

## Verankerung einer Systementwicklungsplanung

*Rechtliche Stellungnahme im Rahmen des Arbeitspakets 6 der Begleitung des dena-Stakeholderprozesses zur Weiterentwicklung der Netzentwicklungsplanung Strom (Netzstudie III)*

### I. Stand der Überlegungen

Im Rahmen der Netzstudie III wird ein Konzept entwickelt, dessen Grundzüge aktuell wie folgt aussehen:

#### 1. Inhalt des Systementwicklungsplans

Ein Systementwicklungsplan (SEP) soll Planungsgrundlagen für mehrere Energieinfrastruktur-Planungsprozesse, die auf Bundesebene definiert sind, schaffen.

Dabei soll der SEP diejenigen Anforderungen definieren, auf die die Energieinfrastrukturen durch die spezifischen Planungsprozesse vorzubereiten sind.

Das angestrebte Ergebnis eines SEP lässt sich an folgendem Beispiel darstellen: Der SEP gibt nicht vor, dass es 100 GW PV Ausbau geben soll (politisches Ziel), sondern dass sich die Energieinfrastrukturen auf einen 100 GW PV Ausbau vorbereiten sollen (Planungsgrundlage).

Die folgende Abbildung zeigt die Vorgaben zum Zielsystem, die ein SEP ausgeben soll. Inwieweit die Vorgaben zum Zielsystem in exakten Größen oder in Spannbreiten angegeben werden, ist noch in Erarbeitung. Genauso könnten ggf. noch einige Größen herausfallen.

#### Auszugeben deutschlandweit (Nord – Süd)

- Gesamttransportbedarf Strom (Arbeit und Leistung)
- Gesamttransportbedarf H<sub>2</sub>
- Gesamttransportbedarf Gas

Energienachfrage	Erzeugung Inland	Sektorkopplungskapazitäten & Flexibilitäten	Energieimporte & -exporte	Auszugeben für jede Zone
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nachfrage privat (Strom und Gas)</li> <li>• Nachfrage Industrie (Strom und Gas)</li> <li>• Nachfrage Verkehr (Strom, H<sub>2</sub> und synth. Brennstoffe)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Installierte Leistung Wind offshore</li> <li>• Installierte Leistung Wind onshore</li> <li>• Installierte Leistung PV</li> <li>• Installierte Leistung Gas-kraftwerke</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leistung Elektrolyseure</li> <li>• Leistung PtH-Anlagen</li> <li>• Leistung Wärmepumpen</li> <li>• Stromspeicher (Kapazität, Arbeitsvermögen)</li> <li>• Erdgasspeicher (Kapazität, Arbeitsvermögen)</li> <li>• H<sub>2</sub>-Speicher (Kapazität, Arbeitsvermögen)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Energieimporte Strom</li> <li>• Energieimporte H<sub>2</sub></li> <li>• Energieimporte synth. Kohlenwasserstoffe</li> <li>• Energieimporte Gas</li> </ul> <p><i>zonal &amp; zum Ausland</i></p>	

## **2. Entwicklung des Systementwicklungsplans**

Eine Systementwicklungsplanung kann als zweiphasiger Prozess verstanden werden:

In einem ersten vorgelagerten Teil entwickelt eine Koordinationsstelle gemeinsam mit einem Experten- und Stakeholdergremium eine unabhängige Empfehlung.

Diese Strategie wird dann an einen Mittler übergeben (Bundesbehörde, z.B. BMWi). Mit der Übergabe beginnt der zweite Teil der Systementwicklungsplanung – der politische Prozess.

Wenn der politische Prozess in ein SEP-Gesetz münden soll, so stellt er sich als Gesetzgebungsprozess dar: Die mittelnde Behörde bereitet basierend auf der Strategie eine Beschlussvorlage für den Bundestag vor. Der Bundestag beschließt daraufhin ein „Systementwicklungsplanungsgesetz“, welches verbindliche Vorgaben für die Energieinfrastrukturplanungsprozesse, die auf Bundesebene definiert sind, enthält.

Alternativ kommt in Betracht, dass die Strategie lediglich durch einen Beschluss der Bundesregierung zur Vorgabe werden soll.

## **II. Rechtliche Fragestellungen**

Es sind folgende Fragestellungen zu bearbeiten:

1. Was muss von der Politik in die Wege geleitet werden, um einen SEP Realität werden zu lassen? Wer ist auf der politischen Seite hierbei der handelnde Akteur und welche Schritte muss dieser anstoßen?
2. Wie sieht der politische Prozess des SEP aus? Wie wird aus der Erarbeitung der Empfehlungen eine gesetzlich verankerte Grundlage für die weitere Energieinfrastrukturplanung?
3. Was ändert sich, wenn die Strategie lediglich durch einen Beschluss der Bundesregierung zur Vorgabe werden soll?
4. Bringt der SEP eine Verpflichtung zur Strategischen Umweltprüfung (SUP) mit sich?

## **III. Verankerung einer Systementwicklungsplanung**

Es soll untersucht werden, was von der Politik in die Wege geleitet werden muss, um einen SEP Realität werden zu lassen. Hierzu ist zunächst genauer zu betrachten, wie sich der Inhalt des SEP darstellt (dazu 1.) und welche Energieinfrastruktur-Planungsprozesse er beeinflussen soll (dazu 2.). Daraus wird sich ergeben, auf welche Weise das Konzept der Sys-

tementsentwicklungsplanung verankert werden kann (dazu 3.) und wer die entsprechenden Schritte anzustoßen hat (dazu 4.).

### **1. Inhalt und Wirkungen des SEP**

Eine entscheidende Weichenstellung beim vorgesehenen Inhalt des SEP liegt darin, dass der SEP keine Aussagen über die zu planenden Energieinfrastrukturen enthalten soll. Während beispielsweise der Netzentwicklungsplan Strom und darauf aufbauend das Bundesbedarfsplangesetz konkrete Vorhaben, nämlich konkrete Höchstspannungsleitungen, enthalten, soll der SEP nicht etwa allgemeinere Aussagen zu derartigen Vorhaben enthalten.

Der SEP soll vielmehr in einer ersten Stufe diejenigen Anforderungen definieren, auf die die Energieinfrastrukturen durch die spezifischen Planungsprozesse vorzubereiten sind. Bei diesen Anforderungen handelt es sich um Bedarfe, die an die Energieinfrastrukturen herangetragen werden, nämlich Energienachfrage, Erzeugung Inland, Sektorkopplungskapazitäten und Flexibilitäten sowie Energieimporte und -exporte.

In einer zweiten Stufe sollen dann deutschlandweit (Nord – Süd) Gesamttransportbedarfe angegeben werden, nämlich für Strom (Arbeit und Leistung), Gas und Wasserstoff. Der SEP soll sich darauf beschränken, diese Gesamttransportbedarfe festzustellen. Auf welche Weise sie gedeckt werden sollen, bleibt in den Energieinfrastruktur-Planungsprozessen zu entscheiden.

Zugleich soll der SEP mit diesem Inhalt für die Energieinfrastruktur-Planungsprozesse verbindlich sein. Die im SEP festgestellten Bedarfe, auch die Gesamttransportbedarfe, sollen für die Energieinfrastruktur-Planungsprozesse vorgegeben sein und dort nicht etwa erneut in Frage gestellt werden.

Daraus ergibt sich, dass der SEP eine Art von übergeordneter Planung darstellt, die bestimmte Vorgaben für die nachgelagerte Planung enthält. In diesem Sinne können die Energieinfrastruktur-Planungsprozesse als gegenüber dem SEP nachgelagerte Planung bezeichnet werden.

Weitere Erkenntnisse sind aus dem Begriff der übergeordneten Planung aber nicht zu gewinnen. Zwar fällt die Parallele zur Raumordnung ins Auge, bei der nach einem hierarchischen Prinzip vorgegangen wird und daher die untergeordnete Planung der übergeordneten Planung nicht widersprechen darf. Indes ist die Raumordnung davon geprägt, dass dort die Interessen unterschiedlicher staatlicher Gliederungen – vom Bund über die Länder bis hin zu den Gemeinden – in Einklang zu bringen sind und insbesondere die Gemeinden über eine besondere grundgesetzlich geschützte Planungshoheit verfügen. Es wäre daher nicht zielführend, die Systementwicklungsplanung mit Erwägungen aus der Raumordnung aufzuladen.

## 2. Zu beeinflussende Energieinfrastruktur-Planungsprozesse

Die Systementwicklungsplanung soll Aussagen zu den Energieträgern Strom, Gas und Wasserstoff enthalten. Sie soll Planungsgrundlagen für Energieinfrastruktur-Planungsprozesse, die auf Bundesebene definiert sind, schaffen.

Damit soll die Systementwicklungsplanung (als übergeordnete Planung) jedenfalls die nachfolgend aufgeführten Energieinfrastruktur-Planungsprozesse (als nachgelagerte Planungen) beeinflussen:

- a) Bei **Strom** besteht ein gesetzlich detailliert geregelter Planungsprozess der ÜNB mit Regelzonenverantwortung. Im ersten Schritt erarbeiten die ÜNB einen Szenariorahmen für die Netzentwicklungsplanung. Dieser unterliegt im zweiten Schritt der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur (§ 12a EnWG). Im dritten Schritt erarbeiten die ÜNB auf Grundlage des genehmigten Szenariorahmens einen Netzentwicklungsplan Strom (§ 12b EnWG). Im vierten Schritt unterliegt der Netzentwicklungsplan Strom der Prüfung und Bestätigung durch die Bundesnetzagentur (§ 12c EnWG). Im fünften Schritt übermittelt die Bundesnetzagentur mindestens alle vier Jahre den Netzentwicklungsplan Strom der Bundesregierung als Entwurf für einen Bundesbedarfsplan, die Bundesregierung legt ihn dem Bundesgesetzgeber vor (§ 12e Abs. 1 EnWG). Im sechsten Schritt erlässt der Bundesgesetzgeber den Bundesbedarfsplan (§ 12e Abs. 4 EnWG), nämlich durch das Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG). Mit dem Bundesbedarfsplan wird die energiewirtschaftliche Notwendigkeit der darin aufgeführten Vorhaben verbindlich für die nachfolgenden Verfahrensstufen festgestellt. Die genaue örtliche Lage der erfassten Leitungen ergibt sich erst aus der Raumordnungsplanung der Länder bzw. der an deren Stelle tretenden Bundesfachplanung nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG).
- b) Bei **Gas** besteht ein Planungsprozess der FNB, der gesetzlich etwas weniger detailliert geregelt ist. Die FNB erarbeiten in einem ersten Schritt einen Szenariorahmen für die Netzentwicklungsplanung (§ 15a Abs. 1 S. 4-6 EnWG). Im zweiten Schritt unterliegt dieser der Prüfung und Bestätigung durch die Bundesnetzagentur (§ 15a Abs. 1 S. 7 EnWG). Im dritten Schritt erarbeiten die FNB den Netzentwicklungsplan Gas (§ 15a Abs. 1 S. 1-3, Abs. 2 EnWG). Im vierten Schritt prüft die Bundesnetzagentur den Netzentwicklungsplan Gas, was rechtstechnisch nicht als Genehmigung ausgestaltet ist, aber im Ergebnis einer Genehmigung ähnelt (§ 15a Abs. 3 EnWG).
- c) Bei **Wasserstoff** sind mit dem *Gesetz zur Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben und zur Regelung reiner Wasserstoffnetze im Energiewirtschaftsrecht* vom 16. Juli 2021 Regelungen zu Wasserstoffnetzen in das EnWG aufgenommen worden. In dem neuen § 28q EnWG ist in Abs. 1 und 2 ein gemeinsamer Bericht der regulierten Betreiber von Wasserstoffnetzen „zum aktuellen Ausbaustand des Wasserstoffnetzes und zur Entwicklung einer zukünftigen Netzplanung Wasserstoff mit dem Zieljahr 2035“ vorgeschrieben. Dieser ist alle zwei Jahre vorzulegen, erstmals in 2022. Auf Grundlage die-

ses Berichts kann die Bundesnetzagentur gem. § 28q Abs. 3 EnWG Empfehlungen für die rechtliche Implementierung eines verbindlichen Netzentwicklungsplans Wasserstoff abgeben. Damit besteht die Perspektive für eine verbindliche Netzentwicklungsplanung Wasserstoff.

### **3. Bundesgesetzliche Verankerung erforderlich**

Die Systementwicklungsplanung soll Planungsgrundlagen jedenfalls für die vorstehend aufgeführten Netzentwicklungspläne Strom und Gas schaffen. In erster Linie wird die Systementwicklungsplanung dabei Input für die jeweiligen Szenariorahmen enthalten. Die Erarbeitung der Szenariorahmen ist jeweils durch das Energiewirtschaftsgesetz vorgegeben.

Soweit diese Planungsgrundlagen verbindlich sein sollen, muss diese Bindung an den SEP rechtlich herbeigeführt werden. Da die Netzentwicklungspläne Strom und Gas mit ihren vorgelagerten Szenariorahmen bereits durch das Energiewirtschaftsgesetz, also ein Bundesgesetz, geregelt werden, muss diese Bindung durch ein Bundesgesetz herbeigeführt werden.

Rechtlich gesehen macht es keinen Unterschied, ob der Regelungsort im Energiewirtschaftsgesetz oder in einem anderen Bundesgesetz liegt. Da aber die übrigen Bestimmungen über die Netzentwicklungspläne Strom und Gas im Energiewirtschaftsgesetz enthalten sind und es sich abzeichnet, dass auch ein künftiger Netzentwicklungsplan Wasserstoff im Energiewirtschaftsgesetz geregelt werden wird, liegt der Regelungsort im Energiewirtschaftsgesetz nahe.

Dabei geht es an dieser Stelle um die bundesgesetzliche Verankerung in dem Sinne, dass der Inhalt des jeweiligen Systementwicklungsplans – also die dort festgestellten Bedarfe – eine für die Erarbeitung der jeweiligen Netzentwicklungspläne bindende Grundlage darstellt.

Um diese so verstandene Verankerung sinnvoll gestalten zu können, wird die zeitliche Abfolge näher zu untersuchen sein: Wann muss jeweils ein Systementwicklungsplan vorliegen, damit er eine hinreichend aktuelle Grundlage für die nachgeordnete Erarbeitung der jeweiligen Netzentwicklungspläne darstellt? Oder auch: Muss die vorhandene zeitliche Abfolge der Netzentwicklungspläne angepasst werden, damit der Systementwicklungsplan als hinreichend aktuelle Grundlage einfließen kann?

An dieser Stelle noch nicht behandelt ist die weitere Frage, welche Rechtsform der Inhalt des jeweiligen Systementwicklungsplans haben sollte. Diese Frage wird weiter unten behandelt.

### **4. Anstoßen der entsprechenden Schritte**

Die Verankerung im Energiewirtschaftsgesetz erfolgt durch eine Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes.

Aus rein rechtlicher Sicht lässt sich sagen, dass eine Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes durch jeden angestoßen werden kann, der im Bund das Recht zur Gesetzesinitiative hat. Dies sind:

- Die Bundesregierung;
- der Bundesrat;
- jede Fraktion des Bundestages;
- 5 Prozent der Abgeordneten des Bundestages unabhängig von ihrer Fraktionszugehörigkeit.

Politisch wird für eine entsprechende Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes eine Gesetzesinitiative durch die Bundesregierung naheliegen. Dabei kommt das zuständige Bundesministerium, hier das Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), in Betracht, einen entsprechenden Einbringungsbeschluss der Bundesregierung (Entwurf eines Gesetzes mit Begründung) vorzulegen.

### **III. Politischer Prozess des SEP: Der Weg zur gesetzlich verankerten Grundlage**

Die Systementwicklungsplanung kann, wie bereits oben gesagt, als zweiphasiger Prozess verstanden werden. In diesem Sinne sind zunächst einige Begrifflichkeiten zu klären (dazu 1.). Alsdann soll bewertet werden, welche Rechtsform der Systementwicklungsplan als gesetzlich verankerte Grundlage für die weitere Energieinfrastrukturplanung haben sollte (dazu 2.). Daraus ergeben sich Folgerungen für den gesetzlichen Rahmen des Ablaufs der Systementwicklungsplanung (dazu 3.).

#### **1. Begrifflichkeiten**

Die Systementwicklungsplanung kann als zweiphasiger Prozess verstanden werden. In einer ersten Phase entwickelt eine Koordinationsstelle gemeinsam mit einem Experten- und Stakeholdergremium eine unabhängige Empfehlung. In einer zweiten Phase soll daraus ein für die nachgeordnete Planung verbindlicher Systementwicklungsplan entstehen.

Es ist mithin begrifflich zu trennen zwischen dem Ergebnis der ersten Phase und dem Ergebnis der zweiten Phase. Welche Bezeichnungen dafür vorgesehen werden, ist nicht in erster Linie eine rechtliche Frage. Für Zwecke dieser Stellungnahme soll

- das Ergebnis der ersten Phase als Empfehlung eines Systementwicklungsplans („SEP-Empfehlung“)
- das Ergebnis der zweiten Phase als Systementwicklungsplan („SEP“)

bezeichnet werden. In Betracht kommen aber durchaus auch deutlicher unterschiedliche Bezeichnungen.

## 2. Rechtsform des SEP

Wenn der SEP verbindliche Vorgaben für die nachgelagerten Energieinfrastrukturplanungsprozesse enthalten soll, muss er seinerseits rechtlich legitimiert sein.

Es wäre zwar nicht undenkbar, hier mit einer Beleihung zu arbeiten. Damit würde einer Einrichtung – hier etwa einer Koordinationsstelle nebst Experten- und Stakeholdergremium – die Befugnis verliehen, einen SEP mit rechtlicher Verbindlichkeit zu erstellen. Eine solche Beleihung dürfte nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Vor allem aber muss der Beliehene einer gewissen staatlichen Aufsicht unterliegen, zumindest einer Rechtsaufsicht, ggf. auch einer Fachaufsicht. In jedem Fall bestünde das Problem, dass die Einrichtung selbst nicht demokratisch legitimiert wäre. Daher sehen wir diesen Weg als nicht sinnvoll an.

Vielmehr sollte der SEP durch eine staatliche Stelle in einer üblichen Handlungsform erlassen werden. In Betracht kommen Verwaltungsakt, Rechtsverordnung oder Gesetz:

Ein **Verwaltungsakt** richtet sich an eine oder mehrere Personen. Beispielsweise stellt die Genehmigung des Szenariorahmens Strom gemäß § 12a Abs. 3 EnWG durch die Bundesnetzagentur einen Verwaltungsakt dar, der sich an die vier ÜNB mit Regelzonenverantwortung richtet. Beim SEP müsste sich der Verwaltungsakt einer Genehmigung jedenfalls an diejenigen Unternehmen richten, die die nachgeordneten Energieinfrastrukturplanungsprozesse einleiten, also jedenfalls an die vier ÜNB mit Regelzonenverantwortung und an die FNB, künftig ggf. auch an Wasserstoffnetzbetreiber. Gegen einen Verwaltungsakt sind Rechtsmittel möglich. Bei einer Integration der Systementwicklungsplanung in das EnWG würde sich mangels abweichender Regelung das Rechtsmittel der Beschwerde zum OLG Düsseldorf mit anschließender Rechtsbeschwerde zum BGH ergeben.

Eine **Rechtsverordnung** ist eine Rechtsnorm, die auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen wird. Ermächtigt werden können grundsätzlich die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen (Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG). Beim SEP käme ein Erlass durch die Bundesregierung oder durch das BMWi in Betracht. Eine Übertragung der Ermächtigung auf eine nachgeordnete Behörde, etwa die Bundesnetzagentur, ist jedoch gestaltbar (Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG). Für die Rechtsverordnung wäre eine Zustimmung des Bundesrates nicht kraft Grundgesetz erforderlich (Art. 80 Abs. 2 GG); unabhängig davon kann die gesetzliche Ermächtigung aber eine Zustimmung des Bundesrates erforderlich machen. Da die Rechtsverordnung eine Rechtsnorm ist, besteht weder die Möglichkeit noch die Notwendigkeit eines Rechtsmittels. Eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit im Sinne einer Übereinstimmung mit Gesetz und Grundgesetz würde im Streitfall inzident in einem Rechtsstreit erfolgen, bei dem es auf die Rechtmäßigkeit ankommt. In anderen Bereichen ist es durchaus üblich, dass Pläne durch Rechtsverordnung beschlossen werden. Als beliebiges Beispiel sei der Landesentwicklungsplan Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR) genannt, der in 2019 durch je eine Brandenburger Rechtsverordnung und eine Berliner Rechtsverordnung erlassen wurde.

Das **Gesetz** wird auf Bundesebene durch den Bundestag beschlossen. Eine Zustimmung des Bundesrates ist nur in den im Grundgesetz bestimmten Fällen erforderlich; vorliegend ist kein solcher Fall einschlägig. Eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit kommt nur im Sinne einer Übereinstimmung mit dem Grundgesetz (Verfassungsmäßigkeit) in Betracht. Diese würde im Streitfall inzident in einem Rechtsstreit erfolgen, bei dem es auf die Verfassungsmäßigkeit ankommt, wobei die Feststellung der Verfassungswidrigkeit nur dem Bundesverfassungsgericht nach einer Richtervorlage zukommt.

Die Handlungsform des Verwaltungsaktes hat den praktisch erheblichen Nachteil, dass sie zu Rechtsmitteln geradezu einladen kann. Da beim Absehen von einem Rechtsmittel der Verwaltungsakt in Bestandskraft erwächst, kann für Adressaten ein Anreiz bestehen oder sogar die unternehmerische Verpflichtung gesehen werden, vorsorglich Rechtsmittel einzulegen, um eben diese Bestandskraft zu vermeiden. Ferner kommen Rechtsmittel nicht nur durch die betroffenen Netzbetreiber, sondern auch durch Dritte in Betracht. So hat das OLG Düsseldorf jüngst entschieden, dass die Bestätigung des Szenariorahmens Gas durch die Bundesnetzagentur einen Verwaltungsakt darstellt, der durch Dritte anfechtbar sein kann.<sup>3</sup> Diese Handlungsform sollte daher nicht verfolgt werden.

Die Handlungsform der Rechtsverordnung kann den Vorteil haben, dass es zu einer schnelleren Entscheidung kommt. Beim naheliegenden Fall einer Rechtsverordnung des BMWi oder einer Rechtsverordnung der Bundesregierung, die federführend vom BMWi entworfen wird, wäre der Rechtsetzungsprozess mit Abschluss der ministeriellen Tätigkeit bereits beendet. Bei der Handlungsform des Gesetzes müsste man eine behördliche Tätigkeit zum Erstellen des Gesetzesentwurfs vorschalten (dazu näher unten), die wohl zeitlich ebenso lang anzusetzen ist. Es würde dort aber der Gesetzgebungsprozess in Bundestag und Bundesrat noch hinzukommen.

Bei der Handlungsform des Gesetzes kann der Vorteil gesehen werden, dass sie politisch in höchstem Maße demokratisch legitimiert erscheint. Dies wird auch die maßgebliche Überlegung sein, aus der bislang in erster Linie der Weg über ein Gesetz betrachtet wurde. Für diese Handlungsform spricht auch die Anlehnung an die bestehenden Regelungen der Planungsprozesse Strom. Dort steht am Abschluss der Planungsprozesse ebenfalls eine Entscheidung des Bundesgesetzgebers, nämlich der Bundesbedarfsplan (§ 12e Abs. 4 EnWG), der durch das Bundesbedarfsplangesetz (BBPIG) erlassen wird.

Gegen die Handlungsform des Gesetzes könnte sprechen, dass es bei der hier betrachteten Systementwicklungsplanung weniger um Entscheidungen gehen soll, sondern um die Feststellung der Bedarfe, die an die Energieinfrastrukturen herangetragen werden. Man könnte argumentieren, dass die Feststellung der Bedarfe in erster Linie auf einer fachlichen Prognose beruhen müsste und die gesetzgebenden Körperschaften hierzu wenig beitragen könnten. Freilich ließe sich dieses Argument ebenso gegen den Bundesbedarfsplan wenden, der durch das Bundesbedarfsplangesetz (BBPIG) erlassen wird. Auch dort geht es

---

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.03.2021 – 3 Kart 2/20.

um die Feststellung von Bedarfen, bezeichnet als „die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und der vordringliche Bedarf zur Gewährleistung eines sicheren und zuverlässigen Netzbetriebs“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 BBPIG). Das Bundesbedarfsplangesetz enthält nur diese Feststellung von Bedarfen und nicht etwa den Gesetzesbefehl, die im Bundesbedarfsplan aufgeführten Vorhaben auch tatsächlich umzusetzen.

Aus rechtlicher Sicht bieten sich mithin sowohl die Rechtsverordnung als auch das Gesetz als Rechtsform für den SEP an. Im Folgenden soll vom SEP als Gesetz ausgegangen werden, zumal diese Rechtsform im Rahmen der Netzstudie III bislang behandelt wurde.

### **3. Gesetzlicher Rahmen für den Ablauf der Systementwicklungsplanung**

Wenn der SEP im Ergebnis als Gesetz erlassen werden soll, ergibt sich daraus eine Weichenstellung für den vorausgehenden Ablauf der Systementwicklungsplanung. Denn die SEP-Empfehlung muss bei einer Stelle ankommen, die im Bund das Recht zur Gesetzesinitiative hat. Dabei kommt praktisch nur die Bundesregierung in Betracht.

Damit ist zunächst zu betrachten, wie die SEP-Empfehlung zur Bundesregierung gelangen kann:

Die Planungsprozesse Strom sehen vor, dass die Bundesnetzagentur den Netzentwicklungsplan „der Bundesregierung als Entwurf für einen Bundesbedarfsplan“ vorlegt (§ 12e Abs. 1 Satz 1 EnWG).

Bei der Systementwicklungsplanung kommt in Betracht, dass entweder die Koordinierungsstelle die SEP-Empfehlung unmittelbar der Bundesregierung vorlegt oder dass die Koordinierungsstelle die SEP-Empfehlung an einen Mittler übergibt – in Betracht kommen BMWi oder Bundesnetzagentur – und dieser sie der Bundesregierung vorlegt. Aus rechtlicher Sicht ist keiner der beiden Wege ausgeschlossen.

Man muss aber sehen, dass das Verfahren darauf angelegt ist, dass die Bundesregierung die SEP-Empfehlung möglichst unverändert in den Bundestag einbringt. So ist bei den Planungsprozessen Strom die gesetzliche Formulierung („Die Bundesregierung legt den [!] Entwurf des Bundesbedarfsplans mindestens alle vier Jahre dem Bundesgesetzgeber vor“, § 12e Abs. 1 Satz 2 EnWG) darauf zugeschnitten, dass die Bundesregierung den von der Bundesnetzagentur übermittelten Entwurf vorlegt. Zwar wird in der Literatur überzeugend darauf hingewiesen, dass eine Änderung durch die Bundesregierung deren Kompetenz zur Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen entspricht<sup>4</sup> und daher möglich sein muss. Doch sollte dies selten praktisch werden. Das bedeutet aber andererseits, dass damit jedenfalls politisch die Anforderungen an diejenige Stelle steigen, die die SEP-Empfehlung der Bundesregierung vorlegt. Unseres Erachtens wäre es naheliegend, dass bei einer Vorlage durch die Koordinierungsstelle diese Koordinierungsstelle dann eine Bundesbehörde werden würde, etwa das BMWi oder die Bundesnetzagentur.

---

<sup>4</sup> Henze, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Stand 110. EL, 2021, § 12e EnWG RdNr. 33

Im Folgenden wird der Weg betrachtet, dass die Koordinierungsstelle die SEP-Empfehlung an einen Mittler übergibt – in Betracht kommen BMWi oder Bundesnetzagentur.

Die zeitlich davor liegenden Schritte müssen von den bei den Planungsprozessen Strom bestimmten Schritten abweichen. Denn nach den Planungsprozessen Strom obliegt die Erarbeitung sowohl des Szenariorahmens als auch des Netzentwicklungsplans den ÜNB mit Regelzonenverantwortung, also Unternehmen in ihrer Funktion als Netzbetreiber. Daraus wiederum ergibt sich die Einbindung und Funktion der Bundesnetzagentur als Regulatorische Behörde eben dieser Netzbetreiber. Demgegenüber soll nach dem entwickelten Konzept die Systementwicklungsplanung gerade nicht durch Netzbetreiber erfolgen, sondern durch eine Koordinationsstelle gemeinsam mit einem Experten- und Stakeholdergremium.

Es ergibt sich danach folgender möglicher Rahmen für den Ablauf der Systementwicklungsplanung – nun zeitlich von vorn beginnend dargestellt:

1. Betrauung der Koordinierungsstelle und Berufung des Experten- und Stakeholdergremiums

*Es muss bestimmt sein, wer die Betrauung der Koordinierungsstelle vornimmt, wie das Experten- und Stakeholdergremium zusammengesetzt ist und wer es einberuft*

2. Erarbeiten der SEP-Empfehlung durch die Koordinationsstelle, gemeinsam mit dem Experten- und Stakeholdergremium

*Erforderlich sind Vorgaben für das Verfahren, insbesondere zu einer Beteiligung der Öffentlichkeit und der betroffenen Wirtschaftskreise*

3. Vorlage der SEP-Empfehlung durch die Koordinationsstelle an einen Mittler

*Es bietet sich an, das BMWi als Mittler vorzusehen*

4. Prüfung der SEP-Empfehlung durch den Mittler

*Volle inhaltliche Prüfung? Oder nur Rechtsprüfung? Oder keine ausdrückliche Regelung hierzu?*

5. Vorlage der SEP-Empfehlung durch den Mittler an die Bundesregierung

6. Annahme der SEP-Empfehlung als Gesetzesentwurf durch die Bundesregierung

7. Gesetzgebungsverfahren in Bundestag und Bundesrat, Beschluss des SEP als Gesetz („SEP-Gesetz“)

8. Ausfertigung des SEP-Gesetzes durch den Bundespräsidenten und Verkündung im Bundesgesetzblatt

Der vorstehende Rahmen für den Ablauf der Systementwicklungsplanung kann nur dadurch verbindlich gemacht werden, dass er ebenfalls durch Bundesgesetz bestimmt ist – soweit er sich nicht ohnehin aus Verfassungsrecht ergibt, wie Ziff. 8. Auch hier besteht eine Parallele zu den Planungsprozessen Strom, bei denen sowohl der Ablauf der Planungsprozesse durch Bundesgesetz bestimmt ist (§§ 12a-12e EnWG) als auch der im Ergebnis stehende Plan durch Bundesgesetz erlassen wird (Bundesbedarfsplangesetz).

Rechtlich gesehen macht es keinen Unterschied, ob der Regelungsort im Energiewirtschaftsgesetz oder in einem anderen Bundesgesetz liegt. Da aber die Bestimmungen über die nachgelagerten Netzentwicklungspläne Strom und Gas im Energiewirtschaftsgesetz enthalten sind und es sich abzeichnet, dass auch der Netzentwicklungsplan Wasserstoff im Energiewirtschaftsgesetz geregelt werden wird, liegt der Regelungsort im Energiewirtschaftsgesetz nahe. Dies ist ebenso wie bei der oben behandelten bundesgesetzlichen Verankerung in dem Sinne, dass der Inhalt des jeweiligen SEP – also die dort festgestellten Bedarfe – eine für die Erarbeitung der jeweiligen Netzentwicklungspläne verbindliche Grundlage darstellt.

### **III. Alternative: SEP durch Beschluss der Bundesregierung**

Als Alternative soll betrachtet werden, dass der SEP lediglich durch einen Beschluss der Bundesregierung zur Vorgabe werden soll. Dabei geht es in dieser Alternative um einen Beschluss der Bundesregierung, der zwar den SEP als solchen politisch bestätigt, der aber nicht in einer Rechtsnorm münden soll („einfacher Beschluss“). Dies ist insbesondere zu unterscheiden von einem Beschluss der Bundesregierung, der eine Rechtsverordnung verabschiedet.

#### **1. Politische, nicht rechtlich verbindliche Aussage**

Eine echte rechtliche Verbindlichkeit des SEP für die nachgeordneten Energieinfrastrukturplanungsprozesse setzt voraus, dass der SEP in einer Handlungsform erlassen wurde, die eine solche rechtliche Verbindlichkeit erzeugen kann. Diese Handlungsformen wurden oben unter II. behandelt, wobei sich dort in Parallele zum Bundesbedarfsplangesetz die Handlungsform des Bundesgesetzes anbietet.

Auf der anderen Seite wäre es nicht undenkbar, für die nachgelagerten Energieinfrastrukturplanungsprozesse eine Berücksichtigung bereits von solchen fachlichen Aussagen anzuordnen, die bloß das Arbeitsergebnis eines koordinierten Experten- und Stakeholdergremiums sind, also ohne dass es eine zweite Phase geben würde. Dies nicht im Sinne einer Verbindlichkeit, sondern im Sinne eines Berücksichtigungsgebotes.

Die hier zu betrachtende Alternative eines einfachen Beschlusses der Bundesregierung geht über die Berücksichtigung des Arbeitsergebnisses eines koordinierten Experten- und Stakeholdergremiums hinaus. Denn der Beschluss der Bundesregierung macht aus den er-

arbeiteten fachliche Aussagen eine politische Aussage. Zugleich geht sie nicht so weit, aus der politischen Aussage auch eine rechtliche Aussage zu machen, wie oben unter II. behandelt.

## 2. Verpflichtung zur Berücksichtigung

Würde der SEP eine bloß politische Aussage der Bundesregierung darstellen, so würde daraus im Grundsatz noch keine Verpflichtung der Träger der nachgeordneten Energieinfrastrukturplanungsprozesse folgen, diese zu berücksichtigen. Dies jedenfalls insoweit, als die Träger der nachgeordneten Energieinfrastrukturplanungsprozesse die Netzbetreiber sind. Eben dies ist gerade dort der Fall, wo der SEP einwirken soll: Bei den Szenariorahmen Strom und Gas, die durch die Netzbetreiber erstellt werden. Denn als außerhalb der Verwaltung stehende Unternehmen sind die Netzbetreiber zunächst einmal nicht verpflichtet, die politischen Ziele der Bundesregierung zur Richtschnur ihres eigenen Handelns zu machen.

Freilich wird dieser Grundsatz bereits heute beim Szenariorahmen Strom ausdrücklich eingeschränkt. In § 12a Abs. 1 S. 2 EnWG ist vorgegeben:

*„Der Szenariorahmen umfasst mindestens drei Entwicklungspfade (Szenarien), die für die mindestens nächsten zehn und höchstens 15 Jahre die Bandbreite wahrscheinlicher Entwicklungen **im Rahmen der mittel- und langfristigen energiepolitischen Ziele der Bundesregierung abdecken.**“*

Damit ist für den Szenariorahmen Strom den Netzbetreibern bereits heute durch Gesetz eine Orientierung an den „energiepolitischen Zielen der Bundesregierung“ vorgegeben. Freilich ist nicht eindeutig, welcher Grad von Orientierung hier gesetzlich vorgeschrieben wird. Es wird vertreten, dass die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung einen echten „Zielkorridor“ darstellen würden,<sup>5</sup> also als eine echte Grenze für die darzustellenden Entwicklungspfade zu verstehen seien. Dies wäre rechtsstaatlich problematisch. Unseres Erachtens überzeugender ist das Verständnis, wonach die „*wahrscheinliche Entwicklung der Erzeugungs- und Verbrauchssituation primär fachlich anhand der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten prognostisch zu ermitteln [ist] unter angemessener Berücksichtigung der energiepolitischen Ziele der Bundesregierung.*“<sup>6</sup> Nach diesem Verständnis haben die Netzbetreiber die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung lediglich bei ihrer fachlichen Prognose der tatsächlichen Entwicklung zu berücksichtigen. Mit diesem Verständnis ist die Regelung rechtsstaatlich unproblematisch, da unproblematisch unterstellt werden darf, dass die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung auf die tatsächliche Entwicklung jedenfalls nicht ohne Einfluss bleiben werden.

Für den Szenariorahmen Gas gibt es keine ausdrückliche entsprechende Regelung.

---

<sup>5</sup> *Leidinger*, DVBl 2014, 683 (685).

<sup>6</sup> *Kober*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, Stand 110. EL 2021, § 12a EnWG RdNr. 10. Zustimmung *Parakenings*, in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 12a RdNr. 7: „bedeutet, dass diese ausreichend Eingang in die Entwicklungspfadestellung nach S. 2 finden müssen“.

Unseres Erachtens liegt es nahe, für einen durch Beschluss der Bundesregierung verabschiedeten SEP seine „Berücksichtigung“ bei den nachgeordneten Energieinfrastrukturplanungsprozessen vorzuschreiben. Damit wären die Netzbetreiber gehalten, die Aussagen des SEP heranzuziehen. Dies erscheint sachgerecht, da ein solcher SEP das Ergebnis sowohl fachlicher Kompetenz als auch politischer Entscheidung der Bundesregierung ist. Die Netzbetreiber wären damit nicht in dem Sinne an den SEP gebunden, dass ein Abweichen von Aussagen des SEP schlechterdings ausgeschlossen wäre. Man wird aber davon ausgehen müssen, dass ein Abweichen von den Aussagen des SEP einen besonderen Begründungsbedarf auslösen würde.

Da die nachgeordneten Energieinfrastrukturplanungsprozesse durch Bundesgesetz geregelt sind, müsste auch das Vorschreiben einer „Berücksichtigung“ durch Bundesgesetz erfolgen. Es gilt hier das oben unter II. Gesagte, wobei die Bindung an den SEP lediglich den Grad einer Berücksichtigung haben würde.

### **3. Gesetzlicher Rahmen für den Ablauf der Systementwicklungsplanung**

Auch ein SEP, der als einfacher Beschluss der Bundesregierung verabschiedet werden soll, sollte einen gesetzlichen Rahmen für den Ablauf der Systementwicklungsplanung erhalten. Denn andernfalls wäre es in das politische Belieben gestellt, ob überhaupt und falls ja, auf welche Weise, eine Systementwicklungsplanung durchgeführt werden soll.

Der gesetzliche Rahmen für diese Alternative sollte die oben unter II.3 dargestellten Schritte 1. bis 5. unverändert enthalten. Als Schritt 6. sollte sich ergeben:

6. Annahme der SEP-Empfehlung durch die Bundesregierung durch Beschluss („SEP-Beschluss“).

Die Schritte 7. und 8. entfallen.

Da der SEP-Beschluss keine Rechtsnorm ist, würde er nicht im Bundesgesetzblatt verkündet werden. Es würde sich stattdessen anbieten, die Veröffentlichung des SEP im amtlichen Teil des Bundesanzeigers zu vorzusehen. Dies würde auch der zweifelsfreien Dokumentation des Inhalts des SEP dienen.

## **IV. Strategische Umweltprüfung**

Die Strategische Umweltprüfung (SUP) ist im Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) geregelt. Die SUP ist ein unselbständiger Teil behördlicher Verfahren zur Aufstellung oder Änderung von Plänen und Programmen (§ 33 UVPG). Im Fall einer SUP ist insbesondere ein Umweltbericht gemäß § 40 UVPG vorgeschrieben.

Pläne und Programme im Sinne des UVPG sind gemäß § 2 Abs. 7 S. 1 UVPG nur solche bundesrechtlich oder unionsrechtlich vorgesehenen Pläne und Programme, die (1.) von

einer Behörde ausgearbeitet und angenommen werden, (2.) von einer Behörde zur Annahme durch eine Regierung oder im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens ausgearbeitet werden oder (3.) von einem Dritten zur Annahme durch eine Behörde ausgearbeitet werden. Bei formalistischer Betrachtung könnte man in Frage ziehen wollen, ob der SEP nach dem vorstehend dargestellten Ablauf der Systementwicklungsplanung diese Voraussetzungen erfüllt. Man könnte sagen, dass er nicht durch eine Behörde, sondern von einem Dritten von ausgearbeitet wird – also (1.) und (2.) nicht greifen würden – aber zur Annahme nicht durch eine Behörde, sondern zur Annahme durch eine Regierung oder im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens – also auch (3.) nicht greifen würde. Bei systematischer Auslegung wird aber erkennbar, dass die drei Fälle ineinandergreifen. Man wird sagen müssen, dass entweder der Mittler sich die Tätigkeit der staatlich betrauten Koordinierungsstelle zurechnen muss oder dass bereits die staatlich betraute Koordinierungsstelle selber als „Behörde“ in diesem Sinne gilt. Damit ist (2.) gegeben.

Die SUP-Pflicht besteht zum einen bei bestimmten im Gesetz aufgeführten Plänen und Programmen (§ 35 Abs. 1 UVPG); ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben.

Die SUP-Pflicht besteht aber ferner bei Plänen und Programmen „wenn sie für die Entscheidung über die Zulässigkeit von in der Anlage 1 aufgeführten oder anderen Vorhaben einen Rahmen setzen und nach einer Vorprüfung im Einzelfall im Sinne von Absatz 4 voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben“ (§ 35 Abs. 2 UVPG). In Anlage 1 zum UVPG sind u.a. unter Nr. 19 zahlreiche Leitungsanlagen und andere Anlagen aufgeführt. Solche wären in nachgelagerten Energieinfrastruktur-Planungsprozessen berührt. Dementsprechend ist für die Planungsprozesse Strom vorgeschrieben, dass die Bundesnetzagentur zur Vorbereitung eines Bedarfsplans nach § 12e EnWG frühzeitig während des Verfahrens zur Erstellung des Netzentwicklungsplans nach § 12b EnWG einen Umweltbericht erstellt, der den Anforderungen des § 40 UVPG entsprechen muss (§ 12c Abs. 2 S. 1 EnWG).

Einen Rahmen für die Zulässigkeit von Vorhaben in dem vorgenannten Sinn setzen Pläne und Programme dann, „wenn sie Festlegungen mit Bedeutung für spätere Zulassungsentscheidungen, insbesondere zum Bedarf, zur Größe, zum Standort, zur Beschaffenheit, zu Betriebsbedingungen von Vorhaben oder zur Inanspruchnahme von Ressourcen, enthalten“ (§ 35 Abs. 3 UVPG).

Hier muss man unseres Erachtens genau hinschauen: Der SEP soll zwar Bedarfe ermitteln. Dies sind aber Bedarfe, die an die Energieinfrastrukturen herangetragen werden, nämlich wie oben aufgeführt Gesamttransportbedarfe sowie Energienachfrage, Erzeugung Inland, Sektorkopplungskapazitäten und Flexibilitäten sowie Energieimporte und -exporte. Es handelt sich auf der Ebene des SEP noch nicht um die Bedarfe für bestimmbar Vorhaben, sondern um Bedarfe, die an die Summe der Energieinfrastrukturen im Bundesgebiet herangetragen werden. Es handelt sich ferner um Bedarfe auf einer so hohen Abstraktionsstufe, dass unseres Erachtens eine SUP keinen sinnvollen Inhalt haben könnte.

Die Regelung der Planungsprozesse Strom bestätigt diese Einschätzung: Dort ist zwar eine SUP vorgeschrieben, aber eben erst zur Vorbereitung eines Bedarfsplans nach § 12e EnWG während des Verfahrens zur Erstellung des Netzentwicklungsplans nach § 12b EnWG. Keine SUP ist vorgeschrieben für die vorgelagerte Erstellung und Genehmigung des Szenariorahmens für die Netzentwicklungsplanung. Der SEP ist in diesem Sinne mit dem Szenariorahmen für die Netzentwicklungsplanung zu vergleichen, da auch letzterer Annahmen für Bedarfe („Szenarien zu Erzeugung, Versorgung, Verbrauch von Strom“ etc., § 12a Abs. 1 EnWG) enthält.

Unseres Erachtens löst mithin der SEP keine SUP-Pflicht aus.

Unbeschadet dessen bleibt die gesetzliche Verpflichtung der zuständigen Behörde bestehen, selber „frühzeitig“ zu prüfen, ob die SUP-Pflicht besteht (§ 34 Abs. 1 UVPG).

Für den Fall, dass entgegen unserer Einschätzung der SEP eine SUP-Pflicht auslösen sollte, könnte eine solche SUP-Pflicht nicht durch besondere Ausgestaltungen o.ä. vermieden werden. Insbesondere wird eine SUP-Pflicht eines Planes nicht dadurch vermieden, dass die Annahme des Planes im Wege des Gesetzgebungsverfahrens erfolgt. Die Voraussetzungen der SUP-Pflicht sind unionsrechtlich vorgegeben (Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme) und werden damit auch durch den Bundesgesetzgeber nicht eingeschränkt werden.

Dr. Konrad Hummel  
Rechtsanwalt

SEP als Bundesgesetz	SEP als einfacher Beschluss der Bundesregierung
Ablauf der Systementwicklungsplanung wird durch Gesetz geregelt	
Fachlicher Prozess: Koordinationsstelle, Experten- und Stakeholdergremium	
Politischer Prozess führt bis zur Entscheidung des Bundestages: SEP-Gesetz <i>Höchste Legitimation, längeres Verfahren</i>	Politischer Prozess führt lediglich bis zur Entscheidung der Bundesregierung: SEP-Beschluss <i>Hohe Legitimation, kürzeres Verfahren</i>
Bindung an den SEP wird durch Gesetz geregelt: „Verbindlichkeit“	Bindung an den SEP wird durch Gesetz geregelt: „Berücksichtigung“
Verbindlichkeit des SEP für die nachgelagerten Energieinfrastrukturplanungsprozesse - Abweichung vom SEP nicht zulässig <i>Die Verbindlichkeit sichert die Wirksamkeit des SEP;</i> <i>aber eine „unbedingte“ Bindung kann auch problematisch werden (Öffnungsklausel für unvorhergesehene Entwicklungen erforderlich?)</i>	Verpflichtung zur Berücksichtigung des SEP bei den nachgelagerten Energieinfrastrukturplanungsprozessen - Abweichung vom SEP nicht ausgeschlossen, aber Begründungslast für Abweichungen <i>Die Möglichkeit der Abweichung stellt die Wirksamkeit des SEP in Frage;</i> <i>aber Abweichungen können auch eine Chance sein, etwa bei unvorhergesehenen Entwicklungen</i>