

Entwurf



RA Philipp Heinz * Grolmanstr. 39 * 10623 Berlin

Bundesnetzagentur
Frau Dr. Sigglow
Postfach 8001
53105 Bonn

per beA/EGVP

Philipp Heinz
Rechtsanwalt

Grolmanstraße 39
10623 Berlin

TEL: 030/28 00 95 - 0
FAX: 030/28 00 95 15
FUNK: 0163/744 34 69

Zweigstelle Werder
Michaelisstraße 6
14542 Werder (Havel)

TEL: 03327/488 001

kanzlei@philipp-heinz.de
www.philipp-heinz.de

Mittwoch, 28. September 2022
PH/

Netzausbau, Planfeststellung, Vorhaben Nr. 2 BBPlG, Abschnitt D1 (Pk. Koblenz - Pk. Marxheim), Untersuchungsrahmen gem. § 20 Abs. 23 NABEG

Hier: Schreiben an die Stadt Eppstein vom 02.09.2022, Ihr Zeichen: 6.07.01.02/2-2-4/9.0

Unser Zeichen: H22-005 Eppstein, Stadt

Sehr geehrte Frau Dr. Sigglow,
sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit zeigen wir an, dass uns im o.g. Planfeststellungsverfahren die Stadt Eppstein, ihrerseits vertreten durch den Bürgermeister, Rathaus I, Hauptstraße 99, 65817 Eppstein, mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat. Eine entsprechende Vollmacht wurde Ihnen bereits unmittelbar durch die Stadt Eppstein übermittelt.

Auf Ihr o.g. Anhörungsschreiben reagieren wir wie folgt:

1. Beschränkung auf 200 m Korridor rechtlich zweifelhaft und hoch riskant

Sie interpretieren § 18 Abs. 3b) NABEG-Neu dergestalt, dass im Falle der Existenz einer Bestandstrasse (wie beim Ultranetvorhaben im Bereich Eppstein) jedwede fachplanerische Variantenprüfung, die einen Abstand von 200 m zur bestehenden Trasse überschreitet, per se ausgeschlossen ist. Einzig eine - europarechtlich begründete - naturschutzrechtlich gebotene Variantenprüfung (erhebliche Beeinträchtigung eines europäischen Schutzgebietes möglich bzw. artenschutzrechtliche Verbotstatbestände einschlägig) lassen nach Ihrer Interpretation des NABEG-Neu im gegenständlichen Fall noch die Prüfung von Abweichungen von mehr als 200 m zu.

Jedenfalls in der von Ihnen angenommenen sehr strikten Interpretation des Gesetzes haben wir deutliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der diesbezüglichen Gesetzesänderung: Von der umzusetzenden Variante hängt hochgradig ab, welche Schutzgüter an welchem Ort und in welchem Maß beeinträchtigt werden, ob bzw. wo privates oder kommunales Eigentum in Anspruch genommen wird und ob bzw. wie die gemeindliche Gestaltungs- bzw. Planungshoheit betroffen ist. Die Variantenermittlung, -betrachtung und -abwägung ist damit seit jeher zentraler Bestandteil einer jeden fachplanerischen Abwägung. Das Abwägungsgebot ergibt sich dabei unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Stelkens/Bonk/Sachs/Neumann/Külpmann, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 74 Rn. 54, formulieren dies wie folgt:

Das Rechtsstaatsprinzip fordert als Schranke der planerischen Gestaltungsfreiheit das Abwägungsgebot. Das Gebot folgt aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung, hat Verfassungsrang und gilt deshalb auch, wenn eine spezialgesetzliche Normierung fehlt. Es gebietet, die von einer Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Das Abwägungsgebot zielt auf einen verhältnismäßigen Ausgleich der von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange. Der Sache nach konkretisiert es in einer den Besonderheiten planerischer Entscheidungen angepassten Weise den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Das Abwägungsgebot und damit insb. der Variantenprüfung haben also Verfassungsrang. Damit korrespondiert, dass das „Recht auf gerechte Abwägung“ als subjektives öffentliches Recht anerkannt ist, vgl. SchochKoVwGO, VwVfG vor § 72 Rn. 255, beck-online. Natürlich gab es auch nach dem NABEG-Alt kein Recht auf intensive Prüfung aller auch nur denkbaren, sondern eine Begrenzung auf ernsthaft in Betracht kommende Varianten. Es war also nach fachlichen Kriterien in der jeweiligen örtlichen Situation zu prüfen, ob eine Variante in Betracht kommt und näher zu prüfen ist. Bisher mussten z.B. Trennungsgebot und Bündelungsgebot miteinander abgewogen werden; es musste entschieden werden, ob beispielsweise Trassenabweichungen von 200, 250 oder 400 m im Einzelfall gerechtfertigt sind oder nicht.

Nunmehr erkennen Sie in Fällen wie dem vorliegenden ein Verbot, Varianten, die mehr als 200 m in ihrer Achse von einer Bestandstrasse abweichen, überhaupt nur planerisch in den Blick zu nehmen. Dies widerspricht nicht nur diametral sämtlicher bisheriger Fachplanungspraxis, sondern beschränkt die o.g. rechtsstaatlich-verfassungsmäßig erforderliche Abwägung auf ein letztlich marginales Minimum. Dies zu rechtfertigen bedarf extrem guter Gründe. Selbstverständlich führt der Gesetzgeber im Entwurf des „Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung“ den Klimaschutz und die aktuelle Energie-Situation an. Das ändert aber nichts daran, dass es für eine derart gravierende Einschränkung bei der Umsetzung rechtsstaatlicher Anforderungen einer tragfähigen und verhältnismäßigen Grundlage bedarf. In der Bundestagsdrucksache 20/1599 wird aber auf S. 71 (Begründung für den § 18 Abs. 3b) NABEG-Neu) nur in einem Satz festgehalten, dass nunmehr „grundsätzlich ein Abstand von 200 Metern zwischen den Trassenachsen nicht zu überschreiten“ sei. Das führe zu einer Verschlankung des Prüfumfanges, insbesondere der Alternativenprüfung. Aber warum hier ausgerechnet auf den - in völlig anderem Zusammenhang bereits früher in § 3 NABEG bestimmten - Abstand für einen Ersatzneubau zurückgegriffen und dieser, ohne fachplanerische Ausnahmemöglichkeit, als absolute Grenze gesetzt wird, wird, soweit ersichtlich, weder in der vorg.

Drucksache noch in den folgenden Drucksachen (Bundesrat, Bundestag) bis zum Beschluss des Gesetzes erläutert.

Ein fachlicher Grund, eine solche absolute Grenze bei 200 m zu setzen, wird nicht benannt und ist auch nicht ersichtlich. Je nach örtlicher Gegebenheit kann auch eine Abweichung von beispielsweise 250, 300 oder 400 m nicht nur zwecks Konfliktminimierung planerisch überaus sinnvoll und damit im Endergebnis beschleunigend wirkend sein, sondern gegenüber einer 200 m Abweichung auch ohne relevanten planerischen Mehraufwand umgesetzt werden.

Die massive Einschränkung des Abwägungsgebots führt dazu, dass das Schutzgut Mensch in der Variantenabwägung überall dort, wo das Schutzgut zwar stark betroffen ist, es aber örtlich keine entlastende Variante im Abstand von 200 m gibt, sondern erst im Abstand von beispielsweise 250 m, keinerlei Wirksamkeit mehr hat. Vergleichbares gilt für fast alle anderen Schutzgüter (Ausnahme nur Naturschutz im Extremfall der Beeinträchtigung europäisch geschützter Gebiete und Arten) sowie dem grundgesetzlich geschützten Wohn- und Betriebseigentum und der gemeindlichen Planungs- und Gestaltungshoheit (Art. 28 II GG).

Eine Auslegung des § 18 Abs. 3b) NABEG-Neu, wie Sie diese in Ihrem o.g. Schreiben vornehmen, führt u.E. zu einer 200 m Grenze, die sich als willkürlich, unverhältnismäßig und damit nicht verfassungskonform darstellt. Hieraus folgt, dass sich ein Planfeststellungsbeschluss, welcher auf einer derart marginalisierten Variantenabwägung beruhen würde, schon aus Gründen einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage bzw. einer verfassungswidrigen Auslegung des Gesetzes als rechtswidrig erweisen könnte. Vor diesen Hintergründen erscheint ein Verzicht der in der Bundesfachplanungsentscheidung vom 16.05.2022 im Stadtgebiet Eppstein für das Planfeststellungsverfahren ausdrücklich zur Prüfung eingeforderten Varianten (S. 341 [343], „Alternative Eppstein 1“ sowie „Alternativen 1a - 1c“), Kapitel 13.2.2.13 - 13.2.2.15 im Antrag nach § 19 NABEG) rechtsfehlerhaft und äußert risikoreich.

Kritisch anzumerken ist ferner, dass die Bevorzugung der Nutzung einer Bestandstrasse wesentlich darauf beruht, dass sich nach der Rechtsprechung die Betroffenen und der Markt angeblich auf die Trasse eingestellt hätten. Hier haben sich die Betroffenen und die Städte / Gemeinden aber darauf eingestellt und darauf vertraut, dass die innerhalb des Korridors liegenden und von Ihnen in der Bundesfachplanungsentscheidung **ausdrücklich** und **verbindlich** für die Prüfung in der Planfeststellung vorgesehenen kleinräumigen Varianten, auch tatsächlich ernsthaft untersucht und in Betracht gezogen werden. Es stehen sich demnach die angebliche Gewöhnung an den Bestand mit dem Vertrauen auf die durch eine Bundeseinrichtung gemachten Prüfungszusagen gegenüber. Auch hieraus begründet sich die hohe Anforderung des Gesetzgebers u.a. an die Verhältnismäßigkeit, wenn mitten im laufenden 2-stufigen Verfahren das Abwägungsgebot - entgegen bereits getätigten Zusagen - massiv eingeschränkt wird. Wie oben ausgeführt fehlt es im Gesetzgebungsprozess an jeglicher Herleitung und Begründung, warum die fachplanerische Variantenprüfung plötzlich ausgerechnet auf einen 200 m Bestandstrassen-Abstand beschränkt werden soll.

2. Anhörung fordert rechtswidrig Unmögliches; Artenschutz

Die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren („Anhörung“) ist verfassungsrechtlich geboten; sie begründet sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Kallerhoff/Mayen, 9. Aufl. 2018, VwVfG § 28 Rn. 2. Ihre gegenständliche

Anhörung ist indessen rechtswidrig, denn sie verstößt gegen den Rechtssatz „ultra posse nemo obligatur“ („Über das Können hinaus wird niemand verpflichtet.“). Dieser Rechtssatz gilt allgemein und ganz besonders, wenn es um das rechtsstaatliche Handeln von Behörden gilt.

Ihr o.g. Anhörungsschreiben verlangt Unmögliches. Sie formulieren im Hinblick auf die Frage, ob es zwingende Gründe nach §§ 34 oder 44 BNatSchG wie folgt:

Dass entsprechende Gründe in den zu Ihren Vorschlägen korrespondierenden Bereich der Antragstrasse vorliegen, konnte ich Ihren Schreiben bislang nicht entnehmen. Insofern möchte ich Sie in Vorbereitung des von uns als nächsten Verfahrensschritt zu erstellenden Untersuchungsrahmens gem. § 20 Abs. 3 NBEG bitten, hierzu ergänzend vorzutragen und mir schnellstmöglich, spätestens jedoch bis zum <[Frist, etwa 3 Wochen nach Eingang des Schreibens]> vor allem geeignete Sachgründe darzulegen, die insbesondere einer Nutzung der bestehenden Leitung den zu den alternativen Trassenverläufenden korrespondierenden Bereich entgegenstehen.

Hierzu ist zu sagen:

- Ihre Formulierung suggeriert klipp und klar: Entweder trägt unsere Seite jetzt innerhalb weniger Tage das Vorliegen erheblicher Natura2000-Gebietsbeeinträchtigungen oder von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen vor - oder die betreffenden Trassenvarianten fallen bereits per se aus dem Untersuchungsrahmen.
- Diese Aufforderung verkennt komplett die Verantwortlichkeiten: Sie als Planfeststellungsbehörde trifft der Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG). Dem können Sie sich nicht entziehen, indem sie einfach Dritten eine diesbezügliche Verantwortung zuschieben, die der Dritte überhaupt nicht hat.
- Die Vorhabenträgerin hat die Nachweispflicht, dass ihre Planung weder europäische Schutzgebiete beeinträchtigt noch artenschutzrechtliche Verbotstatbestände verwirklicht, bzw., wenn doch, dass es keine zumutbare Alternative gibt. Den Nachweis haben Sie zwingend von der Vorhabenträgerin einzufordern. D.h., sie muss den wissenschaftlichen Standards entsprechend kartieren. Das haben Sie einzufordern, was wir auch erwarten und hiermit beantragen. Auch an dieser Stelle können Sie nicht einfach Dritten die Verantwortung überhelfen.
- Beispielsweise bedarf eine Brutvogelkartierung einer Reihe von Begehungen über einen ausreichenden, mehrmonatigen Zeitraum, und zwar zur Brutzeit, vgl. BVerwG, Urteil vom 9. November 2017 – 3 A 4/15 –, BVerwGE 160, 263-327, Rn. 45, mit Verweis auf „Albrecht u.a., Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, März 2015, S. 44“. Im September ist keine Brutzeit. Meine Mandantschaft ist zudem keine Naturschutzbehörde und hat dementsprechend auch keine artenschutzfachlichen Mitarbeiter/innen. Wie soll diese Ihnen innerhalb weniger Wochen im September ausreichende Hinweise auf das Vorliegen artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände liefern. Sie verlangen schlicht und ergreifend Unmögliches. Das ist rechtswidrig (s.o.) und in keiner Weise geeignet, Sie oder die Vorhabenträgerin aus der Verantwortung zu nehmen.

Bekannt ist meiner Mandantschaft Folgendes: Im Bereich der Bestandstrasse ist u.a. mit dem Vorkommen von europäischen Vogelarten, insbesondere Offenlandarten zu rechnen. U.a. geht es um die Arten Mäusebussard, Turmfalke, Sperber und Habicht. Zudem gibt es Hinweise auf das Vorkommen der Haselmaus im Bereich der Bestandstrasse. Letztere ist nach Anhang IV der FFH-RL besonders geschützt (<https://www.bfn.de/artenportraits/muscardinus-avellanarius>). Diese Hinweise gelten für alle Bereiche der Bestandstrasse im Stadtgebiet Eppstein, für die in der Bundesfachplanung die Prüfung einer Variante zugesichert worden war. Wie gesagt, diese Hinweise sind von Ihnen natürlich zu beachten, können aber in keiner Weise die o.g. notwendige und ausreichende Kartierung der hierfür verantwortlichen (also der Vorhabenträgerin und der Planfeststellungsbehörde) ersetzen.

Daher bleibt es dabei, dass Sie von meiner Mandantschaft Unmögliches einfordern, was zu einer Rechtswidrigkeit der Anhörung führt und auch zur Rechtswidrigkeit einer eventuellen Planfeststellung, falls sich dort auf 200 m Abstand eingeschränkte Prüfung von Varianten darauf begründen sollte, dass zum Zeitpunkt der Festlegung des Untersuchungsrahmens keine (ausreichenden) Hinweise auf mögliche artenschutzrechtliche Verbotstatbestände vorgelegen hätten.

3. Vorsorglich: Variantenabwandlung zu prüfen

Vorsorglich beantragen wir, die Prüfung folgender Varianten in den Untersuchungsrahmen aufzunehmen. Jedenfalls für den Bereich des Wohngebietes im Bereich der Straße In d. Reiterhohl gibt es auch Varianten innerhalb eines 200 m Abstandes. Die Gründe hierfür sind die gleichen, die bereits bisher seitens meiner Mandantschaft ausführlich vorgebracht wurden. Eine erhebliche Entlastungswirkung würde auch bei diesen Varianten entstehen, denn sie würden gegenüber dem Bestand immerhin in etwa eine Verdreifachung des Abstandes bedeuten:



Die linke Variante wäre zu favorisieren, denn es würde lediglich ein Mast verschoben, und zwar auf ein städtisches Grundstück. Die rechts dargestellte Variante würde lediglich den unwahrscheinlichen Fall abdecken, dass die sehr geringfügige Verlängerung des Spannungsfeldes eines weitem Mastes bedürfte. Die Skizze soll im Übrigen nur verdeutlichen, wie auch innerhalb eines 200 m Abstandes eine Entlastung geschaffen werden kann. Um eine abschließende Planung des Leitungsverlaufs handelt es sich nicht und muss es sich auch nicht handeln, denn die konkrete technische Umsetzung ist durch die Vorhabenträgerin zu untersuchen.

4. Fazit

Die Variantenabwägung hat als zentraler Bestandteil der Fachplanung verfassungsrang. Eine derart starke Einschränkung auf einen 200 m Abstand, wie Sie diese sehen, bedarf einer tragfähigen und verhältnismäßigen Grundlage, zumal, wenn sie mitten innerhalb eines 2-stufigen Verfahrens greifen soll und jeglichen Vertrauensschutz missachtet. Eine derartige Begründung ist dem Gesetzgebungsverfahren nicht zu entnehmen. Ihr Vorgehen ist daher äußerst risikobehaftet und könnte im Ergebnis zu einer rechtswidrigen Planfeststellung führen (Abwägungsausfall ernsthaft in Betracht kommender Varianten).

Auch das Anhörungserfordernis folgt dem Rechtsstaatsprinzip und hat Verfassungsrang. Ihre Anhörung ist rechtswidrig, denn sie versucht nicht nur, Ihre Verantwortung und die der Vorhabenträgerin auf Dritte zu verlagern, sondern macht den Fortgang des Verfahrens (Untersuchungsrahmen, Prüfung von Varianten) davon abhängig, was meine Mandantschaft nun völlig überraschender Weise kurzfristig vortragen soll. Weiterhin ist die Anhörung rechtswidrig, weil von ihr ein Vortrag verlangt wird, der objektiv unmöglich ist (artenschutzrechtliche Untersuchung innerhalb von ca. 3 Wochen außerhalb der Brutzeit).

Wir beantragen daher,

im Rahmen der Festlegung des Untersuchungsrahmens die Vorhabenträgerin zu verpflichten, die meiner Mandantschaft gestellten Fragen zu beantworten und uns hiernach - auf tragfähiger Basis - erneut anzuhören.

Weiterhin beantragen wir vorsorglich,

jedenfalls die oben skizzierten Varianten innerhalb des 200 m Abstandes in den Untersuchungsrahmen aufzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen

Philipp Heinz
Rechtsanwalt