenplanung, welche die Durchführung der Bundesfachplanung fehleranfällig machen. Ob der explizite Ausschluss phasenspezifischen Rechtsschutzes in § 15 Abs. 3 NABEG der richtige Weg gewesen ist, wird sich zeigen müssen.²³⁰ Die Erwartung eines hierdurch erzielten Beschleunigungseffekts könnte sich als trügerisch erweisen.

Die Bundesfachplanung ist eine Handlungsform *sui generis*, weil sie mit ihrer Verbindlichkeit für das nachfolgende Planfeststellungsverfahren über die Rechtswirkungen der Linienbestimmung hinausgeht.²³¹ Im Ergebnis sind nur solche Stromleitungen planfeststellungsfähig, die innerhalb des nach § 12 NABEG festgelegten Gebietsstreifens liegen. Weil auch die Planfeststellungsbehörde im Rahmen der Alternativenprüfung nach der heute überwiegend vertretenen Auffassung keine „bundesfachplanwidrige“ Trasse zulassen darf, wandert ein Teil der Alternativenprüfung in die Bundesfachplanung. Sie ist als dessen Herzstück anzusehen und enthält wichtige Vorprägungen der aufgrund des Abwägungsgebotes auch in der Planfeststellung durchzuführenden, hier aber auf den festgelegten Grobtrassenkorridor beschränkten Prüfung.

b) Bindungswirkungen und Alternativenprüfung

An die Festsetzungen des Bundesbedarfsplans sind die Übertragungsnetzbetreiber gebunden (§ 12c Abs. 4 S. 2 EnWG). Die Bundesnetzagentur „kann“ nach § 12c Abs. 4 S. 3 EnWG einen der vier Übertragungsnetzbetreiber²³² zur Durchführung von Netzausbaumaßnahmen für verantwortlich erklären, was sie zur behördlichen Durchsetzung der Investitionspflichten nach § 65 Abs. 2a EnWG mit der *ultima ratio* eines Ausschreibungsverfahrens auch tun sollte. Die Bindungswirkung des Bundesbedarfsplans ist schon durch die gesetzli-

²³⁰ Zu weit *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, 1040 (1043), die von einem verfassungsrechtlichen Gebot phasenspezifischen Rechtsschutzes ausgehen. Das wird von Art. 19 Abs. 4 GG nicht gefordert.

²³¹ *Christoph Sangenstedt*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG, EnLAG, EnWG, 2013, § 15 NABEG Rn. 11 ff.

²³² Amprion GmbH, 50 Hertz Transmission GmbH, Tennet TSO GmbH, TransnetBW GmbH.

che Form gerechtfertigt, wird aber durch die exekutive Erarbeitung auf der Grundlage des Netzentwicklungsplans mit der Befugnis zu Änderungen und dem Bestätigungsrecht der Bundesnetzagentur nach Maßgabe der § 12b Abs. 1, 2 und 4 EnWG erhöht. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die im Gesetz nur schwach ausgeprägte Bindung der Bundesnetzagentur an die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung (§ 12a Abs. 1 EnWG), die schon aus verfassungsrechtlichen Gründen an den vorgelegten Entwurf für den Bundesbedarfsplan nicht gebunden ist, vielmehr gegebenenfalls korrigierend eingreifen kann²³³ und das Verfahren dadurch legitimiert.

Zur Vorbereitung des Bundesbedarfsplans führt die Bundesnetzagentur eine *Strategische Umweltprüfung (SUP)* durch. Hierzu erstellt sie – während des Verfahrens zur Erstellung des Netzentwicklungsplans – einen Umweltbericht (§ 12c Abs. 2 EnWG), der den Anforderungen des § 14g UVPG entsprechen muss, also die voraussichtlichen erheblichen Umweltauswirkungen der Durchführung des Plans sowie „vernünftiger“ Alternativen ermittelt, beschrieben und bewertet sein müssen. Im Rahmen der Bundesfachplanung ist nach § 5 Abs. 2 NABEG eine weitere SUP durchzuführen. Im Planfeststellungsverfahren, das über eine parzellenscharfe Ausbaumaßnahme entscheidet, ist schließlich noch eine *Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)* durchzuführen, die wegen der bereits durchgeführten Umweltprüfungen auf zusätzliche oder andere erhebliche Umweltauswirkungen der beantragten Stromleitung beschränkt werden kann (§ 23 NABEG). Innerhalb der dreistufigen Verfahrensfolge stellt die UVP im Planfeststellungsverfahren die Umweltprüfung mit der größten Prüftiefe dar, da ihr Trägerverfahren exakte Aussagen über die Lage und Art des Vorhabens und dessen voraussichtlichen erheblichen Auswirkungen enthält.²³⁴

Das bedeutet nun aber entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nicht, bei der Festlegung des Untersuchungsrahmens der SUP für den Bundesbedarfsplan auf eine Prüfung von Alternativen verzichten zu können. Die Bundesnetzagentur hält den Aufwand der Alternativenprüfung für nicht zumutbar im Sinne des § 14f Abs. 2 S. 2 UVPG.²³⁵ Dass auf den nachfolgenden Planungsebenen aufgrund der SUP- bzw. UVP-Pflichtigkeit eine Alternativen-

²³³ Vgl. Weyer, Netzausbau in Deutschland (Fn. 15), S. 40; Schirmer/Seiferth, ZUR 2013, 515 (517).

²³⁴ Vgl. Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Bundesfachplanung v. 7.8.2012, S. 12 ff.

²³⁵ Bundesnetzagentur, Festlegung des Untersuchungsrahmens für die Strategische Umweltprüfung zum Bundesbedarfsplan Übertragungsnetzausbau v. 2.8.2012, S. 14.

prüfung vorzunehmen ist, kann nicht von der Verpflichtung befreien, auf dieser ersten Planungsstufe umweltverträglichere Alternativen zu prüfen. Gerade an dieser Stelle, wo die Netzplanung noch vergleichsweise offen ist, würde der Verzicht auf eine Alternativenprüfung die Öffentlichkeitsbeteiligung weitgehend entleeren.²³⁶ Auch der Umstand, dass die abschließende Entscheidung durch den Gesetzgeber getroffen wird, kann einen Verstoß gegen § 14g UVPG nicht heilen. Um dem Vorwurf der Unionsrechtswidrigkeit zu entgehen, müsste die übergreifende Alternativenprüfung vielmehr vom Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Bundesbedarfsplangesetzes nachgeholt werden. In der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass in der Planungskaskade auf eine Umweltprüfung verzichtet werden kann, soweit die durch das Verfahren der Umweltprüfung geschützten Belange auf einer höheren Planungsebene berücksichtigt worden sind.²³⁷ Ebenso ist geklärt, dass der Gesetzgeber durch seine Entscheidung, lässt das Verfahren eine hinreichende Berücksichtigung der Umweltbelange zu, einen Verstoß gegen die SUP-Pflicht vermeiden kann.²³⁸

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage nach einer Verpflichtung zur Alternativenprüfung in der Netzentwicklungsplanung durch die Netzbetreiber. Dass die Netzbetreiber „Alternativen“ zu Punkt-zu-Punkt-Verbindungen mit ihren Auswirkungen auf die Gesamtplanung modellieren, mag eine Überprüfung dieser Berechnungen durch die Bundesnetzagentur nahelegen, sagt aber noch nichts über eine entsprechende Verpflichtung der Netzbetreiber bei der Aufstellung des Netzentwicklungsplans.²³⁹ Zwar prüft die Bundesnetzagentur die Einhaltung der Anforderungen gemäß § 12b Abs. 1, 2 und 4 EnWG und kann nach § 12c Abs. 1 S. 2 EnWG auch Änderungen an dem Entwurf verlangen. Allerdings soll sich die Prüfung des

²³⁶ Die nach der SUP-RL verlangte und durch § 14g Abs. 1 S. 2 UVPG vorgeschriebene Alternativenprüfung bei der Genehmigung des Netzentwicklungsplans zur Vorbereitung des Bundesbedarfsplans auf technische Konzepte zu beschränken, greift ersichtlich zu kurz, vgl. *Calliess/Dross*, ZUR 2013, 76 (77 ff.).

²³⁷ Zur Abschichtung der Umweltprüfung Art. 5 Abs. 3 SUP-RL und EuGH, Urt. v. 22.3.2012, C-567/10 *Inter-Environnement Bruxelles*, Rn. 42; dazu *Boas Kümper*, Zum Anwendungsbereich der Strategischen Umweltprüfung nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Inter-Environnement Bruxelles*, ZUR 2014, 74 (78 ff.).

²³⁸ Zu den Grenzen der Freistellung einer gerichtlichen Überprüfung von Gesetzgebungsakten EuGH, Urt. v. 18.10.2011, C-118/09 *Boxus u.a.*, Rn. 36 ff.; Urt. v. 16.2.2012, C-182/10 *Solvay u.a.*, Rn. 44 ff. Freilich kann der Gesetzgeber die UVP-Konformität von Vorhaben nicht fingieren, vgl. EuGH, Urt. v. 17.11.2016, C-348/15 *Stadt Wiener Neustadt*; dazu *Franzius*, NVwZ 2017, 136 f.

²³⁹ Die SUP bezieht sich auf die Vorbereitung des Bundesbedarfsplans, der (mindestens) alle drei Jahre aufgestellt wird, muss also nicht bei allen jährlich aufstellenden Netzentwicklungsplänen durchgeführt werden. Damit ist der Bundesnetzagentur das „Zeitargument“ aus der Hand genommen, zumal es nicht darum gehen kann, jedes Mal eine komplette Alternativenprüfung durchzuführen.

Netzentwicklungsplans nicht auf die Einhaltung der Vorschriften über die Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung durch die Netzbetreiber beziehen. Es spricht vieles dafür, dass die Alternativenprüfung der Bundesnetzagentur an die eingebrachten „Alternativen“ der Netzentwicklungsplanung anknüpft. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Netzbetreiber selbst zu einer SUP-Alternativenprüfung verpflichtet sind.

Alternative Planungen betrachteten die Netzentwicklungspläne 2012 und 2013 auf der Grundlage des so genannten NOVA-Prinzips und anderer technologischer Konzepte. Das NOVA-Prinzip bedeutet Netzoptimierung vor Verstärkung vor Ausbau und erlaubt die Prüfung „anderweitiger Planungsmöglichkeiten“ (§ 12b Abs. 4 EnWG), etwa einer Spannungserhöhung bestehender Netze statt dem Bau neuer Netze.²⁴⁰ Was die technischen Optionen betrifft, haben sich die Netzbetreiber nicht allein für die Verwendung der Übertragungstechnologie als Drehstromnetz entschieden, sondern sich ergänzend für den Netzausbau durch neue Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragungsleitungen (HGÜ) ausgesprochen. Mehrere alternative Netzentwicklungsplanungen legten die Netzbetreiber nicht vor, was die Bundesnetzagentur unbeanstandet ließ. Diese Praxis verdeutlicht, dass es weniger um das „ob“ einer schon im Abwägungsgebot wurzelnden Alternativenprüfung, sondern das „wie“ mit den Anforderungen an deren Umfang geht. Konzeptalternativen mit dem Argument auszuschließen, dass es in diesem frühen Stadium der Planung um einen rein technischen Vorgang ohne Steuerungsimpulse handele, vermag angesichts der Überantwortung dieser Verfahrensschritte an die Netzbetreiber nicht zu überzeugen.²⁴¹ Gerade die Festlegung der Endpunkte der HGÜ-Leitungen mit den Standorten für die Konverter zur Umwandlung des transportierten Gleichstroms in den Wechselstrom der Verteilnetze bedürfen der Prüfung ihrer Umweltauswirkungen. Darauf sollte nicht wegen des „Komplexitätsgrades“ der Netzentwicklungsplanung verzichtet werden.²⁴² Ein solches Vorgehen erweist sich als riskant, schlagen Fehler

²⁴⁰ Zur Überplanung *Tom Pleiner*, Überplanung von Infrastruktur am Beispiel energiewirtschaftlicher Streckenplanungen, NuR 2017, 293.

²⁴¹ Siehe aber *Bourwieg*, Die neuen Planungsaufgaben der Bundesnetzagentur (Fn. 8), S. 79. Danach können Szenarien und der Netzentwicklungsplan keine politische Steuerungswirkung entfalten, Allokationssignale setzen oder den Einsatz konventioneller Kraftwerke diskriminieren. Die Netzentwicklung habe allein die Aufgabe, den bedarfsgerechten und sicheren Netzbetrieb herzustellen.

²⁴² A.A. *Ruge*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 12b EnWG Rn. 65 ff.; *ders.*, ER 2013, 143 (146 ff.); *Leidinger*, DVBl 2014, 683 (687 f.).

der ersten Planungsstufe doch auf die weiteren Planungsstufen durch²⁴³ und stellen den Umfang der Bindungswirkung der Bedarfsplanung in Frage. Der Vorteil einer Abschichtungsleistung durch das „Vorziehen“ einer nicht allein technisch zu verstehenden Alternativenprüfung in eine Verfahrenstufe, wo noch sinnvoll über das konzeptionelle Design einer Stromleitung „verhandelt“ werden kann, wird anderenfalls leichtfertig verspielt.²⁴⁴

Bei der Bundesfachplanung folgt die Verpflichtung zur Alternativenprüfung schon aus dem Abwägungsgebot nach § 5 Abs. 1 NABEG, das entsprechend dem Charakter der Planung als „gestufter“ Fachplanung²⁴⁵ mit der Vorverlagerung der planerischen Bewertungen für einen räumlichen Grobtrassenkorridor dem fachplanerischen Abwägungsgebot zumindest ähnlich ist. Auch hier ist der Maßstab der Alternativenprüfung unsicher und fraglich, inwieweit die planungsrechtliche Rechtsprechung zum Prüfungsumfang sich „aufdrängender“ Alternativen auf die Bundesfachplanung übertragbar ist. Denn § 5 Abs. 1 S. 5 NABEG spricht von „ernsthaft in Betracht kommenden“ Trassenkorridorvarianten und deutet damit für die vorgelagerte Prüfungsebene die Anlegung eines „offeneren“ Maßstabs an, der über die Anzahl der sich aufdrängenden Varianten hinausgeht, insbesondere aber auch Varianten einbeziehen kann, die nicht vom Vorhabenträger vorgeschlagen, sondern erst infolge der Öffentlichkeitsbeteiligung in das Verfahren eingeführt worden sind. Die Bundesnetzagentur ist insoweit nicht an den Antrag des Netzbetreibers gebunden, was der Behörde die Vermeidung der Ablehnung des Antrags erleichtert, aber auch die Einsicht verarbeitet, dass die im Abwägungsgebot zum Ausdruck kommende planerische Gestaltungsfreiheit nicht dem Vorhabenträger, sondern der demokratisch legitimierten Behörde zugewiesen ist.²⁴⁶

²⁴³ Clemens Antweiler, Planungsrechtliche Defizite im Netzentwicklungsplan Strom 2012, ZNER 2012, 586 (588 f.). Zu den Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle der unterlassenen Alternativenprüfung *Calliess/Dross*, ZUR 2013, 76 (79 ff.).

²⁴⁴ Die Prüfung von Varianten und Auswirkungen aus „Kostengesichtspunkten“ abzulehnen, wird der Umweltprüfung nicht gerecht. Eine SUP ohne Alternativenprüfung ist rechtswidrig, zumal ihre Durchführung mit der Einbeziehung von Alternativen zu einer Reduzierung des Netzausbaubedarfs führen kann. Es steht zu erwarten, dass dem Argument dezentraler Versorgung, sollte ihm in den vorgelagerten Verfahren nicht nachgegangen werden, in den später erhobenen Einwendungen noch erhebliches Gewicht zukommen wird und das Planfeststellungsverfahren „belasten kann.“

²⁴⁵ Diese Auffassung scheint sich durchgesetzt zu haben, statt vieler *Peter Franke*, Sicherheit der Energieversorgung: Herausforderungen für Übertragungsnetzbetreiber und Regulierungsbehörde, in: Faßbender/Köck (Hrsg.), Versorgungssicherheit in der Energiewende, 2014, S. 19 (35).

²⁴⁶ Vgl. *Franzius*, GewArch 2012, 225 (231); mit dem Hinweis auf § 7 Abs. 3 S. 2 NABEG auch *Siegfried de Witt/Harriet Kause*, Bindungswirkungen und Rechtsnatur der Bundesfachplanung, ER 2013, 109 (111).

Der zentrale Vorteil einer umfassenden Alternativenprüfung im Verfahren der Bundesfachplanung liegt in den Abschichtungswirkungen gegenüber dem Planfeststellungsverfahren. Eine solche vertikale Abschichtung ist für raumordnerische Festlegungen von zielförmig ausgewiesenen Standortentscheidungen der Landesplanung mit deren Verbindlichkeit für die nachfolgende Planfeststellung grundsätzlich anerkannt²⁴⁷ und dürfte auf das Verhältnis von Bundesfachplanung und Planfeststellung im Prinzip übertragbar sein, freilich mit dem Unterschied, dass der Bundesfachplan aufgrund seiner Bindungswirkung im Planfeststellungsverfahren keiner Modifizierung im Einzelfall zugänglich ist, was den Prüfungsaufwand der Bundesfachplanung erhöht²⁴⁸ und das Risiko einer Überfrachtung des Verfahrens birgt. Dies umso mehr, wenn und weil zur fachplanerischen Alternativenprüfung auch die Null-Variante mit der Frage gehört, ob von dem geplanten Netzausbauvorhaben wegen der zu erwartenden unüberwindbaren Belange nicht gänzlich abzusehen ist. Dagegen spricht zwar nicht, dass der Planung ein durch den Gesetzgeber verbindlich festgestellter Bedarf zugrundeliegt.²⁴⁹ Wohl aber ist in Rechnung zu stellen, dass diese Frage sinnvoll erst im Planfeststellungsverfahren, gegebenenfalls mit dem Ergebnis, die Zulassung des Vorhabens aus zwingenden Gründen abzulehnen, geprüft werden kann.

§ 5 Abs. 2 NABEG ordnet ausdrücklich eine SUP-Alternativenprüfung an. Entsprechend den Vorgaben des § 14g Abs. 1, Abs. 2 Nr. 8 UVPG sind für den beantragten Trassenkorridor alle „vernünftigen“ räumlichen und technischen Alternativen zu prüfen, die dazu geeignet sind, das Planungsziel des Ausbaus des Höchstspannungsnetzes in einem Raum zu verwirklichen. Ob insoweit derselbe Maßstab zugrunde zu legen ist, der für die abwägungsbasierte Alternativenprüfung nach § 5 Abs. 1 NABEG greift, ist unsicher.²⁵⁰ Zwar lässt sich mit Blick auf die erste Stufe der SUP-Vorauswahl nach § 14g Abs. 2 S. 1 Nr. 8 UVPG, die „vernünftige“ Alternativen unter Einbeziehung auch ökonomischer Belange herauszufiltern hat, sagen, dass insoweit alle Varianten zu untersuchen sind, die nicht „offensichtlich ohne vernünftigen

²⁴⁷ BVerwGE 125, 116 (137 f.) Schönefeld.

²⁴⁸ *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 5 NABEG Rn. 121 ff.

²⁴⁹ So aber *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 5 NABEG Rn. 125.

²⁵⁰ Für einen einheitlichen Maßstab der Alternativenprüfung *Sangenstedt*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG, EnLAG, EnWG, 2013, § 7 NABEG Rn. 26.

Zweifel“ fernliegen. Es fragt sich allerdings, ob ein Ausscheiden auf diese Weise als „unvernünftig“ qualifizierter Varianten endgültig sein kann. So geht die Bundesnetzagentur im Leitfaden zur Bundesfachplanung davon aus, dass selbst an sich vernünftige Planungsalternativen nur so weit und so lange zu untersuchen seien, bis im Verlauf der Prüfung erkennbar werde, dass sie sich nicht mehr als „realistisch“ erweisen, so dass im Rahmen der SUP-Alternativenprüfung einzelne Alternativen im Wege einer Grobanalyse ausgeschieden werden können.²⁵¹ Dieser „Abbruch“ der Prüfung wird der zweiten Stufe der SUP nach § 14 Abs. 1 S. 2 UVPG aber nicht gerecht. *Reinhard Wulfhorst* hat überzeugend dargelegt, dass die zweite Phase der Prüfung der Umweltauswirkungen nicht auf die Alternativen beschränkt werden kann, die den Filter der Vorauswahl passiert haben und nicht bereits „ausgeschieden“ worden sind.²⁵² Der gesetzliche Charakter der SUP zwingt zu einer umfassenden Darstellung *aller* Varianten, um der abschließenden Abwägungsentscheidung, die das Ergebnis der SUP nach § 14k Abs. 2 UVPG zu „berücksichtigen“ hat, das erforderliche „Material“ in der verfahrensrechtlichen Vorprüfung zu liefern. Soweit dies geschieht, wird das Planfeststellungsverfahren mit der projektbezogenen UVP *entlastet*.

Die Grundsätze der planerischen Konfliktbewältigung sind in der Bundesfachplanung zu beachten. Das gilt auch für die Abschätzung notwendiger Kompensationsmaßnahmen, die zwar regelmäßig erst auf der Ebene der Planfeststellung relevant werden dürften. Jedoch hat der Vorhabenträger schon in der Bundesfachplanung eine erste Vorabschätzung zur Raum- und Umweltverträglichkeit der für das Vorhaben notwendigen naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen zu treffen und zu erläutern, ob es grundsätzlich Maßnahmen gibt, die geeignet und durchführbar sind, um die prognostizierten Auswirkungen zu kompensieren.²⁵³ Freilich muss insoweit gesehen werden, dass die Bundesfachplanung eine weitgehende Bindungswirkung für das nachfolgende Planfeststellungsverfahren, nicht aber wie ein Planfeststellungsbeschluss eine Konzentrationswirkung entfaltet. So folgt auch aus dem Ab-

²⁵¹ *Bundesnetzagentur*, Leitfaden zur Bundesfachplanung v. 7.8.2012, S. 21. Entsprechende Flexibilität biete einen Anreiz, den Kreis der in der SUP zu prüfenden Alternativen „etwas weiter“ zu ziehen: *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3 Aufl. 2014, § 5 NABEG Rn. 159.

²⁵² *Wulfhorst*, Die Untersuchung von Alternativen im Rahmen der Strategischen Umweltprüfung, NVwZ 2011, 1099 (1101). Zur Alternativenprüfung auch *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (342 f.) mit Kritik an der hM und der Abschleifung der Anforderungen.

²⁵³ *Bundesnetzagentur*, Leitfaden zur Bundesfachplanung v. 7.8.2012, S. 12.

wägungsgebot des § 5 Abs. 1 S. 3 NABEG keine Kompetenz der Bundesnetzagentur zur Durchführung der FFH-Verträglichkeitsprüfung. Das hat mit Blick auf naturschutzrechtliche Hindernisse, die der Festlegung eines Trassenkorridors auf der Ebene der Bundesfachplanung entgegenstehen können, zur Folge, dass die nach Landesrecht zuständigen Naturschutzbehörden gehalten sind, an der Bundesfachplanung mitzuwirken. Ein Koordinationsbedarf bleibt bestehen, weil die nach dem Fachrecht erforderlichen Prüfungen und Entscheidungen weiterhin von den zuständigen Landesbehörden *eigenverantwortlich* vorzunehmen sind.²⁵⁴

Anders als bei der Bestätigung des Netzentwicklungsplans darf die Bundesnetzagentur den Antrag des Netzbetreibers nicht nur einer Rechtsprüfung unterziehen, sondern hat eine Abwägungsentscheidung unter Berücksichtigung aller berechtigten öffentlichen und privaten Belange zu treffen (§ 5 Abs. 1 S. 3 NABEG). Das rechtfertigt die Bindungswirkungen des Bundesfachplans im Planfeststellungsverfahren (§ 15 Abs. 1 S. 1 NABEG). Wie der Arbeitskreis „Raumverträglicher Netzausbau“ der Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL) zutreffend angemerkt hat, wird die Raumverträglichkeit des Trassenkorridors aber häufig nur nach Maßgabe von beigefügten Nebenbestimmungen festgestellt werden. Das könne sich zum Beispiel auf die Art der Bündelung, die Verlegung von Teilstrecken als Erdkabel oder die Aufgabe bzw. den Rückbau nicht mehr benötigter Trassen beziehen. Gerade diese Fragen spielen im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung eine wichtige Rolle und dürfen eine wesentliche Grundlage für die im Verfahren bereitgestellte Entscheidungsoption sein. Soll die Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der Bundesfachplanung keinen „erheblichen Glaubwürdigkeitsverlust“ erleiden, müssten zulässige Nebenbestimmungen zur Entscheidung der Bundesnetzagentur nach § 12 Abs. 2 NABEG unter die Bindungswirkung für das Planfeststellungsverfahren fallen, was vom Gesetzgeber klarstellend geregelt werden sollte.²⁵⁵

²⁵⁴ Vgl. *Jens Wahlhäuser*, Bindungswirkung versus Konzentrationswirkung: Zur fehlenden Entscheidungskonzentration der Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG und ihren Auswirkungen auf die etwa erforderliche FFH-Verträglichkeitsprüfung bzw. die Erteilung von Abweichungen, Ausnahmen, Befreiungen im Naturschutzrecht, UPR 2013, 427 ff.

²⁵⁵ *Akademie für Raumforschung und Landesplanung*, ARL-Empfehlungen zum Netzausbau für die Energiewende, 2013, S. 2 f.

3. Sicherung der Offenheit des Planungsverfahrens

Die Verrechtlichung der Planung unter der Einbeziehung der Öffentlichkeit führt die Stromnetzplanung aus den informellen Vorabbindungen heraus und erleichtert die Mitwirkung zur Akzeptanzverbesserung, sei es der Netzbetreiber oder der betroffenen Öffentlichkeit und der Verbände, die die Möglichkeit erhalten, in den Antragskonferenzen bei der Festlegung des Untersuchungsrahmens der Bundesfachplanung mitzuwirken, nicht zuletzt mit Blick auf die zu untersuchenden Alternativplanungen nach §§ 5 Abs. 1 S. 4, 19 S. 4 NABEG.²⁵⁶ Bei der Bundesfachplanung handelt es sich um kein echtes Antragsverfahren.²⁵⁷ Deshalb bestehen Spielräume für die Bürgerbeteiligung zur Bewertung der Entscheidungsoptionen.²⁵⁸ Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht zur nachträglichen Akzeptanzbeschaffung eingesetzt werden sollte. Vielmehr wird darüber das Verfahren für die Einbeziehung von Kontrastwissen und *deliberative Verhandlungen* geöffnet. Das setzt eine Offenheit des Planungsverfahrens voraus.

a) Spielräume der Bundesfachplanung

Die wissenschaftsgestützte Generierung von Entscheidungsoptionen erfolgt unter Einbeziehung der Netzbetreiber, aber auch der Öffentlichkeit. Weil die Bundesfachplanung nicht allein durch den Antrag des Vorhabenträgers gesteuert wird, besteht für die Behörde ein Spielraum für die Bürgerbeteiligung zur Bewertung der Komplexität. Die Offenheit des Planungsverfahrens wird dadurch unterstrichen, dass vor der formellen Antragstellung Konsultationen durchgeführt werden. Die Herausforderung besteht darin, auch die Bürgerbeteiligung entsprechend der Verfahrensstufung sinnvoll zu ordnen, was ein klares Mandat vo-

²⁵⁶ *Schneider*, Akzeptanz für Energieleitungen durch Planungsverfahren (Fn. 7), S. 420. Die Gesetzesbegründung zu § 7 NABEG hebt die Bedeutung der Antragskonferenz „mit umfassenden Beteiligungsmöglichkeiten“ hervor. Das Instrument der Antragskonferenz sei „ein entscheidender Baustein, um die bestehenden Beteiligungsrechte bei Großvorhaben durch vertrauensbildende und Akzeptanz steigernde Maßnahmen“ fortzuentwickeln. Deshalb soll die Öffentlichkeit zur Antragskonferenz zugelassen werden, um zu Verfahrenstransparenz, Akzeptanz und Befriedung beizutragen, vgl. BT-Drs. 17/6073, S. 2, 25.

²⁵⁷ Richtig *Weyer*, Netzausbau in Deutschland (Fn. 15), S. 42 ff. Anders *Appel*, NVwZ 2013, 457 (459). Der Streit über die Frage, wer Planungsträger der Bundesfachplanung ist, droht freilich überschätzt zu werden. Jedenfalls wird die pauschale Gegenüberstellung von privater oder staatlicher Planung durch die Öffentlichkeitsbeteiligung vor Antragsstellung relativiert.

²⁵⁸ Vgl. *I. Appel*, NVwZ 2011, 1361 ff. Insoweit ist zweierlei hervorzuheben: Die Verbindlichkeit der Bundesfachplanung muss durch Abwägung „verdient“ werden. Und die offene Verfahrensgestaltung der Stromnetzplanung „relativiert“ die Planungsautonomie des Vorhabenträgers.

raussetzt, das den Gegenstand des Verfahrens bezeichnet, also zum Beispiel deutlich macht, dass in der Bundesfachplanung der durch Gesetz festgestellte Bedarf nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Das gilt freilich nicht nur mit Blick auf die vom Netzausbau betroffenen Bürger, sondern auch für die Länder, die an die Festlegungen der Netzverknüpfungspunkte im Bundesbedarfsplangesetz gebunden sind und die Auswahl des Trassenkorridors in Frage stellen können, die Stromnetzplanung aber nicht zum Wahlkampfthema machen sollten.

Das hier vorgeschlagene Modell eines „deliberativ-analytischen Verfahrens“ erhält seine Qualität nicht allein, aber vor allem durch die gesetzlich vorgeschriebene Öffentlichkeitsbeteiligung, die, bezogen auf den Verfahrensgegenstand, eine hinreichende Offenheit des Verfahrens voraussetzt. Sollen deliberative Ansätze in der pluralistischen Gesellschaft aber praktikabel sein, so hatten wir theoretisch formuliert, müssen sie von der Konsenserwartung gelöst werden und Entscheidungen auch unter verbleibendem Dissens generieren können.²⁵⁹ Das gilt insbesondere für die Bundesfachplanung als „Scharnier“ zwischen vorgelagerter Bedarfsplanung und abschließender Planfeststellung. Die Bürgerbeteiligung ist hier einerseits mehr als eine bloße Informationsbeschaffungsmaßnahme, andererseits weniger als eine direktdemokratische Mitentscheidung. Vielmehr dient die zweifache Beteiligung der Öffentlichkeit in der Bundesfachplanung – zunächst im Rahmen der Antragskonferenz mit der Öffnung des aus der Umweltverträglichkeitsprüfung bekannten Scoping-Verfahrens für partizipative Elemente und sodann auf der Ebene der ausgelegten Planungsunterlagen mit einem grundsätzlich zwingend vorgesehenen Erörterungstermin (§ 10 NABEG) – der Umsetzung der Einsicht in das doppelte Dilemma, einerseits die Planung nicht in allen Details rechtlich vorstrukturieren, andererseits die Planung aber auch nicht den Netzbetreibern und allein technischen Konzepten überlassen zu können. Anders als § 5 S. 4 UVPG, der die Beteiligung von Dritten am Scoping-Verfahren in das Ermessen der Behörde stellt, sieht § 7 NABEG für die Antragskonferenz die zwingende Einladung von anerkannten Umweltverbänden vor, womit diese in die Lage versetzt werden, auch nicht individualisierbare öffentliche, aber häufig „abwägungsfeste“ Belange im Verfahren geltend zu machen. Art. 9 TEN-VO geht noch einen Schritt weiter und verpflichtet die Netzbetreiber selbst, also ohne „staatliche“ Zwischenschaltung zur Vorlage eines Beteiligungsmodells. Bemerkenswert sind ferner die Rege-

²⁵⁹ Oben, B.III.1.

lungen zur Internet-basierten Öffentlichkeitsbeteiligung, was zur Verwirklichung eines deliberativen Ansatzes für wesentlich gehalten wird.²⁶⁰

Diese Regelungen ergeben keinen rechten Sinn, würde man die Bundesfachplanung als antragsgebundenes Verfahren im Wesentlichen durch den Vorhabenträger „gesteuert“ betrachten. Der Vorhabenträger eröffnet das Verfahren mit einem Antrag nach § 6 NABEG. Zwar bereiten die Übertragungsnetzbetreiber die für die Öffentlichkeitsbeteiligung maßgeblichen Planungsunterlagen vor. Diese werden aber erst durch die Antragskonferenz in eine überprüfbare Form gebracht und erlauben es der Bundesnetzagentur in der abschließenden Abwägungsentscheidung, die „verhandelten“ Einwendungen zu berücksichtigen. Für die Frage, wann die Unterlagen „vollständig“ vorliegen, wird der Behörde ein Beurteilungsspielraum zugestanden.²⁶¹ Wesentlich ist, dass es der Behörde möglich ist, die Bewertung der wissenschaftlichen und technischen, aber wie gesehen verfahrensmäßig abgeschichteten Analyse durch einen argumentativ ausgerichteten Diskurs zur Grundlage ihrer Abwägungsentscheidung zu machen. Erst wenn der Bundesnetzagentur die Präferenzen der eingebundenen Akteure bekannt sind, kann darauf in der Durchführung des Verfahrens angemessen reagiert und eine akzeptable Entscheidung getroffen werden. Das schließt neue Formate der Bürgerbeteiligung wie Bürgerforen²⁶² nicht aus und bezieht alternative Konfliktlösungsmechanismen wie das Mediationsverfahren ein, solange die abschließende Entscheidung zur Vermeidung eines Abwägungsdefizits von der Behörde „verantwortet“ bleibt.

Die Formalisierung der Bürgerbeteiligung durch die §§ 7 ff. NABEG darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass für deren Erfolg nicht nur eine hinreichend offene Planung vorauszusetzen ist, sondern bestehende Spielräume der Bundesnetzagentur adäquat auszufüllen sind. Das verlangt eine faire Auswahl der Teilnehmer, die Einhaltung der verständigungsorientierten Vorgehensweise, die Rückkoppelung der Ergebnisse an die weitere Öffentlichkeit und die Einbindung der Ergebnisse in die vorgesehenen Entscheidungsverfahren. Die koope-

²⁶⁰ Vgl. *Renn u.a.*, ZUR 2014, 281 (285 ff.), die sich für eine Kombination von Präsenz- und Online-Beteiligungsverfahren in „hybriden“ Beteiligungsformaten aussprechen; *Hermann Hill*, Wandel von Verwaltungskultur und Kompetenzen durch Öffnung für gesellschaftliche Innovationen, *Die Verwaltung* 47 (2014), S. 435 (437 f.).

²⁶¹ *Matthias Lang/Moritz Rademacher*, Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung – technischer Hintergrund und rechtliche Grundlagen für den Netzausbau nach EnWG, EnLAG und NABEG, RdE 2013, 145 (148).

²⁶² Dazu gehören auch „Runde Tische“ mit der Institutionalisierung eines Dialogs, dazu aus der Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 24.11.2010, 9 A 13/09 Rn. 66 ff.

rative Struktur der Verfahren mag informelle Vorabfestlegungen zwischen Netzbetreiber und Bundesnetzagentur nicht völlig ausschließen und ob es der Behörde gelingt, einen vertrauenswürdigen und zugleich transparenten Dialog zu etablieren, wird sich zeigen müssen.²⁶³ Ohne einen solchen, durch die gesetzlichen Regelungen nahegelegten, aber nicht erzwingbaren Wandel in der *Verfahrenskultur* wird sich eine diskursive Einbettung der Beteiligungsoptionen kaum realisieren lassen.²⁶⁴

In der gestuften Planung wird der Spielraum der Bundesnetzagentur in der Bundesfachplanung durch die verbindlichen Festlegungen der Bedarfsplanung, aber auch durch dem Planfeststellungsverfahren verbleibende Handlungsoptionen begrenzt. Hier findet auch die Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung eine Grenze. Dabei fällt die Abgrenzung der Gegenstände von Bundesfachplanung und Planfeststellung mitunter schwer. So drohte die Bürgerbeteiligung ohne Not konfliktreich zu werden, hätte man im Rahmen der Bundesfachplanung signalisiert, mit dem Vorschlag der Erdverkabelung erst im Planfeststellungsverfahren „gehört“ zu werden. Und Konflikte, die absehbar im späteren Verfahren auftreten, sind nach Möglichkeit bereits im vorgelagerten Verfahren abzuarbeiten. Was hier gelingt, muss später nicht mehr aufgegriffen werden, mag es der Bundesfachplanung auch an einer formellen Präklusionsregelung für die Planfeststellung fehlen (§ 9 Abs. 6 S. 2 NABEG).²⁶⁵ Nicht möglich ist es allerdings, in der umfassenden Öffentlichkeitsbeteiligung eine Kompensation für den Ausschluss des Rechtsschutzes Dritter²⁶⁶ zu sehen, der nach § 15 Abs. 3 NABEG auf den abschließenden Planfeststellungsbeschluss und eine Inzidentkontrolle der Bundesfachplanung beschränkt ist.²⁶⁷

²⁶³ Zum Auseinanderfallen von genereller Befürwortung und Kritik im Einzelfall: *Deutsche Umwelthilfe* (Hrsg.), Plan N – Handlungsempfehlungen an die Politik zur künftigen Integration Erneuerbarer Energien in die Stromnetze, 2010.

²⁶⁴ Zum Wandel der Legitimitätsbedingungen *Arndt Schmehl*, „Mitsprache 21“ als Lehre aus „Stuttgart 21“? Zu den rechtspolitischen Folgen veränderter Legitimitätsbedingungen, in: FS Bull, 2011, S. 347 ff.

²⁶⁵ Krit. *M. Appel*, UPR 2011, 406 (415). Geht man von einer strikten Bindungswirkung der Bundesfachplanung aus, fehlt der Planfeststellungsbehörde die Kompetenz, erst im Planfeststellungsverfahren erhobene Einwände etwa der fehlenden Umweltverträglichkeit des Trassenkorridors zu berücksichtigen. Das „entwertet“ den auf dieser Stufe vorgesehenen Erörterungstermin, vgl. *Durner*, DVBl 2013, 1564 (1571).

²⁶⁶ Die „echte“ Öffentlichkeitsbeteiligung zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sie nicht auf individuelle Belange beschränkt und deshalb auch nicht auf den Aspekt des vorgezogenen Rechtsschutzes durch Verfahren verkürzt werden darf, vgl. *Matthias Knauff*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren, DÖV 2012, 1 (6 ff.).

²⁶⁷ Unionsrechtlich lässt sich im Anschluss an die Aarhus-Konvention zwar sagen, dass die Beteiligung zur Eröffnung des Rechtsschutzes zwingt. Art. 11 Abs. 2 UVP-RL erlaubt es jedoch den Mitgliedstaaten festzulegen, in

Es greift zu kurz, das Konzept der Öffentlichkeitsbeteiligung an den bekannten Formen und Figuren des deutschen Planungsrechts zu orientieren.²⁶⁸ Es verlangt vielmehr einen Spielraum der Bundesnetzagentur in der rational nachvollziehbaren Berücksichtigung der Ergebnisse, was gerichtlich im Rahmen der Abwägungsfehlerlehre kontrollierbar ist. Zwar steckt der Vorhabenträger mit seinem Antrag die Grenzen des Spielraums ab. Wird ein schmaler Trassenkorridor beantragt, nähert sich das Verfahren einem vorgezogenen Planfeststellungsverfahren an, was die Beteiligung betroffener Grundstückseigentümer nahelegt. Dagegen wird ein beantragter Grobtrassenkorridor eher eine Verbandsbeteiligung sinnvoll erscheinen lassen. Allerdings kann die Beteiligung den Umfang des in diesem Verfahren festzulegenden Plans nicht beliebig erweitern. Insoweit bildet die Verfahrensstufung eine Grenze diskursiver Verständigung, mag es auch möglich sein, die häufig im Streit stehenden Nebenanlagen wie einen HGÜ-Konverter bereits in der Bundesfachplanung zu erörtern und nach Maßgabe der „frühen“ Öffentlichkeitsbeteiligung als Standort dem Planfeststellungsverfahren verbindlich vorzugeben.²⁶⁹

b) „Abgestimmte“ Öffentlichkeitsbeteiligung

Das verweist auf die Herausforderung einer „abgestimmten“ Öffentlichkeitsbeteiligung. Ob eine siebenfache Beteiligung der Öffentlichkeit in der Planungskaskade der Stromnetzplanung den erhofften Akzeptanzgewinn bringt, wird nicht ohne Grund bezweifelt.²⁷⁰ Vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem „Wutbürger“ und der Einsicht, dass eine Aktivierung der Öffentlichkeit häufig erst zu einem Zeitpunkt gelingt, wenn „die Bagger rollen“ und die Beteiligungsverfahren abgeschlossen sind, mag man nach dem Nutzen einer frühen Bür-

welchem Verfahrensstadium der gebotene Rechtsschutz gewährt wird; dazu *Claudio Franzius*, Aktuelle Probleme des Umweltrechtsschutzes, in: FS Kloepfer, 2013, S. 377 (394 f.).

²⁶⁸ So aber *Steinbach*, DÖV 2013, 921 (926).

²⁶⁹ Enger *Henning Buschbaum/Olaf Reidt*, Die Einbeziehung von Nebenanlagen in die Bundesfachplanung und die Planfeststellung nach dem NABEG, UPR 2013, 421 (423 ff.); *Matthias Elspaß*, Planung und Genehmigung von Nebenanlagen im Kontext der Bedarfsplanung für Höchstspannungsleitungen, NVwZ 2014, 489 (491 ff.). Aber selbst dann, wenn die Entscheidung für den Standort des HGÜ-Konverter zur Umrichtung des Gleich- in Drehstrom erst im Planfeststellungsverfahren getroffen wird, bedeutet das nicht, dass die Frage nach dem geeigneten Standort kein Prüfungsmaßstab der Bundesfachplanung sei. Denn hier dürfen nur Trassenkorridore festgelegt werden, in denen ein Konverter mit einem Flächenbedarf von immerhin bis 35 h errichtet werden könnte, vgl. mit dem Hinweis auf die Vermeidung eines Planungstorsos *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (367).

²⁷⁰ Vgl. *Durner*, ZUR 2011, 354 (358): „eher überzogen“.

gerbeteiligung fragen.²⁷¹ Allerdings ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es sich um *Beteiligungsoptionen* handelt, die in Anspruch genommen werden können, aber nicht müssen. Auch könnte der Protest gegen die herkömmliche „Anhørungsphilosophie“ des Planfeststellungsrechts gerichtet sein, was gegenüber der neuen Mitwirkungskonzeption der Stromnetzplanung, die möglichen Protest zu antizipieren versucht, nicht in gleicher Weise ausfallen muss.

Die Regelung über die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in § 25 Abs. 3 VwVfG findet auf die Stromnetzplanung keine Anwendung. Sie wird durch die speziellen, aber weitergehenden Regelungen in §§ 12a ff. EnWG und §§ 4 ff. NABEG verdrängt.²⁷² Schon im Rahmen der Bedarfsplanung ist der Öffentlichkeit bei der Ermittlung des Szenariorahmens (§ 12a Abs. 2 EnWG) und des Entwurfs für den Netzentwicklungsplan (§ 12b Abs. 3 EnWG) Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Die dafür vorgesehenen knappen Fristen lassen sich vor dem Hintergrund der Auslegung im Internet rechtfertigen.²⁷³ Die anschließende zweistufige Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen der Bundesfachplanung geht der ebenfalls zweistufigen Beteiligung im Planfeststellungsverfahren vor. Auch hier eröffnet der Antrag lediglich das Verfahren, determiniert es aber nicht. Er soll die Festlegung des Untersuchungsrahmens nach § 20 NABEG ermöglichen, wobei der Plan vom Vorhabenträger erst auf der Grundlage der Ergebnisse der Antragskonferenz bearbeitet und eingereicht wird. Auf diese Weise erhalten die Bundesnetzagentur als Planfeststellungsbehörde, die betroffenen Träger öffentlicher Belange und die Umweltverbände Einfluss auf die Erstellung der Planunterlagen und das konkrete Vorhaben. Hier bestimmt § 22 Abs. 2 S. 2 NABEG, dass Angelegenheiten, welche die Bundesfachplanung betreffen und zu denen in diesem Verfahren hätten vorgebracht werden können, im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens nicht mehr Gegenstand von Stellungnahmen

²⁷¹ Zur Relativierung des Einwands der Verfahrensverzögerung *Elke Gurlit*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, JZ 2012, 833 ff.

²⁷² § 25 Abs. 2 S. 5 VwVfG schließt die Hinwirkungspflicht der Behörde auf eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung aus, soweit die betroffene Öffentlichkeit bereits nach anderen Rechtsvorschriften vor dem Antrag auf Planfeststellung zu beteiligen ist. Das ist bei den der Bundesfachplanung unterliegenden Netzausbauvorhaben der Fall, vgl. *Stefan Wiesendahl*, Das Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG), EnWZ 2013, 291 (293 ff.). Gleichwohl hat die Bundesnetzagentur die Übertragungsnetzbetreiber aufgefordert, bereits im Vorfeld der Antragstellung die Öffentlichkeit über das Vorhaben und den voraussichtlichen Antragsinhalt zu informieren. Das hat die Tennet TSO GmbH im Suedlink-Verfahren akzeptiert.

²⁷³ *Hofmann*, JZ 2012, 701 (707).

sein können. Bemerkenswert ist die Preisgabe der organisatorischen Entkoppelung von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde, wie sie dem Fachplanungsrecht nach §§ 72 ff. VwVfG traditionell zugrunde liegt.

Eine frühzeitige und kontinuierliche, sich auf den gesamten Planungsprozess erstreckende Mitwirkung der Öffentlichkeit ist für die neue Stromnetzplanung sichergestellt. Ob die Verfahrensmodalitäten auch tatsächlich eine Chance bieten, sich am Netzausbau zu beteiligen, hängt von der Bereitschaft der Akteure zur Kompromissbildung ab. Eine solche Bereitschaft dürfte freilich erst zu einem Zeitpunkt erkennbar werden, an dem wesentliche Vorentscheidungen bereits getroffen sind. Das Problem der vertikalen Verfahrensstufung ist, dass es für die beteiligungsinteressierte Öffentlichkeit nicht einfach ist, die passende Verfahrensstufe für Einwendungen und Vorschläge zu wählen. Als schwierig kann sich auch erweisen, welche „Öffentlichkeit“ in den Verfahren adressiert wird. Zwar mag die Einräumung von Verfahrensrechten nicht stets ein „Türöffner“ für den Rechtsschutz sein.²⁷⁴ Die Beteiligung auf höherstufigen Planungsebenen geht aber unzweifelhaft über eine Mitwirkung des engen Kreises der Rechtsbetroffenen hinaus. Auch ohne entsprechendes Gebot kann bzw. sollte wegen der demokratischen Teilhabedimension die Beteiligung einer „Jedermann-Öffentlichkeit“ ratsam sein.²⁷⁵

Das schließt die „mediatisierte“ Einbringung von Bürgerbelangen durch die Verbände ein. Solange die Planung auf einer frühen Stufe abstrakt und wenig „greifbar“ bleibt, dürfte hier nicht nur zur Verbreiterung der Wissensbasis, sondern auch zur Legitimation der Planungsentscheidung eine Beteiligung der Verbände, jedenfalls der Umweltverbände, sachgerecht sein. Aber das mehrstufige Verfahren erschwert die Fokussierung auf einen zentralen Ort, an dem eine Bürgerbeteiligung am besten ihrer Zielrichtung, auf die Bewertung und Beeinflussung des Entscheidungsinhalts adäquat Einfluss zu nehmen, gerecht werden könnte.²⁷⁶ Es wäre falsch, die Bürgerbeteiligung allein auf die Zulassungsebene des konkreten Projekts zu beziehen, zumal auf dieser Ebene jene Offenheit der Planung nicht mehr vorausgesetzt werden kann, die für eine erfolgreiche Einbringung und Berücksichtigung von Ein-

²⁷⁴ Zur „abgestuften“ Öffentlichkeitsbeteiligung und deren Einklagbarkeit *Hofmann*, JZ 2012, 701 (706 ff.).

²⁷⁵ *Steinberg/Wickel/Müller*, Fachplanungsrecht (Fn. 3), § 7 Rn. 31.

²⁷⁶ Anders *Wilfried Erbguth*, Infrastrukturprojekte: Akzeptanz durch Verfahren und Raumordnung, DÖV 2012, 821 (823 f.).

wendungen wesentlich sind. Eben das macht die Ebene der Bundesfachplanung gleichsam als „Zwitter“ der planerischen Verdichtung eines Leitungsvorhabens interessant, setzt aber voraus, dass Gegenstand und Prüfungsumfang von der Bundesnetzagentur als verfahrensführende Behörde hinreichend deutlich kommuniziert werden und Verfahrensfehler nicht sanktionslos bleiben.²⁷⁷

Das Zusammenwirken der Ebenen, für die eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist, hat sich schon im Verhältnis von Raum- und Fachplanung verändert. Während einerseits der Raumplanung in ihrem Koordinationsanspruch der sektoralen Planungen eine Marginalisierung²⁷⁸ droht, was durch das neue Regime der Bundesfachplanung eine Bestätigung findet, wird andererseits das Eindringen zunehmend konkreter werdener projektbezogener Raumplanungen – zum Beispiel über parzellenscharfe Standortfestlegungen – in die Domäne der raumbedeutsamen Fachplanungen beobachtet²⁷⁹ und kritisiert. Die Bundesfachplanung greift insoweit die Erkenntnis auf, dass die energiewirtschaftliche Fachplanung auf die koordinierte Abstimmung mit Raumordnungsbelangen angewiesen bleibt, weist die Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung aber einer Bundesbehörde zu, die ihre Neutralität unter planungsrechtlichen Vorzeichen erst unter Beweis zu stellen hat. Ob es zur Sicherung des Vertrauens in die Offenheit und Neutralität des Verfahrens für eine deliberative Bewertung der Entscheidungsoptionen nicht ratsam wäre, anknüpfend an die Figur des *externen Projektmanagers* eine speziell für die Suche nach dem passenden Beteiligungsformat zuständige Stelle zu schaffen, wird die Praxis zeigen müssen, sollte im Falle des Auftretens von Konflikten aber erwogen werden.²⁸⁰ De lege lata ist der § 4a BauGB nachgebildete Einsatz des externen Projektmanagers gemäß § 29 NABEG, dem wesentliche Verfahrensschritte und sogar die Leitung des Erörterungstermins übertragen werden können, an den Vorschlag oder die Zustimmung des Vorhabenträgers gebunden.²⁸¹

²⁷⁷ Zutreffend *Erbguth*, DÖV 2012, 821 (824 f.).

²⁷⁸ *Dietmar Scholich*, in: ders./Müller (Hrsg.), *Planungen für den Raum zwischen Integration und Fragmentierung*, 2010, S. 173 ff.

²⁷⁹ Entdramatisierend *Rojahn*, NVwZ 2011, 654 ff.

²⁸⁰ So auch *Weingarten u.a.*, ET 5/2013, 74 (80).

²⁸¹ Konfliktmildernde Wirkungen vermutet *Alexander Schink*, Öffentlichkeitsbeteiligung - Beschleunigung - Akzeptanz, DVBl 2011, 1377 (1380). Demgegenüber rechtsstaatliche Bedenken anmeldend *Wolfgang Durner*, Die aktuellen Vorschläge für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) - Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials, DVBl 2011, 853 (859).

Dieses Erfordernis begründet die Kostentragungspflicht des Vorhabenträgers, sollte dem Einsatz eines Projektmitglers ohne Zustimmung des Netzbetreibers, aber auf Kosten der Behörde nicht entgegenstehen, solange sichergestellt ist, dass die materiell-rechtliche Abwägung bei der Bundesnetzagentur verbleibt.²⁸²

Vor einer Partizipationseuphorie ist allerdings zu warnen.²⁸³ Demokratischer Legitimation bedürfen auch die energiepolitischen Weichenstellungen, was durch die Letztentscheidung der Bundesnetzagentur für die Netzentwicklungsplanung und die weiteren Planungsstufen noch nicht gesichert ist.²⁸⁴ Ein Vorteil der Konsultationen bei den genehmigten Szenariorahmen und Netzentwicklungsplänen scheint nicht zuletzt darin zu liegen, auf die eigentlichen Akzeptanzprobleme hinzuweisen. Sie liegen weniger in den Umsetzungs- und Konkretisierungsproblemen der frühen Planungsschritte, sondern in den energiepolitischen Weichenstellungen des Vorfelds, was eine Akzentuierung und gegebenenfalls die Verlagerung von Aufgaben auf die *Bundesregierung* nahelegen könnte. Energiepolitische Programme der Bundesregierung sind

„entsprechend der verfassungsrechtlichen Stellung dieses Organs primär auf Gesetzgebungsinitiativen gerichtet, so dass sie nur punktuell Ziele enthalten, die ausreichend spezifisch auf die künftige Netz-, Erzeugungs- und Versorgungsstruktur bezogen sind. Eine verfahrensrechtliche Strukturierung z.B. zu der Frage, welche Stellen an der Vorbereitung der Ziele zu beteiligen sind und auf welche vorbereitenden Entwürfe sich die Bundesregierung dabei stützt, fehlt ebenso wie eine Formalisierung in dem Sinne, dass ein förmlicher Beschluss der Bundesregierung explizit die Bindungswirkung auf die Bundesnetzagentur oder andere Adressaten auslöst.“²⁸⁵

Der Vorschlag des Sachverständigenrates für Umweltfragen hatte mit dem „Anzapfen“ der demokratischen Legitimation der Bundesregierung einen Vorteil, der mit der Zuweisung der Verantwortung an die Bundesnetzagentur vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen wurde.²⁸⁶ Eine noch so umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung kann selbst unter „deliberativen“ Vor-

²⁸² Andeutungen: *Becker*, Beteiligte am Planungsprozess (Fn. 184), Rn. 56.

²⁸³ Krit. *Eckart Hien*, Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung, DVBl 2014, 495 ff.

²⁸⁴ *Luhmann*, ET 4/2013, 32 (35); *Hermes*, ZUR 2014, 259 (265 f.).

²⁸⁵ *Hermes*, ZUR 2014, 259 (266).

²⁸⁶ Krit. *Calliess/Dross*, JZ 2012, 1002 (1010 f.).

zeichen diesen Mangel nicht wettmachen.²⁸⁷ Für die Planung der Energiewende, die sich kaum auf den „bedarfsgerechten“ Ausbau der Stromnetze beschränken kann, steht die richtige Mischung aus politischer, exekutiver und judikativer Verantwortung noch aus. Davon aber hängt letztlich der Erfolg partizipativer und deliberativer Verfahren der Stromnetzplanung ab.

4. Professionalisierung der Prozesssteuerung

Das wiederum verweist auf system- und netzwerktheoretisch inspirierte Zweifel an der Zentralisierung der Aufgabenerledigung. Allerdings ließen sich die Vorbehalte gegenüber einer zentralen Steuerung durch die Erarbeitung von Konzepten zur Selbstbindung der Bundesnetzagentur an Verfahrensmodelle ausräumen.

a) Bundesnetzagentur als Verfahrensmanager?

Die Behördenidentität zur Verfahrensbeschleunigung schmälert das Potential föderaler Erfahrungen, die gerade die Verarbeitung der Wissensprobleme ermöglichen und den Erhalt von Lernfähigkeit sicherstellen. Diese „analytische“ Schwäche kann durch eine „deliberative Bürgermitwirkung“ nicht kompensiert werden, zumal unsicher ist, inwieweit es der für die Durchführung der Verfahren zuständigen Bundesnetzagentur gelingt, eine solche, die eigenen Vorstellungen unter den Vorbehalt anderer Präferenzen stellenden Verfahrenskultur zu etablieren. Denn es geht um mehr als kommunikative Überzeugungsarbeit.²⁸⁸ Die Bundesnetzagentur muss vielmehr lernen, ihrer Rolle als Verfahrensmanager in der Verknüpfung der unterschiedlichen Verfahren gerecht zu werden und steht vor der Herausforderung, gegebenenfalls auch alternative Konfliktschlichtungsmodelle, wie sie in den USA praktiziert werden, zu erproben.

²⁸⁷ Soweit der Bundesnetzagentur die Befugnis zur Abänderung des Netzentwicklungsplans zugesprochen wird, droht die Konsultation der Öffentlichkeit ins Leere zu laufen. Denn die bisherige Praxis zeigt, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen der „Bestätigung“ nach § 12c Abs. 4 EnWG den einer öffentlichen Konsultation unterworfenen Entwurf der Netzbetreiber nach anderen, aber vage bleibenden Kriterien für den Entwurf des Bundesbedarfsplans abändert: *Luhmann*, ET 4/2013, 32 (33 f.).

²⁸⁸ Anders aber viele, etwa *Reinhard Wulfhorst*, Konsequenzen aus „Stuttgart 21“: Vorschläge zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung, DÖV 2011, 581 (588 ff.); krit. *Durner*, ZUR 2011, 354 (360); wie hier *Renn*, Partizipation bei öffentlichen Planungen (Fn. 80), S. 163; *ders. u.a.*, ZUR 2014, 281 (282 f.).

Die im Bundesbedarfsplan nach § 2 Abs. 1 BBPlG als grenzüberschreitend (A 1) oder länderübergreifend (A 2) gekennzeichneten Ausbauprojekte begründen mit Ausnahme der von der SeeAnIV erfassten Vorhaben die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur auch für das Planfeststellungsverfahren (§ 1 PlfZV). Zwar lassen sich Kompetenzbedenken der Zuständigkeitskonzentration mit der Qualifizierung von Bundesfachplanung und Planfeststellung als einheitlichem, wenn auch gestuften Planungsvorgang, der insgesamt der Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 GG zugewiesen ist, ausräumen.²⁸⁹ Die theoretischen Bedenken gegenüber der Zuständigkeitskonzentration werden aber dadurch verschärft, dass auf einen Beirat zur Institutionalisierung eines Erfahrungsaustauschs nach Schweizer Vorbild verzichtet wurde. Der Bundesfachplanungsbeirat nach § 32 NABEG erfüllt diese Funktion nicht, da er auf die Vermeidung von Konflikten mit den Ländern zielt, nicht aber akzeptanzfördernde Wirkungen für den Netzausbau schafft. Es entsteht der Eindruck, dass mit der Zentralisierung der Verfahren nicht nur der Einfluss der Länder auf die Planung länderübergreifender Stromleitungen begrenzt werden soll, sondern auch zu erwartender lokaler Protest auf eine Bundesbehörde gelenkt wird, um hier verfahrensmäßig „kleingearbeitet“ zu werden.²⁹⁰

Der Bund hat politisch nur schwache Einflussmöglichkeiten auf Entscheidungen der Bundesnetzagentur, mag diese für die neuen Planungsaufgaben – anders als für Regulatoraufgaben – auch nicht unabhängig gestellt sein. Eine Herausforderung für die Behörde liegt darin, die schon im Ansatz unterschiedliche Logik von wettbewerbsbezogener Regulierung und netzbezogener Infrastrukturplanung durch eine *klare Trennung der Abteilungen* zu internalisieren. Der „one stop“ Ansatz rechtfertigt nicht die Entstehung exekutiver Macht, die demokratisch nicht hinreichend durch die Bundesregierung legitimiert ist²⁹¹ und einer politischen Vorstrukturierung der vorgelagerten Planungsverfahren nicht entzogen ist. Das mag bei der Bundesfachplanung nicht geboten sein. Hier bereitet die Bundesnetzagentur zusammen mit dem antragstellenden Netzbetreiber – unter Ausnutzung dessen Wissens –

²⁸⁹ Statt vieler *Grigoleit/Weisensee*, UPR 2011, 401 (402); zust. *Hermes*, EnWZ 2013, 395 (400 f.); zusammenfassend *Krappel*, DVBl 2013, 551 ff.

²⁹⁰ Zu einfach macht es sich *Steinbach*, DÖV 2013, 921 (922 f.), der in der Hochzonung auf Bundesebene eine Beschleunigungswirkung sieht, weil lokale und regionale Widerstände durch politische Einflussnahme auf das Verfahren minimiert werden und in der Kombination von gebündelter Zuständigkeit der Bundesnetzagentur und legislativem Abschluss der Bedarfsplanung einen Legitimationsgewinn erkennt.

²⁹¹ A.A. *Kay Waechter*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 72 (2013), S. 499 (511 f.), der in der weisungsfreien Planungsbehörde eine Neutralitätssicherung sieht.

die Entscheidungsoptionen für einen räumlich konkretisierten Trassenkorridor auf, muss sich aber deren Bewertung durch die Öffentlichkeit unter Berücksichtigung des im Verfahren geäußerten Kontrastwissens und der hier abgerufenen Präferenzen öffnen. In dem Maße, wie es der Behörde gelingt, eine ergebnisoffene Beteiligung der Öffentlichkeit sicherzustellen, wächst die Chance einer durch das Verfahren entwickelten Problemlösung. Sie verspricht zwar nicht Akzeptanz, kann aber mit dem Verhandeln bestehender und gegebenenfalls neuer Optionen für die Planung zu einer gemeinsam getragenen Entscheidung beitragen, welche die Durchführung des abschließenden Planfeststellungsverfahrens nicht unerheblich beschleunigen kann.

Bietet die Behörde demgegenüber eine „fertige“ Lösung an oder entsteht der Eindruck einer bereits „verfestigten“ Planung, dürften sich die Konflikte in das Planfeststellungsverfahren verschieben. Zwar kann der Trassenkorridor hier nicht mehr in Frage gestellt werden. Aber die Planung des konkreten Vorhabens mit den planfeststellungsbedürftigen Details innerhalb des festgelegten Korridors wird erschwert. Spätestens in diesem Verfahren kann das Geltendmachen individueller oder öffentlicher Belange, die im Rahmen der Bundesfachplanung nur unzureichend gewürdigt wurden, das Vorhaben zu Fall bringen. Nicht nur, dass die Abwägungsentscheidung hier „dichter“ auszufallen hat. Der Planfeststellungsbeschluss dürfte umso eher vor Gericht angefochten werden, desto weniger überzeugend die vorgelagerten Verfahren durchgeführt worden sind. Zwar „infiziert“ nicht jeder Fehler der Bundesfachplanung das nachfolgende Planfeststellungsverfahren und nicht jeder Verfahrensfehler führt zu einem Aufhebungsanspruch klagebefugter Personen und Verbände.²⁹² Die Bundesnetzagentur tut jedoch gut daran, die Verfahren in ihrem „Eigenwert“ der Legitimation konfliktträchtiger Planungsentscheidungen ernst zu nehmen.

b) Kombination von Verfahrensstrategien

Zumindest in verfahrensrechtlicher Hinsicht wäre es verfehlt, sich auf die abschließende Planfeststellung zu konzentrieren. Maßgeblich sind vielmehr die vorgelagerten Planungsstufen, in denen durch ein überzeugendes Verfahrensarrangement die Entlastungseffekte für das Planfeststellungsverfahren „verdient“ werden müssen. Dies umso mehr, weil es die for-

²⁹² Vgl. *Franzius*, Aktuelle Probleme des Umweltrechtsschutzes (Fn. 267), S. 386 ff.

melle Letztverantwortung der Bundesnetzagentur verbietet, die Planungen der Netzbetreiber lediglich zu „ratifizieren“ und mit dem „Gütesiegel“ einer staatlichen Behörde zu versehen. Die bisherige Praxis zeigt, dass sich die technischen Berechnungen der Netzbetreiber jedoch nur mit großem Aufwand überprüfen lassen.²⁹³ Bei der Festlegung der Kriterien für die Prüfung der Umweltverträglichkeit legt die Bundesnetzagentur selbst keine Kriterien fest, nach denen sie die Umweltprüfung vornimmt. So droht die SUP, die gerade im Rahmen der noch vergleichsweise offenen Bedarfsplanung zu einem frühen Zeitpunkt die Prüfung übergreifender Alternativen verlangt, auch in der Bundesfachplanung leer zu laufen.

Hier könnten *Konzepte* helfen, an denen sich die Prüfung der Bundesnetzagentur messen ließe. Das Verwaltungsrecht kennt Konzeptpflichten aus dem Bauordnungsrecht, aber auch aus dem Produktsicherheitsrecht, wo § 25 Abs. 1 S. 1 ProdSG die zuständigen Behörden verpflichtet, ihre Vorgehensweise hinsichtlich der Überwachung der Risiken von Produkten mittels eines Überwachungskonzepts vorab zu strukturieren.²⁹⁴ Konzepte dienen der Steuerung und Kontrolle eines materiell nur offen formulierten Programms, das es der Verwaltung nicht erlaubt, dem Gesetz die „einzig richtige Entscheidung“ zu entnehmen. Konzepte werden von der Verwaltung erarbeitet. Ihnen kommt wie Ermessensrichtlinien eine quasi-normierende Wirkung zu, sind aber selbst keine Verwaltungsvorschriften, sondern eine informelle Selbststabilisierung in unsicheren Entscheidungssituationen.²⁹⁵ Der Bundesnetzagentur sind Konzepte aus dem Regulierungsrecht bekannt. So fordert § 15a TKG die Formulierung von Regulierungskonzepten der „grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden“ für die Entscheidungen nach §§ 10 ff. TKG. Im Energierecht kann die Bundesnetzagentur die Konzeptinhalte in den „Festlegungen“ nach § 29 EnWG mit außenverbindlicher Wirkung normieren.

²⁹³ Das gilt auch im Hinblick auf die Öffentlichkeitsbeteiligung. Insoweit kann man zweifeln, ob der Umweltbericht zum Bundesbedarfsplan 2012 den Anforderungen an eine allgemein verständliche Darstellung nach §§ 6 Abs. 3, 14g Abs. 2 UVPG gerecht wird.

²⁹⁴ Zur Ergänzung herkömmlicher Planungsvorgänge durch Konzeptpflichten *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 6/98 f.

²⁹⁵ Überzeugend *Herzmann*, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (439 ff.). Um das Optionenverhalten der Verwaltung unter Ausnutzung ihrer Gestaltungsspielräume willkürfrei zu halten und in unsicheren Entscheidungssituationen eine (noch) rational nachvollziehbare Entscheidung zu sichern, reicht die Selbstbindungsdoktrin (Art. 3 Abs. 1 GG) unter dem Rückgriff auf die „ständige Verwaltungspraxis“ nicht aus, vgl. *Franzius*, *Steuerung durch Recht* (Fn. 17), § 4 Rn. 21a.

Hervorgehoben wurde zwar, dass sich Regulierung und Planung unterscheiden. Doch die Erfahrungen der Bundesnetzagentur mit einem konzeptionellen Handeln lassen sich im Planungsrecht fruchtbar machen. Einer ausdrücklichen Anordnung zur Verwendung von Konzepten für die Strukturierung von Planungsprozessen bedarf es nicht. Gerade weil die Planung „offen“ für die Generierung von Entscheidungswissen sein soll, könnte die Bundesnetzagentur schon nach dem Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) gehalten sein, sich selbst durch ein systematisches – Rationalität versprechendes – Vorgehen eine sachliche Grundlage für das Ausfüllen der Spielräume, die das Gesetz der Behörde zur Entscheidungsfindung belässt, zu schaffen.²⁹⁶ Konzepte könnten als „Verfahrensbaustein“²⁹⁷ helfen, die verfahrensmäßigen Anforderungen an die mitunter komplexen Prüfungen unter einer gleichzeitigen Revisionsoffenheit für die Zukunft – und neue Erfahrungen – zu stabilisieren. Auch für die Strukturierung eines „Beteiligungsscoping“ könnten sich Konzepte anbieten.²⁹⁸ Sie würden im Wege der Selbststeuerung den Aufbau von passenden Verfahrensstrategien erleichtern, wobei sich anbietet, eine solche konzeptionelle Grundlage gemeinsam mit den für den Netzausbau verantwortlichen Netzbetreibern zu entwickeln. Hierüber wird die zentrale Steuerung durch gesetzliche Vorgaben nicht entbehrlich, aber entlastet.

Es dürfte sich für die verfahrensführende Bundesnetzagentur als hilfreich erweisen, nicht einfach die „fertige“ Planung der Netzbetreiber entgegenzunehmen, sondern methodische Vorgaben für deren Antragstellung zu machen.²⁹⁹ Um den Eindruck informeller Bindungen zu vermeiden, müsste die Behörde ein solches Vorgehen „konzeptionell“ festlegen und für eine Transparenz – etwa durch eine entsprechende Dokumentation – sorgen. Das gilt auch für die Formate der Bürgerbeteiligung, deren Einbeziehung in die Verfahren die Gefahr der Intransparenz bergen. Vertrauliche Gesprächs- und Verhandlungsrunden müssen zwar

²⁹⁶ Vgl. *Herzmann*, *VerwArch* 104 (2013), S. 429 (436 f.).

²⁹⁷ *Burkard Wollenschläger*, *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009, S. 175 ff.

²⁹⁸ In der Form einer Verwaltungsvorschrift definiert Nr. 1.3.5 VwV Öffentlichkeitsbeteiligung der Landesregierung von Baden-Württemberg (Fn. 92) das Beteiligungsscoping als „Meinungsaustausch zu den Fragen, ob eine zusätzliche Bürgerbeteiligung neben den gesetzlich vorgesehenen Beteiligungsformen zweckmäßig ist und welche Methoden im Rahmen einer frühen oder nicht-förmlichen Öffentlichkeitsbeteiligung gegebenenfalls eingesetzt werden können“.

²⁹⁹ So auch *Akademie für Raumforschung und Landesplanung*, *ARL-Empfehlungen zum Netzausbau für die Energiewende*, 2013, S. 4 f. Zu den Anforderungen an den Antrag nach § 6 NABEG *Tobias Leidinger*, *Antragstellung für die Bundesfachplanung und die Planfeststellung – beschleunigter Netzausbau durch beschleunigte Verfahren?*, ET 4/2013, 89 ff. Zur Diskussion über die einzureichenden Unterlagen *Schaller/Henrich*, *UPR* 2014, 361 (363).

nicht stets öffentlich gemacht werden, sollten aber als solche öffentlich begründet werden.³⁰⁰

Planung ist ein iterativer Prozess, der durch die Verfahrensstufen vertikal abgeschichtet wird. Die Einsicht, dass sich mit einem Beteiligungsverfahren nicht der gesamte Planungsprozess „erschlagen“ lässt, betrifft aber nicht nur die unterschiedlich ausgestalteten Beteiligungsverfahren für die Bedarfsplanung, die Bundesfachplanung und das Planfeststellungsverfahren, in denen sich mit der zunehmenden Konkretisierung sukzessive „Betroffenheiten“ herausbilden. Geht es in den frühen Beteiligungsverfahren noch eher um die Generierung von Wissen, so tritt in den späteren Verfahren die Funktion des Interessenausgleichs in den Vordergrund. Freilich macht es Sinn, sich schon in einem frühen Stadium der Planung über die Verteilung der Präferenzen so weit wie möglich Gewissheit zu verschaffen. Deshalb sollten Beteiligungsformate auch „horizontal“ auf einer Verfahrensstufe kombiniert werden. So wäre für die Bundesfachplanung die Präsenzbeteiligung im Wege der herkömmlichen Anhörung im Erörterungstermin durch *Online-Beteiligungsverfahren* zu ergänzen.³⁰¹ Gerade weil die Stromnetzplanung im schrittweisen Abarbeiten der Planungsstufen den Optionenraum für Entscheidungen reduziert, darf es nicht um eine bloß quantitative, sondern muss es um eine qualitative Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung gehen. Das erfordert ein behördliches Verfahrensmanagement, das namentlich bei der Vorbereitung der Antragskonferenz für die Bundesfachplanung schon deshalb über ein „Anstoßen“ der potentiell betroffenen Öffentlichkeit hinausreichen muss, weil die räumliche Betroffenheit zu diesem Zeitpunkt häufig noch nicht feststeht und im Wesentlichen davon abhängt, wie schmal der Trassenkorridor beantragt und geplant werden soll.³⁰²

Sind Konflikte zu befürchten, könnte sich die Einschaltung eines neutralen Dritten zur Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung anbieten. Ist für den Einsatz eines Projektmanagers nicht die Zustimmung des Vorhabenträgers zu erhalten, müssen die Kosten für eine

³⁰⁰ Renn, Partizipation bei öffentlichen Planungen (Fn. 80), S. 163.

³⁰¹ Renn u.a., ZUR 2014, 281 (285 f.).

³⁰² Die Gesetzesbegründung geht von einem Korridor in der Breite von 500 m bis höchstens 1000 m aus, vgl. BT-Drs 17/1673, S. 23. Der Spielraum wird im Wesentlichen durch den Antrag des Vorhabenträgers gesteuert, dürfte aber durch den gesetzlichen Erdkabelvorrang schmaler werden, was den Ausschluss subjektiver öffentlicher Rechte begründungsbedürftig macht, vgl. Claudio Franzius, Erdkabel in der Stromnetzplanung, ZNER 2016, 447 (450).

ausgelagerte, aber von der Bundesnetzagentur zu verantwortende Öffentlichkeitsbeteiligung zwar von der Behörde getragen werden. Das „Kostenargument“ relativiert sich aber deutlich, nimmt man die Situation in anderen Staaten in den Blick, die über Erfahrungen mit einer Professionalisierung der Prozesssteuerung verfügen. So ist es in den USA, wo sich ein Markt von Dienstleistern zur Begleitung partizipativer Prozesse herausgebildet hat, üblich, dass etwa 1% des Gesamtwertes einer Maßnahme für die Prozesssteuerung ausgegeben wird.³⁰³ In der Netzwerkgesellschaft muss sich auch der Staat, dem eine zentrale Steuerung mit eigenen Bordmitteln schwer fällt, auf ein professionelles Management des Wandels einstellen.³⁰⁴ Die volkswirtschaftlichen Kosten eines verzögerten Netzausbaus dürften höher ausfallen als der Aufbau eines speziell auf die Durchführung deliberativer Verständigungsprozesse zugeschnittenen Beteiligungsmanagements.

5. Entlastung und Erweiterung des Prüfungsumfangs

Unter Effizienzgesichtspunkten wird die Bundesfachplanung durch den Wegfall der Bedarfs- und Nutzenfeststellung, die mit dem Bundesbedarfsplan verbindlich vorgegeben ist, entlastet. Unsicher ist demgegenüber eine Erweiterung des Prüfungsumfangs im Verhältnis zur Planfeststellung. In dem Maße, wie die Bundesnetzagentur den zulässigen Prüfungsumfang überschreitet, erzeugt die Bundesfachplanung keine Bindungswirkung für das Planfeststellungsverfahren. Zwar wird man das Abwägungsprogramm der Bundesfachplanung nach § 5 NABEG als weit anzusehen haben. Aber es fragte sich, inwieweit neben *räumlichen* Alternativen auch Erdverkabelungen als *technische* Alternative zur Freileitung geprüft werden können. Denn ein Ebenenvorbehalt zugunsten der Planfeststellung³⁰⁵ würde die Öffentlichkeitsbeteiligung der Bundesfachplanung in einer der wichtigsten Fragen entleeren, das Interesse an der Beteiligung schmälern und für den Fall, dass diese Prüfungsgrenze nicht hinreichend deutlich benannt wird, auch Enttäuschungen hervorrufen, was sich auf das nachfolgende Planfeststellungsverfahren negativ auswirken könnte.

³⁰³ Renn, Partizipation bei öffentlichen Planungen (Fn. 80), S. 164.

³⁰⁴ Siehe auch Johann Herzberg, Public Management in der Netzwerkgesellschaft – Theorie und Steuerungsimplikationen, VM 2013, 188 ff.

³⁰⁵ In dieser Richtung Tobias Leidinger, Planungsrechtliche Grundsätze bei der Trassierung von Übertragungs- und Verteilnetzen, DVBl 2013, 949 (954 f.).

a) Erdverkabelungen

An den ökologischen Vorteilen der Erdverkabelung wurde lange Zeit gezweifelt, nicht aber an der Tatsache, dass die Verlegung eines Erdkabels deutlich höhere Kosten als eine Freileitung verursacht.³⁰⁶ In den Auseinandersetzungen über die Trassierung länderübergreifender Stromleitungen spielte das Thema eine zentrale Rolle, was den Gesetzgeber veranlasste, seine Zurückhaltung gegenüber dem Einsatz dieser Technik aufzugeben.³⁰⁷

Dass eine abschnittsweise Verkabelung von HGÜ-Leitungen technisch möglich und ökologisch verträglich ist, wird heute nicht mehr bestritten.³⁰⁸ Aus dem Postulat der Technologieoffenheit folgt, dass es weder ein Verkabelungsverbot für den Netzentwicklungsplan noch eine Beschränkung des Gesetzgebers zur Aufnahme von Erdkabelprojekten in den Bundesbedarfsplan gibt.³⁰⁹ Die Erdverkabelungsmöglichkeit ist in § 43 S. 7 EnWG jedoch nur im Ansatz geregelt und es konnte nach § 2 Abs. 3 EnLAG zunächst nur für vier Pilotprojekte auf das Planfeststellungsverfahren nach §§ 43 ff. EnWG zurückgegriffen werden.³¹⁰ Für die im Bundesbedarfsplangesetz festgelegten Vorhaben ging die Möglichkeit der Erdverkabelung weiter, wurde aber an die Beschränkungen der technischen und wirtschaftlichen Effizienz des § 2 Abs. 2 EnLAG zurückgebunden und war nur für Teilabschnitte vorgesehen.³¹¹ Das Planfeststellungsverfahren für NABEG-Vorhaben lässt eine Abschnittsbildung zu.

³⁰⁶ Statt vieler *Dominik Greinacher*, Energieleitungsausbau: Tatsächliche Herausforderungen und rechtliche Lösungen, ZUR 2011, 305 (310). Eine BMU-Studie geht davon aus, dass die Gesamtkosten für Gleichstromkabel bei dem 2,8- bis 4,2-fachen gegenüber Drehstromfreileitungen liegen, vgl. *Hans-Peter Beck u.a.*, Ökologische Auswirkungen von 380-kV-Erdleitungen und HGU-Erdleitungen, 2011, S. 10.

³⁰⁷ Von einem „Lernprozess“ spricht *Fest*, NVwZ 2013, 824 (825), der die Rechtspraxis als unzureichend kritisiert. Dem half auch nicht der Gesetzgeber im Zuge der EEG-Reform mit der Aufhebung des bislang als Grenze verstandenen § 12e Abs. 3 EnWG a.F. ab. Nach § 2 Abs. 2 S. 2 BBPlG konnten auf Verlangen der Bundesnetzagentur alle HGÜ-Leitungen des Bundesbedarfsplans auf technisch und wirtschaftlich effizienten Teilabschnitten als Erdkabel für den Fall ausgeführt werden, dass der im EnLAG definierte Abstand zu Wohngebäuden unterschritten wird.

³⁰⁸ Statt vieler *Lang/Rademacher*, RdE 2013, 145 ff.

³⁰⁹ *Matthias Elspaß/Christina Schwoon*, Energiewende ohne Erdkabel?, NVwZ 2012, 1066 (1069 ff.). Das wird durch die Überführung des Regelungsgehalts von § 12e Abs. 3 EnWG a.F. in § 2 Abs. 2 BBPlG n.F. unterstrichen.

³¹⁰ Zum Stand der EnLAG-Erdkabelprojekte *Siegfried de Witt/Carsten König*, Erdverkabelungskosten in Übertragungs- und Verteilnetzen, DVBl 2013, 955 (959). Eine Sperrwirkung durch diese bislang nicht realisierten Pilotvorhaben für die Erdverkabelung anderer Vorhaben, die nicht dem EnLAG, aber als Drehstromleitung dem später in Kraft getretenen NABEG unterfallen, besteht nicht, vgl. *Wolfshohl/Scheuten*, in: *de Witt/Scheuten* (Hrsg.), NABEG, 2013, § 1 Rn. 7 ff. *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (369 f.) legen überzeugend dar, dass aus der Rechtsprechung nichts anderes folgen kann.

³¹¹ Aus § 12e Abs. 3 EnWG a.F. wurde ein Vorrang der Freileitung für die übrigen Projekte gefolgert, statt vieler *Lang/Rademacher*, RdE 2013, 145 (147); *de Witt/König*, DVBl 2013, 955 (964); aus der Rechtsprechung:

Damit konnten Erdverkabelungen im Planfeststellungsverfahren zugelassen werden.³¹² Über den Umfang der Erdverkabelung für bedarfsfestgestellte EnLAG-Vorhaben ist damit jedoch nichts gesagt, zumal das Ermessen der Planfeststellungsbehörde nach § 2 Abs. 1 EnLAG eine Ablehnung als rechtmäßig tragen kann, wenn die Behörde zur Auffassung gelangt, dass eine Erdverkabelung der Pilottrasse aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen einer herkömmlichen Freileitung *nicht* vorzuziehen ist.³¹³ Diese Regelungen sind jedoch nicht abschließend und entfalten keine Sperrwirkung.³¹⁴ Gefordert wird allerdings ein Anknüpfungspunkt im Bundesbedarfsplangesetz.³¹⁵

Selbst dann, wenn man für die Zulassung der Erdverkabelung eine gesetzliche Ermächtigung fordert, konnten die begrenzten Einsatzmöglichkeiten angesichts der technischen Möglichkeiten nicht überzeugen. Dass eine Erdverkabelung über eine größere Distanz möglich ist, zeigte bereits der Netzentwicklungsplan 2012 mit dem von Amprion vorgesehenen Belgien-Konnektor, der im Bundesbedarfsplan jedoch nicht als grenzüberschreitende HGÜ-Trasse ausgewiesen war.³¹⁶ Weil zudem an die Regelungstechnik des EnLAG angeknüpft wird, hätte außerhalb der Siedlungsnähe sofort zum Freileitungsbau gewechselt werden müssen, was zu einem häufigen, aber unwirtschaftlichen Wechsel von Erdverkabelung und Freileitung füh-

BVerwG, Beschl. v. 28.2.2013, 7 VR 13/12 Rn. 29; Beschl. v. 26.9.2013, 4 VR 1/13 Rn. 40 ff.; Urt. v. 17.12.2013, 4 A 1/13 Rn. 62 ff.

³¹² Plastisch *de Witt/König*, DVBl 2013, 955 (956): „Die Erkenntnis, dass allein das Planfeststellungsverfahren für den Bau und Betrieb von Höchstspannungsleitungen geeignete Genehmigungsverfahren darstellt, ist erst langsam gereift und auch heute noch nicht allgemein anerkannt.“ Als das erste Erdkabelprojekt seiner Art gilt den Angaben des verantwortlichen Netzbetreibers zufolge der planfestgestellte Neubau der 380-kV-Höchstspannungsleitung Wesel-Pkt. Meppen im Abschnitt Bredenwinkel-Borken Süd, vgl. *Amprion*, Pressemitteilung v. 25.2.2014, <http://www.amprion.de>. Dieser knapp 11 km lange Abschnitt kann auf einer Länge von 3,4 km als Erdkabel errichtet werden.

³¹³ Für eine 110-kV-Freileitung OVG Schleswig, Urt. v. 1.7.2011, 1 KS 15/10, NuR 2012, 424 ff.

³¹⁴ *Elspaß/Schwoon*, NVwZ 2012, 1066 (1067). Der Erprobungszweck des § 2 EnLAG trägt jedenfalls dann keine Sperrwirkung, wenn Netzstabilität und Versorgungssicherheit nicht (mehr) berührt sind, vgl. *Jan Hennig/Tobias Lühmann*, Raumordnungs- und Planfeststellungsverfahren für den Aus- und Umbau der Hochspannungsnetze, UPR 2012, 81 (83). Zur umstrittenen Sperrwirkung des EnLAG für Drehstromleitungen im Anwendungsbereich des NABEG *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (369 f.).

³¹⁵ Näher, allerdings noch zur alten Rechtslage *Claudius Weisensee*, Die energierechtliche Planfeststellung von Erdkabeln, 2014, S. 29 ff.

³¹⁶ BBPIG-Vorhaben Nr. 30: Interkonnektor „Alegro“ zwischen Oberzier (NRW) und Lixhe (Belgien). Erst mit der Änderung des § 43 S. 1 EnWG wurde die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens für die Leitung als Erdkabelprojekt ermöglicht, vgl. *Claudius Weisensee*, ALEGrO – ein planungsrechtlicher Sonderfall, EnWZ 2014, 211.

ren würde.³¹⁷ Auch die Beschränkung des Bundesbedarfsplangesetzes auf zwei Erdkabelprojekte wurde dahingehend verstanden, dass eine Erdverkabelung im Übrigen nicht dem Planungsregime für länderübergreifende Trassen unterliegen sollte. Nach dieser Lesart schnitt der Gesetzgeber der Zulassungsbehörde die für betroffene Bürger wichtigste Alternative ab.³¹⁸

Heute besteht ein verwirrendes Zulassungsregime für Erdkabel.³¹⁹ Für Hochspannungsleitungen mit einer Nennspannung von 110 kV besteht die Möglichkeit der antragsgebundenen Planfeststellung nach § 43h EnWG. Freileitungen genießen hier keinen prinzipiellen Vorrang gegenüber der Erdkabelalternative.³²⁰ Bei Hochspannungsleitungen auf 380-kV-Ebene war zu differenzieren: Für vier Modellprojekte konnte die zuständige Behörde nach § 2 Abs. 2 EnLAG auf einem technisch und wirtschaftlich effizienten Abschnitt eine Erdverkabelung verlangen, wenn die Leitung in einem Abstand von weniger als 400m zu Wohngebieten im Innenbereich oder weniger als 200m zu Wohngebäuden im Außenbereich errichtet werden soll.³²¹ Für die übrigen 380-kV-Stromleitungen bestand eine Planfeststellungsfähigkeit nur für die in § 2 BBPlG als solche ausgewiesenen HGÜ-Pilotvorhaben.³²² Dem Grundsatz der Technologieoffenheit wurden diese Beschränkungen des planungsrechtlichen Einsatzes der Erdkabeltechnik³²³ nicht gerecht.³²⁴ Weder waren die Beschränkungen energiewirtschaftlich geboten noch ökonomisch sinnvoll, weil sie den „Stand der Technik“ einer gesetzgeberi-

³¹⁷ Deshalb wollte das Land Nordrhein-Westfalen über den Bundesrat eine Streichung der Bezugnahme auf § 2 Abs. 2 EnLAG erreichen, vgl. BR-Drs 819/12 v. 30.1.2013. Interessant ist die Begründung: Mit einer Verhinderung der Vollverkabelung werde die Versorgungssicherheit in Belgien gefährdet. Der Bundestag ist dem nicht gefolgt.

³¹⁸ *Fest*, NVwZ 2013, 824 (829).

³¹⁹ Krit. auch *Elspaß/Schwoon*, NVwZ 2012, 1066 (1071).

³²⁰ Die Gesetzesbegündung spricht sogar vom „Regelfall“ der Erdkabelausführung, vgl. BT-Drs 17/6073 S. 35.

³²¹ Darin ist gegenüber der bisherigen Antragsgebundenheit eine Verschärfung zu sehen, vgl. BT-Drs 17/4559 S. 6.

³²² Anlage 1 zum BBPlG: Nr. 4 Wilster-Grafenrheinfeld und Nr. 30 Oberzier-Bundesgrenze (Belgien). Letztere ist nicht als „grenzüberschreitend“ ausgewiesen und fällt deshalb nicht in den Anwendungsbereich des NABEG. Es sei an dieser Stelle dahingestellt, ob den Ländern eine Kompetenz zum Erlass eigener Vorgaben für Erdverkabelungen verbleibt, dafür *Martin Schulte/David Apel*, Die Kompetenz zur Regelung des Energieleitungsbaus mittels Erdkabelsystemen, DVBl 2011, 862 ff.

³²³ Vor- und Nachteile bilanzierend: *Gernot-Rüdiger Engel*, in: Rosin u.a. (Hrsg.), Praxiskommentar zum EnWG, Dezember 2012, §§ 43-43e EnWG Rn. 203 ff. Sonderregelungen bestehen für Offshore-Anbindungsleitungen nach § 43 S. 1 Nr. 3 EnWG und für die Fortführung grenzüberschreitender Seekabel nach § 43 S. 1 Nr. 4 EnWG; dazu *de Witt/König*, DVBl 2013, 955 (958). Zu den §§ 17a ff. EnWG *Frederic Geber*, Die Netzanbindung der Offshore-Anlagen im europäischen Supergrid, 2014. Heute ist das Windenergie-auf-See-Gesetz maßgeblich.

³²⁴ Vgl. *Fest*, NVwZ 2013, 824 (826); *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (370); anders *Steinbach*, DÖV 2013, 921 (926).

schen Entscheidung vorbehalten und damit „einzufrieren“ drohten. Die Erdverkabelung, die sich erst im Verfahren als vorteilhafte Alternative herausstellen könnte, wird der Logik einer politischen Entscheidung unterworfen.³²⁵ Hier bestand eine der Öffentlichkeit nur schwer zu vermittelnde Grenze für den planerischen Einsatz von Erdkabeln.³²⁶

Diese Grenze ist mit dem am 31.12.2015 in Kraft getretenen „Gesetz zur Änderung von Bestimmungen des Energieleitungsbaus“ und dem Vorrang der Erdverkabelung für bestimmte Gleichstrom-Übertragungsleitungen weggefallen.³²⁷ Hervorgerufen durch Proteste in den betroffenen Regionen, aber auch wegen der anhaltenden Verzögerungen des Netzausbaus und dem Widerstand des bayerischen Ministerpräsidenten gegen geplante Freileitungen kehrte der Gesetzgeber das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis kurzerhand um: Durch §§ 2 Abs. 5, 3 Abs. 1 BBPlG n.F. wird nunmehr angeordnet, dass die im Bundesbedarfsplan mit „E“ gekennzeichneten Gleichstromleitungen als Erdkabel zu errichten, zu betreiben und zu ändern sind.³²⁸ Damit kann die Frage nicht mehr allein dem Planfeststellungsverfahren überlassen sein.³²⁹ Dass sich die Behörde in der Bundesfachplanung mit der Frage eines Erdkabelkorridors auseinandersetzen muss, ergibt sich schon daraus, dass für eine Raumwiderstandsanalyse von Bedeutung ist, inwieweit zwingend entgegenstehende Raum- oder Umweltbelange – etwa der Gebietsschutz nach §§ 34 ff. BNatSchG³³⁰ oder der Artenschutz nach

³²⁵ An den Netzentwicklungsplan, der Erdverkabelungen vorsieht, ist der Gesetzgeber nicht gebunden. Daraus folgt zwar kein Verkabelungsverbot, aber nach der bisherigen Logik eben doch der Vorbehalt einer ausdrücklichen Zulassung durch den Gesetzgeber.

³²⁶ Der Gesetzgeber wollte den Einsatz von Erdkabeln bei HGÜ-Leitungen zunächst nur „testen“ und mit dessen Erleichterung eine größere Flexibilität bei der Realisierung von Ausbauprojekten ermöglichen, vgl. Gesetzesbegründung zum EEG 2014 v. 5.5.2014, S. 306 f. Einen Vorrang der Freileitung konnte man für NABEG-Vorhaben schon deshalb nicht annehmen, weil dem Gesetz anders als § 43 S. 1 EnWG mit der Bezugnahme auf Hochspannungsfreileitungen eine Differenzierung zwischen Freileitung und Erdkabel fremd ist, vgl. *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (370).

³²⁷ Nicht zu Unrecht ist von einem „Systemwechsel“ die Rede, vgl. *Benjamin Schirmer*, Neustart des Netzausbaus?, DVBl 2016, 285 (290 ff.); *Claudius Weisensee*, Erdkabel oder Freileitung – Was will der Gesetzgeber?, ER 2016, 68 (71); *Philipp Jörnitz/Gesa C. Förster*, Paradigmenwechsel beim Netzausbau: Vorrang der Erdverkabelung bei neuen Gleichstromleitungen, NVwZ 2016, 801.

³²⁸ Zust. *Markus Appel*, Künftiger Erdkabeleinsatz beim Stromnetzausbau, NVwZ 2016, 1516 (1517 ff.). Zum Ganzen auch *Peter Durinke/Siegfried de Witt*, Erdkabelvorrang für Gleichstromleitungen – zu den praktischen Folgen des Änderungsgesetzes vom 21.12.2015, DVBl 2016, 1354.

³²⁹ So die wohl früher hM, statt vieler *Leidinger*, DVBl 2013, 949 (955): Die Entscheidung könne erst getroffen werden, wenn die konkrete Trasse in ihrem Verlauf feststeht.

³³⁰ Vgl. *Jan Hennig/Thomas Krappel*, Natura 2000-Recht im gestuften Planungs- und Zulassungsverfahren, UPR 2013, 133 ff.

§§ 44 ff. BNatSchG³³¹ – im Wege einer Erdverkabelung überwunden werden können.³³² Das gilt auch für Drehstromleitungen. Hält man ihre Ausführung als Erdkabel

„im Anwendungsbereich des NABEG – jedenfalls bei hinreichender praktischer Erprobung – vom Grundsatz her für möglich, sollte eine Erdverkabelung auch hier bereits in der Bundesfachplanung als technische Ausführungsalternative in Betracht gezogen werden“

können.³³³ Ob Festlegungen bestimmter Erdkabelabschnitte des Korridors an der Bindungswirkung der Bundesfachplanungsentscheidung für das Planfeststellungsverfahren teilhaben, ist bislang nicht abschließend geklärt.³³⁴ Soweit diese Frage zum zentralen Gegenstand der Öffentlichkeitsbeteiligung gehörte und eine Problemlösung auf dieser Verfahrensstufe erzielt werden konnte, dürfte die Bindung über eine bloße Berücksichtigungspflicht der Planfeststellungsbehörde hinausgehen.³³⁵

Sollte der Gesetzgeber gehofft haben, mit seiner überraschenden Entscheidung für die Errichtung von HGÜ-Leitungen als Erdkabel eine Antwort auf den Widerstand betroffener Länder gefunden zu haben, scheint er enttäuscht zu werden. Trotz der deutlich teureren Variante, die als Regelfall der Bundesfachplanung vorgegeben wird, aber der Bevölkerung den Anblick von „Monstertrassen“ erspart, besteht die Gefahr, dass sich „Transitländer“ ohne weiterreichende Zugeständnisse sperren, jedenfalls nicht erst das Verfahren der Bundesfachplanung nutzen, um die eigenen Interessen zu vertreten.³³⁶ Zu bedenken ist auch, dass die bisherige Planung der Übertragungsnetzbetreiber teilweise entwertet wurde, hat der

³³¹ Zur Fehleranfälligkeit der hinreichenden Prüfung dieser Belange BVerwG, Urt. v. 6.11.2013, 9 A 14/12 Rn. 44 ff.

³³² So auch *Sangenstedt*, in: Steinbach (Hrsg.), NABEG, EnLAG, EnWG, 2013, § 7 NABEG Rn. 47 f.; *Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 5 NABEG Rn. 126. Zur gebiets- und artenschutzrechtlichen Prüftiefe in den Bundesfachplanung *Sabine Schlacke*, Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen: Die Belange von Natur und Landschaft in der SUP und in der fachplanerischen Abwägung, in: GfU (Hrsg.), Dokumentation zur 38. Umweltrechtliche Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 2015, S. 101 ff.; *Markus Appel/Andreas Rietzler*, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und den anschließenden Planfeststellungsverfahren, NuR 2017, 227.

³³³ *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (370).

³³⁴ Dafür *Siegfried de Witt*, Der Inhalt der Bundesfachplanung nach § 12 Abs. 2 NABEG, ER 2013, 150 (154).

³³⁵ AA *M. Appel*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 5 NABEG Rn. 126. Das erfordert zur Vermeidung der Entstehung eines „Planungskorsos“ für den Fall, dass ein Trassenkorridor festgelegt wird, für den das Planfeststellungsverfahren zum Ergebnis kommt, dass eine Erdverkabelung nicht in Betracht kommt, eine hinreichend sichere Prognose der Bundesnetzagentur als Bundesfachplanungsbehörde, zutreffend *Schaller/Henrich*, UPR 2014, 361 (370).

³³⁶ Ob die Länder die Bundesfachplanung „durchkreuzen“ können, hängt davon ab, inwieweit man bestehenden Raumordnungszielen eine strikte Beachtungspflicht in der Bundesfachplanung zuspricht. Das ist notorisch umstritten, vgl. die Nachweise in Fn. 210. Eine Verhinderungsplanung ist jedenfalls unzulässig.

Gesetzgeber mit der jüngsten Novelle doch nicht nur den Erdkabelvorrang der Planung aufgegeben, sondern in § 5 Abs. 2 NABEG n.F. auch ein Geradlinigkeitsgebot normiert, wodurch sich ungeachtet mancher Zweifelsfragen hinsichtlich seiner Einordnung als verbindliches Ziel oder nur als Abwägungsdirektive³³⁷ die Trassenkorridore ändern.³³⁸

b) Rückkoppelungen zum Regulierungsverfahren

Die planungsrechtliche Festlegung von Erdverkabelungen erhöht die Kosten des Netzausbaus. Das mag man kritisieren. Es gehe

„um nicht weniger als um die Transformation eines eher moderaten Regulierungskonzepts, das primär auf die Ermöglichung von Wettbewerb gerichtet ist, zu einer offensiven Strategie, nach der die Regulierungsbehörden zu vermeintlich umfänglichen Gemeinwohlgaranten werden sollen und unmittelbar marktbezogene Lenkungsaufgaben übernehmen“

sollen.³³⁹ Diese Einschätzung, schon damals verfehlt, ist heute überholt. Der Bundesgesetzgeber ist über das, was nach dem regulativen Ansatz des Unionsrechts gefordert wird, hinausgegangen und hat ein Planungsregime errichtet, das nicht an die Stelle des Regulierungsrechts tritt, dieses aber mit Blick auf die Investitionssteuerung überformt. Gerade weil es um den Ausgleich von Wertungskonflikten geht, bedarf die Regulierung geeigneter Grundlagen, die zu ermitteln Aufgabe „kooperativer“ Planung ist. Das Regulierungsverfahren, etwa mit Blick auf die Frage, welche Kosten auf die Verbraucher umgelegt werden dürfen, wird dadurch strukturiert.

Allerdings sollten die unterschiedlichen Logiken der Verfahren nicht übersehen werden. Das Regulierungsverfahren dient anderen Zwecken als das Planungsverfahren. In der Tat will Regulierung den Wettbewerb ermöglichen, wenngleich nicht zu übersehen ist, dass hier kein „natürlicher“ Wettbewerb, sondern ein „konstruierter“ Wettbewerb in Rede steht, der von

³³⁷ Gegen eine Verdrängung des planerischen Abwägungsgebotes *Martin Kment*, Neue Anforderungen an die Bundesfachplanung für HGÜ-Vorhaben, NVwZ 2016, 1762 (1764 ff.).

³³⁸ Hierdurch wird eine weiträumige Suche entbehrlich, was den Raum möglicher Betroffenheiten verkleinert. Freilich kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine kürzere Leitung mit größeren Umweltbetroffenheiten einhergeht. Weil das Gebot der Geradlinigkeit nicht als ein absolut geltender Planungsleitsatz zu verstehen ist, wird man siedlungs-, arten- oder habitatschutzrechtlichen Raumwiderständen durch Freileitungen in Teilabschnitten begegnen können, vgl. *Rubel*, DVBl 2017, 585 (594). Zum Ganzen auch *Christoph Riegel/Hans-Christian Poth*, Das Optimierungsgebot der Geradlinigkeit in der Bundesfachplanung, ER 2017, 65.

³³⁹ So *Klaus Ferdinand Gärditz/Jörgen Rubel*, Die regulierungsbehördliche Sanktionierung ausbleibender Netzinvestitionen im Rahmen des dritten Legislativpakets zur Liberalisierung der Energiebinnenmärkte, N&R 2010, 194 (204).

vornherein als „gemeinwohlpflichtig“ ausgestaltet ist.³⁴⁰ Wer in der Planung nun aber die Planwirtschaft aufziehen sieht, verkennt, dass das Planungsverfahren offen und reflexiv angelegt ist. Einbezogen werden sowohl die Netzbetreiber als auch die vom Netzausbau betroffenen Akteure. Für die Bundesnetzagentur besteht die Herausforderung darin, eine hinreichend sensible Koordinierung der Verfahren zu bewirken. Sollte sie das Planungsverfahren „regulierungsrechtlich“ verstehen, würde sie den Charakter der Planung als übergreifenden Steuerungsansatz verfehlen. Das gilt umgekehrt aber auch für den Fall planungsrechtlicher „Verfremdungen“ des auf die Ermöglichung von Wettbewerb zielenden Regulierungsverfahrens. Es geht nicht um das eine *oder* das andere, sondern darum, die Verfahren in ihrer eigenen Logik miteinander zu verbinden.³⁴¹

Insoweit erweist sich das Koordinierungs- und Abstimmungsproblem als zentral.³⁴² Es geht dabei nicht allein um die Koordinierung mit den Verteilnetzen, sondern auch um eine bessere Abstimmung mit der Erzeugungsebene. Während die einen die Bedarfsplanung für den Netzausbau als Weg in die Marktregulierung ersetzende Planwirtschaft kritisieren, bezeichnen andere die neue Bedarfsplanung als lückenhaft, weil die Erzeugungsebene ausgeklammert bleibe. Ohne Zugriff auf die Erzeugung bleibt die Netzplanung angreifbar. So reduziert sich der Ausbaubedarf nicht unerheblich, würde mehr in die Planung dezentraler Erzeugung „investiert“ werden.³⁴³ Eine bestimmte Erzeugungstechnik (Atomenergie) zu verbieten, die Entwicklung alternativer Erzeugungstechnologien (Windenergie) im Rahmen der Raum- und Umweltplanung aber dem Markt zu überlassen, reicht nicht aus, mag eine „gesamthafte“ Planung auch an den Eigenlogiken der Systeme auflaufen.³⁴⁴

³⁴⁰ Klar und deutlich *Fehling*, Die Verwaltung 47 (2014), S. 313 f., 335 ff.

³⁴¹ Tatsächlich kommt es zu einer nicht richtig abgestimmten Mischung aus beiden Regimen, vgl. *Thilo Richter/Hans-Jörg Schulze*, Die Finanzierung des Ausbaus von Höchstspannungsnetzen, NVwZ 2014, 835. Im weder theoretisch noch praktisch hinreichend durchdachten Zusammenspiel von Planungs- und Regulierungsrecht liegt eine zentrale Herausforderung des Energieumweltrechts, die bislang zu wenig Beachtung gefunden hat, vgl. *Claudio Franzius*, Planungsrecht und Regulierungsrecht. Bedeutung dieser Interdependenz für eine geänderte Vorteilszuordnung bei der Windernte, FEU-Arbeitspapier Nr. 1, Mai 2017, https://www.jura.uni-bremen.de/uploads/Franzius/FEU_AP1_Planungsrecht_Regulierungsrecht.pdf.

³⁴² Dazu *Pielow*, Interdependenzen (Fn. 16), S. 50 mit dem Hinweis auf das Fehlen inhaltlicher oder prozeduraler Verklammerungen.

³⁴³ Vgl. *Winfried Rasbach*, Dezentralisierung der Energieversorgung und Ausbau der Verteilernetze als Pfeiler der Energiewende?, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Neuausrichtung der deutschen Energieversorgung – Zwischenbilanz der Energiewende, 2015, S. 125 ff.

³⁴⁴ Für eine Energiebedarfsplanung, die auf der Interdependenz von Netzausbau, Erzeugungsstruktur und Nachfrage aufbaut und neben die Netzentwicklungs- eine Erzeugungsentwicklungsplanung setzen will: *Hermes*,

Die höheren Kosten der Erdverkabelung müssen kein Hindernis für die Planung sein. Zum einen beinhaltet die Kostenschätzung in der Netzentwicklungsplanung keine Vorfestlegung für spätere Verfahren.³⁴⁵ Zum anderen erlauben die Regulierungsverfahren eine Abwälzbarkeit der Verkabelungskosten auf die Endverbraucher, was in der planerischen Abwägung zwar zu einem Bedeutungsanstieg der öffentlichen Belange einer preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Elektrizitätsversorgung führt und entsprechend zu berücksichtigen ist. Aber es ist anerkannt, dass die Bundesnetzagentur nach § 23 ARegV die Erdverkabelung als Technologie fördern und die Pilotvorhaben dadurch wirtschaftlich absichern kann, dass auf Antrag des Netzbetreibers diese Maßnahmen als „Investitionsmaßnahmen“ genehmigt werden. Die Mehrkosten für planfestgestellte Erdkabel gelten im Vergleich zu Freileitungen als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ARegV und können ohne Effizienzabschlag auf die Endverbraucher umgelegt werden.³⁴⁶ Das gilt nicht nur für die vier EnLAG-Vorhaben, sondern auch für die im Bundesbedarfsplangesetz als Erdkabelleitungen festgelegten NABEG-Vorhaben.

Interessanter ist die Frage, ob auch andere Kosten aus dem Effizienzvergleich der Anreizregulierung herausgenommen werden können.³⁴⁷ Ein Beispiel sind finanzielle Kompensationen, die freilich dem Verdacht ausgesetzt sind, sich darüber die Zustimmung zu einem umstrittenen Projekt „erkaufen“ zu wollen.³⁴⁸ So ließe sich die Akzeptanz der betroffenen Gemeinden durch Zahlungen der Netzbetreiber nach § 5 Abs. 4 StromNEV befördern. Diese auch „Köder-Prämie“ genannten Entschädigungszahlungen müssten im Rahmen der Anreizregulierung als nicht beeinflussbare Kostenanteile nach § 11 Abs. 2 Nr. 8 ARegV anerkannt

ZUR 2014, 259 (264 ff.), demzufolge auch für Kapazitätsmärkte die behördliche Planung keine Alternative, sondern Voraussetzung sei; krit. *Pielow*, Interdependenzen (Fn. 16), S. 38 mit Fn. 139 sowie S. 52 mit Fn. 52.

³⁴⁵ *Bundesnetzagentur*, Netzentwicklungsplan 2012, S. 93; zust. *Fest*, NVwZ 2013, 824 (827).

³⁴⁶ Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a Absatz 3 des Energiewirtschaftsgesetzes zu den Erfahrungen mit der Anreizregulierung, BT-Drs. 18/536 v. 12.2.2014, S. 16.

³⁴⁷ Die Anreizregulierung scheint nicht nur für den Ausbau „konventioneller“ Netze, sondern auch für Investitionen in Energieinformationsnetze (smart grids und smart meter) schlecht gerüstet zu sein, vgl. *Claudio Franzius*, Regulierung und Innovation im Mehrebenensystem, *Die Verwaltung* 48 (2015), S. 175 (192 ff.). Gerade hier besteht ein erhöhtes Bedürfnis nach Kostenanerkennung, können intelligente Verteilnetze doch den Netzausbaubedarf erheblich minimieren, vgl. IRIN (Innovative Regulierung für Intelligente Netze), 2011, S. 16 f., <http://www.bremer-energie-institut.de/download/IRIN/pub/IRIN-AbschlussberichtKF.pdf>. Ähnlich BMWi-Verteilernetzstudie (Fn. 9), S. 99 ff.

³⁴⁸ Anders und richtig *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (350).

werden.³⁴⁹ Rechtspolitisch ist zu erwägen, die Regelbeispiele zu erweitern und für weitere Kompensationsleistungen – über die im Planfeststellungsbeschluss festgesetzten Ausgleichsmaßnahmen hinaus – zu öffnen.

So mag darüber nachgedacht werden können, einen im Verhandlungswege erreichten Kompromiss, statt der geforderten Erdverkabelung in einem bestimmten Abschnitt eine Kompensation zu leisten, auch regulierungsrechtlich anzuerkennen. Dies erscheint deshalb zu überdenken, weil die Kosten einer Kompensationsleistung unter den Aufwendungen liegen können, die für eine Erdverkabelung anfallen würden. Akzeptanzfördernde Maßnahmen unter die Philosophie der Anreizregulierung zu subsumieren, fällt allerdings schwer, dürften sich Kosten für einen Vergleich im Wege der Verhandlung durch den Netzbetreiber als „nicht beeinflussbar“ kaum darlegen lassen.³⁵⁰ Wie aber auch das Beispiel der Erdkabel zeigt,

„steht und fällt letztlich alles mit dem politischen Willen, Vergleichskosten zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen und zur Steigerung der Akzeptanz angemessen im Effizienzvergleich zu berücksichtigen“.³⁵¹

Was daran deutlich wird, ist, dass sich das Recht, ob es nun das Planungs- oder das Regulierungsrecht ist, auf neue Verfahren einer gemeinsam getragenen Entscheidungsfindung einzustellen hat. Das gilt auch für spieltheoretisch begründete Mediationsverfahren als „Baustein“ des *analytisch-deliberativen Verfahrensmodells*.³⁵² Gerade weil das Mediationsverfahren, das von anderen Streitschlichtungen zu unterscheiden ist, ein hinreichend offenes Planungsverfahren voraussetzt, bietet sich der Einsatz eines Konfliktmittlers auf einer frühen Verfahrensstufe an, sollte jedenfalls nicht auf das in weiten Teilen bereits „vorgefertigte“

³⁴⁹ Vgl. Moench/Ruttloff, NVwZ 2011, 1041 (1045).

³⁵⁰ Die Bundesnetzagentur will mit den Refinanzierungsmöglichkeiten kein dauerhaftes Sonderregime errichten. Genehmigte Investitionsmaßnahmen sollen allein den Zeitverzug zwischen Investition und Beginn der Refinanzierung durch die Einpreisung der Kosten in die Netzentgelte verhindern, vgl. Bundesnetzagentur, Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, 2012, S. 8, 13. Nach § 25a ARegV haben die Netzbetreiber jedoch die Möglichkeit, sich bis zu 50% der Gesamtkosten eines Projekts als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten anerkennen zu lassen.

³⁵¹ Holznagel/Nagel, DVBl 2010, 669 (677).

³⁵² Fallstudien: Anna Geis, Regieren mit Mediation: Daseteiligungsverfahren zur zukünftigen Entwicklung des Frankfurter Flughafens, 2005; Lars Schäfer, Mediation im öffentlichen Bereich: Eine Untersuchung ihrer rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel des Mediationsverfahrens Flughafen Frankfurt/Main, 2011. Einer stärkeren Berücksichtigung mediativ erzielter Ergebnisse im Verwaltungsverfahren stehen keine prinzipiellen Grenzen entgegen, vgl. Hermann Pünder, „Open Government leads to Better Government“ – Überlegungen zur angemessenen Gestaltung von Verwaltungsverfahren, NuR 2005, 71 ff.

Planfeststellungsverfahren beschränkt sein.³⁵³ Das gesetzliche vorgegebene „Kommunikationsgeflecht“ liefert vor allem mit den Antragskonferenzen der Bundesfachplanung genügend Ansatzpunkte, solche Aushandlungsprozesse informell einzuleiten.³⁵⁴ Aber auch hier stellt sich die Frage, ob ein „Nachgeben“ des an einer gemeinsam mit betroffenen Bürgern zu erarbeitenden Lösung interessierten Netzbetreibers die Abwälzung der dadurch entstehenden Kosten auf die „unbeteiligten“ Endverbraucher erlaubt.³⁵⁵ Neue Verfahren werfen Folgefragen in den bestehenden Verfahren auf, wobei sich die energierechtliche Anreizregulierung, kaum liegen erste Erfahrungen vor, als reformbedürftig erweist, um die planungsrechtlich angestoßenen Entwicklungen des Netzausbaus angemessen verarbeiten zu können.³⁵⁶

Zusammengefasst: Die Konzentration der Verfahrenszuständigkeiten bei der Bundesnetzagentur erleichtert Rückkoppelungen von Planung und Regulierung. Einerseits gilt für beide Verfahren, dass der Bedarf festgelegt und zumindest rechtlich nicht in Frage gestellt werden kann. Insoweit wird die Bundesfachplanung nicht unerheblich entlastet. Auf der anderen Seite dürfen technologische Optionen nicht einfach auf die Planfeststellungsebene verschoben werden. Zwar wird man aus dem Gebot der Konfliktbewältigung die Erdverkabelung nicht „ungefragt“ zum Thema der Planung machen müssen. Das ist bei der Bundesfachplanung für die Erdkabelvorhaben jedoch anders. Hier muss im Gegenteil geprüft werden, inwieweit ausnahmsweise eine Freileitung in Betracht kommt. Soweit ein Erdkabelprojekt grundsätzlich zulässig ist, spricht die sukzessive Konkretisierung der Planung dafür, schon auf der Ebene der Bundesfachplanung den Trassenkorridor daraufhin zu prüfen, inwieweit er für eine Erdverkabelung in Betracht kommt. Diese – durch den Gesetzgeber als Regelfall vorgegebene – technische Variante spielt zusammen mit der Möglichkeit, auch kostenaufwändigere Trassen und finanzielle Kompensationen in die Planung einzubeziehen, für die Auswahl

³⁵³ Sehr weit allerdings *Holznagel/Nagel*, DVBl 2010, 669 (675), die bereits eine mediatorische Begleitung der Bedarfsplanung für möglich halten.

³⁵⁴ *Schneider*, Akzeptanz für Energieleitungen durch Planungsverfahren (Fn. 7), S. 421.

³⁵⁵ Zur heiklen Frage der Kostentragung bei der Mediation im Planungsverfahren *Holznagel/Ramsauer*, VerwArch 104 (2013), S. 131 (149 f.).

³⁵⁶ Der „Zwang“ zur Kooperation nimmt auch unter den Netzbetreibern zu, vgl. *Sabine Schulte-Beckhausen*, Netzkooperationen: Regulierung, politische Vorgaben, Szenarien, RdE 2011, 77 ff. Eine gemeinsame Strategie für Erdverkabelungen macht schon deshalb Sinn, weil die Mehrkosten zumindest für die EnLAG-Pilotvorhaben nach § 2 Abs. 4 EnLAG zwischen den Übertragungsnetzbetreibern ausgeglichen werden.

des Trassenkorridors eine erhebliche Rolle.³⁵⁷ Weitergehende Verzahnungen könnten sich anbieten, entfernen sich jedoch vom bisherigen Rahmen einer asymmetrischen Mischung aus der Regulierung der Erzeugungslandschaft und der Planung des dadurch hervorgerufenen, aber eben nicht hinreichend sicher prognostizierbaren Netzausbaus.³⁵⁸

6. Neue Verfahrenskultur

Das Recht zieht der Etablierung und Durchführung von Verfahren zweifellos Grenzen. So muss die Interpretation und Handhabung der Bundesfachplanung als *analytisch-deliberatives Verfahren* die Absichtungen der Verfahrensstufung beachten, sei es „nach oben“ zur Bedarfsplanung mit der Festlegung des vordringlichen Bedarfs durch den Gesetzgeber, sei es „nach unten“ zur Planfeststellung mit der parzellenscharfen Ausweisung der konkreten Stromleitung einschließlich der technischen Details. Aber das Recht, namentlich das Verfassungsrecht, belässt den Verfahrensbeteiligten auch Spielräume, die auszunutzen den Einsatz informeller Verfahren erlauben. So stoßen Mediationsverfahren zur konsensorientierten Konfliktschlichtung auf keine prinzipiellen Bedenken, solange die faktischen Bindungen an das gefundene Ergebnis die Abwägungsentscheidung der Behörde unberührt lassen.³⁵⁹ Weil die Abwägung der Belange aber nicht im „luftleeren“ Raum erfolgt, sondern durch eine umfassende Behörden-, Verbands- und Bürgerbeteiligung vorstrukturiert wird, müssen auch *deren Ziele* eine Berücksichtigung finden. Hier mag der Akzeptabilität des im Verfahren „erzeugten“ Ergebnisses ein Wert eingeräumt sein. Wichtiger ist, dass sich die Verwaltung von den allein rechtsstaatlich orientierten Beteiligungsmodellen löst und dem neueren Verständnis demokratischer Partizipation öffnet, die eine Bewertung der vorgeschlagenen Entscheidungsoptionen im Diskurs erlaubt.

a) Grenzen der Verrechtlichung von Kommunikation

Das setzt eine neue Verfahrenskultur voraus. Erzwingen lässt sich eine solche Verfahrens- und Planungskultur nicht. Vielmehr gilt es die Grenzen der Verrechtlichung von Kom-

³⁵⁷ Siehe auch *Akademie für Raumforschung und Landesplanung*, ARL-Empfehlungen zum Netzausbau für die Energiewende, 2013, S. 3, 6 f.

³⁵⁸ De lege ferenda, das Potential des Planungsrechts aber wohl überschätzend: *Hermes*, ZUR 2014, 259 ff.; krit. *Pielow*, Interdependenzen (Fn. 16), S. 38 mit Fn. 139 sowie S. 52 mit Fn. 52.

³⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 3.3.2011, 9 A 8/10, Rn. 25 ff.; *Franzius*, GewArch 2012, 225 (233 f.).

munikation, Verhandlung und Diskurs in den Blick zu nehmen. Die Verfahrensstufung erlaubt es anzugeben, welche Argumente in welchem Verfahren Gehör finden können. Und die Verrechtlichung der informalen Vorabfestlegungen in der Bedarfsplanung ermöglicht es der Öffentlichkeit, bereits in der noch offenen Zielfindungsphase auf den Planungsprozess „kontrollierend“ Einfluss zu nehmen. Doch auch ohne formale Vorgaben dürfe es weiterhin möglich sein, informale Aushandlungsprozesse einzuleiten, wo auch spieltheoretisch begründbare Kompensationsleistungen oder Mediationsverfahren ihren Platz finden. Entscheidend ist die bereits hervorgehobene³⁶⁰ Einsicht in die Tatsache, dass

„nicht mehr die theoretisch grundsätzliche Auflösung von Konflikten, sondern das systematisch praktische Lernen am Einzelfall (...) zu einer neuen Planungskultur“

beiträgt.³⁶¹ Ungeachtet aller gesetzgeberischen Verbesserungsvorschläge wird es stets (auch) darum gehen, gewisse Verfahrensroutinen zu etablieren, die zum Aufbau einer transparenten und öffentlichkeitsfreundlichen Verfahrenskultur unerlässlich sind.³⁶² Zwar zeigen gerade die überzeugenden Regelungen zur frühen Öffentlichkeitsbeteiligung für NABEG-Vorhaben, dass Kommunikationsvorgänge einer rechtlichen Steuerung nicht entzogen sind. Aber dem Recht kommt insoweit eine Bereitstellungsfunktion zu. Bereitgestellt werden Beteiligungsoptionen, aber grundsätzlich keine Beteiligungszwänge, mögen die Verfahrensstufungen auch Mitwirkungslasten erzeugen, die mit dem Verzicht auf die Präklusion der Einwendungen in der Bundesfachplanung schmal gehalten werden.³⁶³ Das Recht der Stromnetzplanung kann Kommunikation anstoßen, mittelbar auch erzwingen, aber gelingende Kommunikation nicht garantieren. Auf der einen Seite darf die zuständige Behörde die Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung nicht als lästige Pflichtaufgabe verstehen, was sich allenfalls durch eine geschickte Auswahl des Personals steuern lässt.³⁶⁴ Auf der anderen

³⁶⁰ Oben, B. IV.

³⁶¹ Renn/Oppermann, ZAU Sonderheft 6 (1995), S. 257 (259 f.).

³⁶² Ziekow, NVwZ 2013, 754 (760).

³⁶³ Hier mag auch die Sorge einer Unionsrechtswidrigkeit der Präklusionspraxis eine Rolle gespielt haben. Der EuGH hat die materielle Präklusion (nur) im Anwendungsbereich von Art. 11 UVP-RL und Art. 24 IE-RL für unionsrechtswidrig erklärt, vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2015, C-137/14 (Kommission/Deutschland); dazu *Vassilios Skouris*, Einordnung der Rechtsprechung des EuGH vor dem Hintergrund der Rechtsschutzsysteme Deutschlands und Frankreichs, in: Hamburger Forum zur Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit, <http://www.zukunft-der-verwaltungsgerichtsbarkeit.de/wp-content/uploads/skouris-einordnung-der-rechtsprechung.pdf>.

³⁶⁴ Zum Personal als Steuerungsfaktor *Andreas Voßkuhle*, Personal, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 43.

Seite muss der gesellschaftlichen Erwartung eines ergebnisoffenen Verfahrens entsprochen werden, was ebenfalls leichter gesagt als getan ist, weil eine vollständige Ergebnisoffenheit in gestuften Verfahren nicht zu haben ist.

Die gegenwärtige Praxis der Stromnetzplanung zeigt zwar eine verstärkte Nutzung des Internets, was der Öffentlichkeit erlaubt, den Planungsprozess in seinen Stufen nachzuvollziehen. Aber ungeachtet der Tatsache, dass sich „Vertrauenswürdigkeit“ nicht anordnen lässt, gilt es zu bedenken, dass bestehende Spielräume kommunikativer Verfahrensgestaltung durch formale Vorgaben auch eingeengt werden können.³⁶⁵ Wechselseitige Anerkennungsprozesse und wesentliche Elemente einer deliberativen Verständigung folgen einer Logik, die durch rechtliche Vorgaben flankiert, aber nicht „versprochen“ werden kann. Das bedeutet nicht, dass das Recht solche Prozesse nicht befördern könnte. Hier wäre an erster Stelle die unionsrechtlich bedenkliche Relativierung von Verfahrensfehlern zu nennen. Solange der Behörde signalisiert wird, dass Fehler in der Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung folgenlos bleiben, schmälert dies nicht nur die Anreize zur behördlichen Einhaltung des Rechts, sondern auch die Anreize der Öffentlichkeit zur Mitwirkung an Entscheidungsprozessen und liefert damit der Kommunikation keine verlässliche Grundlage. Das sollte von der Rechtsprechung korrigiert werden.³⁶⁶

Der „analytische“ Teil des Verfahrens besteht in der Stufung und Abschichtung der Planung. Bestimmt wird gleichsam der Ort der Kommunikation. Für die Frage, wie der Kommunikationsprozess strukturiert werden soll, liefert das „deliberative“ Verfahrensmoment die maßgebliche Orientierung. Es wird nicht bloß angehört, sondern verhandelt. Es wird nicht nur miteinander gesprochen, sondern eine Verständigung gesucht. Vor allem aber wird die Öffentlichkeit mit dem Ziel einbezogen, die bestehenden Entscheidungsoptionen bewerten zu können. Zwar ist die Entscheidung am Ende von staatlicher Seite zu verantworten. Ein „Bewertungsmonopol“ des Staates gibt es jedoch nicht. Gemeinsam getragene Lösungen

³⁶⁵ Durner, ZUR 2011, 354 (360).

³⁶⁶ Zweifel der höchstrichterlichen Rechtsprechung mehrten sich, wie der Vorlagebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts v. 10.1.2012, 7 C 20/11, NVwZ 2012, 448 zeigte. Ausgewogene, aber deutliche Antwort: EuGH, Urt. v. 7.11.2013, C-72/12 Altrip, Rn. 47 ff.; dazu *Claudio Franzius*, Stärkungen des Verfahrensrechtsschutzes im Umweltrecht, EurUP 2014, 283. Zum Erfordernis einer „großen“ Lösung, die an einer gesetzlichen Änderung des § 46 VwVfG ansetzen müsste: *Anna Maria Schlecht*, Die Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern im deutschen Umweltrecht, 2010, S. 231 ff.

setzen voraus, dass sich die gewährleistungsrechtliche Verantwortungsteilung (B. I.) auch in der Würdigung der zur Diskussion stehenden Entscheidungen niederschlägt. Die Planung des Vorhabenträgers unterliegt nicht nur einer Bewertung durch die Bundesnetzagentur, sondern auch einer Bewertung durch die Öffentlichkeit. Diese, so ist hervorzuheben, gilt es nicht von einer bestehenden Planung zu überzeugen, sondern in eine offen gehaltende Planung einzubeziehen, um die Chancen für eine am Ende von allen Verfahrensbeteiligten gemeinsam getragene Lösung zu erhöhen. Das ist ein durchaus voraussetzungsvoller Vorgang, wie die zusammenfassenden Überlegungen von *Ortwin Renn* verdeutlichen:

„Analytisch-deliberative Verfahren der Beteiligung von Experten, Interessengruppen und betroffenen Bürgerinnen und Bürgern werden aber nur dann zu einer befriedigenden, d.h. sachlich kompetenten, fairen, effizienten und legitimierten Lösung führen, wenn alle Beteiligte gewillt sind, sich in einem diskursiven Prozess über die möglichen Lösungswege argumentativ zu verständigen. Verständigungsorientierte, auf Argumentation aufbauende Dialogführung ist dabei an die Bedingung geknüpft, dass die am Diskurs beteiligten Personen und Gruppen gleichberechtigt und ohne äußeren Zwang ihre Interessen und Werte offenlegen und durch Austausch von Argumenten eine gemeinsame Lösung anstreben. Verständigungsorientierte Diskurse haben also das Ziel, in Abwägung der vorgestellten Argumente über die Zumutbarkeit von Risiken und die Realisierbarkeit von Chancen eine für alle Beteiligten tragfähige Lösung zu entwickeln.“³⁶⁷

Dabei gehe es nicht um die Einigung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern im Gegenteil „um harte Auseinandersetzungen um Argumente und nachvollziehbare Begründungen“ sowie um die intensive Suche nach innovativen Lösungen.³⁶⁸ Manchem mag das naiv erscheinen.³⁶⁹ Auch gibt es theoretische Vorbehalte und andere Zugänge zum Verfahrensgedanken. Doch „unter dem Strich“ der theoretischen Konzeptionen liefert ein solches analytisch-deliberatives Modell als regulative Verfahrensidee, wie mit den bereitgestellten Verfahren in der Praxis der Stromnetzplanung umzugehen ist, eine gewisse Orientierung. Die reflexive Steuerung (B. II.) wird partizipativ flankiert (B. III.) und auf Lernfähigkeit umgestellt (B. IV.), was ein Ausprobieren neuer Verfahren gestattet und die Verknüpfung zu bestehenden Verfahren erfordert (B. V.). Gerade das zurückhaltende Verständnis rechtlicher Planung vor dem Hintergrund des Verlustes „letzter“ Gewissheiten gebietet den Einbau plu-

³⁶⁷ *Renn*, Partizipation bei öffentlichen Planungen (Fn. 80), S. 166.

³⁶⁸ *Renn*, ebd.

³⁶⁹ Skeptisch *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts (Fn. 55), S. 177 f.

realistischer Bewertungsmöglichkeiten, mit denen die abschließende Entscheidung des Staates nicht ersetzt, aber strukturiert und legitimatorisch abgesichert werden kann.

b) Experimentelle Verfahren

Obwohl sich die Stromnetzplanung durch einen verfahrensrechtlichen Ansatz auszeichnet, kann es Sinn machen, experimentell neue Verfahren zu erproben. Das betrifft nicht nur die Frage nach einem frühzeitigen „Beteiligungsscoping“ mit einem Fahrplan für die nachfolgenden Beteiligungsschritte, was sich aber nicht auf die Darstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensschritte beschränken dürfte, sondern auch nicht-förmliche Beteiligungs- und Moderationsverfahren in den Blick zu nehmen hätte.³⁷⁰ Abhängig vom „Bedarf“ wären konkrete Optionen zu benennen, die gemeinsam diskutiert werden könnten, um ein der Verfahrensstufung mit den unterschiedlichen Beteiligungspflichten angemessenes Beteiligungsformat zu entwickeln. Zum einen würden darüber die Grenzen einer gesetzlichen Vorprogrammierung der im Einzelfall gebotenen Öffentlichkeitsbeteiligung verarbeitet werden können. Zum anderen gibt es dem Vorhabenträger eine Planungssicherheit für den Normalfall, was durch unvorhergesehene Ereignisse oder ein „ungeschicktes“ Management derselben freilich erschüttert werden kann. Kommt es zum Konflikt, sind strukturierte Mediationsverfahren einem ad hoc eingesetztem Schlichtungsverfahren vorzuziehen.³⁷¹ Hier wird darum gehen zu vermeiden, dass nur noch mit erheblichem Aufwand eine akzeptable und zumeist teurere Lösung gefunden wird.

Die rechtlich bereitgestellten Verfahren machen die Erprobung neuer Beteiligungsformate nicht entbehrlich. Zwar ist ein großer Teil der rechtspolitischen Forderungen nach einer frühzeitigen und nicht nur punktuellen, sondern den gesamten Planungsprozess begleitenden Öffentlichkeitsbeteiligung erfüllt worden. Mit der Figur der Antragskonferenz ist auch die bisherige Dominanz des Vorgabenträgers in der Stromnetzplanung begrenzt wor-

³⁷⁰ Vgl. *Wulfhorst*, DÖV 2011, 581 (589); Staatsministerium Baden-Württemberg, Leitfaden für eine neue Planungskultur (Fn. 92), S. 38 ff.

³⁷¹ Näher *Jörg Eisele*, Öffentliche Streitbeilegungsverfahren - Zwischen Mediation, Schlichtung, Moderation und Schaulaufen der Akteure, ZRP 2011, 113; *Frank Brettschneider*, Die Schlichtung zu „Stuttgart 21“. Ein Prototyp für Bürgerbeteiligung an Großprojekten?, Forum Stadt 38 (2011), S. 203.

den.³⁷² Zwar bleibt die Planung antragsgebunden. Die für die Bundesfachplanung und die Planfeststellung maßgeblichen Antragsunterlagen werden jedoch durch die Öffentlichkeit beeinflussbar. Zumindest rechtlich erweist sich die Planung insoweit als hinreichend offen und durch die Verfahrensbeteiligten mitgestaltbar. Die Planung der längerübergreifenden und grenzüberschreitenden Stromnetze setzt nicht mehr allein auf den klassischen Erörterungstermin, der sich in der Praxis als mitunter dysfunktional erwiesen hat.³⁷³ Mag die Online-Beteiligung den Erörterungstermin auch nicht ersetzen können, so müsste doch stärker als bisher aus den Erfahrungen mit dem Einsatz des Internets auch für neue Beteiligungsformate gelernt werden. Jedenfalls wäre die Bereitstellung der Planungsunterlagen im Internet³⁷⁴ mit entsprechenden Beteiligungsangeboten sicherzustellen.

Ob sich die Gefahr „immer weiter aufgetürmter (Schein-) Beteiligungsrituale“ durch einen konsequenten Schritt zu einem Entscheidungsverbund mit der legislativen Bestätigung exekutiver Planungsverfahren vermeiden lässt, erscheint nicht zweifelsfrei.³⁷⁵ Sicher ist, dass die Einbindung der Bedarfsplanung in den nachfolgenden Legitimationszusammenhang des Gesetzgebungsverfahrens eine Entlastung für die partizipative Anreicherung des Verfahrens zur Erstellung des Bedarfsplans bringt. Das gilt aber nicht in gleicher Weise für die Bundesfachplanung, mag auch sie von der Legitimation des Bedarfs durch den Gesetzgeber profitieren. Der Umstand, dass hier umfangreiche Beteiligungsmöglichkeiten bestehen, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass es auf die *Qualität der tatsächlichen Beteiligung* im Verfahren der Bundesfachplanung ankommt. Soll diese neue Handlungsinstrument, das weder eindeutig der Raumordnung noch der Fachplanung zuzuordnen ist, seine Entlastungs- und Beschleunigungswirkung für das Planfeststellungsverfahren entfalten, müssen gegebenenfalls experimentelle Verfahren der Bürgermitwirkung erprobt werden. Als nicht-förmliche Varianten kommen Bürgerforen, Zukunftswerkstätten oder mediative Dialogverfahren³⁷⁶ in Be-

³⁷² Näher *Boas Kümper*, Die öffentliche Antragskonferenz als neues Verfahrensinstrument des Energieplanungsrechts: Grundzüge und Funktion, DÖV 2016, 929.

³⁷³ Erfahrungsbericht: *Günter Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren – Instrumente zur Sachverhaltsaufklärung oder Einladung zur Verfahrensverzögerung?, in: FS Sellner, 2010, S. 219 ff.

³⁷⁴ Zur antiquierten Form der Bekanntmachung im Amtsblatt, das keiner lese: *Michael Fehling*, Reform der Bürgerbeteiligung für die Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben, *Bucerius Law Journal* 2012, S. 92 (95 f.).

³⁷⁵ So aber *Wißmann*, VVDStRL 73 (2014), S. 369 (415 mit Fn. 146).

³⁷⁶ Am Beispiel des „Regionalen Dialogforums“ während der Planung des Frankfurter Flughafenausbaus *Steinberg*, ZUR 2011, 340 (346 f.) mit dem Hinweis, dass in der nicht-standardisierten Form dieser Verfahren

tracht. Jedenfalls werden solche Verfahren mit dem Ziel eines deliberativen Austauschs von Argumenten durch die förmlichen Verfahren nicht ausgeschlossen. Maßgeblich dürfte vor dem Hintergrund des erklärten Beschleunigungsziels die Verfahrenseffizienz³⁷⁷ sein, die sich vor allem mit Blick auf die Vermeidung gerichtlicher Kontrollen gegenwärtig aber kaum verlässlich messen lassen dürfte.

Allerdings darf das Ausprobieren neuer Verfahren nicht auf seinen „*deliberativen*“ Teil beschränkt bleiben. Es wird sich zeigen müssen, ob die Beteiligungsangebote im Rahmen des iterativen Diskussionsprozesses, der sich von der Bedarfsplanung über die Bundesfachplanung bis zur Planfeststellung erstreckt, angenommen werden. Ohne ein den gesamten Planungsprozess umgreifendes Verfahrensmanagement, das mit der einheitlichen Zuständigkeit der Bundesnetzagentur von dieser im Prinzip zu leisten ist, droht die Öffentlichkeit überfordert³⁷⁸ und dort, wo es darauf ankommt, frustriert zu werden, soweit die Ergebnisse der vorgelagerten Verfahrensstufen im das konkrete Vorhaben betreffende Planfeststellungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt werden können. Nicht weniger bedeutsam sind die „*analytischen*“ Teile des Verfahrens, wo gegebenenfalls auf ausländische Erfahrungen zurückgegriffen werden könnte. Auf Probleme antwortet freilich auch der Gesetzgeber, der für die im Bedarfsplan als Erdkabelvorhaben gekennzeichneten Stromleitungen kurzerhand einen Vorrang gegenüber Freileitungen anordnet.

Alternativ hätte sich das vom Sachverständigenrat für Umweltfragen vorgeschlagene standardisierte Beurteilungsschema für die Wahl zwischen Freileitungsbau und Erdverkabelung angeboten.³⁷⁹ Dieses Verfahren greift die Einsicht in die Grenzen einer gesetzlichen Steuerung der Erdverkabelung nach dem Muster des § 2 EnLAG auf. Denn der Gesetzgeber kann nicht wissen, wo sich die Erdverkabelung als Alternative zur Freileitung anbietet. Um aber die Frage einer abschnittswisen Erdverkabelung der Bewertung der Akteure im *Verwaltungsverfahren* zugänglich zu machen, bedürfte es eines Beurteilungsverfahrens für die kriterienbezogene Vorteilhaftigkeit einer Variante. Dafür ließe sich nach dem Vorbild der

ihre Stärke liege: Der Dialog könne dem jeweiligen Problem, der jeweiligen Konfliktsituation und den jeweiligen Konfliktparteien entsprechend organisiert werden.

³⁷⁷ Zur Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (322 ff.).

³⁷⁸ Realistische Einschätzungen bei *Schneider*, EnWZ 2013, 339 (342 f.).

³⁷⁹ *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Sondergutachten (Fn. 4), Tz. 588.

Schweiz eine Punkteskala entwickeln, die für bestimmte Kriterien wie Umweltschonung, Versorgungssicherheit und kommunale Interessen vergeben werden.³⁸⁰ Aufgabe der Projektprüfung wäre es, den verschiedenen Alternativen Punktwerte zuzusprechen, was die Auswahlentscheidung der Behörde strukturieren und erleichtern könnte.³⁸¹ Mit einer Erprobungsklausel im Gesetz, deren untergesetzliche Konkretisierung der Vollzugspraxis in der Verantwortung der Bundesnetzagentur – auch für die Kosten-Nutzen-Abwägung im Einzelfall³⁸² – überlassen wäre, hätte ein Beitrag zur Rationalisierung einer der umstrittensten Fragen des Netzausbaus geleistet und der pauschale Vorrang der teureren, aber nicht zwingend umweltfreundlicheren Erdverkabelung vermieden werden können.

Die Kernfrage lautet, ob es der Bundesnetzagentur als Bundesplanungsbehörde gelingt, den erheblichen Aufgabenzuwachs überzeugend zu verarbeiten. Die theoretische und verfassungsrechtliche Kritik an der Zuständigkeitsverlagerung von Planungskompetenzen auf die Bundesnetzagentur sollte nicht übersehen, dass für die länderübergreifenden Stromnetzleitungen ein einheitliches *Verfahrensmanagement* möglich geworden ist, für das sich die Behörde aber zu einem guten Teil selbst die Regeln schaffen muss. Die teilweise sehr engen Verfahrensfristen dürften von der Bundesnetzagentur ein „planvolles“ Vorgehen erfordern, das nicht zuletzt eine entsprechende personelle Ausstattung verlangt. Zwar lassen sich Anstrengungen in dieser Richtung durchaus beobachten und die Stromnetzplanung ist ein Musterbeispiel für den Einsatz neuer Medien. Aber man kann sich zum einen fragen, ob die energiepolitischen Weichenstellungen nicht klarer mit dem Ziel formuliert sein müssten, der Bundesnetzagentur eine überzeugende – und demokratisch hinreichend legitimierte – Wahrnehmung der Aufgaben zu erleichtern.³⁸³ Zum anderen muss die Praxis zeigen, ob es der Bundesnetzagentur im Rahmen der neuen Aufgaben gelingt, die Verfahren der Stromnetzplanung in ihrer Doppelfunktion der Wissensgenerierung und diskursiven Bewertung nach Maßgabe des analytisch-deliberativen Verfahrensmodells zu gestalten.

³⁸⁰ Vgl. *Michael Merker*, Kabel oder Freileitung auf Höchstspannungsebene – rechtliche Kriterien für die Entscheidungsfindung, ET 3/2010, 60 ff.

³⁸¹ *Schneider*, Fragen des Netzausbaus (Fn. 4), S. 46 f.

³⁸² Auch in der Schweiz sollen lediglich die Kostenfaktoren identifiziert werden, die politische Wertungen aufnehmende Abwägung im Einzelfall aber von den zuständigen Entscheidungsorganen vorgenommen werden, vgl. *Schneider*, Fragen des Netzausbaus (Fn. 4), S. 47.

³⁸³ In dieser Richtung *Hermes*, ZUR 2014, 259 (262 ff.).

D. Zusammenfassung

1. Aus einer staatstheoretischen Perspektive ist festzuhalten: Während es beim Zulassungsverfahren des konkreten Vorhabens zu einer Entpolitisierung der abschließenden Entscheidung kommt, ist die vorgelagerte Planungsebene der Bedarfsfestlegung durch eine Politisierung gekennzeichnet. Bei der Planung von Infrastrukturen geht es nicht um die überkommene Entgegensetzung von Markt oder Staat, sondern um das Ineinandergreifen von **Recht und Politik**.

2. Das Leitbild des Gewährleistungsstaates und die Infrastrukturgewährleistungsverantwortung verweisen auf die „steuerungstheoretischen“ Dimensionen des Verfahrens, das sich sinnvoll nur in den vom Recht bereitgestellten „Governance-Strukturen“ beschreiben lässt. Dem Steuerungsdilemma der Politik wird durch **analytische** Prozesse begegnet, die auf ein gestuftes Konzept der Generierung von Wissen in und durch Verfahren gerichtet sind.

3. Planung hat einen prozeduralen Charakter. Gerade weil das Planungsrecht durch Verfahren zu konkretisierende „offene Tatbestände“ enthält, öffnet es sich prozeduralen Gerechtigkeitstheorien mit Konzepten der Bürgerbeteiligung. Die Öffentlichkeitsbeteiligung ist mehr als eine nachträgliche Akzeptanzbeschaffungsmaßnahme. Sie lenkt das Augenmerk vielmehr auf **deliberative** Verfahren. Fehler werden – angestoßen durch das Unionsrecht – zunehmend durch die Gerichte sanktionierbar.

4. Die System- und Netzwerktheorie formuliert Vorbehalte gegenüber zentraler Steuerung und akzentuiert die Sicherung der Lernfähigkeit des Systems. Erforderlich ist ein **Kooperationsmanagement**. Aus dieser Perspektive lässt sich auch sagen: Nicht mehr die theoretisch grundsätzliche Auflösung von Konflikten, sondern das systematisch praktische Lernen am Einzelfall trägt zu einer neuen Planungskultur bei.

5. Spieltheoretisch begründen lassen sich **informelle Verfahren** wie das Mediationsverfahren, aber auch finanzielle Kompensationen für die vom Netzausbau nachteilig betroffenen Gemeinden. Eine Verrechtlichung birgt nicht nur Vorteile, sondern auch Nachteile. Die Bundesfachplanung befindet sich freilich in einem spieltheoretisch heiklen Raum, weil die

individuellen Akteure, darunter auch solche, die ein Projekt auf dem Klagewege zu Fall bringen können, noch nicht feststehen (müssen).

6. Repräsentation und Partizipation sind keine scharfen Gegensätze, wie das Unionsverfassungsrecht zeigt, können aber nicht beliebig „zusammengesetzt“ werden, wie das teilweise in der politischen Soziologie geschieht. Soweit die grundlegenden Infrastrukturentscheidungen politisch verantwortet werden, was mit der vom Gesetzgeber verantworteten Bedarfsplanung der Fall ist, kann und sollte deren Konkretisierung auf den nachfolgenden Planungsstufen **partizipativ** flankiert werden.

7. Nimmt man die unterschiedlichen theoretischen Zugänge zum Verfahren in den Blick, zeigen sich Möglichkeiten und Grenzen eines analytisch-deliberativen Verfahrens für die Bundesfachplanung, die sich als **Handlungsform sui generis** in besonderer Weise für eine solche Verfahrensgestaltung anbietet.

8. Das neue Planungsregime ist Ausdruck der Gewährleistungsverantwortung des Bundes. Systemverantwortlich für den Netzausbau bleiben die Übertragungsnetzbetreiber, an dessen Planungen die Bundesnetzagentur jedoch nicht gebunden ist. Verkoppelt werden staatliche und private Verfahrensbeiträge unter der formellen Letztverantwortung der Bundesnetzagentur. Es kommt zu **keinem Systemwechsel**, aber zu einem erheblichem Rollenwandel von Bund, Ländern und Kommunen.

9. Die Marktregulierung wird planungsrechtlich überformt, was aber seinerseits zu einer Veränderung des planungsrechtlichen Zugriffs im Sinne einer **reflexiven Steuerung** führt, die auf die Verknüpfung von Wissen in Governance-Strukturen umgestellt wird. Bereitgestellt werden analytische Verfahren der Wissensgenerierung und Entscheidungsoptionen für den Bedarf, die Trasse und die Zulassung des konkreten Vorhabens. Der Gesetzgeber orientiert sich an den Verfahrensstufen der Bundesverkehrswegeplanung, geht aber darüber hinaus.

10. Soweit der Prüfungsumfang der Bundesfachplanung reicht und von der Bundesnetzagentur beachtet wird, erzeugt das Ergebnis eine strikte Bindungswirkung für das Planfeststellungsverfahren. Diese Bindungswirkungen müssen durch die Hochzonung des Abwä-

gungsprogramms verdient werden. Umstritten sind in dieser Stufung der Ort und Umfang der **Alternativenprüfung**. Der Verzicht auf eine ausführliche Alternativenprüfung im Rahmen der Strategischen Umweltprüfung bei der Erstellung des Bundesbedarfsplans verstößt gegen § 14g UVPG und „belastet“ die Bundesfachplanung.

11. Bei der Bundesfachplanung handelt es sich um kein echtes Antragsverfahren. Deshalb bestehen erhebliche Spielräume für die Bürgerbeteiligung zur Bewertung der Entscheidungsoptionen. Zentrale Bedeutung kommt dabei den **Antragskonferenzen** zu. Die Öffentlichkeitsbeteiligung öffnet die Verfahren für die Einbeziehung von Kontrastwissen und deliberative Verhandlungen.

12. Die Herausforderung besteht darin, auch die Bürgerbeteiligung entsprechend der Verfahrensstufung sinnvoll zu ordnen, was ein klares Mandat voraussetzt, das den Gegenstand des Verfahrens bezeichnet, also zum Beispiel deutlich macht, dass in der Bundesfachplanung der durch Gesetz festgestellte Bedarf nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Eine abgestimmte Öffentlichkeitsbeteiligung wird auf den frühen Planungsstufen vor allem die **Umweltverbände** zu adressieren haben. Ob es der Bundesnetzagentur gelingt, einen vertrauenswürdigen und zugleich transparenten Dialog zu etablieren, wird sich zeigen müssen. Deutlich zu machen ist, inwieweit das Verfahren noch „offen“ ist, um Vorschläge und Einwendungen berücksichtigen zu können.

13. Nicht möglich ist es allerdings, in der Öffentlichkeitsbeteiligung eine Kompensation für den Ausschluss des **Rechtsschutzes** Dritter zu sehen, der nach § 15 Abs. 3 NABEG auf den abschließenden Planfeststellungsbeschluss und eine Inzidentkontrolle der Bundesfachplanung beschränkt ist.

14. Die Behördenidentität zur Verfahrensbeschleunigung schmälert das Potential föderaler Erfahrungen, die gerade die Verarbeitung der Wissensprobleme ermöglichen und den Erhalt von **Lernfähigkeit** sicherstellen. Diese „analytische“ Schwäche kann durch eine „deliberative“ Bürgermitwirkung nicht kompensiert werden, zumal unsicher ist, ob es der für die Durchführung der Verfahren zuständigen Bundesnetzagentur gelingt, eine solche, die eigenen Vorstellungen unter den Vorbehalt anderer Präferenzen stellenden „Verfahrenskultur“ zu etablieren.

15. Denn es geht um mehr als kommunikative Überzeugungsarbeit. Die Bundesnetzagentur muss vielmehr lernen, ihrer Rolle als Verfahrensmanager in der Verknüpfung der unterschiedlichen Verfahren gerecht zu werden und steht vor der Herausforderung, gegebenenfalls auch alternative Konflikt-schlichtungsmodelle, wie sie in den USA praktiziert werden, zu erproben. Eine Herausforderung für die Behörde liegt darin, die schon im Ansatz unterschiedliche Logik von wettbewerbsbezogener Regulierung und netzbezogener Infrastrukturplanung durch eine **klare Trennung der Abteilungen** zu internalisieren.

16. Die formelle Letztverantwortung der Bundesnetzagentur verbietet es, die Planungen der Netzbetreiber lediglich zu „ratifizieren“ und mit dem „Gütesiegel“ einer staatlichen Behörde zu versehen. Die bisherige Praxis zeigt jedoch, dass sich die technischen Berechnungen der Netzbetreiber nur mit großem Aufwand überprüfen lassen. Hier könnten **Konzepte** helfen. Der Bundesnetzagentur ist ein konzeptionelles Handeln aus dem Regulierungsrecht vertraut. Konzepte könnten als „Verfahrensbaustein“ helfen, die verfahrensmäßigen Anforderungen an die mitunter komplexen Prüfungen unter einer gleichzeitigen Revisionsoffenheit für die Zukunft und neue Erfahrungen zu stabilisieren.

17. Unter Effizienzgesichtspunkten wird die Bundesfachplanung durch den Wegfall der Bedarfs- und Nutzenfeststellung, die mit dem Bundesbedarfsplan verbindlich vorgegeben ist, entlastet. Unsicher ist demgegenüber eine **Erweiterung des Prüfungsumfangs** im Verhältnis zur Planfeststellung. Hier hat sich der Prüfungsauftrag umgekehrt: Statt die Möglichkeiten einer Erdverkabelung zu prüfen, muss heute auf Verlangen der Kommunen die Möglichkeit einer Freileitung geprüft werden. Einen pauschalen „Ebenenvorbehalt“ zugunsten der Planfeststellung gibt es nicht. Denn das würde die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bundesfachplanung seiner Funktion berauben, das Interesse an der Beteiligung schmälern und für den Fall, dass die Prüfungsgrenze nicht hinreichend deutlich benannt wird, Enttäuschungen hervorrufen, was sich auf das Planfeststellungsverfahren negativ auswirken könnte.

18. Dass sich die Behörde auch dort, wo kein Erdkabelvorrang gesetzlich angeordnet ist, mit der Frage eines Erdkabelkorridors auseinandersetzen muss, ergibt sich schon daraus, dass für eine Raumwiderstandsanalyse von Bedeutung ist, inwieweit zwingend entgegenstehende Raum- oder Umweltbelange wie der Gebietsschutz nach §§ 34 ff. BNatSchG oder der

Artenschutz nach §§ 44 ff. BNatSchG im Wege einer Erdverkabelung überwunden werden können. Die Mehrkosten für planfestgestellte Erdkabel gelten im Vergleich zu Freileitungen als **dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten** im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 ARegV und können ohne Effizienzabschlag auf die Endverbraucher umgelegt werden.

19. Ungeklärt ist, inwieweit solche Rückkoppelungen zum Regulierungsverfahren auch für andere Maßnahmen greifen, ob also auch andere Kosten aus dem Effizienzvergleich der Anreizregulierung herausgenommen werden können. Ein Beispiel sind **finanzielle Kompensationen**, die freilich dem Verdacht ausgesetzt sind, sich darüber die Zustimmung zu einem umstrittenen Projekt „erkaufen“ zu wollen. Aber es sollte darüber nachgedacht werden, einen im Verhandlungswege erreichten Kompromiss auch regulierungsrechtlich anzuerkennen.

20. Was daran deutlich wird, ist, dass sich das Recht, ob es nun das Planungs- oder das Regulierungsrecht ist, auf neue Verfahren einer gemeinsam getragenen Entscheidungsfindung einzustellen hat. Das gilt auch für das spieltheoretisch begründete **Mediationsverfahren** als „Baustein“ des analytisch-deliberativen Verfahrensmodells. Gerade weil das Mediationsverfahren, das von ad hoc Streitschlichtungen zu unterscheiden ist, ein hinreichend offenes Planungsverfahren voraussetzt, bietet sich der Einsatz eines Konfliktmittlers auf einer frühen Verfahrensstufe an, sollte jedenfalls nicht auf das in weiten Teilen bereits „vorgefertigte“ Planfeststellungsverfahren beschränkt sein. Das gesetzliche vorgegebene „Kommunikationsgeflecht“ liefert mit den Antragskonferenzen genügend Ansatzpunkte, solche Aushandlungsprozesse informell einzuleiten. Aber auch hier stellt sich die Frage, ob ein „Nachgeben“ des an einer gemeinsam mit betroffenen Bürgern zu erarbeitenden Lösung interessierten Netzbetreibers die Abwälzung der dadurch entstehenden Kosten auf die „unbeteiligten“ Endverbraucher erlaubt.

21. Das Recht zieht der Etablierung und Durchführung informeller Verfahren sicherlich Grenzen. So muss die Handhabung der Bundesfachplanung als **analytisch-deliberatives Verfahren** die Absichtungen der Verfahrensstufung beachten, sei es „nach oben“ zur Bedarfsplanung mit der Festlegung des vordringlichen Bedarfs durch den Gesetzgeber, sei es „nach unten“ zur Planfeststellung mit der parzellenscharfen Ausweisung der konkreten Stromleitung einschließlich der technischen Details.

22. Doch das Recht gewährt auch Spielräume der Verfahrensgestaltung, die im Sinne des analytisch-deliberativen Modells eine neue Verfahrenskultur erfordern. Manchem mag das naiv erscheinen. Auch gibt es theoretische Vorbehalte und andere Zugänge zum Verfahrensgedanken. Doch „unter dem Strich“ der theoretischen Konzeptionen liefert ein solches analytisch-deliberatives Modell als **regulative Verfahrensidee**, wie mit den bereitgestellten Verfahren in der Praxis der Stromnetzplanung umzugehen ist, praktische Orientierung. Die reflexive Steuerung wird partizipativ flankiert und auf Lernfähigkeit umgestellt, was ein Ausprobieren neuer Verfahren und die Verknüpfung zu bestehenden Verfahren erlaubt. Gerade das zurückhaltende Verständnis rechtlicher Planung vor dem Hintergrund des Verlustes „letzter“ Gewissheiten gebietet den Einbau pluralistischer Bewertungsmöglichkeiten, mit denen die abschließende Entscheidung des Staates nicht ersetzt, aber doch strukturiert und legitimatorisch abgesichert werden kann.

Literaturverzeichnis

Acemoğlu, Daron/Robinson, James, Why Nations fail, New York 2012.

Ahmels, Peter, Praktische Erfahrungen mit der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Netzplanung, in: Brinktrine/Ludwigs/Seidel (Hrsg.), Energieumweltrecht in Zeiten von Europäisierung und Energiewende, Berlin 2014, S. 57-67.

Akademie für Raumforschung und Landesplanung, ARL-Empfehlungen zum Netzausbau für die Energiewende, Hannover 2013, http://shop.arl-net.de/media/direct/pdf/pospaper_93.pdf.

Antweiler, Clemens, Planungsrechtliche Defizite im Netzentwicklungsplan Strom 2012, in: ZNER 2012, 586-589.

— Bedarfsplanung für den Stromnetzausbau – Rechtsverstöße und Rechtsfolgen, in: NZBau 2013, 337-341.

Appel, Ivo, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 32.

— Staat und Bürger im Umweltverwaltungsverfahren, in: NVwZ 2012, 1361-1369.

— Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 4. Aufl., München 2014, § 2.

- Appel, Markus*, Neues Recht für neue Netze – das Regelungsregime zur Beschleunigung des Stromnetzausbaus nach EnWG und NABEG, in: UPR 2011, 406-416.
- Bundesfachplanung versus landesplanerische Ziele der Raumordnung, in: NVwZ 2013, 457-463.
 - Künftiger Erdkabeleinsatz beim Stromnetzausbau, in: NVwZ 2016, 1516-1524.
 - Genehmigungsrechtliche Fragen der Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, in: ER 2017, 98-108.
 - /*Andreas Rietzler*, Artenschutzrecht in der Bundesfachplanung und den anschließenden Planfeststellungsverfahren, in: NuR 2017, 227- 239.
- Baer, Susanne*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechts-wissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 223-251.
- Beck, Hans-Peter/Hofmann, Lutz/Weyer, Hartmut/Mann, Thomas*, BMU-Studie „Ökologische Auswirkungen von 380-kV-Erdleitungen und HGU-Erdleitungen“, 2011.
- Becker, Gunhild*, Beteiligte am Planungsprozess, in: Posser/Faßbender (Hrsg.), Praxishandbuch Netzausbau und Netzplanung, Berlin 2013, 6. Abschnitt.
- Beer, Marc Jan*, Staatsleitbilder, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Aufl., Wiesbaden 2011, S. 52-60.
- Benz, Arthur*, Der Beitrag der Spieltheorie zur Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns, in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, Baden-Baden 1995, S. 297-325.
- Bitter, Melanie*, Spieltheorie und öffentliche Verwaltung, Baden-Baden 2005.
- Bourwieg, Karsten*, Die neuen Planungsaufgaben der Bundesnetzagentur, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, Tübingen 2012, S. 75-84.
- Boysen, Sigrid/Bühning, Ferry/Franzius, Claudio/Herbst, Tobias/Kötter, Matthias/Kreutz, A-nita/von Lewinski, Kai/Meinel, Florian/Nolte, Jakob/Schönrock, Sabrina* (Hrsg.), Netzwerke, Baden-Baden 2007.
- Brettschneider, Frank*, Die Schlichtung zu „Stuttgart 21“: Ein Prototyp für Bürgerbeteiligung an Großprojekten?, in: Forum Stadt 38 (2011), S. 203-217.
- Büchner, Jens u.a.*, Moderne Verteilernetze für Deutschland (Verteilernetzstudie) im Auftrag des BMWi, September 2014, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Studien/verteilernetzstudie,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>

Bumke, Susanne, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, Berlin 2006.

Bundesnetzagentur, Leitfaden zur Bundesfachplanung v. 7.8.2012, http://www.netzausbau.de/Shared-Docs/Downloads/DE/2012/BundesfachplanungLeitfaden.pdf?__blob=publicationFile.

- Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV, 2012, http://www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/BK4/Investitionsbudgets_Strom_und_Gas/LeitfadenAntraegelInvestitionsbudgets/Leitfaden_zu_Investitionsantraegen_2012.html?nn=53940.
- Bericht nach § 112a Absatz 3 des Energiewirtschaftsgesetzes zu den Erfahrungen mit der Anreizregulierung, BT-Drs. 18/536 v. 12.2.2014.

Buschbaum, Henning/Reidt, Olaf, Die Einbeziehung von Nebenanlagen in die Bundesfachplanung und die Planfeststellung nach dem NABEG, in: UPR 2013, 421-426.

Burgi, Martin, Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens: Zweckbestimmung und Fehlerfolgenrecht in der Reform, in: DVBl 2011, 1317-1324.

- Das Bedarfserörterungsverfahren: Eine Reformoption für die Bürgerbeteiligung bei Großprojekten, in: NVwZ 2012, 277-280.
- /*Durner, Wolfgang*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, Baden-Baden 2012.

Calliess, Christian/Dross, Miriam, Neue Netze braucht das Land: Zur Neukonzeption von Energiewirtschaftsgesetz und Netzausbaubeschleunigungsgesetz, in: JZ 2012, 1002-1011.

- /—, Alternativenprüfung im Kontext des Netzausbaus – Überlegungen mit Blick auf die Strategische Umweltprüfung des Bundesbedarfsplans Übertragungsnetze, in: ZUR 2013, 76-81.

Calliess, Graf-Peter, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.

Contzen, Till, Die Rolle der Politik in den Entscheidungen der Bundesnetzagentur, Hamburg 2011.

Cornils, Matthias, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, in: DVBl 2011, 1053-1061.

Christiansen, Neele Ann, Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht, Tübingen 2013.

Deutsche Umwelthilfe (Hrsg.), Plan N – Handlungsempfehlungen an die Politik zur künftigen Integration Erneuerbarer Energien in die Stromnetze, 2010.

- de Witt, Siegfried*, Der Inhalt der Bundesfachplanung nach § 12 Abs. 2 NABEG, in: ER 2013, 150-154.
- */Kause, Harriet*, Bindungswirkungen und Rechtsnatur der Bundesfachplanung, in: ER 2013, 109-113.
 - */König, Carsten*, Erdverkabelungskosten in Übertragungs- und Verteilnetzen, in: DVBl 2013, 955-965.
 - */Scheuten, Frank-Jochen* (Hrsg.), NABEG-Kommentar, München 2013.
- Dienel, Peter*, Partizipation an Planungsprozessen als Aufgabe der Verwaltung, in: Die Verwaltung 4 (1971), S. 151-176.
- Dietrich, Sascha/Steinbach, Armin*, (Kein) Änderungsbedarf im Energie- und Netzausbaurecht aufgrund der neuen TEN-E Verordnung?, DVBl 2014, 488-495.
- Dörr, Oliver*, Die Anforderungen an ein leistungsfähiges Infrastrukturrecht, in: VVDStRL 73 (2014), S. 323-367.
- Dreier, Ralf*, Die Gerechtigkeit des Rechts, in: Löwisch/Grimm/Offe (Hrsg.), Funk-Kolleg Recht I, Frankfurt am Main 1985, S. 61-80.
- Durinke, Peter/de Witt, Siegfried*, Erdkabelvorrang für Gleichstromleitungen – zu den praktischen Folgen des Änderungsgesetzes vom 21.12.2015, in: DVBl 2016, 1355-1360.
- Durner, Wolfgang*, Möglichkeiten der Verbesserung förmlicher Verwaltungsverfahren am Beispiel der Planfeststellung, in: ZUR 2011, 354-363.
- Die aktuellen Vorschläge für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) – Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials, in: DVBl 2011, 853-862.
 - Vollzugs- und Verfassungsfragen des NABEG, in: NuR 2012, 369-377.
 - Die „Bundesfachplanung“ im NABEG – Dogmatischer Standort, Bindungswirkung, Prüfprogramm und infrastrukturpolitische Modellfunktion, in: DVBl 2013, 1564-1572.
- Eding, Annegret*, Bundesfachplanung und Landesplanung. Das Spannungsverhältnis zwischen Bund und Ländern beim Übertragungsnetzausbau nach §§ 4 ff. NABEG, Mohr Siebeck 2016.
- Eidenmüller, Horst*, Ökonomische und spieltheoretische Grundfragen von Verhandlung/Mediation, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997, S. 31-55.

Eifert, Martin, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 1998.

- Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 19.

Eisele, Jörg, Öffentliche Streitbeilegungsverfahren - Zwischen Mediation, Schlichtung, Moderation und Schaulaufen der Akteure, in: ZRP 2011, 113-116.

Elspaß, Matthias, Planung und Genehmigung von Nebenanlagen im Kontext der Bedarfsplanung für Höchstspannungsleitungen, in: NVwZ 2014, 489-494.

- /Schwoon, Christina, Energiewende ohne Erdkabel? Das Verfahrensregime zur Zulassung von Erdkabeln in EnWG, EnLAG und NABEG, in: NVwZ 2012, 1066-1071.

Erbguth, Winfried, Infrastrukturprojekte: Akzeptanz durch Verfahren und Raumordnung, in: DÖV 2012, 821-827.

- Planerische Rechtsfragen des Netzausbaus: EnWG und NABEG im Zusammenspiel mit der Gesamtplanung, in: Kment (Hrsg.), Netzausbau zugunsten erneuerbarer Energien, Tübingen 2013, S. 17-57.

Fehling, Michael, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70 (2011), S. 278-337.

- Informelles Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 38.
- Reform der Bürgerbeteiligung für die Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben, in: Bucerius Law Journal 2012, S. 92-100.
- Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende, in: Die Verwaltung 47 (2014), S. 313-348.

Feindt, Peter H., Regierung durch Diskussion? Diskurs- und Verhandlungsverfahren im Kontext von Demokratietheorie und Steuerungsdiskussion, Frankfurt am Main 2001.

Fest, Philipp, Der Netzausbau im Recht der Energiewende, in: NVwZ 2013, 824-830.

- /Operhalsky, Benedict, Der deutsche Netzausbau zwischen Energiewende und europäischem Energieinfrastrukturrecht, in: NVwZ 2014, 1190-1196.

Fischer, Frank/Forester, John (Hrsg.), The Argumentative Turn in Political Analysis and Planning, Duke University Press 1993.

Fischerhauer, Sven, Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, in: EnWZ 2013, 56-62.

Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce, Das Harvard-Konzept. Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln, Frankfurt am Main 1993.

Franke, Peter, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren beim Ausbau der Übertragungsnetze, in: FS Peter Salje, Köln 2013, S. 121-139.

— Sicherheit der Energieversorgung: Herausforderungen für Übertragungsnetzbetreiber und Regulierungsbehörde, in: Faßbender/Köck (Hrsg.), Versorgungssicherheit in der Energiewende – Anforderungen des Energie-, Umwelt- und Planungsrechts, Baden-Baden 2014, S. 19-38.

Franzius, Claudio, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2000.

— Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungswissenschaft, in: Die Verwaltung 39 (2006), S. 335-371.

— Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, in: Der Staat 45 (2006), S. 547-581.

— Governance und Regelungsstrukturen, in: VerwArch 97 (2006), S. 186-219.

— Der Gewährleistungsstaat, in: VerwArch 99 (2008), S. 351-379.

— Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen 2009.

— Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG, in: DVBl 2009, 409-416.

— Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 4.

— Das TKG 2012, in: N&R 2012, 126-140.

— Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht, in: VSSR 2012, 49-73.

— Stuttgart 21: eine Epochenwende?, in: GewArch 2012, 225-236.

— Recht und Politik in der transnationalen Konstellation, in: AöR 138 (2013), S. 204-288.

— Die Bundesnetzagentur zwischen politischer Steuerung und gerichtlicher Kontrolle, in: DÖV 2013, 714-721.

- Aktuelle Probleme des Umweltrechtsschutzes, in: FS Michael Kloepfer, Berlin 2013, S. 377-397.
 - Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung bei der Bestimmung der Klagebefugnis im Umweltrecht, in: DVBl 2014, 543-550.
 - Stärkungen des Verfahrensrechtsschutzes im Umweltrecht, in: EurUP 2014, 283-292.
 - Regulierung und Innovation im Mehrebenensystem: Was kann und muss europäisches Klimaschutzrecht leisten und welche Handlungsfreiheiten brauchen die Mitgliedstaaten?, Die Verwaltung 48 (2015), S. 175-201.
 - Erdkabel in der Stromnetzplanung, in: ZNER 2016, 447-451.
 - Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz, in: JöR 65 (2017), S. 441-455.
 - Planungsrecht und Regulierungsrecht. Bedeutung dieser Interdependenz für eine geänderte Vorteilszuordnung bei der Windernte, FEU-Arbeitspapier Nr. 1, Mai 2017, https://www.jura.uni-bremen.de/uploads/Franzius/FEU_AP1_Planungsrecht_Regulierungsrecht.pdf.
- Frik, Johannes*, Die Rolle von Bund, Ländern und Gemeinden im neuen Energieleitungsrecht des Bundes, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Der Umbau der Energienetze als Herausforderung für das Planungsrecht, Tübingen 2012, S. 49-73.
- Führ, Martin/Lewin, Daniel*, Partizipative Verfahren in Zulassungsentscheidungen für raumbedeutsame Vorhaben, Darmstadt 2001.
- Fürst, Dietrich*, Planungstheorie, in: ders./Scholles (Hrsg.), Handbuch Theorien und Methoden der Raum- und Umweltplanung, 3. Aufl., Detmold 2008, S. 21-99.
- Gaentzsch, Günter*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren – Instrumente zur Sachverhaltsaufklärung oder Einladung zur Verfahrensverzögerung?, in: FS Dieter Sellner, Berlin 2010, S. 219-235.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Europäisches Planungsrecht, Tübingen 2009.
- Angemessene Öffentlichkeitsbeteiligung bei Infrastrukturplanungen als Herausforderung an das Verwaltungsrecht im demokratischen Rechtsstaat, in: GewArch 2011, 273-279.
 - /Rubel, Jörgen, Die regulierungsbehördliche Sanktionierung ausbleibender Netzinvestitionen im Rahmen des dritten Legislativpakets zur Liberalisierung der Energiebinnenmärkte, in: N&R 2010, 194-204.

- Geber, Frederic*, Die Netzanbindung der Offshore-Anlagen im europäischen Supergrid, Tübingen 2014.
- Geis, Anna*, Regieren mit Mediation: Das Beteiligungsverfahren zur zukünftigen Entwicklung des Frankfurter Flughafens, Wiesbaden 2005.
- Giesberts, Ludger/Tiedge, Andreas*, Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, in: NVwZ 2013, 836-841.
- Glaser, Andreas*, Das Netzausbauziel als Herausforderung für das Regulierungsrecht, in: DVBl 2012, 1283-1289.
- Glaser, Markus A.*, Internationale Verwaltungsbeziehungen, Tübingen 2011.
- Goldmann, Matthias*, Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht. Eine Darstellung am Beispiel der OECD, in: Boysen/Bühning/Franzius u.a. (Hrsg.), Netzwerke, Baden-Baden 2007, S. 225-246.
- Greinacher, Dominik*, Energieleitungsausbau: Tatsächliche Herausforderungen und rechtliche Lösungen, in: ZUR 2011, 305-311.
- Greim, Jeanine*, Das Urteil des EuGH in der Rechtsache Altrip – Meilenstein oder Mosaikstein auf dem Weg zum gebotenen Individualrechtsschutz bei UVP-Fehlern, NuR 2014, 81-88.
- Grigoleit, Klaus Joachim/Weisensee, Claudius*, Das neue Planungsrecht für Elektrizitätsnetze, in: UPR 2011, 401-406.
- Groß, Thomas*, Stuttgart 21: Folgerungen für Demokratie und Verwaltungsverfahren, in: DÖV 2011, 510-515.
- Regelungsdefizite der Bundesverkehrswegeplanung, in: VerwArch 104 (2013), S. 1-25.
- Grunwald, Armin/Schippl, Jens*, Die Transformation des Energiessystems als gesellschaftliche und technische Herausforderung, in: Radtke/Hennig (Hrsg.), Die deutsche „Energiewende“ nach Fukushima, Marburg 2013, S. 21-35.
- Guckelberger, Annette*, Schnellerer Energienetzbau durch Unionsrecht?, in: DVBl 2014, 805-813.
- Gurlit, Elke*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70 (2011), S. 227-277.
- Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, in: JZ 2012, 833-841.

Habermas, Jürgen, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, Frankfurt am Main 1994, S. 83-94.

Hardin, Garrett, The Tragedy of the Commons, in: Science 162 (1968), S. 1243-1248.

Haug, Volker M./Schadtke, Kai, Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht, in: NVwZ 2014, 271-275.

Heinrichs, Harald, Dezentral und partizipativ? Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbeteiligung zur Umsetzung der Energiewende, in: Radtke/Hennig (Hrsg.), Die deutsche „Energiewende“ nach Fukushima, Marburg 2013, S. 119-138.

— /Fischedick, Manfred/Lechtenböhrer, Stefan/Newig, Jens/Roßnagel, Alexander/Ruck, Wolfgang/Schomerus, Thomas/Thomas, Stefan, Die Energiewende als transdisziplinäre Herausforderung, in: GAIA 2011, 202-204.

Hennig, Jan/Krappel, Thomas, Natura 2000-Recht im gestuften Planungs- und Zulassungsverfahren, in: UPR 2013, 133-139.

— /Lühmann, Tobias, Raumordnungs- und Planfeststellungsverfahren für den Aus- und Umbau der Hochspannungsnetze, in: UPR 2012, 81-86.

Herbst, Tobias, Die These der einzig richtigen Entscheidung. Überlegungen zu ihrer Überzeugungskraft insbesondere in den Theorien von Ronald Dworkin und Jürgen Habermas, in: JZ 2012, 891-900.

Hermes, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen 1998.

— Das neue System der Energienetzplanung – verfassungsrechtliche und planungsrechtliche Grundfragen und weiterer Handlungsbedarf, in: EnWZ 2013, 395-402.

— Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, in: ZUR 2014, 259-270.

Herzberg, Johann, Public Management in der Netzwerkgesellschaft – Theorie und Steuerungsimplicationen, in: VM 2013, 188-196.

Herzmann, Karsten, Was sind administrative Konzepte?, in: VerwArch 104 (2013), S. 429-448.

Hien, Eckart, Bürgerbeteiligung im Spannungsfeld der Gewaltenteilung, in: DVBl 2014, 495-498.

Hill, Hermann, Wandel von Verwaltungskultur und Kompetenzen durch Öffnung für gesellschaftliche Innovationen, in: Die Verwaltung 47 (2014), S. 435-448.

- /Martini, Mario, Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 34.

Hofmann, Ekkehard, Die Modernisierung des Planungsrechts: das Energierecht als neues Paradigma der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Planungskaskade?, in: JZ 2012, 701-711.

- Das Recht der Energiewende als Transformationskonzept: Beschleunigung um jeden Preis oder alles nur eine Frage der Zeit?, in: Die Verwaltung 47 (2014), S. 349-376.

Holznagel, Bernd/Nagel, Janina, Verfahrensbeschleunigung nach dem Energieleitungsausbaugesetz. Verfassungsrechtliche Grenzen und Alternativen, in: DVBl 2010, 669-677.

- /Ramsauer, Ulrich, Förderung der Mediation in Planungsverfahren. Vorschläge zur Überwindung praktischer Probleme, in: VerwArch 104 (2013), S. 131-160.

IRIN (Innovative Regulierung für Intelligente Netze), Abschlussbericht 2011, <http://www.bremer-energie-institut.de/download/IRIN/pub/IRIN-AbschlussberichtKF.pdf>.

Jestaedt, Matthias, Die Verfassung hinter der Verfassung, Paderborn 2009.

Jornitz, Philipp, Erdkabel oder doch Freileitung? Das Prüfverlangen der Gebietskörperschaften bei Gleichstromvorhaben mit Erdkabelvorrang, in: NVwZ 2017, 669-673.

- /Förster, Gesa C., Paradigmenwechsel beim Netzausbau: Vorrang der Erdverkabelung bei neuen Gleichstromleitungen, in: NVwZ 2016, 801-806.

Kahle, Christian, Ermittlung der Förderhöhe für PV-Freiflächenanlagen nach dem EEG 2014-Ausschreibungsmodell, in: RdE 2014, 372-379.

Kment, Martin, Verbote der Energiewende in der Bundesrepublik Deutschland: das Netzausbaubeschleunigungsgesetz, in: RdE 2011, 341-347.

- Regulierungsrecht: Zukunfts- oder Auslaufmodell?, in: ZVglRWiss 112 (2013), S. 123-133.
- Neue Anforderungen an die Bundesfachplanung für HGÜ-Vorhaben, in: NVwZ 2016, 1762-1767.

Knauff, Matthias, Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren, in: DÖV 2012, 1-8.

Köck, Wolfgang, Pläne, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 37.

- Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht. Über rechtliche Möglichkeiten der Stärkung des Umweltschutzes bei der Bedarfsfeststellung, in: ZUR 2016, 579-590.

— /Salzborn, Nadja, Handlungsfelder zur Fortentwicklung des Umweltschutzes im raumbezogenen Fachplanungsrecht – eine Skizze, in: ZUR 2012, 203-210.

Krappel, Thomas, Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die Planung und Zulassung von Höchstspannungstrassen, in: DVBl 2013, 551-558.

Krüger, Herbert, Marktwirtschaftliche Ordnung und öffentliche Vorhaltung der Verkehrswege, Frankfurt am Main 1969.

Kümper, Boas, Zum Anwendungsbereich der Strategischen Umweltprüfung nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Inter-Environnement Bruxelles, in: ZUR 2014, 74-81.

— Das Verhältnis der Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG zur Raumordnung der Länder, in: NVwZ 2014, 1409-1415.

— Die öffentliche Antragskonferenz als neues Verfahrensinstrument des Energieplanungsrechts: Grundzüge und Funktion, in: DÖV 2016, 929-939.

Kuklinski, Oliver/Oppermann, Bettina, Partizipation und räumliche Planung, in: Scholich/Müller (Hrsg.), Planungen für den Raum zwischen Integration und Fragmentierung, Frankfurt am Main 2010, S. 165-171.

Kupfer, Dominik, Das Fachplanungsrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht, in: Die Verwaltung 47 (2014), S. 77-124.

Lang, Matthias/Rademacher, Moritz, Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung – technischer Hintergrund und rechtliche Grundlagen für den Netzausbau nach EnWG, EnLAG und NABEG, in: RdE 2013, 145-151.

Leidinger, Tobias, Antragstellung für die Bundesfachplanung und die Planfeststellung – beschleunigter Netzausbau durch beschleunigte Verfahren?, in: ET 4/2013, S. 89-92.

— Planungsrechtliche Grundsätze bei der Trassierung von Übertragungs- und Verteilnetzen, in: DVBl 2013, 949-955.

— Abwägung und Alternativenprüfung beim Stromnetzausbau – Zum aktuellen Streitstand, in: DVBl 2014, 683-691.

Lepsius, Oliver, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismus, Tübingen 1999.

— Verfassungsrechtliche Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, § 4.

Lewin, Daniel, Gestufte Planung von Bundesverkehrswegen, Baden-Baden 2003.

Löhr, Franziska Alice, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag, Baden-Baden 2005.

- Ludwigs, Markus*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, Berlin 2013.
- Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie im Öffentlichen Recht, in: Die Verwaltung 46 (2013), S. 155-182.
- Luhmann, Hans-Jochen*, Das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Stromnetzausbauplanung – eine erste Bewertung, in: ET 4/2013, S. 32-36.
- Mann, Thomas*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: VVDStRL 72 (2013), S. 544-593.
- Masing, Johannes*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, München 2006.
- Mayntz, Renate*, Zur Selektivität der steuerungstheoretischen Perspektive, in: Burth/Görlitz (Hrsg.), Politische Steuerung in Theorie und Praxis, Baden-Baden 2001, S. 17-27.
- Merker, Michael*, Kabel oder Freileitung auf Höchstspannungsebene – rechtliche Kriterien für die Entscheidungsfindung, in: ET 3/2010, S. 60-65.
- Möllers, Christoph*, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts – Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung, in: Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, Stuttgart 2005, S. 285-302.
- Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 489-512.
 - Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin 2009, S. 227-277.
 - Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 281-422.
- Moench, Christoph/Ruttloff, Marc*, Netzausbau in Beschleunigung, in: NVwZ 2011, 1040-1046.
- Nash, John F.*, Non-cooperative games, Princeton 1950.
- Nettesheim, Martin*, Demokratische Legitimation und Vertrauenskultur – Zu den Grenzen majoritären Entscheidens in der EU, in: Niedobitek/Sommermann (Hrsg.), Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, Berlin 2013, S. 39-56.
- Offe, Claus/Preuß, Ulrich K.*, Democratic Institutions and Moral Resources, in: Held (Hrsg.), Political Theory Today, Stanford 1991, S. 143-171.

Orths, Antje, Multikriterielle, optimale Planung von Verteilnetzen im liberalisierten Energiemarkt unter Verwendung von spieltheoretischen Verfahren, Magdeburg 2003.

Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum EUV/AEUV, Bd. 1, Tübingen (im Erscheinen).

Peters, Wolfgang/Weingarten, Elke u.a., Umweltbelange und raumbedeutsame Erfordernisse bei der Planung des Höchstspannungs-Übertragungsnetzes, Bd. 1, UBA-Abschlussbericht v. 8.1.2014, http://www.umweltbundesamt.de/sites/de-fault/files/medien/378/publikationen/climate_change_11_2014_komplett_neu.pdf.

Pielow, Johann-Christian, Interdependenzen zwischen Netzplanung und Netzregulierung im Bereich von Stromnetzen, Rechtsgutachten im Auftrag der TU Dortmund, April 2014.

Pitschas, Rainer, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, München 1990.

Pöcker, Markus, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, Tübingen 2007.

Poth, Hans-Christian, Das Freileitungsprüfverlangen gem. § 3 III BBPlG in der Bundesfachplanung, in: EnWZ 2017, 120-125.

Pleiner, Tom, Überplanung von Infrastruktur am Beispiel energiewirtschaftlicher Streckenplanungen – zugleich Besprechung von BVerwG, Urteil vom 15. Dezember 2016 – 4 A 3/15, 4 A 4/15, NuR 2017, 293-299.

Polanyi, Karl, The Great Transformation, New York 1949.

Pünder, Hermann, Kooperation statt Konfrontation. Möglichkeiten und Grenzen der Mediation bei Planfeststellungsverfahren, in: Die Verwaltung 38 (2005), S. 1-34.

— „Open Government leads to Better Government“ – Überlegungen zur angemessenen Gestaltung von Verwaltungsverfahren, in: NuR 2005, 71-79.

Quabeck, Christian, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, Tübingen 2010.

Rasbach, Winfried, Dezentralisierung der Energieversorgung und Ausbau der Verteilernetze als Pfeiler der Energiewende?, in: Gundel/Lange (Hrsg.), Neuausrichtung der deutschen Energieversorgung – Zwischenbilanz der Energiewende, Mohr Siebeck 2015, S. 125-145.

Reidt, Olaf/Augustin, Julian, Welche Bedeutung haben Ziele der Raumordnung für Leitungsvorhaben nach dem NABEG?, in: UPR 2016, 121-125.

Renn, Ortwin, Partizipation bei öffentlichen Planungen – Möglichkeiten, Grenzen, Reformbedarf, in: Dokumentation zur 35. Wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., Berlin 2012, S. 129-166.

- /*Oppermann, Bettina*, „Bottom-up“ statt „Top-down“ – Die Forderung nach Bürgermitwirkung als (altes und neues) Mittel zur Lösung von Konflikten in der räumlichen Planung, ZAU Sonderheft 6 (1995), S. 257-276.
- /*Köck, Wolfgang/Schweizer, Pia-Johanna/Bovet, Jana/Benighaus, Christina/Scheel, Oliver/Schröter, Regina*, Die Öffentlichkeit an der Energiewende beteiligen, in: Öffentlichkeitsbeteiligung bei Vorhaben der Energiewende, in: ZUR 2014, 281-288.
- Richter, Thilo/Schulze, Hans-Jörg*, Die Finanzierung des Ausbaus von Höchstspannungsnetzen, in: NVwZ 2014, 835-840.
- Riegel, Christoph/Poth, Hans-Christian*, Das Optimierungsgebot der Geradlinigkeit in der Bundesfachplanung, in: ER 2017, 65-70.
- Ringel, Christina*, Die wirtschaftliche Zumutbarkeit im Energierecht, Baden-Baden 2011.
- Ritter, Ernst-Hasso*, Stellenwert der Planung in Staat und Gesellschaft, in: ders./Wolf (Hrsg.), Methoden und Instrumente räumlicher Planung, Hannover 1998, S. 6-22.
- Europäische Raumentwicklungspolitik, Detmold 2009.
- Röhl, Hans Christian*, Ausgewählte Verfahrensarten, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 30.
- Rojahn, Ondolf*, Umweltschutz in der raumordnerischen Standortplanung von Infrastrukturvorhaben, in: NVwZ 2011, 654-662.
- Rosanvallon, Pierre*, Demokratische Legitimität. Unparteilichkeit, Reflexion, Nähe, Hamburg 2010.
- Rosin, Peter/Pohlmann, Mario/Gentsch, Andreas/Metzenthin, Andreas/Böwing, Andreas* (Hrsg.), Praxiskommentar zum EnWG, Frankfurt am Main, Stand: Dezember 2012.
- Rubel, Rüdiger*, Aktuelle Probleme bei der Planfeststellung von Höchstspannungsleitungen, in: DVBl 2017, 585-595.
- Ruge, Reinhard*, Zur Alternativenprüfung in Netzentwicklungsplan und Bundesbedarfsplan, in: ER 2013, 143-149.
- Das Freileitungsprüfverlangen gem. § 3 III BBPlG in der Planung des Vorhabenträgers, in: EnWZ 2017, 51-56.
- Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Wege zur 100% erneuerbaren Stromversorgung, Sondergutachten 2011.

- Sacksofsky, Ute*, Anreize, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 40.
- Saurer, Johannes*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: DVBl 2012, 1082-1089.
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2014.
- Schadtler, Kai*, Neue Leitungen braucht das Land – und Europa!, in: ZNER 2013, 126-131.
- Schäfer, Lars*, Mediation im öffentlichen Bereich: Eine Untersuchung ihrer rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen am Beispiel des Mediationsverfahrens Flughafen Frankfurt/Main, Hamburg 2011.
- Schaller, Werner/Henrich, Marius*, Aktuelle Rechtsfragen der Bundesfachplanung, in: UPR 2014, 361-370.
- Scherzberg, Arno*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion – Theoretische Grundlagen der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 837-868.
- Systemtheorie als sozialtheoretische Grundlage der Verwaltungslehre, in: FS Hans Peter Bull, Berlin 2011, S. 767-794.
 - Öffentlichkeitskontrolle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl., München 2013, § 49.
- Schiller, Gernot*, Das Verhältnis der Bundesfachplanung zur Planfeststellung nach dem NABEG, in: EurUP 2013, 178-184.
- Unionsrechtliche Vorgaben für die Alternativenprüfung, in: UPR 2016, 457-465.
- Schink, Alexander*, Verhältnis der Planfeststellung zur Raumordnung, in: DÖV 2011, 905-914.
- Öffentlichkeitsbeteiligung – Beschleunigung – Akzeptanz, in: DVBl 2011, 1377-1385.
 - Das Verfahren der Netzplanung als Vorbild für andere Infrastrukturplanungen?, in: EurUP 2015, 148-160.
- Schirmer, Benjamin*, Neustart des Netzausbaus? Nachjustierung durch das Gesetz zur Änderung von Bestimmungen des Rechts des Energieleitungsbaus, in: DVBl 2016, 285-293.
- /Seiferth, Conrad, Energiewende und die Zulassung von Netzausbauprojekten, in: ZUR 2013, 515-525.

- Schlacke, Sabine*, Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen: Die Belange von Natur und Landschaft in der SUP und in der fachplanerischen Abwägung, in: GfU (Hrsg.), Dokumentation zur 38. Umweltrechtliche Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., Berlin 2015, S. 101-128.
- Slecht, Anna Maria*, Die Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern im deutschen Umweltrecht, Berlin 2010.
- Schmehl, Arndt*, „Mitsprache 21“ als Lehre aus „Stuttgart 21“? Zu den rechtspolitischen Folgen veränderter Legitimitätsbedingungen, in: FS Hans Peter Bull, Berlin 2011, S. 347-364.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin 2004.
- Schmidt-Preuß, Matthias/Di Fabio, Udo*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 (1997), S. 160-234, 235-285.
- Schmitz, Holger/Jornitz, Philipp*, Regulierung des deutschen und europäischen Energienetzes: Der Bundesgesetzgeber setzt Maßstäbe für den kontinentalen Netzausbau, in: NVwZ 2012, 332-337.
- Schneider, Jens-Peter*, Innovationsverantwortung im Verwaltungsverfahren, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsverantwortung, Berlin 2009, S. 289-302.
- Planungs-, genehmigungs- und naturschutzrechtliche Fragen des Netzausbaus und der untertägigen Speichereinrichtung zur Integration erneuerbarer Energien in die deutsche Stromversorgung, Rechtsgutachten im Auftrag des Sachverständigenrates für Umweltfragen, Materialien zur Umweltforschung Nr. 43, 2010.
 - Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., München 2012, § 28.
 - Akzeptanz für Energieleitungen durch Planungsverfahren, in: FS Thomas Würtenberger, Berlin 2013, S. 411-422.
 - Planungs- und Genehmigungsverfahren zum Ausbau des Stromübertragungsnetzes, in: EnWZ 2013, 339-343.
- Schoch, Friedrich*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, in: NVwZ 2008, 241-247.
- Schöndorf-Haubold, Bettina*, Netzwerke in der deutschen und europäischen Sicherheitsarchitektur, in: Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke, Baden-Baden 2007, S. 149-171.

- Scholich, Dietmar*, Planungen für den Raum zwischen Integration und Fragmentierung, in: ders./Müller (Hrsg.), Planungen für den Raum zwischen Integration und Fragmentierung, Frankfurt am Main 2010, S. 173-193.
- Schomerus, Thomas*, Der Ausbau erneuerbarer Energien im Lichte der Aarhus-Konvention, in: EurUP 2014, 196-204.
- Schroeder, Andreas/Oei, Pao-Yu/Sander, Aram/Hankel, Lisa/Laurisch, Lilian/Lorenz, Casimir*, Szenarienrechnungen zum Netzentwicklungsplan (NEP) 2012 – HGÜ-Leitungen überdimensioniert, in: ET 9/2012, S. 80-82.
- Schulte, Martin/Apel, David*, Die Kompetenz zur Regelung des Energieleitungsbaus mittels Erdkabelsystemen, in: DVBl 2011, 862-869.
- Schulte-Beckhausen, Sabine*, Netzkooperationen: Regulierung, politische Vorgaben, Szenarien, in: RdE 2011, 77-84.
- Schulze-Fielitz, Helmut*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 12.
- Schuppert, Gunnar Folke*, Koordination durch Struktursteuerung als Funktionsmodus des Gewährleistungsstaates, in: FS Klaus König, Berlin 2004, S. 287-294.
- Schweizer, Pia-Johanna/Renn, Ortwin*, Partizipation in Technikkontroversen: Panakeia für die Energiewende?, in: Technikfolgenabschätzung 22 (2013), S. 42-47.
- Seibert-Fohr, Anja*, Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes, in: VerwArch 104 (2013), S. 311-326.
- Seidl, Irmis*, Die „Große Transformation“: Chancen einer Debatte, in: GAIA 2014, 1.
- Sellner, Dieter/Fellenberg, Frank*, Atomausstieg und Energiewende 2011 – das Gesetzespaket im Überblick, in: NVwZ 2011, 1025-1035.
- Staatsministerium Baden-Württemberg*, Leitfaden für eine neue Planungskultur v. 1.3.2014, http://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/StM/140304_Planungsleitfaden.pdf.
- Steinbach, Armin*, Keine Energiewende ohne Netze: Die Umsetzung des Bedarfsplangesetzes im reformierten Rechtsrahmen, in: DÖV 2013, 921-928.
- (Hrsg.), NABEG, EnLAG, EnWG. Kommentar zum Recht des Energieleitungsbaus, Berlin 2013.
- Steinberg, Rudolf*, Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch das Verwaltungsrecht – eine Bilanz, in: ZUR 2011, 340-351.

- /Wickel, Martin/Müller, Hendrik, Fachplanung, 4. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Stern, Paul C./Fineberg, Harvey V.* (Hrsg.), *Understanding Risk. Informing Decisions in a Democratic Society*, Washington 1996.
- Straßheim, Holger*, *Netzwerkpolitik*, Baden-Baden 2011.
- Tausch, Felix*, *Gestufte Bundesfernstraßenplanung*, Hamburg 2011.
- Tschentscher, Axel*, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, Baden-Baden 2000.
- Trute, Hans-Heinrich*, *Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, in: DVBl 1996, 950-964.
- *Die demokratische Legitimation der Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 6.
- Unger, Sebastian*, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, Tübingen 2008.
- Vesting, Thomas*, *Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik*, in: JURA 2001, 299-305.
- Volkman, Uwe*, *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung*, in: AöR 123 (2009), S. 157-196.
- *Rechtsgewinnung aus Bildern: Beobachtungen über den Einfluss dirigierender Hintergrundvorstellungen auf die Auslegung des heutigen Verfassungsrechts*, in: Krüper/Merten/Morlok (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, Tübingen 2010, S. 77-90.
- Voßkuhle, Andreas*, *Der Dienstleistungsstaat. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern*, in: *Der Staat* 40 (2001), S. 495-523.
- *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266-335.
- *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 1.
- *Personal*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 2. Aufl., München 2013, § 43.
- Waechter, Kay*, *Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat*, in: VVDStRL 72 (2013), S. 499-543.
- Wagner, Jörg*, *Bundesfachplanung für Höchstspannungsleitungen – rechtliche und praktische Belange*, in: DVBl 2011, 1453-1460.

- Wahl, Rainer*, Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, Bd. 1, Berlin 1978.
- Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006.
 - Erscheinungsformen und Probleme der projektorientierten Raumordnung, in: FS Dieter Sellner, Berlin 2010, S. 155-173.
- Wahlhäuser, Jens*, Bindungswirkung versus Konzentrationswirkung: Zur fehlenden Entscheidungskonzentration der Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG und ihren Auswirkungen auf die etwa erforderliche FFH-Verträglichkeitsprüfung bzw. die Erteilung von Abweichungen, Ausnahmen, Befreiungen im Naturschutzrecht, in: UPR 2013, 427-432.
- Sind landesweite Festlegungen in Raumordnungsplänen zur vorsorglichen Bestimmung eines pauschalen Mindestabstands zwischen schutzwürdiger (Wohn-) Bebauung und Höchstspannungsleitungen Ziele der Raumordnung?, in: UPR 2014, 166-173.
- WBGU*, Welt im Wandel. Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation, 2011.
- Weingarten, Elke/Peters, Wolfgang/Müller-Pfannenstiel, Klaus*, Bürgerbeteiligung in den Planungsverfahren zum Höchstspannungsnetzausbau nach EnWG und NABEG, in: ET 5/2013, S. 74-81.
- Weisensee, Claudius*, Die energierechtliche Planfeststellung von Erdkabeln, Stuttgart 2014.
- ALEGrO – ein planungsrechtlicher Sonderfall, in: EnWZ 2014, 211-216.
 - Erdkabel oder Freileitung – Was will der Gesetzgeber?, in: ER 2016, 68-77.
- Weyer, Hartmut*, Wer plant die Energienetze?, in: FS Gunther Kühne, Frankfurt am Main 2009, S. 423-437.
- Netzausbau in Deutschland: Rechtlicher Rahmen und Handlungsbedarf, 2011, http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/publikationen/arbeitspapier_05_2011.pdf.
- Wiesendahl, Stefan*, Das Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG), in: EnWZ 2013, 291-297.
- Wißmann, Hinnerk*, Die Anforderungen an ein leistungsfähiges Infrastrukturrecht, in: VVDStRL 73 (2014), S. 369-427.
- Wittfogel, Karl August*, Oriental Despotism. A comparative study of total power, New Haven 1957.
- Wollenschläger, Bernward*, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, Baden-Baden 2006.

Wollenschläger, Burkard, Wissensgenerierung durch Verfahren, Tübingen 2009.

Wulfhorst, Reinhard, Die Untersuchung von Alternativen im Rahmen der Strategischen Umweltprüfung, in: NVwZ 2011, 1099-1104.

— Konsequenzen aus „Stuttgart 21“: Vorschläge zur Verbesserung der Bürgerbeteiligung, in: DÖV 2011, 581-590.

Ziekow, Jan, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, München 2012.

— Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, in: NVwZ 2013, 754-760.