

CHATHAM PARTNERS

Öffentlichkeitsbeteiligung in Zeiten von COVID-19

Stand:
25. März 2020

Die von Bund und Ländern gemeinsam am 22. März 2020 beschlossenen Maßnahmen zur Bekämpfung von COVID-19 ([Link](#)) wirken sich spürbar auf den gesellschaftlichen Alltag und die deutsche Wirtschaft aus. Das öffentliche Leben ist massiv eingeschränkt; die Bürger sind angehalten, ihr Zuhause möglichst nicht zu verlassen und soziale Kontakte auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren. Dies wiederum hat auch zwangsläufig Einfluss auf die Durchführung von infrastrukturbezogenen Planfeststellungsverfahren.

Insbesondere im Rahmen der erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligung sind derzeit Probleme zu erwarten, die sich bei Verschärfung der Maßnahmen sogar noch verstärken könnten (siehe dazu **unter A.**). Den Anhörungsbehörden stehen zwar durchaus Möglichkeiten offen, hierauf entsprechend zu reagieren, doch sind diese in der Regel mit verbleibenden Rechtsunsicherheiten behaftet (siehe dazu **unter B.**). Aus diesem Grund und nicht zuletzt auch mit Blick auf ähnliche gelagerte künftige Ereignisse wäre es daher wünschenswert, wenn der Gesetzgeber sehr zeitnah für ein Mehr an Digitalisierung im Planfeststellungsrecht sorgte (siehe dazu **unter C.**).

A. Kontaktbeschränkungen als Kernproblem

Mit Blick auf die gesetzlich vorgeschriebene Öffentlichkeitsbeteiligung erweisen sich die derzeit geltenden Kontaktbeschränkungen als Kernproblem. Während die öffentliche Bekanntmachung von Verfahrensschritten nach wie vor ohne weiteres möglich ist, stehen Schwierigkeiten vor allem bei der Auslegung der Planunterlagen (hierzu **unter I.**) und der Abhaltung des grundsätzlich erforderlichen Erörterungstermins (hierzu **unter II.**) zu erwarten. Anhörungsbehörden könnten sich vor diesem Hintergrund veranlasst sehen, die Verfahren vorübergehend auszusetzen oder zumindest einzelne Verfahrensschritte zu verschieben. So kursieren bereits erste Meldungen bzgl. entsprechender Forderungen in diese Richtung ([Link](#)).

I. Erfordernis physischer Auslegung

Gemäß § 73 Abs. 3 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (**VwVfG**) haben die Gemeinden bzw. bei fachgesetzlicher Anordnung die dort bestimmten Behörden, die Planunterlagen für die Dauer eines Monats zur Einsicht auszulegen. Nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Lehre ist dabei eine physische Auslegung erforderlich. Im Einzelnen müssen die Modalitäten so gestaltet sein, dass es Interessierten möglich ist, in angemessener Weise die Pläne einzusehen. Der Ort muss allgemein zugänglich, d.h. mit den üblichen Verkehrsmitteln erreichbar, und ein gründliches Aktenstudium ohne längere Wartezeiten möglich sein.

Im Lichte der aktuellen Entwicklungen besteht jedoch Anlass zur Sorge, dass potentiell Betroffene unter Berufung auf die Kontaktbeschränkungen von einer Einsichtnahme vor Ort absehen. Medienberichten zufolge ([Link](#)) erfährt die Hamburger Behörde für Stadtentwicklung dies derzeit unmittelbar im Rahmen der Auslegung des Entwurfes des Bebauungsplans Hafencity-Süd. Der Entwurf liegt im leeren Foyer aus, Einsehen wollen wird ihn dort kaum jemand. Nach Ablauf der Auslege- und späteren Einwendungsfrist besteht dann das Risiko, dass sich potentielle Einwender darauf berufen, dass ihnen die Einsichtnahme in die physischen Planunterlagen und damit die Wahrnehmung ihres Rechts auf rechtliches Gehör nicht in zumutbarer Weise offenstand. Der Einwand der Präklusion, der dem unter normalen Umständen evident entgegenstände, ließe sich zwar ohne weiteres anbringen, wäre aber zumindest mit kleinen Fragezeichen versehen. Denn ob und inwieweit die Rechtsprechung diesem Einwand stattgäbe, ist derzeit mangels entsprechenden Präzedenzfalles nicht absehbar. Nicht zuletzt aus diesem Grund könnten sich Anhörungsbehörden deshalb veranlasst sehen, Planfeststellungsverfahren einstweilen auszusetzen oder jedenfalls einzelne Verfahrensschritte zu verschieben. Wie eingangs erwähnt, gibt es bereits erste Meldungen bzgl. entsprechender Forderungen.

II. Mündlichkeit der Erörterung

Noch klarer treten diese Schwierigkeiten mit Blick auf das Abhalten des Erörterungstermins zutage. Der Erörterungstermin bildet den eigentlichen Schwerpunkt des Anhörungsverfahrens und hat die Funktion, die Einwendungen und Stellungnahmen gemeinsam mit dem Vorhabenträger, anderen Behörden, potentiell Betroffenen sowie Einwendern zu diskutieren. Hinsichtlich der Modalitäten verweist § 73 Abs. 6 S. 6 VwVfG unter anderem auf die Vorschriften über die mündliche Verhandlung im förmlichen Verwaltungsverfahren; Ausnahmen vom Grundsatz der Mündlichkeit sind nicht vorgesehen. Wie die Auslegung auch, hat die Erörterung daher an einem in der Ladung näher bestimmten Ort stattzufinden. Auch insofern wird es mithin unweigerlich zu physischen Aufeinandertreffen von Menschen kommen, die potentiell Betroffene von einer Teilnahme und der Geltendmachung ihrer Einwände abhalten könnten und mithin auch in diesem Kontext die oben erwähnte Präklusionsproblematik aufwerfen.

B. Behördliche Abhilfemöglichkeiten

Wie sollten Anhörungsbehörden also bestmöglich auf vorstehende Probleme reagieren? Klar scheint zunächst, dass COVID-19 weder eine physische Auslegung und Einsichtnahme in die Planunterlagen noch eine Vor-Ort Erörterung etwaiger Einwendungen *per se* unmöglich machen. Ausweislich Ziffer IV. des Beschlusses vom 22. März 2020 ([Link](#)) ist die „*Teilnahme an Sitzungen*“ und

„erforderlichen Terminen“ vielmehr ausdrücklich gestattet. Auslegung und Erörterung lassen sich ohne weiteres hierunter subsumieren. Auch ist anzumerken, dass die Pflicht zur öffentlichen Auslegung und Erörterung sowie der hierfür vorgesehene zeitliche Rahmen klar im Planfeststellungsrecht umrissen sind und den Anhörungsbehörden insoweit kein Beurteilungsspielraum zukommt. Konsequenterweise heißt es dann auch im obigen Beispiel der Hamburger Behörde für Stadtentwicklung, dass Bebauungspläne nach dem Baugesetzbuch öffentlich auszulegen seien; komme man dem nicht nach, liege der Plan „auf Eis“ ([Link](#)). In die gleiche Richtung hat etwa die Bundesnetzagentur jüngst mit Blick auf die anstehenden EE- und KWK-Ausschreibungen entschieden. Diese fänden unverändert statt, da sie „gesetzlich vorgegeben“ seien ([Link](#)). Nichts anderes kann daher im Grundsatz für die Auslegung von Planunterlagen und die Erörterung von etwaigen Einwendungen gelten.

Aus Behördensicht gefragt sind daher Kreativität und Flexibilität. In jedem Fall sollte schon mit der öffentlichen Bekanntmachung sowohl von Auslegung als auch Erörterung gesondert auf die Besonderheiten der durch COVID-19 verursachten Situation hingewiesen werden. Hierzu zählt neben den üblichen Vorsichtsmaßnahmen auch das Anbieten etwaiger Alternativlösungen zur Berücksichtigung von Einzel-/Härtefällen.

I. Situationsangepasste Auslegung

1. Veröffentlichung der Planunterlagen im Internet

In der Praxis werden die Planunterlagen neben der physischen Auslegung im Regelfall auch zur Ansicht auf den Internetseiten der Anhörungsbehörden eingestellt. Hintergrund ist, dass Anhörungsbehörden die Planunterlagen dem Rechtsgedanken des § 27a Abs. 1 S. 1 VwVfG folgend zusätzlich im Internet veröffentlichen sollen. Potentiell Betroffenen können somit Kommentare, Einwände und Vorschläge auch problemlos über das Internet mitteilen. Allerdings steht dies stets unter dem Vorbehalt, dass trotz zusätzlicher Veröffentlichung im Internet der Inhalt der zur Einsicht ausgelegten Unterlagen maßgeblich ist, vgl. § 27a Abs. 1 S. 4 VwVfG. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum ist daher in Bezug auf Vollständigkeit und Inhalt der Planunterlagen in Zweifelsfällen ausschließlich die Auslegung in Papierform maßgeblich. Die Veröffentlichung im Internet ist grundsätzlich nur ein unverbindlicher zusätzlicher Service.

Das Restrisiko, dass die *online* eingestellten von den physischen Unterlagen abweichen und somit keine rechtskonforme Einsichtnahme ermöglichen, ist aber unseres Erachtens sehr gering. In der Praxis dürfte es potentiellen Einwendern jedenfalls nur äußerst selten gelingen, den drohenden Präklusionseinwand unter Berufung hierauf zu entkräften. Ungeachtet der grundsätzlichen Pflicht der An-

hörungsbehörden, die Planunterlagen physisch auszulegen, kann sich deren zusätzliche Veröffentlichung im Internet daher als krisensicherer Behelf auch in Zeiten von COVID-19 erweisen. Die Schwierigkeiten rund um das gleichzeitige physische Aufeinandertreffen mehrerer Bürgerinnen und Bürger sowie des hieraus möglicherweise erwachsenden Präklusionsthemas lassen sich so aus Behördensicht ebenso elegant wie effektiv umschiffen. Voraussetzung hierfür ist allerdings wiederum ein technisches Grundverständnis auf Seiten des jeweils Betroffenen, das nicht in jedem Fall, insbesondere nicht bei älteren Menschen, als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann und bei entsprechenden Anhaltspunkten ggf. eine Verständigung im Vorfeld oder sogar einzelfallbezogene Lösungen (siehe hierzu unten **B.I.3.**) erfordert.

2. Hinweise und Vorsichtsmaßnahmen

Ungeachtet dessen steht den Anhörungsbehörden bereits mit der öffentlichen Bekanntmachung der Auslegung die Möglichkeit offen, frühzeitig durch entsprechend formulierte Hinweise den Besonderheiten der Situation Rechnung zu tragen und den Ablauf der Einsichtnahme durch Vorsichtsmaßnahmen sicherer zu gestalten. In Betracht kommt etwa:

- ▶ die Anforderung, im Vorfeld Einzeltermine zur Einsicht abzustimmen;
- ▶ die Anzahl der Personen, die gleichzeitig in den Räumlichkeiten Einsicht nehmen können, auf maximal zwei (2) zu beschränken;
- ▶ die Einhaltung eines Mindestabstands von 1,50 Metern zu weiteren Einsicht nehmenden Personen und dem Behördenpersonal zu verlangen;
- ▶ die Aufforderung, sich vor Betreten der Räumlichkeiten die Hände zu waschen und zu desinfizieren; und
- ▶ ggf. unter finanzieller Beteiligung des Vorhabenträgers entsprechende Schutzkleidung (Mundschutz, Handschuhe) in den Räumlichkeiten vorzuhalten.

Zielsetzung dieser und alternativ denkbarer Maßnahmen sollte sein, den potentiell Betroffenen und auch dem Behördenpersonal eine Einsichtnahme so kontaktlos, unkompliziert und sicher wie möglich zu machen – stets mit dem Fokus, eine Infizierung und damit Ausbreitung von COVID-19 bestmöglich zu vermeiden.

3. Berücksichtigung von Einzel-/Härtefällen

Selbst für den Fall, dass sich einzelne Betroffene trotz dieser Hinweise und Vorsichtsmaßnahmen sowie der (zusätzlichen) Veröffentlichung der Planunterlagen im Internet aus verschiedenen Gründen (Quarantäne, schwere Krankheit, Angst

vor Infektion, fehlendes technisches Grundverständnis) nicht in der Lage sehen, die Räumlichkeiten oder die Internetseite der Anhörungsbehörde aufzusuchen, könnte letztere dies entsprechend berücksichtigen. Vorstellbar ist etwa, dass diesen Personen ausnahmsweise eine Abschrift der Planunterlagen – ggf. unter Beteiligung des Vorhabenträgers an den Kosten – an deren Wohnsitz physisch zur Verfügung gestellt wird oder eine individuelle fernmündliche Einweisung in die Nutzung der Internetseite erfolgt.

II. Keine oder modifizierte Erörterung

Die gleichen Probleme stellen sich in verschärfter Form für das Abhalten des Erörterungstermins. Denn bereits seiner Zwecksetzung nach dient dieser Termin – anders als die Auslegung – gerade dem Zusammenführen von Menschen, namentlich um gemeinsam die eingegangenen Stellungnahmen und Einwendungen zu erörtern. Doch auch insoweit ist neben den üblichen Vorsichtsmaßnahmen behördliche Abhilfe möglich.

1. Verzicht auf Erörterungstermin

Zunächst könnten Anhörungsbehörden von ihrem mitunter eingeräumten Ermessen Gebrauch machen und vollständig auf die Erörterung verzichten. Zahlreiche, für die Praxis wichtige Fachgesetze sehen eine solche Möglichkeit explizit vor, so etwa im Eisenbahnrecht (§ 18a Nr. 1 S. 1 AEG), im Fernstraßenrecht (§ 17a Nr. 1 S. 1 FStrG), im Wasserstraßenrecht (§ 14a Nr. 1 WaStrG) oder im Luftverkehrsrecht (§ 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 LuftVG). Damit steht es selbst bei bedeutenden, die Öffentlichkeit stark berührenden Vorhaben im Ermessen der Anhörungsbehörde, ob sie einen Erörterungstermin abhält. Dies gilt auch dann, wenn eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (*UVPG*) erforderlich ist, da die speziellen Regeln der Fachplanungsgesetze Vorrang vor den allgemeinen Regeln des *UVPG* haben. In aller Regel ist ein solcher Verzicht auch nicht von bestimmten, über die pflichtgemäße Ermessensausübung hinausgehenden Voraussetzungen abhängig (anders etwa § 43a Nr. 3 S. 1 EnWG – keine Einwendungen oder Verzicht auf Erörterung durch Einwender). Anhörungsbehörden könnten also in der jetzigen Krise ohne weiteres auf eine Erörterung verzichten, selbst wenn diese das Kernstück der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit bildet.

2. Beschränkung auf einzelne Sachfragen oder auf einzelne Betroffene

Gerade mit Blick auf Letzteres dürften Anhörungsbehörden sich allerdings in der Praxis zögerlich in Bezug auf einen vollständigen Verzicht zeigen. In den Fällen, in denen Anhörungsbehörden befugt sind, nach ihrem Ermessen gänzlich auf einen Erörterungstermin zu verzichten, dürfen sie die Erörterung aber *erst recht* auf einzelne Sachfragen oder auf einzelne Betroffene beschränken.

Dies diene im Übrigen auch der Umsetzung des sog. Konzentrationsgrundsatzes, wonach Anhörungsbehörden die Erörterung möglichst in einem Termin erledigen sollen.

In Zeiten von COVID-19 dürfte es vor diesem Hintergrund insbesondere zulässig sein, den Vorhabenträger, einzelne Betroffene oder andere Behörden bereits vorher anzuhören und deren Stellungnahmen dann im Erörterungstermin zu verlesen. Auch könnten Einwender unter Verweis hierauf darum gebeten werden, Fragen an die Anhörungsbehörde, andere Behörden oder auch den Vorhabenträger bereits im Vorfeld des Termins mitzuteilen. Alternativ ließe sich erwägen, einzelne Betroffene und Einwender in Sonder-/Härtefällen (Stichwort: Quarantäne) telefonisch oder per Video zuzuschalten, soweit und solange der Ablauf hierdurch nicht behindert wird. Auch wäre dem Grunde nach denkbar, die Erörterung – trotz Konzentrationsmaxime – ausnahmsweise nach Themen getrennt in mehreren Kleingruppen abzuhalten. Aus Sicht der Anhörungsbehörde bestünde so die Möglichkeit einer pragmatischen, auf das absolute Minimum reduzierten physischen Erörterung.

3. Im Übrigen: Hinweise und Vorsichtsmaßnahmen

Entscheidet sich die Anhörungsbehörde sowohl gegen einen vollständigen als auch teilweisen Verzicht oder ist ihr ein solches Vorgehen von vornherein mangels entsprechender Rechtsgrundlage versperrt, bleiben ihr im Wesentlichen die bereits oben **unter B.I.2.** beschriebenen Maßnahmen. Ergänzend ist anzumerken, dass die Wahl des Ortes des Erörterungstermins gesetzlich nicht vorgeschrieben ist und damit im alleinigen Organisationsermessen der Anhörungsbehörde liegt. Angesichts des hohen Infektionsrisikos von COVID-19 dürfte dieses Ermessen aber derzeit dergestalt eingeschränkt sein, dass die Wahl auf besonders weitläufige Räumlichkeiten fallen sollte, die einen ausreichenden Mindestabstand zwischen den Teilnehmern zulassen.

C. Mehr an Digitalisierung als zukunfts-gewandte Lösung

Ungeachtet der dargestellten behördlichen Abhilfemöglichkeiten wäre es unseres Erachtens nicht zuletzt mit Blick auf gleich gelagerte künftige Ereignisse wünschenswert, wenn der Gesetzgeber die mit COVID-19 verbundenen Schwierigkeiten zum Anlass nähme, um für ein Mehr an Digitalisierung zu sorgen. So böte sich insbesondere an, ähnlich der in § 9 Abs. 3 S. 3 NABEG vorgesehenen Möglichkeit sowohl die Auslegung als auch die spätere Erörterung zu digitalisieren und deren elektronische Durchführung als (weiteren) Regelfall zu implementieren. Auf diesem Weg ließen sich nicht nur die beschriebenen Rechtsunsicherheiten in Sachen Vollständigkeit und Präklusion beseitigen, son-

dern offenbaren sich den betroffenen Behörden ggf. auch neue Flexibilisierungs- und Effizienzpotentiale. In jedem Fall wäre eine entsprechende Anpassung des Planfeststellungsrechts in hohem Maße bürgerfreundlich, ressourcensparend und – wie sich jetzt zeigt – krisenresistent. Auch ein inkrementelles Vorgehen erscheint denkbar, sodass ein entsprechendes Bundesgesetz etwa zunächst nur solche Fachgesetze ändern könnte, die – wiederum ähnlich dem NABEG – eine überragende Bedeutung für die Gesamtbevölkerung haben, etwa im Eisenbahnrecht, im Fernstraßenrecht oder auch im Energiebereich (EEG 2017, WindSeeG, etc.). So oder so ginge von einer dahingehenden Reform aber das Signal aus, dass auch in Zeiten der COVID-19-Krise wichtige Zukunftsprojekte nicht aus den Augen verloren werden.

* * *

Gerne beraten und unterstützen wir Sie zu diesen und zu allen weiteren Fragen im Zusammenhang mit komplexen Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren.

Sprechen Sie uns jederzeit an.

CHATHAM PARTNERS

T +49 (0) 40 303 963-0

Felix Fischer, MBA (Stellenbosch)

Partner

E felix.Fischer@chatham.partners

M +49 (0) 174 24 32 415

Dr. Joyce von Marschall

Senior Associate

E joyce.vonmarschall@chatham.partners

M +49 (0) 172 5868 028

Dr. Sven-Hendrik Schulze, LL.M. (Cambridge)

Associate

E sven-hendrik.schulze@chatham.partners

M +49 (0) 151 598 617 03