

Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting, Hanau*

Der Aufbau von LNG-Infrastruktur im Eiltempo durch das LNG-Beschleunigungsgesetz

I. Einleitung

Mit atemberaubender Geschwindigkeit hat der Gesetzgeber im Mai 2022 ein Gesetz zur Beschleunigung der Genehmigungs- und Vergabeverfahren bei der Errichtung von LNG-Infrastruktur auf den Weg gebracht. Damit die Diversifizierung der Gasversorgung gelingt, ist der schnelle Aufbau von Flüssiggas-terminals an Nord- und Ostsee eine essentielle Voraussetzung. Und „schnell“ bedeutet nicht nur eine exorbitante Beschleunigung der notwendigen Genehmigungsverfahren, sondern auch des tatsächlichen Bauens, was auch eine beschleunigte Vergabe der notwendigen Aufträge voraussetzt.

In rechttechnischer Hinsicht wurden alle Sondervorschriften zur Beschleunigung in einem eigenen Gesetz, dem „Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases (LNG-Beschleunigungsgesetz – LNKG)“ zusammengefasst. Dieses Gesetz ist kein Artikelgesetz, das die betroffenen Fachgesetze ändert, sondern ein „Maßgabengesetz“, das den Wortlaut der Fachgesetze unberührt lässt, für seinen Anwendungsbereich aber weitreichende Ausnahmen und Maßgaben für deren Anwendung bestimmt.

Der Gesetzentwurf wurde – auf der Grundlage einer vom Bundeskabinett beschlossenen „Formulierungshilfe“¹ – am 10.5.2022 aus der Mitte des Bundestages von den Koalitionsfraktionen eingebracht², bereits am 12.5.2022 in erster Lesung beraten und nach der Ausschussbefassung³ am 19.5.2022 im Bundestag mit den Stimmen der Regierungskoalition und der CDU/CSU-Fraktion beschlossen. Nach der Zustimmung des Bundesrates am 20.5.2022⁴ wurde es am 24.5.2022 ausgefertigt und am 31.5.2022 im Bundesgesetzblatt verkündet⁵. Einen Tag später, am 1.6.2022, ist es in Kraft getreten.

II. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist in § 2 LNKG exakt umgrenzt. Das Gesetz gilt nur für die Zulassung der in § 2 Abs. 1 LNKG bezeichneten Anlagen. Dies sind schwimmende Anlagen (Nr. 1) und landgebundene Anlagen (Nr. 2), die der Einfuhr, Entladung, Lagerung und Wiederverdampfung verflüssigten Erdgases dienen, ferner die zur Anbindung dieser Anlagen an die Gasversorgungsnetze erforderlichen Leitungen, die LNG-Anbindungsleitungen (Nr. 3). Umfasst sind ferner

Gewässerausbauten und Gewässerbenutzungen (Nr. 4) sowie Dampf- oder Wasserpipelines (Nr. 5).

Hinsichtlich der in Nr. 1 bis 3 bezeichneten Anlagen und Leitungen gelten die Privilegierungen des Gesetzes nur für die in der Anlage zu § 2 LNKG aufgelisteten Vorhabenstandorte. Das sind die Vorhaben in Brunsbüttel, Wilhelmshaven, Stade/Bützfleth, Hamburg/Moorburg, Rostock/Hafen und Lubmin.

§ 2 Abs. 3 LNKG erstreckt den Anwendungsbereich des Gesetzes über die Zulassungsverfahren hinaus auch auf die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen für die in § 2 Abs. 2 LNKG erfassten Vorhaben. Die vergaberechtlichen Erleichterungen sind von Bedeutung, weil die errichtenden Vorhabenträger, soweit nicht die öffentliche Hand selbst errichtet, als Sektorauftraggeber bei der Vergabe ihrer Aufträge Bestimmungen des 4. Teils des GWB und der SektVO einhalten müssen.

Die Übergangsregelung des § 13 LNKG stellt klar, dass die Vorschriften auch auf bei Inkrafttreten des Gesetzes begonnene, aber noch nicht abgeschlossene Zulassungsverfahren Anwendung finden. Das gilt nach § 13 Abs. 5 LNKG auch für begonnene, aber nicht abgeschlossene Vergabe- und Nachprüfungsverfahren.

Der Anwendungszeitraum des Gesetzes wird durch § 14 LNKG befristet. Die wesentlichen Bestimmungen des Gesetzes treten mit Ablauf des 30.6.2025 außer Kraft. Das gilt jedoch nicht für die vergaberechtlichen Privilegierungen des § 9 Abs. 2, 3 und 5 LNKG, die den Vergaberechtsschutz betreffen; der Gesetzgeber rechnet offenbar damit, dass Rechtsschutzverfahren auch

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei Otting Zinger in Hanau.

1 BMWK, Pressemitteilung vom 10.5.2022 „Bundeskabinett beschließt Formulierungshilfe zum LNG-Beschleunigungsgesetz, abrufbar unter www.bmwk.de

2 BT-Drs. 20/1742.

3 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie vom 18.5.2022, BT-Drs. 20/1889.

4 BR-Drs. 221/22 vom 20.5.2022.

5 BGBl. 2022 I, 802.

noch nach dem genannten Stichtag anhängig sein oder gemacht werden könnten.

III. Vereinfachung der Genehmigungsverfahren

Der Gesetzgeber stellt in § 3 LNGG das überragende öffentliche Interesse an der Errichtung dieser Anlagen, auch „im Interesse der öffentlichen Sicherheit“, fest. Die planfeststellungsrechtlich notwendige Planrechtfertigung steht damit außer Frage. Bei der im Zulassungsverfahren notwendigen Abwägung mit entgegenstehenden anderweitigen Belangen ist das hohe öffentliche Interesse, das der Gesetzgeber statuiert, nach dieser gesetzlichen Abwägungsdirektive kaum überwindbar. Kraft Gesetzes erhält der mit der Anlagenerrichtung verfolgte Zweck eine überragende Bedeutung.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist vor allem der nach § 4 LNGG mögliche Verzicht auf die Umweltverträglichkeitsprüfung von Bedeutung. Die UVP-Pflicht wird nicht kraft Gesetzes suspendiert. Die für die Zulassung zuständige Behörde hat zu prüfen, ob eine beschleunigte Zulassung des konkreten Vorhabens geeignet ist, einen relevanten Beitrag zu leisten, um eine Krise der Gasversorgung zu bewältigen oder abzuwenden. Die Entscheidung obliegt der zuständigen Behörde im Einzelfall. Der Gesetzgeber will ausweislich der Gesetzesbegründung damit den Ausnahmetatbestand des Art. 2 Abs. 4 der UVP-Richtlinie 2011/91/EU⁶ in nationales Recht umsetzen.⁷ Den nach dieser Ausnahmenvorschrift bei Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung zu wahren Mindeststandards der Öffentlichkeitsbeteiligung und der Umweltprüfung soll durch die ungeschmälernte Fortgeltung der materiellen fachrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen gemäß § 4 Abs. 3 LNGG und durch die in § 4 Abs. 4 LNGG geregelten Anforderungen an die Zugänglichkeit von Informationen für die Öffentlichkeit Rechnung getragen werden. § 4 Abs. 5 LNGG enthält den nach der Ausnahmenvorschrift der UVP-Richtlinie vorgesehenen Konsultationsmechanismus mit der EU-Kommission.

In §§ 5, 7 und 8 LNGG werden Fristen für Anhörung und Auslegung verkürzt. Planunterlagen müssen danach nur eine Woche öffentlich ausgelegt werden. Ein Erörterungstermin wird nur durchgeführt, wenn die Behörde ihn für zweckmäßig hält. Auch die Einwendungsfristen werden beschnitten. Einwendungen müssen binnen einer Woche schriftlich oder elektronisch gegenüber der zuständigen Behörde erhoben werden. Diese Kombination von verkürzter Auslegung und knapper Einwendungsfrist verkürzt wegen der Präklusion nicht fristgerecht erhobener Einwendungen den Rechtsschutz empfindlich. Die Vorschriften beziehen sich auf die Trägerverfahren für die Anlagenzulassung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (§ 5 LNGG), auf die von der BImSchG-Genehmigung nicht umfasst⁸ wasserrechtlichen Erlaubnisse und Bewilligungen und die Gewässerausbauten nach dem Wasserhaushaltsgesetz (§ 7 LNGG) und für Leitungen nach dem Energiewirtschaftsrecht (§ 8 LNGG). Die Anlagenzulassung nach dem BImSchG für die Anlagen nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 LNGG ist kraft § 5

Abs. 1 Nr. 4 LNGG mit der Maßgabe zu genehmigen, dass der Betrieb mit verflüssigtem Erdgas spätestens am 31. 12. 2043 einzustellen ist. Der Gesetzgeber rechnet ausweislich der Begründung damit, dass Erdgas zu diesem Zeitpunkt als Energieträger „nahezu vollständig ersetzt“ sein wird.⁹ Eine Genehmigung zum Weiterbetrieb kann nach § 5 Abs. 2 LNGG nur für einen Betrieb mit klimaneutralem Wasserstoff und Derivaten hiervon erteilt werden; dieser Absatz ist von der zeitlichen Befristung des Gesetzes nach § 14 LNGG ausdrücklich ausgenommen.

§ 7 Nr. 4 LNGG enthält für die Anwendung des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) über die verfahrensrechtlichen Vorgaben hinaus eine gesetzliche Normenwendungsrichtlinie. Der Gesetzgeber statuiert, dass mit der Regasifizierung verflüssigten Erdgases in der Regel keine schädlichen, auch durch den Erlass von Nebenbestimmungen nicht vermeidbaren oder nicht ausgleichbaren Gewässeränderungen im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG verbunden sind.

Bei der Anwendung des EnWG kann nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 LNGG schon nach Ablauf der Einwendungsfrist mit der vorzeitigen Besitzeinweisung begonnen werden, um den nach Nr. 4 unter erleichterten Bedingungen möglichen vorzeitigen Baubeginn zu gewährleisten. Betroffenen Grundstückseigentümern bleibt dementsprechend kaum die Möglichkeit, die Inanspruchnahme ihrer Grundstücke für den Leitungsbau zu verhindern oder zu verzögern.

Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen können nach § 6 LNGG abweichend von den sonst geltenden Regelungen des § 17 BNatSchG zeitlich nachgelagert umgesetzt werden.

Im Übrigen bleiben die materiellen Anforderungen des Naturschutzrechts aber unberührt. Das wird insbesondere für den auch durch Abwägung nicht überwindbaren Artenschutz gelten. Sofern artenschutzrechtlich eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erforderlich wird, ist diese herbeizuführen. Dabei hilft das in § 3 LNGG festgestellte überragende öffentliche Interesse, denn dieses rechtfertigt – einschließlich eines solchen Interesses sozialer oder wirtschaftlicher Art – nach § 45 Abs. 7 Nr. 6 BNatSchG eine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen des § 44 Abs. 1 BNatSchG.

Rechtsmittel werden in § 12 LNGG auf eine Instanz verkürzt. Das Bundesverwaltungsgericht wird hier einmal mehr zur Tatsacheninstanz.¹⁰ Rechtsmittel haben nach § 11 LNGG keine aufschiebende Wirkung. Ein Eilantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO,

6 ABl. EU Nr. L 26 vom 28. 1. 2021, S. 1.

7 BT-Drs. 20/1742, S. 18.

8 Vgl. § 13 BImSchG.

9 BT-Drs. 20/1742, S. 20.

10 So bereits nach § 5 Abs. 1 des Verkehrswegebeschleunigungsgesetzes.

der bei gesetzlicher Anordnung des Sofortvollzuges grundsätzlich nicht fristgebunden wäre, kann nach § 11 Abs. 1 Satz 2 LNGG nur innerhalb eines Monats nach Zustellung der Zulassungsentscheidung gestellt und er muss innerhalb dieser Frist auch begründet werden.

IV. Einschränkung des Vergaberechts

Die umfangreichen Regelungen zum Vergaberecht in § 9 LNGG, die mehr als zwei Seiten im Bundesgesetzblatt einnehmen, hätte der Gesetzgeber auch in einem Satz zusammenfassen können: „Vergaberecht soll keine Anwendung finden“.

Diesen radikalen Schritt geht das Gesetz in § 9 Abs. 4 LNGG aber nur für die Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte, für die das (Haushalts-)Vergaberecht einschließlich der VOB/A und der UVgO tatsächlich vollständig dispensiert wird. Freilich gilt das nur für die dem Bund zuzurechnenden Beschaffungsstellen.¹¹ Die Länder müssten, soweit Landesvergaberecht relevante Beschaffungen regelt, diesen Schritt normativ nachvollziehen.

Im Geltungsbereich der EU-Vergaberichtlinien werden die Spielräume des nationalen Gesetzgebers bis an die äußerste Grenze, vielleicht sogar darüber hinaus, ausgenutzt. Noch unbedenklich ist die Suspendierung des Grundsatzes der Losvergabe in § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 LNGG, ist doch der im deutschen Recht hochgehaltene „Mittelstandsschutz durch Losaufteilung“ ein nationalrechtlicher Zopf, der nicht auf europarechtlichen Vorgaben beruht und demgemäß auch europarechtlich unbedenklich zurückgestutzt werden kann. Deutlich weiter geht die kraft Gesetzes festgestellte Dringlichkeit nach § 9 Abs. 1 Nr. 7 LNGG, die damit in allen Vergaben ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb – *vulgo* eine freihändige Vergabe – und noch dazu auch Verhandlungen mit nur einem Bieter ermöglicht (§ 9 Abs. 1 Nr. 9 LNGG). Transparenzvorschriften wie die Bekanntmachung *ex ante* und auch die Vorinformationspflicht unterlegener Bieter entfallen vollständig, § 9 Abs. 1 Nr. 3 LNGG.

Der Vergaberechtsschutz wird ebenso empfindlich kuptiert. Rechtsfolge unterbliebener Ausschreibung ist nicht – wie sonst immer nach § 135 GWB – zwingend die Unwirksamkeit des Vertrages. Der Spruchkörper darf abwägen, ob das Interesse an seiner Aufrechterhaltung höher wiegt, § 9 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Das Ergebnis dieser Abwägung gibt das Gesetz schon vor: Das besondere Interesse rechtfertigt es in der Regel, die Wirkung des Vertrages aufrechtzuerhalten. Wenn ausnahmsweise doch die Nichtigkeit statuiert werden muss, dann nur *ex nunc*, § 9 Abs. 1 Nr. 5 LNGG.

Die ohnehin kurzen Entscheidungsfristen der Vergabekammer werden in § 9 Abs. 2 Nr. 2 LNGG nochmals verkürzt, auf drei Wochen mit nur einmaliger Verlängerungsmöglichkeit um maximal zwei Wochen. Auch die Beschwerdefrist wird verkürzt, auf eine Woche, § 9 Abs. 3 Nr. 2 LNGG.

Die vorzeitige Gestattung des Zuschlags – also der Entfall des Primärrechtsschutzes – wird ermöglicht, wobei die dafür notwendige Abwägung wiederum durch gesetzliche Wertung gesteuert wird, § 9 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 Nr. 4 LNGG.

V. Offene Fragen

Die Frage nach der Europarechtskonformität der umwelt- wie der vergaberechtlichen Regeln drängt sich auf. Es ist offen, ob die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe („Dringlichkeit“) und Ausnahmetatbestände (wie des Art. 2 Abs. 4 UVP-Richtlinie) durch den nationalen Gesetzgeber als ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie anzusehen ist. EU-Kommission¹² und EuGH¹³ sind hier in der Vergangenheit streng gewesen. Ob sich diese Strenge auch auf Sonderregelungen in der gegenwärtig drohenden Versorgungsnotlage erstrecken wird, mag indessen bezweifelt werden.

Fragen darf man auch, ob das Verfahrensrecht wirklich der limitierende Faktor bei der Verfahrensdauer ist. Oft ist die Dauer der Komplexität der Materie geschuldet. Auch bei einem Verzicht auf jedwedes Vergabeverfahren muss die zu beschaffende Leistung beschrieben und ein ihr gemäßer Preis verhandelt werden. Das Verfahrens- und Fristenregime des Vergaberechts enthält – wie die Anwendung während der Corona-Pandemie belegt – weitreichende systemimmanente Flexibilisierungsmöglichkeiten. Es ist daher bezweifelt worden, ob die sehr weitgehenden gesetzlichen Einschnitte erforderlich sind.¹⁴

Und schwierige Naturschutzprobleme verschwinden nicht durch den Verzicht auf ihre Überprüfung in einem geordneten Verfahren. Bei den LNG-Terminals besteht sicher die Besonderheit, dass Planungen der Vorhaben schon weit fortgeschritten waren, die Genehmigung wird nun im Turbogang beschleunigt. Lügen entsprechende Planungen noch nicht in der Schublade – bzw. auf dem Server – würde auch eine noch so weitgehende Verfahrenserleichterung nicht weiterhelfen. Das Gesetz taugt jedenfalls nicht als Blaupause für die Beschleunigung von Infrastrukturvorhaben, sondern ist der außerordentlichen Situation geschuldet, die der Entfall russischer Gaslieferungen und deren zeitnah notwendige Ersetzung mit sich bringen. Der Gesetzgeber hat damit eindrucksvoll dokumentiert, wozu er unter Zeitdruck in der Lage ist – jetzt müssen Behörden und Industrie „liefern“.

11 BT-Drs. 20/1742, S. 36.

12 Vgl. zur Umsetzung der Vergaberichtlinien das Aufforderungsschreiben vom 24.1.2019, in welchem die EU-Kommission die Präzisierung der Schwellenwertberechnung bei Planungsleistungen nach § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV beanstandet hat.

13 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-570/13, DVBl. 2015, 767 [zur Bestimmung der „betroffenen Öffentlichkeit“ durch den nationalen Gesetzgeber].

14 Etwa Leinemann, in: vergabeblog.de vom 23.5.2022, Nr. 49847.