

Rechtliche Gewährleistung des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen

Kurzgutachten

von

Prof. Dr. Johannes Hellermann
Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht
Fakultät für Rechtswissenschaft
Universität Bielefeld

im Auftrag der

EGE – Gesellschaft zur Erhaltung der Eulen e. V.

Mai 2018

GLIEDERUNG

I.	Einleitung	1
II.	Rechtliche Grundlagen des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen.....	3
	1. Rechtliche Verpflichtungen der Netzbetreiber.....	3
	a. Gesetzliche Regelungen	3
	aa. § 41 S. 1 und 2 BNatSchG	3
	bb. § 49 Abs. 1 EnWG	4
	b. Konkretisierung durch die VDE-Anwendungsregel	7
	aa. Die VDE-Anwendungsregel als technisches Regelwerk i.S.v. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG.....	7
	bb. Die Vermutungswirkung als Rechtsfolge	9
	cc. Verfassungsrechtliche Beurteilung	11
	2. Behördliche Kontrolle	11
	a. Präventive Kontrolle	11
	b. Repressive Kontrolle	13
	aa. §§ 3 Abs. 2, 41 S. 1 und 2 BNatSchG.....	13
	bb. § 49 EnWG.....	15
III.	Insbesondere: Nachrüstung bestehender Mittelspannungsleitungen.....	18
	1. Einfachrechtliche Rechtslage	18
	a. Gesetzliche Grundlagen für Nachrüstungsverlangen	18
	aa. § 41 S. 1 und 2 BNatSchG	18
	bb. § 49 Abs. 1, 2 EnWG	19
	b. Regelmäßiges Fehlen entgegenstehender bestandskräftiger Genehmigungen	20
	2. Reichweite verfassungsrechtlichen Bestands- und Vertrauensschutzes	21
	a. Kein unmittelbarer Bestandsschutz durch Art. 14 GG.....	21
	b. Verfassungskonformität einfachgesetzlich begründeter Nachrüstungsverpflichtungen.....	22
	aa. Verfassungsmäßigkeit von §§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG und § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG	22
	bb. Verfassungsmäßige Anwendung von §§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG und § 39 Abs. 1 S. 1 EnWG.....	23
IV.	Zusammenfassung und abschließende Bewertung.....	26

GUTACHTEN

I. Einleitung

Mittelspannungsleitungen stellen in verschiedener Weise eine Gefahr für Vögel dar. Neben Verschlechterungen des Habitats und dem Kollisionsrisiko durch Leitungsanflug besteht vor allem die Gefahr eines Stromschlags, die wie folgt beschrieben wird: „Der Stromschlag droht den Vögeln technisch auf zweierlei Weise: Zum einen kann die Berührung zweier stromführender Drähte erfolgen, womit ein sogenannter Kurzschluss vorprogrammiert ist. Zum anderen ist ein sog. Erdschluss möglich, wenn der Vogel vom geerdeten Mast aus einen stromführenden Leiter berührt oder auf eine andere Weise eine Verbindung herstellt. In beiden Fällen erleidet das Tier einen häufig tödlichen Stromschlag. Eine besondere Gefahr für die Vögel sind alle Masten, die ein Erdpotenzial am Mastkopf aufweisen bzw. über einen unzureichenden Abstand zwischen den spannungsführenden Leitungen verfügen. Die Gefahr der Spannungsüberbrückung besteht in besonderem Maße bei folgenden Teilen: „Beton- und Stahlgittermasten mit Stützisolatoren, Maststationen mit Transformator, bestimmte Schalttermasten, Abspannmasten mit über den Querträgern geführten Stromschlaufen, Abspannmasten mit zu kurzen Isolatorketten (unter 60 cm) bestimmte Trafohäuser“ (A. Schumacher, S. 5). Die Spannungsüberbrückung selbst kann durch eine körperliche Berührung, durch den Kotstrahl eines über der Leitung sitzenden Vogels oder durch die Verwendung z.B. von Nistmaterial herbeigeführt werden. Nicht zuletzt kann in seltenen Fällen bei geringen Abständen und hoher Luftfeuchtigkeit ein Funkenüberschlag (sog. Lichtbogen) auftreten.“

Sanden, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (84. EL Juli 2017), § 41 BNatSchG Rn. 12 f.

Die Existenz und Erheblichkeit dieser Gefahr des sog. Stromtods ist anerkannt

Vgl. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, <https://www.bmub.bund.de/themen/natur-biologische-vielfalt-arten/artenschutz/vogelschutz/vogelschutz-an-freileitungen/> (abgerufen am 5. März 2018); Sanden, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (84. EL Juli 2017), § 41 BNatSchG Rn. 14; Appel, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 41 Rn. 2.

und darf als in tatsächlicher Hinsicht unbestritten gelten.

Nachdem bereits zuvor einzelne Maßnahmenkataloge in technischen Regelwerken erstellt worden waren,

Vgl. BT-Drs. 14/6378, S. 57, mit dem Hinweis auf einen Maßnahmenkatalog für Starkstromleitungen in Abschnitt 8.10 „Vogelschutz“ der Bestimmung DIN VDE 0210/12.85.

ist eine besondere Regelung zur Gewährleistung des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen erstmals in Gestalt des § 53 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) i.d.F. des Gesetzes vom 25. März 2002

BGBl. I S. 1193.

in die Rechtsordnung eingeführt worden. Die Nachfolgeregelung hierzu ist der heutige § 41 BNatSchG; dessen – für Mittelspannungsleitungen relevante – Sätze 1 und 2 haben folgenden Wortlaut:

§ 41 Vogelschutz an Energiefreileitungen

Zum Schutz von Vogelarten sind neu zu errichtende Masten und technische Bauteile von Mittelspannungsleitungen konstruktiv so auszuführen, dass Vögel gegen Stromschlag geschützt sind. An bestehenden Masten und technischen Bauteilen von Mittelspannungsleitungen mit hoher Gefährdung von Vögeln sind bis zum 31. Dezember 2012 die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung gegen Stromschlag durchzuführen. ...

Weitere Konkretisierungen finden sich außerhalb des staatlich gesetzten Rechts in Gestalt einer Anwendungsregel „Vogelschutz an Mittelspannungsfreileitungen“ (VDE-AR-N 4210-11) des Verbandes der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik e. V. (VDE). Sie beruht auf Arbeiten einer vom VDE eingesetzten Projektgruppe, an der Vertreter von Netzbetreibern, Naturschutzorganisationen, Vogelschutzwarten, Ministerien und Herstellern von Vogelschutzbauteilen beteiligt waren, und ist nach Durchlaufen eines öffentlichen Einspruchsverfahrens und des vom VDE vorgesehenen Genehmigungsverfahrens in das VDE-Vorschriftenwerk aufgenommen worden. Sie enthält weitergehende technische Details zum Neubau und zur Nachrüstung dieser Leitungen und verlangt vom 1. August 2011 an Beachtung bei Nachrüstungen und Neubauten. Daneben ist die Gewährleistung der technischen Sicherheit von Energieanlagen auch Gegenstand der Regelung in § 49 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG); die hier relevanten Regelungen dieser Bestimmung haben folgenden Wortlaut:

§ 49 Anforderungen an Energieanlagen

(1) Energieanlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist. Dabei sind vorbehaltlich sonstiger Rechtsvorschriften die allgemein anerkannten Regeln der Technik zu beachten.

(2) Die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik wird vermutet, wenn bei Anlagen zur Erzeugung, Fortleitung und Abgabe von

1. Elektrizität die technischen Regeln des Verbandes der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik e. V.,
2. ...
eingehalten worden sind. ...

Die vorliegende gutachtliche Stellungnahme hat den Auftrag, ausgehend von diesen Regelungen die rechtliche Gewährleistung von Vogelschutz an Mittelspannungsleitungen zu untersuchen und darzustellen. Zu diesem Zweck werden im Folgenden zunächst, um den rechtlichen Rahmen des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen zu umreißen, die Rechtsgrundlagen der diesbezüglichen materiellrechtlichen Verpflichtungen der Netzbetreiber und die rechtlichen Vorkehrungen zu deren behördlicher Kontrolle dargestellt (II.). Daran anschließend wird dann noch einmal vertieft der Rechtslage in Bezug auf die Nachrüstung bestehender Mittelspannungsleitungen nachgegangen (III.). Eine zusammenfassende Bewertung der Ergebnisse (IV.) beschließt diese gutachtliche Stellungnahme.

II. Rechtliche Grundlagen des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen

1. Rechtliche Verpflichtungen der Netzbetreiber

Die rechtlichen Verpflichtungen der Netzbetreiber zum Vogelschutz an Mittelspannungsleitungen können ihre Grundlage zunächst in den gesetzlichen Regelungen der §§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG, 49 Abs. 1 EnWG finden; diese werden – insbesondere in ihrem Verhältnis zueinander – zunächst betrachtet (a.). Eine nähere Konkretisierung finden die von den Netzbetreibern zu treffenden Vorkehrungen dann in der VDE-Anwendungsregel „Vogelschutz an Mittelspannungsfreileitungen“ als dem Vorschriftenwerk eines privaten Verbandes; der Frage, welche rechtliche Verbindlichkeit die technischen Detailvorgaben dieses Regelwerks haben, wird anschließend nachgegangen (b.).

a. Gesetzliche Regelungen

aa. § 41 S. 1 und 2 BNatSchG

§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG erfasst nicht sämtliche von Mittelspannungsleitungen ausgehenden Gefahren für Vögel, insbesondere nicht das Kollisionsrisiko durch Leitungsanflug und Habitatsverschlechterungen, sondern verfolgt allein das Ziel, Vögel

vor dem Stromschlag zu schützen. Dementsprechend zielt die Bestimmung auf die von Masten und technischen Bauteilen von Mittelspannungsleitungen ausgehenden Gefahren für Vögel; nicht erfasst sein sollen die Leitungen selbst.

Sanden, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (84. EL Juli 2017), § 41 BNatSchG Rn. 6. Etwas abweichend insoweit Kautz, Vogelschutz an Energiefreileitungen gemäß § 41 BNatSchG, NuR 2015, 80, 82 f., der auch Leitungen als technische Bauteile insoweit einbeziehen will, wie auch von ihnen die Gefahr des Stromtods ausgeht.

In Bezug auf neu zu errichtende Masten und technische Bauteile von Mittelspannungsleitungen verlangt § 41 BNatSchG technische Vorkehrungen, die – wie aus der abzuwehrenden Gefahr abgeleitet werden kann – insbesondere darauf abzielen, den Vögeln keine Sitzgelegenheiten in der Nähe von spannungsführenden Teilen zu bieten. Nähere Konkretisierungen hinsichtlich der geforderten technischen Vorkehrungen nimmt § 41 S. 1 BNatSchG nicht vor. In der § 53 BNatSchG a.F. zugrunde liegenden Begründung war insoweit lediglich geltend gemacht worden, dass bloße Hilfsvorrichtungen wie Abweiser, Abdeckhauben etc. nicht ausreichend, vielmehr konstruktive Maßnahmen geboten seien.

Vgl. BT-Drs. 14/7490, S. 54, unter Hinweis auf den Wortlaut („konstruktiv so auszuführen“) und mit der Begründung, bloße Hilfsvorrichtungen gewährleisten keinen absoluten Schutz und erreichten mit ca. 20 Jahren nicht die Lebensdauer der Masten von ca. 50 Jahren. Zustimmend Sanden, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (84. EL Juli 2017), § 41 BNatSchG Rn. 15; Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 41 Rn. 7. A.A. jedoch Appel, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 41 Rn. 12; Kautz, Vogelschutz an Energiefreileitungen gemäß § 41 BNatSchG, NuR 2015, 80, 83.

In Bezug auf bestehende Masten und technische Bauteile von Mittelspannungsleitungen mit hoher Gefährdung von Vögeln sind nach § 41 S. 2 BNatSchG bis zum 31. Dezember 2012 „die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung gegen Stromschlag“

Vgl. dazu Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 41 Rn. 9.

zu ergreifen.

bb. § 49 Abs. 1 EnWG

Nach § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG sind Energieanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist. Die hier erfassten Energieanlagen sind nach § 3 Nr. 15 EnWG „Anlagen zur Erzeugung, Speicherung, Fortleitung oder

Abgabe von Energie, soweit sie nicht lediglich der Übertragung von Signalen dienen, dies schließt die Verteileranlagen der Letztverbraucher sowie bei der Gasversorgung auch die letzte Absperrereinrichtung vor der Verbrauchsanlage ein“; hierunter fallen auch die hier interessierenden, der Fortleitung von Energie i.S.v. § 3 Nr. 14 EnWG, nämlich von Elektrizität dienenden Mittelspannungsleitungen. Gefordert ist die Gewährleistung der technischen Sicherheit dieser Energieanlagen; die Vorschrift dient damit der Gefahrenvorsorge und Gefahrenabwehr und will sicherstellen, dass von Energieanlagen möglichst keine Gefahren für Menschen und Sachen ausgehen;

Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 4.

das schließt der Sache nach auch die Vermeidung von Gefahren für Vögel ein. Die gebotene Gewährleistung der technischen Sicherheit meint, dass Schäden für Personen und Sachen – nicht im Sinne einer völligen Ungefährlichkeit, wohl aber – mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können.

van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, *Energierrecht* (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 13; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 5; Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 14.

Verpflichtet ist in erster Linie, evtl. neben als Dienstleister in die Errichtung eingeschalteten Personen, der zukünftige bzw. aktuelle Betreiber der jeweiligen Energieanlage,

Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 14.

d.h. hier der jeweilige Netzbetreiber. Nach § 49 Abs. 1 S. 2 EnWG sind hinsichtlich der Gewährleistung der technischen Sicherheit bei der Errichtung und dem Betrieb von Energieanlagen vorbehaltlich sonstiger Rechtsvorschriften die allgemein anerkannten Regeln der Technik zu beachten. Als solche gelten technische Regeln, die von der Mehrheit der Fachleute als richtig anerkannt sind;

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 6; Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 19.

teilweise wird darüber hinaus auch gefordert, dass sie auch in der Praxis erprobt sind.

So van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, *Energierrecht* (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 32; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 6; a.A. Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 19.

Der Vorbehalt sonstiger Rechtsvorschriften macht deutlich, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik nur maßgeblich sein sollen, wenn sie mit sonstigen Bestimmungen des technischen Sicherheitsrechts, auch außerhalb des Energiewirtschaftsrechts, vereinbar sind.

Vgl. van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, *Energierrecht* (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 23; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 6; Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 21.

Solche sonstige Rechtsvorschriften gehen also ggf. vor.

Dieser Regelungsgehalt des § 49 Abs. 1 EnWG wirft die Frage nach dem systematischen Verhältnis zu § 41 S. 1 und 2 BNatSchG auf. Dieses ist – soweit ersichtlich – bislang nicht explizit in Rechtsprechung und Literatur erörtert und geklärt worden. Die Regelung des § 49 Abs. 1 EnWG ist als ein Element des für die Energiewirtschaft gültigen Umweltrechts gekennzeichnet worden, das der Bekämpfung spezifischer Sicherheitsrisiken infolge der Nutzung von Elektrizität oder Gas dient, jedoch die Regelung aller anderen Aspekte des Umweltschutzes (Abgabe von Emissionen aus fossilen Kraftwerken, Eingriffe in Natur und Landschaft durch Leitungsbau etc.) in anderen Fachgesetzen unberührt lässt.

Büdenbender, *EnWG*, 2003, § 16 Rn. 4, 18, zur Vorgängerregelung des § 49 Abs. 1 EnWG.

Umgekehrt wird aber zu Recht auch angenommen, dass eine Subsidiarität des § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG im Verhältnis zu anderen einschlägigen Bestimmungen nicht besteht, insbesondere auch durch den Vorbehalt des § 49 Abs. 1 S. 2 EnWG nicht angeordnet wird.

van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, *Energierrecht* (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 24.

In der Praxis treten dann – soweit ersichtlich: ungeklärte – Fragen auf, wenn zwei gleichzeitig anwendbare Regelungen dieselben Schutzziele verfolgen.

van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, *Energierrecht* (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 25.

Am überzeugendsten erscheint es, in dieser Konstellation beide Regelungen parallel anzuwenden, solange die Rechtsfolgen übereinstimmen, und nur im Falle von abweichenden Rechtsfolgen die speziellere Regelung vorgehen zu lassen. Diese letztere Konstellation ist auch im Verhältnis von § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG und § 41 S. 1 und 2 BNatSchG gegeben. § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG erfasst mit der Gewährleistung der

technischen Sicherheit als einen Teilaspekt auch den Gegenstand der besonderen Regelung des § 41 S. 1 und 2 BNatSchG, der ebenfalls der Bekämpfung spezifischer Sicherheitsrisiken infolge der Nutzung von Elektrizität oder Gas dient. Der Vogelschutz an Mittelspannungsleitungen ist Regelungsgegenstand sowohl des § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG wie auch der speziellen Regelung des § 41 BNatSchG. Beide dürften danach, solange kein Widerspruch auftritt, parallel anwendbar sein.

b. Konkretisierung durch die VDE-Anwendungsregel

Die Konkretisierung der Vogelschutz-Anforderungen an Mittelspannungsleitungen in der VDE-Anwendungsregel „Vogelschutz an Mittelspannungsfreileitungen“ ist für sich genommen zunächst ohne unmittelbare rechtliche Relevanz. Es handelt sich dabei um ein Regelwerk, das zwar in einem besonderen Verfahren, unter Mitwirkung eines pluralistisch und sachverständig besetzten Gremiums zustande gekommen ist, aber desungeachtet das Regelwerk eines privaten Verbandes ist. Der VDE als privater Verband hat selbst nicht die Rechtsmacht, rechtsverbindliche Regeln für andere Private, hier etwa die Netzbetreiber aufzustellen. Die VDE-Anwendungsregel könnte jedoch, wie auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit annimmt,

Vgl. <https://www.bmub.bund.de/themen/natur-biologische-vielfalt-arten/artenschutz/vogelschutz/vogelschutz-an-freileitungen/> (abgerufen am 5. März. 2018): „Diese hat nach den weiteren Maßgaben des Paragraf 49 des Energiewirtschaftsgesetzes den Status einer allgemein anerkannten Regel der Technik.“

rechtliche Relevanz dadurch gewinnen, dass sie als Konkretisierung allgemein anerkannter Regeln der Technik nach § 49 Abs. 1 und 2 EnWG anzusehen ist.

aa. Die VDE-Anwendungsregel als technisches Regelwerk i.S.v. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG

Hinsichtlich der maßgeblichen einfachrechtlichen Norm des § 49 Abs. 1 und 2 EnWG ist zunächst zu klären, ob die VDE-Anwendungsregel tatsächlich ein Regelwerk ist, das allgemein anerkannte Regeln der Technik im Sinne dieser Bestimmung definiert.

Bei der Frage, ob hinsichtlich der nach § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG gebotenen Gewährleistung der technischen Sicherheit von Energieanlagen die allgemein anerkannten Regeln der Technik gemäß § 49 Abs. 1 S. 2 EnWG beachtet sind, sind nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG bei Anlagen (u.a.) zur Fortleitung von Elektrizität ggf. die

technischen Regeln des Verbandes der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik e. V. zu berücksichtigen. Als ein solches technisches Regelwerk des VDE kommt hier die VDE-Anwendungsregel „Vogelschutz an Mittelspannungsfreileitungen“ in Betracht.

Dieses technische Regelwerk ist zwar nicht unmittelbar zur Konkretisierung der allgemein anerkannten Regel der Technik in Bezug auf die Pflichten nach § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG, sondern mit Blick auf die Pflichten nach § 41 BNatSchG erlassen worden. Da aber – wie gesehen – der Regelungsgegenstand des § 41 S. 1 und 2 BNatSchG sich hinsichtlich des Teilaspekts des Vogelschutzes mit dem des § 49 Abs. 1 EnWG deckt, erscheint es überzeugend, diese technischen Regeln des VDE zugleich als Konkretisierung der allgemein anerkannten Regeln der Technik in Bezug auf die Pflichten nach § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG zu qualifizieren. Nähere Bestimmungen zu Grundsätzen und Verfahren der Einführung technischer Sicherheitsregeln, die die Bundesnetzagentur nach § 49 Abs. 2 S. 2 und 3 EnWG im Verfahren nach § 29 EnWG treffen darf, sind – soweit ersichtlich – nicht ergangen, können demnach auch nicht entgegenstehen.

Bedenken gegen die Heranziehung der VDE-Anwendungsregel als maßgeblichen Maßstab für die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG könnten insoweit bestehen, wie die Anwendungsregel in Konkretisierung von § 41 S. 2 BNatSchG auch Vorgaben zur Nachrüstung bestehender Mittelspannungsleitungen macht. Sie könnte insoweit über eine Konkretisierung der Regeln der Technik für den Betrieb der Mittelspannungsleitungen i.S.v. § 49 Abs. 1 EnWG hinausgehen, wenn man annimmt, dass die Verpflichtung zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Betriebs nach § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG prinzipiell gerade keine Verpflichtung zur Nachrüstung der bestehenden Anlage begründen könne. Jedenfalls ein solcher grundsätzlicher Ausschluss von Nachrüstungsverlangen nach § 49 Abs. 1 EnWG überzeugt jedoch, wie noch näher dargelegt wird,

Vgl. unten unter III. 1. a. bb.

nicht. Auch insoweit erscheint die VDE-Anwendungsregel als eine Konkretisierung auch der für § 49 Abs. 1 EnWG anzuwendenden allgemein anerkannten technischen Regeln.

Schließlich könnten wegen des Vorbehalts zugunsten sonstiger Rechtsvorschriften in § 49 Abs. 1 S. 2 EnWG Bedenken insoweit bestehen, wie die spezielle Regelung des § 41 S. 1 und 2 BNatSchG der Heranziehung der durch die VDE-Anwendungsregel konkretisierten allgemein anerkannten Regeln der Technik inhaltlich entgegenstünde.

Das könnte dann der Fall sein, wenn die VDE-Anwendungsregel eine nicht zulässige inhaltliche Abweichung von der gesetzlichen Verpflichtung nach § 41 S. 1 und 2 BNatSchG aufwiese. Eine inhaltliche Abweichung wird vereinzelt angenommen, soweit die VDE-Anwendungsregel sog. Hilfskonstruktionen mit kürzerer Lebensdauer zum Vogelschutz nicht zulässt.

Kautz, Vogelschutz an Energiefreileitungen gemäß § 41 BNatSchG, NuR 2015, 80 (86).

Selbst wenn man aber annimmt, § 41 S. 1 und 2 BNatSchG lasse auch sog. Hilfskonstruktionen zu, dürfte die gesetzliche Regelung einer technischen Regel, die insofern weitergehende Anforderungen mit Blick auf die Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zur Gewährleistung der technischen Sicherheit nach § 49 Abs. 1 EnWG stellt, nicht entgegenstehen.

Die Annahme des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, dass die VDE-Anwendungsregel „Vogelschutz an Mittelspannungsfreileitungen“ technische Regeln im Sinne von § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG aufstellt, erscheint danach gut begründet.

bb. Die Vermutungswirkung als Rechtsfolge

Daran anschließend stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen der Anerkennung als technisches Regelwerk i.S.v. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG mit Blick auf die Verbindlichkeit dieser VDE-Anwendungsregel.

Sie verleiht diesem Regelwerk nicht die Qualität einer staatlichen Rechtsnorm mit unmittelbarer Verbindlichkeit insbesondere für die Netzbetreiber.

Vgl. van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 45.

Es wird auch durch das EnWG keine Fiktion oder unwiderlegliche Vermutung begründet, wonach die Einhaltung der VDE-Anwendungsregel mit der Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und der Gewährleistung der technischen Sicherheit von Energieanlagen gleichzusetzen wäre. Vielmehr beschränkt § 49 Abs. 2 S. 1 EnWG sich darauf anzuordnen, dass im Falle der Einhaltung der technischen Regeln des VDE die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik i.S.v. § 49 Abs. 1 S. 2 EnWG und damit dann auch die von § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG geforderte Gewährleistung der technischen Sicherheit vermutet wird. Damit wird gesetzlich eine widerlegbare Vermutung zugunsten der technischen Regelwerke angeordnet. Werden die technischen Regeln der VDE-Anwendungsregel „Vogel-

schutz an Mittelspannungsfreileitungen“ beachtet, wird also widerleglich vermutet, dass bei der Errichtung und dem Betrieb von Mittelspannungsleitungen die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten sind und die technische Sicherheit gewährleistet ist, soweit es um den Schutz von Vögeln vor Stromschlag an Mittelspannungsleitungen geht.

Die gesetzlich angeordnete widerlegliche Vermutungswirkung lässt grundsätzlich Abweichungen in zwei Richtungen zu. Einerseits kann u.U. geltend gemacht werden, dass eine konkrete technische Regel veraltet, technisch überholt oder aus anderen Gründen sicherheitstechnisch unzulänglich sei, so dass abweichende, weitergehende Sicherheitsanforderungen zu stellen sind; unter diesen Voraussetzungen können gestützt auf die gesetzliche Grundlage des § 49 Abs. 1 EnWG u.U. auch von den Vorgaben der VDE-Anwendungsregel abweichende, über diese hinausgehende Sicherheitsanforderungen verlangt werden. Andererseits kann – seitens der Netzbetreiber – von dem technischen Regelwerk abgewichen werden, wenn die gleiche Sicherheit auf andere Weise gewährleistet wird.

van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, *Energierrecht* (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 33; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 8.

Letzteres kann grundsätzlich vor allem in – in vorliegendem Zusammenhang allerdings praktisch wohl kaum relevanten – atypischen Situationen in Betracht kommen, die nicht unter pauschaler Heranziehung des einschlägigen technischen Regelwerks, sondern in spezieller Weise zu bewältigen sind.

Büdenbender, *EnWG*, 2003, § 16 Rn. 13; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 8.

In diesen Fällen ist die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik unabhängig von dem jeweiligen technischen Regelwerk zu prüfen.

Die gesetzlich angeordnete Vermutungswirkung entfaltet damit ihre – praktisch hoch einzuschätzende – Bedeutung vor allem in der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Wer sich darauf beruft, dass das technische Regelwerk nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspreche, muss dies darlegen und erforderlichenfalls auch beweisen.

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 8; Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), *Energierrecht*, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 31.

So liegt die Darlegungs- und Beweislast beim Netzbetreiber, wenn er Anforderungen der VDE-Anwendungsregel nicht befolgt, und bei der jeweiligen Aufsichtsbehörde, wenn sie ungeachtet der Beachtung der VDE-Anwendungsregel durch den Netzbetreiber abweichende, weitergehende Sicherheitsanforderungen aufstellt.

cc. Verfassungsrechtliche Beurteilung

In der gesetzlichen Verweisung auf Regelwerke privater Verbände liegt grundsätzlich eine – in verschiedenen, insbesondere demokratischen und rechtsstaatlichen Hinsichten erörterungswürdige – verfassungsrechtliche Problematik. Die in § 49 Abs. 2 S. 1 EnWG gewählte Regelungstechnik, zur Konkretisierung von gesetzlich – wenn auch mit unbestimmten Rechtsbegriffen – definierten Sicherheitsanforderungen mit widerleglicher Vermutungswirkung dynamisch auf Regelwerke sachverständiger, pluralistisch besetzter privater Verbände zu verweisen, gilt jedoch als verfassungsrechtlich unbedenklich.

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 7; van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 31, 47.

2. Behördliche Kontrolle

a. Präventive Kontrolle

Die gesetzlich begründeten und durch die VDE-Anwendungsregel konkretisierten Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von Mittelspannungsleitungen können ggf. bereits Voraussetzung für die Erteilung einer erforderlichen Errichtungsgenehmigung sein.

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 4, unter Hinweis auf OVG Bautzen, B. v. 23. Juli 2010, 4 B 444/09, Rn. 81 ff. (juris); OVG Lüneburg, B. v. 29. Juni 2011, 7 MS 73/11, Rn. 36 ff. (juris), jeweils Planfeststellungsverfahren zu Gasfernleitungen betreffend.

Mittelspannungsleitungen bedürfen allerdings energiewirtschaftsrechtlich keiner Errichtungsgenehmigung; sie unterfallen – anders als Hochspannungsleitungen – nicht dem Planfeststellungserfordernis nach § 43 EnWG.

Das Genehmigungserfordernis für die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes nach § 4 EnWG stellt kein netzbezogenes Genehmigungserfordernis dar, sondern dient allein der Überprüfung personen- bzw. unter-

nehmensbezogener Versagungsgründe; vgl. Faßbender/Becker, in: Posser/Faßbender (Hrsg.), Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau, 2013, Kap. 2 Rn. 14.

Ob sie einer Baugenehmigung bedürfen, ist von den Bauordnungsgesetzen der Länder abhängig und dort nicht ganz einheitlich geregelt. Anders als die Leitungen im engeren Sinne sind die hier interessierenden Masten einschließlich ihrer Sockel und Fundamente zwar bauliche Anlagen im bauordnungsrechtlichen Sinne. Die nordrhein-westfälische Landesbauordnung nimmt sie jedoch ausdrücklich vom Anwendungsbereich aus,

§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BauO NRW: „Dieses Gesetz gilt nicht für ... 3. Leitungen, die der öffentlichen Versorgung mit ... Elektrizität dienen, einschließlich ihrer Masten ...“

und die anderen Landesbauordnungen ordnen sie typischerweise den verfahrensfreien Vorhaben zu; somit müssen sie zwar auch baurechtlich den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften genügen, bedürfen jedoch keiner förmlichen Baugenehmigung,

Hermes/Kupfer, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 43 Rn. 12d, unter Verweis auf die Musterbauordnung; Faßbender/Becker, in: Posser/Faßbender (Hrsg.), Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau, 2013, Kap. 2 Rn. 75.

so dass auch keine präventive Kontrolle im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens stattfindet. Insgesamt wird angenommen, dass Mittelspannungsleitungen meist vollständig von Genehmigungserfordernissen freigestellt sind.

Pleiner, Überplanung von Infrastruktur, 2016, S. 321.

Jedenfalls sind andere einschlägige Genehmigungsverfahren, in deren Rahmen – wie im Baugenehmigungsverfahren – umfassend geprüft würde, ob das Vorhaben mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften einschließlich der §§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG, 49 Abs. 1 und 2 EnWG vereinbar ist, nicht ersichtlich.

Faßbender/Becker, in: Posser/Faßbender (Hrsg.), Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau, 2013, Kap. 2 Rn. 14. Vgl. auch Wagner/Faßbender/Gläß, ebd., Kap. 7 Rn. 152, zu dem Ausnahmefall, dass das Energieleitungsvorhaben einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung bedarf, weil dann nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG auch die Vereinbarkeit mit anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen zu prüfen ist.

b. *Repressive Kontrolle*

Der Schwerpunkt der Kontrolle von Mittelspannungsleitungsbauten liegt danach in der repressiven Kontrolle, also bei dem nachträglichen behördlichen Überprüfen und ggf. Einschreiten.

Pleiner, Überplanung von Infrastruktur, 2016, S. 321.

aa. §§ 3 Abs. 2, 41 S. 1 und 2 BNatSchG

§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG beschränkt sich allerdings darauf, materiellrechtliche Pflichten zu etablieren; eine Ermächtigungsgrundlage für konkrete Anordnungen im Einzelfall ist der Norm nicht zu entnehmen.

Sanden, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (84. EL Juli 2017), § 41 BNatSchG Rn. 19; Appel, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 41 Rn. 22.

Ob die materiellrechtlichen Verpflichtungen des § 41 S. 1 und 2 BNatSchG deshalb naturschutzrechtlich gar nicht durch konkrete Maßnahmen um- und durchsetzbar sind, wird nicht ganz einheitlich beurteilt. Während einzelne Literaturstimmen wohl so zu verstehen sind,

Vgl. Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 41 Rn. 11, wo auf das Landesordnungsrecht verwiesen wird; Appel, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 41 Rn. 22.

gehen andere Stimmen – überzeugender – davon aus, dass der Auffangtatbestand des § 3 Abs. 2 BNatSchG eine auch insoweit anwendbare Befugnisnorm darstellt.

Faßbender/Gläß, in: Posser/Faßbender (Hrsg.), Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau, 2013, Kap. 10 Rn. 185; Kautz, Vogelschutz an Energiefreileitungen gemäß § 41 BNatSchG, NuR 2015, 80 (86), m.w.N.; Gläß, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht (45. Edition, Stand: 01.12.2017), BNatSchG § 41 Rn. 13.

Nach § 3 Abs. 2 BNatSchG überwachen die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften, und sie treffen nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen, um deren Einhaltung sicherzustellen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Als Maßnahmen kommen neben Re-akten und vertraglichen Vereinbarungen unter anderem und insbesondere auch ge-

gen die für den Verstoß Verantwortlichen gerichtete Verwaltungsakte (Ordnungsverfügungen) in Betracht.

Frenz/Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 33.

Wenn tatbestandlich ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 41 S. 1 und 2 BNatSchG vorliegt, wenn also Mittelspannungsleitungen Sicherheitsmängel im Hinblick auf den Vogelschutz aufweisen, hat die zuständige Naturschutzbehörde nach § 3 Abs. 2 BNatSchG Ermessen hinsichtlich des Ob und des Wie eines Einschreitens gegen den Netzbetreiber. Dieses Ermessen ist nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen (§ 40 Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVfG]) pflichtgemäß und entsprechend dem Zweck der Ermächtigung, hier namentlich mit Blick auf die Zielsetzungen des § 1 BNatSchG

Kerkmann/Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 23.

und ausgerichtet an der Effektivität der Gefahrenbekämpfung

Frenz/Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 38.

auszuüben. Daraus wird abgeleitet, dass das Ermessen in der Regel auf Null reduziert und ein Einschreiten geboten ist, wenn ein besonders schwerer Verstoß bzw. immenser Schaden zu erwarten ist.

Frenz/Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 39; Kerkmann/Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 25.

Eine solche Verengung auf eine Pflicht zum Einschreiten wird man – auch im Lichte des gegenüber den Netzbetreibern zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – wegen drohender Schäden für Vögel wohl nur im Einzelfall in Abhängigkeit vom Ausmaß der Sicherheitsmängel einerseits, vom nötigen Aufwand zu deren Behebung andererseits annehmen können. Eine Verengung des der Behörde grundsätzlich zustehenden Ermessens, ggf. eine Ermessensreduktion auf Null kann jedoch insbesondere aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und dem daraus abzuleitenden Gebot der Gleichförmigkeit der Gesetzesanwendung folgen.

Kerkmann/Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 27.

Deshalb wird die Behörde bei ihrer Ermessensausübung die Gleichbehandlung der Netzbetreiber, die bei der Schaffung einer bundeseinheitlichen gesetzlichen Regelung zum Vogelschutz an Mittelspannungsleitungen ein wichtiges Anliegen war,

Vgl. BT-Drs. 14/7490, S. 54: „Eine bundeseinheitliche Regelung ist erforderlich, weil eine Regelung durch die Länder zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen bei den länderübergreifend tätig werdenden Energieversorgungsunternehmen führen würde.“

beachten müssen. Das verlangt nicht notwendig ein zeitgleiches flächendeckendes Vorgehen, sondern kann u.U. Prioritätensetzungen oder Beschränkungen auf besonders dringliche Fälle oder Musterfälle zulassen.

Kerkmann/Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 27.

Die Behörde wird aber nicht ohne sachlichen Grund einzelne, insoweit rechtswidrig handelnde Netzbetreiber, denen sie damit im Verhältnis zu ihren gesetzestreu agierenden Konkurrenten einen unverdienten Wettbewerbsvorteil zukommen lassen würde, verschonen dürfen. Im Übrigen bleibt als Ermessensbeschränkung – wie schon erwähnt – der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten; er verlangt insbesondere, dass die gegen den Netzbetreiber gerichtete Maßnahme nicht zu einem Nachteil führt, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

Frenz/Hendrichske, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 40.

Dabei dürfte die generelle Angemessenheit von Maßnahmen, die in der VDE-Anwendungsregel vorgesehen sind, von den Behörden kaum in Zweifel gezogen werden können, so dass insoweit allenfalls Einzelfallgesichtspunkte noch eine Rolle spielen können.

bb. § 49 EnWG

Daneben stellt auch das EnWG ein geeignetes Instrumentarium bereit, das auf die Sicherstellung der Anforderungen an die technische Sicherheit von Energieanlagen i.S.v. § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG bezogen ist und nach den vorangegangenen Überlegungen auch auf den in § 41 BNatSchG noch besonders geregelten, aber auch von § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG erfassten Aspekt des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen Anwendung finden könnte. Grundsätzlich gelten Doppelzuständigkeiten von Naturschutz- und anderen Fachbehörden als nicht ausgeschlossen.

Vgl. VGH Kassel, B. v. 20. Dez. 1999, 4 TG 4637/98, Rn. 9 (juris); Kerkmann/Krohn, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 3 Rn. 11,

41 (insbes. zum Verhältnis von Naturschutz- und Bauaufsichtsbehörden); Frenz/Hendrichke, in: in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 28.

Auch eine neben die Zuständigkeit der Naturschutzbehörden tretende Zuständigkeit der für Maßnahmen nach § 49 EnWG zuständigen Behörden erscheint danach an­gängig.

Zuständig sind insoweit nicht die Regulierungsbehörden, also die Bundesnetzagentur bzw. die Landesregulierungsbehörden, deren allgemeine Zuständigkeit in § 54 EnWG geregelt ist, da es eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.v. § 54 Abs. 3 EnWG in Gestalt von § 49 Abs. 5 EnWG gibt. Nach dieser Bestimmung kann die nach Landesrecht zuständige Behörde, die sog. Energieaufsichtsbehörde, im Einzel­fall die zur Sicherstellung der Anforderungen an die technische Sicherheit von Ener­gieanlagen erforderlichen Maßnahmen treffen.

Zur landesrechtlichen Bestimmung der Energieaufsichtsbehörden vgl. van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 85: „Faktisch ist die Energieaufsicht in vielen Bundesländern den Wirtschaftsministerien zugeordnet, vereinzelt auch den Umwelt-, Finanz- oder anderen Ressorts. Lediglich in Baden-Württemberg wird die Aufgabe im Wesentlichen von einer Landesbehörde, dem Landesgewerbeamt, wahrge­nommen.“

Die effiziente Wahrnehmung dieser in § 49 Abs. 5 EnWG begründeten Aufgabe der Energieaufsichtsbehörden, die in vielen Fällen nicht ohne weiteres über die nötigen Informationen verfügen werden, wird durch ergänzende Rechte begünstigt. § 49 Abs. 6 EnWG begründet eine Verpflichtung von Energieanlagenbetreibern zur Ertei­lung von Auskünften über technische und wirtschaftliche Verhältnisse, die zur Wahrnehmung dieser behördlichen Aufgabe erforderlich sind. Darüber hinaus haben die Landesbehörden nach § 49 Abs. 7 EnWG das Recht, Betriebsgrundstücke, Ge­schäftsräume und Einrichtungen der Betreiber von Energieanlagen zu betreten, dort Prüfungen vorzunehmen sowie die geschäftlichen und betrieblichen Unterlagen der Betreiber von Energieanlagen einzusehen, soweit dies zur Wahrnehmung der Aufga­ben nach § 49 Abs. 5 EnWG erforderlich ist. Das Prüfungsrecht eröffnet den Lan­desbehörden die Möglichkeit zu erstmaligen, erneuten oder auch wiederkehrenden Kontrollen der technischen Sicherheit von Energieanlagen; sie dürfen die Anlagen in Augenschein nehmen, abschreiten und einfach anwendbare Untersuchungen durch­führen.

Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), Energierecht, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 71, wo exemplarisch Sichtprüfungen, Klopftests, Ultraschallprüfungen genannt werden.

Gibt es hinreichende Anzeichen für Verstöße gegen Anforderungen an die technische Sicherheit, kann die Energieaufsichtsbehörde Maßnahmen nach § 49 Abs. 5 EnWG ergreifen. Dabei handelt es sich um eine generalklauselartige Ermächtigungsgrundlage, auf die die Behörde Realakte, vor allem aber auch an die Netzbetreiber gerichtete Verwaltungsakte stützen kann.

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 13; Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), Energierecht, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 63.

Wie nach § 3 Abs. 2 i.V.m. § 41 BNatSchG haben die zuständigen Behörden auch nach § 49 Abs. 5 EnWG, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschriften erfüllt sind, wenn also Mittelspannungsleitungen Sicherheitsmängel im Hinblick auf den Vogelschutz aufweisen, Ermessen hinsichtlich des Ob und des Wie eines Einschreitens gegen den Netzbetreiber.

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 14; Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), Energierecht, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 63.

Hinsichtlich der Vorgaben für die pflichtgemäße, dem Zweck der Ermächtigung entsprechende Ausübung des Ermessens dürften sich kaum Unterschiede zwischen den beiden Rechtsgrundlagen

Vgl. zu § 3 Abs. 2 i.V.m. § 41 BNatSchG oben unter III. 1. a. aa.

ergeben. Bezüglich § 49 Abs. 5 EnWG ist zu berücksichtigen, dass es um ein Tätigwerden zum Zweck der Gefahrenvorsorge und Gefahrenabwehr geht.

Säcker/König, in: Säcker (Hrsg.), Energierecht, Bd. 1 Halbbd. 2, 3. Aufl. 2014, § 49 EnWG Rn. 63.

Daraus wird abgeleitet, dass im Regelfall das Ermessen auf Null reduziert und ein Einschreiten geboten ist, wenn auf Grund von Sicherheitsmängeln erhebliche Schäden insbesondere für Mitarbeiter oder die Allgemeinheit zu befürchten sind.

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 14.

Eine solche Verengung auf eine Pflicht zum Einschreiten wird man auch hier wegen drohender Schäden für Vögel wohl nur im Einzelfall in Abhängigkeit vom Ausmaß der Sicherheitsmängel einerseits, vom nötigen Aufwand zu deren Behebung andererseits annehmen können. Im Übrigen ist auch hier die gebotene Gleichbehandlung der Netzbetreiber von hervorgehobener Bedeutung.

III. Insbesondere: Nachrüstung bestehender Mittelspannungsleitungen

Eine vertiefte Betrachtung verdient die Heranziehung der rechtlichen Regelungen zur Gewährleistung des Vogelschutzes, soweit darauf das Verlangen gestützt wird, bestehende Mittelspannungsleitungen nachzurüsten.

1. Einfachrechtliche Rechtslage

a. Gesetzliche Grundlagen für Nachrüstungsverlangen

Zunächst ist noch einmal genauer der Frage nachzugehen, ob und inwieweit die einfachgesetzlichen Rechtsgrundlagen ein solches Verlangen stützen.

aa. § 41 S. 1 und 2 BNatSchG

Für das Naturschutzrecht ist das eindeutig zu beantworten.

Schon der am 4. April 2002 in Kraft getretene § 53 S. 1 BNatSchG a.F. hatte ebenso wie der nachfolgende, heute geltende § 41 S. 1 BNatSchG verlangt, dass neu zu errichtende Masten und technische Bauteile von Mittelspannungsleitungen konstruktiv vogelsicher auszuführen sind. Seit 2002, nach Inkrafttreten von § 53 S. 1 BNatSchG a.F. errichtete Mittelspannungsleitungen, die nicht den Anforderungen an den Vogelschutz genügen, verstoßen gegen diese gesetzliche Pflicht. Hiergegen kann durch – im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen stehende – behördliche Anordnungen nach § 41 S. 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 BNatSchG vorgegangen werden.

Weiterhin hatte schon § 53 S. 1 BNatSchG a.F. ausdrücklich vorgesehen, dass an bestehenden Masten und technischen Bauteilen von Mittelspannungsleitungen mit hoher Gefährdung von Vögeln innerhalb von 10 Jahren die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung gegen Stromschlag durchzuführen sind.

Vgl. BT-Drs. 14/6378, S. 57, dazu, dass die Nachrüstungsverpflichtung bestehender unzureichend gesicherter Energieanlagen schon damals ein Schwerpunkt der Regelung war.

Die Nachfolgeregelung in § 41 S. 2 BNatSchG trifft die wortgleiche Anordnung nunmehr für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2012. Nach dieser gesetzlichen Vorgabe müssen an allen vor Inkrafttreten von § 53 BNatSchG a.F. errichteten Mittelspannungsleitungen mit Ablauf dieser Übergangsfrist die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung gegen Stromschlag durchgeführt sein. Für bislang säumige Betreiber von alten Mittelspannungsanlagen mit einem hohen Gefährdungspotential

Zur verbleibenden Bedeutung von § 41 S. 2 BnatSchG nur noch für „Nachzügler“ vgl. Schütte/Gerbig, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 41 Rn. 8.

besteht jedenfalls seit dem 1. Januar 2013 naturschutzrechtlich eine aktuelle Nachrüstungspflicht, die ggf. auch durch eine – im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen stehende – behördliche Anordnung konkretisiert und durchgesetzt werden kann.

bb. § 49 Abs. 1, 2 EnWG

Ob und inwieweit auch § 49 Abs. 1 und 2 EnWG zu einer Nachrüstung bestehender Anlagen verpflichtet, ist nicht abschließend geklärt. Nach der insoweit maßgeblichen Vorgabe des § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG sind Energieanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist. Die Verpflichtung zur Gewährleistung der technischen Sicherheit besteht somit sowohl bei der Errichtung als auch bei dem Betrieb, d.h. ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme bis zu der Außerbetriebnahme.

Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 5b.

Dabei stellt sich die – bislang in der Literatur nicht einheitlich und klar beantwortete – Frage, ob die Anlage als solche nur zum Zeitpunkt der Errichtung den Anforderungen an die technische Sicherheit genügen muss oder ob die Verpflichtung zur dauerhaften Gewährleistung der technischen Sicherheit des Betriebs auch die Pflicht zu Nachrüstungen von Altanlagen einschließt. Eine sehr enge Position will die Sicherheitsanforderungen an den Betrieb prinzipiell trennen von den Anforderungen an die Beschaffenheit der Anlage, so dass die Anforderungen an den Betrieb allein von dem vorhandenen Anlagenbestand auszugehen hätten.

van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 16.

Diese Annahme erscheint zu restriktiv. Schon der Umstand, dass die Abgrenzung zwischen Anpassungen des Betriebs und Nachrüstungen der Anlage schwierig und

kaum trennscharf möglich ist, spricht dagegen, dass § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG in dieser Weise sachlich zwischen Errichtung und Betrieb von Anlagen unterscheiden will. Überzeugender ist die Auslegung, dass Errichtung und Betrieb hier nicht sachlich, sondern zeitlich in dem Sinne unterschieden werden, dass die technische Sicherheit auch im Betrieb, d.h. für die Dauer des Betriebs gefordert wird.

Grundsätzlich in diesem Sinne Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 5b f.

Grundsätzlich kann danach § 49 Abs. 1 EnWG auch die Grundlage dafür sein, Nachrüstungen der Energieanlagen zur Gewährleistung der technischen Sicherheit für die Dauer ihres Betriebs einzufordern. Dies kann jedenfalls tatbestandlich auch nicht in der Weise eingeschränkt werden, dass mit Rücksicht auf den Bestandsschutz unmittelbar und allein aus § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG keine Verpflichtung zur Nachrüstung von Anlagen gefolgert und eine solche hierauf nur gestützt werden können soll, wenn eine entsprechende Selbstbindung der technischen Normungsgremien besteht;

Grundsätzlich in diesem Sinne Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 5c.

allenfalls bei der behördlichen Durchsetzung im Einzelfall durch Verfügungen nach § 49 Abs. 5 EnWG werden im Rahmen des dort eingeräumten, pflichtgemäß auszuübenden Ermessens möglicherweise Bestandsschutz- oder Vertrauensschutzaspekte einschränkend Beachtung finden können.

Vgl. dazu unten unter III. 2. b. bb.

b. Regelmäßiges Fehlen entgegenstehender bestandskräftiger Genehmigungen

Ein Schutz gegen spätere Nachrüstungsverlangen könnte auf einfachrechtlicher Ebene gegeben sein, wenn Mittelspannungsleitungen baurechtlich oder anderweitig genehmigt wären. Diese Genehmigungen würden dann mit Eintritt ihrer Unanfechtbarkeit bestandskräftig und damit nach Maßgabe ihres jeweiligen Prüfprogramms verbindlich die Rechtmäßigkeit der Anlagen regeln, d.h. die bestehenden Anlagen insoweit legalisieren; diese Legalisierungswirkung ließe sich dann nur noch durch die Aufhebung der Genehmigung, d.h. durch Rücknahme oder Widerruf gemäß §§ 48, 49 VwVfG beseitigen, was nach Maßgabe von §§ 48 Abs. 3, 49 Abs. 5 VwVfG den Ausgleich des Vertrauensschadens bedingt.

Wie dargestellt ist die Errichtung von Mittelspannungsleitungen einschließlich der Masten jedoch regelmäßig nicht genehmigungsbedürftig und daher auch nicht genehmigungsfähig.

Vgl. dazu oben unter II. 2. a.

Es bestehen regelmäßig also keine Genehmigungen, die als Verwaltungsakte in Bestandskraft erwachsen und kraft ihrer Legalisierungswirkung vorbehaltlich ihrer Aufhebung künftigen Nachrüstungsverlangen entgegengehalten werden könnten.

2. Reichweite verfassungsrechtlichen Bestands- und Vertrauensschutzes

Damit tritt die Frage auf, ob und inwieweit einem solchen Verlangen – wie verschiedentlich angenommen –

Vgl. van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 15; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 5c; Gläß, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht (45. Edition, Stand: 01.12.2017), BNatSchG § 41 Rn. 11.

grundrechtlich begründeter Bestands- oder Vertrauensschutz beschränkend entgegengehalten werden kann.

a. Kein unmittelbarer Bestandsschutz durch Art. 14 GG

Ein auf den grundrechtlichen Eigentumsschutz der bestehenden Anlagen gestützter, unmittelbar aus Art. 14 GG ableitbarer Bestandsschutz, der sich ohne weiteres auch gegen abweichende einfachgesetzliche Regelungen durchsetzt, besteht jedoch nicht. Welche Rechtsposition ein Eigentümer zu einem bestimmten Zeitpunkt konkret hat, ergibt sich, wie aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG folgt und das Bundesverfassungsgericht klar formuliert hat, aus einer Zusammenschau der zu diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften.

BVerfGE 58, 300 (336).

Deshalb ist auch in baurechtlichem Kontext die Rechtsprechung von der früheren Annahme eines unmittelbar verfassungsrechtlich kraft Art. 14 GG gegebenen (aktiven) Bestandsschutzes

BVerwGE 72, 362 (363).

ausdrücklich abgerückt.

BVerwGE 84, 322 (334); 106, 228 (234).

Auch die aktuelle Rechtsposition der Eigentümer bestehender Mittelspannungsleitungen ergibt sich deshalb aus den einschlägigen derzeitigen einfachrechtlichen Regelungen einschließlich der §§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG, 49 Abs. 1 S. 1 EnWG.

b. Verfassungskonformität einfachgesetzlich begründeter Nachrüstungspflichten

Allerdings müssen diese das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum inhaltlich ausgestaltenden einfachgesetzlichen Regelungen und deren Anwendung im Einzelfall ihrerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, die sich aus Art. 14 Abs. 1 und 2 GG ergeben.

aa. Verfassungsmäßigkeit von §§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG und § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG
Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt als Bestandsgarantie die konkrete, nach der gegebenen Rechtslage begründete Befugnis in der Hand des einzelnen Berechtigten,

BVerfGE 51, 193 (220); 78, 58 (75).

schließt aber nicht aus, eine bisher eingeräumte rechtliche Position zu beseitigen oder zu beschränken.

BVerfGE 78, 58 (75).

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Eingriffs in bestehende Rechtspositionen durch eine Neuregelung soll sein, dass zunächst die Neuregelung als solche verfassungsmäßig ist und darüber hinaus der Eingriff in die nach früherem Recht entstandenen Rechte durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist; die Gründe des öffentlichen Interesses müssen dabei so schwerwiegend sein, dass sie Vorrang haben vor dem Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand seines durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Rechtsposition.

BVerfGE 83, 201 (212).

An diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen ist insbesondere die gesetzliche Regelung der Nachrüstungspflicht zunächst in § 53 S. 2 BNatSchG a.F. und jetzt in § 41 S. 2 BNatSchG, durch die eine nach der früheren Gesetzeslage begründete eigentumsrechtliche Position gesetzlich beschränkt worden ist, zu messen. Sie erscheint jedoch unbedenklich. Mit Blick auf die rechtfertigenden Gründe des öffentlichen Interesses ist nicht nur das öffentliche Interesse am Natur- bzw. Artenschutz,

hier am Vogelschutz allgemein mit seinem Gewicht einzustellen, sondern auch zu beachten, dass die Nachrüstungspflicht sich auf Mittelspannungsleitungen mit hoher Gefährdung von Vögeln beschränkt und dass weiterhin für das Ergreifen der notwendigen Maßnahmen Fristen von (knapp über) 10 Jahren bis zum 31. Dezember 2012 eingeräumt worden sind. Die Verfassungsmäßigkeit dieser gesetzlichen Vorgabe ist denn auch – soweit ersichtlich – nirgendwo in Frage gestellt worden.

Auch die Verfassungsmäßigkeit von § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG wird – soweit ersichtlich – nicht explizit bestritten. Mitunter wird unter Verweis auf den Bestandsschutz angenommen, dass die Norm eine Nachrüstung von Anlagen, die die zum Zeitpunkt ihrer Errichtung geltenden technischen Anforderungen erfüllt hat, nicht oder nur eingeschränkt fordern könne.

Vgl. van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 15 f.; Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 5a ff., der dies für den Fall relativiert, dass spätere technische Normen im Interesse eines höheren Sicherheitsniveaus einen Anpassungsbedarf auch für Altanlagen festschreiben.

Dieses Bedenken lässt jedoch die Verfassungsmäßigkeit der Norm als solcher unberührt; ihm kann auf der Ebene der Anwendung im Einzelfall durch auf § 49 Abs. 5 EnWG gestützte Verfügungen Rechnung getragen werden.

bb. Verfassungsmäßige Anwendung von §§ 41 S. 1 und 2 BNatSchG und § 39 Abs. 1 S. 1 EnWG

Wenn die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen als solche auch im Hinblick auf die Nachrüstung von Altanlagen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen, bleibt die Frage, inwieweit ihrer Anwendung, insbesondere ihrer Durchsetzung durch konkrete, auf § 3 Abs. 2 BNatSchG bzw. § 49 Abs. 5 EnWG gestützte Verfügungen verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Beide Ermächtigungsgrundlagen räumen den Behörden Ermessen ein, was sie insbesondere zur Beachtung der Verhältnismäßigkeit und ggf. von Bestands- oder Vertrauensschutz im Einzelfall verpflichtet.

Im Hinblick auf die Frage, inwieweit sie bei der pflichtgemäßen Ausübung dieses Ermessens auf Bestands- bzw. Vertrauensschutz, d.h. auf ein die Gründe des öffentlichen Interesses überwiegendes Vertrauen des Netzbetreibers auf den Fortbestand einer durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Rechtsposition Rücksicht nehmen müssten, ist zu differenzieren. Dass eine mit dem einfachen Recht in Einklang stehende, durch das einfache Recht geschützte Eigentumsposition nachträglich eingeschränkt werde, kann allein hinsichtlich vor dem Inkrafttreten von § 53 S. 2

BNatSchG a.F., also vor 2002 errichteter Mittelspannungsleitungen geltend gemacht werden, da bis dahin keine rechtliche Verpflichtung zur vogelsicheren konstruktiven Ausführung bestand.

Dabei sei hier vernachlässigt, dass bereits früher die Zweite Verordnung zur Durchführung des Energiewirtschaftsgesetzes Sicherheitsanforderungen gestellt hatte und dass seit 1998 § 16 Abs. 1 S. 1 EnWG a.F. generell, ohne spezifischen Bezug auf den Vogelschutz verlangt hat, dass Energieanlagen so zu errichten und zu betreiben sind, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist.

Dass § 53 S. 2 BNatSchG a.F. ungeachtet des schützenswerten Vertrauens auf den Fortbestand dieser rechtlichen Situation generell eine Nachrüstungsverpflichtung begründen durfte, ist soeben bereits dargelegt worden.

Vgl. oben unter III. 2. b. aa.

Ein gesteigerter Vertrauensschutz im Einzelfall wird sich auch nicht darauf stützen lassen, dass einzelne Netzbetreiber bereits vor dem Inkrafttreten von § 53 S. 2 BNatSchG a.F., etwa in Anlehnung an frühere Maßnahmenkataloge in technischen Regelwerken, bestimmte Vogelschutzmaßnahmen an ihren Mittelspannungsleitungen vorgenommen haben; ein rechtlich abgesichertes Vertrauen auf das Gelingen dieser Maßnahmen auch im Hinblick auf künftige gesetzliche Anforderungen bestand insoweit nicht. Unabhängig davon hängt die Verfassungsmäßigkeit des behördlichen Einschreitens davon ab, dass auch im jeweiligen Einzelfall die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist, d.h. insbesondere die öffentlichen Interessen überwiegen. Insofern wird es konkret auf das Ausmaß der Gefährdung, etwa mit Blick auf die konstruktive Ausführung oder die verbleibende Betriebsdauer, und die Zumutbarkeit des durch Nachrüstungsverlangen ggf. begründeten Aufwands ankommen. Vor dem Hintergrund, dass das Gesetz die Nachrüstung sämtlicher Altanlagen mit hohem Gefährdungspotential bis zum 31. Dezember 2012 verlangt, und angesichts des Umstandes, dass inzwischen über 15 Jahre seit der Einfügung von § 53 S. 2 BNatSchG a.F. und über 5 Jahre seit dem Ablauf der in § 41 S. 2 BNatSchG eingeräumten Nachrüstungsfrist vergangen sind, wird auch in dieser Konstellation allenfalls in Einzelfällen noch eine begrenzte Rücksichtnahme auf besonders hohe Belastungen in zeitlicher Hinsicht geboten sein können. Alle seit 2002 errichteten Mittelspannungsleitungen haben von Beginn an unter der einfachrechtlichen Verpflichtung zu einer konstruktiven Ausführung gestanden, die Vögel gegen Stromschlag schützt (§ 53 S. 1 BNatSchG a.F., § 41 S. 1 BNatSchG). Dieser rechtlichen Vorgabe haben sie aus heutiger Sicht regelmäßig, vorbehaltlich im Einzelfall gleichwertiger Lösungen, nur dann genügt, wenn sie die in der VDE-Anwendungsregel enthaltenen technischen Anforderungen erfüllt

haben. Haben sie dies nicht, können sich die Netzbetreiber insoweit nicht auf eine eigentumsrechtlich geschützte Position stützen.

Ein weitergehender Vertrauensschutz zugunsten der Netzeigentümer besteht nicht schon deshalb, weil ein den gesetzlichen Anforderungen an Vogelschutzmaßnahmen nicht genügender Zustand schon länger besteht, und zwar auch dann, wenn die zuständigen Behörden diesen rechtswidrigen Zustand kennen (sog. faktische oder passive Duldung).

Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1992, 546; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 122.

Eine andere Beurteilung kommt allenfalls in Betracht, sofern die zuständigen Behörden den Netzbetreibern gegenüber zu erkennen gegeben haben sollten, dass sie sich im Rahmen des ihnen zustehenden Ermessens in einem gewissen Rahmen mit dem ungenügenden, rechtswidrigen Stand der Vogelschutzmaßnahmen abzufinden gedenken. In der Rechtsprechung wird angesichts des Ausnahmecharakters und der weit reichenden Folgen jedoch verlangt, dass den entsprechenden Erklärungen der Behörde mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen ist, ob, in welchem Umfang und gegebenenfalls über welchen Zeitraum die Duldung des illegalen Zustands erfolgen soll; liegen diese Voraussetzungen einer sog. aktiven Duldung vor, kann daraus ein Vertrauenstatbestand erwachsen, der u.U. zur Unverhältnismäßigkeit nachfolgenden Einschreitens führen kann.

Vgl. zuletzt etwa OVG Münster, Urt. v. 20. April 2016, 7 A 1367/14, Tz. 35 (juris); B. v. 9. Mai 2017, 7 B 342/17, Tz. 9 (juris), zur aktiven Duldung bau-rechtswidriger Zustände.

Namentlich wo die zuständigen Behörden gegenüber einzelnen Netzbetreibern ihr Einverständnis mit bestimmten Prioritäten und Zeitplänen bezüglich der Behebung von Mängeln im Vogelschutz an Mittelspannungsleitungen erklärt haben, kann daraus u.U. die Unzulässigkeit eines hiervon abweichenden behördlichen Einschreitens folgen.

Vorbehaltlich dieser Ausnahmekonstellation einer sog. aktiven Duldung bleibt es hinsichtlich der seit 2002 errichteten Anlagen bei der bloßen Forderung nach Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Danach ist Voraussetzung für ein Einschreiten, dass die gegen den Netzbetreiber gerichtete Maßnahme nicht zu einem Nachteil führt, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

Vgl. bereits oben unter II. 2. b. aa. und bb.

Eine weitergehende Eingriffsbefugnis wird im Übrigen zu Recht für den Fall angenommen, dass ohnehin Erweiterungen, Umbauten oder Änderungen bestehender Anlagen oder abgrenzbarer Anlagenteile anstehen. Wenn aus diesem Grund der Eingriff mit wesentlich geringeren Kosten verbunden ist, sind Nachrüstungsverlangen zum Vogelschutz nach heute geltenden Standards verhältnismäßig;

Vgl. van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 15.

solchen Nachrüstungsverlangen wird ein schützenswertes Vertrauen oder Unverhältnismäßigkeit nicht entgegengehalten werden können.

IV. Zusammenfassung und abschließende Bewertung

Die Gewährleistung des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen, insbesondere des Schutzes von Vögeln vor dem sog. Stromtod, wirft in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – nicht umfassend geklärte Rechtsprobleme auf. Die vorliegende gutachtliche Stellungnahme kann insofern nicht durchweg auf ein gesichertes Fundament setzen. Die Rechtsprobleme beruhen vor allem darauf, dass – erstens – der Vogelschutz auf gesetzlicher Ebene potentiell Regelungsgegenstand sowohl des § 41 S. 1 und 2 BNatSchG als auch des § 49 Abs. 1 und 2 EnWG ist und dass – zweitens – der Vogelschutz ergänzend in der VDE-Anwendungsregel „Vogelschutz an Mittelspannungsfreileitungen“ als dem Regelwerk eines privaten Verbandes konkretisiert wird. Das führt zu Ungewissheiten in Bezug auf das Verhältnis der beiden gesetzlichen Regelungen und, damit zusammenhängend, die rechtliche Qualität der VDE-Anwendungsregel. Zudem wirft die Verpflichtung zur Nachrüstung bestehender Energieanlagen besondere Probleme auf. Vor diesem Hintergrund sind die in den vorstehenden Überlegungen entwickelten Ergebnisse unvermeidlich mit gewissen verbleibenden Unsicherheiten behaftet.

Es lässt sich jedoch gut begründen, dass die Gewährleistung des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen sowohl durch § 41 S. 1 und 2 BNatSchG als auch durch § 49 Abs. 1 und 2 EnWG geregelt wird und beide Normen nebeneinander anwendbar sind. Weiter kann man mit guten Gründen, in Übereinstimmung mit dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, annehmen, dass die – zunächst zu § 41 S. 1 und 2 BNatSchG beschlossene – VDE-Anwendungsregel zugleich technische Regeln im Sinne von § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EnWG aufstellt, so dass ihr die dort begründete Vermutungswirkung hinsichtlich der Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik bei der Gewährleistung der technischen Sicherheit der Mittelspannungsleitungen (§ 49 Abs. 1 EnWG) zukommt; das hat ins-

besondere zur Folge, dass Netzbetreibern die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten nach § 49 Abs. 1 EnWG obliegt, wenn sie die Anforderungen der VDE-Anwendungsregel nicht beachten. Schließlich dürften sowohl die nach Landesrecht zuständigen Naturschutzbehörden wie auch die landesrechtlich bestimmten Energieaufsichtsbehörden zur Kontrolle des Vogelschutzes an Mittelspannungsleitungen befugt sein; damit ist die Zuständigkeit einerseits der dem Naturschutz fachlich besonders nahestehenden, andererseits auch der allgemein mit der technischen Sicherheit der Energieanlagen befassten Behörden begründet. Die Zuständigkeit auch der Energieaufsichtsbehörden erscheint im Hinblick auf die Möglichkeit der Effektivierung des Vogelschutzes nicht zuletzt insofern bedeutsam, als ihnen insoweit dann auch die Auskunfts-, Betretungs-, Prüfungs- und Einsichtsrechte nach § 49 Abs. 6 und 7 EnWG zustehen. Stellen die Behörden Sicherheitsmängel im Hinblick auf den Vogelschutz fest, sind sie verpflichtet, das ihnen dann zustehende Ermessen pflichtgemäß, insbesondere auch gleichheitsgemäß gegenüber den Netzbetreibern auszuüben. Werden gegen Netzbetreiber Verfügungen zur Behebung von Sicherheitsmängeln im Vogelschutz an Mittelspannungsleitungen erlassen, sei es durch die Naturschutzbehörden nach § 3 Abs. 2 BNatSchG, sei es durch die Energieaufsichtsbehörden nach § 49 Abs. 5 EnWG, sind diese im Übrigen ggf. auch mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzbar.

Vgl. zu § 3 Abs. 2 BNatSchG Frenz/Hendrichke, in: Frenz/Müggenborg (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl. 2016, § 3 Rn. 36; zu § 9 Abs. 5 EnWG van Rienen/Wasser, in: Danner/Theobald, Energierecht (94. EL Juli 2017), § 49 EnWG Rn. 31, 47.

Diese Rechtsgrundlagen stützen insbesondere auch die Forderung, bestehende Mittelspannungsleitungen zum Schutz von Vögeln nachzurüsten. Eine solche Nachrüstung wird für vor dem Inkrafttreten von § 53 S. 2 BNatSchG a.F., also vor 2002 errichtete Mittelspannungsleitungen in § 53 S. 2 BNatSchG a.F., § 41 S. 2 BNatSchG ausdrücklich gesetzlich verlangt; für danach errichtete Mittelspannungsleitungen folgt die Verpflichtung zu einer eventuell nötigen Nachrüstung aus § 41 S. 1 BNatSchG, aber ggf. auch aus § 49 Abs. 1 S. 1 EnWG. Diese gesetzliche Nachrüstungsverpflichtung steht grundsätzlich in Einklang mit Art. 14 GG. Hinsichtlich vor 2002 errichteter Mittelspannungsleitungen liegt insoweit eine Beschränkung einer eigentumsrechtlich geschützten Position vor; hier wird es auch im fraglichen Einzelfall konkret auf das Ausmaß der Gefährdung, etwa mit Blick auf die konstruktive Ausführung oder die verbleibende Betriebsdauer, und die Zumutbarkeit des durch Nachrüstungsverlangen ggf. begründeten Aufwands ankommen, jedoch auch hier nur

in Einzelfällen noch eine begrenzte Rücksichtnahme auf besonders hohe Belastungen in zeitlicher Hinsicht geboten sein können. Ein darüber hinausgehender, die Unverhältnismäßigkeit nachfolgenden Einschreitens begründender Vertrauensschutz könnte allenfalls kraft sog. aktiver Duldung bestehen, wenn die Behörden mit hinreichender Deutlichkeit gegenüber einzelnen Netzbetreibern erklärt hätten, dass sie in bestimmtem Umfang und Zeitraum einen den gesetzlichen Anforderungen nicht genügenden Zustand hinzunehmen bereit sind. Ansonsten bleibt es bei der allgemeinen Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs; da die generelle Angemessenheit von Maßnahmen, die in der VDE-Anwendungsregel vorgesehen sind, von den Behörden kaum noch in Zweifel gezogen werden kann, wird insoweit nur noch mit Blick auf besondere Umstände des Einzelfalls darauf ankommen können, dass die gegen den Netzbetreiber gerichtete Maßnahme nicht zu einer Belastung führt, die zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Im Übrigen wird ein schützenswertes Vertrauen oder Unverhältnismäßigkeit nicht entgegengehalten werden können, wenn Nachrüstung zum Vogelschutz im Zusammenhang mit ohnehin anstehenden Erweiterungen, Umbauten oder Änderungen bestehender Anlagen oder abgrenzbarer Anlagenteile verlangt wird.

Bielefeld, den 30. Mai 2018

gez.: Prof. Dr. Joh. Hellermann