

**DR. ARMIN FRÜHAUF**  
Rechtsanwalt

RA Dr. Frühauf, Margaretenstr. 12 , 26121 Oldenburg, Tel: 0441- 7703 4443, FAX 7703-4439

An das  
Bundesverwaltungsgericht  
Simsonplatz 1  
04107 LEIPZIG  
FAX: 0341 – 2007 – 1000

Oldenburg, den 18.02.2021

**Az: 7 A 9.19**

In der Verwaltungsstreitsache

Bundesvereinigung gegen Schienenlärm e.V. u.a.

- gegen

die Bundesrepublik Deutschland,

- Kläger –

- Beklagte -

Beigeladene: DB Netz AG u.a.

erhebe ich gegen das mir am 06.2.2021

zugestellte Urteil des Senats gem. § 152 a VwGO die

Anhörungsrüge.

## Begründung

Die nun vorliegenden Urteilsbegründung zeigt auf, dass der erkennende Senat die prozessualen Grundrechte der Kläger auf ein faires Verfahren, auf „Waffengleichheit“ und rechtliches Gehör verletzt hat und dadurch gegen die rechtsstaatlichen Garantien nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 20 Abs. 3 und Art 103 GG verstoßen hat.

### I.

Der in Art 103 GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör soll ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren garantieren. Dazu betont das Bundesverfassungsgericht regelmäßig, dass der Einzelne **nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein darf**, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen muss, um **Einfluss** auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können (BVerfGE 9, 89 <95>; 84, 188 <189 f.>; 86, 133 <144>). In seinem Beschluss vom 25. Oktober 2001 - 1 BvR 1079/96 – betont das Bundesverfassungsgericht die Pflicht des Gerichts, die Beteiligten nicht sehenden Auges „in die Irre laufen zu lassen“ wie folgt (Anm.: Hervorhebungen durch den Unterzeichnenden) :

„Da eine **Einflussnahme** nicht nur **durch** tatsächliches Vorbringen, sondern auch durch **Rechtsausführungen** geschehen kann, gewährleistet Art. 103 Abs. 1 GG dem Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch **zur Rechtslage zu äußern** (vgl. BVerfGE 60, 175 <210 ff.>; 64, 135 <143>; 65, 227 <234>; 86, 133 <144>). Dies setzt voraus, dass der Betroffene von dem Sachverhalt und dem Verfahren, in dem dieser verwertet werden soll, Kenntnis erhält (BVerfGE 101, 397 <405>). **Dabei kann es** in besonderen Fällen auch **geboten sein**, den Verfahrensbeteiligten auf eine **Rechtsauffassung** hinzuweisen, die das Gericht der Entscheidung zugrunde legen will, damit sie bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen **rechtlichen Gesichtspunkt** abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte (BVerfGE 86, 133 <144>) ([http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20011025\\_1bvr107996](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20011025_1bvr107996))

Auch wenn die Instanzgerichte z.T. immer wieder eine Pflicht des Gerichts zur Erörterung der Sach- und Rechtslage verneinen, so stellen das BVerfG und die obersten Bundesgerichte die o.a. Grundsätze eines fairen Verfahrens bis in die jüngste Zeit immer

wieder heraus. In dem Beschluss des BVerfG vom 14.10.2010 – AZ 2 BvR 409/09 heißt es z.B:

„Ein Gericht **verstößt** aber dann gegen **Art. 103 Abs. 1 GG** und das Gebot eines fairen Verfahrens, wenn es ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt oder auf **rechtliche Gesichtspunkte** abstellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf **nicht zu rechnen brauchte** (vgl. BVerfGE 84, 188 <190>; 86, 133 <144 f.>). „

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20101014\\_2bvr040909.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20101014_2bvr040909.html)

In dem Beschluss vom 20. September 2012 - 1 BvR 1633/09 – heißt es zum Verbot von Überraschungsentscheidungen:

„a) Die Garantie rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (vgl. BVerfGE 96, 205 <216>; stRspr). Eng damit zusammen hängt das ebenfalls aus Art. 103 Abs. 1 GG folgende **Verbot von „Überraschungsentscheidungen“**.

[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/09/rk20120920\\_1bvr163309.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/09/rk20120920_1bvr163309.html)

Der BGH führt in seiner Entscheidung vom 24.04.2014 – AZ VI ZR 530/12 aus:

„Durch diese Verfahrensweise hat das Berufungsgericht das Recht der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt. Art. 103 Abs. 1 GG räumt dem Einzelnen das Recht ein, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können. Zwar muss ein Verfahrensbeteiligter grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag hierauf einstellen. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende **Gewährleistung rechtlichen Gehörs** setzt aber voraus, dass ein Verfahrensbeteiligter bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt **erkennen kann, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann.**“

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=67789&pos=0&anz=1>

Auch der Bundesfinanzhof hatte mehrfach Anlass, einen Verstoß gegen Art 103 GG zu rügen, wenn das Gericht eine Überraschungsentscheidung gefällt hat, weil es z.B. sein Urteil auf einen bis dahin nicht erörterten oder nicht bekannten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt stützt mit dem die Beteiligten nach dem bisherigen Verlauf der Verhandlung nicht rechnen mussten (Bundesfinanzhof, Beschluss vom 7. September 2017 – IX B 62/17; BFH Beschluss vom 11. Mai 2017 – IX B 23/17; BFH Beschlüsse vom 10.12 2012 – VI B

135/12, BFH/NV 2013, 569, unter 2.; vom 23.02.2017 – IX B 2/17, unter II. 1.a, m.w.N.; und vom 11.05.2017 – IX B 23/17, BFH/NV 2017, 1059.

## II.

Zudem ist das Gericht ganz allgemein zu einer fairen Verfahrensgestaltung verpflichtet; dazu hat es im Verwaltungsgerichtsverfahren den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, den Vortrag der Beteiligten zu berücksichtigen und zu erwägen, ( vgl. BVerfGE 83, 24/35; BVerfG –VPr, NVwZ, 94, 61; NJW 1994, 849 ) sowie durch rechtzeitige und hinreichend deutliche Hinweise an die Parteien, nicht nur eine “Waffengleichheit” zwischen Bürger und Behörde herzustellen, sondern auch durch eine transparente Verhandlungsführung Überraschungsentscheidungen zu vermeiden (§ 86 VwGO). Dies gilt auch vor dem Bundesverwaltungsgericht, zumal es in diesem Verfahren (die erste und einzige) Tatsacheninstanz ist und daher in gleicher Weise, wie das erstinstanzliche Verwaltungsgericht vor Ort, zur Amtsermittlung verpflichtet ist; im Konkreten bestand hier zudem besonderer Anlass zu einer sorgfältigen Behandlung der Rechtsangelegenheit, da das Planfeststellungsverfahren ganz offensichtlich an gravierenden Verfahrensfehlern litt und die beklagte Behörde trotzdem den Planfeststellungsantrag offensichtlich ohne jede nähere Reflexion und Prüfung “durchgewunkenen” hat. Darauf weisen nicht nur die sehr umfangreichen Verweisungen der Behörde auf die Ansichten der Anhörungsbehörde hin, sondern auch die pauschalen Verweise auf die Unterlagen der Antragstellerin und ihre sehr dürftige Stellungnahme im gerichtlichen Verfahren.

Das Gericht ist aber nicht nur verpflichtet, das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und zu erwägen, sondern durch die schriftlichen Urteilsgründe zu belegen, dass es diesen Verpflichtungen gerecht geworden ist (BVerfGE 54, 86/91). Denn nur anhand der schriftlichen Gründe kann der Betroffene überhaupt beurteilen, ob sein Vorbringen tatsächlich berücksichtigt und erwogen worden ist, vgl. Rüping, BoK 55.

## III.

Unter diesen Prämissen begründen die Kläger die Gehörsrüge/n im Einzelnen wie folgt :

1. Der Senat hat die ihm obliegenden richterlichen Untersuchungs-, Aufklärungs- und Hinweispflichten gemäß § 86 VwGO verletzt und Sachvortrag übergegangen.

a) Die Kläger hatten einen Verstoß gegen „Treu- und Glauben“ gerügt, weil die Beklagte einen vollkommen lückenhaften Planfeststellungsantrag, den die Beigeladene allein in der subjektiven Absicht der Erreichung der Vorteile einer Übergangsvorschrift („Schienenbonus“) vorzeitig und überhastet eingereicht hat, nicht unverzüglich zurückgewiesen, sondern zur Entscheidung angenommen. Der Senat weist diese Kritik der Kläger mit der Begründung zurück, die Kläger hätten es an jeder Substantiierung einer überhasteten Antragstellung fehlen lassen (Urteil Rn 12). Diese Begründung geht an dem tatsächlichen Vorbringen der Kläger und ihrer verständigen Würdigung vorbei; er ist zudem überraschend, weil der Senat keinerlei Hinweis dahin erteilt hat, dass es den Sachvortrag der Kläger für nicht ausreichend hält, was der Senat insoweit vermisst und warum evtl. ergänzende Informationen zum objektiven unstreitigen Sachverhalt und zur Motivation der unvollständigen Planfeststellungsantrag bzw. seiner Zulassung nicht durch Ausübung der Fragerechts an die Gegenseite aufzuklären gewesen wäre. Schließlich ist vollkommen unstreitig, dass die eingereichten Planfeststellungsunterlagen unvollständig waren, weil wesentliche Unterlagen (z.B: die Verkehrsprognose 2025 und die am Ende maßgebliche Verkehrsprognose für das Jahr 2030, die Feststellung zur so genannten plangegebenen Vorbelastung, die Genehmigungen zu den bisher zur Strecke erteilten Plangenehmigungen, die Alternativenerwägungen und die Untersuchungen dazu , Kostenschätzungen zu Bestands- und Alternativstrecken und anderen Untersuchungen) nicht zur öffentlichen Auslegung vorbereitet waren. Unstreitig ist auch, dass offensichtliche Mängel im Schallschutzkonzept eine erneute (zweite) Auslegung maßgeblicher Unterlagen notwendig gemacht haben. Unstreitig ist das Schallschutzkonzept der Beigeladenen von einer vollkommen überforderten und nicht qualifizierten Firma erstellt worden, die zudem weder ein/e öffentlich bestellte/r noch vereidigte/r Sachverständige/r ist, noch in ihrem Betrieb irgend eine Person beschäftigt, die diese Qualifikation nachweisen kann. Ebenso liegt für die Firma keine der im Bereich Schallimmissionen üblichen Qualifikationen durch Zertifizierung der DaKKs oder eine amtliche Bekanntgabe nach BImSchG vor. Hinzu kommt das die „Gutachterin“ wirtschaftlich von der Beigeladenen abhängig ist, wie ihre eigene, 6 seitige Referenzliste belegt, usw. Dieser detailliert vorgetragene und unstreitige Sachverhalt wird im Zusammenhang mit der hier gerügten Zulässigkeit des Antrages gar nicht angesprochen und offensichtlich nicht erwogen.

Hinzu kommt, dass der Senat im Rahmen seiner Amtsermittlungs-, Sachverhaltsaufklärungs- und Hinweispflichten gehalten war, all das von Amts wegen aufzuklären, zumindest aber die Kläger darauf hinzuweisen, was nach seiner Ansicht an Sachvortrag der Kläger fehlt. Der Senat wird daher seiner richterlichen Aufgabe nicht gerecht, wenn es das von ihm für unzureichend erachtete Vorbringen schweigend entgegennimmt und dann erstmalig im Urteil eine so genannte mangelnde Substantiierung rügt; ein solcher Vorwurf erfordert zu seiner Begründung die deutliche Benennung, was der Senat konkret zur Substantiierung denn vermisst; da der Senat seine Abqualifizierung als „unsubstantiiert“ nicht näher begründet, wird er zudem dem verfassungsrechtlichen Begründungsgebot richterlicher Entscheidungen nicht gerecht.

b) Überraschende Entscheidung und fehlerhafte Begründung zur unterlassenen Auslegung der Verkehrsprognose 2030.

Ohne jeden vorhergehenden Hinweis und mit einer gegen EU-Recht verstoßenden Begründung geht der Senat überraschend davon aus, dass eine Auslegung der Verkehrsprognose 2030 nicht geboten war.

Zutreffend geht der Senat allerdings davon aus, dass grundsätzlich die einem Vorhaben zu Grunde gelegte Verkehrsprognose eine auszulegende Unterlage gemäß § 73 VwVfG ist ebenso wie auch die Ermittlung der so genannten plangegebenen Vorbelastung (Urteil Rn 18ff). Zu Unrecht verneint der Senat allerdings die Pflicht zur Auslegung der Prognose 2030 mit der Begründung, dass das Unterlassen der Bekanntgabe dieser Information den Betroffenen nicht beschwere, weil sie ja eine geringere Verkehrsbelastung ausweise als die vorangegangene - allerdings unstreitig auch nicht öffentlich ausgelegte - Prognose 2025. Eine solche Begründung geht fehl, auch wenn sie sich auf die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Satz 4 UVPG (a.F. Fassung 2010) stützt. Dies wird schon dadurch indiziert, dass die aktuelle Fassung des UVPG keine dem § 9 Abs. 1 Satz 4 UVPG entsprechende Regelung mehr enthält. Letztlich mag das aber dahin gestellt bleiben, weil sich jede Beurteilung der Auslegungspflicht an den europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2011/92/ EU auszurichten hat.

Gemessen daran ist es grob verfahrensfehlerhaft, die hier streitentscheidende und maßgebliche Prognose 2030 nicht öffentlich auszulegen.

Die EU-Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung erfolgen im Hinblick auf die Bewertung des geplanten Projektes zu seiner

- Nachhaltigkeit (impact assessment)
- und
- Sozialverträglichkeit (social impact assessment)

Die genannte EU-Richtlinie stellt dazu die Erwägungsgründe der „Alternativenprüfung, der Schutzzwecke Gesundheit, Umwelt und Nachhaltigkeit sowie Öffentlichkeits- und Verbändebeteiligung“ heraus und fordert die Prüfung der Auswirkungen auf Mensch, Natur und Kultur sowie die Wechselwirkungen zwischen ihnen.

Die Herabsetzung der Verkehrsprognose führt nur sehr vordergründig zu einer Verringerung der Belastungen der Betroffenen gegenüber der ursprünglich höheren Prognose 2025; bei einer sachgerechten und naheliegenden Bewertung führt gerade erst diese Prognose zu der tatsächlichen Belastung von Mensch und Umwelt auf der Bestandsstrecke, da erst mit dieser Prognose der Ausbau der Bestandsstrecke als – alternativlos – durchgesetzt wird; denn diese Prognose bleibt unterhalb der behaupteten so genannten plangegebenen Vorbelastung. Nur aufgrund einer solchen , neuen und überraschenden Prognose ist es (auch) nach der Ansicht des der Senats möglich, eine „verkürzt-oberflächlich-grobe“ Alternativenprüfung ohne jede Kostenkalkulation oder realistischen Betrachtung und Bewertung der Eingriffe in fremdes Eigentum und Natur und Landschaft durchzuführen. Der Senat ist insoweit der von den Klägern vertretenen Ansicht, dass auch der Ausbau einer Strecke, stets eine Alternativenprüfung erfordert beigetreten und hat die gegenteilige Ansicht der Beklagten zurückgewiesen. Allerdings geht der Senat dann auch davon aus, dass sich die Intensität der Prüfung nach der vorgefundenen tatsächlichen Lage richtet. Wenn also eine Prognose unterhalb der plangegebenen Vorbelastung liegt, so schränkt dies die Tiefe der Alternativenprüfung ein, konkret lässt der Senat u.a. das Erfordernis einer vergleichenden Kostenschätzung entfallen. Mithin wäre es bei einer (höheren) Prognose, wie die Prognose 2025 prinzipiell nicht möglich gewesen, von einer tieferen Prüfung und einer Kostenschätzung abzusehen.

Die Stadt Oldenburg hatte seinerzeit bei Eingang des Planfeststellungsantrages mit eigenen Mitteln eine Kostenschätzung zur Umfahungsstrecke entlang der Autobahn erstellt, die seinerzeit einen Betrag von 150.000.0000 € zzgl. Kosten der Huntebrücke auswies. (Beweis: Dr. Uhrhahn, Stadtbaurat, Rathaus, Oldenburg).

Daher belastet die – im übrigen vollkommen unrealistische – Prognose 2030 die Kläger mehr als die Prognose 2025; ihre Auslegung ist aber unstrittig verfahrensfehlerhaft unterblieben. Der Senat hat die genannten Erwägungen weder angesprochen noch angestellt, obwohl er in der Urteilsbegründung die taktische Bedeutung der Prognose 2030 durchaus anerkennt, indem er ausführt, dass die Beklagte und die Beigeladene diese zur „Vertiefung ihrer Argumentation zur Ablehnung von Alternativen“ vorbringt (Urteil Rn 25) (sic !).

Sollte der Senat dem nicht folgen können, so bedürfte es im Hinblick auf die von ihm angesprochene Wirkung des § 9 Abs. 1 S 4 UVPG (2010) der unionsrechtlichen Klärung gemäß § 267 AEUV; eine Vorlage zum EuGH ist aber unterblieben.

c) Überraschende Verneinung der Pflicht zur öffentlichen Bekanntmachung der bisher vorliegenden Genehmigungen der „Ausbaustrecke“

Der Senat geht zwar zutreffend davon aus, dass die Beklagte es verfahrensfehlerhaft unterlassen hat, die Verkehrsprognose 2025 und die Darstellungen zur so genannten „plangegebenen Vorbelastung“ auszulegen (Urteil Rn 18,20 ) er verneint jedoch die Pflicht, auch die zur Strecke vorliegenden (Plan-)Genehmigungen auszulegen. Die Kläger halten dies nach Sinn und Zweck der zuvor angesprochenen EU-Richtlinie 2011/92/ EU für zwingend geboten.

Die Feststellung einer „**plangegebenen** Vorbelastung“ setzt schon begriffslogisch voraus, dass es eine „Plan“-Genehmigung geben muss, um diese Wirkungen herzustellen. Deswegen müssen zu den auszulegenden Unterlagen auch die Genehmigungen, aus der sich diese Rechtfertigung ergibt, nachvollziehbar zumindest durch ihre Benennung nach Datum / A Z / und Autor der Genehmigung ausgelegt sein, damit der Betroffene überprüfen und einschätzen kann, ob ein dargestelltes – ggf. auf faktischen Belastungsangaben beruhendes – Zugmengerüst in Übereinstimmung mit einer „Planungsgenehmigung“ besteht. Der Senat geht auf diese ganz offensichtlichen bestehenden Zusammenhänge nicht ein, obwohl die Kläger dazu in aller Tiefe unter Beug auf die historischen Vorgänge und Vereinbarungen vorgetragen hat. Der Senat übergeht dieses Vorbringen und erkennt auch nicht die rechtliche Bedeutung einer vorhergehenden Genehmigung für das Kriterium der so genannten „plangegebenen Vorbelastung“ und dann folgend der unter b) angesprochenen Tiefe der Alternativenprüfungen. Der Senat setzt sich auch nicht mit den „Sperrwirkungen“ einer behördlichen Genehmigung für die an und für sich bestehenden nachbarrechtlichen Abwehransprüche gem. §§ 906,1004 BGB



auseinander, obwohl der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 27.10.2006 (AZ V ZR 2/06 ) das (Nicht-) Vorliegen einer behördlichen Streckengenehmigung nicht nur als maßgeblich für den zivilrechtlichen Schutz des betroffenen Bahnanliegers ansieht, sondern ebenso davon ausgeht, dass eine behördliche Genehmigung nicht vorliegt, wenn die Betreiberin der Bahnanlage (DB Netz AG) eine solche nicht vorlegen kann. Dass der Senat – entgegen der Ansicht des BGH – von einer gegenteiligen Vermutung ausgeht ( also dass trotz Nichtvorlage von einer positiven Genehmigung ausgegangen wird ) ist überraschend. Dabei kommt hier noch hinzu, dass nicht nur die ursprüngliche Genehmigung fehlt, sondern auch keine spätere Genehmigung vorgelegt wird. Die Schlussfolgerung des Senats, dass jede in Deutschland vorhandene Schienenstrecke auch genehmigt ist, es mithin ausgeschlossen ist, dass es sich um ungenehmigte „Schwarzbauten“ handelt ist ebenso unverständlich und überraschend, zumal da es auch in der mündlichen Verhandlung dazu keine Erörterung gab.

Unabhängig davon wird seitens der Kläger gerügt, dass der Senat sich nicht ernsthaft darum bemüht hat aufzuklären, ob und ggf. welche Plangenehmigungen hier vorliegen könnten; die Kläger haben ausführlich dargestellt, dass aufgrund der staatsvertraglichen Vereinbarungen zwischen Preußen und dem Großherzogtum Oldenburg eine solche Genehmigung vorgesehen war und auch später Veränderungen an der Strecke erfolgt sind (Teilverlegung der Oldenburger Strecke auf einen Bahndamm in den 60er Jahren); es ist dabei nicht von der Hand zu weisen, dass beide Bauvorhaben tatsächlich ohne die erforderlichen Genehmigungen durchgeführt worden sind, wie auch andere Beispiele in der Bundesrepublik belegen, siehe z.B. <https://www.initiative-angermund.de/rxx-angermund-schwarzbau/> ). Wenn aber – wovon die Kläger ausgehen – auch in Oldenburg tatsächlich keine Genehmigungen vorliegen, so kann auch keine „plangegebene Vorbelastung“ vorliegen.

d) Überraschende und fehlerhafte Entscheidung zur „Heilung“ der festgestellten Verfahrensfehler zur EU-rechtlich gebotenen Öffentlichkeitsbeteiligung zur Verkehrsprognose 2025 und zur so genannten plangegebenen Vorbelastung

Soweit der Senat urteilt, dass die (auch von ihm) festgestellten Fehler in der gebotenen Öffentlichkeitsbeteiligung unbeachtlich sind, weil sie nach der Regelung des § 46 VwVfG keinen Einfluss auf das Ergebnis der Entscheidung der Beklagten gehabt haben sollten, ist auch das vollkommen überraschend und weder durch die EU-Vorgaben noch durch die angegebene Urteilsbegründung gerechtfertigt. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 15.10.2015 (AZ C – 137/14) die damalige Regelung des § 46 zumindest insoweit für

unionsrechtswidrig erklärt, als das nationale Recht dem Kläger den Beweis der Ursächlichkeit zwischen Verfahrensfehler und Einfluss auf die Endentscheidung auferlegt hatte. Wenn nun danach im nationalen Recht darauf abgestellt wird, dass zwar diese Ursächlichkeit vermutet wird und die Unbeachtlichkeit nur bei feststehender offensichtlicher Nichtbeeinflussung der Entscheidung entfällt, kann diese Regelung nicht dadurch praktisch unterlaufen werden, dass bei einer ungerechtfertigt großzügig wertenden Betrachtung der Begriff der Offensichtlichkeit anders interpretiert wird als gemeinhin.

„Offensichtlich“ ist ein Tatsache, wenn sie von „Jedermann“ so wahrgenommen wird, ggf. aus allgemein zugänglichen Quellen wie z.B. Zeitschriften und Nachschlagewerken für „Jedermann“ zuverlässig wahrnehmbar ist. Der Begriff „offensichtlich“ ist synonym zu:

„von selbst verstehen, unmittelbar einleuchtend, auf der Hand liegend, keines Beweises bedürftig, mit den Händen zu greifen, offen zu tage liegen, ohne jeden Zweifel, völlig klar, trivial, sieht ein Blinder mit dem Krückstock usw.. „

Der Senat stellt diese Bewertung hier mit einem einzigen Satz fest, dessen Inhalt schon deshalb nicht überzeugen kann, weil es hier nicht nur um die Fragen der Mehrbelastung der Strecke geht, sondern vor allem der Qualität und Güte der Prognoseberechnungen und der so genannten plangegebenen Vorbelastung und ihrer Voraussetzungen. Die formelhafte Begründung des Senates genügt daher „offensichtlich“ weder der semantischen Bedeutungsvorgabe der nationalen Regelung des § 46 VwVfG noch den EU-vorgaben; auch insoweit besteht neben den Zweifeln zur Bestimmtheit der Norm verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Klärungsbedarf im Hinblick auf die Vorgaben der EU-Richtlinie und ihrer Auslegung durch den EuGH.

## 2. Nicht erfolgte bzw. unzulässig abgelehnte Sachaufklärung zu den prognostizierten Lärmimmissionen

### a) Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht

Der EG – MR hat am 11.12.2020 die Beschwerde von 2 Anliegern des BER gegen das Lärmschutzkonzept zum gesundheitlichen Schutz der Nachtruhe vor Fluglärm angenommen und die Bundesregierung zur Stellungnahme aufgefordert, wie aus der Presse und einem Statement der Beschwerde führenden Rechtsanwaltskanzlei zu entnehmen ist

( <https://www.baumann-rechtsanwaelte.de/2020/12/23/europaeischer-gerichtshof-fuer-menschenrechte-egmr-nimmt-beschwerden-von-laermbetroffenen-aus-zeuthen-zur-naeheren-pruefung-an/> )

Dem Vernehmen nach rügt die Beschwerde u.a. die Verletzung des Art 6 Abs. 1 EMRK, der inhaltsgleich mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 20 Abs. 3 und Art 103 GG das prozessuale Basisrecht eines fairen Gerichtsverfahrens sichern soll. Dazu hat nun das BVerfG in seinem Beschluss vom 12. November 2020 ( AZ 2 BvR 1616/18 ) entschieden, dass das Recht auf ein faires Verfahren gebietet, dem Beteiligten Zugang und Kenntnis der Informationen zu geben , die ein standardisiertes Messverfahren betreffen, da anderenfalls der Betroffene gar nicht in der Lage ist, die in einem solchen Verfahren ermittelten Ergebnisse konkret zu überprüfen und anzugreifen ( siehe dazu [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2020/11/rk20201112\\_2bvr161618.pdf?\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/2020/11/rk20201112_2bvr161618.pdf?_blob=publicationFile&v=1) ). Wenn aber schon in einem standardisierten Verfahren die Verweigerung des Zugang zu den Detailinformationen einen Verstoß gegen Prozessgrundrechte darstellt, so erst Recht doch bei einer individuellen Begutachtung wie hier, zumal sich hier nach den konkret von den Klägern vorgebrachten Umständen erhebliche Zweifel an

- der Sachkunde und Erfahrung des „Gutachters“ der Beigeladenen
- der Qualität der von ihm eingesetzten Hilfsmittel, speziell der Berechnungssoftware
- der wirtschaftlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des „Gutachters“
- und der Kritikfähigkeit der entscheidenden Behörde

ergeben.

Die jetzt im Februar 2020 veröffentlichte Urteilsbegründung des Senats spricht die vom BVerfG dargestellten Grundsätzen überhaupt nicht an; der Senat hat sich mit ihnen ganz offensichtlich nicht auseinandergesetzt; dies legt die zu diesen Aspekten komplett fehlende Urteilsbegründung nahe. Das Vorbringen der Kläger ist schlichtweg übergangen worden.

b) Grundrechtswidrige Behandlung der in der in der Verhandlung gestellten Anträge

aa) zum Beweisantrag (1)

Der Beweisantrag zu (1) behauptet, dass das Schallschutzkonzept der Fa. A.I.T, GmbH unbrauchbar, nicht nachvollziehbar und fehlerhaft ist. Dazu wird unter Punkt 1) zunächst die Tatsachenbehauptung aufgestellt, dass die Fa. A.I.T. GmbH zur Erstellung des

Schallschutzkonzeptes nicht sachkundig ist. Diese Behauptung wird durch 6 Indizien weiter substantiiert und dann unter Zeugenbeweis gestellt.

Der Senat hat dazu weder den angebotenen Beweis erhoben, noch die Beklagte oder die Beigeladene um eine Stellungnahme gebeten, noch von sich aus, den Sachverhalt weiter aufgeklärt. Dies obwohl Vertreter der Geschäftsführer der Fa. A.I.T. GmbH bei der Verhandlung anwesend war, sich äußern wollte, aber dann ersichtlich durch die Rechtsvertreter der Beigeladenen darin gehindert wurde. Dass der Senat hier dringenden Anlass hatte, nachzufragen, liegt auf der Hand.

Gleiches gilt zu der Beweisbehauptung zu 2) mit der nicht nur drei Indizien benannt werden, aus denen sich die wirtschaftliche Abhängigkeit der „Gutachterin“ von der Beigeladenen ergibt, sondern auch in der Anlage ein 5seitiger Ausdruck der eigenen „Referenzliste“ der A.I.T. zu ihren Tätigkeiten beigefügt war, aus der sich ergibt, dass a l l e Referenzen sich auf eine (bundesweite) wirtschaftliche Tätigkeit für die Beigeladene beziehen; auch insoweit hat das Gericht weder die Beklagte noch die Beigeladene überhaupt um eine Stellungnahme gebeten, den Sachverhalt weiter aufgeklärt noch den angebotenen Zeugenbeweis erhoben.

Unter Punkt 3) war darauf hingewiesen worden, dass die dem PFB zugrunde gelegte Berechnung der Schallausbreitung unstreitig nicht nach den Vorgaben der 16. BImSchV (1990) erfolgt ist, sondern eine „Eigenkreation“ der Fa A.I.T. GmbH ist.

Unter den Punkten 4) und 5) ist schließlich behauptet, dass der Hersteller der verwendeten Software „soundplan 6.5.“ sein Produkt nicht für die Berechnung der „Schall 03 (1990) freigegeben hat und sie als insoweit als „ungeeignet“ bezeichnet hat und schließlich, dass sogar der GF des Herstellers (Herr Braunstein) des Rechenprogramms den GF der Fa A.I.T. persönlich darauf hingewiesen hat, dass sein Produkt nicht für die von der Fa A.I.T. durchzuführende Berechnung geeignet ist.

Auch dazu hat der Senat weder die Beklagte noch die Beigeladene um eine Stellungnahme ersucht, die aufgeworfenen Fragen in der Verhandlung geklärt oder auch nur angesprochen oder die angebotenen Beweise erhoben.

Der Senat hat vielmehr mit dem zur ANL 8 zum Protokoll genommenen Beschluss diesen Beweisantrag ebenso abgelehnt wie den Beweisantrag der Kläger zu (2).

Die Behandlung dieser Beweisanträge ist grob rechtsstaatswidrig; sie verstößt massiv gegen geltendes Prozessrecht und die Grundsätze eines „fairen Verfahrens“.

Entgegen der Ansicht des Senats haben die Kläger mit ihrem Beweisantrag keine Rechtsansichten geäußert, sondern Tatsachen behauptet; alle unter den Punkten 1) a) – f), 2 a) b), 3,4 und 5) aufgestellten Thesen sind TATSACHENbehauptungen, da sie sämtlich eines Beweises zugänglich sind; gleiches gilt für die aus den behaupteten Indizien folgende Haupttatsache der Eignung, der Nachvollziehbarkeit und der Fehlerhaftigkeit des Schallschutzkonzeptes der Fa. A.I.T GmbH, der „Befangenheit“ der FA. A.I.T. wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Beigeladenen. Soweit der Senat die zu Nr. 3 aufgestellte Behauptung als „Vermutung“ abqualifiziert, verstößt eine solche Sicht ganz offensichtlich gegen geltendes Beweisrecht; eine Vermutung stützt die behauptete Haupttatsache und entwertet sie nicht, wie der Senat irrtümlich meint. Dies folgt auch aus der Regelung des auch im Verwaltungsprozess geltenden § 292 ZPO. Ebenso verfehlt sind die Ausführungen des Senates zur Punkt 5 des Beweisantrages wenn der Senat meint, das Schreiben sei einer Beweiserhebung nicht zugänglich, weil es Bestandteil der Akte sei. Urkundenbeweis wird durch Vorlage der Urkunde in der mündlichen Verhandlung angetreten (§ 420 ZPO); wenn die Urkunde aber bereits Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, ist das Ergebnis im Rahmen der Beweiswürdigung zu würdigen und festzustellen.

An all dem fehlt es hier.

bb) zur Urteilsbegründung

Auch die schriftliche Begründung des Urteils führt zu keinem anderen Ergebnis. In der Urteilsbegründung werden insoweit lediglich nichtssagende Leerformeln verwendet, ohne sich im Einzelnen mit den aufgestellten Beweisbehauptungen zu befassen (Urteil Rn 70 ff). Soweit der Senat dabei die Auffassung vertritt, dass es keinerlei rechtlichen Bedenken begegnet, wenn die Beigeladene (die zudem Monopolist im Bereich der Schieneninfrastruktur ist)

- sich eines Unternehmens bedient, die ausschließlich für sie arbeitet
- in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Existenz von ihr abhängig ist

- und keinerlei Akkreditierung oder Zertifizierung als sachverständige Stelle hat,
- in Fachkreisen wie der Deutschen Gesellschaft für Akustik DEGA e.V. oder auch Sachverständigen Verbänden wie dem Bundesverband der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen BVS e.V vollkommen unbekannt ist
- unstreitig eine veraltete Software benutzt, die der Hersteller als „nicht geeignet“ ( nicht konform) bezeichnet (auch wenn kein Hersteller explizit vor der Verwendungen veralteter Versionen warnen würde),
- und der von den Kläger beauftragte öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, ein ausgewiesener Fachmann der Akustik, Autor div. Fachveröffentlichungen, Mitglied in Normenausschüssen des DIN und bei ISO, ausgebildeter und promovierter Dipl.-Physiker, und aktueller Vorsitzender des Fachausschusses Bau- und Raumakustik der Deutschen Gesellschaft für Akustik DEGA e.V. zu dem Ergebnis kommt, dass die Berechnungen der Fa. AIT GmbH nicht nur nicht nachvollziehbar und plausibel sind, sondern in weiten Teilen fehlerhaft sein muss, weil sie erheblich von seinen Rechenergebnissen und den Rechenergebnissen der von der Stadt Oldenburg beauftragten Sachverständigen abweichen,

so ist das vollkommen sach- und lebensfremd.mithin willkürlich. Diese Bewertung wird auch dadurch weiter belegt, dass der Senat es – entgegen den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 12.11.2020 – den Klägern verwehrt, Zugang zu den Berechnungsdetails, nachvollziehbaren Rechenansätzen oder anderen Informationen der Fa. A.I.T. GmbH und den ihnen zugrundeliegenden Anknüpfungstatsachen zu ermöglichen. Eine bloße Angabe des Zugmengerüsts als Zitat der Verkehrsprognose 2025 genügt hier nicht, um auch nur eine Überprüfung der Plausibilität, geschweige eine detaillierte Überprüfung durchzuführen. Insoweit blieb den Klägern nur der Weg, durch eigene Berechnungen durch einen qualifizierten Sachverständigen die Ergebnisse zu versuchen nachzuvollziehen.

Eine Auseinandersetzung der Auswirkung der Prognose 2030 auf die Schallbelastung der Kläger erfolgte nicht. Der Senat wäre aufgrund der ihn treffenden Pflicht der Amtsermittlung gehalten, zumindest auf die durch den Gutachter der Kläger, den Software-Hersteller und durch die Stadt Oldenburg mehr als sachverständig unterlegte Kritik der Kläger das Ergebnis des Lärmschutzkonzeptes der Antragstellerin kritisch zu hinterfragen oder durch einen gerichtlichen Sachverständigen zu überprüfen.

Wenn die Gutachter der Stadt Oldenburg und der von den Klägern beauftragte Gutachter übereinstimmend bei Verwendung aktueller Software (CadnaR der Fa. DataKustik und Immi der Fa. Wölfel) zu dem übereinstimmenden Ergebnis gelangen, dass die Gutachter der Beigeladenen mit einer Software-Version (Soundplan) aus dem Jahr 2008 stets fehlerhafte Ergebnisse vorlegen, hätte sich jedem, auch nicht fachkundigen Betrachter eine Notwendigkeit der Aufklärung aufgedrängt. Es ist schon mehr als paradox, wenn die Kritik der klägerischen und städtischen Gutachter an der ausgelegten Berechnungen der Beigeladenen als angeblich unsubstantiiert zurückgewiesen wird. Auch vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.2020 (AZ 2 BvR 1616/18) war der Senat zumindest verpflichtet, den Klägern sämtliche Eingangsdaten (Modelle), sämtliche Rechenwege, Mitteilungen der eingesetzten Software inkl. Abweichungen von der vereinbarten Standardsoftware und Rechenergebnisse bezüglich der gesamten Strecke des PFA 1 herauszugeben, um es den Klägern zu ermöglichen, eine detailgenauen Überprüfung und Kritik durch ihren Sachverständigen durchzuführen, falls der Senat die bisher angebrachte Kritik mit dem Hinweis auf die ausschließlich zum Nachteil der Kläger gehenden Berechnungsergebnisse tatsächlich als „substantiiertes Bestreiten“ nicht ausreichen sollte. Allerdings verstößt eine derart hohe Hürde allein zur Beachtung von Zweifeln an einem Parteigutachten der Beigeladenen gegen die Regeln eines fairen Verfahrens. Wenn das Bundesverfassungsgericht es sogar in einem standardisierten Rechenverfahren zur Feststellung einer Geschwindigkeitsüberschreitung für geboten hält, die Grundlagen des Rechenprozesses dem Betroffenen zugänglich zu machen, dann doch erst Recht bei einem individuellen Rechenprozess dessen Ergebnis nicht nur für den Einzelnen von entscheidender Bedeutung für seinen passiven Lärmschutz sind, sondern in der Masse der Ergebnisse ein ganz wesentlicher Bestandteil auch der Alternativenprüfung, sei es für die Gegenüberstellung der Belastungen für Mensch und Umwelt oder auch die gegenüberzustellenden Kosten einer Alternative.

### 3. Unzureichende Bescheidung der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die „Schall 03 (1990)“

a) Soweit die Kläger vorgebracht haben, dass die Belastungen durch Schienenlärmunzutreffend berechnet und bewertet worden sind, stützen sie ihre Klage ganz maßgeblich darauf, dass die vom Vorhabenträger angewandte Anl. 2 zur 16. BImSchV (kurz „Schall 03“ genannt) des Jahres 1990 nicht (mehr) dem Stand der Technik

im Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidung entspricht und keine realistische Grundlage zur Abschätzung des Gesundheitsrisikos von Schienenlärm gibt. Darauf fußend haben die Kläger u.a. die Rechtsansicht vertreten, dass diese Verordnung (Anl. 2 zur 16 BImSchV1990) gegen ranghöheres Recht, nämlich die Vorgaben ihrer Ermächtigungsgrundlage §§ 43,41 BImSchG verstößt und deswegen nichtig ist.

§ 43 Abs. 1 BImSchG ermächtigt die Bundesregierung die zur Durchführung der §§ 41,42 BImSchG **erforderlichen** Vorschriften im Wege einer Verordnung zu erlassen. Der in Bezug genommene § 41 Abs. 1 des BImSchG bestimmt dazu, dass dabei sicherzustellen ist, dass durch die beschriebenen Baumaßnahmen **„keine schädlichen Umwelteinwirkungen durch Verkehrsgeräusche** hervorgerufen werden können, die **nach dem Stand der Technik** vermeidbar sind“. Zur Konkretisierung dieser Vorgabe hat der Verordnungsgeber u.a. die 16. BImSchV mit Immissionsgrenzwerten, Schienenbonus und den in der Anlage 2 zu § 3 normativen Vorgaben zur Berechnung der Beurteilungspegel und Maßnahmen des „aktiven“ Schallschutzes bei Schienenwegen erlassen, auf deren Grundlage dann u.a. die 24. BImSchV die evtl. notwendigen „passiven“ Schallschutzmaßnahmen darstellt und in einer Anlage die Berechnung der erforderlichen Schalldämmmaße vorgibt.

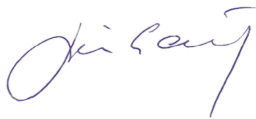
Der Senat weist diese Kritik unter Hinweis auf das Urteil des Urteils des 3. Senats vom 20.06.2017, AZ 3 A 1.16 ) mit der nicht näher begründeten Ansicht zurück, das Erfordernis des Standes der Technik beziehe sich nicht auf die Analyse, sondern ausschließlich auf die zu erbringenden Lärmschutzmaßnahmen.

Das ist schon mit dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm der §§ 41,42 BImSchG unvereinbar; danach sind die nach Stand der Technik vermeidbaren Immissionen zu vermeiden. Dies setzt begriffslogisch voraus, dass die Immissionen zuvor realistisch analysiert werden. Wie soll eine Lärmvermeidungsmaßnahme dimensioniert werden können, wenn nicht zuvor die Quelle und ihre Auswirkungen realistisch bestimmt ist, oder um es mit einem Beispiel zu hinterfragen, „wie soll der Arzt bei einem Schlangenbiss das Gegengift bestimmen, wenn er nicht weiß, welche Schlange das Opfer attackiert hat „ ? Allein das Konzept der 16. BImSchV stellt einen eindeutigen Zusammenhang zwischen Schallentstehung (Emissionen durch Zugmengengerüst), Schallausbreitung (Übertragung von der Quelle zum Empfänger) und der Schallwirkung (Immissionen an den schutzbedürftigen Orten) her. Hier nun nur den letzten der drei Aspekte willkürlich heraus zu greifen, entbehrt jeder Grundlage.



b) Dass die hier angewandte 16. BImSchV (1990) nicht mehr dem Stand der Technik entspricht, ist sowohl durch die Tatsache der Novellierung dieser Verordnung im Jahr 2014, als auch deren Regelungsinhalt offensichtlich und wird seitens des Senats nicht in Frage gestellt. Schon allein daraus folgt nach Ansicht der Kläger, **dass die normative Verbindlichkeit der „Schall 03 (1990)“ beseitigt ist**, so dass die erteilte Plangenehmigung rechtswidrig ist. Die Berücksichtigung einer nichtigen Rechtsnorm im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verletzt die Grundrechte der Kläger aus Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie Art 20 Abs. 3 GG.

Unabhängig davon ist diese Begründung des Senats ist weder juristisch noch erkenntnis- oder fachwissenschaftlich vertretbar.



Dr. Frühauf, Rechtsanwalt