
4. Kapitel: Konsultationsrechte

I. Bedeutung

Die zweite Gruppe der Artikulationsrechte umfasst solche Rechte, die den Partizipationswilligen auf Veranlassung der hoheitlichen Seite eine Äußerung ermöglicht und deshalb hier unter dem Oberbegriff der „Konsultationsrechte“ zusammengefasst werden. In diesen Fällen erfolgt die Initiative zur Partizipation in einem Top-down-Verhältnis zwischen den Akteuren. Im Einzelnen bietet sich auch hier ein vielgestaltiges Feld verschiedenster Artikulationsrechte, die sich jedoch hinsichtlich ihres Grades der Einwirkung auf den hoheitlichen Entscheidungsprozess ebenfalls binnendifferenzieren lassen. 498

So zählen zu den Konsultationsrechten zum einen Anhörungsrechte, bei denen eine hoheitliche Stelle ein Angebot zur Einbringung von Sichtweisen und Anregungen macht. Allerdings räumt sie nur eine Gelegenheit dazu ein, ohne dass davon Gebrauch gemacht werden müsste. Meist entspricht es sogar der Interessenlage der hoheitlichen Stelle, wenn möglichst wenig Rückmeldungen gegeben werden, weil dann umso weniger Material in den weiteren Entscheidungsprozess einbezogen werden muss. Dies gilt ganz besonders für dieeteiligungsrechte in entscheidungsvorbereitenden Verwaltungsverfahren – vor allem im Bauplanungs- oder Planfeststellungsrecht –, die je nach Ausgestaltung den in ihren Belangen berührten oder allgemein interessierten Personen ein Artikulationsangebot machen und in das jeweilige Verfahren (meist obligatorisch) fest integriert sind. Ebenso lassen sich hier die in Art. 11 Abs. 1 bis 3 EUV genannten Kommunikationsformate von Unionsorganen mit den in der EU lebenden Menschen und der europäischen Zivilgesellschaft einordnen. 499

Eine andere Unterkategorie der Konsultationsrechte stellen die Befragungsrechte dar. Damit werden Kommunikationsformen bezeichnet, bei denen die hoheitliche Stelle nicht nur eine Möglichkeit zur Äußerung schafft, sondern die Öffentlichkeit aktiv und gezielt zur Rückmeldung auffordert, weil sie an einer möglichst breiten und damit aussagekräftigen Resonanz interessiert ist. Als solche Befragungsrechte sind konsultative Einwohner-, Bürger- bzw. Volksbefragungen im Kommunal- und Staatsrecht einzelner Länder zu nennen. 500

Beide Gruppen von Konsultationsrechten sind zweiseitiger Natur, weil hier der Artikulation Partizipationswilliger ein entsprechender Anstoß von der hoheitlichen Seite vorausgeht. Daraus folgt auch ihr erhöhtes partizipationsrechtliches Gewicht: Wenn die Partizipation in Form von Anhörungen oder gar Befragungen quasi „bestellt“ wird, müssen die dann erfolgenden Rückmeldungen nicht nur verfahrensmäßig, sondern auch inhaltlich im weiteren Verfahren berücksichtigt werden. Das bedeutet zwar keine inhaltliche Bindung, aber doch das Erfordernis einer substanti- 501

ierten Auseinandersetzung mit den Äußerungen der Partizipationswilligen. Insofern geht der Grad der partizipationsrechtlichen Intensität der Konsultationsrechte über die der Anregungsrechte hinaus. Dies gilt auch – wenngleich schwächer – für die Anregungsrechte mit qualifiziertem Reaktionsanspruch. Zwar kann bei diesen die inhaltliche Befassungsintensität noch als vergleichbar angesehen werden, nicht aber die Wahrscheinlichkeit von Konsequenzen in Form hoheitlicher Entscheidungen oder Maßnahmen. Während nämlich eine Anregung mit qualifiziertem Reaktionsanspruch nach erfolgter inhaltlicher Würdigung abgelehnt werden und folgenlos bleiben kann (was bei den Befassungsinitiativen oft genug der Fall ist), hat sich die hoheitliche Seite im Konsultationsfall aus eigener Initiative eines Themas angenommen, das nach erfolgter Befragung oder Anhörung im Regelfall weiterverfolgt wird. Daher wirkt sich hier die Partizipation mit einem höheren Wahrscheinlichkeitsgrad auf hoheitliches Folgehandeln aus. Da dies bei den Befragungsrechten noch stärker als bei den Anhörungsrechten der Fall ist, besteht auch innerhalb der Konsultationsrechte ein geringes Stufenverhältnis hinsichtlich ihres partizipationsrechtlichen Gewichts.

II. Anhörungsrechte I: Unionsrechtliche Kommunikationspflichten von Unionsorganen

1. Einordnung

- 502 In seinen ersten drei Absätzen enthält Art. II EUV Kommunikationsvorgaben, die eine relativ allgemein gefasste Informations- und Dialogpflicht der Unionsorgane gegenüber den Unionsbürgern konstituieren.²¹⁴⁵ Diese Vorgaben zählen – gemeinsam mit der Europäischen Bürgerinitiative in Art. II Abs. 4 EUV – zur direktdemokratisch ausgestalteten Säule der „partizipativen Demokratie“,²¹⁴⁶ die in Ergänzung des dualistisch-repräsentativen Legitimationskonzepts mit dem Rat bzw. Europäischen Rat einerseits und dem Europäischen Parlament andererseits zur demokratischen Legitimation der Europäischen Union beiträgt und auf das Weißbuch „Europäisches Regieren“ zurückgeht.²¹⁴⁷
- 503 Dabei kommt ganz besonders den unionsrechtlichen Kommunikationspflichten von Art. II Abs. 1 bis 3 EUV ein dreifacher – nämlich ein partizipativer, assoziativer und deliberativer – Charakter zu.²¹⁴⁸ Sie sind partizipativ, weil sie auf die politische Aktivierung und Beteiligung möglichst vieler Privatpersonen gerichtet

2145 Für umweltbezogene Entscheidungsprozesse sind die Kommunikationsvorgaben in Art. 9 VO 1367 konkretisiert.

2146 Vgl. Art. I-47 des Verfassungsvertrages, s. oben, Fn. 1874; s. dazu *Rosanvallon*, *Gegen-Demokratie*, S. 266 f.

2147 Näher dazu oben, → Rn. 443.

2148 BVerfGE 123, S. 267 (377).

sind.²¹⁴⁹ Außerdem sind sie assoziativ, weil sie die bürgerschaftliche Vernetzung im vorpolitischen und politischen Raum namentlich in Form von Verbänden sowie deren Verbindungsrolle zwischen Zivilgesellschaft und hoheitlicher Sphäre als Informationsquelle für die politisch Verantwortlichen auf Unionsbene nutzen.²¹⁵⁰ Denn gerade die zivilgesellschaftlichen Verbände können im Rahmen ihrer Bündelungs- und Vermittlungsfunktion sowohl inhaltlichen Sachverstand als auch politische Präferenzen in die unionalen Entscheidungsprozesse einbringen und so zur Erhöhung des politischen Binnenpluralismus beitragen.²¹⁵¹ Zugleich werden damit die gegenüber ökonomischen und professionell lobbyierten Interessen strukturell unterrepräsentierten Anliegen der Zivilgesellschaft als Ausfluss altruistisch-allgemeinwohlbezogenen Engagements gestärkt.²¹⁵² Schließlich sind die Kommunikationsformate auch deliberativer Natur, weil sie den Argumenten der Partizipationswilligen einen rechtlich verbürgten Raum verschaffen und deren Rezeption durch die Unionsorgane unabhängig von der erheblich unterschiedlichen Machtposition der Beteiligten vorsehen, wodurch eine verbesserte Diskussions- und Verständigungsqualität im Vorfeld von Entscheidungen ermöglicht wird.²¹⁵³

Nach herrschender Auffassung werden in Art. 11 Abs. 1 bis 3 EUV lediglich objektiv-rechtliche Pflichten der Organe statuiert, auf deren Erfüllung deshalb kein subjektiv-rechtlicher Anspruch Interessierter oder Betroffener bestehen soll.²¹⁵⁴ Versteht man allerdings die Kommunikationsvorgaben von Art. 11 EUV als Konkretisierung der subjektiv-rechtlich verstanden²¹⁵⁵ Teilhabeverbürgung in Art. 10 Abs. 3 EUV,²¹⁵⁶ vermag diese Sichtweise – ungeachtet der objektiv-rechtlichen Formulierung der Organpflichten – zumindest systematisch nicht zu überzeugen. Letztlich ist diese Frage wegen der Überlagerung²¹⁵⁷ durch unstrittig subjektive Rechte an anderer Stelle wie z.B. Art. 24 Abs. 4 AEUV oder Art. 11 Abs. 1 GRC primär nur von dogmatischem Interesse. Jedenfalls aber folgt aus den verschiedenen Kommunikationsvorgaben zusammen mit dem Gleichheitssatz in Art. 9 S. 1 EUV ein subjektives Recht auf diskriminierungsfreie Kommunikationsteilhabe der jeweiligen Artikulationsberech-

504

2149 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 2; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 3.

2150 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 2; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 4.

2151 *Goerlich/Assenbrunner*, ZG 2011, S. 268 (276 f.).

2152 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 2.

2153 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 2; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 5.

2154 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 8; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 11; *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 11 (zu Abs. 1), 30 (zu Abs. 3).

2155 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10 EUV Rn. 12.

2156 *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 Rn. 1.

2157 Auf die insoweit fehlende systematische Stringenz bei der Abgrenzung von Teilhabe- und Grundrechten weist *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 Rn. 7, hin.

tigten, was eine Differenzierung nach dem Grad der Repräsentativität der Verbände (gemessen an der Zahl ihrer Mitglieder und an der Breite ihrer Verankerung in den EU-Mitgliedstaaten) aber nicht ausschließt.²¹⁵⁸

505 Die Kommunikationsvorgaben von Art. 11 Abs. 1 bis 3 EUV zielen primär auf eine Verbesserung der Informations- und Artikulationsmöglichkeiten von Unionsbürgern sowohl untereinander als auch – vor allem – im Verhältnis zu den Unionsorganen. Sie ähneln damit den bei den Informationsrechten behandelten kommunalrechtlichen Aktivierungspflichten, gehen aber mit ihrer dezidierten Betonung von Austausch (Art. 11 Abs. 1 EUV), Dialog (Art. 11 Abs. 2 EUV) und Anhörung (Art. 11 Abs. 3 EUV) qualitativ darüber hinaus und konstituieren zweiseitige Artikulationsformate. Da deren Implementation außerdem als eine Top-down-Pflicht den Unionsorganen aufgegeben ist, sind sie trotz ihrer gleichzeitigen Informations- und Anregungsfunktion den Konsultationsrechten zuzuordnen.

506 Die Beteiligungsrechte von Art. 11 Abs. 1 bis 3 EUV ändern allerdings nichts daran, dass die Entscheidungszuständigkeit und -gewalt allein bei den Unionsorganen liegt. Der „partizipativen Demokratie“²¹⁵⁹ kommt insoweit nur eine Ergänzungsfunktion zum primär repräsentativ ausgerichteten Demokratiekonzept der EU gem. Art. 9 f. EUV zu.²¹⁶⁰ Deshalb ist gerade hier, wo die Hoffnungen und Erwartungen im Zusammenhang mit partizipationsrechtlichen Instrumenten besonders ausgeprägt sind,²¹⁶¹ vor einer Überschätzung dessen, was damit zur Verbesserung der EU-Governance, des Europäischen Regierens und der Weiterentwicklung des Integrationsprozesses der EU erreicht werden kann, zu warnen.²¹⁶²

2. Die einzelnen Kommunikationsformate

a) Artikulationsermöglichung (Art. 11 Abs. 1 EUV)

507 Art. 11 Abs. 1 EUV verpflichtet alle Unionsorgane darauf, sowohl interessierten Einzelpersonen mit Unionsbürgerschaft als auch repräsentativen Verbänden die Möglichkeit zur Artikulation in allen unionspolitischen Fragen und Themen zu eröffnen. Der Begriff der repräsentativen Verbände ist mangels verbindlicher Definition weit zu verstehen und umfasst daher alle Zusammenschlüsse von Unionsbürgern, die deren Interessen vertreten.²¹⁶³ Darunter fallen demnach sowohl Lobbyverbände für bestimmte wirtschaftliche Belange als auch Nichtregierungsorganisationen mit bür-

2158 Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 Rn. 11, 13; vgl. auch Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 8.

2159 Vgl. Art. 1-47 des Verfassungsvertrages, s. oben, Fn. 1874.

2160 Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 13.

2161 Vgl. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 17.

2162 Zur Überschätzungsgefahr von Partizipation allgemein s. oben, → Rn. 114-116.

2163 Huber, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 Rn. 12.

gerschaftlich-altruistischen Allgemeinwohlzielen.²¹⁶⁴ Man kann in Art. 11 Abs. 1 EUV ein quasi „von oben verordnetes“ Anregungsrecht sehen, für das jedoch – anders als bei den im vorigen Kapitel behandelten Anregungsrechten – der geeignete Rahmen von Seiten der Unionsorgane geschaffen werden muss und bei dem mit dem Begriff des „Austauschens“ auch eine inhaltliche Zweiseitigkeit impliziert ist. Dahinter steht der Gedanke, dass durch das Zusammentragen von Informationen und Standpunkten ein auf allgemeine politische Teilhabe zielender Integrationsprozess initiiert wird, der durch das Ausbalancieren der bestehenden unterschiedlichen Interessen mittels politischer Kompromisse zum Zusammenhalt der europäischen Gesellschaft beitragen kann.²¹⁶⁵

Mangels näherer Vorgaben im EU-Vertrag oder in einer sekundärrechtlichen Konkretisierung zu Form und Umfang dieses Kommunikationsauftrags (mit Ausnahme des Bereichs der Umweltpolitik: Art. 9 VO 1367) sind die Organe in der Ausgestaltung dieser Artikulationsmöglichkeit frei. In Betracht kommen etwa groß angelegte Hearings und Tagungen, internetgestützte Formate wie Foren, Chats oder virtuelle Konferenzen sowie Hotlines.²¹⁶⁶ Auch wenn mit Art. 11 Abs. 1 EUV erkennbar Ansätze für Strukturen eines transnationalen Kommunikationsraums für einen politischen Diskurs über die Tätigkeit der EU geschaffen werden sollen, verpflichtet die Vorschrift die Unionsorgane nicht zu einer generellen Förderung des gesellschaftlich-politischen Dialogs und schon gar nicht zu einer direkten Entscheidungseinbindung der Artikulationsberechtigten.²¹⁶⁷ Vielmehr soll mit der Artikulationsmöglichkeit in erster Linie das allgemeine Bürgernähe-Gebot in Art. 1, 10 Abs. 3 EUV operativ konkretisiert werden.²¹⁶⁸

b) Dialog mit repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft (Art. 11 Abs. 2 EUV)

Mit Art. 11 Abs. 2 EUV erteilt das Primärrecht den Organen einen über die Artikulationsmöglichkeit hinausgehenden politischen Auftrag, selbst aktiv an der Kommunikation mit den Verbänden und der Zivilgesellschaft teilzunehmen. Zugleich unterstreicht der EU-Vertrag mit der Betonung überindividueller Strukturen die erhebliche Bedeutung gesellschaftlicher Organisationen und Interessengruppen als Akteure des europäischen Politikprozesses, die mit ihrer „Strukturierungs- und Bündelungsleistung“²¹⁶⁹ einen zentralen Beitrag zur Integrationswirkung des europäischen Demokratiekonzepts leisten. Wie der Begriff der repräsentativen Verbände ist auch der

2164 Vgl. *Hieber*, Europäische Bürgerinitiative, S. 38.

2165 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 7.

2166 Vgl. *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10.

2167 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 10; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 7.

2168 *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 10 EUV Rn. 53, Art. 11 Rn. 1.

2169 *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 Rn. 16.

der Zivilgesellschaft nicht klar definiert.²¹⁷⁰ Der Wirtschafts- und Sozialausschuss der EU (vgl. Art. 13 Abs. 4 EUV, 301 ff. AEUV) – der sich als institutionalisierte Vertretung der organisierten Zivilgesellschaft sieht²¹⁷¹ – hat im Jahr 1999 darunter einen „Sammelbegriff für alle Formen sozialen Handelns von einzelnen oder Gruppen, die nicht auf Initiative des Staates zurückgehen und nicht von diesem gelenkt werden“,²¹⁷² verstanden. Dieser „Versuch einer Beschreibung“ ist noch sehr offen und müsste zumindest um das Element der Interessenvertretung ergänzt werden, weil sonst auch ein Stammtisch oder eine Skatrunde darunter fielen. Letztlich lassen sich die in Art. 11 Abs. 2 EUV als Dialogpartner der Organe genannten repräsentativen Verbände und die Zivilgesellschaft begrifflich nicht voneinander trennen. Vielmehr wird mit den unterschiedlichen Bezeichnungen so verschiedenen Organisationsformen wie etwa Kirchen (deren Rolle als Dialogpartner in Art. 17 Abs. 3 AEUV noch einmal gesondert betont wird),²¹⁷³ Nichtregierungsorganisationen, Branchenverbänden, Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden ein terminologisches Identifikationsangebot gemacht. Strukturell decken beide Begriffe aber die Gesamtheit und Vielfalt von organisierten Zusammenschlüssen in allen gesellschaftlichen Bereichen der EU ab, soweit sie im weitesten Sinne ein Konzept, eine Idee oder bestimmte Belange verfolgen.²¹⁷⁴

- 510 Anders als in den Absätzen 1 und 3 werden hier weniger die individuellen Unionsbürger einbezogen als korporatistische Interessenvertretungen, womit – unabhängig von faktisch-praktischen Erfordernissen – eine partizipationsrechtliche Mediatisierung und Schwächung von Einzelpersonen verbunden ist.²¹⁷⁵ Diese primärrechtliche Anerkennung des Korporatismus ist außerdem keineswegs auf altruistisch motivierte Partizipation beschränkt, sondern schließt auch Lobbyismus-Organisationen mit ein, die im Sinn partikular-ökonomischer Belange (und nicht selten mit erheblichen personellen und finanziellen Ressourcen) die Tätigkeit der Unionsorgane beeinflussen und sehr viel zahlreicher sind.²¹⁷⁶ Um Missbrauchsgefahren insoweit entgegenzuwirken, fordert Art. 11 Abs. 2 EUV ausdrücklich einen transparenten

2170 *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 385.

2171 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 15.

2172 Ziff. 5.1 der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Die Rolle und der Beitrag der organisierten Zivilgesellschaft zum europäischen Einigungswerk“, ABL. C 329 vom 17.11.1999, S. 30 (33).

2173 Art. 17 Abs. 3 AEUV wird in der Kommentarliteratur als besondere Hervorhebung gegenüber Art. 11 Abs. 2 EUV angesehen, der aber keine darüberhinaus gehende (völlig eigenständige) Bedeutung zukommt, vgl. *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 17 AEUV Rn. 19; *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 17 AEUV Rn. 41 f.

2174 S. auch *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 Rn. 15; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 9; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 16.

2175 *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 14, 17.

2176 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 13; *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 Rn. 18 f.

Charakter des Dialogs zwischen Unionsorganen und Verbänden. So betreibt die (wegen ihrer Koordinierungs- und Rechtsetzungsvorbereitungsrolle hauptsächlich betroffene)²¹⁷⁷ EU-Kommission seit 2008 zunächst allein und seit 2011 gemeinsam mit dem Europäischen Parlament ein Transparenzregister,²¹⁷⁸ das auf einem Gegenstromprinzip beruht: Einerseits erhalten die darin aufgenommenen Verbände und Organisationen Zugangsvorteile zu Informationen und Veranstaltungen,²¹⁷⁹ andererseits aber ist mit der Registrierung die Preisgabe einer Reihe von Informationen (insbesondere über die finanziellen Interessen) sowie die Unterwerfung unter einen Verhaltenskodex verbunden.²¹⁸⁰ Letzterer enthält beispielsweise ein Verbot „auf unlautere Weise oder durch Ausübung unstatthaften Drucks oder durch unangemessenes Verhalten“ bestimmte Informationen zu beschaffen oder gar Entscheidungen zu erwirken.²¹⁸¹ Umgekehrt unterliegen auch die Ansprechpartner von Verbänden einer besonderen Transparenzpflicht: Nach Art. 11 Abs. 2 u. 3 GO EP sind einfache Abgeordnete gehalten und parlamentarische Funktionsträger sogar verpflichtet, sich nur mit registrierten Interessenvertretern zu treffen und geplante Treffen im Internet zu publizieren.²¹⁸²

Die nähere Ausgestaltung der Dialogpflicht ist den adressierten EU-Organen überlassen. Aus dem Dialogbegriff in Verbindung mit dem Offenheits- und Regelmäßigkeitsgebot folgt lediglich, dass es sich um ein zweiseitiges Kommunikationsformat zwischen Unionsorganen und Verbänden bzw. zivilgesellschaftlichen Organisationen handeln muss,²¹⁸³ das sich weder in einseitigen Verkündungen noch in einer einmaligen Beantwortung von Fragen im Sinn eines besonderen Formats der Öffentlichkeitsarbeit erschöpfen kann, sondern einen wechselseitigen, kontinuierlichen und dauerhaften Austausch sowie das Aufgreifen und Erwägen vorgebrachter Gesichtspunkte und Argumente vorsehen muss.²¹⁸⁴ Hierzu zählen etwa die Einbeziehung von Nichtregierungsorganisationen in Beratungsgremien, Ausschüsse und Netzwerke ebenso wie die Öffnung von EU-initiierten themen- und anlassabhängi-

511

2177 *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 26.

2178 Vgl. Mitteilung der Kommission - Europäische Transparenzinitiative - Rahmen für die Beziehungen zu Interessenvertretern (Register und Verhaltenskodex), vom 27.5.2008, KOM(2008) 323 endgültig; heutige Grundlage bildet eine Institutionelle „Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament und der Europäischen Kommission über das Transparenz-Register für Organisationen und selbstständige Einzelpersonen, die sich mit der Gestaltung und Umsetzung von EU-Politik befassen“, ABl. L 277 vom 19.9.2014, S. 11 ff.

2179 Vgl. Abschn. VI. (Ziff. 29 ff.) der Institutionellen Vereinbarung.

2180 Vgl. Anhänge II und III der Institutionellen Vereinbarung.

2181 Vgl. Anhang III lit. b) der Institutionellen Vereinbarung.

2182 *Haug*, in: Bergmann (Hrsg.), Handlexikon, Stichwort Transparenz-Register; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 21.

2183 Deshalb hat der in Art. 154 f. AEUV thematisierte Dialog zwischen den Sozialpartnern ungeachtet der dort geregelten Förderungsaufgabe der Kommission keinen partizipationsrechtlichen Charakter; etwas anderes gilt freilich für die Pflicht der Kommission zur Anhörung der Sozialpartner gem. Art. 154 AEUV, die eine *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Anhörungspflicht in Art. 11 Abs. 3 EUV darstellt.

2184 Vgl. *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 21, 25.

gen Workshops und Konferenzen für Repräsentanten von Verbänden und Organisationen, aber auch öffentliche oder internetgestützte Konsultationsformen wie z.B. das von der Kommission betriebene Online-Portal „Ihre Stimme in Europa“.²¹⁸⁵

c) Betroffenenanhörungen (Art. 11 Abs. 3 EUV)

- 512 Die dritte Kommunikationsvorgabe in Art. 11 EUV stellen die in Abs. 3 vorgesehenen „umfangreichen Anhörungen der Betroffenen“ dar. Anders als die beiden vorausgehenden Absätze gilt die Anhörungspflicht von Art. 11 Abs. 3 EUV nur für die EU-Kommission. Vor dem Hintergrund des grundsätzlichen Initiativmonopols der Kommission für Rechtssetzungsakte gem. Art. 17 Abs. 2 S. 1 EUV ordnet der Vertrag diese besondere Anhörungspflicht zwar nicht ausschließlich, aber doch hauptsächlich im Vorfeld von Rechtssetzungsinitiativen ein. Der Betroffenenbegriff ist angesichts der partizipationsrechtlichen Ausrichtung von Art. 11 EUV weit auszulegen, so dass alle im weitesten Sinn vom jeweiligen Anhörungsthema und -gegenstand in ihren Interessen und Belangen berührten Kreise erfasst sind.²¹⁸⁶ Damit geht das Verständnis von Betroffenen im Sinn des partizipationsrechtlichen Subjekts²¹⁸⁷ weit über eine Betroffenheit rechtlich geschützter Interessen hinaus.²¹⁸⁸ Da die Kommission schon vor dem Inkrafttreten von Art. 11 EUV zur grundsätzlichen Durchführung von rechtsetzungsvorbereitenden Anhörungen verpflichtet war²¹⁸⁹ und außerdem seit geraumer Zeit eine umfassende Anhörungspraxis etabliert hat,²¹⁹⁰ kommt Absatz 3 weniger eine innovative als eine absichernde Bedeutung zu.²¹⁹¹

3. Exkurs: Parallele im UN-Völkerrecht

- 513 Ähnliche partizipationsrechtliche Kommunikationsformate gibt es auch im UN-Völkerrecht. Denn anders als früher ist das heutige Völkerrecht schon längst keine exklusive Domäne der souveränen Nationalstaaten mehr; insbesondere durch die Globalisierung ist der Einfluss nichtstaatlicher Akteure auf die Weltpolitik kontinuierlich gewachsen. Zwar finden sich auf dieser Ebene (wie weitgehend auch im EU-

2185 Vgl. *Bergmann*, in: *Bergmann* (Hrsg.), *Handlexikon*, Stichwort Zivilgesellschaft; <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20120706STO48453/ihre-stimme-in-europa-aktive-beteiligung-an-der-gestaltung-europas>.

2186 *Hugo*, *Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation*, S. 383 m.w.N.

2187 S. oben, → Rn. 37 f.

2188 *Huber*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 11 EUV Rn. 29, 32.

2189 Ziff. 9, 1. Spiegelstrich, des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit in der Fassung des Vertrages von Amsterdam, ABl. C 340 v. 10.11.1997, S. 107.

2190 Vgl. die Mitteilung der Kommission: Hin zu einer verstärkten Kultur der Konsultation und des Dialogs – Allgemeine Grundsätze und Mindeststandards für die Konsultation betroffener Parteien durch die Kommission, vom 11.12.2002, KOM(2002) 704 endgültig; ausf. zur Praxis der Konsultationsverfahren *Hugo*, *Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation*, S. 388 ff.

2191 *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Recht der EU*, Art. 11 EUV Rn. 11.

Kontext) nicht die Individualbürger, sondern zivilgesellschaftliche Organisationen als Partizipierende. Aber auch hierbei handelt es sich nicht um institutionelles Handeln, sondern um freiwilliges, bürgerschaftliches Engagement zur Einflussnahme auf öffentliche Angelegenheiten. Als Beispiel für eine rechtlich abgesicherte Mitwirkung für NGOs auf internationaler Ebene mag Art. 71 UN-Charta (i.V.m. ECOSOC-Resolution 1996/31) dienen. Danach können zivilgesellschaftliche Organisationen im Wirtschaft- und Sozialrat der UN einen Konsultativstatus erwerben, der mit konkreten Teilnahme-, Zugangs- und Äußerungsrechten verbunden ist.²¹⁹²

4. Partizipationsrechtliche Bedeutung

Die unionsrechtlichen Kommunikationsvorgaben von Art. 11 Abs. 1 bis 3 EUV sind 514 darauf ausgerichtet, das „Europa der Bürger“ – wie es in Art. 10 Abs. 3 EUV abstrakt angelegt ist²¹⁹³ – zu verwirklichen,²¹⁹⁴ indem sie den Menschen mit Unionsbürgerschaft durch eine entsprechende Verpflichtung der Unionsorgane konkrete Partizipationsinstrumente zur Verfügung stellen. Danach können interessierte Personen unabhängig von rechtlich geschützten Individualbelangen ihre Sichtweise zur Unionspolitik auf den verschiedensten Foren einbringen und mit den zuständigen Stellen erörtern. Da die Unionsorgane dazu verpflichtet sind, konkrete – d.h. regelmäßig thematisch fokussierte – Kommunikationsangebote zu machen, und sich mit den Rückmeldungen der Partizipationswilligen im Rahmen ihrer Entscheidungsfindungsprozesse auseinanderzusetzen, ist damit eine qualifizierte und rechtlich verbürgte Einflussnahme auf hoheitliches Handeln verbunden.

Die damit angestrebten Ziele in der EU-Governance entsprechen den im 1. Kapitel 515 beschriebenen Funktionen des Partizipationsrechts: Die Ergänzung des repräsentativen Prinzips durch die partizipativen Instrumente von Art. 11 EUV sollen einen Beitrag dazu leisten, die Legitimation des hoheitlichen Handelns der Union zu stärken und so dem Demokratiedefizit der EU entgegenzuwirken.²¹⁹⁵ Zugleich dient die Einbindung Betroffener einer Erhöhung der Akzeptanz unionaler Entscheidungen²¹⁹⁶ sowie durch die Schaffung von Transparenz sowie eine Ermöglichung des Nachvollziehens von Entscheidungen einer Kontrolle der Unionsorgane durch (in

2192 Siehe hierzu v. *Bernstorff*, ZaöRV 67 (2007), S. 1041 ff.

2193 Weshalb *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 288, das Prinzip des „Europas der Bürger“ sogar als Rechtsfigur bezeichnet.

2194 *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 2.

2195 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 11 EUV Rn. 17 m.w.N.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 3; *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 2 f.; *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 374 ff.; zur Legitimationsfunktion s. oben, → Rn. 122-144.

2196 *Huber*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV Rn. 16; *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 377 f.; zur Akzeptanzfunktion s. oben, → Rn. 145-152.

der Regel verbandsmäßig organisierte) Unionsbürger.²¹⁹⁷ Die damit verbundene primärrechtliche Rollenzuschreibung als ständige und ernst zu nehmende Gesprächspartner der Unionsorgane wertet außerdem Verbände und Zivilgesellschaft erheblich auf, was zu einem partiellen Ausgleich der erheblich unterschiedlichen Machtpositionen der beiden Seiten führt.²¹⁹⁸ Und schließlich führt die Fruchtbarmachung des in Summe erheblichen Sachverständes von Verbänden, Zivilgesellschaft und Individuen zu einer Erhöhung der Richtigkeit von getroffenen Entscheidungen,²¹⁹⁹ weshalb etwa die Kommission die Einbeziehung von Bürgern, Unternehmen und anderen Interessenträger als Teil ihrer „Agenda für bessere Rechtsetzung“ definiert hat.²²⁰⁰

III. Anhörungsrechte 2: Partizipation bei Gesetzgebungsverfahren

1. Völker- und unionsrechtliche Vorgaben

- 516 Die unter dem Dach der Vereinten Nationen von der United Nations Economics Commission for Europe (UNECE) erarbeitete und beschlossene Aarhus-Konvention enthält im Rahmen ihrer Verbürgung von Informations-, Beteiligungs- und Klagerechten der Öffentlichkeit an umweltbezogenen Entscheidungsprozessen auch eine Verpflichtung der zuständigen hoheitlichen Organe, die Öffentlichkeit an Gesetzgebungsprojekten mit erheblichen Umweltauswirkungen zu beteiligen (Art. 8 AK). Freilich sind diese Vorgaben erheblich weniger streng reguliert, als dies für die Verwaltungsverfahren – dazu im nächsten Abschnitt – der Fall ist. Anders als dort ist die Öffentlichkeitsbeteiligung hier nur als Bemühensverpflichtung – also ohne konkrete Handlungspflicht – ausgestaltet. Zudem beschränkt sich die Verpflichtung auf die exekutive Normsetzungs- oder Normvorbereitungstätigkeit und erfasst daher das Verfahren in den gesetzgebenden Körperschaften nicht. Folglich gilt das Bemühen um eine effektive und frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit der behördlichen Vorbereitung von exekutiven Rechtsnormen (also nach deutschem Verständnis von Rechtsverordnungen und Satzungen) und sonstigen allgemeingültigen Normen, worunter die ministeriale Erarbeitung von Gesetzentwürfen fällt (Art. 8 S. 1 AK).²²⁰¹ Art. 8 S. 2 AK enthält hierzu nähere Vorgaben wie die zeitliche

2197 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU*, Art. II EUV Rn. 17 m.w.N.; *Hugo*, *Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation*, S. 378; zur Transparenz- und Kontrollfunktion s. oben, → Rn. 153-155.

2198 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Recht der EU*, Art. II EUV Rn. 17 m.w.N.; zur Ausgleichsfunktion s. oben, → Rn. 156 f.

2199 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. II EUV Rn. 8; zur Qualitätsfunktion s. oben, → Rn. 158-160.

2200 Vgl. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_de#ziele-der-agenda-fr-bessere-rechtsetzung.

2201 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, *AK*, Art. 8 Rn. 2.

Auskömmlichkeit, die öffentliche Zugänglichmachung von Entwürfen, das (ggf. aber nur mittelbare) Stellungnahmerecht der (allgemeinen)²²⁰² Öffentlichkeit und eine möglichst weite Berücksichtigung des Beteiligungsergebnisses. Dabei handelt es sich um die Umschreibung eines Mindeststandards, der wegen des schon sprachlich äußerst geringen Verpflichtungscharakters²²⁰³ allerdings keine konkret durchsetzbare Rechtspflicht normiert.²²⁰⁴

Anders als in Art. 6 und 7 AK hat die Unionsgesetzgebung die Bemühensverpflichtung in Art. 8 AK weder für sich noch für die Mitgliedstaaten in konkrete Rechtspflichten umgesetzt, dem das Fehlen dieser Zielsetzung in Art. 1 Abs. 1 VO 1367 entspricht. Allerdings kann insoweit auf Art. 11 Abs. 3 EUV rekuriert werden, der (auch ohne entsprechende ausdrückliche Erwähnung) vor allem für Rechtsetzungsvorbereitungsmaßnahmen von Bedeutung ist,²²⁰⁵ aber die näheren – freilich nicht strikt verbindlichen – Vorgaben von Art. 8 S. 2 AK zum zeitlichen Umfang und zur Berücksichtigung nicht enthält.²²⁰⁶ Die Mitgliedstaaten sind daher noch weitestgehend frei darin, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Rechtsetzungsprozessen auch im umweltbezogenen Kontext nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Insofern erstaunt es nicht, dass der entsprechende Befund für Deutschland überschaubar ausfällt.

517

2. Partizipative Gesetzgebung in Deutschland

a) Anknüpfungspunkte im Gesetzgebungsprozess

Der Gesetzgebungsprozess lässt sich in zwei wesentliche Abschnitte unterteilen. Der erste Abschnitt umfasst die eigentliche Erarbeitung des Gesetzentwurfs und kann als „materielles“ oder „inneres“ Gesetzgebungsverfahren bezeichnet werden.²²⁰⁷ Der weit überwiegende Teil der schlussendlich erfolgreichen Gesetzentwürfe wird von der Regierung erarbeitet, weshalb ihr eine faktische „Initiativdominanz“ zukommt.²²⁰⁸ Dies gilt im Regelfall auch für die erfolgreichen Gesetzentwürfe, die aus

518

2202 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 8 Rn. 3.

2203 Neben der grundlegenden Einordnung als Bemühensverpflichtung ist insoweit auch die sprachliche Ausgestaltung im Konjunktiv („sollte“) von Bedeutung, vgl. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 8 Rn. 4.

2204 Dies muss dann auch für die Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung gelten, weshalb die von *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 8 Rn. 5 a.E., angenommene Nähe zu Art. 6 Abs. 8 AK wenig überzeugt.

2205 S. oben, → Rn. 512.

2206 Soweit damit Art. 8 S. 2 AK nicht umgesetzt wird, schöpft die Union den mit der sehr schwachen Bindungswirkung der Bestimmung verbundenen Gestaltungsspielraum stark aus; vgl. dazu oben Fn. 2203.

2207 S. etwa *Karpen*, JuS 2016, S. 577 (580); *Pieper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 40 Rn. 79 ff.; *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 60 f. (mit weitergehendem Begriffsverständnis).

2208 Vgl. *Masing/Risse*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 76 Rn. 21, 26-28; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Art. 76 Rn. 16; *Pieper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 40

der Mitte des Parlaments (von den Regierungsfractionen) eingebracht worden sind, wofür der euphemistische Begriff der „Formulierungshilfe“ steht.²²⁰⁹ Grund dafür ist, dass die Regierung – anders als das Parlament und insbesondere die Opposition – mit der Ministerialbürokratie über den dafür erforderlichen Apparat mit entsprechender Personalstärke und fachlichem Know-how verfügt.²²¹⁰ Deshalb liegt die praktische Bedeutung von Partizipationselementen im materiellen Gesetzgebungsverfahren bei den verschiedenen Etappen des regierungsinternen Erarbeitungsprozesses für den Gesetzentwurf. Dieser in verschiedenen Geschäftsordnungen unterschiedlich stark geregelte Prozess sieht u.a. traditionell ein (nichtöffentliches)²²¹¹ Anhörungsverfahren auf der Grundlage eines ausgearbeiteten, aber politisch von der Regierung noch nicht sanktionierten Regelungsentwurfs (der vielfach als „Referentenentwurf“ bezeichnet wird)²²¹² vor, das sich auf Bundesebene an die Länder, an die kommunalen Spitzenverbände, an Zentral- und Gesamtverbände und an Fachkreise (§ 47 GGO)²²¹³ und in den Ländern an die nachgeordneten (v.a. kommunalen) Körperschaften und betroffene Verbandsstrukturen²²¹⁴ richtet und sich deshalb für eine Beteiligung der Öffentlichkeit besonders eignet.²²¹⁵

- 519 Der zweite Abschnitt des Gesetzgebungsprozesses entspricht dem verfassungsrechtlich geregelten Teil des Gesetzgebungsverfahrens, der von der Einbringung des Gesetzentwurfs (Art. 76 Abs. 1 GG) bis zur Veröffentlichung im zuständigen Gesetzblatt (Art. 82 Abs. 1 GG) reicht und der in der Gesetzgebungslehre als „formelles“ oder „äußeres“ Gesetzgebungsverfahren bezeichnet wird.²²¹⁶ Auch hier gibt es traditionell ein Anhörungselement, das zwischen der ersten und zweiten Lesung im Rahmen der Ausschussberatungen angesiedelt ist und ebenfalls als Anknüpfungspunkt für eine zusätzliche – sinnvollerweise onlinegestützte – Öffentlichkeitsbeteiligung denkbar erscheint.

Rn. 80-83; *Schneider*, Gesetzgebung, Rn. 93, mit Hinweis auf internationale Parallelen; *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 63; s. auch *Meyer*, VVDStRL 33 (1975), S. 69 (87 f.).

2209 *Clostermeyer/Exo*, Gesetzgebungsqualität durch Föderalismus, S. 143 (147 f.); s. auch *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Art. 76 Rn. 23; *Schneider*, Gesetzgebung, Rn. 93.

2210 *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 63 f.; *Schneider*, Gesetzgebung, Rn. 93; *Franke*, Steuerpolitik, S. 335.

2211 Krit. dazu *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 331 ff.

2212 Vgl. etwa §§ 45 Abs. 4 GGO, 12 Abs. 4 GO LReg SN.

2213 Vgl. *Schneider*, Gesetzgebung, Rn. 103-106; ausf. insb. zur Verfahrenspraxis *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 312 ff.; anschaulich zum Verbändeeinfluss *Franke*, Steuerpolitik, S. 327-334, 377 f.

2214 Vgl. §§ 11 Abs. 2 GO LReg SL, 12 Abs. 3 GO LReg SN, Nr. 5.3.1 u. Nr. 5.3.2 VwV Regelungen BW.

2215 Laut BMI, Handbuch, Teil II.5., Rn. 115, wird von der Möglichkeit der Unterrichtung anderer Stellen – wie etwa der Presse – regelmäßig Gebrauch gemacht.

2216 S. etwa *Karpen*, JuS 2016, S. 577 (580); *Pieper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 40 Rn. 37; *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 61 f.

b) Bundesebene

Auf Bundesebene sieht im materiellen Gesetzgebungsverfahren die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) die Möglichkeit vor, einen im federführenden Ministerium erarbeiteten Gesetz- oder Verordnungsentwurf – neben „andere[n] amtlich nicht beteiligte[n] Stellen“ – auch „sonstige[n] Personen“ zugänglich zu machen (§ 48 Abs.1 GGO bzw. § 62 Abs.2 i.V.m. § 48 Abs.1 GGO). Zu der in § 48 Abs.3 GGO vorgesehenen Möglichkeit einer Internetveröffentlichung weist der Internetauftritt der Bundesregierung eine „Vereinbarung zur Erhöhung der Transparenz in Gesetzgebungsverfahren“ aus,²²¹⁷ wonach seit Beginn der 19. Wahlperiode des Bundestages Gesetz- und Verordnungsentwürfe in Gestalt des Referentenentwurfs – und damit sachlich parallel zur Verbändebeteiligung gemäß § 47 GGO – davon grundsätzlich Gebrauch gemacht werden soll. Eine Einladung an die breite Öffentlichkeit, dazu Stellungnahmen abzugeben, ist jedoch ausdrücklich nicht vorgesehen.²²¹⁸ Diese Beteiligungsmöglichkeiten und die sie tragenden Regelungen können allerdings aus mehreren Gründen noch nicht dem Partizipationsrecht zugeordnet werden. Zum ersten liegt die Nutzung dieser Möglichkeiten noch völlig in der Sphäre der Bundesregierung, so dass der Öffentlichkeit nicht einmal objektiv-rechtlich eine hinreichend belastbare Zusage gemacht wird. Zum zweiten ist in § 48 Abs.1 GGO nicht von der Öffentlichkeit, sondern nur von „sonstige[n] Personen“ die Rede, was auch einen wesentlich kleineren Kreis Ausgewählter bedeuten kann. Zum dritten ist hinsichtlich der Internetnutzung die „Vereinbarung“ in ihrer rechtlichen Qualität diffus und jedenfalls weit von einem normativen Charakter entfernt. Für eine Qualifikation als partizipationsrechtliches Anhörungsrecht fehlt zudem die dafür erforderliche dialogische Komponente, da es sich – allenfalls – um die einseitige Herstellung von Transparenz handelt.

Einen Sonderfall bildet allerdings § 42a GGO für „Gesetzesvorlagen mit Regelungen zur Aufnahme oder Ausübung eines Berufs“. Hintergrund ist die EU-Richtlinie 2018/958,²²¹⁹ die für solche Regelungen nicht nur eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung vorschreibt, sondern in Art. 8 auch eine Einbeziehung „alle[r] betroffenen Parteien“ und – „soweit relevant und angemessen“ – öffentliche Konsultationen durch die Mitgliedstaaten vorsieht. Dies setzt § 42a Abs.3 GGO um, indem dort eine obligatorische Öffentlichkeitsbeteiligung nach dieser unionalen Bestimmung vorgesehen ist. Diese kann sich nicht auf die in Satz 2 angeordnete Internetveröffent-

2217 Vgl. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1557560/3eb272d7adecel680649212178782fdb/2018-11-15-transparenz-gesetzgebungsverfahren-data.pdf?download=1>.

2218 Lit. c) der Vereinbarung lautet insoweit: „Über die Veröffentlichung unaufgefordert eingegangener Stellungnahmen entscheiden die Ressorts in eigener Zuständigkeit nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsnormen.“

2219 Richtlinie (EU) 2018/958 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.6.2018 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen, ABL. L 173 v. 9.7.2018, S. 25.

lichung beschränken, sondern bedingt wegen des unionalen Konsultationsbegriffs auch die Aufforderung zur Abgabe von Stellungnahmen. Somit besteht hier (unbeschadet des Innenrechtscharakters von Geschäftsordnungsrecht)²²²⁰ eine partizipationsrechtliche Norm, die ein Anhörungsrecht bei Gesetzentwürfen der Bundesregierung enthält.

522 Im formellen Gesetzgebungsverfahren ist auf Bundesebene zwar die Möglichkeit von Ausschussanhörungen vorgesehen (§ 70 GO BT), was mangels gesonderter Bestimmungen für das Gesetzgebungsverfahren auch für die Ausschussberatungen über Gesetzentwürfe gilt. Aber eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist dabei in keiner Form vorgesehen.²²²¹

c) Länderebene

(1) Materielles Gesetzgebungsverfahren

(a) Allgemeine Regelungen

523 Eine partizipationsrechtlich zu qualifizierende Regelung zur Öffentlichkeitsbeteiligung im materiellen Gesetzgebungsverfahren gibt es in Bayern. Das dortige Regierungsgeschäftsordnungsrecht sieht vergleichsweise stringent vor, dass „Normentwürfe [...] parallel zur Verbandsanhörung im Internet eingestellt werden [sollen], um interessierten Bürgerinnen und Bürgern eine Stellungnahme zu ermöglichen“ (§ 15 Abs. 7 S. 4 StRGO), was wegen des dialogischen Elements auch als Anhörungsrecht zu qualifizieren ist. Auch in Thüringen gibt es gem. § 21 Abs. 3 ThürGGO die Möglichkeit einer Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des materiellen Gesetzgebungsverfahrens, die aber rein fakultativer Natur und damit für eine partizipationsrechtliche Qualifizierung zu unverbindlich ist.

524 In einigen Ländern werden zentralisierte Beteiligungsportale auf Landesebene betrieben und teilweise auch gesetzlich (meist im EGovG) als Forum für digitale Bürgerbeteiligung verankert.²²²² Ein Teil dieser Portale steht auch ausdrücklich für Gesetzgebungsverfahren offen.²²²³ Im Zuständigkeitsbereich der Regierung – und damit im materiellen Gesetzgebungsverfahren – gilt dies für Baden-Württemberg,

2220 Vgl. im hier interessierenden Zusammenhang *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 100; ansonsten zum Rechtscharakter von Geschäftsordnungsrecht s. oben, Fn. 1714.

2221 Perspektivisch sieht der Koalitionsvertrag auf Bundesebene für 2021-2025 (SPD/Bündnis 90 – Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen, S. 10) die Einrichtung eines Gesetzgebungsportals vor, das nicht nur (wie schon jetzt in NRW, vgl. <https://www.landtag.nrw.de/home/dokumente/dokumentensuche/gesetzgebungsportal.html>) über den Stand der Gesetzgebungsvorhaben informieren, sondern auch erprobungsweise für „öffentliche Kommentierungsmöglichkeiten“ geöffnet werden soll; Hinweise auf eine geplante rechtliche Regelung sind in diesem Zusammenhang jedoch nicht erkennbar.

2222 §§ 18 Abs. 3 EGovG NRW, 1 Abs. 9 SächsEGovGDVO, 12, 17 Abs. 1 Nr. 10 EGovG LSA.

2223 Keinen Bezug zu Gesetzgebungsverfahren enthalten die Beteiligungsportale in Berlin (<https://mein.be.rlin.de/>), Hamburg (<https://www.hamburg.de/stadtwerkstatt>, <https://bauleitplanung.hamburg.de/>),

Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen.²²²⁴ Allerdings fehlt diesen Regelungen bezüglich der Gesetzgebung (ebenfalls) der nötige Verbindlichkeits- und Konkretisierungsgrad, um eine partizipationsrechtlich hinreichend belastbare Normbasierung bejahen zu können.²²²⁵ Allein in Baden-Württemberg besteht – allerdings rechtlich nur äußerst schwach (nämlich in einer Verwaltungsvorschrift) fixiert – eine vergleichsweise strikt formulierte Vorgabe. So sieht die Verwaltungsvorschrift Regelungen²²²⁶ unter Nr. 5.3.6 vor, dass „Gesetzentwürfe [...] mit Vorblatt und Begründung [...] zum Zeitpunkt der Einleitung des Anhörungsverfahrens mit gleicher Frist im Beteiligungsportal [...] zu veröffentlichen“ sind. Dieses Beteiligungsportal ist schon ausweislich seiner Bezeichnung kein reines Informationsportal und dementsprechend dialogisch angelegt, weshalb es als Anhörungsrecht qualifiziert werden kann. So findet sowohl eine Online-Kommentierung (Phase 1) als auch eine Feedback-Phase („Antwort des Ministeriums“ – Phase 2) statt, bevor sich das weitere Verfahren anschließt.²²²⁷ Außerdem werden die Beteiligungsergebnisse und ihre Rezeption zusammenfassend beim Anhörungsergebnis im Rahmen der Einbringungsdrucksache des Gesetzentwurfs dargestellt,²²²⁸ womit nicht nur Transparenz erzeugt wird, sondern auch ein weiteres kollektives Feedback erfolgt. In rechtlicher Hinsicht handelt es sich bei der genannten Regelung zwar nur um eine Verwaltungsvorschrift, der als solcher kein normativer Charakter zukommt. Aber in der Geschäftsordnung der Landesregierung wird hinsichtlich des Gesetzgebungsverfahrens auf die VwV Regelungen verwiesen. Sie nimmt damit am schwachen (weil auf Innenrechtswirkungen beschränkten) Rechtsnormcharakter der Geschäftsordnung teil, wie das bereits für die auf parlamentarisches Geschäftsordnungsrecht gestützte Richtlinie zur öffentlichen Petition auf Bundesebene dargelegt worden und für die partizipationsrechtlich erforderliche Rechtsnormbasierung als ausreichend anzusehen ist.²²²⁹

Mecklenburg-Vorpommern (<https://bplan.geodaten-mv.de/>) und Schleswig-Holstein (<https://bolapla-sh.de/>, <https://www.bob-sh.de/>).

2224 Vgl. <https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/de/startseite/>, <https://beteiligungsportal.hessen.de/portal/hauptportal/startseite>, www.beteiligung.nrw.de, <https://buergerbeteiligung.sachsen.de/portal/sachsen/startseite>.

2225 Auch die sächsische VwV Normerlass gibt in Nr. 6 lit. b) die Veröffentlichung im Beteiligungsportal nur für den Fall vor, dass das Kabinett eine Anhörungsfreigabe beschlossen hat.

2226 Verwaltungsvorschrift der Landesregierung und der Ministerien zur Erarbeitung von Regelungen (VwV Regelungen) v. 26.9.2023 (GABl. BW S. 444).

2227 Vgl. dazu die empirische Untersuchung von *Brettschneider*, Partizipative Landesgesetzgebung, S. 1 ff.

2228 Siehe *Brettschneider*, Partizipative Landesgesetzgebung, S. 1 (47).

2229 S. oben, → Rn. 425.

(b) Fachlich-sektorale Regelungen

525 Wie § 42a GGO auf Bundesebene stellen auch die Länder für ihre²²³⁰ Regelungen mit berufsbeschränkendem Inhalt i.S.d. Richtlinie (EU) 2018/958 das unionsrechtlich geforderte Beteiligungsniveau sicher, was sowohl inhaltlich als auch normqualitativ unterschiedlich erfolgt. In partizipationsrechtlich-inhaltlicher Hinsicht geht Hessen am weitesten. Nach § 38 Abs. 2 GGO HE müssen die einschlägigen Entwürfe „auf der Internetseite des federführenden Ministeriums mit dem Hinweis auf die Gelegenheit zur Stellungnahme“ veröffentlicht werden, womit die allgemeine Öffentlichkeit beteiligungsberechtigt ist. Auch in Sachsen sind entsprechende Normentwürfe mindestens zwei Wochen in das Beteiligungsportal einzustellen, was allerdings nur in einer Verwaltungsvorschrift und damit normativ äußerst schwach geregelt ist.²²³¹ Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, das Saarland und Schleswig-Holstein setzen die Richtlinie in Gesetzesform um und verlangen neben der Internetveröffentlichung, dass alle Betroffenen Gelegenheit haben müssen, ihren Standpunkt darzulegen.²²³² Außerdem sind in Übernahme des Richtlinienwortlauts öffentliche Anhörungen vorgeschrieben, „soweit dies relevant und angemessen ist“.²²³³ In der Sache ähnlich sind die Regelungen in Brandenburg und Sachsen-Anhalt, die aber geschäftsordnungsrechtlicher Natur sind.²²³⁴ Dagegen sieht Thüringen in § 25 Abs. 3 ThürGGO nur eine Veröffentlichung im Internet und eine Einbeziehung der Interessenträger – also nicht der betroffenen und schon gar nicht der allgemeinen Öffentlichkeit – in das Anhörungsverfahren vor. Inhaltlich ähnlich verhält es sich in Mecklenburg-Vorpommern, wo dies allerdings nur in einer Verwaltungsvorschrift niedergelegt ist.²²³⁵ Ebenfalls normativ kaum mehr wahrnehmbar ist die Umsetzung in Bayern, wo lediglich eine – rechtlich wohl ebenfalls als Verwaltungsvorschrift zu qualifizierende – „Richtlinie“ der Staatsregierung besteht, die für Regierungsentwürfe auf § 15 Abs. 7 StRGO Bezug nimmt und die Durchführung öffentlicher Konsultationen in das Ermessen des federführenden Ressorts stellt.²²³⁶ In Niedersachsen beschränkt sich § 38a S. 2 GGO NI darauf, eine Beteiligung der Öffentlichkeit nach Art. 8 RL (EU) 2018/958 und eine dafür geeignete Veröffentlichung vorzuschreiben.

2230 Unberücksichtigt bleiben hier die landesgesetzlichen Regelungen zur Weitergabe der Verpflichtungen aus der Richtlinie an nachgeordnete Körperschaften.

2231 Nr. 11 lit. b) VwV Normerlass Sachsen.

2232 §§ 5 Abs. 1 VHMPG BW, 6 Abs. 1 u. 2 VHMPG NRW, 6 Abs. 1, 2 VHMPG SL, 6 Abs. 1, 2 VHMPG SH.

2233 §§ 5 Abs. 2 VHMPG BW, 6 Abs. 3 VHMPG NRW, 6 Abs. 3 VHMPG SL, 6 Abs. 3 VHMPG SH.

2234 § 21a Abs. 2 i.V.m. Anlage 11a, Abschn. B.II. GGO BB; § 6 S. 3 i.V.m. Anl. 1, Teil 2, Abschn. 1 GGO LSA II.

2235 Verwaltungsvorschrift zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen bei Gesetzesinitiativen, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften durch die Landesregierung in Mecklenburg-Vorpommern v. 21.7.2020, ABl. M-V S. 338.

2236 Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei berufsreglementierenden Regelungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/36/EG (Verhältnismäßigkeitsprüfungsbekanntmachung Berufsreglementierungen – VerhBek), BayMBL. 2020 Nr. 431 v. 29.7.2020.

Daneben gibt es in Berlin und Hamburg besondere Beteiligungsregelungen im Naturschutzrecht. So sind die Naturschutzvereinigungen in Berlin bei Änderungen des dortigen Landesnaturschutzgesetzes mitwirkungsberechtigt (§ 45 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG BE) und in Hamburg sogar bei der Vorbereitung aller Gesetze, „die die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege erheblich berühren“ (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchGAG HH). Zwar handelt es sich dabei nur um eine verbandlich vermittelte Teilhabe, die aber wegen des Erfordernisses der Eintrittsoffenheit für die Verbandsanerkennung²²³⁷ noch als mittelbare Partizipation anzusehen ist. 526

(2) Formelles Gesetzgebungsverfahren

Lediglich zwei Bundesländer sehen Beteiligungsportale auf parlamentarischer Ebene und damit im Rahmen des formellen Gesetzgebungsverfahrens vor. Dabei handelt es sich zum einen um § 81a Abs. 1 GO LT RLP mit dem Ziel, interessierten Personen „politische Vorgänge im Landtag näherzubringen“ (also u.a. Gesetzgebungsvorhaben) und „in den noch offenen Gestaltungsprozess einzubeziehen“. Hierfür soll neben der Bereitstellung entsprechender Informationen zum Inhalt und Verfahrensstand auch „die Abgabe von Diskussionsbeiträgen ermöglicht“ werden. Allerdings ist diese seit 2017 bestehende Regelung bislang nur hinsichtlich des Informationsteils – mit der Möglichkeit, Fragen an die Landtagsverwaltung zu stellen – umgesetzt worden.²²³⁸ Ein Diskussionsforum besteht dagegen noch nicht, weshalb auch keine Weiterverarbeitung von dortigen Beiträgen im Sinn der genannten Einbeziehung möglich und vorgesehen ist. Da diese Vorschrift aber zudem keine klare Beteiligungsverpflichtung vorsieht, indem die betroffenen „politischen Vorgänge“ im unbestimmten Artikel genannt sind und demnach auch nur einen ausgewählten Teil davon umfassen können, stellt dies unabhängig von der fehlenden Umsetzung keine hinreichende partizipationsabsichernde Regelung dar, sondern nur ein fakultatives Optionsangebot an die Landtagsverwaltung mit allenfalls bedingt partizipationsrechtlicher Qualität. 527

Aussagekräftiger ist § 96 der Geschäftsordnung des Thüringer Landtags, der in Abs. 1 die Einrichtung eines Online-Diskussionsforums und in Abs. 2 die Möglichkeit der dortigen Behandlung von dem Landtag zugeleiteten Gesetzentwürfen vorsieht. Auch das nähere Verfahren ist dort geregelt: Nach § 96 Abs. 3, 4 GO LT TH beschließen der federführende Ausschuss oder bereits das Plenum im Rahmen der Ausschussüberweisung über die Durchführung einer Online-Diskussion einschließlich des dafür vorgesehenen Zeitraums. Die Ergebnisse der Online-Diskussion wer- 528

2237 § 63 Abs. 2 BNatSchG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UmwRG; wird diese Eintrittsoffenheit gestrichen – wie zu erwarten ist, s. unten, → Rn. 801 –, entfällt mit der Jedermann-Zugänglichkeit der mittelbar partizipationsrechtliche Charakter.

2238 Vgl. das Online-Portal „Nachgefragt“ unter <https://nachgefragt.landtag.rlp.de/nachgefragt>.

den u.a. der Landesregierung, den betroffenen Ausschüssen und allen Abgeordneten zur Verfügung gestellt und können vom federführenden Ausschuss in öffentlicher Sitzung beraten werden (§ 96 Abs. 5 GO LT TH). Auch wenn dieses Diskussionsforum eingerichtet und aktiv ist, kann auch hier nur von einer bedingt partizipationsrechtlichen Regelung gesprochen werden; die Ausschüsse sind völlig frei in ihrer Entscheidung, eine Gesetzesvorlage im Forum diskutieren zu lassen.²²³⁹

- 529 Daneben gibt es in der Hamburgischen Bürgerschaft für jede Person die Möglichkeit, an einer öffentlichen Anhörung eines Ausschusses nicht nur teilzunehmen, sondern sich auch zu Wort zu melden; dieses ist dann auch zu erteilen (§ 59 Abs. 3 BürgGO HH). Eine solche öffentliche Anhörung ist aber weder speziell für Gesetzesberatungen noch für Ausschussberatungen generell vorgesehen, sondern muss jeweils (allerdings auf Antrag eines Viertels der Mitglieder zwingend) beschlossen werden (§ 59 Abs. 1 BürgGO HH). Insofern handelt es sich auch dabei um eine nur bedingt partizipationsrechtliche Vorschrift.

d) Verfassungsrechtliche Anforderungen

- 530 Soweit eine bürgerschaftliche Mitwirkung im Gesetzgebungsverfahren auch nur fakultativ vorgesehen ist, stellen sich dabei verschiedene verfassungsrechtliche Fragen.²²⁴⁰ Wenn nämlich eine solche Beteiligung erfolgt, stellt diese auch bei einer fehlenden politischen oder gar rechtlichen Bindungswirkung „ein Stück Ausübung von Staatsgewalt“²²⁴¹ dar.²²⁴² Denn eine – auch rechtlich letztlich unverbindliche – Einwirkung von Bürgern auf die Willensbildung der zuständigen Verfassungsorgane sowohl im formellen als auch im materiellen Gesetzgebungsverfahren hat im Rahmen des Konzepts eines „kooperativen Staates“²²⁴³ – was ja gerade gewollt ist – potenziell inhaltliche Auswirkungen auf das staatliche Rechtsetzungshandeln.²²⁴⁴ Zwar ist davon – auch faktisch – nicht das verfassungsrechtliche Kompetenzgefüge berührt, weshalb sich nicht die Frage nach einer Absicherung auf Verfassungsebene stellt.²²⁴⁵ Sieht man aber diese Einflussnahme auf die Staatswillensbildung vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips als wesentlich an, greift der allgemeine Vorbe-

2239 Ganz anders dagegen der klar partizipationsrechtlich formulierte Regelungsvorschlag von „Mehr Demokratie Thüringen“ unter <https://thueringen.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/Buergerbeteiligung%20Gesetzgebung.pdf>, S. 3.

2240 Vgl. dazu (im Zusammenhang von Beteiligungshaushalten auf staatlicher Ebene) *Haug/Pautsch*, *Rechtliche Machbarkeit*, S. 159 (170 ff.).

2241 BVerfGE 8, S. 104 (Ls. 5).

2242 A. A. *Hugo*, *Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation*, S. 126.

2243 *Hugo*, *Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation*, S. 105 f. m.w.N.

2244 Zum durchaus vorhandenen Einflusspotenzial der Gesetzgebungspartizipation s. etwa *Brettschneider/Renkamp*, *Partizipative Gesetzgebungsverfahren*, S. 41.

2245 Vgl. *Hugo*, *Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation*, S. 121 ff.

halt des Gesetzes.²²⁴⁶ Wegen der Einwirkung auf die hoheitlichen Entscheidungsprozesse spricht deshalb – entgegen der gesamten langjährigen Staatspraxis in Bund und Ländern, die seit jeher Anhörungen im Rahmen von Gesetzgebungsverfahren allenfalls geschäftsordnungsrechtlich geregelt haben – einiges für die Notwendigkeit einer formellgesetzlichen Rechtsgrundlage.

In inhaltlicher Hinsicht wären dort die grundsätzliche gesetzgeberische Bejahung dieser Einflussnahme sowie – ggf. zumindest im Weg einer Verordnungsermächtigung – auch einige verfassungsrechtlich gebotene Eckpunkte der Beteiligung zu regeln.²²⁴⁷ Neben der Transparenz der in jüngerer Zeit aufmerksamer betrachteten Lobby-Einflüsse gilt dies auch für die in den Wahlrechtsgrundsätzen zum Ausdruck kommenden Prinzipien einer Jedermann-Beteiligung und der freien Willensbildung. Zwar gelten die Wahlrechtsgrundsätze hier nicht unmittelbar, können aber wegen der dem Grunde nach vergleichbaren Ausrichtung als (erheblich schwächeres, aber auch konkreteres) Instrument zur Mitwirkung an der Staatswillensbildung als Gesamtkonzept analog herangezogen werden.²²⁴⁸ So wäre zumindest auf der Grundlage einer hinreichenden Identifikation der beteiligungswilligen Personen im Sinne der Wahlrechtsgleichheit sicherzustellen, dass nicht dieselbe Person unter zahlreichen verschiedenen – womöglich frei erfundenen – Identitäten (oder sogar über „Bots“ genannte automatisierte Computerprogramme)²²⁴⁹ den Eindruck eines breiten Bedürfnisses vortäuschen kann.²²⁵⁰ Besonders verschärft würde dies dann gelten, wenn verschiedene Regelungsalternativen (wenngleich unverbindlich) zur Abstimmung gestellt würden oder die Möglichkeit von Likes und Dislikes bestünde. Außerdem wäre aus dem Grundsatz der freien Wahl ein minimales Sachlichkeitsgebot für die Beiträge (wie das bei der öffentlichen Petition auch – wenngleich normqualitativ unzureichend – festgelegt ist) abzuleiten, um völlig sachwidrigen wechselseitigen Beeinflussungen der Beteiligungswilligen Grenzen zu setzen.

3. Partizipationsrechtliche Bedeutung

Wie die Gesamtschau zeigt, steht die partizipative Gesetzgebung – und noch mehr deren rechtliche Absicherung – in Deutschland bislang am Anfang. Bund und Länder tasten sich noch vorsichtig voran, indem zunnächst versuchsweise, vereinzelt und ohne Normbasierung Öffentlichkeitsbeteiligungen vor allem parallel zur

2246 Das Bundesverfassungsgericht begründet die den Gesetzesvorbehalt begründende Wesentlichkeitstheorie auch mit dem Demokratieprinzip, vgl. BVerfGE 150, S. 1 (Rn. 191).

2247 Ähnlich auch *Pautsch/Zimmermann*, ZParl 2020, S. 385 (395); zur Debatte über eine Verrechtlichung des (Verbände-)Beteiligungsrechts s. *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 341-343.

2248 Vgl. *Pawlowski*, Methodenlehre, Rn. 476 ff.

2249 Vgl. *Müller-Török/Prosser*, Technisch-organisatorische Machbarkeit, S. 83 (103).

2250 Anschaulich zu den vielfältigen Möglichkeiten zur Erzeugung von Fake Usern *Müller-Török/Prosser*, Technisch-organisatorische Machbarkeit, S. 83 (125).

Verbändeanhörung im materiellen Gesetzgebungsverfahren durchgeführt werden. Insofern gibt es durchaus schon einige Projekte partizipativer Gesetzgebung.²²⁵¹ Dagegen fällt der partizipationsrechtliche Befund noch sehr viel bescheidener aus. Soweit überhaupt normativ relevante Regelungen bestehen, enthalten sie ganz überwiegend nur Optionen eine Öffentlichkeitsbeteiligung an der Gesetzgebung, über deren Einsatz einseitig die zuständigen hoheitlichen Stellen – im materiellen Gesetzgebungsverfahren Regierungen und Ministerien sowie im formellen Gesetzgebungsverfahren Parlamente bzw. federführende Ausschüsse – befinden. Eine normative Stringenz im Sinne einer gewissen, zumindest objektiv-rechtlichen Verbindlichkeit fehlt meistens (noch), insbesondere soweit es nicht nur um Information, sondern auch um dialogische Elemente im Sinn von Anhörungsrechten geht.

533 Die wenigen Ausnahmen einer auch partizipationsrechtlichen Gesetzgebungs-beteiligung bilden zum einen (in Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinie) die gesetzlichen oder zumindest geschäftsordnungsrechtlichen Regelungen für Normsetzungsverfahren mit berufsbeschränkenden Gegenständen, wenn der Kreis der Anhörungsberechtigten nicht zu eng gezogen ist, sondern die allgemeine oder zumindest (weit verstanden) betroffene Öffentlichkeit umfasst. Zum anderen lassen sich das geschäftsordnungsrechtliche Beteiligungsrecht in Bayern und – wegen schwacher normativer Qualität gerade noch – die baden-württembergische Vorschrift in Nr. 5.3.6 der VwV Regelungen sowie bedingt die geschäftsordnungsrechtlichen Beteiligungsoptionen in Rheinland-Pfalz und in Thüringen sowie das hamburgische Rederecht in den Ausschussberatungen der Bürgerschaft als partizipative Anhörungsrechte im hier verstandenen Sinn einordnen.

534 Deutlich weiter ist in diesem Kontext die Rechtslage beispielsweise in der Schweiz, wo das dort „Vernehmlassung“ genannte Anhörungsverfahren (im materiellen Gesetzgebungsverfahren) seit 2005 im Vernehmlassungsgesetz (VLG) formell-gesetzlich geregelt ist.²²⁵² Die Vernehmlassung ist danach nur ausnahmsweise (unter Begründungspflicht) verzichtbar (vgl. Art. 3a VLG)²²⁵³ und sieht eine öffentliche Publikation aller erforderlichen Unterlagen in elektronischer Form vor (Art. 9 VLG), wobei neben Gebietskörperschaften und Verbänden nicht nur „die im Einzelfall interessierten ausserparlamentarischen Kommissionen und weiteren Kreise“ zur Stellungnahme aufgefordert werden, sondern „jede Person und jede Organisation“ ein in Art. 4 Abs. 1 VLG verbrieftes Recht auf Beteiligung und Abgabe einer Stellungnah-

2251 Vgl. die Studien von *Brettschneider/Renkamp*, Partizipative Gesetzgebungsverfahren, und *Faas/Paust/Renkamp*, Das Beteiligungsverfahren zum Transparenzgesetz Rheinland-Pfalz.

2252 Ausf. und instruktiv zum Schweizer Vernehmlassungsverfahren *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 150 ff.; zu weiteren internationalen Beispielen (Südafrika, USA) für partizipationsrechtliche Instrumente im Gesetzgebungsverfahren vgl. *Steiger*, Der partizipative Staat, S. 487 f.

2253 Dabei handelt es sich allerdings nicht um einen subjektiv-rechtlichen Anspruch, der einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich wäre, vgl. *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 264.

me hat.²²⁵⁴ Dabei haben alle, die davon Gebrauch gemacht haben, einen Anspruch auf Kenntnisnahme, Gewichtung und Auswertung ihrer Stellungnahmen, die dann in einen öffentlichen Ergebnisbericht einfließen.²²⁵⁵

IV. Anhörungsrechte 3: Öffentlichkeitsbeteiligung in Verwaltungsverfahren

1. Völker- und unionsrechtliche Vorgaben

a) Regeln zur Öffentlichkeitsbeteiligung der Aarhus-Konvention

Neben den bereits im vorherigen Abschnitt angesprochenen Regelungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung an Rechtsetzungsprozessen enthält die Aarhus-Konvention eine Ermächtigung – vor allem – der breiten Bürgerschaft zur Wahrnehmung von Umweltbelangen in verschiedensten Verwaltungsverfahren, ohne eine eigene rechtliche Betroffenheit vorweisen zu müssen.²²⁵⁶ Dies betrifft Entscheidungsprozesse, Pläne und Programme sowie – abgeschwächt – Politiken mit erheblichen Umweltauswirkungen (Art. 6 u. 7 AK). Sowohl aufgrund der deutschen Ratifizierung als auch der unionsrechtlichen Umsetzung gelten daher (auch) für die deutsche Gesetzgebung insoweit inter- und supranationale Minimalvorgaben²²⁵⁷ zur Bürgerbeteiligung jedenfalls in solchen Verwaltungsverfahren, die einen umweltpolitischen Bezug aufweisen.

(1) Umweltbezogene Genehmigungs- oder Zulassungsentscheidungen

So haben sich die Vertragsparteien der Aarhus-Konvention dazu verpflichtet, bei allen Entscheidungen über Tätigkeiten mit potenziell erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt – mit fakultativer Ausnahme bei Tätigkeiten zu Zwecken der Landesverteidigung – ein gestuftes Konzept zur Information und Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit zu verwirklichen; im Grundsatz gilt dies auch für nachfolgende Überprüfungen und Regelungsaktualisierungen bei solchen Projekten (Art. 6 Abs. 1, 10 AK). Der Anwendungsbereich wird dabei einerseits in Art. 6 Abs. 1 lit. a) AK durch den Verweis auf Anlage 1 konkretisiert. Hierzu zählen u.a. Betriebe und Einrichtungen des Energiebereichs, der Herstellung und Verarbeitung von Metallen, der mineralverarbeitenden Industrie, der chemischen Industrie und der Abfallbehandlung sowie außerdem bestimmte weitere Industrieanlagen und wesentliche Verkehrsinfra-

2254 Dazu näher *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 232.

2255 *Hugo*, Vernehmlassung, Anhörung, Konsultation, S. 247 ff.

2256 Zur Entstehungsgeschichte und Bedeutung der Aarhus-Konvention näher s. oben, → Rn. 271-276.

2257 Weitergehenden Beteiligungsrechten steht die Aarhus-Konvention nach Art. 3 Abs. 5 ausdrücklich nicht entgegen, weshalb sie nur als Minimalanforderung („floor, not a ceiling“) anzusehen ist, vgl. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 3 Rn. 15 m.w.N.

strukturmaßnahmen. Andererseits macht Art. 6 Abs. 1 lit. b) AK deutlich, dass diese umfassende Liste keineswegs abschließend ist, indem ausdrücklich auch darin nicht genannte Tätigkeiten vom Anwendungsbereich des Art. 6 AK erfasst sind, wenn sie „eine erhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können.“ Des Weiteren wird der Begriff der „betroffenen Öffentlichkeit“ sehr weit gefasst, indem darunter alle (natürlichen und juristischen) Personen verstanden werden, die von einem solchen Verfahren zumindest wahrscheinlich betroffen sind oder am Verfahrensgegenstand ein Interesse haben; Letzteres umfasst ausdrücklich alle nichtstaatlichen Umweltschutzorganisationen (Art. 2 Nr. 4, 5 AK).²²⁵⁸

537 Das Beteiligungskonzept der Aarhus-Konzeption sieht als erste Stufe eine proaktive, sachgerechte, rechtzeitige und effektive Information der Öffentlichkeit über die geplante bzw. beantragte Tätigkeit, die mögliche Entscheidung, die dafür zuständige Behörde, den vorgesehenen Verfahrensablauf einschließlich entsprechender zeitlicher Angaben und der Beteiligungsmöglichkeiten für die Öffentlichkeit sowie die UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens vor (Art. 6 Abs. 2 AK). Dabei bezieht sich das Kriterium der Sachgerechtigkeit auf die inhaltliche Relevanz und Genauigkeit der Information, während das Effektivitätsgebot stärker formbezogen verstanden wird und die Eignung der Publikationswege und -organe betrifft; das Rechtzeitigkeitsgebot kann mit Blick auf Art. 6 Abs. 4 AK mit einem Frühzeitigkeitsgebot gleichgesetzt werden.²²⁵⁹ Die in Art. 6 Abs. 2 AK aufgezählten Einzelinformationen sind wegen der Worte „unter anderem“ ausdrücklich nicht als abschließend, sondern als Mindeststandard anzusehen.²²⁶⁰ Außerdem sollen die Vorhabenträger bereits vor dem eigentlichen Verfahrensbeginn (in Form der Antragstellung) möglichst dazu ermutigt werden, von sich aus die betroffene Öffentlichkeit zu ermitteln und auf diese proaktiv zuzugehen (Art. 6 Abs. 5 AK). Das eigentliche Beteiligungsverfahren muss in jeder Phase des Gesamtverfahrens zeitlich so auskömmlich gestaltet sein, dass die Öffentlichkeit ihre Beteiligung effektiv vorbereiten und durchführen kann (Art. 6 Abs. 3 AK).²²⁶¹

538 Um auch inhaltlich fundiert teilhaben zu können, muss die betroffene Öffentlichkeit als zweite Stufe (ggf. auf Antrag) „sobald verfügbar“ alle für das betreffende Entscheidungsverfahren inhaltlich relevanten Informationen und Unterlagen erhalten (Art. 6 Abs. 6 S. 1 AK). Hierfür gibt Art. 6 Abs. 6 S. 2 AK wiederum eine nicht abschließende Liste als Minimalanforderung vor,²²⁶² wozu insbesondere Beschreibungen des Standorts des Projekts und seiner wesentlichen umweltbezogenen Auswirkungen sowie der Maßnahmen zur Vermeidung bzw. Verringerung dieser Auswirkungen zählen, außerdem eine nichttechnische – d.h. auch für fachliche

2258 Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, AK, Art. 2 Rn. 27-32.

2259 Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 42.

2260 Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 43.

2261 Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 27.

2262 Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 47.

Nichtexperten verständliche – Zusammenfassung der genannten Informationen sowie ein Überblick über die wichtigsten vom Antragsteller geprüften Alternativen und die wesentlichen der Behörde bereits vorliegenden Berichte und Empfehlungen.

Als dritte Stufe folgt dann das eigentliche Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung. 539 Von partizipationsrechtlich besonderer Bedeutung ist das Gebot, das Beteiligungsverfahren in einem „angemessenen zeitlichen Rahmen“²²⁶³ zu gestalten und so frühzeitig durchzuführen, dass „alle Optionen“ – einschließlich der Nichtrealisierung des Projekts²²⁶⁴ – „noch offen sind“ und dadurch eine echte Einflussnahme ermöglicht wird (Art. 6 Abs. 3, 4 AK). Während des Verfahrens zur Öffentlichkeitsbeteiligung muss dann jede Person als Teil der Öffentlichkeit (ohne Betroffenheitserfordernis!)²²⁶⁵ die Möglichkeit haben, Stellungnahmen vorzulegen oder in einer öffentlichen Anhörung vorzutragen (§ 6 Abs. 7 AK).²²⁶⁶ Außerdem hat das nationale Recht dann mit einer Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung der Beteiligungsergebnisse eine zumindest verfahrensmäßige Anschlussfähigkeit an den Entscheidungsprozess zu gewährleisten (§ 6 Abs. 8 AK). Darunter ist zwar für die zur Entscheidung berufene Behörde keine inhaltliche Befolgungspflicht zu verstehen,²²⁶⁷ aber auch nicht nur eine Kenntnisnahmepflicht, sondern ein Gebot zur substantiierten sachlichen Auseinandersetzung mit dem Vorbringen und dessen Einbeziehung in die Ausübung eines etwaigen Abwägungsermessens.²²⁶⁸ Eine stärkere Bindung wäre auch demokratietheoretisch problematisch, weil eine – ggf. partielle oder selektive – Öffentlichkeit bzw. die oft für sie handelnden Verbände kein inhaltliches Entscheidungsrecht zulasten des demokratisch legitimierten Staats haben können.²²⁶⁹

Schließlich muss als vierte und letzte Stufe des Beteiligungsverfahrens die inhaltliche Entscheidung, sobald sie getroffen worden ist, im vollen Wortlaut und mit Begründung der Öffentlichkeit bekanntgegeben werden (Art. 6 Abs. 9 AK). 540

2263 Die Angemessenheit des zeitlichen Rahmens ist entlang des Beteiligungszieles zu bestimmen, vgl. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 28 m.w.N. (insbes. zur Spruchpraxis des Compliance Committee).

2264 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 30 m.w.N.

2265 Was im Hinblick auf Art. 6 Abs. 4 UVP-RL die Frage der Völkerrechtskonformität aufwirft, s. unten, Fn. 2436.

2266 Umstritten ist, ob das Wort „oder“ im Konventionstext alternativ oder kumulativ zu verstehen ist; berücksichtigt man das Effektivitätsgebot, müssen – entgegen der Entscheidungspraxis des Compliance Committee – beide Äußerungsformen parallel eröffnet werden, vgl. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 33 m.w.N.

2267 Dies hätte sonst mit dem strengeren Begriff einer Beachtungspflicht zum Ausdruck kommen müssen, vgl. *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 12a Rn. 57.

2268 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 51, 54; ebenso *Bull*, DVBl. 2015, S. 593 (599).

2269 Vgl. *Bull*, DVBl. 2015, S. 593 (596 f.); *Fraenkel-Haerberle*, DÖV 2016, S. 549 (554 f.); *Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (770).

(2) Pläne, Programme und Politiken

541 Darüber hinaus müssen alle Ratifikationsstaaten der Aarhus-Konvention in ganz ähnlicher Weise die Beteiligung der Öffentlichkeit an der Erarbeitung umweltbezogener Pläne, Programme und Politiken sicherstellen. Darunter sind in Abgrenzung zu den Einzelfallentscheidungen im Außenrechtsverhältnis einerseits (die Art. 6 AK regelt) und zu den generell-abstrakt-verbindlichen Regelungen andererseits (die Art. 8 AK erfasst)²²⁷⁰ nur verwaltungsintern verbindliche Ausarbeitungen oder Rechtsetzungsvorbereitungsmaßnahmen von Behörden zu verstehen.²²⁷¹ Für Pläne und Programme ist ebenfalls nach einer vorab erfolgenden Bereitstellung von Informationen eine zeitlich auskömmliche und frühzeitige Beteiligung und die angemessene Berücksichtigung der Beteiligungsergebnisse vorgeschrieben (Art. 7 S. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 3, 4, 8 AK), wobei Letzteres ebenfalls als Erfordernis der substantiierten Auseinandersetzung anzusehen ist;²²⁷² in Ermangelung eines Verweises auf Art. 6 Abs. 9 AK ist den Vertragsstaaten jedoch keine Pflicht zur Veröffentlichung des Verfahrensergebnisses auferlegt.²²⁷³ Außerdem trifft die zuständige Behörde die nach den Konventionszielen auszurichtende Pflicht, die potenziell interessierte Öffentlichkeit (ohne Betroffenheitseinschränkung) proaktiv zu ermitteln (Art. 7 S. 3 AK). Angesichts der in den vorangestellten Erwägungsgründen formulierten Zielsetzung, „das Bewusstsein einer breiten Öffentlichkeit für Entscheidungen, die Auswirkungen auf die Umwelt und eine nachhaltige Entwicklung haben, zu schärfen sowie deren Beteiligung an diesen Entscheidungen zu unterstützen“, darf der Öffentlichkeitsbegriff hier nicht durch ein Betroffenheitserfordernis beschränkt werden.²²⁷⁴ Dagegen ist die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Vorbereitung umweltbezogener Politiken weniger reguliert und nur als Bemühensverpflichtung – also ohne konkrete Handlungspflicht – ausgestaltet (Art. 7 S. 4 AK).²²⁷⁵

(3) Justiziabilität der Öffentlichkeitsbeteiligung

542 Schließlich werden die verfahrensmäßigen Beteiligungsrechte der (ggf. betroffenen) Öffentlichkeit durch Art. 9 Abs. 2 AK einer eigenständigen Justiziabilität unterstellt und damit besonders geschützt, indem diese ausdrücklich neben etwaigen materi-

2270 Dazu oben, → Rn. 516 f.

2271 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 7 Rn. 2.

2272 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 7 Rn. 9.

2273 A.A. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 7 Rn. 9, 1. Spiegelstrich a.E., die mittels einer „Kettenverweisungsargumentation“ auch die von Art. 7 S. 2 AK nicht genannten Absätze von Art. 6 AK in Art. 7 AK einbeziehen wollen; da dadurch jedoch der insoweit klar selektive Wortlaut und damit der Wille der Konventionsstaaten missachtet würde, überzeugt dies nicht.

2274 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 7 Rn. 9, 4. Spiegelstrich.

2275 *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 7 Rn. 12.

ellen Rechtsfehlern²²⁷⁶ geltend gemacht werden können. Der Wortlaut der Aarhus-Konvention legt damit einen Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung sehr nahe, was zu einer gerichtlichen Aufhebungspflicht von partizipationsrechtswidrig zustande gekommenen Entscheidungen mit Umweltbezug führt.²²⁷⁷ Diesen Befund greift der EuGH bezüglich der die Aarhus-Konvention umsetzenden UVP-Richtlinie nur teilweise auf, indem er die grundsätzliche Möglichkeit einer Verbindung von Verfahrens- und Inhaltsfehlern (i.S.v. § 46 VwVfG) anerkennt, soweit den Klägern keine Beweislastpflichten für die Kausalität eines Verfahrensmangels für die inhaltliche Entscheidung auferlegt werden.²²⁷⁸ Dies wird jedoch weder den Konventionszielen noch dem Telos der UVP-RL gerecht.²²⁷⁹ Dasselbe gilt für die deutsche Konventionsumsetzung in § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UmwRG, wonach nur eine unterlassene – nicht jedoch eine fehlerhafte (z.B. zeitlich zu knapp bemessene) – Öffentlichkeitsbeteiligung zur eigenständigen Aufhebung der Entscheidung berechtigen soll, während nach § 4 Abs. 1a UmwRG ansonsten § 46 VwVfG zur Anwendung kommt.

b) Weitere völkerrechtliche Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung

Während die Aarhus-Konvention auf der Ebene des Völkerrechts die konkretesten 543 Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung enthält,²²⁸⁰ gibt es daneben noch eine Reihe anderer internationaler Abkommen mit ansatzweise partizipationsrechtlichem Gehalt.²²⁸¹ So sieht das Espoo-Abkommen zur grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung²²⁸² für Vorhaben mit „voraussichtlich erhebliche[n] nachteilige[n] grenzüberschreitende[n] Auswirkungen“ eine Umweltverträglichkeitsprüfung ausdrücklich einschließlich einer Öffentlichkeitsbeteiligung vor (Art. 2 Abs. 2); insbesondere muss der Vorhabensstaat auch die Öffentlichkeit betroffener anderer Konventionsstaaten beteiligen, und zwar in gleicher Weise wie die eigene Öffentlichkeit (Art. 2 Abs. 6). Deutlich weniger strikt und konkret ergibt sich eine inhaltlich ähnliche Verpflichtung aus Art. 14 Abs. 1 lit. c) des Übereinkommens über die biologische Vielfalt,²²⁸³ wonach „soweit möglich und sofern angebracht“ UVP-Verfahren implementiert werden sollen, die u.a. „gegebenenfalls die Beteiligung der Öffentlichkeit an diesen Verfahren ermöglichen“. Noch erheblich unbestimmter ist die Festle-

2276 Zu diesen s. unten, → Rn. 802-806, → Rn. 815-817.

2277 So auch *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 9 Rn. 29 a.E.

2278 EuGH, Urt. v. 7.11.2013 – Az. C-72/12, NVwZ 2014, S. 49 (Ls. 3); bekräftigt von EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – Az. C-137/14, NVwZ 2015, S. 1665 (l. Spiegelstrich u. Rn. 60-62); kritisch zur Kausalitätsrechtsprechung bereits zuvor *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 261 ff.; *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, S. 271.

2279 Vgl. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 9 Rn. 29.

2280 *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 243.

2281 *Ausf. B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 201 ff. (5. Kapitel).

2282 Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen v. 25.2.1991, BGBl. 2002 II S. 1406 (1407).

2283 Übereinkommen über die biologische Vielfalt v. 5.6.1992, BGBl. 1993 II, S. 1741 (1742).

gung im Minamata-Übereinkommen über Quecksilber,²²⁸⁴ wonach die Konferenz der Vertragsparteien Leitlinien u.a. zur Einbeziehung der Öffentlichkeit beschließen können.²²⁸⁵

c) Unionsrechtliche Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung

544 Die Europäische Union, die selbst Vertragspartei der Aarhus-Konvention ist,²²⁸⁶ hat die darin enthaltenen Verpflichtungen einerseits für sich selbst mit der Aarhus-Verordnung (VO 1367/2006)²²⁸⁷ und andererseits für die Mitgliedstaaten durch die Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie (RL 2003/35/EG)²²⁸⁸ umgesetzt.

(1) Öffentlichkeitsbeteiligung auf Unionsebene (Aarhus-Verordnung)

545 Da die Union selbst keine Verfahren zur Vorhabenzulassung durchführt und insofern kein Umsetzungsbedarf für Art. 6 AK besteht, beschränkt sich Art. 9 VO 1367 auf die Öffentlichkeitsbeteiligung bei umweltbezogenen Plänen und Programmen. Danach müssen die Organe und Einrichtungen der Union – insbesondere die ausdrücklich angesprochene Kommission, die für die Erarbeitung von Vorschlägen für solche Pläne und Programme primär zuständig ist – in einem frühen Stadium, „wenn alle Optionen noch offen sind“, eine praktisch relevante Möglichkeit zur Einbeziehung der Öffentlichkeit bei der Vorbereitung, Änderung oder Überprüfung dieser Festlegungen schaffen (Art. 9 Abs.1 VO 1367). Dabei sind die Organe zur proaktiven Ermittlung aller potenziell betroffenen oder interessierten Kreise der Öffentlichkeit verpflichtet (Art. 9 Abs. 2 VO 1367).

546 Daran schließt sich ein zweistufiges Beteiligungsverfahren an, das zunächst eine Informations- und dann eine Stellungnahmephase vorsieht. So müssen in der ersten Phase die ermittelten Kreise der Öffentlichkeit in geeigneter Weise über den Vorschlagsentwurf und die relevanten Umweltinformationen (jeweils soweit verfügbar) sowie über die Zuständigkeiten und Fristen für die Beteiligungsdurchführung informiert werden (Art. 9 Abs. 3 VO 1367). Anschließend besteht in der zweiten Phase für die Dauer von grundsätzlich²²⁸⁹ mindestens acht Wochen – ggf. ergänzt durch min-

2284 Übereinkommen von Minamata über Quecksilber, BGBl. 2017 II S. 610 (611).

2285 Angesichts der sehr unterschiedlichen Konkretisierung sieht B. Peters, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 259, 262, die Öffentlichkeitsbeteiligung noch nicht als (umwelt-)völkerrechtliches Prinzip, sondern noch als „ein in der Entstehung befindliches Konzept“.

2286 S. oben, → Rn. 272.

2287 S. oben, → Rn. 284-287.

2288 Richtlinie 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, ABl. L 156 v. 25.6.2003, S. 17.

2289 Eine Verkürzung ist bei besonderer Dringlichkeit oder einer bereits bestandenen Möglichkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung möglich, Art. 9 Abs. 4 S. 2 VO 1367.

destens vier Wochen vorher anzukündigenden Versammlungen oder Anhörungen – die Möglichkeit für jede Person, Stellungnahmen abzugeben (Art. 9 Abs. 4 VO 1367).

Schließlich müssen die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung „in angemessener Weise“ bei der Entscheidung berücksichtigt werden, was – entsprechend zur Diktion der Aarhus-Konvention – zumindest eine substantiierte Auseinandersetzung mit gegenläufigen Argumenten und Sichtweisen sowie deren Einbeziehung in den Abwägungsprozess bedeutet.²²⁹⁰ Außerdem ist das Entscheidungsergebnis – also der Plan oder das Programm – mit einer Begründung und Angaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung zu veröffentlichen (Art. 9 Abs. 5 VO 1367), was insoweit über die Umsetzungsanforderungen der Aarhus-Konvention hinausgeht.²²⁹¹

547

(2) Bürgerbeteiligungsvorgaben für die Mitgliedstaaten (v.a. Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie)

Die an die Mitgliedstaaten gerichtete Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie regelt in ihrem materiellen Kern einerseits – wie in der Aarhus-Verordnung – die Anforderungen an die Öffentlichkeitsbeteiligung bei Plänen und Programmen (Art. 2) sowie andererseits die Anpassungen der (damaligen)²²⁹² UVP-Richtlinie (RL 85/337/EWG) und der IVU-Richtlinie (RL 96/61/EG)²²⁹³ an die Aarhus-Konvention (Art. 3, 4). Bezüglich der Erarbeitung und Änderung von umweltbezogenen Plänen und Programmen (mit Ausnahmen für die Landesverteidigung und zivile Notfälle) verpflichtet die Union – unter Zugrundlegung des Öffentlichkeitsbegriffs der Aarhus-Konvention – die Mitgliedstaaten ebenfalls zum mehrstufigen Modell der Öffentlichkeitsbeteiligung (Art. 2 Abs. 2, 4 ÖB-RL).

548

So ist in Art. 2 Abs. 2 ÖB-RL zunächst eine umfassende Information der Öffentlichkeit über die vorliegenden Vorschläge, über die zuständige Behörde und über das Beteiligungsrecht vorgeschrieben, bevor dann eine frühzeitige Beteiligung, eine angemessene Berücksichtigung der Beteiligungsergebnisse und – nur als Bemühensverpflichtung ausgestaltet²²⁹⁴ – eine Information der Öffentlichkeit über die getroffene Entscheidung mit Begründung und Angaben zur durchgeführten Öffentlichkeitsbeteiligung zu erfolgen haben. Die näheren Details bleiben nach Art. 2 Abs. 3 ÖB-RL den Mitgliedstaaten überlassen, sofern eine „effektive Vorbereitung und Be-

549

2290 S. oben, → Rn. 539.

2291 Art. 7 S. 2 AK verweist nicht auf die Publizitätspflicht des Art. 6 Abs. 9 AK, s. oben, → Rn. 541.

2292 Die ursprüngliche UVP-RL 85/337/EWG wurde durch die RL 2011/92/EU abgelöst, die ihrerseits durch die RL 2014/52/EU novelliert wurde.

2293 Richtlinie des Rates vom 24.9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (96/61/EG), ABl. L 257 v. 10.10.1996, S. 26, später neu gefasst in Richtlinie 2008/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.1.2008 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. L 24 v. 29.1.2008, S. 8.

2294 Damit nutzt die Union den Spielraum der Vertragsparteien, der aus dem fehlenden Verweis in Art. 7 S. 2 AK auf Art. 6 Abs. 9 AK herrührt, s. oben, Fn. 2273.

teiligung der Öffentlichkeit“ sowie dafür ausreichende Zeitfenster für die einzelnen Phasen gewährleistet sind. Nach Art. 2 Abs. 5 i.V.m. Anhang I ÖB-RL gelten für einige wenige bestimmte Pläne und Programme gesonderte Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung,²²⁹⁵ die sich aus der Wasserrahmen-Richtlinie²²⁹⁶ oder der SUP-Richtlinie²²⁹⁷ ergeben. Dabei unterscheidet Letztere zwischen einer völlig uneingeschränkten Öffentlichkeit bei der Transparenz- und Informationspflicht gem. Art. 6 Abs. 1 SUP-RL und einer auf potenziell Betroffene und Interessierte beschränkten Öffentlichkeit beim Stellungnahmerecht (Art. 6 Abs. 2, 4 SUP-RL).²²⁹⁸

550 Die Vorgaben für die mitgliedstaatlichen Verwaltungsverfahren zu einzelnen Projekten erfolgen durch die Anpassungen der (damaligen) UVP-RL in Art. 3 ÖB-RL und der damaligen IVU-RL (die in der heutigen IE-RL²²⁹⁹ aufgegangen ist) in Art. 4 ÖB-RL. Dazu zählen hauptsächlich in der heute geltenden Fassung der UVP-RL und in der IE-RL

- die Begriffe der Öffentlichkeit und der betroffenen Öffentlichkeit aus der Aarhus-Konvention (Art. 3 Nr. 1, Art. 4 Nr. 1 lit. b) ÖB-RL, Art. 1 Abs. 2 lit. d) und e) UVP-RL, Art. 3 Nr. 16 und 17 IE-RL),
- der optionale Anwendbarkeitsausschluss der UVP-RL für Projekte der Landesverteidigung, soweit davon negative Auswirkungen erwartet werden (Art. 3 Nr. 2 ÖB-RL, Art. 1 Abs. 3 UVP-RL),
- die Informationsvorgaben über den Antrag, über die Tatsache der UVP-Pflichtigkeit, über Angaben zu den zuständigen Behörden, über die möglichen Entscheidungsarten oder einen Entscheidungsentwurf, über Zeitpunkt, Ort und Form der Zugänglichmachung der relevanten Informationen, über Einzelheiten zur Öffentlichkeitsbeteiligung und über die wichtigsten Berichte und Empfehlungen im Zusammenhang mit dem Projekt, soweit diese bereits vorliegen (Art. 3 Nr. 4 und Anhang II ÖB-RL, Art. 6 Abs. 2, 3 UVP-RL, Anhang IV Nr. 1 u. 2 IE-RL),

2295 Vgl. Art. 14 Wasserrahmen-RL, 6 SUP-RL; allerdings enthält die Wasserrahmen-Richtlinie keine Pflichten zur Berücksichtigung der Anhörungsergebnisse sowie zur Anschlussinformation der Öffentlichkeit über das Verfahrensergebnis, während Art. 3 Abs. 7 SUP-RL zumindest Letzteres vorsieht.

2296 Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. L 327 v. 22.12.2000, S. 1 ff.

2297 Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.6.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, ABl. L 197 v. 21.7.2001, S. 30 ff.

2298 *Schubert*, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 29, spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von einem „trichterförmigen“ Beteiligungsmodell“.

2299 Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung), ABl. L 334 v. 17.12.2010, S. 17 ff.

- die Vorgabe einer frühzeitigen und effektiven Beteiligung der betroffenen²³⁰⁰ Öffentlichkeit (Art. 3 Nr. 4 ÖB-RL, Art. 6 Abs. 4 UVP-RL) bzw. eines Stellungnahmerechts der betroffenen Öffentlichkeit (Anhang II ÖB-RL, Anhang IV Nr. 3 IE-RL) mit einem auskömmlichen Zeitrahmen für eine effektive Vorbereitung und Beteiligung (Art. 3 Nr. 4 und Anhang II ÖB-RL, Art. 6 Abs. 6 UVP-RL, Anhang IV Nr. 5 IE-RL),
- das Gebot einer angemessenen Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung in der IE-RL (Anhang II ÖB-RL, Anhang IV Nr. 4 IE-RL)²³⁰¹ und
- die Vorgabe der Information der Öffentlichkeit über die Entscheidung mit Begründung und Angaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung (Art. 3 Nr. 6 lit. a), Art. 4 Nr. 3 lit. b) ÖB-RL, Art. 9 Abs. 1 UVP-RL).

Zahlreiche weitere Rechtsakte der EU sehen Vorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung 551
 vor. Vergleichsweise detailliert sind die Vorgaben in Art. 9 TenE-VO²³⁰² für vorrangige transeuropäische Energieinfrastrukturkorridore und -gebiete, wonach Abs. 1 i.V.m. Anhang VI Nr. 1 Mindeststandards für mitgliedstaatlich erstellte Verfahrenshandbücher zur Öffentlichkeitsbeteiligung und Abs. 2 i.V.m. Anhang VI Nr. 3 die Beachtung von Beteiligungsgrundsätzen vorgibt. Zu Letzteren zählen sowohl eine umfassende Information als auch eine frühzeitige – d.h. für eine Berücksichtigung von Einwänden rechtzeitige – sowie offene und transparente Anhörung. Zudem verpflichtet Abs. 4 den Vorhabenträger oder die Behörde dazu, jedenfalls vor der Antragstellung eine Anhörung durchzuführen. Des Weiteren ist Art. 9 der Rahmenrichtlinie für die maritime Raumplanung (MRO-RL)²³⁰³ zu nennen, der sich jedoch auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Sicherstellung einer Unterrichtung aller interessierten Kreise, einer frühzeitigen Anhörung der einschlägigen Interessenvertreter und Behörden sowie der betroffenen Öffentlichkeit und zur Gewährleistung deren Zugangs zu den Plänen nach deren Fertigstellung beschränkt, wobei in Erwägungsgrund 21 explizit auf die ÖB-RL als „gutes Beispiel“ Bezug genommen wird. Auch die Rahmen-Richtlinie für die Entsorgung von Atomabfällen (Entsorgungsrahmen-RL)²³⁰⁴ bekennt sich (bereits in ihren Zielen) zur „erforderliche[n] Unterrichtung und Be-

2300 Nach EuGH, Urt. v. 28.5.2020 – Az. C 535/18, NVwZ 2020, S.1177, Rn. (123) muss die Betroffenheit durch eine Verletzung umweltrechtlicher Richtlinienbestimmungen unmittelbarer Natur sein, was das BVerwG (Urt. v. 30.11.2020 – Az. 9 A 5/20, NVwZ 2021, S. 487, Rn. 43) übernommen hat.

2301 Für die UVP-RL war die Vorgabe entbehrlich, da dies in Art. 8 UVP-RL schon seit jeher vorgesehen war, vgl. die erste Fassung der UVP-RL (85/337/EWG) v. 27.6.1985, ABl. L 175 v. 5.7.1985, S. 40 ff.; seit ihrer Fassung von 2014 (RL 2014/52/EU v. 16.4.2014) ist sogar eine „gebührende“ Berücksichtigung vorgeschrieben.

2302 Verordnung (EU) Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.4.2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur [...], ABl. L 115 v. 25.4.2013, S. 39.

2303 Richtlinie 2014/89/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.7.2014 zur Schaffung eines Rahmens für die maritime Raumplanung, ABl. L 157 v. 28.8.2014, S. 135 ff.

2304 Richtlinie 2011/70/Euratom des Rates vom 19.7.2011 über einen Gemeinschaftsrahmen für die verantwortungsvolle und sichere Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle, ABl. L 199 v. 2.8.2011, S. 48 ff.

teilung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Entsorgung abgebrannter Brennelemente und radioaktiver Abfälle“ (Art.1 Abs.3 Entsorgungsrahmen-RL) und verlangt von den Mitgliedstaaten die Gewährleistung einer entsprechenden Information der Öffentlichkeit sowie der Möglichkeit einer effektiven Beteiligung (Art. 5 Abs.1 S. 2 lit. g), Art.10 Entsorgungsrahmen-RL). Ebenso sieht die Seveso-III-Richtlinie²³⁰⁵ zur „Verhütung schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen und zur Begrenzung der Unfallfolgen für die menschliche Gesundheit und die Umwelt“ (Art. 1) u.a. Unterrichtungen und Konsultationen der Öffentlichkeit sowie in Art. 15 insbesondere eine Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit bei Entscheidungen über die Ansiedlung oder wesentliche Änderung von Anlagen oder Betrieben mit einer besonderen Unfallgefahr durch gefährliche Stoffe vor. Weitere Beispiele stellen Art.19 der Meeresstrategie-Rahmenrichtlinie,²³⁰⁶ Art. 26 VO 1143/2014²³⁰⁷ und Art. 14 der bereits erwähnten Wasserrahmen-Richtlinie dar.

2. Verfahrensarten im nationalen Verwaltungsrecht

a) Grundtypik verwaltungsrechtlicher Anhörungsverfahren

(1) Anwendungsbereich

- 552 Das Verwaltungsrecht kennt eine im Wesentlichen offene Anhörungsbeteiligung für die (ggf. betroffene) Öffentlichkeit hauptsächlich dort, wo nicht nur einfach mehr oder minder gebundene Entscheidungen durch Überprüfung von Genehmigungs- oder Zulassungsvoraussetzungen getroffen werden, sondern multilaterale Interessenlagen betroffen sind und mit einem unterschiedlichen Grad an Ergebnisoffenheit Zukunftslösungen erarbeitet werden, nämlich bei Planungs-, Planfeststellungs- und bei besonders komplexen Genehmigungsverfahren.²³⁰⁸
- 553 Dieses besondere Entscheidungsinstrumentarium soll einerseits die Übereinstimmung eines Vorhabens, das in einem Plan oder in einem konkreten Projekt bestehen kann, mit allen berührten Bereichen des materiellen Rechts – insbesondere des Fachrechts – sicherstellen und andererseits einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Vorhabenträgers (die bei privaten Vorhaben insbesondere durch

2305 Richtlinie 2012/18/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Beherrschung der Gefahren schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen [...] v. 4.7.2012, ABl. L 197 v. 24.7.2012, S. 1 ff.

2306 Richtlinie 2008/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17.6.2008 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Meeresumwelt, ABl. L 164 v. 25.6.2008, S. 19, i.d.F. der Richtlinie (EU) 2017/845 der Kommission v. 17.5.2017, ABl. L 125 v. 18.5.2017, S. 27.

2307 Verordnung (EU) Nr.1143/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2014 über die Prävention und das Management der Einbringung und Ausbreitung invasiver gebietsfremder Arten, ABl. L 317 v. 4.11.2014, S. 35; zur Motivation vgl. Erwägungsgrund 29.

2308 Vgl. Köck, Pläne, § 36 Rn. 20 f. m.w.N., der im Hinblick auf die fließende Grenze zwischen beiden Bereichen von „Genehmigungsentscheidungen mit planungsrechtlichem Einschlag“ spricht.

die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie grundrechtsgeschützt sind und bei öffentlichen Vorhaben gemeinwohlorientiert sein müssen) und den Rechten und Interessen – v.a. betroffener – Einzelner herbeiführen.²³⁰⁹

Zur Erreichung dieses Zieles verfügt die entscheidende Stelle im Regelfall²³¹⁰ über ein sogenanntes Planungsermessen.²³¹¹ Dabei handelt es sich um einen ungewöhnlich großen Gestaltungsspielraum sowohl zum „ob“ als auch zum „wie“ der Genehmigung eines Planes oder eines Projektes.²³¹² Denn anders als im Aufgabenfeld der klassisch vollziehenden Verwaltung geht es bei der Planung nicht um eine konditionale Prüfung von Genehmigungsvoraussetzungen, sondern um eine finalzielorientierte Gestaltungsaufgabe,²³¹³ weshalb „Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre“²³¹⁴ und als „wichtigste Aufgabe gestaltender Verwaltung“ angesehen wird.²³¹⁵ Damit kommt der (regelmäßig behördlichen) Planungstätigkeit ein erheblicher und verwaltungstypischer Politikgehalt zu, weshalb *Ulrich Battis* in diesem Zusammenhang von „planende[r] Verwaltung als politische Verwaltung“ spricht, was namentlich im Bauplanungsrecht mit der Zuständigkeit kommunalpolitischer Gremien besonders zum Ausdruck kommt.²³¹⁶ Zugleich begründet gerade die Politik- und Gemeinschaftsbezogenheit von Planung ihre besondere Partizipationsaffinität. Freilich unterliegt diese Planungsfreiheit rechtlichen Bindungen, wie sie sich formell aus dem Verfahrensrecht und materiell aus vorgelagerten Planungsentscheidungen, dem Erfordernis der Planrechtfertigung, zwingenden Ver- und Geboten (den sog. Planungsleitsätzen) sowie dem Abwägungsgebot ergeben²³¹⁷ und – in ermessentypischen Grenzen²³¹⁸ – gerichtlich überprüfbar sind.²³¹⁹

2309 BT-Drs. 17/9666, S. 17 (linke Spalte).

2310 Zu den Ausnahmen gebundener Planungsentscheidungen s. *Neumann/Külpmann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 72 Rn. 11; *Uschkerit*, in: *Pautsch/Hoffmann* (Hrsg.), *VwVfG*, § 74 Rn. 10.

2311 Diese im Baurecht entwickelte Rechtsfigur ist auch für das Planfeststellungsrecht anerkannt, vgl. *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 15 Rn. 36 m.w.N.; *BVerwG*, *Urt. v. 14.2.1975 – Az. IV C 21/74*, *NJW* 1975, S. 1373 (1374).

2312 *Neumann/Külpmann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 72 Rn. 10, § 74 Rn. 26 ff.; *Uschkerit*, in: *Pautsch/Hoffmann* (Hrsg.), *VwVfG*, § 72 Rn. 10 u. § 74 Rn. 6; ebenso zum Bauplanungsrecht *Battis*, *Partizipation im Städtebaurecht*, S. 73.

2313 *Köck*, *Pläne*, § 36 Rn. 110; ähnlich *Steiger*, *Der partizipative Staat*, S. 171 f.

2314 *BVerwG*, *Urt. v. 7.7.1978 – Az. 4 C 79/76*, *NJW* 1979, S. 64 (65).

2315 *Battis*, *Partizipation im Städtebaurecht*, S. 88 f.

2316 *Battis*, *Partizipation im Städtebaurecht*, S. 179 f.

2317 *Köck*, *Pläne*, § 36 Rn. 111 f.; nähere Nachweise dazu unten, → Rn. 576.

2318 Zur Abwägungsfehlerlehre vgl. *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 15 Rn. 37-40; *Neumann/Külpmann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 74 Rn. 57-69; zur Rechtsschutzbegrenzung durch das Planungsermessen s. auch *Battis*, *Partizipation im Städtebaurecht*, S. 64 f., 74 ff.

2319 *Uschkerit*, in: *Pautsch/Hoffmann* (Hrsg.), *VwVfG*, § 74 Rn. 7.

(2) Grundstruktur des Verfahrens

555 Bei allen Unterschieden im Detail, die in den nachstehenden Teilen dieses Unterabschnitts behandelt werden, lässt sich bei allen verwaltungsrechtlichen Anhörungsverfahren im deutschen Verwaltungsrecht eine übereinstimmende Grundstruktur mit vier Phasen ausmachen, die meist ähnlich in den bereits dargestellten völker- und unionsrechtlichen Vorgaben enthalten sind:²³²⁰

556 i) Am Beginn des Beteiligungsverfahrens steht eine *Informationsphase*, die ihrerseits aus einem verfahrensmäßigen Ankündigungsteil und einem zeitlich nachgelagerten inhaltlichen Informationsteil – der sogenannten Auslegung – besteht. Gegenstand der Ankündigung sind die zeitlichen und örtlichen Modalitäten der Auslegung sowie der nachfolgenden Artikulationsphase, in der Regel verbunden mit Hinweisen auf Rechtsfolgen unterlassener oder verspäteter Äußerungen. Der inhaltliche Informationsteil umfasst eine öffentliche Auslegung und in vielen Verfahren zusätzlich eine internetgestützte Veröffentlichung²³²¹ der besonders verfahrensrelevanten Unterlagen (wie etwa die Antrags- und Planunterlagen, Ergebnisse von Umweltprüfungen etc.) zur Einsichtnahme für jedermann oder zumindest für solche Personen, die eine wie auch immer geartete Betroffenheit – auch nichtrechtlicher Art – aufweisen können. Diese erste Phase des Anhörungsverfahrens dient zum einen einer Anstoßfunktion, wonach die potenziell Partizipationswilligen ihre Betroffenheit oder ihr Verfahrensinteresse erkennen und abschätzen können sollen. Zum anderen gilt auch hier der bereits bei den Informationsrechten betonte Grundsatz, dass Partizipation nur wissensbasiert möglich ist. In diesem Sinn soll die Auslegung den Partizipationswilligen die nötigen Kenntnisse vermitteln, um ihre Artikulationsrechte effektiv und fundiert wahrnehmen zu können.

557 ii) Meist nur wenig später findet als zweiter Schritt die eigentliche Anhörung als *Artikulationsphase* statt. In diesem Verfahrensabschnitt haben alle (oder zumindest die in einem sehr weiten Sinn betroffenen) Personen²³²² die Möglichkeit, zu dem hauptverfahrensgegenständlichen Plan, Programm oder Projekt Stellung zu nehmen. Im weit überwiegenden Teil der Verwaltungsverfahren gilt wegen der damit verbundenen Umweltauswirkungen dasselbe für die nach dem UmwRG klagebefugten Umweltverbände. In vielen Verfahrensgestaltungen schließt sich an diese regelmäßig schriftlich durchgeführte Äußerungsrunde noch eine mündliche Erörte-

2320 So auch *E. Hofmann*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 18 UVPG Rn. 38; enger *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 110 (ohne Verarbeitungs- und Feedbackphase).

2321 Dazu generell *Hartmann*, MMR 2017, S. 383 ff.

2322 Für eine Abschaffung der ohnehin nicht besonders wirksamen Unterscheidung zwischen „Öffentlichkeit“ und „betroffener Öffentlichkeit“ *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 9; *Appel*, NVwZ 2012, S. 1361 (1365); *Gurlit*, JZ 2012, S. 833 (837, 839 f.); vgl. auch die verschiedenen Kategorien von (betroffener) Öffentlichkeit bei *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, S. 161.

rungsphase an, um in dialogischer Weise Unklarheiten und Meinungsunterschiede noch klarer herauszuarbeiten und ggf. aufzulösen. Besonders auffällig ist, dass dieser Bestandteil der Artikulationsphase – auch bei Umweltauswirkungen – nicht unionsrechtlich vorgegeben ist²³²³ und daher noch eine spezifisch deutsche Ausprägung des Beteiligungsprinzips darstellt, die damit auch zur Disposition der nationalen Gesetzgebung steht.

iii) Daran schließt sich dann die *Verarbeitungsphase* an, in der die mit dem Anhörungsverfahren betraute Stelle das Ergebnis des Beteiligungsprozesses ermittelt, wozu insbesondere die nicht aufgelösten oder behobenen Einwände zählen, bevor dann die für die zur Entscheidung berufene Stelle unter wertender und wägender Einbeziehung der Beteiligungsergebnisse die sachliche Abschlussentscheidung im Hauptverfahren trifft.²³²⁴ Wenngleich dieser Einbeziehungsprozess nur in einem Teil der Verfahrensnormen als „Berücksichtigung“ ausdrücklich erwähnt ist, kann dieser zumindest im Wesentlichen aus der Verfahrenslogik und aus dem Abwägungsgebot als generelle Verfahrensvorgabe abgeleitet werden.²³²⁵

iv) Den eigentlich erst final abschließenden Teil des Beteiligungsverfahrens bildet die – nur in einem Teil der Verfahren vorgesehene – *Feedbackphase*, in der die zuständige Behörde ihre Entscheidung öffentlich kommuniziert und idealerweise erläutert, inwiefern die Beteiligungsergebnisse aufgenommen wurden und welche sich warum in der Entscheidung nicht niedergeschlagen haben.²³²⁶ Die damit verbundene Responsivität des Verfahrens ist eine zentrale Erfolgsvoraussetzung für gelingende Partizipation.²³²⁷

Diese Grundstruktur des verwaltungsrechtlichen Beteiligungsverfahrens lässt sich als Vierphasen-Modell auch wie folgt grafisch darstellen:

2323 Vgl. etwa E. Hofmann, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 18 UVPG Rn. 8.

2324 Für diese Abschlussentscheidung kommen sowohl administrative Rechtsformen (v.a. Verwaltungsakt und seine Sonderform eines Planfeststellungsbeschlusses) als auch normative Kategorien wie z.B. Satzungen (Bebauungspläne), Rechtsverordnungen (bei verschiedenen Landesplanungen), rechtsnormähnliche hoheitliche Maßnahmen mit „sui generis“-Charakter (Flächennutzungspläne) oder nur verwaltungsintern wirkende Vorgaben (Linienführungen) mit jeweils unterschiedlichen Rechtswirkungen in Betracht; näher zur Rechtsformvielfalt allein im Planungsrecht Köck, Pläne, § 36 Rn. 35 ff., und zu den Rechtswirkungen Rn. 54 ff.; da sich das Partizipationsrecht demgegenüber indifferent verhält, wird auf die rechtlichen Einordnungen im Folgenden nicht mehr näher eingegangen.

2325 Vgl. z.B. Durner, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 83 WHG Rn. 70; B. Peters, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 117, will dagegen zwischen dem Tatsachenvortrag (der nach dem verwaltungsrechtlichen Untersuchungsgrundsatz einzubeziehen ist) und dem bewertenden Teil (für den das nicht gilt) differenzieren, was weder praktisch sinnvoll erscheint noch dem Grundsatz der Verfahrensfairness entspricht.

2326 J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 79 f., zählt die Responsivität des Verfahrens zu den zentralen Erfolgsbedingungen.

2327 J. Ziekow, NVwZ 2013, S. 754 (759); Kersten, Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, § 29 Rn. 14.

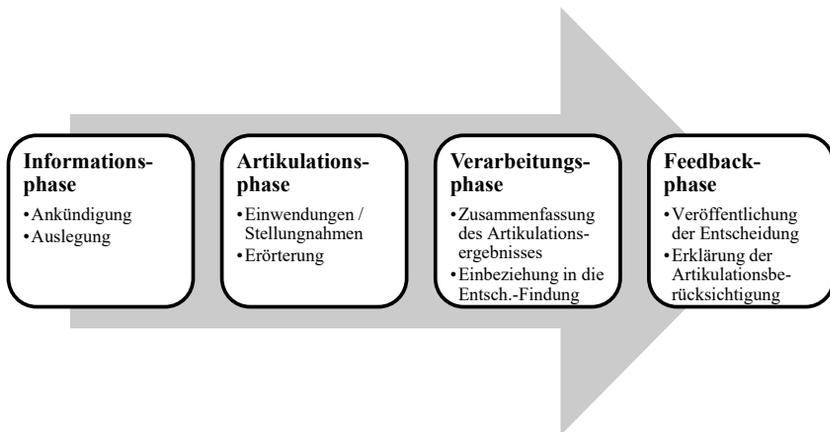


Abbildung 10: Grundstruktur des verwaltungsrechtlichen Beteiligungsverfahrens

561 Sieben Länder sehen in ihren E-Government-Gesetzen ganz generell eine optionale Nutzung des Internets zur elektronischen Öffentlichkeitsbeteiligung mit allen vier Phasen – also zur Information und zur Artikulationsermöglichung und mit der Verpflichtung zu einer Ergebnisauswertung und -publikation – vor.²³²⁸

562 Die partizipationsrechtlich zentralen Verfahrensunterschiede, die auch dem nachfolgenden Aufbau zugrunde liegen, bestehen im Kern darin, ob es nur ein verfahrensimmanentes Beteiligungsverfahren gibt (nachstehend unter → Rn. 563 ff.), oder ob es mehrstufige Beteiligungen im Kontext eines Verwaltungsverfahrens gibt (nachstehend unter → Rn. 607 ff.). Wiederum weitere Besonderheiten bestehen bei gesetzesvorbereitenden Verwaltungsverfahren (nachstehend unter → Rn. 626 ff.).

2328 Vgl. §§ 14 EGovG BE, 11 EGovG HB, 18 EGovG NRW, 15 EGovG RLP, 13 EGovG SL, 12 EGovG LSA, 24 ThürEGovG.

b) *Verwaltungsverfahren mit einem integrierten zentralen Anhörungsverfahren*

(1) Planfeststellungsrecht

(a) *Charakter und Anwendbarkeit*

Die wohl bedeutendste Verfahrensart mit einem Anhörungsverfahren ist das Planfeststellungsverfahren, das im Grundsatz²³²⁹ in den §§ 72-78 VwVfG²³³⁰ geregelt ist und auf Ursprünge im 19. Jahrhundert – namentlich das preußische Eisenbahngesetz von 1835 und das preußische Enteignungsgesetz von 1874²³³¹ – zurückgeht.²³³² In der jungen Bundesrepublik wurde es vor allem bei Infrastrukturprojekten insbesondere im Verkehrsbereich angewendet.²³³³ Im allgemeinen Verwaltungsverfahren steht das Planfeststellungsverfahren neben dem nichtförmlichen (§§ 9-35 VwVfG) und dem förmlichen (§§ 63-71 VwVfG) Verwaltungsverfahren. Als Querschnittsverfahren betrifft es zahlreiche und verschiedene komplexe Verwaltungs-, Genehmigungs- und Planungsverfahren mit Raumbezug und örtlichen oder überörtlichen Auswirkungen, die in einer zusammenfassenden Gesamtentscheidung alle damit verbundenen Probleme und Konflikte ausgleichen und lösen soll (Grundsatz der umfassenden Konfliktbewältigung).²³³⁴ Um dies zu ermöglichen, hat der verfahrens-

563

2329 Nicht selten enthalten die Fachgesetze neben der Anordnung der Durchführung des Planfeststellungsverfahrens zumindest einzelne Abweichungen vom Planfeststellungsverfahren des VwVfG, so z.B. §§ 17a FStrG, 18a AEG, 29 Abs. 1a PBefG, 14a WaStrG (Fakultativstellung des Erörterungstermins), §§ 17b f. FStrG, 18b f. AEG, 14b f. WaStrG (Besonderheiten beim Planfeststellungsbeschluss und bei der Plangenehmigung sowie bei deren Rechtswirkungen), § 10 Abs. 2 LuftVG (Anwendung von § 73 Abs. 3a VwVfG auf Äußerungen der jeweiligen Flughafen-Kommission; Fakultativstellung des Erörterungstermins unter bestimmten Voraussetzungen), oder § 43a EnWG (v.a. Weitergabe der Stellungnahmen von Behörden und ggf. Verbänden sowie von Einwendungen an den Vorhabenträger; Fakultativstellung oder Ausschluss des Erörterungstermins unter bestimmten Voraussetzungen); das NABEG enthält in § 18 ff. eine vollständige Eigenregelung des Planfeststellungsverfahrens. Im Ergebnis führen diese oft von Ressortegoismen der jeweils im Gesetzgebungsverfahren federführenden Ministerien geprägten Sonder- und Einzelregelungen zu einer „beklagenswerten [...] Zersplitterung des Rechts“ (Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 2), was nicht zuletzt die partizipationsrechtlichen Vorschriften betrifft; ähnlich E. Hofmann, JZ 2012, S. 701 (703 f.).

2330 Soweit das Planfeststellungsverfahren von einer Landesbehörde durchgeführt wird, gelten die entsprechenden Parallelnormen des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes (soweit es sie gibt, vgl. § 1 VwVfG BE); da diese – nicht zuletzt in partizipationsrechtlicher Hinsicht – jedoch im Wesentlichen mit dem Bundesrecht übereinstimmen (vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 161, § 74 Rn. 283-283b) und insofern mit einer gesonderten Darstellung des Landesrechts kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn verbunden wäre, wird darauf lediglich durch punktuelle Hinweise eingegangen.

2331 Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen v. 3.11.1838, GS S. 505; Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum v. 11.6.1874, GS S. 221.

2332 Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 2; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 12; Uschkerit, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 4 ff.; s. außerdem oben, → Rn. 75.

2333 Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 118 ff.; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 14.

2334 Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 2, 25; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 5; Uschkerit, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG,

abschließende Planfeststellungsbeschluss gem. § 75 Abs. 1 VwVfG eine Konzentrationswirkung für alle mitbetroffenen Verwaltungsbereiche und Genehmigungserfordernisse.²³³⁵

564 Für seine Anwendbarkeit bedarf das Planfeststellungsverfahren einer besonderen gesetzlichen Anordnung (§ 72 Abs. 1 VwVfG), was sich wegen seines Potenzials an drittwirkenden Belastungen bereits aus dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes ergibt.²³³⁶ Dies erfolgt im jeweils maßgeblichen Fachrecht, so bundesrechtlich²³³⁷

- im Verkehrsinfrastrukturrecht hinsichtlich des Baus oder der Änderung von Bundesfernstraßen (§ 17 Abs. 1 FStrG), Eisenbahnanlagen (§ 18 Abs. 1 AEG), Straßenbahnen und Oberleitungsbussen (§§ 28 Abs. 1, 41 PBefG), Magnetschwebebahnen (§ 1 S. 1 MBPlG) und Flughäfen (§ 8 Abs. 1 LuftVG),
- im Wasserrecht hinsichtlich von Eingriffen in ein Gewässerbett, um für die Schifffahrt nachteilige Veränderungen zu verhindern oder zu beseitigen (§ 9 Abs. 1 WaStrG), hinsichtlich des Ausbaus, des Neubaus oder der Beseitigung von Bundeswasserstraßen (§ 14 Abs. 1 WaStrG) sowie hinsichtlich des Gewässerausbaus (§ 68 Abs. 1 WHG),
- im Flurbereinigungsrecht hinsichtlich der Aufstellung eines Wege- und Gewässerplans mit landschaftspflegerischem Begleitplan (§ 41 Abs. 3 FlurbG),
- im Energierecht hinsichtlich der Errichtung, des Betriebs, der Stilllegung oder wesentlicher Veränderungen von Anlagen zur Sicherstellung und zur Endlagerung radioaktiver Abfälle (§ 9b Abs. 1 i.V.m. § 9a Abs. 3 AtG),²³³⁸ hinsichtlich der Errichtung, des Betriebs oder Änderungen von bestimmten Hochspannungsleitungen, Gasversorgungsleitungen und Anlagen zur Versorgung mit verflüssigtem Erdgas (§ 43 EnWG) sowie hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs von in deutscher Zuständigkeit liegenden Energiegewinnungsanlagen auf See sowie Offshore-Anbindungsleitungen und Übertragungsanlagen jeweils einschließlich der zur Errichtung und zum Betrieb der Anlagen erforderlichen technischen und baulichen Nebeneinrichtungen (§ 65 Abs. 1, 66 Abs. 1 WindSeeG) und von Anlagen zur Energieerzeugung und -übertragung aus Wasser oder Strömung (§ 2 Abs. 1 SeeAnlG),
- im Leitungsrecht hinsichtlich der Errichtung oder des Betriebs von bestimmten (v.a. längenabhängigen) Rohrleitungsanlagen für wassergefährdende Stoffe, für verflüssigte oder nichtverflüssigte Gase, für Stoffe i.S.v. § 3a ChemG, für Dampf,

§ 72 Rn. 9; nur ausnahmsweise können Teilfragen wegen fehlender Entscheidungsreife in einem ausdrücklichen Entscheidungsvorbehalt auf einen späteren Zeitpunkt zurückgestellt werden (§ 74 Abs. 3, 1. Hs. VwVfG).

2335 S. unten, → Rn. 578.

2336 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 72 Rn. 4a, unter Hinweis auf die Konzentrationswirkung, die enteignungsrechtliche Vorwirkung sowie die Duldungs- und Ausschlusswirkung.

2337 Vgl. die Darstellungen bei *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 72 Rn. 17 ff.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 32-46.

2338 Mit Sonderregelungen für die Schachtanlage Asse II gem. § 57b AtG.

Warmwasser oder sonstiges Wasser und von künstlichen Wasserspeichern ab einem bestimmten Volumen (§ 65 Abs. 1, Anl. 1 Nr. 19.3-19.9 UVPG) sowie hinsichtlich der Errichtung, des Betriebs oder wesentlicher Änderungen von Kohlendioxidleitungen (§ 4 Abs. 1 S. 1 KSpG),

- im Abfallrecht hinsichtlich der Errichtung, des Betriebs oder wesentlicher Änderungen von Abfalldeponien (§ 35 Abs. 2 KrWG),
- im Bergrecht hinsichtlich der Zulassung eines bergbaurechtlichen Rahmenbetriebsplans (§ 52 Abs. 2a BBergG)

sowie in landesrechtlichen Fachgesetzen wie z.B. bei Seilbahnen.²³³⁹

(b) *Verfahrensablauf, insbesondere Anhörungsverfahren*

Um dies zu erreichen, sieht das Verfahren nach erfolgter Einreichung des Plans durch den Vorhabenträger und nach einer behördlichen Vorprüfung des Plans ein besonderes Anhörungsverfahren vor, bevor eine abschließende Abwägung aller relevanten Belange erfolgt und eine Entscheidung in Gestalt des Planfeststellungsbeschlusses getroffen und bekannt gemacht wird. Das im Zentrum dieses Ablaufs stehende Anhörungsverfahren obliegt der Anhörungsbehörde, die sich terminologisch-funktional von der Planfeststellungsbehörde unterscheidet (§ 73 Abs. 9 VwVfG), was auch institutionell – sogar rechtsträgerübergreifend²³⁴⁰ – der Fall sein kann; ebenso kann aber ein Rechtsträger im Rahmen seiner Organisationsgewalt dieselbe Behörde mit beiden Funktionen betrauen, da es kein Gewaltenteilungsgebot innerhalb der Exekutive gibt.²³⁴¹ Durch diese starke Anhörungsorientierung verwirklicht das Planfeststellungsrecht das Prinzip des rechtlichen Gehörs im planungs- und verwaltungsrechtlichen Kontext.²³⁴² 565

(aa) *Bekanntmachung und Planauslegung*

Das Anhörungsverfahren beginnt mit zwei parallel und unabhängig voneinander durchgeführten Informationsbeschaffungsprozessen, nämlich der Behördenbeteiligung und der Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 73 Abs. 2 VwVfG). So fordert die Anhörungsbehörde binnen eines Monats nach Eingang des Plans zum einen alle in 566

2339 Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 47.

2340 Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 5; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 16.

2341 BVerwG, Urt. v. 22.1.2004 – Az. 4 A 32/02, NVwZ 2004, S. 722 (724 f.); *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 7; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 17; die Zuständigkeitsregelungen erfolgen im Fachrecht; §§ 14 Abs. 1 WaStrG, 66 Abs. 2 Wind-SeeG enthalten beispielsweise eine Zusammenlegung beider Zuständigkeiten.

2342 *Rossi*, Informationszugangsfreiheit, S. 35.

ihrem amtlichen Aufgabenbereich²³⁴³ berührten Behörden unter Einräumung einer maximal dreimonatigen Frist zur Abgabe einer Stellungnahme zu dem im Antrag beschriebenen Vorhaben auf (§ 73 Abs. 2, 1. Alt., Abs. 3a VwVfG). Aufgrund der „Kompensationsfunktion“ des Beteiligungsverfahrens zählen zu den beteiligungspflichtigen Behörden mindestens diejenigen, bei denen durch die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses gem. § 75 Abs. 1 VwVfG eine eigene Entscheidung oder auch die Erteilung eines Einvernehmens oder die Herstellung eines Benehmens hinfällig werden.²³⁴⁴ Zum anderen veranlasst die Anhörungsbehörde – ebenfalls binnen eines Monats nach Planeingang – in allen Gemeinden, die von dem Vorhaben unmittelbar territorial auf ihrer eigenen Gemarkung oder mittelbar etwa durch Immissionen oder Zufahrtserschwerungen voraussichtlich berührt sind,²³⁴⁵ die Planauslegung (§ 73 Abs. 2, 2. Alt. VwVfG). Diese muss zunächst ortsüblich – i.d.R. durch Aushang, amtliche Veröffentlichung und/oder die örtliche Tagespresse²³⁴⁶ – bekannt gemacht werden, wobei insbesondere der Ort und der Zeitraum der Auslegung, die Einwendungsfrist und die für die Entgegennahme von Einwendungen zuständige Stelle sowie die Rechtsfolgen unterlassener Einwendungen und der Nichtteilnahme am Erörterungstermin mitzuteilen sind (§ 73 Abs. 5 VwVfG). Die Bekanntmachung muss so verständlich und klar formuliert sein, dass eine eventuelle Betroffenheit erkennbar wird und damit die Bekanntmachung und die Auslegung ihre Anstoßfunktion gegenüber den Interessierten erfüllen können.²³⁴⁷ Zudem sollen potenziell betroffene Auswärtige²³⁴⁸ wie z.B. Grundstückseigentümer, die von der Bekanntmachung mutmaßlich nicht erreicht werden, gesondert über die Auslegung mit denselben Angaben informiert werden (§ 73 Abs. 5 S. 3 VwVfG).

567 Anschließend erfolgt (spätestens drei Wochen nach Zugang der Unterlagen bei der Gemeinde) für die Dauer eines Monats die Auslegung der Planunterlagen (§ 73 Abs. 3 VwVfG). Dies umfasst nicht alle entscheidungserheblichen Dokumente, aber mindestens die Teile des Antrags, die an der Gestaltungswirkung des Planfeststel-

2343 Ist eine Behörde – insbesondere eine Gemeinde – in privatrechtlichen Rechtspositionen (z.B. Eigentum) berührt, ist sie insoweit wie eine in ihren Belangen betroffene Privatperson als Einwenderin zu behandeln, vgl. *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 12.

2344 *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 12; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 33 f.; *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 17; *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 32.

2345 Bei der Festlegung dieses sogenannten „Beteiligungsumgriffs“ sind die Auswirkungen und ihre territoriale Reichweite von der Behörde zu prognostizieren, vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 31; *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 55; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 13.

2346 *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 51; *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 48, unter Verweis auf die jeweiligen landes- und ortsrechtlichen Anforderungen.

2347 *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 47, 49, 52; *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 4, 46 f.

2348 Soweit deren Identität und Kontaktdaten bekannt sind bzw. mit vertretbarem Aufwand ermittelt werden können.

lunbsbeschlusses teilnehmen sollen oder für die vollständige Information der Betroffenen – was z.B. bei Sachverständigengutachten möglich ist²³⁴⁹ – notwendig sind.²³⁵⁰ Eine darüber hinausgehende Akteneinsicht ist abweichend von § 29 VwVfG in das Ermessen der Anhörungsbehörde gestellt (§ 72 Abs. 1, 2. Hs. VwVfG),²³⁵¹ soweit keine informationsfreiheitsrechtlichen Auskunftsansprüche bestehen. Die Durchführung sowie die nähere zeitliche und örtliche Ausgestaltung der Auslegung obliegen den betroffenen Gemeinden im Rahmen ihrer Organisationshoheit, soweit die Einsichtnahme damit zumutbar ermöglicht wird.²³⁵² Die Anfertigung von Kopien, Scans oder Fotos mit dem Mobiltelefon sind je nach den konkreten Verfügbarkeiten zulässig.²³⁵³ Parallel dazu²³⁵⁴ ist eine Veröffentlichung im Internet vorgeschrieben (§§ 27a, 27b VwVfG), die allerdings noch keiner dialogischen Ausgestaltung – also als Instrument zur Abgabe von Stellungnahmen – unterliegt.²³⁵⁵ Auf die Auslegung kann gem. § 73 Abs. 3 S. 3 VwVfG (bei fehlender UVP-Pflichtigkeit)²³⁵⁶ verzichtet werden, wenn alle Betroffenen und Verbände bekannt sind und informiert werden. Der Betroffenenbegriff muss dabei schon aus systematischen Gründen ebenso weit gefasst werden wie beim Anhörungsrecht – dazu sogleich – und kann nicht auf eine Betroffenheit subjektiv-öffentlicher Rechte beschränkt werden.²³⁵⁷

(bb) Einwendungsberechtigung

Während die Auslegung einschränkungslos jeder Person offensteht, ist das darauf aufbauende Anhörungsrecht auf solche Personen, die in „ihren Belangen“ berührt sind, beschränkt.²³⁵⁸ Als berührter eigener Belang wird allerdings jedes Anerkenns-

2349 Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 60; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 60.

2350 Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 13; näher *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 33-35.

2351 Anders in Schleswig-Holstein, wo insoweit das gebundene Akteneinsichtsrecht Beteiligter gem. § 88 VwVG SH mangels abweichender Sonderregelung in § 139 VwVG SH unberührt ist.

2352 Dies bedingt weder eine barrierefreie noch eine während der gesamten Dienststunden oder gar an dienstfreien Tagen bestehende Zugänglichkeit, vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 63 f. m.w.N.; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 67 f.; im Bauleitplanungsrecht hat das BVerwG, Urt. v. 4.7.1980 – Az. 4 C 25/78, NJW 1981, S. 594 (595), eine wöchentliche 33-Stunden-Auslegung akzeptiert; ob dies heute noch eine aussagekräftige Mindestdauer definiert, ist angesichts zwischenzeitlicher Flexibilisierungen von Arbeitszeit und Arbeitsort sowie der zunehmend obligatorischer gewordenen Internetpublikation fraglich, vgl. *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 13; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 75 f.

2353 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 38; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 64; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 70.

2354 Anders unter COVID-19-Pandemiebedingungen; hier kann die Internetpublikation die Auslegung ersetzen, vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 38b.

2355 Zu Recht kritisch dazu *Hartmann*, MMR 2017, S. 383 (386).

2356 § 19 UVPG fordert eine Information der uneingeschränkten Öffentlichkeit, für die die Verzichtsvoraussetzung einer Betroffenheit nicht gilt.

2357 So aber *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 40.

2358 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 39.

werte oder schutzwürdige Interesse ideeller, wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und ökologischer Art verstanden,²³⁵⁹ weshalb das Einwendungsrecht einem Popularrecht nahekommt; nicht einwendungsfähig sind somit nur abstrakte Allgemeinwohlbelange oder ausschließlich öffentliche Interessen.²³⁶⁰ Dieses weite Begriffsverständnis ist auch völkerrechtlich vorgegeben. Denn da Planfeststellungsverfahren (zumindest fast) immer mit erheblichen Umweltauswirkungen verbunden sind, ist insoweit auch der sehr weit gefasste Begriff der „betroffenen Öffentlichkeit“ gem. Art. 2 Nr. 5 AK maßgeblich.

569 Unter diesem Sinn Betroffenen können nun – einzeln oder gemeinschaftlich²³⁶¹ – schriftlich²³⁶² oder zur Niederschrift bei der Anhörungsbehörde bzw. der Gemeinde Einwendungen erheben (§ 73 Abs. 4 S. 1 VwVfG). Darunter versteht das Bundesverwaltungsgericht ein „sachliches, auf die Verhinderung oder die Modifizierung des beantragten Vorhabens abzielendes Gegenvorbringen“,²³⁶³ das hinreichend substantiiert ist, konkret berührte Belange und Gefährdungen benennt und sich nicht in einer bloßen Projektablehnung oder pauschalen Behauptungen erschöpft;²³⁶⁴ nur dann kann von der Behörde eine nähere Auseinandersetzung damit erwartet werden. Allerdings ist von nicht sachverständigen Privatpersonen weder eine detaillierte Sachverhaltsschilderung noch gar eine rechtliche Bewertung zu verlangen.²³⁶⁵ Dafür spricht auch, dass die Äußerungsfrist nur zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist umfasst. Dieser sehr knappe Zeitraum stellt zudem ein Fairnessproblem angesichts der teilweise rechtlich und tatsächlich komplexen Fragen einerseits und der demgegenüber mitunter jahrelangen Vorbereitungszeit auf Seiten des Vorhabenträgers andererseits dar.²³⁶⁶

570 Unter den gleichen Verfahrensvorgaben steht allen nach § 3 UmwRG anerkannten Umweltverbänden ein Stellungnahmerecht²³⁶⁷ zu (§ 73 Abs. 4 S. 5 VwVfG), das

2359 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 46; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 14.

2360 *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 14; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 78; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 67, 71.

2361 BVerwG, Beschl. v. 18.12.2012 – Az. 9 B 24.12, BeckRS 2013, 45841 (Rn. 5); *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 76, fordert allerdings die Erkennbarkeit des individuellen Bezugs aller Unterzeichner.

2362 Eine E-Mail bedarf hierfür einer qualifizierten elektronischen Signatur oder einer sonstigen sicheren Authentifizierungs- und Integritätssicherung (§ 3a Abs. 2, 3 VwVfG), vgl. *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 82.

2363 BVerwG, Urt. v. 24.7.2008 – Az. 4 A 3001/07, NVwZ 2009, S. 109 (Rn. 36); BVerwG, Urt. v. 29.9.2011 – Az. 7 C 21/09, NVwZ 2012, S. 176 (Rn. 34).

2364 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 49 ff.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 82.

2365 *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 74 f.

2366 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 38; *Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (774); *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701 (705 f.).

2367 In terminologischer Abgrenzung zum Einwendungsrecht Betroffener, vgl. *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 81.

allerdings insoweit thematisch und territorial auf ihren satzungsmäßigen Aufgabenbereich beschränkt ist.²³⁶⁸ Als „Sachverständigenpartizipation“²³⁶⁹ – im Gegensatz zur „Betroffenenpartizipation“ der privaten Einwender – unterliegt die Mitwirkung der Verbände höheren Darlegungs- und Substantiierungsanforderungen (in Abhängigkeit vom Differenzierungsgrad der Planunterlagen),²³⁷⁰ was sachlich, nicht aber prozedural gerechtfertigt ist.²³⁷¹ Einen bislang unaufgelösten Wertungswiderspruch zu diesen erhöhten Anforderungen stellt es nämlich dar, die dass dafür dieselbe knappe Einwendungsfrist von zwei Wochen gilt, wie bei Privateinwendungen. Da die Verbände gesetzlich auf die Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses – des Umweltschutzes – verpflichtet sind, entspricht ihre Aufgabenstellung funktional wesentlich stärker derjenigen der zu beteiligenden Behörden bzw. Träger öffentlicher Belange, was bei der Fristbemessung zu berücksichtigen wäre, um legitimerweise höhere inhaltliche und fachliche Anforderungen stellen zu können.²³⁷²

(cc) Erörterungstermin

Liegen der Anhörungsbehörde nach Ablauf der Frist für die Behördenbeteiligung und der Einwendungsfrist alle relevanten Unterlagen für das weitere Verfahren vor, leitet sie den zweiten Teil des Anhörungsverfahrens – nämlich den obligatorischen²³⁷³ Erörterungstermin – ein (§ 73 Abs. 6 S. 1 VwVfG). Dies beginnt mit dessen ortsüblicher Bekanntmachung in allen berührten Gemeinden mit mindestens einwöchigem Vorlauf (§ 73 Abs. 6 S. 2 VwVfG) sowie mit der Benachrichtigung der beteiligten Behörden, des oder der Vorhabensträger, aller Einwender und der beteiligten Naturschutzverbände (§ 73 Abs. 6 S. 3 VwVfG),²³⁷⁴ die zugleich den Kreis der Teilnahmeberechtigten beim anschließenden Erörterungstermin bilden. Sofern mehr als 50 Einwender und Naturschutzverbände einzuladen sind, kann dies durch eine öffentliche Bekanntmachung – d.h. durch das amtliche Veröffentlichungsblatt

2368 Kämper, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 48c1; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 104-104b, 105a.

2369 Zu diesem Begriff s. auch § 10 Abs. 3a BImSchG, vgl. Schack, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 99.

2370 Sog. „Grundsatz der Proportionalität des Vorbringens“, vgl. Uschkerkeit, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 80.

2371 Uschkerkeit, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 80.

2372 Gurlit, JZ 2012, S. 833 (840); Rennert, DVBl. 2017, S. 69 (74); krit. auch Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 16.

2373 In Hessen ist die Erörterung ebenfalls grundsätzlich obligatorisch vorgesehen, aber die Behörde kann nach § 73 Abs. 6 S. 2 HVwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen darauf verzichten, „insbesondere wenn diese einer ergänzenden Sachverhaltsaufklärung oder der Suche nach Einigungsmöglichkeiten voraussichtlich nicht dienlich sein wird.“

2374 Sind neben den Behörden und dem Vorhabenträger mehr als 50 Benachrichtigungen erforderlich, können diese anstelle einzelner Anschreiben auch durch eine öffentliche Bekanntmachung – d.h. durch eine Veröffentlichung im amtlichen Publikationsorgan der Anhörungsbehörde sowie in den örtlichen Tageszeitungen im betroffenen Gebiet – erfolgen (§ 73 Abs. 6 S. 4, 5 VwVfG).

der Anhörungsbehörde und die regional berührte Tagespresse – ersetzt werden (§ 73 Abs. 6 S. 4, 5 VwVfG). Mit dieser Regelung trägt das Planfeststellungs- und insbesondere das Erörterungsverfahren seinem häufigen Charakter als Massenverfahren Rechnung, womit zugleich seine politische Eigenschaft als Partizipationsinstrument der Bevölkerung (anstatt nur unmittelbar Betroffener) rechtlich anerkannt wird.²³⁷⁵

572 Für die Durchführung des Erörterungstermins gilt das Erfordernis der mündlichen Verhandlung, soweit nicht darauf allseitig verzichtet wird oder ein inhaltlicher Konsens besteht (§ 73 Abs. 6 S. 6 i.V.m. § 67 Abs. 2 Nr. 1 u. 4 VwVfG). Zunächst²³⁷⁶ während der COVID-19-Pandemie war alternativ eine Online-Konsultation möglich, die im Konsens aller Beteiligten auch als Telefon- oder Videokonferenz durchgeführt werden kann (§ 5 Abs. 2, 5 PlanSiG); durch den neugeschaffenen § 27c VwVfG ist dies nun im allgemeinen Verwaltungsverfahren als Alternativoption fest verankert.²³⁷⁷ Die Erörterung soll möglichst innerhalb eines Verhandlungstermins und muss spätestens drei Monate nach Ablauf der Einwendungsfrist abgeschlossen sein (§ 73 Abs. 6 S. 6 i.V.m. § 67 Abs. 3, § 73 Abs. 6 S. 7 VwVfG), was beides angesichts der Komplexität der meisten Planfeststellungsverfahren und der meist hohen Interessenheterogenität oft nicht leistbar ist.²³⁷⁸ Beim Planfeststellungsverfahren für eine weitere Landebahn des Frankfurter Flughafens umfasste der Erörterungstermin (der überhaupt erst mehrere Monate nach Ablauf der Dreimonatsfrist begann) bei ca. 130.000 Einwendungen nicht weniger als 102 Verhandlungstage und einen Gesamtzeitraum von über einem halben Jahr.²³⁷⁹ Daher handelt es sich bei den gesetzlichen Zeitvorstellungen jedenfalls für „hochkomplexe Großprojekte“ um „eine ganz und gar unrealistische gesetzliche Vorgabe“.²³⁸⁰

573 Im Übrigen findet die Veranstaltung im Interesse einer unbefangenen und persönlichen Verhandlungsatmosphäre grundsätzlich nichtöffentlich statt,²³⁸¹ wobei eine Teilnahme Dritter – namentlich von Medien²³⁸² und politischen Funktions- oder Mandatsträgern²³⁸³ – zulässig (und in der Praxis üblich)²³⁸⁴ ist, sofern dem niemand

2375 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 188 f.

2376 Zum möglichen Potenzial des Planungssicherungsgesetzes als „Ideengrube“ und Digitalisierungsschub für die Öffentlichkeitsbeteiligung über die Pandemiedauer hinaus s. *Wormit*, DÖV 2020, S. 1026 (1030 f.).

2377 Eingefügt durch Art. 1 des 5. VwVfG-Änderungsgesetzes v. 4.12.2023, BGBl. I Nr. 344, S. 2 f.

2378 *Kämper*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 73; die Frist wird bereits in der Entwurfsbegründung als sanktionslose Ordnungsvorschrift eingestuft, vgl. BT-Drs. 17/9666, S. 19 (rechte Spalte).

2379 *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (224), in seinem Erfahrungsbericht als Verhandlungsleiter dieses Erörterungstermins.

2380 *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (225).

2381 BVerwG, Urt. v. 16.6.2016 – Az. 9 A 4/15, NVwZ 2016, S. 1641 (Ls. 1 u. Rn. 17).

2382 *Neumann/Külpmann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 127.

2383 Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.6.2016 – Az. 9 A 4/15, NVwZ 2016, S. 1641 (Rn. 16).

2384 *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 18; *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 40; dies bestätigt auch der Erfahrungsbericht von *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (234 u. Fn. 18).

widerspricht (§ 73 Abs. 6 S. 6 i.V.m. § 68 Abs. 1 S. 3 VwVfG). Auch für UVP-relevante Sachverhalte gilt kein Öffentlichkeitsgebot, weil insofern unionsrechtlich gar keine Erörterung vorgegeben ist.²³⁸⁵ Dem Verhandlungsleiter obliegt die verfahrensmäßige Durchführung der Erörterung; dabei wirkt er auch auf die inhaltliche Klarheit, Sachdienlichkeit und Vollständigkeit von Anträgen und Sachvorträgen hin (§ 73 Abs. 6 S. 6 i.V.m. § 68 Abs. 2 VwVfG). Schließlich enthält das Gesetz auch eine Ordnungskompetenz des Verhandlungsleiters und Vorgaben für die Niederschrift (§ 73 Abs. 6 S. 6 i.V.m. § 68 Abs. 3, 4 VwVfG).

Diejenigen, die Einwendungen erhoben haben, können eine fundierte Erörterung ihrer Argumente und ein Bemühen um Lösungen verlangen und Nachfragen stellen, nicht aber eine unbegrenzte Redezeit beanspruchen.²³⁸⁶ Da das gesetzliche Erörterungskonzept von einer kollektiven Durchführung und einer wechselseitigen Transparenzschaffung ausgeht,²³⁸⁷ besteht auch grundsätzlich (d.h. im Rahmen leistbarer räumlicher und organisatorischer Kapazitäten) ein Anwesenheitsrecht Teilnehmereberechtigter bei der Besprechung von Einwendungen anderer.²³⁸⁸ Dabei hat sich der theoretische Anspruch des Erörterungstermins unter der fortschreitenden Politisierung des Verfahrens von einer primären Konsens-, Befriedungs- und Transparenzfunktion,²³⁸⁹ indem die Einwendungen durch Kompromisse (z.B. bestimmte Auflagen wie etwa Lärmschutzwände) ausgeräumt werden, zu einer primären Abwägungs-, Ausgleichs- und Diskursfunktion hinsichtlich der widerstreitenden Belange gewandelt.²³⁹⁰ Trotzdem besteht oft die Gefahr, dass der Erörterungstermin zu einer „Kampfarena“ oder „Showveranstaltung“ degeneriert, um das Verfahren – z.B. durch abgelehnte Geschäftsordnungs- oder Befangenheitsanträge²³⁹¹ – zu verzögern und Munition für eine spätere gerichtliche Bekämpfung des erwarteten Planfeststellungsbeschlusses zu sammeln.²³⁹²

574

2385 BVerwG, Urt. v. 16.6.2016 – Az. 9 A 4/15, NVwZ 2016, S. 1641 (Rn. 17).

2386 BVerwG, Urt. v. 5.12.1986 – 4 C 13/85, NVwZ 1987, S. 578 (Ls. 5 u. S. 580); BVerwG, Urt. v. 9.6.2010 – Az. 9 A 20/08, NVwZ 2011, S. 177 (Rn. 33); *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 110.

2387 Vgl. J. Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 35.

2388 A.A. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 122 m.w.N.; etwas eingeschränkt Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 15 Rn. 18.

2389 BT-Drs. 17/96666, S. 19 (rechte Spalte).

2390 Zeccola/Augsten, DÖV 2022, S. 442 (447 ff.), sehen nur noch mit Einschränkungen eine Informations-, Akzeptanz-, Legitimations-, Rechtsschutz- und Ausgleichs- bzw. Befriedungsfunktion und bestreiten (S. 450) den dialogischen Charakter.

2391 Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 15 Rn. 18; dezidiert krit. dazu aus Praktikersicht Dippel, NVwZ 2010, S. 145 (146, 148 ff.).

2392 Schink, DVBl. 2011, S. 1377 (1378); *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 7 StandAG Rn. 13; s. auch Steinberg, ZUR 2011, S. 340 (343 f.); besonders anschaulich Gaentzsch, *Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren*, S. 219 (223).

(dd) Präklusion

- 575 Eine besondere Rechtswirkung des Anhörungsverfahrens stellt seine Präklusionswirkung dar. Danach können die berührten Behörden nach Ende des Erörterungstermins (§ 73 Abs. 3a S. 2 VwVfG)²³⁹³ und Einwender (einschließlich Umweltverbände) nach Ende der Einwendungsfrist (§ 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG) grundsätzlich²³⁹⁴ keine neuen (tatsächlichen)²³⁹⁵ Gesichtspunkte mehr vortragen, die auf eine Modifikation oder gar Verhinderung des Vorhabens gerichtet sind.²³⁹⁶ Diese inhaltliche Ausschlusswirkung gilt auch für ein Vorbringen in einem späteren Gerichtsverfahren, weshalb insoweit eine materielle Präklusion vorliegt.²³⁹⁷ Dies dient dem öffentlichen Interesse an einer zeitlich angemessenen Herbeiführung der Rechts- und Verkehrssicherheit der verfahrensabschließenden Entscheidung, wodurch auch damit verbundene Grundrechtseingriffe als gerechtfertigt angesehen werden.²³⁹⁸ Freilich setzt die Präklusion voraus, dass auf diese Rechtsfolge in der Bekanntmachung der Auslegung oder der Auslegungsfrist ausdrücklich hingewiesen worden ist (§ 73 Abs. 4 S. 4 VwVfG) und die Auslegung der Planunterlagen²³⁹⁹ sowie die Anhörung verfahrensfehlerfrei erfolgt sind.

(ee) Verfahrensabschluss

- 576 Schließlich fasst die Anhörungsbehörde (sofern sie nicht zugleich Planfeststellungsbehörde ist)²⁴⁰⁰ die behördlichen Stellungnahmen, die Einwendungen und die Ergebnisse des Erörterungstermins in einer das Anhörungsverfahren abschließenden Stellungnahme zusammen und übersendet diese mit allen angefallenen Unterlagen

2393 Zur sog. „begrenzten Behördenpräklusion“ näher *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 39 f.; *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 25-28.1.

2394 Zu Ausnahmen vgl. § 73 Abs. 3a S. 2, Abs. 4 S. 3, 2. Hs. VwVfG; außerdem besteht bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gem. § 32 VwVfG, vgl. *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 95; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 104; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 15 (allerdings mit strengen Anforderungen).

2395 *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 97.

2396 *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 104, erkennt darin ein „Spurenelement obrigkeitstaatlicher Dogmatik“ und kritisiert die stark einseitig an den Verwaltungsinteressen ausgerichtete Ratio des Verwaltungsverfahrenrechts (a.a.O., S. 108 f.).

2397 Zur Unterscheidung zwischen formeller Präklusion mit Wirkung für das laufende Verwaltungsverfahren und materieller Präklusion mit Wirkung auch für nachfolgende Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sowie zu verschiedenen terminologischen Subkategorien ausf. *Brandt*, NVwZ 1997, S. 233 ff.; s. auch *Siegel*, NVwZ 2016, S. 337 (338).

2398 BVerfGE 61, S. 82 (114); *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 55 f.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 88a; *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 95.

2399 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 59.

2400 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 82; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 142; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 23.

der Planfeststellungsbehörde (§ 73 Abs. 9 VwVfG). Diese erlässt dann nach der rechtsstaatlich und damit verfassungsrechtlich gebotenen²⁴⁰¹ Abwägung aller relevanten Belange und Alternativen²⁴⁰² sowie bei Vorliegen aller sonstigen materiellrechtlichen Voraussetzungen – wozu insbesondere vorgelagerte und höherstufige Planungsentscheidungen,²⁴⁰³ das Erfordernis der Planrechtfertigung²⁴⁰⁴ und zwingende Ver- und Gebote (die sog. Planungsleitsätze)²⁴⁰⁵ zählen – den Planfeststellungsbeschluss.²⁴⁰⁶ Dieser umfasst nicht nur die Feststellung des Plans (§ 74 Abs. 1 VwVfG), sondern entscheidet auch über die noch nicht erledigten Einwendungen²⁴⁰⁷ und erteilt ggf. dem Vorhabenträger verschiedene Auflagen zum Schutz von Rechten Dritter²⁴⁰⁸ oder des Allgemeinwohls (§ 74 Abs. 2 VwVfG).²⁴⁰⁹

Der schriftlich mit Begründung zu erlassende Planfeststellungsbeschluss wird dem Vorhabenträger und denjenigen Einwendern und Verbänden, über deren Anliegen im Beschluss entschieden worden ist, zugestellt²⁴¹⁰ sowie – nach einer ortsüblichen Bekanntmachung von Ort und Zeit der Auslegung – für die Dauer von zwei Wochen zur öffentlichen Einsichtnahme mit Rechtsbehelfsbelehung in

577

2401 *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 54 m.w.N.

2402 Vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 68 ff.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 54-56; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 92 ff.; *Köck*, Pläne, § 36 Rn. 124 ff.

2403 Insbesondere solche der Raumordnung und der höherstufigen Fachplanung, vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 30-35b; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 29 ff.

2404 Dafür reicht es aus, wenn das Projekt „vernünftigerweise geboten“ ist, vgl. *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 35; *Köck*, Pläne, § 36 Rn. 113-118; näher *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 15-27b.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 33-53; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 13 ff.

2405 Wozu namentlich Vorgaben des Naturschutzrechts, des Artenschutzrechts, des Immissionsschutzrechts und des Wasserrechts zählen; näher dazu *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 36-59c; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 130-153a; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 44 ff.; s. auch *Köck*, Pläne, § 36 Rn. 120.

2406 Der Planfeststellungsbeschluss kann auch durch (einfachen) Verwaltungsakt abgelehnt werden, wenn rechtlich zwingende Voraussetzungen fehlen oder eine fehlerfreie Ausübung des Planungsermessens trotz möglicher Auflagen oder Bedingungen zu einem Überwiegen der gegen das Projekt sprechenden Belange gelangt, vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 11 f.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 14; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 148; in diesem Fall ist die Entscheidung nach § 74 Abs. 1 i.V.m. § 69 Abs. 3 VwVfG durch formlose Benachrichtigungen und ggf. eine öffentliche Bekanntmachung zu kommunizieren, vgl. *Neumann/Külpmann*, a.a.O., Rn. 205; für die von *Kämper*, a.a.O., Rn. 130, vertretene Analoganwendung von § 74 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 2 VwVfG fehlt es insoweit an der Regelungslücke.

2407 In Baden-Württemberg gelten dafür nach § 74 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 69 Abs. 2 LVwVfG BW besonders strikte Datenschutzzorgaben zum Schutz der Einwender, indem in der Begründung weder der Name noch – soweit möglich – seine Anschrift bzw. das betroffene Grundstück genannt werden dürfen.

2408 Dabei kann es sich neben den Rechten von Privatpersonen oder -unternehmen auch um Rechte öffentlich-rechtlicher Körperschaften wie etwa Kommunen handeln, vgl. *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 171.

2409 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 96-117b; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 164-187; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 159 ff.

2410 Vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 122 f.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 207.

den berührten Gemeinden ausgelegt, was zugleich als Zustellung gegenüber allen übrigen Betroffenen gilt (§ 74 Abs. 4 VwVfG).²⁴¹¹ In Massenverfahren mit mehr als 50 betroffenen Einwendern²⁴¹² kann die Einzelzustellung durch eine öffentliche Bekanntmachung des verfügenden Beschlussteils,²⁴¹³ der Rechtsbehelfsbelehrung und der Hinweise auf die Auslegung, auf das befristete Recht zur schriftlichen oder elektronischen Anforderung des Planfeststellungsbeschlusses, auf die damit verbundene Zustellungswirkung und ggf. auf Auflagen im Amtsblatt der Planfeststellungsbehörde und in der örtlich berührten Tagespresse sowie nach Maßgabe von § 27a Abs. 1 VwVfG zusätzlich im Internet ersetzt werden (§ 74 Abs. 5 VwVfG).

578 Mit dem Planfeststellungsbeschluss sind nach § 75 Abs. 1 VwVfG weitreichende Rechtswirkungen verbunden. Er stellt nicht nur als einheitliche, grundsätzlich alle vorhabenbezogenen Fragen klärende und abschließende Entscheidung die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit des Vorhabens (bei Anlagen einschließlich deren späteren Betriebs)²⁴¹⁴ sowie ggf. im Rahmen der umfassenden Problem- und Konfliktbewältigung notwendiger Folgemaßnahmen²⁴¹⁵ fest (Genehmigungswirkung gem. § 75 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. VwVfG),²⁴¹⁶ sondern ersetzt darüber hinaus alle im Zusammenhang des Vorhabens sonst erforderlichen Genehmigungen oder andere behördliche Entscheidungen (Konzentrationswirkung gem. § 75 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. VwVfG),²⁴¹⁷ wobei die dafür geltenden materiell-rechtlichen Vorgaben des jeweiligen Fachrechts zu beachten sind.²⁴¹⁸ Des Weiteren regelt der Planfeststellungsbeschluss gestaltend die vorhabenbezogenen Rechtsverhältnisse zwischen dem Vorhabenträger und den Betroffenen (Gestaltungswirkung gem. § 75 Abs. 1 S. 2 VwVfG).²⁴¹⁹ Außerdem schließt

2411 Näher *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 124-125a.

2412 Wenn von der Möglichkeit einer gemeinsamen Vertretung gem. §§ 17-19 VwVfG kein Gebrauch gemacht wird.

2413 Nach *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 217, und *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 192, soll es sich dabei nicht zwingend um den Entscheidungstenor handeln, sondern auch eine Zusammenfassung der Entscheidung genügen, soweit damit der Anstoßfunktion Genüge getan ist; laut *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 127 m.w.N., ist dies jedoch nicht unumstritten; a.A. etwa *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, § 27 Rn. 1.

2414 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 4.

2415 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 3; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 8-9b; dabei kann es sich z.B. um Verkehrsanschlüsse, die Inanspruchnahme von Deponien für Erdaushub oder um das Ausweisen von Ausgleichsflächen handeln, vgl. *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 25.

2416 *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 5 ff.

2417 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 5-7; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 49 f., § 75 Rn. 10-19; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 11 f.; § 75 Rn. 12 ff.; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 27; zur Problematik einer Mitbetroffenheit landesrechtlicher Kompetenzgebiete *Neumann/Külpmann*, a.a.O., § 72 Rn. 60 f.

2418 *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 16-17.

2419 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 8 f.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 20-25a; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 18 f.

er nach Eintritt der Bestandskraft alle Unterlassungs-, Beseitigungs- und Änderungsansprüche gegen das Vorhaben aus (Ausschluss- und Duldungswirkung gem. § 75 Abs. 2 S. 1 VwVfG),²⁴²⁰ weshalb nur unter engen Voraussetzungen nachträgliche Schutz- oder Entschädigungsmaßnahmen für unverhergesehene Auswirkungen möglich sind (§ 75 Abs. 2 S. 2-5 VwVfG).²⁴²¹ Bei entsprechender (fach-)gesetzlicher Vorgabe (vgl. etwa §§ 19 Abs. 2 FStrG, 44 Abs. 2 WaStrG, 22 Abs. 2 AEG, 28 Abs. 2 LuftVG, 30 Abs. 1 PBefG) ist des Weiteren dadurch die Allgemeinwohlgebundenheit des Vorhabens – soweit es nicht ausschließlich privatnützig ist²⁴²² – als Grundlage für ggf. nachfolgende Enteignungsverfahren verbindlich geklärt (enteignungsrechtliche Vorwirkung).²⁴²³ Außerdem unterliegt der Planfeststellungsbeschluss wegen des erheblichen Verfahrensaufwandes nach dem Planerhaltungsprinzip einer erschwerten rechtlichen Angreifbarkeit.²⁴²⁴ So führen (sogar absolute)²⁴²⁵ Verfahrensfehler – wozu gem. § 4 Abs. 1 UmwRG beispielsweise das Unterlassen der Öffentlichkeitsbeteiligung gem. §§ 18 UVPG, 10 BImSchG zählt –, Formfehler und erhebliche Abwägungsfehler nur dann zu einem Aufhebungsanspruch, wenn sie nicht durch eine Planergänzung (z.B. zusätzliche Schutzmaßnahmen)²⁴²⁶ oder ein ergänzendes Verfahren²⁴²⁷ behoben werden können (§ 75 Abs. 1a VwVfG).

2420 *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 10-14a; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 58-62; *Uschkerleit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 20 f.

2421 Dazu näher *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 35-54; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 63-92; *Uschkerleit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 42 ff.

2422 Wobei nicht jedes privat getragene Vorhaben rein privatnützig sein muss, vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 17, 17.1.

2423 *Uschkerleit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 35, § 75 Rn. 22 ff.; *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 15-22b; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 26-34.

2424 Das Planerhaltungsprinzip stammt aus dem Bauplanungsrecht (vgl. § 214 BauGB) und gilt seit 1996 (bzw. für Verfahrensfehler seit 2013) auch im Planfeststellungsrecht, vgl. *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 36.

2425 Für sog. relative Verfahrensfehler soll dagegen nach §§ 75 Abs. 1a S. 2, 2. Hs. VwVfG, 4 Abs. 1a UmwRG im Regelfall die Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG greifen.

2426 Vgl. *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 29 f.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 43-46; *Uschkerleit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 33 f.

2427 Näher *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 75 Rn. 31-33b; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 48-52a; *Uschkerleit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 75 Rn. 35 ff.; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 49.

(2) Dem Planfeststellungsrecht sehr ähnliche Verfahren (mit Erörterungstermin)

(a) Strategische Umweltprüfung und Umweltverträglichkeitsprüfung

579 Bei der Strategischen Umweltprüfung (SUP) und bei der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) nach dem UVPG²⁴²⁸ handelt es sich jeweils um einen unselbständigen Teil eines verwaltungsrechtlichen Genehmigungs-, Zulassungs- oder Planungsverfahren, der allerdings erhebliche eigene Verfahrensvorgaben enthält. Diese stellen – namentlich hinsichtlich des Beteiligungsverfahrens – einen gegenüber dem Fachrecht des übergeordneten Verwaltungs- bzw. Planungsverfahrens nachrangigen Mindeststandard²⁴²⁹ dar, der stets dann wirksam wird, wenn das Fachrecht keine oder geringere Beteiligungsmöglichkeiten als das UVPG vorsieht;²⁴³⁰ ein Beispiel dafür wäre die Obligatorik des Erörterungstermins bei fakultativer Ausgestaltung im Fachrecht.²⁴³¹ Bei den Umweltprüfungen nach dem UVPG bedient sich das Umweltrecht der im Planungsrecht üblichen Abstufung²⁴³² mit der Unterscheidung von Planungs- und Zulassungsebene,²⁴³³ wonach in einem ersten Schritt die Pläne und Programme i.S.v. § 2 Abs. 7 UVPG – beispielsweise die Raumordnungs- oder Bauleitpläne (§§ 8 ROG, 2 Abs. 4 BauGB) – einer Strategischen Umweltprüfung und in einem zweiten Schritt die einzelnen, konkreten Vorhaben i.S.v. § 2 Abs. 4 UVPG einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterzogen werden. Diese Prüfverfahren dienen der Erfassung und Einordnung von umweltbezogenen Auswirkungen einer solchen Planung oder eines solchen Projekts und damit einer wirksamen Umweltvorsorge (§ 3 UVPG). In manchen Fällen kann die Umweltverträglichkeitsprüfung auch schon in einem vor dem eigentlichen Zulassungsverfahren vorgesehenen Prüfungsverfahren (etwa bei den Linienbestimmungen gem. §§ 16 Abs. 1 FStrG, 13 Abs. 1 WaStrG) durchgeführt werden; der Erörterungstermin ist in diesen Fällen fakultativ (§ 18 Abs. 2 S. 1 UVPG). Ist eine solche vorgelagerte UVP erfolgt, kann diese im Zulassungsverfahren „auf zusätzliche erhebliche oder andere erhebliche

2428 Diese Darstellung beschränkt sich auf das UVPG des Bundes, da sich die teilweise vorhandenen UVP-Landesgesetze auf den sachlichen Anwendungsbereich der UVP- und SUP-Pflicht sowie Zuständigkeitsfragen fokussieren und nicht auf die partizipationsrechtlich relevante Öffentlichkeitsbeteiligung.

2429 Weitergehende fachrechtliche Regelungen sind nach § 1 Abs. 4 S. 2 UVPG zulässig und gehen dann dem UVPG vor, so etwa der Verzicht auf das Betroffenenheitserfordernis bei der einwendungsberechtigten Öffentlichkeit und die Möglichkeit der elektronischen Einwendungserhebung in § 10 Abs. 3 S. 4, 1. Hs. BImSchG, vgl. *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, § 21 Rn. 14.

2430 *E. Hofmann*, in: *Landmann/Rohmer* (Begr.), § 18 UVPG Rn. 5; die Ausnahme gem. § 51 UVPG für die bergrechtliche UVP bleibt wegen einer Rückverweisung von § 57a Abs. 1 S. 4 BBergG auf die §§ 15-27 und 31 UVPG im Ergebnis folgenlos, während die Ausnahme gem. § 50 UVPG für bauplanungsrechtliche Umweltprüfungen dazu führt, dass es hierbei nur auf die baugesetzlichen Anhörungsvorschriften ankommt, vgl. *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, § 18 Rn. 4, § 19 Rn. 2, § 20 Rn. 2, § 21 Rn. 3, § 42 Rn. 2.

2431 *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, § 18 Rn. 12.

2432 *Lange*, *VerwArch* 1991, S. 1 (6 f.); *Köck*, *Pläne*, § 36 Rn. 25 f.

2433 Vgl. *Erbguth*, *DÖV* 2012, S. 821 (823); *Uschkereit*, in: *Pautsch/Hoffmann* (Hrsg.), *VwVfG*, § 72 Rn. 18.

Umweltauswirkungen des Vorhabens beschränkt werden“ (§§ 47 Abs. 3, 49 Abs. 2 UVPG).

Die verfahrensimmanente Öffentlichkeitsbeteiligung ist sowohl bei der SUP als auch bei der UVP obligatorisch und ähnelt strukturell der Anhörung im Planfeststellungsverfahren. Nach einer Unterrichtung der (uneingeschränkten) Öffentlichkeit über die Verfahrenseinleitung, Zeit und Ort der Auslegung sowie die Art einer möglichen Zulassungsentscheidung (§ 19 Abs. 1 UVPG) erfolgt die einmonatige Auslegung des UVP-Berichts und weiterer vorliegender relevanter Unterlagen (§ 19 Abs. 2 UVPG). Ergänzend²⁴³⁴ dazu richten Bund und Länder dafür zentrale Internetportale ein (§ 20 UVPG).²⁴³⁵ Soweit dabei rechtlich geschützte Interessen der Geheimhaltung, des Datenschutzes oder des geistigen Eigentums betroffen sind, unterbleibt bei der UVP deren Veröffentlichung zugunsten aussagekräftiger Inhaltsdarstellungen (§ 23 UVPG).

Parallel zur Einholung von Behördenstellungnahmen (§§ 17, 41 UVPG) erfolgt dann eine Anhörung der „betroffenen Öffentlichkeit“ (§§ 18, 42 UVPG).²⁴³⁶ Hierzu zählen nach § 2 Abs. 9 UVPG neben den anerkannten Umweltverbänden – denen das Gesetz eine fachlich dienende Unterstützungsrolle gegenüber der Behörde zuweist²⁴³⁷ – alle Personen, deren Belange durch das jeweilige Projekt berührt werden. Damit wird die Terminologie von § 73 Abs. 4 VwVfG und damit auch deren weitreichendes Verständnis des Belangebegriffs aufgegriffen, weshalb es sich hierbei ebenfalls um eine stark an ein Populärrecht angenäherte Rechtsposition handelt.²⁴³⁸

Dieser weit gezogene Kreis der betroffenen Öffentlichkeit muss Gelegenheit erhalten, sich innerhalb einer mindestens²⁴³⁹ einmonatigen Frist nach Ablauf der Auslegungsfrist schriftlich oder zur Niederschrift der das Verfahren führenden Behörde zu den Umweltauswirkungen des Vorhabens bzw. des Plan- oder Programmwerfs zu äußern (§§ 21 Abs. 1-3, 42 Abs. 3 S. 1 UVPG), was eine gewisse thematische Eingrenzung möglicher Stellungnahmen bedeutet.²⁴⁴⁰ Mit Ablauf der Äußerungsfrist

2434 E. Hofmann, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 20 UVPG Rn. 17.

2435 Die näheren Einzelheiten sind in Umsetzung der Verordnungsermächtigung von § 20 Abs. 4 UVPG in der UVP-Portale-Verordnung v. 11.11.2020 (BGBl. I S. 2428) geregelt; s. auch §§ 3a UVPG BE, 4 NUVPG, 13 Abs. 2, 3 LUVPG M-V, 4 SUVPG, 5 Abs. 2 SächsUVPG, 4 UVPG LSA, 4 ThürUVPG.

2436 Dies entspricht den Vorgaben von Art. 6 Abs. 4 UVP-RL, nicht jedoch denen von Art. 6 Abs. 2 SUP-RL, die die Betroffenheitseinschränkung nicht vorsehen; da das Betroffenheitserfordernis in Art. 6 Abs. 7 AK – anders als z.B. in Art. 6 Abs. 5 AK – gerade fehlt, handelt es sich insofern um eine völkerrechtswidrige Engführung der Partizipationsberechtigung sowohl in Art. 6 Abs. 4 UVP-RL als auch in § 18 Abs. 1 UVPG, vgl. *Epiney/Diezig/Pirker/Reitemeyer*, AK, Art. 6, 6^{bis} Rn. 36; etwas anderes gilt für § 42 Abs. 3 UVPG, weil insofern Art. 7 AK gilt, der auf Art. 6 Abs. 7 AK nicht verweist.

2437 Dadurch werden die Verbände in eine Nähe zu Verwaltungshelfern gerückt, vgl. BT-Drs. 18/9526, S. 47.

2438 S. oben, → Rn. 568.

2439 Bei einem erheblichen Umfang der Unterlagen ist im Verfahren der UVP eine längere Äußerungsfrist bis maximal drei Monate möglich (§ 21 Abs. 3 UVPG i.V.m. § 73 Abs. 3a S. 1 VwVfG); für die SUP sieht § 42 Abs. 3 S. 2 UVPG die Monatsfrist als Mindestfrist vor.

2440 Allerdings ist der Begriff der Umweltauswirkungen weit auszulegen, weshalb auch unmittelbar umweltbedingte wirtschaftliche Folgen darunter subsumiert werden, vgl. EuGH, Urt. v. 14.3.2013 – Az.

tritt auch hier (vorbehaltlich privatrechtlicher Titel) eine Präklusionswirkung ein, die (seit der Umsetzung der diesbezüglichen EuGH-Entscheidung)²⁴⁴¹ für die UVP auf das Verfahren beschränkt und daher formeller Natur ist (§ 21 Abs. 4 UVPG),²⁴⁴² während für die SUP die Verfahrensbeschränkung fehlt und deshalb eine materielle Präklusion besteht (§ 42 Abs. 3 S. 3 UVPG).²⁴⁴³ Die Einzelheiten des Beteiligungsverfahrens richten sich nach den Vorgaben des Planfeststellungsrechts, da § 18 Abs. 1 S. 4 UVPG insoweit auf § 73 Abs. 3 S. 1 u. 2, Abs. 5-7 VwVfG verweist. Dies gilt vor allem für den Erörterungstermin, der bei einer UVP grundsätzlich²⁴⁴⁴ obligatorisch ist (§ 18 Abs. 1 S. 4 UVPG i.V.m. § 73 Abs. 6 VwVfG) und bei einer SUP in Abhängigkeit von den fachrechtlichen Vorgaben erfolgt (§ 42 Abs. 3 S. 5 UVPG).

583 Die zuständige Behörde erstellt anschließend für die UVP eine begründete Bewertung der Umweltauswirkungen bzw. für die SUP einen Umweltbericht (§§ 25, 43 UVPG), bevor sie über die Zulassung oder Ablehnung des Vorhabens bzw. über die Annahme oder Ablehnung des Plans oder Programms entscheidet. Schließlich ist die Feedback-Phase in §§ 26 f. UVPG verankert. Danach muss die Entscheidung entsprechend zum Planfeststellungsrecht öffentlich bekannt gemacht und zur Einsicht ausgelegt werden (§ 27 Abs. 1 UVPG; ähnlich § 44 Abs. 1 UVPG). Die darin enthaltene Begründung muss u.a. Angaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung sowie eine Erklärung darüber enthalten, wie die Äußerungen der Öffentlichkeit aufgegriffen worden sind (§ 26 Abs. 1 Nr. 3 lit. a), lit d) UVPG; ähnlich § 44 Abs. 2 Nr. 2 UVPG).

584 Die Vorgaben für die Öffentlichkeitsbeteiligung bei einer SUP gem. § 42 UVPG gelten nach § 40f BNatSchG zugleich für die Aufstellung und Überarbeitung von Aktionsplänen zu Pfaden invasiver Arten gem. § 40d i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 9 BNatSchG sowie für die Festlegung und Änderung von Managementmaßnahmen zur Einbringung und Ausbreitung invasiver gebietsfremder Arten (v.a. Tier-, Pflanzen- und Pilzarten)²⁴⁴⁵ gem. Art. 19 VO 1143/2014. Hierbei muss ausdrücklich das Ergebnis der Öffentlichkeitsbeteiligung angemessen berücksichtigt werden (§ 40f Abs. 2 BNatSchG).

C-420/11, curia, Rn. 36; außerdem ist es möglich, dass im Rahmen des über die unselbständige Umweltprüfung hinausgehenden Hauptverfahrens auch andere Gesichtspunkte vorgetragen werden können, vgl. insoweit auch § 21 Abs. 5 UVPG.

2441 Vgl. *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, § 21 Rn. 11; näher dazu unten, → Rn. 704, → Rn. 792.

2442 *E. Hofmann*, in: *Landmann/Rohmer* (Begr.), § 21 UVPG Rn. 20 ff.; *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, § 21 Rn. 9 ff.

2443 BT-Drs. 18/9526, S. 48.

2444 Unter den in § 18 Abs. 2 S. 1 UVPG beschriebenen Voraussetzungen ist der Behörde bei der UVP ein Ermessen zum Verzicht den Erörterungstermin eingeräumt; bei der SUP ist der Erörterungstermin in § 42 Abs. 3 S. 5 UVPG obligatorisch vorgesehen, aber nur akzessorisch zu den maßgeblichen Rechtsvorschriften für den betroffenen Plan oder das betroffene Programm.

2445 Vgl. Erwägungsgrund 1 VO 1143/2014.

(b) Immissionsschutzrechtliche Verfahren

Das Bundesimmissionsschutzrecht sieht bei verschiedenen Verfahren eine Öffentlichkeitsbeteiligung vor, die ebenfalls der des Planfeststellungsverfahrens ähnelt. Allerdings obliegt ihre Durchführung stets der Genehmigungsbehörde, da hier – anders als im Planfeststellungsrecht – die funktionale Unterscheidung zur Anhörungsbehörde nicht besteht.²⁴⁴⁶ Am umfassendsten ist die Regelung im allgemeinen immissionsschutzrechtlichen Verfahren nach § 10 BImSchG, die – neben einer Einbeziehung amtlich berührter Behörden gem. Abs. 5²⁴⁴⁷ – eine Beteiligung der Öffentlichkeit ohne Betroffenheitserfordernis und damit als reines Popularrecht vorsieht. Sobald die Antragsunterlagen vollständig sind, macht die Behörde das Vorhaben und die Auslegung mit einem möglichst²⁴⁴⁸ einwöchigen Vorlauf öffentlich bekannt; sie bedient sich hierbei ihres amtlichen Veröffentlichungsblatts sowie des Internets²⁴⁴⁹ oder der örtlich betroffenen Tagespresse (§ 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG). Der Pflichtinhalt der Bekanntmachung umfasst u.a. Ort und Zeit der Auslegung, die Aufforderung zur Erhebung etwaiger Einwendungen sowie ggf. den Erörterungstermin und den Hinweis auf die UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens (§§ 10 Abs. 4 BImSchG, 9 Abs. 1, Ia, 9. BImSchV).

Danach sind (nicht vor Ablauf einer Woche, § 9 Abs. 2, 9. BImSchV) die für die Zulässigkeit des Vorhabens relevanten Unterlagen wie z.B. der Antrag, ggf. der UVP-Bericht sowie weitere entscheidungserhebliche Dokumente (vgl. § 10 Abs. 1, 9. BImSchV) öffentlich auszulegen; von einer Entscheidungserheblichkeit etwa von Berichten und Empfehlungen ist namentlich dann auszugehen, wenn sich aus ihrem Inhalt Hinweise auf mögliche nachteilige Auswirkungen des Vorhabens auf Dritte ergeben können.²⁴⁵⁰ Die Auslegungsdauer beträgt grundsätzlich²⁴⁵¹ einen Monat; nach Auslegungsbeginn eingehende Unterlagen unterliegen den Publikationsvorgaben des Umweltinformationsrechts (§ 10 Abs. 3 S. 2, 3 BImSchG).²⁴⁵² Partizipationsrechtlich hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang zwei Pflichten, die es erheblich

2446 J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 46; zu den damit verbundenen Problemen s. unten, → Rn. 673-678.

2447 Näher dazu Dietlein, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 96 ff.

2448 Krit. zu dieser Sollvorschrift – im Gegensatz zu anderen Verfahrensgesetzen – J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 47.

2449 Näher dazu Dietlein, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 75a.

2450 Schack, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 26.

2451 Abweichend von § 10 Abs. 3 S. 2 u. 4 BImSchG sieht § 31f Abs. 2 u. 3 BImSchG bei Verfahren im Rahmen der Bewältigung einer Gasmanigallage eine Auslegungsdauer von nur einer Woche sowie eine Äußerungsfrist von einer Woche nach Ablauf der Auslegung vor.

2452 Streitig ist allerdings, ob es sich dabei um eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung handelt, ob also die Behörde die Informationen nur auf Antrag oder generell proaktiv zur Verfügung stellen muss, vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 95b, einerseits und Jarass, BImSchG, § 10 Rn. 82, andererseits. Unter Zugrundelegung des Transparenzziels der Auslegung und ihres genuin proaktiven Charakters spricht sehr viel mehr für eine Rechtsfolgenverweisung und damit für eine antragsunabhängige Publikationspflicht.

erleichtern, sich eine erste Orientierung zum Vorhaben und zu den Unterlagen zu verschaffen. So schreibt zum einen § 4 Abs. 3 S. 2, 9. BImSchV ein Verzeichnis aller Unterlagen vor, um die Navigation und Durchsicht der Unterlagen zu unterstützen. Und zum zweiten, was noch wichtiger ist, fordert § 4 Abs. 3 S. 1, 9. BImSchV „eine allgemein verständliche, für die Auslegung geeignete Kurzbeschreibung [...], die einen Überblick über die Anlage, ihren Betrieb und die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Allgemeinheit und die Nachbarschaft ermöglicht“, was bei UVP-pflichtigen Vorhaben auch eine „allgemein verständliche, nichttechnische Zusammenfassung des UVP-Berichts“ umfasst (§ 4 Abs. 3, 9. BImSchV) und wovon Partizipationswilligen auf Verlangen sogar eine Kopie auszuhändigen ist (§ 10 Abs. 2, 9. BImSchV).²⁴⁵³

587 Die Öffentlichkeit hat dann bis zum Ende²⁴⁵⁴ der Äußerungsfrist (zwei Wochen bzw. bei Anlagen i.S.d. Industrieemissions-RL einen Monat nach Ende der Auslegung) die Gelegenheit, schriftlich oder elektronisch²⁴⁵⁵ Einwendungen zu erheben (§ 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG), die wegen des Popularrechtscharakters auch Allgemeinwohlbelange ohne Bezug zur Person des Einwenders enthalten können,²⁴⁵⁶ aber hinreichend substantiiert sein müssen und sich nicht in einer protestförmigen Ablehnung erschöpfen können.²⁴⁵⁷ Mit Ablauf dieser Frist sind weitere Äußerungen (vorbehaltlich privatrechtlicher Titel) präkludiert (§ 10 Abs. 3 S. 5 BImSchG). Allerdings gilt dieser Ausschluss seit Umsetzung der präklusionskritischen Rechtsprechung des EuGH nur noch für das immissionsschutzrechtliche Verfahren (formelle Präklusion) und nicht mehr für nachfolgende Gerichtsprozesse (materielle Präklusion), was im Wesentlichen für den Erörterungstermin relevant ist.²⁴⁵⁸

588 Denn wie das Planfeststellungsrecht kennt auch das Immissionsschutzrecht einen danach stattfindenden Erörterungstermin, allerdings mit einigen Modifikationen.

2453 Vgl. auch *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 91, 94.

2454 Teilweise wird in Anlehnung an § 14 Abs. 2, 9. BImSchV auch ein Ausschluss von Einwendungen, die vor Fristbeginn erhoben wurden, vertreten, vgl. *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 150; dies überzeugt nicht, da die Frist ihrer Funktion nach auf den Endzeitpunkt gerichtet ist, weil nur spätere Einwendungen zu störenden Verzögerungen im weiteren Verfahren führen können; so auch i.E. *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 87; *Schack*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 70.

2455 Die elektronische Form bedingt die Anforderungen von § 3a VwVfG, da der Begriff „elektronisch“ in der Verwaltungskommunikation entsprechend besetzt ist, vgl. BR-Drs. 491/16, S. 108; *Schack*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 54; demnach reicht eine einfache E-Mail in reiner Textform i.S.v. § 126a BGB nicht aus (so aber *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 136).

2456 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 47; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 124, 126.

2457 *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 133 f.

2458 Vgl. *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 177-186; *Schack*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 65 f.; näher dazu unten, → Rn. 702-704.

Neben der partizipationsfreundlich öffentlichen Durchführung²⁴⁵⁹ zählen dazu jedoch vor allem Einschränkungen. So findet der Erörterungstermin in den Fällen von § 16, 9. BImSchV nicht statt, etwa wenn die Behörde für die erhobenen Einwendungen kein Erörterungsbedürfnis sieht (§ 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 9. BImSchV). Dies gilt allerdings – entgegen § 16 Abs. 1 S. 2, 9. BImSchV²⁴⁶⁰ – nicht für UVP-pflichtige Verfahren, weil sonst der den obligatorischen Erörterungstermin enthaltende Mindeststandard von § 18 UVPG unterschritten wäre, was § 1 Abs. 4 S. 1 UVPG wegen der Wesentlichkeit des Erörterungstermins ausschließt.²⁴⁶¹ In den übrigen Fällen ist die Durchführung des Erörterungstermins seit 2007 zur Verfahrensvereinfachung in das Ermessen der Behörde gestellt (§ 10 Abs. 6 BImSchG)²⁴⁶² und zudem auf diejenigen Einwendungen beschränkt, die für die Genehmigung relevant sind (§ 14 Abs. 1, 9. BImSchV).²⁴⁶³ Zur Begründung für diesen deutlich reduzierten Anwendungsbereich des Erörterungstermins wird darauf verwiesen, dass dem Genehmigungsinteresse des Antragstellers in dem regelmäßig gebundenen Entscheidungsverfahren des Immissionsschutzrechts ein größeres Gewicht als im offeneren Planungsrecht zukomme.²⁴⁶⁴ Rechtlich hat die Gesetzgebung hier einen Gestaltungsspielraum, weil die im Umweltrecht dominierenden unionsrechtlichen Vorgaben den Erörterungstermin nicht fordern.²⁴⁶⁵

Unabhängig von der Handhabung des Erörterungstermins ist schließlich über den Antrag binnen sieben Monaten seit seinem Eingang schriftlich mit Begründung zu entscheiden sowie die Entscheidung dem Antragsteller und den Einwendern zuzustellen, was hinsichtlich der Letztgenannten – etwa bei Massenverfahren – durch eine öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden kann (§ 10 Abs. 6a-8 BImSchG);²⁴⁶⁶ ist eine Anlage i.S.d. Industrieemissions-RL oder ein UVP-pflichtiges Vorhaben betroffen, erfolgt zusätzlich eine Veröffentlichung im Internet (§§ 10 Abs. 8a BImSchG, 21a Abs. 2 S. 5, 9. BImSchV).

589

2459 Was aber kein Rederecht für jede Person implizieren soll, vgl. *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 101; ähnlich *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 227, der aber eine Worterteilung durch die Verhandlungsleitung als möglich ansieht.

2460 Deziert für einen äußerst geringen – nämlich auf tatsächlich-inhaltliche Zweifelsfragen beschränkten – Anwendungsbereich des immissionsschutzrechtlichen Erörterungstermins *Dippel*, NVwZ 2010, S. 145 (152 f.).

2461 *Peters/Balla/Hesselbarth*, UVPG, § 1 Rn. 61; § 18 Rn. 11, 15; a.A. *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 97; *Dietlein*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 210, mit dem Argument, der Erörterungstermin sei kein wesentlicher Standard des UVPG, weil er in der zugrunde liegenden UVP-RL nicht vorgesehen sei; diese Sichtweise missachtet völlig den Eigenwert des Gestaltungsspielraums der nationalgesetzlichen Richtlinienumsetzung und vermag schon deshalb nicht zu überzeugen.

2462 Gesetz zur Reduzierung und Beschleunigung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren v. 23.10.2007, BGBl. I S. 2470; zur Motivation s. die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 16/1337, S. 10 (linke Spalte).

2463 Bei Verfahren im Rahmen der Bewältigung einer Gasmangellage gibt § 31f Abs. 4 BImSchG vor, dass auf die Durchführung des Erörterungstermins verzichtet werden soll.

2464 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 48.

2465 Vgl. *Dippel*, NVwZ 2010, S. 145 (151).

2466 Zu den Voraussetzungen s. *Jarass*, BImSchG, § 10 Rn. 132.

(c) *Gentechnikrechtliches und atomrechtliches Genehmigungsverfahren*

590 Das Verfahren nach § 10 Abs. 3-8 BImSchG ist auch das Vorbild für Entscheidungen über die Errichtung und den Betrieb gentechnischer Anlagen, in denen gentechnische Arbeiten bestimmter Sicherheitsstufen zu gewerblichen Zwecken durchgeführt werden (§ 18 Abs. 1, 3 GenTG), sowie für die Genehmigung einer Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen i.S.v. § 3 Nr. 5 GenTG (§ 18 Abs. 2, 3 GenTG, Art. 6 Abs. 11AK). Die Einzelheiten sind in der Gentechnik-Anhörungsverordnung (GenTAnhV) geregelt. Ebenso unterliegen die Errichtung, der Betrieb oder wesentliche Veränderungen von atomrechtlichen Anlagen zur Spaltung oder zur Aufarbeitung bestrahlter Kernbrennstoffe, soweit dies angesichts des Atomausstiegs noch relevant ist (vgl. § 7 Abs. 1a AtG), gem. § 7 Abs. 1 AtG einem Genehmigungsverfahren, das in der auf § 7 Abs. 4 S. 3 AtG gestützten Atomverfahrensverordnung (AtVfV) in ausdrücklich enger Anlehnung an das immissionsschutzrechtliche Verfahren (insb. § 10 BImSchG) näher geregelt ist.

591 Die beiden Verfahren sind weitgehend synchron geregelt. So sehen §§ 2 GenTAnhV, 4 AtVfV eine öffentliche Bekanntmachung des Vorhabens mit einer Reihe von üblichen Pflichtinhalten (§§ 3 Abs. 1 GenTAnhV, 5 Abs. 1 AtVfV) vor, sobald die zur Auslegung erforderlichen Unterlagen vollständig sind. Eine Woche später (§§ 3 Abs. 3 GenTAnhV, 5 Abs. 2 AtVfV) beginnt dann die Auslegung des Antrags und der Unterlagen (im Atomrecht sind das der Sicherheitsbericht und die Kurzbeschreibung), deren Dauer im Gentechnikrecht einen und im Atomrecht zwei Monate beträgt (§§ 3 Abs. 2 GenTAnhV, 6 Abs. 1 AtVfV). Jede Person kann Einwendungen – im Atomrecht während der Auslegungsfrist (§ 7 Abs. 1 AtVfV) und im Gentechnikrecht auch noch zwei Wochen bei einer Freisetzung sogar einen Monat danach (§ 5 Abs. 1 GenTAnhV) – erheben. Nach mindestens einem weiteren Monat findet dann – vorbehaltlich der Wegfallgründe gem. §§ 8 GenTAnhV, 10 AtVfV – ein Erörterungstermin statt, der im Gentechnikrecht grundsätzlich obligatorisch ausgestaltet ist, jedoch bei Freisetzungen unterbleibt (§ 5 Abs. 3, § 11 GenTAnhV); im Atomrecht erfolgt seine Durchführung strikt obligatorisch und außerdem – anders als im übrigen Fachrecht – zwingend nichtöffentlich (§§ 8, 12 Abs. 1 AtVfV). § 15 AtVfV trifft schließlich noch Regelungen zur abschließenden Entscheidung erfolgt „unter Würdigung des Gesamtergebnisses des Verfahrens“, also auch der Einwendungen, und wird dann – einschließlich Begründung – neben dem Antragsteller auch allen Einwendern zugestellt, was bei mehr als 300 Betroffenen durch eine öffentliche Bekanntmachung ersetzt wird.

(3) Raumordnungsrecht

(a) Raumordnungsplanung

Das Raumordnungsgesetz des Bundes enthält Regelungen für die Raumordnungspläne auf allen Planungsebenen (Bund, Länder, Regionen). Damit werden Gesamt- und Teilräume trichterförmig von der Grobplanung auf Bundesebene bis zur (relativen) Feinplanung auf Regionalebene entwickelt, geordnet und gesichert sowie die konfligierenden Anforderungen mit dem Ziel des Interessenausgleichs aufeinander abgestimmt. Damit wird Vorsorge für einzelne Nutzungen und Funktionen des Raums getroffen sowie eine nachhaltige Raumentwicklung in sozialer, wirtschaftlicher und ökologischer Hinsicht gewährleistet, um gleichwertige Lebensverhältnisse in Deutschland herzustellen und zu wahren (vgl. § 1 ROG). Daher kann die Raumplanung im kaskadenhaften Abschichtungssystem des Planungsrechts „als Prototyp einer vorlaufenden Planung“²⁴⁶⁷ bezeichnet werden. Materiell-rechtlich sind diese Planungen durch die Grundsätze der Raumordnung i.S.v. § 2 ROG eingeeht. Das Verfahren zur Aufstellung der Raumordnungspläne schließt in Umsetzung der SUP-RL eine Strategische Umweltprüfung (§ 8 ROG) sowie – zudem in Umsetzung der MRO-RL²⁴⁶⁸ – eine Beteiligung der Öffentlichkeit und der amtlich berührten öffentlichen Stellen²⁴⁶⁹ (§ 9 ROG) ein.²⁴⁷⁰

Dies beginnt mit einer Bekanntgabe der Planungsabsicht durch Unterrichtung der Öffentlichkeit (und amtlich berührter Stellen) über den Aufstellungsbeschluss, ohne dass in diesem Stadium bereits dialogische Elemente vorgesehen wären.²⁴⁷¹ Erst nach Erarbeitung des Planentwurfs erfolgt eine umfassende Beteiligung der (uneingeschränkten)²⁴⁷² Öffentlichkeit.²⁴⁷³ In diesem Kontext ist der Frühzeitigkeitsbegriff in § 9 Abs. 2 ROG missverständlich, weil es sich dabei nicht um eine ergebnisoffene

2467 E. Hofmann, JZ 2012, S. 701 (708).

2468 Schubert, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 17 ff.; zur MRO-RL s. oben, → Rn. 551.

2469 Näher Schubert, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 34 ff.; Runkel, in: Spannowsky u.a. (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 65 f.

2470 Ebenso sind Stellungnahmen aus der Öffentlichkeit und berührter Stellen bei der deutschen Beteiligung an ausländischen Raumordnungsplänen gem. § 25 Abs. 2 ROG vorgesehen, bei denen jedoch naturgemäß keine hoheitliche Entscheidung deutscher Stellen getroffen wird.

2471 Allerdings steht § 9 Abs. 1 ROG einer frühzeitigen Dialogphase – auf freiwilliger Basis – zumindest nicht entgegen, vgl. Runkel, in: Spannowsky u.a. (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 16.

2472 Mit dieser Popularteilnahme macht § 9 ROG nicht von der Möglichkeit von Art. 6 Abs. 2, 4 SUP-RL Gebrauch, das Stellungnahmerecht an ein Betroffenheitserfordernis zu knüpfen, siehe Schubert, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 29 f., Runkel, in: Spannowsky u.a. (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 58, u. oben, → Rn. 549; auch für eine regionale Einschränkung der Öffentlichkeit bietet § 9 ROG keinen Anhaltspunkt, vgl. Schubert, a.a.O., § 9 Rn. 33 (str., m.w.N.); so auch Runkel, in: Spannowsky u.a. (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 59, für das Stellungnahmerecht, nicht aber für die Unterrichts- und Bekanntmachungspflicht.

2473 Wegen der unionsrechtlichen Prägung darf der Begriff nicht enger als etwa in Art. 2 lit. d) SUP-RL verstanden werden, vgl. Schubert, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 28 f.

Frühzeitigkeit i.S.v. § 3 Abs. 1 BauGB handelt,²⁴⁷⁴ sondern um eine grundsätzlich²⁴⁷⁵ einmalige Beteiligungsphase,²⁴⁷⁶ die wegen ihrer Entwurfsbasierung erst der zweiten Beteiligungsphase des Bauplanungsrechts entspricht.²⁴⁷⁷ Nach einer mindestens eine Woche zuvor erfolgten öffentlichen Ankündigung mit Hinweis auf die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen (im Sinn der Anstoßfunktion)²⁴⁷⁸ müssen der Planentwurf nebst Begründung und Umweltbericht sowie weitere „zweckdienliche“²⁴⁷⁹ Unterlagen (möglichst digital unterstützt)²⁴⁸⁰ für die Dauer von mindestens einem Monat unter Angabe einer angemessenen Stellungnahmefrist öffentlich (d.h. „zu jedermanns Einsicht“)²⁴⁸¹ ausgelegt werden; hinsichtlich der näheren Modalitäten kann auf die Ausführungen beim Planfeststellungsrecht verwiesen werden.²⁴⁸² Nach Ablauf der Stellungnahmefrist greift eine Präklusion, wenn auf sie in der Ankündigung hingewiesen wurde; da der Ausschluss nicht auf das Verfahren beschränkt ist, gilt er auch für nachfolgende Gerichtsverfahren (materielle Präklusion).²⁴⁸³

594 Nach Festlegung des Plans wird dieser öffentlich bekannt gemacht (ggf. sogar als Rechtsnorm verkündet, § 10 Abs. 1 ROG) und zur Einsicht für jede Person bereit gehalten.²⁴⁸⁴ Neben einer Begründung und einer Rechtsbehelfsbelehrung (§ 10 Abs. 2 ROG) muss einem Raumordnungsplan aufgrund Art. 9 Abs. 1 lit. b) SUP-RL eine verständliche Zusammenfassung²⁴⁸⁵ sowie eine Erklärung u.a. zum Umgang mit den Ergebnissen der Öffentlichkeitsbeteiligung (und der Behördenbeteiligung) und zur Abwägung mit den Planungsalternativen beigefügt werden (§ 10 Abs. 3 ROG), was

2474 Dazu näher unten, → Rn. 609 f.

2475 Bei Veränderungen, die zu einer neuen oder stärkeren Betroffenheit von Belangen führt, findet eine darauf beschränkte zweite und potenziell verkürzte Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 9 Abs. 3 ROG statt.

2476 S. auch *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 11; *Runkel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 4.

2477 *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 52 f.

2478 S. oben (→ Rn. 556 f.) und *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 60; *Runkel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 39.

2479 Zur Auslegung dieses Begriffs s. *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 55; *Runkel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 32 f., der darin keinen – voll überprüfbaren – unbestimmten Rechtsbegriff, sondern einen eigenständigen Beurteilungsspielraum der Behörde sieht.

2480 § 9 Abs. 2 S. 4 ROG betont insoweit eine Ergänzungsfunktion, was eine Ersetzung ausschließt; vgl. *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 74; *Runkel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 46.

2481 *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 56.

2482 Eine Besonderheit mag für die tägliche Mindestdauer der Auslegung gelten; *Runkel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 37, und *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 59, votieren angesichts der tlw. längeren Anreise an den Einsichtsort dafür, dass die Unterlagen innerhalb eines Werttages vollständig durchgesehen werden können müssen; da diese Zeitspanne aber je nach Umfang, Vorkenntnissen und persönlichen Ressourcen erheblich unterschiedlich ist, überzeugt sie als Maßstab für die tägliche Auslegungsdauer nur bedingt.

2483 Dafür spricht neben der wesensmäßig identischen Formulierung wie in § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG die in der Entwurfsbegründung zur Parallelnorm in § 42 Abs. 3 S. 3 UVPG dokumentierte Regelungsabsicht (BT-Drs. 18/9526, S. 48); vgl. *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 70 f.

2484 Im Gegensatz zur öffentlichen Auslegung genügt hier eine rasche Verfügbarmachung der Unterlagen für Einsichtswillige; eine Kostenpflicht wäre mit dem Einsichtsrecht nicht vereinbar, vgl. *Faßbender*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 10 Rn. 22; *Runkel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 14 f.

2485 *Faßbender*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 10 Rn. 32.

eine partizipationsrechtlich bedeutsame Erklärungs- und Rechtfertigungspflicht bedeutet. Obwohl insoweit – wie in § 75 Abs. 1a VwVfG – ebenfalls der Grundsatz der Planerhaltung gilt,²⁴⁸⁶ weist § 11 Abs. 1 Nr. 1 ROG der Einhaltung des Beteiligungsverfahrens weitgehend²⁴⁸⁷ eine zwingende Beachtlichkeit zu, wenn Verstöße dagegen binnen Jahresfrist nach der Bekanntmachung geltend gemacht worden sind (§ 11 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 ROG). Dies gilt beispielsweise für eine fehlerhafte Ankündigung der Auslegung, eine zu kurze Auslegung, eine Nichtauslegung zweckdienlicher Unterlagen oder eine zu knapp bemessene Stellungnahmefrist.²⁴⁸⁸

(b) Raumverträglichkeitsprüfung

Des Weiteren sieht das Raumordnungsgesetz eine Raumverträglichkeitsprüfung 595 (bis 2023: Raumordnungsverfahren)²⁴⁸⁹ unter überörtlichen Gesichtspunkten für besondere raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen vor (§ 15 Abs. 1 ROG). Trotz seines überörtlichen und überfachlichen Charakters ist es demnach auf die Sicherung der Raumplanung bezüglich eines konkreten Projekts im Vorfeld von dessen Genehmigungs- oder Zulassungsentscheidung ausgerichtet.²⁴⁹⁰ Die Raumverträglichkeitsprüfung enthält ebenfalls (seit 2017)²⁴⁹¹ eine obligatorische Beteiligung der (uneingeschränkten)²⁴⁹² Öffentlichkeit (und der amtlich berührten Stellen), die mit einem mindestens einwöchigen öffentlichen Ankündigungsvorlauf beginnt, bevor eine mindestens einmonatige Auslegung der Unterlagen stattfindet und eine mindestens zeitgleiche Stellungnahmefrist zu laufen beginnt (§ 15 Abs. 3 ROG). Anders aber als bei der Raumordnungsplanung soll hier das gesamte Beteiligungsverfahren online erfolgen: Nicht nur die Auslegung erfolgt primär im Internet, sondern auch die Stellungnahmen sollen möglichst elektronisch abgegeben werden.²⁴⁹³

2486 Zur hier relevanten Unionsrechtskonformität vgl. *Spannowsky*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 11 Rn. 27 ff.

2487 Ausnahmen gelten für die Nichtbeteiligung einzelner Personen oder öffentlicher Stellen, wenn ihre Belange unerheblich oder bereits berücksichtigt sind (sog. interne Unbeachtlichkeitsklausel, vgl. *Hager*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 11 Rn. 40 ff.).

2488 Siehe die umfangreiche Liste bei *Hager*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 11 Rn. 38.

2489 Die Änderung vom Raumordnungsverfahren zur Raumverträglichkeitsprüfung erfolgte mit dem Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften v. 22.3.2023, BGBl. I Nr. 88; der Charakter des Verfahrens als vorgelagerte Prüfung zur frühzeitigen Erkennung von Nutzungskonflikten bleibt davon unberührt, aber das Verfahren soll stärker darauf fokussiert und zügiger durchgeführt werden, vgl. *BT-Drs. 20/4823*, S. 26.

2490 *Dietz*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 15 Rn. 17 f.

2491 Im *ROG* 2008 war die Öffentlichkeitsbeteiligung nur fakultativ vorgesehen gewesen, vgl. *Dietz*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 15 Rn. 3, 64; die Novellierung von 2023 bringt dagegen partizipationsrechtlich nur geringfügige Verbesserungen, vgl. *BT-Drs. 20/4823*, S. 27 f.

2492 Vgl. *Dietz*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 15 Rn. 65; *Goppel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), *ROG*, § 15 Rn. 66.

2493 Krit. zur rein digitalen Durchführung von Bürgerbeteiligung *Smeddinck*, *ZRP* 2021, S. 209 (211), wegen fehlender (legitimationsvermittelnder!) Nähe und zu starker Betonung des Virtuellen.

(c) Landesrecht

596 Das Raumordnungsgesetz gilt als Bundesrecht zunächst nur für die Raumordnung auf Bundesebene gem. §§ 17 ff. ROG sowie (vorbehaltlich bundesrechtlicher Sonderregelungen wie etwa die Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG)²⁴⁹⁴ für vom Bund betriebene Raumverträglichkeitsprüfungen. Für die Landes- und Regionalplanung sowie von den Ländern durchzuführende Raumverträglichkeitsprüfungen verfügen diese über ein Abweichungsrecht gem. Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GG, wovon sie auch in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht haben.²⁴⁹⁵ Soweit damit Regelungen des ROG nicht nur ergänzt, sondern modifiziert oder gar abbedungen werden, beschränkt sich deren Anwendungsbereich aufgrund der „Ping-Pong“-Logik von Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG jedoch mit dem Inkrafttreten einschlägiger ROG-Änderungen²⁴⁹⁶ nur auf danach erlassene oder erneuerte landesgesetzliche Vorschriften.²⁴⁹⁷ Da das ROG gegenüber dem entgegenstehenden älteren Landesrecht aber lediglich einen Anwendungsvorrang beanspruchen kann,²⁴⁹⁸ sind die betroffenen Landesregelungen nicht wichtig.

597 Unter dieser Prämisse sind an partizipationsrechtlichen Besonderheiten des Landesrechts bezüglich der Raumordnungsplanung zu erwähnen

- die zweistufige Öffentlichkeitsbeteiligung in Mecklenburg-Vorpommern, indem neben einer frühzeitigen entwurfsbasierten Partizipation noch eine weitere vollwertige Beteiligungsphase auf der Grundlage des überarbeiteten Entwurfs – jetzt mit Begründung und Umweltbericht – vorgesehen ist, sowie die dortige Einschränkung der zu beteiligenden Öffentlichkeit durch ein Betroffenheitserfordernis (§ 7 Abs. 2, 3 LPIG M-V),
- das ausdrückliche Gebot zur Berücksichtigung der Beteiligungsergebnisse im Rahmen der planerischen Gesamtabwägung in Bayern (Art. 17 S. 1 Nr. 3 Bay-LplG), was sich freilich bereits aus dem allgemeinen Abwägungsgebot ergibt,²⁴⁹⁹
- die Versagung der staatlichen Genehmigung der Regionalplanung bei fehlender oder fehlerhafter Öffentlichkeitsbeteiligung in Hessen (§ 7 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HLPg) und
- die Verpflichtung der Planungsträger in Baden-Württemberg, die Partizipierenden über das Beteiligungsergebnis zu informieren (§§ 9 Abs. 5, 12 Abs. 4 LplG BW).

2494 Vgl. *Dietz*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 15 Rn. 6.

2495 Vgl. *Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *GG*, Art. 72 Rn. 223.

2496 S. etwa das Gesetz zur Änderung raumordnungsrechtlicher Vorschriften v. 23.5.2017, *BGBl. I* S. 1245; Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften v. 22.3.2023, *BGBl. I* Nr. 88.

2497 *Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *GG*, Art. 72 Rn. 301 f.; *Dietz*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 15 Rn. 89.

2498 *BT-Drs. 16/813*, S. 11 (rechte Spalte); *Herbst*, in: *Friauf/Höfling* (Hrsg.), *GG*, Art. 72 Rn. 139 f.; *Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, *GG*, Art. 72 Rn. 303 f.

2499 *J. Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 27 f.

Bei der Raumverträglichkeitsprüfung bzw. beim Raumordnungsverfahren sind zu nennen 598

- die Option einer Reduzierung der Öffentlichkeitsbeteiligung auf eine einseitige Unterrichtung ohne Äußerungs- und Dialogmöglichkeit bei geringer Bedeutung der zu erwartenden Auswirkungen des Vorhabens im schleswig-holsteinischen Raumordnungsverfahren (§ 15 Abs. 4 LaplaG SH),
- das Gebot in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, den Planungsunterlagen eine allgemein verständliche Zusammenfassung beizufügen (§§ 19 Abs. 3 S. 3 LplG BW, 17 Abs. 4 S. 3 LPIG RLP),
- die Beschränkung des Stellungnahmerechts auf die Einwohnerschaft und kommunalrechtlich Gleichgestellte in Rheinland-Pfalz (§ 17 Abs. 7 S. 6 LPIG RLP),
- die Durchführung eines Erörterungstermins in Sachsen-Anhalt als obligatorischer und in Rheinland-Pfalz als fakultativer Verfahrensbestandteil (§§ 14 Abs. 3 LEntwG LSA, 17 Abs. 7 S. 5 LPIG RLP)²⁵⁰⁰ sowie
- das Gebot der Unterrichtung der Öffentlichkeit über die Ergebnisse des Erörterungstermins in Sachsen-Anhalt (§ 14 Abs. 3 LEntwG LSA).

Beide Verfahrensarten betreffen

599

- die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Auslegung der Unterlagen durch eine digitale Veröffentlichung in Schleswig-Holstein zu ersetzen (§ 5a LaplaG SH), und
- das Instrument eines Erörterungstermins in Niedersachsen, der mit bestimmten Beteiligten – zu denen auch die anerkannten Umweltverbände zählen (§ 3 Abs. 2 S.1 Nr.1 lit.d) NROG) – obligatorisch und mit der Öffentlichkeit zumindest fakultativ durchzuführen ist (§§ 3 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 7 NROG).

(4) Weitere fachgesetzlich geregelte Verfahren ohne Erörterungstermin

(a) Allgemeine Öffentlichkeitsbeteiligung

Eine Reihe von Fachgesetzen sieht ein ähnliches Verwaltungsverfahren vor, das sich vom Planfeststellungsverfahren im Wesentlichen nur dadurch unterscheidet, dass kein Erörterungstermin vorgesehen ist. Diese Verfahren beginnen ebenfalls parallel zur Anforderung behördlicher Stellungnahmen mit einer öffentlichen Bekanntmachung einer Öffentlichkeitsbeteiligung mit näher bestimmten Informationspflichten, 600

2500 Keine Erörterungstermine in diesem partizipationsrechtlichen Sinn sind die in einigen Ländern vorgesehenen (exklusiven) Antragskonferenzen mit den Vorhabenträgern vor Einleitung des Raumordnungsverfahrens (vgl. etwa §§ 10 Abs.1 S.1 NROG, 17 Abs. 4 S. 4 LPIG RLP, 15 Abs.1 S.1 LaplaG SH, 6 Abs.2 S.1 SLPG, 10 Abs. 2 ThürLPIG).

bevor dann die Projektunterlagen in der Regel²⁵⁰¹ für die Dauer eines Monats zur öffentlichen Einsicht ausgelegt und/oder im Internet veröffentlicht werden. Wiederrum meist²⁵⁰² zwei Wochen nach Ende der Auslegungsfrist endet auch der Zeitraum, in dem die Öffentlichkeit (i.d.R. schriftlich oder elektronisch) Einwendungen oder Stellungnahmen zu dem Projekt abgeben kann, was in der Regel²⁵⁰³ eine Präklusion späteren Vortrags begründet. Anschließend fasst die zuständige Behörde die eingegangenen Rückmeldungen in einer Auswertung zusammen und fällt dann die Genehmigungs- oder Zulassungs- bzw. Ablehnungsentscheidung zum beantragten Projekt, die ihrerseits öffentlich bekanntzumachen ist.

601 Dies gilt etwa

- für das störfallrechtliche Genehmigungsverfahren im Immissionsschutz- und im Bergbaurecht, bei dem die Einwendungsberechtigung – wie in § 73 Abs. 4 S. 1 VwVfG, aber enger als in § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG – auf Personen beschränkt ist, „deren Belange durch das Vorhaben berührt werden“, sowie auf klageberechtigte Umweltverbände i.S.v. § 2 UmwRG (§§ 23b Abs. 2 BImSchG, 57d BBergG),
- für die Aufstellung oder Änderung von Luftreinhalteplänen, Abfallwirtschaftsplänen und Abfallvermeidungsprogrammen (§§ 47 Abs. 5, 5a BImSchG, 32, 33 Abs. 9 KrWG), an denen die (uneingeschränkte) Öffentlichkeit beteiligt wird und für die ein ausdrückliches Gebot der angemessenen Berücksichtigung fristgemäß eingegangener Stellungnahmen normiert ist²⁵⁰⁴ (§§ 47 Abs. 5a S. 4 BImSchG, 32 Abs. 2 S. 4 KrWG),
- für die Erarbeitung von Lärmaktionsplänen, bei der nicht nur ausdrücklich „rechtzeitig und effektiv die Möglichkeit“ zur Mitwirkung²⁵⁰⁵ der (uneingeschränkten) Öffentlichkeit an der Ausarbeitung und Überprüfung besteht, sondern ein nicht relativiertes Gebot zur Berücksichtigung der Mitwirkungsergebnisse sowie eine Informationspflicht gegenüber der Öffentlichkeit über das Verfahrensergebnis besteht (§ 47d Abs. 3 BImSchG),²⁵⁰⁶

2501 Auf nähere Fristvorgaben zur Öffentlichkeitsbeteiligung verzichtet § 47d Abs. 3 BImSchG bei der Ausarbeitung und Überprüfung der Lärmaktionspläne.

2502 Offener §§ 9 Abs. 2 S. 3, 2. Hs., 15 Abs. 3 S. 4 ROG, wonach die Einwendungsfrist mindestens der Auslegungsfrist entsprechen muss.

2503 Keine Präklusionswirkung besteht für die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Aufstellung oder Änderung von Luftreinhalteplänen, Abfallwirtschaftsplänen und Abfallvermeidungsprogrammen nach §§ 47 Abs. 5a BImSchG, 32 Abs. 2 KrWG, bei der Mitwirkung an Lärmaktionsplänen gem. § 47d Abs. 3 BImSchG sowie bei der Raumverträglichkeitsprüfung gem. § 15 Abs. 3 ROG.

2504 Die Nichtbeachtung führt zu einem Abwägungsfehler, vgl. *Kropp*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 32 KrWG Rn. 8.

2505 Angesichts der klaren Zuweisung der Aufstellungskompetenz (allein) an die zuständigen Behörden (§ 47d Abs. 1 S. 1 BImSchG) ist der hier verwendete Mitwirkungsbegriff nicht im Sinn eines echten Mitgestaltungsrechts (so aber *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701 (710)) zu verstehen, sondern nur als Aufforderung an die Behörden, eine aktive Beteiligung der Öffentlichkeit zu gewährleisten, vgl. *Jarass*, BImSchG, § 47d Rn. 12.

2506 Bei einer SUP-Pflichtigkeit von Lärmaktionsplänen hält *Jarass*, BImSchG, § 47d Rn. 13, die in § 47d Abs. 3 BImSchG geregelte Öffentlichkeitsbeteiligung für subsidiär gegenüber § 42 UVPG unter Heran-

- für die Aufstellung und Aktualisierung²⁵⁰⁷ der Maßnahmenprogramme zur Bewirtschaftung von Meeresgewässern i.S.v. §§ 45h, 45j WHG (§ 45i WHG) und der Bewirtschaftspläne für die einzelnen Flussgebietseinheiten (§ 83 Abs. 4 WHG), wobei jeweils in Umsetzung von Unionsrecht²⁵⁰⁸ eine uneingeschränkte Öffentlichkeit sechs Monate lang Stellungnahmen abgeben kann und mit § 85 WHG eine ausdrückliche Verpflichtung der Behörden zur Förderung der aktiven Beteiligung aller interessierten Stellen – wozu auch interessierte Privatpersonen und Verbände zählen²⁵⁰⁹ – besteht, was u.a. die proaktive Durchführung von Aktivierungsveranstaltungen verschiedenster Art umfasst,²⁵¹⁰
- für die Festsetzung von Überschwemmungsgebieten (§ 76 Abs. 4 WHG),²⁵¹¹
- für geringfügige Änderungen eines Aktionsprogramms zum Schutz von Gewässern vor Verunreinigung durch Nitrat aus landwirtschaftlichen Quellen, wozu die betroffene Öffentlichkeit beteiligt sowie im Nachgang über das Verfahren und die Entscheidungsgründe informiert wird (§ 3a Abs. 2 DüngG),
- im Landesrecht von zwölf Ländern (fakultativ und antragsabhängig) für die Genehmigung von baulichen Anlagen, die ein Gefährdungs-, Benachteiligungs- oder Belästigungspotenzial für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft haben²⁵¹² (allerdings oft ohne positive Aussage zur Bekanntgabe der Entscheidung),²⁵¹³ sowie

ziehung des Rechtsgedankens von § 47 Abs. 5a S. 8 BImSchG; dagegen spricht jedoch, dass die Beteiligung nach § 47d Abs. 3 BImSchG v.a. durch das über eine Anhörung hinausgehende Mitwirkungsrecht stärker ausgestaltet worden ist.

2507 Vgl. § 85 WHG sowie *Ginzky*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 45i WHG Rn. 15; *Durner*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 83 WHG Rn. 63, unter Verweis auf § 84 Abs. 1 WHG.

2508 Vgl. Art. 19 Meeresstrategie-Rahmen-RL, 14 Wasserrahmen-RL.

2509 So trotz des eher behördlich klingenden Begriffs der „Stellen“ *Durner*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 85 WHG Rn. 1, 7; *Ginzky*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 85 WHG Rn. 4; dafür sprechen auch die Erwägungsgründe 14 und 46 der Wasserrahmen-RL, denen das Konzept einer über die bloße Anhörung hinausgehenden Aktivierung der Öffentlichkeit zugrunde liegt (vgl. *Durner*, a.a.O., Rn. 6).

2510 *Durner*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 85 WHG Rn. 10; *Ginzky*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 85 WHG Rn. 3.

2511 Näher dazu *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 76 WHG Rn. 37-39; *Schmitt*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 76 WHG Rn. 10; landesrechtlich gibt es auch die zusätzliche Implementation eines Erörterungstermins, vgl. § 78 Abs. 2 LWG SH.

2512 Art. 66a Abs. 1 BayBO, §§ 70 Abs. 6 BbgBO, 70 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 BauO BE, 70 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 LBO HB, 72 Abs. 1 Nr. 2 HBO, 70 Abs. 4 LBauO M-V, 72 Abs. 3 S. 1, Abs. 4, 5 BauO NRW, 71 Abs. 3 S. 1, Abs. 4-6 LBO SL, 70 Abs. 4 SächsBO, 69 Abs. 4 S. 1, Abs. 5-7 BauO LSA, 70a Abs. 1, 3-5 LBO SH, 69 Abs. 4 ThürBO.

2513 Die öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung ist fakultativ in §§ 72 Abs. 4 HBO, 70a Abs. 5 S. 1 LBO SH, und obligatorisch in §§ 72 Abs. 6 S. 2 BauO NRW, 71 Abs. 6 S. 1, 2. Hs. LBO SL, 69 Abs. 7 S. 2 BauO LSA vorgesehen.

- im Landesrecht aller Länder (in Umsetzung der Seveso III-RL)²⁵¹⁴ für nach Größe oder Auswirkungen besondere bauliche Anlagen innerhalb des Sicherheitsabstands von störfallrelevanten Anlagen i.S.v. § 3 Abs. 5a-5d BImSchG.²⁵¹⁵
- 602 Zudem ist in einigen Fachgesetzen eine gesetzlich nicht näher spezifizierte Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen, so etwa bei
- der Festsetzung der höchstzulässigen Zahl der Wohnungen in Wohngebäuden in einer Satzung von Gemeinden mit Fremdenverkehrsfunktionen (§ 22 Abs. 9 S. 2 BauGB),
 - den Planungen und Maßnahmen der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden, die darüber zu einem frühzeitigen²⁵¹⁶ Austausch mit den Betroffenen und der interessierten Öffentlichkeit objektiv-rechtlich²⁵¹⁷ verpflichtet sind und insoweit einem besonderen Dialoggebot²⁵¹⁸ unterliegen (§ 3 Abs. 6 BNatSchG),
 - der Auswahl von „geschützten Meeresgebieten im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone und des Festlandssockels“ (§ 57 Abs. 1 BNatSchG),
 - der Tätigkeit der Expertenkommission zur wissenschaftlichen Begleitung und Auswertung von Erprobungsmaßnahmen des nach § 13a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG grundsätzlich verbotenen unkonventionellen Frackings²⁵¹⁹ (§ 13a Abs. 6 S. 3 WHG)²⁵²⁰ oder
 - der Erstellung des Frequenzplans, der die Frequenzbereiche in Frequenznutzungen und darauf bezogene Nutzungsbestimmungen aufteilt (§ 90 Abs. 1 TKG).

2514 S. oben, → Rn. 551.

2515 Art. 66a Abs. 2 BayBO, §§ 55 Abs. 4 LBO BW, 70 Abs. 7 BbgBO, 70 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 BauO BE, 70 Abs. 3 S. 2, Abs. 4 LBO HB, 59 Abs. 4 HmbBauO, 72 Abs. 2-4 HBO, 70 Abs. 5 LBauO M-V, 68 Abs. 5-8 NBauO, 72 Abs. 3 S. 2, Abs. 4-6 BauO NRW, 70 Abs. 6 LBauO RLP, 71 Abs. 3 S. 2, Abs. 4-6 LBO SL, 70 Abs. 5 SächsBO, 69 Abs. 4 S. 2, Abs. 5-7 BauO LSA, 70a Abs. 2-5 LBO SH, 69 Abs. 5 ThürBO.

2516 Mithin zu einem Zeitpunkt, in dem alle Optionen noch offen sind, s. *Heß/Wulff*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 3 BNatSchG Rn. 45; *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 3 BNatSchG Rn. 52.

2517 *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 3 BNatSchG Rn. 55; *Heß/Wulff*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 3 BNatSchG Rn. 49.

2518 Vgl. *Brinktrine*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 3 BNatSchG Rn. 51; *Heß/Wulff*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 3 BNatSchG Rn. 46 f.

2519 Zum Begriff und Verbot s. *Giesberts/Kastelec*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 13a WHG Rn. 4-8; v. *Weschpennig*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 13a WHG Rn. 3-7.

2520 Nach der Entwurfsbegründung stellt dies nur „eine informelle Form der Öffentlichkeitsbeteiligung außerhalb des Zulassungsverfahrens“ dar, vgl. BT-Drs. 18/8916, S. 21; v. *Weschpennig*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 13a WHG Rn. 78, sieht darin v.a. eine Maßnahme zur Schaffung von Transparenz.

*(b) Besondere Verbandsbeteiligungen**(aa) Mittelbarer Partizipationsrechtscharakter bei Popularoffenheit*

Schließlich sind auch solche Verfahren partizipationsrechtlich relevant, in denen 603 zwar nicht die Öffentlichkeit, aber bestimmte anerkannte Fachverbände beteiligungsberechtigt sind. Solange nämlich diese Verbände jeder Person eine Eintrittsmöglichkeit und die Ausübung aller mitgliedschaftlichen Rechte bis hin zum vollen Stimmrecht in der Mitgliederversammlung anbieten, stellen sie Partizipationsmittler dar. Insofern ist von maßgeblicher Bedeutung, dass die Anerkennung solcher Fachverbände eine entsprechende Popularoffenheit voraussetzt. Ein solches System anerkannter Fachverbände gibt es im Umweltrecht (§ 3 UmwRG), im Naturschutzrecht (§ 63 BNatSchG i.V.m. 3 § UmwRG) und (teilweise) auf Landesebene im Tierschutzrecht,²⁵²¹ während Patienten- und Behindertenverbände keine entsprechende Pflicht zum Jedermann-Prinzip kennen. Da diese Regularien (tlw. vorrangig) im Zusammenhang mit Verbandsklagerechten bestehen, wird auf die einzelnen Anerkennungsvoraussetzungen in Kapitel 5 näher eingegangen.²⁵²² Besondere, also nicht der Öffentlichkeit offenstehende, Anhörungsrechte für Verbände bestehen im Natur- und Tierschutzrecht, sowie im Patienten- und Behindertengleichstellungsrecht; dagegen ist die Verbandsbeteiligung im (sonstigen) Umweltrecht – wie dargestellt – parallel zur Öffentlichkeitsbeteiligung ausgestaltet.

(bb) Naturschutzrecht

Die besonderen Anhörungsrechte von Verbänden im Naturschutzrecht sind in § 63 604 BNatSchG geregelt und beinhalten ein Einsichtsrecht in einschlägige Sachverständigengutachten sowie ein Stellungnahmerecht zu enumerativ benannten behördlichen Maßnahmen. Nähere Verfahrenspflichten der Behörde wie etwa eine individuelle Information der anerkannten Verbände über beteiligungsrelevante Vorhaben, eine hinreichende Frühzeitigkeit der Beteiligung und die Einbeziehung der Verbandsstellungen in den weiteren Entscheidungsprozess sind nicht geregelt, ergeben sich jedoch aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen.²⁵²³ Die naturschutzrechtlichen Beteiligungsrechte setzen stets die Berührung des satzungsmäßigen Aufgabebereichs des Verbands durch die behördliche Maßnahme voraus und unterscheiden sich danach, ob es sich um eine vom Bund anerkannte (länderübergreifend tätige) Organisation handelt (Abs. 1), oder einen von einem Land anerkannten (nur im

2521 §§ 2 TierSchVKG BE, 5 TierSchMVG BW, 3 BremTierSchVKG, 2 HmbTierSchVKG, 3 NdsTierSchVKG, 2 TierSchMVG RLP, 3 SaarlTierSchVKG, 3 TierSchVKG SH.

2522 S. unten, → Rn. 797-801 und → Rn. 825 f.

2523 J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 52 f. m.w.N.

jeweiligen Land tätigen) Naturschutzverband betrifft (Abs. 2).²⁵²⁴ Übereinstimmend gilt dies in beiden Fällen für die behördliche Vorbereitung von untergesetzlichen Normen (Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1) und für naturschutzrelevante Planfeststellungsverfahren sowie diese ersetzende (öffentlichkeitsbeteiligungspflichtige) Plangenehmigungen (Abs. 1 Nr. 3, 4, Abs. 2 Nr. 6, 7). Außerdem betreffen die Beteiligungsrechte Abweichungen und Ausnahmen von einer Reihe von Schutzbestimmungen, etwa bei geschützten Meeresgebieten wie marine Vogelschutz- und FFH-Gebiete auf Bundesebene (Abs. 1 Nr. 2)²⁵²⁵ sowie bei Natura 2000-Schutzgebieten i.S.v. § 32 BNatSchG, bei Naturschutzgebieten, Nationalparks, Nationalen Naturmonumenten und Biosphärenreservaten auf Landesebene (Abs. 2 Nr. 5). Die landesweit tätigen Naturschutzorganisationen haben des Weiteren ein Beteiligungsrecht u.a. bei der Vorbereitung von Landschaftsprogrammen und -plänen, Landschaftsrahmenplänen und Grünordnungsplänen (Abs. 2 Nr. 2, 3), bei der Vorbereitung von Programmen hoheitlicher Stellen zur Wiederansiedlung von Tieren und Pflanzen (Abs. 2 Nr. 4) und bei Genehmigungen von Zoos (Abs. 2 Nr. 4a).

(cc) Tierschutzrecht

605 Ebenso gibt es im Tierschutzrecht von sieben Ländern besondere Anhörungs- und Stellungnahmerechte für anerkannte Tierschutzorganisationen.²⁵²⁶ Diese betreffen die administrative Erarbeitung von Vorschriften mit Tierschutzbezug und im Verwaltungsverfahren bestimmte tierschutzrechtliche oder tierschutzbezogene Genehmigungen und Erlaubnisse.²⁵²⁷ Hierbei handelt es sich in fünf Ländern (i.d.R. antragsabhängig) um Ausnahmegenehmigungen zum Schächten (§ 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG), um Erlaubnisse zum Kürzen von Schnabelspitzen bei Nutzgeflügel oder des Endstücks des Schwanzes von Kälbern (§ 6 Abs. 3 TierSchG), um Genehmigungen für Tierversuche (§ 8 Abs. 1 TierSchG) und um bestimmte Formen der Tierhaltung (§ 11 Abs. 1 TierSchG).²⁵²⁸ Ebenfalls betroffen sind bau- und immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für Vorhaben zum Halten von Tieren zu Erwerbszwecken. Besonders weit gehen die Regelungen in Berlin und Bremen, wonach

2524 Die Regelung führt in der Praxis zu der problematischen Folge, dass Naturschutzorganisationen mit Tätigkeitsbereichen in nur etwas mehr als einem Land alle Rechte gem. § 63 Abs. 2 NatSchG abgegriffen sind, vgl. *Lamfried*, DVBl. 2020, S. 609 (611).

2525 *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), Umweltrecht, § 63 BNatSchG Rn. 12.

2526 Vgl. die umfassende Darstellung bei *Ley*, Tierschutz-Verbandsklage, S. 129 ff.

2527 §§ 2 TierSchMVG BW, 3 TierSchVKG BE, 2 BremTierSchVKG, 1 NdsTierSchMVG, 1 TierSchMVG RLP, 2 SaarTierSchVKG, 2 TierSchVKG SH; anders als die genannten Länder verfügt das Hamburger Landesrecht zwar (ebenfalls) über eine tierschutzrechtliche Verbandsklage, jedoch über keine Mitwirkungsrechte beim Verwaltungshandeln (HmbTierSchVKG). Zu den einzelnen Fundstellen der Gesetze s. unten, Fn. 3443.

2528 Vgl. §§ 2 Abs. 1 Nr. 2 TierSchMVG BW, 1 Abs. 2 TierSchMVG RLP, 1 Abs. 2 NdsTierSchMVG, 2 Abs. 2 SaarTierSchVKG, 2 Abs. 2 TierSchVKG SH.

mit Ausnahme von Strafverfahren alle Verfahren nach dem Tierschutzgesetz in das Beteiligungsrecht durch Antrag einbezogen werden können.²⁵²⁹

(dd) Patienten- und Behindertengleichstellungsrecht

Anders als die vorgenannten Verbandsmitwirkungsrechte im Natur- und Tierschutz 606 fallen diejenigen im Patienten- und Behindertengleichstellungsrecht nicht unter das hier vertretene Partizipationsrechtsverständnis. Zwar stehen diesen Verbänden ebenfalls (sogar zahlreiche) Artikulationsrechte in überindividuellen Angelegenheiten zu (vgl. § 140f SGB V, §§ 5, 16 Abs. 3 BGG), die sogar teilweise durch Antragsrechte und Gremienmitgliedschaften relativ stark ausgestaltet sind. Aber Anknüpfungspunkt ist die Anerkennung als interessenvertretende Organisation, zu deren Voraussetzungen sowohl im Patientenrecht (§ 1 Abs. 1 PatBeteiligungsV) als auch im Behindertenrecht (§ 15 Abs. 3 S. 2 BGG) keine Verpflichtung zählt, jede eintrittswillige und die Ziele der Organisation unterstützende Person mit vollem Stimmrecht in der Mitgliederversammlung aufzunehmen (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 UmwRG). Wenn aber schon die (unmittelbare) Mitwirkung auf Verbände beschränkt ist, kann der partizipationsrechtlich erforderliche Popularcharakter nur noch mittelbar über die Eintrittsoffenheit dieser Verbände hergestellt werden. Auch wenn § 1 Nr. 3 PatBeteiligungsV (und entsprechend § 15 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BGG) verlangt, dass die Organisationen „nach ihrem Mitgliederkreis dazu berufen sind, die Interessen von Patientinnen und Patienten oder der Selbsthilfe chronischer kranker und behinderter Menschen auf Bundesebene zu vertreten“, stellt dies keine Regelung im Sinn einer Eintrittsoffenheit dar.²⁵³⁰ Daher fehlt bei den patienten- und behindertengleichstellungsrechtlichen Artikulationsrechten die Geltung des für eine partizipationsrechtlichen Qualifikation erforderlichen Jedermann-Prinzips.

c) Verwaltungsverfahren mit mehrstufigen Anhörungsverfahren

(1) Bauleitplanung

(a) Einordnung und Öffentlichkeitsbegriff

Das Verfahren der Bauleitplanung kann als Klassiker der mehrstufigen Bürgerbeteiligung angesehen werden. Der Flächennutzungsplan als vorbereitender Bauleitplan 607 und der Bebauungsplan als verbindlicher Bauleitplan (§ 1 Abs. 2 BauGB) dienen der Gewährleistung einer nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung, einer dem Wohl der Allgemeinheit dienenden sozialgerechten Bodennutzung, den Wohnbedürfnis-

2529 §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TierSchVKG BE, 2 Abs. 1 S. 1 lit. c) BremTierSchVKG.

2530 Vgl. J. Winkler, in: Neumann/Pahlen u.a. (Bearb.), SGB IX, § 86 Rn. 11.

sen der Bevölkerung und der Sicherung einer menschenwürdigen Umwelt unter besonderer Berücksichtigung des Klimawandels (§ 1 Abs. 5 BauGB). Von besonderer Bedeutung ist bei dieser Planungstätigkeit das Gebot der gerechten Abwägung der widerstreitenden privaten und öffentlichen Belange (§ 1 Abs. 7 BauGB), die u.a. durch die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung ermittelt werden (§ 4a Abs. 1 BauGB). Die dabei zu beachtenden Vorschriften gelten nicht nur für die Aufstellung, sondern grundsätzlich²⁵³¹ auch für die Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen (§ 1 Abs. 8 BauGB). Die Verfahrensdurchführung obliegt der jeweiligen Gemeinde als Teil ihrer aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie abgeleiteten Planungshoheit.²⁵³² Deshalb erfolgt die abschließende Planungsentscheidung regelmäßig durch einen Beschluss des Gemeinderats,²⁵³³ im Fall des Bebauungsplans zudem in Satzungsform (§ 10 Abs. 1 BauGB).²⁵³⁴

608 Dem Bauleitplanungsrecht kam mit der Baurechtsnovelle von 1976²⁵³⁵ eine partizipationsrechtlich doppelt innovative Vorreiterfunktion zu. Zum einen gilt dies für seinen rein popularrechtlichen Charakter, indem es nicht nur für in ihren Belangen berührte (oder noch stärker betroffene) Personen gilt, sondern für eine einschränkungslose Öffentlichkeit, die nicht nur die Umweltverbände umfasst,²⁵³⁶ sondern – sogar ausdrücklich – auch Kinder und Jugendliche (§ 3 Abs. 1 S. 2 BauGB),²⁵³⁷ und folglich auch nicht auf die Einwohner- oder Bürgerschaft der handelnden Gemeinde beschränkt ist.²⁵³⁸ Sogar die Öffentlichkeit in berührten Nachbarstaaten ist in das Beteiligungsregime einbezogen (§ 4a Abs. 4 BauGB). Mit diesem besonders

2531 Ausnahmen insbesondere für die Öffentlichkeitsbeteiligung sehen die verkürzten Verfahren gem. §§ 13, 13a BauGB vor.

2532 *Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 59; *Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 2 Rn. 4; *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 2 Rn. 1.

2533 Vgl. *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 10 Rn. 3.

2534 Das BauGB spricht insoweit nur von einer Entscheidung „der Gemeinde“, weil der dafür verantwortliche Bund aus kompetenzrechtlichen Gründen gehindert ist, die organrechtliche Binnenzuständigkeit innerhalb der Gemeinde – die dem (den Ländern vorbehaltenen) Kommunalverfassungsrecht zuzuordnen ist – zu regeln; s. auch *Oehmen*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 10 Rn. 2-4; *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 10 Rn. 1; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 41.

2535 BGBl. 1976 I S. 2257 (2262).

2536 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 20; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 40.

2537 Vgl. BT-Drs. 17/13272, S. 16 (rechte Spalte); *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 17, 21a, unter Hinweis auf deren Interessen z.B. an Spiel- und Bolzplätzen; die Einwendungsbeurteilung ist damit auch nicht von der Zustimmung gesetzlicher Vertreter abhängig, *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 44.

2538 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 19; *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 3; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 6; damit sind jegliche personellen Eingrenzungen ausgeschlossen, vgl. *Schink*, a.a.O., Rn. 34; deshalb hat das BauGB seine Terminologie seit 2004 von Bürger- auf Öffentlichkeitsbeteiligung geändert, vgl. *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 43.

ausgeprägten Populärrecht trug die damalige Gesetzgebung der Kritik am Einwennungsverfahren Rechnung.²⁵³⁹

(b) Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung

Zum anderen sah und sieht die Bauleitplanung als erstes bedeutendes Verwaltungsverfahren nicht nur die tradiert verfahrensimmanente Bürgerbeteiligung auf der Grundlage ausgearbeiteter Planentwürfe vor, sondern (im Regelfall)²⁵⁴⁰ zusätzlich in § 3 Abs. 1 BauGB eine zu Beginn des Planungsprozesses vorgeschaltete „frühzeitige“ Möglichkeit der Öffentlichkeit, sich zur Gestaltung der Bauleitplanung einzubringen.²⁵⁴¹ Dasselbe gilt im Übrigen gem. § 4 Abs. 1 BauGB – regelmäßig zeitgleich²⁵⁴² – für die Beteiligung von in ihrer Aufgabenstellung berührten Behörden und sonstigen Trägern öffentlicher Belange. Diese Innovation fand 1976 in Anlehnung an § 9 StBauFG²⁵⁴³ als neuer § 2a Eingang in das damalige Bundesbaugesetz als Vorläufer des heutigen Baugesetzbuchs und trat zum 1.1.1977 in Kraft.²⁵⁴⁴ Seither wurde sie vielfach überarbeitet und vor allem im Licht der unionsrechtlichen Beteiligungsvorgaben weiterentwickelt und gestärkt.²⁵⁴⁵

Danach ist der Verfahrensablauf der Bauleitplanung so gestaltet, dass „die Öffentlichkeit möglichst frühzeitig über die allgemeinen Ziele und Zwecke der Planung, sich wesentlich unterscheidende Lösungen, die für die Neugestaltung oder Entwicklung eines Gebiets in Betracht kommen, und die voraussichtlichen Auswirkungen der Planung öffentlich zu unterrichten“ ist (§ 3 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BauGB); ursprünglich sollten auch Umfang und Detaillierungsgrad der Umweltprüfung Gegenstand der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung sein, was wegen Befürchtungen des Bun-

2539 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 193.

2540 Ausnahmsweise kann von einer frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung im regulären Verfahren abgesehen werden, wenn es keine oder nur unwesentliche Auswirkungen gibt oder eine Öffentlichkeitsbeteiligung bereits auf anderer Grundlage erfolgt ist, vgl. § 3 Abs. 1 S. 3 BauGB; näher dazu *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 10.

2541 Vgl. *Schink*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 16a; *Steiger*, Der partizipative Staat, S. 333, spricht daher von einem Vorbildcharakter der bauplanungsrechtlichen Öffentlichkeitsbeteiligung.

2542 Die Möglichkeit zur Parallelisierung der beiden unterschiedlichen Beteiligungsverfahren folgt aus § 4a Abs. 2 BauGB, dient der Verfahrensbeschleunigung und gilt auch für die nachfolgenden förmlichen Beteiligungen, vgl. *Spannowsky*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 4a Rn. 4; *Jeromin*, in: *Kröniger/Aschke/Jeromin* (Hrsg.), BauGB, § 4a Rn. 1; in manchen Verfahren kann es aber auch sinnvoll sein, die Ergebnisse der Behördenbeteiligung bereits in die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung einbringen zu können, vgl. *Köster*, in: *Schrödter* (Hrsg.), BauGB, § 4a Rn. 3.

2543 Das Städtebauförderungsgesetz v. 27.7.1971 (BGBl. I S. 1125) verpflichtete in § 9 Abs. 1 die Gemeinden dazu, mit Eigentümern und Nutzern von betroffenen Grundstücken sowie Arbeitnehmern dort ansässiger Betriebe „möglichst frühzeitig die beabsichtigte Neugestaltung des Sanierungsgebiets und die Möglichkeiten ihrer Beteiligung an der Durchführung der Sanierung [zu] erörtern“.

2544 Vgl. *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 192; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter* (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 1.

2545 *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 2f.; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter* (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 2f.; *Schink*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 6 ff.

desrates hinsichtlich „verfahrensbelastende[r] Auseinandersetzungen“ unterblieben ist.²⁵⁴⁶ Sowohl die Dauer als auch die Art und Weise dieser Unterrichtung sind nicht gesetzlich geregelt und obliegen daher dem Durchführungsermessen der Gemeinde unter Berücksichtigung der Komplexität der Planungsvorstellungen, ortsüblicher Bekanntmachungsformen und des Geeignetheitsgebots.²⁵⁴⁷ Das Frühzeitigkeitsgebot bedeutet, dass die Bevölkerung erkennen können muss, was auf sie zukommen kann, ohne dass die Planinhalte schon derart verfestigt sind, dass größere Änderungen nur noch mit erheblichem Aufwand möglich wären.²⁵⁴⁸ Umgekehrt kann die Beteiligung auch nicht auf einer zu unbestimmten Grundlage erfolgen, sondern setzt ein hinreichend erkennbares und dialogfähiges Planungskonzept in räumlicher und umfangmäßiger Hinsicht voraus.²⁵⁴⁹ Solange diese Anforderungen erfüllt sind, spielt es keine Rolle, ob diese Bürgerbeteiligung nach oder schon vor der Entscheidung über das „ob“ der Überplanung eines bestimmten Gebietes – also dem Aufstellungsbeschluss (§ 2 Abs. 1 S. 2 BauGB) – erfolgt.²⁵⁵⁰

- 611 Auf der Grundlage der Unterrichtung ist der Öffentlichkeit dann als Artikulationsphase „Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung zu geben“ (§ 3 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BauGB), was neben der Entgegennahme von Stellungnahmen auch Dialogmöglichkeiten umfasst; aus dem Transparenzziel des Beteiligungsverfahrens folgt zudem, es für Letztere auch öffentliche Formate geben muss.²⁵⁵¹ Angesichts des Erörterungsgebots wäre es deshalb denkbar und unter Partizipationsförderungsgesichtspunkten sinnvoll, die Informations- und die Kommunikationspflicht zu verbinden und in einem öffentlichen dialogischen Informations- und Diskussionsformat wie z.B. einer Einwohnerversammlung umzusetzen.²⁵⁵² Im Idealfall werden die Pläne unter Berücksichtigung dieser frühzeitigen Konsultation der Bevölkerung erst erstellt oder

2546 Vgl. § 3 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. BauGB-E in BT-Drs. 15/2250, S. 12 (linke Spalte), und den Einwand des Bundesrates a.a.O., S. 75 (77); *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 27-28.

2547 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 35 f.; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 9; die Pflicht zur Online-Publikation ist nach § 4a Abs. 4 BauGB auf das förmliche Beteiligungsverfahren beschränkt, was aber der Zulässigkeit der Internetnutzung bei der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung (trotz Streichung der ausdrücklichen Option in § 4a Abs. 4 S. 1 BauGB a.F.) nicht entgegensteht, vgl. *Will/Ehlert*, NVwZ 2018, S. 376 (379).

2548 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 32; *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (756), spricht insoweit (allerdings bezogen auf § 25 Abs. 3 VwVfG) vom Erfordernis einer Gestaltungsoffenheit.

2549 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 23, 32, 37; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 8.

2550 *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 42; regelmäßig erfolgt die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung aber erst im Anschluss an den Aufstellungsbeschluss, vgl. *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 33; *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 8; *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 69 f.

2551 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 40 f.

2552 BT-Drs. 13/6392, S. 45 (linke Spalte); *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 4; s. auch *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 32; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 43.

konkretisiert bzw. angepasst,²⁵⁵³ was aber nicht zu einer zweiten frühen Öffentlichkeitsbeteiligung führt (§ 3 Abs.1 S.4 BauGB),²⁵⁵⁴ sondern als Grundlage für die nachfolgende förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 3 Abs.2 BauGB (und die förmliche Beteiligung von Behörden und Trägern öffentlicher Belange gem. § 4 Abs.2 BauGB) dient. In deren Rahmen kann dann auch festgestellt werden, ob bzw. welche Anregungen in die weitere Planung aufgenommen worden sind, weshalb es beim frühzeitigen Beteiligungsverfahren auch keine eigene Feedback-Phase gibt.²⁵⁵⁵

(c) Förmliche Öffentlichkeitsbeteiligung

Dieses zweite (sogenannte förmliche) Beteiligungsverfahren ist gesetzlich näher ausgestaltet und seit Juli 2023 von einem analogen Auslegungs- zu einem digitalen Publikationsmodus umgestaltet worden, der neben einer obligatorischen Internetveröffentlichung auch weitere „leicht zu erreichende Zugangsmöglichkeiten“ wie etwa eine Auslegung vorschreibt (§ 3 Abs.2 S.1, 2 BauGB).²⁵⁵⁶ Das Verfahren beginnt mit einer ortsüblichen Bekanntmachung, die die Internetadresse, die anderen leicht zu erreichenden Zugangsmöglichkeiten und die Dauer der Veröffentlichung benennt, Angaben zu den Grundzügen der Planung und zum Plangebiet²⁵⁵⁷ sowie zu den verfügbaren umweltbezogenen Informationen²⁵⁵⁸ enthält sowie auf das Äußerungsrecht²⁵⁵⁹ während der Veröffentlichungsfrist und auf die Möglichkeit der Nichtberücksichtigung verspäteter Stellungnahmen²⁵⁶⁰ hinweist (§ 3 Abs.2 S.4 BauGB); zusätzlich²⁵⁶¹ ist der Inhalt dieser Bekanntmachung im Internet sowie über ein zentrales Landesportal zu veröffentlichen (§ 3 Abs.2 S.5 BauGB).²⁵⁶² Die

612

2553 Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 4.

2554 Anders verhält es sich nur dann, wenn die weiterentwickelte Planung ein Aliud zu den ursprünglichen Überlegungen darstellt, vgl. Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 53; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 53 f.

2555 Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 55; Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 4.

2556 Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Digitalisierung im Bauleitplanverfahren und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 3.7.2023 (BGBl. I Nr. 176).

2557 Dies wird auch ohne ausdrückliche Nennung im Gesetzestext aus dem Ziel der Anstoßwirkung abgeleitet, vgl. Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 87.

2558 Zu den Anforderungen ausf. Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 69 ff.

2559 Näher zu den diesbezüglichen Anforderungen Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 94-97.

2560 Dazu näher Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 98-99a.

2561 Die Internetveröffentlichung ersetzt die ortsübliche Bekanntmachung nicht; aufgrund des Wortes „zusätzlich“ ist kraft bundesrechtlichen Geltungsvorrangs eine alleinige Internetveröffentlichung auch dann unzulässig, wenn das Landesrecht den Kommunen eine solche Option für die ortsübliche Bekanntmachung einräumt, vgl. NdsOVG, Urt. v. 4.5.2012 – Az. 1 MN 218/11, ZfBR 2012, S. 470; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 63a ff.; Köster, ebenda, § 4a Rn. 18a, 20.

2562 Mit dieser – schon vor der letzten Novellierung verpflichtenden – Vorgabe wird Art. 5 Abs. 3 AK und Art. 6 Abs. 2 UVP-RL für das Bauplanungsrecht umgesetzt, vgl. Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 4a Rn. 11 f.; s. auch die Forderung von Hartmann, MMR 2017, S. 383 (386), diese Beteiligungspflicht auch im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht zu verankern, wo § 27a VwVfG eine digitale Partizipation zum einen nur für die Einbahnstraßenkommunikation behördlicher

Anstoßfunktion bedingt auch eine allgemeine Verständlichkeit der Angaben, um die potenziell Betroffenen kommunikativ zu erreichen; rein technische Bezeichnungen wie Flurstücknummern o.ä. genügen daher als Gebiets- oder Planzielbeschreibung nicht.²⁵⁶³

613 Danach²⁵⁶⁴ erfolgt dann im Internet sowie durch weitere Zugangsmöglichkeiten die Veröffentlichung der Planentwürfe, ihrer Begründung einschließlich des (nach § 2a S. 3 BauGB als deren Teil anzusehenden) Umweltberichts und weiterer bereits vorliegender, wesentlicher umweltbezogener Stellungnahmen²⁵⁶⁵ für die Dauer von mindestens²⁵⁶⁶ 30 Tagen (§ 3 Abs. 2 S. 1 BauGB). Während die Internetpublikation zwingend ist, ist die nähere Ausgestaltung der weiteren leicht erreichbaren Zugangsmöglichkeiten in Grenzen der Sachgerechtigkeit der verfahrensführenden Gemeinde überlassen.²⁵⁶⁷ Weitere Informationsmöglichkeiten nach dem sektoralen oder allgemeinen Informationsfreiheitsrecht bleiben unberührt.²⁵⁶⁸

614 In diesem Zeitraum kann sich jede Person (einzeln oder gemeinschaftlich)²⁵⁶⁹ einschließlich der klageberechtigten Umweltverbände – vorzugsweise elektronisch, bei Bedarf aber auch auf anderem Weg (z.B. konventionell mündlich zur behördlichen Niederschrift)²⁵⁷⁰ – äußern. Verspätet abgegebene Äußerungen (und behördliche Stellungnahmen) können im weiteren Verfahren unberücksichtigt bleiben, sofern sie für die Rechtmäßigkeit des Plans unerheblich sind und die Gemeinde davon weder Kenntnis hatte noch hätte haben müssen (§ 4a Abs. 5 BauGB);²⁵⁷¹ die früher mit § 47 Abs. 2a VwGO a.F. bestandene materielle Präklusion bei Bebauungsplänen wurde im Zuge der Umsetzung der präklusionskritischen Rechtsprechung

Mitteilungen vorsieht und zum anderen (nach langen Jahren als Soll-Vorschrift) erst seit dem 1.1.2024 eine zwingende Vorgabe darstellt.

2563 *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 58.

2564 Die bis 2023 bestandene Mindestabstandsfrist von einer Woche besteht nun nicht mehr.

2565 Dies gilt wegen der Wesentlichkeitseinschränkung vor allem für behördliche Stellungnahmen aus der frühzeitigen Beteiligung gem. § 4 Abs. 1 BauGB, kann aber auch Stellungnahmen von Umweltverbänden und anderen privaten Organisationen oder Personen umfassen, vgl. BT-Drs. 15/2250, S. 44 (linke Spalte); *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 62, 65; *Battis*, in: Battis/Krautzbeger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 13.

2566 Um das Gebot einer ausreichenden Zeitspanne gem. Art. 6 Abs. 6 lit. b) UVP-RL in jedem Fall erfüllen zu können, sieht § 3 Abs. 2 BauGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Möglichkeit zur angemessenen Fristverlängerung vor; näher dazu *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 71; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 79a ff.

2567 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 78-83; *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 11; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 66 ff., 80 ff.

2568 Näher dazu *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 22-39; zur Informationsfreiheit s. im Übrigen oben, im 2. Kap. (→ Rn. 164 ff.).

2569 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 115.

2570 Vgl. *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 117.

2571 Vgl. dazu *Köster*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 4a Rn. 48.

des EuGH²⁵⁷² gestrichen.²⁵⁷³ Eine besondere materielle Präklusionsregelung enthält § 7 Abs. 3 UmwRG für anerkannte Umweltverbände i.S.d. UmwRG, die (nur)²⁵⁷⁴ beim Flächennutzungsplan mit allen rechtzeitig möglichen, aber nicht rechtzeitig abgegebenen Stellungnahmen nach Ablauf der Äußerungsfrist im Rechtsbehelfsverfahren ausgeschlossen sind. Freilich gelten diese Ausschlüsse nur, wenn darauf in der einleitenden Bekanntmachung ausdrücklich hingewiesen worden ist (§§ 4a Abs. 5 S. 2, 3 Abs. 3 BauGB). Anders als bei der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung beschränkt sich die Partizipation in diesem Verfahrensabschnitt auf das Äußerungsrecht, während der Einsatz eines dialogischen Formats wie eine Erörterung gesetzlich nicht vorgesehen (aber auch nicht ausgeschlossen) ist. Angesichts der fortschreitenden Planungskonkretisierung und des bei der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung eröffneten planbezogenen Diskurses erscheint dies zumindest inkonsequent.²⁵⁷⁵

Nach Ablauf der Äußerungsfrist (und ggf. nach Durchführung einer Erörterung) 615 prüft die Gemeinde – als Teil ihrer Abwägungsaufgabe²⁵⁷⁶ – die fristgemäß abgegebenen Stellungnahmen. Bei deren Behandlung in öffentlichen Gremiensitzungen sind datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten.²⁵⁷⁷ Aus der Verfahrenslogik folgt, dass die finale Planungsentscheidung nicht vor der abgeschlossenen Prüfung der Öffentlichkeitseinwendungen (ebenso wie der behördlichen Stellungnahmen gem. § 4 Abs. 2 BauGB) getroffen werden darf, was aber einem integrierten Gesamtentscheidungsverfahren nicht entgegensteht.²⁵⁷⁸ Das Ergebnis der Prüfung der Stellungnahmen muss mit einem Mindestmaß an Nachvollziehbarkeit²⁵⁷⁹ spätestens unmittelbar nach dem Planbeschluss²⁵⁸⁰ den Einwendern mitgeteilt werden (§ 3 Abs. 2 S. 6 BauGB),²⁵⁸¹ ohne dass damit ein neues oder weiteres Äußerungsrecht der be-

2572 EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, NVwZ 2015, S. 1665; näher dazu unten, → Rn. 704, → Rn. 792.

2573 Art. 5 des Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes u.a. Vorschriften an europä- und völkerrechtliche Vorgaben v. 29.5.2017, BGBl. I S. 1298 (1302); s. dazu *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 2.

2574 Keine Geltung hat diese Präklusionsregelung für Bebauungspläne, vgl. *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 17.

2575 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 33.

2576 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 119.

2577 Insgesamt zur datenschutzrechtlichen Dimension der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bauleitplanung näher *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 10 ff., zu Gremiensitzungen insb. Rn. 18.

2578 BVerwG, Beschl. v. 11.11.2002 – Az. 4 BN 52/02, NVwZ 2003, S. 206; *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 123; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 19.

2579 Dies folgt aus der partizipationsrechtlichen Akzeptanzfunktion; a.A. allerdings die h.M., vgl. *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 127; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 87.

2580 *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 129.

2581 Die Mitteilung des Prüfungsergebnisses kann mit einer allgemeinen Leistungsklage eingefordert werden (*Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 132; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 19; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 87), was denklösig einen Klaganspruch auf die Entscheidung als den Mitteilungsinhalt voraussetzt, a.A. *Schink*, a.a.O., § 3 Rn. 124; *Schrödter/Wahlhäuser*, a.a.O.

troffenen Person ausgelöst wird.²⁵⁸² Bei inhaltlich wesentlich übereinstimmenden Stellungnahmen von mehr als 50 Personen kann die Mitteilung durch eine ortsüblich und im Internet bekanntgemachte Einsichtsmöglichkeit erfolgen (§ 3 Abs. 2 S. 7 BauGB). Da das Bundesverwaltungsgericht die Erfüllung dieser Feedbackpflicht als unbeachtlich für die Wirksamkeit des Bauleitplans ansieht, zählt es diesen Verfahrensschritt offenbar nicht mehr zu der von § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB besonders geschützten Öffentlichkeitsbeteiligung,²⁵⁸³ was angesichts der integralen Zugehörigkeit der Mitteilung zum Beteiligungsverfahren als dessen Abschluss nicht überzeugt.

616 Führt die Endabwägung aller Belange zu einer Änderung oder Ergänzung des Plans, muss das förmliche Beteiligungsverfahren wiederholt werden. Es kann aber auf die Modifikation beschränkt und angemessen zeitlich gestrafft²⁵⁸⁴ werden, soweit eine entsprechende inhaltliche Abschtichtung ohne Verletzung von Abwägungszusammenhängen möglich ist.²⁵⁸⁵ Bei Nichtberührung der Grundzüge der Planung kann die Wiederholungsbeteiligung sogar nur individualisiert²⁵⁸⁶ durchgeführt werden (§ 4a Abs. 3 S. 4 BauGB). Da eine korrekte und vollständige Durchführung der förmlichen Beteiligung auch im Wiederholungsfall gem. § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BauGB wirksamkeitsrelevant ist, besteht insoweit eine gesetzlich besonders sanktionierte Sorgfaltspflicht der Gemeinde.²⁵⁸⁷

617 Schließlich erfahren die Einwendungen noch eine partizipationsrechtlich bedeutsame Aufwertung nach der Entscheidungsfindung, indem die Gemeinde einer besonderen doppelten Erklärungspflicht beim Nichtaufgreifen von Einwendungen unterworfen ist. So muss sie diese Fälle zum einen gegenüber der höheren Verwaltungsbehörde beim nachfolgenden Verfahren der Plangenehmigung darlegen und deren Nichtberücksichtigung rechtfertigen (§ 3 Abs. 2 S. 8 BauGB),²⁵⁸⁸ um der Auf-

2582 Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 126; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 19.

2583 BVerwG, Beschl. v. 11.11.2002 – Az. 4 BN 52/02, NVwZ 2003, S. 206; BVerwG, Beschl. v. 3.12.2008 – Az. 4 BN 25.08, ZfBR 2009, S. 274; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 87.

2584 Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 4a Rn. 5, hält eine Auslegungsdauer von weniger als zwei Wochen für regelmäßig unangemessen; etwas großzügiger Michler, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 214 Rn. 20, und Köster, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 4a Rn. 14.

2585 Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 4a Rn. 4; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 4a Rn. 4.

2586 Es genügt dann eine Wiederholungsbeteiligung der von der Änderung betroffenen „Öffentlichkeit“ oder Stellen, was wegen der damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten mit erheblichen Verfahrensrisiken behaftet ist, vgl. Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 4a Rn. 10.

2587 Köster, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 4a Rn. 5 ff.; die Rückausnahme der Unbeachtlichkeit gem. § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. g) BauGB gilt nur für die Anwendungsvoraussetzungen, also für die Nichtberührung der Grundzüge der Planung, vgl. Uechtritz, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 214 Rn. 48.

2588 Die Rechtsfolgen einer unterbliebenen Erfüllung dieser Vorlage- und Erläuterungspflicht sind strittig; während Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 20, darin nur eine interne Ordnungsvorschrift sieht, deren Verletzung für den Bauleitplan folgenlos bleibt (so i.E. auch Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 21; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 88), hält Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 139, den Bauleitplan in diesem Fall für rechtswidrig und sogar unwirksam.

sichtsbehörde eine erleichterte Rechtskontrolle der Abwägung zu ermöglichen.²⁵⁸⁹ Zum anderen hat sie dem Bauleitplan eine Erklärung „beizufügen“, in der erklärt wird, ob und wie die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung (neben den Umweltbelangen und den Ergebnissen der Behördenbeteiligung) im Plan berücksichtigt wurden und warum denkbare (und insbesondere vorgeschlagene) Alternativen nicht gewählt wurden (§§ 6a Abs. 1, 10a Abs. 1 BauGB). Zwar soll diese Erklärung wegen des Wortes „beifügen“ nicht Teil des Plans oder seiner Begründung sein und deshalb nicht an der öffentlichen Bekanntmachung teilhaben,²⁵⁹⁰ aber sie soll – was partizipationsrechtlich noch wichtiger ist – mit dem Bauleitplan im Internet nach §§ 6a Abs. 2, 10a Abs. 2 BauGB dauerhaft publiziert werden.²⁵⁹¹

(2) Energierecht

(a) Bundesfachplanung und Planfeststellungsverfahren im NABEG

Das Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG)²⁵⁹² dient der 618 „Beschleunigung des Ausbaus der länderübergreifenden und grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitungen“ in Verfolgung eines „überragenden öffentlichen Interesses“ unter gleichzeitiger Wahrung von Transparenz, Effizienz und Umweltverträglichkeit (§ 1 NABEG). Zu diesem Zweck bedient es sich – wie das UVPG mit SUP und UVP²⁵⁹³ – der im Planungsrecht angelegten Differenzierung von Grob- und Feinplanung.²⁵⁹⁴ So werden zunächst in einer Bundesfachplanung gem. §§ 4 ff. NABEG die ca. 500 bis 1000 Meter breiten²⁵⁹⁵ Trassenkorridore für die nach dem Bundesbedarfsplan²⁵⁹⁶ erforderlichen Höchstspannungsleitungen insbesondere in Abstimmung mit den Belangen der Raumplanung und des Städtebaus festgelegt (§§ 4, 5 Abs. 1-3 NABEG), bevor auf ihrer Grundlage die Genehmigung der einzelnen Höchstspannungs- und Anbindungsleitungen von Offshore-Umspannwerken in Planfeststellungsverfahren gem. §§ 18 ff. NABEG erfolgt.

Das mit dem NABEG verfolgte Beschleunigungsziel, das sogar im Namen des 619 Gesetzes betont wird, soll vor allem durch eine erhebliche Erhöhung der Verfahrenseffizienz erreicht werden. In diesem Sinn werden zum einen die einzelnen Raum-

2589 Jeromin, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 20.

2590 Otto, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 6a Rn. 3.

2591 Allerdings ist eine Verletzung dieser Publikationspflicht für die Wirksamkeit des Bauleitplans stets unbeachtlich, da sie in § 214 Abs. 1 BauGB nicht genannt ist, vgl. Kukk, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 214 Rn. 10.

2592 Art. 1 des Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze v. 28.7.2011, BGBl. I S. 1690.

2593 Vgl. oben, → Rn. 579.

2594 Vgl. Wagner, DVBl. 2011, S. 1453 (1454).

2595 Diese Zahlen aus der Entwurfsbegründung in BT-Drs. 17/6073, S. 19 (linke Spalte) u. 23 (rechte Spalte), können allerdings nur Richtwerte darstellen, vgl. Kümper, DÖV 2016, S. 929 (930 u. Fn. 6).

2596 Dazu näher unten, → Rn. 629 f.

ordnungsverfahren der verschiedenen betroffenen Landesbehörden durch die Bundesfachplanung als bundeseinheitliches Gesamtverfahren in der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur ersetzt (§ 5 Abs. 1 NABEG).²⁵⁹⁷ Zum anderen hat der Bund von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, auch die nachfolgenden Planungsfeststellungsverfahren von den sonst zuständigen Landesbehörden auf die Bundesnetzagentur zu übertragen (§ 2 Abs. 2 NABEG i.V.m. § 1 PlfZV), so dass nun der gesamte Ausbau der Höchstspannungs- und Anbindungsleitungen in einer Hand konzentriert ist und Zuständigkeits- und Fachkonflikte zwischen verschiedenen Ländern und Behörden vermieden werden.²⁵⁹⁸

620 Daneben zählt aber auch die Transparenz des Netzausbaus zu den Kernzielen des Gesetzes (§ 1 S. 2 NABEG), weshalb in diesem Zusammenhang auch von einer „Beteiligungsoffensive“ gesprochen wird.²⁵⁹⁹ In partizipationsrechtlich relevanter Hinsicht liefen bis Ende 2023 beide Verfahren – sowohl die Bundesfachplanung als auch das nachfolgende Planfeststellungsverfahren – gleich ab: Den Verfahrensanstoß gibt jeweils der Antrag des Vorhabenträgers, der aber – anders als in den Verwaltungsverfahren nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht – noch nicht entscheidungsreif sein darf, sondern vielmehr verschiedene mögliche Trassenverläufe bzw. Alternativen aufzeigen und bewerten muss (§§ 6 S. 7 Nr. 1, 2, 19 S. 4 Nr. 1, 2 a.F. NABEG).²⁶⁰⁰ Außerdem muss der Antrag eine allgemein verständliche Darstellung des Vorhabens enthalten (§§ 6 S. 6, 19 S. 3 a.F. NABEG), damit nicht nur das Fachpublikum, sondern auch die Öffentlichkeit eine Einordnung vornehmen kann.²⁶⁰¹

621 Auf dieser noch nicht verfestigten Grundlage findet dann jeweils eine Antragskonferenz statt, die eine weitere Konkretisierung vornimmt: Bezüglich der Bundesfachplanung erörtert sie den Planungsgegenstand und -umfang unter besonderer Berücksichtigung der Raumordnungsverträglichkeit (§ 7 Abs. 1 NABEG), beim Planfeststellungsverfahren alle feststellungserheblichen Fragen, insbesondere Gegenstand, Umfang und Methoden der Unterlagen für die Umweltverträglichkeitsprüfung (§ 20 Abs. 1 NABEG a.F.).²⁶⁰² Beide Antragskonferenzen, die von der Bundesnetzagentur ausgerichtet werden, sind öffentlich (§§ 7 Abs. 2, 20 Abs. 2 a.F. NABEG),

2597 Vgl. *Kment*, in: *Kment*, EnWG, § 43 Rn. 10; *Chr. Bauer*, *VerwArch* 2015, S. 112 (113 f.).

2598 Vgl. BT-Drs. 17/6073, S. 20 (rechte Spalte); *Wiesendahl*, in: *Theobald/Kühling* (Hrsg.), *Energierrecht*, § 1 NABEG Rn. 3, 9; zur Gefahr von Blockaden durch Bundesländer in der „Politikverflechtungsfälle“ s. *Chr. Bauer*, *VerwArch* 2015, S. 112 (117-119, 122-125).

2599 *Wiesendahl*, in: *Theobald/Kühling* (Hrsg.), *Energierrecht*, § 1 NABEG Rn. 7 m.w.N.

2600 Dabei geht es in der Bundesfachplanung aber nicht um die Alternative eines Vorhabenverzichts, sondern nur um Trassenalternativen, und beim Planfeststellungsverfahren müssen sich die Alternativen innerhalb des Trassenkorridors der Bundesfachplanung bewegen (§ 15 Abs. 1 S. 1 NABEG), vgl. *Durinke*, in: *Theobald/Kühling* (Hrsg.), *Energierrecht*, § 6 NABEG Rn. 11, und *Keienburg*, ebenda, § 19 NABEG Rn. 13.

2601 *Durinke*, in: *Theobald/Kühling* (Hrsg.), *Energierrecht*, § 6 NABEG Rn. 9; *Keienburg*, ebenda, § 19 NABEG Rn. 10.

2602 *Ausf. zu den Antragskonferenzen Kümper*, *DÖV* 2016, S. 929 ff.

was auch eine Medienberichterstattung einschließt.²⁶⁰³ Unter Einbeziehung der Ziele einer umfassenden Ermittlung des Problemstoffs insbesondere einschließlich der „widerstreitende[n] öffentliche[n] und private[n] Belange“ und einer Befriedigung²⁶⁰⁴ kann dies ungeachtet des primären Zwecks der Antragskonferenz, zu informieren und Transparenz zu schaffen,²⁶⁰⁵ nur bedeuten, dass nicht nur die geladenen Teilnehmer – worunter sich auch die nach dem UmwRG anerkannten Umweltvereinigungen befinden (vgl. § 3 Nr. 8 NABEG) –, sondern auch Personen aus der allgemeinen Öffentlichkeit äußerungsberechtigt sind.²⁶⁰⁶ Auf der Grundlage der Ergebnisse der jeweiligen Antragskonferenz legt die Bundesnetzagentur den Untersuchungsrahmen und die erforderlichen einzelnen Antragsunterlagen fest, die dann von den Vorhabenträgern erstellt und eingereicht werden (§ 7 Abs. 4, § 8, 20 Abs. 3 a.F., § 21 NABEG). Seit Ende 2023 erfolgt die Antragskonferenz nur noch für die Bundesfachplanung, während mit § 20 NABEG die entsprechende Vorschrift für das Planfeststellungsverfahren aus Beschleunigungsgründen aufgehoben ist.²⁶⁰⁷

Spätestens zwei Wochen nach Vorlage der vollständigen Unterlagen findet dann – wie im Bauplanungsrecht neben einer Beteiligung von verschiedenen Behörden und Trägern öffentlicher Belange – eine Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. Anhörung statt, an der sich nun alle Personen (einschließlich der anerkannten Umweltverbände) beteiligen können (§§ 9 Abs. 4, 22 Abs. 4 NABEG) und insofern stärker als die Antragskonferenz auf breite Partizipation gerichtet ist (§§ 9 Abs. 1, 22 Abs. 1 NABEG). Bei der Bundesfachplanung richtet sich die Beteiligung vorbehaltlich speziellerer Maßgaben nach § 42 UVPG; die Auslegung der Unterlagen erfolgt obligatorisch (seit 2022 nur noch) im Internet (§ 9 Abs. 3 S. 2 NABEG). Beim Planfeststellungsverfahren werden die Unterlagen nach entsprechender Ankündigung im Internet und in der örtlichen Tagespresse²⁶⁰⁸ im Internetauftritt der Bundesnetzagentur

622

2603 *Kümper*, DÖV 2016, S. 929 (934).

2604 Vgl. zu den Zielen der Antragskonferenz die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 17/6073, S. 25 (linke Spalte), die außerdem in § 20 Abs. 2 S. 3 ausdrücklich eine „Öffentlichkeitsbeteiligung“ sieht (a.a.O., S. 28, rechte Spalte), was sprachlich üblicherweise als aktive Mitwirkungsmöglichkeit verstanden wird; insofern steht das Bemühen von *Kümper*, DÖV 2016, S. 929 (938), durch eine Differenzierung von Öffentlichkeit und Öffentlichkeitsbeteiligung ein Argument gegen das Äußerungsrecht der allgemeinen Öffentlichkeit zu generieren, zumindest im Gegensatz zur Entwurfsbegründung.

2605 *Kümper*, DÖV 2016, S. 929 (931).

2606 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 59; leicht eingeschränkt *Durinke*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energiericht*, § 7 NABEG Rn. 6; dagegen gehen *Wagner*, DVBl. 2011, S. 1453 (1459), *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701 (707), und *Kümper*, DÖV 2016, S. 929 (935), von einer reinen Zuhörerrolle aus, weshalb *E. Hofmann*, a.a.O., die Antragskonferenz konsequent als „keine Öffentlichkeitsbeteiligung an sich“ ansieht; ebenso – aber mit Worterteilungsermessens der Behörde – *Chr. Bauer*, *VerwArch* 2015, S. 112 (134, 139).

2607 Art. 10 des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften v. 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 405); zur Begründung vgl. BT-Drs. 20/9187, S. 169.

2608 Insofern abweichend vom Gebot der ortsüblichen Bekanntmachung im allgemeinen Planfeststellungsverfahren gem. § 73 Abs. 5 S. 1 VwVfG, vgl. *Keienburg*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energiericht*, § 22 NABEG Rn. 8.

veröffentlicht (§ 22 Abs. 3 NABEG). Bei beiden Verfahren beträgt die Auslegungs- und Veröffentlichungsdauer einen Monat.

623 Hieran schließt sich ein weiterer Monat an, in dem sich jede Person – die im Planfeststellungsverfahren (anders als bei der Bundesfachplanung) wie in § 73 Abs. 4 VwVfG in ihren Belangen berührt sein muss – und die anerkannten Umweltvereinigungen zu den Plänen schriftlich, elektronisch oder zur Niederschrift bei einer Auslegungsstelle äußern können (§§ 9 Abs. 4, 22 Abs. 4 NABEG). Verspätete Einwendungen bleiben bei der Bundesfachplanung im weiteren Verfahren unberücksichtigt, soweit sie nicht rechtmäßigkeitserheblich sind (§ 9 Abs. 4 S. 2, Abs. 2 S. 3 NABEG). Im Planfeststellungsverfahren sind die beteiligten Behörden und Träger öffentlicher Belange im Planfeststellungsverfahren mit solchen Einwendungen ausgeschlossen, die die vorausgegangene Bundesfachplanung betreffen und zu denen dort bereits eine Stellungnahme möglich war (§ 22 Abs. 2 S. 2 NABEG), während für die Betroffenenbeteiligung insoweit keine Präklusion besteht (§§ 9 Abs. 4 S. 3, 2. Hs., 22 Abs. 4 NABEG).²⁶⁰⁹

624 Auf der Grundlage der Einwendungen und Stellungnahmen durch die Öffentlichkeitsbeteiligung bzw. Anhörung schließt sich jeweils ein grundsätzlich²⁶¹⁰ fakultativer Erörterungstermin an, dessen Regularien und insbesondere dessen Teilnahmeberechtigte denen des allgemeinen Planfeststellungsrechts entsprechen (§§ 10, 22 Abs. 6 NABEG), was insbesondere für die optionale Zulassung der Öffentlichkeit gilt.²⁶¹¹ Unter Berücksichtigung der Einwendungen und Stellungnahmen²⁶¹² wird dann die abschließende Entscheidung von der Bundesnetzagentur getroffen, zugestellt, ausgelegt und bekanntgemacht (§§ 12 f., 24 NABEG).

(b) Offshore-Flächenentwicklungsplanung

625 Ein ähnlicher Partizipationsumfang ist bei der Erstellung des Flächenentwicklungsplans für fachplanerische Festlegungen innerhalb der ausschließlichen deutschen Wirtschaftszone im Zusammenhang mit der Energiegewinnung auf See i.S.v. § 4 WindSeeG vorgesehen. Auch in diesen Fällen findet zunächst ein Anhörungstermin zur Besprechung von Umfang und Gegenständen der einzelnen in § 5 WindSeeG

2609 *Keienburg*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, § 22 NABEG Rn. 13 f.

2610 Bei der Bundesfachplanung findet unter den in § 10 Abs. 3 NABEG genannten Voraussetzungen – z.B. bei Verzicht aller, die Einwendungen oder Stellungnahmen abgegeben haben – kein Erörterungstermin statt, im Übrigen liegt die Durchführung des Erörterungstermins im Ermessen der Bundesnetzagentur. Dasselbe gilt gem. § 22 Abs. 5 NABEG für die Planfeststellungsverfahren; wenn es sich um eine unwesentliche Änderung oder Erweiterung i.S.v. § 25 NABEG handelt oder die Planfeststellung durch eine Plangenehmigung gem. § 74 Abs. 6 VwVfG ersetzt wird, liegt sogar die Durchführung des gesamten Anhörungsverfahrens nach § 22 Abs. 7 NABEG im Ermessen der Bundesnetzagentur.

2611 *J. Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 60.

2612 Dies folgt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung aus dem Abwägungsgebot, vgl. *J. Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 60.

enthaltenen Festlegungen, der von den Übertragungsnetzbetreibern vorgelegten Stellungnahme und des Detaillierungsgrades des zu erstellenden Umweltberichts statt, an dem die anerkannten Umweltverbände teilnehmen können und der öffentlich durchgeführt wird (§ 6 Abs. 3 WindSeeG).²⁶¹³ Wie bei den NABEG-Antragskonferenzen ist auch hier von einem grundsätzlichen Rederecht zumindest in ihren Belangen Betroffener auszugehen,²⁶¹⁴ wenngleich das praktische Bedürfnis dafür wegen der geringeren Auswirkungen auf das Lebensumfeld von Menschen erheblich geringer sein dürfte. Das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie entwickelt anschließend aus den Ergebnissen des Anhörungstermins als zuständige Behörde den Untersuchungsrahmen und einen Entwurf für den Flächenentwicklungsplan sowie den Umweltbericht (§ 6 Abs. 4 WindSeeG), bevor es dann eine umfassende Partizipation in Form einer offenen Öffentlichkeitsbeteiligung (und Behördenbeteiligung) zu den Umweltauswirkungen und den Festlegungen des Plans – grundsätzlich mit Erörterungstermin²⁶¹⁵ – durchführt (§ 6 Abs. 5 WindSeeG).

d) Gesetzesvorbereitende Verwaltungsverfahren

(1) Vorab: Rechtliche Grenzen der Legalplanung

Wie in den vorhergehenden Verwaltungsverfahren beschrieben, obliegen Planungsentscheidungen im Normalfall den dafür zuständigen Behörden. Wenn davon abweichend die Gesetzgebung selbst Planungsentscheidungen trifft, handelt es sich um eine Legalplanung,²⁶¹⁶ die aus der üblichen Zuordnung von Planung zur Exekutive ausbricht. Eine Verletzung des (ohnehin nicht völlig stringenten)²⁶¹⁷ Gewaltenteilungsprinzips ist damit jedoch nicht per se verbunden, da Planungsentscheidungen keineswegs ausschließlich der vollziehenden Gewalt zugewiesen sind.²⁶¹⁸ Denn diese bewegen sich im Grenzbereich zwischen exekutivem Normvollzug und legislativ-komplexer Zukunftsgestaltung, da es sich dabei nicht um die Prüfung eines konditional vorgegebenen (Norm-)Programms, um ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, handelt. Vielmehr ist Planung naturgemäß gerade ergebnisoffen und

626

2613 Dieser erste Verfahrensteil gilt – ohne die nachfolgende reguläre Öffentlichkeitsbeteiligung – auch für Voruntersuchungen von Flächen, auf denen Windenergieanlagen auf See in räumlichem Zusammenhang und mit gemeinsamer Ausschreibung i.S.v. § 3 Nr. 4 WindSeeG errichtet werden sollen (§ 12 Abs. 2 WindSeeG).

2614 Vgl. oben, → Rn. 621; auch *Spieth*, in: *Spieth/Lutz-Bachmann, Offshore-Windenergie recht*, § 6 WindSeeG Rn. 13, geht von einer Ähnlichkeit der Anhörung von § 6 Abs. 3 WindSeeG und der Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 6 Abs. 5 WindSeeG aus.

2615 § 6 Abs. 5 S. 3 WindSeeG enthält eine entsprechende Sollvorgabe, was keine echte Ermessenseröffnung darstellt; so jedoch *Spieth*, in: *Spieth/Lutz-Bachmann, Offshore-Windenergie recht*, § 6 WindSeeG Rn. 13.

2616 Zur Begriffsgeschichte vgl. *Kürschner, Legalplanung*, S. 6-9, sowie zu den konstituierenden Merkmalen der Legalplanung ebenda, S. 22-44.

2617 Vgl. nur BVerfGE 121, S. 135 (163 m.w.N.); *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz, GG*, Art. 20 V Rn. 101 f.

2618 BVerfGE 95, S. 1 (Ls. 1 u. S. 16); *Kürschner, Legalplanung*, S. 104 f.

außerdem durch eine für Verwaltungsentscheidungen zumindest ungewöhnliche Freiheit, Eigenverantwortung, Komplexität und Kreativität geprägt.²⁶¹⁹ Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit legislativer Planung für den Fall akzeptiert, dass der Verwaltung die Planungsvorbereitung obliegt, der für die Regelung relevante Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und die erforderliche Abwägung der verschiedenen Belange möglich ist, besondere Gründe für die gesetzgeberische Entscheidung vorliegen (wozu etwa ein Beschleunigungseffekt zählt)²⁶²⁰ und die Gesetzgebung sich keine pauschale Planungskompetenz zuweist.²⁶²¹

627 Meistens liegt der zentrale Zweck der Legalplanung im Beschleunigungseffekt,²⁶²² der sich weniger einem zügigeren Vorbereitungs- oder Planungsverfahren als einer empfindlichen Rechtsschutzverkürzung für potenzielle Planungs- bzw. Projektgegner verdankt, weil gegen Parlamentsgesetze – zumindest unmittelbar – der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist.²⁶²³ In partizipationsrechtlicher Hinsicht betrifft dies zum einen formell-rechtlich die partizipativ ausgerichteten Verfahrensrechte²⁶²⁴ und zum anderen prozessrechtlich das Verbandsklagerecht der Umweltverbände.²⁶²⁵ Diese erhebliche Rechtsschutzverkürzung ist verfassungs-, unions- und völkerrechtlich mindestens hochproblematisch. So besteht mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG zwar die Möglichkeit einer Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde, die aber auf Grundrechtsverletzungen beschränkt ist. Dies bedeutet nicht nur eine instanzielle, sondern vor allem auch inhaltliche Beschränkung²⁶²⁶ und damit einen erheblichen Effektivitätsverlust.²⁶²⁷ Freilich ist die Gesetzgebung nicht an das „eigene“ einfachgesetzliche Recht gebunden, sondern nur an das höherrangige Verfassungs- und (ggf.) Unionsrecht (Art. 20 Abs. 3 GG).²⁶²⁸ Außerdem gebietet Art. 19 Abs. 4 GG keinen vollständigen Instanzenzug, sondern belässt der Gesetzgebung einen erheblichen Spielraum

2619 Hoppe, HStR IV, § 77 Rn. 21 ff.; Köck, Pläne, § 36 Rn. 18 f., 109 f.; Langer, Die Endlagersuche, S. 330; Kürschner, Legalplanung, S. 3.

2620 In der Literatur werden diese Gründe auch zur Rechtfertigung der Ausnahme vom Einzelfallgesetzverbot als wesentlich angesehen, vgl. Langer, Die Endlagersuche, S. 422-435; Kürschner, Legalplanung, S. 108-128.

2621 BVerfGE 95, S. 1 (16-18, 22 f.) – Stendal.

2622 J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (677 f.).

2623 Vgl. J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (681); Behnsen, NVwZ 2021, S. 843 f.; A. Schwerdtfeger, ZUR 2021, S. 451 (458); Wegener, ZUR 2020, S. 195 f.; Reidt, DVBl. 2020, S. 597 (601); Stüer, DVBl. 2020, S. 617 (620); v. Weschpfennig, AöR 2020, S. 438 (446 f.).

2624 Vgl. – wenngleich in anderem Zusammenhang – BVerfGE 139, S. 321 (Rn. 130).

2625 Wegener, ZUR 2020, S. 195; v. Weschpfennig, AöR 2020, S. 438 (455).

2626 Die Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 4 GG wird überwiegend bejaht, vgl. Langer, Die Endlagersuche, S. 351-353 m.w.N., Kürschner, Legalplanung, S. 139 m.w.N.; a.A. v. Weschpfennig, AöR 2020, S. 438 (447 f.); vgl. auch Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 6.

2627 Vgl. Kürschner, Legalplanung, S. 143.

2628 Ähnlich v. Weschpfennig, AöR 2020, S. 438 (449 f.).

bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes,²⁶²⁹ weshalb man dessen Anforderungen noch als gewahrt ansehen kann.²⁶³⁰

Noch fraglicher ist aber die Einhaltung der unionsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben in der UVP-RL,²⁶³¹ die seit ihrer Novellierung 2014 in Art. 11 keine Bereichsausnahme mehr für Gesetzgebungsakte – anders als noch für die Öffentlichkeitsbeteiligung in Art. 2 Abs. 5, soweit die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie sichergestellt ist – vorsieht. Hierfür kann, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung,²⁶³² eine Beschränkung auf den verfassungsgerichtlich gewährleisteten Grundrechtsschutz nicht mehr genügen.²⁶³³ Zwar wäre eine nachgängige Inzidenzprüfung denkbar, ob der Gesetzgebung alle relevanten Umweltinformationen vorlagen und sie sich damit auseinandergesetzt hat.²⁶³⁴ Hierfür kommt eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Stopps einer auf der Grundlage des Planungsgesetzes durchgeführten Maßnahme oder zumindest eine Feststellungsklage in Frage, die bei Nichterfüllung der Bedingung von Art. 2 Abs. 5 UVP-RL aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zur Nichtanwendung des Planungsgesetzes und folglich zum begehrten Stopp der dann ohne Zulassung erfolgenden Maßnahme bzw. zur entsprechenden Feststellung führen würde.²⁶³⁵ Ob dies jedoch das vom EuGH für erforderlich gehaltene Rechtsschutzniveau erreicht, ist zumindest fraglich;²⁶³⁶ zudem wäre dann das Beschleunigungsziel konterkariert.²⁶³⁷ Entsprechendes gilt für das Rechtsschutzgebot von Art. 9 AK, wenn man es mit dem Aarhus

628

2629 Kürschner, Legalplanung, S. 141 f.; Langer, Die Endlagersuche, S. 350.

2630 Während J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (681), Kürschner, Legalplanung, S. 151, und Langer, Die Endlagersuche, S. 356 f., die Anforderungen von Art. 19 Abs. 4 GG als gewahrt ansehen, verneint dies Th. Groß, JZ 2020, S. 76 (79-81); zumindest krit. außerdem Wegener, ZUR 2020, S. 195 (199 f.), bzw. zweifelnd Stüer, DVBl. 2020, S. 617 (621 f.).

2631 Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. 2012, L 26, S. 1, i.d.F. der Änderungs-RL 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014, ABl. L 124 v. 25.4.2014, S. 1.

2632 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.10.2011 – Az. C-128/09 u.a., curia, Rn. 50-55.

2633 Wegener, ZUR 2020, S. 195 (203); Kürschner, Legalplanung, S. 166; Stüer, DVBl. 2020, S. 617 (622), schlägt deshalb für die einzelnen Maßnahmengesetze jeweils eine Verankerung einer umfassenden Rechtsschutzmöglichkeit vor.

2634 J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (682); diesen Gesichtspunkt blendet Wegener, ZUR 2020, S. 195 (203 f.), allerdings aus.

2635 J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (684 f.); v. Weschpfennig, AöR 2020, S. 438 (451 f.); Th. Groß, JZ 2020, S. 76 (82); Behnsen, NVwZ 2021, S. 843 (844 f.); Kürschner, Legalplanung, S. 168 f.

2636 Vgl. v. Weschpfennig, AöR 2020, S. 438 (470-474).

2637 So Behnsen, NVwZ 2021, S. 843 (844-846); Th. Groß, JZ 2020, S. 76 (82).

Convention Compliance Committee²⁶³⁸ (und entgegen der EU-Kommission)²⁶³⁹ auf gesetzgeberische Entscheidungen für anwendbar hält.²⁶⁴⁰

(2) Erstellung von Szenariorahmen und Netzentwicklungsplänen für Elektrizität (und Gas)

(a) Gestuftes Bedarfsplanungsverfahren

- 629 Der Ausbau und die Weiterentwicklung von Übertragungsnetzen für Elektrizität (vgl. § 3 Nr. 32 EnWG) erfolgt auf der Grundlage eines mehrstufigen Planungsverfahrens. Dies beginnt mit einem Szenariorahmen,²⁶⁴¹ der von den Netzbetreibern alle zwei Jahre erarbeitet wird und verschiedene Annahmen zu wahrscheinlichen energiepolitischen Entwicklungen in einem Zeitraum der nächsten bis zu 15 Jahren sowie – gesondert – eine Betrachtung des Jahres 2045 enthält (§ 12a Abs. 1 u. 2 EnWG). Anschließend erstellen die Übertragungsnetzbetreiber auf der Grundlage des von der Bundesnetzagentur bestätigten Szenariorahmens einen gemeinsamen nationalen Netzentwicklungsplan, der u.a. alle relevanten Ausbau- und Optimierungsmaßnahmen der Übertragungsnetze einschließlich eines Umsetzungszeitplans im Betrachtungszeitraum umfasst (§§ 12b Abs. 1 EnWG), sowie bis 2017²⁶⁴² im gleichen Verfahren einen gesonderten Offshore-Netzentwicklungsplan (§ 17b EnWG a.F.).²⁶⁴³ Schließlich stellt der von der Bundesnetzagentur bestätigte Netzentwicklungsplan dann alle vier Jahre den Entwurf für den gesetzlich festzulegenden Bundesbedarfsplan dar, der durch die Bundesregierung in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wird (§ 12e EnWG).²⁶⁴⁴ Mit dem Gesetzesbeschluss wird die Planrechtfertigung für

2638 Compliance Committee, ACCC/C/2011/61 (Großbritannien) v. 28.6.2013, ECE/MP.PP/C.1/2013/13 (<https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2011-61/Findings/ece.mp.pp.c.1.2013.13.e.pdf>), Nr. 60; ausf. dazu Wegener, ZUR 2020, S. 195 (201).

2639 Mitteilung der Kommission über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, ABl. C 275 v. 18.8.2017, S. 1 (26/Nr. 152); zweifeln Kürschner, Legalplanung, S. 152-156.

2640 Dagegen spricht, dass Art. 2 Nr. 2 S. 2 AK gesetzgebende Körperschaften funktional aus dem Behördenbegriff ausschließt und Art. 6 Abs. 2 lit. c), Abs. 6 AK eine Beschränkung der Norm auf behördliche Entscheidungsprozesse andeutet; allerdings wird die Anwendbarkeit von Art. 6 AK in dessen Abs. 1 explizit – durch die Bezugnahme in Art. 6 Abs. 1 lit. a) AK auf Anhang I ausdrücklich auch für den Bau von Eisenbahn-, Kraftverkehrs- und Wasserstraßen gem. Anhang I, Abs. 8 u. 9 – geregelt, ohne eine solche Einschränkung vorzunehmen, s. J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (682 f.); A. Schwerdtfeger, ZUR 2021, S. 451 (458).

2641 Zum Begriff näher Kober, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 12a EnWG Rn. 7 ff.

2642 Die Befristung in § 17b Abs. 5 EnWG a.F. erklärt sich durch die danach greifenden Anschlussregelungen im WindSeeG, vgl. Schink, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 17b Rn. 17; Kober, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 12b EnWG Rn. 29d.

2643 Vgl. Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 12b Rn. 41, 52 ff.; Kober, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 12a EnWG Rn. 5.

2644 Zum Entstehungshintergrund der §§ 12a ff. EnWG vgl. Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 12a Rn. 16 f., § 12b Rn. 3; Kober, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, Vorbem. §§ 12a bis 12g EnWG Rn. 1 f., 7.

die betroffenen Maßnahmen verbindlich festgestellt;²⁶⁴⁵ eine gesetzliche Regelung des Planbedarfs hat das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf einen weiten Gestaltungs- und Prognosespielraum zugelassen.²⁶⁴⁶

Ein im Wesentlichen paralleles Verfahren²⁶⁴⁷ gilt nach § 15a EnWG auch für die Gas-Fernleitungsnetze (vgl. § 3 Nr. 19 EnWG),²⁶⁴⁸ jedoch ohne die abschließende Überführung des Netzentwicklungsplans in ein Bundesbedarfsgesetz.²⁶⁴⁹ Aber auch ohne Gesetzesvorbereitenden Charakter soll dieses Verfahren im Hinblick auf die partizipationsrechtliche Ausgestaltung wegen des engen Sachzusammenhangs im Folgenden mitbehandelt werden.

(b) Partizipationsrechtliche Ausgestaltung

In diesen mehrstufigen Verfahren wird die Öffentlichkeit mehrfach und in verschiedenen Stadien beteiligt, was sich wie folgt in einem Überblick darstellen lässt:²⁶⁵⁰



Abbildung 11: Gestuftes Bedarfsplanungsverfahren für Elektrizitäts- und Gasnetze

2645 Kämper, in: Bader/Ronellenfitch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 25; Uschkereit, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 26 f., § 74 Rn. 19-22; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 41-48; Kober, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, Vorbem. §§ 12a bis 12g EnWG Rn. 10, § 12e EnWG Rn. 41.

2646 BVerfGK, Beschl. v. 8.6.1998 – Az. 1 BvR 650/97 u.a., NVwZ 1998, S. 1060 (v.a. Ls. 2); näher zum Problem der Legalplanung oben, → Rn. 626-628.

2647 Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 15a Rn. 4 ff.; Däuper, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 15a EnWG Rn. 3.

2648 Zum Entstehungshintergrund von § 15a EnWG vgl. Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 15a Rn. 3.

2649 Ein Grund für diese unterschiedliche rechtliche Behandlung der beiden Energieformen dürfte darin liegen, dass der Trassenbedarf für Elektrizitäts-Höchstspannungsleitungen durch die Energiewende erheblich gestiegen ist und damit viel höher liegt als im Gasbereich. Denn die Orte der Stromerzeugung werden nun nicht mehr primär – wie das bei der Kraftwerkplanung noch der Fall war – nach der Verbrauchsnähe, sondern nach Energiegewinnungsgeschichtspunkten (z.B. Windhöflichkeit) bestimmt, wodurch längere Transportwege zwischen Erzeugung und Verbrauch notwendig werden, s. Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 12a Rn. 2.

2650 Vgl. die (differenziertere) Grafik von Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 12a Rn. 5.

- 632 Zum ersten Mal erhält die (uneingeschränkte)²⁶⁵¹ Öffentlichkeit bei der Erstellung der Szenariorahmen – nach entsprechender Veröffentlichung im Internet – Gelegenheit zur Äußerung. Während dies bei den Übertragungsnetzen von Elektrizität erst auf der Basis des Entwurfs im Rahmen des Genehmigungsverfahrens der Bundesnetzagentur erfolgt (§ 12a Abs. 2 S. 2 EnWG), obliegt dies bei den Gas-Fernleitungsnetzen bereits den Netzbetreibern im Vorfeld der Einreichung bei der Bundesnetzagentur (§ 15a Abs. 1 S. 6 EnWG). In beiden Fällen ist die Genehmigung bzw. Bestätigung des Szenariorahmens durch die Bundesnetzagentur ausdrücklich an eine „Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung“²⁶⁵² gebunden (§§ 12a Abs. 3 S. 1, 15a Abs. 1 S. 7 EnWG), ohne dass damit (auch nur formelle) Präklusionswirkungen verbunden wären.²⁶⁵³
- 633 Die nächste Beteiligung der (ebenfalls uneingeschränkten)²⁶⁵⁴ Öffentlichkeit erfolgt dann bei der Erstellung der Netzentwicklungspläne. So sind hier die Netzbetreiber sowohl bei Elektrizität als auch bei Gas dazu verpflichtet, ihren jeweiligen Entwurf für den Netzentwicklungsplan der Öffentlichkeit (neben den Trägern öffentlicher Belange und anderen Betroffenen) bereits vor Einreichung bei der Bundesnetzagentur – zusammen mit den dafür erforderlichen Begleitinformationen – im Internet vorzustellen und ihr (neben nachgelagerten Netzbetreibern, den Trägern öffentlicher Belange und den Energieaufsichtsbehörden der Länder) Gelegenheit zur Äußerung zu geben (§§ 12b Abs. 3 S. 1, 2, 15a Abs. 2 S. 1, 2 EnWG).²⁶⁵⁵ Dies stellt einen besonderen Fall der staatlichen Indienstnahme privater Vorhabenträger zur eigenverantwortlichen Durchführung eines dem Gegenstand nach hoheitlichen Partizipationsverfahrens im Vorfeld der Antragstellung dar²⁶⁵⁶ und geht auf Art. 32 Abs. 4 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL²⁶⁵⁷ zurück. Nach Ablauf der (gesetzlich nicht bestimmten)²⁶⁵⁸ Äußerungsfrist sind die Netzbetreiber des Weiteren dazu verpflichtet, eine Zusammenfassung zu erstellen, inwieweit die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung sowohl zum Szenariorahmen als auch zum Entwurf des Netzentwicklungs-

2651 *Kober*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierrecht*, § 12a EnWG Rn. 18; zu möglichen Auslegungsproblemen s. *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 12a Rn. 52 ff.

2652 Die Ausführungen zum Berücksichtigungsbegriff oben (→ Rn. 539) gelten auch hier, vgl. *Kober*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierrecht*, § 12a EnWG Rn. 20, § 12b EnWG Rn. 45, § 12c EnWG Rn. 41; ähnlich *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 12a Rn. 57, der dies zutreffend als „schwache[n] Bindungsmaßstab“ bezeichnet.

2653 *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 12a Rn. 56.

2654 Vgl. *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 15a Rn. 28.

2655 Zu den Beschränkungsmöglichkeiten der Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 15a Abs. 6 EnWG s. *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 15a Rn. 56.

2656 *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 12b Rn. 58.

2657 Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABL L 158 v. 14.6.2019, S. 125.

2658 Damit liegt die Fristbemessung in der Hand der Netzbetreiber; nach *Kober*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierrecht*, § 12b Rn. 39, soll dafür mindestens ein Monat, besser noch zwei, vorgesehen werden.

plans in der weiterentwickelten Entwurfsfassung berücksichtigt worden sind (§§ 12b Abs. 4, 15a Abs. 2 S. 4 EnWG),²⁶⁵⁹ was eine entsprechende inhaltliche Berücksichtigungspflicht auch ohne ausdrückliche gesetzliche Nennung voraussetzt,²⁶⁶⁰ die Betreiber von Gas-Fernleitungsnetzen müssen dabei ausdrücklich auf die Alternativenauswahl eingehen. Diese Zusammenfassung ist der „konsultierten und überarbeiteten“ Entwurfsfassung für den Netzentwicklungsplan gem. § 12b Abs. 5 EnWG bei deren Einreichung bei der Bundesnetzagentur beizufügen.

Wenn die Verfahrensherrschaft mit der Planeinreichung auf die Bundesnetzagentur übergegangen ist, erfolgt zunächst eine Vorprüfung und – im Fall der Vorbereitung des Bundesbedarfsplans²⁶⁶¹ – die Erarbeitung eines Umweltberichts (§ 12c Abs. 1, 2 EnWG), bevor beim Netzentwicklungsplan für Übertragungsnetze von Elektrizität eine weitere Öffentlichkeitsbeteiligung zum vorgelegten (also konsultierten und überarbeiteten)²⁶⁶² Entwurf des Netzentwicklungsplans und ggf. zum Umweltbericht (im Wesentlichen zeitgleich zur Beteiligung der amtlich berührten Behörden) stattfindet, die nun wieder unter behördlicher Regie durchgeführt wird. Sie beginnt mit einer öffentlichen Bekanntmachung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur, der dann eine sechswöchige Auslegung des Planentwurfs und der Unterlagen für die Strategische Umweltprüfung zur Einsicht durch die (uneingeschränkte) Öffentlichkeit folgt. Daran schließt sich eine einmonatige Frist für Äußerungen der Öffentlichkeit an, die jedoch – erstmals – durch das Betroffenheitsfordernis i.S.v. § 2 Abs. 9 UVPG²⁶⁶³ eingeschränkt ist (§ 12c Abs. 3 S. 5 EnWG).²⁶⁶⁴ Den Verfahrensabschluss bildet für Übertragungsnetze von Elektrizität die Planbestätigung (§ 12c Abs. 4 EnWG) bzw. für Gas-Fernleitungsnetze das fristgebundene Unterlassen von Änderungsverlangen (§ 15a Abs. 3 S. 7 EnWG) durch die Bundesnetzagentur, wobei die Ergebnisse der (Behörden- und) Öffentlichkeitsbeteiligung zu berücksichtigen sind.

Schließlich sehen §§ 12d Abs. 1, 15b EnWG ein besonderes und partizipativ angereichertes Verfahren zur Umsetzungsbegleitung der Netzentwicklungspläne vor, indem die Netzbetreiber in den Kalenderjahren, in denen kein neuer Netzentwicklungsplan (einschließlich Umsetzungsstand) erstellt wird, einen eigenständigen Bericht zum Umsetzungsstand – insbesondere über Umsetzungsverzögerungen und

2659 Wegen der Begriffe „Zusammenfassung“ und „Ergebnisse“ soll keine detaillierte Auseinandersetzung mit allen einzelnen Einwendungen nötig sein, sondern eine aggregierte Fassung ausreichen, vgl. Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 12b Rn. 60-62, und § 15a Rn. 35.

2660 Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 15a Rn. 30.

2661 Da die Netzentwicklungspläne zwar alle zwei Jahre erstellt werden, aber nur alle vier Jahre der Bundesregierung als Entwurf für einen Bundesbedarfsplan übermittelt werden müssen (§ 12e Abs. 1 S. 1 EnWG), dient nicht jeder Netzentwicklungsplan der Vorbereitung eines Bundesbedarfsplans.

2662 Kober, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 12c EnWG Rn. 13.

2663 Kober, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 12c EnWG Rn. 37.

2664 Damit wird eine Synchronisierung mit §§ 42 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 2 UVPG bewirkt, vgl. Posser, in: Kment (Hrsg.), EnWG, § 12c Rn. 42; ähnlich § 15a Abs. 3 S. 1 EnWG mit der Beschränkung auf tatsächliche und potenzielle Netznutzer.

ihre Gründe – vorlegen müssen. Dabei ist der Umsetzungsbericht nicht nur der Bundesnetzagentur zur Prüfung vorzulegen, sondern außerdem durch die Behörde zu veröffentlichen sowie mit einem Artikulationsangebot für alle „tatsächlichen und potenziellen Netznutzer“ zu verbinden.²⁶⁶⁵ Da als Netznutzer alle Personen anzusehen sind, die Energie in ein Netz einspeisen oder daraus beziehen (§ 3 Nr. 28 EnWG) und für das Äußerungsrecht eine entsprechende Potenzialität genügt,²⁶⁶⁶ kommt dieser Personenkreis der betroffenen Öffentlichkeit zumindest sehr nahe, denn nahezu alle Haushalte in Deutschland beziehen ihren Strom und ggf. ihr Gas aus öffentlichen Netzen.

636 Das Gesetzgebungsverfahren für den Bundesbedarfsplan obliegt – wie jedes Gesetzgebungsverfahren – den dafür zuständigen Repräsentativorganen, ohne dass dabei (weitere) bürgerschaftliche Partizipation vorgesehen ist.²⁶⁶⁷ Dem Netzentwicklungsplan sowie dem darauf beruhenden Gesetzentwurf der Bundesregierung kommt gegenüber der Gesetzgebung keine Bindungswirkung zu,²⁶⁶⁸ was insbesondere auch für die Beteiligungsergebnisse gilt.

(3) Suche und Auswahl eines Endlagerstandortes für hochradioaktive Abfälle²⁶⁶⁹

(a) *Vorgeschichte*

637 Die Standortfestlegung für die Endlagerung hochradioaktiver Abfälle birgt ein sehr hohes Emotionalisierungs- und Politisierungspotenzial, wie sich im Nachgang der seinerzeit auf § 9a AtG a.F. gestützten Vorauswahlentscheidung von 1977 für den Endlagerstandort Gorleben²⁶⁷⁰ gezeigt hat. Nach langjährigem Festhalten an dieser kontroversen Entscheidung²⁶⁷¹ hat die Bundesregierung diese im Lichte des Ausstiegs aus der Kernenergienutzung²⁶⁷² zur Disposition gestellt, eine grundlegende Kehrtwende vorgenommen und die Notwendigkeit eines offenen Auswahlprozesses anerkannt, der unter Verweis auf Art. 20a GG und das hohe Risikopotenzial hochradioaktiver Abfälle teilweise sogar als verfassungsrechtlich geboten angesehen wird.²⁶⁷³

2665 Vgl. Art. 51 Abs. 4 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL und dessen Anwendungsschwierigkeiten auf den Umsetzungsbericht bei *Kober*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, § 12d EnWG Rn. 9.

2666 Näher zu den Anforderungen *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 15a Rn. 39.

2667 S. oben, → Rn. 522.

2668 Vgl. *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), *EnWG*, § 12e Rn. 16 f.; *Henze*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierecht*, § 12e EnWG Rn. 33.

2669 Dieser Abschnitt stellt eine Weiterentwicklung der (an wenigen Stellen mit gleichen Formulierungen) bereits publizierten Überlegungen in *Haug/Zeccola*, *ZUR* 2018, S. 75 ff., dar.

2670 Näher dazu *BMWi*, *Endlagerung hochradioaktiver Abfälle in Deutschland*, S. 16 ff.

2671 So noch dezidiert im Oktober 2008, vgl. *BMWi*, *Endlagerung hochradioaktiver Abfälle in Deutschland*, S. 43.

2672 Vgl. *BT-Drs.* 17/13471, S. 14 (I. Ausgangslage).

2673 *Wollenteit*, in: *Frenz* (Hrsg.), *Atomrecht*, § 1 *StandAG* Rn. 4.

Mit dem ersten Standortauswahlgesetz von 2013 (StandAG a.F.)²⁶⁷⁴ wurde ein (im Gegensatz zur seinerzeitigen Gorleben-Auswahl)²⁶⁷⁵ stark partizipationsrechtlich geprägter Entscheidungsfindungsprozess aufgesetzt, um eine möglichst hohe Akzeptanz für den schlussendlich gefundenen Endlagerstandort zu erreichen.²⁶⁷⁶ So sah bereits das StandAG a.F. ein Beteiligungskonzept mit verschiedenen Bausteinen vor. Hierzu zählten die frühzeitige und kontinuierliche Unterrichtungspflicht mit einem korrespondierenden Stellungnahmerecht der (uneingeschränkten) Öffentlichkeit gem. § 9 Abs.1 StandAG a.F., betont dialogische Formate im räumlichen Kontext betroffener Regionen wie Bürgerversammlungen, -dialoge und -büros (§§ 9 Abs. 3, 10 Abs. 1 StandAG a.F.), ein gesellschaftliches Begleitgremium (§ 8 StandAG a.F.) und eine Öffnungsklausel für weitere Beteiligungsformen (§ 9 Abs. 4 StandAG a.F.).²⁶⁷⁷ Die vielfältige Kritik an diesem Beteiligungskonzept, die u.a. den geringen Innovationsgrad, unklare Stellungnahmefristen und die unzureichende Rechtsschutzabsicherung von Verstößen gegen Beteiligungsvorschriften betraf,²⁶⁷⁸ nahm die nach § 3 StandAG a.F. eingerichtete „Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe“ von Bund und Ländern („Endlagerkommission“)²⁶⁷⁹ zum Anlass, in ihrem in § 4 StandAG a.F. vorgeschriebenen Bericht umfassende Änderungsvorschläge zum Beteiligungskonzept zu unterbreiten.²⁶⁸⁰ Auf dieser Grundlage wurde das StandAG a.F. in einem StandAG-Fortentwicklungsgesetz mit noch stärkerer Betonung der Bedeutung von Partizipation vollständig neu gefasst.²⁶⁸¹

(b) Standortauswahlverfahren nach dem StandAG von 2017

Das Standortauswahlverfahren ist darauf gerichtet, „in einem partizipativen, wissenschaftsbasierten, transparenten, selbsthinterfragenden und lernenden Verfahren“²⁶⁸²

2674 Art. 1 des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und zur Änderung anderer Gesetze v. 23.7.2013, BGBl. I S. 2553.

2675 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 5 StandAG Rn. 2.

2676 Vgl. *Wiegand*, NVwZ 2014, S. 830; zum politischen Vorlauf vgl. *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 1 StandAG Rn. 1; zum Schweizer Vorbild *B. Peters*, DÖV 2015, S. 629 (629 f., 633 f.); ausf. zur rund 50jährigen Geschichte einer Suche nach einer Lösung der Endlagerproblematik *Langer*, *Die Endlagersuche*, S. 33-67; *Kürschner*, *Legalplanung*, S. 14-20.

2677 Vgl. *Wiegand*, NVwZ 2014, S. 830 (832 f.); *B. Peters*, DÖV 2015, S. 629 (632 f.).

2678 *Wiegand*, NVwZ 2014, S. 830 (833); *B. Peters*, DÖV 2015, S. 629 (636 f.).

2679 Zur Zusammensetzung, Aufgabe und Tätigkeit der Kommission s. *Langer*, *Die Endlagersuche*, S. 241-251.

2680 Abschlussbericht der Kommission Lagerung hoch radioaktiver Abfallstoffe: Verantwortung für die Zukunft – Ein faires und transparentes Verfahren für die Auswahl eines nationalen Endlagerstandortes, BT-Drs. 18/9100, S. 39 ff.

2681 Gesetz zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für hochradioaktive Abfälle (Standortauswahlgesetz – StandAG) als Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Gesetzes zur Suche und Auswahl eines Standortes für ein Endlager für Wärme entwickelnde radioaktive Abfälle und anderer Gesetze v. 5.5.2017, BGBl. I S. 1074; zum Entstehungshintergrund s. *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 1 StandAG Rn. 2.

2682 Näher zu diesen Verfahrensgrundsätzen *Langer*, *Die Endlagersuche*, S. 229-233.

(§ 1 Abs. 2 S. 1 StandAG) bis 2031 einen Standort für die Endlagerung der hochradioaktiven Abfälle festzulegen. Hierfür schlägt zunächst der Vorhabenträger anhand fachlicher – insbesondere geowissenschaftlicher – Kriterien gem. §§ 22-24 StandAG auf der Grundlage ermittelter Teilgebiete Standortregionen für die übertägige Erkundung vor (§§ 13 f. StandAG), die möglicherweise geeignete Endlagerstandorte enthalten (§ 2 Abs. 1 Nr. 19 StandAG) und vom Bundesamt für die Sicherheit der nuklearen Entsorgung (BASE)²⁶⁸³ – nach informatorischer Einbindung von Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat – festgelegt werden (§ 15 StandAG). Auf der Grundlage der dann dort erfolgenden übertägigen Erkundungen ermittelt der Vorhabenträger nach denselben Kriterien Vorschläge für eine untertägige Erkundung (§ 16 StandAG). Das BASE prüft nun zunächst, ob die Vorschläge unter Einhaltung aller gesetzlichen Vorgaben – also auch denen partizipationsrechtlicher Natur – zustande gekommen sind und stellt das Ergebnis in einem rechtsmittelfähigen (ausschließlich vor dem BVerwG angreifbaren) Bescheid fest (§ 17 Abs. 3 StandAG). Wenn dessen Bestandskraft eingetreten ist, übermittelt das BASE die Vorschläge der Bundesregierung, die dann eine gesetzliche Festlegung der Standorte herbeiführt (§ 17 Abs. 2 StandAG).

640 Nach vorheriger Festlegung der maßgeblichen Erkundungsprogramme und Prüfkriterien durch das BASE (§ 17 Abs. 4 StandAG) findet dann die untertägige Erkundung – wiederum durch den Vorhabenträger und unter ergänzender Berücksichtigung der fachlichen Kriterien gem. §§ 22-24 StandAG – statt, auf deren Grundlage der Vorhabenträger einen Standortvorschlag für die Endlagerung nebst Begründung mit vergleichender Bewertung der in Betracht kommenden Standorte vorlegt (§ 18 StandAG). Daran schließt sich eine Umweltverträglichkeitsprüfung des vorgeschlagenen Standortes durch das BASE an (§ 18 Abs. 3 StandAG), bevor es den Vorschlag einschließlich eines Standortvergleichs von mindestens zwei Möglichkeiten überprüft und dann unter Abwägung aller privaten und öffentlichen Belange bewertet, welcher Standort die bestmögliche Sicherheit bietet (§ 19 Abs. 1 StandAG). Außerdem stellt das BASE erneut durch einen rechtsmittelfähigen (wiederum ausschließlich vor dem BVerwG angreifbaren) Bescheid fest, ob das Auswahlverfahren in jeder Hinsicht gesetzeskonform durchgeführt worden ist (§ 19 Abs. 2 S. 3 StandAG); klagbefugt sind hier neben den betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften (Gemeinde und Kreis) und den anerkannten Umweltverbänden unabhängig von einer eigenen rechtlichen Betroffenheit alle Personen, die in einer betroffenen kommunalen Gebietskörperschaft wohnen oder über Grundeigentum verfügen (§ 19 Abs. 2 S. 6 StandAG i.V.m. UmwRG). Erst wenn dieser Bescheid bestandskräftig geworden ist, übermittelt das BASE dem zuständigen Bundesministerium den Standortvorschlag mit allen relevanten Unterlagen, darunter eine zusammenfassende Bewertung der Ergebnisse des Beteiligungsverfahrens (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 StandAG).

²⁶⁸³ Näher zum BASE *Langer*, Die Endlagersuche, S. 253-255; *Kürschner*, Legalplanung, S. 193 f.

Diesen Vorschlag bringt dann die Bundesregierung – ausdrücklich u.a. mit einem zusammenfassenden Bericht auch über die Ergebnisse des Beteiligungsverfahrens – gem. Art. 76 Abs. 1 GG als Gesetzentwurf in das Gesetzgebungsverfahren ein; die abschließende Festlegung des Endlager-Standortes erfolgt schließlich durch Bundesgesetz (§ 20 StandAG). In diesem Fall der Legalplanung sind die oben beschriebenen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts²⁶⁸⁴ insbesondere angesichts der besonderen Singularität und generationenübergreifenden Bedeutung der Endlager-Standortentscheidung erfüllt.²⁶⁸⁵ Da hier außerdem der besondere Rechtfertigungszweck nicht in der Beschleunigung des Planungsverfahrens,²⁶⁸⁶ sondern in der Akzeptanz der Standortentscheidung liegt, vermeidet das StandAG mit seinem auf vorgesezten Feststellungsbescheiden beruhenden Rechtsschutzkonzept im gestuften Verfahren der Endlagersuche die ansonsten für die Legalplanung typischen Probleme der Rechtsschutzverkürzung.²⁶⁸⁷ Mit der gesetzlichen Festlegung ist allerdings nur die Standortentscheidung im Sinne einer Problemabschichtung verbindlich getroffen, während das dort zu errichtende Endlager noch einem gesonderten atomrechtlichen Genehmigungsverfahren gem. § 9b Abs. 1a AtG (mit den dafür vorgesehenen Beteiligungsmöglichkeiten) unterliegt.²⁶⁸⁸

(c) Beteiligungskonzept

In diesen mehrstufigen Entscheidungsfindungsprozess ist ein vielgestaltiges Partizipationskonzept integriert, das in den §§ 5-7 StandAG geregelt ist. Das erklärte Ziel des Konzepts ist ein breiter und nachhaltiger gesellschaftlicher Konsens, der eine Tolerierung durch die Betroffenen einschließt;²⁶⁸⁹ die Menschen werden daher im Gesetz zu „Mitgestaltern des Verfahrens“ aufgewertet (§ 5 Abs. 1 StandAG). Damit verpflichtet sich das StandAG auf eine deutlich über die „normale“ Partizipation in Planfeststellungsverfahren hinausgehende Beteiligungskultur.²⁶⁹⁰ Allerdings erfolgt die Umsetzung dieser Zielsetzung nur teilweise durch tatsächlich partizipationsrechtliche Instrumente, wozu die tradierten Beteiligungsinstrumente der Information, der Gelegenheit zur Abgabe von Stellungnahmen und von Erörterungsterminen

2684 S. oben, → Rn. 626.

2685 Langer, Die Endlagersuche, S. 334-348; Kürschner, Legalplanung, S. 173-184; Hamacher, Standortauswahl für ein Endlager, S. 320-346; krit. zur Legalplanung in diesem Kontext Wiegand, NVwZ 2014, S. 830 (833 f.); Keienburg, NVwZ 2014, S. 1133 (1135 ff.).

2686 Langer, Die Endlagersuche, S. 339-341.

2687 Vgl. dazu Langer, Die Endlagersuche, S. 395 f.; Kürschner, Legalplanung, S. 184-191, 257.

2688 Wollenteit, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 1 StandAG Rn. 5; Langer, Die Endlagersuche, S. 306-308, 314-316.

2689 Langer, Die Endlagersuche, S. 230.

2690 Wollenteit, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 5 StandAG Rn. 2; freilich weist Langer, Die Endlagersuche, S. 140-148, zu Recht auf die Risiken und potenziellen Enttäuschungsfaktoren von Partizipation insbesondere bei einem derart komplexen Projekt wie der Endlagersuche hin; zur Überschätzungsgefahr s.o., → Rn. 114-116.

zählen. Denn das Konzept sieht daneben auf gesellschaftliche Wirkung zielende Fach- und Regionalkonferenzen sowie ein Nationales Begleitgremium vor, die sich allerdings bei näherem Hinsehen als scheinpartizipativ erweisen, weil sie nicht auf dem Prinzip der Jedermann-Beteiligung, sondern vielmehr auf dem Repräsentationsgedanken beruhen.²⁶⁹¹ Außerdem handelt es sich ungeachtet der vielfältigen Gremien und Anhörungsmöglichkeiten um ein rein konsultatives Beteiligungskonzept ohne relevante Veto-Instrumente, das den selbstgesetzten „Mitgestaltungs“-Anspruch nicht einlöst²⁶⁹² und deshalb auch nur den in diesem Kapitel behandelten Konsultationsrechten zugeordnet werden kann.

(aa) Partizipationsrechtliche Instrumente

- 643 Die klassische Öffentlichkeitsbeteiligung ist zunächst auf die Herstellung von größtmöglicher Transparenz gerichtet. Deshalb besteht die Informations- und Beteiligungspflicht des Bundesamts für die Sicherheit der nuklearen Entsorgung – wie schon nach § 9 Abs. 1 StandAG a.F. – frühzeitig, umfassend, systematisch und für die gesamte Dauer des Auswahlverfahrens bezüglich der Ziele des Vorhabens, der Mittel und des Stands seiner Verwirklichung sowie seiner voraussichtlichen Auswirkungen (§ 5 Abs. 2 StandAG) unter Schaffung einer entsprechenden Internetplattform (§ 6 StandAG) und besonderer Betonung der Dialogorientierung des Prozesses. Hinsichtlich der Frühzeitigkeit gelten dieselben Grundsätze wie bei § 3 Abs. 1 BauGB.²⁶⁹³
- 644 Das Gebot der systematischen Unterrichtung ist in Anlehnung an die Bezugnahme von § 6 StandAG auf § 10 UIG als Erfordernis einer geordneten Aufbereitung der Informationen im Sinne einer möglichst hohen Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit zu verstehen, damit diese leichter rezipiert und verarbeitet werden können.²⁶⁹⁴ Der Begriff der „umfassenden“ Unterrichtung wird in § 6 StandAG mittelbar als Unterrichtung über alle „wesentlichen“ Unterlagen – insbesondere Gutachten, Stellungnahmen, Datensammlungen und Berichte – definiert, was eine gewisse Einschränkung bedeutet, aber ebenfalls dem Standard des in Bezug genommenen § 10 UIG entspricht.²⁶⁹⁵ Da der unbestimmte Rechtsbegriff der „Wesentlichkeit“ der gerichtlichen Kontrolle unterliegt und außerdem im Hinblick auf das Transparenzgebot in § 1 Abs. 2 S. 1 StandAG weit zu verstehen ist,²⁶⁹⁶ besteht insoweit lediglich ein geringer und überprüfbarer Auslegungsspielraum des BASE. Die

2691 Ähnlich *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 7 StandAG Rn. 5; *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 23, 105.

2692 *Langer*, Die Endlagersuche, S. 494; s. auch *Kürschner*, Legalplanung, S. 208-211.

2693 S. oben, → Rn. 609 f.

2694 *Smeddinck*, in: *Smeddinck* (Hrsg.), StandAG, § 9 Rn. 28; von einer entsprechenden Aufarbeitungspflicht des Bundesamts geht auch die Entwurfsbegründung aus, vgl. BT-Drs. 18/11398, S. 52.

2695 Vgl. zu § 10 Abs. 2 UIG *Karg*, in: *Gersdorf/Paal* (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, § 10 UIG Rn. 10-15.

2696 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 6 StandAG Rn. 3.

proaktiv zu befüllende Informationsplattform gem. § 6 StandAG entspricht damit im Wesentlichen den Vorstellungen der Endlagerkommission über ein Informationsregister²⁶⁹⁷ und dem partizipations- und transparenzbetonten Anspruch in § 1 Abs. 2 StandAG.²⁶⁹⁸ Lediglich die zeitlichen und technischen Anforderungen bleiben – anders als im Hamburger Transparenzgesetz, das die Endlagerkommission als Vorbild herangezogen hat – mangels ausdrücklicher Regelung der behördlichen Gestaltung überlassen.²⁶⁹⁹

Die Pflicht der dauerhaften Gewährleistung von Partizipation betont eine durchgängige Kontinuität der Beteiligung in Abgrenzung zu nur punktuellen Mitwirkungsmöglichkeiten.²⁷⁰⁰ Mit der besonderen Dialogorientierung soll nicht nur die Zweiseitigkeit der Kommunikation, sondern in qualitativer Hinsicht auch ein fairer Umgang auf Augenhöhe und der deliberative Charakter der Öffentlichkeitsbeteiligung zum Ausdruck gebracht werden.²⁷⁰¹ Um alle diese Anforderungen auch im Vollzug zu gewährleisten, sieht § 5 Abs. 3 StandAG eine Evaluation „in angemessenen zeitlichen Abständen“²⁷⁰² und eine – allerdings nicht näher bestimmte – Pflicht zur Weiterentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung im Sinn des Gebots der Selbsthinterfragung (§ 1 Abs. 2 S. 1 StandAG) mit der Option weiterer Beteiligungsformen vor.²⁷⁰³ Beteiligungsadressat ist in diesem Fall nicht die betroffene, sondern die gesamte Öffentlichkeit, was mit der nationalen Bedeutung des Verfahrens korrespondiert.²⁷⁰⁴ Denn bei diesem bundesweiten Projekt kann die *betroffene* Öffentlichkeit ex ante gerade nicht eingegrenzt werden, ohne den hohen partizipativen Anspruch zu verletzen. Aus dem Gedanken von § 10 Abs. 2 S. 2 StandAG, wonach auch Einwohner ausländischer, an eine potenzielle Standortregion angrenzender Gebiete in die Regionalkonferenzen gleichberechtigt zu integrieren sind, folgt, dass sich der Öffentlichkeitsbegriff nicht einmal auf die Einwohnerschaft Deutschlands strikt begrenzen lässt.

Den zweiten Teil der formellen Beteiligung stellen die Anhörungsverfahren dar, die nach § 7 Abs. 2 StandAG jeweils eigenständig und getrennt zu jedem der drei Hauptverfahrensschritte – Vorschläge für die übertägige Erkundung, Vorschläge für die untertägige Erkundung und den Standortvorschlag – durchzuführen sind. Hier

2697 Laut Kommissionsbericht, BT-Drs. 18/9100, S. 326, sollen dort die Unterlagen von Vorhabenträger und Bundesamt eingestellt werden, wie das in § 6 StandAG im Wesentlichen vorgesehen ist; kritischer insofern *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 6 StandAG Rn. 3.

2698 BT-Drs. 18/11398, S. 52; *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 6 StandAG Rn. 2 f.

2699 Die Informationen müssen nach § 10 Abs. 1 HmbTG unverzüglich eingestellt werden sowie leicht auffindbar, maschinell durchsuchbar und druckbar sein, vgl. oben, → Rn. 239.

2700 Ähnlich *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 5 StandAG Rn. 6.

2701 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 5 StandAG Rn. 7.

2702 Was allerdings nicht dem im Kommissionsbericht, BT-Drs. 18/9100, S. 232 ff., geforderten kontinuierlichen Prozessmonitoring entspricht, vgl. *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 5 StandAG Rn. 9.

2703 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 5 StandAG Rn. 9; Kommissionsbericht, BT-Drs. 18/9100, S. 235 ff.

2704 So auch *Smeddinck*, in: *Smeddinck* (Hrsg.), StandAG, § 9 Rn. 21.

sind zunächst der jeweils relevante Vorschlag (§ 7 Abs. 2 StandAG) sowie die dazu vorliegenden Berichte und Unterlagen zu veröffentlichen, wofür sich die Informationsplattform gem. § 6 StandAG anbietet.²⁷⁰⁵ Soweit die SUP- bzw. UVP-Pflichtigkeit gegeben ist, gelten für die Bekanntmachung und Dauer der Informationsbereitstellung und -auslegung die Vorschriften des UVPG i.V.m. § 73 VwVfG.²⁷⁰⁶ Danach hat die Öffentlichkeit jeweils (neben den berührten Trägern öffentlicher Belange) drei Monate Zeit,²⁷⁰⁷ Stellungnahmen abzugeben, die sowohl vom Vorhabenträger als auch vom BASE auszuwerten und im weiteren Verfahren zu berücksichtigen²⁷⁰⁸ sind (§ 7 Abs. 1 StandAG), ohne dass damit Präklusionswirkungen verbunden wären.²⁷⁰⁹

647 Anschließend findet jeweils nach einer entsprechenden einmonatigen Ankündigung im Bundesanzeiger, auf der Internetseite des BASE sowie in der örtlich berührten Tagespresse eine nochmalige, ebenfalls mindestens einmonatige Bereitstellung bzw. Auslegung aller relevanten Informationen sowohl im Internet als auch körperlich „im räumlichen Bereich der betroffenen Gebiete“ statt (§ 7 Abs. 4 StandAG), bevor ein obligatorischer Erörterungstermin unter Leitung des BASE durchgeführt wird (§ 7 Abs. 3 StandAG). Anders als beim Erörterungstermin gem. § 73 Abs. 6 VwVfG sind hier neben den Vertretern der offiziellen Stellen nicht nur die Personen teilnahmeberechtigt, die Einwendungen erhoben haben, sondern die gesamte Öffentlichkeit (§ 7 Abs. 5 StandAG).²⁷¹⁰

(bb) Scheinpartizipative Repräsentationsformen

648 Neben diesen „echten“ Beteiligungsinstrumenten sieht das StandAG (auch anstelle der im StandAG a.F. genannten Bürgerversammlungen, denen kein länderübergreifend einheitliches Begriffsverständnis zugrunde lag)²⁷¹¹ auf Vorschlag der Endlagerkommission²⁷¹² verschiedene Gremienformate vor, die als Instrumente einer „sanften Regulierung“²⁷¹³ auf eine gesellschaftliche Begleitung und Konfliktmanagement – statt auf Partizipation von Einzelpersonen oder Verbänden – ausgerichtet sind.

2705 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 7 StandAG Rn. 12.

2706 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 7 StandAG Rn. 12; generell zur Kompatibilität von § 7 StandAG zum mindeststandarddefinierenden UVPG angesichts der SUP- und der UVP-Pflichtigkeit der verschiedenen Schritte vgl. *Wollenteit*, a.a.O., § 7 StandAG Rn. 3 f.

2707 Dieser Zeitraum erscheint angesichts der erheblichen Komplexität des Themas und des mutmaßlichen Umfangs der Unterlagen mit Blick auf die partizipatorische Zielsetzung von § 1 StandAG sehr knapp.

2708 Zur Berücksichtigungspflicht s. oben, → Rn. 539.

2709 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 7 StandAG Rn. 7; eine materielle Präklusion wäre auch im Licht der EuGH-Rechtsprechung unionsrechtswidrig, s. unten, → Rn. 704, → Rn. 792.

2710 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 7 StandAG Rn. 18.

2711 So dient die Bürgerversammlung etwa in Hessen nur als einseitige Informationsveranstaltung (§ 8a Abs. 1 S. 1 HGO), während der Bürgerversammlung in Bayern und der Einwohnerversammlung in Baden-Württemberg eine dialogische Konzeption zugrunde liegt (Art. 18 Abs. 3 BayGO, § 20a Abs. 1 S. 1 GemO BW), vgl. oben, → Rn. 347.

2712 Kommissionsbericht, BT-Drs. 18/9100, S. 327 ff.

2713 *Smeddinck*, DVBl. 2019, S. 744 (749 ff.).

Wenngleich nachstehend – dem partizipationsrechtlichen Fokus dieses Buches entsprechend – der scheinpartizipative Charakter dieser Formate herausgearbeitet wird, sollen damit keineswegs die Sachgerechtigkeit eines Kommunikations- und Konfliktbewältigungskonzepts oder der innovative Charakter seiner Umsetzung bestritten werden.

Das zeitlich erste Konferenzformat ist die „Fachkonferenz Teilgebiete“. Diese wird vom BASE eingesetzt, sobald der Vorhabenträger die Teilgebiete, aus denen die Standortregionen für die übertägige Erkundung ausgewählt werden, identifiziert hat. Sie besteht aus Vertretern der Bürgerschaft, der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften, von gesellschaftlichen Organisationen und der Wissenschaft (§ 9 Abs. 1 StandAG). Da es hierbei in erster Linie um eine Maßnahme zur Förderung der Beteiligungsbereitschaft unter primär fachlichen (statt regionalen) Aspekten geht,²⁷¹⁴ beschränken sich die Vertreter der Bürgerschaft nicht nur auf (potenziell) Betroffene. Wenngleich der Kommissionsbericht insoweit von einer „offenen Einladung“ spricht und die Zahl der Bürgerschaftsvertreter nicht vorgegeben ist, soll doch ein „ausgewogenes Geschlechter- und Altersverhältnis“ angestrebt werden.²⁷¹⁵ Somit obliegt dem BASE aufgrund seiner gesetzlichen Zuständigkeit zur Berufung der Konferenz letztlich eine Begrenzungs- und ggf. auch Auswahlkompetenz bezüglich des beteiligten Personenkreises,²⁷¹⁶ weshalb jedenfalls rechtlich keine Offenheit für jede interessierte Person gewährleistet ist. Damit stellt die Fachkonferenz Teilgebiete im engeren Sinn kein (rein) partizipationsrechtliches Instrument, sondern eine spezifisch ausgestaltete Mischform von Partizipation und Repräsentation dar. In höchstens drei Sitzungen binnen sechs Monaten diskutiert die Fachkonferenz Teilgebiete die Auswahl des Vorhabenträgers, übermittelt diesem ihre Beratungsergebnisse zur Berücksichtigung im weiteren Verfahren und löst sich dann auf (§ 9 Abs. 2 StandAG).

Nachdem die Standortregionen für die übertägige Erkundung vorgeschlagen (nicht ausgewählt!) sind, wird das Konferenzprinzip in regionalisierter Form und anderer Besetzung fortgeführt, indem das BASE für jede einzelne Standortregion eine eigene Regionalkonferenz als „Instrument der lokalen Öffentlichkeitsbeteiligung“²⁷¹⁷ einrichtet (§ 10 Abs. 1 StandAG). Diese besteht jeweils aus einer Vollversammlung und einem von der Vollversammlung auf die Dauer von drei Jahren gewählten Vertreterkreis. Der Vollversammlung gehören alle melderechtlich erfassten und mindestens 16 Jahre alten Einwohner der kommunalen Gebietskörperschaften an, die in der Standortregion liegen oder daran angrenzen (§ 10 Abs. 2 StandAG). Der maximal 30-köpfige Vertretungskreis setzt sich zu je einem Drittel aus Vertretern der Vollversammlung, der in der Standortregion liegenden kommunalen

2714 BT-Drs. 18/11398, S. 54.

2715 Kommissionsbericht, BT-Drs. 18/9100, S. 332.

2716 Vgl. *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 9 StandAG Rn. 3.

2717 *Langer*, *Die Endlagersuche*, S. 264.

Gebietskörperschaften und von gesellschaftlichen Gruppen zusammen (§ 10 Abs. 3 StandAG). Die Regionalkonferenzen begleiten das weitere Standortauswahlverfahren (bis ihre jeweilige Standortregion aus dem Prozess ausgeschieden ist, § 10 Abs. 7 StandAG) u.a. mit einem eigenständigen Stellungnahmerecht vor den jeweiligen Erörterungsterminen bei allen drei Beteiligungsverfahren gem. § 7 StandAG und bei der Erarbeitung der sozioökonomischen Potenzialanalysen gem. § 16 Abs. 1 StandAG. Sie erarbeiten des Weiteren Konzepte zur Förderung der Regionalentwicklung und dürfen eine begrenzte eigene Öffentlichkeitsarbeit – auch auf der Informationsplattform des BASE – betreiben (§ 10 Abs. 4 StandAG). Außerdem steht Ihnen das Recht zu, die Vorschläge des Vorhabenträgers zu allen drei Verfahrensphasen (Vorschläge für die übertägige Erkundung, Vorschläge für die untertägige Erkundung und den Standortvorschlag) zeitlich begrenzt zu hinterfragen und konkrete Kritikpunkte vom BASE (jeweils einmalig) nachprüfen zu lassen, das ggf. vom Vorhabenträger eine Mängelbehebung verlangt (§ 10 Abs. 5 StandAG).

651 Allerdings sind diese Kompetenzen materiell (und nicht nur operativ)²⁷¹⁸ den Vertretungskreisen und nicht den Vollversammlungen zugewiesen (§ 10 Abs. 3 S. 4 StandAG). Letztere wählen die Vertretungskreise, erlassen die Geschäftsordnung²⁷¹⁹ und haben allenfalls ein internes Äußerungs- und nicht bindendes Vorschlagsrecht gegenüber dem jeweiligen Vertretungskreis.²⁷²⁰ Wegen der fehlenden inhaltlichen Kompetenz zur Positionierung einer Regionalkonferenz durch ihre Vollversammlung besteht insoweit nicht einmal ein korporatistisch-mittelbares Partizipationsrecht der Öffentlichkeit. Maßgeblich sind allein die Vertretungskreise, deren Mitgliedschaft von einer Wahl durch die Vollversammlung abhängig ist und die daher als Repräsentationsorgane anzusehen sind. *Jens Kersten* spricht in diesem Zusammenhang von „repräsentativer Partizipation“,²⁷²¹ was bei Zugrundelegung des hier verwendeten Begriffsverständnisses ein Oxymoron darstellt. Zwar steht es den Regionalkonferenzen – also deren Vertretungskreisen – nach § 5 Abs. 3 StandAG offen, ob sie für ihre Beratungsprozesse Instrumente offener Partizipation entwickeln und einsetzen; aber aufgrund deren Optionalität und fehlenden normativen Ausgestaltung können sie nicht als Teil des Partizipationsrechts im hier verstandenen Sinn angesehen werden.

652 In der „Fachkonferenz Rat der Regionen“ werden die verschiedenen Regionalkonferenzen zusammengeführt. Sie umfasst neben den Vertretern der Regionalkonferenzen auch solche der kommunalen Zwischenlagerstandorte (§ 11 Abs. 1 StandAG)

2718 Insofern zu eng *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 10 StandAG Rn. 17.

2719 Diese Organzuständigkeit wird im StandAG nicht geregelt, ergibt sich aber aus allgemeinen organisatorischen Grundsätzen; so auch *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 10 StandAG Rn. 5.

2720 So ohne gesetzliche Verankerung unter Bezugnahme auf den Kommissionsbericht *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 10 StandAG Rn. 4, 13.

2721 *Kersten*, *Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit*, § 29 Rn. 50.

und hat als „überörtliches Instrument des Informationsaustausches“²⁷²² die Aufgabe, die Tätigkeit der Regionalkonferenzen aus überregionaler Sicht zu begleiten und bei Interessenskonflikten der Regionen zu vermitteln, ohne aber über eigene operative Kompetenzen zu verfügen (§ 11 Abs. 2 StandAG). Ob sie angesichts des jeweils hohen regionalen Interesses, nicht als Endlagerstandort „übrig zu bleiben“, tatsächlich ausgleichend wirken kann, erscheint zumindest sehr fraglich. Zudem ist auch sie – als „Repräsentation von Repräsentation“ – nicht als echtes Partizipationsinstrument anzusehen.

Parallel zu diesen Konferenzen fungiert ein Nationales Begleitgremium als „Wächter“ des Beteiligungsverfahrens,²⁷²³ das durch eine „vermittelnde und unabhängige Begleitung“ zur Vertrauenswürdigkeit des Standortauswahlverfahrens beitragen soll und mit einem unmittelbaren Akteneinsichtsrecht beim BASE, einem Befragungsrecht gegenüber allen zuständigen Stellen sowie einem direkten Empfehlungsrecht an den Bundestag eine relativ starke Rechtsposition innehat (§ 8 Abs. 1, 2 StandAG). Zwar gehören diesem Gremium neben zwölf von Bundestag und Bundesrat gewählten Mitgliedern auch sechs „in einem dafür geeigneten Verfahren der Bürgerbeteiligung“ nominierte und vom zuständigen Bundesminister ernannte Personen aus der Bürgerschaft an (§ 8 Abs. 3 StandAG), was auf einen partizipativen Ansatz hindeutet. Doch kann sich an diesem Nominierungsverfahren zu keiner Zeit jede Person beteiligen. Denn der erste Auswahlschritt – die Einladung zu Bürgerforen – beruht auf einer von oben durchgeführten Zufallsauswahl.²⁷²⁴ Die mit Partizipation verbundene Teilhabe erschöpft sich gerade nicht einer bloßen Zugangsmöglichkeit zu einem Nominierungs- oder Wahlverfahren, sondern verwirklicht sich in eigenen inhaltlichen Mitwirkungsmöglichkeiten. Andernfalls würde der Partizipationsbegriff inhaltlich entleert und durch das passive Wahlrecht völlig entgrenzt werden. Somit handelt es sich auch beim Nationalen Begleitgremium als „delegierte zivile Aufsicht“²⁷²⁵ um eine spezifische Form von Repräsentation und nicht um Partizipation. Schließlich ist auch der vom Nationalen Begleitgremium zu berufende „Partizipationsbeauftragte“ in seiner gesetzlichen Aufgabenstellung weniger auf Partizipations- als auf Konfliktmanagement ausgerichtet.²⁷²⁶ Insbesondere zielt die gesetzliche Ausgestaltung seiner Rolle klar auf eine Beratung des BASE, des

2722 Langer, Die Endlagersuche, S. 265.

2723 BT-Drs. 18/11398, S. 53; näher dazu auch Langer, Die Endlagersuche, S. 255-257; Hamacher, Standortauswahl für ein Endlager, S. 74 f.

2724 Vgl. <https://www.bmu.de/themen/bildung-beteiligung/beteiligung/nationales-begleitgremium/auswahlprozess>; s. auch Wollenteit, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 8 StandAG Rn. 21 f.; Smeddinck, DVBl. 2019, S. 744 (745), spricht von „gecasteten Laienbürger[n]“.

2725 Rosanvallon, Gegen-Demokratie, S. 69, verwendet diesen Begriff für unabhängige Behörden, passt aber auch – fast noch besser – hier, vgl. Smeddinck, DVBl. 2019, S. 744 (745).

2726 Ähnlich Smeddinck, DVBl. 2019, S. 744 (745 f.), der den Partizipationsbeauftragten als ein Instrument des „Konflikttradar[s]“ ansieht; Kersten, Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, § 29 Rn. 67, betont hingegen die Notwendigkeit eines gewissen Grades an Unabhängigkeit und Betroffenenakzeptanz.

Vorhabenträgers und der Konferenzen (§ 8 Abs. 5 StandAG), statt etwa – wie von der Endlagerkommission gefordert²⁷²⁷ – auf die Funktion einer Ombudsstelle für Anliegen der Öffentlichkeit.²⁷²⁸ Somit kommt auch dem Nationalen Begleitgremium nur ein scheinpartizipativer Charakter zu.²⁷²⁹

(4) Zulassung bestimmter Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen nach dem
Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz

(a) *Rechtliche Zulässigkeit*

654 Einen vorläufigen Höhepunkt der Legalplanung stellt das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz²⁷³⁰ dar. Für bestimmte, in den §§ 2, 2a MgvG im Einzelnen konkret festgelegte Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen in den Bereichen von Eisenbahn, Wasserstraßen und Fernstraßen sah § 1 MgvG ab 2020 (jedoch nur bis Ende 2023²⁷³¹) die Möglichkeit vor, die Genehmigung nicht durch das eigentlich vorgeschriebene Planfeststellungsverfahren gem. §§ 18 Abs. 1 AEG, 14 Abs. 1 WaStrG, 17 Abs. 1 FStrG, sondern durch eine gesetzliche Entscheidung herbeizuführen. Dabei trifft das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz nicht selbst die Planungsentscheidung, sondern regelt lediglich als Vorschaltgesetz die zu erfüllenden Voraussetzungen und das Vorbereitungsverfahren für ein solches konkretes Planungs- bzw. Maßnahmengesetz.²⁷³²

655 Auch hier hat die Gesetzgebung die vom Bundesverfassungsgericht für die Legalplanung definierten Anforderungen²⁷³³ erfüllt.²⁷³⁴ So sieht das Gesetz eine umfassende Inanspruchnahme des (planfeststellungs-)behördlichen Fachwissens durch ein behördliches Vorbereitungsverfahren für die Legalplanung (§ 4 MgvG), eine umfassende Sachverhaltsermittlung (§§ 5, 7 MgvG) sowie eine detaillierte Aufbereitung der vorgeschlagenen Abwägungsentscheidung unter ausdrücklicher Belassung eines eigenen Abwägungsspielraums der Gesetzgebung (§ 8 MgvG) vor. Außerdem nehmen der Gesetzentwurf auf die Emissionsrelevanz des Verkehrssektors im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Klimawandels²⁷³⁵ und § 2a MgvG auf einen spezifischen Bedarf der Strukturstärkung Bezug, womit auch besondere Gründe vorliegen. Schließlich beschränkt sich die Legalplanung auf konkret definierte Ein-

2727 Kommissionsbericht, BT-Drs. 18/9100, S. 329.

2728 Vgl. *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), *Atomrecht*, § 8 StandAG Rn. 27.

2729 Eine andere Bewertung nimmt *Smeddinck*, ZRP 2021, S. 209 (210), vor, der das Nationale Begleitgremium als „markanteste Innovation der Öffentlichkeitsbeteiligung“ bezeichnet.

2730 Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmegesetz im Verkehrsbereich v. 22.3.2020, BGBl. I S. 640.

2731 Das Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz wurde durch Art. 13 des Gesetzes v. 22.12.2023 (BGBl. I Nr. 409) wieder aufgehoben.

2732 Zum Begriff des Maßnahmegesetzes näher *Kürschner*, Legalplanung, S. 11 f.

2733 S. oben, → Rn. 626.

2734 BT-Drs. 19/15619, S. 14, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Stendal-Entscheidung.

2735 BT-Drs. 19/15619, S. 15; zur Bedeutung jedes einzelnen Verkehrsinfrastrukturprojekts a.a.O., S. 15 ff.

zelprojekte, womit einer Pauschalkompetenz gesetzgeberischer Planung vorgebeugt ist.²⁷³⁶

Allerdings ist zu konstatieren, dass mit diesem erstmaligen Auseinanderfallen von allgemeinem Vorbereitungsgesetz und mehreren darauf fußenden konkreten Maßnahmengesetzen das Instrument der Maßnahmengesetzgebung nun als systematisch angelegtes Konzept – und nicht mehr nur fallweise – für die Realisierung von als wichtig angesehenen Projekten eingesetzt wird, was zumindest das Risiko einer strukturellen – und damit vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsprinzips verfassungsrechtlich nicht unbedenklichen²⁷³⁷ – Gewichtsverschiebung von der Exekutive zur Legislative bei der Rechtsverwirklichung auf den traditionell der Planfeststellung vorbehaltenen Fachgebieten in sich trägt. Von dieser stärkeren Betonung der Gesetzgebung erhofft sich die Bundesregierung im Gesetzentwurf eine höhere Akzeptanz der so getroffenen Infrastrukturentscheidungen.²⁷³⁸ Da es jedoch zugleich um einen Beschleunigungseffekt geht,²⁷³⁹ stellt sich bei diesen Maßnahmegesetzen in voller Schärfe das oben beschriebene Problem der Rechtsschutzverkürzung.²⁷⁴⁰ Womöglich liegt darin der Grund für die kurze Lebensdauer dieses Gesetzes, nachdem die EU-Kommission wegen dieser Rechtsschutzverkürzung ein Vertragsverletzungsverfahren (wegen Unvereinbarkeit mit der UVPG-RL) gegen Deutschland eingeleitet hatte.²⁷⁴¹

(b) Verfahrensablauf mit starker partizipationsrechtlicher Ausgestaltung

Das in § 4 Abs. 3 geregelte Vorbereitungsverfahren ist zwar stark an die (ursprünglich fachgesetzlich vorgesehenen) Planfeststellungsverfahren angelehnt, ähnelt jedoch in seiner partizipationsrechtlichen Struktur aufgrund seiner Zweistufigkeit mehr der Bauleitplanung. So sieht § 5 MgvG eine obligatorische frühe Öffentlichkeitsbeteiligung mit Gelegenheit zur Äußerung und zur Erörterung vor, die vom Vorhabenträger – ähnlich wie bei § 25 Abs. 3 VwVfG²⁷⁴² – ausdrücklich schon vor der Antragstellung durchzuführen ist. Allerdings ist das Partizipationssubjekt hier auf die „betroffene“ Öffentlichkeit beschränkt, was wegen einer fehlenden Begriffsdefinition im Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz entsprechend dem Grundsatz

2736 Ähnlich optimistisch zur Rechtsformwahl *Uschkereit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 17b.

2737 Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich punktuelle Verschiebungen im Einzelfall zugelassen, vgl. BVerfGE 139, S. 321 (Rn. 126); grundlegend hierzu *Smeddinck*, ZRP 2021, S. 209 f.

2738 BT-Drs. 19/15619, S. II (II.); krit. dazu *Behnen*, NVwZ 2021, S. 843 (847); *Th. Groß*, JZ 2020, S. 76 (82).

2739 *J. Ziekow*, NJW 2020, S. 677 f.

2740 S. oben, → Rn. 627 f.; *Kürschner*, Legalplanung, S. 171 f.

2741 Vgl. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_21_2743 (Abruf 11.5.2024); Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, WD 5 – 3000 – 055/22.

2742 Da hier jedoch, anders als bei § 25 Abs. 3 VwVfG (dazu näher unten, → Rn. 667–670), eine strikte Verfahrensobligatorik besteht, liegt die Parallele zu § 3 Abs. 1 BauGB näher.

der Einheit der Rechtsordnung so zu verstehen ist, wie es in § 2 Abs. 9 UVPG geregelt ist.²⁷⁴³

658 Die Ergebnisse dieses (ersten) Beteiligungsverfahrens sind sowohl der betroffenen Öffentlichkeit als auch der zuständigen Behörde spätestens mit der Antragstellung mitzuteilen. Außerdem muss die zuständige Behörde dem Vorhabenträger vor der Festlegung des Untersuchungsrahmens i.S.v. § 15 UVPG eine Besprechung dazu anbieten (§ 6 Abs. 3 MgvG), an der sie auch die nach dem UmwRG anerkannten Umweltvereinigungen beteiligen kann, was zumindest eine optionale mittelbare Partizipation bedeutet.²⁷⁴⁴ Nach der Antragstellung findet als zweites (vollwertiges) Partizipationsverfahren die förmliche Anhörung statt, die weitgehend dem Planfeststellungsrecht einschließlich Erörterungstermin entspricht. Auffällig sind die partizipationsrechtlichen „Verschärfungen“ gegenüber dem ansonsten geltenden verkehrsinfrastrukturellen Fachrecht bei behördlichen Planfeststellungen: Zum einen ist die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 5 MgvG obligatorisch (während sonst nur § 25 Abs. 3 VwVfG gelten würde) und zum anderen ist auch der Erörterungstermin nach § 7 Abs. 1 MgvG i.V.m. § 73 Abs. 6 VwVfG zwingend durchzuführen (während er nach den §§ 18a Nr. 1 AEG, 17a Nr. 1 FStrG, 14a Nr. 1 WaStrG sonst fakultativ gestellt wäre).²⁷⁴⁵ Eventuell liegt darin ein Grund dafür, dass dieses Gesetz angeblich zu Verfahrensverlängerungen von mindestens einem Jahr geführt haben soll.²⁷⁴⁶

659 Zwar unterbleibt die abschließende Stellungnahme zum Ergebnis des Anhörungsverfahrens (§ 7 Abs. 1 MgvG i.V.m. § 73 VwVfG). Allerdings findet anschließend ein Zwischenverfahren gem. § 7 Abs. 2 MgvG statt, in dem die zuständige Behörde auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung prüft,²⁷⁴⁷ ob von einer gesetzgeberischen Projektentscheidung tatsächlich eine nicht unwesentliche Verfahrensbeschleunigung zugunsten des Gemeinwohls zu erwarten ist. Ist dies nicht der Fall, wird das Verfahren mit Zustimmung des Bundesverkehrsministeriums in ein reguläres Planfeststellungsverfahren überführt. Ansonsten erstellt die verfahrensführende Behörde einen Abschlussbericht, dem dann die für das Gesetzgebungsverfahren notwendigen Unterlagen wie etwa die Planunterlagen und der UVP-Bericht beizufügen sind (§ 8 Abs. 1 MgvG). Der Abschlussbericht soll außerdem analog zu einem Planfeststellungsbeschluss strukturiert sein und unterliegt wegen Art. 89 Abs. 3 GG dem Einvernehmen der zuständigen Landesbehörden.

2743 Vgl. BT-Drs. 19/15619, S. 20; zur inhaltlichen Bedeutung s. oben, → Rn. 581.

2744 Etwas zu weitgehend insofern J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (679), der darin eine dritte vollwertige Öffentlichkeitsbeteiligung sieht.

2745 Vgl. dazu v. Weschpfennig, AöR 2020, S. 438 (442 f., 444).

2746 So die Einlassung der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in den Ausschussberatungen, vgl. BT-Drs. 20/8922, S. 48.

2747 Nach J. Ziekow, NJW 2020, S. 677 (679), enthält diese Zeitpunktwahl eine besondere Referenz an die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung.

de oder -behörden, sofern das verfahrensgegenständliche (Teil-)Projekt Belange der Landeskultur oder der Wasserwirtschaft berührt (§ 8 Abs. 2 MgvG). Des Weiteren schreibt § 8 Abs. 3 MgvG eine Reihe von Mindestinhalten des Abschlussberichts vor, so z.B. eine Darstellung aller berührten öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltauswirkungen, des abwägungserforderlichen Sachverhalts und der aufzunehmenden Vorbehalte und Auflagen (§ 8 Abs. 3 MgvG). Partizipationsrechtlich zu kritisieren ist zwar, dass eine gesonderte Darstellung der Ergebnisse des Anhörungsverfahrens in dieser Aufzählung fehlt. Allerdings wäre Bundestagsabgeordneten etwa des federführenden Bundestagsausschusses (auch wegen des gesetzsvorbereitenden Verfahrenscharakters) nicht zu verwehren, sich aus erster Hand selbst zu informieren und den Veranstaltungen zur Öffentlichkeitsbeteiligung beizuwohnen.²⁷⁴⁸ Auf der Grundlage dieses Abschlussberichts initiiert dann die Bundesregierung nach Art. 76 Abs. 1 GG das Gesetzgebungsverfahren.²⁷⁴⁹

3. Partizipationsrechtliche Qualität und Einordnung

a) Qualitätsprobleme des Beteiligungsverfahrens²⁷⁵⁰

Trotz der geschilderten ebenso zahlreichen wie breiten Beteiligungsangebote für alle 660 oder fast alle Interessierten führen die verwaltungsrechtlichen Anhörungsrechte oft nicht im erhofften Umfang zu einer Konfliktbefriedigung. Dies hängt mit einer Reihe von Defiziten bei Qualitätsfaktoren zusammen, die für den trotz der Partizipationsmöglichkeiten häufig bestehenden Verdross ursächlich sind.

(1) Wahl des richtigen Zeitpunkts

Bereits in den 1970er Jahren haben *Walter Schmitt Glaeser* und *Ulrich Battis* fest- 661 gestellt, dass ernstgemeinte und gelingende Bürgerbeteiligung in der „Früh- und Zielfindungsphase“²⁷⁵¹ eines Planungsprozesses – also „solange noch etwas zu entscheiden“²⁷⁵² ist – erfolgen muss. Auch die Aarhus-Konvention von 1998 betont in Art. 6 Abs. 4 die Bedeutung einer frühzeitigen Einbeziehung der Öffentlichkeit, solange „alle Optionen noch offen sind und eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung

2748 *J. Ziekow*, NJW 2020, S. 677 (680).

2749 Dies bildet die tatsächliche Gesetzgebungspraxis ab, wonach die allermeisten verkündeten Gesetze auf Regierungsmassnahmen zurückgehen, s. oben, → Rn. 518; aber selbstverständlich ist auch eine Initiative aus der Mitte des Bundestages oder gar des Bundesrates denkbar, da das MgvG das Initiativrecht gem. Art. 76 Abs. 1 GG schon aus Ranggründen nicht einschränken kann; vgl. auch *J. Ziekow*, NJW 2020, S. 677 (680).

2750 S. dazu bereits *Haug*, Herausforderungen des Partizipationsverwaltungsrechts, S. 9 ff.

2751 Begriff nach *Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, S. 56 u. 64.

2752 *Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), S. 179 (239).

stattfinden kann“. Gerade der dann bestehende Mitwirkungsspielraum erhöht das demokratische Legitimationspotenzial der Partizipation.²⁷⁵³

662 Dabei unterliegt die Wahl des richtigen Zeitpunkts einer Bürgerbeteiligung einem Dilemma. Je größer der Gestaltungsspielraum noch ist, desto unkonkreter und folglich auch uninteressanter ist das Projekt für die potenziell Betroffenen. Darin liegt auch ein wesentlicher Grund dafür, dass in den typischerweise kaskadenhaft abschichtenden Stufen von Planungsverfahren die auf den früheren Stufen (etwa bei der Raumordnung) bestehenden Beteiligungsmöglichkeiten oft zu wenig genutzt werden,²⁷⁵⁴ gilt aber (in reduziertem Umfang) auch innerhalb der Genehmigungs- oder Zulassungsstufe eines einzelnen Projektverfahrens, bei der trotz Vorfestlegungen auf früheren Planungsstufen auch die „ob“-Frage grundsätzlich diskussionsfähig sein kann.²⁷⁵⁵ Je konkreter das Projekt und seine Auswirkungen erkennbar werden und damit auch das Interesse potenziell Partizipationswilliger wächst, desto geringer ist – auch wegen der für das Projekt und seine Planung mittlerweile aufgewendeten Zeit und Ressourcen – der verbleibende faktische Gestaltungsspielraum.²⁷⁵⁶ Erfolgt die Beteiligung also zu früh, findet sie keine besondere Resonanz, erfolgt sie zu spät, steht faktisch alles schon fest.²⁷⁵⁷ Diese Prozesslogik ist als „Beteiligungsparadox“ bekannt.²⁷⁵⁸

663 Da die meisten Verwaltungsverfahren erst mit der Antragstellung formal zu laufen beginnen, ist die innerhalb dieses Verfahrens vorgesehene Beteiligung typischerweise erst nach der Antragstellung angesiedelt. Angesichts der erfolgten Investitionen sind die Antragsteller dann regelmäßig nicht mehr bereit, die „ob“-Frage oder auch nur wesentliche „wie“-Fragen der Realisierung des Projekts zu diskutieren.²⁷⁵⁹ Im Beteiligungsverfahren und insbesondere in einem etwaigen Erörterungstermin kann es dann aus deren Sicht regelmäßig nur noch um nachrangige Ausgestaltungsfragen gehen. Dies kollidiert mit der Befindlichkeit der Partizipationswilligen, die in diesem weit fortgeschrittenen Stadium oft erstmalig von dem Projekt erfahren und nicht selten über grundlegende Einwände bis hin zur „ob“-Entscheidung („Null-Variante“)²⁷⁶⁰ sprechen wollen. Oft nimmt die breitere Öffentlichkeit sogar noch

2753 Vgl. J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 31.

2754 Gurlit, JZ 2012, S. 833 (836); Dolde, NVwZ 2013, S. 769 (771); Saurer, DVBl. 2012, S. 1082 (1087); Langer, Die Endlagersuche, S. 141; Erguth, Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 179 (187 f.), weist in diesem Zusammenhang auf die wichtige Rolle der Verbandsbeteiligung bei abstrakt-frühen Planungsstufen hin.

2755 Erguth, Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 179 (190).

2756 Saurer, DVBl. 2012, S. 1082 (1087).

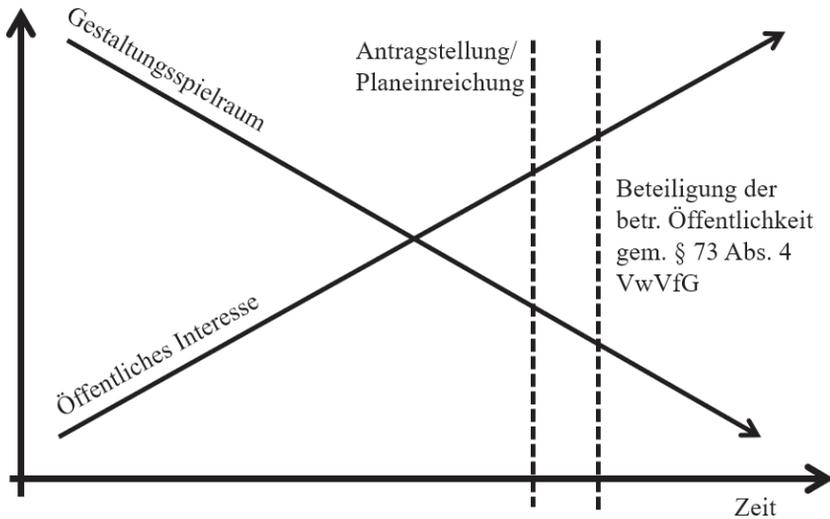
2757 Brettschneider, „Wutbürger“ in der „Dagegen-Republik“?, S. 12 (14); Siegel, DVBl. 2012, S. 1003 (1005); Wulfhorst, DÖV 2011, S. 581 (582); s. auch Appel, NVwZ 2012, S. 1361 (1366).

2758 Rofsnagel/Ewen u.a., ZNER 2014, S. 329 (330, 332); Arndt, VBIBW 2015, S. 192 (193 m.w.N.); Wulfhorst, DÖV 2014, S. 730 (737).

2759 Burgi, NVwZ 2012, S. 277 f.; Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 8; Dolde, NVwZ 2013, S. 769 (772); Gärditz, GewArch 2011, S. 273 (276).

2760 Arndt, ZRP 2018, S. 177 (178).

erheblich später Kenntnis von einem Vorhaben und zeigt auch dann ein unterentwickeltes Verständnis für den bereits zurückliegenden Willensbildungsprozess; *Ortwin Renn* nennt das den „Bulldozereffekt“, wonach viele erst aufwachen, wenn die Bulldozer anrollen.²⁷⁶¹ Dieses Spannungsverhältnis zwischen Erwartung und faktischen Möglichkeiten führt in vielen Fällen zu Enttäuschungen, Ohnmachtsgefühlen und Frustration.²⁷⁶² Daher ist es – in Abhängigkeit von jedem konkreten Projekt – immer ein relativ kurzes Zeitfenster, indem eine gelingende Öffentlichkeitsbeteiligung überhaupt möglich ist.



664

Abbildung 12: Beteiligungsparadox

Rechtswissenschaft und Politik haben verschiedene Lösungsansätze für diese Schwierigkeit entwickelt. Hierzu zählt zunächst das von *Martin Burgi* vorgeschlagene „Bedarfserörterungsverfahren“, in dem die „ob“-Frage als die dem Projekt vorgelegte Frage nach dessen Bedarf zum Gegenstand der Bürgerbeteiligung gemacht wird und nur die wichtigsten Parameter wie Größe, Standort, Auswirkungen und Kosten des Projekts diskutiert werden.²⁷⁶³ So könnte in Fachgesetzen eine Pflicht des Vorhabenträgers geregelt werden, dass diese Punkte vorzustellen und mit der interessierten Öffentlichkeit zu diskutieren wären. Die Leitung des Verfahrens soll

665

2761 *Renn u.a.*, Aspekte der Energiewende, S. 31; ähnlich *Wulforst*, DÖV 2011, S. 581 (582); *Rofsnagel/Ewen u.a.*, ZNER 2014, S. 329 (330).

2762 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 193 f.; *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 81; *Rofsnagel/Ewen u.a.*, ZNER 2014, S. 329 (331).

2763 *Burgi*, NVwZ 2012, S. 277 f.; ähnlich *Schink*, ZG 2011, S. 226; *Mann*, VVDStRL 72 (2013), S. 544 (580-582); *Appel*, NVwZ 2012, S. 1361 (1367 f.); *Saurer*, DVBl. 2012, S. 1082 (1088).

nach diesem Vorschlag nicht beim Vorhabenträger, sondern bei einer Behörde – beispielsweise bei der späteren Anhörungsbehörde – liegen, die eine Abschlussdokumentation sämtlicher Pro- und Contra-Argumente zur Bedarfsfrage erstellt. Eine solche Regulierung des der Antragstellung vorgelagerten internen Willensbildungsprozesses des Vorhabenträgers würde allerdings bei privaten Vorhabenträgern mit deren Grundrechten der Berufs- und Unternehmensfreiheit (Art. 12 und 2 Abs. 1 GG) sowie der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) kollidieren.²⁷⁶⁴ Daher könnte ein Bedarfserörterungsverfahren nur bei Projekten öffentlicher oder öffentlich beherrschter Vorhabenträger zwingend vorgesehen werden.²⁷⁶⁵

666 In eine ähnliche Richtung geht die Überlegung von *Alexander Schink*, bei Großvorhaben mit qualitativ oder quantitativ weitreichenden Auswirkungen eine zeitlich vorgelagerte „Vorerörterung“ rechtlich vorzuschreiben. Dieses Verfahren soll durchgeführt werden, sobald das Projekt in seinen Grundzügen erkennbar ist, ohne schon im Detail festgelegt zu sein. Auch hier soll sich das Verfahren inhaltlich auf die Hauptziele, die zeitliche Planung und die wichtigsten Auswirkungen konzentrieren. Der Vorhabenträger müsste sich dann mit den (Alternativ-)Vorschlägen der interessierten Öffentlichkeit auseinandersetzen und dies auch dokumentieren.²⁷⁶⁶ Wegen des geschilderten strukturellen Dilemmas darf aber auch bei diesen Verfahren das Projekt nicht zu abstrakt und vage erscheinen, wenn man die Bürger für das Verfahren gewinnen will.

667 Obwohl diese Vorschläge auch politische Unterstützung – vor allem durch einen Entschließungsantrag des Landes Baden-Württemberg im Bundesrat auf Einführung einer Vorerörterung im Vorfeld von Planfeststellungsverfahren – gefunden haben,²⁷⁶⁷ ist die Gesetzgebung nicht so weit gegangen. Ausgangspunkt der legislatorischen Überlegungen war die aus dem Bauplanungsrecht bekannte „frühzeitige Bürgerbeteiligung“ (§ 3 BauGB).²⁷⁶⁸ Dieses Instrument setzt auch im Stadium der ersten konkreten Überlegungen an, in dem die Planung noch nicht verfestigt ist. Diesem Gedanken folgend wurde 2013 mit dem Planungsvereinheitlichungsgesetz²⁷⁶⁹ die

2764 Vgl. *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (748); *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 67; *Saurer*, DVBl. 2012, S. 1082 (1084).

2765 *Burgi*, NVwZ 2012, S. 277 (278 f.).

2766 *Schink*, DVBl. 2011, S. 1377 (1383-1385).

2767 Antrag vom 3.3.2011, BR-Drs. 135/11, der jedoch nicht beschlossen, sondern 2018 für erledigt erklärt wurde; außerdem hat sich der Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen (BACDJ) 2012 für ein „Bedarfsüberprüfungsverfahren“ vor der Einleitung des förmlichen Verfahrens eingesetzt, vgl. <http://www.bpb.de/geschichte/zeitgeschichte/deutschlandarchiv/138881/stuttgart-21-ist-ueberall?p=all>.

2768 *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 8; in diesem Sinn zuvor schon *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 62.

2769 Gesetz zur Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren (PlVereinHG) v. 31.5.2013, BGBl. I S. 1388; zur ursprünglichen Motivation des Gesetzgebungsvorhabens, die auf eine Rechtsbereinigung gerichtet war, und zur Schwerpunktverschiebung angesichts der politischen Entwicklungen rund um „Stuttgart 21“ auf eine frühere Öffentlichkeitsbeteiligung vgl. *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 f.; zum vorausgegangenen Vorschlag des Beirats Verwaltungsverfahren

„frühe Öffentlichkeitsbeteiligung“ für bedeutsame Vorhaben in das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht (zunächst auf Bundesebene mit § 25 Abs. 3 VwVfG)²⁷⁷⁰ eingeführt. Damit gilt diese Neuerung nicht nur für das insoweit notorisch problematische Planfeststellungsrecht mit später Öffentlichkeitsbeteiligung,²⁷⁷¹ sondern – ausdrücklich – für das Vorfeld aller „Vorhaben, die nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können“,²⁷⁷² etwa im Immissionsschutzrecht.²⁷⁷³ Vor diesem Hintergrund ist das Betroffenheitsanfordernis der zu beteiligenden Öffentlichkeit entlang des – weit verstandenen – Belangebegriffs des Verwaltungsverfahrenrechts zu bestimmen (vgl. § 73 Abs. 4 VwVfG).²⁷⁷⁴

Gegenstand der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung, die die Möglichkeit von Äußerungen und eine dialogische Erörterung vorsehen soll, sind – insofern den geschilderten Vorschlägen ähnlich – die Ziele des Vorhabens, die erforderlichen Mittel für seine Verwirklichung und die zu erwartenden Auswirkungen. Damit wird die – auch vom Bundesverwaltungsgericht identifizierte²⁷⁷⁵ – Regelungslücke beim Verfahren zur Planungs- oder Projekterstellung verkleinert und zugleich, bezogen auf umweltrelevante Vorhaben, der Vorgabe von Art. 6 Abs. 5 AK Rechnung getragen. Allerdings bleibt die Regelung hinter den genannten Vorschlägen eines Bedarfs-erörterungs- oder Vorerörterungsverfahrens insoweit erheblich zurück, dass es weder mit einer strikten Verbindlichkeit (zumindest für öffentliche Vorhabenträger) noch mit einer trägerunabhängigen Durchführung verbunden ist. Vielmehr ist die (später zuständige) Behörde gehalten, sobald sie von dem Vorhaben erfährt, lediglich (als Ausprägung ihrer Beratungspflicht gem. § 25 Abs. 2 VwVfG)²⁷⁷⁶ „darauf hinzuwirken“ – also dem Vorhabenträger argumentativ deutlich nahe zu legen –,²⁷⁷⁷ dass dieser (auf seine

rensrecht beim Bundesministerium des Innern s. NVwZ 2011, S. 859 f.; ausf. zur Vorgeschichte und Normentstehung *Gard*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 25-51.

2770 Seit September 2015 haben auch alle Landesverwaltungsverfahrensgesetze die Regelung aufgenommen, vgl. *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 64, 81.

2771 Bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund die Implementierung einer frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung „möglichst vor Antragstellung“ mit Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung und ggf. einer vom nachmaligen Antragsteller durchzuführenden Streitschlichtung in bzw. vor das Planfeststellungsverfahren für Kohlendioxidleitungen, vgl. § 4 Abs. 1 KSpG.

2772 Die für die Gesetzesarbeitung verantwortlichen Ministerialbeamten sehen darin offenbar zugleich eine Definition für den Begriff „Großvorhaben“, vgl. *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (746); zu – nicht durchgreifenden – verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz s. *Gard*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 125-136.

2773 *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 68; *Pautsch*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 19; vgl. auch *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (746).

2774 *Gard*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 74-76; *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (746), und *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (755), gehen dagegen von einem noch weiteren Begriffsverständnis aus, das sich an den Begriff der „Auswirkungen“ anlehnt, was zumindest systematisch mit Blick auf den eingeführten Belangebegriff im selben Gesetz wenig überzeugt.

2775 BVerwG, Urt. v. 3.3.2011 – Az. 9 A 8.10, NVwZ 2011, S. 1256 (1258); *Burgi*, NVwZ 2012, S. 277 (278).

2776 *Arndt*, VBIBW 2015, S. 6 (8).

2777 Ähnlich *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 69; der Begriff des Hinwirkens ist dem Verwaltungsverfahrenrecht nicht fremd, wie die §§ 68 Abs. 2 S. 2, 71d S. 1 VwVfG

Kosten) die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung durchführt (oder durchführen lässt²⁷⁷⁸), obwohl dessen Verfahrensherrschaft eher akzeptanzhinderlich wirkt.²⁷⁷⁹ Dies soll frühzeitig, also möglichst noch vor Stellung des Antrags, erfolgen.²⁷⁸⁰ Das Ergebnis der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung soll, so sie durchgeführt wurde, sowohl der betroffenen Öffentlichkeit als auch der Behörde (spätestens mit der Antragstellung) mitgeteilt werden, womit die Responsivität gewährleistet ist.²⁷⁸¹ Danach unterliegt zumindest das „ob“ über die Durchführung dieser frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung der Disposition des Vorhabenträgers,²⁷⁸² was jedenfalls bei öffentlich getragenen Projekten nicht rechtlich geboten ist.²⁷⁸³ Angesichts der klaren Rollenzuweisung im Gesetz – Hinwirkungspflicht der Behörde, Beteiligung durch den Vorhabenträger – kann nicht von einer (auch nur nachrangigen) Möglichkeit einer behördlichen Durchführung der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung jedenfalls vor dem eigentlichen Verfahrensbeginn ausgegangen werden.²⁷⁸⁴

669 Diese Abschwächungen werden in der Entwurfsbegründung mit der Notwendigkeit einer nicht erzwingbaren „Bereitschaft zum Zusammenwirken“ für eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, mit dem Fehlen eines Anordnungsadressaten vor der Antragstellung und damit gerechtfertigt, dass nur der Vorhabenträger den geeigneten Zeitpunkt feststellen könne.²⁷⁸⁵ Das erste Argument kann sich aber nur auf die Verwirklichungsfreiheit privater Vorhabenträger beziehen. Noch weniger überzeugt das zweite Argument, weil die Behörde auch für die Hinwirkung einen Adressaten benötigt, und die letztgenannte Begründung hätte zumindest einer „ob“-Verpflichtung nicht entgegengestanden. Außerdem haben diese Gründe dieselbe

zeigen; s. dazu *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (747), die zudem auf den Unterschied zum schwächeren Begriff des „Anregens“ hinweisen; ausf. zum Hinwirkens-Begriffs *Gard*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 209-216.

2778 Vgl. *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (758).

2779 S. etwa *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 100.

2780 Die Norm geht auf einen Vorschlag des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI zurück, vgl. *Burgi*, NVwZ 2012, S. 277; die letztlich gefundene Formulierung beruht auf einer Beschlussempfehlung des Innenausschusses des Bundestages (BT-Drs. 17/12525) und weicht gegenüber der Entwurfsfassung der Bundesregierung insbesondere insoweit ab, als nicht nur die Behörde, sondern auch die Öffentlichkeit selbst über das Ergebnis der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung unterrichtet werden soll (a.a.O., S. 9, linke Spalte).

2781 Nach *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (759), soll der Vorhabenträger in diesem Zusammenhang auch seinen Umgang mit diesen Beteiligungsergebnissen transparent machen; auch wenn dies wünschenswert ist, lässt es sich aus einer reinen Berichtspflicht über die Ergebnisse nicht zwingend ableiten.

2782 *Kersten*, Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, § 29 Rn. 43.

2783 Zu möglicherweise berührten Grundrechten Privater vgl. *Gard*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 139-155; *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (748), weisen nur für private Vorhabenträger auf die allgemeine Handlungsfreiheit hin, die selbst bei diesen kein völlig zwingendes Hindernis darstellen und einer fachrechtlich strikteren Regelung nicht entgegenstehen muss; s. auch *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701 (704), der sich gegen „eine generelle Immunisierung privater Investitionsentscheidungen gegen die Kontrolle durch die Öffentlichkeit“ wendet.

2784 So aber *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (756 f.), wenn wegen erheblicher Konflikträchtigkeit und völliger Uneinsichtigkeit des Vorhabenträgers mit erheblichen negativen Verfahrensauswirkungen zu rechnen ist.

2785 BT-Drs. 17/9666, S. 17.

Bundesgesetzgebung nicht davon abgehalten, dem Planfeststellungsverfahren für Kohlendioxidleitungen eine deutlich straffer regulierte frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung (zulasten des „zukünftigen Antragstellers“) vorzuschalten (vgl. § 4 Abs. 1 KSpG). Ebenso sind beim Szenariorahmen für Gas-Fernleitungsnetze, beim Netzentwicklungsplan sowohl im Gas- als auch im Elektrizitätsbereich sowie im Vorbereitungsverfahren des Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetzes obligatorische Öffentlichkeitsbeteiligungen bereits vor der Antragstellung vorgesehen.²⁷⁸⁶

Aber auch hinsichtlich der näheren Ausgestaltung einer frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung bestehen noch erhebliche Gestaltungsfreiheiten des Vorhabenträgers, da insofern gesetzlich nur der wesentliche Gegenstand, die öffentliche Durchführung und ein informationell-diskursives Format vorgegeben sind.²⁷⁸⁷ Dagegen fehlt die Vorgabe, Alternativen vorzustellen,²⁷⁸⁸ ebenso wie eine nähere Festlegung auf eine tatsächliche Frühzeitigkeit. Indem die Durchführung nur „möglichst“ vor der Antragstellung erfolgen soll, wäre die Frühzeitigkeit nach dem gesetzlichen Konzept auch noch nach der Antragstellung gewahrt.²⁷⁸⁹ Da der Vorhabenträger auch schon vor Inkrafttreten der Vorschrift dazu berechtigt war, auf eigene Kosten ein inhaltlich relativ freies „Privatverfahren“ durchzuführen, kommt der Norm insofern nur eine sehr geringe Bindungs- und Gestaltungskraft zu.²⁷⁹⁰ Daran ändert auch eine eventuelle Eigenmotivation von Vorhabenträgern nichts, ein Projekt in „time and budget“²⁷⁹¹ umzusetzen und öffentlichen Widerstand deshalb einzuhegen (wovon auch die Entwurfsbegründung für § 25 Abs. 3 VwVfG ausgeht),²⁷⁹² selbst wenn dies zu einer frühzeitigen und engagierten Öffentlichkeitsbeteiligung führen mag, wie sie in der selbstregulatorischen VDI-Richtlinie 7000 näher ausbuchstabiert ist.²⁷⁹³

670

2786 S. oben, → Rn. 632 f., → Rn. 657; zur Rechtfertigung der mit einer Pflicht zur frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung verbundenen Grundrechtseingriffe bei Privaten ausf. *Gard*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 155-192.

2787 *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (758); allerdings ist auch die Beachtung dieser Vorgaben nicht verpflichtend, da die gesamte Veranstaltung fakultativ ist, wie auch *J. Ziekow*, a.a.O., S. 759, einräumt.

2788 *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 67.

2789 *Pautsch*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 23; *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (756); allerdings geht die VDI-Richtlinie 7000 von einer zeitlichen Platzierung vor dem förmlichen Verfahren aus, vgl. *Brennecke*, VerwArch 2015, S. 34 (45).

2790 *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 64, werfen deshalb die – letztlich bejahte – Frage nach der Normberechtigung auf; krit. zum mangelnden Verbindlichkeitsgrad auch *Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (773); *Appel*, NVwZ 2012, S. 1361 (1366: „eher wirkungslose Ergänzung der behördlichen Beratungspflichten“); *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (747), sprechen von einer Obliegenheit, weil das Unterlassen einer frühen Öffentlichkeitsbeteiligung ggf. zu Nachteilen im weiteren Verfahren führen kann; ebenfalls von einer Obliegenheit spricht *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 67 f., die der Bestimmung daher hauptsächlich symbolische Bedeutung zubilligt.

2791 *Brennecke*, VerwArch 2015, S. 34 (39).

2792 BT-Drs. 17/9666, S. 15 (rechte Spalte), spricht vom „wohlverstandenen Interesse des Vorhabenträgers“.

2793 Näher dazu *Brennecke*, VerwArch 2015, S. 34 (41 ff.).

- 671 Hinsichtlich der normativen Bindungs- und Steuerungskraft war der genannte Bundesratsantrag des Landes Baden-Württemberg deutlich weiter gegangen: Die dort propagierte Vorerörterung sollte erstens nicht durch den Vorhabenträger, sondern durch eine von der Planfeststellungsbehörde bestellte unabhängige Stelle durchgeführt werden. Außerdem war zweitens eine Differenzierung zwischen privaten und öffentlichen Projektträgern vorgesehen: In ersterem Fall sollte die Durchführung der Vorerörterung nur auf Antrag und im letztgenannten Fall nach pflichtgemäßem Ermessen der Planfeststellungsbehörde erfolgen.²⁷⁹⁴
- 672 Handelt es sich allerdings – was sehr häufig der Fall ist – beim Vorhabenträger selbst um die öffentliche Hand, kann sie sich freilich auch unter der Geltung von § 25 Abs. 3 VwVfG dazu verpflichten, der behördlichen Hinwirkung zur Durchführung der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung regelmäßig Folge zu leisten. Dies hat die Landesregierung von Baden-Württemberg mit der Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung²⁷⁹⁵ in Bezug auf alle Landesbehörden getan.²⁷⁹⁶ Außerdem hat die baden-württembergische Landesgesetzgebung für alle – auch privaten – UVP- oder planfeststellungspflichtigen Vorhaben eine frühe Öffentlichkeitsbeteiligung weitgehend analog zu § 25 Abs. 3 VwVfG als Sollvorgabe (mit Verzichtsoption bei geringem Interesse der Öffentlichkeit) in § 2 UVwG verankert; über das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht hinaus ist hier zudem eine Einbeziehung der Ergebnisse der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung in das spätere Zulassungsverfahren ausdrücklich angeordnet (§ 2 Abs. 1 S. 7 UVwG).

(2) Neutralität der für das Beteiligungsverfahren zuständigen Stelle

- 673 Ein weiterer wichtiger Faktor für die Qualität der Beteiligung ist die Unabhängigkeit und Neutralität der das Beteiligungsverfahren führenden Stelle.²⁷⁹⁷ In vielen Fällen ist die Anhörungsbehörde mit der Entscheidungsbehörde identisch und in dieser Funktion schon lange vor dem Beteiligungsverfahren in das Projekt involviert. Denn kein vernünftiger Projektträger nimmt erst mit der Antragstellung Kontakt zur zuständigen Behörde auf. Vielmehr ist ein frühzeitiges, intensives und teilweise mehrjähriges Zusammenwirken zwischen Projektträger und Behörde lange vor der Antragstellung üblich und notwendig.²⁷⁹⁸ Denn zur Vermeidung kostenintensiver Fehlplanungen sichert sich der Projektträger schon während des Entstehungsprozesses des Projekts bei der Behörde ab, ob und wie seine Überlegungen für die

2794 BR-Drs. 135/11, S. 2 f.

2795 Verwaltungsvorschrift der Landesregierung zur Intensivierung der Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungs- und Zulassungsverfahren (VwV Öffentlichkeitsbeteiligung) v. 17.12.2013 (GABl. 2014, S. 22).

2796 Erler/Arndt, VBlBW 2014, S. 81 ff.; Arndt, VBlBW 2015, S. 192 ff.

2797 Brennecke, VerwArch 2015, S. 34 (51 f.).

2798 J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 37; Schneider, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, § 28 Rn. 19 f.; Schmitz/Prell, NVwZ 2013, S. 745 (747).

Behörde akzeptabel sind.²⁷⁹⁹ Umgekehrt ist damit der Behörde schon eine ebenso frühzeitige wie intensive Einflussnahme auf das Projekt, wie es ihr dann später in Antragsform vorliegt, möglich. Insofern trifft es nur vordergründig zu, dass etwa die Planfeststellungsbehörde in der Regel nicht selbst plant, sondern nur die Planung des Vorhabenträgers nachvollzieht.²⁸⁰⁰ Soweit der Projektträger die Anregungen und Hinweise der Behörde aufgreift und in die weitere Planung einbezieht, steigt die Parteinahme der Behörde für das in dieser Weise von ihr mittelbar mitgestaltete Projekt.²⁸⁰¹ Dieses vor der Antragstellung erfolgende Zusammenwirken von Projektträger und Behörde ist sowohl im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht als auch bei UVP-pflichtigen Projekten als Scoping-Verfahren sogar gesetzlich vorgesehen. Danach obliegt der Behörde insbesondere die Beratung und Unterrichtung des Projektträgers bezüglich der für das Verfahren erforderlichen Unterlagen und im Sinne einer zügigen und sachgerechten Verfahrensdurchführung (§§ 25 Abs. 2 VwVfG, 15 Abs. 1 UVPG; ähnlich auch § 2 Abs. 2, 9. BImSchV).

So sehr eine solche Vorfeldabstimmung zwischen Projektträger und Behörde sachlich sinnvoll ist, so problematisch ist sie auch. Denn dieses „Verfahren vor dem Verfahren“ findet für gewöhnlich unter Ausschluss der betroffenen Öffentlichkeit statt. Hier werden quasi „unter vier Augen“ die wesentlichen Vorfragen für eine spätere positive Antragsentscheidung geklärt.²⁸⁰² Dies bleibt spätestens während des Entscheidungsverfahrens nicht unbemerkt, weshalb die Behörde häufig als im Lager des Projektträgers stehend empfunden wird.²⁸⁰³ Vor diesem Hintergrund besonders problematisch ist der Umstand, dass die Behörde nicht nur am Ende für die Entscheidung zuständig ist, sondern auch für die Durchführung des zur Entscheidung führenden Verfahrens (und teilweise auch des Anhörungsverfahrens). Akteure, die dem Projekt kritisch gegenüberstehen, haben daher oft nur geringes Vertrauen in die Fairness und Objektivität des Genehmigungs- oder Planfeststellungsverfahrens.²⁸⁰⁴ Vielmehr entsteht hier verfahrenstechnisch ein Nährboden für Verschwörungstheorien: Wird das Projekt am Ende genehmigt, ist schnell der Vorwurf konspirativer

2799 Vgl. *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (747); *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 11b.

2800 BVerwG, Urt. v. 24.11.1994 – Az. 7 C 25/93, NVwZ 1995, S. 598 (600); *Burgi*, NVwZ 2012, S. 277 f.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 28; *Uschkerit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 8; *Erler/Arndt*, VBilBW 2014, S. 81 (82).

2801 *Rossen-Stadtfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, § 29 Rn. 31, spricht in diesem Zusammenhang von einer „faktisch nachgewiesenermaßen hochwirksamen ‚Selbstbindung‘ der Verwaltung“.

2802 Näher dazu *Hilgers*, NVwZ 2021, S. 436 (439-441), der u.a. auf die Möglichkeit zur Gleichstellung von Gutachten, die vom Vorhabenträger eingeholt wurden, mit behördlichen Gutachten gem. § 13 Abs. 2 S. 2, 9. BImSchV verweist.

2803 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 17, 49; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 11; im Ergebnis ähnlich *Erbguth*, DÖV 2012, S. 821 (825); *Waechter*, VVDStRL 72 (2013), S. 499 (503 f.); *Appel*, NVwZ 2012, S. 1361 (1365).

2804 *Wulforst*, DÖV 2011, S. 581 (585).

Nähe zwischen Behörde und Projektträger zur Hand.²⁸⁰⁵ Weil ein solchermaßen erwartetes Ergebnis auf das Beteiligungsverfahren vorwirkt, werden in einem solchen Verfahrensrahmen partizipative Angebote an die Betroffenen und an die Öffentlichkeit oft nicht angenommen. Viele haben das Gefühl, das Ergebnis stehe ohnehin schon fest, und sind deshalb nicht bereit, sich an diesem als Farce empfundenen Verfahren zu beteiligen.

675 Noch stärker gilt dies freilich für diejenigen Beteiligungsprozesse, die der Vorhabenträger selbst durchführt, wie das etwa bei § 25 Abs. 3 VwVfG der Fall ist,²⁸⁰⁶ oder wenn bei einem öffentlichen Vorhaben sogar dieselbe Behörde Vorhabenträgerin ist, die auch Anhörungs- oder Entscheidungsbehörde ist und damit „Planfeststellung in eigener Sache“²⁸⁰⁷ betreibt. Letzteres stellt jedenfalls bei einer behördeninternen zu starken organisatorischen Nähe der verschiedenen Aufgabenträger (erst recht bei einer entsprechenden Personalunion)²⁸⁰⁸ einen „Fall institutioneller Befangenheit“ dar.²⁸⁰⁹ Die entgegenstehende tolerierende Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (die lediglich eine innerbehördliche Trennung fordert und ein Weisungsrecht der vorhabentragenden Stelle gegenüber der entscheidenden Stelle ablehnt)²⁸¹⁰ trägt insoweit dem partizipationsrechtlich zentralen Beziehungsdreieck von Vorhabenträger, Entscheidungsträger und Öffentlichkeit nicht ausreichend Rechnung²⁸¹¹ und kann auch nicht mit dem theorielastigen Hinweis auf die Bindung der Behörde an das Gemeinwohl sowie an Recht und Gesetz gerechtfertigt werden,²⁸¹² da diese Bindungen gerade bei Planungen wegen der geringen rechtlichen Steuerungskraft viele Optionen zulassen.²⁸¹³

676 Aus diesen Gründen rückt die Frage in den Vordergrund, ob die Verfahrensherrschaft (im Unterschied zur Entscheidungszuständigkeit) einer Instanz übertragen werden sollte, die zuvor noch nicht in den Entstehungsprozess des Projektes oder der Planung einbezogen war und insofern eine glaubwürdige Neutralität verkörpern

2805 Dies verkennt *Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (774), wenn er von „einem nicht begründeten Misstrauen gegen die Unparteilichkeit und Objektivität der Entscheidungsbehörden“ spricht.

2806 Vgl. *Fraenkel-Haeberle*, DÖV 2016, S. 549 (554).

2807 *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, S. 169.

2808 Diesbezüglich völlig unkritisch BVerfGK, Beschl. v. 18.2.1988 – Az. 2 BvR 1324/87, NVwZ 1988, S. 523, im Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie von Art. 19 Abs. 4 GG, was auch angesichts der Funktion des Anhörungsverfahrens als vorgezogener Rechtsschutz fragwürdig erscheint.

2809 *Kämper*, in: *Bader/Ronellenfisch* (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 10.

2810 BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – Az. 9 A 39/07, NVwZ 2010, S. 44 (Ls. 1 u. Rn. 24); BVerwG, Urt. v. 24.11.2011 – Az. 9 A 23/10, NVwZ 2012, S. 557 (Ls. 3 u. Rn. 20-23), das zwei verschiedene Referate derselben Abteilung in der gleichen Behörde als „hinreichend gewahrte“ Trennung akzeptiert hat; ähnlich *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 10; *Uschkereit*, in: *Pautsch/Hoffmann* (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 153.

2811 Ebenfalls krit. *Neumann/Külpmann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 6, unter Hinweis auf §§ 20 f. VwVfG, und *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, S. 172.

2812 So aber *Uschkereit*, in: *Pautsch/Hoffmann* (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 153; *Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (774).

2813 S. oben, → Rn. 552.

kann.²⁸¹⁴ So differenziert § 73 Abs. 9 VwVfG – anders als das Immissionsschutzrecht²⁸¹⁵ – grundsätzlich zwischen den Rollen von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde, was bei einer für Außenstehende klar erkennbaren, strikten organisatorischen Trennung beider Behörden und einer betont neutralen Aufgabenwahrnehmung durch die Anhörungsbehörde vertrauensbildend wirken kann.²⁸¹⁶

Noch authentischer wäre allerdings eine außerhalb des hoheitlichen Entscheidungsapparats – dessen Binnenverflechtungen von außen mitunter auch überschätzt werden können – stehende Stelle wie etwa professionelle Teilnehmungsagenturen oder -büros,²⁸¹⁷ die dann als Verwaltungshelfer zu qualifizieren wären.²⁸¹⁸ Bei entsprechender Qualität der Beauftragten wäre damit nicht nur eine Arbeitsentlastung der Behörden, sondern auch mehr Erfahrung und Kompetenz im Bereich der Konfliktkommunikation verbunden als bei einer behördlichen Verhandlungsleitung.²⁸¹⁹ Gegen eine solche Auslagerung der Verfahrenshoheit könnte zwar eingewendet werden, dass nur die letztlich zur Entscheidung berufene Behörde die Anschlusssicherheit von Verfahrensergebnissen sicherstellen kann,²⁸²⁰ beispielsweise durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. §§ 54 ff. VwVfG.²⁸²¹ Doch steht dies der Übertragung der Zuständigkeit für das Teilnahmeverfahren auf eine unabhängige Stelle nicht entgegen, weil damit keine Herausnahme der Entscheidungsbehörde aus dem Verfahren verbunden ist.²⁸²² Vielmehr stellt die Entscheidungsbehörde auch in einem neutral moderierten Prozess eine zentrale Akteurin dar, die auch ohne verfahrensleitende Stellung Zusagen zum Aufgreifen von Gesprächs- oder Verhandlungsergebnissen machen kann.²⁸²³ Für ein Outsourcing der Verfahrensherrschaft spricht außerdem, dass die Entscheidungsbehörde damit „aus der Schusslinie“ genommen wird²⁸²⁴ und sich ganz auf die inhaltlichen Fragen der Entscheidungsvorbereitung konzentrieren kann. Gleichzeitig nimmt die Glaubwürdigkeit des Verfahrens zu, wodurch kritische

677

2814 A.G. Debus, Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 185 (200); J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 131; Würtenberger, NJW 1991, S. 257 (261), verweist bereits damals auf zwei Jahrzehnte erfolgreicher Erfahrungen in den USA mit privaten Schlichtern bei öffentlichen Konflikten.

2815 J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 46.

2816 J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 42; Gurlit, JZ 2012, S. 833 (838), spricht von einer „distanzschaffende[n] Instanz“; während Wulforst, DÖV 2014, S. 730 (731 f.), die Akzeptanz dieser Lösung bei den Betroffenen bezweifelt, sieht Dolde, NVwZ 2013, S. 769 (773), darin nur eine unnötige Doppelung von Verwaltungsarbeit.

2817 Vgl. Würtenberger, NJW 1991, S. 257 (261); Wulforst, DÖV 2014, S. 730 (731); Steinberg, ZUR 2011, S. 340 (347); Appel, NVwZ 2012, S. 1361 (1367); insoweit zurückhaltend J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 131 f., weil eine private Einrichtung nicht dieselbe „stabile und kontinuierliche Betreuung“ gewährleisten könne.

2818 Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 18.

2819 Wagner, DVBl. 2011, S. 1453 (1459); Schink, DVBl. 2011, S. 1377 (1380); s. auch Gaentzsch, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (230).

2820 Vgl. Siegel, DVBl. 2012, S. 1003 (1006 f.); Dolde, NVwZ 2013, S. 769 (774).

2821 Pitschas, DÖV 2011, S. 333 (339); ausführlich J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 102 ff.

2822 Vgl. Gaentzsch, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (228); B. Peters, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 107.

2823 Zur Möglichkeit einer Vorabbindung der Behörde s. unten, → Rn. 692.

2824 Wulforst, DÖV 2011, S. 581 (585).

Akteure eher zur Verfahrensteilnahme bewogen und damit in den rechtsförmlichen Prozess integriert werden können.

678 Zielführend sind daher die immer zahlreicher werdenden „institutionelle[n] Sicherung[en] von Neutralität“²⁸²⁵ in den Fachgesetzen, die zumindest optional die Leitung des Beteiligungsverfahrens durch neutrale Dritte vorsehen. Als erstes Gesetz sah das Baugesetzbuch (seit 1998)²⁸²⁶ diese – offenbar noch gering genutzte²⁸²⁷ – Möglichkeit vor: So kann die Gemeinde nach § 4b BauGB (u.a.) sowohl die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 BauGB) als auch das spätere Auslegungsverfahren (§§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 BauGB) in der Bauleitplanung auf neutrale²⁸²⁸ Dritte als Verwaltungshelfer (ohne eigene inhaltliche Entscheidungskompetenzen)²⁸²⁹ übertragen. Ähnlich ausgestaltet ist der Projektmanager gem. §§ 29 NABEG, 43g EnWG (seit 2011),²⁸³⁰ den die zuständige Behörde – sowohl bei der Bundesfachplanung als auch bei einer Planfeststellung – mit der Vorbereitung und Durchführung von einer Reihe wichtiger Verfahrensschritte betrauen kann. Hierzu zählen u.a. die Erstellung der Verfahrensleitpläne, der Entwurf des Anhörungsberichts, die erste Auswertung der eingereichten Stellungnahmen, die Vorbereitung und Leitung des Erörterungstermins sowie – seit 2022²⁸³¹ – auch die Erstellung von Entscheidungsentwürfen (§§ 29 S. 1 Nr. 1, 4-10 NABEG, 43g Abs. 1 Nr. 1, 4-10 EnWG). Allerdings ist diese Verfahrensdelegation nur im Einvernehmen mit dem Vorhabenträger sowie auf dessen Kosten²⁸³² möglich. Inzwischen finden sich solche Auslagerungsermächtigungen auf Projektmanager in einer ganzen Reihe von Fachgesetzen (z.B. §§ 17h FStrG, 17a AEG, 28b PBefG, 14f WaStrG, 2 Abs. 2 S. 3 Nr. 5, 9. BImSchV). Als „kleinere Lösung“ sieht § 68 Abs. 2 HessVwVfG die Möglichkeit vor,

2825 *Waechter*, VVDStRL 72 (2013), S. 499 (511).

2826 Art. 1 Nr. 7 des Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 – BauROG) v. 18.8.1997, BGBl. I S. 2081 (2086); Satz 2 mit der Betonung von konfliktlösenden Verfahren kam 2013 dazu, s. Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts v. 11.6.2013, BGBl. I S. 1548.

2827 *Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 4b Rn. 5.

2828 Personen mit Eigeninteressen am Verfahren – insbesondere Investoren – kommen dafür naturgemäß nicht in Betracht, vgl. *Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 4b Rn. 12; *Köster*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 4b Rn. 3, unter Verweis auf die Wertung der §§ 20, 21 VwVfG; *Missling/L. Winkler*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 43g Rn. 6; offener allerdings *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 4b Rn. 3.

2829 *Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 4b Rn. 7, 13; *Jeromin*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 4b Rn. 1; *Köster*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 4b Rn. 2; *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, S. 173; in den §§ 29 NABEG, 43g EnWG ist die (optionale) Rechtsstellung als Verwaltungshelfer seit 2019 (BGBl. I S. 706) ausdrücklich normiert; dazu näher *Missling/L. Winkler*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 43g Rn. 5a-5c.

2830 Art. 1, 2 Nr. 6 des Gesetzes über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze v. 28.7.2011, BGBl. I S. 1690 (1697, 1699).

2831 Vgl. Art. 1 Ziff. 20a u. Art. 7 Ziff. 9a des Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung v. 19.7.2022, BGBl. I S. 1214.

2832 Dazu krit. *Missling/L. Winkler*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, § 43g Rn. 16.

dass die Anhörungsbehörde zumindest die Leitung des Erörterungstermins einem (weisungsgebundenen) Dritten übertragen kann.

(3) Kommunikativer Erfolgsgrad

Des Weiteren hängt die Qualität von Teilnahmeverfahren von ihrem kommunikativen Erfolgsgrad ab, dem verschiedene strukturelle Kommunikationsprobleme im Weg stehen. Denn aufgrund zahlreicher bürokratischer Anforderungen als Folge der durch das Rechtsstaatsprinzip vorgegebenen Prüfungs- und Genehmigungsfunktion ist ein verwaltungsrechtliches Planungs-, Genehmigungs- oder Planfeststellungsverfahren ein strukturell schwieriges Terrain für klare, verständliche und damit auch gelingende Kommunikation. 679

(a) Umfang, Inhalt und fachsprachliche Prägung der Planungs- und Antragsunterlagen

Zu den besonders relevanten Kommunikationserschwernissen zählen zum Ersten der Umfang, der Inhalt und die fachsprachliche Prägung der Planungs- bzw. Antragsunterlagen.²⁸³³ Diese tragen der hohen Komplexität und Detailtiefe eines Planungsverfahrens oder eines Genehmigungsverfahrens bei größeren Anlagen oder anderen Projekten Rechnung und stehen in einem natürlichen Spannungsverhältnis zu dem Simplifizierungsbedürfnis als Voraussetzung für eine partizipationsfreundliche Kommunikation. Denn diese Unterlagen umfassen bei größeren Projekten meist zahlreiche, prall gefüllte Leitzordner bzw. entsprechend volle digitale Datenträger, deren Gesamtinhalt für Partizipationsinteressierte – zumal in ehrenamtlichem Format – nicht mehr erfassbar und durchschaubar ist. Zudem sind die Unterlagen oft mit technischen Details gespickt und damit für „Normalbürger“ gar nicht mehr verständlich. Diese Gegebenheiten führen – trotz zahlreicher Informationen – zu einem hohen Maß an Intransparenz, das nicht selten mit einer erheblichen partizipationsabschreckenden Wirkung verbunden ist und zu Ablehnungs- und Abwehrreaktionen führt.²⁸³⁴ Letztlich spiegeln sich hier die völlig unterschiedlichen Zielsetzungen: Während das Genehmigungsverfahren auf die rechtliche Absicherung des Projekts oder der Planung bis ins Detail gerichtet ist (und sein muss), gelten das Partizipationsbedürfnis und die ihm dienende Öffentlichkeitsbeteiligung viel stärker der Erklärung des Projekts oder Plans im Ganzen sowie seiner Folgen und Auswirkungen für die Umgebung und die Betroffenen. 680

2833 Vgl. dazu Kersten, Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, § 29 Rn. 54.

2834 Wulfhorst, DÖV 2011, S. 581 (582); J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 40; Chr. Bauer, VerwArch 2015, S. 112 (144); Brettschneider, „Wutbürger“ in der „Dagegen-Republik“?, S. 12 (14 f.).

681 Um diesen Zielen beiderseits gerecht zu werden und das Projekt einer echten Partizipation noch zugänglich zu halten, werden verschiedene Lösungsansätze diskutiert. Hierzu zählt die Beifügung einer allgemein verständlichen Zusammenfassung ohne besondere Fachbegriffe und Fremdwörter in einem überschaubaren Umfang von wenigen Seiten,²⁸³⁵ um das Projekt, seine Ziele und seine Auswirkungen zu umreißen, wie das bereits an verschiedenen Stellen gesetzlich vorgeschrieben ist.²⁸³⁶ Daneben ist eine nachvollziehbare und eingängige Strukturierung der Unterlagen (idealerweise mit geeigneter Suchfunktion) ein probates Mittel, um einen Überblick zu bekommen und zumindest den wesentlichen Inhalt zu erfassen. Auch Informationsveranstaltungen können über Verständnisfragen hinweghelfen und einen Kommunikationszugang schaffen.²⁸³⁷ Schließlich bergen digitale Möglichkeiten wie Visualisierungen und Simulationen ein großes Potenzial, ein Projekt sinnlich wahrnehmbar zu machen und dadurch Verständlichkeit zu erzeugen.²⁸³⁸

(b) Erörterungstermin

682 Zum Zweiten stellt der im Planfeststellungs- und ähnlichen Verfahren vorgesehene Erörterungstermin ein bedeutendes kommunikatives Erschwernis dar, wenn dieser in einem traditionell-konfrontativen Setting stattfindet. Denn er stammt aus einem überholten „paternalistisch-konsensualen“ Verwaltungsdenken, wonach die Erörterung zu einer vernunftgeleiteten Verständigung aller Beteiligten führt, indem berechtigte Einwände zu Modifikationen der Planung führen und die übrigen Einwände mittels Aufklärung und überzeugenden Argumenten widerlegt oder ausgeräumt werden.²⁸³⁹ Ähnlich idealistisch ist die gesetzgeberische Vorstellung, durch das Gespräch könne ein fairer Ausgleich zwischen Vorhabenträger, berührten Trägern öffentlicher Belange sowie organisierten und individuellen Einwendern gefunden werden, der allen berechtigten Interessen angemessen Rechnung trägt.²⁸⁴⁰

683 Beide Sichtweisen sind umso weiter von der Wirklichkeit entfernt, je höher die fachliche Komplexität des Vorhabens ist, je mehr Menschen davon betroffen sind, je stärker die Auswirkungen sind und je mehr Emotionen im Spiel sind. Nicht

2835 Vgl. *Faßbender*, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 10 Rn. 32; *Brettschneider*, „Wutbürger“ in der „Dagegen-Republik“?, S. 12 (14).

2836 Vgl. z.B. § 4 Abs. 3, 9. BImSchV, oder Anlage 1 (zu § 8 Abs. 1), Nr. 3 lit. c) ROG für den SUP-Umweltbericht; in dieselbe Richtung weist die Inhaltsdarstellung für Unterlagen mit geheimen Informationen, wie sie etwa im Verfahren der Umweltverträglichkeitsprüfung und im Gentechnikrecht gesetzlich vorgesehen ist (§§ 23 Abs. 2 UVPg, 17a Abs. 3 GenTG); *Runkel*, in: Spannowsky u.a. (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 25, sieht darin gleichwohl noch einen Fremdkörper im deutschen Planungsrecht.

2837 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 40 f.

2838 *Rofsnagel/Ewen* u.a., ZNER 2014, S. 329 (335 f.).

2839 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 130 f.

2840 BT-Drs. 7/910, S. 89 (linke Spalte); 17/9666, S. 19 (rechte Spalte); ähnlich *Kämper*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 73 Rn. 65; *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 6.

selten findet der Erörterungstermin dann über mehrere Tage hinweg in Turnhallen statt. Durch die damit meist verbundene Gegenüberstellung von Behörde und Vorhabenträgern auf dem Podium (oben) und Einwendern im Publikumsbereich (unten)²⁸⁴¹ entsteht eine tribunalhafte Konfrontationssituation, die dem geschilderten Ziel der Veranstaltung diametral entgegenwirkt und in der Provokationen und Beleidigungen das gewollte dialogische Element verdrängen.²⁸⁴² Im Extremfall kann dies zu Polarisierungen (mit wechselseitigen Diffamierungen als „NIMBY-Egoisten“ bzw. „profitgierigen Unternehmen“)²⁸⁴³ sowie zu Rechtsverstößen führen, die von interessierter Seite sogar angestrebt werden, um das Verfahren angreifbar zu machen oder sogar zum Scheitern zu bringen.²⁸⁴⁴

Allerdings würde es auf der anderen Seite bedeuten, das Kind mit dem Bade auszuschütten, deswegen den Erörterungstermin aus dem partizipationsrechtlichen Arsenal zu streichen²⁸⁴⁵ oder seine Durchführung in das behördliche Ermessen zu stellen,²⁸⁴⁶ wie das in einer Reihe von Fachgesetzen bereits erfolgt ist (s. z.B. §§ 18a Nr. 1 AEG, 17a Nr. 1 FStrG, 14a Nr. 1 WaStrG, 10 Abs. 2 Nr. 2 LuftVG, 10 Abs. 6 BImSchG).²⁸⁴⁷ Zwar besteht insoweit ein großer Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung, da der Erörterungstermin weder unions- noch verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist.²⁸⁴⁸ Aber er ist von partizipationsrechtlich zentraler Bedeutung, weil er das „Herzstück“ der Öffentlichkeitsbeteiligung darstellt.²⁸⁴⁹ Er schafft gerade bei hochgradig umstrittenem Staatshandeln die in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzende Transparenz, aus welchen Gründen und wie eine Entscheidung zustande kommt.²⁸⁵⁰ Außerdem kommt dem Erörterungstermin eine „Purgationsfunktion des Herzausschüttenkönnens“ zu, die nicht zuletzt – neben einer Entlastungsfunktion

2841 *Rofsnagel/Ewen* u.a., ZNER 2014, S. 329 (334).

2842 Zu Verständigungsdefiziten beim Erörterungstermin s. auch *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, S. 1343 (1345 f.).

2843 *Rofsnagel/Ewen* u.a., ZNER 2014, S. 329 (334); *Langer*, Die Endlagersuche, S. 143.

2844 *Schink*, DVBl. 2011, S. 1377 (1378); *Kersten*, Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, § 29 Rn. 57.

2845 Dafür plädieren *Zeccola/Augsten*, DÖV 2022, S. 442 (passim), weil der Erörterungstermin seine Funktionen nicht (mehr) hinreichend erfüllen könne.

2846 Vgl. *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 113-113b; das maßgebliche Kriterium für die Ermessensausübung stellt nach *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (222 f.), der zu erwartende weitere Erkenntnisgewinn für die Entscheidungsfindung dar.

2847 Vgl. das Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben v. 9.12.2006 (BGBl. I S. 2833); s. auch BT-Drs. 16/1338, S. 20 (rechte Spalte); krit. dazu *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 20; *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 62; *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701 (705). Nach *Schmitz/Prell*, NVwZ 2013, S. 745 (749), *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, S. 1343 (1344), und *Gurlit*, JZ 2012, S. 833 (837 f.), wurde von der Verzichtsmöglichkeit zumindest in den ersten Jahren nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.

2848 *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, S. 1343 (1347).

2849 *A.G. Debus*, Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 185 m.w.N.; in der Entwurfsbegründung der Urfassung des VwVfG wird der Erörterung „das Schwergewicht des Anhörungsverfahrens“ zuerkannt, vgl. BT-Drs. 7/910, S. 88 (rechte Spalte, Zu Absatz 6).

2850 Dies betont besonders *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (234 f.); krit. dagegen *Zeccola/Augsten*, DÖV 2022, S. 442 (447).

für etwaige nachfolgende Gerichtsverfahren²⁸⁵¹ – für das Gefühl des Ernstgenommenwerdens der Partizipationswilligen wichtig ist.²⁸⁵² Diese Artikulations- und Popularbedeutung wäre auch nicht mehr gewahrt, würde man den Erörterungstermin auf eine reine Experten- und Fachveranstaltung ohne Beteiligung der Einwender reduzieren.²⁸⁵³ Außerdem bietet das diskursive Format des Erörterungstermins die Möglichkeit, dass „in Wort und Widerwort der Interessenkonflikt und auch Möglichkeiten der Konfliktlösung“ besser erkennbar werden als in allein schriftlichen Darlegungen.²⁸⁵⁴

685 Daher ist eine rechtliche Diskussion nicht über das Instrument des Erörterungstermins an sich, sondern über die Art und Weise seiner Durchführung angezeigt, um die beschriebenen Probleme zu lösen. Denn der Erörterungstermin kann kommunikativ gelingen, wenn ihm zum einen ein modernes und zeitgemäßes Verständnis aller Beteiligten (und vor allem der mit der Leitung betrauten Person) als politischer Aushandlungsort zugrunde liegt, an dem unterschiedliche und teilweise sogar diametral gegensätzliche Interessen aufeinander prallen, ohne diesen wechselseitig ihre Legitimität abzuspochen.²⁸⁵⁵ Eine erste wichtige Voraussetzung für einen gelingenden Aushandlungs- und Verständigungsprozess ist, so banal es klingt, die Sprech- und Entscheidungsfähigkeit aller beteiligten Konfliktparteien. Insofern stellt es ein Problem dar, dass weder der Vorhabenträger noch die Planfeststellungsbehörde (so sie nicht zugleich Anhörungsbehörde ist) rechtlich zur Teilnahme – und damit erst recht zur Entsendung von Personen mit verbindlicher Handlungskompetenz – verpflichtet sind.²⁸⁵⁶ Um aber drängende Sachverhaltsfragen klären und befriedende Zwischen- oder Teilergebnisse erzielen zu können und dem Erörterungstermin damit einen echten Mehrwert für das Verfahren zu verschaffen, ist eine Handlungsfähigkeit und -bereitschaft der Beteiligten notwendig.²⁸⁵⁷

686 Des Weiteren wäre es wichtig, auf eine gerechte Verteilung von Rede- und Frage-rechten, eine Berücksichtigung unterschiedlicher Artikulationschancen verschiedener Beteiligter sowie auf eine Reduzierung von Wissensvorsprüngen zu achten.²⁸⁵⁸ Außerdem kommen einer kommunikativ professionellen Verhandlungsleitung und entsprechend strukturierten Veranstaltungsformaten mit Konfliktlösungspotenzial erhebliche Bedeutung zu, wie sie beispielsweise in Form von Mediationstechniken

2851 *Th. Groß*, ZUR 2021, S. 75 (76 f.); s. auch *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 342.

2852 *A.G. Debus*, Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 185 (192 f.); ähnlich *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 36; s. auch *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (220 f.).

2853 So der Vorschlag von *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, S. 1343 (1348 f.).

2854 *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (221).

2855 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 187.

2856 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 39; *Zeccola/Augsten*, DÖV 2022, S. 442 (450).

2857 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 40; vgl. dazu *Gaentzsch*, Der Erörterungstermin im Planfeststellungsverfahren, S. 219 (228).

2858 *Würtenberger*, NJW 1991, S. 257 (262); *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 43.

oder Schlichtungsmodellen entwickelt sind.²⁸⁵⁹ Allerdings ist hierbei zu beachten, dass diese Methoden zur Ermöglichung eines Aushandlungsprozesses teilweise auch nichtöffentliche Verfahrensabschnitte kennen,²⁸⁶⁰ was bei öffentlichen Großvorhaben zu demokratietheoretischen Problemen und Konflikten mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz (vgl. § 18 Abs. 1 der 9. BImSchV) führen kann. In jedem Fall aber ist die konfrontative Ausgestaltung des Erörterungstermins kein Ausfluss gesetzlicher Vorgaben, weshalb auch runde Tische (z.B. themen- und betroffenenbezogen, vgl. § 18 Abs. 2 S. 3 der 9. BImSchV) oder Workshops in diesem Rahmen zulässige Formate darstellen.²⁸⁶¹

(c) Gesamtstrategie

Um ein größeres Genehmigungs- oder Planungsverfahren kommunikativ erfolgreich zu bewältigen, ist eine das Gesamtverfahren erfassende Gesamtstrategie des Vorhabenträgers zur Kommunikation und Bürgerbeteiligung sinnvoll oder gar notwendig,²⁸⁶² ohne dass sich das im Einzelnen rechtlich sinnvoll fixieren ließe.²⁸⁶³ In diesem Zusammenhang ist eine hohe Professionalität sowohl in der kommunikativen Darstellung des Vorhabens als auch in der Konzeption der Strategie (etwa hinsichtlich Veranstaltungen, Zielgruppen und zeitlicher Planung) entscheidend.²⁸⁶⁴ Idealerweise sollte diese Strategie zudem bereits das vor der Antragstellung liegende Vorverfahren mit einschließen. Angesichts der nachlassenden Bereitschaft von Bürgern, die Gestaltung ihres Lebensumfeldes allein den dazu berufenen Repräsentationsorganen oder Behörden zu überlassen,²⁸⁶⁵ kann die Bedeutung der Kommunikation mit den Betroffenen sowohl bei öffentlichen als auch bei privaten Projekten mit nennenswerten Auswirkungen kaum überschätzt werden.

(4) Erfassung der wahren Motive

Um eine gute Qualität als Befriedungsinstrument zu erreichen, muss die Öffentlichkeitsbeteiligung die wahren Motive der Partizipationswilligen erfassen können.

2859 *Rofnagel/Ewen* u.a., ZNER 2014, S. 329 (335); *Eisele*, ZRP 2011, S. 113; *Th. Groß*, DÖV 2011, S. 510 (512 f.); *Pünder*, in: Ehlers/Pünder u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16; *Siegel*, DVBl. 2012, S. 1003 (1005); *Battis*, DÖV 2011, S. 340 (341 f.); *Pitschas*, DÖV 2011, S. 333 ff.; näher zum Mediationsbegriff etwa *Eiermann*, VBlBW 2018, S. 279 (280); zu mediativen Dialogverfahren vgl. *Steinberg*, ZUR 2011, S. 340 (346 ff.).

2860 *Eisele*, ZRP, 2011, S. 113 (115); *Battis*, DÖV 2011, S. 340; vgl. auch das Vertraulichkeitsgebot gem. § 1 Abs. 1 MediationsG.

2861 *Schink*, DVBl. 2011, S. 1377 (1381 f.).

2862 *Wulfhorst*, DÖV 2011, S. 581 (587 ff.); *Brettschneider*, „Wutbürger“ in der „Dagegen-Republik“, S. 12 (13); s. auch *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, S. 179 ff.

2863 *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, S. 180 f.; *Dolde*, NVwZ 2013, S. 769 (771).

2864 *Rofnagel/Ewen* u.a., ZNER 2014, S. 329 (336 f.).

2865 *Hoecker*, Politische Partizipation, S. 3 (13); *Mösl*, VVDStRL 72 (2013), S. 355 (370).

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung (naturgemäß) nur die unmittelbar genehmigungsrelevanten – oft umweltbezogenen – Punkte im Blick hat.²⁸⁶⁶ Nicht selten sind die originären Anliegen der Betroffenen (z.B. Qualität des Lebensumfeldes, Wert der eigenen Wohnimmobilie) davon gerade nicht erfasst, weshalb diese sich gezwungen sehen, auf andere – verfahrensrelevante – Stellvertreter-Argumente auszuweichen.²⁸⁶⁷ So erfreuen sich beispielsweise der Juchtenkäfer und der Rotmilan bei Einwendern einer ebenso plötzlichen wie ungeahnten Popularität. Das Verfahren konzentriert sich durch diese in der Sache verfehlte Umleitung auf die Stellvertreter-Argumente und kann deshalb den eigentlichen Motiven und damit einer Konfliktbefriedung nicht näherkommen. Denn ein noch so guter Vorschlag zur Lösung eines Stellvertreter-Arguments löst ja das tatsächliche Problem nicht, weshalb entweder am Stellvertreter-Argument weiter festgehalten oder ein neues Stellvertreter-Argument vorgebracht wird.

- 689 Eine bloße Abarbeitung des vordergründigen Pflichtenprogramms hilft daher nicht. Viel wichtiger wäre es, den „Konflikt hinter dem Konflikt“ auszumachen und Lösungen dafür zu finden.²⁸⁶⁸ Von *Heiner Geißler* ist aus seiner Tätigkeit als Schlichter des Stuttgarter Bahnhofskonflikts die Formel „alle an den Tisch, alles auf den Tisch“ überliefert.²⁸⁶⁹ Insofern weist die naturgemäß enge Bindung des Verfahrensinteresses an die Antragsprüfung und -entscheidung entlang dafür maßgeblicher rechtlicher Parameter systemimmanente Grenzen für gelingende Partizipation auf. Denn wegen dieser Antragsbindung kann das Planungs- und Verwaltungsrecht keine Anreize oder Strukturen für Aushandlungsprozesse bieten, um kollidierende Interessen (beispielsweise zwischen dem Nutzen für die Gesamtbevölkerung und den Schaden für die Standortbevölkerung bei Stromtrassen oder Windrädern) auszugleichen. Aufgrund dieser verfahrensimmanenten Logik kann ein außerhalb des Verfahrensfokus liegender Konflikt nicht mit den Verfahrensinstrumenten sachgerecht aufgelöst werden. Eine Lösung dieses Dilemmas ist nicht erkennbar, ohne die gesamte – sachgerechte – Funktionalität von Verwaltungsverfahren in Frage zu stellen.

(5) Verbindlichkeit von Beteiligungsergebnissen

- 690 Einen besonders wichtigen Qualitätsfaktor für eine erfolgreiche Öffentlichkeitsbeteiligung stellt der Verbindlichkeitsgrad der Beteiligungsergebnisse dar. Partizipationsrechtlich hervorzuheben sind daher Regelungen, die zumindest eine angemessene

2866 *Schink*, DVBl. 2011, S. 1377 (1379).

2867 *Brettschneider*, „Wutbürger“ in der „Dagegen-Republik“?, S. 12 (13); *Rofnagel/Ewen* u.a., ZNER 2014, S. 329 (332 f.).

2868 Ähnlich *Schink*, DVBl. 2011, S. 1377 (ca. 1379).

2869 Protokoll 1 vom 22.10.2010, http://schlichtung-s21.de/fileadmin/schlichtungs21/Redaktion/pdf/101022/2_10_2010_Wortprotokoll_Schlichtungsgespraech_S21.pdf.

Berücksichtigung (z.B. §§ 47 Abs. 5a S. 4 BImSchG, 32 Abs. 2 S. 4 KrWG, 40f Abs. 2 BNatSchG) oder – noch etwas stärker ohne die Relativierung „angemessen“ – eine Berücksichtigung (z.B. §§ 47d Abs. 3 BImSchG, 12a Abs. 3, 15a Abs. 1 S. 7 EnWG, 7 Abs. 2 MgvG, 7 Abs. 1 StandAG) vorschreiben. Hinsichtlich deren Tragweite kann auf das Begriffsverständnis zu Art. 6 Abs. 8 AK recurriert werden, wonach dies keine Pflicht zur inhaltlichen Übernahme, sondern zur Auseinandersetzung mit den vorgetragenen Hinweisen und Argumenten und zur Einbeziehung in den Entscheidungsprozess bedeutet.²⁸⁷⁰ Allerdings handelt es sich dabei kaum um konstitutive Normen, weil diese Verpflichtung zumindest in ihrem Kern bereits aus der Logik des Beteiligungsverfahrens folgt.

Anders verhält es sich mit solchen Partizipationsrechtsnormen, die ausdrücklich einen Rechtfertigungsdruck im Fall des Nichtaufgreifens erzeugen, indem gegenüber der Genehmigungsbehörde (z.B. §§ 3 Abs. 2 S. 6 BauGB, 12b Abs. 4, 15a Abs. 2 S. 4 EnWG) oder sogar öffentlich (z.B. §§ 6a, 10a BauGB) darzulegen und zu erklären ist, ob und wie die Ergebnisse umgesetzt worden sind bzw. warum welcher Alternativvorschlag nicht weiterverfolgt worden ist. Ganz besonders die Rechenschaftspflicht gegenüber der Öffentlichkeit kann erheblich dazu beitragen, dass sich die Partizipationswilligen ernst genommen fühlen. Wenn sie den Eindruck haben, dass ihre Sichtweise auch dann aufgenommen wurde, wenn die Behörde inhaltlich dennoch anders entschieden hat, ist eine wichtige Grundlage dafür gelegt, dieses andere Ergebnis akzeptieren zu können.²⁸⁷¹ 691

Noch erheblich stärker ist die Befriedungswirkung der Beteiligung freilich dann, wenn aus Sicht der Partizipationswilligen zentrale Anliegen im Beteiligungsverfahren rechtsverbindlich fixiert werden können, wie das etwa im Mediationsrecht vorgesehen ist.²⁸⁷² Dies kann jedoch kein Anhörungsrecht seiner Natur nach leisten, weil es eben kein Mitentscheidungsrecht darstellt.²⁸⁷³ Deshalb sehen die Beteiligungsvorschriften auch an keiner Stelle eine solche Verbindlichmachung von Partizipationsergebnissen vor. Allerdings bleibt davon die Möglichkeit unberührt, dass sich ein Projektträger mit Betroffenen im Rahmen des Anhörungsverfahrens vertraglich auf eine Änderung bestimmter Aspekte des Projektantrags einerseits und einen Klageverzicht andererseits verständigt; auch die Entscheidungsbehörde kann – etwa durch eine Zusicherung i.S.v. § 38 VwVfG oder (in Grenzen) durch einen 692

2870 Vgl. Gläß, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 40f BNatSchG, Rn. 3; Gellermann, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 40f BNatSchG Rn. 3; zum Berücksichtigungsbegriff s. auch oben, → Rn. 539.

2871 Bretschneider, „Wutbürger“ in der „Dagegen-Republik“, S. 12 (14); zum Akzeptanzbegriff s. oben, → Rn. 148-151.

2872 Vgl. § 2 Abs. 6 MediationsG; s. außerdem Eiermann, VBlBW 2018, S. 279 (280).

2873 Ebenso Brennecke, VerwArch 2015, S. 34 (49), der jedoch die hohe Bedeutung der „faktischen“ Bindung betont.

öffentlich-rechtlichen Austauschvertrag i.S.v. § 56 VwVfG²⁸⁷⁴ – vorzeitige Rechtsverbindlichkeit erzeugen.²⁸⁷⁵ Zwar gehört es zu den tradierten Glaubenssätzen des Verwaltungsrechts, dass sich die Entscheidungsbehörde nicht ihrer Planungshoheit durch Vorfestlegungen entäußern können soll.²⁸⁷⁶ Aber abgesehen davon, dass schon „wohlwollende Prüfungszusagen“ – bei denen noch eine hinreichende Entscheidungsfreiheit verbleibt – erheblich weiterhelfen können, handelt es sich hierbei um ein gutes Beispiel dafür, dass sich die einseitig-rechtsstaatliche Entscheidungslehre im Recht der öffentlichen Verwaltung für ein allseitig-demokratisches Verständnis öffnen muss.²⁸⁷⁷

(6) Verfahrensziele

- 693 Die Qualität eines Beteiligungsverfahrens bemisst sich des Weiteren danach, inwieweit die Ziele des übergeordneten Gesamtverfahrens das partizipationsrechtliche Interesse einer Beteiligung erfassen und abdecken können. Als insofern qualitätshinderlich wirken sich die Durchsetzungsfunktion und das Beschleunigungsziel verwaltungsrechtlicher Genehmigungs- oder Planungsverfahren aus.

(a) Durchsetzungsfunktion

- 694 Das Verwaltungsrecht, insbesondere das Planfeststellungs- und Genehmigungsrecht, hat eine Ordnungs- und Ermöglichungsfunktion. Es will in einem rechtsförmlichen und strukturierten Verfahren prüfen und sicherstellen, dass die rechtlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen eines Projektes erfüllt sind. Wenn das der Fall ist, hat der Projektträger einen Verwirklichungsanspruch, den das Verwaltungsrecht – erforderlichenfalls mithilfe des staatlichen Gewaltmonopols – durchzusetzen berufen ist. Die Öffentlichkeits- und Betroffenenbeteiligung dagegen ist in ihrer Verfahrenslogik darauf ausgerichtet, die überwiegend anders orientierten Interessen Dritter zur Geltung zu bringen. Diese weisen in aller Regel eine innovationskritische Tendenz auf; nicht selten wird das Projekt generell oder doch zumindest in seiner konkreten Ausgestaltung hinterfragt oder gar bekämpft.²⁸⁷⁸ Denn diejenigen, die das Projekt begrüßen oder zumindest hinzunehmen bereit sind, haben keine

2874 Dazu näher J. Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 106 f.; s. auch Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, § 72 Rn.120; *Uschkerheit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), *VwVfG*, § 72 Rn. 48; Arndt, *VBIBW* 2015, S. 6 (9 f.).

2875 J. Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 101 f.; *Erbguth*, *Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung*, S. 179 (186); nur geringen Spielraum sieht B. Peters, *Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?*, S. 108 f.

2876 Siehe nur BVerwG, *Urt. v. 3.3.2011 – Az. 9 A 8.10, NVwZ* 2011, S. 1256 (Rn. 24 f.); *Kämper*, in: Bader/Ronnellenfisch (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, § 73 Nr. IIb.1; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, § 73 Rn. 2a; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Begr.), *BauGB*, § 1 Rn. 113.

2877 *Württemberg*, *NJW* 1991, S. 257 (263).

2878 S. oben, → Rn. 112 f.

besondere Veranlassung, von den partizipationsrechtlichen Instrumenten Gebrauch zu machen, da der Projektträger in ihrem Sinne agiert. So sind es naturgemäß ganz überwiegend die Gegner eines Projektes, die sich mit Einwendungen gegen unliebsame Veränderungen wehren und meist an einer Erhaltung des Status quo interessiert sind.

Daraus folgt, dass die auf Verhinderung oder Modifizierung gerichtete funktionelle Ausrichtung der partizipativen Instrumente in einem nahezu diametralen Gegensatz zur Ermöglichungs- und Durchsetzungsfunktion des Planfeststellungs- und Genehmigungsrechts steht. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Gesetzgebung mit der Schaffung partizipativer Verfahrensinstrumente andere Ziele wie Akzeptanz, Beschleunigung (durch Wegfall späterer Gerichtsverfahren) und qualitative Verbesserung der Sachentscheidung anstrebt. Dieses nicht aufgelöste Spannungsverhältnis zwischen Gesamt- und Teilverfahren bzw. Genehmigungs- und Beteiligungsrecht ist eine nicht unwesentliche Ursache für unerfüllte Erwartungen und daraus resultierende Ohnmachts- und Frustrationsgefühle. 695

(b) Beschleunigungsziel

Ein weiteres partizipationsrechtliches Qualitätshindernis liegt darin, dass die Verfahren angesichts ihrer Komplexität und Dauer unter einem erheblichen Beschleunigungsdruck stehen, der im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht bereits durch das Zügigkeitsgebot in § 10 S. 2 VwVfG normativ verankert ist. In vielen Fällen besteht ein veritables Allgemeinwohlinteresse an einer zeitlichen Beherrschbarkeit und Überschaubarkeit des Gesamtverfahrens (beispielsweise im Energie- oder im Verkehrsinfrastrukturrecht). Wegen der gleichwohl erheblich zugenommenen Dauer aller Planungsverfahren hat sich die Politik seit den 1990er Jahren – jüngst bekräftigt im Koalitionsvertrag von 2021²⁸⁷⁹ – dem Ziel einer Verfahrensverkürzung verschrieben.²⁸⁸⁰ Dabei führt die „Beschleunigungsgesetzgebung“ regelmäßig mindestens zu einem Bedeutungsverlust oder gar zu einer Reduzierung der partizipativen Verfahrenselemente,²⁸⁸¹ obwohl eine (erhebliche) Verzögerungswirkung von Partizipation zumindest bei etablierten und integrierten Beteiligungsprozessen äußerst fraglich ist²⁸⁸² und die Ursachen für überlange Verfahren sehr vielfältig sind;²⁸⁸³ ein beson- 696

2879 SPD/Bündnis 90 – Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen, S. 12.

2880 Ausführlich dazu *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 13 ff.; *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 72 Rn. 15-26; *Kämper*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 72 Rn. 24-31h; s. auch *Th. Groß*, ZUR 2021, S. 75 (75 f.).

2881 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 278 ff.; ebenso *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 164.

2882 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 82 f.; *Gurlit*, JZ 2012, S. 833 (841).

2883 *Reidt*, DVBl. 2020, S. 597 f.

deres Gewicht kommt dabei etwa naturschutzrechtlichen Unklarheiten im materiellen Fachrecht zu.²⁸⁸⁴

697 Dem Verzögerungsnarrativ von Beteiligung gleichwohl folgend sehen zahlreiche Bestimmungen bei geringen rechtlichen und fachlichen – v.a. umweltbezogenen – Auswirkungen einen mindestens optionalen Verzicht auf die wesentlichen partizipationsrechtlichen Instrumente vor. Dies gilt etwa für

- die Option eines Plangenehmigungsverfahrens anstelle eines Planfeststellungsverfahrens nach dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz gem. § 74 Abs. 6 VwVfG unter Wegfall des gesamten Anhörungsverfahrens gem. § 73 VwVfG,²⁸⁸⁵ wenn u.a. „Rechte anderer nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt werden“²⁸⁸⁶ und keine Öffentlichkeitsbeteiligung aus anderen Rechtsgründen – z.B. § 18 UVPg – erforderlich ist,²⁸⁸⁷
- das vereinfachte Verfahren gem. § 19 Abs. 1 BImSchG bei bestimmten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren (vgl. insofern § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 4. BImSchV) unter Wegfall des gesamten in § 10 Abs. 3 BImSchG geregelten Verfahrens der Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 19 Abs. 2 BImSchG,²⁸⁸⁸
- die Option eines Verzichts auf die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bauleitplanung v.a. bei nur geringen Auswirkungen gem. § 3 Abs. 1 S. 3 BauGB²⁸⁸⁹ (im Gegensatz zur nicht disponiblen frühzeitigen Behördenbeteiligung gem. § 4 Abs. 1 BauGB) sowie für das vereinfachte Verfahren v.a. bei einer die Grundzüge der Planung nicht berührenden Planänderung oder -ergänzung (§ 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BauGB), bei dem außerdem die förmliche Beteiligung durch ein Wahlrecht zwischen einer Äußerungsgelegenheit für die betroffene Öffentlichkeit und einer Internetveröffentlichung eingeschränkt wird (§ 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BauGB),
- das vereinfachte Verfahren mit optionalem Verzicht auf die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Bundesfachplanung für Trassenkorridore von Höchstspannungslei-

2884 Reidt, DVBl. 2020, S. 597 (598 f.).

2885 Vgl. Kämper, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 139; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 246; aus diesem Grund greift auch das grundsätzliche Beteiligungsrecht von anerkannten Naturschutzvereinigungen bei Plangenehmigungen gem. § 63 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG im Ergebnis nicht, vgl. Uschkereit, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 211.

2886 Eine – auch gewichtige – Betroffenheit von rechtlich nicht direkt geschützten, sonstigen abwägungserheblichen Belangen steht somit einem Plangenehmigungsverfahren nicht entgegen, vgl. Kämper, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 74 Rn. 134; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 227; Uschkereit, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 202.

2887 Das zuletzt genannte Erfordernis ist allerdings bei UVP-pflichtigen Vorhaben im verkehrsinfrastrukturellen Fachrecht wiederum abbedungen, vgl. §§ 17b Abs. 1 Nr. 1 FStrG, 18b AEG, 14b Abs. 2 WaStrG; dagegen lässt § 141 Abs. 6 S. 1 Nr. 3 LVwG SH eine Plangenehmigung nur zu, „wenn erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt nicht zu besorgen sind“.

2888 Vgl. Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 285; Dietlein, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 29; Jarass, BImSchG, § 19 Rn. 17.

2889 Vgl. Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 44-46a; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 49 f.

- tungen gem. § 9 Abs. 6 i.V.m. § 11 NABEG und den Verzicht auf die Bundesfachplanung gem. § 5a NABEG,
- das Anzeigeverfahren (anstelle des Planfeststellungsverfahrens) ohne Partizipationsrechtselemente²⁸⁹⁰ bei unwesentlichen Änderungen gem. §§ 43f EnWG, 25 NABEG,
 - den optionalen Verzicht auf die Anhörung beim Planfeststellungsverfahren für Trassen von Höchstspannungsleitungen gem. § 22 Abs. 7 i.V.m. §§ 25, 24 Abs. 4 NABEG,
 - die Streichung der bis Ende 2023 im NABEG-Planfeststellungsverfahren vorgesehenen Antragskonferenz (§ 20 NABEG) gem. Gesetz vom 22.12.2023²⁸⁹¹ oder
 - den optionalen Verzicht auf die Erörterung (z.B. in §§ 18a Nr. 1 AEG, 17a Nr. 1 FStrG, 14a Nr. 1 WaStrG, 10 Abs. 2 Nr. 2 LuftVG, 10 Abs. 3 NABEG) oder deren Fakultativstellung (z.B. in § 10 Abs. 6 BImSchG).

(7) Vielfältigkeit der Beteiligungsverfahren

Auch wenn es auf den ersten Blick widersprüchlich anmutet, kann auch eine überhöhte Anzahl von Beteiligungsmöglichkeiten die Partizipationsqualität herabsetzen. Vor diesem Hintergrund muss es kein Vorteil sein, wenn bei vielen Projekten zahlreiche verschiedene Verwaltungs- und oft dann auch Beteiligungsverfahren nebeneinander und nacheinander durchlaufen werden (müssen), die sich zudem hinsichtlich des Berechtigtenkreises und ihrer inhaltlichen Reichweite unterscheiden können.²⁸⁹² Ein Beispiel für die wechselseitige horizontale Überlagerung von Beteiligungsverfahren bieten die Umweltverträglichkeitsprüfung einerseits und fachrechtliche Verfahren wie das Planfeststellungs- oder Immissionsschutzrecht andererseits, die beide eine Form von Öffentlichkeits- bzw. Betroffenenbeteiligung vorsehen (§§ 18 UVPG, 73 VwVfG). 698

Besonders problematisch ist allerdings die vertikale zeitliche Hintereinanderschaltung von Verfahren zum – im Ergebnis – gleichen Projekt, wenn zunächst auf der Planungsebene und später auf der Zulassungsebene in Teilen dieselben Fragen zu diskutieren sind. Dafür können exemplarisch die Bundesfachplanung und die Planfeststellung im NABEG genannt werden, die ebenfalls jeweils zwei Beteiligungsverfahren vorsehen (§§ 9, 22 NABEG), was in Addition mit den drei Beteiligungsverfahren im Vorfeld der Bundesbedarfsplanung insgesamt sieben Be- 699

2890 Vgl. §§ 43f Abs. 4 EnWG, 25 Abs. 4 NABEG; nach *Missling/L. Winkler*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), *Energierrecht*, § 43f EnWG Rn. 25, gelten für das Anzeigeverfahren (nur) die allgemeinen Regeln der §§ 9 ff. VwVfG.

2891 Vgl. dazu oben, → Rn. 621.

2892 Vgl. *J. Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 62; *Chr. Bauer*, *VerwArch* 2015, S. 112 (144); für eine starke Vereinheitlichung daher *Dolde*, *NVwZ* 2013, S. 769 (773).

teiligungsmöglichkeiten für Höchstspannungsleitungen bedeutet.²⁸⁹³ Die Partizipationsfähigkeit solcher Prozesse leidet zudem darunter, dass die Problematik auf der Planungsebene meist noch zu abstrakt und auf der Zulassungsebene der Spielraum durch die zuvor getroffenen Planungsentscheidungen schon zu stark eingeschränkt ist.²⁸⁹⁴ Wenn dann noch eine Inkongruenz von Erwartungen und Möglichkeiten hinzukommt, kann man von einer „Partizipationsverflechtungsfalle“ sprechen.²⁸⁹⁵

700 Erschwerend kommt hinzu, dass in vielen Fällen gesetzlich angeordneter Planfeststellungsverfahren kein einheitlicher Rückgriff auf das allgemeine Planfeststellungsrecht der §§ 72 ff. VwVfG erfolgt, sondern die meisten Fachgesetze ein individuell (mehr oder weniger) abgewandeltes „eigenes“ Planfeststellungsrecht vorsehen (z.B. §§ 43a ff. EnWG, 17a ff. FStrG, 18a ff. AEG, 19 ff. NABEG). Diese von Ressortegoismen geprägte Ausdifferenzierung des Planungsrechts steht einer übersichtlichen und damit bürger- und partizipationsfreundlichen Rechtslage strukturell entgegen²⁸⁹⁶ und wirkt damit partizipationshinderlich.²⁸⁹⁷ Denn damit wird nicht nur die Vielfalt sich überlagernder und aneinander anschließender Teilnahmeverfahren immer schwerer durchschaubar, sondern erst recht deren rechtliche Anforderungen im Detail.

701 Aus diesen Gründen ist es auch partizipationsrechtlich durchaus förderlich, wenn gesetzliche Bestimmungen im Hinblick auf andere Teilnahmeverfahren von eigenen Partizipationsmöglichkeiten absehen. Das Problem hat auch die EU erkannt, die in Art. 2 Abs. 3 UVP-RL das Konkurrenzverhältnis zwischen Umweltschulungen und der Fauna-Flora-Habitat-RL,²⁸⁹⁸ der Vogelschutz-RL²⁸⁹⁹ sowie optional aller weiteren unionsrechtlich vorgegebenen Teilnahmeverfahren durch koordinierte oder gemeinsame Verfahren auflösen will und mit (unverbindlichen) „Leitlinien der Kommission für die Straffung der Umweltverträglichkeitsprüfung“ Möglichkeiten zur Umsetzung dieses Instrumentariums aufzeigt.²⁹⁰⁰ Ein Beispiel aus dem deutschen Recht stellen die §§ 32 Abs. 4 KrWG, 47 Abs. 5a S. 8 BImSchG dar, wonach die in der jeweiligen Bestimmung vorgesehene Öffentlichkeitsbeteiligung zugunsten derjenigen gem. § 42 UVPG unterbleibt, wenn der betroffene Abfallwirtschafts- bzw.

2893 Ebenso *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701 (707).

2894 *Erbguth*, DÖV 2012, S. 821 (823 f.), der deshalb zumindest bei überörtlich-raumbezogenen Projekten für eine Fokussierung der Bürgerbeteiligung in einem „Zwischenverfahren“ im Rahmen von Raumordnungsverfahren votiert (a.a.O., S. 826 f.); ähnlich *Gurlit*, JZ 2012, S. 833 (839); *Steinberg*, ZUR 2011, S. 340 (350), mit dem Votum für einen „frühzeitigen Erörterungstermin“.

2895 *Chr. Bauer*, VerwArch 2015, S. 112 (121); *Posser*, in: *Kment* (Hrsg.), EnWG, § 12a Rn. 11; *Langer*, Die Endlagersuche, S. 145 f.

2896 *Wulffhorst*, DÖV 2011, S. 581 (583).

2897 *Wulffhorst*, DÖV 2011, S. 581 (582).

2898 Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen v. 21.5.1992, ABl. L 206 v. 22.7.1992, S. 7.

2899 Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten v. 30.11.2009, ABl. L 20 v. 26.1.2010, S. 7.

2900 Mitteilung der Kommission, ABl. C 273 v. 27.7.2016, S. 1 ff.

Luftreinhalteplan einer Pflicht zur Strategischen Umweltprüfung unterliegt.²⁹⁰¹ Ähnliches gilt für den Verzicht auf die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung gem. §§ 3 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BauGB, 25 Abs. 3 VwVfG, wenn die Öffentlichkeit bereits zuvor nach anderen Vorschriften Gelegenheit hatte, sich über den Plan oder das Vorhaben²⁹⁰² zu unterrichten und dazu zu äußern.²⁹⁰³ Erst recht erfolgt keine Verfahrensdoppelung, wenn ein Fachgesetz unabhängig von der UVP-/SUP-Pflichtigkeit das UVPG-Beteiligungsverfahren vorsieht und im Einzelfall eine solche Umweltprüfung durchzuführen ist (vgl. § 40f Abs. 5 BNatSchG).²⁹⁰⁴

(8) Rechtliche Konsequenzen

Schließlich ist die partizipationsrechtliche Qualität eines Beteiligungsverfahrens auch davon abhängig, welche rechtlichen Folgen daran geknüpft sind. Insofern stellt vor allem die materielle Präklusionswirkung gegenüber nicht (oder nicht hinreichend substantiiert)²⁹⁰⁵ vorgetragene Gesichtspunkten in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren eine erhebliche Belastung der partizipativen Beteiligung mit falschen Anreizen dar. Denn es ist gerade die Präklusionswirkung, die die Partizipationswilligen zu der im Anhörungsverfahren von Anfang an zu beobachtenden Fixierung auf einen möglichen nachlaufenden Rechtsstreit drängt²⁹⁰⁶ und damit u.a. den Erörterungstermin erschwert. Demgegenüber geht die Erwartung, mittels Präklusion eine „taktische Zurückstellung“ von Streitstoff zu verhindern, an der Motivation Partizipationswilliger vorbei, da diese in aller Regel an einer möglichst frühen Berücksichtigung ihrer Anliegen interessiert sind.²⁹⁰⁷

Rechtfertigt man dieses vergleichsweise frühe Abschneiden des Vortragsrechts als „zumutbare und konsequente Folge der breit angelegten Verfahrensteilnahme“²⁹⁰⁸

2901 BT-Drs. 16/2494, S. 27 (linke Spalte); s. auch *Röckinghausen*, in: Landmann/Rohmer (Begr.), § 47 BImSchG Rn. 32; *Jarass*, BImSchG, § 47 Rn. 51.

2902 Wegen des Vorhabenbezugs von § 25 Abs. 3 VwVfG kommen frühere Beteiligungsverfahren in vorgängigen Planungsprozessen für den Ausschluss nicht in Betracht, vgl. *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 25 Rn. 29; *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 78; *Pautsch*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 26.

2903 Etwa im Rahmen von Einwohnerversammlungen oder vor dem Erlass einer Erhaltungssatzung, vgl. *Shink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 48; *Battis*, in: Battis/Krautberger/Löhr (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 10; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 51 f.; *J. Ziekow*, NVwZ 2013, S. 754 (755), und *Gard*, Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 274 f., betonen unter Bezugnahme auf die gebundene Formulierung von S. 5, dass es nicht nur darauf ankommt, ob die frühere Beteiligung stattgefunden hat, sondern ob sie zwingend (und nicht nur fakultativ) vorgeschrieben war; im Hinblick auf den Telos der Norm überzeugt das freilich nur bedingt; gewichtiger ist der Hinweis von *Gard*, a.a.O., S. 276, auf das Erfordernis, dass die frühere Beteiligung ebenfalls vorhabenbezogen gewesen sein muss.

2904 Vgl. *Gläß*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, § 40f BNatSchG, Rn. 5.

2905 Vgl. dazu *Neumann/Külpmann*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 96, 109; *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 15.

2906 *Erlor/Arnadt*, VBlBW 2014, S. 81 (82); ähnlich *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701 (703).

2907 Dazu näher *Weidermann*, DÖV 2017, S. 933 (939 f.).

2908 *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 15.

sowie als Ausdruck des Effizienzgebots des Verwaltungs- und Verfahrensrechts,²⁹⁰⁹ stellt es quasi einen Preis für eine hoheitliche Rechtsgewährung dar. Dieser Rechtfertigungsansatz ist stark utilitaristisch geprägt und versteht Öffentlichkeitsbeteiligung lediglich im klassischen Sinn als Instrument der behördlichen Informationsgewinnung. Dies wird jedoch ihrem Charakter als Partizipation – die als Ausfluss des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips die Legitimation und Richtigkeit staatlichen Handelns stärkt und schon deshalb nicht mit Rechtsverlusten „bezahlt“ werden muss – nicht gerecht. Meint es die Gesetzgebung wirklich ernst mit der Öffentlichkeitsbeteiligung und einer offenen Partizipations- und Diskussionskultur, müsste die Präklusionswirkung entfallen oder zumindest erheblich eingeschränkt werden.

704 Für umweltbezogene Verfahren hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bereits zu einem erheblichen Bedeutungsverlust der Präklusion geführt. Denn danach verstößt die materielle Präklusionswirkung gem. § 2 Abs. 3 UmwRG a.F. und § 73 Abs. 4 VwVfG gegen Art. 11 UVP-RL, 25 IE-RL,²⁹¹⁰ weil zum einen Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren und gerichtlicher Rechtsschutz voneinander zu trennen sind²⁹¹¹ und zum anderen der Möglichkeit zur Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit einer Entscheidung Vorrang vor der Verfahrenseffizienz zukommt.²⁹¹² In der dadurch notwendig gewordenen gesetzlichen Neuregelung wurde der Anwendungsbereich der materiellen Präklusion dementsprechend erheblich eingeschränkt.²⁹¹³ So ist die materielle Präklusion in § 2 Abs. 3 UmwRG a.F. aufgehoben und durch § 5 UmwRG ersetzt worden, wonach ein Ausschluss von erstmalig im Gerichtsverfahren erhobenen Einwendungen nur noch im Missbrauchsfall oder bei Unredlichkeit zulässig ist.²⁹¹⁴ Zugleich ist durch § 7 Abs. 4 UmwRG der Anwendungsbereich der Präklusionsregelung von § 73 Abs. 4 S. 3-6 VwVfG empfindlich eingeschränkt worden, indem sie bei zahlreichen UVP-pflichtigen Verfahren, einer Reihe von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, bei nachträglichen Anordnungen zu Anlagen oder Erlaubnissen zu bestimmten Vorhaben i.S.d. Industrieemissions-RL sowie bei Planfeststellungsverfahren für Deponien gem. § 35 Abs. 2 KrWG nicht gilt (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-2b UmwRG). Schließlich ist eine Aufhebung von § 47 Abs. 2a VwGO erfolgt, mit dem die materielle Präklusion für

2909 Vgl. im Einzelnen *Rennert*, DVBl. 2017, S. 69 (74).

2910 EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, NVwZ 2015, S. 1665 (Tenor, 2. Spiegelstrich); näher dazu *Weidermann*, DÖV 2017, S. 933 (937 ff.).

2911 EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, NVwZ 2015, S. 1665 (Rn. 76 f.); so bereits EuGH, Urt. v. 15.10.2009 – Az. C-263/08 (Ls. 2 u. insb. Rn. 38 f.).

2912 EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, NVwZ 2015, S. 1665 (Rn. 80); krit. zur materiellen Präklusion bereits zuvor *Gurlit*, JZ 2012, S. 833 (839).

2913 Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben v. 29.5.2017, BGBl. I S. 1298 und S. 1300; näher dazu *Schlacke*, NVwZ 2017, S. 905 ff.; *Weidermann*, DÖV 2017, S. 933 (942 f.); s. auch unten, → Rn. 792.

2914 Damit greift die Gesetzgebung eine Präklusionsoption auf, die der EuGH in einem Obiter dictum für zulässig erklärt hat, s. EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, NVwZ 2015, S. 1665 (Rn. 81); krit. zur Umsetzung dieser „kleinen Lösung“, die § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG selbst unberührt lässt, *Schüren/Kramer*, ZUR 2016, 400 (406 f.); grdl. krit. *B. Peters*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 121 ff.

baurechtliche Satzungen prozessrechtlich im Normenkontrollverfahren verankert war.

b) *Qualitätsproblem der Justiziabilität*²⁹¹⁵

Außerhalb des eigentlichen Beteiligungsverfahrens liegt ein zentraler Qualitätsfaktor für Partizipation darin, wie dieses Verfahren justizabel und damit rechtlich abgesichert ist.²⁹¹⁶ Wenn Verstöße gegen die Beteiligungsvorschriften am Ende folgenlos bleiben, liegt die Einordnung dieser Partizipation als Farce sehr viel näher. Dabei beschränkt sich dieser Abschnitt auf die Frage der Justiziabilität von partizipationsrechtlich relevanten Verfahrensfehlern; Klagerechte wegen materieller Rechtsverstöße sind erst Gegenstand des nachfolgenden 5. Kapitels.²⁹¹⁷

(1) Eigenwert partizipationsrechtlicher Verfahrensvorschriften und § 46 VwVfG

Soweit nicht die speziellere Norm des § 4 Abs. 1 UmwRG einschlägig ist,²⁹¹⁸ kommt es für die Aufhebbarkeit von Verwaltungsentscheidungen auf § 46 VwVfG²⁹¹⁹ an. Danach sollen solche Verfahrensverstöße im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht rechtlich folgenlos sein, bei denen „offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat“. In prozessrechtlicher Hinsicht entspricht dem die Regelung von § 44a VwGO, wonach ein allein auf Verfahrensfehler gestützter Rechtsbehelf im Regelfall unstatthaft ist. Hinter diesen verfahrensentwertenden Vorschriften steht die Lehre der dienenden Funktion des Verfahrensrechts, wonach kein Verfahren um seiner selbst willen durchgeführt wird, sondern auf die Recht- und Zweckmäßigkeit der Entscheidung als Verfahrensziel ausgerichtet ist.²⁹²⁰

Diese Lehre zählt sowohl in der Gesetzgebung²⁹²¹ als auch in Rechtsprechung²⁹²² und Wissenschaft²⁹²³ zu den klassischen Argumentationsmustern des Verwaltungs-

2915 Zum Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung, v.a. im Planungsrecht, s. bereits *Haug/Schadtle*, NVwZ 2014, S. 271 ff., und *Haug*, Herausforderungen des Partizipationsverwaltungsrechts, S. 9 (18 f.).

2916 So auch *B. Peters*, DÖV 2015, S. 629 (636); ähnlich auch *Erbguth*, Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 179 (194 f.).

2917 S. unten, → Rn. 786-833; vgl. im Hinblick auf Naturschutzvereinigungen *Neumann/Külpmann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG, § 74 Rn. 276-277.

2918 Dazu bereits krit. oben, → Rn. 542.

2919 Alle Landesverwaltungsverfahrensgesetze enthalten ebenfalls eine solche Vorschrift, vgl. *Schemmer*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 46 Rn. 51.

2920 BVerfGE 105, 48 (60 f.).

2921 Vgl. BT-Drs. 7/910, S. 65 (linke Spalte unten); BT-Drs. 13/1445, S. 6 (linke Spalte).

2922 Vgl. BVerwG, Urt. v. 29.4.1993 – Az. 7 A 2/92, LKV 1993, S. 314; BVerwG, Urt. v. 21.5.1997 – Az. 11 C 1/97, NVwZ-RR 1998, S. 22 (23).

2923 Vgl. *Burgi*, DVBl 2011, S. 1317 f.; *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, S. 25 f.; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), VwVfG, § 45 Rn. 10 m.w.N.; *Pöcker*, DÖV 2003, S. 980 f.; *Langer*, Die Endlagersuche, S. 390; ausf. *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens, S. 7 ff.

rechts. Erst dann, wenn mit dem formellen Fehler ein Verstoß gegen materielles Recht verbunden ist, oder bei einer Ermessenseinräumung eine tatsächlich wahrscheinlich andere Sachentscheidung erfolgt wäre, kann die Aufhebung des Verwaltungsaktes im Widerspruchs- und Klageverfahren beansprucht werden.²⁹²⁴ Aber gerade bei Planungsentscheidungen, die wegen ihrer wesensmäßigen Ergebnisoffenheit nur einer geringen materiell-rechtlichen Steuerung unterliegen,²⁹²⁵ bejaht die Rechtsprechung für gewöhnlich keine solche Sacherheblichkeit von Verfahrensfehlern²⁹²⁶ – auch wegen eines zu laxen Umgangs mit dem eingrenzenden Tatbestandsmerkmal der Offensichtlichkeit²⁹²⁷ –, weshalb deren Verletzung regelmäßig folgenlos bleibt.

708 Da die partizipationsrechtlich zentralen Anhörungs-, Einwendungs- und Erörterungsrechte im Verwaltungsrecht zu diesen Verfahrensvorschriften zählen, sind sie folglich nach der klassischen Lehre der dienenden Verfahrensfunktion – für sich genommen²⁹²⁸ – nicht justizierbar²⁹²⁹ und damit in ihrer Bedeutung erheblich marginalisiert.²⁹³⁰ Freilich begegnet § 46 VwVfG – zumal seit seiner Ausweitung durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz von 1996²⁹³¹ – erheblichen grundsätzlichen Bedenken, weil damit der rechtsstaatliche Gesetzesvorrang und der Geltungsanspruch der Rechtsordnung partiell sanktionslos und damit zur Disposition gestellt werden sowie das Verwaltungsverfahren seinen Anspruch als „Verwirklichungsmodus des Rechts“²⁹³² aufgibt.²⁹³³ Die normative Bewertung von Rechtsverstößen nur als „lässliche Sünde“²⁹³⁴ bewirkt zudem eine nachlassende Pflichtenbindung der Behörde und damit eine qualitative Verschlechterung des

2924 Zum rechtsvergleichenden Blick in Rechtsordnungen des Auslandes und der EU s. *Fehling*, VVDStRL 70 (2011), S. 278 (293 ff.).

2925 Generell zur steigenden Komplexität und nachlassenden Normprogrammierung von Verwaltungsentscheidungen *Grimm*, NVwZ 1985, S. 865 (866 f.).

2926 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.8.2006 – Az. 9 VR 5/06, NVwZ 2006, S. 1170 ff.

2927 *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens, S. 73 f.; für eine strenge Handhabung *Riese/Dieckmann*, DVBl. 2010, S. 1343 (1345).

2928 Selbstverständlich wendet das BVerwG § 46 VwVfG nicht an, wenn der Verfahrensverstoß die Verletzung einer materiellen Rechtsposition – was aber ja gerade nicht das Thema des Partizipationsrechts ist – zumindest möglich erscheinen lässt, vgl. BVerwG, Urt. v. 17.12.1986 – Az. 7 C 29/85, NJW 1987, S. 1154 (1155).

2929 BVerwG, Urt. v. 29.4.1993 – Az. 7 A 2/92, LKV 1993, S. 314: „Verfahrensbeteiligungen [hier eines Bundeslandes] erfüllen keinen Selbstzweck; sie haben, wie das Verfahren insgesamt, grundsätzlich dienende Funktion gegenüber dem Verfahrensziel.“

2930 *Erbguth*, DÖV 2012, S. 821 (824).

2931 Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren v. 12.9.1996, BGBl. I S. 1354; dazu näher BT-Drs. 13/3995, S. 8, wonach nun der Anwendungsbereich von § 46 VwVfG auf Ermessensentscheidungen erstreckt wird; *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 290 f.

2932 *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (153 ff.), der folgerichtig in § 46 VwVfG eine (allerdings noch verfassungskonforme) „gezielte Schwächung des Verwaltungsverfahrens“ sieht (a.a.O., S. 176 f.).

2933 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 350; *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, sieht in der Geringschätzung von Verfahrensfehlern eine obrigkeitstaatliche Prägung (S. 109) sowie eine Bevorzugung von Effizienz gegenüber Beteiligung (S. 168).

2934 *Pünder*, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 87.

prozeduralen Gesetzesvollzugs.²⁹³⁵ Dennoch wird die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung von Rechtsprechung und Literatur ungeachtet einigen Unbehagens²⁹³⁶ hauptsächlich aus verfahrensökonomischen Gründen²⁹³⁷ nicht ernsthaft in Zweifel gezogen.²⁹³⁸

Auch wenn die Beschränkung des Verfahrenszwecks auf die inhaltliche Recht- und Zweckmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen mag, greift diese Lehre – jedenfalls für die partizipationsrechtlichen Verfahrensvorschriften – zu kurz. Sie korrespondiert mit der traditionellen Auffassung, die die Funktion von Partizipation – gerade auch im Planungsrecht – auf die Informationsgewinnung für die entscheidende Stelle reduzieren will.²⁹³⁹ Diese Engführung überzeugt aber schon deshalb nicht, weil sie eine Überbetonung des inhaltlichen Informationswertes von Öffentlichkeitsbeteiligung darstellt. Angesichts des Amtsermittlungsgrundsatzes und der behördlichen Zugriffsmöglichkeiten auf Expertenwissen kommt dem sachinformativen Ertrag von Partizipation – mit Ausnahme der Präferenzen und Befindlichkeiten von Betroffenen – ein derart überschaubares Gewicht zu,²⁹⁴⁰ dass darin schwerlich ihre einzige Funktion gesehen werden kann. Zudem werden damit andere Dimensionen von Partizipation – namentlich demokratietheoretischer Natur, wie sie im 1. Kapitel näher beschrieben und belegt sind²⁹⁴¹ – verkannt.²⁹⁴²

Viel naheliegender ist es deshalb, die Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung auch auf Zwecke außerhalb der bloßen Erzielung einer richtigen Sachentscheidung zu beziehen, wie die Herstellung von Transparenz, Akzeptanz und öffentliche Kon-

2935 Ähnlich *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens, S. 74, der unter Bezugnahme auf *Erichsen* von einem „contraedukatorischen Effekt“ spricht.

2936 *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 46 Rn. 5 f.; *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 14 Rn. 87; *Pautsch*, in: *Pautsch/Hoffmann*, *VwVfG*, § 46 Rn. 1; dagegen zeigt *Ronellenfitsch*, *NVwZ* 1999, S. 583 (586 f.), kein solches Unbehagen, sondern begrüßt die Verschärfung von 1996 vielmehr als überfällige Präzisierung.

2937 Vgl. *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 14 Rn. 87, der die Verfahrensökonomie „verfassungsrechtlich verwurzelt“ sieht; präziser *Schmidt-Aßmann/Kaufhold*, *Der Verfahrensgedanke*, § 27 Rn. 85, der die Verfahrenseffektivität als Wirksamkeitsfaktor von Recht im Rechtsstaatsprinzip verankert; s. auch *Schemmer*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, § 46 Rn. 3.

2938 Vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 46 Rn. 8-9; *Schemmer*, in: *Bader/Ronellenfitsch* (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, § 46 Rn. 16; *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 14 Rn. 87; *Pautsch*, in: *Pautsch/Hoffmann*, *VwVfG*, § 46 Rn. 1.

2939 Vgl. *Gärditz*, *GewArch* 2011, S. 273 (275 f.).

2940 Vgl. *J. Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 16; *Fisahn*, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, S. 210.

2941 S. oben, → Rn. 122-157.

2942 *Schneider*, *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, § 28 Rn. 74.

trolle²⁹⁴³ sowie die Sicherung vorgezogener Rechts- und Interessenwahrung.²⁹⁴⁴ Hinzu kommt – ganz besonders für die gesetzlich schwach programmierten Planungsentscheidungen – eine bedeutsame Verbreiterung der demokratischen Legitimationsgrundlage durch eine sachlich-prozedurale Dimension.²⁹⁴⁵ Zwar enthalten die verschiedenen Fachgesetze allgemeine Planungsziele wie z.B. Umweltschutz oder Energieversorgungssicherheit (z.B. §§ 1 BNatSchG, 1 Abs. 1, 2 EnWG). Hinsichtlich deren Umsetzung und Konkretisierung räumen die Gesetze der Planungsbehörde jedoch einen großen Entscheidungsspielraum ein, was ihre normative Steuerungskraft empfindlich reduziert.²⁹⁴⁶ Dies führt zu einer vergleichsweise großen Freiheit der Verwaltung bei der vorzunehmenden Konkretisierung der maßgeblichen Zielvorstellungen einerseits und bei der umfassenden Abwägung aller öffentlichen und individuellen Belange ohne klare „wie“-Vorgabe andererseits.²⁹⁴⁷ Um dies einzuhegen, bewirken partizipationsrechtliche Instrumente eine sachlich-prozedurale Kompensation der sachlich-inhaltlichen Legitimationsschwäche,²⁹⁴⁸ ohne freilich die Entscheidungskompetenz der handelnden Behörde zu schmälern oder gar plebiszitär zu überlagern.²⁹⁴⁹ Konsequenz zu Ende gedacht folgt somit aus dem Demokratieprinzip, dass das Partizipationsniveau umso höher sein muss, je schwächer die parlamentarisch-normative Steuerungskraft ist.²⁹⁵⁰

2943 *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 45 Rn. 11; *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 13 Rn. 1, 15 ff.; *Appel*, *NVwZ* 2012, S. 1361 (1362); *Dolde*, *NVwZ* 2013, S. 769 (770); *Burgi/Durner*, *Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts*, S. 31 ff.; *Gurlit*, *JZ* 2012, S. 833 (834 f.).

2944 *Hamacher*, *Standortauswahl für ein Endlager*, S. 221-223.

2945 S. oben, → Rn. 138-140; *Fisahn*, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, S. 335 ff.; *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 13 Rn. 1, 17 f.; *Rossen-Stadtfeld*, *Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit*, § 29 Rn. 70; *Hamacher*, *Standortauswahl für ein Endlager*, S. 7-9; *Gurlit*, *JZ* 2012, S. 833 (835, 838); ablehnend *Gärditz*, *GewArch* 2011, S. 273 (274 f.), und – besonders pointiert – *Ronellenfitsch*, *NVwZ* 1999, S. 583 (589), der Legitimation durch Verfahren als ein „Relikt aus der spätsozialistischen Motte“ bezeichnet.

2946 *Pöcker*, *DÖV* 2003, S. 980 (981 f.); *Wittreck*, *ZG* 2011, S. 209 (220); *Grimm*, *NVwZ* 1985, S. 865 (866); *Gärditz*, *GewArch* 2011, S. 273 (274).

2947 Vgl. *Würtenberger*, *NJW* 1991, S. 257 (258).

2948 Vgl. v.a. *Wittreck*, *ZG* 2011, S. 209 (220); der Kompensationsgedanke von Inhaltsdefiziten durch Verfahren findet sich bereits bei *Lange*, *VerwArch* 1991, S. 1 (13); siehe auch *Th. Groß*, *DÖV* 2011, S. 510 (511); *J. Ziekow*, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung?*, S. D 18; ebenso – ausdrücklich bezogen auf die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Planfeststellung – *Burgi*, *DBVl* 2011, S. 1317 (1319); *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 13 Rn. 14; *Schmidt-Aßmann*, *AöR* 116 (1991), S. 329 (373); a.A. *Pöcker*, *DÖV* 2003, S. 980 (982 f.), der in dieser Kompensationsfunktion ebenfalls nur eine der Richtigkeit der Entscheidung dienende „Sicherung der Einhaltung der materiellen Grenzen der Abwägung“ sieht und deshalb keinen Eigenwert anerkennt.

2949 *Burgi*, *NVwZ* 2012, S. 277 (280); *Th. Groß*, *VerwArch* 2013, S. 1 (12).

2950 Ähnlich *Schneider*, *Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren*, § 28 Rn. 1; *Burgi/Durner*, *Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts*, S. 33 f.; *Th. Groß*, *VerwArch* 2013, S. 1 (13), hält deswegen einen „völlige[n] Verzicht auf die Legitimationswirkung der Öffentlichkeitsbeteiligung [...] gerade bei gestuften Planungsverfahren mit komplexen Entscheidungssituationen“ für verfassungsrechtlich unzulässig.

Allen diesen partizipationsrechtlichen Verfahrensvorschriften kommt durch die vom Sachergebnis unabhängigen Funktionen ein Eigenwert²⁹⁵¹ zu, der die engen Justiziabilitätsgrenzen der Lehre von der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens überwindet und eine einschränkende Auslegung der Anwendbarkeit von § 46 VwVfG notwendig macht. Denn der mit dieser Norm verbundene Eingriff in das Rechtsstaatsprinzip kann im Kern nur mit der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Soweit also Verfahrensvorschriften gerade nicht ausschließlich der Richtigkeit der Sachentscheidung zu dienen bestimmt sind, vermag diese Rechtfertigung nicht (mehr) zu greifen. Somit kann § 46 VwVfG in verfassungskonformer Auslegung nur solche Verfahrensvorgaben erfassen, deren Funktion sich tatsächlich allein der Sicherstellung einer inhaltlich korrekten Sachentscheidung erschöpft.²⁹⁵² Sobald aber weitere Funktionen – wie etwa bei der Öffentlichkeitsbeteiligung – hinzutreten, scheidet die Anwendung dieser Vorschrift aus. Diese restriktive Auslegung der Anwendbarkeit von § 46 VwVfG ist außerdem dessen Ausnahmecharakter gegenüber dem rechtsstaatlichen Gebot des Gesetzesvorrangs und der Sanktionierbarkeit von Rechtsverletzungen geschuldet.

Partizipationsrechtlich folgt daraus, dass die Verletzung von Verfahrensvorschriften von der Sanktionsfreistellung des § 46 VwVfG nicht erfasst ist und daher – wie bei sogenannten „absoluten“ Verfahrensfehlern,²⁹⁵³ zu denen auch Verletzungen von Beteiligungsrechten anerkannter Umweltverbände zählen²⁹⁵⁴ – in jedem Fall zur Aufhebbarkeit²⁹⁵⁵ der Verwaltungsentscheidung führt.²⁹⁵⁶ Auf einer ähnlichen Linie

2951 Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 49; Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 371; Fehling, VVDStRL 70 (2011), S. 278 ff. (286 f.), der statt von „dienender Funktion“ und „Eigenwert“ des Verwaltungsverfahrens von „instrumenteller“ und „nicht-instrumenteller“ Funktion des Verwaltungsverfahrens spricht; ihm folgend Burgi, DVBl 2011, S. 1317 f.; dezidiert kritisch zur Verwendung des Begriffs „Eigenwert“ des Verwaltungsverfahrens als Gegenbegriff zur dienenden Funktion Gurliit, VVDStRL 70 (2011), S. 227 ff. (234 f.).

2952 Ähnlich Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 350; Schmidt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke, § 27 Rn. 65; Erbuth, DÖV 2012, S. 821 (825); wegen ihrer schwachen Normprogrammierung und strukturell fehlenden Alternativlosigkeit sieht Grimm, NVwZ 1985, S. 865 (871 f.), keine Anwendungsmöglichkeit von § 46 VwVfG auf planungsrechtliche Entscheidungsverfahren.

2953 Dabei handelt es sich um die Verletzung von Verfahrensvorschriften, die eigenständig durchsetzbare Rechtspositionen Beteiligter (wie z.B. § 4 Abs. 1 UmwRG oder die im gemeindlichen Einvernehmen gem. § 36 BauGB zum Ausdruck kommende kommunale Planungshoheit) betreffen und damit ebenfalls Ziele über die Richtigkeit der Sachentscheidung hinaus verfolgen, vgl. BVerwG, Urt. v. 12.II.1997 – Az. 11 A 49/96, NVwZ 1998, S. 395 (398); Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 46 Rn. 26, 29 m.w.N.; Pünder, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 14 Rn. 90; Burgi/Durmer, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, S. 39 f.

2954 BVerwG, Urt. v. 31.10.1990 – Az. 4 C 7/88, NVwZ 1991, S. 162 (164 f.); Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 110; Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 46 Rn. 30.

2955 Selbst aus absoluten Verfahrensfehlern folgt nach dem Prinzip der Planerhaltung keine automatische Aufhebung, sondern ggf. nur ein ergänzendes Verfahren (vgl. etwa § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG und dazu oben, → Rn. 578).

2956 So auch Schüren/Kramer, ZUR 2016, S. 400 (403); ähnlich Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 374 f.; so im Erg. auch Pöcker, DÖV 2003, S. 980 (986).

liegt die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, der in § 46 VwVfG einen Verstoß gegen Art. 11 UVP-RL, 25 IE-RL gesehen hat, wenn danach das Versäumen einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu keiner automatischen Aufhebung der Verwaltungsentscheidung führen soll.²⁹⁵⁷ Aus dieser Rechtsprechung, die aus dem „verfahrensrechtlichen Denken“ des Unionsrechts resultiert,²⁹⁵⁸ wird teilweise eine den absoluten Fehlern vergleichbare Behandlung für Verstöße gegen unionsrechtliche oder unionsrechtlich veranlasste Verfahrensvorschriften – wozu insbesondere alle umweltbezogenen Beteiligungsvorgaben zählen – abgeleitet.²⁹⁵⁹

(2) Fehlende Justiziabilität bei frühzeitiger Öffentlichkeitsbeteiligung

- 713 Einige Vorschriften schließen eine Justiziabilität bei Verfahrensfehlern bezüglich der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung – bis hin zu deren völligem Unterlassen – aus. Dies gilt zum einen für § 214 Abs. 1 BauGB, wonach nur bestimmte Verfahrens- und Formfehler zu einer Unwirksamkeit von Bauleitplänen führen können und der die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung anordnende § 3 Abs. 1 BauGB dazu nicht zählt.²⁹⁶⁰ Dasselbe gilt im Ergebnis für die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht gem. § 25 Abs. 3 VwVfG, weil diese nicht rechtsverbindlich ausgestaltet ist, sondern in das rechtlich nicht überprüfbare Belieben des Vorhabenträgers gestellt ist.²⁹⁶¹ Diese normativ gewollte Sanktionslosigkeit entwertet die davon betroffenen Partizipationsverfahren ganz erheblich. Freilich gilt dies nicht für alle Fälle frühzeitiger Öffentlichkeitsbeteiligung; so ist § 5 Abs. 2 StandAG weitgehend justiziabel, wie nun näher zu zeigen ist.

(3) Besondere Justiziabilitätsvorschriften im Standortauswahlgesetz

- 714 Nicht zuletzt aus Gründen der Glaubwürdigkeit der starken Betonung bürgerschaftlicher Beteiligung als wichtiger Prozessbestandteil bei der Ermittlung eines fachlich geeigneten und möglichst akzeptanzgetragenen Standorts zur Endlagerung hochradioaktiver Abfälle sieht das Standortauswahlgesetz (deutlich stärker als in seiner

2957 EuGH, Urt. v. 15.10.2015 – C-137/14, NVwZ 2015, S. 1665 (Tenor, 1. Spiegelstrich); EuGH, Urt. v. 7.11.2013 – Az. C-72/12, NVwZ 2014, S. 49 (Ls. 3); fortgeführt in EuGH, Urt. v. 28.5.2020 – Az. C-535/18, NVwZ 2020, S. 1177 (Tenor, Ziffer 1, und Rn. 54-60).

2958 Dazu ausf. *Quabeck*, Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens, S. 116 ff.

2959 *Schemmer*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 46 Rn. 18 m.w.N.; noch ausdrücklich offen gelassen von BVerwG, Urt. v. 9.8.2007 – Az. 1 C 47/06, NVwZ 2007, S. 1435 (Rn. 32).

2960 BVerwG, Beschl. v. 23.10.2002 – Az. 4 BN 53/02, NVwZ-RR 2003, S. 172 (173); *Schink*, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 55; *Jeromin*, in: Kröninger/Aschke/Jeromin (Hrsg.), BauGB, § 3 Rn. 6; *Kukk*, in: Schrödter (Hrsg.), BauGB, § 214 Rn. 10.

2961 *Kallerhoff/Fellenberg*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 25 Rn. 71 f.; *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, § 25 Rn. 35.

ersten Fassung von 2013)²⁹⁶² mit einer „Rechtsschutzkonzeption sui generis“²⁹⁶³ eine besondere Justiziabilität vor. Zwar werden die wesentlichen Etappenentscheidungen und die Festlegung des Endlagerstandorts jeweils am Ende durch Bundesgesetz festgelegt, wie § 15 Abs. 3 StandAG für die übertägige Erkundung, § 17 Abs. 2 S. 4 StandAG für die untertägige Erkundung und § 20 Abs. 2 StandAG für den finalen Standortvorschlag regeln.

Um aber die damit verbundene empfindliche Rechtsschutzverkürzung²⁹⁶⁴ zu kompensieren, sieht das Rechtsschutzkonzept des StandAG für die untertägige Erkundung und für die Standortauswahl in den §§ 17 Abs. 3, 19 Abs. 2 vor, dass dem Gesetzgebungsverfahren jeweils ein öffentlich bekannt gemachter und rechtsmittelfähiger Bescheid des Bundesamts für die Sicherheit der nuklearen Entsorgung vorausgehen muss, der das StandAG-konforme Zustandekommen des Vorschlags feststellt.²⁹⁶⁵ Dies umfasst insbesondere auch die Verfahrensvorschriften und somit die Öffentlichkeitsbeteiligung in allen gesetzlich vorgesehenen Teilen.²⁹⁶⁶ Die Klagebefugnis beschränkt sich hierbei – anders als in § 42 Abs. 2 VwGO – keineswegs auf möglicherweise in ihren Rechten verletzte Personen, sondern erfasst ausdrücklich neben den anerkannten Umweltvereinigungen und den territorial betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften auch alle Personen, die in diesen Kreisen und Gemeinden wohnen oder Grundeigentum haben (§§ 17 Abs. 3 S. 3, 19 Abs. 2 S. 6 StandAG). Insofern weist das Standortauswahlgesetz eine besondere – wenngleich auf eine einzige Instanz (das Bundesverwaltungsgericht) beschränkte – Justiziabilität der partizipationsrechtlichen Instrumente auf.

2962 Zur alten Rechtslage vgl. *Wiegand*, NVwZ 2014, S. 830 (833).

2963 *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 17 StandAG Rn. 14.

2964 Vgl. oben, → Rn. 627 f., im Zusammenhang mit der Legalplanung; *Keienburg*, NVwZ 2014, 1133 (1138 f.), thematisiert im Kontext des StandAG a.F. zudem eine unzulässige Verkürzung des unionsrechtlichen UVP-Rechtsschutzes, die nach *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 19 StandAG Rn. 14, maßgeblich zur Rechtsschutzweiterung im StandAG von 2017 geführt hat.

2965 In der ersten Fassung des StandAG galt dies nur für den Vorschlag zur untertägigen Erkundung (§ 17 Abs. 4 StandAG a.F.); krit. dazu *Wiegand*, NVwZ 2014, S. 830 (834); die Rechtsschutzweiterung geht auf einen gutachtengestützten Vorschlag der Endlagerkommission zurück, vgl. *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 19 StandAG Rn. 14, § 17 StandAG Rn. 15; Kommissionsbericht, BT-Drs. 18/9100, S. 380.

2966 Vgl. *Wollenteit*, in: Frenz (Hrsg.), Atomrecht, § 17 StandAG Rn. 25. Nach der Entwurfsbegründung soll dies jedoch nicht für die normierten Aufgaben, Organisation und Fristen der Fachkonferenzen gelten (BT-Drs. 18/11398, S. 55, 57); da diese wegen ihres scheinpartizipativ-repräsentativen Charakters nicht als partizipationsrechtliche Instrumente anzusehen sind, ist dies zwar im hiesigen Zusammenhang weniger relevant (zu pauschal insofern noch in *Haug/Zeccola*, ZUR 2018, S. 75, 83); dennoch mutet es zumindest irritierend an, dass die Entwurfsbegründung insoweit in einem unaufgelösten Widerspruch zum Gesetzeswortlaut – der eine solche Einschränkung nicht kennt – steht.

c) Einordnung in das Partizipationsrecht

- 716 Der partizipationsrechtliche Charakter von Anhörungsrechten im Verwaltungsrecht ist unstrittig; auch die traditionelle Lehre anerkennt dies.²⁹⁶⁷ Denn es handelt sich vollständig oder zumindest nahezu²⁹⁶⁸ um Popularrechte, mit denen Partizipationswillige ohne eigene Rechtsbetroffenheit durch das Vorbringen von Sachhinweisen und Argumenten Einfluss auf das hoheitliche Entscheidungsverfahren der zuständigen Behörde nehmen können. Allerdings zählen zum Partizipationsrecht nach dem hier vertretenen Verständnis nur Normen, die eine Partizipation (zumindest optional) ausdrücklich vorsehen. Daher fallen § 10 VwVfG, soweit er im Rahmen der Verfahrensgestaltungsfreiheit im nichtförmlichen Verfahren auch informelle Partizipation zulässt,²⁹⁶⁹ und ungeachtet ihrer praktischen Bedeutung auch die selbstregulatorischen (rechtlich unverbindlichen)²⁹⁷⁰ VDI-Richtlinien 7000 und 7001²⁹⁷¹ vom Verein Deutscher Ingenieure e.V. nicht unter dieses Begriffsverständnis.
- 717 Für das Partizipationsrecht wesentlich ist zum einen die in der verwaltungsrechtlichen Diskussion umstrittene Frage, ob sich dieses auf verwaltungsrechtliche Anhörungsrechte beschränken lässt, und zum anderen, ob sich deren Zweck in der Einholung bürgerschaftlichen Sachverständs durch die Behörde erschöpft. Dabei ist die erstgenannte Frage primär begriffsdefinitorischer Natur und bei Zugrundelegung der im 1. Kapitel entwickelten Terminologie zu verneinen.²⁹⁷² Aber auch für den zweiten Streitpunkt konnte anhand der Diskussion über den Eigenwert des partizipationsrechtlichen Teils des Verwaltungsverfahrens gezeigt werden, dass die funktionale Engführung bei den Anhörungsrechten nicht überzeugt. Dabei soll und kann gar nicht in Zweifel gezogen werden, dass die Anhörungsrechte der Erweiterung der behördlichen Wissensbasis dienen – womöglich sogar „insbesondere“, wie das in § 4a Abs. 1 BauGB (allerdings gerade nicht abschließend)²⁹⁷³ zum Ausdruck kommt – und damit eine Qualitätssicherungsfunktion für hoheitliche Entscheidungen erfüllen.²⁹⁷⁴

2967 Püttner, in: Tilch/Arloth (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon Bd. 1, S. 889; Württenberger, NJW 1991, S. 257 (260); Gärditz, GewArch 2011, S. 273 (274).

2968 S. oben, → Rn. 568.

2969 Arndt, VBIBW 2015, S. 6; J. Ziekow, NVwZ 2013, S. 754 (756); Gurliit, JZ 2012, S. 833 (840); im klassischen Fall eines bipolaren Verwaltungsverfahrens stellt sich die Frage freilich schon deshalb nicht, weil insofern § 28 VwVfG maßgeblich ist.

2970 Brennecke, VerwArch 2015, S. 34 (41), der aber einen „fachlichen Geltungsanspruch“ sieht.

2971 Vgl. deren Inhaltsverzeichnisse unter https://www.vdi.de/fileadmin/pages/vdi_de/redakteure/richtlinie_n/inhaltsverzeichnisse/2244254.pdf und https://www.vdi.de/fileadmin/pages/vdi_de/redakteure/richtlinien/inhaltsverzeichnisse/3239969.pdf; zur VDI-Richtlinie 7000 instruktiv Brennecke, VerwArch 2015, S. 34 ff.

2972 S. oben, → Rn. 50 f., → Rn. 62-69.

2973 Dies betont J. Ziekow, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 31.

2974 Schmidt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke, § 27 Rn. 60 f.; Schubert, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 24; Schink, in: Spannowsky/Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 3; B. Peters, Legitimation durch

In jedem Fall gilt dies für die verschiedenen Präferenzen der Partizipationswilligen, was angesichts der Integrations- und Bündelungsfunktion von Planung hinsichtlich multipolarer Interessenlagen von nicht unwesentlicher Bedeutung für die inhaltliche Richtigkeit – oder besser: Angemessenheit – des Gesamtausgleichs ist.²⁹⁷⁵ Hinzu kommt eine potenzielle Funktion als Frühwarnsystem für Probleme. Gerade wenn Konfliktlinien frühzeitig erkennbar werden und dafür intelligente Lösungskonzepte erarbeitet werden können, bewirkt die Öffentlichkeitsbeteiligung eine höhere Interessengerechtigkeit sowie eine Wahrscheinlichkeitsreduzierung nachfolgender gerichtlicher Auseinandersetzungen und damit eine Effizienzsteigerung des Gesamtverfahrens.²⁹⁷⁶ Dagegen ist vor einer übertriebenen Fixierung auf die Funktion als Beschaffungsinstrument für sachlich-inhaltliche Informationen zu warnen, da insofern der Behörde noch andere und mit Blick auf den Amtsermittlungsgrundsatz nicht weniger bedeutende Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen.²⁹⁷⁷

Gleichwohl aber dürfte zumindest mit der (Befriedung durch) Akzeptanzerhöhung eine weitere – im Demokratieprinzip verankerte – Partizipationsrechtsfunktion der Anhörungsrechte weitgehend anerkannt sein.²⁹⁷⁸ Des Weiteren belegen verschiedene Fachgesetze wie etwa das UVPG, das MgvG oder das StandAG, dass der Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren der postmodernen Demokratie eine darüber hinausgehende politische Gestaltungsfunktion (vor allem in ihrem Lebensumfeld Berührter)²⁹⁷⁹ im Sinn einer demokratischen Teilhabe zuge wachsen ist.²⁹⁸⁰ Dies bewirkt, wie bereits ausgeführt, eine umso stärkere Legitimationsfunktion, je schwächer die verwaltungsgesetzliche Programmierung angelegt

-
- Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 38; *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 73, sieht darin – jedenfalls für die Anhörung im Planfeststellungsverfahren – sogar nur einen „Nebenzweck“.
- 2975 Ähnlich *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 34 f.; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Begr.), BauGB, § 3 Rn. 3.
- 2976 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 15 f.; *Schink*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 16; *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 212; *Pünder*, in: *Ehlers/Pünder* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 15 Rn. 8; ebenso, wenngleich in anderem Zusammenhang, BT-Drs. 17/9666, S. 15 (rechte Spalte).
- 2977 S. oben, → Rn. 709 m.w.N.; ähnlich auch *Dietz*, in: *Kment* (Hrsg.), ROG, § 15 Rn. 67, im Zusammenhang mit dem Raumordnungsverfahren.
- 2978 *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 17, D 31; *Erbguth*, Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 179 (182 f.); *Würtenberger*, NJW 1991, S. 257 (260 f.); *B. Peters*, DÖV 2015, S. 629 (630); *Uschkerkeit*, in: Pautsch/Hoffmann (Hrsg.), VwVfG, § 73 Rn. 8 f., 42; *E. Hofmann*, in: *Landmann/Rohmer* (Begr.), § 18 UVPG Rn. 1; *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer* (Begr.), § 10 BImSchG Rn. 5; *Schack*, in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 2; *Schink*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), BeckOK BauGB, § 3 Rn. 3; *Chr. Bauer*, VerwArch 2015, S. 112 (120); z.B. auch BT-Drs. 17/6073, S. 19 (rechte Spalte), zur Begründung des NABEG-Gesetzesentwurfs.
- 2979 *Masing*, Mobilisierung des Bürgers, S. 142, wendet sich gegen eine Reduzierung des Betroffenenengagements auf eine Wahrnehmung bloßer Individualinteressen, sondern sieht darin eine Betätigung von „am Gemeinwohl interessierte[n] Staatsbürger[n] als solche[n]“.
- 2980 *Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 196 ff.; *Schink*, ZG 2011, S. 226 (230); ähnlich *Fraenkel-Haeberle*, DÖV 2016, S. 549 (554 f.); s. auch *Runkel*, in: *Spannowsky u.a.* (Hrsg.), ROG, § 9 Rn. 9; ähnlich *E. Hofmann*, JZ 2012, S. 701; a.A. *Schack*, in: *Giesberts/Reinhardt*, BeckOK Umweltrecht, § 10 BImSchG Rn. 2.

ist.²⁹⁸¹ Zugleich schaffen die Anhörungsrechte – im Verbund mit den vorgelagerten behördlichen (breiten) Informationspflichten – ein besonderes Kontrollinstrument der Öffentlichkeit²⁹⁸² im Sinn der Kontroll- und Transparenzfunktion sowie eine das Machtgefälle zulasten der Partizipationswilligen reduzierende Rechenschaftspflicht von Behörde und Vorhabenträger im Sinn der Ausgleichsfunktion.²⁹⁸³

720 Schließlich dient die verwaltungsrechtliche Öffentlichkeitsbeteiligung der rechtsstaatlich gebotenen Grundrechtssicherung als „formalisierte Ausprägung des Gebots auf rechtliches Gehör im Verfahren“ und „dem Anspruch auf ein faires Verfahren“.²⁹⁸⁴ Gerade bei potenziellen Gefahren für materielle Grundrechtsspositionen hat das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung für einen effektiven Grundrechtsschutz – ausdrücklich neben der klassischen Informationsbeschaffungsfunktion – hervorgehoben,²⁹⁸⁵ um „die Wahrscheinlichkeit der eigenen Betroffenheit hinreichend abschätzen zu können“.²⁹⁸⁶ Dies ist ebenfalls als Ausgleich einer reduzierten Steuerungskraft materiellen Rechts besonders relevant²⁹⁸⁷ und wird durch die weitreichenden Vorgaben zum Einsatz von Online-Formaten in der Informationsphase besonders gestärkt.²⁹⁸⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat aus dieser Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts eine rechtsstaatlich zentrale Funktion der vorgezogenen Rechtsschutzgewährung abgeleitet.²⁹⁸⁹ Damit erfüllen die Anhörungs- (und ggf. Erörterungs-)Rechte in der verwaltungsrechtlich

- 2981 Vgl. *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 18; *Spannowsky*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), *BeckOK BauGB*, § 4a Rn. 2.1; daher wiegt die Legitimationsfunktion weniger stark im gebundenen Immissionsschutzrecht, vgl. *J. Ziekow*, a.a.O., S. D 46; s. auch oben, → Rn. 710; ähnlich *Th. Groß*, *VerwArch* 2013, S. 1 (12f.); wie hier für die Raumordnungsplanung *Hager*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 11 Rn. 37, a.A. aber *Erbguth*, Fortentwicklung der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 179 (181); *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 25; *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer* (Begr.), § 10 *BImSchG* Rn. 8, für das Immissionsschutzrecht.
- 2982 *Masing*, Mobilisierung des Bürgers, S. 140 f.; *Schink*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), *BeckOK BauGB*, § 3 Rn. 4a; *Chr. Bauer*, *VerwArch* 2015, S. 112 (120); *Schubert*, in: *Kment* (Hrsg.), *ROG*, § 9 Rn. 23 (allerdings unter wenig überzeugender Zuordnung zum Rechtsstaatsprinzip).
- 2983 Ähnlich *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 15; *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter* (Hrsg.), *BauGB*, § 3 Rn. 3.
- 2984 *Neumann/Külpmann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *VwVfG*, § 73 Rn. 9 f., 47; *B. Peters*, *DÖV* 2015, S. 629 (630); *dies.*, Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?, S. 38 f., 62; s. auch *Uschkerit*, in: *Pautsch/Hoffmann* (Hrsg.), *VwVfG*, § 72 Rn. 10; *Kämper*, in: *Bader/Ronellenfisch* (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, § 73 Rn. 1; *Rossen-Stadfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, § 29 Rn. 39; *Schink*, *ZG* 2011, S. 226 (230 f., m.w.N.), und *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Begr.), *BauGB*, § 3 Rn. 4, jeweils bezogen auf die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Planfeststellung; *Dietlein*, in: *Landmann/Rohmer* (Begr.), § 10 *BImSchG* Rn. 6; *Schink*, in: *Spannowsky/Uechtritz* (Hrsg.), *BeckOK BauGB*, § 3 Rn. 4b; *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 14 f. u. D 35, vorrangig bei potenzieller Betroffenheit subjektiver Rechte; abl. für den Bereich der Bauleitplanung *Schrödter/Wahlhäuser*, in: *Schrödter* (Hrsg.), *BauGB*, § 3 Rn. 8.
- 2985 *BVerfGE* 53, S. 30 (64 f.); s. auch *BVerfGK*, *Beschl. v. 20.2.2008 – Az. 1 BvR 2722/06*, *NVwZ* 2008, S. 780 (Rn. 56); *Fraenkel-Haerberle*, *DÖV* 2016, S. 549 (550).
- 2986 *BVerfGK*, *Beschl. v. 24.10.2017 – Az. 1 BvR 1026/13*, *NVwZ* 2018, S. 573 (Rn. 57).
- 2987 *Fraenkel-Haerberle*, *DÖV* 2016, S. 549 (550).
- 2988 *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Begr.), *BauGB*, § 4a Rn. 6.
- 2989 *BVerfG*, *Urt. v. 24.5.1996 – Az. 4 A 38/95*, *NVwZ* 1997, S. 489 (490); *BVerfG*, *Urt. v. 30.1.2008 – Az. 9 A 27/06*, *NJW* 2008, S. 678 (679 m.w.N.); s. auch *J. Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung?, S. D 14 f.

chen Öffentlichkeitsbeteiligung unbeschadet verschiedener Ausgestaltungen sowohl begrifflich als auch funktional alle Voraussetzungen des hier zugrunde gelegten Partizipationsrechtsverständnisses.

V. Anhörungsrechte 4: Gezielte Einwohnereinbeziehung im Kommunalrecht

1. Kommunale Gebietsänderungen

a) Charakter und Funktion der Anhörungsrechte

Besondere Anhörungsrechte gibt es im Zusammenhang mit territorialen Veränderungen von Gemeinden, die in allen 13 Flächenländern einfachgesetzlich im Kommunalverfassungsrecht vorgeschrieben sind; in sechs Ländern besteht sogar ein Anhörungsgebot auf Verfassungsebene.²⁹⁹⁰ Anders als bei der ebenfalls auf territoriale Veränderungen bezogenen Volksbefragung gem. Art. 29 Abs. 4, 5 GG, die bei Erreichen der qualifizierten Mehrheit gem. Art. 29 Abs. 3 S. 3, 4 GG die Bundesgesetzgebung zum Erlass eines entsprechenden Gesetzes verpflichtet und deshalb ein bedingtes Entscheidungsrecht darstellt,²⁹⁹¹ handelt es sich bei den Anhörungen zu kommunalen Gebietsänderungen um weitgehend nicht-dezisive, rechtlich unverbindliche Artikulationsformate.²⁹⁹² Die Funktion dieser Anhörungsrechte besteht darin, die zuständigen Organe und Stellen über die Meinung der betroffenen Menschen zu informieren, das abwägungserhebliche Material für die am „öffentlichen Wohl“ auszurichtende Entscheidung zusammenzustellen und eine höhere Akzeptanz für die etwaige Gebietsänderung zu generieren.²⁹⁹³ 721

b) Ausgestaltung im Einzelnen

Ungeachtet einer teilweise erkennbaren Parallelisierung der Länderregelungen²⁹⁹⁴ 722 (vor allem bei den Verfassungsbestimmungen) zeigen sich beim näheren Hinsehen doch einige Unterschiede. So sehen nur neun der 13 Flächenstaaten eine unmittelba-

2990 Art. 74 Abs. 2 S. 3 BWVerf, 98 Abs. 2 S. 3 BbgVerf, 59 Abs. 3 NdsVerf, 88 Abs. 2 S. 3 SächsVerf, 90 S. 2 LSAVerf, 92 Abs. 2 S. 3 ThürVerf.

2991 Näher dazu unten, → Rn. 943-953.

2992 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), BWVerf, Art. 74 Rn. 24; *Kaplonek*, in: Baumann-Hasske/Kunzmann (Hrsg.), SächsVerf, Art. 88 Rn. 57.

2993 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), BWVerf, Art. 74 Rn. 23; *Kaplonek*, in: Baumann-Hasske/Kunzmann (Hrsg.), SächsVerf, Art. 88 Rn. 49; vgl. zur verfassungsgerichtlichen Überprüfungsichte dieser Abwägungsentcheidung und zur Ermittlungspflicht der Gesetzgebung BVerfGE 86, S. 90 (Ls. 3 u. S. 108 f., III f.).

2994 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), BWVerf, Art. 74 Rn. 5, macht dafür eine besondere „Rechtsprechungseinheitlichkeit“ verantwortlich, wobei das Bundesverfassungsgericht jedoch keine unmittelbare Bevölkerungshörung (sondern nur die der Körperschaft als solcher) verlangt, vgl. BVerfGE 86, S. 90 (v.a. Ls. 1), und *Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 156; *Meyn*, in: Linck u.a. (Hrsg.), ThürVerf, Art. 92 Rn. 2.

re Partizipation der Betroffenen vor, während sich die Anhörung in vier Ländern sowohl auf Gemeinde- als auch auf Kreisebene auf die Gebietskörperschaften bzw. deren Volksvertretung beschränkt.²⁹⁹⁵ In den neun Ländern mit partizipationsrechtlicher Ausgestaltung unterscheidet sich allerdings noch der Kreis der Anzuhörenden: In sechs Ländern zählen dazu die Bürger und in drei Ländern die Einwohner. Vergleicht man damit die teilweise bestehende verfassungsrechtliche Ausgestaltung, zeigt sich ein erstaunlicher Befund: Denn soweit landesverfassungsrechtliche Regelungen bestehen, bezeichnen diese zwar „die Bevölkerung“ oder (in einem Fall)²⁹⁹⁶ „die Einwohner“ als anhörungsberechtigt, aber drei dieser Länder beschränken diesen Personenkreis auf einfachgesetzlicher Ebene auf die wahlberechtigten Bürger.²⁹⁹⁷ Da der Bevölkerungsbegriff aber alle in einem Gebiet ansässigen Menschen – gerade in Abgrenzung zum Volks- oder Bürgerbegriff – umfasst,²⁹⁹⁸ was außerdem mangels kommunalverfassungsrechtlich kategorialer Unterschiede auch für den Begriff „Einwohner“ gilt,²⁹⁹⁹ handelt es sich dabei um eine rechtsmethodisch nicht haltbare Engführung des verfassungsrechtlichen Bevölkerungs- bzw. Einwohnerbegriffs durch die einfache Parlamentsgesetzgebung. So versteht demgegenüber die sächsische Gesetzgebung bei einem nahezu wortgleichen Verfassungstext unter „Bevölkerung“ alle Einwohner ab 16 Jahren (§ 8a Abs. 1 S. 1 SächsGemO); ähnlich verhält es sich in Niedersachsen und Thüringen.³⁰⁰⁰

723 Des Weiteren unterscheiden sich die Anhörungsberechtigten hinsichtlich ihrer geografischen Reichweite: Während in acht Ländern nur die Bürger bzw. Einwohner, „die in den unmittelbar betroffenen Gebieten wohnen“³⁰⁰¹ bzw. „deren gemeindliche Zugehörigkeit wechselt“³⁰⁰² anzuhören sind, gilt dies in Niedersachsen für alle Einwohner der betroffenen Gemeinden (§ 25 Abs. 4 NKomVG); insoweit besteht auch kein Widerspruch zwischen den Landesverfassungen und dem einfachen Recht. Soweit der Berechtigtenkreis betroffenheitsabhängig eingeschränkt ist, besteht darüber Streit, ob im Fall der Ein- oder Ausgemeindung neben den Einwohnern der ein- oder auszugemeindenden Gebiete auch die der aufnehmenden Ge-

2995 §§ 19 Abs. 2 S. 1 GemO NRW, 16 Abs. 3 KrO NRW, 11 Abs. 2 S. 2 GemO RLP, 7 Abs. 1 S. 2 LKO RLP, 15 Abs. 3 KSVG SL, 15 Abs. 1 S. 1 GemO SH, 15 Abs. 1 S. 1 KrO SH.

2996 Vgl. Art. 90 S. 2 LSAVerf.

2997 Vgl. §§ 8 Abs. 3 S. 3 GemO BW, 40 KomWG BW, §§ 6 Abs. 8 BbgKVerf, 2 Abs. 1 BbgAnhV; § 18 Abs. 3 S. 2 KVG LSA; *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), BWVerf, Art. 74 Rn. 24; ebenso *Lieber*, in: *Lieber/Iwers/Ernst* (Hrsg.), BbgVerf, Art. 98 Ziff. 4.

2998 Vgl. *Kaplonek*, in: *Baumann-Hasske/Kunzmann* (Hrsg.), SächsVerf, Art. 88 Rn. 54.

2999 Vgl. *Kaplonek*, in: *Baumann-Hasske/Kunzmann* (Hrsg.), SächsVerf, Art. 88 Rn. 54; *Waechter*, in: *Epping u.a.* (Hrsg.), NdsVerf, Art. 59 Rn. 40; *Meyn*, in: *Linck u.a.* (Hrsg.), ThürVerf, Art. 92 Rn. 52.

3000 § 25 Abs. 4 S. 2 NKomVG; zust. *Mehde*, in: *Dietlein/Mehde* (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht NI, § 25 NKomVG Rn. 8; Thüringen hatte den verfassungsrechtlichen Bevölkerungsbegriff zunächst auch auf die wahlberechtigte Bürgerschaft beschränkt, dies aber später korrigiert (§ 9 Abs. 3 S. 2, 3 ThürKO), vgl. *Meyn*, in: *Linck u.a.* (Hrsg.), ThürVerf, Art. 92 Rn. 52.

3001 §§ 8 Abs. 3 S. 3 GemO BW, 6 Abs. 8 S. 1 BbgKVerf, 16 Abs. 3 S. 3 HGO, 11 Abs. 1 S. 2 KV M-V, 18 Abs. 3 S. 2 KVG LSA, 9 Abs. 3 S. 2 ThürKO; ähnlich § 8a Abs. 1 S. 1 SächsGemO.

3002 Art. 11 Abs. 4 BayGO.

meinde anzuhören sind. Dagegen spricht, dass sich deren kommunale Zuordnung durch die Maßnahme nicht ändert. Aber in den Fällen, in denen sich die Größe, Struktur oder Teilortsgewichte der aufnehmenden Kommune erheblich verändern, ist eine hinreichende Betroffenheit auch für deren Bevölkerung zu bejahen.³⁰⁰³

Des Weiteren ist das Anhörungserfordernis in fast allen Ländern auf Gebietsänderungen von Gemeinden beschränkt. Sind dagegen Gemeindeverbände – also insbesondere Landkreise – betroffen, ist allein in Bayern eine unmittelbare Beteiligung der Kreisbürger, deren Kreiszugehörigkeit wechselt, vorgesehen; in den anderen Ländern sind dagegen nur die betroffenen Gebietskörperschaften oder deren Volksvertretungen anzuhören.³⁰⁰⁴ Auch dies bewegt sich im Rahmen der ggf. vorhandenen verfassungsrechtlichen Vorgaben.³⁰⁰⁵ Außerdem besteht in fast allen Ländern die Notwendigkeit der Bevölkerung Anhörung unabhängig davon, ob die Gebietsänderung durch das Land (durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes) oder durch eine Vereinbarung der betroffenen Gemeinden (mit staatlicher Genehmigung) erfolgt. Allein in Hessen ist die partizipativ-unmittelbare Anhörung der Bürger nur für den Fall der freiwilligen Vereinbarung zwischen den betroffenen Gemeinden vorgeschrieben.³⁰⁰⁶

Soweit die Anhörungspflicht verfassungsrechtlicher Natur ist, handelt es sich dabei stets um eine zwingende Verfahrensvoraussetzung für Gebietsänderungen von Gemeinden, deren Fehlen zur Nichtigkeit des Neuzuschnitts führt;³⁰⁰⁷ manche Landesverfassungsgerichte verlangen dafür jedoch eine potenzielle Ergebnisrelevanz der unterbliebenen Anhörung.³⁰⁰⁸ Eine solche Verletzung der Anhörungspflicht kann

3003 So auch *Kaplonek*, in: Baumann-Hasske/Kunzmann (Hrsg.), SächsVerf, Art. 88 Rn. 56; *Aker* u.a., GemO BW, § 8 Rn. 4.1; ebenfalls differenziert *Meyn*, in: Linck u.a. (Hrsg.), ThürVerf, Art. 92 Rn. 53; dagegen für eine generelle Anhörungspflicht der aufnehmenden Gemeinde *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), BWVerf, Art. 74 Rn. 24.

3004 Vgl. §§ 7 Abs. 3 LKrO BW, 14 Abs. 1 S. 2 HKO, 16 Abs. 3 KrO NRW, 7 Abs. 1 S. 2 LKO RLP, 7 Abs. 3 SächsLKrO, 15 Abs. 1 S. 1 KrO SH.

3005 Art. 74 Abs. 3 BWVerf, 59 Abs. 3 NdsVerf, 88 Abs. 3 SächsVerf sehen keine Anhörung (auf Kreisebene) vor, wobei eine Pflicht zur Anhörung der betroffenen Gebietskörperschaften aus der Selbstverwaltungsgarantie folgt und insofern nur deklaratorisch wäre, vgl. BVerfGE 86, S. 90 (Ls. 1); dagegen sehen Art. 92 Abs. 3 S. 3 ThürVerf und Art. 98 Abs. 3 S. 3 BbgVerf ausdrückliche Anhörungen der Gebietskörperschaften bzw. deren Organe vor, während Art. 90 LSAVerf die Frage der Ausgestaltung der Anhörung der einfachgesetzlichen näheren Ausgestaltung überantwortet.

3006 Bei gesetzlichen Zwangsmaßnahmen sind lediglich die betroffenen Gebietskörperschaften anzuhören, vgl. *Fuhrmann*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht HE, § 16 HGO Rn. 51; in Sachen ist bei einer Eingemeindung bzw. einem Zusammenschluss von mehreren Gemeinden sogar ein Bürgerentscheid vorgeschrieben, § 8a Abs. 3 SächsGemO.

3007 *Pautsch*, in: Haug (Hrsg.), BWVerf, Art. 74 Rn. 24; *Kaplonek*, in: Baumann-Hasske/Kunzmann (Hrsg.), SächsVerf, Art. 88 Rn. 59; *Waechter*, in: Epping u.a. (Hrsg.), NdsVerf, Art. 59 Rn. 41.

3008 NdsStGH, Urt. v. 3.6.1980 – Az. 2/79 – juris (Ls. 2 u. Rn. 46 Rn. ff.), und LVerfG LSA, Urt. v. 13.6.2006 – Az. LVG 14/05 – juris (Rn. 36), jeweils bezüglich des Anhörungsrechts von Gebietskörperschaften; so auch *Lieber*, in: Lieber/Iwers/Ernst (Hrsg.), BbgVerf, Art. 98 Ziff. 4; a.A. – für eine generelle Nichtigkeit – StGH BW, Urt. v. 6.2.1976 – Az. GR 66/74 – juris (Ls. 4); BbgVerfG, Urt. v. 18.12.2003 – Az. 95/03 – juris (Rn. 22); SächsVerfGH, Urt. v. 23.06.1994 – Az. Vf. 22-VIII-93, https://www.justiz.sachsen.de/esave/r/internet/1993_022_VIII/1993_022_VIII.pdf, S. 14; so auch *Waechter*, in: Epping u.a. (Hrsg.), NdsVerf, Art. 59 Rn. 42.

mangels prozessualer Instrumente nicht von den Anhörungsberechtigten selbst, sondern nur von den Gemeinden im Weg eines kommunalen Normenkontrollantrags (vgl. Art. 76 BWVerf, 90 SächsVerf) oder durch die Kommunalverfassungsbeschwerde (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG) verfassungsgerichtlich geltend gemacht werden.³⁰⁰⁹ Dieselbe Rechtsfolge gilt in den Ländern mit einer nur einfachgesetzlichen Anhörungspflicht dagegen nur für gebietsändernde Vereinbarungen zwischen den Gemeinden und deren rechtsaufsichtliche Genehmigungen, weil sowohl die Gemeinden als auch die Aufsichtsbehörden – anders als eine gesetzliche Neugliederungsmaßnahme – an die einfachgesetzlichen Regelungen gebunden sind.

726 Die konkrete Durchführung der Anhörung ist in den landesrechtlichen Regelungen nur teilweise näher ausgestaltet. Aus dem Anhörungsbegriff folgt allerdings, dass die Anhörungsberechtigten über die Maßnahme und ihre Gründe informiert werden und eine ergebnisoffene Rückäußerung möglich ist,³⁰¹⁰ was auch ein ausreichendes Zeitfenster bedingt.³⁰¹¹ Da eine Anhörung begrifflich passiver als eine Befragung ist, genügt – wie bei den zuvor behandelten verwaltungsrechtlichen Anhörungsrechten – als Minimalform eine entsprechend öffentlich bekannt gemachte Auslegung – wie das in Thüringen das Verfassungsgericht,³⁰¹² in Brandenburg (neben anderen Beteiligungsformen) die Anhörungsverordnung³⁰¹³ (§ 5 Abs. 1 BbgAnhV) und in Sachsen das Gesetz (§ 8a Abs. 1 S. 2, 3 SächsGemO) vorsehen –, wenn auch eine definierte³⁰¹⁴ Äußerungsmöglichkeit für Interessierte besteht. Aber auch aktivere Durchführungsformen der Anhörung sind möglich, so z.B. Einwohnerversammlungen, Befragungen etwa in brieflicher Form (§ 6 Abs. 1, 3 BbgAnhV) oder auch die Durchführung förmlicher Abstimmungen, wie das in Bayern und Baden-Württemberg geregelt ist.³⁰¹⁵ Diese einfachgesetzliche Ausgestaltung geht dann allerdings über die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Beteiligungsform der bloßen Anhörung hinaus, was rechtlich jedoch unproblematisch ist. Bei gezielt auf die Beteiligungsberechtigten zugehenden Frageformaten handelt es sich dann um stärkere Konsultationsformen, wie sie als Befragungsrechte im nächsten Abschnitt näher behandelt werden.

3009 *Waechter*, in: Epping u.a. (Hrsg.), NdsVerf, Art. 59 Rn. 39; *Mehde*, in: Dietlein/Mehde (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht NI, § 25 Rn. 11; *Kaplonek*, in: Baumann-Hasske/Kunzmann (Hrsg.), SächsVerf, Art. 88 Rn. 50.

3010 ThürVerfGH, Urt. v. 18.9.1998 – Az. 1/97, 4/97 – juris (Rn. 91); *Waechter*, in: Epping u.a. (Hrsg.), NdsVerf, Art. 59 Rn. 37 (bezüglich der Anhörung der Gemeinde als solcher).

3011 *Lieber*, in: Lieber/Iwers/Ernst (Hrsg.), BbgVerf, Art. 98 Ziff. 4; *Meyn*, in: Linck u.a. (Hrsg.), ThürVerf, Art. 92 Rn. 54.

3012 ThürVerfGH, Urt. v. 18.9.1998 – Az. 1/97, 4/97 – juris (Rn. 92).

3013 Verordnung zur Regelung des Verfahrens der Anhörung der Bürger bei Gebietsänderungen v. 3.1.2002, GVBl. II, S. 99.

3014 Vgl. BbgVerfG, Urt. v. 18.12.2003 – Az. 95/03 – juris (Rn. 19).

3015 Art. 11 Abs. 4 BayGO, 8 Abs. 5 S. 2 BayLKrO i.V.m. § 12 Abs. 3 NHGV, § 8 Abs. 5 GemO BW i.V.m. § 40 KomWG BW.

c) Partizipationsrechtliche Bedeutung

Aufgrund der hohen Bedeutung von Gemeinden für die Daseinsvorsorge können kommunale Gebietsänderungen erhebliche Folgen für das unmittelbare Lebensumfeld von Menschen haben, weshalb die partizipationsrechtliche Relevanz der Bevölkerung Anhörung in diesem Kontext nicht gering zu achten ist. Entscheidungen dieser Art bewegen sich stets zwischen den Polen der Bürgernähe einerseits und der Notwendigkeit einer hinreichenden Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der kommunalen Aufgaben andererseits.³⁰¹⁶ In diesem Spannungsverhältnis neben den Gebietskörperschaften auch die betroffenen Menschen „mitzunehmen“ und einzubinden, ist deshalb auch vor dem Hintergrund der legitimatorischen Relevanz von (kommunaler) Selbstverwaltung partizipationsrechtlich bedeutsam.

2. Kinder- und Jugendbeteiligung

Sehr viel weniger konkret ausgestaltet ist die in zehn Ländern den Kommunen pflichtweise (meist als Sollbestimmung)³⁰¹⁷ auferlegte Kinder- und Jugendbeteiligung.³⁰¹⁸ So wird den Gemeinden (und in manchen Ländern auch den Kreisen)³⁰¹⁹ das „ob“ dieser Einbeziehung vorgegeben, indem sie „bei Planungen und Vorhaben, die die Interessen von Kindern und Jugendlichen³⁰²⁰ berühren,³⁰²¹ diese in angemessener Weise beteiligen“ sollen. Das „wie“ der Mitwirkung bleibt dagegen den Kommunen überlassen, die hierfür – unter Berücksichtigung der gesetzlichen Grenzen durch das Organisationsgefüge der Kommune³⁰²² sowie ggf. der örtlichen Gegeben-

3016 Meyn, in: Linck u.a. (Hrsg.), ThürVerf, Art. 92 Rn. 20 ff.

3017 Der damit eingeräumte Abweichungsspielraum für atypische Konstellationen kann beispielsweise bei ungewöhnlich hoher Komplexität des Themas oder besonderer Eilbedürftigkeit genutzt werden, vgl. Brenndörfer, in: Dietlein/Pautsch (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht BW, § 41a GemO Rn. 1; Dünchheim, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht HE, § 4c HGO Rn. 18.

3018 Strikt gebunden in §§ 41a GemO BW (nur für Jugendliche), 18a Abs. 1, 2 BbgKVerf, 18 VerfBrvh, 33 BezVG HH, 47f Abs. 1 GemO SH; Soll-Bestimmungen in §§ 4c HGO, 36 NKomVG, 16c GemO RLP, 47a SächsGemO, 26a ThürKO; nur fakultativ dagegen in § 49a KSVG SL, was lediglich appellativen Charakter hat, da die Kommunen ohnehin frei darin sind, betroffene Einwohnergruppen bei bestimmten Projekten zu beteiligen, soweit keine gesetzlichen Zuständigkeiten oder Rechte von Organen eingeschränkt werden (vgl. dazu HessVGH, Beschl. v. 14.12.2021 – Az. 5 A 649/18.Z, NVwZ 2022, S. 573, Ls. 1).

3019 §§ 4c HKO, 11c LKO RLP, 43a SächsLKrO.

3020 Aus dem systematischen Zusammenhang der Norm folgt, dass jeweils die Kinder und Jugendlichen in der Einwohnerschaft der betreffenden Gemeinde gemeint sind, vgl. Dünchheim, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht HE, § 4c HGO Rn. 9; a.A. Brenndörfer, in: Dietlein/Pautsch (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht BW, § 41a GemO Rn. 3.

3021 Der Begriff der Interessenberührung ist weit auszulegen und umfasst keineswegs nur Projekte, die primär oder gar ausschließlich für Kinder und Jugendliche relevant sind, vgl. Dünchheim, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht HE, § 4c HGO Rn. 6 f., 8.

3022 So betont der HessVGH, Beschl. v. 14.12.2021 – Az. 5 A 649/18.Z, NVwZ 2022, S. 573 (Ls. 2 u. Rn. 16), den abschließenden Charakter der zur Kinder- und Jugendbeteiligung vorhandenen Bestimmungen der §§ 4c, 8c HGO.

heiten³⁰²³ – „geeignete Verfahren entwickeln und durchführen“ sollen, die über die normalen kommunalrechtlichen Teilnehmungsformate, die zumindest teilweise auch Kindern und Jugendlichen offenstehen,³⁰²⁴ hinausgehen (z.B. Jugendforen, Schulworkshops, Internetblogs, Umfragen in Schulen und/oder im Internet³⁰²⁵).³⁰²⁶

729 Aber unabhängig davon, wie diese Verfahren im Einzelnen aussehen mögen, machen die rechtlichen Bestimmungen klar, dass sie sich an alle Kinder und Jugendlichen in der Kommune richten müssen (und nicht etwa nur an etwaige Interessenvertretungen z.B. in den Schulen)³⁰²⁷ und damit einen (alterseingeschränkten)³⁰²⁸ Popularcharakter aufweisen.³⁰²⁹ Des Weiteren geht es mit den als Teilnehmungsgegenstand genannten Planungen und Vorhaben um hoheitliche (Selbstverwaltungs-)Entscheidungsprozesse, weshalb auch diese wichtige Partizipationsrechtsbedingung erfüllt ist. Und schließlich müssen diese Verfahren eine echte Mitgestaltung ermöglichen³⁰³⁰ und top-down von der kommunalen Seite ausgehen, weshalb sie in die Kategorie der Konsultationsrechte fallen. Die Bedeutung dieser Teilnehmungsangebote ist vorrangig edukativer Natur, weil sie mit den Kindern und Jugendlichen die Gemeinde- und Staatsbürger von morgen für die partizipative Mitgestaltung ihres Lebensumfeldes und des dafür maßgeblichen hoheitlichen Rahmens aktiviert und so für eine spätere aktiv-demokratische Haltung über die Wahlteilnahme hinaus zu gewinnen versucht.³⁰³¹

VI. Befragungsrechte

1. Volks-, Einwohner- und Bürgerbefragung

a) Begriff

730 Eine besonders zielgerichtete Form von Konsultation stellen Volksbefragungen auf staatlicher und Einwohner- oder Bürgerbefragungen auf kommunaler Ebene dar.

3023 *Brenndörfer*, in: Dietlein/Pautsch (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht BW, § 41a GemO Rn. 7.

3024 Vgl. *Brenndörfer*, in: Dietlein/Pautsch (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht BW, § 41a GemO Rn. 23 f.

3025 *Brenndörfer*, in: Dietlein/Pautsch (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht BW, § 41a GemO Rn. 10.

3026 Formulierungen aus § 16c GemO RLP; ebenso oder ähnlich §§ 41a Abs. 1 S. 1, 2 GemO BW, 18a Abs. 1, 2 BbgKVerf, 4c HGO, 33 BezVG HH, 36 NKomVG, 47a SächsGemO, 47f GemO SH.

3027 *Dünchheim*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht HE, § 4c HGO Rn. 10.

3028 Dabei müssen sich die Teilnehmungsangebote nicht strikt auf die Altersgrenzen, wie sie etwa in § 7 Abs. 1 Nr. 1, 2 SGB VIII geregelt sind, beziehen, sondern können insbesondere auch noch ältere „Jugendliche“ einbeziehen, vgl. *Brenndörfer*, in: Dietlein/Pautsch (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht BW, § 41a GemO Rn. 4.

3029 Aus diesem Grund bleiben die kommunalrechtlich ebenfalls bekannten Kinder- und Jugendvertretungen, die nicht partizipativ, sondern repräsentativ konzipiert sind, hier außer Betracht (ungeachtet ihres demokratisch-edukatorischen Wertes, s. dazu unten, → Rn. 853).

3030 *Dünchheim*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht HE, § 4c HGO Rn. 12.

3031 Ähnlich auch *Dünchheim*, in: Dietlein/Ogorek (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht HE, § 4c HGO Rn. 1; *Seybold*, in: Dietlein/Mehde, BeckOK Kommunalrecht NI, § 36 NKomVG Rn. 1.

Darunter wird eine „von oben“ – also von den zur Entscheidung berufenen Staats- oder Kommunalorganen – festgelegte Befragung des Volks oder der Einwohner- bzw. Bürgerschaft verstanden, die als förmliche Abstimmung durchgeführt wird, deren Ergebnis aber rechtlich unverbindlich ist.³⁰³² Die Abstimmungsmodalitäten entsprechen dabei denen eines Volks- oder Bürgerentscheids, indem die Abstimmungsberechtigten durch entsprechende Benachrichtigungen zur Abstimmungsteilnahme in dafür an einem Abstimmungstag offiziell eingerichteten Abstimmungslokalen aufgerufen werden.

Ist das Abstimmungsergebnis inhaltlich und verfahrensmäßig unverbindlich, spricht man von einer „konsultativen“, „informativischen“ oder „konstruktiven“ Volks- oder Einwohner- bzw. Bürgerbefragung, von einem „imperfekten Referendum“ oder von einer „Volksenquête“.³⁰³³ Soll das Abstimmungsergebnis dagegen die zuständige Regierung oder Kommunalverwaltung zur Erarbeitung einer abstimmungskonformen Vorlage an die Volksvertretung verpflichten, ohne dass diese bei ihrer Entscheidung einer rechtlichen Bindung an das Abstimmungsergebnis unterläge, wird der Begriff einer „qualifizierten“ Volks- oder Einwohner- bzw. Bürgerbefragung verwendet. Als Funktionen solcher Befragungsinstrumente kommen (jedenfalls bei einem mehrheitsabhängigen Initiativrecht)³⁰³⁴ die Meinungserforschung, die partizipationsvermittelte Einbindung der Bevölkerung, die höhere Akzeptanz für ein bestimmtes Projekt, die Absicherung durch eine unmittelbarere demokratische Legitimation oder auch nur die Selbstbestätigung der Regierenden in Betracht.³⁰³⁵

b) Erscheinungsformen

Während in vielen EU-Staaten das Instrument der Volksbefragung sogar auf nationaler Ebene bekannt ist (z.B. Art. 49b ÖsterrB-VG) und ganz überwiegend für besonders bedeutende Themen wie das Wahlrecht, die Wehrpflicht oder den Bau eines Atomkraftwerks eingesetzt wird,³⁰³⁶ fristet es in Deutschland bislang noch ein Schattendasein, indem es letztlich nur in wenigen Bundesländern allein auf kommunaler Ebene existiert.

3032 Näher zur Unverbindlichkeit als Wesensmerkmal von (kommunalen) Bürger- und Einwohnerbefragungen *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 30-34.

3033 *Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie, Rn. 240 m.w.N.; *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 29 m.w.N.; s. auch *Pestalozza*, NJW 1981, S. 733 (734), der vom „imperfekten Referendum“ als „demokratisches Minimum“ spricht; zum tautologischen Charakter von „konsultativ“ bzw. „informativisch“ und „Befragung“ s. *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (38).

3034 Die Ausgestaltung als Initiativrecht einer Minderheit im Gremium ist noch nicht ernsthaft erwogen worden; zu entsprechenden Diskussionsansätzen s. unten, Fn. 3041.

3035 Zu den Funktionen näher *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 36 ff., 262 ff. (staatliche Ebene), 272 ff. (kommunale Ebene).

3036 Siehe die einzelnen Angaben bei *Pautsch*, Das „Plebiszit von oben“, S. 143 (147).

(1) Anwendungsbereich auf staatlicher Ebene

- 733 So gibt es auf staatlicher Ebene trotz verschiedener Versuche und Vorstöße keine geltenden Rechtsvorschriften über eine (thematisch offene)³⁰³⁷ Volksbefragung. In Bayern wurde zwar 2015 auf einfachgesetzlicher Ebene die Möglichkeit einer Volksbefragung „über Vorhaben des Staates mit landesweiter Bedeutung“ verankert, was sich vor allem auf die landesweit relevante Infrastruktur bezog (Art. 88a BayLWG a.F.).³⁰³⁸ Da zudem die Gesetzgebung davon ausdrücklich ausgeschlossen war,³⁰³⁹ bezog sich dieses Befragungsinstrument hauptsächlich auf den Funktionsbereich der Exekutive.³⁰⁴⁰ Die Berechtigung für die Ansetzung einer solchen Volksbefragung lag gemeinsam bei Landtag und Staatsregierung, deren Befugnisse durch das Abstimmungsergebnis „unberührt“ bleiben sollten.³⁰⁴¹ Allerdings wurde diese Regelung, ohne zum Einsatz gekommen zu sein, bereits 2016 vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig und nichtig erklärt, weil dieses Instrument auf eine relevante Modifikation des verfassungsrechtlichen Organgefüges ziele und deshalb eine Verankerung in der Verfassung nötig (aber auch möglich) gewesen sei.³⁰⁴²
- 734 In Mecklenburg-Vorpommern brachten 2018 die damaligen Regierungsfractionen – in Umsetzung der Vorgaben aus der bayerischen Entscheidung – eine Initiative zur Änderung der Landesverfassung in den Landtag ein, die auf eine Verankerung einer qualifizierten Volksbefragung gerichtet war. Diese hätte jeden landesweit bedeutsamen Gegenstand der politischen Willensbildung im Rahmen der Landeszuständigkeiten betreffen sollen wie beispielsweise Infrastrukturprojekte, aber auch hochpolitische Fragen wie eine Absenkung des Wahlalters.³⁰⁴³ Ausgeschlossen hätten hier Haushalt, Abgaben und Besoldung sein sollen,³⁰⁴⁴ was einen sinnwidrigen Schutz des Parlaments vor sich selbst darstellt, da die Befragung auch hier nur durch

3037 Zur (bedingt dezisiven) Volksbefragung i.S.v. Art. 29 Abs. 4, 5 GG s. unten, → Rn. 947 f.

3038 LT-Drs. BY 17/1745, S. 5 (linke Spalte); zur kompetenzrechtlichen Problematik hinsichtlich der bundesgesetzlichen Verfahrens- und Verwaltungsregelungen *Grzeszick*, Die Volksbefragung, S. 127 (131), und *Pautsch*. Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (257); s. auch die einschränkende Auslegung des Befragungsgegenstands und der Hinweis auf die Kompetenzabgrenzung zur kommunalen Ebene von *Möstl*, BayVBl. 2015, S. 217 (222 f.).

3039 Zum Hintergrund dieser Einschränkung vgl. *Thum*, BayVBl. 2015, S. 224 (227).

3040 Daher betont die Entwurfsbegründung die Partizipationsmöglichkeiten „im Bereich der Aufgaben [...], die der Staatsregierung als oberster leitender und vollziehender Behörde [...] obliegen“, vgl. LT-Drs. BY 17/1745, S. 4 (linke Spalte); s. auch *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (35); *Grzeszick*, Die Volksbefragung, S. 127 (130).

3041 In diesem Kontext wurde – auch aufgrund oppositioneller Anträge – über ein Recht einer parlamentarischen Minderheit, eine Volksbefragung zu verlangen, diskutiert; nach *Grzeszick*, Die Volksbefragung, S. 127 (137 ff.), steht der Opposition – auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes ihrer Effektivität – kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf ein solches Minderheitenrecht zu; *Thum*, BayVBl. 2015, S. 224 (230), hält es sogar für unzulässig, weil damit das Regierungshandeln erschwert werden könnte.

3042 BayVerfGH, Entsch. v. 21.II.2016 – Az. Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017, S. 319 (Ls. 3 u. Rn. 106-III).

3043 Art. 60a Abs. 1 S. 1, 2 MVVerf-E, LT-Drs. M-V 7/2575, S. 4, 6 u. 9.

3044 Art. 60a Abs. 1 S. 3 MVVerf-E, LT-Drs. M-V 7/2575, S. 4.

Landtag(smehrheit) und Landesregierung übereinstimmend hätte möglich sein sollen.³⁰⁴⁵ Bei Erreichen eines Zustimmungsquorums von einem Viertel der Wahlberechtigten sollte die Landesregierung zu einem Bericht an den Landtag „über die Art und Weise der Umsetzung des Ergebnisses“ verpflichtet sein,³⁰⁴⁶ ohne dass der Landtag dadurch gebunden gewesen wäre.³⁰⁴⁷ Nach einer öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Landtags³⁰⁴⁸ wurde das Vorhaben jedoch wegen fehlender Erfolgsaussichten mit Blick auf die erforderliche Zweidrittelmehrheit³⁰⁴⁹ nicht zur Entscheidung gebracht.³⁰⁵⁰

(2) Anwendungsbereich auf kommunaler Ebene

Anders sieht es auf der kommunalen Ebene aus. So kennen die Kommunalverfassungen in fünf Ländern das Instrument einer – stets konsultativen – Einwohner- bzw. Bürgerbefragung. Während sich die Regelung in Brandenburg auf eine bloße Erwähnung der Einwohnerbefragung (neben Einwohnerfragestunden und Einwohnerversammlungen) als eine „Form kommunaler Öffentlichkeitsarbeit“ beschränkt, verfügen Niedersachsen, das Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein über eine nähere gesetzliche Ausgestaltung dieses Konsultationsrechts.³⁰⁵¹ Dabei zeigen sich einige Unterschiede und Besonderheiten: Dies beginnt bereits bei den verschiedenen kommunalen Ebenen, auf denen solche Befragungen möglich sind. So sehen alle Länder eine Befragung auf Gemeindeebene sowie – mit Ausnahme Schleswig-Holsteins – auch auf Kreisebene vor, aber nur drei Länder auch auf Ortsteilebene.³⁰⁵²

Der Kreis der Teilnahmeberechtigten ist in Sachsen-Anhalt auf die Bürger – also Personen mit Wahl- und Abstimmungsrecht – beschränkt. In den anderen Ländern können die Einwohner – also auch Personen mit einer EU-ausländischen Staatsangehörigkeit oder Nebenwohnsitz – befragt werden, wobei nur Niedersachsen mit 14 Jahren eine Mindestaltersgrenze nennt;³⁰⁵³ in den anderen Ländern wird man nach allgemeinen Grundsätzen von der für kommunale Wahlen und Abstimmungen

3045 Weshalb in der bayerischen Regelung genau darauf verzichtet wurde, vgl. *Thum*, BayVBl. 2015, S. 224 (228).

3046 *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (257 f.), leitet aus der Formulierung lediglich eine Befassungs-, nicht aber eine dezidierte Handlungspflicht ab.

3047 Vgl. Art. 60a Abs. 3 MVVerf-E, LT-Drs. M-V 7/2575, S. 4 u. 6.

3048 Vgl. das Wortlautprotokoll der 40. Sitzung am 17.10.2018 unter https://www.landtag-mv.de/fileadmin/m/edia/Dokumente/Ausschuesse/Rechtsausschuss/7_WP/Protokolle/kupr_40.pdf.

3049 Näher dazu *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (254).

3050 Eine erneute Beratung oder Beschlussfassung im Plenum oder in den Ausschüssen ist nicht erfolgt (vgl. Landtag Mecklenburg-Vorpommern, Siebte Wahlperiode, S. 382), so dass die Gesetzesinitiative am Ende der 7. Wahlperiode der Diskontinuität anheimgefallen ist.

3051 §§ 13 S. 2 BbgKVerf, 35 NKomVG, 20b KSVG SL, 28 Abs. 2 KVG LSA, 16c Abs. 3 GemO SH.

3052 Brandenburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein; s. dazu auch *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 268 f.

3053 § 35 S. 1 NKomVG.

maßgeblichen Altersgrenze ausgehen müssen,³⁰⁵⁴ die im Saarland bei 18³⁰⁵⁵ und sonst bei 16³⁰⁵⁶ Jahren liegt. Die Beschlusszuständigkeit für Einwohner- oder Bürgerbefragungen liegt in allen Ländern bei der kommunalen Volksvertretung und damit bei deren Mehrheit;³⁰⁵⁷ in Schleswig-Holstein ist sogar die Mitglieder Mehrheit erforderlich.³⁰⁵⁸ Eine Einwohnerbefragungsinitiative, wonach eine Befragung von unten durchgesetzt werden könnte, ist theoretisch denkbar, besteht derzeit in Deutschland jedoch nicht.³⁰⁵⁹

737 Die möglichen Befragungsgegenstände sind nicht nur nach allgemeinen Grundsätzen auf die kommunale Verbandskompetenz beschränkt.³⁰⁶⁰ In zwei Ländern kommen dafür nur „wichtige“³⁰⁶¹ Angelegenheiten in Betracht und in den zwei anderen Ländern gelten die für kommunale Abstimmungen vorgesehenen inhaltlichen Ausschlussstatbestände.³⁰⁶² Dies ist systemwidrig, da die Ausschlussstatbestände den Handlungs- und Entscheidungsspielraum der Volksvertretung schützen sollen, wofür überhaupt kein Anlass besteht, wenn (nur) diese überhaupt eine Einwohner- oder Bürgerbefragung ansetzen kann. Denn dann handelt es sich um einen Schutz der Volksvertretung vor sich selbst.³⁰⁶³

738 Schließlich weisen drei Länder noch singuläre Besonderheiten auf: In Schleswig-Holstein besteht eine ausdrückliche „Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung“ des Befragungsergebnisses, was allerdings aufgrund der gesetzlichen Bezeichnung als „konsultative Befragung“ nicht anders als bei den verwaltungsrechtlichen Anhörungsrechten – nämlich als Pflicht der Kommunalorgane, sich mit dem Abstimmungsergebnis auseinanderzusetzen und dieses in ihre Überlegungen einzubeziehen – verstanden werden kann.³⁰⁶⁴ Im Saarland sind die Gemeindeorgane dazu

3054 Weniger überzeugend dagegen *Tischer*, Bürgerbeteiligung, S. 133 f., der das Fehlen einer Altersgrenze wörtlich nimmt und deshalb bereits von einer Teilnahmeberechtigung ab Geburt ausgeht.

3055 § 13 Abs. 1 S. 1 KWG SL.

3056 §§ 8 S. 1 Nr. 2 BbgKWahlG, 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NKomVG, 3 Abs. 1 Nr. 1 GWK SH, 21 Abs. 2 S. 1 KWG LSA.

3057 Ausf. zu den rechtlichen Anforderungen an einen initiiierenden Beschluss der Volksvertretung *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 197-203.

3058 § 16c Abs. 3 i.V.m. § 16g Abs. 1 GemO SH. Die Verweisung von § 16c Abs. 3 GemO SH erfasst auch noch die Absätze 2 bis 7, was jedoch sinnwidrig ist und deshalb als legislatorische Fehlleistung anzusehen ist, vgl. *Dehn*, in: Pdk, KVR SH / GO, § 16 Rn. 21; *Tischer*, Bürgerbeteiligung, S. 132; sinnvollerweise kann der Verweis, der mit den Worten „soweit anwendbar“ eingeleitet ist, nur für das Mehrheitserfordernis von § 16g Abs. 1 gelten; ebenso *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 199.

3059 *Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie, Rn. 243; *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 104 f., 192-197.

3060 Näher dazu *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 225-235.

3061 S. oben, → Rn. 340; vgl. dazu auch *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 235-239.

3062 § 35 S. 2, 93 Abs. 3 S. 2 NKomVG; § 28 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 26 Abs. 2 Nr. 4-8 KWG LSA; wenn der Verweis von § 16c Abs. 3 GemO SH entgegen der hier vertretenen Auffassung auch auf § 16g Abs. 2 GemO SH bezogen wird (insoweit zumindest teilweise *Tischer*, Bürgerbeteiligung, S. 132; *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 242 f.), käme Schleswig-Holstein noch als drittes Land hinzu.

3063 Insofern wie beim Einwohnerantrag in Baden-Württemberg, s. oben, → Rn. 484; ebenso *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (986).

3064 So auch *Dehn*, in: Pdk, KVR SH / GO, § 16c Rn. 22; *Tischer*, Bürgerbeteiligung, S. 262 f., 264.

verpflichtet, die Einwohner vor der Befragung über ihre Standpunkte zur Frage in Form einer öffentlichen Bekanntmachung darzulegen (§ 20b Abs. 2 S. 1 KSVG SL). Da damit notwendigerweise eine (zumindest vorläufige) Vorab-Positionierung der Gemeindeorgane verbunden ist und deshalb die fragetypische Offenheit für das beantwortende Einwohnervotum fehlt,³⁰⁶⁵ wird die saarländische Einwohnerbefragung durch diese Regelung zu einem reinen Bestätigungsinstrument degradiert.³⁰⁶⁶

Bemerkenswert ist schließlich, dass die Bürgerbefragung in Sachsen-Anhalt ausdrücklich auch als Onlineabstimmung durchgeführt werden kann. Dies konfliktiert mit dem im Wahlrecht geltenden Öffentlichkeitsgrundsatz, wonach eine elektronische Durchführung nur zulässig ist, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Missbrauch und Manipulationen ausgeschlossen sind, um die Integrität des Abstimmungsvorgangs und der Ergebnisermittlung gewährleisten zu können.³⁰⁶⁷ Dies kann bis heute nicht einmal für Wahlautomaten hinreichend sicher festgestellt werden und ist bei einer Stimmabgabe über das Internet unter dem Aspekt der Manipulationsgefahren noch viel eher fraglich.³⁰⁶⁸ Demzufolge verlangt § 28 Abs. 3 S. 4 KVG LSA auch ausdrücklich „hinreichend sichere Vorkehrungen gegen Missbrauch und zur Sicherung der Integrität der Ergebnisermittlung“. Aber auch andere Wahlrechtsgrundsätze sind bei Onlineabstimmungen zumindest gefährdet: Dies gilt für den Grundsatz der allgemeinen Wahl, da nach wie vor nicht alle Personen über einen Internetanschluss verfügen,³⁰⁶⁹ sowie für den Egalitätsgrundsatz, da die Fertigkeiten im Umgang mit digitalen Instrumenten noch erhebliche Ungleichheiten in der Bevölkerung aufweisen.³⁰⁷⁰ Auch wenn die Anforderungen an die Hinreichens-Hürde wegen des nicht-dezisiven Charakters der Befragung nicht in gleicher Strenge wie bei Parlamentswahlen bestehen, ist angesichts der erheblichen Anfälligkeit der Sicherheit von Internetverbindungen zumindest bislang nicht von einem praktischen Anwendungsbereich dieser Option auszugehen.

739

3065 Da der bereits angesprochene (legislatorisch verunglückte) Verweis in § 16c Abs. 3 GemO SH u.a. auch § 16g Abs. 6 GemO SH erfasst, der für die Durchführung von Bürgerentscheiden eine Darlegung der Standpunkte der Gemeindeorgane fordert, wäre dies auch für die schleswig-holsteinische Einwohnerbefragung denkbar; der Verweis enthält jedoch einen ausdrücklichen Anwendbarkeitsvorbehalt, weshalb wegen des typologischen Widerspruchs zwischen Befragung und fehlender Antwortoffenheit sehr viel mehr dafür spricht, die Anwendbarkeit von § 16g Abs. 6 GemO SH auf Einwohnerbefragungen zu verneinen; vgl. auch *Dehn*, in: PdK, KVR SH / GO, § 16c Rn. 21.

3066 Womöglich liegt dem die bonapartistische Tradition von Volksbefragungen als Bestätigungsplesbiszite zugrunde, vgl. *Pautsch*, Das „Plebiszit von oben“, S. 143 (145).

3067 *Haug*, Bekämpfung sinkender Wahlbeteiligungen, S. 61 (69); ausf. *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (989 ff.).

3068 BVerfGE 123, S. 39 (85 f.); aufgeschlossener insoweit *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (991).

3069 Näher *Haug*, Bekämpfung sinkender Wahlbeteiligungen, S. 61 (68).

3070 *Buchholtz*, DÖV 2017, S. 1009 (1015).

c) Rechtliche Zulässigkeit

740 Die rechtliche Zulässigkeit von Volks-, Einwohner- oder Bürgerbefragungen ist mittlerweile³⁰⁷¹ dem Grunde nach weitestgehend unstrittig. Insbesondere stehen ihr weder die verfassungsrechtliche Ewigkeitsgarantie,³⁰⁷² noch das Homogenitätsgebot gem. Art. 28 Abs. 1 GG³⁰⁷³ oder das freie Mandat der Mitglieder der Volksvertretungen³⁰⁷⁴ entgegen. In verfassungspolitischer Hinsicht wird gegen Volks-, Einwohner- oder Bürgerbefragungen zwar das Argument einer „Verantwortungsdiffusion und Verantwortungsauflösung“ vorgebracht, weil den zur Entscheidung verpflichteten Staats- oder Kommunalorganen durch die Volks- oder Einwohner- bzw. Bürgerbefragung eine „Verantwortungsflucht“ ermöglicht werde.³⁰⁷⁵ Solche Besorgnisse sind jedoch in der Sache erheblich überzogen, da solche Befragungen schon angesichts ihres Aufwandes stets die seltene Ausnahme bleiben und nur auf besonders „breitenwirksame“ Themen beschränkt sind. Somit ändern sie nichts an der Grundstruktur der Verantwortungszuweisung, wonach die Entscheidungen in nahezu allen Fällen von den dafür gewählten Institutionen getroffen werden. Deshalb wird daraus auch kein grundlegend verfassungsrechtlicher Einwand entwickelt.³⁰⁷⁶

741 Verfassungspolitisch bedenklicher erscheint die Gefahr, dass „von oben“ durch die Mehrheit der maßgeblichen Volksvertretung angesetzte Befragungen zu einem reinen Selbstbestätigungsinstrument degenerieren können;³⁰⁷⁷ aber auch das ist nicht per se demokratiewidrig. Allerdings folgt aus dem Charakter einer Befragung, dass zumindest noch ein Minimum an Antwortoffenheit bestehen muss und die Beantwortung der Frage nicht bereits vorab durch Vollzug der betroffenen Maßnahme obsolet geworden ist.³⁰⁷⁸ Sonst wäre die Befragung wegen offenkundig rechtsmissbräuchlicher Nutzung des Instruments unzulässig. Schließlich wird gegen die Zulässigkeit von Volksbefragungen vorgebracht, der Souverän könne sich nur verbindlich äußern. Soweit die Verfassung – wie im Bund und in einigen Ländern – die Ausübung der Staatsgewalt auf die Verfahrensmodi von Wahlen und Abstimmungen

3071 Nach *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 25, 124 f. m.w.N., war in den 1980er Jahren die herrschende Meinung noch wesentlich kritischer, weil darin eine demokratiewidrige Einschränkung der parlamentarischen Entscheidungsfreiheit gesehen wurde.

3072 BayVerfGH, *Entsch. v. 21.11.2016 – Az. Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017*, S. 319 (Rn. 116-124).

3073 *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (40); *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 114-117, der zudem (a.a.O., S. 118 f.) einen Bürger- oder Einwohnerbefragungen ausschließenden Umkehrschluss aus Art. 28 Abs. 1 S. 4 GG untersucht und verneint.

3074 *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 120-126.

3075 *Heußner/Pautsch*, NVwZ-Extra 10/2014, S. 1 (6); *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (260 f.); *Krause*, HStR III, § 35 Rn. 25.

3076 Ähnlich *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (986).

3077 Kritiker sprechen deshalb von einem „zusätzlichen Instrument des Machterhalts“ für die Regierungsmehrheit, vgl. *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (262); *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (987); s. auch *Möstl*, Volksabstimmungen und Biopolitik, S. 151 (167).

3078 So die „Volksbefragungen“ (bezeichnenderweise) in der NS-Diktatur, vgl. *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 145.

beschränkt, lässt sich zumindest vertreten, dass dem Abstimmungsbegriff ein dezisionistisches Element innewohnt.³⁰⁷⁹ Aber abgesehen davon, dass das sprachlich nicht zwingend ist, könnte eine solche Formulierung einer gleichrangig – also auf formeller Verfassungsebene – verankerten Möglichkeit von Volksbefragungen kaum erfolgreich entgeggehalten werden.

Während im Übrigen Einigkeit darin besteht, dass Befragungen nur Gegenstände der jeweiligen Verbandskompetenz betreffen können³⁰⁸⁰ (woran die einfachgesetzlichen Pläne für Volksbefragungen zur Atombewaffnung in den Ländern Hamburg und Bremen in den später 1950er Jahren gescheitert waren),³⁰⁸¹ ist die Qualität der erforderlichen Rechtsgrundlage wesentlich stärker umstritten.³⁰⁸² Dabei geht es um die Frage, ob eine solche Volks-, Einwohner- oder Bürgerbefragung eine Rechtsgrundlage von höherem Rang bedingt – also ob für dieses Konsultationsrecht auf staatlicher Ebene ein Verfassungsvorbehalt und auf kommunaler Ebene ein Gesetzesvorbehalt zu beachten ist.³⁰⁸³ In beiden Fällen geht es im Kern darum, ob und inwieweit das höherrangig vorgegebene Kompetenz- und Organgefüge durch das Befragungsinstrument tangiert ist. So regelt auf staatlicher Ebene die Verfassung und auf kommunaler Ebene das einfachgesetzliche Kommunalverfassungsrecht das Zusammenspiel und die Rechte in der Dreiecksbeziehung von Volk/Einwohner- bzw. Bürgerschaft, Volksvertretung und Regierung/Kommunalverwaltung.

Zwar sind Staat und Kommune in völlig unterschiedliche Rahmenezusammenhänge eingebettet (Souveränität bzw. Selbstverwaltungsgarantie) und die Volksvertretungen verschiedener rechtlicher Natur (Parlament bzw. Exekutivorgan), aber hinsichtlich der für die Verfassungs- bzw. Gesetzesvorbehaltsfrage relevanten Gesichtspunkte entsprechen sich die Konstellationen der verschiedenen Ebenen ungeachtet dieser Unterschiede. Insbesondere ändert die Exekutivzuordnung des Gemeinderats (bzw. Kreistags) nichts an seinem funktionalen Charakter als unmittelbar demokratisch legitimierte Volksvertretung und an seiner parlamentsähnlichen Entscheidungsprärogative und Kontrollbeziehung gegenüber der Gemeinde- bzw. Kreisverwaltung.³⁰⁸⁴ Da das Befragungsergebnis zudem rechtlich unverbindlich ist, folgt auch aus der engeren rechtlichen Einbindung der exekutiven Gremien

3079 So Krüper, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 37 Rn. 31.

3080 BayVerfGH, *Entsch. v. 21.II.2016 – Az. Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017, S. 319 (Rn. 70); Martini, DÖV 2015, S. 981 (985 f.).*

3081 BVerfGE 8, S. 104 (Ls. 7); vorausgegangen war eine erfolglose Gesetzesinitiative der SPD auf Bundesebene, vgl. BT-Drs. III/303; näher dazu *Rommelfanger*, *Das konsultative Referendum*, S. 23, 154 f.

3082 S. die umfassende Darstellung des Meinungsstandes in Politik, Literatur und (erstinstanzlicher) Rechtsprechung bei *Dittloff*, *Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen*, S. 128-135.

3083 Vgl. *Neumann*, *Sachunmittelbare Demokratie*, Rn. 250 m.w.N.; siehe auch die Zusammenfassung der kontroversen Expertenanhörung im bayerischen Landtag bei *Möstl*, *BayVBl. 2015, S. 217 (218 f.)*.

3084 Ähnlich *Möstl*, *BayVBl. 2015, S. 217 (221)*, der für die kommunale Ebene zutreffend den Ausnahmecharakter der exekutivischen Einordnung einer Volksvertretung und die strukturellen Parallelen der Willensbildung von Kommune und Staat hervorhebt.

etwa bei Abwägungsentscheidungen³⁰⁸⁵ letztlich keine Differenzierungsnotwendigkeit zwischen diesen und den insofern freieren staatlichen Parlamenten. Wegen der insoweit maßgeblichen strukturellen und funktionalen Parallelen kann die Frage der notwendigen Rechtsgrundlage – also eines staatlichen Verfassungsvorbehalts bzw. eines kommunalen Gesetzesvorbehalts – ebenenübergreifend diskutiert werden.

744 Gegen einen Verfassungsvorbehalt auf staatlicher Ebene bzw. einen Gesetzesvorbehalt auf kommunaler Ebene spricht die Unverbindlichkeit der Entscheidung.³⁰⁸⁶ Daher setzt die für einen Verfassungsvorbehalt streitende Auffassung vor allem an diesem Punkt an, indem sie eine sogenannte „faktische Bindungswirkung“ ins Feld führt. Die zur eigentlichen Entscheidung berufenen Volksvertretungen könnten auch bei einer rechtlich unverbindlichen Befragung des Volks bzw. der Einwohner- oder Bürgerschaft als „Geiseln der Volksmeinung“³⁰⁸⁷ faktisch nicht anders entscheiden, weil es die Wähler und Auftraggeber gerade dieser Volksvertretungen sind, die sich so geäußert haben.³⁰⁸⁸

745 Bei näherer Betrachtung überzeugt das Argument jedoch aus mehreren Gründen nicht. Dies gilt zunächst in dogmatischer Hinsicht: Weil diese „faktische Bindungswirkung“ eben gerade nicht rechtlicher, sondern politischer Natur ist, sind die verantwortlichen Gremien rechtlich völlig frei, dem Volks- oder Einwohnervotum zu folgen oder zu widersprechen,³⁰⁸⁹ das „Prinzip der auftragsfreien Repräsentation“³⁰⁹⁰ bleibt unberührt. Das „Bindungsgefühl“ von Mandatsträgern entsteht nur aus der Angst, bei einer Wiederwahl abgestraft zu werden, und ist deshalb als „Frage der politischen Verantwortlichkeit“ und eben gerade nicht als – rechtlich erhebliche – Bindungswirkung einzuordnen.³⁰⁹¹ Des Weiteren ist das Argument aber auch sozialwissenschaftlich zu pauschal: Natürlich erzeugt eine Entscheidung der Wähler einen politischen Druck auf die Gewählten, mehrheitskonform zu agieren. Aber dieser Druck kann keineswegs generell als „faktische Bindung“ bezeichnet werden, weil zwischen völliger Freiheit und einem Bindungsgefühl viele Zwischenstufen bestehen, die etwa von der Höhe der Abstimmungsbeteiligung bzw. der Mehrheit

3085 Vgl. *Tischer*, Bürgerbeteiligung, S. 264, 267, der auf die Gefahr eines Abwägungsausfalls infolge einer Einwohnerbefragung hinweist.

3086 *Krüper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, § 37 Rn. 32.

3087 *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (983).

3088 Grundlegend *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 267 ff. (staatliche Ebene), 274 f. (kommunale Ebene); *Krause*, HStR III, § 35 Rn. 23; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 162; *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 34–37; *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (985); *Heußner/Pautsch*, NJW 2015, S. 1225 (1227); *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (252); *Möstl*, BayVBl. 2015, S. 217 (220).

3089 *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Art. 20 (Demokratie) Rn. 107.

3090 *Thum*, BayVBl. 2015, S. 224 (227); s. auch *Isensee*, in: *Wendt/Rixecker*, SaarlVerf, Art. 100 Rn. 16, wonach der „Nimbus“ eines volksbeschlossenen Gesetzes das Parlament rechtlich nicht von einer Konterlegislatur abhalten kann.

3091 *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 20 II Rn. 116.

eines Abstimmungsvotums³⁰⁹² oder von der Vorfeldkommunikation³⁰⁹³ abhängen können.

Wenngleich aus dem Grundsatz der Organtreue³⁰⁹⁴ eine verfahrensmäßige Pflicht zur Berücksichtigung des Befragungsergebnisses im weiteren Verfahren erwächst und deshalb ein völliges Ignorieren des Befragungsergebnisses politisch und rechtlich nicht in Betracht kommt,³⁰⁹⁵ kann den Entscheidungsorganen durchaus die Möglichkeit offenstehen, das Befragungsergebnis in die weitere politische Auseinandersetzung aufzunehmen, in Teilen oder modifiziert umzusetzen oder aufgrund nachträglicher politischer Entwicklungen neu zu bewerten.³⁰⁹⁶ Im Übrigen zeigt die mehrfach erfolgte parlamentarische Aufhebung volksbeschlossener Gesetze kurz nach deren Verabschiedung,³⁰⁹⁷ dass Volksvertretungen durchaus den Mut haben, sich zu einem dokumentierten – hier sogar verbindlichen – Volkswillen in Widerspruch zu setzen. Und schließlich ist das Argument einer „faktischen Bindung“ zu eindimensional: Abgeordnete sind tagtäglich in vielfältiger Weise politischem Druck von den verschiedensten Seiten (z.B. Partei, Fraktionsführung, Wahlkreis-Repräsentanten, Lobby-Gruppen, Medien etc.) ausgesetzt,³⁰⁹⁸ weshalb der mit einer Volks-, Einwohner- oder Bürgerbefragung verbundene politische Druck mit allen anderen Einflussnahmen auf die Willensbildung von Volksvertretern zu einer Gemengelage führt, die einer Fokussierung auf eine einzelne Quelle entgegensteht.

Letztlich kann für die Rechtsfrage eines entsprechend ranghohen Regelungsvorhalts nur ein juristisches Kriterium entscheidend sein. Eine besondere Relevanz kommt in diesem Zusammenhang der Art und Weise der Durchführung von Befragung und Beantwortung des Volkes oder der Einwohner- bzw. Bürgerschaft zu. Entscheidend ist nämlich, ob dieses Verfahren in einer wahlrechtsgleichen (oder volks- bzw. bürgerentscheidsgleichen) Form – also mit Abstimmungsbenachrichtigungen, Abstimmungsberechtigtenverzeichnis, Stimmabgabe in den üblichen Wahllokalen etc. – erfolgt. Dann nämlich liegt eine förmlich-partizipationsrechtliche Befragung vor, die von allen anderen informellen Befragungsformen (wie etwa Internet- oder Straßenumfragen, an die Haushalte verschickte Fragebögen u.ä.) strikt zu unter-

3092 Vgl. *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 81.

3093 Wenn Regierung und Parlamentsmehrheit im Vorfeld betonen, das Ergebnis respektieren zu wollen (wie etwa beim Brexit), ist die „faktische Bindung“ keine Folge des rechtlichen Instrumentariums, sondern einer freiwilligen Selbstbindung vorab.

3094 Insofern zurückhaltend *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (Fn. 15).

3095 *Krüper*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 37 Rn. 31.

3096 Ähnlich *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (38); s. auch *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 127; das in diesem Zusammenhang gerne als Beleg für die „faktische Bindung“ bemühte Beispiel des Brexits zeigt im Übrigen bei näherem Hinsehen, dass nicht alle politischen Kräfte im Unterhaus entsprechend abgestimmt haben und die Vorlagen der Regierung *May* zum Austrittsabkommen mehrfach durchgefallen sind.

3097 Dazu näher unten, → Rn. 1096.

3098 Vgl. *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (45 m.w.N.).

scheiden ist.³⁰⁹⁹ Während solchen informellen Befragungen nur eine informativische, nicht aber rechtliche Bedeutung zukommt, handelt es sich bei der förmlichen Befragung wegen ihrer Parallelität zur Ausübung des Wahlrechts und der damit verbundenen höheren Dignität unabhängig von ihrer fehlenden Verbindlichkeit – als „kleine Schwester“ der direktdemokratischen Entscheidungsformate³¹⁰⁰ – um einen rechtserheblichen Akt der Willensbildung des Staates oder der Kommune.³¹⁰¹ Diesen Aspekt hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Volksbefragungsentcheidung hervorgehoben: Wenn „der Aktivbürger [...] in derselben Weise und nach denselben Regeln wie bei Wahlen zum Parlament und bei Volksabstimmungen von seinem Stimmrecht Gebrauch machen“ soll, handelt es sich um eine Abstimmung i.S.v. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.³¹⁰²

748 Demnach nimmt bei den förmlichen³¹⁰³ Befragungen das Volk oder die Einwohner- bzw. Bürgerschaft – eben anders als bei der informellen Befragung – eine organrechtliche Funktion wahr, die das vorhandene Institutionen- und Entscheidungsgefüge modifiziert.³¹⁰⁴ Besonders deutlich gilt dies im staatlichen Bereich: Soweit das Befragungsrecht bei der Regierung bzw. Regierungsmehrheit im Parlament liegt, können diese damit eine Debatte „aus dem Plenum auf die Marktplätze“³¹⁰⁵ tragen und damit die Relevanz der innerparlamentarischen Minderheitenrechte der Opposition – etwa zur Stellung von Gegenanträgen und Führung einer kritischen parlamentarischen Debatte – schwächen.³¹⁰⁶ Da aber die Opposition auch im Fall einer Volksbefragung ungeachtet einer damit verbundenen zusätzlichen Aufmerksamkeitsarena³¹⁰⁷ über ein umfangreiches Instrumentarium verfügt, die Befragung und ihren Inhalt zum Gegenstand parlamentarischer Debatten und Abstimmun-

3099 Diese Differenzierung deutet auch *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (253 f.), an.

3100 *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (983).

3101 So bereits BVerfGE 8, S. 104 (Ls. 5 u. S. 114 f.); ebenso BayVerfGH, Entsch. v. 21.11.2016 – Az. Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017, S. 319 (Ls. 1 u. Rn. 94-98, 108 f.); *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (248 f.); *Michaelis*, in: Driehaus (Hrsg.), BerlVerf, Art. 62 Rn. 3; *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (982); auch *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 30, 59, geht von dieser Differenzierung aus; a.A. LT-Drs. BY 17/1745, S. 4 (linke Spalte).

3102 BVerfGE 8, S. 104 (113 f.); dies betonen auch *Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie, Rn. 248 f., und *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 61 f.

3103 Diesen Begriff verwendet auch der Berliner Senat im Vorblatt zu seinem Gesetzentwurf zur Befragung über die erwogene Bewerbung um die Olympischen Spiele, AH-Drs. 17/2061, S. 1.

3104 *Heußner/Pautsch*, NVwZ-Extra 10/2014, S. 1 (5).

3105 Vgl. *Heußner/Pautsch*, NJW 2015, S. 1225 (1228).

3106 *Pautsch*, Das „Plebiszit von oben“, S. 143 (156 ff.); vgl. auch *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 279 f., zur Möglichkeit der parlamentarischen Mehrheit, auf diesem Weg Themen aus einem allgemeinen Wahlkampf herauszunehmen.

3107 Vgl. *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (264); freilich wird eine Fixierung nur auf das Plenum einerseits und die Volksbefragung andererseits der Komplexität des politischen Prozesses nicht gerecht, da neben dem Parlament unabhängig von Volksbefragungen meist noch andere – v.a. mediale – Aufmerksamkeitsarenen (z.B. Talkshows) existieren.

gen zu machen,³¹⁰⁸ verstößt das Befragungsinstrument nicht gegen das ewigkeitsgeschützte Demokratieprinzip. Gleichwohl enthält es ein durchaus demokratierelevantes Verschiebungspotenzial innerhalb des Organisationsgefüges zugunsten der Regierung,³¹⁰⁹ worin auch eine – allerdings nur sehr geringfügige – Relativierung des Wahlakts zur Volksvertretung gesehen werden kann.³¹¹⁰ In abgeschwächter Form gilt dies auch im kommunalen Bereich, wo es zwar keine Kontroll- und Verantwortungsbeziehung zwischen Opposition und Regierung gibt, aber die Bedeutung von Minderheitenrechten im Gremium ebenfalls geschwächt werden können.

Deshalb sind die Stellung von Volk (bzw. Einwohner-/Bürgerschaft), Volksvertretung und Regierung (bzw. Verwaltung) sowie deren wechselbezüglichen Beziehungen in diesem Gefüge auf staatlicher Ebene in der Verfassung und auf kommunaler Ebene im einfachgesetzlichen Recht abschließend geregelt.³¹¹¹ Somit ergibt sich für eine solche – durchaus sensible – Veränderung dieser Konstellation und Beziehungen ein Verfassungs- bzw. Gesetzesvorbehalt, was eine hinreichende Rechtsgrundlage auf dieser (höherrangigen) Ebene erforderlich macht.³¹¹² Folglich müssen förmliche Volksbefragungen in der Verfassung und förmliche Einwohner- bzw. Bürgerbefragungen im einfachgesetzlichen Kommunalverfassungsrecht vorgesehen sein, wenn sie durchgeführt werden sollen. Eine Urnenbefragung wie in der Stadt Köln,³¹¹³ ohne dass das maßgebliche Landesrecht in Nordrhein-Westfalen eine Einwohnerbefragung geregelt hat, verfällt damit mangels erforderlicher Rechtsgrundlage dem Verdikt der Rechtswidrigkeit.³¹¹⁴ Eine informelle Befragung oder Umfrage³¹¹⁵ jedweder Form ist dagegen als freies Kommunikationsformat zwischen Staats- bzw. Kommunalorganen und ihrer jeweiligen Bevölkerung von der allgemeinen Hand-

749

3108 Vgl. *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (50); *Thum*, BayVBl. 2015, S. 224 (230); *Grzeszick*, Die Volksbefragung, S. 127 (134 ff.); s. auch BayVerfGH, *Entsch. v. 21.11.2016 – Az. Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017, S. 319 (Rn. 115)*.

3109 Ähnlich BayVerfGH, *Entsch. v. 21.11.2016 – Az. Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017, S. 319 (Rn. 107)*.

3110 *Pautsch*, Die vorerst nicht umgesetzte „qualifizierte Volksbefragung“, S. 246 (259 f.); a.A. *Thum*, BayVBl. 2015, S. 224 (226 f.).

3111 BayVerfGH, *Entsch. v. 21.11.2016 – Az. Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15, NVwZ 2017, S. 319 (Ls. 2 u. Rn. 99-104)*; *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (983); *Heußner/Pautsch*, NJW 2015, S. 1225 (1227 f.), die zudem darauf hinweisen, dass mit einer Volksbefragung auch innerhalb der Volksrechte eine Verschiebung zulasten des Volksbegehrens über Gegenstände der politischen Willensbildung verbunden ist (a.a.O., S. 1228); a.A. *Burgi*, ZG 2015, S. 34 (42, 46 ff.), weil die abschließenden Regelungen (zu Volksbegehren und -entscheid) zumindest in Bayern nur die Gesetzgebung betreffen und die Volksbefragungen rechtlich unverbindlich seien.

3112 Vgl. *Möstl*, BayVBl. 2015, S. 217 (221); *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 135 f.; ausf. *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 144-158.

3113 Einwohnerbefragung zum Ausbau des Godorfer Hafens vom 10.7.2011, vgl. <https://www.stadt-koeln.de/mediaasset/content/pdf-ob/kurzanalyse.pdf>, und *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 44-50, mit diesem und weiteren Beispielen von Befragungen ohne gesetzliche Grundlage.

3114 Großzügiger allerdings VG Ansbach, *Urt. v. 12.11.1970 – Az. 9178-V/70*, BayVBl. 1970, S. 194 f., das auch eine förmliche Befragung ohne gesetzliche Grundlage erlaubt hat.

3115 Näher zu dieser Abgrenzung *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 71-79.

lungermächtigung des Staates bzw. der Kommune gedeckt, ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung bedarf.³¹¹⁶

750 Betrachtet man die geschilderten bestehenden kommunalverfassungsrechtlichen Normen, stellen sich vor diesem Hintergrund für förmliche Befragungen noch einige Folgefragen. So erwähnt § 13 S. 2 BbgKVerf die Einwohnerbefragung ohne nähere Ausgestaltung und – vor allem – neben „andere[n] Formen kommunaler Öffentlichkeitsarbeit“. Hierin kann keine gesetzgeberische Entscheidung zur Modifikation des kommunalen Organisations- und Entscheidungsgefüges, sondern nur ein – deklaratorischer – Verweis auf die Möglichkeit informeller Befragungen gesehen werden, weshalb förmliche Befragungen auf kommunaler Ebene (auch) in Brandenburg ausgeschlossen sind.³¹¹⁷

751 Außerdem ist die Reichweite des Spielraums der einfachgesetzlichen Ausgestaltung förmlicher Befragungen auf kommunaler Ebene im Hinblick auf den Kreis der Teilnahmerechtigten zu bestimmen. Denn in drei der vier Länder mit einem förmlichen kommunalverfassungsrechtlichen Befragungsinstrument richtet sich dieses nicht nur an die Bürger, sondern an alle Einwohner. Gegen die Zulässigkeit dieser Ausweitung auf Personen ohne Wahl- und Abstimmungsrecht sprechen die wahl- und abstimmungsgleiche Ausgestaltung sowie der dogmatische Charakter der Abstimmung als Akt der kommunalen Willensbildung.³¹¹⁸ Auf der anderen Seite kommt der Abstimmung – im Unterschied zu Wahlen und Bürgerentscheiden – gerade keine rechtlich verbindliche Bedeutung zu, weshalb die verfassungsrechtlichen Vorgaben bezüglich der dezisiven Formate (insb. Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG) für das Kommunalverfassungsrecht keine Anwendung finden und das Demokratieprinzip dem nicht entgegensteht. Da zudem die Einwohnerschaft nicht nur kommunalrechtlich als Kategorie definiert und verankert ist, sondern auch bei anderen nicht-dezisiven Beteiligungsverfahren wie Einwohnerversammlungen oder Einwohnerinitiativen teilnahmerechtig ist, und zudem auch besonderen Pflichten unterliegt (v.a. die Tragung der kommunalen Lasten),³¹¹⁹ besteht insoweit auch unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Gebots konsequenter und schlüssiger Normsetzung keine verfassungsrechtliche Einschränkung der einfachen Gesetzgebung.

3116 Insofern zu undifferenziert *Pestalozza*, NJW 1981, S. 733 (735), der eine einfachgesetzliche Rechtsgrundlage von Volksbefragungen generell für ausreichend – ja nicht einmal für nötig – hält, und *Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, S. 168, wonach die Allzuständigkeit der Gemeinden pauschal Einwohnerbefragungen ermögliche; ähnlich *Dehn*, in: PdK, KVR SH / GO, § 16c Rn. 16.

3117 So i.E. auch *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 185 f., weil bei einer solchen Öffnungsklausel nicht geregelt ist, wer – die Volksvertretung, der Bürgermeister oder auch die Einwohner- bzw. Bürgerschaft – eine solche Befragung initiieren darf.

3118 *Martini*, DÖV 2015, S. 981 (988); *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 251-257.

3119 *Burgi*, Kommunalrecht, § 11 Rn. 7.

d) Partizipationsrechtliche Bedeutung

Befragungsinstrumente ermöglichen eine anlass- und themenspezifische Kommunikation zwischen hoheitlichen Stellen und Partizipationswilligen, die im Top-down-Modus initiiert wird und wegen ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit vor allem der Transparenz- und Akzeptanzbildung dient. Dabei besteht ein Informationsfluss in beide Richtungen, indem einerseits die zuständigen Stellen die Einwohner oder Bürger proaktiv über ein bestimmtes Projekt informieren und andererseits die Einwohner oder Bürger den Entscheidungsträgern ihre Präferenzen – je nach Ausgestaltung sogar in repräsentativer Form³¹²⁰ – übermitteln. Zugleich fühlen sich die interessierten Betroffenen durch die Ansprache von oben eingeladen und in den Entscheidungsprozess integriert. Gerade auf kommunaler Ebene – wo dieses Partizipationsformat bislang praktisch ausschließlich existiert – ist dies sowohl wegen der großen Nähe von Betroffenen und hoheitlichen Akteuren als auch wegen des damit verbundenen (Mit-)Gestaltungsgefühls der Partizipationswilligen von erheblicher partizipationsrechtlicher Bedeutung.³¹²¹ Denn diese Beteiligung kann nicht nur die Akzeptanz der konkreten Entscheidungen fördern, sondern auch zur Lebenskraft des (repräsentativ angelegten) Selbstverwaltungsmodells als Governance-Format beitragen.³¹²² Insofern ist es zu begrüßen, wenn die Befragungsrechte gerade dort, wo sie existieren, auch vielfach genutzt werden.³¹²³

2. Bürgerräte

a) Begriff und Bedeutung

Ein besonderes Format der von hoheitlichen Stellen initiierten Befragungen von Bürgern sind die sogenannten „Bürgerräte“, die sich in jüngerer Zeit (vor allem in den Sozialwissenschaften,³¹²⁴ aber auch in der Politik) zunehmender Beliebtheit erfreuen und von der Kommunal- bis hin zur Bundesebene von Parlamenten eingesetzt oder zumindest initiiert werden.³¹²⁵ Dabei handelt es sich um Gremien aus randomisiert ausgewählten Bürgern, die jeweils für ein bestimmtes Thema oder Pro-

3120 *Dehn*, in: PdK, KVR SH / GO, § 16c Rn. 17.

3121 Vgl. *Rommelfanger*, Das konsultative Referendum, S. 161, 283 ff.

3122 *Meyn*, in: Linck u.a. (Hrsg.), ThürVerf, Art. 92 Rn. 20 ff.

3123 *Dittloff*, Kommunale Bürger- und Einwohnerbefragungen, S. 40, spricht von einer „Vielzahl von Befragungen“ zumindest in Niedersachsen und im Saarland; zurückhaltender dagegen *Dehn*, in: PdK, KVR SH / GO, § 16c Rn. 17 (bezüglich Niedersachsen).

3124 *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 (154 m.w.N.).

3125 Vgl. *Pautsch*, Bürgerräte, S. 217 (218 f.); *Arndt*, ZRP 2018, S. 177 (179 f.); BT-Drs. 19/32226, S. 1 (Vor-bemerkung der Fragesteller); s. auch den Koalitionsvertrag 2021-2025 von SPD/Bündnis 90 – Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen, S. 8, oder den Koalitionsvertrag 2021-2026 von Bündnis 90/Die Grünen und CDU in Baden-Württemberg, S. 90, wonach Bürgerforen bei wichtigen Gesetzentwürfen angestrebt werden und in das Verfahren des Volksantrags gem. Art. 59 BWVerf integriert werden sollen.

jekt³¹²⁶ gebildet werden und auf der Grundlage fachlicher Information im Weg einer deliberativen Auseinandersetzung eine unverbindliche Empfehlung erarbeiten.³¹²⁷ Dabei ist der Begriff des „Zufallsbürgers“ als Abgrenzungsbegriff zu bereits formell (in einem durch Wahl übertragenen Mandat) oder informell (als Mitglieder von Bürgerinitiativen oder Verbandsaktivisten) engagierten Personen zu verstehen, um gerade die noch nicht in öffentliche Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozesse Einbezogenen für öffentliche Angelegenheiten zu aktivieren.³¹²⁸ Teilweise wird die Zufallsauswahl durch Faktoren wie Alter, Geschlecht, Wohnort, Bildungsstand und Migrationshintergrund beschränkt, um einen demografisch repräsentativen Querschnitt der Bevölkerung im Bürgerrat abbilden zu können.³¹²⁹ Als Adressaten der Empfehlung können Repräsentationsorgane wie Volksvertretungen oder Behörden (z.B. Kommunalverwaltungen) in Betracht kommen, aber ebenso auch das Volk oder die Bürgerschaft im Vorfeld direktdemokratischer Entscheidungen.

754 Wenngleich die deutsche Politik dieses Instrument gegenwärtig zunehmend fördert, ist die Idee weder neu noch ein spezifisch deutsches Phänomen. Schon in den frühen 1950er Jahren gab es auf Initiativen der Alliierten zurückgehende Bürgerforen, die sich etwa mit Verkehrsfragen beschäftigt haben.³¹³⁰ Auch die von dem Soziologen *Peter C. Dienel* 1978 erprobte und publizierte Idee einer „Planungszelle“ beruht – bezogen auf Planungsprojekte – auf dem Prinzip der Heranziehung einer Gruppe von randomisiert ausgewählten Bürgern zur Entwicklung von Lösungsansätzen.³¹³¹ Als Vorbereitungsinstrument von direktdemokratischen Abstimmungen ist das Prinzip als „Citizens‘ Initiative Review“ in verschiedenen US-Staaten nicht nur populär, sondern in Oregon seit 2011 sogar gesetzlich dauerhaft in den landesweiten Initiativprozess integriert.³¹³² Danach werden für Volksabstimmungen Bürgerräte gebildet, die nach der Anhörung von Experten und der Abstimmungskombattanten und einer intensiven internen Diskussion ein „Citizens‘ Statement“ vorlegen, das eine knappe Zusammenstellung von Pro- und Contra-Argumenten sowie eine Positionierung der Mitglieder enthält und zusammen mit den amtlichen Abstimmungsunterlagen allen Haushalten zugeschiedt wird.³¹³³ Ähnliches gilt für Irland, wo die „Irish Citizens‘ Assembly“ (2012-2014) ebenfalls als erfolgreiches Projekt angesehen wird.³¹³⁴ Im deutschen Recht liegt die Pionierrolle beim Land Baden-

3126 Auf nationaler Ebene sind die Themen allerdings relativ weit gespannt (z.B. „Deutschlands Rolle in der Welt“ oder „Klima“, vgl. BT-Drs. 19/32226, S. 1 f.), was nach *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 (156), die Bearbeitung erschwert und sich nachteilig auf die Qualität der Empfehlungen auswirkt.

3127 *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 (154).

3128 *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 (154).

3129 *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 f.

3130 *Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, S. 169.

3131 Vgl. *A.G. Debus*, Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 185, 187.

3132 76th Oregon Legislative Assembly – 2011 Regular Session, House Bill 2634, vgl. <https://olis.oregonlegislature.gov/liz/2011RI/Downloads/MeasureDocument/HB2634> (letzter Abruf 26.3.2022).

3133 *Gastil/Knobloch* u.a., *American Politics Research* 2018, S. 534 (538 f.).

3134 *Wüstenberg*, NJ 2020, S. 253 (254).

Württemberg, das 2021 mit dem Dialogische-Bürgerbeteiligungs-Gesetz (DBG)³¹³⁵ eine (vor allem datenschutzrechtlich motivierte)³¹³⁶ Rechtsgrundlage für die Zufallsauswahl von Personen als ein mögliches Format dialogischer Bürgerbeteiligung geschaffen hat.

b) Rechtliche Probleme

Ein im Zusammenhang mit Bürgerräten typischerweise verbundenes Rechtsproblem stellt die Frage der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des für die Zufallsauswahl notwendigen Zugriffs auf das Melderegister dar, weshalb § 3 DBG genau dafür eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage vorsieht.³¹³⁷ Solange ein Bürgerrat in Status, Aufgabenstellung und Verfahrensbeteiligung informeller Natur ist, gibt es keine weiteren rechtlichen Probleme; seit jeher können sich Parlamente und hoheitliche Stellen Informationen und Rat bei außenstehenden Personen, Verbänden oder Einrichtungen beschaffen.³¹³⁸ Aber umso offizieller er beauftragt und in hoheitliche Entscheidungsprozesse integriert ist, desto formalisierter sind seine Stellung und sein Auftrag, was zu Legitimationsproblemen führt. So sind beispielsweise Bürgeratsempfehlungen für einen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Volkes angesichts der fehlenden demokratischen Legitimation von Bürgerräten insbesondere im Verhältnis zu den insoweit substituierten Volksvertretungen problematisch.³¹³⁹ Dies gilt umso mehr, je amtlicher und unausweichlicher ihre Empfehlungen dem Stimmvolk – etwa in Gestalt von an alle Haushalte versandten Bürgerbriefen oder gar als Teil der Abstimmungsunterlagen – übermittelt werden. In abgeschwächter Form gilt dies aber auch für Empfehlungen an die Repräsentativorgane, wenn dadurch ein zusätzlicher offizieller Akteur im Entscheidungsfindungsprozess mit einem privilegierten Entscheidungszugang geschaffen wird und eine (politische oder gar rechtliche) Pflicht zur Auseinandersetzung mit den Empfehlungen besteht.³¹⁴⁰ Erst recht können Bürgerräte die zur Entscheidung berufenen Repräsentativorgane

755

3135 Gesetz über die dialogische Bürgerbeteiligung v. 4.2.2021, GBl. BW S. 118.

3136 Vgl. § 3 DBG und LT-Drs. BW 16/9486, S. 1 u. 9; s. zum Entstehungshintergrund des Gesetzes vgl. auch *Arndt*, DVBl. 2021, S. 705 (705 f.).

3137 Auch für die ostbelgische Gesetzgebung war die datenschutzrechtliche Motivation wesentlich, vgl. *Clarenne*, EJM 2023, S. 448 (456 f.); *Wüstenberg*, NJ 2020, S. 253 (255 ff.), hält eine Lösung über den Gruppenantrag gem. § 46 BMG wegen des bestehenden öffentlichen Interesses (vgl. insoweit auch § 1 Abs. 4 DBG) für möglich.

3138 So für Belgien *Clarenne*, EJM 2023, S. 448 (452), was auch in Deutschland gilt (vgl. z.B. § 47 GGO).

3139 *Battis*, Partizipation im Städtebaurecht, S. 169; *Chr. Schmidt/Neumann*, LKV 2021, S. 529 (531); *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 (155), beschränken die Problematik auf Entscheidungsrechte von Bürgerräten.

3140 Vgl. die Stoffrichtung des der BT-Drs. 19/32226 zugrunde liegenden Antrags; wichtig ist deshalb § 1 Abs. 1 S. 4 DBG, wonach eine Bindung ausdrücklich ausgeschlossen ist; dies betont auch *Arndt*, DVBl. 2021, S. 705 (706, 709); s. auch *Gastil/Knobloch* u.a., *American Politics Research* 2018, S. 534 (554 ff.); *Pautsch*, Bürgerräte, S. 217 (221 f.); s. auch *Clarenne*, EJM 2023, S. 448 (454 f.), der die mit Befassungspflicht verbundenen Einschränkung der parlamentarischen Beratungsfreiheit problematisiert.

nicht ersetzen³¹⁴¹ oder deren Entscheidungsspielraum (etwa durch ein Vetorecht) beschränken. Soweit in Verfahrensrechten von Bürgerräten – was je nach Intensität denkbar wäre – eine Ausübung von Staatsgewalt zu sehen ist, stellt sich schließlich noch das Problem einer Beschränkung auf Staatsangehörige.³¹⁴²

756 Die fehlende Legitimation ist insbesondere nicht deshalb entbehrlich, weil den Bürgerratsvoten keine rechtliche Bindungswirkung zukommt. Auch die mit der Chancengleichheit im randomisierten Auswahlprozess gewährte demokratische Egalität³¹⁴³ schließt diese Lücke nicht. Vielmehr bedarf es für offiziell tätige – also in den institutionellen Entscheidungsprozess integrierte – Bürgerräte einer formellgesetzlichen Grundlage, die diese Form der Einflussnahme auf Abstimmungen oder andere Entscheidungen regelt, und dieser damit eine legitimatorische Grundlage vermittelt,³¹⁴⁴ wie das – soweit ersichtlich bislang singular – in Ostbelgien (mit präzisen Vorgaben zur parlamentarischen Anschlussbehandlung in Art. 9 des Dekrets) der Fall ist.³¹⁴⁵

757 Besonders wichtig ist dies insbesondere für etwaige „lenkende“ Auswahlkriterien, die über die reine Randomisierung hinausgehen und demografisch wertende Gesichtspunkte wie Alter, Geschlecht, Migrationshintergrund etc. beinhalten.³¹⁴⁶ Denn „mit ausgelosten Räten nach vorweg vorgegebenen Paritätsvorgaben“³¹⁴⁷ wird die Zufallsauswahl entlang bestimmter politischer Kriterien gesteuert, die auch Anlass für Manipulationsvorwürfe im Hinblick auf mögliche Empfehlungsergebnisse geben können.³¹⁴⁸ Außerdem könnte darin eine Verletzung der aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten „Partizipationschancengleichheit“ gesehen werden.³¹⁴⁹ So wären – je nach Aufgabenstellung eines Bürgerrats – neben Alter, Geschlecht und Bildungsabschluss auch Kriterien wie Wahlhäufigkeit, politische Selbsteinschätzung im Rechts-Links-Schema, Arbeitnehmer/Arbeitgeber, Mieter/Wohneigentümer etc. denkbar. § 2 Abs. 5 DBG trägt dieser Gefahr dadurch Rechnung, dass darin die Auswahlkriterien auf die in § 34 Abs. 1 BMG genannten Daten – insbesondere Alter, Geschlecht, Staatsangehörigkeit und Wohnort – beschränkt werden (was sonstige Zusatzkriterien wie z.B.

3141 So auch *Arndt*, DVBl. 2021, S. 705 (708 m.w.N.).

3142 Auch in Ostbelgien wird dieses Problem gesehen, vgl. *Clarenne*, EJM 2023, S. 448 (465 f.).

3143 Vgl. *Decker*, Herausforderungen der repräsentativen Demokratie, S. 122 (131); *Clarenne*, EJM 2023, S. 448 (462).

3144 Vgl. die Eckpunkte für ein Bürgerräte-Gesetz bei *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 (156); zurückhaltender *Pautsch*, Bürgerräte, S. 217 (223).

3145 Dekret zur Einführung eines permanenten Bürgerdialogs in der Deutschsprachigen Gemeinschaft v. 25.2.2019 (https://www.buergerdialog.be/fileadmin/user_upload/20190225_Buergerdialog-Dekret.pdf, Abruf 11.5.2024).

3146 Dadurch soll im besten Fall eine gesellschaftliche Repräsentativität, mehr Pluralität und insbesondere eine Beteiligung „stillere“ Gruppen ermöglicht werden, vgl. *Arndt*, ZRP 2018, S. 177 (179 f.), und *ders.*, DVBl. 2021, S. 705 (709).

3147 *Di Fabio*, FAZ v. 17.5.2023, S. 7.

3148 Auch LT-Drs. BW 16/9486, S. 11, stellt klar, dass Kriterien jedweder Art die Auswahl auf eine Teilmenge reduzieren.

3149 *Kersten*, Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, § 29 Rn. 53.

den Bildungsabschluss ausschließt). Weitere in einem solchen Gesetz zu klärende Fragen wären (neben der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Zugriffs auf das Melderegister), wem das Initiativrecht für die Einsetzung von Bürgerräten zustehen soll und das Verfahren des Umgangs mit den Empfehlungen entweder durch die Repräsentativorgane (etwa in Form einer Befassungspflicht)³¹⁵⁰ oder durch das Abstimmungsvolk (etwa durch Beifügung zu den Abstimmungsunterlagen).³¹⁵¹

c) Scheinpartizipativer Charakter

Mit dem Instrument der Bürgerräte werden „Normalpersonen“ außerhalb der hoheitlichen Repräsentativstrukturen in Entscheidungsprozesse zu öffentlichen Angelegenheiten einbezogen, was auf einen partizipativen Charakter hindeutet. Allerdings können Bürgerräte – und ebenso Planungszellen o.ä. Erscheinungsformen – auch bei rechtsbasierter Ausgestaltung nicht unter den hier vertretenen Partizipationsrechtsbegriff subsumiert werden, weil sie nicht jeder Person offenstehen. Selbst wenn zunächst alle Personen – etwa über das Melderegister (§ 2 Abs. 5 DBG) – als potenzielle Mitglieder von Bürgerräten behandelt werden, erfolgt dann doch daraus eine von oben durchgeführte und organisierte Auswahl derjenigen Personen, die zur Mitwirkung in einem Bürgerrat eingeladen werden, während allen anderen diese Möglichkeit verschlossen bleibt. An dieser Exklusivität ändert auch der Umstand nichts, dass die Auswahl randomisiert erfolgt.³¹⁵² 758

Denn Partizipation im hier vertretenen Sinn erschöpft sich nicht in einer theoretischen Chance, ausgewählt zu werden, sondern beschreibt die selbstbestimmte Möglichkeit jeder Person, sich nach Wunsch in einen hoheitlichen Entscheidungsprozess einzubringen.³¹⁵³ Sie entspricht insofern dem Prinzip der sogenannten Selbstselektion, nachdem die Partizipationswilligen selbst über ihre Beteiligung entscheiden und initiativ werden können, während das Instrument des Bürgerrates demgegenüber gerade vermeiden möchte, dass „nur ganz bestimmte Bevölkerungsschichten, oftmals interessen geleitet, an der Bürgerbeteiligung teilnehmen.“³¹⁵⁴ Aus diesem Grund stellen die Bürgerräte (wie bereits das Nationale Begleitgremium für die Standortauswahl für ein atomares Müllendlager) ein „geschlossenes“ statt „offenes“ Beteiligungsinstrument dar, dem deshalb nur ein scheinpartizipativer Charakter zukommt. Da die Zufallsbürger stellvertretend für die Gesamtheit der betroffenen Bürgerschaft 759

3150 Pautsch, Bürgerräte, S. 217 (224 f.), hält dafür – soweit es um eine Befassungspflicht des Parlaments geht – eine parlamentsgeschäftsordnungsrechtliche Regelung für denkbar und ausreichend.

3151 Insofern weist auch das DBG noch erhebliche Defizite auf, das sich lediglich zur Datenschutzthematik verhält.

3152 Pfeiffer/Sahl, ZRP 2021, S. 153 (155).

3153 Wie bereits oben im Zusammenhang mit dem Nationalen Begleitgremium gem. § 8 StandAG, vgl. → Rn. 653.

3154 LT-Drs. BW 16/9486, S. 12.

ausgewählt werden und insoweit eine eigentlich den Volksvertretungen obliegende Teilaufgabe (nämlich der deliberativen Entscheidungsberatung und -vorbereitung) übernehmen, stellen die Bürgerräte vielmehr eine themenspezifische (und soziologische, nicht aber demokratische) Form von Repräsentation dar.³¹⁵⁵

760 Wie beim Nationalen Begleitgremium soll damit keine pauschale Absage gegen eine mögliche Sinnhaftigkeit von Bürgerräten verbunden sein. So können sie zur Findung einer gesellschaftlich tragfähigen Lösung eines konkreten Problems beitragen, eine versachlichende und depolarisierende Wirkung – insbesondere im Vorfeld von direktdemokratischen Abstimmungen – haben und Verständnis bei „Normalbürgern“ für die Leistungen der Volksvertreter wecken oder erhöhen.³¹⁵⁶ Auch mögen sie eher als wiederwahlorientierte Mandatsträger dafür geeignet sein, längere zeitliche Perspektiven in den Blick zu nehmen und über die Wahlperioden hinausreichende Zukunftsfragen zu vertiefen.³¹⁵⁷ Allerdings befassen sich gewählte Abgeordnete – meist gemeinsam mit Fachleuten – in den Enquete-Kommissionen der Parlamente in Bund und Ländern ebenfalls mit perspektivischen Themen.³¹⁵⁸

3155 *Clarenne*, EJM 2023, S. 448 (463 f.); *Püttner*, Selbstverwaltung und Mitbestimmung, S. 171 (177); *Kersten*, Beteiligung – Partizipation – Öffentlichkeit, § 29 Rn. 27, bezeichnet ein solches Vorgehen als „Repräsentativität von Teilhabe“.

3156 *Pfeffer/Sahl*, ZRP 2021, S. 153 (154); ähnlich *Arndt*, DVBl. 2021, S. 705 (706, 708 f.).

3157 *Wüstenberg*, NJ 2020, S. 253 (253 f.).

3158 Vgl. *Schmidt-Jortzig*, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 32 Rn. 4, 39 ff.