

# Günther · Heidel · Wollenteit · Hack · Goldmann

Rechtsanwälte · Partnerschaft

RAe Günther · Heidel · Wollenteit · Hack · Goldmann  
Postfach 130473 · 20104 Hamburg

---

Verwaltungsgericht Hamburg  
Lübeckertordamm 4

20099 Hamburg

**Vorab per Telefax: 42843 - 7219**  
(ohne Anlagen)

Michael Günther  
Hans-Gerd Heidel<sup>1</sup>  
Dr. Ulrich Wollenteit<sup>2</sup>  
Martin Hack<sup>2</sup> LL.M. (Stockholm)  
Clara Goldmann LL.M. (Sydney)  
Dr. Michéle John  
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town)  
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London)

<sup>1</sup> Fachanwalt für Familienrecht

<sup>2</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Postfach 130473  
20104 Hamburg

Mittelweg 150  
20148 Hamburg

Tel.: 040-278494-0  
Fax: 040-278494-99

Email: post@rae-guenther.de

Gerichtskasten 177  
AG Hamburg PR 582

**26.11.2009**

09/1074V/C/ML

Sekretariat: Frau Fürst  
Tel.: 040-278494-12

## Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO

des **BUND-Landesverbands Hamburg e.V.**, vertreten durch den Vorstand,  
Lange Reihe 29, 20099 Hamburg

– Antragsteller –

Prozessbevollmächtigte: RAe Günther, Heidel, Wollenteit, Hack, Goldmann,  
Mittelweg 150, 20148 Hamburg

gegen

die **Freie und Hansestadt Hamburg**, vertreten durch die Behörde für Stadt-  
entwicklung und Umwelt, Amt für Immissionsschutz und Betriebe,  
Stadthausbrücke 8, 20355 Hamburg

– Antragsgegnerin –

beizuladen: **Vattenfall Europe Wärme AG**, vertreten durch den Vorstand,  
Andreas-Meyer-Straße 8, 22113 Hamburg

wegen: Plangenehmigung

Buslinie 109, Haltestelle Böttgerstraße · Fern- und S-Bahnhof Dammtor · Parkhaus Brodersweg/ 2

---

Dresdner Bank AG  
BLZ 200 800 00  
Kto.-Nr. 4000 262 00

Hamburger Sparkasse  
BLZ 200 505 50  
Kto.-Nr. 1022 250 383

Postbank Hamburg  
BLZ 200 100 20  
Kto.-Nr. 743 874 202

Anderkonto:  
Dresdner Bank AG  
BLZ 200 800 00  
Kto.-Nr. 4000 262 02

- 2 -

Namens und in Vollmacht des Antragstellers wird beantragt,

- 1. die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 26.11.2009 gegen die Plangenehmigung der Antragsgegnerin vom 24.06.2009 (Az. IB 1205-148/2007) zur Errichtung einer Fernwärmepumpstationen Haferweg und Holstenstraße wiederherzustellen.**
- 2. den Streitwert festzusetzen sowie**
- 3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.**

Es wird zudem darum gebeten, zur Vermeidung der Schaffung vollendeter Tatsachen für den Zeitraum bis zur Entscheidung über den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO einen

### **Hängebeschluss**

zu erlassen, da mit den Baumaßnahmen bereits begonnen wurde und massive, irreversible Beeinträchtigungen der Natur, insbesondere des Baumbestands, jederzeit eintreten können (siehe A II und V sowie C III).

Vollmachten sind in beglaubigter Ablichtung beigelegt.

Des Weiteren wird gemäß § 100 Abs. 1 VwGO beantragt,

**die Verwaltungsvorgänge beizuziehen und Einsicht in diese auf dem Büro des Unterzeichners zu gewähren.**

Einstweilen wird der Antrag in nachstehender Gliederungsfolge begründet:

#### **A. Sachverhalt**

- I. Zur genehmigten Fernwärmeleitung
- II. Zu den Umweltauswirkungen
- III. Zu den vorgesehenen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen
- IV. Zum Genehmigungsverfahren
- V. Zum Stand der Realisierung

#### **B. Zulässigkeit des Antrags**

- I. Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO (analog)
  1. Beteiligungsrecht im Falle eines Planfeststellungsverfahrens
  2. Planfeststellungspflichtigkeit der Fernwärmepumpstationen
    - a) Erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen
    - b) Kein Ausschluss durch Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen
    - c) Jedenfalls: Keine Offensichtlichkeit des Ausschlusses

.../ 3

## II. Antragsbefugnis nach § 61 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (analog)

1. Analoge Anwendbarkeit des § 61 Abs. 1 BNatSchG
  - a) Vergleichbarkeit der Interessenlage
  - b) Analoge Anwendbarkeit dient auch der Prozessökonomie
2. Weitere Voraussetzungen des § 61 BNatSchG erfüllt

## III. Antragsbefugnis nach §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 URG

1. Antragsbefugnis wegen Nichtdurchführung einer UVP (§ 4 Abs. 1 URG)
2. Antragsbefugnis wegen Verstoßes gegen Umweltschutznormen (§ 2 Abs. 1)

## IV. Parallele Anwendbarkeit der antragsbefugnisbegründenden Normen

### **C. Begründetheit des Antrags**

#### I. Rechtswidrigkeit der Plangenehmigung

1. Verletzung der Beteiligungsrechte nach fehlerhafter UVP-Vorprüfung
  - a) Keine vorgabengemäße Durchführung der Vorprüfung
  - b) Keine Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses
  - c) Zwischenergebnis
2. Abwägungsfehler
  - a) Ermittlungsdefizite und unzureichende Konfliktbewältigung
  - b) Alt. 1: Volluntertunnelung nördlich der Elbe
  - c) Alt. 2: Trasse entlang der Holstenstraße (ohne Grünzugquerung)
  - d) Unverhältnismäßigkeit der Genehmigung der Grünzug-Trasse

#### II. Kein besonderes Vollziehungsinteresse (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO)

1. Kein öffentliches Interesse mangels Gefährdung der Energieversorgung
2. Kein hinreichendes privates Interesse
  - a) Keine Gewinneinbußen bei verzögerter Fernwärmeauskopplung
  - b) Keine Mehrkosten in der Bauausführung zu erwarten
  - c) Kein schutzwürdiges Beschleunigungsinteresse (§ 242 BGB analog)

#### III. Jedenfalls: Überwiegen des Aussetzungsinteresses

#### IV. Unzureichende Begründung des Vollziehungsinteresses (§ 80 Abs. 3 VwGO)

## **B e g r ü n d u n g**

### **A. Sachverhalt**

Der Antragsteller wendet sich gegen die Plangenehmigung, die der Beizulassenden unter dem 24.06.2009 für die Errichtung und den Betrieb der „Fernwärmetransportleitung Moorburg“ auf Grundlage von § 20 Abs. 2 UVPG von der Antragsgegnerin erteilt worden ist.

## **I. Zur genehmigten Fernwärmeleitung**

Die Fernwärmeleitung soll vom derzeit in Bau befindlichen, südlich der Elbe gelegenen Kohlekraftwerk Moorburg ausgehend über eine Gesamtlänge von ca. 12,2 km bis zu den bestehenden Einspeisepumpstationen Haferweg und Holstenstraße/Ecke Kleine Freiheit in Altona geführt werden (Plangenehmigung – im Folgenden: PG – S. 18). Der genaue Trassenverlauf ergibt sich aus dem als

### **Anlage ASt 1**

in Kopie beigefügten Lageplan, der im Internet in einer skalierbaren Version abrufbar ist (unter <http://www.hamburg.de/start-fachthemen/135760/kraftwerk-moorburg.html>). Beabsichtigt sei, die im Kraftwerk Moorburg nach Fertigstellung ausgekoppelte Fernwärme von ca. 450 MW in das Fernwärmenetz der Stadt einzuspeisen; hiermit soll Ersatz für die Wärmeleistung des von einer Schwestergesellschaft der Beizuladenden betriebenen Kraftwerks Wedel geschaffen werden (PG, S. 18).

Die Fernwärmeleitung soll abschnittsweise als oberirdische Freileitung (ca. 3,9 km), als erdverlegte Kunststoffmantelröhre (ca. 6,0 km) und in Tunnelbauwerken (ca. 2,3 km) errichtet werden. Sie bestehe aus einem Vor- und einem Rücklauf mit jeweils 90 cm Durchmesser. Auf den Abschnitten mit Erdverlegung führe dies einschließlich des Leitungsabstands zu einer Trassenbreite von 4,00 m, während der Bauarbeiten würden allerdings Flächen mit einer Breite von ca. 9,00 m in Anspruch genommen (PG, S. 18).

## **II. Zu den Umweltauswirkungen**

Die Errichtung der Fernwärmeleitung ginge mit einer massiven Inanspruchnahme vegetationsbestandener (Park-) Flächen und der Fällung einer großen Anzahl von Bäumen einher, die sich auf der vorgesehenen Trasse befinden. Da dem Antragsteller die Planungsunterlagen nicht vollständig vorliegen und die Plangenehmigung selbst nur unzureichende Angaben zu den genehmigten Eingriffen enthält, wird für die folgende Darstellung auf Antworten des Senats auf verschiedene Kleine Anfragen von Bürgerschaftsabgeordneten zurückgegriffen.

- Auf einer Länge von ca. 1.740 m, d.h. ca. 15% der Gesamtstrecke, soll die Leitung unter vegetationsbestandenen Flächen geführt werden; davon entfallen 1.070 m auf den Bereich nördlich der Elbe und 670 m auf den Bereich südlich davon, wie sich aus der Antwort zur Drucksache 19/4120 v. 18.09.2009, in Kopie anbei als

### **Anlage ASt 2,**

(S. 1, Zu 2. bis 2.c) ergibt. Nach eigenen Ermittlungen des Antragstellers durchquert die Trasse allein nördlich der Elbe auf 1.780 m vegetationsbestandene Fläche, wie aus der selbst gefertigten Übersicht, in Kopie anbei als

### **Anlage ASt 3,**

hervorgeht. Demnach wären vegetationsbestandene Flächen wenigstens auf einer Gesamtstrecke von 2.450 m betroffen. Selbst wenn man nur die Angaben des Senats zugrundelegt, resultiert hieraus – bei einer Baustellenbreite von ca. 9,00 m – eine Flächeninanspruchnahme von 15.660 m<sup>2</sup> bzw. mehr als 1,5 Hektar *allein für den Trassenbereich*. Hinzu kommen große Flächen für Einzäunung, Zufahrten und Materiallagerung. Hierdurch summiert sich der Gesamtflächenbedarf allein im Altonaer Grünzug, der auf 455 m Länge durchschnitten wird, auf 11.096,5 m<sup>2</sup> (PG, S. 47). Rechnet man das hierdurch offenbar werdende Verhältnis von Trassenfläche und Zusatzflächen auf die gesamte Länge der durchquerten vegetationsbestandenen Bereiche hoch, ergibt sich eine Gesamtinanspruchnahme von ca. 6 Hektar. Zwar würde die Inanspruchnahme nicht dauerhaft erfolgen, jedoch würde der vorhandene Vegetationsbestand während der Bauausführung vollständig zerstört.

- Bei dem zerstörten Vegetationsbestand würde es sich nicht etwa um minderwertigen Bewuchs handeln, sondern bei knapp einem Drittel der Strecke sogar um kultivierte Parkbepflanzungen (im Walter-Möller-Park, Bertha-von-Suttner-Park und Alsenpark). Auch der städtische Baumbestand würde nicht unwesentlich dezimiert: Bei Realisierung der vorgesehenen Trassenführung müssten 397 Bäume gefällt und jeweils 35 Bäume an den Wurzeln und in der Krone zurückgeschnitten werden; an 133 weiteren Bäumen würden Baumschnittmaßnahmen zur Arbeitsraumschaffung durchgeführt; insgesamt wären also 600 Bäume betroffen – was sich aus der Übersicht auf S. 5 der Drucksache 19/3462 v. 10.07.2009, in Kopie anbei als

### **Anlage ASt 4,**

ergibt. Aus demselben Dokument (S. 5/6) ergibt sich die regionale Verteilung der von der Fällung bedrohten Bäume (allein 170 Stück im Bereich der Bauabschnitte 8 und 9, d.h. in den Parks und Straßen von Altona), eine Aufschlüsselung der Baumarten (96 Linden, 92 Ahorn, 33 Eichen, 22 Hainbuchen, 11 Kastanien, 41 Obstbäume sowie Birken, Eschen, Pappeln, Platanen, Robinien, Weiden u.a.) sowie Minimal- und Maximalwerte der jeweiligen Stammdurchmesser (bis zu 110 cm). Folglich handelt es sich ganz überwiegend um einen sehr hochwertigen Baumbestand, der der Fernwärmeleitung auf der bisher vorgesehenen Trasse zum Opfer fallen würde.

- Die Zahl von 397 zu fällenden Bäumen berücksichtigt noch nicht die Fläche von ca. 5.700 m<sup>2</sup> Pionierwald südlich der Nippoldstraße (Aufahrt Köhlbrandbrücke), auf der der vorhandene Baum- und Strauchbestand entfernt werden soll (Drs. 19/3462, S. 5: „zusätzlich“). In diesem Bereich befinden sich nach Ermittlungen des Antragstellers wenigstens weitere 30 alte und große Bäume. Der sog. Pionierwald ist stark verwildert, so dass nicht auszuschließen ist, dass sich an dieser Stelle wertvolle Biotope angesiedelt haben.
- Ungefähr die Hälfte der zu fällenden Bäume kommen aufgrund ihres Alters grundsätzlich als Fledermausquartier in Betracht (Planula-Gutachten, Arten- und Biotopschutz, März 2008, S. 14). Im Zuge einer ersten gutachterlichen Einschätzung wurden vier Standorte als potentiell quartiersgeeignet identifiziert; nur diese wurden im weiteren Verlauf näher untersucht – ohne dass sich der Verdacht *hier* bestätigt hätte (a.a.O. sowie Nachtrag zum Planula-Gutachten, Juni 2008). Jedoch wurde während einer Begehung entlang der geplanten Trassen und einer Inaugenscheinnahme der betroffenen Bäume am 25. Oktober 2009 von zwei kundigen ehrenamtlichen Mitgliedern des Antragstellers festgestellt, dass drei Balsampappeln in der Norderreihe quartiersgeeignete Höhlen aufweisen, die einer näheren Untersuchung bedürfen.

### III. Zu den vorgesehenen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen

Im Landschaftspflegerischen Begleitplan (LBP) wurden im Hinblick auf die vorgesehenen Baumfällungen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ermittelt, die aufgrund von entsprechenden Auflagen der Plangenehmigung von der Beizuladenden zu erfüllen sind; demnach hat die Beizuladende Ersatzpflanzungen vorzunehmen und eine Ausgleichsabgabe i.H.v. € 876.046 zu leisten (PG, S. 36 f.: Auflage B 4.2.7 b) und Hinweis). Für den Bereich der durchquerten Parkanlagen sind gesonderte Ersatzpflanzungen und Ausgleichszahlungen in Höhe von € 723.237,47 vorgesehen (PG, S. 47, Auflage 4.3.11.4 c). Dabei bleibt es der Beizuladenden freigestellt, ob sie die Ersatzpflanzungen selbst vornimmt oder an ihrer Stelle die entsprechenden Ausgleichsabgaben abführt (PG, S. 46, erster Absatz).

Im übrigen sollen die gefälltten Parkbäume „grundsätzlich nicht an gleicher Stelle“ ersetzt werden, sondern nach Maßgabe eines übergeordneten Gestaltungskonzepts (PG, S. 49, Auflage 4.3.11.6 d). Von den 397 zu fällenden Bäumen sollen 242 am alten Standort ersetzt, 49 in der Nähe gepflanzt und 106 allein durch Ausgleichszahlungen abgegolten werden (Drs. 19/3462 = Anlage ASt 4, S. 5: Tabelle und nachfolgender Text).

#### **IV. Zum Genehmigungsverfahren**

Nachdem die Beizuladende den Antrag auf Erteilung einer Plangenehmigung für die Fernwärmetransportleitung unter dem 28.06.2007 gestellt hatte, wurde das Verfahren nach Vervollständigung der Unterlagen am 25.09.2007 eingeleitet (PG, S. 20).

Im weiteren Verlauf hat die Beizuladende insgesamt acht Planänderungsanträge eingereicht, von denen der sechste (vom 10.06.2008) hervorzuheben ist. Nachdem die ursprüngliche Trassenführung entlang der Holstenstraße vom Amt für Verkehr und Straßenwesen und der Polizei aufgrund verkehrstechnischer Bedenken abgelehnt worden war, wurde ein neuer Verlauf gewählt, mit dem erstmalig die Grünzüge in Altona – insbesondere die oben genannten Parkanlagen – in Anspruch genommen wurden (PG, S. 21 f.). Der Verlegung durch die Grünanlagen wurde seitens des Amtes für Landes- und Landschaftsplanung mit Schreiben vom 27.02.2009, das in der Plangenehmigung auszugsweise wiedergegeben wird (PG, S. 34 f.), *nicht zugestimmt*. Zur Begründung wurde angeführt, dass die Fernwärmeleitung während Bau und Betrieb zu einer starken Beeinträchtigung der Grünanlagen führe; ca. 60 prägende Parkbäume müssten allein in den Grünanlagen gefällt werden, was nur zum Teil durch Neupflanzungen ausgeglichen werden könne; die Abwärme der Leitungen führe auch später zu erheblichen Einschränkungen in der Vegetation; gerade die innerstädtischen Grünflächen hätten jedoch eine besondere Bedeutung für die Erholung der Bevölkerung und die Attraktivität des Stadtteils. Zudem stehe mit der geschlossenen Bauweise eine Alternative zur Verfügung, die den Verkehr auf der Holstenstraße nicht beeinträchtigen würde.

Die Entscheidung für ein Plangenehmigungsverfahren – und damit gegen ein Planfeststellungsverfahren – fiel aufgrund der UVP-Vorprüfung, die federführend vom Amt für Natur- und Ressourcenschutz durchgeführt wurde. Die Beurteilung sei „auf der Grundlage der eingereichten UVP-Vorprüfungsunterlagen“ erfolgt; zudem seien die seit dem 29.08.2007 vollständig vorliegenden Antragsunterlagen „nochmals auf Abweichungen geprüft“ worden (PG, S. 19). Die verschiedenen Planänderungen seien jeweils einer erneuten Vorprüfung unterzogen worden (UVP-Screening-Dokument, S. 1). Das Screening-Dokument, das auf den 14.05.2009 datiert wurde, weist allerdings das Amt für Immissionsschutz und Betriebe als Urheber aus. Das ursprüngliche Dokument, das vom Amt für Natur- und Ressourcenschutz vor der Entscheidung über das anzuwendende Verfahren am 25.09.2007 erstellt worden sein muss, befindet sich nicht unter den Planungsunterlagen.

Eine Beteiligung der Öffentlichkeit und anerkannter Naturschutzvereine hat nicht stattgefunden. Der Antragsteller wurde erst durch die Berichterstattung der Presse im Nachgang zur Erteilung der Plangenehmigung am 24.06.2009 auf die drohenden Eingriffe in den Naturhaushalt aufmerksam.

Inzwischen wurde von der Antragsgegnerin im Amtlichen Anzeiger Nr. 91 vom 17.11.2009 bekanntgegeben, dass die Beizuladende am 31.08.2009 die Zulassung dreier weiterer Planänderungen beantragt hat, die sich v.a. auf die vorgesehenen Tunnelbauwerke beziehen. Auch hier habe die Vorprüfung ergeben, dass von ihnen keine erheblichen Umweltauswirkungen ausgingen.

## **V. Zum Stand der Realisierung**

Mit den Bauarbeiten wurde begonnen. Ausweislich der Drucksache 19/4280 vom 16.10.2009, in Kopie anbei als

### **Anlage ASt 5,**

wurde ein ca. 130 m langer erdverlegter Abschnitt am Blumensand (Nähe Re-thebrücke) fertiggestellt (S. 1, zu 3.). Außerdem waren für den Sommer 2009 Leitungsverlegungen im Ellerholzweg, im Reiherdamm und in der Louise-Schröder-Straße als Vorbereitung für den Trassenbau angekündigt (Drs. 19/3462 = Anlage ASt 4, S. 4 zu 3.), bei deren Durchführung bereits Bäume gefällt wurden (Drs. 19/4120 = Anlage ASt 2, S. 2, zu 4.d). Da die Baumfällungen als Baufeldvorbereitungen den eigentlichen Baumaßnahmen vorangehen müssen, ist jederzeit mit weiteren Fällungen zu rechnen.

## **B. Zulässigkeit des Antrags**

Der Antrag ist zulässig. Insbesondere ist die Antragsbefugnis, deren Voraussetzungen aufgrund der Akzessorietät des Eilverfahrens mit denen der Klagebefugnis identisch sind, gegeben. Die Antragsbefugnis besteht unter drei verschiedenen Gesichtspunkten: Sie ergibt sich zunächst aufgrund der Verletzung eigener (Beteiligungs-) Rechte des Antragstellers aus § 42 Abs. 2 VwGO (dazu I). Unabhängig von der Verletzung eigener Rechte kann sich der Antragsteller als anerkannter Naturschutzverein auf § 61 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (dazu II) bzw. auf § 2 Abs. 1 URG (dazu III) stützen. Die Antragsbefugnis für Naturschutzvereine hat vorliegend eine selbständige Bedeutung, da sie – wie zu zeigen sein wird – eine weitergehende gerichtliche Überprüfung der streitgegenständlichen Plangenehmigung ermöglicht. Die vorgenannten Normen sind, da kein Spezialitätsverhältnis besteht, nebeneinander anwendbar (dazu IV).

### **I. Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO (analog)**

Die Antragsbefugnis ist in Analogie zu den für die Klagebefugnis anerkannten Grundsätzen dann gegeben, wenn eine Verletzung von Rechten des Antragstellers nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder denkbaren Betrachtungsweise unmöglich erscheint (BVerwG, Urt. v. 30.10.1963 – V C 219.62, juris; seither st. Rspr.).

Vorliegend macht der Antragsteller eine Verletzung seiner Beteiligungsrechte aus §§ 40 Nr. 9, 42 HambNatSchG geltend. Nach § 40 Nr. 9 HambNatSchG ist einem anerkannten Naturschutzverein in Planfeststellungsverfahren, die von hamburgischen Behörden durchgeführt werden, Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Einsicht in die einschlägigen Sachverständigengutachten zu geben, soweit es sich um Vorhaben handelt, die mit Eingriffen in Natur und Landschaft nach § 9 HambNatSchG verbunden sind. Die jeweils für das Verfahren zuständige Behörde hat die zur Mitwirkung berechtigten Vereine gemäß § 42 HambNatSchG zu benachrichtigen. Diese Vorschriften verleihen den anerkannten Vereinen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Beteiligung am Verfahren, das selbständig durchsetzbar ist (BVerwG, Urt. v. 07.12.2006 – 4 C 16/04, juris, Rn. 14). Es ist auch dann verletzt, wenn ein Planfeststellungsverfahren, an dem ein anerkannter Verein zu beteiligen gewesen wäre, zu Unrecht nicht durchgeführt wurde. Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich festgestellt (a.a.O., Rn. 15), dass

*„das dem Naturschutzverein gewährte Recht auf Beteiligung in Planfeststellungsverfahren und die Anfechtungsbefugnis im Falle seiner Verletzung auf die Fallkonstellation zu erstrecken (ist), in der die zuständige Behörde (ein Vorhaben) ... im Wege einer ... nicht beteiligungspflichtigen Plangenehmigung zulässt, weil sie die rechtlichen und naturschutzfachlichen Voraussetzungen, unter denen gemäß ... § 3c Abs. 1 Satz 1 UVPG 2001 von einer Umweltverträglichkeitsprüfung abgesehen werden darf, verkannt hat und wegen der UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens ein Planfeststellungsverfahren durchzuführen gewesen wäre.“*

So liegt es auch hier. Wäre die Errichtung der Fernwärmetransportleitung Gegenstand eines Planfeststellungsverfahrens gewesen, hätte der Antragsteller beteiligt werden müssen (dazu 1). Von einem Planfeststellungsverfahren hat die Antragsgegnerin jedoch aufgrund einer fehlerhaften Vorprüfung der UVP-Pflichtigkeit zu Unrecht abgesehen (dazu 2).

### **1. Beteiligungsrecht im Falle eines Planfeststellungsverfahrens**

Bei Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens hätte der Antragsteller nach §§ 40 Nr. 9, 42 HambNatSchG hieran beteiligt werden müssen. Er wurde ausweislich der Bekanntmachung im amtlichen Anzeiger vom 03.02.1984, in Kopie anbei als

#### **Anlage ASt 6,**

nach § 29 BNatSchG a.F. als Naturschutzverein anerkannt. Zu seinen satzungsmäßigen Zielen zählt es, wie sich aus dem entsprechenden Dokument, das wir in Kopie als

#### **Anlage ASt 7**

beifügen, die Natur und Umwelt zu schützen (Ziff. 2.1) und zu diesem Zweck „Einsichten in ökologische Zusammenhänge als Grundlage für den Schutz der Umwelt in der Gesamt- und Fachplanung sowie in Genehmigungsverfahren zu umweltrelevanten Plänen und Projekten zu fördern, vertiefen und durchzusetzen“ (Ziff. 2.2.1). In diesem satzungsmäßigen Aufgabenbereich wird der Antragsteller durch die Errichtung der Fernwärmeleitung berührt, denn dieses Vorhaben wäre – wie noch im einzelnen auszuführen sein wird – nach derzeitiger Genehmigungslage mit erheblichen Eingriffen in die Natur verbunden.

## **2. Planfeststellungspflichtigkeit der Fernwärmehtransportleitung**

Die Errichtung der Fernwärmehtransportleitung hätte gemäß § 20 Abs. 1 UVPG zum Gegenstand eines Planfeststellungsverfahrens gemacht werden müssen, da die Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bestand. Für die Fernwärmehtransportleitung sieht das Gesetz aufgrund ihrer Länge eine Vorprüfung der UVP-Pflichtigkeit im Einzelfall vor (Nr. 19.7.1 des Anhangs 1 zum UVPG). Sie ist zu bejahen, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären (§ 3c S. 1 UVPG).

Die Antragsgegnerin hätte bei ordnungsgemäßer Vorprüfung zwingend zu dem Ergebnis kommen müssen, dass eine vollständige Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist. Denn ohne Zweifel hätte die Errichtung der Fernwärmehtransportleitung nachteilige Umweltauswirkungen, die auch erheblich wären (dazu a). Die zu erwartenden Umweltauswirkungen würden auch nicht durch Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen, die von der Beizuladenden vorgesehen sind, ausgeschlossen (dazu b). Jedenfalls ist diese Ausschlusswirkung nicht „offensichtlich“, wie § 3c S. 3 UVPG verlangt (dazu c). Die Antragsgegnerin gelangte bei ihrer Vorprüfung, die in der Unterlage „UVP Screening“ dokumentiert ist, zwar zum gegenteiligen Ergebnis. Dies beruht jedoch darauf, dass wesentliche Auswirkungen der Planung – wie zu zeigen sein wird – gar nicht erst zur Kenntnis genommen wurden. Diese Auswirkungen sind überdies derart offenkundig, dass es schwer fällt, von einem Versehen auszugehen.

### **a) Erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen**

Angesichts der Tatsache, dass die Trasse der Fernwärmeleitung über weite Strecken unter vegetationsbestandenen Flächen geführt und hierfür eine große Zahl von Bäumen zurückgeschnitten oder gefällt werden soll (vgl. oben A II), liegt es auf der Hand, dass ihre Realisierung nachteilige Umweltauswirkungen haben würde. Diese wären auch „erheblich“ in dem Sinne, den das Bundesverwaltungsgericht diesem Kriterium beilegt (BVerwG, Urt. v. 13.12.2007 – 4 C 9/06, juris, Rn. 34):

*„Nachteilige Umweltauswirkungen sind erheblich im Sinne des (...) § 3c Abs. 1 Satz 1 und 3 UVPG 2001, wenn sie nach § 12 UVPG bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens zu berücksichtigen wären. Der Maßstab für die Erheblichkeit ist dem materiellen Zulassungsrecht zu entnehmen. Nach dem Luftverkehrsrecht (§ 8 Abs. 5 i.V.m. § 6 Abs. 4 Satz 2 LuftVG) sind nachteilige betriebsbedingte Umweltauswirkungen der zivilen Nutzung eines ehemaligen Militärflugplatzes bei der Entscheidung über die Änderungsgenehmigung zu berücksichtigen und damit grundsätzlich im UVP-rechtlichen Sinne erheblich, wenn sie mehr als geringfügig und damit abwägungserheblich sind“ (Hervorh. d. d. Unterz.).*

Dass die Umweltauswirkungen der Fernwärmeleitung als (abwägungs-)erheblich anzusehen sind, ergibt sich schon rein formal daraus, dass sie nur bei Erteilung einer naturschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung zulässig sind (1); auch die Quantität (2 und 3) und Qualität (4) der Auswirkungen lässt keinen anderen Schluss zu.

(1) Die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Abwägungserheblichkeit ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn den Auswirkungen grundsätzlich ein gesetzliches Verbot entgegensteht, auch wenn im Einzelfall eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden kann. Denn die Genehmigung setzt in dieser Konstellation voraus, dass eine Abwägung der für und gegen sie streitenden Interessen erfolgt. Nach § 4 Abs. 2 des Gesetzes über Grün- und Erholungsflächen bedarf deren Benutzung, soweit sie über den Rahmen der Zweckbestimmung der Anlage hinausgeht, einer Erlaubnis. Das Für und Wider ihrer Erteilung (im Hinblick auf die Querung der Grünflächen und Parkanlagen) musste also abgewogen werden, was ausweislich der Plangenehmigung auch erfolgt sein soll (PG, S. 35 und 66).

Es widerspräche zudem der Wertung des Gesetzgebers, wenn ein Eingriff in die Natur, der grundsätzlich verboten ist und nur ausnahmsweise erlaubt werden kann, als unerheblich angesehen würde. Denn die Etablierung eines Verbots ist verfassungsrechtlich (Art. 2 Abs. 1 GG) nur dann zu rechtfertigen, wenn hiermit hinreichend gewichtige Schutzzwecke verfolgt werden. Jeder Belang, dessen Beeinträchtigung grundsätzlich verboten ist, muss demnach kraft gesetzgeberischer Gewichtung als erheblich angesehen werden.

(2) In quantitativer Hinsicht erscheint es absurd, einer Inanspruchnahme von ca. 6 Hektar vegetationsbestandener Fläche – die von (mindestens) 1.780 m der Trasse gequert und ihres Bewuchses beraubt werden soll (vgl. oben A II) – die Erheblichkeit abzuspochen. Hierzu hat sich selbst der Verfasser des UVP-Screening-Dokuments nicht durchgerungen. Stattdessen ging er von fehlerhaften Prämissen aus, die kaum weiter von der Realität entfernt sein könnten. So wird in diesem Dokument (S. 4, unter 3.2.1, dritter Absatz) festgestellt:

*„Lediglich auf einer Länge von ca. 150 m verläuft die Leitung unterhalb von vegetationsbestandenen Flächen“ (Hervorh. d. d. Unterz.).*

Auch der Antragstellerin muss in der Zwischenzeit die Diskrepanz zwischen diesem Wert und der real geplanten Inanspruchnahme aufgefallen sein. Denn sie hat – ohne diese Änderung als nachträgliche Korrektur kenntlich zu machen – zumindest in der online (unter der oben bei Anlage ASt 1 für den Lageplan angegebenen Adresse) verfügbaren Version des Screening-Dokuments den Wert auf „1.500 m“ heraufgesetzt. Da nicht absehbar ist, welche Version sich in den vom Gericht beigezogenen Unterlagen befinden wird, wird als

### **Anlage ASt 8**

ein Ausdruck der Seite 4 des Screening-Dokuments in beiden Versionen vorgelegt. Was auch immer die Antragsgegnerin zu dieser nachträglichen Änderung bewogen haben mag: Sie vermag nicht darüber hinwegzutäuschen, dass bei der Beurteilung der UVP-Pflichtigkeit von einer Inanspruchnahme vegetationsbestandener Flächen auf einer Strecke von 150 m ausgegangen wurde. Nur so ist der Satz, der der Längenangabe folgt, zu erklären. Dort heißt es: „Diese (vegetationsbestandenen) Flächen besitzen eine geringe biologische Vielfalt und sind stark anthropogen beeinträchtigt“. Die anthropogene Beeinträchtigung wird dabei auf die bestehende Nutzung für Industrie und Straßenverkehr zurückgeführt (S. 9, dritter Absatz). Wäre dem Verfasser die umfangreiche Querung der Grünflächen und Parks bewusst gewesen, hätte diese Feststellung nicht getroffen werden können. Auch die Tatsache, dass weder die Parkflächen als Erholungsflächen nach Nr. 2.1 der Anlage 2 zum UVPG noch die vorgesehenen umfangreichen Baumfällungen im Screening-Dokument *irgendeine* Erwähnung finden, belegt deutlich – rechtmäßiges Handeln unterstellt –, dass diese Eingriffe dem Verfasser des Dokuments nicht bekannt waren. Vielmehr liegt es nahe, dass die Beurteilung aus einem Planungsstadium stammt, als noch eine weitaus geringere Inanspruchnahme von Grünflächen vorgesehen war. So könnte sie vor dem 6. Planänderungsantrag vorgenommen worden sein, der die Verlegung der Trasse in die Grünzüge Altonas zum Gegenstand hat (vgl. oben A IV). Entgegen der Beteuerung im Screening-Dokument (S. 1) wäre somit eine erneute Überprüfung der UVP-Pflichtigkeit nach jeder Planänderung nicht erfolgt.

In der Sache – nämlich bezüglich der Beurteilung der UVP-Pflichtigkeit – würde sich freilich nichts ändern, wenn die Antragsgegnerin von vornherein von einer Durchquerung vegetationsbestandener Flächen mit einer Länge von 1.500 m ausgegangen wäre. Zum einen wäre dieser Wert immer noch zu niedrig angesetzt (vgl. A II). Zum anderen wäre es nur umso unverständlicher, wie in Kenntnis einer um das Zehnfache höheren Flächeninanspruchnahme noch die Unerheblichkeit der Umweltauswirkungen festgestellt werden konnte.

(3) Abgesehen von der Flächeninanspruchnahme begründet allein schon die Anzahl der zu fällenden (397) und zurückzuschneidenden (203) Bäume die Erheblichkeit der Umweltauswirkungen in quantitativer Hinsicht (vgl. oben A II). Zum einen dürfte es wenige Vorhaben auf Hamburger Stadtgebiet geben, von denen eine größere Anzahl von Bäumen unmittelbar betroffen ist. Zum anderen ist hier die Schwelle deutlich überschritten, von der ab neben den additiven Wirkungen der einzelnen Baumverluste die *synergetischen* Effekte zu betrachten sind, die aus dem flächendeckenden Verlust gewachsener Baumstrukturen sowohl für die hierauf angewiesene Fauna als auch für die Bäume in ihrer Funktion für die Erholung des Menschen im städtischen Raum resultieren können. Derartige synergetische Effekte übersteigen die Leistungsfähigkeit einer nur summarisch erfolgenden Vorprüfung und können adäquat nur in einer vollumfänglichen Umweltverträglichkeitsprüfung abgearbeitet werden.

Im übrigen zeigt das Screening-Dokument, dass auch die vorgesehenen Baumfällungen in ihrem Ausmaß verkannt (und stattdessen wohl die Eingriffe einer anderen Trassenführung zugrunde gelegt) wurden. Denn es ist lediglich die Rede davon, dass „der Verlust einzelner Bäume (...) an anderer Stelle ausgeglichen werden“ kann (S. 9 im Absatz „Tiere, Pflanzen und biologische Vielfalt“), ohne in irgendeiner Weise auf den Umfang der geplanten Baumfällungen einzugehen. Der Eingriff in den Pionierwald (vgl. oben A II) findet nicht einmal Erwähnung.

(4) Auch unter qualitativen Gesichtspunkten sind die Umweltauswirkungen als erheblich anzusehen. Denn ganz überwiegend sind hochwertige Baumarten betroffen (über 220 der zu fällenden Bäume entfallen auf die Arten Ahorn, Linde und Eiche). Viele von ihnen haben an ihrem Parkstandort eine prägende Funktion (PG, S. 34). Darüber hinaus ist die besondere Bedeutung des Baumbestandes für die Erhaltung der Erholungsfunktion innerstädtischer Grünflächen zu beachten, die ohnehin in zu geringem Umfang zur Verfügung stehen; die Attraktivität eines Stadtteils hängt in nicht geringem Maße von diesen „weichen“ Standortfaktoren ab. Die Erheblichkeit der Umweltauswirkungen wird schließlich dadurch indiziert, dass das Amt für Landes- und Landschaftsplanung aus den vorgenannten Gründen sein Einvernehmen verweigert hat (vgl. oben A IV).

#### **b) Kein Ausschluss durch Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen**

Die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung war auch nicht gemäß § 3c S. 3 UVPG deshalb entbehrlich, weil Umweltauswirkungen durch vom Träger des Vorhabens vorgesehene Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen ausgeschlossen waren. Denn die nach den Genehmigungsunterlagen vorgesehenen Ersatzpflanzungen und Ausgleichszahlungen stellen keine Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen i.S.d. § 3c S. 3 UVPG dar. Unter die letztgenannten Begriffe fallen nur solche Maßnahmen, mit denen eine

Umweltauswirkung *noch vor ihrer Entstehung unterbunden* wird: indem der Eingriff vollständig unterlassen wird (Vermeidungsmaßnahmen) oder indem er durch Schutzvorkehrungen in seinen Auswirkungen von vornherein begrenzt wird (Verminderungsmaßnahmen). Hiervon sind solche Maßnahmen zu unterscheiden, mit denen *nach erfolgtem Eingriff* die beeinträchtigten Funktionen der Natur wieder hergestellt werden (Ausgleichsmaßnahmen) oder in gleichwertiger Weise ersetzt werden (Ersatzmaßnahmen).

Die Unterscheidung der vorstehend definierten vier verschiedenen Maßnahmetypen liegt der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zugrunde (§ 19 BNatSchG). Das Landesrecht kann nach § 19 Abs. 4 BNatSchG zudem als fünften Maßnahmetyp vorsehen, dass bei zuzulassenden Eingriffen für nicht ausgleichbare oder nicht in sonstiger Weise kompensierbare Beeinträchtigungen Ersatz in Geld zu leisten ist (Ersatzzahlungen). Dieselbe Unterscheidung – zwischen den vier zuerst genannten Maßnahmetypen – findet sich im UVPG wieder, wo verlangt wird, dass die zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen auch die „Vermeidungs-, Verminderungs-, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen“ enthält (§ 11 S. 5 UVPG).

Diese Begriffe werden im UVPG nicht selbständig definiert. Bei *systematischer* jedoch davon auszugehen, dass sie im UVPG denselben Inhalt wie im BNatSchG haben. Dies überzeugt auch aus *historisch-genetischer* Perspektive, da zur Zeit der Erarbeitung des UVPG die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bereits in Kraft war und es somit nahe liegt, dass der Gesetzgeber die vorhandene Begrifflichkeit gleichbedeutend übernehmen wollte.

Schließlich ist der Gleichlauf der Auslegung auch aus *teleologischen* Gründen geboten: Nur bei Maßnahmen, durch deren Vornahme die Entstehung von nachteiligen Umweltauswirkungen von vornherein gänzlich unterbunden wird (also bei Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen) kann mit der vom Gesetz geforderten „Offensichtlichkeit“ davon ausgegangen werden, dass die Entstehung von Beeinträchtigungen ausgeschlossen ist. Bei Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, die lediglich auf eine Wiederherstellung bzw. gleichwertige Kompensation der Funktionen des Naturhaushalts gerichtet sind, kann der erforderliche Inhalt der Maßnahme regelmäßig nur mit geringerer Eindeutigkeit abgeschätzt werden, da hierfür zum Teil komplexe Bewertungsentscheidungen (hinsichtlich der Wertigkeit der beeinträchtigten Naturfunktionen) notwendig sind bzw. zumindest eine genaue Erfassung des Umfangs und Grades der Beeinträchtigung vonnöten ist. Dies kann nur im Zuge einer vollständigen Umweltverträglichkeitsprüfung geleistet werden. Es widerspräche der absichtenden Funktion der Vorprüfung, wenn die schwierigen, manchmal zwar standardisierten, aber immer an den Einzelfall anzupassenden Überlegungen zur kompensatorischen Wirkung von Maßnahmen über die „Hintertür“ der Ausschlusswirkung doch wieder von der Voll- in die Vorprüfung verlagert werden könnten. Im Ergebnis ist dies auch im FFH-Recht, das ebenfalls eine Vorprü-

fung vorsieht, anerkannt. Hier gilt, dass Maßnahmen zur „Schadensbegrenzung“, d.h. zum Ausgleich von Beeinträchtigungen, vollständig ausgeblendet bleiben müssen. Denn „die Bestimmung von Art und Umfang der Schadensbegrenzung sowie ihrer Wirksamkeit und Realisierbarkeit kann nur einzelfallbezogen auf Basis einer eingehenden Untersuchung der Beeinträchtigungen durchgeführt werden und ist daher Aufgabe der FFH-Verträglichkeitsprüfung“ (vgl. Leitfaden zur FFH-Verträglichkeitsprüfung im Fernstraßenbau – Ausgabe 2004, S. 19, Fn. 19, unter Verweis auf die von der Europäischen Kommission ausgegebenen Methodischen Leitlinien).

Die in den Genehmigungsunterlagen vorgesehenen Ersatzpflanzungen und Ausgleichszahlungen (vgl. oben A III) können demnach nicht als Vermeidungs- oder Verminderungsmaßnahmen i.S.d. § 3c S. 3 UVPG angesehen werden. Denn durch sie werden Eingriffe in den Baumbestand nicht etwa von vornherein vermieden. Vielmehr sind sie darauf gerichtet, nach den massiven Eingriffen die Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts wiederherzustellen, soweit die Pflanzungen am Ort des Eingriffs erfolgen (Ausgleichsmaßnahme), bzw., soweit sie an einem anderen Ort erfolgen, die beeinträchtigte Funktion gleichwertig zu ersetzen (Ersatzmaßnahme). Die Zahlungsverpflichtungen fallen in die oben erläuterte fünfte, landesrechtlich eröffnete Kategorie der Ersatzzahlungen.

### **c) Jedenfalls: Keine Offensichtlichkeit des Ausschlusses**

Selbst wenn man – wofür nichts spricht – die Ersatzpflanzungen als Verminderungsmaßnahme einordnen könnte, fehlte es an der von § 3c S. 3 UVPG vorausgesetzten Offensichtlichkeit des Ausschlusses der nachteiligen Wirkungen. Beispielsweise versteht es sich nicht von selbst, dass der für das Verhältnis von gefälltten Bäumen zu den erforderlichen Ersatzpflanzungen angesetzte Schlüssel von 1:3 (PG, S. 46) die entstehenden Beeinträchtigungen adäquat kompensiert. Schließlich bieten sich für die Ermittlung des Schlüssels verschiedenste Methoden an, die jeweils recht aufwendig in der Anwendung sind und somit in ihrem Ergebnis keinesfalls so vorhersehbar sind, dass von einer offensichtlichen Kompensation gesprochen werden könnte. Die Offensichtlichkeit kann keinesfalls daraus abgeleitet werden, dass sich nach Anwendung zweier Berechnungsmethoden im LBP der Schlüssel von 1:3 ergeben hätte. Denn dann könnte – nach entsprechender Vorbereitung – *jede* Ausgleichsmaßnahme als offensichtlich geeignet angesehen werden.

Im Hinblick auf die vorgesehenen Ersatzzahlungen ist bereits zweifelhaft, ob sie überhaupt kompensatorisch wirken können, da die bundesrechtliche Ermächtigung sich allein auf „nicht ausgleichbare oder nicht in sonstiger Weise kompensierbare Beeinträchtigungen“ bezieht (§ 19 Abs. 4 BNatSchG). Soweit dies zumindest prinzipiell möglich sein sollte, fehlt es vorliegend an einer hinreichend präzisen Bestimmung des Verwendungszwecks, aus dem abgeleitet

werden könnte, dass die konkret beeinträchtigten Naturfunktionen gleichwertig ersetzt werden. Offensichtlich ist die kompensatorische Wirkung der Ersatzzahlungen damit keinesfalls.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Errichtung der Fernwärmeleitung erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hervorruft, aus diesem Grunde die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung und – in der Konsequenz – eines Planfeststellungsverfahrens erforderlich war. Die in diesem Verfahren bestehenden Beteiligungsrechte des Antragstellers wurden verletzt, was seine Antragsbefugnis im vorliegenden Verfahren begründet.

## **II. Antragsbefugnis nach § 61 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (analog)**

Nach dem Wortlaut des § 61 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG besteht die hierdurch begründete Klagebefugnis nur dann, wenn sich der anerkannte Naturschutzverein gegen einen Planfeststellungsbeschluss oder eine Plangenehmigung wendet, für die eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist. Demnach könnte sich der Antragsteller hinsichtlich der erteilten Plangenehmigung nicht auf diese Vorschrift berufen, da nach § 20 Abs. 2 UVPG keine Öffentlichkeitsbeteiligung erforderlich ist.

Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht hat jedoch mehrfach entschieden, dass eine Antrags- bzw. Klagebefugnis anerkannter Naturschutzvereine nach § 61 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG auch dann in Betracht komme, wenn „sich eine Behörde zu Unrecht dafür entschieden hat, von einem Planfeststellungsverfahren abzusehen und das Vorhaben in einem anderen Verfahren – ohne Beteiligung von Naturschutzverbänden – zuzulassen“ (SächsOVG, Beschl. v. 14.02. 2005 – 4 BS 273/04, unter Hinweis auf mehrere Entscheidungen aus dem Jahre 2003). Die Klagebefugnis bestehe auch dann, wenn das Landesrecht keine ausdrückliche Regelung für den Fall eines rechtsfehlerhaft gewählten Verfahrens beinhalte (a.a.O., juris, Rn. 16).

Ohne sich mit der Spruchpraxis des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts auseinanderzusetzen, hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen geurteilt, dass die Klagebefugnis nach den Sondernormen der (Bundes- oder Landes-) Naturschutzgesetze nur dann zu bejahen ist, wenn der angegriffene Rechtsakt in einem der dort aufgezählten Verfahren erlassen worden ist oder wenn er – vorausgesetzt das jeweilige Gesetz enthalte diese Regelung – in einem der aufgezählten Verfahren hätte erlassen werden müssen. Enthalte das Gesetz die letztgenannte Regelung nicht, sei die Klagebefugnis in den Fällen der fehlerhaften Verfahrenswahl zu verneinen (BVerwG, Urt. v. 07.12. 2006 – 4 C 16/04, juris, Rn. 11). Diese – nicht weiter begründete – Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Denn die *entsprechende Anwendung* einer Vorschrift bedarf nur dann der ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, wenn die Anwendung auf einen Bereich erstreckt werden soll, der von der ursprünglichen

gesetzgeberischen Zwecksetzung nicht gedeckt ist. Dient die entsprechende Anwendung jedoch gerade der umfassenden Verwirklichung der gesetzgeberischen Zielvorstellung, bedarf es der ausdrücklichen Anordnung nicht; vielmehr ergibt sich deren Legitimität bereits aus den methodischen Grundsätzen der Analogiebildung. Da sich das Bundesverwaltungsgericht in der sehr kurzen, hier relevanten Urteilspassage mit einer analogen Anwendbarkeit des § 61 Abs. 1 BNatSchG gar nicht befasst hat, impliziert die Anerkennung der analogen Anwendbarkeit streng genommen nicht einmal eine Abweichung von dieser höchstrichterlichen Entscheidung.

Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 61 Abs. 1 BNatSchG sind in den Fällen der fehlerhaften Verfahrenswahl gegeben (dazu 1). Auch die unabhängig vom angegriffenen Rechtsakt bestehenden Erfordernisse liegen vor (dazu 2). Da vorliegend ein Planfeststellungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen (vgl. oben B I 2), kann sich der Antragsteller auf eine Antragsbefugnis in analoger Anwendung des § 61 BNatSchG berufen.

### **1. Analoge Anwendbarkeit von § 61 Abs. 1 BNatSchG**

Da § 61 Abs. 1 BNatSchG eine Bestimmung über seine Anwendbarkeit in den Fällen der fehlerhaften Verfahrenswahl nicht enthält – und somit eine Regelungslücke besteht –, kommt es allein auf die Vergleichbarkeit der Interessenlage in diesen und den unmittelbar vom Gesetzeswortlaut erfassten Fällen an. Diese ist zu bejahen (dazu a). Darüber hinaus wäre es unter den Gesichtspunkten der Prozessökonomie und der Beschleunigung von Planungsverfahren geradezu widersinnig, eine analoge Anwendung nicht anzuerkennen (dazu b).

#### **a) Vergleichbarkeit der Interessenlage**

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass der Vollzug umweltschutzbezogener Normen Defizite aufweist und dass dieses Defizit unter anderem darauf beruht, dass die auf subjektive Rechte beschränkte Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO verhindert, dass die Beachtung nicht-drittschützender Umweltschutznormen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt wird. Nach seinem mit § 61 BNatSchG verfolgten Lösungsansatz soll den anerkannten Naturschutzvereinen daher die Funktion von „Anwälten der Natur“ mit der hierfür erforderlichen Klagebefugnis zukommen (vgl. Marty, ZUR 2009, S. 115, 116). Diese Befugnis hat er allerdings auf solche Rechtsakte beschränkt, mit denen *typischerweise* Vorhaben zugelassen werden, die erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben können und daher einer besonderen zivilgesellschaftlichen Kontrolle bedürfen. Genau aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber Planfeststellungsbeschlüsse in den Katalog der angreifbaren Rechtsakte aufgenommen; denn häufig hängt die Planfeststellungspflichtigkeit eines Vorhabens gerade davon ab, ob von ihm erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen zu erwarten sind – wie auch der vorliegende Fall zeigt (§ 20 Abs. 1 i.V.m. § 3c UVPG).

Das Interesse an der Gewährleistung der Kontrolle der Beachtung umweltschützender Normen besteht also für einen bestimmten *Vorhabentyp* – nämlich für solche Vorhaben, die regelmäßig erhebliche Umweltauswirkungen hervorrufen. Dieses Interesse besteht auch unabhängig davon, in welchem Verfahren die Vorhaben zugelassen werden. Denn dass der Gesetzgeber die Klagebefugnis grundsätzlich von einem bestimmten Verfahrenstyp (insbesondere dem Planfeststellungsverfahren) abhängig machte, hatte allein den Zweck, die klagebefugnisrelevanten Vorhaben zu *definieren*. Wird ein Vorhaben in einem Verfahren zugelassen, das nicht im Katalog der angreifbaren Rechtsakte aufgeführt ist, jedoch in einem Katalogverfahren hätte durchgeführt werden müssen, ändert dies offenkundig nichts daran, dass das Vorhaben zu denjenigen zählt, deren „Überwachung“ durch die anerkannten Naturschutzverbände der Gesetzgeber gewährleisten wissen wollte. In den Fällen der fehlerhaften Verfahrenswahl besteht demnach genau dasselbe Interesse an der Eröffnung der Klagebefugnis wie in den gesetzlich aufgezählten Fällen.

#### **b) Analoge Anwendbarkeit dient auch der Prozessökonomie**

Würde die analoge Anwendbarkeit des § 61 Abs. 1 BNatSchG in den Fällen der fehlerhaften Verfahrenswahl verneint, könnte ein Naturschutzverein seine Klagebefugnis allein auf § 42 Abs. 2 VwGO stützen und wäre daher im Prozess darauf beschränkt, die Verletzung seiner (mit subjektiver Rechtsqualität ausgestatteten) Beteiligungsrechte überprüfen zu lassen. Über materielle Fehler der Planungsentscheidung dürfte das Gericht hingegen (noch) nicht befinden. Damit ist nicht ganz unwahrscheinlich, dass die Planungsbehörde – nach Aufhebung ihrer Entscheidung und Durchführung eines neuen Verfahrens unter Beteiligung des Naturschutzvereins – dieselbe Entscheidung erneut erlassen würde. Für deren materielle Kontrolle müsste dann ein zweites Gerichtsverfahren anhängig gemacht werden, wofür die Klagebefugnis nach § 61 Abs. 1 BNatSchG fraglos gegeben wäre.

Die Anerkennung einer Klagebefugnis in den Fällen fehlerhafter Verfahrenswahl hätte somit – abgesehen von ihrer methodologischen Richtigkeit – zwei bedeutende Vorteile: Erstens würde die künstliche Aufspaltung eines Rechtsstreits in einen formellen und einen materiellen Teil (mit z.T. identischen Rechtsfragen!) vermieden – eine Aufspaltung, die umso misslicher ist, als zum Zeitpunkt des ersten Teils die Durchführung des zweiten Teils bereits erwartbar ist. Zweitens würde die gemeinsame Behandlung in einem Verfahren die Dauer bis zu einer endgültigen Entscheidung wesentlich verkürzen, was auch – und gerade – im Interesse des jeweiligen Vorhabenträgers sein sollte. Hat das Gericht bereits bei der Rüge der Verletzung von Beteiligungsrechten die Möglichkeit, zu den aufgeworfenen materiellen Rechtsfragen Stellung zu nehmen, kann dieses Ergebnis bereits im ohnehin durchzuführenden neuen Planungsverfahren berücksichtigt werden – und somit Planungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen werden.

## **2. Weitere Voraussetzungen des § 61 BNatSchG erfüllt**

Auch die weiteren Voraussetzungen der Klage- bzw. hier Antragsbefugnis, die in § 61 Abs. 2 BNatSchG aufgeführt sind, liegen vor. Der Antragsteller macht geltend, dass die Plangenehmigung gegen das Abwägungsgebot, soweit es der angemessenen Berücksichtigung von Umweltbelangen dient, verletzt wird (dazu näher unter C I 2), was dem Erfordernis nach der Nr. 1 dieser Vorschrift bereits genüge tut (BVerwG, Urt. v. 19.03.2003 – 9 A 33/02, juris). Insbesondere beruft er sich darauf, dass die Plangenehmigung gegen § 4 des Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen (C I 2 d) sowie gegen § 42 Abs. 1 Nr. 11 BNatSchG und § 28 Abs. 1 S. 2 HambNatSchG verstößt (C I 2 a). Die Plangenehmigung berührt den Antragsteller in seinem satzungsmäßigen Aufgabenbereich (vgl. B I 1), und ihm wurde im Genehmigungsverfahren keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben (vgl. A IV).

## **III. Antragsbefugnis nach §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 URG**

Dem Antragsteller steht zudem eine Antragsbefugnis nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz (URG) zu. Das Gesetz ist gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 a) URG anwendbar, da gemäß § 20 Abs. 1 UVPG für die Fernwärmeleitung eine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehen kann (und auch besteht, vgl. B I 2). Der Antragsteller ist nach § 3 URG als Umweltschutzvereinigung anerkannt und profitiert überdies von der Anerkennungsfiktion nach § 3 Abs. 1 S. 4 URG (vgl. B I 1). Er erfüllt zudem die Voraussetzungen der Nr. 2 (vgl. B I 1) und Nr. 3 des § 2 Abs. 1 URG; insbesondere war ihm Gelegenheit zur Äußerung zu geben (vgl. B I 2). Als Rechtsverstoß macht der Antragsteller im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Nr. 1 URG die fehlende Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung geltend (dazu 1) und im Hinblick auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG die Verletzung materieller Umweltschutznormen (dazu 2).

### **1. Antragsbefugnis wegen Nichtdurchführung einer UVP (§ 4 Abs. 1 URG)**

Ohne dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG durch weitere Umstände begründet werden müsste, ergibt sich schon aus § 4 Abs. 1 Nr. 1 URG die Antragsbefugnis allein aufgrund der Nichtdurchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung (vgl. oben B I 2). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dies darauf beruht, dass § 4 Abs. 1 URG im Spezialitätsverhältnis zu § 2 Abs. 1 URG steht, oder darauf, dass § 4 Abs. 1 URG die UVP-Pflichtigkeit subjektiv-rechtlich anreichert, so dass die Verfahrensregelungen als „Rechte einzelner“ begriffen werden können; jedenfalls bewirkt § 4 Abs. 1 URG eine Erweiterung des Rechtsschutzes über § 2 Abs. 1 URG hinaus (zum Vorstehenden Kment, NVwZ 2007, 274, 276 unter bb)).

## **2. Antragsbefugnis wegen Verstoßes gegen Umweltschutznormen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 URG)**

Doch auch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG selbst sind erfüllt. Denn bei dem hier verletzten Abwägungsgebot (dazu C I 2) handelt es sich um eine Rechtsnorm, die sowohl dem Schutz der Umwelt dient (vgl. B II 2) als auch Rechte einzelner begründen kann; schließlich sind bei der Abwägung neben dem Allgemeinwohl auch die privaten Interessen einzelner Planungsbe-  
troffener zu berücksichtigen. Könnte entgegen der hier vertretenen Rechtsauf-  
fassung in diesem Zusammenhang nicht auf die drittschützende Dimension des  
Abwägungsgebots abgestellt werden, wäre dies schon deshalb unschädlich,  
weil § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG bei europarechtskonformer Auslegung die Verlet-  
zung von Normen, die subjektive Rechte begründen können, nicht verlangt  
(vgl. das Vorabentscheidungsersuchen des OVG Münster, Beschl. v.  
05.03.2009 – 8 D 58/08.AK, ZUR 2009, 380 ff.).

## **IV. Parallele Anwendbarkeit der antragsbefugnisbegründenden Normen**

Alle Normen, auf die in den vorangehenden Abschnitten die Antragsbefugnis  
gestützt wurde, sind nebeneinander anwendbar. Insbesondere stellt § 61  
BNatSchG keine *lex specialis* zu den durch das URG gewährten Klagerechten  
dar. Diese Interpretation findet keine substantiierte Grundlage in den Geset-  
zesmaterialien und stünde im Widerspruch zum europarechtlichen Gebot, den  
Umweltschutzvereinigungen einen „weiten Zugang zu den Gerichten“ einzu-  
räumen (vgl. Schrödter, NVwZ 2009, 157, 159, unter 4.).

## **C. Begründetheit des Antrags**

Der Antrag ist begründet. Die aufschiebende Wirkung der Klage des An-  
tragstellers gegen die Plangenehmigung ist – in Ansehung nachstehender  
Grundsätze – gemäß § 80 Abs. 5 VwGO wiederherzustellen.

Bei der Entscheidung über die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs im  
Zuge eines Eilverfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO hat das Gericht grundsätz-  
lich eine Abwägung zwischen dem Vollziehungs- und dem Aussetzungsinter-  
esse vorzunehmen. In diese Abwägung hat es anerkanntermaßen zum einen  
die *Erfolgsaussichten in der Hauptsache* einzustellen (d.h. eine aufgrund sum-  
marischer Prüfung angestellte Prognose über den Grad der Wahrscheinlichkeit,  
dass sich der angegriffene Verwaltungsakt als rechtswidrig erweisen wird) und  
zum anderen das *Gewicht der jeweils erwartbaren Folgewirkungen* der gericht-  
lichen Entscheidung (d.h. eine Prognose, welche jeweiligen Auswirkungen der  
sofortige Vollzug bzw. Nichtvollzug auf die berührten öffentlichen und priva-  
ten Belange hätte). Da an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungs-  
aktes kein hinreichendes Interesse bestehen kann, ist eine Folgenabschätzung  
dann entbehrlich (und zur Begründung der Vollziehbarkeit ungeeignet), wenn

sich ein Verwaltungsakt bereits bei summarischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig erweist (vgl. z.B. OVG Hamburg, Beschl. v. 11.04.1981 – Bs III 228/81, juris) oder wenn – in Analogie zu § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO – ernstliche Zweifel an seiner Rechtmäßigkeit bestehen (vgl. Bayerischer VGH, Beschl. v. 13.11.1991 – 25 CS 91.3006, juris, Rn. 37), d.h. wenn die Feststellung der Rechtswidrigkeit im Hauptsacheverfahren überwiegend wahrscheinlich ist (Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, Rn. 158 zu § 80).

In den Fällen einer behördlichen Vollziehungsanordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO darf das Gericht in den Abwägungsprozess im übrigen erst dann eintreten, wenn es zu der Überzeugung gelangt ist, dass ein in die Abwägung einstellbares, von dieser Vorschrift verlangtes *besonderes Vollziehungsinteresse überhaupt besteht und hinreichend begründet* wurde; denn auch das Gericht ist in diesen Fällen an die gesetzgeberische Wertung des § 80 Abs. 1 VwGO gebunden, wonach im Grundsatz durch einen Rechtsbehelf der Suspensiveffekt ausgelöst werden soll (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 13.03.1997 – 13 S 1132/96, juris, Rn. 3, mit ausführlicher Begründung und Hinweisen auf weitere obergerichtliche Judikatur).

Die streitgegenständliche Plangenehmigung erweist sich als offensichtlich rechtswidrig (dazu I). Umstände, die das erforderliche besondere Vollziehungsinteresse positiv begründen könnten, liegen bei näherem Besehen nicht vor (dazu II). Angesichts der drohenden irreversiblen Vollzugsfolgen überwiegt jedenfalls das Aussetzungsinteresse des Antragstellers (dazu III). Mangels Berücksichtigung dieser Vollzugsfolgen genügt die Begründung der Vollziehungsanordnung nicht den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO (dazu IV).

## **I. Rechtswidrigkeit der Plangenehmigung**

Die Plangenehmigung ist offensichtlich rechtswidrig. Zum einen wurden Beteiligungsrechte des Antragstellers als anerkannter Naturschutzverein verletzt (dazu 1), zum anderen ist eine Reihe von Abwägungsfehlern zu konstatieren (dazu 2).

### **1. Verletzung der Beteiligungsrechte nach fehlerhafter UVP-Vorprüfung**

Da im Hinblick auf die Errichtung und den Betrieb der Fernwärmeleitung nach § 3c S.1 UVPG die Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestand, hätte dieses Vorhaben gemäß § 20 Abs. 1 UVPG zum Gegenstand eines Planfeststellungsverfahrens gemacht werden müssen, an dem der Antragsteller nach §§ 40 Nr. 9, 42 HambNatSchG zu beteiligen gewesen wäre (vgl. oben B I 2). Die Vorprüfung, aufgrund derer die Antragsgegnerin die UVP-Pflichtigkeit verneint hat (in den Planungsunterlagen dokumentiert im UVP-Screening in der Fassung vom 14.05.2009), ist rechtsfehlerhaft erfolgt. Die Fehler unterliegen – trotz des gesetzlich zugestandenen Beurteilungsspiel-

raums – gemäß § 3a S. 4 UVPG der gerichtlichen Kontrolle, da die Vorprüfung nicht entsprechend den Vorgaben von § 3c UVPG durchgeführt worden (dazu a) und ihr Ergebnis nicht nachvollziehbar ist (dazu b).

#### **a) Keine vorgabengemäße Durchführung der Vorprüfung**

Eine ordnungsgemäße Vorprüfung setzt insbesondere voraus, dass die in der Anlage 2 zum UVPG genannten Kriterien berücksichtigt werden. Dies hat die Antragsgegnerin in vielfacher Hinsicht versäumt:

- Nach Ziff. 2.1 ist die ökologische Empfindlichkeit eines vom Vorhaben betroffenen Gebietes im Hinblick auf die bestehenden Nutzungen – z.B. auf ihre Erholungsfunktion – zu beurteilen. Die Trasse der Fernwärmeleitung quert in ihrem genehmigten Verlauf in bedeutendem Umfang Flächen, die nach dem Gesetz über Grün- und Erholungsanlagen als Erholungsflächen gewidmet sind; insbesondere sind drei Parkanlagen im Stadtteil Altona betroffen (vgl. oben A II). Diese Tatsache findet im Screening-Dokument jedoch keinerlei Erwähnung, obwohl hieraus erhebliche Umweltauswirkungen – auch im Hinblick auf das Schutzgut Mensch – resultieren und diese Auswirkungen für das Amt für Landes- und Landschaftsplanung der Anlass war, ihr Einvernehmen zu verweigern (vgl. oben A IV).
- Nach Ziff. 2.2 ist die Natur und Landschaft des betroffenen Gebietes zudem im Hinblick auf seinen Reichtum und seine ökologische Qualität zu beurteilen. Vorliegend weist der von den vorgesehenen Fällungen betroffene Baumbestand einen großen Reichtum an hochwertigen Baumarten auf (mehr als ein Dutzend Arten, u.a. Linde, Ahorn, Eiche, Hainbuche, Kastanie, vgl. oben A II). Diese besondere Qualität wird im Screening-Dokument nicht zur Kenntnis genommen, vielmehr beschränkt sich die Auseinandersetzung mit den Baumfällungen auf die Feststellung, dass „der Verlust einzelner Bäume (...) an anderer Stelle ausgeglichen werden“ könne (S. 9, dazu oben B I 2 a (3)). Die ökologische Qualität der (Park-) Flächen wird überdies völlig verkannt, wenn festgestellt wird, dass die in Anspruch genommenen Flächen „eine geringe biologische Vielfalt (besitzen) und stark anthropogen beeinträchtigt“ sind (S. 4). Der auf mehr als 5.700 m<sup>2</sup> in Anspruch genommene Pionierwald (vgl. oben A II) wird in seiner ökologischen Qualität nicht gewürdigt, weil er nicht einmal Erwähnung findet.
- Nach Ziff. 3.1 sind die möglichen Auswirkungen des Vorhabens hinsichtlich ihres Ausmaßes, d.h. hinsichtlich des Umfangs der betroffenen ökologisch wertvollen Flächen, zu beurteilen. Vorliegend sollen vegetationsbestandene Flächen auf einer Länge von 2.450 m, zumindest aber 1.780 m in Anspruch genommenen werden (vgl. oben A II). Zum Zeit-

punkt der Vorprüfung ist die Antragsgegnerin jedoch nur von einer Durchquerung „auf einer Länge von ca. 150 m“ (Screening-Dokument, S. 4) ausgegangen. In eklatanterer Weise hätte dieser nach der Anlage 2 zum UVPG bei der Vorprüfung zu berücksichtigende Faktor kaum ignoriert werden können. Die nachträgliche Korrektur dieses Wertes auf „1.500 m“ vermag den ursprünglichen Fehler nicht zu beseitigen (vgl. oben B I 2 a) (2)).

- Nach Ziff. 3.3 sind überdies die Auswirkungen nach ihrer Schwere zu beurteilen. Angesichts der vorstehend dargelegten Defizite ist es bereits ausgeschlossen, dass die Antragsgegnerin die Schwere der Beeinträchtigung ökologischer Belange zutreffend erfasst haben kann. Darauf, dass das Screening-Dokument die Anzahl der zu fällenden und zurückzuschneidenden Bäume (insgesamt 600) nicht nennt, wurde bereits hingewiesen (vgl. oben B I 2 a) (3)). Im Hinblick auf die anlagenbedingten Auswirkungen wurde zudem schlicht festgestellt, dass die „unterirdischen Leitungen wegen der Überdeckung keinen Einfluss auf das Schutzgut (Pflanzen)“ hätten (Screening-Dokument, S. 9, dritter Absatz). Dabei wird verkannt, dass die reine Existenz der Leitungen die angrenzenden Bäume – insbesondere solche, die im Wurzelbereich zurückgeschnitten wurden – in ihrem zukünftigen Wuchs hemmen wird.

## **b) Keine Nachvollziehbarkeit des Vorprüfungsergebnisses**

Das Ergebnis der Vorprüfung erweist sich angesichts der Vielzahl der aufgezeigten Mängel (vorstehend a) und ausführlich oben B I 2) nicht nur als fehlerhaft; vielmehr sind diese so gravierend, dass das Willkürverbot als verletzt angesehen werden muss. Insbesondere kann es keinem unbefangenen Beobachter nachvollziehbar sein, warum das Fällen von 397 Bäumen keine erhebliche nachteilige Umweltauswirkung darstellen soll.

## **c) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis hat sich die Plangenehmigung somit wegen der Verletzung der Beteiligungsrechte des Antragstellers als rechtswidrig erwiesen. Sie ist deshalb aufzuheben. Denn

*„der Zweck der den Naturschutzvereinen eingeräumten Beteiligungsrechte könnte in einem die Plangenehmigung ergänzenden Verfahren nicht angemessen verwirklicht werden. Die Beteiligungsrechte der Vereine gewinnen ihre eigentliche Bedeutung erst vor dem Hintergrund des umfangreichen Tatsachen- und Gutachtenmaterials, das in der formalisierten Umweltverträglichkeitsprüfung des Planfeststellungsverfahrens zusammengetragen wird und auszuwerten ist“ (BVerwG, Urt. v. 07.12.2006 – 4 C 16/04, juris, Rn. 16).*

## 2. Abwägungsfehler

Der Planfeststellungsbeschluss verstößt gegen das Gebot gerechter und umfassender Abwägung und damit gegen das verfassungsrechtlich verbürgte Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Zur Vorbereitung der Abwägungsentscheidung sind die von der Planung betroffenen Belange umfassend zu ermitteln (Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. 2007, Rn. 60 zu § 74); überdies verlangt das Abwägungsgebot, die von der Planung aufgeworfenen Konflikte vollständig zu bewältigen (a.a.O., Rn. 26). Schon die bisher nur unvollständig vorliegenden Genehmigungsunterlagen zeigen, dass beide Anforderungen nur unzureichend erfüllt wurden (dazu a). Im geforderten Sinne umfassend ist die Abwägung nur dann, wenn sie auch Alternativen zu den vom Antragsteller favorisierten Maßnahmen würdigt, sofern sie sich nach der Lage der Dinge anbieten (a.a.O., Rn. 76). Die Variante einer Volluntertunnelung der gesamten Strecke nördlich der Elbe wurde jedoch gar nicht erwogen (dazu b), die ursprünglich geplante Variante eines Verlaufs entlang der Holstenstraße auf unzureichend ermittelter Grundlage aufgegeben (dazu c). In jedem Falle stellt sich die Querung des Grünzugs in Altona als unverhältnismäßig dar (dazu d).

### a) Ermittlungsdefizite und unzureichende Konfliktbewältigung

Zu den Defiziten der Ermittlung der Umweltauswirkungen der Fernwärmeleitung und der unzureichenden Bewältigung der durch die Planung ausgelösten Konflikte soll umfassend in einem gesonderten Schriftsatz vorgetragen werden, sobald dem Antragsteller die Genehmigungsunterlagen vollständig vorliegen (dies gilt insbesondere für die Umweltverträglichkeitsstudie vom 24.08.2007 und den Landschaftspflegerischen Begleitplan vom 14.05.2008, die in der Plangenehmigung, S. 10 und 13, Erwähnung finden). An dieser Stelle sei aber bereits Folgendes angemerkt:

(1) Die eigenen Ermittlungen des Antragstellers legen nahe, dass die Erkundung der potentiellen Fledermausquartiere nicht mit hinreichender Sorgfalt durchgeführt wurde (vgl. oben A II a.E.). Damit steht im Raum, dass die Fällung der betroffenen Bäume gegen das artenschutzrechtliche Verbot der Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten der Fledermaus (§ 42 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 10 Abs. 2 Nr. 11 BNatSchG) verstößt.

(2) Im Bereich „Hohe Schaar“ (zwischen Querung der Süderelbe und Re-thebrücke) verläuft die genehmigte Trasse über verschiedene Trockenrasengebiete. Ein Areal befindet sich zwischen den Straßen „Auf der Hohen Schaar“ und „Blumensand“, ein weiteres nördlich des Kattwykdamms (Planula-Gutachten, Arten- und Biotopschutz, S. 15 - 17). Trockenrasengebiete zählen gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 HambNatSchG zu den besonders geschützten Biotopen. Dennoch finden sich zu seinem Schutz in der Plangenehmigung nur unzureichende Auflagen. Der Beizuladenden wird allein aufgegeben, dafür zu sorgen, dass auf

den Trockenrasenflächen „keine Verunreinigung und kein Eintrag von Nährstoffen in den Boden“ erfolgt (PG, S. 37, Auflage B 4.3.7 d). Um sicherzustellen, dass eine Inanspruchnahme des Biotops nur in dem Maße erfolgt, wie dies zur Bauausführung zwingend erforderlich ist, hätte die Antragstellerin zusätzlich Vorgaben zur maximalen Breite des Arbeitsstreifens machen müssen. Nicht einmal bereits vorhersehbare, aber vermeidbare Beeinträchtigungen wurden durch entsprechende Auflagen verhindert. So ist nicht nachvollziehbar, warum der Anregung des Gutachters nicht nachgekommen wurde, die genau auf der Biotopfläche nördlich des Kattwykdamms vorgesehene *Baustelleneinrichtungsfläche* zu verlegen (a.a.O., S. 17, unter 3.4, zweiter Absatz). Da auch keine Entscheidungsvorbehalte für spätere Schutzmaßnahmen bestehen, wurde der Konfliktbereich der Trockenrasenquerung nicht so bewältigt, wie dies bei ordnungsgemäßer Abwägung angezeigt gewesen wäre.

#### **b) Alt. 1: Volluntertunnelung nördlich der Elbe**

Von der Beizuladenden wurde in einem frühen Planungsstadium erwogen, die Fernwärmeleitung vom nördlichen Zielschacht der Norderelbequerung in der Louise-Schröder-Straße in einem Tunnel bis zur Pumpstation im Haferweg weiterzuführen, wie sich aus einem Schreiben der Antragsgegnerin an die GAL Hamburg vom 09.09.2009, in Kopie anbei als

#### **Anlage ASt 9,**

ergibt (S. 2, unter 2.). Auch aufgrund der *Risiken* der Untertunnelung privater Grundstücke sei diese Alternative jedoch verworfen worden (a.a.O.). Vor diesem Hintergrund muss es verwundern, dass hinsichtlich der Untertunnelung der Wohngebiete unmittelbar nördlich der Elbe (in Altona) diese Bedenken in den Genehmigungsunterlagen nicht formuliert werden. Vielmehr wird davon ausgegangen, dass sich die durch den Tunnelvortrieb bedingten Geländesetzungen auf 1,5 cm beschränken werden (Grundbauingenieure Steinfeld und Partner GbR, Geotechnisches Gutachten, 4. Bericht Los 7c, vom 27.03.2009, S. 61) – und zwar in einem Korridor, der aufgrund des angenommenen Ausbreitungswinkels von 55° an der gut 38 m höher gelegenen Geländeoberfläche eine Breite von über 102 m aufweist. „Das Auftreten kleinerer Rissbildungen, welche die Standsicherheit der Gebäude aber nicht beeinträchtigen“, könne „beim Vortrieb nicht ausgeschlossen werden“, sei jedoch von den Bauherren „in Kauf zu nehmen“ (a.a.O.). In bedenklicher Weise wird dabei nicht zwischen den Auswirkungen einer Geländesetzung auf den verschiedenen Tunnelabschnitten differenziert. Diese dürften im Bereich des Geesthangs – deutlich als senkrechte Kante nahe des Elbufers in dem als

#### **Anlage ASt 10**

beigefügten Geländequerschnitt zu erkennen – als wesentlich gefährlicher ein-

zuschätzen sein als im weiteren Verlauf des Tunnels. Denn der Geesthang ist als minderwertiger Baugrund bekannt, weshalb Altbauten in diesem Bereich bereits heute häufig Risse im Keller aufweisen; Neubauten werden von vornherein tiefer und massiver gegründet. Die besondere Gefährdung aufgrund der bestehenden ortsspezifischen Vorbelastung wird im zitierten Gutachten nicht betrachtet. Angesichts der bedeutenden Rechtsgüter, die auf dem Spiel stehen, genügt bereits dies nicht den Anforderungen, die an eine informierte Abwägungsentscheidung zu stellen sind.

Weiterhin ergibt sich als Konsequenz, dass die Plangenehmigung zumindest unter einem der beiden folgenden Gesichtspunkte abwägungsfehlerhaft ist: Entweder sind die aus einer Untertunnelung resultierenden Gefährdungen tatsächlich nicht so ernst zu nehmen, wie es nach derzeitigem Untersuchungsstand noch nahe liegt; dann hätte die Alternative der Volluntertunnelung nicht ohne weiteres mit dem Risiko-Argument verworfen werden dürfen, sondern eingehender – einschließlich einer angemessen präzisen Einschätzung etwaiger Mehrkosten – untersucht werden müssen. Oder aber das Risiko-Argument gilt für den (Geesthang-)Bereich in Altona wie vorstehend aufgezeigt *a fortiori*, so dass mit der Genehmigung des dort vorgesehenen Tunnels die betroffenen Eigentümerbelange eklatant fehlgewichtet wurden.

### **c) Alt. 2: Trasse entlang der Holstenstraße (ohne Grünzugquerung)**

Als Alternative zur genehmigten Trasse bot (und bietet) es sich zudem an, die Fernwärmeleitung zwischen Gählerpark und S-Bahnhof Holstenstraße nicht durch die Altonaer Grünzüge zu führen, sondern auch auf diesem Teilstück unmittelbar unter der Holstenstraße zu verlegen (vgl. die farbliche Kennzeichnung auf dem Lageplan = Anlage ASt 1). Hierdurch würde die Inanspruchnahme eines Großteils der bisher betroffenen vegetationsbestandenen Fläche und die Fällung von mehr als einhundert Bäumen in den Bauabschnitten 8 und 9 (vgl. oben A II) vermieden. Bis zum 6. Planänderungsantrag war dieser Verlauf auch von der Beizuladenden beantragt (vgl. oben A IV).

Erst dann wurde die Trasse auf Betreiben der Antragsgegnerin (PG, S. 22) aufgrund der erwarteten Auswirkungen der Bauarbeiten auf den Straßenverkehr (PG, S. 35) in die angrenzenden baumgesäumten Nebenstraßen und Parks verlegt. Befürchtet wurde, dass eine vorübergehende Sperrung der vielbefahrenen Holstenstraße zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Belange der Verkehrsteilnehmer und zu einem „nicht zu steuernden Ausweichverkehr in die bereits stark belastete Stresemannstraße“ führt (a.a.O.).

Die Anregung des Amtes für Landes- und Landschaftsplanung, die Trasse im Bereich der Holstenstraße in der sog. *geschlossenen Bauweise* auszuführen (zitiert in der PG, S. 35), wurde mit einer pauschalen Begründung, die offenkundig nicht auf einer näheren Ermittlung der örtlichen Gegebenheiten basiert,

verworfen, wie die folgenden Ausführungen zeigen: Im Gegensatz zur sog. offenen Bauweise, bei der eine Leitung in einem nach oben offenen Graben verlegt wird, werden bei der geschlossenen Bauweise in einem Abstand von ca. 100 m temporäre Ausstiegsbauwerke errichtet, zwischen denen im Wege der unterirdischen Horizontalbohrung Platz für die Einbringung der Rohrleitung geschaffen wird. Diese Variante wird von der Antragsgegnerin einzig und allein mit dem pauschalen Hinweis abgelehnt, dass „die erforderlichen Ausstiegsbauwerke ebenfalls eine Sperrung erforderlich gemacht hätten“ (PG, S. 35).

Eine Untersuchung der Straßenrandbereiche der Holstenstraße hätte jedoch gezeigt, dass eine Sperrung im Falle der geschlossenen Bauweise nicht nötig wäre, weil genug Platz vorhanden ist, um den Verkehr um die Ausstiegsbauwerke herum zu führen (deren geschickte Platzierung vorausgesetzt). Denn die Holstenstraße weist – was sich beispielsweise via *google maps* nachvollziehen lässt – auf mehreren Abschnitten unmittelbar neben der Fahrbahn Parkplätze oder sehr breite (nicht baumbestandene) Gehwege auf, über die der Verkehr an denjenigen Stellen, an denen ein Ausstiegsbauwerk zu errichten wäre, während der Bauphase umgeleitet werden könnte; z.T. bieten sich hierfür auch in geringem seitlichen Abstand zur Holstenstraße verlaufende, kleinere Parallelstraßen an. Somit könnte der Verkehr bei Umsetzung dieser Variante weitestgehend unbeeinträchtigt bleiben bzw. die Beeinträchtigung zumindest auf ein zumutbares Maß reduziert werden. Offensichtlich fanden jedoch zu den Ausgestaltungsoptionen keine konkreten Sachverhaltsermittlungen statt. Auch die ursprünglichen Antragsunterlagen der Beizuladenden werden hierzu keine Angaben enthalten, da diese sich – soweit ersichtlich – ausschließlich auf die offene Bauweise bezogen.

Folglich liegt ein schwerwiegender Abwägungsfehler vor. Denn diese Vorhabenvariante drängte sich geradezu auf: in der offenen Bauweise war die Trassenführung entlang der Holstenstraße über einen langen Zeitraum sogar Gegenstand des Antrags der Beizuladenden; in der geschlossenen Bauweise wurde sie in der Stellungnahme des Landesplanungsamtes mit Nachdruck – nämlich unter Verweigerung des Einvernehmens mit der genehmigten Variante – befürwortet. In dieser Lage war es geboten, die Variante zumindest so weit zu untersuchen, bis sich klare Aussagen über die Möglichkeit ihrer Realisierung machen ließen; die Ergebnisse hätten sodann in der Abwägungsentscheidung dargestellt werden müssen.

#### **d) Unverhältnismäßigkeit der Genehmigung der Grünzug-Trasse**

Das Abwägungsgebot ist auch dann verletzt, wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (BVerwG, Urt. v. 22.03.1985 – 4 C 15/83, juris, Rn. 20; st. Rspr.). An diesem

Mangel leidet auch die vorliegende Plangenehmigung. Denn die in den beiden vorangehenden Abschnitten dargestellten Alternativen würden die schwerwiegenden Eingriffe in die Natur, die mit einer Querung des Altonaer Grünzugs einhergingen, vollständig (Volluntertunnelung) oder zumindest weitgehend (Holstenstraße) vermeiden und wären trotzdem nur mit vergleichsweise geringfügigen Nachteilen für andere Belange verbunden.

So würde die Errichtung der Fernwärmeleitung entlang der Holstenstraße bei einer Ausführung in geschlossener Bauweise zwar den fließenden Verkehr nicht völlig unerheblich beeinträchtigen, da er an einigen Punkten um die Ausstiegsbauwerke herum und ggf. durch Engpässe geführt werden müsste; die Notwendigkeit einer monatelangen Vollsperrung, so wie von der Plangenehmigung suggeriert, ergäbe sich jedoch nicht (vgl. oben c). Die Vermeidung einer moderaten Einschränkung der Leichtigkeit des Verkehrs auf Kosten eines großen und wertvollen Baumbestands stünde jedoch in einem derart krassen Missverhältnis zu dessen objektivem Gewicht, dass die Abwägung der Antragsgegnerin an diesem Punkt als vollständig fehlgeschlagen anzusehen ist.

Das mit einer Volluntertunnelung verbundene Risiko der Geländesenkung bzw. Versackung muss – bei konsistenter Beurteilung im Gesamtverlauf der Trasse – als vernachlässigenswert gering eingestuft werden (vgl. oben b). Ein Belang von hinreichendem Gewicht, der dieser Variante entgegenstünde, ist damit gar nicht mehr ersichtlich.

Denn auch beim Kostenvergleich ist zu berücksichtigen, dass für den Ausgleich der Inanspruchnahme der Grünzug-Trasse mehr als 1 Mio. € erforderlich sind, davon über 700.000 € allein im Bereich der beeinträchtigten Parkanlagen (vgl. oben A III). Daneben fällt auch der intrinsische Wert der Natur, der sich einer Bezifferung in monetären Einheiten entzieht, ins Gewicht. Diese Kosten dürften jedenfalls bei einer Trassenführung durch die Holstenstraße nicht wesentlich überschritten werden.

Überdies liegt es nahe zu vermuten, dass die Entscheidung zugunsten der Grünzugtrasse aus sachfremden Erwägungen erfolgt ist. Denn die Festlegung auf diese Trasse fand während einer Begehung mit dem damaligen Staatsrat der BSU Fuchs am 25.03.2008 statt (vgl. PG, S. 22 sowie Anlage ASt 9, S. 2, unter 3.). Gibt die Einschätzung eines politischen Beamten den Ausschlag für eine Behördenentscheidung, indiziert dieser Umstand, dass politische Motive hierbei eine erhebliche, womöglich zu große Rolle gespielt haben.

## **II. Kein besonderes Vollziehungsinteresse (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO)**

Die gesetzliche Wertung des § 80 Abs. 1 VwGO, dass Rechtsbehelfe grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben sollen – nämlich wenn sie nicht gegen Verwaltungsakte nach § 80 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 VwGO gerichtet sind –, führt

dazu, dass die aufschiebende Wirkung in den Fällen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO bereits dann wiederherzustellen ist, wenn besondere Gründe für eine sofortige Vollziehung nicht vorliegen, ohne dass es einer Abwägung bedarf (vgl. oben C am Anfang). Die in der Vollziehungsanordnung (PG, S. 67 bis 69) angeführten Umstände vermögen – bei näherem Besehen – weder ein öffentliches (dazu 1) noch ein privates (dazu 2) Interesse besonderer Art an einer sofortigen Vollziehung zu begründen.

### **1. Kein öffentliches Interesse mangels Gefährdung der Wärmeversorgung**

Als wichtigstes Argument für die Eilbedürftigkeit der Errichtung der Fernwärmeleitung wird angeführt, dass das Heizkraftwerk Wedel „aus technischen Gründen nur noch für eine begrenzte Zeit als Reserve betrieben werden“ könne und daher bei einer Verzögerung des Baubeginns „die Wärmeversorgung des gesamten Hamburger Westens ab der Heizperiode 2012/13 akut gefährdet“ wäre (PG, S. 68). Dieses Argument verschärft das auch sonst vom Konzern der Beizuladenden immer wieder suggerierte Szenario, dass das Kraftwerk Moorburg zum Zeitpunkt seiner erwarteten Inbetriebnahme in der Heizperiode 2012/13 das Kraftwerk Wedel ersetzen soll, dahingehend, dass diese Ersetzung zum angegebenen Zeitpunkt aus *technischen Gründen* zwingend erforderlich sei.

Dieser Begründung hat die Beizuladende selbst jegliche Plausibilität genommen. Denn sie selbst hat sich Anfang diesen Jahres überraschender Weise öffentlich *gegen* eine baldige Ersetzung des Kraftwerks Wedel und für dessen fortdauernden Betrieb ausgesprochen. So hat Martin Erker, Leiter der Abteilung „Erzeugung Hamburg“ im Konzern der Beizuladenden, den Standort Wedel im Januar 2009 als „unverzichtbar“ bezeichnet und klargestellt: „Wir werden den Standort nicht aufgeben“, wie das Hamburger Abendblatt am 22.01. 2009 in dem Beitrag „Moorburg: Vattenfall revidiert ursprüngliche Pläne – Kraftwerksstandort Wedel bleibt“, in Kopie anbei als

#### **Anlage ASt 11**

berichtete. Erker habe hinzugefügt, dass die letztzitierte Aussage auch gelte, „nachdem das neue Kraftwerk Moorburg 2012 ans Netz gegangen sei“. Der Bericht gibt sodann Äußerungen einer Sprecherin des Konzerns der Beizuladenden wie folgt wieder:

*„Vattenfall-Sprecherin Sabine Neumann bestätigte gestern die veränderten Planungen zum Kraftwerksstandort. »Wir wollen den Standort zunächst nicht aufgeben. Angesichts der unsicheren Lage auf dem Energiemarkt wollen wir uns diese Möglichkeit erhalten.« Es sei zudem nicht ungewöhnlich, ein Kraftwerk zur Sicherheit betriebsbereit zu halten. »Wir beginnen in Moorburg zunächst mit einem Probebetrieb«, sagte*

*Neumann. Es müsse erst sichergestellt werden, dass das Kraftwerk Moorburg auch zuverlässig funktioniere. Es sei »nicht unrealistisch« die Fernwärmeauskopplung über zwei Heizperioden zu testen“ (Hervorh. d. d. Unterz.).*

Diesem Presse-Statement lassen sich zwei wesentliche Aussagen entnehmen: Nach Inbetriebnahme des Kraftwerks Moorburg soll Wedel mindestens zwei weitere Jahre lang im Reservebetrieb gehalten werden. Darüber hinaus sollte nach damaligem Entscheidungsstand die Option erhalten bleiben, den Standort Wedel je nach Lage auf dem Energiemarkt weiter zu betreiben. Folglich stimmt die Prämisse der Vollziehungsanordnung, das Kraftwerk Wedel sei mit Beginn der Heizperiode 2012/13 technisch nicht mehr einsatzbereit, mit den eigenen Angaben der Betreiberin nicht überein. Vielmehr besteht rein technisch offenbar die Möglichkeit, das Kraftwerk zwei weitere Jahre lang – und bei Bedarf auch länger – einsatzbereit zu halten. Darauf, ob die Beizuladende die Fortführung des Betriebes von Wedel immer noch beabsichtigt oder unter dem Druck der öffentlichen Meinung mittlerweile wieder eine alsbaldige Ersetzung anstrebt, kommt es im vorliegenden Kontext nicht an. Entscheidend ist – unter dem Aspekt der Aufrechterhaltung der Wärmeversorgung Hamburgs – allein die *Betriebsfähigkeit*. Die sofortige Vollziehung der Plangenehmigung kann demnach mit einem *öffentlichen* Interesse nicht gerechtfertigt werden.

## **2. Kein hinreichendes privates Interesse**

Das private Interesse an der sofortigen Ausnutzung einer Behördenentscheidung kann niemals allein mit der Vermeidung einer Verzögerung *an sich* begründet werden, da der zeitliche Aufschub geradezu das Wesen der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs darstellt und dieser Effekt sonst – absurder Weise – stets der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entgegensteht. Vielmehr kann ein Vollziehungsinteresse nur durch die drohenden *Folgewirkungen* einer Verzögerung begründet werden; für diese Folgewirkungen ist stets aufzuzeigen, in welcher Weise sie konkrete Belange des Vollziehungsinteressenten berühren.

Vorliegend könnte sich eine Verzögerung des Baubeginns bzw. der Baufortsetzung für die Beizuladende allenfalls in *wirtschaftlichen Einbußen* auswirken. Ob sich solche aus den in der Vollziehungsanordnung dargelegten Gründen überhaupt ergeben könnten, ist äußerst zweifelhaft: Dies gilt sowohl im Hinblick auf *Gewinneinbußen* durch eine verzögerte Auskopplung der Wärmeenergie im Kraftwerk Moorburg, das über die Fernwärmeleitung an das bestehende Netz angeschlossen werden soll (dazu a) als auch im Hinblick auf etwaige verzögerungsbedingte *Mehrkosten der Bauausführung* (dazu b). Auf vorstehende Gesichtspunkte kommt es jedoch nicht entscheidend an, da sich die Beizuladende auf wirtschaftliche Einbußen, die sie durch die aufschiebende Wirkung der Klage erleiden würde, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben

ohnehin nicht berufen könnte (dazu c).

#### **a) Keine Gewinneinbußen bei verzögerter Fernwärmeauskopplung**

Ein besonderes Vollziehungsinteresse soll sich nach Auffassung der Antragsgegnerin daraus ergeben, dass nur durch einen sofortigen Baubeginn gewährleistet werden könne, dass die Fernwärmeleitung zeitgleich mit dem im Bau befindlichen Kraftwerk Moorburg zur Heizperiode 2012/2013 betriebsfähig sei (PG, S. 67) und somit von Beginn an die in Moorburg anfallende Fernwärme ausgekoppelt werden kann (vgl. A I). Das Interesse der Beizuladenden an einer sofortigen Auskopplungsfähigkeit der Fernwärme liegt in dem durch ihre Veräußerung erzielbaren Gewinn begründet. Ein zusätzlicher Gewinn ist durch den sofortigen Beginn der Fernwärmeauskopplung jedoch gar nicht zu erwarten (1). Überdies ist ungeklärt, ob das Kraftwerk Moorburg überhaupt zur Heizperiode 2012/2013 betriebsbereit sein wird (2). Im übrigen sind die Szenarien, auf die die besondere Verzögerungswirkung einer Vollzugshemmung gestützt wurden, nicht plausibel oder zeitlich überholt (3).

(1) Jedenfalls eine *Umsatzeinbuße* wäre nicht zu erwarten, wenn die Fernwärmeleitung später fertig gestellt würde als das Kraftwerk Moorburg. Denn in der Zwischenzeit könnte die Fernwärme weiterhin – wie bisher – vom Heizkraftwerk Wedel aus geliefert werden (vgl. oben C I 1). Dass die *Erzeugungskosten* in Moorburg niedriger wären, versteht sich – auch wenn dieses Kraftwerk technisch moderner sein wird – nicht von selbst, da das Kraftwerk Wedel bereits betriebswirtschaftlich abgeschrieben ist und somit bei der Kostenrechnung allein die Betriebskosten anzusetzen sind. Jedenfalls kann, da konkrete Angaben zu den Erzeugungskosten öffentlich nicht verfügbar sind, eine Vollziehungsanordnung auf diesen Aspekt von vornherein nicht gestützt werden.

(2) Selbst wenn sich aus der Ersetzung von Wedel ein marginaler betriebswirtschaftlicher Vorteil ergäbe, bliebe dessen Realisierung ungewiss, da als ungeklärt angesehen werden muss, ob Moorburg selbst bis 2012/2013 betriebsbereit sein wird. Denn hierfür wäre erforderlich, dass die Betreiberin von der *wasserrechtlichen Erlaubnis* zum Betrieb der Durchlaufkühlung Gebrauch machen kann. Bis zum Abschluss des laufenden gerichtlichen Verfahrens vor dem OVG Hamburg (Az. 5 E 11/08) wird die aufschiebende Wirkung der hiergegen gerichteten Klage jedoch fortbestehen. Danach ist ggf. weitere Zeit nötig, um die zusätzlichen wasserrechtlichen Auflagen – möglicherweise durch weitere Baumaßnahmen – zu erfüllen. Im übrigen wird bestritten, dass der avisierte Fertigstellungstermin in der Heizperiode 2012/2013 überhaupt einzuhalten ist. Großprojekte werden in den seltensten Fällen innerhalb des vor Baubeginn angestrebten Zeitrahmens realisiert.

(3) Die Szenarien, derer sich die Vollziehungsanordnung bedient, um die *besondere*, also über den Zeitraum der aufschiebenden Wirkung hinausgehende

Verzögerungswirkung des Eintritts einer Vollzugshemmung zu begründen, sind unplausibel oder durch die zwischenzeitliche Entwicklung überholt.

So wurde befürchtet, dass eine Vollzugshemmung dazu führen würde, dass der Trassenabschnitt an der Rethelbrücke nicht bis zum Beginn des Brücken-Neubaus „im Herbst 2009“, sondern erst nach dem vorgesehenen Ende der Bauarbeiten „Ende 2013“ vollendet werden könnte (PG, S. 67 f.). Erstens ist der Herbst 2009 mittlerweile erreicht, so dass sich die ursprüngliche Begründung gewissermaßen durch Zeitablauf erledigt hat. Dies beruht darauf, dass sich das Plangenehmigungsverfahren für den Neubau der Rethelbrücke durch einen Änderungsantrag verzögert hat, von dem der Antragsteller mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 16.09.2009 in Kenntnis gesetzt wurde. Zweitens ist unklar, ob der Neubau überhaupt noch realisiert werden soll, da nach Informationen des Antragstellers an der Brücke derzeit Zugseilanbindungen repariert werden, was auf eine – möglicherweise aus Haushaltsgründen derzeit gegenüber einem Neubau bevorzugte – Instandsetzung hindeutet. Drittens ist nicht erkennbar, warum es – auch im Falle eines Neubaus – für den vollständigen Zeitraum der Bauarbeiten ausgeschlossen sein soll, durch geschickte Koordination beide Vorhaben auf diesem Abschnitt parallel zu verwirklichen.

Außerdem wurde mit der Vollziehungsanordnung beabsichtigt, die vor dem eigentlichen Baubeginn vorzunehmenden Leitungsverlegungen noch vor dem 15.09.2009 zu ermöglichen, da diese zum Teil an Hochwasserschutzanlagen vorgenommen werden müssten, an denen im Zeitraum vom 15. September bis 31. März jegliche Arbeiten untersagt sind (PG, S. 67). Auch dieses Argument hat sich durch Zeitablauf erledigt. Überdies scheinen die erforderlichen Leitungsverlegungen bereits vorgenommen worden zu sein (vgl. oben A V).

Schließlich lässt sich eine besondere Verzögerungswirkung schon *prinzipiell* nicht mit der Störung eines „zeitgebundenen und vielfältig vernetzten Gesamtkonzepts“ (PG, S. 67) begründen. Denn die koordinierende Wirkung eines Konzepts hängt nicht vom möglichst frühzeitigen Baubeginn ab, sondern davon, dass einzelne Bauabschnitte nicht verzögert werden. Ein durch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung induzierter Baustopp würde jedoch die Arbeiten an allen Abschnitten gleichzeitig zum Erliegen bringen.

#### **b) Keine Mehrkosten bei der Bauausführung zu erwarten**

Die Erwartung, dass ein Baustopp sich in einer Erhöhung der Baukosten auswirken würde, wird recht pauschal damit begründet, dass in diesem Falle die Synergieeffekte „aufeinander abgestimmter Vergabeentscheidungen“ verloren gingen (PG, S. 68). Das einzige konkret genannte Beispiel – der gekoppelte Einsatz der Tunnelbohrmaschinen im Süderelb- und im Rethetunnel – wäre jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht einschlägig, da die Bohrarbeiten noch nicht begonnen haben.

Im übrigen gehört es zu den Obliegenheiten der Beizuladenden, bei der Auftragsvergabe dafür Sorge zu tragen, dass im Fall von Verzögerungen in der Bauausführung keine hohen Kosten entstehen, da sie damit rechnen musste – schon weil die Rechtsordnung dies vorsieht –, dass die Plangenehmigung angegriffen wird und in diesem Falle die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs wiederhergestellt werden kann. Allein das Bedürfnis, bei der Errichtung von Großvorhaben Zeitpläne einzuhalten, kann i.d.R. eine sofortige Vollziehung nicht rechtfertigen, da bei rechtzeitiger Planung auch Verzögerungen durch Rechtsbehelfe Betroffener eingerechnet werden können (vgl. So-dan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, Rn. 95 zu § 80; Limberger, Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes bei Großprojekten, 1985, S. 77 ff.).

### **c) Kein schutzwürdiges Beschleunigungsinteresse (§ 242 BGB analog)**

Die Besonderheiten des vorliegenden Falles führen dazu, dass sich die Beizuladende auf ein etwaiges Beschleunigungsinteresse nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht berufen kann, so dass es auch bei der Entscheidung über die Vollziehungsanordnung unberücksichtigt bleiben musste. Diese Grundsätze gelten auch im gesamten öffentlichen Recht (vgl. nur Heinrichs, in: Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, Rn. 17 zu § 242 m.w.N.). Zu ihren wesentlichen Inhalten gehört das Verbot selbstwidersprüchlichen Verhaltens (a.a.O., Rn. 55 ff.). Die Beizuladende hat hiergegen gleich doppelt verstoßen.

(1) Die Beizuladende kann sich nicht auf die Eilbedürftigkeit der Vorhabensverwirklichung berufen, da sie diese selbst mit herbeigeführt hat. Im Konzern der Beizuladenden lag die Planungsherrschaft sowohl für die Fernwärmeleitung als auch für das Kraftwerk Moorburg, mit dessen Fertigstellungstermin bzw. der von diesem Zeitpunkt an möglichen Fernwärmeauskopplung die Eilbedürftigkeit begründet wird. Sie war damit in der seltenen und privilegierten Situation, die Verwirklichung beider Vorhaben aufeinander abstimmen zu können. Im Zuge dessen hätte sie die Möglichkeit gehabt, das Genehmigungsverfahren für die Fernwärmeleitung so frühzeitig zu betreiben, dass ihre Errichtung bis zur Inbetriebnahme des Kraftwerks – auch unter Berücksichtigung der Verzögerungswirkung einer zwischenzeitlich eintretenden aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen (vgl. dazu die Literaturangaben vorstehend unter b) am Ende) – mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gesichert sein würde. Angesichts ihrer mangelnden Koordinierungsleistung (oder: angesichts ihres unbegründeten Vertrauens, dass bei Großprojekten die sofortige Vollziehung stets rechtmäßiger Weise angeordnet werden darf und somit ein früherer Einstieg ins Genehmigungsverfahren nicht nötig ist) kann sie sich also auf die Eilbedürftigkeit nicht berufen.

Selbst wenn sich der Genehmigungszeitpunkt zu einem gewissen Anteil durch eine überdurchschnittlich lange Bearbeitungszeit der Antragsgegnerin erklären lassen sollte, so fiel diese Verzögerung in die Risikosphäre der Beizuladen-

den. Denn ihr standen Rechtsbehelfe zur Verfügung, mit der sie auf eine Beschleunigung hätte drängen können. Im Falle pflichtwidriger Verschleppung wäre sie zudem die Begünstigte eines Ersatzanspruchs. Eine Besserstellung im Verhältnis zu den vom Antragsteller vertretenen Allgemeininteressen lässt sich hiermit jedenfalls nicht begründen.

(2) Eine der offensichtlichsten Spielarten des Selbstwiderspruchs liegt zudem dann vor, wenn derjenige, der einen bestimmten Zustand gewollt und zu dessen Herbeiführung beigetragen hat, im Nachhinein den Ausgleich der hieraus für ihn resultierenden Nachteile bzw. eine andere kompensatorische Bevorzugung verlangt. Eine solche Bevorzugung würde der Beizuladenden gewährt, wenn ihr Interesse an einer beschleunigten Vollziehung berücksichtigt würde. Denn sie hat selbst beantragt, dass die Errichtung der Fernwärmeleitung im Plangenehmigungsverfahren zugelassen werden möge (PG, S. 20, unter B 3, Zeile 4). Sie hat demnach die Durchführung eines Verfahrens selbst gewollt, in dem die Beteiligungsrechte des Antragstellers verletzt werden würden (vgl. oben B I). Die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zur Wahrung der Rechte des Antragstellers ist eine zurechenbar hieraus resultierende Folge. Den weiter hierdurch begründeten Nachteil, dass die aufschiebende Wirkung der Klage wiederhergestellt werden kann, hat die Beizuladende hinzunehmen. Folglich ist es ihr verwehrt, sich auf etwaige wirtschaftliche Einbußen zu berufen.

Andere Umstände als die vorstehend behandelten, mit denen eine sofortige Vollziehbarkeit gerechtfertigt werden könnte, sind nicht ersichtlich; vom Gericht dürften sie – da sie in der behördlichen Vollziehungsanordnung nicht angeführt wurden – ohnehin nicht berücksichtigt werden (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Rn. 149 zu § 80; OVG Schleswig, Beschl. v. 19.06.1991 – 4 M 43/91, juris, Rn. 29).

### **III. Jedenfalls: Überwiegen des Aussetzungsinteresses**

Im Falle einer Vollziehung der Plangenehmigung würden naturschutzrechtliche Belange in schwerwiegendem Maße beeinträchtigt. Bäume meist hochwertiger Arten (insbesondere Ahorn, Linden, Eichen – vgl. A II) würden in sehr großer Anzahl gefällt (397 Stück) bzw. zurückgeschnitten (203 Stück). Diese Auswirkungen wären faktisch irreversibel, denn Ersatzpflanzungen führen niemals zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, da Bäume desselben Alters häufig gar nicht mehr verpflanzbar oder überhaupt auf dem Markt verfügbar sind. Die Beeinträchtigung würde also zumindest – über Jahrzehnte – andauern, bis die alten Wuchshöhen und die hiermit einhergehende ökologische Funktionalität am Ursprungsort wieder erreicht wären. Jedenfalls das in der Zwischenzeit bestehende Defizit ist als drohende irreversible Vollzugsfolge anzusehen. Der Vermeidung von ökologisch irreversiblen Folgen kommt in der Abwägung aufgrund der Wertung des Art. 20a GG ein besonderes Gewicht zu (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 03.09.2002 – 10 S 957/02, juris, Rn. 8 f.).

Sollten – entgegen den obigen Ausführungen (unter C II) – infolge der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wirtschaftliche Einbußen der Beizuladenden überhaupt eintreten *können* und diese überdies *berücksichtigungsfähig* sein, müsste das Interesse an ihrer Vermeidung gegenüber dem Interesse des Antragstellers, eine Beeinträchtigung der vorstehend geschilderten Naturbelange abzuwenden, zurücktreten. Dieses Abwägungsergebnis wird von den folgenden drei Gesichtspunkten zwingend vorgegeben:

- Während im Falle des Vollzuges der Plangenehmigung die Vernichtung insbesondere des Baumbestandes sicher wäre, wäre das Erleiden wirtschaftlicher Einbußen im Falle der Aussetzung von vielen Unwägbarkeiten abhängig; die verminderte Wahrscheinlichkeit negativer Folgen setzt das ihnen in der Abwägung beizumessende Gewicht herab.
- Während sich die Beizuladende nur auf rein private, monetäre Interessen berufen kann, vertritt der Antragsteller das Allgemeinwohlinteresse an der Erhaltung der Natur.
- Während die Beizuladenden im Falle einer gegenteiligen Entscheidung in der Hauptsache abgesehen von den etwaigen verzögerungsbedingten Einbußen keine Nachteile hätte, könnte der Antragsteller im umgekehrten Falle aufgrund der Irreversibilität der Eingriffe sein wesentliches Rechtsschutzziel nicht mehr erreichen.

#### **IV. Unzureichende Begründung des Vollziehungsinteresses**

Um den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO zu genügen, muss die Begründung der Vollziehungsanordnung auf die Umstände des konkreten Falles abstellen (Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Rn. 84 zu § 80) und – als Ermessensentscheidung (a.a.O., Rn. 102) – das Für und Wider der Anordnung umfassen. Die Begründungspflicht hat eine dem effektiven Rechtsschutz i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG dienende Warnfunktion. In der obergerichtlichen Judikatur wird hierzu ausgeführt (OVG Schleswig, Beschl. v. 19.06.1991 – 4 M 43/91, juris, Rn. 21, m.w.N.):

*„Die Begründungspflicht soll darüber hinaus der Behörde den Ausnahmecharakter der Vollziehungsanordnung vor Augen führen und sie veranlassen, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob tatsächlich ein überwiegendes Vollziehungsinteresse den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung erfordert (...). Diese vom Gesetzgeber beabsichtigte Warnfunktion der Begründungspflicht beruht auf dem verfassungsrechtlichen Stellenwert des Suspensiveffekts von Widerspruch und Klage gegen belastende Verwaltungsakte...“ (Hervorh. d. d. Unterz.).*

Der auf verfassungsrechtlichen Erfordernissen beruhende Zweck des § 80 Abs. 3 VwGO, die Behörde zu zwingen, sich darüber Rechenschaft abzulegen, ob das Vollziehungsinteresse im konkreten Fall „tatsächlich überwiegt“, kann nur erreicht werden, wenn sie sich nicht auf eine Auflistung derjenigen Aspekte beschränkt, die für eine Vollziehung sprechen, sondern auch die *wesentlichen gegenläufigen Interessen* behandelt und in ihrem Gewicht würdigt.

In der vorliegenden Vollziehungsanordnung hat die Antragsgegnerin den bedeutendsten, einer sofortigen Vollziehung entgegenstehenden Belang vollständig ausgeblendet. Ihr Urteil, die „entgegenstehenden Interessen eventueller Kläger“ müssten „zurückstehen“, stützt sie ausschließlich darauf, dass von allen unmittelbar in ihren Rechten betroffenen Eigentümern schriftliche Einverständniserklärungen vorlägen und dass die auf der „Bauausführung“ beruhenden Beeinträchtigungen keine hinreichende Intensität annehmen könnten (PG, S. 68 f.). Die drohende irreversible (vgl. oben C III) Zerstörung eines großen und wertvollen Baumbestandes (vgl. A II) findet in der gesamten Begründung der Vollziehungsanordnung nicht einmal Erwähnung. Eklatanter könnte der Verstoß gegen § 80 Abs. 3 VwGO – von einem vollständigen Begründungsverzicht einmal abgesehen – kaum ausfallen.

Nach alledem ist dem Antrag stattzugeben.

Michael Lührs  
Rechtsanwalt