Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Prof. Dr. Christian Calliess,* Berlin – *Dr. Josef Christ,* Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg,* Rechtsanwalt, Berlin – *Dr. Andreas Heusch,* Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Dr. Thomas Schröer,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

13 2020
Seite 1–12
39. Jahrgang
1. Juli 2020

Wiss. Ref. Dr. Boas Kümper*

Parallelführung von Planfeststellungs- und Enteignungsverfahren im Recht des Energieleitungsausbaus

Zu ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung

Das im Zuge der Energiewende im Jahre 2011 etablierte Energierecht hat mit dem „vorzeitigen Enteignungsverfahren" gem. § 45 b EnWG und § 27 II NABEG ein neuartiges enteignungsrechtliches Instrument geschaffen, das mit dem weiteren Voranschreiten des Energieleitungsausbaus voraussichtlich praktische Bedeutung erhalten wird. Seine Verfassungskonformität wurde in den vergangenen Jahren bereits kontrovers diskutiert. Der Beitrag möchte die Debatte ua um eine Perspektive ergänzen, welche an die enteignungsrechtliche Vorwirkung und die diesbezüglich formulierten verfassungsrechtlichen Anforderungen anknüpft.

I. Einleitung

Zur Verwirklichung von Energieleitungsvorhaben muss der Vorhabenträger regelmäßig auf fremde Grundstücke zugreifen. Kommt es nicht zu einer Einigung zwischen Vorhabenträger und Grundstücksberechtigtem, so lässt sich das Vorhaben allein im Wege der Enteignung umsetzen:[1] Das Eigentum (vgl. § 903 BGB) wird durch Hoheitsakt dem bisherigen Berechtigten entzogen und auf den Vorhabenträger übertragen; dies schließt die Übertragung des Besitzes (vgl. § 854 I BGB) ein. Grundsätzlich wird das Enteignungsverfahren erst im Anschluss an das für die in § 43 EnWG und § 18 NABEG genannten Energieleitungsvorhaben vorgeschriebene Planfeststellungsverfahren durchgeführt, was auch die Regelung zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses und der Plangenehmigung in § 45 I Nr. 1 EnWG anzeigt. Durch das im Zuge der Energiewende im Jahre 2011 neu geschaffene Recht des Energieleitungsausbaus wurden in § 45 b EnWG und § 27 II NABEG zwei in ihrer Grundstruktur vergleichbare Vorschriften zu einer Vorverlagerung der Entscheidung über die Enteignung eingeführt,[2] mit denen der Gesetzgeber eine frühzeitige und möglichst parallele Durchführung von Zulassungs- und Enteignungsverfahren erreichen möchte, welche zu einer Straffung des Gesamtverfahrens der Verwirklichung von Energieleitungsvorhaben führen soll.[3] Gemäß § 45 b S. 1 EnWG kann der Vorhabenträger verlangen, dass nach Abschluss des Anhörungsverfahrens (§ 43 a EnWG) ein vorzeitiges Enteignungsverfahren durchgeführt wird. Dabei ist gem. § 45 b S. 2 EnWG der nach dem Verfahrensstand zu erwartende Planfeststellungsbeschluss zugrunde zu legen. Auch im Anwendungsbereich des NABEG – also bei der Realisierung der in § 2 I NABEG genannten Höchstspannungs- und Anbindungsleitungen – kann der Vorhabenträger gem. § 27 II 1 NABEG bereits nach Abschluss des Anhörungsverfahrens (§ 22 NABEG) die Durchführung eines vorzeitigen Enteignungsverfahrens verlangen, in welchem der zu erwartende Planfeststellungsbeschluss zugrunde zu legen ist (vgl. § 27 II 2 NABEG).

Das neue Instrument des vorzeitigen Enteignungsverfahrens wird mit dem weiteren Voranschreiten des Energieleitungsausbaus voraussichtlich praktische Bedeutung für die Umsetzung von Leitungsvorhaben erhalten. In den vergangenen Jahren wurde im Schrifttum – namentlich auch in dieser Zeitschrift – die Verfassungskonformität von § 45 b EnWG und § 27 II NABEG kontrovers diskutiert: *Moench/Ruttloff* halten – insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verhält-

* Wissenschaftlicher Referent am Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster.

1 *de Witt/Durinke/Kause*, Höchstspannungsleitungen – Planung, Genehmigung und Enteignung, 2. Aufl. 2019, Rn. 263; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben durch Parallelführung von Planfeststellungs- und Enteignungsverfahren, 2016, 31; allgemein für Fachplanungsvorhaben *Lieber* in *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Hrsg.), VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 72 Rn. 62.

2 Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze v. 28.7.2011, BGBl. 2011 I 1690.

3 BT-Drs. 17/6073, 31.

nismäßigkeit (Erforderlichkeit) – beide Vorschriften für verfassungswidrig;[4] *Kment* dagegen vermag die Bedenken nicht zu teilen;[5] *Weghake* zufolge ist § 45 b EnWG mit dem Grundgesetz vereinbar, § 27 II NABEG dagegen nicht.[6] Die folgenden Überlegungen möchten zu dieser Debatte Position beziehen und ihr weitere Aspekte hinzufügen (III.). Um das Regelungskonzept des vorzeitigen Enteignungsverfahrens zu verdeutlichen sowie als Fundament für die verfassungsrechtliche Bewertung sollen zuvor einige Grundlinien des Enteignungsrechts aufgezeigt werden (II.).

II. Enteignungsrechtliche Ausgangspunkte

Der Planfeststellungsbeschluss hat gem. § 43 c EnWG (gegebenenfalls iVm § 18 V NABEG) iVm § 75 I 1 Hs. 1 VwVfG eine umfassende Zulassungs- bzw. Genehmigungswirkung: Er stellt die Zulässigkeit des Vorhabens im Hinblick auf alle öffentlichen Belange fest.[7] Diese Wirkung bezieht sich aber allein auf die Aufhebung des durch den Planfeststellungsvorbehalt errichteten präventiven Bauverbots und damit auf die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit des Vorhabens.[8] Gemäß § 75 I 2 VwVfG gestaltet der Planfeststellungsbeschluss sämtliche öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen Vorhabenträger und Planbetroffenen (Gestaltungswirkung). Ferner schließt er gem. § 75 II 1 VwVfG nach dem Eintritt der Bestandskraft (Unanfechtbarkeit) privatrechtliche Abwehr- und Unterlassungsansprüche aus (Ausschluss- bzw. Duldungswirkung). Auch diese besonderen Rechtswirkungen der Planfeststellung lassen jedoch sowohl die privatrechtliche Eigentumszuordnung als auch die privatrechtlichen Besitzverhältnisse unberührt und verleihen dem Vorhabenträger noch keine privatrechtliche Befugnis zur Benutzung fremder Grundstücke.[9] Die Gestaltungswirkung erstreckt sich gem. § 75 II 1 VwVfG ausdrücklich allein auf die öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen.[10] Und ein Recht zum Zugriff auf fremde Grundstücke lässt sich insbesondere auch nicht der – ohnehin erst nach Bestandskraft eintretenden – Duldungswirkung (§ 75 II 1 VwVfG) entnehmen: Der Ausschluss privatrechtlicher Unterlassungsansprüche zulasten Dritter beinhaltet gerade noch keine Übertragung privatrechtlicher Eigentums- oder Besitzpositionen auf den Vorhabenträger.[11] Vor diesem Hintergrund bedarf es über die Zulassungsebene hinausreichender, gesonderter Verfahren, um dem Vorhabenträger den privatrechtlichen Zugriff auf fremde Grundstücke zu ermöglichen, wenn es nicht zu einer Einigung zwischen Vorhabenträger und Grundeigentümer bzw. Nutzungsberechtigtem kommt. Dies betrifft die Ebene des Enteignungsrechts.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Enteignung

Das Grundgesetz unterwirft die Enteignung in vierfacher Hinsicht verfassungsrechtlichen Anforderungen. Erstens gilt für sie das durch Art. 14 III 1 GG festgelegte Erfordernis der Gemeinwohldienlichkeit. Dieses setzt voraus, dass die zwangsweise Eigentumsentziehung „einem bestimmten, im öffentlichen Nutzen liegenden Zweck“[12] dient. Das Gemeinwohl iSd Art. 14 III 1 GG ist nicht gleichzusetzen mit jedem beliebigen öffentlichen Interesse, sondern fordert „ein besonders schwerwiegendes, dringendes öffentliches Interesse“.[13] Weil das Grundgesetz indes keinen materiellen Begriff des Gemeinwohls bzw. des öffentlichen Nutzens vorgibt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Gemeinwohldienlichkeit iSd Art. 14 III 1 GG inhaltlich auszufüllen.[14] Damit geht das Gemeinwohlerfordernis auf der abstrakt-generellen Ebene in dem in Art. 14 III 2 GG enthaltenen Gebot der Gesetzmäßigkeit der Enteignung auf. Danach ist die Enteignung (zweitens) nur durch Gesetz oder aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulässig. Dies bedeutet nicht allein, dass eine gesetzliche Grundlage überhaupt vorhanden sein muss; vielmehr muss diese auch mit hinreichender Bestimmtheit den Enteignungszweck benennen.[15] Aus der gesetzlichen Regelung muss hervorgehen, welches Gemeinwohlziel iSd Art. 14 III 1 GG der Gesetzgeber mit der Enteignung verfolgen will und welche Vorhaben er zu dessen Erreichung als geeignet ansieht.[16] Drittens hat die gesetzliche Grundlage der Enteignung der Junktimklausel des Art. 14 III 2 GG Rechnung zu tragen, nach der eine Enteignung nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen darf, welches Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Und schließlich gilt auch für die Enteignung viertens das rechtsstaatliche Gebot der Verhältnismäßigkeit, dessen Anwendung durch den mit der Enteig-

4 *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, 1040 (1044 f.); ausführlich *dies.*, NVwZ 2013, 463; ähnliche Bedenken bei *de Witt/Durinke/Kause*, Höchstspannungsleitungen – Planung, Genehmigung und Enteignung, Rn. 274, 432; *Hermes* in *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 45 b Rn. 3.

5 *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138 ff.); *ders.* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, 2. Aufl. 2019, § 45 b Rn. 7; für Verfassungskonformität auch etwa *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, 2. Aufl. 2017, § 45 b EnWG Rn. 8 f. und § 27 NABEG Rn. 51 f.; *Rude/Wichert* in *de Witt/Scheuten* (Hrsg.), NABEG, 2013, § 27 Rn. 88; *Stender-Vorwachs* in *Schink/Versteyl/Dippel* (Hrsg.), NABEG, 2016, § 27 Rn. 47; *Pielow* in *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht I/2, 4. Aufl. 2019, § 45 b EnWG Rn. 3 ff.; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 209 ff.

6 *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (498 ff.); *ders.*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 2015, 312 ff.

7 Vertiefend hierzu *Wysk* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 75 Rn. 8 ff.; *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 75 Rn. 6 ff.; *Deutsch* in *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Hrsg.), VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 75 Rn. 21 ff.

8 *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75 Rn. 6; *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 167; *Deutsch* in *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 22 ff.

9 *BVerfGE* 45, 297 (319) = NJW 1977, 2349; *BVerwG*, NuR 2010, 799 (801) = BeckRS 2010, 53646; *BGHZ* 80, 111 (113) = NJW 1981, 2114; *BGH*, NVwZ 2004, 377 (378); *Wysk* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 75 Rn. 19; *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75 Rn. 26; *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 323.

10 *Wysk* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 75 Rn. 17; *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 178. Soweit die Gestaltungswirkung darüber hinaus auch auf bestimmte privatrechtliche Beziehungen zwischen dem Vorhabenträger und den Planbetroffenen erstreckt wird – ausführlich *Deutsch* in *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 85 ff. –, bezieht sich dies gerade nicht auf die zivilrechtliche Zuordnung von Eigentum und Besitz; ausdrücklich *Deutsch*, ebd., § 75 Rn. 89.

11 Dies betont zu Recht auch *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung – insbesondere von Planfeststellungsbeschlüssen, 2016, 450, die dementsprechend auf den Charakter der Duldungspflicht als Inhalts- und Schrankenbestimmung iSd Art. 14 I 2 GG hinweist; im Ergebnis ebenso *OVGLüneburg*, NVwZ-RR 2017, 227 (228).

12 *BVerfGE* 38, 175 (180) = NJW 1975, 37; weiterführend *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, 15. Aufl. 2018, GG, Art. 14 Rn. 86 ff.; *Depenheuer/Froese* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 427 ff.; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, Loseblattwerk, Stand 88. EL August 2019, Art. 14 Rn. 678 ff.

13 Deutlich *BVerfGE* 74, 264 (289) = NJW 1987, 1251 = NJW 1987, 1587 = NVwZ 1987, 487 Ls. – Boxberg; s. auch *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 172 – Garzweiler II; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 680.

14 Dies betonen zu Recht *Depenheuer/Froese* in *v. Mangoldt/Klein/Starck* GG, Art. 14 Rn. 430; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 678; zum gesetzgeberischen Spielraum und zur Zurücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolle auch *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 172 – Garzweiler II.

15 Grundlegend *BVerfGE* 56, 249 (261 f.) – Bad Dürkheimer Gondelbahn; zuletzt *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 171 – Garzweiler II; vgl. ferner *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, 241; *Depenheuer/Froese* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 14 Rn. 419 ff.

16 Eingehend hierzu *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 174 ff., 195 ff. – Garzweiler II; vgl. zu dieser Entscheidung insofern auch *Linke*, EurUP 2016, 199 (207 ff.); *Masing*, EurUP 2016, 343 (344 ff.).

nung verfolgten Gemeinwohlzweck angeleitet wird:[17] Die Enteignung muss zu dessen Erreichung geeignet sein, dh den Gemeinwohlzweck tatsächlich fördern.[18] Sie muss ferner objektiv erforderlich („unumgänglich") sein, dh es darf kein milderes und gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des vom Gesetzgeber formulierten Gemeinwohlzwecks geben als die konkrete Enteignungsmaßnahme.[19] Und schließlich muss die Enteignung verhältnismäßig im engeren Sinne („angemessen") sein, dh die auf der Ebene des gesetzlichen Enteignungstatbestandes festgelegten Gemeinwohlgründe müssen auch im konkreten Einzelfall die Belange des betroffenen Eigentümers überwiegen.[20] Diese konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung hat grundsätzlich die Enteignungsbehörde im Rahmen des Enteignungsverfahrens vorzunehmen;[21] etwas anderes gilt jedoch im Falle einer so genannte enteignungsrechtlichen Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses (bzw. einer Plangenehmigung).[22]

2. Grundzüge des Enteignungsverfahrens – Enteignungsbeschluss und Ausführungsanordnung

§ 45 III EnWG, der gem. § 18 V NABEG auch auf die NABEG-Vorhaben Anwendung findet, verweist für das Enteignungsverfahren – ebenso wie andere Fachplanungsgesetze des Bundes – auf die Enteignungsgesetze der Länder.[23] Die insofern einschlägigen Bestimmungen folgen einer einheitlichen Grundstruktur (vgl. etwa §§ 19 ff. EEG NRW):[24] Auf Antrag des Vorhabenträgers wird das Verfahren eingeleitet; in dessen Mittelpunkt steht eine mündliche Verhandlung, in welcher die Enteignungsbehörde mit dem Vorhabenträger und den betroffenen Eigentümern und sonstigen Berechtigten insbesondere die Modalitäten der Eigentumsübertragung und die Höhe der zu leistenden Entschädigung erörtert sowie auf eine einvernehmliche Lösung hinwirkt. Kommt es nicht zu einer Einigung, so erlässt die Enteignungsbehörde einen Enteignungsbeschluss, in welchem sie gegebenenfalls dem Antrag des Vorhabenträgers stattgibt. Auch mit einem stattgebenden Enteignungsbeschluss hat der Vorhabenträger aber noch kein Recht zum Zugriff auf das benötigte (noch fremde) Grundstück inne: Erst wenn der Enteignungsbeschluss in Bestandskraft erwächst, ordnet die Enteignungsbehörde auf Antrag dessen Ausführung an; mit dem in dieser Ausführungsanordnung festgesetzten Tage tritt der in dem Enteignungsbeschluss geregelte neue Rechtszustand ein (vgl. § 33 EEG NRW). Die Ausführungsanordnung schließt zudem die Einweisung des Vorhabenträgers in den Besitz ein (vgl. 33 VI EEG NRW). Bereits diese grobe Skizzierung des Enteignungsverfahrens deutet darauf hin, dass ein erheblicher Zeitraum vergehen kann, bis der Vorhabenträger auf der Grundlage des Enteignungsbeschlusses (in Verbindung mit der Ausführungsanordnung) mit der Verwirklichung seines Vorhabens beginnen kann. Einzurechnen sind insoweit nicht lediglich die Fristen, welche bspw. für die Ladung zur mündlichen Verhandlung einzuhalten sind, sowie die Zeit, welche die Erstellung erforderlicher Wertgutachten in Anspruch nimmt,[25] sondern insbesondere auch die Dauer der gerichtlichen Verfahren, welche gegen den Enteignungsbeschluss regelmäßig geführt werden.[26] Bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Enteignungsverfahrens können deshalb Jahre vergehen.

3. Die vorzeitige Besitzeinweisung – unmittelbarer Besitzerwerb vor dem Vollrechtserwerb

Um dem Träger eines im Wege der Planfeststellung oder der Plangenehmigung zugelassenen Leitungsvorhabens bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des Enteignungsverfahrens die Möglichkeit zu eröffnen, auf benötigte fremde Grundstücke zuzugreifen und dort auch in privatrechtlicher Hinsicht mit der Ausführung seines Vorhabens beginnen zu dürfen, sieht § 44 b EnWG – ebenso wie andere Fachplanungsgesetze – das Instrument der vorzeitigen Besitzeinweisung vor.[27] Durch die Besitzeinweisung wird dem bisherigen Besitzer des für das Vorhaben benötigten Grundstücks der Besitz entzogen und wird der Vorhabenträger Besitzer, § 44 b IV 4 EnWG. Der Vorhabenträger wird also – vergleichbar mit dem bürgerlich-rechtlichen Erbenbesitz (§ 857 BGB) – rechtlich Besitzer, auch wenn er noch nicht die tatsächliche Sachherrschaft innehat, und er erhält ein Recht zum Besitz iSd § 986 BGB, welches er dem Eigentum des Grundeigentümers entgegenhalten kann.[28] Die vorzeitige Besitzeinweisung lässt allerdings die privaten Eigentumsverhältnisse unberührt und erübrigt somit nicht die Durchführung eines Enteignungsverfahrens; es handelt sich vielmehr um eine vorläufige Maßnahme, die den Zeitraum bis zum (rechtskräftigen) Abschluss des Enteignungsverfahrens und der endgültigen Neugestaltung der privat-

17 Zum Folgenden zusammenfassend auch *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 244 f.; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 14 Rn. 89 ff.; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 694 ff.; *Depenheuer/Froese* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 14 Rn. 431.

18 *BVerwG*, NVwZ 2002, 1119 (1120), dort allerdings ohne eigenständige Entscheidungsrelevanz.

19 *BVerfGE* 38, 175 (180) = NJW 1975, 37; *Wendt* in *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 164; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 14 Rn. 90; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 694. Nach *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 182 ff., ist zu unterscheiden zwischen der Erforderlichkeit der einzelnen Enteignungsmaßnahme für die Verwirklichung eines einzelnen Vorhabens und der Gemeinwohlerforderlichkeit dieses Vorhabens selbst. Die konkrete Enteignungsmaßnahme muss für die Verwirklichung des jeweiligen Vorhabens „unumgänglich" sein, während es für die Gemeinwohlerforderlichkeit des Vorhabens genügt, dass dieses „vernünftigerweise geboten" ist, dh einen substanziellen Beitrag zur Verwirklichung des verfolgten Gemeinwohlziels leisten kann.

20 *BVerfGE* 24, 367 (404) = NJW 1969, 309; *BVerfGE* 74, 264 (289) = NJW 1987, 1251 = NVwZ 1987, 487 Ls.; *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 186 ff.; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 14 Rn. 91; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 697; *Wendt* in *Sachs* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 164 a.

21 Mit Blick auf § 11 EnWG 1935; *BVerwGE* 72, 365 (367); *BVerwGE* 80, 201 (207) = NVwZ-RR 1989, 227 = NVwZ 1989, 555 Ls.; *BVerwGE* 116, 365 (372 ff.) = NJW 2003, 230 = NVwZ 2003, 343 Ls.

22 Zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung sogleich, unter II. 4. Eine enteignungsrechtliche Vorwirkung der Plangenehmigung ist durch § 74 VI 2 VwVfG nicht mehr ausgeschlossen; hierzu weiterführend *Wysk* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 74 Rn. 221.

23 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines derartigen Verweises im Hinblick auf die Junktimklausel des Art. 14 III 2 GG *BVerfGE* 56, 249 (263 ff.) = NJW 1981, 1257; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 14 Rn. 92; *Depenheuer/Froese* in *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 14 Rn. 443.

24 Vgl. hierzu etwa auch *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 248 ff.; *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 324 ff.; *Riese* in *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Loseblattwerk, Stand 90. EL Juni 2019, § 71 WHG Rn. 19 ff.; *Kment* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 45 Rn. 25 ff.; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 82 ff.

25 Die Komplexität der Entschädigungsfragen betonen etwa *Aust* in *Kodal* (Begr.), Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 39 Rn. 30; *Schenk* in *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG/AbwAG, Loseblattwerk, Stand 53. EL August 2019, § 71 a WHG Rn. 4.

26 Dies heben hervor: *Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, 202; *Scheidler*, UPR 2009, 125 (125); *ders.*, DÖV 2012, 274 (275).

27 Vgl. etwa auch § 18 f FStrG, § 20 WaStrG, § 21 AEG; über das Fachplanungsrecht hinaus ferner § 116 BauGB sowie die Enteignungsgesetze der Länder (zB § 37 EEG NRW); materienübergreifend *Berger*, Die vorzeitige Besitzeinweisung. Eine Untersuchung zur Optimierung des Instruments zur beschleunigten Vorhabensrealisierung, 2016; *Jacobs* in *Aust/Jacobs/Pasternak*, Die Enteignungsentschädigung, 7. Aufl. 2017 Rn. 111 ff.; *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 327 ff.

28 *Berger*, Die vorzeitige Besitzeinweisung, 7 f.; *Jacobs* in *Aust/Jacobs/Pasternak*, Die Enteignungsentschädigung, Rn. 118; *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 334.

rechtlichen Besitz- und Eigentumsverhältnisse überbrücken soll.[29]

Da die vorzeitige Besitzeinweisung eine andere Zielsetzung verfolgt als das Enteignungsverfahren, ist das Besitzeinweisungsverfahren rechtlich selbstständig, insbesondere kann es bereits vor der Einleitung des Enteignungsverfahrens initiiert werden.[30] Allerdings darf das Besitzeinweisungsverfahren erst nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses bzw. der Plangenehmigung eingeleitet werden; indem § 44 b I 1 EnWG bestimmt, dass der Vorhabenträger „auf Antrag *nach* Feststellung des Plans oder Erteilung der Plangenehmigung" in den Besitz einzuweisen ist, formuliert die Vorschrift nicht nur eine Vorgabe für den Zeitpunkt des Besitzeinweisungsbeschlusses,[31] sondern zugleich eine solche für den frühestmöglichen Zeitpunkt der Antragstellung. Zudem setzt die Besitzeinweisung gem. § 44 b I 2 EnWG voraus, dass der Planfeststellungsbeschluss bzw. die Plangenehmigung vollziehbar ist, die Zulassungsentscheidung also entweder unanfechtbar (bestandskräftig) geworden ist oder aber einem gegen sie gerichteten Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung zukommt; Letzteres ist in § 43 e I 1 EnWG (gegebenenfalls iVm § 18 V NABEG) angeordnet (vgl. auch § 80 II 1 Nr. 3 VwGO).

Das Besitzeinweisungsverfahren gleicht in seiner Struktur weitgehend dem Enteignungsverfahren: Es wird durch den Antrag des Vorhabenträgers eingeleitet; innerhalb bestimmter Fristen, welche der Beschleunigung dienen sollen, findet eine mündliche Verhandlung mit dem Vorhabenträger und den Betroffenen vor der Enteignungsbehörde statt, in der diese ua auf eine einvernehmliche Lösung hinwirkt. Ferner ist der Zustand des beanspruchten Grundstücks zum Zwecke der Beweissicherung zu dokumentieren (vgl. § 44 b II, III EnWG).[32] Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 44 b I EnWG erfüllt, so ist auf der Rechtsfolgenseite die Enteignungsbehörde zur Besitzeinweisung verpflichtet („hat einzuweisen").[33] Der Besitzeinweisungsbeschluss ist privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt.[34] Er gestaltet – zu dem in ihm bestimmten Zeitpunkt (vgl. § 44 b IV 2 EnWG) – die privatrechtlichen Besitzverhältnisse unmittelbar um.[35] Im Unterschied zum Enteignungsbeschluss entfaltet er bereits selbst diese Rechtswirkungen; eine gesonderte Ausführungsanordnung ist nicht vorgesehen.[36]

Während die vorzeitige Besitzeinweisung nach § 44 b I EnWG erst auf der Grundlage einer wirksamen – und vollziehbaren – Zulassungsentscheidung (Planfeststellung/Plangenehmigung) verfügt werden darf, enthalten § 44 b Ia EnWG und § 27 I NABEG besondere Bestimmungen, welche die Durchführung eines vorzeitigen Besitzeinweisungsverfahrens bereits vor Ergehen des Planfeststellungsbeschlusses erlauben. Diese Besitzeinweisung lässt sich als „vor-vorzeitige" bezeichnen, weil über sie nicht nur vor dem Abschluss des Enteignungsverfahrens, sondern zudem bereits vor dem Abschluss des Zulassungsverfahrens entschieden wird.[37] Gemäß § 44 b Ia 1 EnWG kann der Vorhabenträger verlangen, dass eine vorzeitige Besitzeinweisung bereits nach Abschluss des Anhörungsverfahrens (§ 43 a EnWG) durchgeführt wird; gem. § 44 b Ia 2 EnWG ist in diesem Fall nicht der (vollziehbare) Planfeststellungsbeschluss, sondern „der nach dem Verfahrensstand zu erwartende Planfeststellungsbeschluss" dem vorzeitigen Besitzeinweisungsverfahren zugrunde zu legen. Eine entsprechende Regelung ist in § 27 I 1, 2 NABEG getroffen worden. Der Anwendungsbereich der vor-vorzeitigen Besitzeinweisung beschränkt sich allerdings auf Planfeststellungsverfahren, weil im Plangenehmigungsverfahren das Anhörungsverfahren, an welches § 44 b Ia 1 EnWG und § 27 I 1 NABEG anknüpfen, entfällt.[38]

Entgegen manchen Stimmen im Schrifttum verschafft die vor-vorzeitige Besitzeinweisung dem Vorhabenträger noch nicht vor Abschluss des Planfeststellungsverfahrens den Besitz und berechtigt ihn somit auch nicht zum tatsächlichen Zugriff auf das begehrte Grundstück:[39] § 44 b Ia 3 EnWG und § 27 I 3 NABEG schreiben vor, den Besitzeinweisungsbeschluss mit der aufschiebenden Bedingung (§ 36 II Nr. 2 VwVfG) der späteren Bestätigung durch den Planfeststellungsbeschluss zu versehen. Die Rechtswirkungen des Besitzeinweisungsbeschlusses werden also erst mit dem Bedingungseintritt ausgelöst (vgl. § 158 I BGB).[40] Der Vorhabenträger kann dann erst nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses Besitzer werden.[41] Weil die Rechtswirkungen des Besitzeinweisungsbeschlusses dann jedoch unmittelbar eintreten und – anders als beim Enteignungsbeschluss – keine gesonderte Ausführungsanordnung voranzugehen hat, führt der Bedingungseintritt, dh das Wirksamwerden des Planfeststellungsbeschlusses, unmittelbar den Besitzwechsel herbei. Hierdurch lässt sich zumindest ein Zeitgewinn von mehreren Wochen erzielen:[42] Das Besitzeinweisungsverfahren kann

29 Von einer „vorläufigen Besitzeinweisung" sprechen demgemäß etwa *BVerwG*, Buchholz 442.01, § 28 PBefG 1961 Nr. 1, S. 2 ff.; *OLG Naumburg*, AUR 2004, 306 (309); den „vorläufigen Charakter" betonend auch *BVerfG-K*, NVwZ-RR 2009, 409 (409).

30 *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 328; für § 21 AEG auch *VGH Mannheim*, Beschl. v. 19.9.2013 – 5 S 1546/13, BeckRS 2013, 56028 Rn. 21; für § 18 f FStrG *Dünchheim* in *Marschall* (Begr.), FStrG, 6. Aufl. 2012, § 18 f Rn. 14.

31 Vgl. hierzu auch *VGH Mannheim*, DVBl 2017, 507 (509 f.): keine Besitzeinweisung (und Besitzergreifung) ohne vorherige Planfeststellung.

32 Zum Besitzeinweisungsverfahren im Einzelnen *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 44 b EnWG Rn. 50 ff.; *Kment* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 44 b Rn. 14 ff.; materienübergreifend *Berger*, Die vorzeitige Besitzeinweisung, 53 ff.

33 *VGH München*, EnWZ 2013, 478 (480); *Kment* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 44 b Rn. 17; der strikten Verpflichtung korrespondiert ein Anspruch des Vorhabenträgers: *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 44 b EnWG Rn. 22.

34 *Pielow* in *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, § 44 b EnWG Rn. 21; vgl. etwa auch *Dünchheim* in *Marschall* (Begr.), FStrG, § 18 f Rn. 27; allg. *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, 1994, 224.

35 *Kment* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 44 b Rn. 17; *Pielow* in *Säcker* (Hrsg.), *Berliner* Energierecht, § 44 b EnWG Rn. 21; *Hermes* in *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 44 b Rn. 11.

36 Dies betonen auch *Scheidler*, UPR 2009, 125 (8127); *ders.*, DÖV 2012, 274 (277); *ders.*, NuR 2012, 247 (250); *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1135).

37 So etwa auch *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 44 b EnWG Rn. 23 ff.; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 96, 103, 109: „doppelte Vorzeitigkeit".

38 Klarstellend auch *Berger*, Die vorzeitige Besitzeinweisung, 51. Die Plangenehmigung ergeht in einem nicht förmlichen Verwaltungsverfahren, das sich nach §§ 10 ff. VwVfG richtet; vgl. auch § 74 VI 2 VwVfG und *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 74 Rn. 245 ff.

39 So aber *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (496, 497); *ders.*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 305; von der Ermöglichung eines vorzeitigen Beginns sprechen gar de *Witt/Durinke/Kause*, Höchstspannungsleitungen, Rn. 431.

40 Allgemein zu diesen Wirkungen der einem Verwaltungsakt beigefügten aufschiebenden Bedingung *Stelkens* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 36 Rn. 75; *Ramsauer* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 36 Rn. 58.

41 So auch – auf eine Vorverlagerung allein des Besitzeinweisungsverfahrens abstellend – *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1136 f.); *Berger*, Die vorzeitige Besitzeinweisung, 50; *Pielow* in *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, § 44 b EnWG Rn. 16; *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 44 b EnWG Rn. 24, 33 und § 27 NABEG Rn. 25; *Stender-Vorwachs* in *Schink/Versteyl/Dippel* (Hrsg.), NABEG, § 27 Rn. 34.

42 Ein Beschleunigungspotenzial von ca. 10 Wochen attestiert der vor-vorzeitigen Besitzeinweisung *Kment* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 44 b Rn. 9; darüber hinaus gehend *Rude/Wichert* in *de Witt/Scheuten* (Hrsg.), NABEG, § 27 Rn. 10; ausführlich *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 120 f., 195 ff.

bereits nach Abschluss des Anhörungsverfahrens eingeleitet und durchgeführt werden; es lässt sich der Zeitraum zwischen dem Planfeststellungsbeschluss und dem Abschluss des Besitzeinweisungsverfahrens „einsparen“.

4. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses

Die enteignungsrechtliche Vorwirkung ist eine im Fachplanungsrecht verbreitete Rechtswirkung der Zulassungsentscheidung, welche die Fachplanungsgesetze vor allem dem Planfeststellungsbeschluss, vielfach auch der Plangenehmigung verleihen.[43] Eine entsprechende gesetzliche Anordnung findet sich auch in § 45 I Nr. 1, II 1 EnWG, der über § 18 V NABEG auch auf die Zulassung von NABEG-Vorhaben Anwendung findet. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung verknüpft die fachplanerische Zulassungsentscheidung in zweierlei Hinsicht mit dem nachfolgenden Enteignungsverfahren: Erstens steht mit Erlass des Planfeststellungsbeschlusses bzw. der Plangenehmigung fest, dass für das zugelassene Vorhaben die Enteignung zulässig ist (Zulässigkeit der Enteignung dem Grunde nach; vgl. § 45 I Nr. 1, II Hs. 1 EnWG); dies bedeutet namentlich, dass das Vorhaben dem Wohl der Allgemeinheit iSd Art. 14 III 1 GG dient; die Enteignungsbehörde hat sich einer entsprechenden Prüfung zu enthalten. Und zweitens ist der festgestellte oder genehmigte Plan dem Enteignungsverfahren zugrunde zu legen und für die Enteignungsbehörde bindend (Planakzessorietät der Enteignung; vgl. § 45 II 1 Hs. 2 EnWG); der Umfang der Enteignung richtet sich also nach der Zulassungsentscheidung.[44]

Durch diese beiden Regelungsgehalte beeinflusst die enteignungsrechtliche Vorwirkung das Enteignungsverfahren, gestaltet aber noch nicht die privatrechtlichen Eigentumsverhältnisse. Die mit ihr ausgestattete Zulassungsentscheidung stellt deshalb noch keine Enteignung iSd Art. 14 III GG dar[45] – Eigentumspositionen iSd Art. 14 I 1 GG werden durch sie nicht entzogen, geschweige denn im Sinne eines „Güterbeschaffungsvorgangs“ auf einen Enteignungsbegünstigten übertragen.[46] Die Zulassungsentscheidung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung lässt den Rechtsentzug im Wege der späteren Enteignung lediglich dem Grunde nach zu. Aus der insoweit angeordneten Bindung der Enteignungsbehörde an die Zulassungsentscheidung resultiert allerdings eine „Anfechtungslast“[47] des Enteignungsbetroffenen: Dieser kann den späteren Enteignungsbeschluss nicht mehr mit der Begründung anfechten, die Enteignung diene nicht iSd Art. 14 III 1 GG dem Wohl der Allgemeinheit; er kann dies vielmehr allein im Rahmen von Rechtsbehelfen gegen die Zulassungsentscheidung vorbringen.[48] Damit die enteignungsspezifischen Schutzmechanismen nicht durch eine Vorverlagerung der Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung umgangen werden, ist jedoch die mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung versehene Zulassungsentscheidung – obgleich keine Enteignung – an Art. 14 III 1, 2 GG zu messen, soweit sie Bindungswirkungen für das Enteignungsverfahren entfaltet.[49] Der Planfeststellung oder Plangenehmigung dürfen dementsprechend nur dann und insoweit Bindungswirkungen für das Enteignungsverfahren zukommen, als dies auf eine gesetzliche Grundlage zurückzuführen ist[50] und soweit das Vorhaben iSd Art. 14 III 1 GG dem Wohl der Allgemeinheit dient. Insbesondere hat die Planfeststellungsbehörde bereits bei Erlass der Zulassungsentscheidung zu prüfen, ob die gesetzlich festgelegten Gemeinwohlgründe auch im konkreten Einzelfall die Belange des betroffenen Eigentümers überwiegen.[51] Denn eine entsprechende Abwägung ist der Enteignungsbehörde aufgrund der enteignungsrechtlichen Vorwirkung versagt, muss aber erfolgen, um die Zulässigkeit der Enteignung festzustellen.[52] Dem von der enteignungsrechtlichen Vorwirkung betroffenen Eigentümer steht aufgrund des Gemeinwohlerfordernisses im Rahmen eines gegen die Zulassungsentscheidung gerichteten Rechtsbehelfs ein so genannter Vollüberprüfungsanspruch zu, dh er kann grundsätzlich jede Rechtsverletzung rügen, da ihn Art. 14 III 1 GG vor jeder objektiv gesetzeswidrigen Inanspruchnahme schützt.[53]

Indem bereits die mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung versehene Zulassungsentscheidung dem Grunde nach die Zulässigkeit der Enteignung feststellt, sollen Doppelprüfungen und einander widersprechende Entscheidungen im Zulassungs- und Enteignungsverfahren vermieden, soll also Rechtssicherheit geschaffen werden.[54] Dieses Anliegen legitimiert die durch die enteignungsrechtliche Vorwirkung herbeigeführte Verfahrensstufung sowie die hiermit einhergehende „Anfechtungslast“ des Enteignungsbetroffenen; diese ist mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG vereinbar.[55] Es bleibt damit dem Gesetzgeber überlassen zu entscheiden, auf welcher Ebene – im Rahmen der Zulassungsentscheidung oder im Enteignungsverfahren – die kon-

43 Neben der gesetzlichen Festlegung der enteignungsrechtlichen Vorwirkung ist vereinzelt auch deren behördliche Anordnung vorgesehen (etwa in § 45 I Nr. 2, II 3 EnWG), die jedoch im Folgenden außer Betracht bleiben kann, da sie im Rahmen des vorzeitigen Enteignungsverfahrens nach § 45 b EnWG und § 27 II NABEG nicht einschlägig ist; eingehend zu den verschiedenen Regelungsmodellen *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 64 ff.

44 Zu dieser Zweigliedrigkeit der enteignungsrechtlichen Vorwirkung eingehend *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 43 ff., 58 f.; ferner *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75 Rn. 28; *Steinberg/Wickel/Müller*, *Fachplanung*, § 4 Rn. 138; *Wysk* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 75 Rn. 21.

45 *BVerfGE* 45, 297 (337) = NJW 1977, 2349; *BVerfGE* 56, 249 (263); *BVerwG*, NVwZ 1993, 477 (478) = NJW 1993, 2698 Ls.; ausführlich zur begrifflichen Unterscheidung von Enteignung und enteignungsrechtlicher Vorwirkung *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 294 ff.

46 Zum Merkmal des Güterbeschaffungsvorgangs im Rahmen des verfassungsrechtlichen Enteignungsbegriffs vor allem *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 245 ff. – 13. AtG-Novelle.

47 *Eichberger*, FS Steiner, 2009, 152 (162).

48 *BVerwGE* 85, 44 (50) = NVwZ 1990, 969; *BVerwG* NVwZ 2002, 1119 (1120); *BVerfG-K*, NVwZ 2007, 573 (574); eingehend *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 177 ff. mwN.

49 Grundlegend *BVerfGE* 45, 297 (319 f.) = NJW 1977, 2349; prägnant *BVerfGE* 74, 264 (282) = NJW 1987, 1251 = NVwZ 1987, 487 Ls.: „Verwaltungsentscheidungen, die dem Enteignungsverfahren im engeren Sinne vorgehen und mit Bindungswirkung für das Enteignungsverfahren über verfassungsrechtliche Anforderungen gem. Art. 14 III GG befinden, sind an dieser Vorschrift zu messen.“; ferner *BVerwGE* 71, 166 (168) = NJW 1986, 80 = NVwZ 1986, 121 Ls.; *BVerwG*, NVwZ 2002, 1119 (1120); ausführlich *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 288 ff., 323 ff.

50 *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 272; *BVerwG* NVwZ 1991, 873 (873) = NJW 1991, 3297 Ls.; *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75 Rn. 27; *Wysk* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 75 Rn. 20; *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 456 ff.

51 *BVerwG*, NVwZ 2002, 1119 (1120 f.); *BVerfG-K*, NVwZ 2007, 573 (574); *BVerwGE* 141, 171 = NVwZ 2012, 557 Rn. 64; *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75 Rn. 29; ausführlich *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 326 ff., 518 ff.

52 Hierzu auch oben, II. 1., bei und mit Fn. 20 ff.

53 Grundlegend *BVerwGE* 67, 74 (75 ff.) = NJW 1983, 2459 = NVwZ 1983, 673 Ls.; vgl. auch etwa *BVerwGE* 134, 308 = BeckRS 2009, 37830 Rn. 24; *BVerwG*, NVwZ 2013, 649 Rn. 13; sowie weiterführend *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75 Rn. 30 ff.; *Schütz* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 28 ff.

54 *BVerfG-K*, NVwZ 2007, 573 (574); vgl. ferner *Fischer* in *Ziekow* (Hrsg.), Hdb. d. Fachplanungsrechts, § 3 Rn. 178; *Neumann/Külpmann* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 75 Rn. 28, 32; *Steinberg/Wickel/Müller*, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 4 Rn. 138.

55 *BVerfG-K*, NVwZ 2007, 573 (574); vgl. ferner *BVerfG-K*, WM 2009, 422 (428); *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 178.

krete Gemeinwohldienlichkeit der Enteignung iSd Art. 14 III 1 GG festgestellt wird.[56]

III. Verfassungsrechtliche Bewertung des vorzeitigen Enteignungsverfahrens

Auf der Grundlage der vorstehenden Ausgangspunkte ist nun die in § 45 b EnWG und § 27 II NABEG gewählte Verfahrensgestaltung verfassungsrechtlich zu bewerten. In der bisherigen Diskussion wurde vor allem um die Verhältnismäßigkeit des vorzeitigen Enteignungsverfahrens gestritten. *Moench/Ruttloff* zufolge ist letzteres nicht erforderlich, weil mit der vorzeitigen bzw. „vor-vorzeitigen" Besitzeinweisung ein im Vergleich zur Enteignung weniger eingriffsintensives, milderes Mittel zur Verfügung stehe, um den Energieleitungsausbau wirksam zu beschleunigen. Das vorzeitige Enteignungsverfahren hingegen führe nicht zu einer schnelleren Vorhabenverwirklichung, sondern lediglich zu einer früheren endgültigen Klärung der dinglichen Rechtslage; legitimer, die Enteignung rechtfertigender Gemeinwohlzweck könne aber allein die beschleunigte tatsächliche Bauausführung im Interesse der Energieversorgung, nicht dagegen das lediglich private Interesse des Vorhabenträgers an frühzeitiger Privatrechtsgestaltung sein.[57] *Kment*, *Weghake* und andere Autoren verweisen demgegenüber darauf, es werde lediglich das Enteignungsverfahren vorverlagert, jedoch noch nicht in das Eigentum eingegriffen, sowie auf den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich des Beschleunigungseffekts.[58] Im Folgenden soll zu diesen Streitfragen vor allem aus Sicht des in Art. 14 III 1 GG festgelegten Gemeinwohlerfordernisses und dessen verfahrensrechtlicher Bedeutung Stellung genommen werden. Zunächst sind jedoch die rechtlichen Wirkungen des vorzeitigen Enteignungsverfahrens herauszuarbeiten, um die anzulegenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu verdeutlichen (1.). Erst auf dieser Grundlage lässt sich beantworten, ob die vom Gesetzgeber angestrebte „Straffung des Gesamtverfahrens" ein legitimes Regelungsziel darstellt (2.). Auch wenn dies zu bejahen sein sollte, muss weiter untersucht werden, ob die in § 45 b EnWG und § 27 II NABEG eröffnete Verfahrensgestaltung der verfassungsrechtlichen Verpflichtung gerecht wird, das konkrete Überwiegen der Gemeinwohlgründe iSd Art. 14 III 1 GG zu prüfen (3.).

1. Wirkungen des vorzeitigen Enteignungsverfahrens: Vorverlagerung des Enteignungsverfahrens und der Enteignungsentscheidung

Im vorzeitigen Enteignungsverfahren ist gem. § 45 b S. 2 EnWG bzw. § 27 II 2 NABEG „der nach dem Verfahrensstand zu erwartende Planfeststellungsbeschluss" zugrunde zu legen; die gesetzliche Konzeption ermöglicht, dass bereits vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses ein Enteignungsbeschluss ergeht.[59] Der Enteignungsbeschluss ist jedoch gem. § 45 b S. 3 EnWG bzw. § 27 II 3 NABEG mit der aufschiebenden Bedingung zu erlassen, dass sein Ergebnis durch den Planfeststellungsbeschluss bestätigt wird.[60] Bestätigt der ergangene Planfeststellungsbeschluss den vorangegangenen Enteignungsbeschluss nicht,[61] so ist gem. § 45 b S. 4 EnWG „das Enteignungsverfahren"[62] auf seiner Grundlage zu ergänzen.[63] Die aufschiebende Bedingung führt dazu, dass die Rechtswirkungen eines im vorzeitigen Enteignungsverfahren nach § 45 b EnWG oder § 27 II NABEG ergangenen Enteignungsbeschlusses nicht vor dem Bedingungseintritt (vgl. § 158 I BGB) der späteren Bestätigung durch den Planfeststellungsbeschluss ausgelöst werden; die Konstruktion entspricht insofern der des – ebenfalls aufschiebend bedingt zu erlassenden – vor-vorzeitigen Besitzeinweisungsbeschlusses nach § 44 b Ia EnWG bzw. § 27 I NABEG.[64] Im Unterschied zum vor-vorzeitigen Besitzeinweisungsbeschluss treten jedoch die Rechtswirkungen des vorzeitigen Enteignungsbeschlusses nicht unmittelbar mit dem Bedingungseintritt ein; vielmehr bedarf es nach den über § 45 III EnWG – gegebenenfalls iVm § 27 II 2 NABEG – anwendbaren Enteignungsgesetzen der Länder einer zusätzlichen Ausführungsanordnung, um den in dem Enteignungsbeschluss festgesetzten neuen Rechtszustand herbeizuführen (vgl. etwa § 33 EEG NRW).[65]

Weil der Enteignungsbeschluss nur aufschiebend bedingt ergehen darf und zudem der in ihm geregelte Rechtszustand erst durch die Ausführungsanordnung eintritt, erhält der Vorhabenträger im Zuge eines vorzeitigen Enteignungsverfahrens noch keine Zugriffsmöglichkeiten auf das gegebenenfalls zu enteignende Grundstück; das Instrument ermöglicht also nicht etwa die vorzeitige Ausführung des Leitungsvorhabens.[66] Insofern besteht auch kein Unterschied zwischen § 45 b EnWG und § 27 II NABEG, zumal beide

56 Mit Blick auf die Vorverlagerung des Rechtsschutzes *BVerfG-K*, WM 2009, 422 (428); allgemein *Hönig*, Fachplanung und Enteignung. Anforderungen der Eigentumsgarantie an die projektbezogene Fachplanung, 2001, 65 ff.; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 90; eingehend auch *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 348 ff.: Abschichtung im Wege der enteignungsrechtlichen Vorwirkung verfassungsrechtlich nicht zwingend.

57 *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, 463 (465 ff.); ebenso *de Witt/Durinke/Kause*, Höchstspannungsleitungen, Rn. 274, 432; *Hermes* in *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 45 b Rn. 1, 3.

58 *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138 ff.); *ders.* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 45 b Rn. 7; *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (499 ff.) – nur für § 45 b EnWG, nicht aber für § 27 II NABEG; vgl. ferner *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 9 und § 27 NABEG Rn. 52; *Pielow* in *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, § 45 b EnWG Rn. 5; *Rude/Wichert* in *de Witt/Scheuten* (Hrsg.), NABEG, § 27 Rn. 88; ausführlich und differenzierend *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 209 ff., 249 ff., der das vorzeitige Enteignungsverfahren im Ergebnis ebenfalls als verfassungskonform einstuft.

59 Deutlich *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 199, der dies als „Idealfall" eines „optimal ablaufenden vorzeitigen Enteignungsverfahrens" bezeichnet; vgl. ferner *Naujocks* in *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht I/2, 4. Aufl. 2019, § 27 NABEG Rn. 5.

60 Die Bedingung ist mit dem Enteignungsbeschluss nicht bereits kraft Gesetzes verbunden, sondern bedarf der ausdrücklichen Anordnung; fehlt diese, ist der Enteignungsbeschluss rechtswidrig, aber wirksam (§ 43 II VwVfG); der in ihm geregelte Rechtszustand tritt allerdings erst mit der Ausführungsanordnung ein.

61 *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 157, fordert für eine „Bestätigung" zu Recht eine „vollständige enteignungsrechtliche Kongruenz" zwischen Enteignungsbeschluss und festgestelltem Plan.

62 Teilweise wird dies im Sinne einer Ergänzung des Enteignungsbeschlusses verstanden: *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1136, 1137); *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 38 und § 27 NABEG Rn. 71.

63 Eine Ergänzung wird allein bei geringfügigen Divergenzen zwischen Enteignungsbeschluss und festgestelltem Plan in Betracht kommen; eingehend *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 154 ff.

64 Zum vor-vorzeitigen Besitzeinweisungsbeschluss oben, II. 3., bei und mit Fn. 41 ff. Die vor-vorzeitige Besitzeinweisung wird ganz überwiegend als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet; vgl. *Berger*, Die vorzeitige Besitzeinweisung, 50 mwN.

65 Auf die Notwendigkeit der Ausführungsanordnung auch für den vorzeitigen Enteignungsbeschluss weisen zu Recht *Rude/Wichert* in *de Witt/Scheuten* (Hrsg.), NABEG, § 27 Rn. 115 hin; den Unterschied zur vorzeitigen Besitzeinweisung betonend auch *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1135); *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 112.

66 So auch im Ergebnis – entscheidend auf die aufschiebende Bedingung abstellend – *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138); *ders.* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 45 b Rn. 7; *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 17, 33 und § 27 NABEG Rn. 51 f.; *Stender-Vorwachs* in *Schink/Versteyl/Dippel* (Hrsg.), NABEG, § 27 Rn. 47; *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (465).

Vorschriften in ihrem Satz 3 die Verfügung der aufschiebenden Bedingung vorsehen. Dagegen meint *Weghake*, das vorzeitige Enteignungsverfahren nach dem NABEG führe – anders als das nach § 45 b EnWG – auch den „Enteignungs*erfolg*" vor Abschluss des Planfeststellungsverfahrens herbei, weil § 27 II 2 NABEG auf die enteignungsrechtliche Regelung des § 45 EnWG und nicht auf § 45 b EnWG verweise.[67] Diese Sichtweise übergeht aber nicht nur die Vorschrift zur aufschiebenden Bedingung in § 27 II 3 NABEG, sondern verkennt insbesondere auch den Regelungsgehalt des in Bezug genommenen § 45 EnWG: Die in § 45 I, II EnWG getroffenen Bestimmungen zur Zulässigkeit der Enteignung regeln nicht etwa den – erst im Enteignungsbeschluss verfügten – Rechtsentzug,[68] sondern die enteignungsrechtliche Vorwirkung des Planfeststellungsbeschlusses (der Plangenehmigung), welche als rein öffentlich-rechtliche Verknüpfung von Zulassungsentscheidung und Enteignungsverfahren gerade noch nicht die privatrechtsgestaltende Wirkung des Enteignungsbeschlusses entfaltet, sondern lediglich Teile des enteignungsrechtlichen Prüfprogramms vorwegnimmt.[69] Das Enteignungsverfahren, für welches der in Bezug genommene § 45 III EnWG auf die Enteignungsgesetze der Länder verweist, ist für die NABEG-Vorhaben selbstredend nicht allein nach der „Maßgabe" des § 27 II 2 NABEG, sondern auch der Sätze 3 und 4 dieser Vorschrift durchzuführen; die Bezugnahme auf § 45 EnWG in § 27 II 2 NABEG entbindet also nicht etwa von der Verpflichtung zum Verfügen der aufschiebenden Bedingung. Ein „Enteignungs*erfolg*" – verstanden als vom Vollrecht getragene Zugriffsmöglichkeit des Vorhabenträgers auf das benötigte Grundstück[70] – wird dementsprechend im Falle des § 27 II NABEG nicht herbeigeführt, davon abgesehen, dass auch der im „klassischen" Verfahren erlassene Enteignungsbeschluss einen solchen „Erfolg" nicht bewirkt, weil er unter dem Vorbehalt der Ausführungsanordnung steht, mit dem Unterschied, dass die Notwendigkeit der Ausführungsanordnung nicht als Nebenbestimmung verfügt wird, sondern gesetzlich vorgesehen ist.

Vor diesem Hintergrund erzielt die (teilweise) Parallelführung von Planfeststellungs- und Enteignungsverfahren gem. § 45 b EnWG und § 27 II NABEG eine Beschleunigungswirkung in Gestalt eines früheren tatsächlichen Zugriffs auf das benötigte Grundstück allenfalls dann, wenn der Vorhabenträger keinen Antrag auf eine vorzeitige (oder „vor-vorzeitigen) Besitzeinweisung stellt, sondern die Einweisung in den Besitz zu dem in der Ausführungsanordnung bezeichneten Zeitpunkt abwartet – was aus praktischer Sicht jedenfalls nicht nahe liegt.[71] Im Wesentlichen besteht der Zeitgewinn beim vorzeitigen Enteignungsverfahren darin, dass das Enteignungsverfahren eher abgeschlossen werden kann, weil es bereits während des noch laufenden Planfeststellungsverfahrens initiiert und betrieben wurde. Der Vorhabenträger kann also gegebenenfalls früher eine endgültige Neuordnung der Privatrechtsverhältnisse erreichen, weil der bei „normalem" Verfahrensablauf einzuplanende Zeitraum zwischen Planfeststellungsbeschluss und Enteignungsbeschluss entfällt.[72] Zu berücksichtigen ist insofern jedoch, dass auch der im vorzeitigen Enteignungsbeschluss geregelte Rechtszustand erst aufgrund der gesonderten Ausführungsanordnung eintreten kann und diese erst nach der Bestandskraft des Enteignungsbeschlusses ergehen darf; die endgültige Neuordnung der Privatrechtsverhältnisse wird deshalb erst zu einem sehr viel späteren Zeitpunkt erreicht.

Weil der vorzeitige Enteignungsbeschluss dem Vorhabenträger noch nicht den tatsächlichen Zugriff auf das benötigte Grundstück eröffnet, wird im Schrifttum regelmäßig angenommen, die in § 45 b EnWG und § 27 II NABEG getroffene Regelung führe lediglich zu einer Vorverlagerung des Enteignungs*verfahrens*, nicht dagegen zu einer Vorverlagerung des Enteignungs*erfolges*.[73] Dies trifft aber nur insoweit zu, als mit Erlass des aufschiebend bedingten Enteignungsbeschlusses die in ihm verfügte Rechtsgestaltung noch nicht eintritt. Übersehen wird hingegen zumeist, dass durch § 45 b EnWG und § 27 II NABEG keineswegs allein das Enteignungs*verfahren* vorverlagert wird, sondern vielmehr auch dessen Abschluss, die Enteignungs*entscheidung*:[74] Beide Vorschriften zielen gerade darauf, dass der Enteignungsbeschluss vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses ergeht.[75] Der vorzeitige Enteignungsbeschluss erhält seine äußere Wirksamkeit – seine rechtliche Existenz[76] – bereits mit seiner Bekanntgabe; die in ihm getroffenen Regelungen sind damit verbindlich. Erst die innere Wirksamkeit des vorzeitigen Enteignungsbeschlusses – der Eintritt der in ihm vorgesehenen Rechtswirkungen[77] – ist von dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung einer späteren Bestätigung durch

67 *Weghake*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 310 ff.; *ders.*, NVwZ 2016, 496 (499, 501), der vor dem Hintergrund dieses vermeintlichen Unterschiedes § 27 II NABEG als verfassungswidrig, § 45 b EnWG dagegen als verfassungskonform bewertet; teilweise zustimmend *Berg/Greinacher* in *Elspas/Graßmann/Rasbach* (Hrsg.), EnWG, 2018, § 45 b Rn. 2, die hierin einen berechtigten Hinweis auf Unterschiede zwischen beiden Vorschriften sehen.

68 Und schon gar nicht die Ausführung „enteignungswirkender Maßnahmen", die *Weghake*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 311 f., 320 f.; *ders.*, NVwZ 2016, 496 (499 f.) jedoch für möglich erachtet. Das von ihm gezeichnete Bild eines „Anrückens der Bagger" ist insoweit doppelt irreführend, als der Vorhabenträger entsprechende Maßnahmen erstens gegebenenfalls bereits auf der Grundlage des im Wege der vorzeitigen Besitzeinweisung erworbenen Besitzes durchführen darf, ohne den Erlass eines Enteignungsbeschlusses abwarten zu müssen (freilich nicht vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses), und er zweitens hierzu – auf der Grundlage des im Wege der Enteignung erworbenen Vollrechts – selbst nach Abschluss des Enteignungsverfahrens erst aufgrund der Ausführungsanordnung befugt wäre.

69 Zur fehlenden Enteignungsqualität der enteignungsrechtlichen Vorwirkung oben, II. 4., bei und mit Fn. 47. Eine Privatrechtsgestaltung vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses würde dem Vorhabenträger zudem überhaupt keinen nennenswerten Vorteil für die Vorhabenausführung bringen, weil er auf dem Grundstück keine dem Planfeststellungsvorbehalt unterfallenden Maßnahmen ausführen, sondern allenfalls gewisse „Vorarbeiten" wie Vermessungen etc. verrichten dürfte, zu denen er indes bereits nach § 44 EnWG berechtigt ist.

70 Vgl. zur Unterscheidung von besitz- und eigentumsgetragenem tatsächlichem Zugriff vorstehend Fn. 68; im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kritik auch *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (463, 465), 466).

71 Vor Erlass (und Vollziehbarkeit) des Planfeststellungsbeschlusses ist indes eine vorzeitige Besitzeinweisung nach § 44 a I EnWG nicht möglich, und der vor-vorzeitige Besitzeinweisungsbeschluss nach § 44 b Ia EnWG kann den Besitz ebenso wenig bereits vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses übertragen; hierzu oben, II. 3.

72 So auch *Hermes* in *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 45 b Rn. 4; *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (463, 465, 466), die insofern kritisieren, hierin liege kein legitimer Enteignungszweck; hierzu sogleich, unter III. 2.

73 So etwa *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138); *ders.* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 45 b Rn. 7; *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 9 und § 27 NABEG Rn. 52, 57; *Stender-Vorwachs* in *Schink/Versteyl/Dippel* (Hrsg.), NABEG, § 27 Rn. 47; für § 45 b EnWG – nicht aber für § 27 II NABEG – auch *Weghake*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 311, 314, 321; *ders.*, NVwZ 2016, 496 (498, 499), 501). Die rein verfahrensrechtliche Bedeutung der Regelung betonen auch die Gesetzesmaterialien; vgl. BT-Drs. 17/6073, 31.

74 Zutreffend insoweit *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (466), die jedoch an anderer Stelle (ebda, 465) ebenfalls von einer Vorverlagerung allein des Enteignungsverfahrens sprechen.

75 Hierzu bereits vorstehend, bei und mit Fn. 59.

76 Zum Begriff nur *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 43 Rn. 164; *Ramsauer* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 43 Rn. 5.

77 Zum Begriff nur *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 43 Rn. 166; *Ramsauer* in *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 43 Rn. 6.

den Planfeststellungsbeschluss abhängig.[78] Damit wird die Entscheidung über die zwangsweise Inanspruchnahme fremden Eigentums bereits im Vorgriff auf die künftige Zulassungsentscheidung getroffen: Bereits im vorzeitigen Enteignungsbeschluss wird verbindlich festgelegt, dass der Vorhabenträger zur Ausführung seines Vorhabens auf ein konkretes Grundstück zugreifen darf, wenn der Plan später entsprechend festgestellt wird.

Vor diesem Hintergrund weist die durch § 45 b EnWG und § 27 II NABEG eröffnete Verfahrensgestaltung eine Parallele, zugleich aber auch einen fundamentalen Unterschied zum Institut der enteignungsrechtlichen Vorwirkung auf:[79] Der aufschiebend bedingte Enteignungsbeschluss bewirkt – ebenso wenig wie eine mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung ausgestattete Zulassungsentscheidung – noch nicht den Rechtsentzug; die gesetzten Rechtsfolgen treten noch nicht ein, die Entscheidung wird lediglich in ein früheres Verfahrensstadium vorverlagert. Der aufschiebend bedingte Enteignungsbeschluss trifft jedoch – anders als die Zulassungsentscheidung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung – nicht lediglich eine Vorentscheidung über einzelne enteignungsrelevante Fragen mit Bindungswirkung für die spätere Enteignungsentscheidung, sondern stellt selbst diese Enteignungsentscheidung dar. Aus diesem Befund folgt, dass der vorzeitige Enteignungsbeschluss – mag er auch seine innere Wirksamkeit erst zu einem späteren Zeitpunkt erhalten – nicht nur an einzelnen, sondern an sämtlichen enteignungsbezogenen Vorgaben des Grundgesetzes zu messen ist. So ist nicht zuletzt auch der Junktimklausel des Art. 14 III 2 GG Rechnung zu tragen, nach der die Entscheidung über die Enteignung nur auf der Grundlage eines Gesetzes getroffen werden darf, welches zugleich Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.[80] Diese Anforderungen sind indes durch den Verweis auf die Landes-Enteignungsgesetze in § 45 III EnWG gewahrt.[81]

2. Legitimität der gesetzgeberischen Zielsetzung einer „Straffung des Gesamtverfahrens"

Fragt man mit Blick auf das Erfordernis der Gemeinwohldienlichkeit gem. Art. 14 III 1 GG nach der Legitimität des vom Gesetzgeber verfolgten Anliegens, so sind verschiedene Zielsetzungen zu differenzieren. Mit der Ermächtigung zur Enteignung als solcher will der Gesetzgeber zunächst den Energieleitungsausbau überhaupt – soweit erforderlich, gegen den Willen der betroffenen Grundeigentümer –, ermöglichen. Hierbei handelt es sich um ein Gemeinwohlziel iSd Art. 14 III 1 GG, dh um ein öffentliches Interesse von besonderem Gewicht.[82] Dies ergibt sich – unabhängig von der überragenden Bedeutung der Energieversorgung für ein funktionierendes modernes Gemeinwesen[83] – bereits aus dem Umstand, dass das Gemeinwohl nach dem Grundgesetz nicht materiell vorgezeichnet ist, sondern erst durch den Gesetzgeber definiert wird.[84] Der Gesetzgeber hat eine entsprechende Einordnung getroffen, indem er in § 45 I Nr. 1, II EnWG die Enteignung zugunsten im Wege der Planfeststellung oder Plangenehmigung zugelassener Leitungsvorhaben abstrakt für zulässig erklärt hat. Der Gesetzgeber zielt über den Energieleitungsausbau als solchen hinaus gerade auf dessen Beschleunigung und insofern insbesondere auf eine beschleunigte Projektverwirklichung in tatsächlicher Hinsicht.[85] Dieses Ziel verfolgt er namentlich mit dem Institut der vorzeitigen Besitzeinweisung gem. § 44 b EnWG.[86] Auch die Beschleunigung der tatsächlichen Vorhabenausführung stellt ein Gemeinwohlziel iSd Art. 14 III 1 GG dar, wiederum weil der Gesetzgeber ihr durch die Schaffung des gesetzlichen Besitzeinweisungstatbestandes die notwendige Anerkennung verliehen hat.[87] Die vorzeitige Besitzeinweisung hat auch dem Erfordernis der Gemeinwohldienlichkeit iSd Art. 14 III 1 GG zu genügen, weil sie verfassungsrechtlich als Enteignung zu qualifizieren ist: Durch sie wird eine konkrete Eigentumsposition iSd Art. 14 I 1 GG – der Besitz – dem Berechtigten entzogen und im Sinne eines Güterbeschaffungsvorgangs auf den Vorhabenträger als Enteignungsbegünstigten übertragen.[88]

Das vorzeitige Enteignungsverfahren hat an dem Ziel einer Beschleunigung des Übertragungsnetzausbaus teil,[89] ist aber als solches kaum auf eine Beschleunigung der Vorhabenausführung in tatsächlicher Hinsicht gerichtet, weil der Vorhabenträger durch den aufschiebend bedingten Enteignungsbeschluss noch keinen Zugriff auf das Grundstück erhält.[90] Der Gesetzgeber will mit dem vorzeitigen Enteignungsverfahren eine „Straffung des Gesamtverfahrens durch eine frühzeitige und möglichst parallele Durchführung von Zulassungs- und Enteignungsverfahren" erreichen.[91] Der ange-

78 Zutreffende Differenzierung bei *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 151; der Sache nach ebenso *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 25 und § 27 NABEG Rn. 59, die jedoch gleichwohl von einer Vorverlagerung allein des Enteignungsverfahrens ausgehen. Über den Bedingungseintritt hinaus ist der Eintritt der in dem vorzeitigen Enteignungsbeschluss vorgesehenen Rechtswirkungen von der in den Landesenteignungsgesetzen vorgesehenen Ausführungsanordnung abhängig.

79 Zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung oben, II. 4.

80 Die Notwendigkeit einer Entschädigungsregelung unter Hinweis auf die aufschiebende Bedingung verneinend aber *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138). Die Einschätzung in BT-Drs. 17/6073, 31, wegen der aufschiebenden Bedingung sei „noch nicht von einem Entschädigungsanspruch auszugehen", trifft dagegen zu, da der Entschädigungsanspruch erst mit dem Rechtsentzug entstehen kann; vgl. auch *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 430.

81 Ebenso *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2011, 1040 (1045); *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 430; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 222 f.; vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines derartigen Verweises allgemein auch Fn. 23.

82 Zum Gemeinwohlbegriff des Art. 14 III 1 GG oben, II. 1., bei und mit Fn. 13 ff. Eingehend speziell mit Blick auf energiewirtschaftliche Enteignungszwecke *Hermes* in *Shirvani* (Hrsg.), Eigentum im Recht der Energiewirtschaft, 2018, 53 ff.

83 Darauf stellen jedoch entscheidend *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (464) ab; vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch vor allem *BVerfGE* 66, 248 (258) = NJW 1984, 1872 = NVwZ 1984, 574 Ls. – Enteignung zugunsten privater Energieversorgungsunternehmen; ferner *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 286 – Garzweiler II; *BGHZ* 204, 274 = NVwZ 2015, 915 Rn. 25.

84 Hierzu bereits oben, II. 1., bei und mit Fn. 15; kritisch insoweit *Hermes* in *Shirvani* (Hrsg.), Eigentum im Recht der Energiewirtschaft, 53 (71 ff.).

85 Allgemein von einer „Beschleunigung des Ausbaus der Stromnetze" sprechen BT-Drs. 17/6073, 1; BT-Drs. 17/6249, 1; die Zielsetzung einer Beschleunigung der tatsächlichen Projektverwirklichung betonen vor allem *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (464).

86 Vgl. zur Einführung der Vorschrift im Rahmen des Gesetzes zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben vom 9.12.2006 (BGBl. 2006 I 283) BT-Drs. 16/54, 41, wo „ein besonderes öffentliches Interesse an dem für eine sichere Versorgung notwendigen zeitnahen Ausbau der Hochspannungsnetze" identifiziert wird; vgl. ferner *Kment* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 44 b Rn. 1; *Berger*, Die vorzeitige Besitzeinweisung, 5 ff.; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 96 ff.

87 Die Gemeinwohldienlichkeit der tatsächlichen Ausführung von Energieleitungsvorhaben wird praktisch nicht infrage gestellt; vgl. etwa *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (464); *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 250.

88 Zur Enteignungsqualität der vorzeitigen Besitzeinweisung *BVerfG-K*, DVBl 2017, 244 Rn. 21 ff.; offen gelassen aber in *BVerfG-K*, NVwZ 2017, 949 Rn. 50; ausführlich und mwN *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 380 ff.; *Kümper*, VerwArch 111 (2020) – iE.

89 Zu dieser übergreifenden Zielsetzung des Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze v. 28.7.2011 nur BT-Drs. 17/6073, 1; BT-Drs. 17/6249, 1.

90 Ausführlich oben, III. 1., bei und mit Fn. 66 ff.

91 BT-Drs. 17/6073, 31. Dies soll der Gesetzesbegründung zufolge insbesondere dort naheliegen, wo sich frühzeitig eine konkrete Trassenführung abzeichnet.

strebte Zeitgewinn liegt in einem früheren Abschluss des Enteignungsverfahrens und somit in einer früheren endgültigen Klärung der privaten Eigentums- und Besitzverhältnisse.[92] In Anbetracht der Möglichkeit einer vorzeitigen Besitzeinweisung verzögert ein späterer Abschluss des Enteignungsverfahrens aber keineswegs zwangsläufig die tatsächliche Vorhabenverwirklichung.[93] Die Vorverlagerung des Verfahrens und des Enteignungsbeschlusses lässt sich also nicht mit einer beschleunigten Bauausführung begründen, so dass nicht erkennbar ist, weshalb für jene Vorverlagerung ein „unumgängliches öffentliches Bedürfnis"[94] bestehen soll.[95]

Dieser Befund stellt indes die Legitimität der durch § 45 b EnWG und § 27 II NABEG bewirkten Vorverlagerung von Enteignungsverfahren und Enteignungsbeschluss noch nicht infrage;[96] vielmehr darf der Gesetzgeber auch das Regelungsziel einer schnelleren endgültigen Klärung der Privatrechtsverhältnisse verfolgen, wie verschiedene verfahrensrechtliche Bestimmungen – nicht zuletzt solche zur zügigen Durchführung des Enteignungsverfahrens – zumindest indizieren.[97] Zwar weisen *Moench/Ruttloff* zu Recht darauf hin, dass bloße Zweckmäßigkeitserwägungen die Enteignung noch nicht rechtfertigen können, sondern dass insoweit das Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 III 1 GG gilt.[98] Doch unterliegt die Vorverlagerung des Enteignungsbeschlusses als solche nicht diesen hohen Rechtfertigungsanforderungen; die Verfahrensgestaltung selbst muss nicht von einem „besonders schwerwiegenden, dringenden öffentlichen Interesse" getragen sein, sondern es genügt ein „schlichtes" öffentliches Interesse.[99] Dies zeigt insbesondere der Blick auf das Institut der enteignungsrechtlichen Vorwirkung: Gewiss ist die Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung im Rahmen der Planfeststellung an dem Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 III 1 GG zu messen, doch ist Gemeinwohlziel hierbei die Verwirklichung der zugelassenen Fachplanungsvorhaben, zu deren Gunsten die enteignungsrechtliche Vorwirkung angeordnet wird. Die Vorverlagerung der Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung, die Verfahrensgestaltung, wird dagegen als solche nicht mit diesem Gemeinwohlziel, sondern mit der Vermeidung von Doppelprüfungen und einem Gewinn an Rechtssicherheit gerechtfertigt.[100] Im Unterschied zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung zielt das vorzeitige Enteignungsverfahren nicht auf eine Abschichtung der behördlichen Prüfung; es ist vielmehr auf „Rechtssicherheit" im Sinne einer frühzeitigen endgültigen Klärung der Privatrechtsverhältnisse gerichtet. Auch dieses Ziel darf der Gesetzgeber jedoch bei der Gestaltung von Verfahrensabläufen verfolgen und hierzu die Enteignungsentscheidung nicht nur in Teilen, sondern insgesamt vorverlagern,[101] solange die vorverlagerte Entscheidung den Maßstäben des Art. 14 III 1 GG genügt, was sogleich zu erörtern ist.[102] Soweit hiergegen auf die flankierende Funktion des Verfahrensrechts für den Eigentumsschutz verwiesen und gefordert wird, der Betroffene müsse im Enteignungsverfahren selbst seine Einwendungen vorbringen können,[103] ist zu bedenken, dass diese Möglichkeit gerade im Falle der enteignungsrechtlichen Vorwirkung nicht gegeben ist, so dass der Einwand verfassungsrechtlich keineswegs zwingend erscheint.

Ob die durch § 45 b EnWG und § 27 II 2 NABEG angestrebte Parallelführung von Planfeststellungs- und Enteignungsverfahren wirklich in jedem Fall zu einer schnelleren endgültigen Klärung der Privatrechtsverhältnisse führt und ein geringeres Konfliktpotenzial in sich birgt als die herkömmliche Verfahrensgestaltung, mag zwar nicht gesichert sein.[104] Insofern wird ua zu bedenken gegeben, dass zusätzliche gerichtliche Verfahren gegen den vorzeitigen Enteignungsbeschluss zu besorgen sind.[105] Doch ist im Rahmen der verfassungsrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Wirksamkeit der von ihm getroffenen Vorschriften über einen weiten Einschätzungsspielraum verfügt und insbesondere auch neue Regelungskonzepte erproben darf; dies gilt auch im Hinblick auf die Beurteilung der Gleichwertigkeit verschiedener in Betracht kommender Regelungen unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit.[106] Ausgehend von dem gesetzgeberischen

92 Hierzu bereits oben, III. 1., vor Fn. 72.

93 So aber für § 45 b EnWG *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (500), und *ders.*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 315 ff., der sodann aber die Erforderlichkeit des vorzeitigen Enteignungsverfahrens nach § 27 II NABEG verneint, weil die tatsächliche Bauausführung ebenso effektiv im Wege der vorzeitigen Besitzeinweisung zu erreichen sei; zutreffend hingegen *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (463, 464); *Hermes* in *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 45 b Rn. 4; *Thon*, Beschleunigung von Energieleitungsvorhaben, 250, sieht in dem beschleunigten Eigentumswechsel lediglich ein „Mittel" zur Erreichung einer beschleunigten Vorhabenverwirklichung.

94 So *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (500); *ders.*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 318; daran anschließend *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 9.

95 Teilweise wird erwogen, ob eine tatsächliche Beschleunigung des Netzausbaus dadurch bewirkt wird, dass der Vorhabenträger durch den früheren Abschluss eines Enteignungsverfahrens entlastet wird und weitere Vorhaben angehen kann; vgl. *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138); *Thon*, Beschleunigung von Energieleitungsvorhaben, 254; mit Recht skeptisch *Hermes* in *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, § 45 b Rn. 3.

96 So aber vor allem *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (463, 465), denen zufolge ein öffentliches Interesse ausschließlich an der tatsächlichen Vorhabenverwirklichung besteht.

97 Vgl. etwa die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen das Enteignungsverfahren beschleunigt durchgeführt werden soll und auch bei Nichterscheinen des Betroffenen über den Enteignungsantrag verhandelt und entschieden werden kann (vgl. zB §§ 24, 25 EEG NRW). Derartige – verbreitete – Bestimmungen dürften nicht bereits deshalb sämtlich verfassungswidrig sein, weil die Landes-Enteignungsgesetze auch die vorzeitige Besitzeinweisung vorsehen.

98 *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (464), unter Bezugnahme auf *BVerfG-K*, NJW 1999, 1176, wonach die Enteignung kein Instrument zur Umgehung unliebsamer vertraglicher Bindungen der öffentlichen Hand ist – diese Entscheidung betrifft freilich den Enteignungszweck und nicht die Gestaltung des Enteignungsverfahrens.

99 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes, auf die BT-Drs. 17/6073, 31, und *Pielow* in *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, § 45 b Rn. 5 in diesem Zusammenhang verweisen, genügt indes noch nicht für eine auch in materieller Hinsicht verfassungskonforme Regelung.

100 Zur enteignungsrechtlichen Vorwirkung und ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit oben, II. 4.

101 Zum gesetzgeberischen Spielraum bei der Auswahl von Regelungszielen allgemein etwa *BVerfGE* 138, 136 = DStR 2015, 31 = NJW 2015, 303 = NZG 2015, 103 Rn. 138 – Privilegierung von Betriebsvermögen in der Erbschaftsteuer; *Sachs* in *ders.* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 149 mwN.

102 Siehe unten, III. 3.

103 *Moench/Ruttloff*, NVwZ 2013, 463 (464, 466); ähnlich *de Witt/Durinke/Kause*, Höchstspannungsleitungen, Rn. 274; ausführlich zur Reichweite des Grundrechtsschutzes durch Verfahren in diesem Zusammenhang *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 212 ff., 231 ff., der die Bedenken im Ergebnis nicht teilt.

104 Ein vermindertes Konfliktpotenzial prognostiziert *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138), *ders.* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 45 b Rn. 7; referierend auch *Pielow* in *Säcker* (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, § 45 b Rn. 4; ausführlich und differenzierend zur Beschleunigungswirkung des vorzeitigen Enteignungsverfahrens *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 195 ff.

105 Ausführliche Kritik bei *Rude/Wichert* in *de Witt/Scheuten*, NABEG, § 27 Rn. 90 ff.; skeptisch auch *de Witt/Durinke/Kause*, Höchstspannungsleitungen, Rn. 432; für § 27 II NABEG auch *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (500).

106 Eingehend *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 252 ff.; auf die Einschätzungsprärogative verweisend auch *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138); allgemein *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 118, 122 mwN; speziell zur Erprobungsbefugnis des Gesetzgebers *BVerfGE* 113, 167 (234) – Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Ziel einer frühzeitigen endgültigen Klärung der Privatrechtsverhältnisse lässt sich die Erforderlichkeit des vorzeitigen Enteignungsverfahrens schließlich auch nicht unter Hinweis auf die vorzeitige Besitzeinweisung in Frage stellen: Da diese nur auf die Besitzübertragung gerichtet ist und nur vorläufig wirkt, kann sie jenes Ziel nicht erreichen und stellt deshalb kein gleichgeeignetes milderes Mittel dar.[107]

3. Pflicht zur Prüfung der konkreten Gemeinwohldienlichkeit iSd Art. 14 III 1 GG – zur Problematik der enteignungsrechtlichen Vorwirkung

Ist die gesetzgeberische Zielsetzung von § 45 b EnWG und § 27 II NABEG als solche nicht zu beanstanden, so ist die zwangsweise Inanspruchnahme des einzelnen Eigentümers auch auf der Grundlage eines im vorzeitigen Enteignungsverfahren erlassenen Enteignungsbeschlusses verfassungsrechtlich gleichwohl nur zulässig, wenn eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass die abstrakt-generell zugunsten des Energieleitungsausbaus festgelegten Gemeinwohlgründe auch im konkreten Einzelfall die Belange des betroffenen Eigentümers überwiegen.[108] Diese einzelfallbezogene Abwägung hat entweder die Enteignungsbehörde im Enteignungsverfahren oder aber – im Falle der enteignungsrechtlichen Vorwirkung – die Planfeststellungsbehörde bereits bei Erlass der Zulassungsentscheidung vorzunehmen.[109] Energiewirtschaftliche Planfeststellungsbeschlüsse und Plangenehmigungen entfalten gem. § 45 I Nr. 1 und II 1 EnWG enteignungsrechtliche Vorwirkung, so dass die konkrete Prüfung und Abwägung der Gemeinwohldienlichkeit iSd Art. 14 III 1 GG grundsätzlich Aufgabe der Planfeststellungsbehörde ist. Das vorzeitige Enteignungsverfahren ist aber auf den Erlass eines Enteignungsbeschlusses zu einem Zeitpunkt gerichtet, in welchem ein Planfeststellungsbeschluss noch nicht ergangen, sondern lediglich „zu erwarten“ ist. Da eine enteignungsrechtliche Abwägung von Gemeinwohl- und Eigentümerbelangen durch die Planfeststellungsbehörde noch nicht vorliegt, fragt sich, ob nun anstelle der Planfeststellungsbehörde die Enteignungsbehörde diese Abwägung vorzunehmen hat. Insofern sind die Bestimmungen über das vorzeitige Enteignungsverfahren in § 45 b EnWG und § 27 II NABEG gesondert zu betrachten, weil sie sich in ihrer Formulierung unterscheiden: Während § 27 II 2 NABEG die Anwendung von § 45 EnWG anordnet, fehlt eine entsprechende Bezugnahme in § 45 b EnWG.[110]

Gemäß § 27 II 2 NABEG findet im vorzeitigen Enteignungsverfahren § 45 EnWG mit der Maßgabe Anwendung, dass der nach dem Verfahrensstand zu erwartende Planfeststellungsbeschluss dem Enteignungsverfahren zugrunde zu legen ist. Die Bezugnahme auf § 45 EnWG erscheint zunächst überraschend, womöglich sogar überflüssig, ist doch die Vorschrift bereits über § 18 V NABEG auch in dem an das NABEG-Planfeststellungsverfahren „anknüpfenden“ Enteignungsverfahren anwendbar.[111] Um also etwa über § 45 III EnWG auch in Enteignungsverfahren zugunsten von NABEG-Vorhaben die Bestimmungen der Landesenteignungsgesetze (bspw. über die Enteignungsentschädigung) zur Anwendung zu bringen, hätte es der Bezugnahme in § 27 II 2 NABEG nicht bedurft. Es liegt vielmehr nahe, dass durch sie bestimmte in § 45 EnWG enthaltene Regelungen modifiziert werden sollten. Die in § 27 II 2 NABEG getroffene Anordnung, § 45 EnWG finde mit der Maßgabe Anwendung, dass der nach dem Verfahrensstand zu erwartende Planfeststellungsbeschluss dem Enteignungsverfahren zugrunde zu legen ist, lässt sich daher nur so verstehen, dass bereits diese künftige Zulassungsentscheidung die in § 45 I Nr. 1, II 1 EnWG angeordnete enteignungsrechtliche Vorwirkung entfalten soll.[112] Aufgrund der enteignungsrechtlichen Vorwirkung ist es dann der Enteignungsbehörde bei Erlass des Enteignungsbeschlusses verwehrt, die Gemeinwohldienlichkeit iSd Art. 14 III 1 GG infrage zu stellen; insbesondere darf sie nicht mehr in eine konkrete Prüfung und Abwägung der Gemeinwohl- und Eigentümerbelange eintreten.[113] Ergeht der Enteignungsbeschluss im vorzeitigen Enteignungsverfahren, also vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses, so hat zu diesem Zeitpunkt aber auch die Planfeststellungsbehörde diese einzelfallbezogene Abwägung noch nicht vorgenommen. Die Enteignungsentscheidung ergeht also, ohne dass die Enteignungsbehörde sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vor dem Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 III 1 GG verantwortet und ohne dass an ihrer Stelle die Planfeststellungsbehörde dies getan hätte. Die Entscheidung der Enteignungsbehörde wird zwar noch mit einer aufschiebenden Bedingung versehen; doch ist sie abschließend zugunsten der Enteignung gefallen, nur ihre innere Wirksamkeit noch vom Bedingungseintritt abhängig. Dies aber wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht: Indem Art. 14 III 1 GG bestimmt, eine Enteignung sei nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig, verlangt das Grundgesetz, dass *vor* der Entscheidung für die Enteignung deren Gemeinwohldienlichkeit im Einzelfall, das Überwiegen der Gemeinwohl- über die Eigentümerbelange, geprüft und bejaht wurde. Es genügt keineswegs, dass mit dem Bedingungseintritt die innere Wirksamkeit des Enteignungsbeschlusses und der die Zulässigkeit der Enteignung feststellende Planfeststellungsbeschluss zusammenfallen;[114] denn die Rechtsfolge des hoheitlich erzwungenen Eigentumswechsels wurde bereits zuvor und ohne die geforderte konkrete Abwägung gesetzt.[115] Diesem Erfordernis genügt die enteignungsrechtliche Vorwirkung, nicht aber

107 Der Sache nach ebenso *Kment*, NVwZ 2012, 1134 (1138); *ders.* in *ders.* (Hrsg.), EnWG, § 45 b Rn. 7; *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 9 und § 27 NABEG Rn. 52; auf die unterschiedlichen Wirkungen beider Instrumente hinweisend auch *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 428 f.

108 Hierzu bereits oben, II. 1., bei und mit Fn. 20.

109 Hierzu bereits oben, II. 1., bei und mit Fn. 21, sowie oben, II. 4., bei und mit Fn. 56.

110 Auf diesen Unterschied weist namentlich auch *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (498 f., 501) hin, missversteht allerdings, wie dargelegt, seine Bedeutung und fordert, es hätte in § 27 II 2 NABEG auf § 45 b EnWG Bezug genommen werden müssen, um einen Gleichlauf von § 27 II NABEG und § 45 b EnWG zu erzielen; vgl. auch *dens.*, Planungs- und Zulassungsverfahren nach dem Netzausbaubeschleunigungsgesetz, 311 f., 315 f., 320 f.; hierzu oben, III. 1., bei und mit Fn. 67 ff.

111 Die Formulierung des § 18 V NABEG („anknüpfende“) erfasst nicht nur dem Planfeststellungsverfahren nachgelagerte Verfahren, wie etwa das „klassische“ Besitzeinweisungs- oder Enteignungsverfahren, sondern gerade auch die in § 27 I, II NABEG vorgesehenen Parallelführungen verschiedener Verfahren.

112 Besonders deutlich *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 432, die allerdings an die Formulierung „zugrunde zu legen“ in § 27 II 2 NABEG und § 45 b S. 2 EnWG anknüpft; für eine enteignungsrechtliche Vorwirkung auch des künftigen Planfeststellungsbeschlusses ebenfalls *Rude/Wichert* in *de Witt/Scheuten*, NABEG, § 27 Rn. 114; *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 26 und § 27 NABEG Rn. 59; *Weghake*, NVwZ 2016, 496 (499), der aber den Inhalt der enteignungsrechtlichen Vorwirkung im Sinne eines „Enteignungserfolges“ missdeutet.

113 Zu dieser Folge der enteignungsrechtlichen Vorwirkung oben, II. 4., bei und mit Fn. 44.

114 Dies lässt aber *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 431, ausreichen; ähnlich *Rude/Wichert* in *de Witt/Scheuten*, NABEG, § 27 Rn. 88; *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 262 f.; *Durner*, NuR 2012, 369 (377), demzufolge die Bedingung gewährleistet, dass die Enteignung nur iSd Art. 14 III 1 GG zum Wohl der Allgemeinheit erfolgt.

115 Hierzu und zur Unterscheidung von äußerer und innerer Wirksamkeit des Enteignungsbeschlusses bereits oben, III. 1., bei und mit Fn. 74 ff.

eine „enteignungsrechtliche Nachwirkung“ in Form einer nachträglichen Legitimierung der Enteignungsentscheidung durch die Zulassungsentscheidung. Der Blick auf die enteignungsrechtliche Vorwirkung, durch welche die Zulassungsentscheidung als solche noch nicht den Rechtsentzug bewirkt, die aber ein nachfolgendes Enteignungsverfahren bindet und die aus diesem Grund an Art. 14 III 1 GG zu messen ist,[116] bestätigt vielmehr, dass es für die Gemeinwohldienlichkeit auf den Zeitpunkt der verbindlichen Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung und nicht erst auf den der tatsächlichen Inanspruchnahme des Eigentümers ankommt.

Diese Bewertung liegt auf einer Linie mit den Erkenntnissen der fachgerichtlichen Judikatur zur energieaufsichtsbehördlichen Feststellung der Zulässigkeit der Enteignung nach § 45 I Nr. 2, II 3 EnWG bzw. dessen Vorläufervorschriften in § 11 EnWG 1935 und § 12 EnWG 1998. Für diese Fallgestaltungen, in denen es an einer Zulassungsentscheidung mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung fehlt, hat das *BVerwG* wiederholt die Verpflichtung der Energieaufsichtsbehörde zur Prüfung der Gemeinwohldienlichkeit der Enteignung und zur Abwägung der öffentlichen und privaten Belange hervorgehoben.[117] Hieran anknüpfend hat der *BGH* mit Blick auf eine Enteignung zugunsten von Windkraftanlagen entschieden, der bestandskräftige Abschluss des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens sei keine unabdingbare Voraussetzung für die (Feststellung der) Enteignung nach § 45 I Nr. 2, II 3 EnWG. Dem Enteignungsantrag dürfe aber nur dann stattgegeben werden, wenn die Enteignungsbehörde in eigener Verantwortung die Gemeinwohldienlichkeit des begünstigten Vorhabens geprüft habe.[118] Für diese Prüfung kommt es insbesondere auch darauf an, dass dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen; denn ein dem geltenden Recht widersprechendes Vorhaben kann nicht iSd Art. 14 III 1 GG gemeinwohldienlich sein.[119] Dementsprechend hält der *VGH München* den Erlass eines Enteignungsbeschlusses auch dann für möglich, wenn noch nicht sämtliche erforderliche öffentlich-rechtliche Genehmigungen vorliegen, die Enteignungsbehörde deren Erteilung aber aufgrund einer eigenverantwortlichen Prüfung prognostizieren kann.[120] Diese fachgerichtlichen Erkenntnisse gründen auf der zutreffenden Annahme, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung keinesfalls ohne vorherige Prüfung der konkreten Gemeinwohldienlichkeit des Vorhabens ergehen darf.[121] Diese Prüfung ist der Enteignungsbehörde jedoch im Falle des § 27 II 2 EnWG durch die enteignungsrechtliche Vorwirkung des künftigen Planfeststellungsbeschlusses verwehrt.

Im Unterschied zu § 27 II 2 NABEG enthält § 45 b S. 2 EnWG keine Bezugnahme auf § 45 EnWG und dehnt somit die in § 45 I Nr. 1 EnWG angeordnete enteignungsrechtliche Vorwirkung nicht auf „zu erwartende“ Planfeststellungsbeschlüsse für EnWG-Vorhaben aus. Gemäß § 45 b S. 2 EnWG ist diese künftige Zulassungsentscheidung zwar dem Enteignungsverfahren „zugrunde zu legen“;[122] dies ist jedoch lediglich als Vorgabe für den Umfang der Enteignung, nicht dagegen für die Zulässigkeit der Enteignung dem Grunde nach zu verstehen.[123] Und weil die enteignungsrechtliche Vorwirkung zwingend einer gesetzlichen Grundlage bedarf,[124] § 45 I Nr. 1 EnWG sie aber an einen wirksamen Planfeststellungsbeschluss knüpft, wird sie durch einen lediglich „zu erwartenden“ Planfeststellungsbeschluss gerade nicht ausgelöst.[125] Nimmt der künftige Planfeststellungsbeschluss im Falle des § 45 b EnWG die Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung nicht vorweg, so kann – und muss – die Enteignungsbehörde das konkrete Überwiegen der Gemeinwohlgründe iSd Art. 14 III 1 GG in eigener Verantwortung prüfen. Hierzu muss sich die Prognoseentscheidung der Enteignungsbehörde im Hinblick auf den „zu erwartenden“ Planfeststellungsbeschluss insbesondere auch auf dessen Rechtmäßigkeit beziehen, weil die Gemeinwohldienlichkeit allein dann angenommen werden kann, wenn das zuzulassende Vorhaben mit dem geltenden Recht in Einklang stehen wird.[126] Auf diese Weise lässt sich § 45 b EnWG verfassungskonform anwenden, während § 27 II NABEG den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht wird.[127]

IV. Schlussbetrachtung

Während die bisherige Debatte um die Verfassungskonformität des vorzeitigen Enteignungsverfahrens nach § 45 b EnWG und § 27 NABEG vor allem das Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung – die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit dieser Vorschriften – betrachtet, ist es den vorstehenden Überlegungen zufolge entscheidend, dass überhaupt die verfassungsrechtlich geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt: Indem Art. 14 III 1 GG die Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit erlaubt, verlangt das Grundgesetz, dass *vor* der Enteignungsentscheidung das Überwiegen der Gemeinwohl- über die Eigentümerbelange für den Einzelfall festgestellt wird. Diesem Erfordernis kann § 45 b EnWG, nicht aber § 27 II NABEG genügen, denn § 27 II 2 NABEG schneidet der Enteignungsbehörde die Prüfung der konkreten Gemeinwohldienlichkeit ab, indem die in § 45 I Nr. 1 EnWG angeordnete enteignungsrechtliche Vorwirkung auf den „zu erwartenden“ Planfeststellungsbeschluss erstreckt wird. Die verfassungsrechtliche Problematik des vorzeitigen Enteignungsverfahrens ergibt sich damit vor allem aus der Verknüpfung dieser neuartigen Vorverlagerung der Enteignungsentscheidung mit

116 Hierzu allgemein oben, II. 4., bei und mit Fn. 45 ff.

117 *BVerwGE* 72, 365 (367) = NVwZ 1986, 471; *BVerwGE* 80, 201 (207) = NVwZ-RR 1989, 227 = NVwZ 1989, 555 Ls.; *BVerwGE* 116, 365 (372 ff.) = NJW 2003, 230 = NVwZ 2003, 343 Ls. – dort auch eingehend dazu, dass Art. 14 GG nicht die Durchführung eines fachplanerischen Zulassungsverfahrens mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung gebietet, und zur gerichtlichen Überprüfung der Bedarfsfeststellung; vgl. bestätigend *BVerfG-K*, WM 2009, 422 (428).

118 *BGHZ* 204, 274 = NVwZ 2015, 915 Rn. 26 ff., 30 ff. mit Anm. *Helmes*.

119 Siehe nur *BVerfG-K*, NVwZ 2008, 775 Rn. 10; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 14 Rn. 86 mwN.

120 *VGH München*, *BayVGHE* 56, 70 = NVwZ 2003, 1534 (1535, 1537).

121 Ob der Enteignungsbeschluss gegebenenfalls auch bei noch ausstehender Zulassungsentscheidung ergehen darf, kann hier offen bleiben; jedenfalls darf er nicht ohne vorherige konkrete Gemeinwohlprüfung ergehen.

122 Dieser Formulierung entnimmt aber *Falter*, Die enteignungsrechtliche Vorwirkung, 432, auch für § 45 b S. 2 EnWG eine volle enteignungsrechtliche Vorwirkung des künftigen Planfeststellungsbeschlusses; dafür auch etwa *Nebel/Riese* in *Steinbach/Franke* (Hrsg.), Kommentar zum Netzausbau, § 45 b EnWG Rn. 26.

123 Zu diesen beiden Teilaspekten der enteignungsrechtlichen Vorwirkung oben, II. 4., bei und mit Fn. 44.

124 Hierzu bereits oben, II. 4., bei und mit Fn. 50.

125 Der Gesetzgeber hat durch die parallele Einführung der im Übrigen inhaltsgleichen Vorschriften in § 45 b EnWG und § 27 NABEG womöglich keine Unterschiede hinsichtlich der enteignungsrechtlichen Vorwirkung beabsichtigt, § 45 und § 45 b EnWG erlauben es jedoch nicht, diese auch lediglich künftigen Planfeststellungsbeschlüssen für EnWG-Vorhaben beizumessen.

126 Hierzu vorstehend, bei und mit Fn. 118. Eingehend zur Prognoseentscheidung der Enteignungsbehörde *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 132 ff., 142 ff., der sich zu Recht gegen eine in rechtlicher Hinsicht bloß „summarische“ Prüfung wendet.

127 Damit gelangt der Beitrag – eine feine Ironie der Rechtsdogmatik – zum selben Ergebnis wie *Weghake*, der die Bezugnahme auf § 45 EnWG in § 27 II 2 NABEG im Sinne eines „Enteignungserfolges“ missdeutet.

dem etablierten Institut der enteignungsrechtlichen Vorwirkung. Diese Verknüpfung zieht über die verfassungsrechtlichen Bedenken hinaus auch praktische Schwierigkeiten nach sich, welche die hier nicht näher zu erörternde Sinnhaftigkeit des vorzeitigen Enteignungsverfahrens fraglich erscheinen lassen und für die Anwendung des § 45 b EnWG von Bedeutung sind:[128] Ist die Enteignungsbehörde verfassungsrechtlich gezwungen, vor Erlass des vorzeitigen Enteignungsbeschlusses die konkrete Gemeinwohldienlichkeit des Vorhabens – dh auch die Rechtmäßigkeit des „zu erwartenden" Planfeststellungsbeschlusses – zu prüfen, so fordert das vorzeitige Enteignungsverfahren gerade die Doppelprüfungen, welche die enteignungsrechtliche Vorwirkung vermeiden will.[129] Und es droht ferner eine Verdoppelung der Rechtsschutzlasten, weil der Enteignungsbetroffene auch gegen den vorzeitigen Enteignungsbeschluss mit Rügen vorgehen muss, die bei „klassischer" Verfahrensgestaltung auf die Anfechtung des Planfeststellungsbeschlusses konzentriert wären.[130]

128 Die Zweckmäßigkeit und den Modellcharakter des vorzeitigen Enteignungsverfahrens analysiert ausführlich *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 269 ff.

129 Vgl. hierzu auch *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 292 ff., der eine „Problemkumulation auf der Ebene des Enteignungsverfahrens" beobachtet.

130 Zu Aspekten des Rechtsschutzes gegen den vorzeitigen Enteignungsbeschluss *Thon*, Beschleunigung energierechtlicher Leitungsvorhaben, 116 ff., der auf eine „potenziell ‚unnötige' Anfechtungslast" hinweist.