

Berlin

Prof. Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Linus Viezens
Udo Paschedag
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Franziska Kaschluhn
Moritz-Mathis Felder
René Hermann
Daniela Weber
Laurenz Schleicher
Gina Benkert
Stefanie Jauernik

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.



Rechtswidrigkeit der Verlängerung der Netzausbaugebietsverordnung (NAGV)

im Auftrag
des Wirtschaftsverbands Windkraftwerke e. V.

Rechtsanwalt Dr. Jochen Fischer

Berlin, 25.02.2020

Registernummer: 001272-19

Inhaltsverzeichnis

A.	Netzausbaugebietsverordnung nicht erforderlich	3
I.	Rechtswidrigkeit der Änderungsverordnung.....	3
1.	Ziele der Netzausbaugebietsverordnung (NAGV).....	4
a)	Gesetzesbegründung	4
b)	Netzausbaugebietsverordnung 2016.....	8
2.	Ziele NAGV verfehlt	9
a)	Vernachlässigbarer Effekt durch NAGV 2016.....	9
b)	Kein ausreichender Wettbewerb mehr im Restgebiet.....	11
3.	Ausblick für Änderungsverordnung	12
a)	Schwächen der Prognosegrundlagen.....	13
b)	Zu erwartender Effekt im Falle der Verlängerung eines Netzausbaugebiets	14
4.	Bewertung.....	16
a)	Verlängerung Netzausbaugebiet nicht mit gesetzlichen Voraussetzungen vereinbar	16
b)	Diskriminierung durch Verstoß gegen das Vorrangprinzip.....	17
II.	Folgen der Bewertung.....	20
B.	Angreifbarkeit durch Rechtsmittel.....	21
C.	Fazit	23

A. Netzausbaugebietsverordnung nicht erforderlich

Auf Grundlage der §§ 36 c, 88 b EEG wurde im Jahre 2017 eine Netzausbaugebietsverordnung (NAGV) verabschiedet. Sowohl die Ermächtigungsgrundlage im EEG als auch die Verordnung selbst war sehr umstritten, weil die damit beabsichtigte Festlegung eines Netzausbaugebiets anders als die Bezeichnung vermuten lässt, keinen Netzausbau fördert, sondern den Zubau von Onshore-Windenergie bremst. Aufgrund ihres vorübergehenden Charakters sollte vor Ablauf der Festlegung eine Evaluierung stattfinden, die mit einem entsprechenden Bericht der Bundesnetzagentur im Jahre 2019 erfolgt ist. Der Presse ist zu entnehmen, dass die Bundesregierung im Jahre 2019 eine Verlängerung der Festsetzung eines Netzausbaugebiets zumindest übergangsweise bis zum Jahr 2022 geplant hatte, wobei Mecklenburg-Vorpommern künftig nicht mehr, dafür das Land Niedersachsen flächendeckend umfasst sein sollte.

Gegen dieses Vorhaben hat der Bundesrat einen Beschluss gefasst¹, damit die Bundesrepublik Deutschland so schnell wie möglich auf den Pfad zur Erreichung des 65 %-Ziels in 2030 zurückkehrt.

Wir gehen davon aus, dass die geplante Verlängerung der Netzausbaugebietsfestlegung nicht wirksam und mit guten Erfolgsaussichten rechtlich angreifbar ist. Dies ergibt sich aus den nachfolgend skizzierten rechtlichen Erwägungen, die durch die beigefügte fachliche Analyse des Gutachterbüros WP & More gestützt werden:

I. Rechtswidrigkeit der Änderungsverordnung

Sofern die Ermächtigungsgrundlage hinreichend bestimmt ist und keine formellen Fehler vorliegen, ist eine Verordnung dann rechtswidrig, wenn sie mit der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bzw. gesetzlichen Vorgaben oder anderen höherrangigem Recht nicht im Einklang steht.

Inhaltlich maßgebend ist insoweit vor allem der Gesetzeszweck, d. h. die Intention, die mit der Ermächtigungsgrundlage verfolgt wurde. Hierbei sind die Vorgaben vom Gesetzgeber vorliegend bereits so eng gefasst worden, dass sich unter

¹ BR-Drs. 43619 vom 08.11.2019.

Bezugnahme auf die Begründung für die ursprüngliche Netzausbaugebietsverordnung ein klares Bild ergibt, so dass die Beurteilung erfolgen kann, auch ohne dass der Änderungsentwurf bereits vorliegt.

1. Ziele der Netzausbaugebietsverordnung (NAGV)

Die Ziele der NAGV sind besonders in der Begründung zu § 36c EEG beschrieben und werden durch die Begründung der Netzausbaugebietsverordnung 2017 bestätigt.

a) Gesetzesbegründung

§ 36c EEG will nach der Gesetzesbegründung den weiteren Erfolg der Energiewende sicherstellen. Erfolg der Energiewende bedeutet, die gesetzlichen Ausbauziele für erneuerbare Energien (§ 1 Abs. 2 EEG) und daraus abgeleitet, den in § 4 Nr. 1 EEG festgeschriebenen Ausbaupfad für Windenergieanlagen an Land zu gewährleisten. Damit dies gelingt ist der Ausbau der Netze gemäß der Begründung zu § 36c EEG von zentraler Bedeutung.

Weder § 36c EEG noch die darauf basierende NAGV fördern allerdings den Netzausbau. Sie regeln lediglich eine Begleiterscheinung des Netzausbaus in Form der netzausbaubedingten Abschaltungen der Windenergie. Dazu ermöglichen sie eine regionale Begrenzung des Zubaus der Onshore-Windenergie für eine Übergangszeit. Dadurch sollen die durch den Zubau in diesem Gebiet während des Netzausbaus zu erwartenden Abschaltungen reduziert und mithin die dadurch bedingten Redispatch-Kosten verringert werden.

§ 36c Abs. 1 EEG regelt, dass es sich bei dem Netzausbaugebiet um ein Gebiet handeln muss, in dem die Übertragungsnetze besonders stark überlastet sind. Bezugspunkt ist also lediglich das Übertra-

gungsnetz. Für dieses Übertragungsnetz muss in dem Gebiet ein großer Ausbaubedarf bestehen und die Redispatchbelastung muss durch den Zubau von Onshore-Windenergie stark sein.²

§ 36c Abs. 2 EEG legt fest, dass die gem. § 1 erforderlichen Befunde zur Auslegung des Netzausbaugesbiets auf Basis der letzten abgeschlossenen Systemanalyse nach § 3 Abs. 2 Netzreserveverordnung und der Prognose nach § 13 Abs. 10 EnWG ermittelt werden. In der Begründung wird darauf abgestellt, dass gerade die Systemanalyse in die Zukunft gerichtet sei, die Wirkung neu errichteter Leitungen in den kritischen Netzsituationen als netzentlastend berücksichtige und sich auf das Übertragungsnetz beziehe.³

§ 36c Abs. 3 EEG legt fest, dass das Netzausbaugesbiet höchstens 20 % der Bundesfläche erfassen darf und netzgebietsscharf oder landkreisscharf festgelegt werden muss. Zudem wird hier nochmals explizit klargestellt, dass ein weiterer Zubau von Windenergieanlagen in diesem Gebiet zu einer besonders starken Belastung des Übertragungsnetzes führen oder die bestehende besonders starke Belastung weiter verschärfen muss. Dabei werden die voraussichtlichen Belastungen, die voraussichtlichen Abregelungen und die Potenziale in diesem Gebiet berücksichtigt. Die Begründung stellt klar, dass es sich hierbei um großräumige Probleme beim Transport handelt, zugleich aber der Wettbewerb bei den Ausschreibungen in dem verbleibenden Gebiet ausreichend sein muss.⁴

Diese Anforderung in Verbindung mit dem Hinweis auf den verbleibenden Wettbewerb zeigt deutlich, dass das Netzausbaugesbiet keine (zusätzliche) Bremse für den Ausbau der Onshore-Windenergie bezweckt. Intendiert ist vielmehr eine Steuerung, die dazu führt, dass bei Überschreiten der vorgegebenen Grenzen ein weiterer ggf. auch

² BT-Drs. 18/8860 vom 21.06.2016, S. 210.

³ BT-Drs., a.a.O.

⁴ BT-Drs., a.a.O., S. 211.

teurerer Zubau an anderer Stelle, als dem durch Zubau besonders belasteten Netzausbauggebiet erfolgt. Die Steuerungsfunktion des § 36c EEG bzw. der auf ihm basierenden Rechtsverordnung funktioniert mithin nicht mengenmäßig, sondern ausschließlich regional. Mit anderen Worten: führt die Zuschlagsbegrenzung durch das Netzausbauggebiet nicht dazu, dass die durch den Ausbaupfad vorgesehenen Ausschreibungsvolumina an anderer Stelle verwirklicht werden (können), geht die beabsichtigte Steuerungsfunktion der Netzausbauverordnung fehl.

§ 36 c Abs. 4 EEG legt als Obergrenze der Zuschlagserteilung im Netzausbauggebiet mit 58 % der installierten Leistung, die im Jahresdurchschnitt in den Jahren 2013 bis 2015 in diesem Gebiet in Betrieb genommen worden ist, fest. Mit Blick darauf, dass diese „Obergrenze“ in der Rechtsverordnung nach § 88b EEG festgelegt werden soll, ist nicht eindeutig, ob die Obergrenze auch in der Rechtsverordnung gewissermaßen zwangsläufig 58 % betragen muss oder ob die Verordnung maximal 58 % als Obergrenze festlegen kann. Jedenfalls darf die Verordnung nicht darüber hinaus gehen.

Das der zeitliche Bezugspunkt (die Jahre 2013 bis 2015) im Gesetz ausdrücklich genannt wird und damit auch für spätere Netzausbaugebiets-Festlegungen relevant ist, zeigt, dass die in diesen Jahren vorhandene Zubaudynamik zur Begründung der Festlegung eines Netzausbaugebiets als maßgeblich angesehen wurde. In dieser Zeit hat sich die Windstromeinspeisung von knapp 53 TWh auf über 80 TWh gesteigert.⁵ Anknüpfungspunkt ist mithin eine Boomphase, die auch erforderlich ist, um den gemäß § 36c Abs. 3 EEG erforderlichen Ausschreibungswettbewerb im verbleibenden Gebiet sicherzustellen.

§ 36c Abs. 5 EEG legt fest, wie die Bundesnetzagentur mit der Ausbaugebietsbegrenzung im Zuschlagsverfahren umzugehen hat. Dort wird deutlich und durch die Begründung zu § 36c EEG bestätigt, dass nach Erreichen der für das Netzausbauggebiet festgelegten installierten

⁵ BWE, Entwicklung der Windstromeinspeisung, Stand 04.04.2018.

Leistung weitere Angebote aus diesem Gebiet nicht berücksichtigt werden. D. h., dass stattdessen andere, teurere Angebote aus dem verbleibenden Gebiet den Zuschlag erhalten. Auch hier zeigt sich, dass die Netzausbaugebietsfestlegung keine generelle Zuschlagsbegrenzung bezweckt, sondern lediglich eine regionale Steuerung.

§ 36c Abs. 7 EEG legt fest, dass die Bundesnetzagentur die Festlegung des Netzausbaugebiets erstmals bis zum 31.07.2019 und danach alle zwei Jahre evaluiert. Damit wird dem vorübergehenden Charakter der Netzausbaugebietsfestlegung Rechnung getragen und gleichzeitig sichergestellt, dass keine Verunsicherung durch zu häufige Anpassungen erfolgt.⁶

§ 88b EEG regelt sodann die eigentliche Ermächtigungsgrundlage für die Festlegung des geografischen Gebiets, den Zeitraum der Festlegung sowie die Obergrenze der installierten Leistung im Netzausbaugebiet, die bei den Ausschreibungsrunden Berücksichtigung finden darf und verweist im Übrigen auf die näheren Bestimmungen des § 36c EEG.

Insgesamt ermöglichen die Rechtsgrundlagen des EEG für die NAGV in Zubau übergangsweise zu begrenzen, ohne dass der Ausbaupfad an sich behindert wird, d. h. ausreichend Wettbewerb in den übrigen Gebieten verbleibt.

Dazu ist erforderlich,

- dass die Begrenzung einen Effekt hat und
- dieser Effekt hinnehmbar ist, weil der Zubau gemäß dem gesetzlich vorgegebenen Ausbaupfad im Übrigen voranschreitet.

⁶ Vgl. BT-Drs., a.a.O.

b) Netzausbaugebietsverordnung 2016

Das anhand von Wortlaut, Systematik und Begründung der §§ 36 c, 88 b EEG gewonnene Auslegungsergebnis wird bestätigt durch die NAGV 2016.

Die dortige Begründung zum allgemeinen Teil bekräftigt ebenfalls, dass *„bei einem weiteren Zubau der Windenergieanlagen an Land in diesem Gebiet eine besonders starke Belastung des Übertragungsnetzes erwartet wird“*, d. h. die Begrenzung soll einen Effekt haben.⁷

Dementsprechend hat die Bundesnetzagentur in ihren Ausschreibungen die Zuschlagsmengen für neue Windenergieanlagen vorübergehend für dieses Netzausbaugebiet begrenzt.⁸ Zunächst sollte die Begrenzung bis zum 31.12.2019 dauern. Sie wird nunmehr auch in 2020 fortgesetzt.

Dadurch soll eine *„Steuerung des Zubaus von Windenergieanlagen an Land“* erfolgen.⁹ Zugleich bekräftigt auch die Begründung der Verordnung die gesetzliche Frist gemäß § 36 c Abs. 7 EEG vor Evaluierung der *Festlegung des Netzausbaugebiets und der Obergrenze*.¹⁰

Die Verordnung setzt mithin aufgrund der gesetzlichen Prognose die Erwartung voraus, dass im Falle weiteren Zubaus von Windenergie im Netzausbaugebiet eine stark zunehmende Redispatch-Belastung entsteht.

Dabei weist die NAGV 2016 die Besonderheit auf, dass ihr entgegen der gesetzlichen Regelung in § 36 c Abs. 2 Satz 3 lediglich die Systemanalyse zugrunde gelegt wurde, weil die Prognose nach § 13 Abs. 10

⁷ Vgl. Verordnungsbegründung vom 14.11.2016, Allgemeiner Teil, Zielsetzung, Seite 5.

⁸ Verordnungsbegründung a. a. O.

⁹ Verordnungsbegründung a. a. O.

¹⁰ Verordnungsbegründung a. a. O.

EnWG zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung noch nicht zur Verfügung stand.¹¹

2. Ziele NAGV verfehlt

Der Evaluierungsbericht zum NAGV der Bundesnetzagentur (Stand Juni 2019) zeigt, dass das Netzausbauggebiet in den Jahren 2017 bis 2019 praktisch ohne Auswirkungen geblieben ist.

a) Vernachlässigbarer Effekt durch NAGV 2016

In der Zusammenfassung heißt es:

„Die Obergrenze im Netzausbauggebiet hat in den bisherigen Ausschreibungsrunden keine bedeutende Rolle gespielt. Lediglich in der Ausschreibungsrunde Mai 2017 konnten 12 Gebote im Umfang von 61 MW aufgrund der Obergrenze im Netzausbauggebiet keinen Zuschlag erhalten. In den meisten Runden wurde die Obergrenze deutlich unterschritten. In 7 von 9 Runden wurde die zuschlagsfähige Leistung im Netzausbauggebiet nur zu 2/3 oder weniger ausgeschöpft.“¹²

Bezogen auf das gesamte Ausschreibungsvolumen in den Jahren 2017 bis 2019 (9985 MW¹³) betrug die Nichtbezuschlagung mithin 0,61 %. Bezieht man diese Nichtbezuschlagung, die nur in einer Ausschreibungsrunde im Mai 2017 erfolgte, auf das Obergrenzenvolumen im Netzausbauggebiet im Zeitraum 2017 bis 2019 (2706 MW), so betrug die Nichtbezuschlagung 2,25 %.

¹¹ Verordnungsbegründung a. a. O., Seite 6.

¹² BNetzA, Evaluierungsbericht zum Netzausbauggebiet (Stand: Juni 2019), S. 5.

¹³ BNetzA, Evaluierungsbericht, a.a.O., S. 7.

Bereits diese Zahlen zeigen, dass die Festlegung des Netzausbaugebiets keine relevante Verbesserung der Engpasssituation und der dadurch bedingten Redispatchkosten bewirkt hat.

Hinzu kommt, dass die Zuschlagsobergrenze bis zum Evaluierungsbericht überhaupt nur an einem Gebotstermin (Mai 2017) erreicht wurde. In 7 der 9 Runden wurde sie nur zu 2/3 oder weniger ausgeschöpft. Durch die Nichtausschöpfungen der Obergrenze im Netzausbaugebiet haben sich über das Jahr für die verbleibenden Gebotstermine die Obergrenzen immer weiter erhöht.¹⁴ Diese Entwicklung geht mit dem drastischen Rückgang der Windenergieprojekte einher. Dies zeigt sich zum einen daran, dass ab Mai 2018 die zugelassene Gebotsmenge das Ausschreibungsvolumen kontinuierlich stärker unterschreitet.¹⁵ Zugleich zeigt sich dies auch an dem drastisch sinkenden Genehmigungsvolumen. Dieses ist im Mittel von 412 MW in den Jahren 2015/2016 auf 88 MW seit Anfang 2017 gesunken.¹⁶

Dieses Ergebnis, das sich unmittelbar aus dem Evaluierungsbericht der Bundesnetzagentur ergibt, wird durch die technische Analyse, insbesondere durch die technische Auswertung der Systemanalyse 2019 bestätigt: Denn es werden zwei Netznutzungsfälle NNF950 und NNF307 für den Winter 2022/2023 als Grenzsituationen eingestuft, wobei die Einspeiseleistungen der Onshore-Windenergie in Nord-DE im Fall NNF307 etwa 35,5GW und im Fall NNF950 nur 23,8GW betragen. Der Grund für dieses enorme Delta bei der Einspeiseleistung Onshore-Windenergie in Nord-DE bzw. die drastische Rückläufigkeit der Einflussnahme von Onshore-Windenergie auf die Netzreserve im NNF950 ist neben dem fortschreitenden Netzausbau und dem Wegfall konventioneller Kapazitäten insbesondere der zukünftig erwartete starke Anstieg im internationalen Stromhandel.¹⁷

¹⁴ BNetzA, Evaluierungsbericht, a.a.O., S. 10, 13.

¹⁵ BNetzA, Evaluierungsbericht, a.a.O., S. 8.

¹⁶ BNetzA, Evaluierungsbericht, a.a.O., S. 12.

¹⁷ Vgl. insbesondere zur steigenden Bedeutung des Stromhandels: Koch, Ist die Verlängerung der NAGV technisch begründbar? (nachfolgend: Studie), S. 14.

b) Kein ausreichender Wettbewerb mehr im Restgebiet

Die derzeitige Wettbewerbsintensität bei den Ausschreibungen ist so gering, dass die auf den Ausbaupfad angepassten Ausschreibungsvolumina nicht im Ansatz erreicht werden.¹⁸

Die branchenspezifischen Indikatoren sprechen dafür, dass dies auf absehbare Zeit so bleibt.¹⁹ Sollte die derzeit energiepolitisch geführte Diskussion über Abstandsregeln für Windenergieanlagen wie vom Bundeswirtschaftsministerium geplant dahingehend aufgelöst werden, dass neue oder nachgerüstete Windkraftanlagen regelmäßig mindestens 1.000 m entfernt von Wohnsiedlungen stehen müssen, rechnen alle Experten sogar mit einer deutlichen Verschärfung des ohnehin stockenden Windkraftausbaus an Land.²⁰

In dieser Situation ist nicht erkennbar, dass die Aufrechterhaltung eines Netzausbaugebiets, ggf. auch mit einem geänderten regionalen Zuschnitt, einen Effekt haben kann, der nennenswert über die einmalig 61 MW hinausgeht, die in den letzten drei Jahren nicht bezuschlagt worden sind.

Dieses Ergebnis wird durch die technische Stellungnahme bestätigt: So zeigt sich anhand der Abschlussberichte der Systemanalysen der Jahre 2017, 2018 und 2019, dass der jährliche Zubau der Onshore-Windenergie in Norddeutschland sich in den dortigen Grenzsituationbetrachtungen nicht widerspiegelt.²¹

¹⁸ Vgl. Bundesnetzagentur, Ausschreibungen 2019, unter www.bundesnetzagentur.de, wonach lediglich im Dezember 2019 die eingereichte Gebotsmenge die ausgeschriebene Menge überstieg.

¹⁹ Vgl. e.enervis, Mittelfristprognose zur deutschlandweiten Stromerzeugung aus EEG-geförderten Kraftwerken für die Kalenderjahre 2020 bis 2024, im Auftrag der 50Hertz Transmission GmbH, Amprion GmbH, TenneT TSO GmbH, TransnetBW GmbH vom 07.10.2019, S. 5 f., 8 f., 12, 50 ff.

²⁰ Vgl. Statt vieler Spiegel, zur umstrittenen 1.000-m-Regel, Artikel vom 28.11.2019; zu den Realisierungspotenzialen bei unterschiedlichen Abständen von Windenergieanlagen zur Wohnbebauung: UBA, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, Abschlussbericht November 2019.

²¹ Koch, Studie, S. 12.

Trotz des kurz- und mittelfristig für die Ausbauziele zu niedrigen Zubaus an Windenergieanlagen kann eine Verlängerung des Netzausbaubereichs aufgrund regionaler Sondereffekte das Gebotsvolumen weiter schwächen. Denn aufgrund des Auslaufens des bis Ende 2020 geltenden Moratoriums in Schleswig-Holstein und bereits vorher zu erwartender Ausnahme-Genehmigungen ist ab 2020 mit einem deutlichen Anstieg der Genehmigungszahlen zu rechnen. Nach einer Aufstellung des Landesamtes für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume²² sind von 777 insgesamt im Genehmigungsverfahren befindlichen Windenergieanlagen 284 mit 1.066,5 MW ausnahmefähig. Weitere knapp 2 GW Leistung sind grundsätzlich nach Ende des Moratoriums genehmigungsfähig.

Weiterhin ist eine vermutlich hohe Anzahl von Projekten mangels Genehmigungsantrag noch nicht erfasst. Diese durch den Moratoriumsstau bedingte Sonderentwicklung könnte dazu führen, dass die Zuschlagsbegrenzung im Netzausbaubereich bereits allein durch Schleswig-Holstein erreicht und zusammen mit Genehmigungen in den anderen Teilen des Netzausbaubereichs deutlich überschritten würde, obwohl im Rest des Landes auch bei Summenbetrachtung über ganz Deutschland die Ausschreibungsvolumina weiterhin nicht erreicht werden. Eine solche Begrenzung im Netzausbaubereich bei gleichzeitig fehlendem Wettbewerb im Restgebiet würde die mit den Ausbauzielen ohnehin nicht vereinbare Gesamtsituation weiter verschlimmern.

3. Ausblick für Änderungsverordnung

Wie eingangs bereits dargelegt, gibt es derzeit (noch) keinen offiziellen Entwurf für die Änderungsverordnung. Der Presse konnte jedoch entnommen

²² LLUR vom 09.12.2019.

werden, dass anstelle von Mecklenburg-Vorpommern zukünftig das gesamte Gebiet von Niedersachsen dem Netzausbaubereich unterfallen soll.²³ Aufgrund dieser Verlautbarungen mit den nach wie vor geltenden Begründungen der gesetzlichen Grundlagen und der Ursprungsverordnung ergibt sich folgende Beurteilung:

a) Schwächen der Prognosegrundlagen

Grundlage für die Änderungsverordnung sollen nach dem EEG die aktuelle Systemanalyse (seit 2019) sowie die Prognose nach § 13 Abs. 10 EnWG sein.

Die Systemanalyse lässt jedoch weder eine Begründung zur Notwendigkeit der aktuell gewählten noch der zukünftig angedachten geografischen Fläche des Netzausbaubereichs erkennen. Regionale Differenzierungen oder gar verschiedene Netzausbaubereichsvarianten sucht man hier vergebens. Dementsprechend sind die Ableitungen, die man für eine Netzausbaubereichsfestlegung auf dieser Grundlage treffen kann, unzureichend.

Des Weiteren ist auch bei der Systemanalyse 2019 das bisherige Netzausbaubereich berücksichtigt worden, nicht der geplante neue Zuschnitt. Ferner wurden bei der Systemanalyse keine unterschiedlichen regionalen Zuschnitte berechnet oder erörtert.

Die Bandbreite der Annahmen, Randbedingungen und Eingangsparameter ist zudem so groß, dass keine verlässlichen Aussagen über die Auswirkungen des Zubaus in den einzelnen Bundesländern auf die Grenzsituationen getroffen werden können.

²³ Vgl. Umweltministerium Niedersachsen, Pressemitteilung vom 07.08.2009, veröffentlicht unter <https://www.umwelt.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/pressemitteilungen/niedersachsen-lehnt-aktuelle-plane-der-bundesnetzagentur-entschieden-ab-energieminister-olaf-lies-die-plane-der-bundesnetzagentur-sind-ein-hohn-das-ist-ein-windenergie-ausbremsgesetz-179449.html>.

Dementsprechend kommt die technische Stellungnahme zu dem Ergebnis, dass die Systemanalyse im Hinblick auf die geplante Neufestsetzung des Netzausbaubereichs zumindest erweitert werden müsste.²⁴

b) Zu erwartender Effekt im Falle der Verlängerung eines Netzausbaubereichs

Die Netzausbaubereichsrestriktionen, die sich aus der Systemanalyse bzw. den darin enthaltenen Simulationen maximal entnehmen lassen, sind im Verhältnis zu den Prognoseungenauigkeiten minimal und können daher zur Netzreserve keine Relevanz entfalten.²⁵ Eine Verlängerung der Netzausbaubereichsrestriktionen kann daher auch keinen relevanten Effekt auf den Redispatch und die dadurch bedingten Kosten haben. Damit in den Bundesländern Niedersachsen und Schleswig-Holstein die in der Systemanalyse 2019 prognostizierten Zubauzahlen realisiert werden können, müsste sich der Zubau von Onshore-Windenergieanlagen gegenüber den aktuellen Zubauzahlen im Schnitt in Niedersachsen mehr als verdreifachen und in Schleswig-Holstein mehr als verzehnfachen.²⁶

Dass die Netzausbaubereichsfestsetzung in der derzeitigen Marktsituation keine Relevanz entfaltet, zeigt sich auch daran, dass im Rahmen der Systemanalyse 2017 prognostiziert wurde, dass Auswirkungen frühestens ab 2019 denkbar sind.²⁷ Da hier gegenwärtig – auch tatsächlich – keinerlei Effekt zu verzeichnen ist, kann unter Berücksichtigung eines notwendigen Vorlaufs von mindestens zwei bis drei Jahren davon ausgegangen werden, dass dies auch bei einer geänderten Netzausbaubereichsfestsetzung der Fall sein wird. Die Übertragungsnetzbetreiber gaben im Monitoring des Netzausbaus nach EnLAG ge-

²⁴ Koch, Studie, S. 26.

²⁵ Vgl. Koch, Studie, S. 11 f., 24.

²⁶ Koch, Studie, S. 14.

²⁷ Koch, Studie, S. 13.

genüber der Bundesnetzagentur an, das bis 2020 70% der Leitungskilometer nach dem Energieleitungsausbaugesetz (EnLAG) errichtet sein werden.²⁸

Die erheblichen Reduzierungen des Einspeisemanagements für den Zeithorizont 2022/23 gegenüber dem Zeitraum 2019/20 sind deutlich in der Systemanalyse 2019 zu erkennen.²⁹

Des Weiteren zeigt die Systemanalyse 2019, dass der Einfluss der Onshore-Windenergie auf den Redispatch selbst bei Annahme extremer Zubauszenarien auch wegen wegfallender konventioneller Kapazitäten und des Netzausbaus stark rückläufig ist. Stattdessen bedingt der grenzüberschreitende Handel mit elektrischer Energie zunehmend den inländischen Nord-Süd-Transport von Strom und wird dadurch zu einem bedarfsdimensionierenden Hauptverursacher für die Netzreserve.³⁰

Hat aber die Festlegung eines wie auch immer zugeschnittenen Netzausbaubereichs keinerlei Effekt auf die Grenzsituationen, welche stattdessen zunehmend durch den grenzüberschreitenden Stromhandel dominiert werden, so können die gesetzgeberischen Übergangsziele eines Netzausbaubereichs nicht erreicht werden.

Stattdessen werden die bereits stark defizitären Zubauzahlen allein durch die daraus resultierende destruktive Signalwirkung wirtschaftspolitisch nicht nur im Netzausbaubereich, sondern bundesweit weiter verstärkt.

Dies hat auch negative Auswirkungen auf die Auktionsgebote denn der erforderliche Wettbewerb im Bundesgebiet wird geschmälert.

²⁸ Bundesnetzagentur, Bericht Feststellung des Bedarfs an Netzreserve für den Winter 2019/2020 sowie das Jahr 2022/2023 und zugleich Bericht über die Ergebnisse der Prüfung der Systemanalysen, 30. April 2019.

²⁹ Koch, Studie, S. 13 f., 18.

³⁰ Koch, Studie, S. 14, 18, 23.

4. Bewertung

Die gesetzlichen Grundlagen der Netzausbaugebietsverordnung zeigen, dass es sich hierbei um ein lediglich vorübergehendes Instrument handeln darf, um in einer Phase des starken Zubaus von Onshore-Windenergie, in der diese Branche in bestimmten Regionen der Hauptverursacher für Redispatch-Maßnahmen war, die dadurch bedingten Kosten nicht noch weiter ansteigen zu lassen. Um die gesetzlichen Ziele zu erreichen, setzt die Festlegung eines Netzausbaugebiets also Folgendes voraus:

- Geplanter Netzausbau des Übertragungsnetzes dauert an,
- Onshore-Windenergie ist Hauptverursacher für Redispatch-Kosten,
- Zubau in Netzausbaugebiet verstärkt Redispatch-Kosten und
- verbleibender Wettbewerb im Restgebiet gewährleistet Ausbaupfad.

a) Verlängerung Netzausbaugebiet nicht mit gesetzlichen Voraussetzungen vereinbar

Der Evaluierungsbericht, die aktuelle Marktsituation sowie die technischen Unterlagen (insbesondere die Systemanalyse) zeigen aber deutlich, dass sämtliche vorstehenden Voraussetzungen für ein Netzausbaugebiet – egal welchen regionalen Zuschnitts – nicht (mehr) gegeben sind:

Nach den eigenen Angaben der Übertragungsnetzbetreiber wird der Netzausbau in 2020 zu 70 % abgeschlossen sein. Zwar werden auch in den Folgejahren bis 2023 gemäß der Systemanalyse 2019 weiterhin Netzenspässe auftreten. Diese werden jedoch zunehmend nicht mehr durch Onshore-Windenergie, sondern durch den grenzüberschreitenden Stromhandel verursacht werden.

Selbst wenn in stark abnehmendem Maße in dem geplanten Netzausbaugebiet noch Übertragungsnetzenspässe durch Onshore-Windenergie verursacht werden, kann eine signifikante Verstärkung der

Redispatch-Kosten durch den Zubau von Onshore-Windenergie anhand der zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausgeschlossen werden.

Schließlich sind die Zubauzahlen so dramatisch zurückgegangen, dass kein relevanter Wettbewerb mehr im Restgebiet zu erwarten ist. Die Ausschreibungskontingente wurden in 2019 mit Ausnahme des Dezembertermins nicht einmal ausgeschöpft.³¹

Damit kann das mit der Netzausbaugebietsfestsetzung bezweckte Ziel der Reduzierung zusätzlicher Redispatch-Kosten nicht erreicht werden. Eine Fortsetzung der Netzausbaugebietsrestriktionen hätte im Hinblick auf die Redispatch-Kosten keine Auswirkungen. Das somit ungeeignete Instrument verstößt damit auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Da es trotz seiner Wirkungslosigkeit für die Redispatch-Kosten ein weiteres Hemmnis für Onshore-Windenergieprojekte ist und die Zubauzahlen bereits jetzt defizitär sind, gefährdet eine Fortsetzung der Netzausbaugebietsrestriktionen den Ausbaupfad der Onshore-Windenergie zusätzlich. Es ist daher nicht mit den gesetzlichen Klimaschutzzielen der Bundesrepublik Deutschland vereinbar.

b) Diskriminierung durch Verstoß gegen das Vorrangprinzip

Der Einspeisevorrang für erneuerbare Energien umfasst gemäß §§ 8, 11 Abs. 1 S. 1 EEG nicht nur die Pflicht zum vorrangigen Netzanschluss und zur vorrangigen physikalischen Abnahme, sondern darüber hinaus auch die vorrangige Übertragung und Verteilung. Damit manifestiert das EEG nationalgesetzlich auch die derzeitige EU-Rechtslage, wonach ein vorrangiger oder garantierter Netzzugang für alle erneuerbaren Energieanlagen bestehen muss (Art. 16 Abs. 2b, Erw. Gr. 61

³¹ Vgl. oben, Fn. 18.

EE – RL) und darüber hinaus die Pflicht der Übertragungs- und Verteilnetzbetreiber besteht, die Übertragung und Verteilung von Strom aus erneuerbaren Energien zu gewährleisten (Art. 16 II a EE – RL).

Die Netzanschlusspflicht besteht auch dann, wenn die Abnahme des Stroms erst durch Optimierung, Verstärkung oder den Ausbau des Netzes möglich ist (§ 8 Abs. 4, 12 EEG; vgl. auch Art. 16 EE – RL/Art. 12 LIT. a, 25 1 Elektrizitätsbinnenmarkt – RL). Durch diese Verpflichtung ist grundsätzlich auch in Engpasssituationen sichergestellt, dass erneuerbare Energieanlagen über die Netzanschlusspflicht auch bei Kapazitätsengpässen die daran anschließende vorrangige physikalische Abnahmepflicht sowie die vorrangige Übertragung und Verteilung beanspruchen können. Zur Absicherung der Investitionen gegen vorübergehende Engpässe wird das Vorrangprinzip für erneuerbare Energien durch das Einspeisemanagement in Verbindung mit der Härtefallentschädigung (§§ 14, 15 EEG, 13 Abs. 3 EnWG) flankiert.

Die vorübergehende Begrenzung des Zubaus von Windenergieanlagen im Netzausbaubereich wirkt diesem Vorrangprinzip entgegen. Dies kann lediglich ausnahmsweise unter den vorstehend genannten Voraussetzungen³² und vor allem nur vorübergehend gerechtfertigt sein. Zeigt die technische und tatsächliche Analyse aber wie vorliegend, dass die mit der Festlegung des Netzausbaubereichs bezweckten vorübergehenden Ziele nicht erreicht werden (können) und die Netzengpässe im Übertragungsnetzbereich außerdem zunehmend durch grenzüberschreitenden Stromhandel verursacht werden, liegt ein Verstoß gegen das Vorrangprinzip vor.

Es ist auch nicht erkennbar, dass das Vorrangprinzip für erneuerbare Energien durch die EU-Vorschläge im Winterpaket – wie teilweise befürchtet – revidiert wird. Zwar ergeben sich danach keine expliziten Vorgaben zum Netzanschluss mehr. Auch kann die vorrangige jederzeitige physikalische Abnahme und Übertragung/Verteilung von Strom aus erneuerbaren Energien für Anlagen > 500 kW danach nicht

³² Vgl. oben A. I. 4.

beibehalten werden. Im Ergebnis ist dies aber folgenlos, weil Anlagen mit Strom aus erneuerbaren Energien gegenüber konventionellen und KWK-Anlagen (weiterhin) erst nachrangig abzuregeln sind (vgl. Art. 12 Entwurf ElektrizitätsbinnenmarktVO). Die grundsätzliche Wertung der vorrangigen Einspeisung von erneuerbaren Energien ins Netz wird damit auch nach dem Winterpaket der EU dem Grunde nach beibehalten.³³

Das Vorrangprinzip für erneuerbare Energien streitet damit ebenfalls für eine Abschaffung der Regelungen der Netzausgebietsverordnung.

Darüber hinaus zeigt die Systemanalyse, dass der sukzessive jährlich ansteigende grenzüberschreitende Stromhandel die Anforderungen an die Netzreserve massiv erhöht. Damit bewirkt der Stromhandel angesichts des ohnehin überlasteten Übertragungsnetzes in Grenzsituationen zusätzliche Redispatch-Kosten, selbst wenn beim Einspeisemanagement der Vorrang erneuerbarer Energien gegenüber konventionellen Energien gewahrt wird. Bislang bestand die Möglichkeit bei internen Netzengpässen, den nationalen Stromhandel zu bevorzugen. Jetzt sieht die Strommarktverordnung hingegen vor, dass Mitgliedsstaaten den Mindestwert von 70 % Netzkapazität erreichen und dem grenzüberschreitenden Stromhandel zur Verfügung stellen müssen.³⁴

Mitgliedsstaaten mit solchen Engpässen – wie Deutschland – müssen künftig entscheiden, ob sie ihren Strommarkt in mehrere Gebotszonen (mit unterschiedlichen Preiszonen) aufteilen oder einen Aktionsplan zum Abbau der Netzengpässe vorlegen. Auf Grundlage eines solchen Aktionsplans ist eine Übergangsfrist bis zum Jahre 2025 vorgesehen, in der die Interkonnektoren schrittweise vom heutigen Nutzungsniveau auf die 70 %ige Öffnung ertüchtigt werden können.³⁵

³³ Vgl. hierzu Kahles, Kahl, Pause, die Vorschläge zur Neuregelung des Vorrangs erneuerbarer Energien im Energie-Winterpaket der Europäischen Kommission, in: Würzburger Studien zum Umweltenergie recht, S. 4 f.

³⁴ Vgl. EU, VO über den Elektrizitätsbinnenmarkt, Erwägung Nr. 28.

³⁵ Vgl. EU, VO über den Elektrizitätsbinnenmarkt, Erwägung Nr. 31.

Die Verbesserung des grenzüberschreitenden Handels soll nach der Verordnung über den Elektrizitätsbinnenmarkt die effiziente Dekarbonisierung des Stromsystems verbessern.³⁶ Die Systemanalyse spricht hingegen eher dafür, dass – jedenfalls ohne deutlich leistungsfähigeres Übertragungsnetz – zunächst einmal erhöhte Abschaltungen insbesondere auch erneuerbarer Energien und damit Redispatch-Kosten drohen. Inwieweit dies mit den Ausbau- und Förderzielen der EU und der Bundesrepublik Deutschland vereinbar ist, bedarf einer gesonderten vertieften Prüfung. Denn dieses Spannungsverhältnis betrifft weniger die Netzausbaugebietsverordnung, sondern die bereits am Netz vorhandenen erneuerbaren Energien insgesamt.

II. Folgen der Bewertung

Die Bewertungen zeigen, dass unabhängig von dem genauen Zuschnitt des Netzausbaugebiets, eine Verlängerung aktuell nicht zu rechtfertigen ist. Bereits die derzeit vorliegende, aus den genannten Gründen unzureichende Systemanalyse zeigt zusammen mit den sonstigen zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen, dass die gesetzlichen Ziele der lediglich für eine Übergangsphase unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtete Netzausbaugebietsverordnung nicht erreicht werden. Die Netzausbaugebietsverordnung könnte keinen relevanten Effekt zur Einsparung der Redispatch-Kosten entfalten, würde demgegenüber aber der ohnehin gebeutelten Windenergiebranche faktisch zusätzlich schaden.

Da die Verordnung gem. § 13 automatisch erst mit Ablauf des 31.12.2020 außer Kraft tritt, § 36 c Abs. 8 EEG hingegen Änderungen der bestehenden Verordnung zum 01.01.2020 ermöglicht, sollte nicht nur keine neue Ausbaugebietsverordnung verabschiedet werden, sondern die Festlegungen der bestehenden aufgehoben werden. Die hierzu bestehende Befugnis der Bundesnetzagentur ist § 36 c Abs. 8. Im Hinblick darauf, dass diese Befugnis in der Verordnung selbst nicht aufgegriffen wird und die zeitliche Geltung auch an die Obergrenze sowie die Verteilung auf die Ausschreibungen (§§ 11, 12 AGV) anknüpfen, wäre insofern eine Festlegung bzw. Aufhebung im Ordnungswege geboten.

³⁶ Vgl. EU, VO über den Elektrizitätsbinnenmarkt, Erwägung Nr. 32.

B. Angreifbarkeit durch Rechtsmittel

Sollte das vorliegende Ergebnis zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Änderungsverordnung Bestand haben, könnte die Änderungsverordnung mit Aussicht auf Erfolg angegriffen werden. Da es sich vorliegend um eine bundesrechtliche Rechtsverordnung handelt, käme in erster Linie der Rechtsweg der verwaltungsgerichtlichen Klage in Betracht.

Zwar ist eine Rechtsverordnung als Akt der öffentlichen Gewalt i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfG grundsätzlich auch durch eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht denkbar. Dazu müsste der Antragsteller aber geltend machen können, durch die Rechtsverordnung in seinen Grundrechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar beeinträchtigt zu werden. Dafür wäre erforderlich, dass die Rechtsverordnung ihn ohne weiteren Vollzugsakt mit unmittelbarer Wirkung belastet. Hinzu kommt, dass die Verfassungsbeschwerde gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfG zunächst eine Rechtswegerschöpfung voraussetzen würden.

Aus vorgenannten Gründen wäre daher jedenfalls zunächst eine Klage vor dem Verwaltungsgericht das probate Rechtsmittel. Die Klage wäre vorliegend gerichtet auf Änderung oder Aufhebung der Netzausbaugebietsverordnung. Hierfür wird teilweise die allgemeine Leistungsklage und teilweise die Feststellungsklage für einschlägig erachtet.³⁷

Allerdings setzt auch die Feststellungsklage voraus, dass der Kläger sein Begehren nicht vorrangig im Wege einer Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können (vgl. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO). Dazu müsste das durch die Verordnung entstandene Rechtsverhältnis unmittelbare Wirkungen für den Kläger erzeugen.

In der Praxis werden Projektentwickler jedenfalls dann betroffen sein, wenn sie Windenergieprojekte aus dem Netzausbaugebiet in die bei der Bundesnetzagentur geführten Ausschreibungsverfahren einbringen. Erhält ein solches Projekt keinen Zuschlag, weil die für das Netzausbaugebiet festgelegte Obergrenze überschritten wird, läge dann eine Klagebefugnis vor, die im Wege der Verpflichtungsklage geltend gemacht

³⁷ VGH Kassel, Urteil vom 29.07.1997/11 UE 1693/95, BeckRS 2005, 23137, abgedruckt bei juris, Rn. 14 m.w.N.

werden könnte. Setzt man ein solches Abwarten auf den Vollzugsakt „Nichtberücksichtigung in der Ausschreibung“ voraus, hätte die Netzausbaugebietsverordnung von Projektierern in den vergangenen zwei Jahren niemals angegriffen werden können, da sie mit Ausnahme eines Ausschreibungstermins im Jahre 2017 keine Rolle gespielt hat.

Ferner gehen wir davon aus, dass bereits die Festlegung selbst Beeinträchtigungen für die Onshore-Windenergiebranche nach sich zieht, sodass Windparkbetreiber aus diesem Grund ein Feststellungsinteresse haben und ihnen ein Zuwarten auf eine etwaige spätere Nichtberücksichtigung im Ausschreibungsverfahren nicht zumutbar ist. Hierfür spricht auch, dass der wirtschaftliche Aufwand für eine Teilnahme im Ausschreibungsverfahren erheblich ist.

Wir gehen daher davon aus, dass eine Feststellungsklage unmittelbar nach Verabschiedung der Netzausbaugebietsänderungsverordnung zulässig sein sollte, eindeutig ist dies jedoch nicht.

Ein weiterer Weg die Netzausbaugebietsverordnung anzugreifen wäre durch eine Klage anerkannter Umweltverbände. Die prozessualen Klagemöglichkeiten dieser Verbände sind spätestens seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 05.09.2013 (7 C 21.12) deutlich gestärkt worden. Danach sind anerkannte Umweltverbände (vgl. § 3 UmwRG) klagebefugt, wenn es um die Verletzung von Umweltvorschriften geht, die ihre Grundlage im Unionsrecht haben.³⁸ Das Bundesverwaltungsgericht scheint dabei an die Aarhus-Konvention insoweit anzuknüpfen, als der Verband einerseits betroffen sein muss, andererseits die Betroffenheit im Sinne von betroffener Öffentlichkeit wohl weit zu verstehen ist.³⁹

Vorliegend ist das eigentliche Ziel der Netzausbaugebietsverordnung die Einsparung von Redispatchkosten zwar in öffentlichem Interesse, weist allerdings unmittelbar eher keinen spezifischen Umweltrechtsbezug auf. Die vorstehend festgestellte Rechtswidrigkeit der Verlängerung der Netzausbaugebietsverordnung wirkt sich jedoch nicht nur auf die Redispatchkosten, sondern auch auf die dadurch bedingte zusätzliche Beeinträchtigung des Ausbaus der Onshore-Windenergie als tragende Säule zur Erreichung der nationalen und damit auch europäischen Klimaschutzziele aus. Mit dieser

³⁸ BVerwG, Urteil vom 05.09.2013 – 7 C 21.12, Rn. 46 -

³⁹ Vgl. dazu Bunge, zur Klagebefugnis anerkannter Umweltverbände, ZUR 2014, Seite 3 (5 f.).

Argumentation könnte für anerkannte Umweltschutzverbände also durchaus mit Aussicht auf Erfolg eine Klagebefugnis begründet werden.

Im Hinblick darauf, dass derzeit keine Anzeichen ersichtlich sind, wann die Netzausbaugbietsänderungsverordnung erlassen werden soll, eine Änderung der bestehenden Netzausbaugbietsverordnung hingegen ausdrücklich gem. § 36c Abs. 8 S. 2 EEG angelegt ist, könnte angesichts des vorliegenden Befundes gegen die Bundesnetzagentur unmittelbar Verpflichtungsklage mit dem Antrag erhoben werden, eine Aufhebung der Festsetzungen zu verabschieden. Die Bundesnetzagentur als Klagegegner hätte jedoch mehrere Möglichkeiten, dem Begehren nachzukommen: Neben der vorzeitigen Aufhebung der Netzausbaugbietsverordnung, käme bspw. eine Aussetzung ihrer Wirkung in Betracht. Wegen der dadurch fehlenden Eindeutigkeit eines Verpflichtungsantrags und dem Umstand, dass das Klägerbegehren im Kern auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Netzausbaugbietsverordnung hinausläuft, könnte auch die Feststellungsklage einschlägig sein. Sollte das zuständige Verwaltungsgericht die erhobene Klageart nicht für zutreffend erachten, könnte die Klage immer noch umgestellt werden. Ggf. bietet sich an, die Feststellungsklage hilfsweise zu erheben.

C. Fazit

Die technische Bewertung zeigt, dass eine Verlängerung der Netzausbaugbietsverordnung (auch mit geändertem regionalen Zuschnitt) über den Evaluierungszeitraum (2019) hinaus auf Grundlage der zur Verfügung stehenden Daten nicht begründbar ist. Damit lässt sich eine solche Verlängerung der Begrenzungen bei den Ausschreibungen durch die gesetzlichen Anforderungen auch rechtlich nicht rechtfertigen.

Die Netzausbaugbietsverordnung sollte daher sofort aufgehoben oder jedenfalls in ihren rechtlichen Wirkungen bis zum in der Verordnung vorgesehenen Auslaufdatum (31.12.2020) ausgesetzt werden.

Sollten Projekte in den Ausschreibungsverfahren der Bundesnetzagentur wegen der Netzausbaugbietsverordnung keinen Zuschlag erhalten, könnten die betroffenen Projektentwickler auf Erteilung eines Zuschlags klagen.

Gelingt es, die Betroffenheit der Branche vor einer solchen Entscheidung bereits hinreichend geltend zu machen, könnte die Verordnung im Wege der Feststellungsklage angegriffen werden. Mit entsprechender Begründung könnte eine solche Klage auch durch einen anerkannten Umweltverband erhoben werden.