

**Verhandlungen des
69. Deutschen Juristentages**

München 2012

Herausgegeben von der
Ständigen Deputation
des Deutschen Juristentages

Band II/1

Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse



Verlag C.H. Beck München 2013

Inhalt

G.

Mitgliederversammlung

Begrüßung durch den Vorsitzenden	G	5
Prof. Dr. Martin Henssler	G	6
Totenehrung	G	6
Geschäftsbericht des Vorsitzenden	G	10
Rechnungsbericht des Schatzmeisters	G	13
Entlastung der Ständigen Deputation	G	13
Ergänzungswahl zur Ständigen Deputation	G	13

H.

Eröffnungssitzung

Eröffnung durch den Präsidenten des 69. Deutschen Juristentages	H	7
Prof. Dr. Martin Henssler	H	7
Festvortrag der Vizepräsidentin der Europäischen Kommission und Kommissarin für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft	H	8
Viviane Reding	H	19
Ansprache des Präsidenten des 69. Deutschen Juristentages	H	19
Prof. Dr. Martin Henssler	H	28
Grußwort der Bundesministerin der Justiz	H	28
Sabine Leutheusser-Schnarrenberger	H	32
Grußwort der Bayerischen Staatsministerin der Justiz und für Verbraucherschutz Dr. Beate Merk	H	32

ISBN 978 3 406 63077 4

© 2013 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: fgb - freiburger graphische betriebe GmbH & Co. KG,
Bebelstraße 11, 79108 Freiburg
Satz: Uhl + Massopust, Aalen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigen Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

I.

Abteilung Zivilrecht

Thema: *Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?*

Eröffnung	I	7
Referat von Vors. Richter am BGH Wolfgang Ball	I	11
Thesen hierzu	I	25
Referat von Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger	I	29
Thesen hierzu	I	52
Referat von Rechtsanwältin Dr. Christian Kessel	I	57
Thesen hierzu	I	81
Beschlüsse	I	87

K.

Abteilung Sozialrecht

Thema: *Wettbewerb im Gesundheitswesen – Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs der Versicherer und Leistungserbringer im Gesundheitswesen?*

Eröffnung	K	7
Referat von Prof. Dr. Thorsten Kingreen	K	9
Thesen hierzu	K	63
Referat von Rechtsanwältin Dr. Reimar Buchner	K	69
Thesen hierzu	K	119
Referat von Prof. Dr. Eberhard Wille	K	125
Beschlüsse	K	127

L.

Abteilung Strafrecht

Thema: *Straftaten und Straferfolg im Internet*

Eröffnung	L	7
Referat von Dipl.-Informatikerin Constanze Kurz	L	13
Thesen hierzu	L	19
Referat von Vizepräsident des BKA Prof. Dr. Jürgen Stock	L	23
Thesen hierzu	L	35
Referat von Vors. Richter am BGH Armin Nack	L	39
Thesen hierzu	L	45
Stellungnahme von Vizepräsident des BVerfG Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof	L	47
Beschlüsse	L	55

M.

Abteilung Öffentliches Recht

Thema: *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie*

Eröffnung	M	7
Referat von Prof. Dr. Oscar W. Gabriel	M	9
Thesen hierzu	M	28
Referat von Rechtsanwältin Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde	M	33
Thesen hierzu	M	55
Referat von Prof. Dr. Bernhard W. Wegener	M	59
Thesen hierzu	M	77
Beschlüsse	M	81

N.

Abteilung Wirtschaftsrecht

Thema: *Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung*

Eröffnung	N	7
Referat von Jun.-Prof. Dr. Patrick C. Leyens	N	13
Thesen hierzu	N	28
Referat von Chefsyndikus Dr. Peter Hemeling	N	31
Thesen hierzu	N	45
Referat von Rechtsanwältin Daniela Weber-Rey	N	51
Thesen hierzu	N	79
Beschlüsse	N	85

O.

Abteilung IT- und Kommunikationsrecht

Thema: *Persönlichkeits- und Datenschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung*

Eröffnung	O	7
Referat von Datenschutzbeauftragter Dr. Alexander Dix	O	9
Thesen hierzu	O	35
Referat von Rechtsanwalt Dr. Wolf Osthaus	O	41
Thesen hierzu	O	67
Referat von Prof. Paul M. Schwartz	O	73
Thesen hierzu	O	96
Beschlüsse	O	99

P.

Gemeinsame Schlussitzung

Eröffnung durch den Präsidenten des 69. Deutschen Juristentages Prof. Dr. Martin Henssler	P	7
Bericht über die Arbeitssitzungen der Abteilungen	P	8
Bekanntgabe des Ergebnisses der Ergänzungswahl zur Ständigen Deputation	P	19
Danksagung	P	21
Einladung zum 7. Europäischen Juristentag	P	24

Q.

Forum Europa

Thema: *Europa am Scheideweg – Krise der Union oder Notwendigkeit einer europäischen Verfassung*

Eröffnung	Q	7
Diskussion	Q	10

Referat

von Prof. Dr. Bernhard W. Wegener, Erlangen

I. Zum rechtspolitischen Hintergrund

Seit „Stuttgart 21“ wird über Bürgerbeteiligung auch unter Juristen wieder freundlicher gesprochen.¹ Dabei war „Partizipation“ im öffentlich-rechtlichen Diskurs fast schon diskreditiert. Die Beschleunigungsgesetzgebung der neunziger Jahre hatte in ihr nicht viel mehr sehen können als ein Blockadeinstrument auf dem Weg zur wirtschaftlichen Integration im „Aufbau Ost“.² „Stuttgart 21“ und nachfolgend auch die Auseinandersetzungen etwa um die neuen Startbahnen und Flugrouten in Frankfurt und Berlin haben der Bürgerbeteiligung dann aber neue Dringlichkeit, neue Schichten, neuen Respekt und neue Lippenbekenntnisse eingetragen. Der „Wutbürger“³ ist eben nicht nur wütend, sondern immer öfter auch Bürger (und Wähler) in einem konservativ gutbürgerlichen Sinne. Ihn als radikalen Zukunftsverweigerer und Bürgerschreck abzustempeln und abzutun ist inhaltlich vielleicht nicht weniger naheliegend, politisch aber schwerer geworden.⁴

Bürgerbeteiligung ist so mit „Stuttgart 21“ zu einem potentiell wahlentscheidenden Thema auch für konservativ-liberale Parteien geworden. Hieraus erklärt sich die, angesichts der gegenteiligen Bemühungen der Vergangenheit überraschende, neuere Hinwendung

¹ Vgl. neben vielen anderen: *Guckelberger*, *VerwArch* 103 (2012) 31 ff.; *Winter*, *Reform des Verwaltungsverfahrens nach „Stuttgart 21“?*, *ZUR* 2012, 329f.; eher zurückhaltend: *Burgi/Dürner*, *Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG*, 2012; *Wulfhorst*, *DVBj* 2012, 466; und die politikwissenschaftlichen Beiträge in *APaZ* 44-45/2011, „Demokratie und Beteiligung“.

² Eingehend dazu: *Piinder*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2010, § 13, Rn. 8; zu Vorläuferdiskussionen am Beispiel der frühen Bürgerbeteiligung: *Dürner*, *ZUR* 2011, 354, 356 f.

³ Wort des Jahres 2010, vgl. *Gesellschaft für deutsche Sprache*, www.gfds.de; vgl. auch *Kurbjuweit*, *Der Wutbürger*, *Der Spiegel* 41/2010, 26.

⁴ Auch manche Grundsympathie für die Bürgerbeteiligung sieht sich allerdings in den Zeiten der Energiekrise und des Leitungsausbaus ihrerseits Belastungen ausgesetzt; vgl. dazu beispielhaft *Böhm*, *NuR* 2011, 614, 616, die in diesem Zusammenhang davon spricht, dass „häufig [...] aber auch zu beobachten [sei], dass Paritätärinteressen von Einzelnen auch Projekte erschweren, deren Notwendigkeit insgesamt an sich nicht in Frage steht“.

des Bundesgesetzgebers zur Bürgerbeteiligung. Eine erweiterte Bürgerbeteiligung erscheint aus dieser Sicht als wahltaktisch notwendiges kleineres Übel im Vergleich zu dem von anderen geforderten unmittelbaren Bürgerentscheid.⁵ Von der Bürgerbeteiligung zur Volksabstimmung – auch das zeigt „Stuttgart 21“ – geht nämlich ein Weg.⁶ Darin liegt für manche – der Untertitel unseres Themas deutet es an – eine Gefahr für die parlamentarische, d. h. für die repräsentative, nicht direkte Demokratie wie sie das Grundgesetz zumindest für die Bundesebene verfasst.

Damit sind die Kernbereiche benannt, um die die öffentliche Debatte kreist und um die sich auch unsere Diskussion drehen muss. Projektbeteiligung und direkte Demokratie. Beide hängen nicht immer, aber vielleicht immer öfter zusammen und sollten deshalb auch zusammen gesehen und behandelt werden. Dabei kann es nicht darum gehen, die eine gegen die andere auszuspielen. Zwar müssen – auch das zeigt „Stuttgart 21“ – ihre Ergebnisse nicht immer in die gleiche Richtung weisen. Sie können aber vielfach aufeinander bezogen sein und sich im Sinne eines gegenseitigen Ausgleichs von Stärken und Schwächen ergänzen. Wo die Bürgerbeteiligung tendenziell projektbezogen, kleinteilig, deliberativ und räsomerend, ergebnisoffen und unschlüssig einsteigt und das Feld bereitet, kann die direkte Demokratie tendenziell grobschlächtig und schwergewichtig aber auch entscheidungsstark und diskussionsbeendend das Feld bereinigen. Beide Elemente, Projektbeteiligung und direkte Demokratie sollten deshalb gerade auch in ihren Wechselbezügen im Auge behalten werden.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Entfaltung des Demokratieprinzips in der Bürgerbeteiligung

Im demokratischen Rechtsstaat ist Bürgerbeteiligung ein doppeltes Verfassungsgebot.⁷ Sie dient zum einen dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsstaatlichkeit und sichert hier einen gewissermaßen vorgezogenen und damit effektiven Schutz individueller Rechte. Sie dient aber auch dem verfassungsrechtlichen Gebot demokratischer Mitwirkung und Einflussnahme. Der Bürger des Grundgesetzes soll und darf sich als „citoyen“ auch für das gemeine Wohl engagieren und

⁵ Deutlich zu diesem Hintergrund auch: *Bürgi*, NVwZ 2012, 277, 279f.

⁶ Vgl. dazu bereits *Geißler*, Schlichtung Stuttgart 21 PLUS vom 30.11.2010, S. 6f., abrufbar unter <http://www.schlichtung-s21.de> „Verstärkung der unmittelbaren Demokratie“; eher zurückhaltend: *Böhm*, NuR 2011, 614.

⁷ Ebenso: *Pänder*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2010, § 13, Rn. 12ff.

ist nicht als „bourgeois“ auf die Verteidigung bloß eigener Rechte beschränkt.⁸ Das rechtsstaatliche und das demokratische Verfassungsgebot der Bürgerbeteiligung sind dabei regelmäßig gleichgerichtet. Beide verlangen eine effektive, transparente und inhaltlich substantielle Bürgerbeteiligung. In der Vergangenheit hat der Gesetzgeber die Bürgerbeteiligung vor allem als Baustein eines dem Rechtsstaat verpflichteten Verfahrens verstanden und entfaltet. Das demokratische Gebot der Bürgerbeteiligung stand demgegenüber klar im Hintergrund. Zum Ausdruck kommt diese einseitige Sicht bis heute etwa in Regelungen, die eine Beschränkung des Kreises der Beteiligten auf die in ihren rechtlichen Interessen Betroffenen vorsehen. Ein vom verfassungsrechtlichen Prinzip der Demokratie angeleitetes neues Verständnis der Bürgerbeteiligung kann solche Einschränkungen überwinden helfen und so einen Beitrag zu einer sich entwickelnden Beteiligungsoffenheit und Beteiligungskultur leisten.

2. Bürgerbeteiligung und Bürgerentscheid

Mit Blick auf eine direktdemokratische Beteiligung in Planungsentscheidungen darf das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip nicht auf ein konventionelles und betont repräsentatives Demokratieverständnis verengt werden. Im Gegenteil kann – wie dies das Beispiel „Stuttgart 21“ gezeigt hat – die direktdemokratische Beteiligung eine entscheidende Rolle bei der Lösung von Konflikten insbesondere hinsichtlich der Verwirklichung von Großvorhaben der öffentlichen Hand⁹ spielen. Dazu sollten entsprechende Möglichkeiten auf bundesrechtlicher Ebene geschaffen¹⁰ und auf landes- und kommun-

⁸ Näher dazu: *Wegener*, Rechtsschutz für gesetzlich geschützte Gemeinwohlbelange als Forderung des Demokratieprinzips?, in: *Demokratie und Freiheit*, 39. Assistenztagung Öffentliches Recht, Zürich 1999, hrsgg. v. *Berschi* u. a., 1999, S. 19ff.; auch erschienen als: HFR 3-2000, <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/3-2000/index.html>; vgl. auch: *Masing*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Alßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des VerwR I*, 2006, § 7 Rdnrn. 68ff.; „status procuratoris“; *Wintler*, ZUR 2012, 329, 330. Verkürzend deshalb die Darstellung von: *Böhm*, NuR 2011, 614, 615 wonach „die Jedermann-Beteiligung rechtlich gesehen optional ist“.

⁹ Eine direktdemokratische Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorhaben privater Träger wird sich jedenfalls dann regelmäßig verbieten, wenn auf die Zulassung ein grundrechtlich fundierter gesetzlicher Anspruch besteht; ähnlich: *Böhm*, NuR 2011, 614, 617. Auch hier ist allerdings – wie etwa der Volksentscheid über die Beteiligung der Stadt München am Ausbau des Münchener Flughafens verdeutlicht – eine direktdemokratische Entscheidung über die (finanzielle) Beteiligung der öffentlichen Hand an dem Vorhaben nicht ausgeschlossen; so auch: *Bürgi*, NVwZ 2012, 277, 278f.

¹⁰ A. A. unter Hinweis auf das insoweit vermeintlich fehlende Mobilisierungspotenzial: *Ziekow*, DJT-Gutachten, S. D 156.

nalrechtlicher Ebene ausgebaut werden.¹¹ Die Ausgestaltung direktdemokratischer Entscheidungsverfahren dürfte dabei eher weniger Probleme bereiten. Schwieriger erscheint die Bestimmung des Kreises der abstimmungsberechtigten Bürger.¹² Eine Lösung dieses Problems könnte – auch hier hat „Stuttgart 21“¹³ Vorbildcharakter – insbesondere die direktdemokratische Finanzierungsentscheidung bieten.¹⁴ „Wer zahlt, schafft an“, so lautet eine nicht nur schwäbische Weisheit. „Wer zahlt, stimmt ab“, so könnte die Maxime projektbezogener direktdemokratischer Entscheidung lauten.

III. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Das Verfahren in der Kritik

Wendet man sich von diesen verfassungsrechtlichen Grundlagen ausgehend der aktuellen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Bürgerbeteiligung bei der Planung und Zulassung von Projekten zu, so ist zunächst ein vielfaches allseitiges Unbehagen zu konstatieren. Projektgegner, Projektbefürworter und Genehmigungsbehörden klagen seit Jahren über die unterschiedlichsten Defizite der Öffentlichkeitsbeteiligung.¹⁵ Für die einen sind die entsprechenden Verfahren kaum mehr als Schauveranstaltungen, die allein der öffentlichen Erläuterung und Rechtfertigung eines bereits feststehenden, zuvor in Verhandlungen zwischen Projektträgern und Genehmigungsbehörden gefundenen Ergebnisses dienen. Die anderen beklagen ihrerseits den hohen Aufwand der Verfahren, denen kein adäquater Nutzen korrespondiere. Auch ihnen erscheint die Öffentlichkeitsbeteiligung vielfach als bloße Schauveranstaltung, die die Gegner eines Projekts

¹¹ Ebenso jedenfalls für die landes- und kommunalrechtliche Ebene: FDP-Bundestagsfraktion, Positionspapier Beteiligung und Erneuerung – 16 Punkte zur Bürgerbeteiligung und Planungsbeschleunigung bei privaten und öffentlichen Investitionen, Beschluss der FDP-Bundestagsfraktion vom 25.1.2011, Punkt 3. Zu dem entsprechenden Möglichkeiten im Bereich der kommunalen Bauleitplanung: Ziekow, DJT-Gutachten, S. D 157.

¹² So auch: Böhm, NuR 2011, 614, 617; Steinberg, ZUR 2011, 340, 348 unter Hinweis auf entsprechende Überlegungen in der Schweiz.

¹³ Zu den verfassungsrechtlichen Fragen der Mischfinanzierung von „Stuttgart 21“ durch Bund und Land: Meyer, DVBl. 2011, 449 ff.

¹⁴ Ähnlich auch: Dürner, ZUR 2011, 354, 361; Ziekow, DJT-Gutachten, S. D 156.

¹⁵ Vgl. besonders eindrücklich etwa der Erfahrungsbericht des ehemaligen Vorsitzers am Bundesverwaltungsgericht Gaentzsch, der als Verhandlungsleiter des Erörterungstermins zur Erweiterung des Flughafens Frankfurt fungierte, vgl. Gaentzsch, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, in: Verfassung – Umwelt – Wirtschaft, FS für Sellner, 2010, 219 ff.

zur negativen Stimmungsmache und verfahrenstechnischen Sabotage zu nutzen suchten.

Man muss diese Klagen ernst nehmen. Sie machen Defizite der Bürgerbeteiligung, insbesondere der Beteiligungskultur, der Transparenz und der Ausgestaltung der Verfahren deutlich, auf die im Folgenden noch näher einzugehen sein wird. Man darf diese Klagen aber auch nicht überbewerten. In Deutschland wird sich über alles beklagt. Da wäre es ein Wunder, wenn die Verfahren über hoch kontroverse und für viele belastende Großprojekte auf allgemeine Zustimmung stießen. Zwar ist dem Umfeld und Nachgang zu den Diskussionen um „Stuttgart 21“ viel davon die Rede gewesen, die Verfahren der Bürgerbeteiligung müssten so gestaltet werden, dass sie zu möglichst allseitiger Akzeptanz der in ihnen gefundenen Ergebnisse beitragen.¹⁶ Damit wird an die Bürgerbeteiligung aber ein regelmäßig unmöglich einzulösender Anspruch herangetragen. Akzeptanz und Konsens hinsichtlich aller oder auch nur der meisten Verfahrensergebnisse werden sich jedenfalls im Zulassungsverfahren für Großprojekte mit erheblichen Umweltauswirkungen vielfach kaum erreichen lassen. Hier wäre oft schon viel gewonnen, wenn wenigstens die Verfahrensausgestaltung und die Verfahrensführung als offen, transparent und fair erlebt und bewertet werden könnten.

2. Konsistenz und Überschaubarkeit der gesetzlichen Regelungen

Auch diesem niedriger gehängten Anspruch wird das aktuell geltende Recht der Projektzulassung nur unzureichend gerecht. Schon um die Konsistenz und Überschaubarkeit der einschlägigen gesetzlichen Regelungen ist es schlecht bestellt. Die Regelungen über die Bürgerbeteiligung bei der Planung und Vorhabenzulassung sind derzeit über eine Vielzahl von Fachgesetzen verstreut. Sie konstituieren jedenfalls bei Großprojekten ein vielfach gestuftes und zersplittertes Zulassungsregime. Selbst Experten erscheint dieses Regime kaum noch überschaubar und verständlich. Eine innere Rechtfertigung vieler Differenzierungen ist nicht zu erkennen.¹⁷ Hier ließen sich mit vergleichsweise geringem Aufwand erhebliche Vereinfachungen erreichen und entsprechende Rationalisierungsgewinne einfahren. So

¹⁶ Für ein Verständnis der Bürgerbeteiligung als Akzeptanz schaffendes Instrument: BDI-Positionspapier: Die Zukunft von Infrastrukturprojekten – Akzeptanz steigern, Vorhaben beschleunigen, Planung vorantreiben, Juni 2011, 8 ff. Zum Gesichtspunkt der Akzeptanz auch: Schönk, ZG 2011, 226 ff.; Knauff, DÖV 2012, 1, 6; vor dem Hintergrund gerade der Stuttgarter Erfahrungen zu Recht eher skeptisch: Böhm, NuR 2011, 614, 616 f.; Dürner, ZUR 2011, 354, 362.

¹⁷ In diesem Sinne auch: Böhm, NuR 2011, 614, 615.

liegen etwa für die Planung von Infrastrukturprojekten bereits heute Vorschläge auf dem Tisch, die auf ein einheitliches dreistufiges Planungsverfahren mit einer Bundesnetzplanung einem Trassenbestimmungsverfahren und einer anschließenden Projektzulassung durch Planfeststellung hinauslaufen.¹⁸ Diese Vorschläge verdienen entschiedene Unterstützung.

Bei der Gelegenheit einer hier notwendigen Reform sollten zudem die derzeit noch bestehenden Lücken in der gesetzlichen Normierung des Planungsrechts und damit auch der entsprechenden Bürgerbeteiligung geschlossen werden. So ist etwa die Bundesverkehrswegeplanung nicht hinreichend gesetzlich normiert und fehlt es für Flughäfen an jeder gesetzlich verbindlichen standortübergreifenden Fachplanung. Jedenfalls die Regelungen über das Planfeststellungsverfahren sollten im Interesse der – gerade für die Bürgerbeteiligung – wichtigen Normenklarheit im Verwaltungsverfahrensgesetz zusammengeführt werden, um dessen Vereinheitlichungsfunktion wiederherzustellen.¹⁹ Fachgesetze sollten auf die entsprechenden Regelungen nurmehr verweisen. Einen ersten vorsichtigen und für sich genommen noch unzureichenden Schritt in diese Richtung unternimmt der von der Bundesregierung vorgestellte Entwurf zu einem Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinbG) insbesondere mit seinem Regelungs-vorschlag zur „frühen Öffentlichkeitsbeteiligung“ im Verwaltungsverfahrensgesetz.²⁰

3. Abschaffung von Angstklauseln

Was die Regelungen zur Bürgerbeteiligung im engeren Sinne angeht, so sollte das Vorhabenzulassungsrecht auf allen Ebenen und Gebieten von überkommenen Beschränkungen befreit werden, die sich allein aus einer pauschalen Angst vor dem Bürger und seiner Beteiligung motivieren. Diese Beschränkungen haben sich als unpraktisch und verfahrenserschwerend erwiesen. Abgeschafft werden sollten ins-

¹⁸ *Groß*, Neues Planungsverfahren für Infrastrukturprojekte, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, 2012. Einen gewissen Vorbildcharakter können dabei auch die neu geschaffenen gesetzlichen Regelungen zur Planung und zum Ausbau der Energieinfrastruktur haben; vgl. zu den – nicht immer unproblematischen – Grundzügen dieser Regelungen näher: *Durner*, NuR 2012, 369; *Appel*, UPR 2011, 406; *Grigoleit/Weißensee*, UPR 2011, 401; *Selmer/Fellenberg*, NVwZ 2011, 1025, 1030ff.; *Moench/Rutloff*, NVwZ 2011, 1040; *Hennig/Lübmann*, UPR 2012, 81; *Erbguth*, DVBl 2012, 325; *Schmitz/Jornitz*, NVwZ 2012, 332.

¹⁹ So auch *Groß*, (o. Fn. 18), S. 73.

²⁰ Zurückhaltend begrüßt auch von: *Winter*, ZUR 2012, 329f. Der vorgelegte Entwurf wird seiner eigenen Zielsetzung aber insgesamt nur sehr unvollkommen gerecht. Insbesondere bleibt eine Vielzahl fachgesetzlicher Sonderregelungen erhalten.

besondere Beschränkungen des Kreises der Verfahrensbeteiligten und der zu diskutierenden Fragen. So ist die Beschränkung auf die „betroffene Öffentlichkeit“ ebenso zu streichen wie die Beschränkung auf die Geltendmachung nur „eigener Belange“.²¹ Sie führen regelmäßig zu im Ergebnis sinnlosen Diskussionen über den Kreis der in die Beteiligungsverfahren einzubeziehenden Personen bzw. der in die Diskussion einzubringenden inhaltlichen Aspekte.

4. Transparenz der Entscheidungsgrundlagen und Verfahrensschritte

Die Regelungen des Vorhabenzulassungsrechts sind auf eine moderne, umfassende und kontinuierliche Transparenz aller Entscheidungsgrundlagen und Verfahrensschritte auszurichten.²² Insbesondere müssen die Vorhaben effektiv bekannt gemacht werden.²³ Die allein lokale oder regionale Bekanntmachung in örtlichen Tageszeitungen ist durch die Einrichtung eines bundesweiten, über das Internet zugänglichen Zentralregisters zu ergänzen. Die Vorhabenträger sind darauf zu verpflichten, die Planungsunterlagen auch in elektronischer Form vorzulegen.²⁴ Zentrale vorhabensbezogene Unterlagen müssen auch außerhalb der für die Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehenen besonderen Einsichtszeiträume über das Internet effektiv zugänglich gemacht und dort fortlaufend aktualisiert werden.²⁵ Gleiches gilt für die informativischen Zusammenfassungen der geplanten Vorhaben und die Ergebnisprotokolle der durchgeführten Öffentlichkeitsbeteiligung. Die hiermit nahegelegte elektronische und dynamische Aktenführung durch die Genehmigungsbehörden mag anfänglich – wo sie nicht ohnehin schon eingeführt ist – einen gewissen administrativen Mehraufwand mit sich bringen. Bei hinreichend intelligenter Ausgestaltung wird sich dieser Mehraufwand aber in Grenzen halten lassen und im weiteren Zeitablauf amortisieren.

Für Großvorhaben, die eine Vielzahl von Betroffenen und Interessierten betreffen, ist eine mediale Öffentlichkeit der Erörterungster-

²¹ In diesem Sinne auch: *Knauff*, DÖV 2012, 1, 7.

²² Vgl. auch FDP-Bundestagsfraktion, Positionspapier Beteiligung und Erneuerung – 16 Punkte zur Bürgerbeteiligung und Planungsbeschleunigung bei privaten und öffentlichen Investitionen, Beschluss der FDP-Bundestagsfraktion vom 25.1.2011, Punkt 1.

²³ So auch: *Knauff*, DÖV 2012, 1, 6.

²⁴ Hierfür auch: *Ziekow*, DJT-Gutachten, S. D 140.

²⁵ Ähnlich auch: *Durner*, ZUR 2011, 354, 360; *Stemmer*, ZUR 2011, 340, 344f. Erste Ansätze einer entsprechenden Regelung finden sich in § 22 Abs. 3 und Abs. 4 NABEG, wonach eine Veröffentlichung sowohl der Bekanntmachung als auch der Planunterlagen im Internet erfolgen muss.

mine – etwa über Internativestream – für die Fälle vorzusehen, in denen eine solche Berichterstattung einen kommunikativen und/oder verwaltungspraktischen Mehrwert verspricht. Zwar kann die mediale Öffentlichkeit von Verfahren negative Effekte zeitigen. Gerade in der regelmäßig aufgeladenen Atmosphäre der Erörterungstermine zu umstrittenen Großvorhaben kann – wie die Schlichtung zu „Stuttgart 21“ gezeigt hat – eine Bildberichterstattung aber auch heilsame Effekte haben. Verwaltungspraktischen Mehrwert kann die mediale Öffentlichkeit der Erörterungstermine vor allem hinsichtlich des viel diskutierten und beklagten Problems der fehlenden Einschätzbarkeit der Zahl der Teilnehmer und der für sie vorzuhaltenden Räumlichkeiten haben.

5. Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung

In der Diskussion um die Reform der Bürgerbeteiligung bei der Projektzulassung kristallisiert sich nach bisherigem Diskussionsstand vor allem an einer Stelle Einigkeit heraus: von fast allen Seiten wird die Notwendigkeit einer hinreichend frühen Öffentlichkeitsbeteiligung hervorgehoben. Auch in der für das umweltrechtliche Zulassungsverfahren maßstabsetzenden Aarhus-Konvention ist die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung eine der zentralen normativen Forderungen.²⁶ Nach einer verbreiteten Auffassung entspricht das geltende deutsche Projektzulassungsrecht dem nicht. So soll es eine der Erfahrungen aus den Auseinandersetzungen um „Stuttgart 21“ sein, dass die nach den Vorgaben des geltenden Rechts strukturierte Bürgerbeteiligung zu spät erfolgt.²⁷ Sie setze erst zu einem Zeitpunkt ein, da zentrale Entscheidungen über das „ob“ und „wie“ der Projektverwirklichung bereits gefallen seien.²⁸

So richtig diese Beobachtung auch sein mag,²⁹ so schwierig ist es, hier effektiv Abhilfe zu schaffen. Als problematisch erweisen sich da-

²⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 4 Aarhus-Konvention: „Jede Vertragspartei sorgt für eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung zu einem Zeitpunkt, zu dem alle Optionen noch offen sind und eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung stattfinden kann.“ Vgl. auch Art. 6 Abs. 5 Aarhus-Konvention: „Jede Vertragspartei sollte, soweit angemessen, künftige Antragsteller dazu ermutigen, die betroffene Öffentlichkeit zu ermitteln, Gespräche aufzunehmen und über den Zweck ihres Antrags zu informieren, bevor der Antrag auf Genehmigung gestellt wird.“

²⁷ Groß, (o. Fn. 18), S. 19; Knauff, DÖV 2012, 1, 7; Wulfhorst, DÖV 2011, 581; Gärditz, Gewerbeschiv 2011, 273, 276; Stier/Buchsteiner, UPR 2011, 335, 336; Schmeißl, FS Bull, 2011, 347, 359; Ziekow, DJT-Gutachten, 27 f.; Anders aber Burg/Durner, (o. Fn. 1), S. 177 ff.

²⁸ Zur hier nicht weiter verfolgten Diskussion um ein Bedarfsprüfungsverfahren: Burg, NVwZ 2012, 277 ff. (nur für Projekte in öffentlicher Trägerschaft); Schink, ZG 2011, 226 ff. (auch für Projekte privater Träger).

²⁹ In manchem zutreffende Relativierungen aber bei: Durner, ZUR 2011, 354, 356 ff.

bei vor allem zwei Aspekte: zum einen setzt jede Projektplanung Vorarbeiten und Vorabstimmungen voraus, in die die Öffentlichkeit auch bei gutem Willen nicht immer leicht einzubeziehen sein wird. Hier lassen sich allerdings etwa mit den Instrumenten einer frühen Bekanntgabe der Planungen und einer frühen Veröffentlichung wesentlicher Planungsunterlagen sowie mit einem kontinuierlichen öffentlichen Verfahrensmanagement erhebliche Verbesserungen gegenüber dem derzeitigen Stand erreichen.³⁰ Problematischer erscheint dagegen der Umstand, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung im Sinne einer effektiven Einbeziehung der Bürger nicht allein zu spät, sondern auch zu früh erfolgen kann. Insbesondere in gestuften Planungs- und Genehmigungsverfahren vermag eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung die Betroffenen vielfach kaum zu erreichen. Der regelmäßig hohe Abstraktionsgrad der raumbezogenen Planung lässt die eigene individuelle Betroffenheit vielfach nicht hinreichend deutlich werden. Insoweit ist eine gewisse Skepsis gegenüber den an die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in gestuften Planungsverfahren herangetragen Erwartungen angebracht. Eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in Raumordnungs- und Linienbestimmungsverfahren darf deshalb – und das sollte für die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung ganz allgemein gelten – nicht mit Instrumenten wie denen der Bindungswirkung für nachfolgende Verfahren bzw. der Präklusion verbunden werden. Sie würde andernfalls eher negative Effekte für die Beteiligung und Akzeptanz der Bürger mit sich bringen.

Eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung kann aber auch und gerade im eigentlichen Projektzulassungsverfahren Sinn machen. Der entsprechende Gesetzentwurf der Bundesregierung zu dem Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG), der eine solche frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in § 25 Abs. 3 VwVfG verankert wissen will, ist deshalb im Ansatz zu begrüßen. Noch ist der Entwurf allerdings in vielem ungenau: so wird der Kreis der Vorhaben, für die eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist, nur vage umschrieben. Hier bietet sich eine Anknüpfung an die bereits gesetzlich bestimmte UVP-Pflichtigkeit von Vorhaben an. Für diese Vorhaben sollte die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung nicht mehr fakultativ, sondern obligatorisch sein.³¹ Verfassungsrechtliche Bedenken dagegen bestehen – entgegen einer entsprechenden Vermutung in der Begrün-

³⁰ Entsprechende Vorschläge hierzu bei: Ziekow, DJT-Gutachten, S. D 148.

³¹ Ebenso: Ziekow, DJT-Gutachten, S. D 142 ff. Für eine mögliche spätere obligatorische Ausgestaltung der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung auch: Bundesratsbeschluss vom 11.5.2012, BR-Drs. 171/12B.

dung zum Gesetzentwurf³² – nicht.³³ Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung könnte, um die Zahl der Verfahrensschritte nicht weiter zu erhöhen, mit dem sogenannten Scoping-Termin des UVP-Verfahrens verknüpft werden. Wegen des vergleichsweise informellen Charakters des Scopings und der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung sollte auch die Letztere nicht auf ein schriftliches Verfahren beschränkt bleiben. Vielmehr ist bereits in diesem Verfahrensstadium grundsätzlich ein Erörterungstermin vorzusehen.

6. Erörterungstermin

Wie es das Gutachten Ziekow vorgeschlägt, sind die Regelungen über den Wegfall des Erörterungstermins einzuschränken. Zwar ist einzuräumen, dass der Erörterungstermin bei Großvorhaben in der Vergangenheit eine nicht immer konstruktive Funktion hatte.³⁴ Abhilfe sollte allerdings nicht in der Abschaffung des Erörterungstermins, sondern in seiner Einbindung in einen umfassenderen transparenten Kommunikationsprozess gesucht werden.³⁵ Auf diese Weise ließe sich der besondere Erwartungsdruck, der auf diesem bislang singulären Beteiligungstermin ruht, wenigstens mindern. Der Erörterungstermin sollte grundsätzlich obligatorisch sein.³⁶ Nur in seltenen Ausnahmefällen kann es Gründe geben, die die Durchführung eines Erörterungstermins als überflüssig erscheinen lassen. Der Wegfall des Erörterungstermins sollte von der Behörde deshalb nicht mehr nach rechtlich unbestimmtem Ermessen angeordnet werden können.³⁷ Er sollte vielmehr nur dann entfallen können, wenn wegen der geringen Zahl an Teilnehmern die Durchführung eines förmlichen Erörterungstermins

³² BR-Drs. 171/12, 22.

³³ Ebenso unter Hinweis auf die bereits bestehende Verpflichtung zur frühen Öffentlichkeitsbeteiligung beim auf private Vorhaben bezogenen Bebauungsplan nach § 3 BauGB: Deutsche Umwelthilfe, Stellungnahme zum Entwurf für ein „Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren“ (PVerStG), 3. Februar 2012.

³⁴ Sehr kritisch zum Erörterungstermin: Steinberg, ZUR 2011, 340, 343 ff.

³⁵ Ablehnend zur Abschaffung des Erörterungstermins deshalb auch (statt vieler) Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, § 15, Rn. 10, Auffassung alternativ zum Erörterungstermin sei kann.

³⁶ Hierfür auch: Deutsche Umwelthilfe, (o. Fn. 33).

³⁷ So darf – entgegen einer in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung – auch die bloße Erwartung, angesichts der Einwendungen sei nicht damit zu rechnen, dass es zu einem Interessenausgleich und zu einvernehmlichen Lösungen kommen werde, grundsätzlich kein Grund sein, den Erörterungstermin entfallen zu lassen; a. A. aber Steinberg, ZUR 2011, 340, 343 unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 9.6.2010, – 9 A 20/08 – NVwZ 2011, 177, Rn. 35.

terungstermins zu aufwendig und eine andere Form des Dialogs vorzugswürdig erscheint.

7. Fristen und Präklusion

Die gesetzlich vorgesehenen Fristen zur Bürgerbeteiligung sind – darüber besteht in der Praxis weitgehend Einigkeit³⁸ – derzeit durchweg zu knapp bemessen. Sie ermöglichen keine sachangemessene Beteiligung und führen insbesondere in Verbindung mit den Regelungen über die materielle Präklusion zu negativen Folgeerscheinungen. Bezieht man sich auf die Fristenregelungen und pauschalen Einwendungen gegen das Vorhaben motiviert. Die Fristenregelungen des geltenden Rechts werden damit kaum den Anforderungen aus Art. 6 Abs. 3 Aarhus-Konvention gerecht, wonach „die Verfahren zur Öffentlichkeitsbeteiligung [...] einen angemessenen zeitlichen Rahmen für die verschiedenen Phasen vorzusehen müssen], damit ausreichend Zeit zur Verfügung steht, um die Öffentlichkeit [...] zu informieren, und damit der Öffentlichkeit ausreichend Zeit zur effektiven Vorbereitung und Beteiligung während des umweltbezogenen Entscheidungsverfahrens gegeben wird.“ Die Fristen sind daher angemessen zu verlängern.

Die knappen Fristen des geltenden Rechts erscheinen in ihrer Verbindung mit den Regelungen über die materielle Präklusion zudem als verfassungs- und europarechtlich kaum haltbare Beschränkungen des effektiven Rechtsschutzes. Zwar steht das vorrangige Gebot effektiven Rechtsschutzes nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁹ und wohl auch des Europäischen Gerichtshofs⁴⁰ der Präklusion nicht grundsätzlich entgegen.⁴¹ Zusammengekommen können

³⁸ Vgl. auch die durchweg in diese Richtung gehenden Einzelvorschläge des Berichterstatters: Ziekow, DJT-Gutachten, S. D 141 ff. Gegenteilige Äußerungen finden sich nur ganz vereinzelt, vgl. aber: Knauß, DÖV 2012, 1, 7, der unter der Voraussetzung einer effektiveren Information der Öffentlichkeit sogar eine Verkürzung der derzeit geltenden Fristen für möglich hält.

³⁹ Näher dazu mit eingehenden Nachw.: Pünder, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, § 15, Rn. 8.

⁴⁰ Entgegen einer gelegentlich vertretenen Auffassung lässt sich dem Urteil des EuGH vom 15. Oktober 2009 – Rs. C-263/08, Djurgården – ZUR 2010, 28 keine generelle Kritik (aber auch keine Bestätigung) der Präklusion entnehmen; in diesem Sinne auch BVerwG, 7 B 79.10 vom 17.6.2011, Rn. 13 ff.

⁴¹ In diesem Sinne: Halama, in: Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien der EG, 1. Aufl. 2008, S. 766 f. Rn. 327; a. A. Oexle, Das Rechtsinstitut der materiellen Präklusion in den Zulassungsverfahren des Umwelt- und Baurechts. Unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts und des Verfassungsrechts, 2001, 64 ff.

Präklusion und Fristsetzung jedoch zu einer nicht mehr hinnehmbaren Beschränkung kulminieren.⁴²

Auf die Präklusion im Verwaltungsverfahren sollte meines Erachtens insgesamt verzichtet werden. Sie widerspricht den rechtsstaatlichen Geboten der Sicherung rechtmäßiger Entscheidungen und der „Waffengleichheit“ der Parteien. Während der Projektträger und die Genehmigungsbehörde grundsätzlich uneingeschränkt neue Tatsachen in den Verwaltungsverfahren einbringen können, wird dies dem vom Projekt Betroffenen verwehrt. Die Präklusion gründet auf einem un belegten Misstrauen gegenüber dem projektkritisch eingestellten Bürger.⁴³ Ihr praktischer Ertrag ist gering. Bei Bedarf könnte sie durch eine allgemeine Missbrauchsklausel ersetzt werden, nach der ein erkennbar missbräuchlich verspätetes Vorbringen von den Entscheidungensbörden bzw. von den Gerichten zurückgewiesen werden kann. Die Abschaffung der materiellen Präklusion konkretisierte die staatliche Verantwortung für die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns.⁴⁴ Für sie spricht auch die zunehmende Vorverlagerung verbindlicher Entscheidungen auf vorgelagerte Planungsstufen. Diese sorgen in der Sache ohnehin schon für eine Abschtichung des im späteren gerichtlichen Verfahren noch relevanten Prüfungsprogramms.

8. Verfahrenskonzentration und Problembewältigung

Das allgemeine verwaltungsrechtliche Gebot der Problembewältigung⁴⁵ und das demokratische Gebot einer effektiven Bürgerbeteiligung im Verwaltungsverfahren verbieten die Auslagerung wesentlicher Entscheidungen in eigenständige Verfahren, die der zentralen abschließenden Vorhabenzulassung zeitlich nachgelagert sind und eine hinreichend wirksame Bürgerbeteiligung unmöglich machen. Unzulässig war deshalb etwa die fehlerhafte Nichtberücksichtigung der sich abzeichnenden Flugroutenfestlegung im Planfeststellungsverfahren zum Neubau des Berliner Flughafens.⁴⁶ Richtigerweise sollten das Geschlecht die Planfeststellung von Flughäfen⁴⁷ und die

⁴² Deutsche Unweilhilfe, (o. Fn. 33).

⁴³ Vergleiche hierzu etwa die pauschale Behauptung des Bundesverwaltungsgerichts, die Präklusion sei „notwendiges Korrelat zur Öffentlichkeitsbeteiligung“, BVerwG, 7 B 79/10 vom 17.6.2011, Rn. 20 (unter Berufung auf von Danwitz, UPR 1996, 323, 324).

⁴⁴ Vgl. auch BUND, Fünf-Punkte-Programm zum Ausbau und zur Effektivierung der Bürger- und Verbandsbeteiligung, Version 2.0, Oktober 2011, S. 8.

⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 7.3.2007 – 9 C 2.06 – BVerwGE 128, 177 Rn. 19; Urt. v. 4 A 27/98 – BVerwGE 109, 192, 204; Urt. v. 13.10.2011 – 4 A 4000.09 – Flughafen Berlin, Rn. 155.

⁴⁶ So auch BVerwG, Urt. v. 13.10.2011 – 4 A 4000.09 – Flughafen Berlin, Rn. 152ff.

⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 4.4.2012 – 4 C 8.09 – Flughafen Frankfurt.

Entscheidung über die genaue Flugroutenbestimmung deshalb zusammengeführt werden.⁴⁸ Die bloße Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der Flugrouten steht dem nicht entgegen. Vor diesem Hintergrund erscheint es im Übrigen nicht unproblematisch, dass nach der jetzt geltenden Regelung des Fluglärmschutzgesetzes die Festlegung der Lärmschutzgebiete nicht mehr im Rahmen der Planfeststellung, sondern in einem eigenständigen Normsetzungsverfahren erfolgt.⁴⁹ Das Abwägungsprogramm der Planfeststellung und die an diese gekoppelte Bürgerbeteiligung werden so potenziell entwertet.

9. Beteiligungsbehörde

Die allgemeine Einrichtung einer eigenen, die Entscheidungsbehörden ergänzenden, unabhängigen Beteiligungsbehörde, wie sie das Gutachten Ziekow vorschlägt⁵⁰ und wie sie auch von anderer Seite vorgeschlagen worden ist,⁵¹ empfiehlt sich nicht. Zwar kennt schon das geltende Planfeststellungsrecht in § 73 VwVfG eine Trennung von Anhörungsbehörde und Planfeststellungsbehörde. Nach verschiedenen fachgesetzlichen Regelungen und nach der Rechtsprechung kann auf eine solche Trennung aber jedenfalls dann verzichtet werden, wenn sich daraus keine Identität von Vorhabenträgerschaft und Planfeststellungsbehörde ergibt.⁵² Soweit eine solche Identität nicht besteht, spricht auch weiterhin nichts dagegen, den jeweiligen Fachbehörden die Durchführung des Beteiligungsverfahrens anzuvertrauen. Dafür sprechen Gründe der Bürokratievermeidung und der Schonung staatlicher Ressourcen. Der Mehrwert einer allgemeinen Beteiligungsbehörde wäre zudem begrenzt. Auch sie wird – entgegen der mit den Forderungen zu ihrer Einrichtung verbundenen Hoffnungen – keinen kontinuierlichen Kommunikationszusammenhang in gestuften und mehrjährigen Planungs- und Entscheidungsverfahren sichern können. Ihre Einrichtung brächte vielmehr die Gefahr einer weiteren Verantwortungverschleierung. Zwar wird die den Entscheidungsbehörden

⁴⁸ Vgl. dazu mit Blick auf die Situation am Flughafen Frankfurt auch: Böhm, NuR 2011, 614, 616, die ergänzend auf die fehlende Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Festlegung der Flugrouten hinweist.

⁴⁹ Vgl. § 4 Abs. 2 FlugLSchG.

⁵⁰ Ziekow, DJT-Gutachten, S. D 131f.

⁵¹ Vergleiche Groß, (o. Fn. 18), S. 68ff. Groß orientiert sich an dem französischen Vorbild der „Commission nationale du débat public“ und fordert die Einrichtung unabhängiger Stifungen für Bürgerbeteiligung auf der Ebene des Bundes und der Länder. Die von ihm referierten französischen Erfahrungen legen nach meinem Eindruck die Einrichtung einer unabhängigen Stifung für Bürgerbeteiligung aber gerade nicht nahe.

⁵² Vergleiche dazu BVerwG NVwZ 2002, 1103, 1104; NVwZ 2004, 722, 724f.; Bork, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2008 § 73 Rn. 3f.; Knack/Henneke, VwVfG, 2010, § 73 Rn. 13.

den zugewiesene Aufgabe einer unabhängigen Sachwalterschaft von Rechtsstaatlichkeit und Gemeinwohlinteressen von diesen nicht immer optimal wahrgenommen. Ihr Verhalten mag in der Vergangenheit in der Bürgerschaft zu Vertrauensverlusten geführt haben. Der normative Anspruch auf Unparteilichkeit, Rechtmäßigkeit und Gemeinwohlorientierung der Entscheidungsbehörden kann jedoch ohnehin nicht preisgegeben und auch nicht auf zusätzliche Behörden delegiert werden. Schließlich wäre die notwendige Sachkompetenz der Beteiligungsbehörde im Verhältnis zu den Entscheidungsbehörden nur schwer zu vermitteln. Es bestünde vielmehr sogar die Gefahr, dass der Kommunikationsprozess zwischen den kritischen Bürgern und der zur Entscheidung berufenen Behörde durch die Zwischenschaltung einer weiteren Behörde eher gehemmt denn verbessert würde. In einem pluralistischen, auf streitbaren Diskurs setzenden Modell ist zur Sicherung von Ergebnisoffenheit im Verfahren eher auf eine Stärkung von Gegenmacht zu setzen.

IV. Rechtsschutz

Erlauben Sie mir abschließend noch einige Bemerkungen zum Rechtsschutz im Umweltrecht. Zwar ist der Rechtsschutz heute nicht eigentlich unser Thema. Zwischen der Bürgerbeteiligung und dem Rechtsschutz im Umweltrecht bestehen aber vielfältige und intensive Verknüpfungen. Der Rechtsschutz ist nicht allein rechtsstaatliche Notwendigkeit. Effektiver Rechtsschutz verspricht zudem, dass Bürgerbeteiligung von den Entscheidungsbehörden und Projektträgern ernst genommen wird. Der Rechtsschutz ist damit ein wesentliches Funktionselement auch der Bürgerbeteiligung.

1. Europäisierung und Internationalisierung des deutschen Rechtsschutzmodells

Vor diesem Hintergrund ist zunächst auf die fundamentale Neuordnung des umweltrechtlichen Rechtsschutzes hinzuweisen, deren Zeugen wir derzeit werden.

Ihren Ursprung nimmt diese Neuordnung zum Teil im internationalen Recht. Hingewiesen sei hier auf die bereits erwähnte Aarhus-Konvention, zu deren Vertragspartnern die Bundesrepublik Deutschland ebenso wie die Europäische Union gehören.

Insbesondere von der Umsetzung dieser Konvention in das europäische Recht und von der Interpretation der entsprechenden Vorschriften durch den Europäischen Gerichtshof gehen derzeit wesentliche Impulse für den Rechtsschutz im Umweltrecht aus. So hat der EuGH

in der so genannten „BUND“- oder „Trianel“-Entscheidung⁵³ die Klagerechte der Umweltverbände entscheidend gestärkt. Der Bundesgesetzgeber sah sich hierdurch zu einer Neuformulierung des Umweltrechtsbehelfsgesetzes gezwungen.⁵⁴

Potenziell noch weitergehende Konsequenzen könnten sich aus der EuGH-Entscheidung „slowakischer Braunbär“⁵⁵ ergeben. Die hier vom Gerichtshof formulierten Anforderungen an die rechtsschutzfreundliche Auslegung des nationalen Rechts können wesentliche Erweiterungen des Rechtsschutzes nicht nur für Verbände, sondern auch für Einzelne mit sich bringen. Noch ist nicht ganz absehbar, wie weit die deutschen Gerichte dieser Aufforderung entgegenkommen werden. Schon deutet aber eine erste Gerichtsentscheidung die erheblichen Veränderungen an, die sich insoweit ergeben können.⁵⁶

Auf den internationalrechtlichen und europarechtlichen Prüfungsstand dürfte schließlich auch das deutsche Verfahrensfehlerfolgenregime geraten, das als „Schattenseite“ der Bürgerbeteiligung fungiert und das in seiner „Hypertrophie von Unbeachtlichkeits- und Heilungsklauseln“⁵⁷ kaum zur Gänze Bestand haben wird.⁵⁸

Insgesamt bahnt sich hier ein grundlegender Umbau des Rechtsschutzes im Umweltrecht an, wie er in der Literatur seit Jahren an-

⁵³ EuGH, Rs. C-115/09, Urt. v. 12.5.2011 (BUND/Trianel Kohlekraftwerk); zu diesem Urteil aus der Literatur u. a.: *Berkeemann*, Effektive „unionsrechtliche“ Klagebefugnisse bei Verletzung europäischen Umweltverfahrensrechts – Einige deutsche, unionsrechtsbezogene Bausteine, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 71, 2.11.2011; *ders.*, Die unionsrechtliche Umweltverbandsklage des EuGH – Der deutsche Gesetzgeber ist belehrt „so nicht“ und in Bedrängnis, DVBl 2011, 1253; *ders.*, Die Umweltverbandsklage nach dem Urteil des EuGH vom 12. Mai 2011 – Die „noch offenen“ Fragen, NuR 2011, 780; *Bunge*, Die Klagemöglichkeiten anerkannter Umweltverbände aufgrund des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes nach dem Trianel-Urteil des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2011, 605; *Dürner/Paus*, Urteilsanmerkung zu EuGH, Rs. C-115/09, DVBl 2011, 757; *Fellenberg/Schiller*, Rechtsbehelfe von Umweltvereinigungen und Naturschutzvereinigungen nach dem „Trianel-Urteil“ des EuGH (Rs. C-115/09), UPR 2011, 321 ff.; *Leidinger*, Europäisiertes Verbandsklagerecht und deutscher Individualrechtsschutz – Das Trianel-Urteil des EuGH und seine Folgen für das deutsche Verwaltungsrechtssystem, NVwZ 2011, 1345; *Wegener*, Die europäische Umweltverbandsklage, ZUR 2011, 363 ff.; vgl. auch die englische Fassung dieses Beitrages: *ders.*, European Right of Action for Environmental NGOs, JEEPL 2011, 315 ff. vgl. auch *Ekeardt*, Zur Europarechtswidrigkeit der deutschen Hindernis-Kaskade für Umweltklagen, Rechtliche Studie im Auftrag des BUND e.V., Fassung v. 26.11.2011.

⁵⁴ Zu einer ersten Bewertung des entsprechenden Gesetzentwurfes: *Schlacke*, ZUR 2012, 393 ff.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-240/09, Urt. v. 8.3.2011 (Lesoochránárske zoskupenie/Slowakischer Braunbär).

⁵⁶ VG Wiesbaden, Az. 4 K 757/11-WI(1) v. 10.10.2011, S. 15 ff. (Luftreinhalteplanung).

⁵⁷ *Winter*, ZUR 2012, 329, 330.

⁵⁸ Mit weiteren Hinweisen zur Diskussion: *Piinder*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, § 14, Rn. 62.

gemahnt wird.⁵⁹ Die Internationalisierung und Europäisierung des Rechtsschutzes kann und sollte dabei als Chance zur Modernisierung und Relativierung der überkommenen Beschränkungen des deutschen Rechtsschutzmodells verstanden werden, denen es in weiten Teilen an innerer Rechtfertigung und Stimmigkeit fehlt.

2. Rechtsschutz in Planungskaskaden

Herausgefordert wird der Rechtsschutz im Umweltrecht aber nicht nur durch das internationale und das europäische Recht. Auch innerstaatliche Veränderungen des Rechts der Infrastrukturplanung bringen solche Herausforderungen mit sich. Dies gilt insbesondere für die sich in jüngster Zeit verstärkende Tendenz zur verbindlichen Vorentscheidung wesentlicher Vorhabensvoraussetzungen in vorgelagerten Verfahren.⁶⁰ Raumbedeutsame Vorhaben waren auch in der Vergangenheit Gegenstand einer Kaskade einzelner Planungsverfahren. Für die verschiedenen Planungsstufen war und ist dabei regelmäßig eine spezifische Bürgerbeteiligung vorgesehen. Dagegen soll der Rechtsschutz nach geltendem Recht – von Ausnahmefällen einmal abgesehen – grundsätzlich erst gegen das Ergebnis des abschließenden Planungsverfahrens, regelmäßig also erst gegen den Planfeststellungsbeschluss, zulässig sein.

Aus Sicht der Betroffenen hat der an die letzte Planungsentscheidung anknüpfende Rechtsschutz eine Reihe von Vorteilen. Mit ihm konzentriert sich der Rechtsschutz auf ein einzelnes Verfahren. Zudem lässt sich anhand des Planfeststellungsbeschlusses die konkrete eigene Betroffenheit jedenfalls regelmäßig mit Verlässlichkeit erkennen. Auch hat die Planfeststellungsbehörde das Für und Wider des jeweiligen Projektes im Verfahren der Abwägung zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig ermittelt und bewertet. Die für die Gerichtsentscheidung maßgeblichen Tatsachen und Bewertungen liegen also auf dem Tisch.

Dennoch sind schon in der Vergangenheit wiederholt Zweifel an der hinreichenden Effektivität dieses späten Rechtsschutzes geäußert worden. Kritisiert wurde und wird insbesondere die faktische Vorfestlegung der Entscheidungen im Planfeststellungsverfahren durch vorangehende Verfahren der Linienbestimmung, der Bedarfsplanung und der Raumplanung. Verfassungs- und europarechtlich lässt sich

daraus allerdings kein Zwang zu einem vorgelagerten Rechtsschutz ableiten, solange aus den vorgelagerten Planungsentscheidungen keine rechtlich verbindliche Maßgabe für den abschließenden Planfeststellungsbeschluss resultiert.

Wenn demgegenüber, wie dies neueren Entwicklungen entspricht, materiell verbindliche Vorfestlegungen für das Planfeststellungsverfahren in vorgelagerten Verfahren getroffen werden, dann müssen diese vorgelagerten Verfahren nicht nur ihrerseits eine adäquate Bürgerbeteiligung ermöglichen.⁶¹ Gegen die hier getroffenen Entscheidungen muss auf der jeweiligen Verfahrensebene auch ein adäquater Rechtsschutz eröffnet werden. Dies wird den Gesetzgeber in Zukunft noch vor erhebliche Aufgaben stellen. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit in anderem Zusammenhang die entsprechenden Anforderungen bereits formuliert: mit Art. 19 Abs. 4 GG sind Verfassungsverfahren in Form bindender Vorentscheidungen, die durch den Angriff gegen die Endentscheidung nicht mehr oder nur eingeschränkt einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können, danach nur vereinbar, „sofern – erstens – die Bindung einer Behörde an vorangehende Feststellungen oder Entscheidungen einer anderen Behörde sich hinreichend klar aus dem Gesetz ergibt, – zweitens – gegen die mit Bindungswirkung ausgestattete Teil- oder Vorentscheidung ihrerseits effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht und – drittens – die Aufspaltung des Rechtsschutzes mit einer etwaigen Anfechtungslast gegenüber der Vorentscheidung für den Bürger deutlich erkennbar und nicht mit unzumutbaren Risiken und Lasten verbunden ist“.⁶²

3. Kosten von Beteiligung und Rechtsschutz

Lassen Sie mich abschließend noch mit wenigen Sätzen auf das Problem der Kosten von Bürgerbeteiligung und Rechtsschutz zu sprechen kommen. Auch diese Kosten stehen – und das ist bislang noch kaum diskutiert worden – heute unter den potenziell begrenzenden Vorgaben des internationalen Rechts. Nach Art. 9 Abs. 4 Aarhus-Konvention müssen die Rechtsschutzverfahren im Umweltrecht „fair, gerecht, zügig und nicht übermäßig teuer“ sein. Außerdem werden die Vertragsparteien der Konvention durch Art. 9 Abs. 5 verpflichtet, „die Schaffung angemessener Unterstützungsmechanismen [zu prä-

⁶¹ Zu den europarechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Bedarfsfestlegung unter dem Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeitsprüfung: EuGH, Urt. v. 16.2.2012, Rs C-182/10 (Solvay ua).

⁶² BVerfG, Beschluss vom 31.5.2011 – 1 BvR 857/07 – Rn. 98ff. zu Entscheidungen des statistischen Bundesamtes, die die Anwendung des Investitionszulagengesetzes 1999 durch die Finanzämter betrafen.

⁵⁹ Vgl. nur Wegener, Rechte des Einzelnen – Die Interessentenklage im europäischen Umweltrecht, 1998, S. 80ff. m. zahlreichen w.N.

⁶⁰ Vergleiche hierzu insbesondere Schmidt, Rechtsschutz in Planungskaskaden, in: Rodi (Hrsg.), Anspruchsvoller Umweltschutz in der Fach- und Raumplanung, 2012, S. 12ff.

fen], um Hindernisse finanzieller [...] Art für den Zugang zu Gerichten zu beseitigen oder zu verringern“. Auch wenn die Verwaltungsgerichtskosten im engeren Sinne in Deutschland sicherlich nicht zu den im internationalen Vergleich höchsten zählen, so ist doch festzuhalten, dass die Beteiligung und der Rechtsschutz in Verfahren zur Genehmigung von Großvorhaben auch hierzulande zum Teil erhebliche Kosten verursachen. Von Einzelnen sind diese Kosten kaum noch zu tragen. Auch wenn sich hier mit den Mitteln der Sammelklage, des „Crowdfunding“ oder mit Verbandsklagen mitunter Linderungen schaffen lässt, können die Kosten von der Wahrnehmung insbesondere des Rechtsschutzes abschrecken.

Die EU-Kommission hat mit Rücksicht auf die Verpflichtungen der Europäischen Union als einer Vertragspartei der Aarhus-Konvention erst unlängst eine Studie in Auftrag gegeben, die unter anderem die Kostenstrukturen des Rechtsschutzes im Umweltrecht in den Mitgliedstaaten näher untersucht. Kostenbeschränkende Maßnahmen des europäischen Rechts sind deshalb für die Zukunft zumindest eine konkrete Möglichkeit. Für das deutsche Recht sollte deshalb untersucht werden, inwieweit eine kostenrechtliche Privilegierung von Rechtsschutzverfahren im Umweltrecht angezeigt ist und wie diese umgesetzt werden könnte. Denken ließe sich etwa an einen teilweisen Kostenerlass für Umweltverbandsklagen oder an eine staatliche Übernahme der Kosten der Beauftragung von Sachverständigen im Genehmigungs- und Rechtsschutzverfahren. Auch insoweit könnte „Stuttgart 21“ noch zum Vorbild avancieren.

Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Bernhard W. Wegener, Erlangen

1. Im demokratischen Rechtsstaat ist Bürgerbeteiligung ein doppeltes Verfassungsgebot. Das rechtsstaatliche und das demokratische Verfassungsgebot der Bürgerbeteiligung sind regelmäßig gleichgerichtet. Vor allem das demokratische Gebot der Bürgerbeteiligung erscheint derzeit noch nicht voll entfaltet. Seine Entfaltung kann einen Beitrag zu einer sich entwickelnden Beteiligungskultur leisten.
2. Rechtsstaatliche Garantien können der Bürgerbeteiligung auch Grenzen setzen. Gleiches gilt in abgeschwächter Form auch für das Demokratieprinzip in seiner repräsentativen Teilausprägung.
3. Die Regelungen über die Bürgerbeteiligung bei der Planung und Vorhabenzulassung sind derzeit über eine Vielzahl von Fachgesetzen verstreut. Sie sollten im Interesse der – gerade für die Bürgerbeteiligung – wichtigen Normenklarheit im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht zusammengeführt werden. Fachgesetze sollten auf die entsprechenden Regelungen nurmehr verweisen. Einen ersten Schritt in diese Richtung unternimmt der von der Bundesregierung vorgestellte Entwurf zu einem Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PlVereinHG) insbesondere mit seinem Regelungsvorschlag zur „frühen Öffentlichkeitsbeteiligung“ im Verwaltungsverfahrensgesetz.
4. Die Regelungen des Vorhabenzulassungsrechts sind auf allen Ebenen und Gebieten von überkommenen Beschränkungen zu befreien, die sich allein aus einer pauschalen Angst vor dem Bürger und seiner Beteiligung motivieren. Diese Beschränkungen haben sich als unpraktisch und verfahrenserschwerend erwiesen. Abgeschafft werden sollten insbesondere Beschränkungen des Kreises der Verfahrensbeteiligten und der zu diskutierenden Fragen. So ist die Beschränkung auf die „betroffene Öffentlichkeit“ ebenso zu streichen wie die Beschränkung auf die Geltendmachung nur „eigener Belange“.

5. Die Regelungen des Vorhabenzulassungsrechts sind auf eine moderne, umfassende und kontinuierliche Transparenz aller Entscheidungsgrundlagen und Verfahrensschritte auszurichten. Insbesondere müssen die Vorhaben effektiv bekannt gemacht werden. Die allein lokale oder regionale Bekanntmachung in örtlichen Tageszeitungen ist durch die Einrichtung eines bundesweiten, über das Internet zugänglichen Zentralregisters zu ergänzen. Vorhabensbezogene Unterlagen müssen auch außerhalb der für die Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehenen besonderen Einsichtszeiträume über das Internet effektiv zugänglich gemacht und dort fortlaufend aktualisiert werden.
6. Für Großvorhaben, die eine Vielzahl von Betroffenen und Interessierten berühren, ist eine mediale Öffentlichkeit der Erörterungstermine – etwa über Internetlivestream – für die Fälle vorzusehen, in denen eine solche Berichterstattung einen kommunikativen und/oder verwaltungspraktischen Mehrwert verspricht. Die Schlichtung zu „Stuttgart 21“ hat gezeigt, dass eine Bildberichterstattung heilsame Effekte hinsichtlich der Durchführung entsprechender Termine haben kann.
7. Eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, wie sie der Gesetzentwurf der Bundesregierung zu dem Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PIVereinHG) in § 25 Abs. 3 VwVfG verankert wissen will, ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Erfahrungen mit dieser weitgehend unverbindlichen frühen Öffentlichkeitsbeteiligung sind zu evaluieren. Ggfs. sollte die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung in Verbindlichkeit erwachsen. Verfassungsrechtliche Bedenken dagegen bestehen nicht.
8. Wie es das Gutachten Ziekow vorschlägt, sind die Regelungen über den Wegfall des Erörterungstermins einzuschränken. Dabei muss der Erörterungstermin (anders als es das Gutachten vorschlägt) nicht für alle Fälle obligatorisch sein. Sein Wegfall sollte von der Behörde jedoch nicht mehr nach rechtlich unbestimmtem Ermessen angeordnet werden können. Der Erörterungstermin sollte vielmehr nur dann entfallen können, wenn wegen der zu erwartenden geringen Zahl an Teilnehmern die Durchführung eines förmlichen Erörterungstermins zu aufwendig und eine andere Form diese Dialogs vorzugswürdig erscheint.
9. Die gesetzlich vorgesehenen Fristen zur Bürgerbeteiligung sind derzeit durchweg zu knapp bemessen. Sie ermöglichen keine sach-

- angemessene Beteiligung und führen insbesondere in Verbindung mit den Regelungen über die materielle Präklusion zu negativen Folgeerscheinungen. Beteiligte werden zu umfangreichen und pauschalen Einwendungen gegen das Vorhaben motiviert. Die Fristen sind daher angemessen zu verlängern.
10. Die materielle Präklusion ist in ihrer derzeitigen Ausgestaltung weder mit europa- noch mit verfassungsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren. Problematisch ist insbesondere die Verknüpfung von Präklusionsregelungen mit der zu engen Fristsetzung.
11. Auf die Präklusion sollte verzichtet werden. Sie kann bei Bedarf durch eine allgemeine Missbrauchsklausel ersetzt werden, nach der ein erkennbar missbräuchlich verspätetes Vorbringen von den Entscheidungsbehörden bzw. von den Gerichten zurückgewiesen werden kann. Die Abschaffung der materiellen Präklusion konkretisiert die staatliche Verantwortung für die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns. Für die Abschaffung der Präklusion spricht auch die zunehmende Vorverlagerung verbindlicher Entscheidungen auf vorgelagerte Planungsstufen. Diese sorgen in der Sache ohnehin schon für eine Abschichtung des im späteren gerichtlichen Verfahren noch relevanten Prüfungsprogramms.
12. Das allgemeine verwaltungsrechtliche Gebot der Problembewältigung und das demokratische Gebot einer effektiven Bürgerbeteiligung im Verwaltungsverfahren verbieten die Auslagerung wesentlicher Entscheidungen in eigenständige Verfahren, die der zentralen abschließenden Vorhabenzulassung zeitlich nachgelagert sind und eine hinreichend wirksame Bürgerbeteiligung unmöglich machen. Deshalb sind etwa die Planfeststellung von Flughäfen und die Entscheidung über die genaue Flugroutenbestimmung zusammenzuführen.
13. Die Einrichtung einer eigenen, die Entscheidungsbehörden ergänzenden, unabhängigen Verfahrensbehörde, wie sie das Gutachten Ziekow vorschlägt, wird nicht befürwortet. Gegen die Schaffung einer solchen Behörde sprechen Gründe der Bürokratievermeidung und der Schonung staatlicher Ressourcen. Ihr Mehrwert wäre begrenzt. Ihre Einrichtung brächte vielmehr die Gefahr einer weiteren Verantwortungsverschiebung. Zwar wird die den Entscheidungsbehörden zugewiesene Aufgabe einer unabhängigen Sachwalterschaft von Rechtsstaatlichkeit und Gemeinwohlinteressen von diesen nicht immer optimal wahrgenommen. Ihr Verhalten mag in der Vergangenheit in der Bürgerschaft zu Ver-

trauensverlusten geführt haben. Der normative Anspruch auf Unparteilichkeit, Rechtmäßigkeit und Gemeinwohlorientierung der Entscheidungsbehörden kann jedoch ohnehin nicht preisgegeben und auch nicht auf zusätzliche Behörden delegiert werden. Schließlich wäre die notwendige Sachkompetenz der Verfahrensbehörde auch im Verhältnis zu den Entscheidungsbehörden nur schwer zu vermitteln. In einem pluralistischen, auf streitbaren Diskurs setzenden Modell ist zur Sicherung von Ergebnisoffenheit im Verfahren eher auf eine Stärkung von Gegenmacht zu setzen.

14. Die Hochzonung von materiellen Entscheidungen in vorgelagerte Verfahren muss mit einer entsprechenden Hochzonung auch des Rechtsschutzes einhergehen. Dabei muss nicht notwendigerweise jeder Planungsstufe auch eine entsprechende Rechtsschutzstufe zugeordnet werden. Ein Rechtsschutz, der allein auf der letzten Entscheidungsstufe der Plan- oder Anlageneignung ansetzt, genügt vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung aber nicht mehr den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz.
15. Die Kosten von Betroffenen und Umweltverbänden bei der Begleitung von Projektzulassungsverfahren, insbesondere die Kosten für die Beauftragung von juristischem und technischem Sachverständigen, sollten in einem angemessenen Rahmen übernommen werden können. „Stuttgart 21“ kann insoweit als ein Vorbild angesehen werden.
16. Die gerichtlichen Kosten von Umweltverbandsklagen sind entsprechend den Vorgaben der Aarhus-Konvention auf ein rechtschutzfreundliches Maß zu beschränken.
17. Eine direktdemokratische Beteiligung in Planungsentscheidungen kann – wie das Beispiel „Stuttgart 21“ gezeigt hat – eine entscheidende Rolle bei der Lösung von Konflikten insbesondere hinsichtlich der Verwirklichung von Großvorhaben spielen. Dazu sollten entsprechende Möglichkeiten auf bundesrechtlicher Ebene geschaffen und auf landes- und kommunalrechtlicher Ebene ausgebaut werden. Dabei sollten insbesondere direktdemokratische Finanzierungsentscheidungen in den Blick genommen werden.