

Wieviel Wettbewerb ist möglich, wieviel Staat ist nötig? – Bedeutung und Perspektiven staatlicher Planungstätigkeit im System einer klimaschutzorientierten Regulierung des Energie- und Verkehrssektors

Swen Kühn

Inhaltsübersicht

A. Hintergrund	127
B. Begrifflichkeiten	130
I. Regulierung	130
II. Planung	131
C. Der (vermeintliche) Gegensatz zwischen Planung und Regulierung	132
D. Verknüpfungen zwischen Planung und Regulierung de lege lata	134
I. Energiesektor	134
1. Netzentwicklungsplanung Strom-Übertragungsnetz (§§ 12a ff. EnWG)	134
2. Netzausbauplanung Verteilnetz (§ 14d EnWG)	136
3. Flächenentwicklungsplanung Wasserstoff (§ 28q EnWG)	138
4. Flächenentwicklungsplanung Offshore Windenergie (WindSeeG)	139
II. Verkehrssektor	141
1. Aufbau einer Ladesäuleninfrastruktur (SchnellLG)	141
2. Nahverkehrsplanung (§ 8 ff. PBefG)	142
III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	143
E. Ausblick: Notwendigkeit einer integrierten Infrastruktur-Entwicklungsplanung	144

A. Hintergrund

Der menschengemachte Klimawandel stellt die drängendste Herausforderung unserer Zeit dar. Die weltweit steigende Durchschnittstemperatur führt bereits heute zu beispiellosen Veränderungen im gesamten Klimasystem. Gelingt es der Globalgesellschaft nicht, diesen Trend spürbar und dauerhaft umzukehren, werden Wetter- und Klimaextreme immer häufiger

und intensiver auftreten.¹ Insbesondere der Energie- und der Verkehrssektor sind wegen der dort emittierten Mengen an CO₂ zentral für die Reduktionspfade, zu deren Erreichung sich die Bundesrepublik Deutschland (völker-)rechtlich verpflichtet hat.² So machten im Jahre 2020 die Energiewirtschaft (30 %) und der Verkehrssektor (20 %) gemeinsam die Hälfte der Treibhausgasemissionen Deutschlands aus, wobei CO₂ mit 87 % der allergrößte Anteil an diesen Emissionen zukommt.³ Aus der klimapolitischen Bedeutung beider Sektoren erklärt sich, dass die Reduktionspfade aus dem KSG⁴ für die Energie- und Verkehrswirtschaft besonders ambitioniert sind (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 3 KSG i.V.m. Anlage 2).

Der Weg zu einer CO₂-freien Energieversorgung und zu einem emissionsfreien Verkehr erfordert jeweils weitreichende Veränderungen der sektorspezifischen Infrastruktur. Diese Transformation versucht der Gesetzgeber – bisher – vor allem mithilfe des wettbewerbsbezogenen Regulierungsrechts zu steuern.⁵ Klimaschutz stellt insofern ein besonderes Gemeinwohlziel dar, welches in den allgemeinen Regulierungsrahmen integriert werden muss.⁶ Zunehmend wird jedoch gefordert, dass das Gelingen der Energie-

-
- 1 Vgl. zum Ganzen jüngst und eindrücklich den Beitrag der Arbeitsgruppe I zum sechsten Sachstandsbericht des Zwischenstaatlichen Ausschusses für Klimaänderungen (IPCC) unter dem Titel „Klimawandel 2021. Naturwissenschaftliche Grundlagen. Zusammenfassungen für die politische Entscheidungsfindung“, dort insb. Thesen A1 (S. 3), A2 (S. 7) und B2 (S. 15).
 - 2 So auch G. *Hermes*, Klimaschutz durch neue Planungsinstrumente im föderalen System, *EuRUP* 2021, 162 (167); Zum Regelungskonzept des Klimaschutzrechts im Mehrebenensystem: C. *Franzius*, Ziele des Klimaschutzrechts, *ZUR* 2021, 131; Speziell zum Klimaschutzgesetz des Bundes: M. *Wickel*, Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen, *ZUR* 2021, 332.
 - 3 Diese Zahlen stammen aus der Vorjahresschätzung der deutschen Treibhausgasemissionen für das Jahr 2020 des Umweltbundesamtes, zitiert nach: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Klimaschutz in Zahlen. Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik, Ausgabe 2021, S. 26.
 - 4 Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905).
 - 5 Zur Entwicklung des Regulierungsrechts „aus“ den Netzwirtschaften: M. *Ruffert*, § 7 Begriff, in: M. *Fehling/ders.* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, Rn. 46 ff. Heute findet sich ein solcher „rein wettbewerblicher“ Steuerungsansatz beispielsweise noch im Bereich der Trassenvergabe und der darauf aufbauenden Fahrplanerstellung im Schienenpersonenfernverkehr. Vgl. A. *Grün*, in: J. *Kühling/H. Otte* (Hrsg.), *Allgemeines Eisenbahngesetz / Eisenbahnregulierungsgesetz. Kommentar*, 2020, § 51 ERegG Rn. 4.
 - 6 Für den Energiesektor: M. *Fehling*, Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende, *Die Verwaltung* 47 (2014), 313 (314, 333 ff.); s. auch M. *Burgi*, Die Energiewende und das Recht, *JZ* 2013, 745 (752 f.); Für den Verkehrssektor: G. *Hermes*, Ge-

und der Verkehrswende nicht alleine den Marktkräften überlassen werden sollte. Erforderlich sei eine stärkere staatliche Steuerung mithilfe planungsrechtlicher bzw. planungsähnlicher Instrumente.⁷ In der Rechtswissenschaft werden Regulierung und Planung klassischerweise als Gegensätze verstanden.⁸ Es scheint, dass die Vehemenz, mit der die Argumente teils ausgetauscht werden,⁹ nicht zuletzt daraus folgt, dass das Ringen um eine gelingende Energie- und Verkehrswende auch grundlegende Fragen nach der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung, nach dem „richtigen“ Maß zwischen Markt- und Planwirtschaft, aufwirft.¹⁰

Nachdem kurz das Begriffsverständnis beider Steuerungskonzepte transparent gemacht wird (B.), soll die klassische Sichtweise auf Regulierung und Planung als zwei Gegensätze kritisch hinterfragt werden (C). In einer – notwendigerweise schlaglichtartigen – Betrachtung wird gezeigt, dass der Gesetzgeber bereits heute hybride Instrumente nutzt, die planungs- und regulatorische Gehalte aufweisen, um die klimaschutzorientierte Transformation der Energie- und Verkehrsinfrastruktur voranzutreiben. Dabei sol-

währleistung umweltverträglicher Mobilität für alle. Was folgt aus der staatlichen Infrastrukturverantwortung für die Verkehrswende?, Die Verwaltung 53 (2020), 311 (321 ff.). Speziell zum Netzausbau als Gegenstand des Regulierungsrechts finden sich in der Literatur bisher nur wenige Abhandlungen. Vgl. aber: *K.-F. Gärditz*, § 11 Infrastruktursicherung, in: G. Kirchhof/S. Magen/S. Korte (Hrsg.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 2014, S. 363; *A. Glaser*, Das Netzausbauziel als Herausforderung für das Regulierungsrecht, DVBl 2012, 1283; s. auch *J.-P. Schneider*, Infrastrukturausbau als Aufgabe des Regulierungsrechts, in: M. Fehling/K.-W. Greulich (Hrsg.), *Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts, Symposium zum 80. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Bullinger*, 2011, S. 69; Die Weiterentwicklung des Regulierungsrechts unter dem Gesichtspunkt der Infrastrukturgewährleistung wird angedeutet bei: *M. Möstl*, Rechtsfragen der Kraftwerksregulierung, EnWZ 2015, 243.

7 Besonders deutlich: *Hermes* (Fn. 2), 162 f., 167 ff.; Allgemeiner, von einer „Renaissance der Planung“ im Energie- und Klimabereich sprechend: *S. Schlacke*, § 20 Planende Verwaltung, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2022, Rn. 1.

8 Dazu noch näher unter: C.

9 Exemplarisch: *M. Kment*, Vorbote der Energiewende in der Bundesrepublik Deutschland: das Netzausbaubeschleunigungsgesetz, RdE 2011, 341 (344), der den Energiesektor durch die Einführung der §§ 12a ff. EnWG „schleichend, aber stetig einem planwirtschaftlichen System“ zuneigend sieht.

10 Vgl. *H.-J. Cremer*, § 5 Regulierung und Freiheit, in: M. Fehling/ders. (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, Rn. 3 f., Rn. 91 ff.; s. auch *J. Franke*, Die Finanzierung des Netzausbaus zwischen Markt und Staat, 2020, S. 28 ff.; relativierend *C. Franzius*, Infrastrukturen zwischen Regulierung und Planung. Herausforderungen des Energie-Infrastrukturrechts, EnWZ 2022, 302 (307), der (richtigerweise) davor warnt, die Unterscheidung zwischen Markt und Staat im Infrastrukturrecht zu „überhöhen“.

len auch Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Verknüpfung aufgezeigt werden (D.). Diese Erkenntnis mündet in einen kurzen Ausblick: Künftig werden Bestrebungen hin zu einer integrierten, ganzheitlichen Infrastruktur-Entwicklungsplanung immer stärker an Bedeutung gewinnen, damit die Energie- und Verkehrswende nachhaltig erfolgreich sein können (E.).

B. Begrifflichkeiten

I. Regulierung

Das Energie- und das Verkehrsnetz haben den Charakter natürlicher Monopole. Wettbewerb kann in diesen Sektoren daher nicht ohne Weiteres entstehen.¹¹ Zugleich sind eine ausreichende Energieversorgung und ein flächendeckendes Verkehrsangebot, noch dazu jeweils in umweltverträglicher Weise, für die Daseinsvorsorge essenziell. Diese beiden Annahmen liegen dem Konzept eines gewährleistungsstaatlichen Regulierungsrechts zugrunde: Der Staat erfüllt die Energie- und Verkehrsversorgung demnach im Regelfall nicht selbst, sondern gewährleistet bloß, dass die jeweiligen Leistungen im Wettbewerb erbracht werden. Wettbewerb zu schaffen und aufrechtzuerhalten, ist dabei nicht – wie im Kartellrecht – (End-)Ziel staatlicher Regulierung, sondern wird als Instrument angesehen, mit dem Gemeinwohlziele erreicht werden können. So verstanden, zielt staatliche Regulierungstätigkeit auf die Schaffung eines normativen Rahmens, innerhalb dessen sich gemeinwohlpflichtiger Wettbewerb entfalten kann.¹² Klassische

11 Gleiches gilt für den Telekommunikationsmarkt, der hier jedoch aufgrund seiner geringeren Relevanz für den Klimaschutz ausgeklammert wird. Der Sache nach stellen sich aber auch dort spannende Fragen zum Verhältnis planungs- und regulierungsrechtlicher Elemente, wenn beispielsweise durch das jüngst novellierte TKG für den Netzausbau eine „Informationsstelle des Bundes“ errichtet wird, die zu Planungszwecken ein Datenportal erstellen soll (vgl. §§ 78 ff. TKG). Es bleibt abzuwarten, wie sich solche (ordnungs- bzw. lenkungs-)planerischen Instrumente in das traditionell stark wettbewerblich ausgerichtete Telekommunikations(regulierungs)recht einfügen.

12 Zu diesem Regulierungsverständnis: *M. Fehling*, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland – Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: H. Hill (Hrsg.), *Die Zukunft des Öffentlichen Sektors*, 2006, S. 91 (insb. S. 92 ff.); *O. Lepsius*, Regulierung in sozialpolitischer Perspektive, in: M. Schmidt-Preuß/T. Körber (Hrsg.), *Regulierung und Gemeinwohl*, 2016, S. 102 (102 ff.); stärker den Wettbewerbsbezug betonend: *M. Burgi*, Regulierung: Inhalt und Grenzen eines Handlungskonzepts der Verwaltung, in: P.F. Bultmann u.a. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht. Institute, Kontexte, System*, Festschrift für Ullrich

Regulierungsinstrumente sind Mitbenutzungsrechte an fremder Infrastruktur und – für den hiesigen Kontext besonders relevant – wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren.¹³

II. Planung

Gemeinhin wird unter (staatlicher) Planung das „vorausschauende Setzen von Zielen und gedankliche Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhaltensweisen“ verstanden.¹⁴ Dieser Definitionsansatz bedarf für die hiesigen Zwecke der weiteren Erläuterung. Zwar existiert kein einheitlicher Rechtsbegriff der Planung.¹⁵ Dies steht einer Systematisierung der Erscheinungsformen und Typen von Plänen im Ausgangspunkt aber nicht entgegen.¹⁶ Legt man einen steuerungswissenschaftlichen Ansatz zugrunde¹⁷, erscheint es sinnvoll, eine Systematisierung, anhand der Wirkungen vorzunehmen, die mit staatlicher Planung intendiert sind: Demnach kann zwischen *Ordnungsplanung*, *materieller Verwirklichungsplanung* und *Lenkungsplanung* unterschieden werden.¹⁸ Freilich handelt es sich hierbei um keine trennscharfe Unterscheidung, sondern nur um idealtypische Kategorien.

Ziel der *Ordnungsplanung* ist es, die zukunftsfähige Nutzung des (Gesamt-)Raumes zu gewährleisten. Es handelt sich um raumbezogene Planung, die insbesondere durch Raumordnungspläne des Bundes und der

Battis zum 70. Geburtstag, 2014, S. 329 (passim); im Ausgangspunkt deutlich weiter der Regulierungsbegriff bei: M. Eifert, § 19 Regulierungsstrategien, in: A. Voßkuhle/ders./C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Auflage, 2022, Rn. 5.

13 Vgl. M. Fehling, § 20 Instrumente und Verfahren, in: ders./Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, Rn. 27 ff.

14 R. Zippelius/ T. Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Auflage, 2018, S. 513.

15 Statt aller: W. Köck, § 36 Pläne und andere Formen des prospektiven Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Auflage, 2022, Rn. 19.

16 Vgl. die Typologie der Planungsarten bei: W. Hoppe, § 77 Planung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Auflage, 2006, Rn. 8 ff.

17 Grundlegend: A. Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungswissenschaft, in: ders./M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Auflage, 2022, Rn. 16 ff. und passim.

18 Hierzu und zum Folgenden: Köck, (Fn. 15) Rn. 48 ff.; zurückgehend auf: M. Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, Bad Homburg u.a. 1970, S. 44.

Länder sowie durch Bauleitpläne auf kommunaler Ebene realisiert wird. Die *materielle Verwirklichungsplanung* ist ebenfalls raumbedeutsam, erschöpft sich darin aber – anders als die Ordnungsplanung – nicht. Sie zielt mittels Planfeststellungen und Genehmigungen auf die vorhabenbezogene Durchsetzung vorangegangener (Ordnungs-)Planungen. Die *Lenkungsplanung* kann zwar ebenfalls einen Raumbezug aufweisen, dieser ist aber – anders als bei den beiden vorangegangenen Planungsmodi – nicht zwingend. Mit der Lenkungsplanung soll die (gesellschaftliche) Entwicklung unmittelbar beeinflusst werden, wobei sie sich grundsätzlich auf alle Bereiche der Gesellschaft beziehen kann. Es handelt sich bei der Lenkungsplanung primär um eine Strategie, mit der – als solche empfundene – Fehlentwicklungen korrigiert werden sollen.¹⁹ In der Realität bringt die staatliche Planungstätigkeit – wie noch zu zeigen sein wird – vielfältige Mischformen hervor.

C. Der (vermeintliche) Gegensatz zwischen Planung und Regulierung

Verbreitet werden Planung und Regulierung u.a. wegen der vermeintlich unterschiedlichen Intensität staatlicher Steuerung als Gegensätze wahrgenommen.²⁰ Der dem Regulierungsrecht immanente Wettbewerbsbezug sei staatlicher Planungstätigkeit fremd, ja stünde dieser sogar entgegen.²¹ Ob staatliche Planung wirklich keinerlei Wettbewerbsbezug aufweist, kann indes bezweifelt werden. So zeichnet staatliche (Lenkungs-)Planung das künftige Marktgeschehen und die Akteursvielfalt oft auch in gewisser Weise vor.²² Man denke bloß an das künftige Marktdesign der Energiewende: Bei einem Modell weniger, zentraler Erzeugungsanlagen – wie beispielsweise Atomkraftwerken – könnten diese wohl primär von großen (Industrie-)Konzernen betrieben werden. Wird hingegen auf eine Vielzahl kleiner, dezentral verteilter Standorte gesetzt – wie beispielsweise bei der Onshore-Windenergie und Photovoltaikanlagen möglich –, ist der Marktzugang auch kleineren Betreibern möglich.

19 *Oldiges* (Fn. 18), S. 51, 58 ff.

20 Statt vieler: *J. Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: *Gemeinwohl durch Wettbewerb*, VVDStRL 69 (2009), S. 288 (327) m.w.N.; allgemeiner zum Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Regulierung: *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 19 ff.

21 In diesem Sinne *K.-F. Gärditz*, Europäisches Planungsrecht, Tübingen 2009, S. 75.

22 Für den Energiesektor: *H. Weyer*, § 28 Elektrizitätsübertragungs- und Elektrizitätsverteilnetze, in: *M. Rodi* (Hrsg.), *Handbuch Klimaschutzrecht*, München 2022, Rn. 20 ff.

Steht der Vorwurf der Wettbewerbsfeindlichkeit staatlicher Planungstätigkeit im Raum, gilt es zudem zu berücksichtigen, dass wegen der Neigung des Energie- und Verkehrssektors zur Bildung natürlicher Monopole in diesen Sektoren ohnehin keine gänzlich freie Ressourcenallokation möglich ist. Eine solche kann durch staatliche Planung also auch nicht *per se* verhindert werden. Vielmehr handelt es sich in diesen Sektoren um einen „artifizialen“ Wettbewerb, der gerade durch staatliches Tätigwerden – beispielsweise in Form von Planung – erst ermöglicht wird. So gesehen, kann staatliche Planung durchaus als Instrument eines Regulierungsrechts verstanden werden, das auf die Schaffung bzw. Aufrechterhaltung von gemeinwohlorientiertem Wettbewerb ausgerichtet ist.²³

Gerade in der planerischen Vorstrukturierung der künftigen Infrastrukturentwicklung liegt überdies eine besondere Chance: Fehlentwicklungen, wie namentlich die räumliche Ansiedlung von Winderzeugungsanlagen vorrangig im windträchtigen Norden Deutschlands mit einem daraus resultierenden enormen Transportbedarf in den industriell geprägten Süden der Bundesrepublik, könnten so verringert werden.²⁴ Zudem kann Wettbewerb in den Netzsektoren überhaupt nur dann entstehen und reguliert werden, wenn eine (ausbaufähige) Netzinfrasturktur vorhanden ist.²⁵ So verstanden, stellt staatliche Planung keine Alternative zu Regulierung, sondern sogar deren Voraussetzung dar.²⁶ Verdichtet sich staatliche Regulierungstätigkeit jedoch auf das Ziel der Infrastruktursicherung, besteht der begriffsprägende Wettbewerbsbezug ggf. nur noch (äußerst) mittelbar.²⁷

Die Diskussion um das Verhältnis von Planung und Regulierung konnte hier nur grob nachgezeichnet werden. Als These sei an dieser Stelle festgehalten, dass zwischen den beiden Steuerungskonzepten der Planung und Regulierung jedenfalls kein *unauflöslicher* Gegensatz besteht.

23 So insbesondere T. Schmitt, Die Bedarfsplanung von Infrastrukturen als Regulierungsinstrument, 2015, S. 102 ff., 116 f.

24 Vgl. G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungsnetzsysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1998, S. 406 f.

25 M. Möstl, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Werkstand: 95. EL, Juli 2021, Art. 87f Rn. 85.

26 Ähnlich C. Franzius, Planungs- und Regulierungsrecht. Bedeutung dieser Interdependenz für eine geänderte Vorteilszuordnung bei der Windernte, ZUR 2018, 11 (12); vgl. zur „Vorleistungsfunktion“ von Infrastrukturen: Franke (Fn. 10), S. 30 f. m.w.N.

27 Gärditz (Fn. 6), Rn. 31 f.

D. Verknüpfungen zwischen Planung und Regulierung de lege lata

I. Energiesektor

Eine CO₂-freie Energieversorgung kann nur erreicht werden, wenn die Energieerzeugung vollständig auf regenerative Energieträger umgestellt wird. Dafür müssen alle Netzebenen transformiert werden:²⁸ Zunächst sind die Strom-Übertragungsnetze im Sinne einer Nord-Süd-West-Energieleitungsinfrastruktur massiv auszubauen, da sich die Erzeugungsstandorte im (windträchtigen) Norden der Republik, die industriellen Verbrauchszentren jedoch vorrangig im Süden und Westen der Republik befinden (1.). Künftig werden daneben vermehrt kleinere, dezentral verteilte Anlagen (insbesondere Windkraft und Photovoltaik) grünen Strom produzieren. Der Netzanschluss dieser Anlagen erfolgt meist über das Verteilnetz, welches dafür umzubauen ist (2.).²⁹ Daneben tritt zunehmend Wasserstoff als regenerativer Energieträger und als potentielles Speichermedium in Erscheinung. Dessen „Markthochlauf“ macht ebenfalls Anpassungen der Netzstruktur erforderlich (3.).³⁰ Die Anlagen mit der höchsten zu installierenden Leistung sind schließlich Offshore-Windenergieanlagen, die nur in den deutschen Küstenregionen errichtet werden können (4.).

1. Netzentwicklungsplanung Strom-Übertragungsnetz (§§ 12a ff. EnWG)

Die Steuerung des *Übertragungsnetzausbaus* erfolgt gemäß §§ 12a ff. EnWG³¹ in einem mehrstufigen Verfahren, an dem die Übertragungsnetzbetreiber und die Bundesnetzagentur beteiligt sind (sog. Netzentwicklungs-

28 Zu dem durch die Energiewende ausgelösten Anpassungsbedarf für die Struktur des Energienetzes im Überblick: J.-C. Pielow u.a., § 23 Energierecht, in: D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. I, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, 2020, Rn. 5 f.

29 Siehe hierzu auch die dena-Verteilnetzstudie. *Ausbau und Innovationsbedarf der Stromverteilnetze in Deutschland bis 2030*. Zusammenfassung, S. 6 f.

30 Vgl. die Nationale Wasserstoffstrategie der Bundesregierung, S. 13.

31 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) vom 07. Juli 2005, zuletzt geändert durch Art. 4, 5 des zweiten Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften vom 20.07.2022 (BGBl. I S. 1325).

planung).³² So soll die künftige Entwicklung des Übertragungsnetzes koordiniert und vorstrukturiert werden.³³ Auf einer ersten Stufe erstellen die Übertragungsnetzbetreiber alle zwei Jahre einen sog. gemeinsamen Szenariorahmen, der mit mindestens drei Entwicklungspfaden die Bandbreite der wahrscheinlichen Entwicklung der klima- und energiepolitischen Ziele der Bundesregierung mit einem Zeithorizont von mindestens zehn und höchstens fünfzehn Jahren abdeckt (§ 12a Abs. 1 S. 2 EnWG). Drei weitere Szenarien müssen den Zeitraum nach 2045 betrachten und diesbezüglich wahrscheinliche Entwicklungen darstellen (§ 12a Abs. 1 S. 3 EnWG). Nach der Genehmigung des Szenariorahmens durch die Bundesnetzagentur³⁴ stellt dieser die Grundlage dar, für die zweite Stufe der Netzentwicklungsplanung: Die vier Übertragungsnetzbetreiber arbeiten – wiederum gemeinsam – einen nationalen Netzentwicklungsplan aus, welcher alle wirksamen Maßnahmen zur bedarfsgerechten Optimierung, Verstärkung und zum Ausbau des Netzes enthalten muss, die für einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb erforderlich sind (§ 12b Abs. 1 S. 2 EnWG). Der Netzentwicklungsplan ist sodann von der Bundesnetzagentur zu bestätigen (§ 12c Abs. 4 EnWG).³⁵

Bei der engen Einbindung der privaten Übertragungsnetzbetreiber in die Erstellung von Szenariorahmen und Netzentwicklungsplan sowie der gleichzeitig engen Aufsicht bzw. Verantwortung der Bundesnetzagentur über den Prozess der Netzentwicklungsplanung handelt es sich um eine Form regulierter Selbstregulierung.³⁶ Diese zielt darauf, das (Fach-)Wissen der Übertragungsnetzbetreiber fruchtbar zu machen und so Unsicherheiten bei der Prognose künftiger Entwicklungen im Netz und des Strombe-

32 Im Überblick: *G. Hermes*, § 8 Planung von Erzeugungsanlagen und Transportnetzen, in: J.-P. Schneider/C. Theobald (Hrsg.), *Recht der Energiewirtschaft. Praxishandbuch*, 5. Auflage, 2021, Rn. 64 ff.

33 Vgl. *H. Posser*, in: M. Kment (Hrsg.): *Energiewirtschaftsgesetz. Kommentar*, 2. Auflage, 2018, § 12a Rn. 4.; differenzierend: *Fehling* (Fn. 6), S. 314, 333 ff., der in der regulatorischen Handhabung der Energiewende lediglich Akzentverschiebungen im charakteristischen Zielebündel erblickt.

34 Hierbei handelt es sich um eine Planungsentscheidung, vgl. *Hermes* (Fn. 32), Rn. 67.

35 Auch hierbei handelt es sich um eine Planungsentscheidung. Zum entsprechenden Streitstand: *Hermes*, (Fn. 32) Rn. 69 m.w.N.

36 Grundlegend *W. Hoffmann-Riem*, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven*, in: *ders./E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 261 (301 ff.).

darfs wirkungsvoll zu begegnen.³⁷ Weitere (planungs-)rechtliche Bedeutung kommt dem Netzentwicklungsplan insofern zu, als dieser die Grundlage für den Bundesbedarfsplan darstellt (§ 12e Abs. 1 EnWG). Mit dem Abschluss der Netzentwicklungsplanung verpflichten sich die Übertragungsnetzbetreiber zugleich zur Verwirklichung der jeweiligen, im bestätigten Netzentwicklungsplan enthaltenen, Leitungsvorhaben (vgl. §§ 12 Abs. 1, Abs. 3, 12c Abs. 8 EnWG).

Indem die Netzentwicklungsplanung regulatorische und planerische Gehalte vereint, kommt ihr ein hybrider Charakter, zugleich als Planungs- und Regulierungsinstrument, zu.³⁸ Während die planerischen Elemente die künftige Entwicklung des Übertragungsnetzes vorzeichnen und strukturieren, sorgen die regulatorischen Instrumente für eine gesteigerte Akzeptanz des Verfahrens bzw. die Mobilisierung von Fachwissen (regulierte Selbstregulierung) und für die notwendige Verbindlichkeit der Planung (Selbstverpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber aufgrund der Bestätigung des Netzentwicklungsplanes durch die Bundesnetzagentur). Teilweise wird in der Netzentwicklungsplanung bereits ein Vorbild für weitere hybride Steuerungsinstrumente gesehen, die planungs- und regulierungsrechtliche Wirkungen verbinden.³⁹

2. Netzausbauplanung Verteilnetz (§ 14d EnWG)

Neben dem Strom-Übertragungsnetz unterliegt auch das Verteilnetz einem weitreichenden Anpassungs- und Ausbaubedarf. Auf diese Notwendigkeit reagierte der Gesetzgeber jüngst mit dem neuen § 14d EnWG.⁴⁰ Danach sind die Verteilnetzbetreiber gegenüber der Bundesnetzagentur erstmals zum 30. April 2024 und danach in zweijährigem Rhythmus dazu verpflicht-

37 Vgl. *J.-P. Schneider*, Planungs- und Genehmigungsverfahren zum Ausbau des Stromübertragungsnetzes, *EnWZ* 2013, 339 (341).

38 Grundlegend *P. Franke*, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren beim Ausbau der Übertragungsnetze, in: A. Klees/K. Gent (Hrsg.), *Energie – Wirtschaft – Recht. Festschrift für Peter Salje zum 65. Geburtstag*, 2013, S. 121 (126 ff.); S. auch *Hermes* (Fn. 32), Rn. 70; *Franzius* (Fn. 10), 306 f.

39 Namentlich: *F. Bader*, Die Interdependenz zwischen Planung und Regulierung für die Steuerung des Ausbaus der Offshore-Windenergieerzeugung – Am Beispiel des EEG-Ausschreibungsmodells –, 2021, S. 206.

40 Eingefügt mit Wirkung vom 29. Juli 2022 durch das Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214).

tet, einen Plan für ihr jeweiliges Elektrizitätsverteilnetz, den sog. Netzausbauplan, vorzulegen (§ 14d Abs. 1 S. 1 EnWG). Zum Zwecke der Erstellung des Netzausbauplans wird das Gebiet der Bundesrepublik in einzelne Planungsregionen eingeteilt, wobei sich die Betreiber von Verteilnetzen innerhalb einer Planungsregion zu den Grundlagen ihrer Netzausbauplanung miteinander abzustimmen haben (§ 14d Abs. 2 S. 1, 2 EnWG). Für jede Planungsregion ist ein sog. Regionalszenario zu erstellen, welches einen Entwicklungspfad beinhaltet, der die für das Jahr 2045 gesetzlich festgelegten sowie weitere klima- und energiepolitische Ziele der Bundesregierung als auch die wahrscheinlichen Entwicklungen für die nächsten fünf und zehn Jahre berücksichtigt (§ 14d Abs. 3 S. 2 EnWG). Die einzelnen Regionalszenarien bilden schließlich die Grundlage für den Netzausbauplan (§ 14d Abs. 3, 4 EnWG). Bei der Planung haben die Verteilnetzbetreiber die Übertragungsnetzbetreiber einzubinden (§ 14d Abs. 3 S. 1 EnWG).

Mit dem Instrument der Netzausbauplanung zielt der Gesetzgeber darauf, eine stärker vernetzte und vorausschauende (Verteil-)Netzplanung zu gewährleisten.⁴¹ Das Modell einer engen Einbindung der privaten Verteilnetzbetreiber in die Planung der künftigen Netzentwicklung unter Erstellung wahrscheinlicher Entwicklungspfade und die Stellung der Bundesnetzagentur in diesem Verfahren erinnern stark an die Netzentwicklungsplanung nach §§ 12a ff. EnWG. Wengleich die Stellung der Bundesnetzagentur im Verfahren der Verteilnetzausplanung nicht so stark ausgestaltet ist wie im Rahmen der Netzentwicklungsplanung für das Übertragungsnetz,⁴² handelt es sich doch ebenfalls um einen Fall regulierter Selbstregulierung. Gepaart mit den deutlich sichtbaren planerischen Gehalten, die in der Aufstellung des Netzausbauplans liegen, erscheint auch die Einordnung der Netzausbauplanung nach § 14d EnWG als hybrides Instrument, gleichsam zwischen Planung und Regulierung, naheliegend. Indem die Netzausbauplanung im Bereich der Verteilnetze inhaltlich mit der Netzentwicklungsplanung im Bereich der Übertragungsnetze verknüpft werden soll (vgl. § 14d Abs. 3 S. 1, Abs. 6 EnWG),⁴³ wird zudem der Grundstein gelegt

41 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1599, S. 55.

42 Anders als nach §§ 12a Abs. 3, 12c EnWG ist der Netzausbauplan nach § 14d EnWG nicht von der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde zu genehmigen oder zu bestätigen. Gleichwohl ist die Bundesnetzagentur eng in den Erstellungsprozess eingebunden und kann in vielfältiger Weise auf diesen einwirken (vgl. § 14d Abs. 2 S. 3 f., Abs. 3 S. 4, Abs. 5 EnWG). Insbesondere kann die Bundesnetzagentur nach § 14d Abs. 1 S. 3 EnWG Anpassungen des Netzausbauplans verlangen.

43 Vgl. auch insofern die Gesetzesbegründung (Fn. 41), S. 55.

für eine übergreifende, integrierte Perspektive auf die künftige Infrastrukturentwicklung, die sich von der Betrachtung einzelner Netzebenen löst, diese vielmehr miteinander zu verknüpfen sucht. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Verbindlichkeit der Netzausbauplanung im Bereich der Verteilnetze zukommen soll. Denkbar erscheint künftig – in Parallele zur Netzentwicklungsplanung im Bereich der Übertragungsnetze – eine (Selbst-)Verpflichtung der beteiligten Verteilnetzbetreiber zur Umsetzung des Netzausbauplans durch eine Bestätigung bzw. Genehmigung derselben durch die Bundesnetzagentur.

3. Flächenentwicklungsplanung Wasserstoff (§ 28q EnWG)

In instrumenteller Hinsicht ganz ähnlich wie im Bereich des klimaschutzorientierten Verteilnetzausbaus stellt sich die legislatorische Herangehensweise im Bereich des „Markthochlaufs“ von Wasserstoff als regenerativem Energieträger und potentiell Speichermedium dar. Auch hier werden künftig Anpassungen der Infrastruktur erforderlich.⁴⁴ Der Gesetzgeber will diese Anpassungen wiederum mittels Planungsinstrumenten vorbereiten.⁴⁵ Nach § 28q Abs. 1 EnWG sind die Betreiber von Wasserstoffnetzen und die Betreiber von Fernleitungsnetzen verpflichtet, der Bundesnetzagentur in jedem geraden Kalenderjahr gemeinsam einen Bericht zum aktuellen Ausbaustand des Wasserstoffnetzes und zur Entwicklung einer zukünftigen Netzplanung Wasserstoff mit dem Zieljahr 2035 vorzulegen. Dieser Netzbericht umfasst nach § 28q Abs. 2 S. 1 EnWG mögliche Kriterien zur Berücksichtigung von Wasserstoff-Projekten sowie Anforderungen zur Ermittlung von Ausbaumaßnahmen und soll u.a. auch auf etwaige Wechselwirkungen und Schnittstellen mit dem Netzentwicklungsplan Strom der Übertragungsnetzbetreiber eingehen (§ 28q Abs. 2 S. 3 EnWG). Mit dem Netzbericht sollen die Implementierung eines verbindlichen „Netzentwicklungsplans Wasserstoff“ und mithin eine Wasserstoffnetzplanung vorbereitet werden (§ 28q Abs. 1 S. 1, Abs. 3 EnWG).

Wie im Bereich der Verteilnetzausbauplanung werden auch für den „Netzbericht Wasserstoff“ die privaten Netzbetreiber im Sinne regulierter Selbstregulierung in einen staatlicherseits, durch die Bundesnetzagentur beaufsichtigten Prozess eingebunden. Auch hierbei stehen die planerischen

44 Vgl. die Nationale Wasserstoffstrategie der Bundesregierung, S. 13.

45 Zum Folgenden im Überblick: J. Möller-Klapperich, Die Regulierung reiner Wasserstoffnetze nach der EnWG-Novelle, NJ 2021, 390 (392).

Gehalte im Vordergrund, da der künftige Netzausbau vorgezeichnet werden soll. Klarer als im Bereich der Verteilnetzausbauplanung lässt sich beantworten, welche rechtliche Verbindlichkeit dem Netzbericht Wasserstoff zukommt: Nach § 28q Abs. 3 EnWG dient der Netzbericht Wasserstoff zunächst nur der Information der Bundesnetzagentur, woraufhin diese Empfehlungen für die rechtliche Implementierung eines *verbindlichen* Netzentwicklungsplans Wasserstoff abgeben kann. Ein solcher *verbindlicher* Netzentwicklungsplan hätte dann voraussichtlich wieder starke Parallelen zu der Netzentwicklungsplanung im Bereich der Übertragungsnetze nach §§ 12a ff. EnWG.

4. Flächenentwicklungsplanung Offshore Windenergie (WindSeeG)

Während sich die bisher betrachteten Instrumente zur klimaschutzorientierten Anpassung der Energie-Infrastruktur vorrangig auf die Ebene des Energietransports bezogen, soll hier noch kurz auf ein Instrument an der Schnittstelle zur Ebene der Energieerzeugung eingegangen werden.

Anders als im Bereich des Energietransports besteht eine verdichtete staatliche Planung im Bereich der *Energieerzeugung* aktuell nur für den Bereich der Windenergie auf See (Offshore).⁴⁶ Hier wurde mit dem Flächenentwicklungsplan nach §§ 4 ff. WindSeeG⁴⁷ ein besonderes (Ordnungs-)Planungsinstrument geschaffen, das die räumliche Ansiedlung und Verteilung der Offshore-Windenergieanlagen in der ausschließlichen Wirtschaftszone Deutschlands steuern soll.

Gegenstand des Flächenentwicklungsplans können insbesondere fachplanerische Festlegungen für Gebiete, Flächen, die zeitliche Reihenfolge der

46 Diese grundsätzliche regulatorische Asymmetrie führt dazu, dass die Betreiber von Energieerzeugungsanlagen an Land in ihrer Standortauswahl vergleichsweise frei sind, während der Ausbau des Energietransportnetzes auf diese Standortentscheidungen reagieren muss. Hierin wird verbreitet ein Steuerungsdefizit gesehen, dass der Entwicklung eines integrierten Energiegesamtnetzes entgegensteht. Besonders deutlich die Kritik bei: *Hermes*, (Fn. 32) Rn. 13. *Hermes* verbindet mit dieser Kritik zugleich die Forderung, auch auf Ebene der Energieerzeugung eine Bedarfsplanung einzuführen, vgl. dazu: *ders.*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, 259. Im Anschluss: *Franzius* (Fn. 10), S. 305 f.

47 Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See (Windenergie-auf-See-Gesetz – WindSeeG) vom 13. Oktober 2016, zuletzt geändert durch Art. 1 des zweiten Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1325). Zu diesen jüngsten Änderungen: S. *Lutz-Bachmann/M. Liedtke*, Neue Ausschreibungen für Offshore-Windenergie. Frischer Wind für einen beschleunigten Ausbau?, EnWZ 2022, 313.

Ausschreibungen der Flächen, die Kalenderjahre der Inbetriebnahmen und die voraussichtlich zu installierende Leistung sein (§§ 4 Abs. 1 S. 2, 5 WindSeeG). Der Flächenentwicklungsplan wird vom Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, unter Beteiligung der Übertragungsnetzbetreiber, erstellt (vgl. § 6 WindSeeG). In einem weiteren Schritt werden die im Flächenentwicklungsplan enthaltenen Gebiete und Flächen durch die Bundesnetzagentur einer Voruntersuchung auf deren abstrakte Eignung als Windenergiestandorte unterzogen (vgl. §§ 9 ff. WindSeeG). Hierin liegt zugleich eine partielle Vorverlagerung des – weiterhin für jede Windenergieanlage notwendigen – Planfeststellungsverfahrens (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 2 WindSeeG).

Durch das Zusammenwirken von Flächenentwicklungsplan und Voruntersuchung entsteht ein Planungsinstrument *sui generis*, das sowohl Elemente einer klassischen Ordnungsplanung mit Raumbezug als auch – durch die partielle Vorverlagerung des Genehmigungsverfahrens – Elemente einer materiellen Verwirklichungsplanung enthält. Eine Verknüpfung dieser Planungselemente mit einem klassischen Regulierungsinstrument wird im WindSeeG dadurch bewirkt, dass die Erzeugungskapazitäten bestimmter im Flächenentwicklungsplan enthaltener Flächen mittels eines marktwirtschaftlichen Ausschreibungsverfahrens vergeben werden (§§ 14 ff. WindSeeG).⁴⁸ Neben dem Anspruch auf die Marktprämie nach § 19 EEG-2021⁴⁹ (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 WindSeeG) folgt aus dem Zuschlag insbesondere das ausschließliche Recht zur Durchführung des Planfeststellungsverfahrens, wobei diesem die im Rahmen der Voruntersuchung vorverlagerten Teile des Genehmigungsverfahrens zugutekommen (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 1 WindSeeG).

Die planerischen Gehalte im Verfahren nach dem WindSeeG, die insbesondere in der raumbezogenen Festlegung von Standorten für Energieerzeugungsanlagen im Flächennutzungsplan liegen, führen zu einer Vorstrukturierung des künftigen Offshore-Windenergie-Erzeugungsnetzes in der ausschließlichen Wirtschaftszone Deutschlands. Zugleich wird so auch

48 Zum Regelungskonzept des WindSeeG zwischen Regulierungs- und Planungsrecht: W. Durner, ZUR 2022, 3 (5 ff.); s. auch: Y. Kerth, Die Offshore-Windenergie als Retterin der Energiewende?. Überblick zum Stand der Entwicklung des deutschen Regelungsrahmens für die Offshore-Windenergie, EuRUP 2022, 91.

49 Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2021) vom 21. Juli 2014, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.7.2022 (BGBl. I S. 1353).

der Inhalt des nachgeschalteten Ausschreibungsverfahrens festgelegt, welches – als klassisches Regulierungsinstrument – den möglichst effizienten und wettbewerblichen Betrieb der Offshore-Windenergieanlagen sicherstellt.⁵⁰ Auch das WindSeeG schafft damit ein hybrides Instrument zum Zwecke der klimaschutzorientierten Infrastrukturtransformation, welches zugleich planerische und regulatorische Elemente beinhaltet.

II. Verkehrssektor

Im Verkehrssektor soll die erforderliche CO₂-Einsparung im Wesentlichen durch die Dekarbonisierung des Individualverkehrs (1.) und durch eine weitgehende Verlagerung desselben auf öffentliche Verkehrsmittel (2.) erreicht werden.

1. Aufbau einer Ladesäuleninfrastruktur (SchnellLG)

Der Individualverkehr soll primär dadurch dekarbonisiert werden, dass sich der Anteil der Elektromobilität am Verkehrsgeschehen erhöht.⁵¹ Im hiesigen Kontext interessiert dabei vor allem der erforderliche Aufbau einer Ladesäuleninfrastruktur für Elektrofahrzeuge.⁵² Der Gesetzgeber hat dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Verantwortung zugewiesen, die flächendeckende und bedarfsgerechte Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge zu gewährleisten (§ 3 Abs. 1 S. 1 SchnellLG⁵³). Zur Erfüllung dieser Gewährleistungsverantwortung setzt der Gesetzgeber auf ein klassisches Planungsinstrument, wenn ein flächendeckender Bedarfsplan für Schnellladestandorte

50 Zur „planerisch-dirigistischen Note“, die jedem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren mit seiner (semi-)hoheitlichen Bedarfsfestsetzung und Leistungsbeschreibung zwangsläufig anhaftet: *Fehling* (Fn. 6), S. 339.

51 Vgl. das Dossier „Elektromobilität“ auf der Website des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/elektromobilitaet.html> (zuletzt abgerufen am 29.11.2022).

52 Dazu demnächst umfassend: C. Schings, *Der Aufbau öffentlicher Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge. Perspektiven staatlicher Steuerung für Klimaschutz und Mobilitätsgewährleistung*, Dissertation, 2022 (Manuskript).

53 Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz – SchnellLG) vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2141).

aufgestellt werden soll (§ 3 Abs. 2 SchnellLG).⁵⁴ Auf Grundlage der Bedarfs-ermittlung bestimmt das Bundesministerium (konkrete) Standorte und (konkretisierungsbedürftige) Suchräume für Schnelllade-Standorte, die sich entlang der Bundesfernstraßen an bewirtschafteten und unbewirtschafteten Rastanlagen (im ländlichen und im suburbanen Raum sowie innerorts) befinden sollen (vgl. § 3 Abs. 2 S. 2, 4 – 6 SchnellLG). Daneben sollen auch geeignete Flächen an Bundesautobahnen einbezogen werden (§ 5 Abs. 1 SchnellLG). Die in der Bedarfsplanung enthaltenen Standorte und Suchräume werden gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 SchnellLG in einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren vergeben.

Damit tun sich Parallelen auf zum Verfahren nach dem WindSeeG: Auch dort wird zunächst staatlicherseits durch (ordnungs-)planerische Instrumente die raumbezogene Verteilung der Anlagen – dort Offshore-Windenergieanlagen, hier Ladesäulen – festgelegt, um in einem nachfolgenden Ausschreibungsverfahren in möglichst effizienter und marktkonformer Weise den Betrieb und die Errichtung der Anlagen sicherzustellen. Während das WindSeeG jedoch auch Elemente des erforderlichen Genehmigungsverfahrens für die einzelnen Anlagen vorverlagert, ist dies im SchnellLG nicht gleichermaßen der Fall.

2. Nahverkehrsplanung (§ 8 ff. PBefG)

Mit dem zuvor beschriebenen Regelungsmodell der Verzahnung von planerischer Vorstrukturierung und wettbewerblicher Vergabe weist das SchnellLG auch deutliche Parallelen zum Rechtsrahmen des Öffentlichen

54 Zum sektorübergreifenden Einsatz des Instruments der Bedarfsplanung: *J. Senders/N. Wegner*, Die Bedarfsplanung von Energienetzinfrastrukturen. Überblick und aktuelle Entwicklungen, *EnWZ* 2021, 243 (246 ff.).

Personennahverkehrs (ÖPNV) auf.⁵⁵ Nach § 8 Abs. 3 S. 2. PBefG⁵⁶ haben die Aufgabenträger, also im Wesentlichen Kommunen und Landkreise, die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebotes, dessen Umweltqualität sowie die Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen in der Regel in einem Nahverkehrsplan zu definieren.⁵⁷ Die (gemeinwirtschaftlichen) Linien aus dem Nahverkehrsplan werden sodann wettbewerblich ausgeschrieben (§§ 8a f. PBefG). Insofern stellt der Nahverkehrsplan gleichsam den „Einkaufszettel“ des Aufgabenträgers dar.⁵⁸ Wenn durch den Nahverkehrsplan Anforderungen an das regionale Nahverkehrsangebot festgelegt werden, wird dadurch zugleich auch das künftige Verkehrsgeschehen (lenkungs-)planerisch vorstrukturiert. Das nachgeschaltete Ausschreibungsverfahren führt wiederum dazu, dass die Bedienung des (gemeinwirtschaftlichen) Verkehrsangebots möglichst effizient und marktkonform ausgestaltet wird.

III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Die – schlaglichtartige – Betrachtung der hier dargestellten gesetzlichen Instrumente zum Zwecke des klimaschutzorientierten Infrastrukturaus- und -umbaus zeigt, dass *de lege lata* nicht (mehr) von einem strikten Gegensatz zwischen Planung und Regulierung gesprochen werden kann. Verknüpfungen beider Gestaltungsmodi finden sich vor allem im Energiesektor, aber (zunehmend) auch im Verkehrssektor. Staatliche Planung –

55 Neben einer Stärkung des ÖPNV sollen die Einsparziele des KSG im Verkehrssektor primär durch eine Verlagerung des Individualverkehrs und des Gütertransports von der Straße auf die Schiene erzielt werden. Vgl. den aktuellen Masterplan Schienenverkehr des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, S. 8, 10 f. Die dort genannten Zielmarken für die Verkehrsverlagerung auf die Schiene sollen nach dem Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung nochmals erhöht werden, vgl. SPD/Bündnis 90 Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021 - 2025, S. 39. Zum politisch proklamierten „Deutschlandtakt“ s. Fn. 61.

56 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) vom 8. August 1990, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Personenbeförderungsrechts vom 16. April 2021 (BGBl. I S. 822).

57 Zum Planungscharakter des Nahverkehrsplans ausführlich: C. Heinze, in: ders./M. Fehling/L.H. Fiedler (Hrsg.), Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, 2014, § 8 Rn. 70 ff.

58 So schon M. Fehling, Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, in: Die Verwaltung 34 (2001), 25 (34).

ob raumbezogen oder nicht – wird dabei entweder als Vorstufe regulatorischer, wettbewerbsermöglichender Instrumente genutzt (namentlich im WindSeeG, SchnellLG und PBefG)⁵⁹ oder aber mit Formen regulierter Selbstregulierung verknüpft (Netzentwicklungsplanung Übertragungsnetze, Netzausbauplanung Verteilnetze und Netzbericht Wasserstoff). Während in ersterem Fall des nachgeschalteten Vergabeverfahrens nicht sichergestellt ist, dass auch tatsächliche genügend Gebote abgegeben werden, erscheint als Vorteil der regulierten Selbstregulierung, dass eine (Selbst-)Verpflichtung der privaten Akteure (insb. Netzbetreiber) zumindest möglich erscheint. Zugleich hat die Betrachtung aber auch gezeigt, dass keinesfalls immer eine Pflicht zur Umsetzung der Planung vorgesehen ist. Schließlich fungiert nur im Falle der (nachgeschalteten) wettbewerblichen Vergabeverfahren der Staat selbst als Planungsgeber. In den Fällen regulierter Selbstregulierung stammen die Planungen von den verantwortlichen privaten Akteuren. Schließlich beziehen sich die *de lege lata* bereits vorhandenen Verknüpfungen von Regulierungs- und Planungsinstrumenten zumeist nur auf einzelne Netzebenen oder auf einzelne Energieträger bzw. Verkehrsmittel. Es fehlt ein rechtlicher Rahmen, der *alle* Infrastrukturebenen integriert, koordiniert und so die ökologische Transformation des Energie- und Verkehrssektors gesamthaft vorzeichnet.

E. Ausblick: Notwendigkeit einer integrierten Infrastruktur-Entwicklungsplanung

Künftig wird es entscheidend darauf ankommen, den Energie- und den Verkehrssektor als Ganzes zu betrachten. Nur so kann eine synchrone, effiziente und klimaschutzorientierte Infrastrukturentwicklung erreicht werden. Zumindest im Energiesektor sind *de lege lata* bereits erste Verknüpfungen verschiedener Netzebenen bzw. Energieträger angelegt (z.B. §§ 28q Abs. 2 S. 3, 14d Abs. 3 S. 1, Abs. 6 EnWG). In der Nahverkehrsplanung ist dies alleine schon wegen des verkehrsmittelübergreifenden Ansatzes des Nahverkehrsplans der Fall (vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 PBefG). Auch in der Literatur werden zunehmend Forderungen nach einer integrierten Energie-System-

59 Vgl. zu Planungsinstrumenten als „Vorstufe“ von Regulierungsinstrumenten *Franzius* (Fn. 10), 305, 307.

entwicklungsplanung laut.⁶⁰ Für den Verkehrssektor existiert der Entwurf eines Bundesmobilitätsgesetzes.⁶¹ Dort steht das Instrument des „Bundesmobilitätsplanes“ im Vordergrund, mit welchem u.a. die integrierte und klimaschutzorientierte Entwicklung eines flächendeckenden Schienenpersonenfern-, Schienenpersonengüter- und ÖPNV-Angebotes sowie der jeweils erforderlichen Infrastruktur erreicht werden soll.⁶² Zwischenzeitlich hat auch der Präsident der Bundesnetzagentur angekündigt, dass das Bundeswirtschaftsministerium eine „Systementwicklungsstrategie“ für den Strom-

-
- 60 Soweit ersichtlich erstmals bei *G. Hermes*, Die Systementwicklungsplanung – Instrument zur klimagerechten Transformation des Energiesystems, *EnWZ* 2022, 99 (passim), der sich dabei auf den Abschlussbericht der Dena-Netzstudie III, S. 5 ff. bezieht. In dieselbe Richtung: *Franzius* (Fn. 10), 306 f. und *Senders/Wegner* (Fn. 53), 252 f.
- 61 *G. Hermes/U. Kramer/H. Weiß*, Entwurf eines Bundesmobilitätsgesetzes, abrufbar auf der Website des Verkehrsclub Deutschland e.V.: <https://www.vcd.org/artikel/unser-gesetzesentwurf-fuer-ein-bundesmobilitaetsgesetz/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2022).
- 62 Einen wichtigen Anwendungsfall fände eine integrierte Infrastruktur-Entwicklungsplanung im Schienenpersonenfern- und -güterverkehr: Die politisch beschlossene Einführung eines vorkonfigurierten, bundesweit verknüpften und abgestimmten Zielfahrplans („Deutschlandtakt“) bedeutet einen regulatorischen Paradigmenwechsel: Während bisher die Fahrplannerstellung dem (politisch motivierten) Infrastrukturausbau nachfolgte, soll sich künftig nach dem vorgegebenen Taktfahrplan richten, ob – und vor allem wo – ein Netzausbau notwendig ist. Zum Konzept des Deutschlandtaktes s. den Entwurf des Abschlussberichts zum Zielfahrplan Deutschlandtakt. Grundlagen, Konzeptionierung und wirtschaftliche Bewertung, der im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur erstellt wurde. Abrufbar unter: <https://www.deutschlandtakt.de>; Wie der „Deutschlandtakt“ rechtlich umgesetzt werden soll, ist gegenwärtig nach wie vor völlig unklar, *Hermes* (Fn. 6), 337 ff.; vgl. auch *K.-H. Rochlitz*, Individualismus oder Vorkonstruktion – wohin entwickelt sich die Fahrplannerstellung?, *IR* 2020, 69 (70 ff.); s. auch: *BVerwGE* 173, 296 (321), wonach der Deutschlandtakt bisher (bloß) eine „verkehrspolitische Zielsetzung“ darstelle, deren Umsetzung noch von zahlreichen Faktoren abhängig sei; *a.A.*: *E. Staebe*, Die Eisenbahn im Deutschlandtakt und der aktuelle Regulierungsrahmen, *N&R* 2020, 36 (37 ff., 41), der (wohl) bereits durch den kombinierten Einsatz bestehender rechtlicher Instrumente die Umsetzung des „Deutschlandtaktes“ für möglich erachtet; Jedenfalls die Erstellung eines bundesweiten Taktfahrplans, der noch dazu den Personen- und Güterverkehr miteinander verknüpft, macht aller Voraussicht nach ein gesteigertes Maß staatlicher Planungstätigkeit erforderlich, wovon sowohl die Netzinfrastruktur als auch das Verkehrsangebot betroffen sind, vgl. *Hermes* (Fn. 2), 168 f. Die im Taktfahrplan enthaltenen Linien könnten künftig wettbewerblich ausgeschrieben werden, vgl. dazu *C. Böttger*, Alternative Modelle der Marktordnung im Fernverkehr, *IR* 2022, 91 (93 ff.). Ein solches Modell hätte im WindSeeG, im Schnell-LG und in der Nahverkehrsplanung konzeptionelle Vorbilder.

sektor plant (wohl, um seiner Verpflichtung nach § 112b Abs.1 S.2 a.E. nachzukommen).⁶³

All diese Versuche eines integrierten Ansatzes haben eines gemein: Sie überwinden die kategorische Unterscheidung zwischen Planung und Regulierung und weiten damit den Blick auf die Vorteile beider Steuerungskonzepte. Dass ein kombinierter Einsatz konzeptionell möglich und notwendig ist, sollte dieser Beitrag zeigen.

63 K. Müller, *Energieversorgung: Eine Strategie für alle Netze*, EnWZ 2022, 241 (241 f.).